

TE Verg Bescheid 2011/4/21 N/0020-BVA/09/2011-28

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 21.04.2011

Norm

BVergG 2006 §2 Z8

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitaa

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §5

BVergG 2006 §129 Abs1 Z3

BVergG 2006 §129 Abs1 Z7

BVergG 2006 §312 Abs2 Z2

BVergG 2006 §319

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §321 Abs1

ABGB §914

ABGB §915

B-VG Art14b Abs2 Z1 lita

ÖNORM B2061

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 5 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 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 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 321 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. ABGB § 914 heute
 2. ABGB § 914 gültig ab 01.01.1917 zuletzt geändert durch RGBl. Nr. 69/1916
-
1. ABGB § 915 heute
 2. ABGB § 915 gültig ab 01.01.1812
-
1. B-VG Art. 14b heute
 2. B-VG Art. 14b gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
 3. B-VG Art. 14b gültig von 01.07.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
 4. B-VG Art. 14b gültig von 01.01.2003 bis 30.06.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2002

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 9, Mag. Gerhard Prünster, sowie Dkfm Dr. Johann Hackl als Mitglied der Auftraggeberseite und MMag Dr. Annemarie Mille als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs 2 Z 2 Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung BGBl I Nr. 15/2010 (BVergG), betreffend das Vergabeverfahren "Lieferung Beleuchtung Generalsanierung Areal Getreidemarkt Bauteil BB+BD Technische Universität Wien, 1060 Wien, Getreidemarkt 9" des Auftraggebers Bundesimmobiliengesellschaft mbH (BIG), Hintere Zollamtsstraße 1, 1031 Wien, vertreten durch Bundesimmobiliengesellschaft mbH OM Team W4, Wiedner Hauptstraße 7, 1040 Wien, über Antrag der A***, vertreten durch RA X***, vom 15. März 2011, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 16. März 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 Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, (BVergG), betreffend das Vergabeverfahren "Lieferung Beleuchtung Generalsanierung Areal Getreidemarkt Bauteil BB+BD Technische Universität Wien, 1060 Wien, Getreidemarkt 9" des Auftraggebers Bundesimmobiliengesellschaft mbH (BIG), Hintere Zollamtsstraße 1, 1031 Wien, vertreten durch Bundesimmobiliengesellschaft mbH OM Team W4, Wiedner Hauptstraße 7, 1040 Wien, über Antrag der A***, vertreten durch RA X***, vom 15. März 2011, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 16. März 2011, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Der Antrag, "das Bundesvergabeamt wolle das Ausscheiden des Angebotes der A*** für nichtig erklären", wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 312 Abs 2 Z 2, 129 Abs 1 Z 3 und Z 7 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraphen 312, Absatz 2, Ziffer 2, 129, Absatz eins, Ziffer 3 und Ziffer 7, BVergG

II.römisch zwei.

Der Antrag, "das Bundesvergabeamt wolle die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der B*** für nichtig erklären", wird zurückgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 320 Abs 1 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraph 320, Absatz eins, BVergG

III.römisch drei.

Die Anträge, "das Bundesvergabeamt wolle der A*** den Ersatz der Pauschalgebühr von Euro 1.660,-- gemäß § 319 BVergG 2006 zusprechen sowie der A*** den Ersatz der Pauschalgebühr in Höhe von Euro 830,-- gemäß § 319 BVergG 2006 zusprechen", werden abgewiesen. Die Anträge, "das Bundesvergabeamt wolle der A*** den Ersatz der Pauschalgebühr von Euro 1.660,-- gemäß Paragraph 319, BVergG 2006 zusprechen sowie der A*** den Ersatz der Pauschalgebühr in Höhe von Euro 830,-- gemäß Paragraph 319, BVergG 2006 zusprechen", werden abgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 319 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraph 319, BVergG

Begründung

Die A***, vertreten durch RA X*** (in der Folge Antragstellerin), stellte mit Schriftsatz vom 15. März 2011, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 16. März 2011, Anträge auf Nichtigerklärung der Ausscheidens- und der Zuschlagsentscheidung, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung sowie auf Ersatz der Pauschalgebühren. Weiters stellte die Antragstellerin einen Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung.

Mit Schriftsatz vom 15. März 2011 brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass Gegenstand des Verfahrens die Beleuchtungslieferung für die Generalsanierung von zwei Institutsgebäuden der TU Wien sei. Es handle sich um einen Lieferauftrag im offenen Verfahren im Oberschwellenbereich. Die Antragstellerin habe ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt. Die Angebotsöffnung sei am 1. Februar 2011 erfolgt und habe ergeben, dass das Angebot der Antragstellerin mit einer Angebotssumme von Euro XXXX das mit Abstand preisgünstigste Angebot gewesen sei. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin B*** habe einen Gesamtpreis von Euro XXXX aufgewiesen. Das Angebot der Antragstellerin sei sohin das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot. Mit Schriftsatz vom 15. März 2011 brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass Gegenstand des Verfahrens die Beleuchtungslieferung für die Generalsanierung von zwei Institutsgebäuden der TU Wien sei. Es handle sich um einen Lieferauftrag im offenen Verfahren im Oberschwellenbereich. Die Antragstellerin habe ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt. Die Angebotsöffnung sei am 1. Februar 2011 erfolgt und habe ergeben, dass das Angebot der Antragstellerin mit einer Angebotssumme von Euro römisch 40 das mit Abstand preisgünstigste Angebot gewesen sei. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin B*** habe einen Gesamtpreis von Euro römisch 40 aufgewiesen. Das Angebot der Antragstellerin sei sohin das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot.

Mit E-Mail des Auftraggebers vom 17. Februar 2011 sei die Antragstellerin um Aufklärung ersucht worden, da sie bei einigen wenigen Positionen des Leistungsverzeichnisses, die - teilweise in Form von Regieleistungen zu erbringenden - Montageeinheiten, Kosten für die Erstellung von Plänen, für die normgerechte Kennzeichnung der Anlagen, für die Einschulung von Personal und dergleichen umfasst hätten, die Bieterlücken nicht ausgefüllt habe. Da es sich um einen Lieferauftrag handle, sei die Antragstellerin grundsätzlich davon ausgegangen, dass die oben beschriebenen Positionen lediglich aufgrund eines Kopierfehlers Eingang in das LV gefunden hätten. Dies habe die Antragstellerin dem Auftraggeber mit Schreiben vom 18. Februar 2011 mitgeteilt. Weiters sei dem Auftraggeber mitgeteilt worden, dass alle Tätigkeiten (Kosten), die im Zusammenhang mit der Erfüllung der Leistung - der Lieferung von Leuchten - eventuell noch anfallen könnten, in den einzelnen Lieferpositionen bereits miteingerechnet seien. Für den Fall, dass die im LV - offensichtlich irrtümlich - enthaltenen Regieleistungen (einschließlich Stundenlöhnen für elektrotechnische Monteure) gesondert zu bewerten wären, habe die Antragstellerin ausgeführt, dass für diese Positionen von einem

durchschnittlichen Wert von insgesamt Euro XXXX auszugehen wäre. Die Antragstellerin habe aber auch festgehalten, dass dies im Zusammenhang mit einer bloßen Leuchtenlieferung im Rahmen einer Generalsanierung eines Gebäudes aus ihrer Sicht einen unrealistischen Arbeitsaufwand darstellen würde. Der Auftraggeber habe sich hiezu nicht geäußert. Die Antragstellerin sei daher davon ausgegangen, dass durch die genannten Erläuterungen sämtliche Rückfragen abschließend geklärt worden seien. Mit E-Mail des Auftraggebers vom 17. Februar 2011 sei die Antragstellerin um Aufklärung ersucht worden, da sie bei einigen wenigen Positionen des Leistungsverzeichnisses, die teilweise in Form von Regieleistungen zu erbringenden - Montageeinheiten, Kosten für die Erstellung von Plänen, für die normgerechte Kennzeichnung der Anlagen, für die Einschulung von Personal und dergleichen umfasst hätten, die Bieterlücken nicht ausgefüllt habe. Da es sich um einen Lieferauftrag handle, sei die Antragstellerin grundsätzlich davon ausgegangen, dass die oben beschriebenen Positionen lediglich aufgrund eines Kopierfehlers Eingang in das LV gefunden hätten. Dies habe die Antragstellerin dem Auftraggeber mit Schreiben vom 18. Februar 2011 mitgeteilt. Weiters sei dem Auftraggeber mitgeteilt worden, dass alle Tätigkeiten (Kosten), die im Zusammenhang mit der Erfüllung der Leistung - der Lieferung von Leuchten - eventuell noch anfallen könnten, in den einzelnen Lieferpositionen bereits miteingerechnet seien. Für den Fall, dass die im LV - offensichtlich irrtümlich - enthaltenen Regieleistungen (einschließlich Stundenlöhnen für elektrotechnische Monteure) gesondert zu bewerten wären, habe die Antragstellerin ausgeführt, dass für diese Positionen von einem durchschnittlichen Wert von insgesamt Euro römisch 40 auszugehen wäre. Die Antragstellerin habe aber auch festgehalten, dass dies im Zusammenhang mit einer bloßen Leuchtenlieferung im Rahmen einer Generalsanierung eines Gebäudes aus ihrer Sicht einen unrealistischen Arbeitsaufwand darstellen würde. Der Auftraggeber habe sich hiezu nicht geäußert. Die Antragstellerin sei daher davon ausgegangen, dass durch die genannten Erläuterungen sämtliche Rückfragen abschließend geklärt worden seien.

Mit Telefax vom 8. März 2011 habe der Auftraggeber jedoch mitgeteilt, dass das Angebot der Antragstellerin ausgeschieden worden sei, da es unvollständig gewesen sei und die nachträgliche Kostenbekanntgabe der Antragstellerin eine Abweichung von mehr als 2% ergeben hätte.

Bekämpft werde das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin und die Zuschlagsentscheidung zugunsten der B***.

Die Antragstellerin erachte sich in ihrem Recht auf Nichtausscheiden ihres Angebotes, im Falle dass die Voraussetzungen für ein Ausscheiden nicht vorliegen würden, sowie in ihrem Recht auf Zuschlagsentscheidung zu ihren Gunsten, im Falle dass ihr Angebot gemäß der Ausschreibung das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot sei, verletzt. Das Interesse am Vertragsabschluss habe die Antragstellerin durch die Teilnahme am Vergabeverfahren dargelegt.

Gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG seien lediglich fehlerhafte oder unvollständige Angebote auszuschneiden, wenn deren Mängel nicht behoben worden seien oder nicht behebbar seien. Es habe jedoch kein unvollständiges Angebot vorgelegen: Gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG seien lediglich fehlerhafte oder unvollständige Angebote auszuschneiden, wenn deren Mängel nicht behoben worden seien oder nicht behebbar seien. Es habe jedoch kein unvollständiges Angebot vorgelegen:

Ausgeschrieben sei lediglich die Lieferung von Beleuchtungskörpern. Dabei handle es sich um einen bloßen Lieferauftrag. Bei den Regieleistungen für die (ergänzende) Montage sowie bei der Einschulung von Personal etc, handle es sich freilich um Dienstleistungen bzw. auch Bauleistungen. Überdies sei die Montage in einem gesonderten Vergabeverfahren ausgeschrieben worden, sodass die nochmalige Erwähnung von einzelnen Montageleistungen im gegenständlichen Lieferauftrag offensichtlich nur irrtümlich erfolgt sein könne. Die Montage von Beleuchtungselementen dürfe nur von konzessionierten Elektrounternehmen vorgenommen werden.

Da die Antragstellerin sämtliche Positionen des LV, die sich auf die Lieferung von Leuchten beziehen würden, ordnungsgemäß ausgefüllt habe, habe sie ein vollständiges Angebot zum gegenständlichen Lieferauftrag gelegt. Bereits aus diesem Grund sei das Ausscheiden ihres Angebotes zu Unrecht erfolgt.

Selbst wenn man davon ausgehen würde, dass das Angebot ursprünglich mit einem Mangel behaftet gewesen wäre - was nicht zutrefte - so sei dieser jedenfalls behoben worden. Die Antragstellerin habe über Aufforderung klargelegt, dass das Erstellen von Plänen und die weiteren derartigen Leistungen bereits in den angebotenen Preisen der einzelnen Beleuchtungselemente berücksichtigt seien. Dies gelte auch für die Dokumentation, Planung, Einschulung

und Inbetriebnahme, was auch der Leistungsgruppe 95 entspreche. Es sei vollkommen üblich, derartige ergänzende Nebenleistungen nicht gesondert auszureisen bzw. nachzufragen, da diese ohnehin in der Kalkulation der Preise für die einzelnen gelieferten Beleuchtungselemente enthalten seien. Auch aus diesem Grunde sei die gesonderte Auspreisung nicht erforderlich gewesen.

Die im LV vereinzelt ebenfalls abgefragten Regieleistungen - einschließlich den Stundelöhnen von elektrotechnischen Monteuren - seien im gegebenen Zusammenhang bereits deshalb gegenstandslos, da es sich um einen Lieferauftrag handle und nicht um einen Montageauftrag. Dennoch habe die Antragstellerin vorsichtshalber auch diese Regieleistung beziffert. Somit sei eine Mängelbehebung - soweit eine solche überhaupt notwendig gewesen sein sollte - vollständig erfolgt, sodass das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin nicht zulässig sei.

