

TE Verg Bescheid 2011/12/9 N/0109-BVA/08/2011-51

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 09.12.2011

Norm

BVergG 2006 §125 Abs5

BVergG 2006 §126 Abs1

BVergG 2006 §128 Abs1 und 3

BVergG 2006 §129 Abs1 Z3

BVergG 2006 §129 Abs1 Z7

BVergG 2006 §325 Abs1

Art 2 RL 2004/18/EG

1. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 125 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 125 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 § 128 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 128 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

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 § 325 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Senat 8 (Senatsvorsitzender OR Mag Reinhard Grasböck, Beisitzer aus dem Kreis der Auftraggeber MR DI Dr Heinz Stiefelmeyer, Beisitzer aus dem Kreis der Auftragnehmer Mag Matthias Wohlgemuth) gemäß § 303 Abs 1 BVergG 2006 im Nachprüfungsverfahren betreffend die seitens der Antragstellerin,

der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. der A1*** und 2. der A2***, erfolgte Anfechtung einer Ausscheidensentscheidung der Auftraggeberin Galleria di Base del Brennero - Brenner Basistunnel BBT SE aus dem Vergabeverfahren Offenes Vergabeverfahren "AP 100 - Ausschreibungs- und Ausführungsplanung Rettungstollen Tulfes und Erkundungstollen Ahrental", wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch den Senat 8 (Senatsvorsitzender OR Mag Reinhard Grasböck, Beisitzer aus dem Kreis der Auftraggeber MR DI Dr Heinz Stiefelmeyer, Beisitzer aus dem Kreis der Auftragnehmer Mag Matthias Wohlgemuth) gemäß Paragraph 303, Absatz eins, BVergG 2006 im Nachprüfungsverfahren betreffend die seitens der Antragstellerin, der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. der A1*** und 2. der A2***, erfolgte Anfechtung einer Ausscheidensentscheidung der Auftraggeberin Galleria di Base del Brennero - Brenner Basistunnel BBT SE aus dem Vergabeverfahren Offenes Vergabeverfahren "AP 100 - Ausschreibungs- und Ausführungsplanung Rettungstollen Tulfes und Erkundungstollen Ahrental", wie folgt entschieden:

Spruch

I. Dem Begehren, die Ausscheidensentscheidung der Auftraggeberin (datiert mit 19.10.2011) im Vergabeverfahren "Ausschreibungs- und Ausführungsplanung Rettungstollen Tulfes und Erkundungstollen Ahrental für nichtig zu erklären, wird stattgegeben. römisch eins. Dem Begehren, die Ausscheidensentscheidung der Auftraggeberin (datiert mit 19.10.2011) im Vergabeverfahren "Ausschreibungs- und Ausführungsplanung Rettungstollen Tulfes und Erkundungstollen Ahrental für nichtig zu erklären, wird stattgegeben.

Die namens der Auftraggeberin Galleria di Base del Brennero - Brenner Basistunnel BBT SE im offenen Vergabeverfahren "AP 100 - Ausschreibungs- und Ausführungsplanung Rettungstollen Tulfes und Erkundungstollen Ahrental", versandte Entscheidung, das Angebot der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. der A1*** und 2. der A2*** auszuschneiden, wird hiermit nichtigerklärt.

Rechtsgrundlagen: §§ 122f, 125 bis 129, 313, 322 und 325 Abs 1 BVergG 2006, BGBl I 2006/17 idF BGBl I 2010/15; § 13 AVG
Rechtsgrundlagen: Paragraphen 122 f, 125 bis 129, 313, 322 und 325 Absatz eins, BVergG 2006, BGBl römisch eins 2006/17 in der Fassung BGBl römisch eins 2010/15; Paragraph 13, AVG

II. Dem Pauschalgebührenersatzbegehren, die Auftraggeberin zum Ersatz der entrichteten Pauschalgebühr in Höhe von EUR 1.751,-- binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu Handen der Antragstellervertreterin gemäß § 319 BVergG zu verpflichten, wird stattgegeben. römisch zwei. Dem Pauschalgebührenersatzbegehren, die Auftraggeberin zum Ersatz der entrichteten Pauschalgebühr in Höhe von EUR 1.751,-- binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu Handen der Antragstellervertreterin gemäß Paragraph 319, BVergG zu verpflichten, wird stattgegeben.

Die Galleria di Base del Brennero - Brenner Basistunnel BBT SE ist schuldig, der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. der A1*** und 2. der A2*** zu Handen der X*** Rechtsanwälte OG binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution 1.751,00 Euro an Pauschalgebührenersatz zu bezahlen.

Rechtsgrundlagen: §§ 20 Abs 2, 318f BVergG 2006, BGBl I 2006/17 idF BGBl I 2010/15; § 19a RAO
Rechtsgrundlagen: Paragraphen 20, Absatz 2, 318 f, BVergG 2006, BGBl römisch eins 2006/17 in der Fassung BGBl römisch eins 2010/15; Paragraph 19 a, RAO

Begründung

1. Sachverhalt einschließlich Verfahrensgeschehen vor dem Bundesvergabeamt

1.1. Die Auftraggeberin (= BBT bzw AG) führt derzeit das im Spruch ersichtliche Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich mit einem Auftragswert im einstelligen Millionenbereich im typischen Marktsegment von Ziviltechnikerbüros durch, wobei die Nachhaltigkeit der Vertretung der jeweiligen Standpunkte durch die Streitteile und die Vehemenz der Standpunktsdarlegung im Nachprüfungsverfahren bzw in der Verhandlung vor dem BVA das sich notorisch seit einigen Jahren steigernde Rechtsschutzbestreben iZm dem Erhalt von einschlägigen Dienstleistungsaufträgen bei sich tendenziell verknappenden größeren Infrastrukturprojekten durch die interessierten Marktteilnehmer iZm subjektiv missbilligten Vergabeentscheidungen ein weiteres Mal veranschaulicht hat. Dies führte notwendig, wie nachstehend ersichtlich, umso mehr zu einer sehr genauen Beachtung jener Vergabeverfahrensvorschriften, welche Bieterrechte im Vergabeverfahren vor Zuschlagserteilung wahren sollen, um derart einen letztendlichen Auftragserhalt bzw auch Auftragsnichterhalt für einen sich um den Auftragserhalt und die Marktpräsenz bemühenden Marktteilnehmer nachvollziehbar zu machen.

1.2. Die Ausschreibungsunterlagen dieses Dienstleistungsauftrags mit Leistungsort in Österreich bestehen gegenständlich aus mit den Großbuchstaben untergliederten Teilen (genannt: Kapiteln) A bis M.

1.2.1. Im Teil A, Ausschreibungsgrundlagen, ist in Punkt 7.2. eine Auflistung der Kapitel A bis M enthalten.

In Punkt 7.4. wird der Bieter zur Einhaltung der arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften verpflichtet.

Punkt 8. sieht als abzugebenden Angebotsbestandteil insb das Leistungsverzeichnis, Teil H 2.2, und die Bieterklärung, Teil L, vor.

1.2.2. In der Baulosbeschreibung, Teil D, ist in Punkt 3.2.7. festgelegt, dass abhängig vom Maschinenkonzept der Innenausbau des Erkundungsstollens Ahrental bereits im Zuge des Vortriebs als Tübbingausbau oder aber im Nachgang als Ortbetoninnenschale erfolgt.

Unter Tübbingausbau ist hier entsprechend den durchgeführten Ermittlungen eine Verkleidung, sprich ein Innenausbau, des in den Berg vorgetriebenen Tunnelochs mit (hier:) Fertigbetonelementen zu verstehen. Wird der vorgetriebene Tunnel nur vorläufig mit derartigen Fertigteilen, also Tübbingen verkleidet/gestützt, spricht man vom vorläufigen Tübbingausbau. Sollen Tübbinge über die gesamte Tunnelverwendungszeit den Innenausbau darstellen, spricht man vom permanenten Tübbingausbau.

1.2.3. In der Leistungsbeschreibung, Teil G, ist in Punkt 7.1.6. die nachmalig zentral strittige Ausschreibungsplanung des Erkundungsstollens Ahrental in einer Länge von über 14,2 km dargestellt, textlich insb wie folgt:

Die Teilleistung [12] beinhaltet die Ausschreibungsplanung des Erkundungsstollens Ahrental, gemäß Baubeschreibung 3.2 und gemäß Kapitel M, ...

.

Die wesentlichen Bestandteile der Leistung sind:

- -Strichaufzählung
Planung des Maschinenkonzepts
- -Strichaufzählung
Planung von Ausbruch und Stützung
- -Strichaufzählung
Planung der Sondermaßnahmen in geotechnisch- hydrologischen Problembereichen. Erfolgt eine temporäre Stützung des Hohlraums mit Tübbingen, so ist die Tübbingplanung mit der Teilleistung [12] mit abgegolten. Der Mehraufwand für die statische und konstruktive Planung des Tübbings als endgültige Hohlraumauskleidung wird mit der Teilleistung [21] abgegolten.

Es gelten die allgemeinen Festlegungen gemäß Punkt 7.1 und die ÖVBB Richtlinie Schildvortrieb. ...

In Punkt 7.8. der Leistungsbeschreibung wird die optionale Teilleistung [21] nochmals und genauer beschrieben; und wird darin auf eine "ÖVBB", also auf eine "Richtlinie Tübbingsysteme aus Beton" verwiesen, die partienseits im Nachprüfungsverfahren unterlagenmäßig belegt nachhaltig zur Erörterung des Ausscheidens herangezogen wurde, die sich aber nicht in den zu Verfahrensbeginn vorgelegten Vergabeunterlagen befindet. (- VwGH ZI 2009/04/0207) . In diesem Ausschreibungsbestandteil ist auch festgehalten, dass insoweit relevante Rechenquerschnitte mit einer Pauschale abgegolten werden sollen.

Unstrittig ist unter Teilleistung [12] jene gemeint, die sich im Leistungsverzeichnis unter Punkt 03.120 wiederfindet, während mit der Teilleistung [21] unstrittig jene gemeint ist, die in den LV - Positionen 04.21a und insb 04.21b abgebildet ist.

1.2.4. In Punkt 9.4. und insb 9.4.1. der Leistungsbeschreibung, Teil G, finden sich Bestimmungen über die Abrechnung des Geotechnikers vor Ort. In Punkt 9.4.4. sind Bestimmungen über aus dem Einsatz des Geotechnikers resultierende Zuschläge enthalten.

Punkt 9.5.1. der Leistungsbeschreibung lautet schließlich:

9.5.1. Arbeiten an Sams- Sonn- u. Feiertag

Mit der Teilleistung [37] werden alle Leistungen und zusätzlichen Aufwendungen für den Einsatz an Samstagen, Sonntagen, Feiertagen oder während der Nachtzeit (

20.00 Uhr bis 7.00 Uhr) abgegolten. Der Einsatz erfolgt auf gesonderte Die

Vergütung erfolgt pro Stunde Einsatz des Geotechnikers auf der Baustelle.

Diese Passage ist in zentralem Zusammenhang mit der LV - Position 07.370 zu sehen, die hinsichtlich eines zweiten zu Lasten der Antragstellerin diskutierten Ausscheidenssachverhalts iZm vorgebracht arbeitsrechtswidriger Kalkulation bzw vorgebracht rechtswidriger Verschiebung von Aufwand in andere Positionen zu sehen ist zu sehen.

1.2.5. Im Leistungsverzeichnis (= LV), Teil H2-2 der Ausschreibung, findet sich in der Obergruppe 03, Position 0120, kurz also in der Position 03.120 jene Passage des LV, in welcher ein Bieter die Leistung [12] Ausschreibungsplanung Erkundungsstollen Ahrental gemäß Punkt 7.1.6. der Leistungsbeschreibung für einen laufenden Meter (- Einheitspreis -) und für 14.200 Meter (Positionspreis) auszupreisen hatte.

Die Antragstellerin hat hier in ihrem Angebot mit bestimmten Beträgen ausgepreist.

1.2.6. In der Position 04.18a waren gemäß der Leistungsbeschreibung Preise für Leistungen für den Rettungsstollen Tulfes, also für ein anderes Planungsgebiet als jenes iZm den Positionen 03.120 bzw 04.21b anzugeben.

1.2.7. In der Obergruppe 04 des LV befindet sich die hier interessierende dort auszupreisende Optionalleistung.

Unter der Überschrift [21] Option: Staisch - konstruktive Planung, Mehraufwand für die Tübbingplanung Ahrental gemäß Leistungsbeschreibung, Punkt 7.8., findet sich vorerst die Position 04.21a grundsätzliche Planung, pauschal, die von der Antragstellerin in ihrem Angebot nach Ansicht der Auftraggeberin niedrig ausgepreist worden ist.

Unter Position 04.21b war im LV schließlich die Angabe eines Positionspreises als Pauschale für einen Rechenquerschnitt (dh: als Einheitspreis) und als Positionspreis für fünf Rechenquerschnitte auszupreisen. Die Antragstellerin füllte in dieser Position 04.21b im Angebot einen Null - Preis aus.

Diese Nullposition führte nachmalig zu Erörterungen in einem Bieteraufklärungsgespräch am 17.10.2011, zum unten ersichtlichen Aktenvermerk vom 18.10.2011 und zu einem in der Ausscheidensentscheidung erkennbaren Ausscheidensgrund.

1.2.8. In der LV - Position 07.35A waren Preisangaben für Verrechnungsmonate für die geotechnische Vortriebsbetreuung einer Baustelle verlangt. In der LV - Position 07.35B waren schließlich Preisangaben für Verrechnungsmonate für die geotechnische Vortriebsbetreuung von zwei Baustellen verlangt.

1.2.9. In der LV - Position 07.370 waren unter dem Titel [37] Arbeiten an Sams-Sonn- und Feiertag, Nachtarbeit gemäß der Leistungsbeschreibung, Punkt 9.5.1, die Auspreisung eines Einheitspreises und eines Positionspreises für 150 Stunden verlangt.

Die Antragstellerin hat in dieser Position einen Einheitspreis von nn*** Euro pro Stunde angegeben.

Die Auftraggeberin hat dies in der Bieteraufklärung am 17.10.2011 mit der Antragstellerin angesprochen; und diese nn*** Euro schließlich (erst) im Nachprüfungsverfahren nachhaltig insb als unzulässige Aufwandsverschiebung bzw als arbeitsrechtswidrigen Preis gegenüber der Antragstellerin kritisiert, der zu einer Ausschreibungswidrigkeit führen würde.

Nach Auffassung der Auftraggeberin wäre der Einheitspreis von nn*** Euro arbeitsrechtlich nicht ausreichend, da gegenständlich ein entsprechender Geotechniker der Beschäftigungsgruppe 4 des Kollektivvertrags (= KV) für Angestellte bei Architekten und Ingenieurkonsulenten, Stand 1.1.2011, zu kalkulieren gewesen wäre, der teurer ist; bzw würde auch bei einem eingesetzten Geotechniker der Beschäftigungsgruppe 3 dieses KV und dem insoweit ab drei (Arbeits-) Stunden anfallenden Taggeld mit den nn*** Euro arbeitsrechtlich gleichfalls kein Auskommen gefunden werden. (Aussage insb Frau Mag R***, Juristin und Angebotsprüferin bei der BBT in der Verhandlung am 5.12.2011)

1.2.10. Der vorgenannte KV definiert als Angestellte der Beschäftigungsgruppe 3 solche, die nach allgemeinen Richtlinien und Weisungen im Rahmen des ihnen erteilten Auftrags ihre technischen und kaufmännischen Arbeiten selbständig erledigen, wobei mitunter zusätzlich Praxiszeiten in bestimmten Verwendungen und entsprechende (Hoch-) Schulausbildungen insb auch auf HTL - Niveau verlangt werden.

Der vorgenannte KV definiert schließlich als Angestellte der Beschäftigungsgruppe 4 solche, die die ihnen übertragenen schwierigen Arbeiten weitgehend selbständig erledigen, wozu noch besondere theoretische Fachkenntnisse und praktische Erfahrungen erforderlich sind. Je nach Abschluss einer Universität, Fachhochschule, HTL etc sind für die Einstufung in diese Beschäftigungsgruppe (mitunter) auch noch Praxiszeiten im Rahmen bestimmter Vorverwendungen erforderlich.

In § 26 Abs 3 lit c) des genannten KV ist ersichtlich, dass ab drei Stunden ein Taggeld anfällt. Paragraph 26, Absatz 3, Litera c,) des genannten KV ist ersichtlich, dass ab drei Stunden ein Taggeld anfällt.

In den Vergabeunterlagen, die dem BVA zu Nachprüfungsverfahrensbeginn vorgelegt wurden, sind keine Bestandteile enthalten, die logisch deduktiv und insb ohne weitere Tatsachenerhebungen bzw Sachverständigenbeiziehungen gemäß § 52 AVG erkennen lassen würden, dass die Antragstellerin hier kollektivtrags- und damit arbeitsrechtswidrig einen Einheitspreis von nn*** Euro ausgepreist hätte; bzw ist auch nicht ersichtlich, welcher Kalkulationsbestandteil dem Grunde und dem Betrag nach seitens der Antragstellerin in welche andere LV - Position verschoben worden wäre. In den Vergabeunterlagen, die dem BVA zu Nachprüfungsverfahrensbeginn vorgelegt wurden, sind keine Bestandteile enthalten, die logisch deduktiv und insb ohne weitere Tatsachenerhebungen bzw Sachverständigenbeiziehungen gemäß Paragraph 52, AVG erkennen lassen würden, dass die Antragstellerin hier kollektivtrags- und damit arbeitsrechtswidrig einen Einheitspreis von nn*** Euro ausgepreist hätte; bzw ist auch nicht ersichtlich, welcher Kalkulationsbestandteil dem Grunde und dem Betrag nach seitens der Antragstellerin in welche andere LV - Position verschoben worden wäre.

Die im Nachprüfungsverfahren vorgetragenen Argumente der Arbeitsrechtswidrigkeit dieses Einheitspreises unter den KV - Gesichtspunkten iZm der einschlägigen Beschäftigungsgruppe und des Taggelds sind insb im Aufklärungsgespräch der Auftraggeberin mit der Antragstellerin und auch im Text der Ausscheidensentscheidung bzw im AV vom 18.10.2011 nicht enthalten.

