

TE Verg Bescheid 2011/10/4 N/0083-BVA/09/2011-27

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 04.10.2011

Norm

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitaa

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §6

BVergG 2006 §312 Abs2 Z2

BVergG 2006 §321 Abs4

BVergG 2006 §325 Abs1 Z2

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
 3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
-
1. BVergG 2006 § 6 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
-
1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 321 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 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 Vorsitzenden des Senates 9, Mag. Gerhard Prünster, sowie Dkfm Dr. Johann Hackl als Mitglied der Auftraggeberseite und MMag Dr. Annemarie Mille als Mitglied der Auftragnehmerseite, im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs 2 Z 2 Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung der Novelle BGBl I Nr. 15/2010 (BVergG) betreffend das Vergabeverfahren "A2 Süd Autobahn, Abschnitt: Pack - Twimberg, Teil 1, Generalsanierung Dienstleistung - Örtliche Bauaufsicht", des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs- Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5- 9, 1011 Wien, vertreten durch die ASFINAG Bau Management GmbH, Modecenterstraße 16, 1030 Wien, über Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 5. September 2011, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 9, Mag. Gerhard Prünster, sowie Dkfm Dr. Johann Hackl als Mitglied der Auftraggeberseite und MMag Dr. Annemarie Mille als Mitglied der Auftragnehmerseite, im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, (BVergG) betreffend das Vergabeverfahren "A2 Süd Autobahn, Abschnitt: Pack - Twimberg, Teil 1, Generalsanierung Dienstleistung - Örtliche Bauaufsicht", des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs- Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5- 9, 1011 Wien, vertreten durch die ASFINAG Bau Management GmbH, Modecenterstraße 16, 1030 Wien, über Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 5. September 2011, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Dem Antrag "auf Nichtigerklärung der angefochtenen Zuschlagsentscheidung" wird stattgegeben.

Die Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs- Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, vertreten durch die ASFINAG Bau Management GmbH, Modecenterstraße 16, 1030 Wien, vom 25.8.2011 im Vergabeverfahren "A2 Süd Autobahn, Abschnitt: Pack - Twimberg, Teil 1, Generalsanierung "Dienstleistung - Örtliche Bauaufsicht", wird für nichtig erklärt.

Rechtsgrundlage: §§ 312 Abs 2 Z 2 und 325 Abs 1 Z 2 BVergG und §§ 914f ABGB
Rechtsgrundlage: Paragraphen 312, Absatz 2, Ziffer 2 und 325 Absatz eins, Ziffer 2, BVergG und Paragraphen 914 f, ABGB

II.römisch zwei.

Dem Antrag vom 29.9.2011 auf Ersatz der Pauschalgebühren gemäß § 319 BVergG wird stattgegeben
Dem Antrag vom 29.9.2011 auf Ersatz der Pauschalgebühren gemäß Paragraph 319, BVergG wird stattgegeben.

Der Auftraggeber Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, ist verpflichtet,

der Antragstellerin A***, zu Handen ihrer rechtsfreundlichen Vertretung

X***, binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Bescheides die für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von insgesamt Euro XXXX zu ersetzen.
X***, binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Bescheides die für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von insgesamt Euro römisch 40 zu ersetzen.

Rechtsgrundlage: § 319 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraph 319, BVergG

Begründung

Die A***, vertreten durch X*** (in der Folge Antragstellerin), stellte mit Schriftsatz vom 5. September 2011 einen Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung wie im Spruch wiedergegeben.

Mit Schriftsatz vom 5. September 2011 brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass der Auftraggeber die Dienstleistung "Örtliche Bauaufsicht" in einem offenen Verfahren im Oberschwellenbereich ausgeschrieben habe. Laut Zuschlagsentscheidung vom 25. August 2011 solle der Zuschlag an die B***, erfolgen. Der präsumtive Zuschlagsempfänger wäre jedoch aufgrund des ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreises für die optional ausgeschrieben Leistungen nicht zu bewerten, sondern auszuschneiden gewesen.

Nach Punkt D.1, 1.2.5 der Ausschreibungsbedingungen, habe die Prüfung der Angebote nach den Bestimmungen der gegenständlichen Ausschreibung zu erfolgen. Danach seien für die Prüfung der Angebote nicht nur die Bestimmungen des Punktes

1.2.6 "vertiefte Angebotsprüfung - Prüfung der Angemessenheit der Preise", sondern auch die Bestimmungen des Punktes 1.2.10 "Optional ausgeschriebene Leistungen" heranzuziehen. Gemäß der Punkte 1.2.6 und 1.2.10 werde die Prüfung der Angemessenheit der Preise iSd § 125 BVergG für die vertiefte Angebotsprüfung wie folgt festgelegt: 1.2.6 "vertiefte Angebotsprüfung - Prüfung der Angemessenheit der Preise", sondern auch die Bestimmungen des Punktes 1.2.10 "Optional ausgeschriebene Leistungen" heranzuziehen. Gemäß der Punkte 1.2.6 und 1.2.10 werde die Prüfung der Angemessenheit der Preise iSd Paragraph 125, BVergG für die vertiefte Angebotsprüfung wie folgt festgelegt:

Angebote, deren Gesamtpreise mehr als 20% unter dem Median liegen, werden keiner weiteren vertieften Angebotsprüfung unterzogen, sondern ausgeschieden.

Aus den Ausschreibungsunterlagen, insbesondere dem Angebotsdeckblatt und dem Punkt 1.2.10, sei die Willensabsicht eindeutig erkennbar, dass neben dem Gesamtpreis der Grundleistung auch der Gesamtpreis der Option einer vertieften Angebotsprüfung unterzogen werde.

Dies stimme auch mit Punkt 1.2.10 überein. Hier werde bestimmt, dass die optional ausgeschriebenen Leistungen im LV getrennt anzugeben seien und sämtliche vertragliche Regelungen, somit auch die Ausscheidung nach Punkt 1.2.6, auch für die Option gelten würden. Punkt 1.2.10 sei erst im Zuge der ersten Berichtigung der Ausschreibung am 7.6.2011 aufgenommen worden.

Die Definition des Gesamtpreises ergebe sich aus dem Angebotsdeckblatt, das einen getrennt ausgewiesenen Gesamtpreis für die Grundleistung einerseits und die Option andererseits vorsehe. Ausdrücklich verlangt werde im Angebotsdeckblatt, die Gesamtpreise "Grundleistung" und "Option" getrennt anzugeben. Hierbei handle es sich nicht um eine Unschärfe der Ausschreibungsbedingungen, sondern sei dies vielmehr so gewollt gewesen. Daher seien auch im Angebotseröffnungsprotokoll beide Preise als Gesamtpreise ausgewiesen. Auch die ausschreibende Stelle habe in ihrer Kostenschätzung die geschätzte Auftragssumme (netto) inkl. allfälliger Optionen und Gesamtpreis aller Leistungspositionen der Option, unterschieden.

Die Angabe des Gesamtpreises aller Leistungspositionen der Option in der Kostenschätzung habe den Zweck, dass beide Gesamtpreise gemäß der Medianregelung vor einer vertieften Angebotsprüfung auszuschneiden seien.

In Punkt 1.2.10 der Ausschreibung sei unmissverständlich geregelt, dass die Leistungspositionen der Option (Gesamtsumme aus den Positionen 1.5, 1.6 und 1.7) nach dem Kriterium des Punktes 1.2.6 zu prüfen seien. Punkt 1.2.6 enthalte die Regelung, dass Angebote, deren Gesamtpreise - hier müsse es sich, da Punkt

1.2.10 auf den Punkt 1.2.6 verweise, um die Gesamtpreise aller Optionen handeln - mehr als 20% unter dem Median liegen würden, keiner weiteren vertieften Angebotsprüfung unterzogen, sondern ausgeschieden würden. Der Auftraggeber habe die Vorgehensweise für die Prüfung der Preisangemessenheit somit eindeutig dargestellt.

Unter Zugrundelegung der Ausschreibungsbedingungen sei das gemäß Zuschlagsentscheidung erstgereichte Angebot daher auszuschneiden.

Eine Auswertung der angebotenen Gesamtpreise auf Grundlage des Angebotsöffnungsprotokolls vom 18. Juli 2011 erbringe das nachfolgende Ergebnis:

Median: Gesamtpreis für Grundleistung und Option: Euro XXXX (Median minus 20% Euro XXXX) Median: Gesamtpreis für Grundleistung und Option: Euro römisch 40 (Median minus 20% Euro römisch 40).

Median: Gesamtpreis für Option: Euro XXXX (Median minus 20% Euro XXXX) Median: Gesamtpreis für Option: Euro römisch 40 (Median minus 20% Euro römisch 40).

Der Median minus 20% für den Gesamtpreis der Option betrage Euro XXXX sodass der vom präsumtiven Zuschlagsempfänger mit Euro XXXX angebotene Betrag unter dem oben genannten Wert liege und das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers daher auszuschneiden gewesen wäre. Der Median minus 20% für den Gesamtpreis der Option betrage Euro römisch 40 sodass der vom präsumtiven Zuschlagsempfänger mit Euro römisch 40 angebotene Betrag unter dem oben genannten Wert liege und das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers daher auszuschneiden gewesen wäre.

Das Interesse der Antragstellerin ergebe sich daraus, dass im Fall der Abänderung der Zuschlagsentscheidung die Antragstellerin den Zuschlag erhalten würde.

Durch die unrichtige Anwendung der Ausschreibungsbedingungen (hinsichtlich der Preisprüfung) würde die Antragstellerin trotz der Position des Bestbieters den Zuschlag zu Unrecht nicht erhalten. Der Terminus "Gesamtpreise" sei durch die vergebende Stelle unrichtig angewendet worden.

Mit Schriftsatz vom 6. September 2011 erstattete der Auftraggeber allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren.