Hinzu komme noch, dass Regieleistungen, wie in der Leistungsbeschreibung ausdrücklich festgelegt sei (zB in Pos 93z), nur ausgeführt werden dürften, sofern sie vom Auftraggeber im Einzelfall angeordnet würden. Da im Vorhinein sohin nicht feststehe, ob und inwieweit Regieleistungen überhaupt anfallen würden, hätte die von der Antragstellerin diesbezüglich mitgeteilte Kostenbekanntgabe von rund Euro XXXX nicht voll berücksichtigt werden dürfen, sodass dann aber auch keine Überschreitung der ursprünglichen Angebotssumme um mehr als 2% vorgelegen hätte. Außerdem habe die Antragstellerin ausgeführt, dass Regieleistungen voraussichtlich nicht in diesem Umfang anfallen würden. Die genannten Kosten, die von der Antragstellerin lediglich grob geschätzt und in eventu bekannt gegeben worden seien, hätten bei der Errechnung der Angebotssumme nicht berücksichtigt werden dürfen. Hinzu komme noch, dass Regieleistungen, wie in der Leistungsbeschreibung ausdrücklich festgelegt sei (zB in Pos 93z), nur ausgeführt werden dürften, sofern sie vom Auftraggeber im Einzelfall angeordnet würden. Da im Vorhinein sohin nicht feststehe, ob und inwieweit Regieleistungen überhaupt anfallen würden, hätte die von der Antragstellerin diesbezüglich mitgeteilte Kostenbekanntgabe von rund Euro römisch 40 nicht voll berücksichtigt werden dürfen, sodass dann aber auch keine Überschreitung der ursprünglichen Angebotssumme um mehr als 2% vorgelegen hätte. Außerdem habe die Antragstellerin ausgeführt, dass Regieleistungen voraussichtlich nicht in diesem Umfang anfallen würden. Die genannten Kosten, die von der Antragstellerin lediglich grob geschätzt und in eventu bekannt gegeben worden seien, hätten bei der Errechnung der Angebotssumme nicht berücksichtigt werden dürfen.

Schließlich sei in diesem Zusammenhang noch festzuhalten, dass die Antragstellerin allfällige Regieleistungen, wären diese tatsächlich erforderlich geworden, dem Auftraggeber nicht gesondert verrechnet hätte. Auch allfällige diesbezügliche Leistungen seien in den Festpreisen für die Beleuchtungselemente bereits einkalkuliert gewesen.

Bei der gegenständlichen Ausschreibung seien Abänderungsangebote ausdrücklich zulässig gewesen. Im Zweifel wäre das Angebot der Antragstellerin als Abänderungsangebot zu werten gewesen und hätte daher nicht ausgeschieden werden dürfen.

Mit der Stellungnahme der Antragstellerin vom 18.2.2011 habe diese eine vollständige Mängelbehebung durchgeführt. Falls der Auftraggeber der Auffassung gewesen sein sollte, dass durch die Stellungnahme nicht alle Unklarheiten beseitigt worden seien, hätte er dies der Antragstellerin mitzuteilen gehabt, damit diese entsprechende ergänzende Erläuterungen vornehmen hätte können.

Festzuhalten sei schließlich, dass, selbst wenn man die veranschlagten Kosten für die Regieleistungen in Höhe von rund Euro XXXX zur Gänze der Angebotssumme hinzurechnen würde, das Angebot der Antragstellerin immer noch mit Abstand das günstigste wäre. Eine allfällige Mangelhaftigkeit des Angebotes der Antragstellerin hätte sich daher nicht ausgewirkt. Festzuhalten sei schließlich, dass, selbst wenn man die veranschlagten Kosten für die Regieleistungen in Höhe von rund Euro römisch 40 zur Gänze der Angebotssumme hinzurechnen würde, das Angebot der Antragstellerin immer noch mit Abstand das günstigste wäre. Eine allfällige Mangelhaftigkeit des Angebotes der Antragstellerin hätte sich daher nicht ausgewirkt.

Mit Schriftsatz vom 17. März 2011, beim BVA eingelangt am 18.3.2011, erstattete der Auftraggeber allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und legte die Unterlagen des Vergabeverfahrens vor.

Mit Schriftsatz vom 24. März 2011 erstattete der Auftraggeber eine Stellungnahme und brachte im Wesentlichen vor, dass Gegenstand des Vergabeverfahrens die Lieferung von Beleuchtung sei. Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin, dass einige Positionen irrtümlich Eingang in das LV gefunden hätten oder es sich um Kopierfehler handeln würde, würden die im LV enthaltenen Hinweise zum Bauablauf bzw. zur Baustellenlogistik sowie die allgemeinen Festlegungen als Informationen für die Bieter dienen, welche sehr wohl preisbildend seien.

Im Zuge der Beantwortung des Aufklärungsversuchens habe die Antragstellerin mitgeteilt, dass die anfallenden Kosten für die beschriebenen Positionen in anderen Einheitspreisen des LV miteingerechnet seien. Ein entsprechender Hinweis im LV sei seitens der Antragstellerin hingegen nicht formuliert gewesen. Dies im Gegensatz zu etlichen anderen Positionen, welche ebenfalls von der Antragstellerin zwar nicht ausgepreist worden seien, hier aber mittels Vermerkes sehr wohl auf eine Kostenzuordnung zu anderen LV- Positionen hingewiesen worden sei.

Folgende Positionen seien laut Antragstellerin in andere Einheitspreis eingerechnet:

00.01.1102A Vorhaltekosten Bautrieb

00.01.1102C Vorhaltekosten SiGe Baubetrieb

08.98.010 Bestandsunterlagen

08.95.9901A Nachführung Raumbuch AN

08.95.9902A Normgerechte Kennzeichnung alle Anlagen

10.01.1102A Vorhaltekosten Baubetrieb

10.01.1102C Vorhaltekosten SiGe Bautrieb

18.98.010 Bestandsunterlagen

18.95.9901A Nachführung Raumbuch AN

18.95.9902A Normgerechte Kennzeichnung alle Anlagen

Im Unterschied hiezu habe die Antragstellerin für nachfolgende Positionen nachträglich Gesamtkosten von insgesamt ca. Euro XXXX je Bauteil bekannt gegeben: Im Unterschied hiezu habe die Antragstellerin für nachfolgende Positionen nachträglich Gesamtkosten von insgesamt ca. Euro römisch 40 je Bauteil bekannt gegeben:

08.95.93010 Leitender Monteur, Obermonteur

08.95.93020 Spezialmonteur

08.95.93030 Elektromonteur

08.95.93040 CAD- Techniker

18.95.93010 Leitender Monteur, Obermonteur

18.95.93020 Spezialmonteur

18.95.93030 Elektromonteur

18.95.93040 CAD- Techniker

Bezüglich der Positionen der Verrechnungseinheiten sei seitens der Antragstellerin trotz Aufforderung bis dato keine Aufklärung erfolgt:

00.01.90100 Verrechnungseinheiten

10.01.90100 Verrechnungseinheiten

Beim Angebot der Antragstellerin handle es sich um ein unvollständiges Angebot, welches zwingend auszuschneiden gewesen sei, da insgesamt 20 Positionen nicht angeboten worden seien. Diese Mängel seien einer Behebbarkeit nicht zugänglich. Daran ändere auch die nachträgliche Erklärung zu 10 von 20 Positionen nichts, wonach die anfallenden Kosten in anderen Positionen eingerechnet worden seien. Ebenso sei auch die nachträgliche Bekanntgabe der Preise für 8 Positionen vergaberechtlich unzulässig. Des Weiteren seien zwei Positionen bis dato überhaupt nicht aufgeklärt.

Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin handle es sich bei deren Angebot auch um kein Abänderungsangebot. Abänderungsangebote bestünden nicht einfach nur im Weglassen der Auspreisung von Positionen.

Mit Schriftsatz vom 28. März 2011 erstattete die Antragstellerin eine weitere Stellungnahme und brachte im Wesentlichen vor, dass der Auftraggeber - grundsätzlich zutreffend - darauf hinweise, dass die Antragstellerin im Zuge der Beantwortung des Aufklärungsversuchens angeführt habe, dass die anfallenden Kosten für die im LV nicht extra ausgepreisten Positionen (ausgenommen die Regieleistungen) in den Einheitspreisen für die Leuchtenlieferung

miteingerechnet worden seien. Unzutreffend sei jedoch das Vorbringen des Auftraggebers, wonach die Antragstellerin hinsichtlich zweier Positionen bis dato keine Aufklärung erstattet hätte. Dies betreffe die Positionen "Verrechnungseinheiten". Aus der schriftlichen Aufklärung gehe eindeutig hervor, dass auch die Kosten der beiden vorgenannten Positionen in den Leuchten-Einheitspreisen enthalten und daher nicht gesondert ausgepreist worden seien. Die Antragstellerin habe nämlich klarstellend ausgeführt, dass man prinzipiell festhalten dürfe, dass alle Tätigkeiten (Kosten), die im Zusammenhang mit der Erfüllung der Leistung anfallen würden, in den einzelnen Leuchten-Positionen mit eingerechnet seien.

Zumal die Antragstellerin auch die Kosten für die Regieleistungen bekannt gegeben hätte, sei eine vollständige Aufklärung über alle laut Auftraggeber ursprünglich unzureichend bepreiste Positionen erfolgt, sodass das Angebot nicht hätte ausgeschieden werden dürfen.

In der Leistungsbeschreibung sei ausdrücklich festgelegt, dass Regieleistungen nur ausgeführt werden dürften, wenn sie vom Auftraggeber im Einzelfall angeordnet worden seien. Die entsprechende Kostenbekanntgabe sei nur eventualiter zu verstehen gewesen. Hinzuweisen sei weiters darauf, dass gemäß Pkt. 8 des Formulars des Angebotsschreibens vorgesehen sei, dass für "angehängte" Regieleistungen gemäß ÖNORM B 2112 die kollektivvertraglichen Stundenlöhne und Stoffkosten mit einem vom Bieter jeweils einzusetzenden Zuschlag verrechnet würden. Diese vorgesehene Bieterlücke habe die Antragstellerin sehr wohl entsprechend ausgefüllt. Es habe daher auch hinsichtlich der Regieleistungen von Anfang an eine konkrete Preisangabe vorgelegen.

Nachträgliche Veränderungen oder Ergänzungen von Angeboten würden lediglich dann einen Ausscheidensgrund darstellen, wenn die Wettbewerbsstellung des Bieters zum Nachteil der anderen Bieter verändert werde und das Verbessern eines Angebotes durch Anbieten ursprünglich nicht angebotener Produkte den Gesamtpreis verändern würde. Gerade dies liege aber in concreto nicht vor. Die vom Auftraggeber geforderte Aufklärung habe gerade nicht im Anbieten neuer Produkte bestanden, sondern in der Erläuterung darüber, dass die nicht bepreisten Positionen (Baustellengemeinkosten) bereits in den einzelnen Leuchten-Lieferpositionen enthalten seien. Die Kosten für Regieleistungen seien in diesem Zusammenhang hingegen nicht zu berücksichtigen, da diese erst nach Bedarf und auf Abruf des Auftraggebers zu erbringen wären.

Im Übrigen sei es zu keiner Verschlechterung der Wettbewerbsstellung der übrigen Bieter gekommen, da das Angebot der Antragstellerin mit der ursprünglichen Angebotssumme gegenüber dem nächstgereihten Angebot auch dann noch preisgünstiger wäre, wenn man die Kosten für Regieleistungen in Höhe von ca. Euro XXXX voll dazurechnen würde. Im Übrigen sei es zu keiner Verschlechterung der Wettbewerbsstellung der übrigen Bieter gekommen, da das Angebot der Antragstellerin mit der ursprünglichen Angebotssumme gegenüber dem nächstgereihten Angebot auch dann noch preisgünstiger wäre, wenn man die Kosten für Regieleistungen in Höhe von ca. Euro römisch 40 voll dazurechnen würde.

Festzuhalten sei schließlich, dass Voraussetzung eines ordnungsgemäßen Verbesserungsauftrages die klare Formulierung des Mängelbehebungsauftrages sei. Der gegenständliche Mängelbehebungsauftrag sei insofern unklar gewesen, als zwar um schriftliche Aufklärung zu den einzelnen Positionen, insbesondere zu den Baustellengemeinkosten, ersucht worden sei, jedoch nicht zum Ausdruck gebracht worden sei, wieso diese Positionen überhaupt von Interesse seien. Die Widersprüchlichkeit der Ausschreibung habe somit auf den Mängelbehebungsauftrag durchgeschlagen, sodass diese ebenfalls unklar und widersprüchlich gewesen sei. Außerdem sei die Frist für die Mängelbehebung mit lediglich einem Tag zu kurz bemessen gewesen.