1.2.11. In Teil L der Ausschreibungsunterlagen, der Bietererklärung, hatte ein jeder Bieter in Punkt 2.4.lit f) ua auch zu erklären, dass in den angebotenen Einheitspreisen alle für die Erbringung der jeweiligen Leistung anfallenden Kosten berücksichtigt sind und Verschiebungen von Kalkulationsansätzen oder - bestandteilen auf andere Positionen nicht stattgefunden haben. 1.2.11. In Teil L der Ausschreibungsunterlagen, der Bietererklärung, hatte ein jeder Bieter in Punkt 2.4.Litera f,) ua auch zu erklären, dass in den angebotenen Einheitspreisen alle für die Erbringung der jeweiligen Leistung anfallenden Kosten berücksichtigt sind und Verschiebungen von Kalkulationsansätzen oder - bestandteilen auf andere Positionen nicht stattgefunden haben.

1.3. Nach Anbotslegung durch die Antragstellerin - die Antragstellerin ist nach dem Ausscheiden einer anderen Bieterin derzeit billigste Bieterin - telefonierte die Juristin und nachmalige Angebotsprüferin bei der BBT, Frau Mag R*** (= Angebotsprüferin) ca eine Woche vor dem 17.10.2011 mit dem Angebotsverantwortlichen der Antragstellerin, DI H***. Im besagten Telefonat wurde ein Aufklärungsgespräch für 17.10.2011 bei der BBT angesprochen, nachdem zuvor ein diesbezüglicher mail - Verkehr zwischen der BBT und der Antragstellerin vom 5.10.2011 lediglich über diesen Termin im vorgelegten Vergabeakt erliegt.

Über Rückfrage durch den besagten Angebotsverantwortlichen lehnte die Angebotsprüferin die schriftliche Vorabübermittlung der zu erörternden Fragen ab und kündigte an, dass es um die Preisangemessenheit allgemein und insb um eine Nullposition gehen werde.

Das Protokoll über dieses Aufklärungsgespräch vom 17.10.2011, abschriftlich beigeschlossen zB der lfd Nr 19 des Verwaltungsakts, lautet unter Zitierung von § 127 BVergG 2006 in den hier interessierenden Teilen: Das Protokoll über dieses Aufklärungsgespräch vom 17.10.2011, abschriftlich beigeschlossen zB der lfd Nr 19 des Verwaltungsakts, lautet unter Zitierung von Paragraph 127, BVergG 2006 in den hier interessierenden Teilen:

Pos. 04 21b Option: Statisch - konstruktive Planung, Mehraufwand für die Tübbingplanung Ahrental gem. Kapitel G, Punkt 7.8

BBT SE stellt de[m] Bieter 04 die Frage ob er die Leistungsbeschreibung richtig verstanden habe? Wieso wurde in dieser Position ein Nullpreis angegeben? Weiters ist bereits die Leistung grundsätzliche Planung pauschal (Pos. 04 21a) für die Teilleistung statisch - konstruktive Planung, Mehraufwand für die Tübbingplanung Ahrental (Pos. 04 210) bereits sehr niedrig kalkuliert worden.

Der Bieter 04 erklärt, dass die Primärsicherung ob mit Spritzbeton und Ankern oder temporären Tübbingen in der Position 03 120 berücksichtigt wurde. Für den Fall eines Permanentausbaus erklärt der Bieter, dass die Position 04 21b als Aufzählungsposition zu der Position 18a verstanden wurde. (Innenschalenplanung, Permanentausbau). Damit entsteht in der Planung zwischen Ortbetonauskleidung und Tübbingen kein Mehraufwand. Bieter 04 erklärt, dass er die Preise als auskömmlich betrachtet.

Pos. 07 370 Arbeiten an Sams- Sonn- u. Feiertag, Nachtarbeit gem. Kapitel G Punkt 9.5.1

BBT SE stellt den Bieter 04 die Frage wie sich ein Stundensatz von nn*** Euro erklären kann?

Der Bieter 04 erklärt, dass er die Pos. 07 370 Arbeiten an Sams- Sonn- u. Feiertagen, Nachtarbeiten als Zuschlag zu dem Verrechnungsmonat sieht. In der Position 07 35A sind seitens der Kalkulation des Bieters bereits Überstunden kalkuliert worden. Der Bieter 04 erklärt dass in Kombination der Pos. 07 35A und Pos. 07 370 die kollektivvertraglichen Bestimmungen eingehalten werden.

Pos. 07 380 Wochenendbereitschaft gem. Kapitel G. Punkt 9.5.2

Der Bieter 04 erklärt, dass dies eine reine Bereitschaft ist und somit dieser Preis auskömmlich ist Sollte eine Leistung anfallen wird er entsprechend der vorgesehenen Positionen vergütet.

FERTIGUNG / FIRMA ...

Dieses Protokoll wurde seitens der Auftraggeberin von deren Angebotsprüfungskommission, Frau Mag R***, Herrn Dipl Geol G*** und Frau F*** unterfertigt, wobei auftraggeberseitig zusätzlich der bei der Aufklärung anwesende Leiter des Bereichs Recht - Beschaffung der BBT, Herr Dr J*** unterschrieben hat - Angaben in der mündlichen Verhandlung am 5.12.2011. Für die Antragstellerin nahmen Herr DI H*** und Herr DI K*** an dieser Aufklärung teil und unterfertigten dieses Protokoll gleichfalls.

1.4. Nach dem Aufklärungsgespräch verfasste die genannte Angebotsprüferin für die Prüfkommision - offenbar auf dem Briefpapier bzw in einer Dateivorlage gerade des Herrn Dr J*** - einen in den Vergabeunterlagen erliegenden Aktenvermerk, der an Dr J*** adressiert ist, mit 18.10.2011 datiert ist, und auf Deutsch lautet wie folgt:

Bereich Recht/ Beschaffung

Sachbearbeiter: Dr J***

...

Bereich Recht / Beschaffung

Innsbruck, am 18.10.2011

Zl. 550i-RI/RI

Eisenbahnachse München - Verona Brenner Basistunnel

AP 100 - Ausschreibungs- und Ausführungsplanung Rettungstollen Tulfes und Erkundungstollen Ahrental

Aktenvermerk

Sehr geehrter Herr Dr. J***,

Bieter 04 hat im Angebot eine Position mit "0" ausgepreist. Bei dieser Position handelt es sich um die Pos. 0421b: Option Statisch - konstruktive Planung. Mehraufwand für die Tübbingplanung Ahrental gem. Kapitel G, Punkt 7.8

In der Leistungsbeschreibung wurde beschrieben welche Leistungen mit dieser Teilleistung [21] abgegolten werden.

Ebenfalls wurde dort festgelegt, dass die Teilleistung [21] als eine Pauschale für die grundsätzliche Planung zuzüglich einer Pauschale je durchgeführte[m] Rechenquerschnitt vergütet wird.

Im Leistungsverzeichnis wurde ebenfalls für die Position Rechenquerschnitt die Einheit 5 Stück angegeben.

Für diese o.g. Position wurde ein "Nullpreis" eingesetzt.

Beim Aufklärungsgespräch erklärte der Bieter 04, dass die Primärsicherung ob mit Spritzbeton und Ankern oder temporären Tübbingen in der Position 03 120 berücksichtigt wurde. Für den Fall eines Permanentausbaus erklärt der Bieter, dass die Position 04 21b als Aufzählungsposition zu der Position 18a verstanden wurde.

(Innenschalenplanung, Permanentausbau). Damit entsteht in der Planung zwischen Ortbetonauskleidung und Tübbing kein Mehraufwand.

In der Leistungsbeschreibung zur Position 03 120 geht jedoch klar hervor, dass der Mehraufwand für die statische und konstruktive Planung des Tübbings als endgültige Hohlraumauskleidung mit der Teilleistung [21] abgegolten werden muss.

Gemäß Angebot des Bieters 04 würden die Rechenquerschnitte (Pos. 04 21b) nicht verrechnet werden.

Weiters wird festgestellt, dass aufgrund der Erklärungen seitens des Bieters 04 eine Mischkalkulation vorliegt, wobei die Prüfkommision abrechnungstechnische Schwierigkeiten sieht.

Ein weiteres Problem sieht die Prüfkommision in der Position 07 370 [37] Arbeiten an Sams- Sonn- u. Feiertag, Nacharbeit. Die Leistungsbeschreibung lautet folgendermaßen:

Mit der Teilleistung [37] werden alle Leistungen und zusätzlichen Aufwendungen für den Einsatz an Samstagen, Sonntagen, Feiertagen oder während der Nacht (20:00 Uhr bis 07:00 Uhr) abgegolten. Der Einsatz erfolgt auf gesonderte Anordnung des AG, aufgrund besonderer Erfordernisse der Baudurchführung. Die Vergütung erfolgt pro Stunde Einsatz des Geotechnikers auf der Baustelle.

Vom Bieter 04 wurde ein Einheitspreis von nn*** Euro angegeben. Dieser Einheitspreis würde nicht dem Kollektivvertrag entsprechen.

Beim Aufklärungsgespräch wurde folgendes zu Protokoll gegeben:

Der Bieter 04 erklärt, dass er die Pos. 07 370 Arbeiten an Sams- Sonn- u. Feiertagen, Nacharbeiten als Zuschlag zu dem Verrechnungsmonat sieht. In der Position 07 35A sind seitens der Kalkulation des Bieters bereits Überstunden kalkuliert worden. Der Bieter 04 erklärt dass in Kombination der Pos. 07 35A und Pos. 07 370 die kollektivvertraglichen Bestimmungen eingehalten werden.

Ebenso in diesem Fall sieht die Kommission eine Mischkalkulation, vor allem da diese Position auf gesonderte Anordnung des AG aufgrund besonderer Erfordernisse der Bauausführung abgerufen würde. Dies würde ebenfalls zu Abrechnungsschwierigkeiten führen. Weiters kann der Bieter 04 aufgrund dieser Kalkulation die arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen hinsichtlich der Position 07 370 nicht einhalten, was einen Ausscheidungsgrund nach § 129 Abs 1 Z 7 BVergG 2006 darstellt. Ebenso in diesem Fall sieht die Kommission eine Mischkalkulation, vor allem da diese Position auf gesonderte Anordnung des AG aufgrund besonderer Erfordernisse der Bauausführung abgerufen würde. Dies würde ebenfalls zu Abrechnungsschwierigkeiten führen. Weiters kann der Bieter 04 aufgrund dieser Kalkulation die arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen hinsichtlich der Position 07 370 nicht einhalten, was einen Ausscheidungsgrund nach Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 darstellt.

Deshalb hat die Prüfkommision beschlossen, den Bieter 04 auszuschneiden.

Mit freundlichen Grüßen

Galleria di Base del Brennero - Brenner Basistunnel BBT SE

Für die Prüfkommision AP100

Mag R***

In diesem AV sind keine Hinweise auf zusätzliche Lastfälle betreffend die Planungsleistungen beim Permanentausbau mit Tübbing gemäß LV-Position 04.21b; insb auch keine Ausführungen über Ausscheidungsgründe iZm den einschlägigen Beschäftigungsgruppen 3 und 4 beim oben partiell beschriebenen KV; bzw auch nicht iZm dem im Nachprüfungsverfahren relevierten KV - Taggeld enthalten.

Unter zusätzlichen Lastfällen sind Tatsachen und Umstände zu verstehen, die nach den Ausführungen der Auftraggeberin und ihrer Repräsentanten im Nachprüfungsverfahren bewirken, dass beim Planen des Permanentausbaus des Erkundungstollens Ahrental mit Tübbing jedenfalls ein Zusatzaufwand anfällt, der nach der Ausschreibung zwingend zu einem in der Position 04.21b auszupreisenden Aufwand größer Null für die dort auszupreisenden Rechenquerschnitte führt, welcher eben über den Preis laut Position 03.120 hinausgehen muss.

Die Auftraggeberin hat die Antragstellerin im Vergabeverfahren vor dem Ausscheiden nicht und insb nicht in den Vergabeunterlagen dokumentiert mit diesen ihrer Ansicht nach beim Planen des Permanentausbaus mit Tübbing

zusätzlich zu kalkulierenden Lastfällen konfrontiert; weder dem Grunde noch einem Betrag nach.

Die Antragstellerin bestreitet bereits im Nachprüfungsantrag rücksichtlich des Texts der Ausscheidensentscheidung einen diesbezüglichen Mehraufwand und räumt einen Irrtum dahin ein, dass sie am 17.10.2011 beim Aufklärungsgespräch den nach Auftraggeberinnenauffassung in Position 04.21b zu erfassenden Aufwand als in Zusammenhang mit einer anderen LV - Position, 04.18a, verstanden hätte. Im Nachprüfungsverfahren hat die Antragstellerin zentral und nachhaltig den Standpunkt vertreten, dass ihr kein Mehraufwand für die Rechenquerschnitte gemäß Leistungsverzeichnisposition - Position 04.21b entstehen würde, da sie diesen Aufwand bei ihrer Art der Leistungserbringung ohnehin bereits mit den Leistungen gemäß der Position 03.120 des Leistungsverzeichnisses (= LV) berücksichtigt hätte, so dass ihr eben kein zusätzlicher Aufwand, also kein rechtserheblicher Mehraufwand iSd Leistungsverzeichnisposition 04.21b entstehen würde. Im Übrigen würde im Falle des Spritzbetonausbaus im Rahmen der Position 03.120 im Vergleich zum vorläufigen Tübbingausbau ein höherer Aufwand anfallen, so dass im Falle der Variante des vorläufigen und billigeren Tübbingausbaus in Position 03.120 dann keinesfalls ein Mehraufwand in Relation zu der in Position 03.120 jedenfalls auch zu kalkulierenden Variante des vorläufigen Ausbaus mit Spritzbeton (und Ankern) anfallen würde.

1.5. Am 19.10.2011 erhielt der Angebotsverantwortliche der Antragstellerin die angefochtene Ausscheidensentscheidung wie folgt:

BBT

Galleria di Base del Brennero

Brenner Basistunnel BBT SE

per Mail gem. § 129 Abs. 3 BVergG 2006per Mail gem. Paragraph 129, Absatz 3, BVergG 2006

Bietergemeinschaft Bernard - Geoconsult

DI Wolfgang H***

Innsbruck, 19.10.2011

.....

Eisenbahnachse München - Verona Brenner Basistunnel

AP 100 - Ausschreibungs- und Ausführungsplanung Rettungstollen Tulfes und Erkundungstollen Ahrental

GEGENSTAND

Ausscheiden des Angebots

Ausscheidungsgrund gemäß BVergG 2006

Sehr geehrter Herr DI H***!

Wir bedanken uns für die Einreichung Ihres Angebotes zu o.a. Vergabeverfahren und teilen Folgendes mit:

Das Anbieten von Positionen des LV mit Euro Null weist - bereits für sich allein genommen - in Richtung einer spekulativen Preisgestaltung, da der Bieter dadurch zu erkennen gibt, dass er dem Auftraggeber diese Kosten für die nach der Ausschreibung zu erbringende Leistung nicht in Rechnung stellen würde. Dies bedeutet aber, dass der Gesamtangebotspreis nicht nachvollziehbar erklärbar bzw. spekulativ ist: Die Einrechnung der Preise einzelner Positionen in andere Positionen führt dazu, dass weder der eingerechnete Positionspreis noch jener Positionspreis, in den die anderen Positionen eingerechnet wurden, ersichtlich und damit aus dem Angebot erschließbar ist.

Eine solche Umlagerung führt zu einer Verschiebung der Kosten der angebotenen Leistungen. Eine derartige Vorgangsweise erfüllt den Tatbestand einer spekulativen Angebotserstellung.

Das von Ihnen gelegte Angebot weist eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises (spekulative Preisgestaltung) iSd § 129 Abs 1 Z 3 BVergG auf.Das von Ihnen gelegte Angebot weist eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises (spekulative Preisgestaltung) iSd Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG auf.

Verlangt eine Ausschreibung die Auspreisung verschiedener konkreter Leistungspositionen, dann darf der Bieter grundsätzlich keine Verschiebung von verlangten Kosten zwischen den Leistungspositionen vornehmen (Mischkalkulation), andernfalls ist das Angebot ausschreibungswidrig.

Da Sie - wie sie selbst angegeben haben - Positionspreise in andere Positionspreise eingerechnet haben, liegt auch ein der Ausschreibung widersprechendes Angebot vor, welches zwingend nach § 129 Abs 1 Z 7 BVergG auszuscheiden ist. Da Sie - wie sie selbst angegeben haben - Positionspreise in andere Positionspreise eingerechnet haben, liegt auch ein der Ausschreibung widersprechendes Angebot vor, welches zwingend nach Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG auszuscheiden ist.

Wir setzen Sie somit in Kenntnis, dass Ihr Angebot zu ggst. Vergabeverfahren gemäß § 129 Abs 1 Ziff. 3 und 7 BVergG 2006 hiermit ausgeschieden wird. Wir setzen Sie somit in Kenntnis, dass Ihr Angebot zu ggst. Vergabeverfahren gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziff. 3 und 7 BVergG 2006 hiermit ausgeschieden wird.

In der Hoffnung, Sie bei folgenden BBT- Ausschreibungen wieder als Bieter begrüßen zu können und für Ihre Bemühungen dankend, verbleiben wir mit dem Ersuchen um Kenntnisnahme

mit freundlichen Grüßen

Galleria di Base del Brennero - Brenner Basistunnel BBT SE

Leiter Recht - Beschaffung

Dr. J***

Auch in der Ausscheidensentscheidung sind keine Hinweise auf zusätzliche Lastfälle betreffend die Planungsleistungen beim Permanentausbau mit Tübbingem gemäß LV-Position 04.21b und insb auch keine Ausführungen über Ausscheidensgründe iZm den einschlägigen Beschäftigungsgruppen 3 und 4 beim oben partiell beschriebenen KV bzw iZm dem im Nachprüfungsverfahren relevierten KV - Taggeld enthalten.