Mit Schriftsatz vom 14.9.2011 erhob die B*** (idF präsumtiver Zuschlagsempfänger oder B***), vertreten durch Y***, begründete Einwendungen. Die B*** brachte im Wesentlichen vor, dass die von der Antragstellerin behauptete Rechtswidrigkeit nicht vorliege. B*** sei den Ausschreibungsbestimmungen entsprechend als Bestbieter hervorgegangen. Ein Ausscheidensgrund liege nicht vor. Mit Schriftsatz vom 14.9.2011 erhob die B*** in der Fassung präsumtiver Zuschlagsempfänger oder B***), vertreten durch Y***, begründete Einwendungen. Die B*** brachte im Wesentlichen vor, dass die von der Antragstellerin behauptete Rechtswidrigkeit nicht vorliege. B*** sei den Ausschreibungsbestimmungen entsprechend als Bestbieter hervorgegangen. Ein Ausscheidensgrund liege nicht vor.

Die Antragstellerin bringe vor, dass das Angebot der B*** wegen eines angeblich ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreises der optionalen Leistungen auszuschneiden gewesen wäre. Die Antragstellerin übersehe, dass für die Auslegung der - mangels Anfechtung bestandfest gewordenen - Ausschreibungsunterlagen, an welche sowohl der Auftraggeber als auch die Bieter gebunden seien, die allgemeinen für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der §§ 914ff ABGB heranzuziehen seien. Die Ausschreibungsunterlagen seien demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Die Bedeutung der Ausschreibung richte sich weder nach den Motiven des Auftraggebers, noch danach, wie dies der Erklärungsempfänger subjektiv verstanden habe, sondern allein danach, wie der Text der Ausschreibung unter Berücksichtigung aller Umstände objektiv verstanden werden habe müssen. Die Antragstellerin bringe vor, dass das Angebot der B*** wegen eines angeblich ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreises der optionalen Leistungen auszuschneiden gewesen wäre. Die Antragstellerin übersehe, dass für die Auslegung der - mangels Anfechtung bestandfest gewordenen - Ausschreibungsunterlagen, an welche sowohl der Auftraggeber als auch die Bieter gebunden seien, die allgemeinen für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der Paragraphen 914 f, f, ABGB heranzuziehen seien. Die Ausschreibungsunterlagen seien demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Die Bedeutung der Ausschreibung richte sich weder nach den Motiven des Auftraggebers, noch danach, wie dies der Erklärungsempfänger subjektiv verstanden habe, sondern allein danach, wie der Text der Ausschreibung unter Berücksichtigung aller Umstände objektiv verstanden werden habe müssen.

Die Anwendung der beschriebenen Auslegungsregeln auf die gegenständlichen Ausschreibungsbedingungen ergebe, dass die Rechtsansicht der Antragstellerin verfehlt sei. Der von der Antragstellerin behauptete Ausscheidensgrund, wonach das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers aufgrund des Unterschreitens eines auf Basis der "Gesamtpreise aller Optionen" zu berechnenden zweiten Medians auszuschneiden sei, liege nicht vor. Der Grund dafür sei, dass der von der Antragstellerin verwendete Begriff "Gesamtpreis aller Optionen" im Zusammenhang mit der vertieften Angebotsprüfung in den gegenständlichen Ausschreibungsunterlagen nicht existiere. Ebenso wenig würden die Ausschreibungsunterlagen die Berechnung von zwei Medianen (für den Gesamtpreis und den Gesamtpreis aller Optionen) beinhalten.

Gegenständlich seien die Punkte 1.2.6 und 1.2.10 die für eine vertiefte Angebotsprüfung bzw die vorgelagerte Berechnung des Medians maßgebliche Bestimmungen.

Punkt 1.2.6 laute: Angebote, deren Gesamtpreise mehr als 20 Prozent unter dem Median liegen, werden keiner vertieften Angebotsprüfung unterzogen, sondern ausgeschieden.

Das Wort "Gesamtpreise" in der Mehrzahl bedeute nicht, dass es mehrere Gesamtpreise in einem Angebot gebe. Das Wort Gesamtpreise beziehe sich auf das Wort Angebote, welches ebenfalls in der Mehrzahl verwendet werde. Die Verwendung des Wortlautes in der Einzahl führe zu dem Ergebnis, dass ein Angebot jeweils nur einen Gesamtpreis enthalte, welcher für die Berechnung des Medians heranzuziehen sei. Alles andere wäre unlogisch und nicht nachvollziehbar, da ein Angebot immer nur einen (entgültigen) Gesamtpreis enthalten könne und nicht mehrere. Diese Auslegung stehe auch in Einklang mit der Überschrift "Ungewöhnlich niedriger Gesamtpreis". Ebenso stehe diese Auslegung in Einklang mit Punkt 1.2.4 "Zuschlagskriterien - Ermittlung des Faktors Preis". In dieser Bestimmung werde

stets von einem Preis ausgegangen: "Preis des billigsten Angebots", "Preis des zu beurteilenden Angebots", "Punkte Preis", "Faktor Preis". Ebenso stehe diese Interpretation in Einklang mit Punkt 1.2.2, wo festgelegt sei, dass der Gesamtpreis mit 50 % bewertet werde.

Der dritte Absatz des Punktes 1.2.6 laute: Zur Ermittlung des Medians werden die geschätzte Auftragssumme des Auftraggebers und die Gesamtpreise der Angebote gemäß Angebotseröffnungsprotokoll herangezogen.

In dieser Bestimmung werde festgelegt, dass die geschätzte Auftragssumme des Auftraggebers für die Berechnung des Medians heranzuziehen sei. Dies lasse nur den Schluss zu, dass die geschätzte Auftragssumme des Auftraggebers in einer Reihe mit dem jeweiligen Gesamtpreis der Angebote für die Ermittlung des Medians herangezogen werde. Diese Festlegung über die Ermittlung des Medians sei unabhängig davon, dass im Zuge einer etwaigen vertieften Angebotsprüfung auch einzelne Preispositionen geprüft werden könnten.

Der Auftraggeber halte sich in diesem Sinne auch in der Beilage zum Angebotseröffnungsprotokoll an die in den Ausschreibungsbedingungen verwendeten Begriffe und lege in fettem Schriftbild die "geschätzte Auftragssumme (netto) inkl allf Optionen" mit Euro XXXX fest. In der Zeile darunter würden die optionalen Leistungen mit Euro XXXX festgelegt. Auch im Angebotseröffnungsprotokoll verwende der Auftraggeber das Wort Gesamtpreis im Zusammenhang mit dem Wort Basisangebot und dem Wortlaut "inkl aller Optionen" in einer Zeile. Darunter erst werde das Wort "Option 01" verwendet. Selbst wenn die Verwendung der einzelnen Begriffe durch den Auftraggeber im Angebotsöffnungsprotokoll nicht derart eindeutig wie in der oben zitierten Beilage und in den Ausschreibungsbedingungen sei, führe dies nicht automatisch dazu, dass es einen "Gesamtpreis aller Optionen" im Zusammenhang mit der vertieften Angebotsprüfung und der Berechnung eines zweiten Medians gebe. Hierfür enthalte die Ausschreibung keine Anhaltspunkte. Der Auftraggeber halte sich in diesem Sinne auch in der Beilage zum Angebotseröffnungsprotokoll an die in den Ausschreibungsbedingungen verwendeten Begriffe und lege in fettem Schriftbild die "geschätzte Auftragssumme (netto) inkl allf Optionen" mit Euro römisch 40 fest. In der Zeile darunter würden die optionalen Leistungen mit Euro römisch 40 festgelegt. Auch im Angebotseröffnungsprotokoll verwende der Auftraggeber das Wort Gesamtpreis im Zusammenhang mit dem Wort Basisangebot und dem Wortlaut "inkl aller Optionen" in einer Zeile. Darunter erst werde das Wort "Option 01" verwendet. Selbst wenn die Verwendung der einzelnen Begriffe durch den Auftraggeber im Angebotsöffnungsprotokoll nicht derart eindeutig wie in der oben zitierten Beilage und in den Ausschreibungsbedingungen sei, führe dies nicht automatisch dazu, dass es einen "Gesamtpreis aller Optionen" im Zusammenhang mit der vertieften Angebotsprüfung und der Berechnung eines zweiten Medians gebe. Hierfür enthalte die Ausschreibung keine Anhaltspunkte.

Objektive Erklärungswerte der Bestimmung des Punktes 1.2.10:

Der Wortlaut der Bestimmung 1.2.10 stehe im Einklang mit dem oben dargelegten objektiven Erklärungswert der Bestimmung 1.2.6, wonach für die Berechnung des Medians im Vorfeld der vertieften Angebotsprüfung der Gesamtpreis (inklusive Option) heranzuziehen sei. Die in Punkt 1.2.10 für die gegenständliche Auslegungsfrage wesentlichen Festlegungen würden im Wesentlichen lauten:

Sämtliche vertragliche Regelungen gelten auch für die Option. Weiters unterliegen die Leistungspositionen der Option genauso den vertieften Angebotsprüfung wie der Hauptauftrag.

Dies bedeute zunächst, dass auch auf die optional ausgeschriebenen Leistungen die Bestimmung über die vertiefte Angebotsprüfung (Punkt 1.2.6) anzuwenden sei. Genauer gesagt spezifiziere die speziellere Norm 1.2.10 im Hinblick auf die vertiefte Angebotsprüfung der optional ausgeschriebenen Leistungen die generelle Norm des Punktes 1.2.6. Dies bedeute, dass die Leistungspositionen der Option der vertieften Angebotsprüfung unterliegen würden. Von der Bildung eines zweiten Medians sei keine Rede.

Auch für eine Auslegung, dass mit Hilfe des "Gesamtpreis Grundleistung/Option" - dieser Begriff finde sich ein einziges Mal im Angebotsdeckblatt - ein zweiter Median zu bilden sei, fänden sich in den Ausschreibungsunterlagen kein Anhaltspunkte.

Ergänzend sei auszuführen, dass der Auftraggeber den Begriff "Gesamtpreis" im Zusammenhang mit § 125 BVergG verwende. Auch im § 125 leg cit werde der Begriff "Gesamtpreis" mehrmals verwendet. Es gehe daraus eindeutig hervor, dass der Gesetzgeber mit "Gesamtpreis" den Angebotspreis im Sinne des Preises für alle vom Bieter angebotenen Leistungen meine. Diese Interpretation stehe auch in Einklang mit der Begriffsbestimmung des

Gesamtpreises im § 2 Z 26 lit d BVergG. Ergänzend sei auszuführen, dass der Auftraggeber den Begriff "Gesamtpreis" im Zusammenhang mit Paragraph 125, BVergG verwende. Auch im Paragraph 125, leg cit werde der Begriff "Gesamtpreis" mehrmals verwendet. Es gehe daraus eindeutig hervor, dass der Gesetzgeber mit "Gesamtpreis" den Angebotspreis im Sinne des Preises für alle vom Bieter angebotenen Leistungen meine. Diese Interpretation stehe auch in Einklang mit der Begriffsbestimmung des Gesamtpreises im Paragraph 2, Ziffer 26, Litera d, BVergG.