Überdies mangle es einer vom Bieter erstatteten Aufklärung lediglich dann an einer nachvollziehbaren Begründung, wenn der Auftraggeber die gegebenen Auskünfte keiner inhaltlichen Überprüfung unterziehen und er somit die Angebotsprüfung nicht fortsetzen könne. Dies sei jedoch gegenständlich nicht der Fall, zumal dem Auftraggeber die weitere inhaltliche Überprüfung des Angebotes aufgrund der aufklärenden Stellungnahme jedenfalls möglich gewesen wäre.

Mit Schriftsatz vom 1. April 2011 erstattet der Auftraggeber eine weitere Stellungnahme. Die Ausschreibung sei mangels Anfechtung bestandskräftig geworden und damit für alle Bieter bindend. Diese Bindungswirkung erstrecke sich auch auf das LV. Selbst wenn - was hier nicht der Fall sei - ein LV eine nicht sachgerechte Methodik der Angebotskalkulation enthalten sollte, wäre dies aufgrund der Bestandskraft der Ausschreibung einer Überprüfung durch die Behörde entzogen. Soweit Bieter ein der Ausschreibung entsprechendes Angebot hätten abgeben wollen,

hätten sie sämtliche Positionen des LV gesondert auspreisen müssen oder im Angebot zu erläutern gehabt, weshalb für einzelne Positionen kein Preis "ausgeworfen" worden sei. Da die Antragstellerin dies unterlassen habe, sei ihr Angebot auszuschneiden gewesen. Die Antragstellerin sei nämlich nach ihren eigenen Behauptungen ohne diesbezügliche Erläuterung in ihrem Angebot von der im bestandskräftigen LV vorgegebenen Methodik abgewichen.

Wenngleich sich die Zweckmäßigkeit einzelner Positionen des LV der Antragstellerin nicht erschlossen habe, habe sie dennoch am Vergabeverfahren teilgenommen, ohne die Ausschreibung anzufechten. Sie hätte sich daher an das bestandsfeste LV halten müssen. Die Antragstellerin habe sich vor Angebotsabgabe nicht nach der Art und Weise erkundigt, wie allfällige unklare Positionen des LV auszupreisen seien.

Der Hinweis der Antragstellerin auf Pkt. 8 des Formulars zum Angebotsschreiben, dass diese Bieterlücken ausgefüllt worden wären, sei verfehlt. Die Zuschläge würden dazu dienen, die Höhe der Kosten pro Einheit für allfällige bei der Ausschreibung noch nicht berücksichtigte zusätzliche Leistungen, die im Zuge der Erbringung der ausgeschriebenen Leistung notwendig werden könnten, zu erfahren. Sie hätten aber grundsätzlich keinen Bezug zu den vom Auftraggeber konkret im LV angegebenen absehbaren notwendigen Positionen der zu erbringenden Leistung.

Wenngleich die Antragstellerin der Meinung sei, dass allgemeine Bestimmungen der Ausschreibung mit dem LV nicht "korrespondieren" würden, hätte sie dennoch sämtliche Positionen des LV auspreisen müssen. Sämtliche Positionen des bestandsfesten LV seien vom Auftraggeber bewusst und mit Absicht aufgenommen worden.

Die Antragstellerin habe ein Angebot abgegeben, in dem 20 Positionen des LV nicht ausgepreist gewesen seien, ohne diesen Umstand in ihrem Angebot zu erläutern. Der Auftraggeber habe um diesbezügliche Aufklärung ersucht, worauf die Antragstellerin am 18. Februar 2011 ein Schreiben übermittelt habe. Darin sei zum Ausdruck gekommen, dass die Kosten einiger nicht ausgepreister Positionen angeblich bei anderen Positionen mit eingerechnet worden seien und die Kosten weiterer nicht ausgepreister Positionen mit zusätzlichen Euro XXXX bewertet worden seien. Zur fehlenden Auspreisung der Positionen "Verrechnungseinheiten" sei gar keine Erläuterung gegeben worden. Jeder der drei von der Antragstellerin in ihrem Aufklärungsschreiben genannten Umstände habe zwangsläufig zum Ausscheiden des Angebotes führen müssen. Durch die Angabe von zusätzlich Euro XXXX sei besonders gut ersichtlich, dass die Antragstellerin die ausgeschriebenen Leistungen von Anfang an nicht vollständig angeboten habe. Die durch die nachträgliche Bekanntgabe gewonnene Zeit der Antragstellerin verschaffe ihr einen Wettbewerbsvorteil gegenüber den Mitbewerbern (VwGH 25.2. 2004, 2003/04/0186).

Die Antragstellerin habe ein Angebot abgegeben, in dem 20 Positionen des LV nicht ausgepreist gewesen seien, ohne diesen Umstand in ihrem Angebot zu erläutern. Der Auftraggeber habe um diesbezügliche Aufklärung ersucht, worauf die Antragstellerin am 18. Februar 2011 ein Schreiben übermittelt habe. Darin sei zum Ausdruck gekommen, dass die Kosten einiger nicht ausgepreister Positionen angeblich bei anderen Positionen mit eingerechnet worden seien und die Kosten weiterer nicht ausgepreister Positionen mit zusätzlichen Euro römisch 40 bewertet worden seien. Zur fehlenden Auspreisung der Positionen "Verrechnungseinheiten" sei gar keine Erläuterung gegeben worden. Jeder der drei von der Antragstellerin in ihrem Aufklärungsschreiben genannten Umstände habe zwangsläufig zum Ausscheiden des Angebotes führen müssen. Durch die Angabe von zusätzlich Euro römisch 40 sei besonders gut ersichtlich, dass die Antragstellerin die ausgeschriebenen Leistungen von Anfang an nicht vollständig angeboten habe. Die durch die nachträgliche Bekanntgabe gewonnene Zeit der Antragstellerin verschaffe ihr einen Wettbewerbsvorteil gegenüber den Mitbewerbern (VwGH 25.2. 2004, 2003/04/0186).

In diesem Zusammenhang spiele es keine Rolle, ob Teile einer ausgeschriebenen Leistung (etwa Regieleistungen) jedenfalls oder nur auf gesonderte Aufforderung des Auftraggebers abgerufen würden. Dies entspreche im Übrigen auch der gängigen Praxis. Derartige Positionen würden in Ergänzung zu den Positionen "Verrechnungseinheiten" der fachtechnischen Betreuung der Leuchtenlieferung dienen, zB. für die normgemäße Kennzeichnung, für entsprechende Schulungen, für die Erstellung der Dokumentation und für die Nachführung des Raumbuches. Schon die Notwendigkeit der Montage auch nur einer Musterleuchte würde die konkrete Ausgestaltung des LV rechtfertigen.

Da das Angebot der Antragstellerin zwingend auszuschneiden gewesen sei, habe der Auftraggeber die Preise keiner Prüfung zu unterziehen gehabt. Die von der Antragstellerin gewählte Vorgangsweise der Miteinrechnung verzerre das Angebotsergebnis und erwecke den Eindruck eines günstigen Angebotes.

Festzuhalten sei weiters, dass der Auftraggeber keinen Mängelbehebungsauftrag erteilt habe. Das Angebot der Antragstellerin sei unvollständig gewesen und die Antragstellerin daher zur Aufklärung aufgefordert worden. Auch die

erfolgte "Aufklärung" ändere nichts an der vorliegenden Unvollständigkeit des Angebotes. Die Behauptung der Miteinrechnung in andere Positionen stelle sich als Schutzbehauptung dar. Vielmehr sei das ursprüngliche Angebot ergänzt worden bzw. sei eine Mischkalkulation zwischen den Leistungspositionen vorgenommen worden. Dies sei vergaberechtlich unzulässig.

Im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 5. April 2011 brachte der Auftraggeber (Frau Mag. L***) - soweit entscheidungsrelevant - ergänzend vor, dass der im Schreiben vom 8.3.2011 genannte Ausscheidensgrund eines Rechenfehlers >2% nicht aufrecht erhalten werde. Aufrecht erhalten werde hingegen der Ausscheidensgrund des unvollständigen Angebotes.

Über Befragen erklärte DI M***, Generalplaner, dass das gegenständliche Gewerk "Beleuchtungslieferung" die Lieferung von Beleuchtungskörpern sowie entsprechende Dienstleistungen hiezu, die projektspezifisch auszuarbeiten seien, wie z. B. Projektdokumentation, Schulungen, Einführung in die Wartung und Aufbau von Musterleuchten, umfasse. Die in Pos. 1500 Z genannten Gewerke (Erdung und Blitzschutz, Brandmeldeanlage, Leuchtenlieferung sowie Stark- und Schwachstrom) seien jene Gewerke, welche über Schnittstellen zum gegenständlichen Gewerk Beleuchtungslieferung verfügen würden. Abgesehen von der Bemusterung erfolge die Montage der Beleuchtungskörper durch den Auftragnehmer des Gewerkes "Stark-Schwachstrom".

Über Befragen, warum das LV in der Leistungsgruppe 95, Pos. 93 Z Regieleistungen, einen leitenden Monteur, eine Spezialmonteur sowie einen Elektromonteur umfasse, wo diese Tätigkeiten doch Gegenstand des separat ausgeschriebenen Gewerkes "Stark- Schwachstrom" seien, erklärte Ing. O***, ein Mitarbeiter des Generalplaners, dass nicht ausgeschlossen werden könne, dass der Auftragnehmer des Gewerkes Beleuchtungslieferung auch selbst komplexere Beleuchtungskörper zu montieren habe. Dies unabhängig von dem erwähnten Musterraum. Bei der Aufnahme dieser Positionen in das LV handle es sich um keinen Kopierfehler und auch um keinen Irrtum des Auftraggebers (Angaben Mag. L***). Selbst wenn dies so sein sollte, sei die Ausschreibung mangels Anfechtung bestandsfest. Auch die LG 01 (Baustellengemeinkosten) sei nicht durch einen Irrtum in das LV gekommen. Zudem habe es zum gegenständlichen Verfahren von keinem der Bieter eine Bieteranfrage gegeben. Auch nicht von der Antragstellerin.

DI M*** gab weiters an, dass etwaige Sonderleuchten, die nicht von der Antragstellerin selbst hergestellt, sondern von dieser zugekauft würden, durch die im LV vorgesehene Position "Verrechnungseinheiten" abgerechnet würden. Dazu seien auch die Regieleistungen im LV gedacht, da die Sonderleuchten meistens von den entsprechenden Lieferanten selbst montiert würden. Es gebe kein Bauvorhaben, bei dem Regieleistungen nicht in Anspruch genommen würden. Es sei daher davon auszugehen, dass auch gegenständlich die Regieleistungen vom Auftraggeber - in welchem Umfang auch immer - in Anspruch genommen würden.

Mag. L*** brachte weiters vor, dass Pkt. 8 des Angebotsschreibens einen "Auffangtatbestand" für den Fall darstelle, dass im LV selbst keine Positionen bzw Preise für Regieleistungen vorgesehen sein sollten. Dies sei jedoch gegenständlich nicht der Fall, da im LV, in der LG 95, für die Regieleistungen sehr wohl Positionen vorgesehen seien. Die Regiepreise seien jedenfalls preisbildend, d.h. in den Gesamtpreis einzurechnen.

Über Befragen erklärte Mag. L***, dass die Zeichen "-" bzw. "/" laut Ausschreibung und nach der Auffassung des Auftraggebers bedeuten würden, dass die jeweils mit diesen Zeichen gekennzeichneten Positionen vom Bieter mit Euro 0 angeboten worden seien.

Die Antragstellerin habe ihr Angebot nachträglich durch die Nennung von Euro XXXX für die allfälligen Regiearbeiten pro Gebäudeteil abgeändert und auch selbst erklärt, einige Positionen nicht angeboten bzw. keinen Subunternehmer hierfür genannt zu haben. Die Antragstellerin habe ihr Angebot nachträglich durch die Nennung von Euro römisch 40 für die allfälligen Regiearbeiten pro Gebäudeteil abgeändert und auch selbst erklärt, einige Positionen nicht angeboten bzw. keinen Subunternehmer hierfür genannt zu haben.

Über Befragen, ob für den Auftraggeber aus dem Angebot der Antragstellerin ersichtlich gewesen sei, dass diverse Positionen, z.B. Baustellengemeinkosten, in andere Positionspreise eingerechnet worden seien, wird dies von DI M*** verneint. Dies habe sich aus dem LV nicht ergeben, sondern sei dem Auftraggeber erst im Zuge der "Aufklärung" mitgeteilt worden. Auch die Position "Verrechnungseinheiten" habe sich aus dem LV nicht ergeben und sei diese Position auch nicht aufgeklärt worden.

Mag. L*** brachte vor, dass der Auftraggeber aufgrund des zwingenden Ausscheidens des Angebotes der Antragstellerin keine vertiefte Preisprüfung vorgenommen habe. Gemäß den verlesenen Preisen sei das Angebot der Antragstellerin jedenfalls das günstigste Angebot gewesen. Der Auftraggeber dürfe jedoch auf ein nachträglich verändertes Angebot keinen Zuschlag erteilen, da es sich bei den Angebotsmängeln jedenfalls um unbehebbarer Mängel handle.