1.6. Die Auftraggeberin hat bislang insb ausweislich des vorgelegten Vergabeakts noch keine Niederschrift über die Angebotsprüfung verfasst, in welcher alle für das Ausscheiden der Antragstellerin wesentlichen Aspekte und insb diesbezüglichen Tatsachen enthalten sind, wie oben bereits erwähnt. Abseits der fehlenden Dokumentation der beim permanenten Tübbingausbau des Tunnels Ahrental nach Auftraggeberinnenauffassung zwingend gegebenen und zwingend zusätzlichen Aufwand bei Rechenquerschnitten verursachenden Lastfälle fehlen insb auch schlüssig deduktive Herleitungen gemäß § 128 Abs 1 BVergG 2006, warum gegenständlich betreffend die LV - Position 07.370 die nn*** Euro Einheitspreis der Antragstellerin rücksichtlich der Kalkulation eines Angestellten der KV - Beschäftigungsgruppe 4 (auch) ohne Taggeld oder aber der Beschäftigungsgruppe 3 mit Taggeld zwingend zu einer arbeitsrechtswidrigen Auspreisung bzw zu einer ausschreibungswidrigen Aufwandsverschiebung geführt hätte. 1.6. Die Auftraggeberin hat bislang insb ausweislich des vorgelegten Vergabeakts noch keine Niederschrift über die Angebotsprüfung verfasst, in welcher alle für das Ausscheiden der Antragstellerin wesentlichen Aspekte und insb diesbezüglichen Tatsachen enthalten sind, wie oben bereits erwähnt. Abseits der fehlenden Dokumentation der beim permanenten Tübbingausbau des Tunnels Ahrental nach Auftraggeberinnenauffassung zwingend gegebenen und zwingend zusätzlichen Aufwand bei Rechenquerschnitten verursachenden Lastfälle fehlen insb auch schlüssig deduktive Herleitungen gemäß Paragraph 128, Absatz eins, BVergG 2006, warum gegenständlich betreffend die LV - Position 07.370 die nn*** Euro Einheitspreis der Antragstellerin rücksichtlich der Kalkulation eines Angestellten der KV - Beschäftigungsgruppe 4 (auch) ohne Taggeld oder aber der Beschäftigungsgruppe 3 mit Taggeld zwingend zu einer arbeitsrechtswidrigen Auspreisung bzw zu einer ausschreibungswidrigen Aufwandsverschiebung geführt hätte.

1.7. Wie von den Repräsentanten der BBT am 5.12.2011 in der Verhandlung vor dem BVA bestätigt, existieren über die vorstehend beschriebenen bzw wiedergegebenen Dokumente und einen Preisspiegel hinaus keine Vergabeunterlagen, die das Ausscheiden des - im Vergabeakt gleichfalls erliegenden - Angebots der Antragstellerin und den Weg zu diesem Ausscheiden zusätzlich dokumentieren würden.

1. 2.Ziffer 2

Beweismittel und Beweiswürdigung

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem Verwaltungsakt zu N/0109- BVA/08/2011, den vorgelegten Vergabeunterlagen, und insb aus den Aussagen in der mündlichen Verhandlung, soweit die Tatsachen nicht ohnehin

gemäß § 313 Abs 2 BVergG 2006 zu Grunde gelegt werden konnten. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem Verwaltungsakt zu N/0109- BVA/08/2011, den vorgelegten Vergabeunterlagen, und insb aus den Aussagen in der mündlichen Verhandlung, soweit die Tatsachen nicht ohnehin gemäß Paragraph 313, Absatz 2, BVergG 2006 zu Grunde gelegt werden konnten.

Insb auch die Feststellungen betreffend die telefonische Einladung zum Aufklärungsgespräch und die Ablehnung schriftlicher Vorabübermittlung von Fragen ergeben sich unstrittig aus den Aussagen in der mündlichen Verhandlung am 5.12.2011.

1. 3.Ziffer 3

Rechtliche Beurteilung

3.0. Gegenständlich findet wegen der Vergabeverfahrenseinleitung nach dem 5.3.2010 das BVergG 2006, BGBl I 2006/17 idF BGBl I 2010/15 Anwendung, soweit in diesem Bescheid nichts anderes angegeben. Zitate des BVergG 2006 in diesem Bescheid beziehen sich daher mangels anderer ausdrücklicher Angabe auf die Gesetzesfassung gemäß BGBl I 2010/15. 3.0. Gegenständlich findet wegen der Vergabeverfahrenseinleitung nach dem 5.3.2010 das BVergG 2006, BGBl römisch eins 2006/17 in der Fassung BGBl römisch eins 2010/15 Anwendung, soweit in diesem Bescheid nichts anderes angegeben. Zitate des BVergG 2006 in diesem Bescheid beziehen sich daher mangels anderer ausdrücklicher Angabe auf die Gesetzesfassung gemäß BGBl römisch eins 2010/15.

3.1. Die Zuständigkeit des Bundesvergabeamts zur Kontrolle der Vergabeentscheidungen der Auftraggeberin wurde in der jüngsten Rsp des BVA aufrecht bejaht; und sind die zuständigkeitsbegründenden Tatsachen zwischen den Streitteilen dieses Nachprüfungsverfahrens sowie auch die rechtlichen Zuständigkeitsaspekte bei dieser Vergabe von Dienstleistungen mit Leistungsort in Österreich und Vergabeverfahrenseinleitung vor dem 1.7.2011 unstrittig - § 313 BVergG 2006 sowie aus der jüngeren Rsp BVA 11.10.2011, N/0098-BVA/08/2011- EV19 bzw BVA 11.11.2011, N/0098-BVA/08/2011-54. 3.1. Die Zuständigkeit des Bundesvergabeamts zur Kontrolle der Vergabeentscheidungen der Auftraggeberin wurde in der jüngsten Rsp des BVA aufrecht bejaht; und sind die zuständigkeitsbegründenden Tatsachen zwischen den Streitteilen dieses Nachprüfungsverfahrens sowie auch die rechtlichen Zuständigkeitsaspekte bei dieser Vergabe von Dienstleistungen mit Leistungsort in Österreich und Vergabeverfahrenseinleitung vor dem 1.7.2011 unstrittig - Paragraph 313, BVergG 2006 sowie aus der jüngeren Rsp BVA 11.10.2011, N/0098-BVA/08/2011- EV19 bzw BVA 11.11.2011, N/0098-BVA/08/2011-54.

Die Erfüllung der formellen Antragserfordernisse gemäß § 322 BVergG 2006 und die Anwendbarkeit des 2. Teils des BVergG 2006 betreffend klassische öffentliche Auftraggeber ist zwischen den Streitteilen gleichfalls unstrittig. Die Antragslegitimation der Antragstellerin wurde von der Auftraggeberin erstmals in der mündlichen Verhandlung am 5.12.2011 aus advokatorischer Vorsicht iZm einem erstmals im Nachprüfungsverfahren zwischen den Streitteilen substantiiert diskutierten weiteren Ausscheidensgrund bestritten. Die Erfüllung der formellen Antragserfordernisse gemäß Paragraph 322, BVergG 2006 und die Anwendbarkeit des 2. Teils des BVergG 2006 betreffend klassische öffentliche Auftraggeber ist zwischen den Streitteilen gleichfalls unstrittig. Die Antragslegitimation der Antragstellerin wurde von der Auftraggeberin erstmals in der mündlichen Verhandlung am 5.12.2011 aus advokatorischer Vorsicht iZm einem erstmals im Nachprüfungsverfahren zwischen den Streitteilen substantiiert diskutierten weiteren Ausscheidensgrund bestritten.

3.2. Inhaltliche Beurteilung

3.2.1. Zu den vorrangig interessierenden Rechtsgrundlagen

3.2.1.1. Art 2 und 55 der RL 2004/18/EG lauten: 3.2.1.1. Artikel 2 und 55 der RL 2004/18/EG lauten:

Artikel 2

Grundsätze für die Vergabe von Aufträgen

Die öffentlichen Auftraggeber behandeln alle Wirtschaftsteilnehmer gleich und nichtdiskriminierend und gehen in transparenter Weise vor.

Artikel 55

Ungewöhnlich niedrige Angebote

(1) Erwecken im Fall eines bestimmten Auftrags Angebote den Eindruck, im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrig

zu sein, so muss der öffentliche Auftraggeber vor Ablehnung dieser Angebote schriftlich Aufklärung über die Einzelposten

des Angebots verlangen, wo er dies für angezeigt hält. Die betreffenden

Erläuterungen können insbesondere Folgendes

betreffen:

1. a) Litera a
die Wirtschaftlichkeit des Bauverfahrens, des Fertigungsverfahrens oder der Erbringung der Dienstleistung,
2. b) Litera b
die gewählten technischen Lösungen und/oder alle außergewöhnlich günstigen Bedingungen, über die der Bieter bei der Durchführung der Bauleistungen, der Lieferung der Waren oder der Erbringung der Dienstleistung verfügt,
3. c) Litera c
die Originalität der Bauleistungen, der Lieferungen oder der Dienstleistungen wie vom Bieter angeboten,
4. d) Litera d
die Einhaltung der Vorschriften über Arbeitsschutz und Arbeitsbedingungen, die am Ort der Leistungserbringung gelten,
5. e) Litera e
die etwaige Gewährung einer staatlichen Beihilfe an den Bieter.

(2) Der öffentliche Auftraggeber prüft - in Rücksprache mit dem Bieter - die betreffende Zusammensetzung und berücksichtigt

dabei die gelieferten Nachweise.

(3) Stellt der öffentliche Auftraggeber fest, dass ein Angebot ungewöhnlich niedrig ist, weil der Bieter eine staatliche Beihilfe

[...].

3.2.1.2. Die hier interessierenden Bestimmungen der RL 89/665/EWG idF RL 2007/66/EG lauten 3.2.1.2. Die hier interessierenden Bestimmungen der RL 89/665/EWG in der Fassung RL 2007/66/EG lauten:

Artikel 1

Anwendungsbereich und Zugang zu Nachprüfungsverfahren

(1) Diese Richtlinie gilt für Aufträge im Sinne der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (*), sofern diese Aufträge nicht gemäß den Artikeln

10 bis 18 der genannten Richtlinie ausgeschlossen

sind.

Aufträge im Sinne der vorliegenden Richtlinie umfassen öffentliche Aufträge, Rahmenvereinbarungen, öffentliche Baukonzessionen und dynamische Beschaffungssysteme.

Die Mitgliedstaaten ergreifen die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass hinsichtlich der in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2004/18/EG fallenden Aufträge die Entscheidungen der öffentlichen Auftraggeber wirksam und vor allem möglichst rasch nach Maßgabe der Artikel 2 bis 2f der vorliegenden Richtlinie auf Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens oder gegen die einzelstaatlichen Vorschriften, die dieses Recht umsetzen, nachgeprüft werden können.

(2) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die in dieser Richtlinie getroffene Unterscheidung zwischen einzelstaatlichen Vorschriften zur Umsetzung des Gemeinschaftsrechts und den übrigen innerstaatlichen Bestimmungen nicht zu Diskriminierungen zwischen Unternehmen führt, die im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe eines öffentlichen

Auftrags einen Schaden geltend machen könnten.

(3) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass Nachprüfungsverfahren entsprechend den gegebenenfalls von den Mitgliedstaaten

festzulegenden Bedingungen zumindest jeder Person zur Verfügung stehen, die ein Interesse an einem bestimmten

Auftrag hat oder hatte und der durch einen behaupteten Verstoß ein Schaden entstanden ist bzw. zu entstehen droht.

(4) Die Mitgliedstaaten können verlangen, dass [...]

[...]

Artikel 2c

Fristen für die Beantragung einer Nachprüfung

Legt ein Mitgliedstaat fest, dass alle Nachprüfungsanträge gegen Entscheidungen

eines öffentlichen Auftraggebers, die im Rahmen von oder im Zusammenhang mit einem Vergabeverfahren im Sinne der Richtlinie 2004/18/EG ergehen, vor

Ablauf einer bestimmten Frist gestellt werden müssen, so beträgt diese Frist mindestens zehn Kalendertage, gerechnet ab dem Tag, der auf den Tag folgt, an dem die Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers an den Bieter oder Bewerber

abgesendet wurde, falls sie per Fax oder auf elektronischem Weg abgesendet wird, oder, falls andere [...]. Der Mitteilung

der Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers an jeden Bieter oder Bewerber

wird eine Zusammenfassung der einschlägigen

Gründe beigefügt. [...]

3.2.1.3. Die gegenständlich vorrangig interessierenden Bestimmungen des BVergG 2006 lauten:

Grundsätze des Vergabeverfahrens

§ 19. (1) Vergabeverfahren sind nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen. Paragraph 19, (1) Vergabeverfahren sind nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

[...]

Prüfung der Angebote und Ausscheiden von Angeboten

Allgemeine Bestimmungen

§ 122. Die Prüfung und Beurteilung eines Angebotes ist nur solchen Personen zu übertragen, welche die fachlichen Voraussetzungen hierfür erfüllen. Erforderlichenfalls sind unbefangene und von den Bietern unabhängige Sachverständige beizuziehen. Paragraph 122, Die Prüfung und Beurteilung eines Angebotes ist nur solchen Personen zu übertragen, welche die fachlichen Voraussetzungen hierfür erfüllen. Erforderlichenfalls sind unbefangene und von den Bietern unabhängige Sachverständige beizuziehen.

Vorgehen bei der Prüfung

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

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

1. 1.Ziffer eins
ob den in § 19 Abs. 1 angeführten Grundsätzen entsprochen wurde; den in Paragraph 19, Absatz eins, angeführten Grundsätzen entsprochen wurde;
2. 2.Ziffer 2
nach Maßgabe des § 70 die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Bieters bzw. - bei der Weitergabe von Leistungen - der namhaft gemachten Subunternehmer; nach Maßgabe des Paragraph 70, die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Bieters bzw. - bei der Weitergabe von Leistungen - der namhaft gemachten Subunternehmer;
3. 3.Ziffer 3
ob das Angebot rechnerisch richtig ist;
4. 4.Ziffer 4
die Angemessenheit der Preise;
5. 5.Ziffer 5
ob das Angebot den sonstigen Bestimmungen der Ausschreibung entspricht, insbesondere ob es formrichtig und vollständig ist. Zweifelhafte Preisangaben

§ 124. (1) Stimmt bei Angeboten mit Einheitspreisen der Positionspreis [...] Paragraph 124, (1) Stimmt bei Angeboten mit Einheitspreisen der Positionspreis [...]

Prüfung der Angemessenheit der Preise - vertiefte Angebotsprüfung

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

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

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

1. 1.Ziffer eins
Angebote einen im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis aufweisen,
2. 2.Ziffer 2
Angebote zu hohe oder zu niedrige Einheitspreise in wesentlichen Positionen gemäß § 79 Abs. 4 aufweisen, oder Angebote zu hohe oder zu niedrige Einheitspreise in wesentlichen Positionen gemäß Paragraph 79, Absatz 4, aufweisen, oder
3. 3.Ziffer 3
nach Prüfung gemäß Abs. 2 begründete Zweifel an der Angemessenheit von Preisen bestehen nach Prüfung gemäß Absatz 2, begründete Zweifel an der Angemessenheit von Preisen bestehen.

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

1. 1.Ziffer eins
im Preis aller wesentlichen Positionen alle direkt zuordenbaren Personal-, Material-, Geräte-, Fremdleistungs- und Kapitalkosten enthalten sind und ob die Aufwands- und Verbrauchsansätze nachvollziehbar sind;
2. 2.Ziffer 2
der Einheitspreis (Pauschalpreis, Regiepreis) für höherwertige Leistungen grundsätzlich höher angeboten wurde als für geringerwertige Leistungen;
3. 3.Ziffer 3
die gemäß § 97 Abs. 3 Z 3 geforderte oder vom Bieter gemäß § 109 Abs. 2 vorgenommene Aufgliederung der Preise oder des Gesamtpreises (insbesondere der Lohnanteile) aus der Erfahrung erklärbar ist. die gemäß Paragraph 97, Absatz 3, Ziffer 3, geforderte oder vom Bieter gemäß Paragraph 109, Absatz 2, vorgenommene Aufgliederung der Preise oder des Gesamtpreises (insbesondere der Lohnanteile) aus der Erfahrung erklärbar ist.

(5) Im Zuge der vertieften Angebotsprüfung muss der Auftraggeber vom Bieter eine verbindliche schriftliche - bei minder bedeutsamen Unklarheiten auch mündliche oder telefonische - Aufklärung verlangen. Die anschließende Prüfung hat unter Berücksichtigung der eingegangenen Erläuterungen bzw. der vom Bieter allenfalls vorgelegten Nachweise zu erfolgen. Der Auftraggeber hat insbesondere Erläuterungen in Bezug auf die Wirtschaftlichkeit des gewählten Fertigungs- oder Bauverfahrens bzw. der Erbringung der Dienstleistung, die gewählten technischen Lösungen, außergewöhnlich günstige Bedingungen, über die der Bieter bei der Erbringung der Leistung verfügt, die Originalität der vom Bieter angebotenen Leistung, die am Ort der Leistungserbringung geltenden arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen oder die etwaige Gewährung einer staatlichen Beihilfe an den Bieter bei der Überprüfung entsprechend zu berücksichtigen. Die vom Bieter erteilten Auskünfte sind der Niederschrift über die Prüfung der Angebote beizuschließen. Sofern der geschätzte Auftragswert 120 000 Euro nicht erreicht, kann von der Vorgehensweise gemäß diesem Absatz abgesehen werden.

(6) Stellt der Auftraggeber bei einem Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich fest, dass ein Angebotspreis im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrig ist, weil der betreffende Bieter eine staatliche Beihilfe [...].

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. Aufklärungsgespräche und Erörterungen

§ 127. (1) Während eines offenen oder eines nicht offenen Verfahrens sind nur Aufklärungsgespräche zum Einholen von Auskünften über die finanzielle und wirtschaftliche oder die technische Leistungsfähigkeit sowie Auskünfte, die zur Prüfung der Preisangemessenheit, der Erfüllung der Mindestanforderungen und der Gleichwertigkeit von Alternativ- oder Abänderungsangeboten erforderlich sind, zulässig. Paragraph 127, (1) Während eines offenen oder eines nicht offenen Verfahrens sind nur Aufklärungsgespräche zum Einholen von Auskünften über die finanzielle und wirtschaftliche oder die technische Leistungsfähigkeit sowie Auskünfte, die zur Prüfung der Preisangemessenheit, der Erfüllung der Mindestanforderungen und der Gleichwertigkeit von Alternativ- oder Abänderungsangeboten erforderlich sind, zulässig.

(2) [...]

(3) Aufklärungsgespräche und Erörterungen sind kommissionell zu führen. Gründe und Ergebnisse sind in einer Niederschrift festzuhalten. Niederschrift über die Prüfung

§ 128. (1) Über die Prüfung der Angebote und ihr Ergebnis ist eine Niederschrift zu verfassen, in welcher alle für die Beurteilung der Angebote wesentlichen Umstände festzuhalten sind. Paragraph 128, (1) Über die Prüfung der Angebote und ihr Ergebnis ist eine Niederschrift zu verfassen, in welcher alle für die Beurteilung der Angebote wesentlichen Umstände festzuhalten sind.