Dort heiße es: Gesamtpreis ist die Summe der Positionspreise... unter

Berücksichtigung allfälliger Nachlässe und Aufschläge. Der Gesamtpreis ist das Entgelt im Sinne des Umsatzsteuergesetzes 1994 und bildet die Bemessungsgrundlage für die Umsatzsteuer.

Betrachte man das Angebotsdeckblatt im Lichte dieser Definition, sei eindeutig ersichtlich, dass der "Gesamtpreis (Grundleistung + Option)" als Summe der Positionen und somit Bemessungsgrundlage für die Umsatzsteuer festgelegt sei.

Zusammenfassend sei festzuhalten, dass es daher nur einen Gesamtpreis pro Angebot gebe. Mit Hilfe der Gesamtpreise aller Angebote sowie der geschätzten Auftragssumme werde ein Median ermittelt. Lediglich solche Angebote seien auszuscheiden, deren Gesamtpreise mehr als 20 Prozent unter dem Median liegen würden. Dies sei beim Angebot der B*** nicht der Fall. Deren Angebot sei in der Folge zu Recht auch nicht ausgeschieden worden.

Mit Schriftsatz vom 15. September 2011 erstattete der Auftraggeber eine Stellungnahme und brachte im Wesentlichen vor, dass die Antragstellerin versuche, aus der Festlegung im Punkt 1.2.10, wonach die Leistungspositionen der Option genauso der vertieften Angebotsprüfung unterliegen wie der Hauptauftrag, abzuleiten, dass die Medianbestimmung gemäß Punkt 1.2.6 separat auf die Option anzuwenden sei. Dies werde jedoch offenkundig im Punkt 1.2.10 nicht geregelt. Geregelt werde lediglich, dass bei Vorliegen von optionalen Leistungen diese - wie die Grundleistung - bei der vertieften Angebotsprüfung zu berücksichtigen seien. Aus der Bestimmung des Punktes 1.2.6 sei abzuleiten, dass die Medianregelung nicht Teil der vertieften Angebotsprüfung, sondern dieser zeitlich vorgeschaltet sei (arg: vor der vertieften Angebotsprüfung....).

Ein Mechanismus, ob die Option separat oder gemeinsam mit der Grundleistung der Medianregelung bewertet werde oder ob die Medianregelung überhaupt Teil der vertieften Angebotsprüfung sei, werde entgegen den Ausführungen der Antragstellerin in dieser Bestimmung nicht geregelt. Die Ausführungen der Antragstellerin zu Punkt 1.2.10 würden somit ins Leere gehen.

Auch das weitere Vorbringen der Antragstellerin, wonach aus der Medianbestimmung ableitbar sei, dass diese jeweils auf den Gesamtpreis der Grundleistung und den Gesamtpreis der Option anzuwenden sei, sei nicht nachvollziehbar. Bei der Interpretation der Ausschreibungsunterlage, insbesondere der Medianregelung, sei für einen verständigen Bieter erkennbar, dass die Medianregelung, soweit diese für die Option zur Anwendung komme, auf den Gesamtpreis für die Grundleistung und die Optionsleistungen gemeinsam anzuwenden sei.

Die Antragstellerin unterstellte dem Auftraggeber den Willen, dass die Medianregelung getrennt auf die Grundleistung und die Option anzuwenden sei. Diese Interpretation finde jedoch im Wortlaut der Ausschreibung keine Deckung und widerspreche zudem der Ausschreibungspraxis des Auftraggebers. Diese müsste der Antragstellerin bekannt sein, da diese öfters an Vergabeverfahren des Auftraggebers teilnehme. Der Auftraggeber lege, wenn er eine getrennte Medianprüfung durchführe, in seinen Ausschreibungen genau fest, auf welche Weise bzw. unter welchen Umständen diese zu erfolgen habe. Eine solche Regelung sei aber in die gegenständliche Ausschreibung nicht aufgenommen worden. Das Fehlen einer solchen Regelung zeige, dass der Auftraggeber den Gesamtpreis für Grundleistung und Option gemeinsam und nicht getrennt prüfen haben wollen bzw. mangels einer expliziten Festlegung auch im Nachhinein nicht dürfe.

Zur Wortinterpretation "Gesamtpreise":

Auch eine Wortinterpretation der Medianbestimmung zeige, dass die Interpretation der Antragstellerin unzutreffend sei bzw nur dann zutreffe, wenn der oben angeführte Ausschreibungsmustertext festgelegt worden wäre.

Im zweiten Absatz des Punktes 1.2.6 sei festgelegt, dass Angebote, deren Gesamtpreise mehr als 20% unter dem Median liegen würden, keiner weiteren vertieften Angebotsprüfung unterzogen, sondern ausgeschieden würden. Schon durch den Begriff "Gesamtpreise" sei unmissverständlich klargestellt, dass die Bestimmungen über die Medianregelung gerade nicht getrennt, sondern additiv auf Gesamtpreise (Gesamtpreis der Grundleistung und

Gesamtpreis der Option) anzuwenden ist. Andernfalls hätte diese Bestimmung lauten müssen: Angebote, deren Gesamtpreise jeweils mehr als 20% unter den Median liegen, werden keiner weiteren vertieften Angebotsprüfung unterzogen, sondern ausgeschieden.

Auch aufgrund der Wortinterpretation gelange man zum Ergebnis, dass für die Prüfung der Preisangemessenheit die Gesamtpreise (Grundauftrag und Option) zusammenzurechnen gewesen seien.

Zur Interpretation des Begriffes "Gesamtpreis":

Schließlich gelange man auch bei der Interpretation des Terminus "Gesamtpreis" anhand der Legaldefinition des BVergG zu dem Ergebnis, dass die Medianregelung nicht getrennt auf die Grundleistung und die Option anzuwenden sei. Gemäß Punkt

1.2.6 würden zur Ermittlung des Medians die geschätzte Auftragssumme des Auftraggebers und die Gesamtpreise des Angebots gemäß Angebotsöffnungsprotokoll, unabhängig vom Vorliegen eines allfälligen Ausscheidensgrundes, herangezogen.

§ 2 Z 26 lit d BVergG verstehe unter dem Terminus Gesamtpreis die Summe der Positionspreise unter Berücksichtigung allfälliger Nachlässe und Aufschläge. Der Gesamtpreis sei das Entgelt im Sinne des Umsatzsteuergesetzes 1994 und bilde die Bemessungsgrundlage für die Umsatzsteuer. Paragraph 2, Ziffer 26, Litera d, BVergG verstehe unter dem Terminus Gesamtpreis die Summe der Positionspreise unter Berücksichtigung allfälliger Nachlässe und Aufschläge. Der Gesamtpreis sei das Entgelt im Sinne des Umsatzsteuergesetzes 1994 und bilde die Bemessungsgrundlage für die Umsatzsteuer.

Der Gesamtpreis im Sinne des § 2 Z 26 lit d BVergG sei im Angebotsdeckblatt in der drittletzten Berechnungszeile ausgewiesen. Er sei die Summe bestehend aus dem Gesamtpreis der Grundleistung und dem Gesamtpreis der Option. Genau diese Summe diene als Berechnungsgrundlage für die Bemessung der Umsatzsteuer. Die Berücksichtigung dieser gesetzlichen Begriffsbestimmung führe bei Auslegung des Punktes 1.2.6 zu dem Ergebnis der gemeinsamen Anwendung der Medianregelung auf Grundleistung und Option. Im Punkt 1.2.6 werde nämlich durch den Ausdruck "Gesamtpreise" klargestellt, dass nur die Summe der beiden im Angebotsdeckblatt ausgewiesene Gesamtpreise der Medianregelung unterliegen würden, die in ihrer Gesamtheit als Bemessungsgrundlage der Umsatzsteuer dienen würde. Der Gesamtpreis im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 26, Litera d, BVergG sei im Angebotsdeckblatt in der drittletzten Berechnungszeile ausgewiesen. Er sei die Summe bestehend aus dem Gesamtpreis der Grundleistung und dem Gesamtpreis der Option. Genau diese Summe diene als Berechnungsgrundlage für die Bemessung der Umsatzsteuer. Die Berücksichtigung dieser gesetzlichen Begriffsbestimmung führe bei Auslegung des Punktes 1.2.6 zu dem Ergebnis der gemeinsamen Anwendung der Medianregelung auf Grundleistung und Option. Im Punkt 1.2.6 werde nämlich durch den Ausdruck "Gesamtpreise" klargestellt, dass nur die Summe der beiden im Angebotsdeckblatt ausgewiesene Gesamtpreise der Medianregelung unterliegen würden, die in ihrer Gesamtheit als Bemessungsgrundlage der Umsatzsteuer dienen würde.

Aus all diesen Gründen sei der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin abzuweisen.