Im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 5. April 2011 brachte die Antragstellerin (Herr Ing. P***; RA Dr. T***) ergänzend vor, dass die Antragstellerin keine Bieteranfrage gestellt habe. Die Antragstellerin sei eine Vertriebsgesm.b.H. und verfüge über keine "Elektroninstallationskonzession". Für den Aufbau des Musterraums sei die Antragstellerin daher davon ausgegangen, dass die notwendigen Elektroinstallationen zum Einbau der Musterleuchten von einem vor Ort befindlichen Elektroinstallateur des Gewerkes Stark- Schwachstrom "in Subleistung" ausgeführt werden könnte. Im Angebot habe die Antragstellerin für diese Leistungen (Musterraum) jedoch keinen Subunternehmer benannt. Der Subunternehmer wäre von der Antragstellerin vor Ort bezahlt worden, ohne dem Auftraggeber diese Kosten zusätzlich zu verrechnen. Die genannte Vorgangsweise hätte die Antragstellerin auch bei den im LV in der LG 95 vorgesehenen Regieleistungen gewählt. Ing. P*** stellte jedoch in Abrede, dass derartige komplexe Beleuchtungssysteme laut Ausschreibung überhaupt vorgesehen seien. Für die Regieleistungen gemäß LG 95 habe die Antragstellerin im Angebot keinen Subunternehmer genannt.

RA Dr. T*** gab an, dass seiner Ansicht nach die Regieleistungen für die Montage der Beleuchtungskörper ohnedies vom Gewerk "Stark- Schwachstrom" umfasst seien. Punkt 8 des Angebotsschreibens (Zuschläge zu kollektivvertraglichen Mindestlöhnen für "angehängte" Regieleistungen, soweit hierfür im LV keine Preise vorgesehen sind) sei von der Antragstellerin durch Angabe eines Prozentsatzes ausgefüllt worden. Da es ohnedies einen kollektivvertraglichen Mindestlohn gebe, seien aufgrund der von der Antragstellerin genannten Prozentsätze in Punkt 8 die Kosten allfälliger Regieleistungen für den Auftraggeber klar gewesen.

Über Befragen, welche Positionen des LV die Antragstellerin konkret in andere Positionen eingerechnet habe, führte Ing. P*** aus, dass dies die Kosten für den Musterraum und die Baustellengemeinkosten gemäß LG 01 sowie die Verrechnungseinheiten, seien. Diese Positionen seien in die Einheitspreise der Leuchten eingerechnet worden. Die Pos. 93010 Z bis 93030 Z in der LG 95 habe die Antragstellerin nicht angeboten. Die von der Antragstellerin im Aufklärungsschreiben genannten Euro XXXX je Bauteil, seien für den Fall genannt worden, dass der Auftraggeber die Regieleistungen im vollen Ausmaß beauftragen sollte. Dies sei der Antragstellerin jedoch als unrealistischer Aufwand erschienen. Über Befragen, welche Positionen des LV die Antragstellerin konkret in andere Positionen eingerechnet habe, führte Ing. P*** aus, dass dies die Kosten für den Musterraum und die Baustellengemeinkosten gemäß LG 01 sowie die Verrechnungseinheiten, seien. Diese Positionen seien in die Einheitspreise der Leuchten eingerechnet worden. Die Pos. 93010 Z bis 93030 Z in der LG 95 habe die Antragstellerin nicht angeboten. Die von der Antragstellerin im Aufklärungsschreiben genannten Euro römisch 40 je Bauteil, seien für den Fall genannt worden, dass der Auftraggeber die Regieleistungen im vollen Ausmaß beauftragen sollte. Dies sei der Antragstellerin jedoch als unrealistischer Aufwand erschienen.

Wenn die Antragstellerin im LV in bestimmten Positionen die Zeichen "-" bzw. "/" verwendet habe, so bedeute dies grundsätzlich, dass sie die entsprechenden Positionen mit Euro 0 angeboten habe. In einigen Fällen stelle das verwendete Zeichen "-" bzw. "/" jedoch den Fall dar, dass die Antragstellerin die entsprechende Position nicht angeboten habe. Dies bei den Monteurstunden. Die genauere Erläuterung der jeweiligen Bedeutung der Zeichen finde sich im Aufklärungsschreiben vom 18.2.2011.

Über Befragen, wie die Positionen 9101A Z bis 9201G Z zu verstehen seien, gab Ing. P*** an, dass es sich hierbei insofern um einen Irrtum beim Ausfüllen der Preispositionen gehandelt habe, als für diese Dienstleistungen der Lohnanteil auszupreisen gewesen wäre und nicht der Anteil "Sonstiges".

RA Dr. T*** bekräftigte erneut, dass die Positionen "Verrechnungseinheiten" in die Leuchteneinheitspreise miteinkalkuliert worden seien. Dies ergebe sich jedoch nicht ohne weiteres aus dem LV selbst. Dies ergebe sich hingegen aus der Aufklärung vom 18.2.2011.

Abschließend brachte RA Dr. T*** vor, dass es bei der Angebotserstellung der Antragstellerin möglicher Weise einige "Schönheitsfehler" gegeben habe, die jedoch das Ausscheiden des Angebotes nicht rechtfertigten würden.

Aufgrund der Vorbringen der Parteien, dem Inhalt der Unterlagen des Vergabeverfahrens sowie den Ergebnissen der

mündlichen Verhandlung vom 5. April 2011 wurde folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt festgestellt:

Bei der ausgeschriebenen Leistung "Beleuchtungslieferung" handelt es sich um ein Gewerk eines Gesamtvorhabens. Der geschätzte Auftragswert exkl. Ust. des verfahrensgegenständlichen Gewerkes liegt nach Auskunft des Auftraggebers im Oberschwellenbereich. Es handelt sich verfahrensgegenständlich um einen Lieferauftrag, der in einem offenen Verfahren nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden soll.

Die Angebotsöffnung fand am 1.2.2011 statt. Es sind insgesamt 8 Angebote eingelangt. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wies einen Angebotspreis ohne Ust. in Höhe von Euro XXXX auf. Der Angebotspreis der Antragstellerin betrug exkl Ust. Euro XXXX (siehe Niederschrift zur Angebotsöffnung). Die Angebotsöffnung fand am 1.2.2011 statt. Es sind insgesamt 8 Angebote eingelangt. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wies einen Angebotspreis ohne Ust. in Höhe von Euro römisch 40 auf. Der Angebotspreis der Antragstellerin betrug exkl Ust. Euro römisch 40 (siehe Niederschrift zur Angebotsöffnung).

Die Antragstellerin hat für den Gebäudeteil BB in der LG 01 (Baustellengemeinkosten) in den Positionen 1102A (Vorhaltekosten eigener Baubetrieb), 1102C (Vorhaltekosten SiGe Baubetrieb) und 90110 Z (Verrechnungseinheiten) sowie in der LG 95 (Regieleistungen) in den Positionen 93010 Z (Leitender Monteur, Obermonteur), 93020 Z (Spezialmonteur), 93030 Z (Elektromonteur) und 93040 Z (CAD-Techniker), in den dafür vorgesehenen Feldern Lohn, Sonstiges bzw EH jeweils das Zeichen "-" bzw "/" verwendet. Dies auch in den spiegelbildlichen Positionen für den zweiten Gebäudeteil BD.

Gemäß Einladung zur Angebotsabgabe und Angebotsbestimmungen" Punkt 3, 4. Absatz, heißt es:

Bei unvollständig ausgepreisten Einheitspreisen bzw Einheitspreisantteilen wird bei der Angebotsprüfung nach folgenden Korrekturregeln vorgegangen:

Die Zeichen "-" und "/" gelten als Null. Dies gilt auch bei Einheitspreisen.

Mit E-Mail vom 17.2.2011 wurde die Antragstellerin um schriftliche Aufklärung zu den oben erwähnten Positionen des LV bis 18.2.2011 ersucht. Mit Stellungnahme vom 18.2.2011 teilte die Antragstellerin u.a. Folgendes mit:

[...]. In der LG 01 Baustellengemeinkosten sind die zeitgebundenen Kosten der Baustelle in Vorhaltekosten für Maßnahmen, die im Sicherheits- und Gesundheitsschutzplan (SiGe-Plan) festgelegt sind, und in sonstige Maßnahmen für den eigenen Bedarf (einschließlich Sozialeinrichtungen und Maßnahmen für die Sicherheit und Gesundheit der eigenen Arbeitnehmer) gegliedert.

Dies trifft bei einer Lieferung nicht zu. All diese sinnvollen Maßnahmen sind bei der Erzeugung im Werk, als von der Spediteurfirma in die Kosten eingerechnet.

[...]. Prinzipiell darf man festhalten, dass alle Tätigkeiten (Kosten) die im Zusammenhang mit der Erfüllung unserer Leistung

- Lieferung von Leuchten -

in den einzelnen Leuchten - Positionen mit eingerechnet sind, wie z.B. Nachführung von Dokumentation, Eintragungen in Pläne (AutoCAD) oder Ergänzung von Raumbuch-Angaben, als auch die Aktualisierung der Abrechnungsdaten.

Irreführender Weise werden auch in dieser Leistungsgruppe 95, unter dem Titel Regieleistungen, Stundenlöhne von elektrotechnischen Monteuren, abgefragt.

Da wir als A***, einer Handelfirma entsprechen und keine Elektroarbeiten als auch keine Errichter- oder Montagetätigkeit erbringen dürfen, können und dürfen wir diese Positionen nicht auspreisen.

Wenn man davon ausgeht, dass diese Positionen in Summe 130 Stunden beschreiben (3 Mann/ca.1Woche) kann man von einem durchschnittlichen Wert von knapp Euro XXXX ausgehen (je Bauteil). Erscheint uns aber als unrealistischer Arbeitsaufwand für eine Generalsanierung - Leuchtenlieferung. Wenn man davon ausgeht, dass diese Positionen in Summe 130 Stunden beschreiben (3 Mann/ca.1Woche) kann man von einem durchschnittlichen Wert von knapp Euro römisch 40 ausgehen (je Bauteil). Erscheint uns aber als unrealistischer Arbeitsaufwand für eine Generalsanierung - Leuchtenlieferung.

Die Position AutoCAD - Techniker ist als Anteil in den jeweiligen Positionen Leuchtenlieferung, jeweils in den Einheitspreisen, eingerechnet.

[....]. Wir sind davon ausgegangen, dass die beschriebenen Tätigkeiten wie z.B. Waagriss, Baustellenverkehrskonzept, etc., offensichtlich, so wie die Monteurstundenpositionen, ein Kopierfehler sind und haben diese Positionen als Handelsfirma, für den Angebotsgegenstand, Leuchtenlieferung, nicht angeboten.

Im Prüfbericht vom 2.3.2011, Punkt 004.8. "Detailprüfung", wurde festgehalten:

Folgende Positionen wurden von A*** nicht ausgefüllt:

00.01.1102A Vorhaltekosten Bautrieb
00.01.1102C Vorhaltekosten SiGe Baubetrieb
00.01.90100 Verrechnungseinheiten
08.95.93010 Leitender Monteur, Obermonteur
08.95.93020 Spezialmonteur
08.95.93030 Elektromonteur
08.95.93040 CAD- Techniker
08.98.010 Bestandsunterlagen
08.95.9901A Nachführung Raumbuch AN
08.95.9902A Normgerechte Kennzeichnung alle Anlagen
10.01.1102A Vorhaltekosten Baubetrieb
10.01.1102C Vorhaltekosten SiGe Bautrieb
10.01.90100 Verrechnungseinheiten
18.95.93010 Leitender Monteur, Obermonteur
18.95.93020 Spezialmonteur
18.95.93030 Elektromonteur
18.95.93040 CAD- Techniker
18.98.010 Bestandsunterlagen
18.95.9901A Nachführung Raumbuch AN
18.95.9902A Normgerechte Kennzeichnung alle Anlagen

Nach Rücksprache sind folgende Positionen in andere Positionen eingerechnet bzw mit 0 angeboten worden:

00.01.1102A Vorhaltekosten Bautrieb
00.01.1102C Vorhaltekosten SiGe Baubetrieb
08.95.93040 CAD- Techniker
08.98.010 Bestandsunterlagen
08.95.9901A Nachführung Raumbuch AN
08.95.9902A Normgerechte Kennzeichnung alle Anlagen
10.01.1102A Vorhaltekosten Baubetrieb
10.01.1102C Vorhaltekosten SiGe Bautrieb
18.95.93040 CAD- Techniker
18.98.010 Bestandsunterlagen
18.95.9901A Nachführung Raumbuch AN
18.95.9902A Normgerechte Kennzeichnung alle Anlagen

Weiters wurde pauschal eine Summe von XXXX Euro je Bauteil für Regien nach Rückfrage bekanntgegeben. Weiters wurde pauschal eine Summe von römisch 40 Euro je Bauteil für Regien nach Rückfrage bekanntgegeben.

Aufgrund dieser Bekanntgabe würde sich die Netto Angebotssumme um XXXX Euro erhöhen, was eine Abweichung von 6,60 % bedeutet. Aufgrund dieser Bekanntgabe würde sich die Netto Angebotssumme um römisch 40 Euro erhöhen, was eine Abweichung von 6,60 % bedeutet.