(2) Über die Gesamtpreise, die sich nach Prüfung der Angebote ergeben - bei Teilvergabe auch über die betreffenden Teilgesamtpreise -, ist jedem Bieter, der berechtigt war, an der Angebotsöffnung teilzunehmen, Auskunft zu geben. Jeder Bieter kann in sein allenfalls berichtigtes Angebot oder in die Durchrechnung seines Angebotes Einsicht nehmen.

(3) Der Bieter kann in den sein Angebot betreffenden Teil der Niederschrift Einsicht nehmen. Bei der Gestaltung der Niederschrift ist darauf Bedacht zu nehmen.

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. 2.Ziffer 2

Angebote von Bieter, deren Befugnis, finanzielle, wirtschaftliche oder technische Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit nicht gegeben ist;

3. 3.Ziffer 3

Angebote, die eine - durch eine vertiefte Angebotsprüfung festgestellte - nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises (zB spekulative Preisgestaltung) aufweisen;

4. 4.Ziffer 4

[...]

1. 7.Ziffer 7

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

2. 8.Ziffer 8

[...].

(2) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung kann der Auftraggeber Angebote von Bieter 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) Der Auftraggeber hat den Bieter vom Ausscheiden seines Angebotes unter Angabe des Grundes nachweislich elektronisch oder mittels Telefax zu verständigen.

3.2.2. Die Rsp zu Erfordernissen an ein gerechtfertigtes Ausscheiden und an das amtswegige Aufgreifen von Ausscheidensgründen; bzw zur Aufgabenverteilung zwischen Auftraggeber und Vergabekontrollbehörde

3.2.2.1. Aus VwGH ZI2007/04/0095 ergibt sich, dass die auftraggeberseitig an die Vergabekontrolle vorgelegten Vergabeunterlagen insb die tatsächensmäßige Grenze dafür sind, ob über die Begründung einer auftraggeberseitigen Vergabeentscheidung hinaus zu Lasten eines Antragstellers weitere Ausscheidensgründe amtswegig aufgegriffen werden dürfen, um damit entweder die Antragslegitimation zu verneinen bzw ein Ausscheiden als zumindest im Ergebnis richtig zu beurteilen. IdS bereits zuvor zB Grasböck, Zu Antragserfordernissen im Nachprüfungsverfahren betreffend die Zuschlagsentscheidung, ZVB 2004, 171. Derart nunmehr auch VwGH Zlen 2007/04/0012 und

2011/04/0125, wo nochmals klargestellt wurde, dass die Vergabekontrollbehörde insb keinen Sachverständigen bestellen muss, um erst im Nachprüfungsverfahren vorgebrachte Ausscheidensgründe zwecks allfälliger Rechtfertigungsmöglichkeit einer Ausscheidensentscheidung zu prüfen.

Erst im Nachprüfungsverfahren vorgelegte nachträglich geschaffene Vergabeunterlagen sind dabei keine taugliche Grundlage für die Begründung eines Ausscheidensgrunds zu Lasten eines Antragstellers - VwGH ZI 2009/04/0207, insoweit textmäßig [Hervorhebungen durch das BVA]:

[...] Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (siehe insbesondere das Erkenntnis vom 18. März 2009, ZI. 2007/04/0095) hat die Vergabekontrollbehörde - auch auf Grund eines entsprechenden Vorbringens des Auftraggebers, der den Antragsteller selbst nicht ausgeschieden hat - Anträge von Bietern (nur) dann als unzulässig zurückzuweisen, wenn sich aus der der Behörde vorliegenden Aktenlage des Vergabeverfahrens ergibt, dass der Bieter auszuscheiden gewesen wäre.

Im vorliegenden Fall hat die Beschwerdeführerin im Vergabeverfahren unstrittig von der Mitbeteiligten keine Nachweise ihrer finanziellen Leistungsfähigkeit gefordert und keine Bonitätsprüfung der Mitbeteiligten durchgeführt. Sie behauptet nicht, dass sich die mangelnde finanzielle Leistungsfähigkeit der Mitbeteiligten aus irgendwelchen Bestandteilen der Akten des Vergabeverfahrens ergäbe, sondern stützt sich diesbezüglich auf eine Auskunft der [...] vom 18. Juli 2008, die erst mit Stellungnahme der vergebenden Stelle vom 5. März 2009 im Nachprüfungsverfahren vorgelegt worden ist. Da sich somit aus den der Nachprüfungsbehörde vorliegenden Akten des Vergabeverfahrens der geltend gemachte Grund für das Ausscheiden des Angebots der Mitbeteiligten nicht ergibt, war die belangte Behörde nicht verpflichtet, das Vorliegen dieses Ausschlussgrundes zu prüfen und den Antrag der Mitbeteiligten gegebenenfalls zurückzuweisen.

[...]

3.2.2.2. Bereits aus VwGH ZI 2007/04/0095 ergibt sich, dass das BVA zB nicht zuständig ist, an Stelle des Auftraggebers bei behebbaren Angebotsmängeln ein Mängelbehebungsverfahren durchzuführen.

Mit Zlen 2007/04/0102 und 2011/04/0011 hat der VwGH höchstgerichtlich klargestellt, dass weder der Bieter noch der Auftraggeber die in einer Vergabe erstmals dem Auftraggeber obliegenden Schritte der gebotenen vertieften Angebotsprüfung auf die Vergabekontrolle überwälzen darf, derart der VwGH wortlautmäßig [Hervorhebungen durch das BVA]:

[...] Dies ergibt sich abgesehen von der zitierten Judikatur auch aus § 125 Abs. 5 BVergG 2006, wonach im Zuge der vertieften Angebotsprüfung der Auftraggeber eine verbindliche Erklärung zu verlangen hat und der Auftraggeber anschließend eingegangene Erläuterungen und Nachweise des Bieters bei der Prüfung der Erklär- und Nachvollziehbarkeit des Preises zu berücksichtigen hat. Dieser Bestimmung stünde es entgegen, wenn der Bieter die tatsächliche Erklärung für die Nachvollziehbarkeit des konkret überprüften Preises im Vergabeverfahren verschweigen und erst im Zuge eines allfälligen Nachprüfungsverfahrens vor der belangten Behörde preisgeben könnte, weil es dann dem Bieter überlassen bliebe, ob er eine vertiefte Angebotsprüfung schon vor dem Auftraggeber oder erst vor der Behörde ermöglicht, er also das in § 125 Abs. 5 BVergG 2006 umschriebene Verfahren vom Auftraggeber auf die Behörde überwälzt. Daher hat es der Verwaltungsgerichtshof im Erkenntnis vom 22. Juni 2011, ZI. 2011/04/0011, in einem Fall, in dem der Auftraggeber eine vertiefte Angebotsprüfung hätte durchführen müssen, dies aber unterlassen hat, für rechtmäßig angesehen, dass die Behörde die Zuschlagsentscheidung für nichtig erklärte, weil es Aufgabe des Auftraggebers (und nicht der Behörde) sei, die vertiefte Angebotsprüfung durchzuführen. [...] Dies ergibt sich abgesehen von der zitierten Judikatur auch aus Paragraph 125, Absatz 5, BVergG 2006, wonach im Zuge der vertieften Angebotsprüfung der Auftraggeber eine verbindliche Erklärung zu verlangen hat und der Auftraggeber anschließend eingegangene Erläuterungen und Nachweise des Bieters bei der Prüfung der Erklär- und Nachvollziehbarkeit des Preises zu berücksichtigen hat. Dieser Bestimmung stünde es entgegen, wenn der Bieter die tatsächliche Erklärung für die Nachvollziehbarkeit des konkret überprüften Preises im Vergabeverfahren verschweigen und erst im Zuge eines allfälligen Nachprüfungsverfahrens vor der belangten Behörde preisgeben könnte, weil es dann dem Bieter überlassen bliebe, ob er eine vertiefte Angebotsprüfung schon vor dem Auftraggeber oder erst vor der Behörde ermöglicht, er also das in Paragraph 125, Absatz 5, BVergG 2006 umschriebene Verfahren vom Auftraggeber auf die Behörde überwälzt. Daher hat es der Verwaltungsgerichtshof im Erkenntnis vom 22. Juni 2011, ZI. 2011/04/0011, in einem Fall,

in dem der Auftraggeber eine vertiefte Angebotsprüfung hätte durchführen müssen, dies aber unterlassen hat, für rechtmäßig angesehen, dass die Behörde die Zuschlagsentscheidung für nichtig erklärte, weil es Aufgabe des Auftraggebers (und nicht der Behörde) sei, die vertiefte Angebotsprüfung durchzuführen. [...]

ISd aufgezeigten VwGH-Rsp zur Aufgabenverteilung zwischen AG und BVA iZm der vertieften Preisprüfung zuvor bereits das BVA 1.6.2006, N/0028-BVA/08/2006-66.

3.2.2.3. Das BVergG 2006 sieht in Übereinstimmung mit der Art 2c RL 89/665/EWG idF RL 2007/66/EG vor, dass der AG seine Ausscheidens-, Zuschlags- und Widerrufentscheidung zu begründen hat. 3.2.2.3. Das BVergG 2006 sieht in Übereinstimmung mit der Artikel 2 c, RL 89/665/EWG in der Fassung RL 2007/66/EG vor, dass der AG seine Ausscheidens-, Zuschlags- und Widerrufentscheidung zu begründen hat.

Das BVA und der VwGH judizieren dazu in stRsp, dass eine Vergabeentscheidung bereits dann nichtigzuerklären ist, wenn sie nicht entsprechend begründet wurde. Derart hat zB BVA vom 30.4.2010, N/0022-BVA/08/2010-68 unter Zitierung insb höchstgerichtlicher Rsp bereits ausgeführt, dass die Begründungserfordernisse bei einer Ausscheidens-, Zuschlags- und Widerrufentscheidung im Lichte der jeweiligen Vergabeverfahrensfinalisierung für einen bestimmten Bieter gleichheitsrechtlich ident sind, wörtlich iZm einer Widerrufentscheidung wie folgt:

[...] 3.1.2.3. § 140 Abs 1 BVergG 2006 sieht nunmehr - grundsätzlich synchron zu dem die Zuschlagsentscheidung betreffenden §131 BVergG 2006 - vor, dass der Auftraggeber in der vor der Widerrufserklärung zu versendenden Widerrufentscheidung die Gründe für den beabsichtigten Widerruf bekannt geben muss. Dies entspricht zudem den hier bereits einschlägigen Bestimmungen der Art 2a und 2c der RL 89/665/EWG idF RL 2007/66/EG.[...] 3.1.2.3. Paragraph 140, Absatz eins, BVergG 2006 sieht nunmehr - grundsätzlich synchron zu dem die Zuschlagsentscheidung betreffenden §131 BVergG 2006 - vor, dass der Auftraggeber in der vor der Widerrufserklärung zu versendenden Widerrufentscheidung die Gründe für den beabsichtigten Widerruf bekannt geben muss. Dies entspricht zudem den hier bereits einschlägigen Bestimmungen der Artikel 2 a und 2 c der RL 89/665/EWG in der Fassung RL 2007/66/EG.

3.1.2.3. Damit verlangt der Gesetzgeber konform mit dem Nachprüfungskonzept der RL 89/665/EWG von einem Auftraggeber im Anwendungsbereich des 2. Teils des BVergG 2006, dass dieser die Entscheidungsgründe dartut, aus denen widerrufen werden soll, damit dann im Nachprüfungsverfahren diese Widerrufsgründe einer - nachprüfenden - Überprüfung zugeführt werden können. Wenn nunmehr idS der EuGH zB in der Rs C-275/08den Nachweis der Rechtfertigung einer bestimmten Vergabeentscheidung bereits im Vergabeverfahren - und nicht erst im Nachprüfungsverfahren - auferlegt, ist an das sich aus § 19 Abs 1 iVm Art 2 RL 2004/18 ergebende Transparenzgebot zu erinnern, dass einen vergaberechtsunterworfenen Auftraggeber dazu verpflichtet, sein Vergabeverfahren in allen Phasen transparent abzuwickeln. Aus diesem Transparenzgebot ist damit ersichtlich, dass der Auftraggeber vor dem Nachprüfungsverfahren die Gründe einer bestimmten Vergabeentscheidung nachprüfbar zu dokumentieren hat, die nach Begründungsmitteilung Gegenstand der gesetzlich iSd Art 1 Abs 1 RL 89/665/EWG iVm § 326 BVergG 2006 rasch angestrebten - Vergabenachprüfung sind. 3.1.2.3. Damit verlangt der Gesetzgeber konform mit dem Nachprüfungskonzept der RL 89/665/EWG von einem Auftraggeber im Anwendungsbereich des 2. Teils des BVergG 2006, dass dieser die Entscheidungsgründe dartut, aus denen widerrufen werden soll, damit dann im Nachprüfungsverfahren diese Widerrufsgründe einer - nachprüfenden - Überprüfung zugeführt werden können. Wenn nunmehr idS der EuGH zB in der Rs C-275/08den Nachweis der Rechtfertigung einer bestimmten Vergabeentscheidung bereits im Vergabeverfahren - und nicht erst im Nachprüfungsverfahren - auferlegt, ist an das sich aus Paragraph 19, Absatz eins, in Verbindung mit Artikel 2, RL 2004/18 ergebende Transparenzgebot zu erinnern, dass einen vergaberechtsunterworfenen Auftraggeber dazu verpflichtet, sein Vergabeverfahren in allen Phasen transparent abzuwickeln. Aus diesem Transparenzgebot ist damit ersichtlich, dass der Auftraggeber vor dem Nachprüfungsverfahren die Gründe einer bestimmten Vergabeentscheidung nachprüfbar zu dokumentieren hat, die nach Begründungsmitteilung Gegenstand der gesetzlich iSd Artikel eins, Absatz eins, RL 89/665/EWG in Verbindung mit Paragraph 326, BVergG 2006 rasch angestrebten - Vergabenachprüfung sind.

3.1.3. Zur Pflicht zur ausreichenden Begründung einer anfechtbaren Auftraggeberentscheidung existieren mittlerweile folgende insb auch judikative Klarstellungen, die die Bedeutung einer Entscheidungsbegründung für den Rechtsschutz unterstreichen:

3.1.3.1. So hat der EuGH hat zB am 28.1.2010 in der Rs C-406/08 "Uniplex" in den Rdnri 29ff betreffend die Entscheidung über einen Rahmenvereinbarungsabschluss ausgeführt wie folgt:

[...]

26 Die Richtlinie 89/665 soll sicherstellen, dass bei Verstößen gegen das

Gemeinschaftsrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens oder gegen die nationalen Vorschriften, die in Umsetzung dieses Rechts ergangen sind, Möglichkeiten einer wirksamen Nachprüfung bestehen, um die tatsächliche Anwendung der Richtlinien über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge zu gewährleisten. Sie enthält jedoch keine Bestimmungen, die sich speziell auf die Fristregelung für die von ihr vorgesehenen Nachprüfungsverfahren beziehen. Die Regelung dieser Fristen ist daher Sache der internen Rechtsordnung der einzelnen Mitgliedstaaten (Urteil vom 12. Dezember 2002, *Universale-Bau u. a.*, C-470/99, Slg. 2002, I-11617, Randnr. 71).

27 Die Modalitäten gerichtlicher Verfahren zum Schutz der Rechte, die das

Gemeinschaftsrecht den durch Entscheidungen der öffentlichen Auftraggeber geschädigten Bewerbern und Bietern einräumt, dürfen die praktische Wirksamkeit der Richtlinie 89/665 nicht beeinträchtigen (Urteil *Universale-Bau u. a.*, Randnr. 72).

28 Unter diesem Blickwinkel ist zu prüfen, ob im Hinblick auf die

Zielsetzung dieser Richtlinie eine nationale Regelung wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehende nicht die Rechte beeinträchtigt, die dem Einzelnen vom Gemeinschaftsrecht verliehen sind (Urteil *Universale-Bau u. a.*, Randnr. 73).

29 Insoweit ist daran zu erinnern, dass die Mitgliedstaaten nach Art. 1

Abs. 1 der Richtlinie 89/665 sicherstellen müssen, dass rechtswidrige

Entscheidungen der Vergabebehörden wirksam und möglichst rasch nachgeprüft werden können (Urteil *Universale-Bau u. a.*, Randnr. 74).

30 Der Umstand, dass ein Bewerber oder Bieter erfährt, dass seine Bewerbung

oder sein Angebot zurückgewiesen worden ist, versetzt ihn aber nicht in die Lage, wirksam mit einem Nachprüfungsantrag dagegen vorzugehen. Solche Informationen genügen für einen Bewerber oder Bieter nicht, um gegebenenfalls einen anfechtbaren Rechtsverstoß erkennen zu können.

31 Ein betroffener Bewerber oder Bieter kann sich erst dann darüber klar

werden, ob etwa ein Verstoß gegen die anwendbaren Vorschriften vorliegt und die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens angebracht ist, nachdem er von den Gründen in Kenntnis gesetzt worden ist, aus denen seine Bewerbung oder sein Angebot in dem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags abgelehnt wurde.

32 Daraus folgt, dass das in Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 89/665 gesetzte Ziel, das Bestehen wirksamer Nachprüfungsmöglichkeiten bei Verstößen gegen die Vorschriften über die Vergabe öffentlicher Aufträge sicherzustellen, nur dann erreicht werden kann, wenn die Fristen, die für die Einleitung der Nachprüfung vorgeschrieben sind, erst ab dem Zeitpunkt zu laufen beginnen, zu dem der Kläger von dem geltend gemachten Verstoß gegen die genannten Vorschriften Kenntnis erlangt hat oder hätte erlangen müssen (vgl. in diesem Sinne Urteil *Universale-Bau u. a.*, Randnr. 78).

Ziel, das Bestehen wirksamer Nachprüfungsmöglichkeiten bei Verstößen gegen die Vorschriften über die Vergabe öffentlicher Aufträge sicherzustellen, nur dann erreicht werden kann, wenn die Fristen, die für die Einleitung der Nachprüfung vorgeschrieben sind, erst ab dem Zeitpunkt zu laufen beginnen, zu dem der Kläger von dem geltend gemachten Verstoß gegen die genannten Vorschriften Kenntnis erlangt hat oder hätte erlangen müssen vergleiche in diesem Sinne Urteil *Universale-Bau u. a.*, Randnr. 78).