Im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 29. September 2011 brachte die Antragstellerin (RA Dr. L***) zusammengefasst vor, dass gegenständlich gem. Pkt. 1.2.10 der Ausschreibung auch die Option der Medianregelung unterworfen hätte werden müssen, zumal in 1.2.10 ausdrücklich festgehalten worden sei, dass diese Option der vertieften Angebotsprüfung und daher wiederum Pkt. 1.2.6 (vertiefte Angebotsprüfung) zu unterliegen habe und bereits aus der Überschrift des Pkt. 1.2.6 hervorgehe, dass die vertiefte Angebotsprüfung die Prüfung der Angemessenheit der Preise umfasse, was wiederum als ersten Schritt das Ausscheiden der ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreise nach sich ziehe. Aus der Gestaltung des Angebotsdeckblatts gehe hervor, dass zwei Leistungen getrennt ausgeschrieben und auszupreisen gewesen seien und sich die Gesamtpreise gem. § 2 Z 26 lit. d aus den jeweils zuzuordnenden und zugeordneten Positionspreisen zusammensetzen würden. Dies überdies im Unterschied zur ursprünglichen Ausschreibung, wo das Angebotsdeckblatt nur einen Gesamtpreis vorgesehen habe. Es sei sohin die Ausschreibung dahingehend geändert worden, dass von zwei Gesamtpreisen auszugehen sei und somit der Median für beide Preise getrennt zu ermitteln wäre. Im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 29. September 2011 brachte die Antragstellerin (RA Dr. L***) zusammengefasst vor, dass gegenständlich gem. Pkt. 1.2.10 der Ausschreibung auch die Option der Medianregelung unterworfen hätte werden müssen, zumal in 1.2.10 ausdrücklich festgehalten worden sei, dass diese Option der vertieften Angebotsprüfung und daher wiederum Pkt. 1.2.6 (vertiefte Angebotsprüfung) zu

unterliegen habe und bereits aus der Überschrift des Pkt.1.2.6 hervorgehe, dass die vertiefte Angebotsprüfung die Prüfung der Angemessenheit der Preise umfasse, was wiederum als ersten Schritt das Ausscheiden der ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreise nach sich ziehe. Aus der Gestaltung des Angebotsdeckblatts gehe hervor, dass zwei Leistungen getrennt ausgeschrieben und auszupreisen gewesen seien und sich die Gesamtpreise gem. Paragraph 2, Ziffer 26, Litera d, aus den jeweils zuzuordnenden und zugeordneten Positionspreisen zusammensetzen würden. Dies überdies im Unterschied zur ursprünglichen Ausschreibung, wo das Angebotsdeckblatt nur einen Gesamtpreis vorgesehen habe. Es sei sohin die Ausschreibung dahingehend geändert worden, dass von zwei Gesamtpreisen auszugehen sei und somit der Median für beide Preise getrennt zu ermitteln wäre.

Dr. M***, Geschäftsführer der Antragstellerin, brachte vor, dass mit der Berichtigung der Ausschreibung genau jener Punkt 1.2.10 in die Ausschreibung aufgenommen worden sei, aus dem klar ersichtlich sei, dass auch für die Leistungspositionen der Option (Pos. 1.5., 1.6 u. 1.7) eine vertiefte Angebotsprüfung gemäß Hauptauftrag Pkt.1.2.6 mit der enthaltenen Medianregelung anzuwenden sei. RA Dr. L*** ergänzte, dass sich das Vorliegen mehrerer Gesamtpreise auch aus dem Angebotsöffnungsprotokoll ergebe, wo der Gesamtpreis inkl. aller Optionen und die Option 01 jeweils als eigener Gesamtpreis auch ausgewiesen seien. Wenn dies keine Bedeutung gehabt hätte, hätte dies unterbleiben müssen.

Im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 29.9.2011 brachte der Auftraggeber (Dr. O***) replizierend vor, dass aus Pkt. 1.2.10 nicht abzuleiten sei, dass die Medianregelung auch für die Option anzuwenden sei. Es werde lediglich angeführt, dass die Leistungspositionen der Option der vertieften Angebotsprüfung zu unterziehen seien. Aufgrund des Fehlens einer expliziten Regelung einer Medianbildung für den Preis der Option könne daher nicht davon ausgegangen werden, dass für die Optionen ein eigener Median zu bilden sei. Weiters sei auszuführen, dass im Angebotsdeckblatt auf Seite 2 immer nur von einem Gesamtpreis die Rede sei, niemals aber von Gesamtpreisen. Es seien in der oberen Zeile lediglich gesondert auszuweisen die Preise für die Grundleistung und die Option, und in der Zeile darunter die Summe aus diesen beiden Preisen. Über Vorhalt von Dr. Hackl, dass im Angebotsdeckblatt von mehreren Gesamtpreisen die Rede sei, erklärte Dr. O***, dass dies vom Auftraggeber nicht so gemeint gewesen sei. Selbst wenn man hier von mehreren Gesamtpreisen ausgehen würde, ergebe sich aus der gesamten Ausschreibungsunterlage nicht, dass diese getrennt der Medianregelung zu unterwerfen wären. Hierzu werde auf die bisherigen Vorbringen verwiesen. Bei getrennter Medianregelung für Grundleistung und Option verwende der Auftraggeber andere Formulierungen (siehe Beilage 1 des bisherigen Vorbringens).

Dr. O*** gab weiters an, dass die Aufnahme des Pkt.1.2.10 - wie bereits vorgebracht - nichts daran ändere, dass es keine Regelung gebe, dass für die Option eine Medianregelung anzuwenden wäre. Weiters sei auszuführen, dass es definitiv nicht dem Willen des Auftraggebers entsprochen hätte, diese Option der Medianreglung zu unterziehen und dieser Wille auch nicht aus Pkt. 1.2.10 ableitbar sei.

Über Befragen des Vorsitzenden, ob die vom Auftraggeber verwendeten Begriffe "Grundleistung" und "Hauptvertrag" synonym verwendet würden, wurde dies von Dr. O*** bestätigt. Grundleistung und Option seien gemeinsam anzubieten gewesen. Die Bieter hätten nicht die Grundleistung alleine anbieten können, sondern nur zusammen mit der Option. Eine getrennte Vergabe sei nicht vorgesehen gewesen.

DI P*** erläuterte über Befragen des Vorsitzenden, dass es richtig sei, dass hinsichtlich einer möglichen Medianprüfung auch der Option ein Aufklärungsschreiben an B*** versandt worden sei. Dies jedoch nur aus dem Grunde, da er ohne Unterlagen und ohne Computerzugriff nicht sicher gewesen sei, wie die konkrete Regelung zu verstehen sei. Um Zeit zu sparen, sei sicherheitshalber ein Aufklärungsschreiben versandt worden.

Über Befragen, welche Preise laut Ausschreibung der Medianprüfung unterliegen würden, erklärte Dr. O***, dass dies der Gesamtpreis als Summe der Grundleistung + Option sei. Die Grundleistung für sich genommen allein unterliege nicht der Medianprüfung.

Der präsumtive Zuschlagsempfänger, RA Dr. R***, brachte im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor, dass sowohl das Angebotsdeckblatt als auch das Angebotseröffnungsprotokoll im Kontext der gesamten Ausschreibungsbestimmungen zu lesen seien. Betrachte man den objektiven Erklärungswert der gesamten Ausschreibungsbestimmungen, ergebe sich daraus, dass kein zweiter Median für die Option zu bilden sei. Grundsätzlich sei Pkt. 1.2.6 zwar auch auf die Option anzuwenden, es sei jedoch so, dass die Medianregelung vor der

vertieften Angebotsprüfung durchzuführen und gem. Pkt. 1.2.10 die Leistungspositionen der Option der vertieften Angebotsprüfung unterliegen würden. Pkt. 1.2.6 werde nur im Hinblick auf die vertiefte Angebotsprüfung angewendet, jedoch nicht auf die davor stattfindende Medianberechnung.

Aufgrund des Vorbringens der Parteien, dem Inhalt der Vergabeunterlagen sowie den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung vom 29. September 2011, wurde folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt festgestellt:

Es handelt sich um ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich hinsichtlich der Vergabe einer Dienstleistung. Der Auftrag soll nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden. Zuschlagskriterien sind der Gesamtpreis (gewichtet mit 50%) sowie die Qualität (gewichtet mit 50%).

Die Angebotsfrist endete am 18.7.2011. Die Angebotsöffnung fand am 18.7.2011, 10.00 Uhr, statt. Insgesamt sind 13 Angebote eingelangt. Der Gesamtpreis inkl Option der B*** belief sich auf netto Euro XXXX jener der zweitgereihten Antragstellerin inkl der optionalen Leistungen auf Euro XXXX netto. Die Angebotsfrist endete am 18.7.2011. Die Angebotsöffnung fand am 18.7.2011, 10.00 Uhr, statt. Insgesamt sind 13 Angebote eingelangt. Der Gesamtpreis inkl Option der B*** belief sich auf netto Euro römisch 40 jener der zweitgereihten Antragstellerin inkl der optionalen Leistungen auf Euro römisch 40 netto.

Der geschätzte Auftragswert (netto) inklusive der Optionen beträgt Euro XXXX der Anteil der Optionen am geschätzten Auftragswert beträgt netto Euro XXXX (siehe Vergabeunterlagen). Der geschätzte Auftragswert (netto) inklusive der Optionen beträgt Euro römisch 40 der Anteil der Optionen am geschätzten Auftragswert beträgt netto Euro römisch 40 (siehe Vergabeunterlagen).

Der Medianwert der Gesamtpreise aus der Summe aus dem Gesamtpreis der Grundleistung und dem Gesamtpreis der Option beläuft sich auf Euro XXXX. Der Unterpreis (=Medianwert minus 20%) beträgt Euro XXXX. Der Medianwert der Gesamtpreise der Option beläuft sich auf Euro XXXX (Berechnung BVA). Der Unterpreis (=Medianwert minus 20%) beträgt Euro XXXX (Berechnung BVA). Der Medianwert der Gesamtpreise aus der Summe aus dem Gesamtpreis der Grundleistung und dem Gesamtpreis der Option beläuft sich auf Euro römisch 40. Der Unterpreis (=Medianwert minus 20%) beträgt Euro römisch 40. Der Medianwert der Gesamtpreise der Option beläuft sich auf Euro römisch 40 (Berechnung BVA). Der Unterpreis (=Medianwert minus 20%) beträgt Euro römisch 40 (Berechnung BVA).

Der Gesamtpreis der Option (allein) der B*** beläuft sich auf Euro XXXX (siehe Angebot der B***; Vergabeakt). Der Gesamtpreis der Option (allein) der B*** beläuft sich auf Euro römisch 40 (siehe Angebot der B***; Vergabeakt).

Im Zuge einer Ausschreibungsberichtigung vom 8.6.2011 wurden die optionalen Leistungsteile in den Ausschreibungsunterlagen ausgewiesen und somit die Ausschreibungsteile D.1, D.5 und das Angebotsdeckblatt ausgetauscht.