Die Verrechnungseinheiten wurden nicht ausgefüllt und dadurch ist das Angebot nicht vollständig ausgefüllt, auch nach Rückfrage wurde zu dieser Position keine Stellung bezogen. In der Prüfung werden die Positionen Verrechnungseinheit mit einem Aufschlag von 0 berücksichtigt.

In Summe wird dadurch die Netto Angebotssumme um XXXX Euro erhöht. Dies entspricht einer Erhöhung um 12,39 %. In Summe wird dadurch die Netto Angebotssumme um römisch 40 Euro erhöht. Dies entspricht einer Erhöhung um 12,39 %.

Zusammenfassung

Ausgeschieden wegen Rechenfehlers > 2% und unvollständigem Angebot.

Punkt 8 des Angebotsschreibens lautet:

Für angehängte Regieleistungen gemäß ÖNORM B 2112 werden, soweit hierfür im Leistungsverzeichnis keine Preise vorgesehen sind, verrechnet:

Die kollektivvertraglichen Stundenlöhne mit einem Zuschlag von %

Die Stoffkosten mit einbem Zuschlag von %

Die Antragstellerin hat diese beiden Felder mit 120% bzw 33% ausgefüllt.

Gemäß Punkt 7 des Angebotsschreibens waren die Einheits- und Pausschalpreise von den Bietern gemäß ÖNORM B 2061 in der Fassung vom 1.6.1987 zu ermitteln.

Punkt 5 der Angebotsbestimmungen lautet:

Abänderungsangebote sind zulässig. Abänderungsangebote sind auch ohne ausschreibungskonformes Angebot (Hauptangebot) zulässig.[...]. Der Bieter hat in einem Begleitschreiben die Positionen und den Inhalt des Abänderungsangebotes anzugeben. [...]. Abänderungsangebote müssen als solche bezeichnet werden. [...]. Begleitschreiben zum Angebot sind im Angebotsschreiben an der hierfür vorgesehenen Stelle (Punkt 18.5.) als Beilage anzuführen.

Die Antragstellerin hat ein Angebot gelegt, welches nicht als Abänderungsangebot bezeichnet war. Auch ein entsprechendes Begleitschreiben findet sich im Angebot der Antragstellerin nicht.

Eine vertiefte Angebotsprüfung wurde vom Auftraggeber nicht durchgeführt. Die Zuschlagsentscheidung wurde den Bietern per Telefax vom 8.3.2011 übermittelt. Darin wurde mitgeteilt, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag der B***, zu erteilen. Der Antragstellerin wurde darüber hinaus in der Verständigung über das Ausscheiden ihres Angebotes mitgeteilt, dass Ihr Unternehmen aufgrund der Ergebnisse der gutachterlichen Angebotsprüfung und dem sich daraus ergebenden Ranking nicht ausgewählt werden konnte. Ihr Angebot konnte bei der Bestbieterermittlung nicht berücksichtigt werden, da es leider auszuschneiden war, da es unvollständig war und die nachträgliche Kostenbekanntgabe eine Abweichung >2% ergab. [...].

Mit Bescheid des BVA vom 22.3.2011, N/0020-BVA/09/2011-EV9, wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben und dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, den Zuschlag zu erteilen

Am 5. April 2011 fand vor dem Bundesvergabeamt eine mündliche Verhandlung statt. Eine Widerrufsentscheidung wurde nicht bekannt gegeben, das Verfahren nicht widerrufen. Der Zuschlag wurde nicht erteilt.

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 Bundesimmobiliengesellschaft mbH (BIG). Diese ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (vgl BVA 9.12.2010, N/0094-BVA/07/2010-31; 2.2.2011, N/0008-BVA/08/2011-EV13; 22.3.2011, N/0017-BVA/05/2011-EV25 uva). Auftraggeber iSd Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die Bundesimmobiliengesellschaft mbH (BIG). Diese ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG vergleiche BVA 9.12.2010, N/0094-BVA/07/2010-31; 2.2.2011, N/0008-BVA/08/2011-EV13; 22.3.2011, N/0017-BVA/05/2011-EV25 uva).

Es handelt sich um einen Lieferauftrag iSd § 5 BVergG, der in einem offenen Verfahren vergeben werden soll. Der geschätzte Auftragswert sowohl des Gesamtvorhabens als auch des verfahrensgegenständlichen Gewerks liegt nach den Angaben des Auftraggebers im Oberschwellenbereich. Es handelt sich um einen Lieferauftrag iSd Paragraph 5, BVergG, der in einem offenen Verfahren vergeben werden soll. Der geschätzte Auftragswert sowohl des Gesamtvorhabens als auch des verfahrensgegenständlichen Gewerks liegt nach den Angaben des Auftraggebers im Oberschwellenbereich.

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 lit a 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, Litera a, B-VG ist sohin gegeben.

Es wurde weder eine Widerrufsentscheidung bekannt gegeben noch wurde das Verfahren widerrufen oder der Zuschlag erteilt. Das Bundesvergabeamt ist damit gemäß § 312 Abs 2 BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers zuständig. Es wurde weder eine Widerrufsentscheidung bekannt gegeben noch wurde das Verfahren widerrufen oder der Zuschlag erteilt. Das Bundesvergabeamt ist damit gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers zuständig.

Bei den von der Antragstellerin angefochtenen Entscheidungen (Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung) handelt es sich um gesondert anfechtbare Entscheidungen gemäß § 2 Z 16 lit a sublit aa BVergG. Bei den von der Antragstellerin angefochtenen Entscheidungen (Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung) handelt es sich um gesondert anfechtbare Entscheidungen gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG.

Die Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung wurden der Antragstellerin nachweislich am 8.3.2011 bekannt gegeben, sodass der Nachprüfungsantrag vom 15.3.2011 als rechtzeitig iSd § 321 Abs 1 BVergG zu qualifizieren ist. Die Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung wurden der Antragstellerin nachweislich am 8.3.2011 bekannt gegeben, sodass der Nachprüfungsantrag vom 15.3.2011 als rechtzeitig iSd Paragraph 321, Absatz eins, BVergG zu qualifizieren ist.

Inhaltliche Beurteilung der Anträge:

Zu Spruchpunkt I. Zu Spruchpunkt römisch eins.

Die Antragstellerin bringt im Wesentlichen vor, dass die Ausschreibung irrtümlich diverse Leistungsgruppen (LG) bzw Positionen (Pos) enthalte, die in einem Lieferauftrag "nichts zu suchen hätten" und die Ausschreibung daher in sich widersprüchlich sei. Dies betreffe die LG 01 Baustellengemeinkosten (Vorhaltekosten eigener Baubetrieb, Vorhaltekosten SiGe Baubetrieb und Verrechnungseinheiten) sowie die LG 95 Regieleistungen (Stundenlöhne für Monteure bzw Techniker, Bestandsunterlagen, Anlagenkennzeichnung). Baustellengemeinkosten könne es bei einem reinen Lieferauftrag nicht geben. Der Anschluss und die Montage der Beleuchtungskörper würde durch den Auftragnehmer des separat ausgeschriebenen Gewerkes "Stark- Schwachstrom" erfolgen. Die Antragstellerin habe daher einzelne Positionspreise in die Leuchten-Einheitspreise eingerechnet (LG 01, Baustellengemeinkosten, Verrechnungseinheiten) bzw einzelne Positionen (LG 95, Regieleistungen) nicht angeboten, zumal ihr dies mangels der erforderlichen Gewerbeberechtigung gar nicht möglich gewesen wäre. Dies habe sie im Aufklärungsschreiben vom 18.2.2011 auch erläutert und für allfällige Regieleistungen eine Summe von ca Euro XXXX je Gebäudeteil genannt. Die Antragstellerin bringt im Wesentlichen vor, dass die Ausschreibung irrtümlich diverse Leistungsgruppen (LG) bzw Positionen (Pos) enthalte, die in einem Lieferauftrag "nichts zu suchen hätten" und die Ausschreibung daher in sich

widersprüchlich sei. Dies betreffe die LG 01 Baustellengemeinkosten (Vorhaltekosten eigener Baubetrieb, Vorhaltekosten SiGe Baubetrieb und Verrechnungseinheiten) sowie die LG 95 Regieleistungen (Stundenlöhne für Monteure bzw Techniker, Bestandsunterlagen, Anlagenkennzeichnung). Baustellengemeinkosten könne es bei einem reinen Lieferauftrag nicht geben. Der Anschluss und die Montage der Beleuchtungskörper würde durch den Auftragnehmer des separat ausgeschriebenen Gewerkes "Stark- Schwachstrom" erfolgen. Die Antragstellerin habe daher einzelne Positionspreise in die Leuchten-Einheitspreise eingerechnet (LG 01, Baustellengemeinkosten, Verrechnungseinheiten) bzw einzelne Positionen (LG 95, Regieleistungen) nicht angeboten, zumal ihr dies mangels der erforderlichen Gewerbeberechtigung gar nicht möglich gewesen wäre. Dies habe sie im Aufklärungsschreiben vom 18.2.2011 auch erläutert und für allfällige Regieleistungen eine Summe von ca Euro römisch 40 je Gebäudeteil genannt.

Der Auftraggeber brachte demgegenüber im Wesentlichen vor, dass es sich beim Angebot der Antragstellerin um ein unvollständiges Angebot handle, da insgesamt 20 Positionen nicht angeboten worden und diese Mängel einer Behebbarkeit nicht zugänglich seien. Daran ändere auch die nachträgliche Erklärung der Antragstellerin betreffend 10 von 20 Positionen nichts, worin die Antragstellerin ausführe, dass die anfallenden Kosten in andere Positionen eingerechnet worden seien. Ebenso sei auch die nachträgliche Bekanntgabe der Preise für 8 Positionen vergaberechtlich unzulässig. Des Weiteren seien 2 Positionen (Anm: Verrechnungseinheiten) bis dato überhaupt nicht aufgeklärt. Der Auftraggeber brachte demgegenüber im Wesentlichen vor, dass es sich beim Angebot der Antragstellerin um ein unvollständiges Angebot handle, da insgesamt 20 Positionen nicht angeboten worden und diese Mängel einer Behebbarkeit nicht zugänglich seien. Daran ändere auch die nachträgliche Erklärung der Antragstellerin betreffend 10 von 20 Positionen nichts, worin die Antragstellerin ausführe, dass die anfallenden Kosten in andere Positionen eingerechnet worden seien. Ebenso sei auch die nachträgliche Bekanntgabe der Preise für 8 Positionen vergaberechtlich unzulässig. Des Weiteren seien 2 Positionen (Anmerkung, Verrechnungseinheiten) bis dato überhaupt nicht aufgeklärt.

Hiezu ist Folgendes festzuhalten:

Eine Bieteranfrage zu den LG 01 und LG 95 bzw den darin enthaltenen Pos hat die Antragstellerin nicht gestellt. Auch hat sie den Auftraggeber entgegen Punkt 1 der Angebotsbestimmungen nicht auf die - aus ihrer Sicht vorliegenden - Widersprüche in der Ausschreibung aufmerksam gemacht. Die Ausschreibung wurde von der Antragstellerin auch innerhalb der in § 321 Abs 1 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 uva). Damit sind sowohl der Auftraggeber als auch die Bieter an die in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen gebunden. Die Bindung der für die Zuschlagserteilung in Frage kommenden Angebote an die Ausschreibung ist für die Gleichbehandlung der Bieter von entscheidender Bedeutung. Eine Bieteranfrage zu den LG 01 und LG 95 bzw den darin enthaltenen Pos hat die Antragstellerin nicht gestellt. Auch hat sie den Auftraggeber entgegen Punkt 1 der Angebotsbestimmungen nicht auf die - aus ihrer Sicht vorliegenden - Widersprüche in der Ausschreibung aufmerksam gemacht. Die Ausschreibung wurde von der Antragstellerin auch innerhalb der in Paragraph 321, Absatz eins, 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 uva). Damit sind sowohl der Auftraggeber als auch die Bieter an die in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen gebunden. Die Bindung der für die Zuschlagserteilung in Frage kommenden Angebote an die Ausschreibung ist für die Gleichbehandlung der Bieter von entscheidender Bedeutung.