33 Bestätigung findet dies darin, dass nach Art. 41 Abs. 1 und 2 der zu der33 Bestätigung findet dies darin, dass nach Artikel 41, Absatz eins und 2 der zu der

für den Sachverhalt des Ausgangsverfahrens maßgeblichen Zeit geltenden Richtlinie 2004/18 die öffentlichen Auftraggeber den abgelehnten Bewerbern und Bietern die Gründe für die sie betreffende Entscheidung mitteilen müssen. Solche Bestimmungen stehen in einem logischen Zusammenhang mit einer Ausschlussfristregelung, nach der

Fristbeginn der Zeitpunkt ist, zu dem der Kläger von dem geltend gemachten Verstoß gegen die Vorschriften über die Vergabe öffentlicher Aufträge Kenntnis erlangt hat oder hätte erlangen müssen.

34 Weiteren Rückhalt findet dieses Ergebnis in den Änderungen, die die

Richtlinie 89/665 durch die Richtlinie 2007/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2007 zur Änderung der Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG des Rates im Hinblick auf die Verbesserung der Wirksamkeit der Nachprüfungsverfahren bezüglich der Vergabe öffentlicher Aufträge (ABl. L 335, S. 31) erfahren hat, obschon die Umsetzungsfrist für diese Richtlinie erst ablief, nachdem sich der Sachverhalt des Ausgangsverfahrens zugetragen hatte. Art. 2c der Richtlinie 89/665, der durch die Richtlinie 2007/66 eingefügt wurde, sieht nämlich vor, dass der Mitteilung der Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers an jeden Bewerber oder Bieter eine Zusammenfassung der einschlägigen Gründe beigefügt wird und dass die Fristen für die Beantragung einer Nachprüfung erst nach einer bestimmten Anzahl von Tagen nach dieser Mitteilung ablaufen. Richtlinie 89/665 durch die Richtlinie 2007/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2007 zur Änderung der Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG des Rates im Hinblick auf die Verbesserung der Wirksamkeit der Nachprüfungsverfahren bezüglich der Vergabe öffentlicher Aufträge Amtsblatt L 335, S. 31) erfahren hat, obschon die Umsetzungsfrist für diese Richtlinie erst ablief, nachdem sich der Sachverhalt des Ausgangsverfahrens zugetragen hatte. Artikel 2 c, der Richtlinie 89/665, der durch die Richtlinie 2007/66 eingefügt wurde, sieht nämlich vor, dass der Mitteilung der Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers an jeden Bewerber oder Bieter eine Zusammenfassung der einschlägigen Gründe beigefügt wird und dass die Fristen für die Beantragung einer Nachprüfung erst nach einer bestimmten Anzahl von Tagen nach dieser Mitteilung ablaufen.

35 Somit ist auf die erste Frage zu antworten, dass nach den Anforderungen

des Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 89/665 für den Beginn der Frist für die Einleitung eines Verfahrens zur Feststellung eines Verstoßes gegen die Vorschriften über die Vergabe öffentlicher Aufträge oder zur Erlangung von Schadensersatz wegen Verstoßes gegen diese Vorschriften auf den Zeitpunkt abzustellen ist, zu dem der Kläger von dem Verstoß Kenntnis erlangt hat oder hätte erlangen müssen. [...]des Artikel eins, Absatz eins, der Richtlinie 89/665 für den Beginn der Frist für die Einleitung eines Verfahrens zur Feststellung eines Verstoßes gegen die Vorschriften über die Vergabe öffentlicher Aufträge oder zur Erlangung von Schadensersatz wegen Verstoßes gegen diese Vorschriften auf den Zeitpunkt abzustellen ist, zu dem der Kläger von dem Verstoß Kenntnis erlangt hat oder hätte erlangen müssen. [...]

Der EuGH knüpft an die fehlerhafte Entscheidungsbegründung in diesem Auslegungsurteil die Rechtsfolge der Verlängerung der Anfechtungsfrist und misst damit der Begründung einer anfechtbaren Auftraggeberentscheidung besondere - gemeinschaftsrechtliche - Bedeutung zu.

3.1.3.2. Der VwGH hat zur Frage der Begründungspflicht am 22.4.2009 zur ZI2009/04/0081 ausgeführt wie folgt:

[...]

1.3. Zur Rechtswidrigkeit der Verletzung von § 131 vierter Satz BVergG 2006 1.3. Zur Rechtswidrigkeit der Verletzung von Paragraph 131, vierter Satz BVergG 2006:

§ 131 vierter Satz BVergG 2006 normiert unmissverständlich, dass in der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung den verbliebenen Bietern näher bezeichnete Informationen (das jeweilige Ende der Stillhaltefrist gemäß § 132, die Gründe für die Ablehnung ihres Angebotes, die Vergabesumme sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes) bekannt zu geben sind, sofern nicht die Bekanntgabe dieser Informationen öffentlichen Interessen oder den berechtigten Geschäftsinteressen von Unternehmern widersprechen oder dem freien und lautereren Wettbewerb schaden würde. Eine entgegen dieser Verpflichtung den Bietern abgegebene Zuschlagsentscheidung (§ 2 Z 48 BVergG 2006) ist daher eine objektiv rechtswidrige Entscheidung des Auftraggebers und verletzt den Bieter in dem gemäß § 131 vierter Satz BVergG 2006 zustehenden Recht auf Bekanntgabe der in dieser Bestimmung enthaltenen Informationen (vgl. im vorliegenden Zusammenhang § 15 Abs. 1 lit. a K-VergRG bzw. § 325 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006). Dies umso mehr, als diese Bestimmung nach den obzitierten Materialien gewährleisten soll, "dass ein nicht zum Zuge gekommener Bieter schon am Beginn der Stillhaltefrist die Informationen besitzt, die er für einen allfälligen Nachprüfungsantrag benötigt". Paragraph 131, vierter Satz BVergG 2006 normiert unmissverständlich, dass in der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung den verbliebenen Bietern näher bezeichnete Informationen (das jeweilige Ende der Stillhaltefrist gemäß Paragraph 132, die Gründe für die Ablehnung ihres Angebotes, die Vergabesumme sowie die

Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes) bekannt zu geben sind, sofern nicht die Bekanntgabe dieser Informationen öffentlichen Interessen oder den berechtigten Geschäftsinteressen von Unternehmern widersprechen oder dem freien und lauterem Wettbewerb schaden würde. Eine entgegen dieser Verpflichtung den Bietern abgegebene Zuschlagsentscheidung (Paragraph 2, Ziffer 48, BVergG 2006) ist daher eine objektiv rechtswidrige Entscheidung des Auftraggebers und verletzt den Bieter in dem gemäß Paragraph 131, vierter Satz BVergG 2006 zustehenden Recht auf Bekanntgabe der in dieser Bestimmung enthaltenen Informationen vergleiche im vorliegenden Zusammenhang Paragraph 15, Absatz eins, Litera a, K-VergRG bzw. Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006). Dies umso mehr, als diese Bestimmung nach den obzitierten Materialien gewährleisten soll, "dass ein nicht zum Zuge gekommener Bieter schon am Beginn der Stillhaltefrist die Informationen besitzt, die er für einen allfälligen Nachprüfungsantrag benötigt".

Dem Beschwerdeargument, § 132 Abs. 2 BVergG 2006 stelle eine abschließende Regelung zu den Rechtsfolgen der Unterlassung von Informationen nach §131 vierter Satz BVergG 2006 dar, kann nicht gefolgt werden. Diese Bestimmung stellt nach den obzitierten Materialien ausdrücklich klar, dass bei unterbliebener, jedoch gesetzlich vorgeschriebener Verpflichtung zur Mitteilung der Zuschlagsentscheidung ein nachfolgender Vertragsabschluss jedenfalls nichtig ist. Über die Frage, inwieweit ein Verstoß gegen § 131 vierter Satz BVergG 2006 eine Nichtigkeitserklärung der Zuschlagsentscheidung nach § 325 BVergG 2006 bzw. § 15 K-VergRG nach sich ziehen kann, trifft diese Regelung keine Aussage. Dem Beschwerdeargument, Paragraph 132, Absatz 2, BVergG 2006 stelle eine abschließende Regelung zu den Rechtsfolgen der Unterlassung von Informationen nach §131 vierter Satz BVergG 2006 dar, kann nicht gefolgt werden. Diese Bestimmung stellt nach den obzitierten Materialien ausdrücklich klar, dass bei unterbliebener, jedoch gesetzlich vorgeschriebener Verpflichtung zur Mitteilung der Zuschlagsentscheidung ein nachfolgender Vertragsabschluss jedenfalls nichtig ist. Über die Frage, inwieweit ein Verstoß gegen Paragraph 131, vierter Satz BVergG 2006 eine Nichtigkeitserklärung der Zuschlagsentscheidung nach Paragraph 325, BVergG 2006 bzw. Paragraph 15, K-VergRG nach sich ziehen kann, trifft diese Regelung keine Aussage.

Die Beschwerde ist der Auffassung, es sei zwischen der in § 131 BVergG 2006 geregelten Mitteilung der Zuschlagsentscheidung und der Zuschlagsentscheidung selbst zu unterscheiden, was mit sich bringe, dass Mängel der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung nach § 131 BVergG 2006 keinerlei Auswirkungen auf die Rechtmäßigkeit der Zuschlagsentscheidung an sich hätten. Diesem Argument ist entgegenzuhalten, dass eine Zuschlagsentscheidung nach der Definition des Gesetzgebers im § 2 Z 48 BVergG 2006 die an Bieter abgegebene nicht verbindliche Absichtserklärung ist, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. Konstituierendes Element der Zuschlagsentscheidung ist daher der Umstand, dass sie an Bieter abgegeben und in diesem Sinne mitgeteilt wird, was wiederum in § 131 BVergG 2006 geregelt ist (vgl. grundsätzlich zur Zuschlagsentscheidung nach BVergG 2002 und dem für deren Vorliegen erforderlichen nach außen getretenen, dem Auftraggeber zurechenbaren Erklärungswert das hg. Erkenntnis vom 27. Jänner 2006, 2005/04/0202, mwN). In diesem Sinne erläutern auch die obzitierten Materialien, dass nach der neuen Rechtslage des § 131 BVergG 2006 die Bekanntgabepflicht nach der Zuschlagsentscheidung entfällt und somit die Zuschlagsentscheidung die "letzte" gesondert anfechtbare Entscheidung im Vergabeverfahren ist. Die Beschwerde ist der Auffassung, es sei zwischen der in Paragraph 131, BVergG 2006 geregelten Mitteilung der Zuschlagsentscheidung und der Zuschlagsentscheidung selbst zu unterscheiden, was mit sich bringe, dass Mängel der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung nach Paragraph 131, BVergG 2006 keinerlei Auswirkungen auf die Rechtmäßigkeit der Zuschlagsentscheidung an sich hätten. Diesem Argument ist entgegenzuhalten, dass eine Zuschlagsentscheidung nach der Definition des Gesetzgebers im Paragraph 2, Ziffer 48, BVergG 2006 die an Bieter abgegebene nicht verbindliche Absichtserklärung ist, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. Konstituierendes Element der Zuschlagsentscheidung ist daher der Umstand, dass sie an Bieter abgegeben und in diesem Sinne mitgeteilt wird, was wiederum in Paragraph 131, BVergG 2006 geregelt ist vergleiche grundsätzlich zur Zuschlagsentscheidung nach BVergG 2002 und dem für deren Vorliegen erforderlichen nach außen getretenen, dem Auftraggeber zurechenbaren Erklärungswert das hg. Erkenntnis vom 27. Jänner 2006, 2005/04/0202, mwN). In diesem Sinne erläutern auch die obzitierten Materialien, dass nach der neuen Rechtslage des Paragraph 131, BVergG 2006 die Bekanntgabepflicht nach der Zuschlagsentscheidung entfällt und somit die Zuschlagsentscheidung die "letzte" gesondert anfechtbare Entscheidung im Vergabeverfahren ist.

1.4. Zur Wesentlichkeit der Verletzung von § 131 vierter Satz BVergG 2006 für den Ausgang des Vergabeverfahrens: 1.4. Zur Wesentlichkeit der Verletzung von Paragraph 131, vierter Satz BVergG 2006 für den Ausgang des Vergabeverfahrens:

Von der Verletzung des Bieters in dem ihm gemäß § 131 vierter Satz BVergG 2006 zustehenden Recht auf Bekanntgabe der in dieser Bestimmung enthaltenen Informationen (§ 15 Abs. 1 lit. a K-VergRG bzw. § 325 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006) ist die Frage ihrer Wesentlichkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens zu unterscheiden. Von der Verletzung des Bieters in dem ihm gemäß Paragraph 131, vierter Satz BVergG 2006 zustehenden Recht auf Bekanntgabe der in dieser Bestimmung enthaltenen Informationen (Paragraph 15, Absatz eins, Litera a, K-VergRG bzw. Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006) ist die Frage ihrer Wesentlichkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens zu unterscheiden.

Gemäß dem - insoweit mit § 325 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 übereinstimmenden - § 15 Abs. 1 lit b K-VergRG ist eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers nur dann für nichtig zu erklären, wenn die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist. Gemäß dem - insoweit mit Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 übereinstimmenden - Paragraph 15, Absatz eins, Litera b, K-VergRG ist eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers nur dann für nichtig zu erklären, wenn die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

Folgte man der Argumentation der Beschwerdeführerin, wonach die Unterlassung der Informationen nach § 131 vierter Satz BVergG 2006 in keinem Fall die intern getroffene Auswahl des in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängers berühre, so hätte ein Verstoß gegen diese Verpflichtung des Auftraggebers nie einen wesentlichen Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens. Es kann aber dem Gesetzgeber, der in den Erläuterungen gerade jene Probleme anführt, die durch eine Nichtbegründung der Zuschlagsentscheidung entstehen - insbesondere die Verkürzung der effektiven Anfechtungsfrist für den Bieter - nun nicht unterstellt werden, er habe eine im Ergebnis durch den betroffenen Bieter nicht anfechtbare und somit "ins Leere" gehende Verpflichtung des Auftraggebers geschaffen. Folgte man der Argumentation der Beschwerdeführerin, wonach die Unterlassung der Informationen nach Paragraph 131, vierter Satz BVergG 2006 in keinem Fall die intern getroffene Auswahl des in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängers berühre, so hätte ein Verstoß gegen diese Verpflichtung des Auftraggebers nie einen wesentlichen Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens. Es kann aber dem Gesetzgeber, der in den Erläuterungen gerade jene Probleme anführt, die durch eine Nichtbegründung der Zuschlagsentscheidung entstehen - insbesondere die Verkürzung der effektiven Anfechtungsfrist für den Bieter - nun nicht unterstellt werden, er habe eine im Ergebnis durch den betroffenen Bieter nicht anfechtbare und somit "ins Leere" gehende Verpflichtung des Auftraggebers geschaffen.

Vielmehr soll die Verpflichtung des Auftraggebers zur Begründung seiner Zuschlagsentscheidung nach § 131 vierter Satz BVergG 2006 - wie aus den Materialien ersichtlich - dem Bieter die Einbringung eines Nachprüfungsantrages mit ausreichender Vorbereitungszeit ermöglichen und dient daher letztlich den Zielen des § 19 Abs. 1 BVergG 2006. Vielmehr soll die Verpflichtung des Auftraggebers zur Begründung seiner Zuschlagsentscheidung nach Paragraph 131, vierter Satz BVergG 2006 - wie aus den Materialien ersichtlich - dem Bieter die Einbringung eines Nachprüfungsantrages mit ausreichender Vorbereitungszeit ermöglichen und dient daher letztlich den Zielen des Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006.

Gerade der von der Beschwerdeführerin aufgezeigte Umstand, dass der Gesetzgeber mit § 131 BVergG 2006 ganz bewusst die bisherige Holschuld (des Bieters und Nachprüfungswerbers) in eine Bringschuld (des öffentlichen Auftraggebers) umgewandelt hat, zeigt, dass dem Nachprüfungswerber nicht mehr zuzumuten ist, die vom Auftraggeber in seiner Zuschlagsentscheidung nicht bekannt gegebenen Informationen beim Auftraggeber selbst oder im Wege eines Nachprüfungsverfahrens zu beschaffen. Gerade der von der Beschwerdeführerin aufgezeigte Umstand, dass der Gesetzgeber mit Paragraph 131, BVergG 2006 ganz bewusst die bisherige Holschuld (des Bieters und Nachprüfungswerbers) in eine Bringschuld (des öffentlichen Auftraggebers) umgewandelt hat, zeigt, dass dem Nachprüfungswerber nicht mehr zuzumuten ist, die vom Auftraggeber in seiner Zuschlagsentscheidung nicht bekannt gegebenen Informationen beim Auftraggeber selbst oder im Wege eines Nachprüfungsverfahrens zu beschaffen.

Daher ist die Unterlassung der Begründung der Zuschlagsentscheidung für den Ausgang des Vergabeverfahrens im

Sinne des § 325 Abs. 1 Z. 2 BVergG 2006 bzw. § 15 Abs. 1 lit. b KVergRG schon dann wesentlich, wenn die Einbringung eines begründeten Nachprüfungsantrages dadurch erschwert oder behindert wird, was - wie die Erläuterungen anführen - in der Regel anzunehmen ist. [...] Daher ist die Unterlassung der Begründung der Zuschlagsentscheidung für den Ausgang des Vergabeverfahrens im Sinne des Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 bzw. Paragraph 15, Absatz eins, Litera b, KVergRG schon dann wesentlich, wenn die Einbringung eines begründeten Nachprüfungsantrages dadurch erschwert oder behindert wird, was - wie die Erläuterungen anführen - in der Regel anzunehmen ist. [...]

Der VwGH nimmt also die mangelhafte Entscheidungsbegründung zum Anlass, um die angefochtene Entscheidung allein deshalb der Kassation anheim zu stellen, was unter Rechtssicherheitsgesichtspunkten - es verbleibt kein Schwebezustand, ob eine Anfechtungs- bzw. Stillhaltefrist wegen allfällig mangelhafter Begründung bereits abgelaufen ist - zu befürworten ist; wobei zudem mit dieser Lösung des VwGH gleichfalls effektiver Vergaberechtsschutz eingeräumt wird.