Das Angebotsdeckblatt, Seite 2, idF der Berichtigung, hat folgenden Inhalt. Das Angebotsdeckblatt, Seite 2, in der Fassung der Berichtigung, hat folgenden Inhalt:

Angebotsdeckblatt

A2 Süd Autobahn, Abschnitt Pack - Twimberg, Teil 1, Generalsanierung "Dienstleistung - Örtliche Bauaufsicht"

Dem Angebot liegen folgende Preise zugrunde:

Grundleistung Option

Pos.1 Örtliche Bauaufsicht Bauen am

Bestand

Pos. 1.1 Leistungen von

Auftragserteilung bis Baubeginn EUR

Pos. 1.2 Ausschreibungsunterlagen EUR

Pos. 1.3 Angebotsphase,

Angebotsprüfung und Vergabevorschlag EUR

Pos. 1.4 Prüfung von

Alternativangebote im Rahmen der

Angebotsprüfung	EUR	
Pos. 1.5 Baubüro (Option)	EUR	
Pos. 1.6 Leistungen von Baubeginn bis		
Baufertigstellung (Option)	EUR	
Pos. 1.7 Leistungen nach		
Baufertigstellung (Option)	EUR	
Pos. 2 Regieleistungen	EUR	
Summe Netto	EUR	
Aufschlag/Nachlass%	EUR	
Gesamtpreis		
(Grundleistung/Option)	EUR	
Gesamtpreis		
(Grundleistung + Option)	EUR	
+ 20% MWST	EUR	
Angebotspreis	EUR	

Seite 2 von 3

Das Angebotsöffnungsprotokoll hat folgendes Erscheinungsbild (am Bsp B***):

Unternehmer: B***

Angebot: laufende Angebots-Nr.: 12 Abgabe am: 18.07.2011 um 09:40

Abgabeart: Plattform Abgabezustand: Plattform

gefertigt Anzahl der Bestandteile 1

Gesamtpreis Basisangebot inkl. aller Optionen XXXX EUR

Option 01 XXXX EUR

Sonstige

Zuschlagskriterien

Wesentliche

Erklärungen Nachlass: 13%

Die Ausschreibungsbestimmung D.1, Punkt 1.2.5 "Angebotsprüfung" lautet:

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

Die Ausschreibungsbestimmung D.1, Punkt 1.2.6 "Vertiefte Angebotsprüfung - Prüfung der Angemessenheit der Preise" lautet:

Vor der vertieften Angebotsprüfung werden die nachfolgend angegebenen Kriterien geprüft und das Angebot gegebenenfalls ausgeschieden:

Ungewöhnlich niedriger Gesamtpreis:

Die Angemessenheit der Preise im Sinne des § 125 BVergG wird für die vertiefte
Die Angemessenheit der Preise im Sinne des Paragraph 125, BVergG wird für die vertiefte

Angebotsprüfung wie folgt festgelegt:

Angebote, deren Gesamtpreise mehr als 20% unter dem Median liegen, werden keiner weiteren vertieften

Angebotsprüfung unterzogen, sondern ausgeschieden. Zur Ermittlung des Medians werden die geschätzte Auftragssumme des Auftraggebers und die Gesamtpreise der Angebote gem. Angebotsöffnungsprotokoll, unabhängig vom Vorliegen eines allfälligen Ausscheidensgrundes, herangezogen. Der Median ist hier festgelegt als der Wert, der in der Mitte der nach der Größe nach sortierten Werte liegt. Im Falle einer geraden Anzahl von Werten ist der Median das arithmetische Mittel der beiden mittleren Werte. [...].

Die Ausschreibungsbestimmung D.1, Punkt 1.2.10 "Optional ausgeschriebene Leistungen" lautet:

Es werden folgende Leistungen optional ausgeschrieben:

Pos. 1.5 Baubüro (Option)

Pos. 1.6 Leistungen von Baubeginn bis Baufertigstellung (Option)

Pos. 1.7 Leistungen nach Baufertigstellung (Option)

Die optional ausgeschriebenen Leistungen sind im LV getrennt angegeben. Sämtliche vertragliche Regelungen gelten auch für die Option. Der AG behält sich das einseitige Gestaltungsrecht vor, die Option oder Teile der Option bis 3 Monate vor Ende der Leistungsfrist abzurufen. Weiters unterliegen die Leistungspositionen der Option genauso der vertieften Angebotsprüfung wie der Hauptantrag.

Im Rahmen der Angebotsprüfung erging am 11.8.2011 folgendes Aufklärungsersuchen an den präsumtiven Zuschlagsempfänger:

Unterpreis:

Im Zuge der Angebotsprüfung des oben genannten Projektes wurde festgestellt, dass ihr Angebotspreis der Option gemäß Teil D.1.,1.2.6 als ungewöhnlich niedrig iSd § 125 BVergG 2006 zu qualifizieren ist, da er mehr als 20% unter dem Median liegt. Im Zuge der Angebotsprüfung des oben genannten Projektes wurde festgestellt, dass ihr Angebotspreis der Option gemäß Teil D.1.,1.2.6 als ungewöhnlich niedrig iSd Paragraph 125, BVergG 2006 zu qualifizieren ist, da er mehr als 20% unter dem Median liegt.

Zur Ermittlung des Medians werden die geschätzte Auftragssumme des Auftraggebers und die Angebotspreise der Angebote, unabhängig vom Vorliegen eines allfälligen Ausscheidensgrundes, herangezogen.

Aufgrund der Ausschreibungsbestimmungen bzw. des § 129 Abs 1 Z 3 u. Z 7 BVergG 2006 ist ihr Angebot von der Ausscheidung bedroht. Aufgrund der Ausschreibungsbestimmungen bzw. des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, u. Ziffer 7, BVergG 2006 ist ihr Angebot von der Ausscheidung bedroht.

Sie haben die Möglichkeit, zu diesem Umstand innerhalb der angegebenen Frist eine Aufklärung zu übermitteln.

Mit Schreiben vom 17. August 2001 erstattete der präsumtive Zuschlagsempfänger ein Aufklärungsschreiben folgenden Inhalts:

[...]. Insofern erlauben wir uns darauf hinzuweisen, dass die Preistabelle im Angebotsdeckblatt offenbar einen begrifflichen Fehler aufweist, der zu Missverständnissen führen könnte. In der Zeile der Preistabelle, in der die Preise der Grundleistung und der Option getrennt anzugeben sind wird irrtümlich der Begriff "Gesamtpreis" verwendet, obwohl hier der Preis der Grundleistung und der Preis der Option einzusetzen sind. Der "Gesamtpreis" ergibt sich erst in der nächsten Zeile aus der Summe dieser Positionen. Mit anderen Worten: Es kann nur einen Gesamtpreis geben.

Wir sind im Zuge unserer Kalkulation daher davon ausgegangen, dass für die Option der Pkt. 1.2.6 keine gesonderte Anwendung findet. [...]. Der Vollständigkeit halber halten wir fest, dass Pkt. 1.2.10 am Ende, wo vorgesehen ist, dass die Leistungspositionen der Option genauso der vertieften Angebotsprüfung wie der Hauptauftrag unterliegen, keine gesonderte Prüfung der Option als Summe der optionalen Leistungspositionen vorsieht und daher auch nicht im Widerspruch zu oben ausgeführten Ansicht steht. Es hat daher bei der vertieften Angebotsprüfung (nur) des Gesamtpreises im oben beschriebenen Sinn zu bleiben.

[...]. Abschließend erlauben wir uns zu empfehlen, bei künftigen Ausschreibungen das Wort "Gesamtpreis" in jener Zeile, in der die Summen der Grundleistungen und Option gesondert ausgewiesen wurden, das Wort "Gesamtpreis" zu streichen.

Im Angebotsprüfungsprotokoll findet sich auf Seite 10 folgender Hinweis:

Schriftliche Aufklärung 11.8.2011:

Aufforderung zu Aufklärung bezüglich Unterpreiskriterium der optionalen Leistungen und Androhung der Ausscheidung des Angebots. [...]. Daraufhin wurde von der Rechtsabteilung des Auftraggebers eine Stellungnahme verfasst, mit dem Ergebnis, dass das Unterpreiskriterium gesondert bei optionalen Leistungen nicht zur Anwendung kommt und die Fa.B*** daher nicht ausgeschlossen wird (siehe Beilage 3).

Rechtliche Würdigung:

I. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages römisch eins. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages:

Auftraggeber iSd § 2 Z 8 BVergG ist die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs- Aktiengesellschaft (ASFINAG). Diese ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (vgl BVA 30.6.2011, N/0033-BVA/09/2011-37 u.a). Auftraggeber iSd Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs- Aktiengesellschaft (ASFINAG). Diese ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG vergleiche BVA 30.6.2011, N/0033-BVA/09/2011-37 u.a).

Es handelt sich um einen Dienstleistungsauftrag iSd § 6 BVergG, der in einem offenen Verfahren vergeben werden soll. Der geschätzte Auftragswert des Vorhabens liegt im Oberschwellenbereich. Es handelt sich um einen Dienstleistungsauftrag iSd Paragraph 6, BVergG, der in einem offenen Verfahren vergeben werden soll. Der geschätzte Auftragswert des Vorhabens liegt im Oberschwellenbereich.

Bei der von der Antragstellerin angefochtenen Zuschlagsentscheidung handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit a sublit aa BVergG. Die Zuschlagsentscheidung wurde der Antragstellerin am 25.8.2011 bekannt gegeben, sodass am 5.9.2011 eingegangene Nachprüfungsantrag als rechtzeitig zu qualifizieren ist. Bei der von der Antragstellerin angefochtenen Zuschlagsentscheidung handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG. Die Zuschlagsentscheidung wurde der Antragstellerin am 25.8.2011 bekannt gegeben, sodass am 5.9.2011 eingegangene Nachprüfungsantrag als rechtzeitig zu qualifizieren ist.

Es ist weder eine Widerrufsentscheidung bekannt gegeben worden noch wurde der Zuschlag erteilt.

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

II. Inhaltliche Beurteilung des Antrages römisch zwei. Inhaltliche Beurteilung des Antrages:

Zu Spruchpunkt I. Zu Spruchpunkt römisch eins.