Der Auftraggeber legte in der mündlichen Verhandlung dar, dass sich die Preispositionen für die Baustellengemeinkosten inkl der Verrechnungseinheiten sowie für die Regieleistungen beabsichtigter Weise im LV wiederfinden und nicht etwa irrtümlich in das LV aufgenommen wurden, wie die Antragstellerin vermeint (siehe VH-Schrift Seiten 3 und 4). Dies kann aber dahingestellt bleiben. Denn selbst wenn es sich diesbezüglich um ein Versehen des Auftraggebers gehandelt hätte, wäre die Ausschreibung mangels fristgerechter Anfechtung in dieser Form bestandsfest geworden, sodass dem BVA eine inhaltliche Prüfung der Ausschreibung verwehrt bliebe (vgl BVA 20.3.2003, 12N-10/03-11; 11.12.2003, 17N-115/03-30 uva; siehe Pointner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 321 Rz 34). Die Sanierungswirkung der Präklusionsfrist bezieht sich undifferenziert auf alle Rechtsverstöße (siehe Pointner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 321 Rz 26). Der Auftraggeber legte in der mündlichen Verhandlung dar, dass sich die Preispositionen für die Baustellengemeinkosten inkl der Verrechnungseinheiten sowie für die Regieleistungen

beabsichtigter Weise im LV wiederfinden und nicht etwa irrtümlich in das LV aufgenommen wurden, wie die Antragstellerin vermeint (siehe VH-Schrift Seiten 3 und 4). Dies kann aber dahingestellt bleiben. Denn selbst wenn es sich diesbezüglich um ein Versehen des Auftraggebers gehandelt hätte, wäre die Ausschreibung mangels fristgerechter Anfechtung in dieser Form bestandsfest geworden, sodass dem BVA eine inhaltliche Prüfung der Ausschreibung verwehrt bliebe vergleiche BVA 20.3.2003, 12N-10/03-11; 11.12.2003, 17N-115/03-30 uva; siehe Pointner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 321, Rz 34). Die Sanierungswirkung der Präklusionsfrist bezieht sich undifferenziert auf alle Rechtsverstöße (siehe Pointner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 321, Rz 26).

Punkt 3, 4. Absatz der bestandsfesten Angebotsbestimmungen, lautet:

Bei unvollständig ausgepreisten Einheitspreisen bzw Einheitspreisan teilen wird bei der Angebotsprüfung nach folgenden Korrekturregeln vorgegangen:

Die Zeichen "-" und "/" gelten als Null. Dies gilt auch bei Einheitspreisen.

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 11.2.2008, N/0006- BVA/04/2008-24; BVA 25.11.2009, N/0110-BVA/09/2009-28; BVA 28.3.2011, N/0002- BVA/04/2011-23 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 11.2.2008, N/0006- BVA/04/2008-24; BVA 25.11.2009, N/0110-BVA/09/2009-28; BVA 28.3.2011, N/0002- BVA/04/2011-23 uva.).

Auch die Auslegung von Angeboten - als zivilrechtliche Willenserklärungen - hat anhand des objektiven Erklärungswertes zu erfolgen (vgl BVA 27.11.2006, F/0001- BVA/14/2006-44; BVA 9.6.2009, N/0040-BVA/14/2009-31 u.a.), sodass sich die Bedeutung der Angebotserklärung weder nach den Motiven des erklärenden Bieters (wie etwa allfällige Missverständnisse der Ausschreibungsbestimmungen) noch danach richtet, wie dies der Erklärungsempfänger (Auftraggeber) subjektiv verstanden hat, sondern allein danach, wie der Text des Angebotes unter Berücksichtigung aller Umstände objektiv verstanden werden musste (vgl VwGH 16.2.2005, 2004/04/0030; BVA 1.7.2008, N/0056-BVA/04/2008-20; 9.6.2009, N/0040- BVA/14/2009-31; vgl auch Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 2 Z 3 Rz 8). Auch die Auslegung von Angeboten - als zivilrechtliche Willenserklärungen - hat anhand des objektiven Erklärungswertes zu erfolgen vergleiche BVA 27.11.2006, F/0001- BVA/14/2006-44; BVA 9.6.2009, N/0040-BVA/14/2009-31 u.a.), sodass sich die Bedeutung der Angebotserklärung weder nach den Motiven des erklärenden Bieters (wie etwa allfällige Missverständnisse der Ausschreibungsbestimmungen) noch danach richtet, wie dies der Erklärungsempfänger (Auftraggeber) subjektiv verstanden hat, sondern allein danach, wie der Text des Angebotes unter Berücksichtigung aller Umstände objektiv verstanden werden musste vergleiche VwGH 16.2.2005, 2004/04/0030; BVA 1.7.2008, N/0056-BVA/04/2008-20; 9.6.2009, N/0040- BVA/14/2009-31; vergleiche auch Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 2, Ziffer 3, Rz 8).

Aus dem objektiven Erklärungswert der Ausschreibung - nämlich schon aus dem eindeutigen Wortlaut der

"Korrekturregel" des Punktes 3, 4. Absatz der Angebotsbestimmungen - ergibt sich, dass ein Einheitspreis bzw ein Einheitspreisanteil, der im Angebot mit dem Zeichen "-" bzw "/" versehen wird, als mit Euro Null ausgepreist anzusehen ist. Sowohl der Auftraggeber als auch die Bieter hatten die genannte Bestimmung bei objektiver Beurteilung daher in diesem Sinne zu verstehen.

Aus dem objektiven Erklärungswert des Angebotes ergibt sich, dass die Positionen, in denen die Zeichen "-" bzw "/" eingefügt sind, als mit einem Preis von Euro Null angeboten gelten. Die so gekennzeichneten Positionen wurde also von der Antragstellerin mit einem Preis von Euro Null ausgepreist und angeboten.

Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass dies offenbar weder der Antragstellerin noch dem Auftraggeber bewusst gewesen sein dürfte: Die Antragstellerin spricht nämlich im Zusammenhang mit den von ihr mit den Zeichen "-" bzw "/" versehenen Positionen davon, dass sie diese Positionen gar nicht angeboten habe (LG 95) bzw davon, dass sie diese Kosten in die Leuchten-Einheitspreise "miteingerechnet" habe (LG 01). Der Auftraggeber stützt seine Ausscheidensentscheidung ua auf die (vermeintliche) Unvollständigkeit des Angebotes der Antragstellerin, da diese seiner Ansicht nach diese Positionen nicht angeboten bzw nicht ausgepreist habe.

Das Angebot der Antragstellerin ist im Lichte der oben dargestellten maßgeblichen "Korrekturregel" jedoch als vollständiges Angebot zu qualifizieren.

1. 1)Ziffer eins

Zu den Baustellengemeinkosten bzw den Verrechnungseinheiten (LG 01):

Nach dem objektiven Erklärungswert ihres Angebotes hat die Antragstellerin diese LG/Pos mit einem Preis von Euro Null angeboten. Gemäß ihrer Aufklärung des Angebotes vom 18.2.2011 und ihren Angaben in der mündlichen Verhandlung, hat sie diese Preise/Kosten in die Leuchten-Einheitspreise "miteingerechnet". Daraus ist ersichtlich, dass es somit nicht die Absicht der Antragstellerin war, die Preise/Kosten der Baustelleneinrichtung bzw der Verrechnungseinheiten mit einem Preis von Euro Null anzubieten. In Wahrheit hat die Antragstellerin durch diese "Einrechnung" auch für diese Positionen Preise angesetzt, die nicht mit Euro Null zu veranschlagen sind und von der Antragstellerin auch tatsächlich nicht mit Euro Null veranschlagt wurden.

Das Anbieten einer Reihe von Positionen des LV mit Euro Null weist - bereits für sich allein genommen - in Richtung einer spekulativen Preisgestaltung, da die Antragstellerin dadurch zu erkennen gibt, dass sie dem Auftraggeber die Kosten für zahlreiche nach der Ausschreibung zu erbringende Leistungen 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 sind. Dies hat auch die Antragstellerin selbst in der mündlichen Verhandlung zugestanden (vgl VH-Schrift Seite 7). Die von der Antragstellerin im Angebot angegebenen Leuchten-Einheitspreise spiegeln somit nicht die wahren Preise/Kosten wieder, da in diese Preise noch weitere Leistungen Eingang gefunden haben. Die zur Darstellung der wahren Positionspreise erforderliche "Bereinigung" der Leuchten-Einheitspreise um die in diese eingerechneten weiteren Komponenten würde darüber hinaus zu einer nachträglichen, im offenen Verfahren unzulässigen, Angebotsänderung führen. Eine solche "Umlagerung" führt zu einer Verschiebung der Kosten der angebotenen Leistungen von nachgefragten Leistungspositionen in andere nachgefragte Leistungspositionen. Eine derartige Vorgangsweise erfüllt den Tatbestand einer spekulativen Angebotserstellung (vgl BVA 20.6.2003, 17N-46/03-34; Koller in Gast [Hrsg] BVergG-Leitsatzkommentar E 170 zu § 129). Das Anbieten einer Reihe von Positionen des LV mit Euro Null weist - bereits für sich allein genommen - in Richtung einer spekulativen Preisgestaltung, da die Antragstellerin dadurch zu erkennen gibt, dass sie dem Auftraggeber die Kosten für zahlreiche nach der Ausschreibung zu erbringende Leistungen 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 sind. Dies hat auch die Antragstellerin selbst in der mündlichen Verhandlung zugestanden (vergleiche VH-Schrift Seite 7). Die von der Antragstellerin im Angebot angegebenen Leuchten-Einheitspreise spiegeln somit nicht die wahren Preise/Kosten wieder, da in diese Preise noch weitere Leistungen Eingang gefunden haben. Die zur Darstellung der wahren Positionspreise erforderliche "Bereinigung" der Leuchten-Einheitspreise um die in diese eingerechneten weiteren Komponenten würde darüber

hinaus zu einer nachträglichen, im offenen Verfahren unzulässigen, Angebotsänderung führen. Eine solche "Umlagerung" führt zu einer Verschiebung der Kosten der angebotenen Leistungen von nachgefragten Leistungspositionen in andere nachgefragte Leistungspositionen. Eine derartige Vorgangsweise erfüllt den Tatbestand einer spekulativen Angebotserstellung vergleiche BVA 20.6.2003, 17N-46/03-34; Koller in Gast [Hrsg] BVergG-Leitsatzkommentar E 170 zu Paragraph 129,).

Nach dem Gesagten weist das Angebot der Antragstellerin zum Einen eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises (spekulative Preisgestaltung) iSd § 129 Abs 1 Z 3 BVergG auf. Nach dem Gesagten weist das Angebot der Antragstellerin zum Einen eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises (spekulative Preisgestaltung) iSd Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG auf.

Zum Anderen ist die dargestellte Vorgangsweise der Antragstellerin auch als ausschreibungswidrig zu qualifizieren. Es fand nämlich - wie bereits dargestellt - tatsächlich eine Umlagerung von Kosten aus der LG 01 - bei denen sie zu veranschlagen gewesen wären - in andere Leistungspositionen statt.

In Punkt 7 des bestandsfesten Angebotsschreibens ist nämlich als Kalkulationsgrundlage die ÖNORM B 2061 idF 1987 genannt. Gemäß Pkt 4.2. "Kostenumlagen" der genannten ÖNORM, sind die Baustellengemeinkosten in Sonderfällen - u.z wenn diese nicht in eigenen Pos des LV erfasst sind - auf andere Preisanteile umzulegen. E contrario folgt aus dieser Bestimmung, dass die Baustellengemeinkosten bei Vorhandensein eigener Pos hierfür im LV (wie im gegenständlichen Fall) nicht auf andere Preis- bzw Kostenanteile umgelegt werden dürfen. Nach der Aufklärung bzw den Angaben des Ing. P*** in der mündlichen Verhandlung (VH-Schrift Seite 5, 6 und 7), hat die Antragstellerin die Preise für die Baustellengemeinkosten und die Verrechnungseinheiten in die Einheitspreise der Leuchten "miteingerechnet". Dies widerspricht jedoch der ÖNORM B 2061 und damit den bestandsfesten Kalkulationsvorgaben der Ausschreibung. In Punkt 7 des bestandsfesten Angebotsschreibens ist nämlich als Kalkulationsgrundlage die ÖNORM B 2061 in der Fassung 1987 genannt. Gemäß Pkt 4.2. "Kostenumlagen" der genannten ÖNORM, sind die Baustellengemeinkosten in Sonderfällen - u.z wenn diese nicht in eigenen Pos des LV erfasst sind - auf andere Preisanteile umzulegen. E contrario folgt aus dieser Bestimmung, dass die Baustellengemeinkosten bei Vorhandensein eigener Pos hierfür im LV (wie im gegenständlichen Fall) nicht auf andere Preis- bzw Kostenanteile umgelegt werden dürfen. Nach der Aufklärung bzw den Angaben des Ing. P*** in der mündlichen Verhandlung (VH-Schrift Seite 5, 6 und 7), hat die Antragstellerin die Preise für die Baustellengemeinkosten und die Verrechnungseinheiten in die Einheitspreise der Leuchten "miteingerechnet". Dies widerspricht jedoch der ÖNORM B 2061 und damit den bestandsfesten Kalkulationsvorgaben der Ausschreibung.