3.1.3.3. Das Bundesvergabeamt hatte bereits zuvor richtungsgleich wie in der zitierten VwGH - E am 9.5.2007 im Bescheid N/0029-BVA/06/2007-112 ausgeführt wie folgt:

Der VfGH hat in seinem Erkenntnis v 12.6.2004, B 190/02, ergangen zu § 53a BVergG 1997, ausgeführt, dass ein Bieter auf die entsprechende Auskunft des Auftraggebers in der Begründung der Zuschlagsentscheidung angewiesen sein kann, um beurteilen zu können, ob die Zuschlagsentscheidung des Auftraggeber rechtmäßig ist. Der VfGH hat danach zum BVergG 1997 die Rechtsfolge der Verlängerung der Stillhaltefrist bis zu einer ordnungsgemäß erfolgten Begründung der Zuschlagsentscheidung vertreten. Der VfGH hat in seinem Erkenntnis v 12.6.2004, B 190/02, ergangen zu Paragraph 53 a, BVergG 1997, ausgeführt, dass ein Bieter auf die entsprechende Auskunft des Auftraggebers in der Begründung der Zuschlagsentscheidung angewiesen sein kann, um beurteilen zu können, ob die Zuschlagsentscheidung des Auftraggeber rechtmäßig ist. Der VfGH hat danach zum BVergG 1997 die Rechtsfolge der Verlängerung der Stillhaltefrist bis zu einer ordnungsgemäß erfolgten Begründung der Zuschlagsentscheidung vertreten.

Mag das BVergG 2006 nunmehr das Prozedere des Auskunftersuchens des Bieters um entsprechende Gründe für die Zuschlagsentscheidung dahin novelliert haben, dass der Auftraggeber gemäß § 131 Abs 1 BVergG 2006 die Zuschlagsentscheidung von sich aus mangels Ausnahmetatbestands zu begründen hat, so ist damit umso mehr die ratio des genannten Erkenntnisses auf die aktuelle Rechtslage anzuwenden. Selbige ratio ist aber nach Auffassung des erkennenden Senats vorerst, dass die Begründung der Zuschlagsentscheidung Ausfluss der Transparenz des Vergabeverfahrens ist, wobei der Transparenzgrundsatz nach dem EuGH zB in der Rs C-19/00 SIAC, Rdnr 41 aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz abzuleiten ist. Damit ist der Transparenzgrundsatz innerstaatlich zB im Gleichbehandlungsgrundsatz des § 19 Abs 1 BVergG 2006 verankert; wobei dieser Grundsatz - hinsichtlich einer richtlinienkonformen Auslegung - in den Vergabegrundsätzen des Art 2 der RL 2004/18/EG ausdrücklich genannt ist. Der Zweck dieser Begründungspflicht der Zuschlagsentscheidung führt nunmehr dazu, dass mangels anderweitiger Überprüfbarkeit für einen Bieter eine Zuschlagsentscheidung [...] aufzuheben ist, wenn ein Bieter zur Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Zuschlagsentscheidung auf diese vom Auftraggeber zu prästierende Information angewiesen ist. Mag das BVergG 2006 nunmehr das Prozedere des Auskunftersuchens des Bieters um entsprechende Gründe für die Zuschlagsentscheidung dahin novelliert haben, dass der Auftraggeber gemäß Paragraph 131, Absatz eins, BVergG 2006 die Zuschlagsentscheidung von sich aus mangels Ausnahmetatbestands zu begründen hat, so ist damit umso mehr die ratio des genannten Erkenntnisses auf die aktuelle Rechtslage anzuwenden. Selbige ratio ist aber nach Auffassung des erkennenden Senats vorerst, dass die Begründung der Zuschlagsentscheidung Ausfluss der Transparenz des Vergabeverfahrens ist, wobei der Transparenzgrundsatz nach dem EuGH zB in der Rs C-19/00 SIAC, Rdnr 41 aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz abzuleiten ist. Damit ist der Transparenzgrundsatz innerstaatlich zB im Gleichbehandlungsgrundsatz des Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 verankert; wobei dieser Grundsatz - hinsichtlich einer richtlinienkonformen Auslegung - in den Vergabegrundsätzen des Artikel 2, der RL 2004/18/EG ausdrücklich genannt ist. Der Zweck dieser Begründungspflicht der Zuschlagsentscheidung führt nunmehr dazu, dass mangels anderweitiger Überprüfbarkeit für einen Bieter eine Zuschlagsentscheidung [...] aufzuheben ist, wenn ein Bieter zur Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Zuschlagsentscheidung auf diese vom Auftraggeber zu prästierende Information angewiesen ist.

Sohin ist eine nicht gesetzmäßig begründete Zuschlagsentscheidung gemäß § 325 Abs 1 BVergG 2006 ergebnisrelevant

rechtswidrig, weil ohne gesetzmäßige Begründung beim Versenden der Zuschlagsentscheidung [...]. Mag § 131 Abs 1 BVerfG 2006 auch Geheimhaltungsinteressen kennen, die die Begründungspflicht partiell entfallen lassen können, so bedeutet der Entfall der Begründungspflicht nicht, dass die Zuschlagsentscheidung damit auch für die Vergabekontrollbehörde unüberprüfbar zu sein hat. Sohin ist eine nicht gesetzmäßig begründete Zuschlagsentscheidung gemäß Paragraph 325, Absatz eins, BVerfG 2006 ergebnisrelevant rechtswidrig, weil ohne gesetzmäßige Begründung beim Versenden der Zuschlagsentscheidung [...]. Mag Paragraph 131, Absatz eins, BVerfG 2006 auch Geheimhaltungsinteressen kennen, die die Begründungspflicht partiell entfallen lassen können, so bedeutet der Entfall der Begründungspflicht nicht, dass die Zuschlagsentscheidung damit auch für die Vergabekontrollbehörde unüberprüfbar zu sein hat.

Wollte sich also ein öffentlicher Auftraggeber auf eine Ausnahme von der Begründungspflicht berufen, hat er gemäß § 130 BVerfG 2006 erstens die Gründe für die Zuschlagsentscheidung dennoch gemäß § 130 Abs 2 BVerfG 2006 mit einer detaillierten verbalen Begründung festzuhalten und zweitens dort auch festzuhalten, warum seines Erachtens im konkreten Fall Geheimhaltungsinteressen einen partiellen Entfall der Begründungspflicht gegenüber dem Bieter rechtfertigen könnten. Wollte sich also ein öffentlicher Auftraggeber auf eine Ausnahme von der Begründungspflicht berufen, hat er gemäß Paragraph 130, BVerfG 2006 erstens die Gründe für die Zuschlagsentscheidung dennoch gemäß Paragraph 130, Absatz 2, BVerfG 2006 mit einer detaillierten verbalen Begründung festzuhalten und zweitens dort auch festzuhalten, warum seines Erachtens im konkreten Fall Geheimhaltungsinteressen einen partiellen Entfall der Begründungspflicht gegenüber dem Bieter rechtfertigen könnten.

3.1.3.4. Zur Rechtserheblichkeit einer mangelhaften Entscheidungsbegründung ist zur Veranschaulichung weiters noch auf den auf VwGH 2009/04/0081 aufbauenden Bescheid des BVA v 19.8.2009, N/0071-BVA/13/2009-29 hinzuweisen.

Dass der AG seine Entscheidungsbegründungspflicht nicht auf die Vergabekontrolle überwälzen kann, hat das BVA zwischenzeitig in stRsp zuletzt zB auch im Bescheid v 18.11.2011, N/0102-BVA/13/2011-21 wiederholt.

3.2.2.4. Hinsichtlich des Arguments, dass das BVA rücksichtlich der gesetzlichen Aufgabenverteilung nicht genuin dem AG obliegende und von diesem unterlassene Schritte des Vergabeverfahrens an Stelle des AG vornimmt, hat das BVA zB am 30.11.2010 zu N/0086 ua-BVA/08/2008-152 insb unter Hinweis auf EuGH Rs C-275/08 und VfGH G-113/08 entschieden, dass die Vergabekontrolle im behördlichen Nachprüfungsverfahren nicht erstmalig an Stelle des AG schlüssige Gutachten zur Rechtfertigung intransparenter Vergabeverfahren des AG einholt.

3.3. Zur jedenfalls derzeit fehlenden Berechtigung zum Ausscheiden der Antragstellerin nach § 129 Abs 1 Z 3 BVerfG 2006. 3.3. Zur jedenfalls derzeit fehlenden Berechtigung zum Ausscheiden der Antragstellerin nach Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVerfG 2006

Ein Ausscheiden gestützt auf § 129 Abs 1 Z 3 BVerfG scheidet unter der auftraggeberseitig gepflogenen Annahme, dass eine vertiefte Angebotsprüfung überhaupt erforderlich gewesen ist, derzeit jedenfalls deshalb aus, weil es nur bei minder bedeutsamen Unklarheiten iSd § 125 Abs 5 BVerfG 2006 unterbleiben kann, dass der Bieter Gelegenheit gemäß § 125 Abs 5 BVerfG 2006 erhält, schriftlich seinen Preis aufzuklären. Ein Ausscheiden gestützt auf Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVerfG scheidet unter der auftraggeberseitig gepflogenen Annahme, dass eine vertiefte Angebotsprüfung überhaupt erforderlich gewesen ist, derzeit jedenfalls deshalb aus, weil es nur bei minder bedeutsamen Unklarheiten iSd Paragraph 125, Absatz 5, BVerfG 2006 unterbleiben kann, dass der Bieter Gelegenheit gemäß Paragraph 125, Absatz 5, BVerfG 2006 erhält, schriftlich seinen Preis aufzuklären.

§ 125 Abs 5 spricht idS vom Eingang der Bietererklärung betreffend die preisbezügliche Unklarheit, was dokumentiert, dass der Bieter gesetzlich Gelegenheit haben muss, Preisfragen des Auftraggebers grundsätzlich schriftlich und in angemessener Frist ab Fragestellung zu beantworten. Ein bloßes Protokollieren einer mündlichen Preisaufklärung in einem Aufklärungsgespräch reicht nicht, wenn für den Auftraggeber eine Unklarheit iSd Paragraph 125, Absatz 5, spricht idS vom Eingang der Bietererklärung betreffend die preisbezügliche Unklarheit, was dokumentiert, dass der Bieter gesetzlich Gelegenheit haben muss, Preisfragen des Auftraggebers grundsätzlich schriftlich und in angemessener Frist ab Fragestellung zu beantworten. Ein bloßes Protokollieren einer mündlichen Preisaufklärung in einem Aufklärungsgespräch reicht nicht, wenn für den Auftraggeber eine Unklarheit iSd

§ 125 Abs 5 BVerfG 2006 vorliegt, von der das Ausscheiden des Bieters abhängt. Eine ausscheidensrelevante Unklarheit ist rechtlich keine minder bedeutsame Unklarheit gemäß § 125 Abs 5 BVerfG 2006. Paragraph 125, Absatz 5, BVerfG 2006 vorliegt, von der das Ausscheiden des Bieters abhängt. Eine ausscheidensrelevante Unklarheit ist

rechtlich keine minder bedeutsame Unklarheit gemäß Paragraph 125, Absatz 5, BVerG 2006.

Erst ab Vorliegen der schriftlichen Bieterpreisaufklärung betreffend preisliche Unklarheiten ist unter den sonstigen Voraussetzungen ein Ausscheiden gemäß § 129 Abs 1 Z 3 möglich, stellt doch die letztgenannte Bestimmung auf eine durchgeführte vertiefte Angebotsprüfung gemäß § 125 BVerG 2006 ab, die aber bislang mangels schriftlicher Darlegungsmöglichkeit für die Antragstellerin gegenüber der Auftraggeberin noch nicht stattgefunden hat. Eine diesbezügliche Ersatzvornahme durch das BVA hat iSd oben aufgezeigten Rsp nicht stattzufinden - VwGH Zlen 2007/04/0102 und 2011/04/0011. Erst ab Vorliegen der schriftlichen Bieterpreisaufklärung betreffend preisliche Unklarheiten ist unter den sonstigen Voraussetzungen ein Ausscheiden gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, möglich, stellt doch die letztgenannte Bestimmung auf eine durchgeführte vertiefte Angebotsprüfung gemäß Paragraph 125, BVerG 2006 ab, die aber bislang mangels schriftlicher Darlegungsmöglichkeit für die Antragstellerin gegenüber der Auftraggeberin noch nicht stattgefunden hat. Eine diesbezügliche Ersatzvornahme durch das BVA hat iSd oben aufgezeigten Rsp nicht stattzufinden - VwGH Zlen 2007/04/0102 und 2011/04/0011.

3.4. Wollte man iZm der Nullposition in Punkt 04.21b des LV iZm der LV - Position 07.370 jeweils eine Unklarheit nach § 126 Abs 1 BVerG 2006 sehen, hätte die Auftraggeberin von der Antragstellerin in diesem Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich gleichfalls zwingend eine schriftliche Aufklärung innerhalb angemessener Frist - § 57 Abs 1 Satz 1 BVerG 2006 - verlangen müssen, die (scil: schriftliche Aufklärung durch die Antragstellerin) gemäß § 126 Abs 1 BVerG 2006 danach der Niederschrift über die Angebotsprüfung beizuschließen gewesen wäre. Auch bei der schriftlichen Bieteraufklärung und der danach erstellten Angebotsprüfschrift nach § 128 BVerG 2006 handelt es sich um bislang nicht existierende Bestandsteile des Vergabeakts, die vor einem Ausscheiden der Antragstellerin vorliegen hätten müssen. Ident wie bei einer ergebnisrelevanten Begründungsmangelhaftigkeit einer Ausscheidensentscheidung führt auch das Fehlen dieser schriftlichen Aufklärungen und das Fehlen der diesbezüglichen Angebotsprüfungsniederschrift dazu, dass die Ausscheidensentscheidung aufzuheben ist, weil hier zu Lasten der Antragstellerin die Einbringung eines begründeten Nachprüfungsantrags erheblich behindert wird, zumal der Gesetzgeber durch diese die Transparenz des Vergabeverfahrens gewährleistenden Vorschriften objektiv sichergestellt hat, dass ein Bieter durch Vergabeentscheidungen des Auftraggebers nicht überrascht wird. 3.4. Wollte man iZm der Nullposition in Punkt 04.21b des LV iZm der LV - Position 07.370 jeweils eine Unklarheit nach Paragraph 126, Absatz eins, BVerG 2006 sehen, hätte die Auftraggeberin von der Antragstellerin in diesem Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich gleichfalls zwingend eine schriftliche Aufklärung innerhalb angemessener Frist - Paragraph 57, Absatz eins, Satz 1 BVerG 2006 - verlangen müssen, die (scil: schriftliche Aufklärung durch die Antragstellerin) gemäß Paragraph 126, Absatz eins, BVerG 2006 danach der Niederschrift über die Angebotsprüfung beizuschließen gewesen wäre. Auch bei der schriftlichen Bieteraufklärung und der danach erstellten Angebotsprüfschrift nach Paragraph 128, BVerG 2006 handelt es sich um bislang nicht existierende Bestandsteile des Vergabeakts, die vor einem Ausscheiden der Antragstellerin vorliegen hätten müssen. Ident wie bei einer ergebnisrelevanten Begründungsmangelhaftigkeit einer Ausscheidensentscheidung führt auch das Fehlen dieser schriftlichen Aufklärungen und das Fehlen der diesbezüglichen Angebotsprüfungsniederschrift dazu, dass die Ausscheidensentscheidung aufzuheben ist, weil hier zu Lasten der Antragstellerin die Einbringung eines begründeten Nachprüfungsantrags erheblich behindert wird, zumal der Gesetzgeber durch diese die Transparenz des Vergabeverfahrens gewährleistenden Vorschriften objektiv sichergestellt hat, dass ein Bieter durch Vergabeentscheidungen des Auftraggebers nicht überrascht wird.

3.5. Zur Beurteilung des Erklärungswerts der Ausscheidensentscheidung

Aus dem Text der Ausscheidensentscheidung und insb aus deren Begründung geht nicht objektiv redlich, und insb nicht ohne vernünftigen Grund zu zweifeln, hervor, dass die Auspreisung der Position 07.370 als Ausscheidensgrund herangezogen wird.

Dies geht nach den Wertungen des § 915 ABGB zu Lasten der Auftraggeberin. Dies geht nach den Wertungen des Paragraph 915, ABGB zu Lasten der Auftraggeberin.

Wegen der Zitierung der Nullposition einleitend in der Begründung der Ausscheidensentscheidung ist diese maW objektiv redlich nur betreffend den Ausscheidensgrund iZm der LV - Position 04.21b begründet worden, insoweit allerdings ohne den Aspekt der zusätzlichen für die Rechenquerschnitte relevanten Lastfälle im Falle der Planung des Permanentausbaus mit Tübingen als dem im Nachprüfungsverfahren zentral strittig gewordenen Aspekt iZm der behauptet vergaberechtswidrigen Aufwandsverlagerung zwischen LV - Positionen.

3.6. Wenn die Auftraggeberin im Nachprüfungsverfahren den Aspekt der zusätzlichen Lastfälle beim Permanentausbau mit Tübbingen argumentiert, wenn aber weder in der Begründung der angefochtenen Entscheidung noch im AV vom 18.10.2011 noch im Besprechungsprotokoll vom 17.10.2011 noch sonst in den Vergabeunterlagen erweislich ist, dass die Antragstellerin vor dem Nachprüfungsverfahren mit diesen zusätzlichen Lastenfällen und damit einem nach Auftraggeberinnenauffassung zwingend in der Position 04.21b zu kalkulierenden Mehraufwand iZm den Rechenquerschnitten, dem Grunde und dem Betrag nach, als Ausscheidensaspekt konfrontiert wurde, ist die Ausscheidensentscheidung ergebnisrelevant begründungsmangelhaft iSv § 129 Abs 3 BVergG 2006 - VwGH 2009/04/0081.3.6. Wenn die Auftraggeberin im Nachprüfungsverfahren den Aspekt der zusätzlichen Lastfälle beim Permanentausbau mit Tübbingen argumentiert, wenn aber weder in der Begründung der angefochtenen Entscheidung noch im AV vom 18.10.2011 noch im Besprechungsprotokoll vom 17.10.2011 noch sonst in den Vergabeunterlagen erweislich ist, dass die Antragstellerin vor dem Nachprüfungsverfahren mit diesen zusätzlichen Lastenfällen und damit einem nach Auftraggeberinnenauffassung zwingend in der Position 04.21b zu kalkulierenden Mehraufwand iZm den Rechenquerschnitten, dem Grunde und dem Betrag nach, als Ausscheidensaspekt konfrontiert wurde, ist die Ausscheidensentscheidung ergebnisrelevant begründungsmangelhaft iSv Paragraph 129, Absatz 3, BVergG 2006 - VwGH 2009/04/0081.