Die Antragstellerin brachte im Wesentlichen vor, dass das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers auszuschneiden gewesen wäre, da dessen Preis für die optionalen Leistungen um mehr als 20% unter dem Median liegen würde. Punkt

1.2.6 der Ausschreibungsunterlagen, welcher nach Punkt 1.2.10 auch für die Option gelten würde, sehe in diesem Fall das Ausscheiden des entsprechenden Angebotes - ohne Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung - vor.

Der Auftraggeber und der präsumtive Zuschlagsempfänger bestritten demgegenüber die Anwendbarkeit der Medianregelung auf die Option. Aus Punkt 1.2.10 sei nicht abzuleiten, dass die Medianregelung auch auf die optionalen Leistungen anzuwenden sein solle. Für die Option sei kein eigener Medianwert zu bilden. Ihrer Ansicht nach solle sich die Medianregelung lediglich auf den Gesamtpreis (Summe der Preise der Grundleistung und der optionalen Leistungen) des Angebotes beziehen.

Hiezu ist Folgendes festzuhalten:

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

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

Die entscheidungsrelevanten Bestimmungen der mangels fristgerechter Anfechtung bestandskräftig gewordenen Ausschreibungsbestimmungen (in der Fassung der 1. Berichtigung) lauten wie folgt:

D.1, Punkt 1.2.6 "Vertiefte Angebotsprüfung - Prüfung der Angemessenheit der Preise":

Vor der vertieften Angebotsprüfung werden die nachfolgend angegebenen Kriterien geprüft und das Angebot gegebenenfalls ausgeschieden:

Ungewöhnlich niedriger Gesamtpreis:

Die Angemessenheit der Preise im Sinne des § 125 BVergG wird für die vertieftDie Angemessenheit der Preise im Sinne des Paragraph 125, BVergG wird für die vertiefte

Angebotsprüfung wie folgt festgelegt:

Angebote, deren Gesamtpreise mehr als 20% unter dem Median liegen, werden keiner weiteren vertieften Angebotsprüfung unterzogen, sondern ausgeschieden. Zur Ermittlung des Medians werden die geschätzte Auftragssumme des Auftraggebers und die Gesamtpreise der Angebote gem. Angebotsöffnungsprotokoll, unabhängig vom Vorliegen eines allfälligen Ausscheidensgrundes, herangezogen. Der Median ist hier festgelegt als der Wert, der in der Mitte der nach der Größe nach sortierten Werte liegt. Im Falle einer geraden Anzahl von Werten ist der Median das arithmetische Mittel der beiden mittleren Werte. [...].

D.1, Punkt 1.2.10 "Optional ausgeschriebene Leistungen":

Es werden folgende Leistungen optional ausgeschrieben:

Pos. 1.5 Baubüro (Option)

Pos. 1.6 Leistungen von Baubeginn bis Baufertigstellung (Option)

Pos. 1.7 Leistungen nach Baufertigstellung (Option)

Die optional ausgeschriebenen Leistungen sind im LV getrennt angegeben. Sämtliche vertragliche Regelungen gelten auch für die Option. Der AG behält sich das einseitige Gestaltungsrecht vor, die Option oder Teile der Option bis 3 Monate vor Ende der Leistungsfrist abzurufen. Weiters unterliegen die Leistungspositionen der Option genauso der

vertieften Angebotsprüfung wie der Hauptantrag.

Das Angebotsdeckblatt, Seite 2, hat folgenden Inhalt:

Angebotsdeckblatt

A2 Süd Autobahn, Abschnitt Pack - Twimberg, Teil 1, Generalsanierung "Dienstleistung - Örtliche Bauaufsicht"

Dem Angebot liegen folgende Preise zugrunde:

Grundleistung Option

Pos.1 Örtliche Bauaufsicht Bauen am

Bestand

Pos. 1.1 Leistungen von

Auftragserteilung bis Baubeginn EUR

Pos. 1.2 Ausschreibungsunterlagen EUR

Pos. 1.3 Angebotsphase,

Angebotsprüfung und Vergabevorschlag EUR

Pos. 1.4 Prüfung von

Alternativangebote im Rahmen der

Angebotsprüfung EUR

Pos. 1.5 Baubüro (Option) EUR

Pos. 1.6 Leistungen von Baubeginn bis

Baufertigstellung (Option) EUR

Pos. 1.7 Leistungen nach

Baufertigstellung (Option) EUR

Pos. 2 Regieleistungen EUR

Summe Netto EUR

Aufschlag/Nachlass% EUR

Gesamtpreis

(Grundleistung/Option) EUR

Gesamtpreis

(Grundleistung + Option) EUR

+ 20% MWST EUR

Angebotspreis EUR

Seite 2 von 3

Das Angebotsöffnungsprotokoll hat folgendes Erscheinungsbild (am Bsp B***):

Unternehmer: B***

Angebot: laufende Angebots-Nr.: 12 Abgabe am: 18.07.2011 um 09:40

Abgabeart: Plattform Abgabezustand: Plattform

gefertigt Anzahl der Bestandteile 1

Gesamtpreis Basisangebot inkl. aller Optionen XXXX EUR

Option 01 XXXX EUR

Sonstige

Zuschlagskriterien

Wesentliche

Erklärungen Nachlass: 13%

Es ist nunmehr zu untersuchen, wie die dargestellten bestandskräftigen Ausschreibungsbestimmungen bzw die oben dargestellten Ausschreibungsbestandteile zu verstehen sind:

Die allgemeinen, für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der §§ 914ff ABGB sind auch im Vergaberecht anzuwenden (vgl Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Die Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus der Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind danach zu beurteilen, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgebend (vgl VwGH 29.3.2006, 2004/04/0144, 0156, 0157; ebenso BVA 11.1.2008, N/0112-BVA/14/2007-20; BVA 25.11.2009, N/0110- BVA/09/2009-28; BVA 30.6.2011, N/0033-BVA/09/2011-37 uva.).Die allgemeinen, für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der Paragraphen 914 f, f, ABGB sind auch im Vergaberecht anzuwenden vergleiche Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Die Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus der Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind danach zu beurteilen, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgebend vergleiche VwGH 29.3.2006, 2004/04/0144, 0156, 0157; ebenso BVA 11.1.2008, N/0112-BVA/14/2007-20; BVA 25.11.2009, N/0110- BVA/09/2009-28; BVA 30.6.2011, N/0033-BVA/09/2011-37 uva.).

Die Bedeutung der Ausschreibung richtet sich weder nach den Motiven des Auftraggebers noch danach, wie diese der Erklärungsempfänger (Bewerber/Bieter) subjektiv verstanden hat, sondern allein danach, wie der Text der Ausschreibung unter Berücksichtigung aller Umstände objektiv verstanden werden musste (vgl VwGH 16.2.2005, 2004/04/0030; vgl auch Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, § 2 Z 3 Rz 8)Die Bedeutung der Ausschreibung richtet sich weder nach den Motiven des Auftraggebers noch danach, wie diese der Erklärungsempfänger (Bewerber/Bieter) subjektiv verstanden hat, sondern allein danach, wie der Text der Ausschreibung unter Berücksichtigung aller Umstände objektiv verstanden werden musste vergleiche VwGH 16.2.2005, 2004/04/0030; vergleiche auch Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Paragraph 2, Ziffer 3, Rz 8).

Objektiver Erklärungswert des Angebotsdeckblattes, Seite 2:

Im Angebotsdeckblatt, Seite 2, sind in einer ersten Spalte (übertitelt mit "Grundleistung") die Positionspreise für die Grundleistung (Pos. 1.1, 1.2, 1.3, 1.4 sowie Pos 2) einzutragen. Weiters sind in dieser Spalte die Summe (netto) aus den genannten Positionspreisen sowie allfällige Aufschläge bzw Nachlässe einzutragen. In der nächsten Zeile dieser Spalte [übertitelt mit "Gesamtpreis (Grundleistung/Option)"] ist dann der Gesamtpreis der Grundleistung einzusetzen.

In der zweiten Spalte des Angebotsdeckblattes (übertitelt mit "Option") sind die Positionspreise der Option (Pos 1.5, 1.6 und 1.7) einzutragen. Weiters sind in dieser Spalte die Summe (netto) der oben genannten Positionspreise der Option sowie allfällige Aufschläge bzw Nachlässe einzutragen. In der nächsten Zeile dieser Spalte [übertitelt mit "Gesamtpreis (Grundleistung/Option)"] ist dann der Gesamtpreis der Option einzusetzen.

In der folgenden Zeile [übertitelt mit "Gesamtpreis (Grundleistung + Option)"] wird die Trennung in 2 Spalten aufgegeben und ist die Summe aus dem Gesamtpreis der Grundleistung und dem Gesamtpreis der Option einzusetzen.

Dieser letztendliche Gesamtpreis (Grundleistung + Option) bildet die Grundlage für die Berechnung der Umsatzsteuer und in der Folge für den endgültigen Angebotspreis.

Schon die formale Gestaltung des Angebotsdeckblattes, Seite 2, ergibt, dass gegenständlich von den Bietern mehrere, jeweils als "Gesamtpreis" bezeichnete Preise, anzugeben waren. Nämlich in der ersten Spalte der "Gesamtpreis der Grundleistung", in der zweiten Spalte der "Gesamtpreis der Option" und schließlich als Summe dieser beiden "Gesamtpreise" ein "Gesamtpreis für die Grundleistung plus die Option".

Der objektive Aussagewert des Angebotsdeckblattes führt somit zu dem eindeutigen Ergebnis, dass es gegenständlich einen "Gesamtpreis" für die Grundleistung, einen "Gesamtpreis" für die Option sowie schließlich einen (weiteren) "Gesamtpreis" aus der Summe des Gesamtpreises der Grundleistung und des Gesamtpreises der Option, also mehrere Gesamtpreise, gibt.