Verlangt eine Ausschreibung die Auspreisung verschiedener konkreter Leistungspos, dann darf der Bieter grundsätzlich keine Verschiebung von verlangten Kosten zw den Leistungspos vornehmen (Mischkalkulation), andernfalls das Angebot ausschreibungswidrig ist (vgl Pesendorfer in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar zum BVergG § 106 Rz 13, BVA 3.9.2004, 10N-57/04-34). Da die Antragstellerin - wie sie selbst angibt - die Baustellengemeinkosten sowie die Verrechnungseinheiten in die Leuchten-Einheitspreise eingerechnet hat, liegt auch ein der Ausschreibung widersprechendes Angebot vor, welches zwingend nach § 129 Abs 1 Z 7 BVergG auszuschneiden ist. Verstößt die Kalkulation gegen die Vorgaben der Ausschreibungsunterlage, ist ein derartiges Angebot auszuschneiden (vgl BVA 21.4.2008, N/0030-BVA/10/2008-24). Ein solches Angebot ist sofort und ohne weitere Prüfung einer Behebbarkeit des in der Ausschreibungswidrigkeit liegenden Mangels auszuschneiden. Eine Mängelbehebung ist diesfalls ausgeschlossen (vgl Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar zum BVergG § 129 Rz 48 bzw 67). Verlangt eine Ausschreibung die Auspreisung verschiedener konkreter Leistungspos, dann darf der Bieter grundsätzlich keine Verschiebung von verlangten Kosten zw den Leistungspos vornehmen (Mischkalkulation), andernfalls das Angebot ausschreibungswidrig ist vergleiche Pesendorfer in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar zum BVergG Paragraph 106, Rz 13, BVA 3.9.2004, 10N-57/04-34). Da die Antragstellerin - wie sie selbst angibt - die Baustellengemeinkosten sowie die Verrechnungseinheiten in die Leuchten-Einheitspreise eingerechnet hat, liegt auch ein der Ausschreibung widersprechendes Angebot vor, welches zwingend nach Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG auszuschneiden ist. Verstößt die Kalkulation gegen die Vorgaben der Ausschreibungsunterlage, ist ein derartiges Angebot auszuschneiden vergleiche BVA 21.4.2008, N/0030-BVA/10/2008-24). Ein solches Angebot ist sofort und ohne weitere Prüfung einer Behebbarkeit des in der Ausschreibungswidrigkeit liegenden Mangels auszuschneiden. Eine Mängelbehebung ist diesfalls ausgeschlossen vergleiche Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar zum BVergG Paragraph 129, Rz 48 bzw 67).

1. 2)Ziffer 2

Zu den Regieleistungen (LG 95):

Die Antragstellerin hat durch die Verwendung der Zeichen "-" bzw "/" die entsprechenden Positionen der LG 95 (Anm Pos 93010 Z bis 93030 Z) mit Euro Null ausgepreist und somit auch angeboten. Das Angebot ist idS nicht als unvollständiges Angebot zu qualifizieren. Was die Regieleistungen der LG 95 betrifft, gilt somit grundsätzlich das bereits oben zu den Baustellengemeinkosten Gesagte (Anm: spekulative Angebotserstellung). Die Antragstellerin hat durch die Verwendung der Zeichen "-" bzw "/" die entsprechenden Positionen der LG 95 Anmerkung Pos 93010 Z bis 93030 Z) mit Euro Null ausgepreist und somit auch angeboten. Das Angebot ist idS nicht als unvollständiges Angebot zu qualifizieren. Was die Regieleistungen der LG 95 betrifft, gilt somit grundsätzlich das bereits oben zu den Baustellengemeinkosten Gesagte Anmerkung, spekulative Angebotserstellung).

In der mündlichen Verhandlung erklärte die Antragstellerin, dass sie diese Leistungen, sollten diese vom Auftraggeber beauftragt werden, durch den vor Ort befindlichen Auftragnehmer des Gewerkes "Stark- Schwachstrom" erbringen lassen werde (VH-Schrift, Seiten 4 und 5 oben; Ing. P***). Damit gibt die Antragstellerin selbst zu erkennen, dass ihr (auch in dieser LG) durch die geplante Beauftragung eines "Subunternehmers" sehr wohl Kosten entstehen. Diese Kosten sind jedenfalls preisbildend und in den Gesamtangebotspreis einzurechnen.

Die von der Antragstellerin nach dem objektiven Erklärungswert ihres Angebotes mit Euro Null ausgepreisten Positionspreise für Regieleistungen sind aber nach dem Gesagten offensichtlich weder angemessen noch plausibel.

Da entsprechend Pos 93Z Regieleistungen nur dann auszuführen sind, wenn sie vom Auftraggeber im Einzelfall angeordnet werden, und weiters aus der Tatsache, dass das Gewerk "Stark- Schwachstrom" (dessen Auftragnehmer grundsätzlich die Montage der Beleuchtungskörper durchführt), separat ausgeschrieben wurde, hat die Antragstellerin offenbar damit spekuliert, dass sie Regieleistungen unter Umständen gar nicht oder nur in einem geringen Umfang zu erbringen haben werde. Durch das Anbieten dieser Leistungen mit einem Preis von Euro Null - ungeachtet der Tatsache, dass diese Leistungen vom Auftraggeber sehr wohl abgerufen werden könnten und demnach (kostenverursachend) zu erbringen wären - verschafft sich die Antragstellerin einen unzulässigen Wettbewerbsvorteil (vgl BVA 27.4.2007, N/0021-BVA/07/2007-31). Da entsprechend Pos 93Z Regieleistungen nur dann auszuführen sind, wenn sie vom Auftraggeber im Einzelfall angeordnet werden, und weiters aus der Tatsache, dass das Gewerk "Stark- Schwachstrom" (dessen Auftragnehmer grundsätzlich die Montage der Beleuchtungskörper durchführt), separat ausgeschrieben wurde, hat die Antragstellerin offenbar damit spekuliert, dass sie Regieleistungen unter Umständen gar nicht oder nur in einem geringen Umfang zu erbringen haben werde. Durch das Anbieten dieser Leistungen mit einem Preis von Euro Null - ungeachtet der Tatsache, dass diese Leistungen vom Auftraggeber sehr wohl abgerufen werden könnten und demnach (kostenverursachend) zu erbringen wären - verschafft sich die Antragstellerin einen unzulässigen Wettbewerbsvorteil vergleiche BVA 27.4.2007, N/0021-BVA/07/2007-31).

Die Regiepreise wären jedenfalls in den Gesamtpreis einzurechnen, sodass der diese Kosten nicht berücksichtigende Gesamtangebotspreis der Antragstellerin günstiger als jener anderer Bieter ist. Auch dies belegt, dass die Preisgestaltung der Antragstellerin spekulativ ist (vgl auch VwGH 2004/04/0040). Die Regiepreise wären jedenfalls in den Gesamtpreis einzurechnen, sodass der diese Kosten nicht berücksichtigende Gesamtangebotspreis der Antragstellerin günstiger als jener anderer Bieter ist. Auch dies belegt, dass die Preisgestaltung der Antragstellerin spekulativ ist vergleiche auch VwGH 2004/04/0040).

Der Umstand, dass die Antragstellerin zum Zeitpunkt der Angebotslegung keine gewerberechtliche Befugnis zur Erbringung der Leistung (Anm: Montage; Der Umstand, dass die Antragstellerin zum Zeitpunkt der Angebotslegung keine gewerberechtliche Befugnis zur Erbringung der Leistung Anmerkung, Montage;

Starkstrom) hatte - und die Leistung daher gar nicht selbst erbringen hätte

können - und jedenfalls auch keinen Subunternehmer benannt hat, ist nicht gleichbedeutend damit, dass die Erbringung dieser Leistungen im Auftragsfall als kostenlos anzusehen wäre, zumal der Antragstellerin hierfür jedenfalls (Personal-)Kosten entstehen.

Ob diese Kosten für die Regiearbeiten dem Auftraggeber schlussendlich in Rechnung gestellt worden wären oder nicht, ist hierfür ohne Belang. Dies sagt nämlich nichts über die Kosten der dennoch anzubietenden und - in welchem Umfang auch immer - zu erbringenden Regiearbeiten aus und ist daher ungeeignet, die Zusammensetzung des Gesamtpreises

plausibel erscheinen zu lassen; vgl VwGH 6.4.2005, 2004/04/0040 zum insofern vergleichbaren Fall des Anbietens von Hilfsarbeiter-Regieleistungen zum Preis von Euro Null; Koller in Gast [Hrsg], BVergG-Leitsatzkommentar, E 121 zu § 129. Ob diese Kosten für die Regiearbeiten dem Auftraggeber schlussendlich in Rechnung gestellt worden wären oder nicht, ist hierfür ohne Belang. Dies sagt nämlich nichts über die Kosten der dennoch anzubietenden und - in welchem Umfang auch immer - zu erbringenden Regiearbeiten aus und ist daher ungeeignet, die Zusammensetzung des Gesamtpreises plausibel erscheinen zu lassen; vergleiche VwGH 6.4.2005, 2004/04/0040 zum insofern vergleichbaren Fall des Anbietens von Hilfsarbeiter-Regieleistungen zum Preis von Euro Null; Koller in Gast [Hrsg], BVergG-Leitsatzkommentar, E 121 zu Paragraph 129,

Das Anbieten der Regieleistungen zu einem Preis von Euro Null führt dazu, dass die Preisgestaltung der Antragstellerin als spekulativ zu qualifizieren ist.

Wenn die Antragstellerin weiters vermeint (vgl RA Dr. T***, VH-Schrift Seite 5), dass durch ihre Angabe eines Prozentsatzes in dem hierfür in Punkt 8 des Angebotsschreibens vorgesehenen Kästchen die Kosten für die Regieleistungen ohnedies "klar seien", so unterliegt sie einem Irrtum: Wenn die Antragstellerin weiters vermeint (vergleiche RA Dr. T***, VH-Schrift Seite 5), dass durch ihre Angabe eines Prozentsatzes in dem hierfür in Punkt 8 des Angebotsschreibens vorgesehenen Kästchen die Kosten für die Regieleistungen ohnedies "klar seien", so unterliegt sie einem Irrtum:

Punkt 8 des Angebotsschreibens lautet:

Für angehängte Regieleistungen gemäß ÖNORM B 2112 werden, soweit hierfür im Leistungsverzeichnis keine Preise vorgesehen sind, verrechnet:

- -Strichaufzählung
die kollektivvertraglichen Stundenlöhne mit einem Zuschlag von%
- -Strichaufzählung
die Stoffkosten mit einem Zuschlag von.....%

Die Antragstellerin hat den Zuschlag zu den kollektivvertraglichen Stundenlöhnen in Punkt 8 des Angebotsschreibens mit 120% und jene für Stoffkosten mit 33% angegeben. Sie vermeint, dass damit hinsichtlich sämtlicher Regieleistungen von Anfang an eine konkrete Preisangabe vorgelegen hätte. Dem ist jedoch entgegen zu halten, dass Punkt 8 (angehängte Regieleistungen) nur einen Auffangtatbestand für den Fall darstellt, dass im LV hierfür keine Positionen vorgesehen sein sollten (vgl die diesbezüglichen unwidersprochen gebliebenen Angaben von Mag. L*** in der mündlichen Verhandlung, VH-Schrift Seite 5). Gegenständlich sind im LV, nämlich in der LG 95, jedoch sehr wohl Positionen (Preise) für Regieleistungen vorgesehen. Für die ausgeschriebenen und somit jedenfalls auch anzubietenden (nicht angehängten) Regieleistungen ergibt sich aus den Prozentangaben der Antragstellerin in Punkt 8 des Angebotsschreibens jedenfalls kein Angebotspreis. Auch aus diesem Vorbringen ist daher für die Position der Antragstellerin nichts zu gewinnen. Die Antragstellerin hat den Zuschlag zu den kollektivvertraglichen Stundenlöhnen in Punkt 8 des Angebotsschreibens mit 120% und jene für Stoffkosten mit 33% angegeben. Sie vermeint, dass damit hinsichtlich sämtlicher Regieleistungen von Anfang an eine konkrete Preisangabe vorgelegen hätte. Dem ist jedoch entgegen zu halten, dass Punkt 8 (angehängte Regieleistungen) nur einen Auffangtatbestand für den Fall darstellt, dass im LV hierfür keine Positionen vorgesehen sein sollten (vergleiche die diesbezüglichen unwidersprochen gebliebenen Angaben von Mag. L*** in der mündlichen Verhandlung, VH-Schrift Seite 5). Gegenständlich sind im LV, nämlich in der LG 95, jedoch sehr wohl Positionen (Preise) für Regieleistungen vorgesehen. Für die ausgeschriebenen und somit jedenfalls auch anzubietenden (nicht angehängten) Regieleistungen ergibt sich aus den Prozentangaben der Antragstellerin in Punkt 8 des Angebotsschreibens jedenfalls kein Angebotspreis. Auch aus diesem Vorbringen ist daher für die Position der Antragstellerin nichts zu gewinnen.