Da die auftraggeberseitig vorgebrachte Aufwandsverlagerung aus der Position 04.21b des LV in eine andere LV - Position bislang nicht aus den auftraggeberseitig im Zuge der Angebotsprüfung gemäß §§ 122ff vor einem Nachprüfungsverfahren zu schaffenden Vergabeunterlagen ersichtlich ist; und insb das Thema der zusätzlichen Lastfälle darin überhaupt nicht dargestellt ist, darf das BVA iSv VwGH ZI 2011/4/0125 diese Tatsachenfragen auch nicht amtswegig mit weiteren Beweiserhebungen untersuchen, um allenfalls einen Ausscheidensgrund zu finden. Denn dabei würde das BVA auch mit Sachverständigen ermitteln müssen, welche konkreten Lastfälle zu wieviel Mehrkosten führen würden - VwGH ZI 2007/04/0012. Da die auftraggeberseitig vorgebrachte Aufwandsverlagerung aus der Position 04.21b des LV in eine andere LV - Position bislang nicht aus den auftraggeberseitig im Zuge der Angebotsprüfung gemäß Paragraphen 122 f, f, vor einem Nachprüfungsverfahren zu schaffenden Vergabeunterlagen ersichtlich ist; und insb das Thema der zusätzlichen Lastfälle darin überhaupt nicht dargestellt ist, darf das BVA iSv VwGH ZI 2011/4/0125 diese Tatsachenfragen auch nicht amtswegig mit weiteren Beweiserhebungen untersuchen, um allenfalls einen Ausscheidensgrund zu finden. Denn dabei würde das BVA auch mit Sachverständigen ermitteln müssen, welche konkreten Lastfälle zu wieviel Mehrkosten führen würden - VwGH ZI 2007/04/0012.

Dieser Ausscheidensgrund, sprich die nach Auffassung der Auftraggeberin vergaberechts- bzw ausschreibungswidrige Nullposition, kann nach VwGH Zlen 2007/04/0012 und 2011/04/0125 daher auch nicht amtswegig zur Rechtfertigung der angefochtenen Ausscheidensentscheidung aufgegriffen werden, zumal die Antragstellerin vorbrachte, dass beim Permanenttübblingausbau mangels temporären Spritzbetonausbaus wegen der vorläufigen Tübbinge für sie kein Mehraufwand bei der Position 04.21b entstehen würde. Das BVA müsste auch zur Bewertung dieser Aussage einen Sachverständigen nach §§ 52f AVG bestellen. Dieser Ausscheidensgrund, sprich die nach Auffassung der Auftraggeberin vergaberechts- bzw ausschreibungswidrige Nullposition, kann nach VwGH Zlen 2007/04/0012 und 2011/04/0125 daher auch nicht amtswegig zur Rechtfertigung der angefochtenen Ausscheidensentscheidung aufgegriffen werden, zumal die Antragstellerin vorbrachte, dass beim Permanenttübblingausbau mangels temporären Spritzbetonausbaus wegen der vorläufigen Tübbinge für sie kein Mehraufwand bei der Position 04.21b entstehen würde. Das BVA müsste auch zur Bewertung dieser Aussage einen Sachverständigen nach Paragraphen 52 f, AVG bestellen.

Dass die Antragstellerin beim Aufklärungsgespräch am 17.10.2011 in der dort relativ kurzen zur Verfügung stehenden Zeit irrig die LV - Position 04.18a iZm der zentral strittigen LV - Position 04.21b in Relation setzte, ist dabei rechtlich unter dem Aspekt des § 129 Abs 1 Z 7 BVergG 2006 unbeachtlich, da die Auftraggeberin trotz gesetzlichen Gebots, wie oben aufgezeigt, die schriftlichen Aufklärungen durch die Antragstellerin gemäß §§ 126 Abs 1 bzw allenfalls 125 Abs 5 BVergG 2006 betreffend diese für sie ausweislich des Aufklärungsgesprächs vom 17.10.2011 bestehenden Unklarheiten nicht eingeholt hat. Dadurch wurde die Antragstellerin in ihren vergaberechtlichen Rechten zur schriftlichen Aufklärung ihres eigenen Angebots iZm den nunmehr angezogenen Ausscheidensgründen verkürzt, zumal die Antragstellerin - von der Auftraggeberseite abgelehnt - ca eine Woche vor dem Aufklärungsgespräch am 17.10.2011 die Fragen des Aufklärungsgesprächs erhalten hätte wollen; und der Gesetzgeber in den §§ 125 Abs 5, 126 Abs 1 und 127 BVergG 2006 eine kontradiktorische Angebotserörterung zwischen Bieter und Auftraggeber - gemäß § 57 Abs 1 BVergG

2006 mit angemessenen Fristen - vorsieht. Dass die Antragstellerin beim Aufklärungsgespräch am 17.10.2011 in der dort relativ kurzen zur Verfügung stehenden Zeit irrig die LV - Position 04.18a iZm der zentral strittigen LV - Position 04.21b in Relation setzte, ist dabei rechtlich unter dem Aspekt des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 unbeachtlich, da die Auftraggeberin trotz gesetzlichen Gebots, wie oben aufgezeigt, die schriftlichen Aufklärungen durch die Antragstellerin gemäß Paragraphen 126, Absatz eins, bzw allenfalls 125 Absatz 5, BVergG 2006 betreffend diese für sie ausweislich des Aufklärungsgesprächs vom 17.10.2011 bestehenden Unklarheiten nicht eingeholt hat. Dadurch wurde die Antragstellerin in ihren vergaberechtlichen Rechten zur schriftlichen Aufklärung ihres eigenen Angebots iZm den nunmehr angezogenen Ausscheidensgründen verkürzt, zumal die Antragstellerin - von der Auftraggeberseite abgelehnt - ca eine Woche vor dem Aufklärungsgespräch am 17.10.2011 die Fragen des Aufklärungsgesprächs erhalten hätte wollen; und der Gesetzgeber in den Paragraphen 125, Absatz 5, 126, Absatz eins und 127 BVergG 2006 eine kontradiktorische Angebotserörterung zwischen Bieter und Auftraggeber - gemäß Paragraph 57, Absatz eins, BVergG 2006 mit angemessenen Fristen - vorsieht.

3.7. Zum Ausscheidensgrund iZm Position 07.370 des LV

Der unter dem Aspekt der Kollektivvertragswidrigkeit bzw unter dem Aspekt der unzulässigen Aufwandsverschiebung diskutierte Ausscheidenssachverhalt iZm § 129 Abs 1 Z 7 BVergG 2006 ist nach der oben dargelegten Auffassung nicht Inhalt der Ausscheidensbegründung gemäß § 129 Abs 3 BVergG 2006. Dieser behauptete Ausscheidenssachverhalt ist aber bislang auch in den Unterlagen des Vergabeverfahrens nicht derart gemäß §§ 122ff BVergG 2006 ersichtlich, dass er amtswegig aufgegriffen werden könnte. Nach der hier angelegten Meinung ist es nämlich für den erkennenden Senat aus der Ausschreibung iZm dem einschlägigen Kollektivvertrag und der dortigen Beschäftigungsgruppenbeschreibung nicht ohne Beiziehung eines Sachverständigen nach §§ 52f AVG bzw ohne weitere Tatsachenerhebungen bereits jetzt auftraggeberseitig dokumentiert, dass hier Angestellte der Antragstellerin bzw der sonstigen Bieter in der Beschäftigungsgruppe 3 oder aber der Beschäftigungsgruppe 4 des einschlägigen KV heranzuziehen sind. Bzw ist es insoweit nicht und insb nicht aus den Vergabeunterlagen, die zu Beginn des Nachprüfungsverfahrens vorgelegt werden mussten, ersichtlich, dass man mit dem antragstellerinnenseits kalkulierten und als Einheitspreis in der Position 07.370 angegebenen Stundensatz von nn*** Euro niemals das Auslangen findet. Der unter dem Aspekt der Kollektivvertragswidrigkeit bzw unter dem Aspekt der unzulässigen Aufwandsverschiebung diskutierte Ausscheidenssachverhalt iZm Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 ist nach der oben dargelegten Auffassung nicht Inhalt der Ausscheidensbegründung gemäß Paragraph 129, Absatz 3, BVergG 2006. Dieser behauptete Ausscheidenssachverhalt ist aber bislang auch in den Unterlagen des Vergabeverfahrens nicht derart gemäß Paragraphen 122 f, f, BVergG 2006 ersichtlich, dass er amtswegig aufgegriffen werden könnte. Nach der hier angelegten Meinung ist es nämlich für den erkennenden Senat aus der Ausschreibung iZm dem einschlägigen Kollektivvertrag und der dortigen Beschäftigungsgruppenbeschreibung nicht ohne Beiziehung eines Sachverständigen nach Paragraphen 52 f, AVG bzw ohne weitere Tatsachenerhebungen bereits jetzt auftraggeberseitig dokumentiert, dass hier Angestellte der Antragstellerin bzw der sonstigen Bieter in der Beschäftigungsgruppe 3 oder aber der Beschäftigungsgruppe 4 des einschlägigen KV heranzuziehen sind. Bzw ist es insoweit nicht und insb nicht aus den Vergabeunterlagen, die zu Beginn des Nachprüfungsverfahrens vorgelegt werden mussten, ersichtlich, dass man mit dem antragstellerinnenseits kalkulierten und als Einheitspreis in der Position 07.370 angegebenen Stundensatz von nn*** Euro niemals das Auslangen findet.

Die im Sachverhalt wiedergegebenen AG - Unterlagen (Protokoll 17.10 und AV 18.10) besagen höchstens, dass wegen dieses Einheitspreises auszuscheiden wäre, sie lassen aber keine schlüssige Herleitung zu, warum hier auszuscheiden wäre.) IdZ seien der Rechtsvertreter der Auftraggeberin und die Angebotsprüferin der Auftraggeberin aus der Verhandlung am 5.12.2011 zitiert:

[RA der AG]: Zum Beweis, dass die Baustellenzulage zu kalkulieren war, weil die im Baustellenbereich zurückzulegenden Wegstrecken eine beträchtliche Zeit in Anspruch nehmen, wird auf den Trassenplan D0118-LP-00253 verwiesen. Die nächstgelegene Einstiegsstelle befindet sich beim Portal Innsbruck bzw. Portal des Zugangstunnels, sowie Portal Tulfes und Portal Fensterstollen Ampass. Der Lohnkalkulation muss nach den Vorgaben der Ausschreibung die Beschäftigungsgruppe 4 des KV zugrunde liegen.

Amtswegig wird festgehalten, dass die Beschäftigungsgruppe 4 nicht ausdrücklich in der Ausschreibung verlangt ist. Vorgebracht wird vom [RA der AG], dass sich aus der Leistungsbeschreibung zu dieser Position das Anforderungsprofil entsprechend zumindest Beschäftigungsgruppe 4 ergibt.

[Angebotsprüferin]: Bei Beschäftigungsgruppe 3 würde man arbeitsrechtlich mit nn*** Euro auskommen, wenn das Taggeld nicht kalkuliert würde für drei Stunden. Der Taggeldanspruch entsteht nach drei Stunden. ...

Der erkennende Senat kennt zB die Örtlichkeiten lt Vorbringen des Vertreters der Auftraggeberin iZm den Tunneleinstiegsstellen nicht entsprechend und konnte schon allein deshalb ohne weitere Beweisaufnahme insoweit keine Beurteilung vornehmen.

Bzw sei der auftraggeberinnenseits bei der Vergabe eingesetzte Geologe über Befragen vorerst des Vertreters der Antragstellerin und nach einer Zwischenkonversation mit seiner Aussage zu den erforderlichen Beschäftigungsgruppen lt KV zitiert:

Über Befragen von [...] gibt Herr Dipl. Geol. G*** an, dass er glaubt, dass es Ingenieure sind, wobei über Nachfrage nach Zwischenkonversation modifiziert wird, dass es Diplomingenieure sind.

Insoweit ist auch der Sachverhalt iZm den in der LV - Position 07.370 ausgepreisten nn*** Euro pro Leistungsstunde des Geotechnikers vor Ort maW nicht amtswegig als Ausscheidensgrund aufgreifbar, da aus den Vergabeunterlagen zu Beginn des Nachprüfungsverfahrens iSv VwGH ZI 2009/04/0207 nicht ohne zusätzliche Tatsachenermittlungen und nicht ohne Sachverständigenbeiziehung hervorgeht, wieso das insoweit in der (sonstigen) Ausschreibung abgebildete Leistungsbild für die Leistungen lt LV - Position 07.370 zum zwingenden Einsatz eines Angestellten der Beschäftigungsgruppe 4 des genannten KV führt; bzw warum gegenständlich jedenfalls auch ein Taggeld gemäß KV zu kalkulieren gewesen wäre; bzw dass die Antragstellerin hier eindeutig Aufwand in eine andere LV - Position vergaberechts- und ausschreibungswidrig verschoben hat.

Zur Klarstellung: Wenn nämlich - fallbezogen vergleichend - eine Pflicht zur Bestellung eines Sachverständigen bestehen kann, ob ein Prototyp eine erprobte Lösung ist - VwGH ZI 2007/04/0012, so muss dies umso mehr der Fall sein, wenn fraglich ist, ob sich aus dem Leistungsbild der Ausschreibung für die beteiligten Verkehrskreise branchenspezifisch das Erfordernis einer Tätigkeit eines Angestellten einer oder einer anderen Beschäftigungsgruppe eines bestimmten KV objektiv redlich iSd Vertrauens Theorie gemäß ABGB ergibt; zur Sachverständigennotwendigkeit iZm Ausschreibungsgriffen siehe weiters auch VwGH ZI 2006/04/0139.

3.8. Zusammenfassend zu zentralen Vergaberechtswidrigkeiten gemäß 325 Abs 1 Z 1 BVergG 2006 iZm der angefochtenen Entscheidung 3.8. Zusammenfassend zu zentralen Vergaberechtswidrigkeiten gemäß 325 Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006 iZm der angefochtenen Entscheidung

3.8.1. Der Auftraggeber hat in der Ausscheidensentscheidung zusammenfassend bei sonstiger Vergaberechtswidrigkeit gemäß §§ 129 Abs 3 Z 1 BVergG 2006 jedenfalls jene Tatsachen anzugeben, die es rechtlich ermöglichen, unter einen bestimmten Ausscheidenstatbestand zu subsumieren, um seine Begründungspflicht zu erfüllen. 3.8.1. Der Auftraggeber hat in der Ausscheidensentscheidung zusammenfassend bei sonstiger Vergaberechtswidrigkeit gemäß Paragraphen 129, Absatz 3, Ziffer eins, BVergG 2006 jedenfalls jene Tatsachen anzugeben, die es rechtlich ermöglichen, unter einen bestimmten Ausscheidenstatbestand zu subsumieren, um seine Begründungspflicht zu erfüllen.

3.8.2. Erst ab Existenz von Vergabeunterlagen vor dem Nachprüfungsverfahren gemäß VwGH ZI 2009/04/0207 und iSd raschen Nachprüfungsverfahrens gemäß Art 1 RL 89/665/EWG idgF ist insb seitens des BVA zu prüfen, ob die Ausscheidensgründe allenfalls aus der Aktenlage des Vergabeverfahrens ersichtlich sind. Die Auftraggeberin hat es bislang - wie oben aufgezeigt - unterlassen, jene Tatsachengrundlagen zu erheben und Unterlagen zu erstellen, die sie mitunter zum Ausscheiden der Antragstellerin berechtigen würden - §§ 122 ff BVergG 2006. 3.8.2. Erst ab Existenz von Vergabeunterlagen vor dem Nachprüfungsverfahren gemäß VwGH ZI 2009/04/0207 und iSd raschen Nachprüfungsverfahrens gemäß Artikel eins, RL 89/665/EWG idgF ist insb seitens des BVA zu prüfen, ob die Ausscheidensgründe allenfalls aus der Aktenlage des Vergabeverfahrens ersichtlich sind. Die Auftraggeberin hat es bislang - wie oben aufgezeigt - unterlassen, jene Tatsachengrundlagen zu erheben und Unterlagen zu erstellen, die sie mitunter zum Ausscheiden der Antragstellerin berechtigen würden - Paragraphen 122, ff BVergG 2006.

3.8.3. Wenn das BVergG 2006 in den §§ 122ff BVergG 2006 die Angebotsprüfung, danach die Niederschrift über die Angebotsprüfung und erst danach das Ausscheiden regelt, ist ersichtlich, dass vor dem Ausscheiden eines Bieters die Niederschrift gemäß § 128 Abs 1 betreffend diesen Bieter existieren muss, damit diesem Bieter für seine Rechtsverfolgung die Informationen gemäß § 128 Abs 3 BVergG 2006 gewährleistet sind, also insbesondere die

Information über jene Tatsachen, auf Grund welcher der AG in - schlüssig deduktiv nachvollziehbar - aus einem bestimmten Ausscheidensgrund ausscheiden will. § 128 Abs 1 spricht insoweit von allen für die Beurteilung der Angebote wesentlichen Umständen. Mangels entsprechender Niederschrift hat die Auftraggeberin insb auch diese die Fairness und Transparenz des Vergabeverfahrens bezweckende Vorschrift verletzt und dadurch auch die Nachprüfung verhindert. 3.8.3. Wenn das BVergG 2006 in den Paragraphen 122 f, f, BVergG 2006 die Angebotsprüfung, danach die Niederschrift über die Angebotsprüfung und erst danach das Ausscheiden regelt, ist ersichtlich, dass vor dem Ausscheiden eines Bieters die Niederschrift gemäß Paragraph 128, Absatz eins, betreffend diesen Bieter existieren muss, damit diesem Bieter für seine Rechtsverfolgung die Informationen gemäß Paragraph 128, Absatz 3, BVergG 2006 gewährleistet sind, also insbesondere die Information über jene Tatsachen, auf Grund welcher der AG in - schlüssig deduktiv nachvollziehbar - aus einem bestimmten Ausscheidensgrund ausscheiden will. Paragraph 128, Absatz eins, spricht insoweit von allen für die Beurteilung der Angebote wesentlichen Umständen. Mangels entsprechender Niederschrift hat die Auftraggeberin insb auch diese die Fairness und Transparenz des Vergabeverfahrens bezweckende Vorschrift verletzt und dadurch auch die Nachprüfung verhindert.