Dies wurde in der mündlichen Verhandlung vom Auftraggeber auch nicht expressis verbis in Abrede gestellt, wenngleich der Vertreter des Auftraggebers dies mit der Aussage zu relativieren versuchte, dass dies vom Auftraggeber nicht so gemeint gewesen ist (vgl. VH-Schrift Seite 4). Hiezu ist festzuhalten, dass sich - in Anwendung der oben wiedergegebenen Interpretationsregeln - die Bedeutung der Ausschreibung nicht nach den Motiven des Auftraggebers richtet, sondern allein danach, wie der Text der Ausschreibung unter Berücksichtigung aller Umstände objektiv verstanden werden musste. Wie bereits dargelegt, ergibt der objektive Erklärungswert dieses Ausschreibungsbestandteils, dass gegenständlich mehrere "Gesamtpreise" existieren und für die Preisangemessenheitsprüfung bzw. die vertiefte Angebotsprüfung von Relevanz sind. Dies wurde in der mündlichen Verhandlung vom Auftraggeber auch nicht expressis verbis in Abrede gestellt, wenngleich der Vertreter des Auftraggebers dies mit der Aussage zu relativieren versuchte, dass dies vom Auftraggeber nicht so gemeint gewesen ist (vergleiche VH-Schrift Seite 4). Hiezu ist festzuhalten, dass sich - in Anwendung der oben wiedergegebenen Interpretationsregeln - die Bedeutung der Ausschreibung nicht nach den Motiven des Auftraggebers richtet, sondern allein danach, wie der Text der Ausschreibung unter Berücksichtigung aller Umstände objektiv verstanden werden musste. Wie bereits dargelegt, ergibt der objektive Erklärungswert dieses Ausschreibungsbestandteils, dass gegenständlich mehrere "Gesamtpreise" existieren und für die Preisangemessenheitsprüfung bzw. die vertiefte Angebotsprüfung von Relevanz sind.

Entgegen der Ansicht des Auftraggebers und des präsumtiven Zuschlagsempfängers ergibt sich sohin in weiterer Folge sehr wohl die Anwendbarkeit der Medianregelung auf sämtliche "Gesamtpreise":

Objektiver Erklärungswert der Bestimmung D.1, Punkt 1.2.6:

Vor der vertieften Angebotsprüfung werden die nachfolgend angegebenen Kriterien geprüft und das Angebot gegebenenfalls ausgeschieden:

Ungewöhnlich niedriger Gesamtpreis:

Die Angemessenheit der Preise im Sinne des § 125 BVergG wird für die vertiefte Angebotsprüfung geprüft. Die Angemessenheit der Preise im Sinne des Paragraph 125, BVergG wird für die vertiefte

Angebotsprüfung wie folgt festgelegt:

Angebote, deren Gesamtpreise mehr als 20% unter dem Median liegen, werden keiner weiteren vertieften Angebotsprüfung unterzogen, sondern ausgeschieden. Zur Ermittlung des Medians werden die geschätzte Auftragssumme des Auftraggebers und die Gesamtpreise der Angebote gem. Angebotsöffnungsprotokoll, unabhängig vom Vorliegen eines allfälligen Ausscheidensgrundes, herangezogen. Der Median ist hier festgelegt als der Wert, der in der Mitte der nach der Größe nach sortierten Werte liegt. Im Falle einer geraden Anzahl von Werten ist der Median das arithmetische Mittel der beiden mittleren Werte. [...].

Diese Bestimmung, deren Überschrift lautet: "Vertiefte Angebotsprüfung - Prüfung der Angemessenheit der Preise", regelt die Vorgangsweise des Auftraggebers hinsichtlich der Prüfung der Preisangemessenheit für die vertiefte Angebotsprüfung sowie die Methode der Ermittlung des Medianwertes.

Nach dem eindeutigen Wortlaut der Bestimmung hat der Auftraggeber vor der Durchführung einer allfälligen vertieften Angebotsprüfung einen Medianwert zu ermitteln. Zur Ermittlung des Medianwertes hat der Auftraggeber die Gesamtpreise der Angebote gemäß Angebotsöffnungsprotokoll und den geschätzten Auftragswert heranzuziehen.

Weiters ist festgelegt, dass der Auftraggeber beabsichtigt, Angebote, deren Gesamtpreise mehr als 20% unter dem ermittelten Medianwert liegen, keiner vertieften Angebotsprüfung zu unterziehen, sondern solche Angebote unmittelbar auszuschneiden. Um zu einem allfälligen ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis zu gelangen, bei dessen Unterschreitung keine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt, sondern das Angebot sofort auszuschneiden ist, muss der Auftraggeber vorab den Medianwert ermitteln. Diese Medianwertermittlung stellt somit einen "untrennbaren Teil" der dargestellten Gesamtvorgangsweise der vertieften Angebotsprüfung dar. Dies entgegen dem Vorbringen des Auftraggebers und des präsumtiven Zuschlagsempfängers, die von einer Trennung im Vorgang ausgehen wollen und damit die Nichtanwendbarkeit der Medianregelung auf die Option zu begründen versuchen.

Dafür, dass sich die dargestellte Vorgangsweise der Medianbildung und deren Anwendung allein auf den "Gesamtpreis als Summe der Preise der Grundleistung und der Option" beschränken sollte, wie dies der Auftraggeber und der präsumtive Zuschlagsempfänger vorbringen, kann dem objektiven Erklärungswert der Bestimmung jedoch nicht entnommen werden. Vielmehr ergibt sich aus der Verwendung des Begriffes "Gesamtpreise" (Anm: im Plural) für einen durchschnittlichen fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt, dass der "Medianprüfung" neben dem Gesamtpreis aus der Summe des Gesamtpreises der Grundleistung und des Gesamtpreises der Option auch die Gesamtpreise der Grundleistung und der Option für sich allein genommen, unterliegen. Eine Einschränkung der Medianprüfung auf den Gesamtpreis als Summe aus den Preisen der Grundleistung plus der Option lässt sich aus der genannten Regelung nicht ableiten. Diese Interpretation wird auch dadurch gestützt, dass in Punkt 1.2.10 davon die Rede ist, dass die Leistungspositionen der Option genauso der vertieften Angebotsprüfung unterliegen wie der Hauptauftrag. Aus der Verwendung des Begriffes "genauso wie der Hauptauftrag" ergibt sich, dass Punkt 1.2.6 - neben der Option - jedenfalls auch auf den Hauptauftrag (=Grundleistung) anzuwenden ist. Der Regelung des Punktes 1.2.6 - und damit auch der Medianprüfung - unterliegt also somit neben dem Hauptauftrag jedenfalls auch die Option (ableitbar aus Punkt 1.2.10). Dass auch der "Gesamtpreis als Summe der Gesamtpreise der Grundleistung plus der Gesamtpreise der Option" der Medianregelung unterliegt, ergibt sich aus der - in Punkt 1.2.6 keiner Einschränkung unterliegenden - Verwendung des Begriffes "Gesamtpreise" im Plural. Dass die Bestimmung des Punktes 1.2.6 auch auf die Option anwendbar ist, gestehen auch der Auftraggeber und der präsumtive Zuschlagsempfänger selbst zu. Dafür, dass sich die dargestellte Vorgangsweise der Medianbildung und deren Anwendung allein auf den "Gesamtpreis als Summe der Preise der Grundleistung und der Option" beschränken sollte, wie dies der Auftraggeber und der präsumtive Zuschlagsempfänger vorbringen, kann dem objektiven Erklärungswert der Bestimmung jedoch nicht entnommen werden. Vielmehr ergibt sich aus der Verwendung des Begriffes "Gesamtpreise" (Anmerkung, im Plural) für einen durchschnittlichen fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt, dass der "Medianprüfung" neben dem Gesamtpreis aus der Summe des Gesamtpreises der Grundleistung und des Gesamtpreises der Option auch die Gesamtpreise der Grundleistung und der Option für sich allein genommen, unterliegen. Eine Einschränkung der Medianprüfung auf den Gesamtpreis als Summe aus den Preisen der Grundleistung plus der Option lässt sich aus der genannten Regelung nicht ableiten. Diese Interpretation wird auch dadurch gestützt, dass in Punkt 1.2.10 davon die Rede ist, dass die Leistungspositionen der Option genauso der vertieften Angebotsprüfung unterliegen wie der Hauptauftrag. Aus der Verwendung des Begriffes "genauso wie der Hauptauftrag" ergibt sich, dass Punkt 1.2.6 - neben der Option - jedenfalls auch auf den Hauptauftrag (=Grundleistung) anzuwenden ist. Der Regelung des Punktes 1.2.6 - und damit auch der Medianprüfung - unterliegt also somit neben dem Hauptauftrag jedenfalls auch die Option (ableitbar aus Punkt 1.2.10). Dass auch der "Gesamtpreis als Summe der Gesamtpreise der Grundleistung plus der Gesamtpreise der Option" der Medianregelung unterliegt, ergibt sich aus der - in Punkt 1.2.6 keiner Einschränkung unterliegenden - Verwendung des Begriffes "Gesamtpreise" im Plural. Dass die Bestimmung des Punktes 1.2.6 auch auf die Option anwendbar ist, gestehen auch der Auftraggeber und der präsumtive Zuschlagsempfänger selbst zu.

Dafür, dass die einzelnen "Gesamtpreise" unterschiedlichen Regelungen zu unterwerfen wären, findet sich keinerlei Anhaltspunkt. Vielmehr stützt der objektive Erklärungswert des Punktes 1.2.10 das gegenteilige Vorbringen der Antragstellerin (siehe im Folgenden).

Objektiver Erklärungswert des Punktes D.1, 1.2.10, "Optional ausgeschriebene Leistungen":

[...]. Weiters unterliegen die Leistungspositionen der Option genauso der vertieften Angebotsprüfung wie der Hauptauftrag.

Vorauszuschicken ist, dass die Begriffe "Grundleistung" und "Hauptauftrag" vom Auftraggeber synonym verwendet werden (siehe Angaben des Auftraggebervertreters in der mündlichen Verhandlung, VH-Schrift Seite 5).

Diese Bestimmung, die als *lex specialis* zur Bestimmung des Punktes 1.2.6 anzusehen ist, regelt, dass die Leistungspositionen der optionalen Leistungen ebenso der vertieften Angebotsprüfung zu unterziehen sind - und zwar in gleicher Weise - wie jene der Grundleistung (arg: genauso).