Dass der Antragstellerin im Zuge der Angebotserstellung im Rahmen der Kalkulation mehrere "Fehler" unterlaufen sind, dürfte ihr schließlich auch selbst bewusst sein, da sie in der mündlichen Verhandlung eingestanden hat, dass es bei der Angebotserstellung möglicherweise einige Schönheitsfehler gegeben habe (siehe VH-Schrift Seite 7). Einer dieser weiteren "Schönheitsfehler" unterlief der Antragstellerin dadurch, dass sie in den "Dienstleistungs-Pos" 9101A Z bis 9201G Z die Preise in den für "Sonstiges" vorgesehenen Feldern anstatt in den Feldern für "Lohn" eingetragen hat. Nach den Angaben des Ing. P*** in der mündlichen Verhandlung stelle dies insofern einen Irrtum der Antragstellerin beim Ausfüllen der Preispositionen dar, als für diese Dienstleistungen der Lohnanteil auszureisen gewesen wäre und

nicht der Anteil Sonstiges (vgl. VH-Schrift Seite 6). Dass der Antragstellerin im Zuge der Angebotserstellung im Rahmen der Kalkulation mehrere "Fehler" unterlaufen sind, dürfte ihr schließlich auch selbst bewusst sein, da sie in der mündlichen Verhandlung eingestanden hat, dass es bei der Angebotserstellung möglicherweise einige Schönheitsfehler gegeben habe (siehe VH-Schrift Seite 7). Einer dieser weiteren "Schönheitsfehler" unterlief der Antragstellerin dadurch, dass sie in den "Dienstleistungs-Pos" 9101A Z bis 9201G Z die Preise in den für "Sonstiges" vorgesehenen Feldern anstatt in den Feldern für "Lohn" eingetragen hat. Nach den Angaben des Ing. P*** in der mündlichen Verhandlung stelle dies insofern einen Irrtum der Antragstellerin beim Ausfüllen der Preispositionen dar, als für diese Dienstleistungen der Lohnanteil auszupreisen gewesen wäre und nicht der Anteil Sonstiges (siehe VH-Schrift Seite 6).

Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin handelt es sich bei ihrem Angebot schließlich um kein - vom Auftraggeber als solches anzuerkennendes - Abänderungsangebot. Zwar sind nach Pkt 5 der Einladung zur Angebotsabgabe und Angebotsbestimmungen Abänderungsangebote auch ohne ausschreibungsgemäßes Hauptangebot zulässig (es liegt gegenständlich nur ein Angebot der Antragstellerin vor), jedoch hat der Bieter diesfalls in einem Begleitschreiben die Positionen und den Inhalt des Abänderungsangebotes anzugeben. Ein Begleitschreiben dieses Inhalts liegt jedoch nicht vor (siehe Unterlagen des Vergabeverfahrens). Nach Pkt 6 Einladung zur Angebotsabgabe und Angebotsbestimmungen sind Begleitschreiben zum Angebot im Angebotsschreiben in Punkt 18.5. als Beilage anzuführen. Im Angebotsschreiben der Antragstellerin ist in Pkt 18.5. ein etwaiges Begleitschreiben nicht angeführt. Überdies müssen nach der genannten Bestimmung Abänderungsangebote als solche bezeichnet werden. Das (einzige) Angebot der Antragstellerin wurde nicht als "Abänderungsangebot" bezeichnet.

1. 3) Ziffer 3

Zur Nichtdurchführung einer vertieften Angebotsprüfung:

Hiezu ist festzuhalten, dass die Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung gegenständlich schon deshalb nicht angezeigt war, da das Angebot der Antragstellerin ohnedies bereits aufgrund der von ihr durchgeführten Kostenumlagerung (Mischkalkulation) der Baustellengemeinkosten bzw der Verrechnungseinheiten in die Leuchten-Einheitspreise, als ausschreibungswidriges Angebot zu qualifizieren ist. Eine Ausschreibungswidrigkeit stellt jedenfalls einen unbehebbarer Angebotsmangel dar. Eine dessen ungeachtet allenfalls durchgeführte vertiefte Angebotsprüfung hätte somit zu keinem anderen Verfahrensergebnis führen können und hätte somit keinen Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens gehabt (vgl. im Ergebnis hinsichtlich einer unterlassenen Aufklärung durch den Auftraggeber, VwGH 6.4.2005, 2004/04/0040). Hiezu ist festzuhalten, dass die Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung gegenständlich schon deshalb nicht angezeigt war, da das Angebot der Antragstellerin ohnedies bereits aufgrund der von ihr durchgeführten Kostenumlagerung (Mischkalkulation) der Baustellengemeinkosten bzw der Verrechnungseinheiten in die Leuchten-Einheitspreise, als ausschreibungswidriges Angebot zu qualifizieren ist. Eine Ausschreibungswidrigkeit stellt jedenfalls einen unbehebbarer Angebotsmangel dar. Eine dessen ungeachtet allenfalls durchgeführte vertiefte Angebotsprüfung hätte somit zu keinem anderen Verfahrensergebnis führen können und hätte somit keinen Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens gehabt (siehe im Ergebnis hinsichtlich einer unterlassenen Aufklärung durch den Auftraggeber, VwGH 6.4.2005, 2004/04/0040).

1. 4) Ziffer 4

Conclusio:

Gemäß § 129 Abs 1 Z 3 BVergG hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung aufgrund des Ergebnisses der Prüfung Angebote auszuschneiden, die eine - durch eine vertiefte Angebotsprüfung festgestellte - nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises (zB spekulative Preisgestaltung) aufweisen. Gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung aufgrund des Ergebnisses der Prüfung Angebote auszuschneiden, die eine - durch eine vertiefte Angebotsprüfung festgestellte - nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises (zB spekulative Preisgestaltung) aufweisen.

Der Ausscheidungsgrund des § 129 Abs 1 Z 3 leg cit stellt einen Sammeltatbestand für sämtliche Fehler in der Preisgestaltung dar. Er ist somit immer dann erfüllt, wenn mit den Preisen nach den gesetzlichen Vorgaben und den Anforderungen in der Ausschreibung "etwas nicht in Ordnung ist" (vgl. Fink/Hofer in: Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010] Rz 1418; BVA 3.9.2004, 10N- 57/04-34; 13.6.2008, N/0052-BVA/06/2008-50). Kann ein Bieter

auffällige Einheitspreise nicht plausibel erläutern, ist das Angebot nach § 129 Abs 1 Z 3 BVergG auszuschneiden (Fink/Hofer in in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010] Rz 1419). Eine plausible Erläuterung der genannten Positionspreise ist der Antragstellerin nicht gelungen. Zudem machen die betroffenen Positions- bzw Einheitspreise gegenständlich nicht bloß einen geringfügigen Anteil am Gesamtpreis aus. Der Ausscheidensgrund des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, leg cit stellt einen Sammeltatbestand für sämtliche Fehler in der Preisgestaltung dar. Er ist somit immer dann erfüllt, wenn mit den Preisen nach den gesetzlichen Vorgaben und den Anforderungen in der Ausschreibung "etwas nicht in Ordnung ist" vergleiche Fink/Hofer in in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010] Rz 1418; BVA 3.9.2004, 10N- 57/04-34; 13.6.2008, N/0052-BVA/06/2008-50). Kann ein Bieter auffällige Einheitspreise nicht plausibel erläutern, ist das Angebot nach Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG auszuschneiden (Fink/Hofer in in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010] Rz 1419). Eine plausible Erläuterung der genannten Positionspreise ist der Antragstellerin nicht gelungen. Zudem machen die betroffenen Positions- bzw Einheitspreise gegenständlich nicht bloß einen geringfügigen Anteil am Gesamtpreis aus.

Gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung aufgrund des Ergebnisses der Prüfung Angebote u.a. dann auszuschneiden, wenn sie den Ausschreibungsbestimmungen widersprechen. Gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung aufgrund des Ergebnisses der Prüfung Angebote u.a. dann auszuschneiden, wenn sie den Ausschreibungsbestimmungen widersprechen.

Da somit ein der Ausschreibung widersprechendes Angebot iSd § 129 Abs 1 Z 7 BVergG bzw ein Angebot mit einer nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises (speklatives Angebot) iSd § 129 Abs 1 Z 3 BVergG vorliegt, erfolgte das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin durch den Auftraggeber im Ergebnis zu Recht. Liegt (auch nur) ein Ausscheidungsgrund vor, so ist der Auftraggeber zur Ausscheidung verpflichtet (vgl BVA 21.1.2005, 17N- 116/04-32; siehe auch Koller in Gast [Hrsg], BVergG-Leitsatzkommentar, E 1ff zu § 129). Der Auftraggeber hat diesbezüglich kein Ermessen (vgl VwGH 18.5.2005, 2004/04/0040; Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel § 129 Rz 10). Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung war daher abzuweisen. Da somit ein der Ausschreibung widersprechendes Angebot iSd Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG bzw ein Angebot mit einer nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises (speklatives Angebot) iSd Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG vorliegt, erfolgte das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin durch den Auftraggeber im Ergebnis zu Recht. Liegt (auch nur) ein Ausscheidungsgrund vor, so ist der Auftraggeber zur Ausscheidung verpflichtet vergleiche BVA 21.1.2005, 17N- 116/04-32; siehe auch Koller in Gast [Hrsg], BVergG-Leitsatzkommentar, E 1ff zu Paragraph 129,). Der Auftraggeber hat diesbezüglich kein Ermessen vergleiche VwGH 18.5.2005, 2004/04/0040; Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel Paragraph 129, Rz 10). Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung war daher abzuweisen.

Zu Spruchpunkt II. Zu Spruchpunkt römisch zwei.

Der Verwaltungsgerichtshof hat mehrfach dargelegt, dass einem Bieter, der selbst gegen die Ausschreibungsbedingungen oder gegen die Bestimmungen über öffentliche Aufträge verstoßen hat, kein Schaden dadurch entsteht, dass dieser Bieter am weiteren Vergabeverfahren nicht teilnehmen kann (vgl. VwGH 28.03.2007, 2005/04/0200). In den Entscheidungsgründen zu diesem Erkenntnis wurde auch darauf verwiesen, dass diese Rechtsansicht nicht zuletzt mit den Ausführungen des Generalanwaltes in den Schlussanträgen in der Rechtssache C-249/01 im Einklang steht, nach denen ein Bieter den Zuschlag nicht erhalten könne, der selbst gegen die Ausschreibungsbedingungen oder gegen die Bestimmungen über öffentliche Aufträge verstoßen hat (VwGH 28.05.2008, 2007/04/0232). Mangelt es einem Angebot an der grundsätzlichen Eignung gemäß den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes und den hierzu ergangenen Verordnungen für den Zuschlag in Betracht gezogen zu werden, so ist - wie der Verwaltungsgerichtshof wiederholt ausgesprochen hat - die Antragslegitimation iSd § 320 Abs. 1 BVergG 2006 zu verneinen (vgl. VwGH 3.1.2005, 2003/04/0039; 27.2.2002, 2000/04/0050; 16.2.2005, 2004/04/0030; ebenso BVA 28.3.2011, N/0002-BVA/04/2001-23 uva). Der Verwaltungsgerichtshof hat mehrfach dargelegt, dass einem Bieter, der selbst gegen die Ausschreibungsbedingungen oder gegen die Bestimmungen über öffentliche Aufträge verstoßen hat, kein Schaden dadurch entsteht, dass dieser Bieter am weiteren Vergabeverfahren nicht teilnehmen kann vergleiche zB. VwGH 28.03.2007, 2005/04/0200). In den Entscheidungsgründen zu diesem Erkenntnis wurde auch darauf verwiesen, dass diese Rechtsansicht nicht zuletzt mit den Ausführungen des Generalanwaltes in den Schlussanträgen in der Rechtssache C-249/01 im Einklang steht, nach denen ein Bieter den Zuschlag nicht erhalten könne, der selbst

gegen die Ausschreibungsbedingungen oder gegen die Bestimmungen über öffentliche Aufträge verstoßen hat (VwGH 28.05.2008, 2007/04/0232). Mangelt es einem Angebot an der grundsätzlichen Eignung gemäß den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes und den hierzu ergangenen Verordnungen für den Zuschlag in Betracht gezogen zu werden, so ist - wie der Verwaltungsgerichtshof wiederholt ausgesprochen hat - die Antragslegitimation iSd Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006 zu verneinen vergleiche VwGH 3.1.2005, 2003/04/0039; 27.2.2002, 2000/04/0050; 16.2.2005, 2004/04/0030; ebenso BVA 28.3.2011, N/0002-BVA/04/2001-23 uva).

Der Antrag auf Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung war mangels Antragslegitimation der Antragstellerin zurückzuweisen.

Zu Spruchpunkt III. Zu Spruchpunkt römisch drei.

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

Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung besteht nur dann, wenn dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde (§ 319 Abs. 2 BVergG). Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung besteht nur dann, wenn dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde (Paragraph 319, Absatz 2, BVergG).

Die Antragstellerin hat, wie sich aus den Spruchpunkten I. und II. des gegenständlichen Bescheides ergibt, mit ihrem Nachprüfungsantrag auch nicht teilweise obsiegt. Der Nachprüfungsantrag wurde abgewiesen. Der sowohl für den Nachprüfungsantrag als auch für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung geltend gemachte Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühren war daher abzuweisen. Die Antragstellerin hat, wie sich aus den Spruchpunkten römisch eins. und römisch zwei. des gegenständlichen Bescheides ergibt, mit ihrem Nachprüfungsantrag auch nicht teilweise obsiegt. Der Nachprüfungsantrag wurde abgewiesen. Der sowohl für den Nachprüfungsantrag als auch für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung geltend gemachte Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühren war daher abzuweisen.

Zuletzt aktualisiert am

20.05.2011

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