3. 9. Zur Ergebnisrelevanz der aufgezeigten Rechtswidrigkeiten

Die aufgezeigten Rechtswidrigkeiten, die mit der Ausscheidensentscheidung als der diesbezüglich gemäß § 2 Z 16 BVergG 2006 gesondert anfechtbaren Entscheidung aufgegriffen werden mussten, sind von wesentlichem Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens gemäß § 325 Abs 1 Z 2 BVergG 2006. 3.9.1. Da die Ausscheidensentscheidung bislang nicht mit § 129 Abs 1 Z 3 und Z 7 BVergG 2006 gerechtfertigt werden kann, bleibt die Antragstellerin weiterhin ein im Vergabeverfahren verbliebene Bieterin, die aktuell weiterhin für den Zuschlag in Betracht kommt. Die aufgezeigten Rechtswidrigkeiten, die mit der Ausscheidensentscheidung als der diesbezüglich gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, BVergG 2006 gesondert anfechtbaren Entscheidung aufgegriffen werden mussten, sind von wesentlichem Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens gemäß Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006. 3.9.1. Da die Ausscheidensentscheidung bislang nicht mit Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3 und Ziffer 7, BVergG 2006 gerechtfertigt werden kann, bleibt die Antragstellerin weiterhin ein im Vergabeverfahren verbliebene Bieterin, die aktuell weiterhin für den Zuschlag in Betracht kommt.

3.9.2. Die fehlende Angabe der oben aufgezeigt entscheidungswesentlichen Tatsachen in der Begründung der Ausscheidensentscheidung bzw in den Vergabeunterlagen zu Beginn des Nachprüfungsverfahrens („nämlich insb das Fehlen der Angabe der zusätzlichen Lastfälle bei der Planung des Permanentausbaus des Tunnels Ahrental mit Tübingen; bzw die fehlende Angabe der Tatsachen in der Begründung der Ausscheidensentscheidung, dass der in Position 07.370 des LV mit einem Stundensatz auszupreisende Geotechniker gemäß der Beschäftigungsgruppe 4 des Kollektivvertrags für Angestellte bei Architekten und Ingenieurskonsulenten zu entlohnen ist und nicht entsprechend der Antragstellerinnenauffassung in der Beschäftigungsgruppe 3; bzw das Fehlen nachvollziehbarer Tatsachenangaben in den Vergabeunterlagen, dass das rücksichtlich dieser Position rücksichtlich allfällig entsprechender Tatsachen zu verrechnende Fahrtgeld ab den hier relevanten drei Stunden zu einer Nichteinhaltung arbeitsrechtlicher Vorschriften führen würde,)

führt zur Erschwerung und nachhaltigen Behinderung der Antragstellerin bei ihrer Einbringung eines begründeten Nachprüfungsantrags.

3.9.3. Die mangelhaften Entscheidungsbegründung ist iSv VwGH ZI2009/04/0081 daher von wesentlichem Einfluss auf den Vergabeverfahrensausgang, zumal auch erst ab einer entsprechenden Entscheidungsbegründung diese Begründung gemäß § 129 Abs 3 BVergG 2006 durch das BVA nachprüfend überprüft werden kann - Art 1, 2 und 2c der RL 89/665/EWG idf RL 2007/66 EG. 3.9.3. Die mangelhaften Entscheidungsbegründung ist iSv VwGH ZI2009/04/0081 daher von wesentlichem Einfluss auf den Vergabeverfahrensausgang, zumal auch erst ab einer entsprechenden Entscheidungsbegründung diese Begründung gemäß Paragraph 129, Absatz 3, BVergG 2006 durch das BVA nachprüfend überprüft werden kann - Artikel eins, 2 und 2 c der RL 89/665/EWG idf RL 2007/66 EG.

3.9.4. Die Unterlassung der Anfertigung einer entsprechenden Niederschrift über die Angebotsprüfung, in welcher die vorausgezeigt fehlenden wesentlichen Tatsachen rücksichtlich der Ausscheidensfrage betreffend das Angebot der Antragstellerin enthalten gewesen wären, führt gleichfalls zu einer ergebnisrelevanten Vergaberechtswidrigkeit der Ausscheidensentscheidung, da sie iSd Wertungen aus zB VwGH 2009/04/0081 der § 128 Abs 1 und 3 - ident zur Wertung bei der fehlenden Entscheidungsbegründung - gleichfalls die Einbringung eines begründeten

Nachprüfungsantrags wesentlich behindert und erschwert, werden doch dadurch die dem Bieter über das Transparenzgebot des Art 2 RL 2004/18/EG geschuldete wesentliche Informationen über sein weiteres Schicksal im Vergabeverfahren vorenthalten, auf die er gemäß § 128 Abs 3 BVergG 2006 Anspruch hätte. Die Antragstellerin hat gegenständlich am 19.10.2011 relativ kurzfristig nach einem Aufklärungsgespräch am 17.10.2011 eine Ausscheidensentscheidung erhalten, die Informationen gemäß § 128 Abs 1 und Abs 3 BVergG 2006 sind bis heute nicht in den Vergabeunterlagen dokumentiert. 3.9.4. Die Unterlassung der Anfertigung einer entsprechenden Niederschrift über die Angebotsprüfung, in welcher die vorausgezeigt fehlenden wesentlichen Tatsachen rücksichtlich der Ausscheidensfrage betreffend das Angebot der Antragstellerin enthalten gewesen wären, führt gleichfalls zu einer ergebnisrelevanten Vergaberechtswidrigkeit der Ausscheidensentscheidung, da sie iSd Wertungen aus zB VwGH 2009/04/0081 der Paragraph 128, Absatz eins und 3 - ident zur Wertung bei der fehlenden Entscheidungsbegründung - gleichfalls die Einbringung eines begründeten Nachprüfungsantrags wesentlich behindert und erschwert, werden doch dadurch die dem Bieter über das Transparenzgebot des Artikel 2, RL 2004/18/EG geschuldete wesentliche Informationen über sein weiteres Schicksal im Vergabeverfahren vorenthalten, auf die er gemäß Paragraph 128, Absatz 3, BVergG 2006 Anspruch hätte. Die Antragstellerin hat gegenständlich am 19.10.2011 relativ kurzfristig nach einem Aufklärungsgespräch am 17.10.2011 eine Ausscheidensentscheidung erhalten, die Informationen gemäß Paragraph 128, Absatz eins und Absatz 3, BVergG 2006 sind bis heute nicht in den Vergabeunterlagen dokumentiert.

3.10. Soweit die Antragstellerin aus advokatorischer Vorsicht die Antraglegitimation offenkundig deshalb bestreitet, weil man allenfalls Ausscheidensgründe außerhalb der Ausscheidensentscheidung aufzugreifen hätte, ist die Auftraggeberin darauf zu verweisen, dass nach dem erfolgten Ausscheiden bei Anfechtung der Ausscheidensentscheidung amtswegig aus der Aktenlage des Vergabeverfahrens erkennbare zusätzliche Ausscheidensgründe über § 325 Abs 1 Z 2 zur Abweisung des Nachprüfungsantrags führen, nicht aber über § 320 Abs 1 BVergG 2006 zur Zurückweisung mangels Antragslegitimation, siehe dazu VwGH ZI 2009/04/0302 bzw BVA 1.6.2011, N/0035-BVA/08/2011-77. 3.10. Soweit die Antragstellerin aus advokatorischer Vorsicht die Antraglegitimation offenkundig deshalb bestreitet, weil man allenfalls Ausscheidensgründe außerhalb der Ausscheidensentscheidung aufzugreifen hätte, ist die Auftraggeberin darauf zu verweisen, dass nach dem erfolgten Ausscheiden bei Anfechtung der Ausscheidensentscheidung amtswegig aus der Aktenlage des Vergabeverfahrens erkennbare zusätzliche Ausscheidensgründe über Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, zur Abweisung des Nachprüfungsantrags führen, nicht aber über Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006 zur Zurückweisung mangels Antragslegitimation, siehe dazu VwGH ZI 2009/04/0302 bzw BVA 1.6.2011, N/0035-BVA/08/2011-77.

Weitere Beweisaufnahmen waren für das BVA bei den vorstehend aufgezeigten Tatsachen des Vergabeverfahrens nicht erforderlich - § 39 Abs 3 AVG. Weitere Beweisaufnahmen waren für das BVA bei den vorstehend aufgezeigten Tatsachen des Vergabeverfahrens nicht erforderlich - Paragraph 39, Absatz 3, AVG.

3.11. Soweit in der Verhandlung am 5.12.2011 offenbar wurde, dass die Antragstellerin im Aufklärungsgespräch am 17.10.2011 - bislang unbeanstandet - einmal bei der Erörterung der Position 04.21b an Stelle von Spritzbeton den Begriff Ort beton verwendet hat und damit einen weiteren Ausscheidensgrund betreffend den Tunnelinnenschalenausbau ins Spiel gebracht haben könnte, wäre es diesbezüglich zwar denkmöglich, hier eine Ausscheidung gemäß § 129 Abs 2 BVergG 2006 zu überlegen, wenn es sich dabei tatsächlich nicht nur um eine offenkundiges Vergreifen im Wortlaut handeln sollte; und das durch § 129 Abs 2 eingeräumte Ermessen danach vom Auftraggeber sachgerecht geübt würde. Eine Ermessensausscheidung über § 129 Abs 2 BVergG 2006 setzt aber eine diesbezügliche Willensentscheidung des Auftraggebers voraus, die - da das BVA ja nicht Auftraggeber ist - vom BVA nicht ersatzweise vorgenommen werden darf. Das BVA überprüft derartige Ermessensausscheidungen des Auftraggebers erst dann, wenn sie beim BVA angefochten werden. 3.11. Soweit in der Verhandlung am 5.12.2011 offenbar wurde, dass die Antragstellerin im Aufklärungsgespräch am 17.10.2011 - bislang unbeanstandet - einmal bei der Erörterung der Position 04.21b an Stelle von Spritzbeton den Begriff Ort beton verwendet hat und damit einen weiteren Ausscheidensgrund betreffend den Tunnelinnenschalenausbau ins Spiel gebracht haben könnte, wäre es diesbezüglich zwar denkmöglich, hier eine Ausscheidung gemäß Paragraph 129, Absatz 2, BVergG 2006 zu überlegen, wenn es sich dabei tatsächlich nicht nur um eine offenkundiges Vergreifen im Wortlaut handeln sollte; und das durch Paragraph 129, Absatz 2, eingeräumte Ermessen danach vom Auftraggeber sachgerecht geübt würde. Eine Ermessensausscheidung über Paragraph 129, Absatz 2, BVergG 2006 setzt aber eine diesbezügliche

Willensentscheidung des Auftraggebers voraus, die - da das BVA ja nicht Auftraggeber ist - vom BVA nicht ersatzweise vorgenommen werden darf. Das BVA überprüft derartige Ermessensausscheidungen des Auftraggebers erst dann, wenn sie beim BVA angefochten werden.

Eine diesbezügliche Ausschreibungswidrigkeit nach § 129 Abs 1 Z 7 BVergG 2006 ist nach der hier angelegten Auffassung jedenfalls bislang nicht entsprechend zu erkennen, da insoweit entgegen VwGH 2009/04/0207 hier erstmalig durch das BVA Tatsachengrundlagen iZm der Überprüfung eines allfällig offenkundigen Begriffsirrtums ermittelt werden müssten, die in der Ausscheidensentscheidung nicht angegeben sind, die aber auch in den die Ausscheidung tragenden Vergabeunterlagen bislang nicht enthalten sind. Eine diesbezügliche Ausschreibungswidrigkeit nach Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 ist nach der hier angelegten Auffassung jedenfalls bislang nicht entsprechend zu erkennen, da insoweit entgegen VwGH 2009/04/0207 hier erstmalig durch das BVA Tatsachengrundlagen iZm der Überprüfung eines allfällig offenkundigen Begriffsirrtums ermittelt werden müssten, die in der Ausscheidensentscheidung nicht angegeben sind, die aber auch in den die Ausscheidung tragenden Vergabeunterlagen bislang nicht enthalten sind.

Wenn idS bei hier angelegten Auffassung der Nullpreis in der Position 04.21b keine minder bedeutsame Unklarheit iSd § 125 Abs 5 BVergG 2006 ist, weil dieser Aspekt eben zum Ausscheiden verwendet werden soll, so hätte die Auftraggeberin eben vor dem auf § 129 Abs 1 Z 3 BVergG 2006 gestützte Ausscheiden die Antragstellerin auffordern müssen, sich über diese Nullposition schriftlich zu erklären. § 125 Abs 5 BVergG 2006 spricht insoweit eben von eingegangenen Bietererklärungen; und gerade nicht von vom Auftraggeber verfassten Protokollen. Eine Niederschrift gemäß §§ 126 Abs 1 iVm 128 Abs 1 BVergG 2006 darüber, ob es sich im Aufklärungsgespräch beim Ortbetonbegriff um ein offenkundiges Vergreifen im Wortlaut oder aber um eine bewusst derart gewollte Angabe der Antragstellerin handelt, also eine Niederschrift samt vorangehenden schriftlichen Aufklärungsprozedere gemäß § 126 Abs 1 über diese Unklarheit, existiert wie aufgezeigt in den Vergabeunterlagen nicht. Wenn idS bei hier angelegten Auffassung der Nullpreis in der Position 04.21b keine minder bedeutsame Unklarheit iSd Paragraph 125, Absatz 5, BVergG 2006 ist, weil dieser Aspekt eben zum Ausscheiden verwendet werden soll, so hätte die Auftraggeberin eben vor dem auf Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG 2006 gestützte Ausscheiden die Antragstellerin auffordern müssen, sich über diese Nullposition schriftlich zu erklären. Paragraph 125, Absatz 5, BVergG 2006 spricht insoweit eben von eingegangenen Bietererklärungen; und gerade nicht von vom Auftraggeber verfassten Protokollen. Eine Niederschrift gemäß Paragraphen 126, Absatz eins, in Verbindung mit 128 Absatz eins, BVergG 2006 darüber, ob es sich im Aufklärungsgespräch beim Ortbetonbegriff um ein offenkundiges Vergreifen im Wortlaut oder aber um eine bewusst derart gewollte Angabe der Antragstellerin handelt, also eine Niederschrift samt vorangehenden schriftlichen Aufklärungsprozedere gemäß Paragraph 126, Absatz eins, über diese Unklarheit, existiert wie aufgezeigt in den Vergabeunterlagen nicht.

Das BVA fertigt aber auch Prüfniederschriften gemäß § 128 iVm 126 Abs 1 BVergG 2006 nicht anstelle der Auftraggeberin an und verlangt auch keine diesbezüglich vorangehenden schriftlichen Bieteraufklärungen von den Bietern. Zudem hat der bei der Angebotsprüfung für die Auftraggeberin tätige Geologe am 5.12.2011 selbst ausgesagt, dass ihm der Begriff Ortbeton erst heute aufgefallen wäre, was aber deutlich indiziert, dass am 17.10.2011 für die Teilnehmer am Aufklärungsgespräch unstrittig war, dass Herr DI H*** für die Antragstellerin hier den Spritzbetonausbau an Stelle des Tübbingausbaus erörtert hat, und hier indiziell irrtümlich der Begriff Ortbeton an Stelle von Spritzbeton verwendet worden ist. Das BVA fertigt aber auch Prüfniederschriften gemäß Paragraph 128, in Verbindung mit 126 Absatz eins, BVergG 2006 nicht anstelle der Auftraggeberin an und verlangt auch keine diesbezüglich vorangehenden schriftlichen Bieteraufklärungen von den Bietern. Zudem hat der bei der Angebotsprüfung für die Auftraggeberin tätige Geologe am 5.12.2011 selbst ausgesagt, dass ihm der Begriff Ortbeton erst heute aufgefallen wäre, was aber deutlich indiziert, dass am 17.10.2011 für die Teilnehmer am Aufklärungsgespräch unstrittig war, dass Herr DI H*** für die Antragstellerin hier den Spritzbetonausbau an Stelle des Tübbingausbaus erörtert hat, und hier indiziell irrtümlich der Begriff Ortbeton an Stelle von Spritzbeton verwendet worden ist.

3.12. Zum Pauschalgebührenersatz

Für die Antragstellerin wurden für den Nichtigerklärungsantrag 1.751,00 Euro an Pauschalgebühren entrichtet - lfd Nr 13 des Verwaltungsakts. Dieser Betrag entspricht den für den Nichtigerklärungsantrag gemäß § 318 BVergG 2006 iVm der Kundmachung des Bundeskanzlers BGBl II 2011/281 geschuldeten Pauschalgebühren betreffend einen

Nachprüfungsantrag bei einer Dienstleistungsvergabe in einem offenen Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich. Für die Antragstellerin wurden für den Nichtigerklärungsantrag 1.751,00 Euro an Pauschalgebühren entrichtet - lfd Nr 13 des Verwaltungsakts. Dieser Betrag entspricht den für den Nichtigerklärungsantrag gemäß Paragraph 318, BVergG 2006 in Verbindung mit der Kundmachung des Bundeskanzlers BGBl römisch zwei 2011/281 geschuldeten Pauschalgebühren betreffend einen Nachprüfungsantrag bei einer Dienstleistungsvergabe in einem offenen Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich.

Da die als Antragstellerin obsiegende Bietergemeinschaft gemäß § 20 Abs 2 BVergG 2006 als solche parteifähig vor dem BVA ist, waren der Auftraggeberin die Pauschalgebühren zu Gunsten der antragstellenden Bietergemeinschaft gemäß § 319 Abs 1 und Abs 3 BVergG 2006 aufzuerlegen; wegen des entsprechenden Begehrens gemäß § 19a RAO zu Handen der anwaltlichen Antragstellerinnenvertretung. Da die als Antragstellerin obsiegende Bietergemeinschaft gemäß Paragraph 20, Absatz 2, BVergG 2006 als solche parteifähig vor dem BVA ist, waren der Auftraggeberin die Pauschalgebühren zu Gunsten der antragstellenden Bietergemeinschaft gemäß Paragraph 319, Absatz eins und Absatz 3, BVergG 2006 aufzuerlegen; wegen des entsprechenden Begehrens gemäß Paragraph 19 a, RAO zu Handen der anwaltlichen Antragstellerinnenvertretung.

Schlagworte

Begründungsmangelhaftigkeit; Preisplausibilität; Erörterungsgebot; minder bedeutsame Unklarheiten

Zuletzt aktualisiert am

09.01.2012

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