Daraus ist abzuleiten, dass die Vorgangsweise der vertieften Angebotsprüfung - einschließlich der Regelungen, wann eine solche (nicht) durchzuführen ist - wie diese in Punkt 1.2.6 festgelegt ist, auch auf den Gesamtpreis der Option anzuwenden ist. Nach dem oben zum objektiven Erklärungswert des Punktes 1.2.6 Gesagten, hat der Auftraggeber somit auch im Zuge der Prüfung der Preisangemessenheit der optionalen Leistungen den Medianwert (der Gesamtpreise der Option) zu ermitteln und gegebenenfalls unter diesem Medianwert liegende Angebote ohne Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung auszuschneiden.

Im Angebotsöffnungsprotokoll ist vom Gesamtpreis (in der Einzahl) die Rede. In derselben Zeile wie das Wort "Gesamtpreis" finden sich die Begriffe "Basisangebot" und "inkl aller Optionen" und daneben der Preis in Euro (Anm: Grundleistung inkl Option). Im selben Kästchen mit dem Titel "Gesamtpreis", eine Zeile unter den Begriffen "Basisangebot" und "inkl. aller Optionen", findet sich der Begriff "Option 01" und daneben der Preis in Euro (Anm: der Option allein). Im Angebotsöffnungsprotokoll ist vom Gesamtpreis (in der Einzahl) die Rede. In derselben Zeile wie das Wort "Gesamtpreis" finden sich die Begriffe "Basisangebot" und "inkl aller Optionen" und daneben der Preis in Euro (Anmerkung, Grundleistung inkl Option). Im selben Kästchen mit dem Titel "Gesamtpreis", eine Zeile unter den Begriffen "Basisangebot" und "inkl. aller Optionen", findet sich der Begriff "Option 01" und daneben der Preis in Euro (Anmerkung, der Option allein).

Das Angebotsöffnungsprotokoll differenziert seinem Erscheinungsbild nach somit zwischen den Preisen "Basisangebot inkl aller Optionen" und "Option 01", subsumiert jedoch beide Preise unter den Begriff "Gesamtpreis". Dies verdeutlicht, dass der verwendete Terminus "Gesamtpreis" im Singular als Begriff als solcher zu verstehen ist. Ein Ausschluss der Geltung der - in Wahrheit für sämtliche Gesamtpreise geltenden - Medianregelung für einzelne Gesamtpreise, konkret für die Gesamtpreise der Option, kann daraus jedenfalls nicht abgeleitet werden.

Aus Punkt 1.2.10, der die *lex specialis* zu Punkt 1.2.6 darstellt, ergibt sich aus der Verwendung der Formulierung: "Weiters unterliegen die Leistungspositionen der Option genauso der vertieften Angebotsprüfung wie der Hauptauftrag", vielmehr die gebotene Anwendung der Medianregelung auch auf die Gesamtpreise der Option.

Eine Einschränkung der "Medianprüfung" auf den Gesamtpreis als Summe aus dem Gesamtpreis der Grundleistung und dem Gesamtpreis der Option kann der Bestimmung des Punktes 1.2.6 (auch nicht iVm dem Erscheinungsbild des Angebotsöffnungsprotokolls) nicht entnommen werden. Eine Einschränkung der "Medianprüfung" auf den Gesamtpreis als Summe aus dem Gesamtpreis der Grundleistung und dem Gesamtpreis der Option kann der Bestimmung des Punktes 1.2.6 (auch nicht in Verbindung mit dem Erscheinungsbild des Angebotsöffnungsprotokolls) nicht entnommen werden.

Aus der Zusammenschau der Bestimmungen der Punkte 1.2.6 und 1.2.10 (sowie des Angebotsdeckblattes und des Angebotsprüfungsprotokolls) ergibt sich somit eindeutig, dass sowohl die Grundleistung, als auch die optionalen Leistungen als auch die Summe dieser beiden Preise jeweils der Medianprüfung zu unterziehen sind.

Dass die Bestimmung des Punktes 1.2.6 zur vertieften Angebotsprüfung nicht bloß auf den Gesamtpreis als Summe der Gesamtpreise der Grundleistung und der Option, sondern auch auf den Gesamtpreis der Option Anwendung zu finden hat, hat schließlich auch der Angebotsprüfer des Auftraggebers zutreffend so verstanden. Nicht anders ist es nämlich zu deuten, dass der Auftraggeber den präsumtiven Zuschlagsempfänger mit Schreiben vom 11.8.2011 folgendermaßen zur Aufklärung seines Angebots aufgefordert hat:

Unterpreis:

Im Zuge der Angebotsprüfung des oben genannten Projektes wurde festgestellt, dass ihr Angebotspreis der Option gemäß Teil D.1.1.2.6 als ungewöhnlich niedrig iSd § 125 BVergG 2006 zu qualifizieren ist, da er mehr als 20% unter dem Median liegt. Im Zuge der Angebotsprüfung des oben genannten Projektes wurde festgestellt, dass ihr Angebotspreis der Option gemäß Teil D.1.1.2.6 als ungewöhnlich niedrig iSd Paragraph 125, BVergG 2006 zu qualifizieren ist, da er mehr als 20% unter dem Median liegt.

[...]. Aufgrund der Ausschreibungsbestimmungen bzw. des § 129 Abs 1 Z 3 u. Z 7 BVergG 2006 ist ihr Angebot von der

Ausscheidung bedroht. Sie haben die Möglichkeit, zu diesem Umstand innerhalb der angegebenen Frist eine Aufklärung zu übermitteln.[...]. Aufgrund der Ausschreibungsbestimmungen bzw. des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, u. Ziffer 7, BVergG 2006 ist ihr Angebot von der Ausscheidung bedroht. Sie haben die Möglichkeit, zu diesem Umstand innerhalb der angegebenen Frist eine Aufklärung zu übermitteln.

Conclusio:

Entgegen (dem objektiven Erklärungswert) der Ausschreibung, hat der Auftraggeber den Gesamtpreis der Option für sich alleine genommen nicht der Medianprüfung unterzogen. Damit verstößt der Auftraggeber gegen seine eigenen (bestandsfesten) Ausschreibungsbestimmungen. Da diese Rechtswidrigkeit von wesentlichem Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens (siehe § 325 Abs 1 Z 2 BVergG) ist, war die Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären. Entgegen (dem objektiven Erklärungswert) der Ausschreibung, hat der Auftraggeber den Gesamtpreis der Option für sich alleine genommen nicht der Medianprüfung unterzogen. Damit verstößt der Auftraggeber gegen seine eigenen (bestandsfesten) Ausschreibungsbestimmungen. Da diese Rechtswidrigkeit von wesentlichem Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens (siehe Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG) ist, war die Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären.

Festzuhalten ist schließlich noch Folgendes:

Wenn der Auftraggeber zur Stützung seiner Ansicht, dass die Optionspreise nicht der Medianregelung unterliegen sollten, anführt, dass sich der von ihm in Punkt 1.2.6 verwendete Begriff "Gesamtpreise" (Anm: im Plural) daraus ergebe, dass dieser Begriff (Gesamtpreise) sich auf die Angebote (Anm: im Plural) beziehe und nicht daraus resultiere, dass es mehrere Gesamtpreise in einem Angebot gebe, so ist dem entgegen zu halten, dass die korrekte grammatikalische Form lauten müsste: "Angebote (Anm: Plural, da es mehrere Angebote geben kann), deren Gesamtpreis (Anm: ohne -e, also Singular, da jedes Angebot nach dem Gesetz nur einen Gesamtpreis haben kann)".....

Diese grammatikalische Interpretation findet ihre Stütze etwa auch im Gesetzestext des § 125 Abs 3 Z 1 BVergG, auf die auch vom Auftraggeber sowie vom präsumtiven Zuschlagsempfänger mehrfach rekurriert wird, worin es lautet:

"Angebote einen im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis (Anm: im Singular, nicht im Plural; dies da es pro Angebot nach der Legaldefinition nur einen Gesamtpreis gibt) aufweisen. Demgegenüber lautet Abs 3 Z 2 leg.cit: "Angebote zu hohe oder zu niedrige Einheitspreise" (Anm: im Plural, da es pro Angebot mehrere Einheitspreise - nämlich in jeder Positionen einen Einheitspreis - gibt). Grammatikalisch korrekt hätte Punkt 1.2.6 somit lauten müssen: Angebote, deren Gesamtpreis.....

Zum Vorbringen des Auftraggebers, dass - wenn die Medianwertprüfung auch auf die Optionen anzuwenden sein sollte - er dies in den entsprechenden Ausschreibungen durch, von der gegenständlichen Formulierung abweichenden Formulierungen, zum Ausdruck bringe, ist anzumerken, dass zur Ermittlung des objektiven Erklärungswertes einer Bestimmung in einem konkreten Vergabeverfahren ausschließlich die Textierung der jeweiligen Ausschreibung und nicht auch die Textversion allfälliger anderer Ausschreibungen desselben Auftraggebers maßgeblich sind.

Auch der Verweis des Auftraggebers auf die Legaldefinition des Gesamtpreises in § 2 Z 26 lit d BVergG vermag zu keinem abweichenden Ergebnis zu führen. Gegenständlich geht es nämlich (nur) um den objektiven Erklärungswert der konkreten Bestimmungen der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung. Auch der Verweis des Auftraggebers auf

die Legaldefinition des Gesamtpreises in Paragraph 2, Ziffer 26, Litera d, BVergG vermag zu keinem abweichenden Ergebnis zu führen. Gegenständlich geht es nämlich (nur) um den objektiven Erklärungswert der konkreten Bestimmungen der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung.

Zu Spruchpunkt II. Zu Spruchpunkt römisch zwei.

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

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

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

Mit Bescheid vom 12.9.2011, GZ N/0083-BVA/09/2011-EV9, wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben. Demgemäß ist auch dem Antrag der Antragstellerin auf Ersatz der Pauschalgebühr hinsichtlich des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattzugeben.

Die Antragstellerin hat für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw den Nachprüfungsantrag insgesamt Euro XXXX an Pauschalgebühren entrichtet, die ihre vom Auftraggeber zu ersetzen sind. Die Antragstellerin hat für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw den Nachprüfungsantrag insgesamt Euro römisch 40 an Pauschalgebühren entrichtet, die ihre vom Auftraggeber zu ersetzen sind.

Zuletzt aktualisiert am

11.10.2012

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