

TE Verg Bescheid 2009/10/30 N/0093- BVA/09/2009-54, N/0102- BVA/09/2009-32

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 30.10.2009

Norm

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitaa

BVergG 2006 §2 Z41

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §4

BVergG 2006 §129 Abs1 Z7

BVergG 2006 §129 Abs3

BVergG 2006 §131

BVergG 2006 §312 Abs2 Z2

BVergG 2006 §319

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §321 Abs1 Z7

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 § 4 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 § 131 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 131 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 131 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

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 9, Mag. Gerhard Prünster, sowie Dkfm Dr. Johann Hackl als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Ulrich E. Zellenberg als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 idF der Novelle BGBl I Nr. 86/2007 (BVergG), betreffend das Vergabeverfahren "A 9 Pyhrn Autobahn, Bosrucktunnel 2. Röhre, Tunnelbauarbeiten", des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs- Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, über die Anträge der Bietergemeinschaft A***, vertreten durch X***, vom 25.8.2009 (Zuschlagsentscheidung) sowie vom 24.9.2009 (Ausscheidensentscheidung), 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 Dr. Ulrich E. Zellenberg als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, (BVergG), betreffend das Vergabeverfahren "A 9 Pyhrn Autobahn, Bosrucktunnel 2. Röhre, Tunnelbauarbeiten", des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs- Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, über die Anträge der Bietergemeinschaft A***, vertreten durch X***, vom 25.8.2009 (Zuschlagsentscheidung) sowie vom 24.9.2009 (Ausscheidensentscheidung), wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Der Antrag, "das Bundesvergabeamt möge nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung die Entscheidung der Antragsgegnerin vom 10.9.2009, das Angebot der Antragstellerin auszuscheiden (Ausscheiden), für nichtig erklären", wird abgewiesen.

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

II.römisch zwei.

Der Antrag, "das Bundesvergabeamt möge nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung die Entscheidung der Antragsgegnerin vom 13.8.2009, der Bietergemeinschaft "B***" den Zuschlag erteilen zu wollen (Zuschlagsentscheidung), für nichtig erklären", wird zurückgewiesen.

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

III.römisch drei.

Die Anträge 1) "das Bundesvergabeamt möge gemäß § 319 BVergG 2006 aussprechen, dass die von der Antragstellerin ordnungsgemäß entrichtete Pauschalgebühr in Höhe von Euro 7.500,-- (Beilage ./D) für den Nachprüfungsantrag und Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu Handen der Rechtsvertretung der Antragstellerin binnen 14 Tagen (§ 19a RAO) zu ersetzen ist", und 2) "das Bundesvergabeamt möge gemäß § 319 BVergG 2006 aussprechen, dass die von der Antragstellerin ordnungsgemäß entrichtete Pauschalgebühr in Höhe von Euro 4.000,-- (Beilage ./F) für den Nachprüfungsantrag von der Antragsgegnerin zu Handen der Rechtsvertretung der Antragstellerin binnen 14 Tagen (§ 19a RAO) zu ersetzen ist", werden abgewiesen. Die Anträge 1) "das Bundesvergabeamt möge gemäß Paragraph 319, BVergG 2006 aussprechen, dass die von der Antragstellerin ordnungsgemäß entrichtete Pauschalgebühr in Höhe von Euro 7.500,-- (Beilage ./D) für den Nachprüfungsantrag und Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu Handen der Rechtsvertretung der Antragstellerin binnen 14 Tagen (Paragraph 19 a, RAO) zu ersetzen ist", und 2) "das Bundesvergabeamt möge gemäß Paragraph 319, BVergG 2006 aussprechen, dass die von der Antragstellerin ordnungsgemäß entrichtete Pauschalgebühr in Höhe von Euro 4.000,-- (Beilage ./F) für den Nachprüfungsantrag von der Antragsgegnerin zu Handen der Rechtsvertretung der Antragstellerin binnen 14 Tagen (Paragraph 19 a, RAO) zu ersetzen ist", werden abgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 319 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraph 319, BVergG

Begründung

Mit Schriftsatz vom 25. August 2009, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 26. August 2009, brachte die Bietergemeinschaft A***, vertreten X*** (in der Folge Antragstellerin), einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung sowie Anträge auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung und auf Ersatz der Pauschalgebühren ein. Mit Schriftsatz vom 24. September 2009 brachte die Antragstellerin Anträge auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung sowie auf Ersatz der für den Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung entrichteten Pauschalgebühr ein.

Mit Schriftsatz vom 25. August 2009 brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass es sich gegenständlich um die Beschaffung von Bauleistungen handle, die im Wege eines offenen Verfahrens im Oberschwellenbereich vergeben werden sollen. Die Angebotsöffnung am 19.5.2009 habe folgende Reihung ergeben:

1. 1.Ziffer eins
B*** Euro XXXXB*** Euro römisch 40
2. 2.Ziffer 2
C*** Euro XXXXC*** Euro römisch 40
3. 3.Ziffer 3
A*** Euro XXXXA*** Euro römisch 40
4. 4.Ziffer 4
D*** Euro XXXXD*** Euro römisch 40

Mit Telefax vom 13. August 2009 sei der Antragstellerin mitgeteilt worden, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag auf das Angebot der Bietergemeinschaft B*** zu erteilen.

Bei rechtskonformer Durchführung des Vergabeverfahrens wäre das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin jedoch auszuschneiden gewesen. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin weise einen im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis auf. Jedenfalls aber könne der angebotene Gesamtpreis keinesfalls plausibel zusammengesetzt sein, sodass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gemäß § 129 Abs 1 Z 3 BVergG auszuschneiden wäre. Eine vertiefte Angebotsprüfung sei entweder gar nicht oder lediglich mangelhaft und damit gesetzwidrig durchgeführt worden. Bei rechtskonformer Durchführung des Vergabeverfahrens wäre das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin jedoch auszuschneiden gewesen. Das Angebot der präsumtiven

Zuschlagsempfängerin weise einen im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis auf. Jedenfalls aber könne der angebotene Gesamtpreis keinesfalls plausibel zusammengesetzt sein, sodass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG auszuschneiden wäre. Eine vertiefte Angebotsprüfung sei entweder gar nicht oder lediglich mangelhaft und damit gesetzwidrig durchgeführt worden.

Aufklärungs- und Erörterungsbedarf bestehe u.a. in der Leistungsgruppe 18 98: "Transporte, Materialverwertung, Entsorgung" (es liege die Vermutung nahe, dass nicht dem Markt entsprechende und wohl auch nicht aufklärbare Einheitspreise kalkuliert worden seien), hinsichtlich der von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotenen Bauzeitverkürzung um 120 Tage sowie hinsichtlich der Kalkulation von "Stützmitteln".

Weiters sei zu vermuten, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin allenfalls keinen dem Punkt 1.2011 des Teiles B.1 der Ausschreibung entsprechenden Datenträger abgegeben habe. Auch aus diesem Grunde sei das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG auszuschneiden. Weiters sei zu vermuten, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin allenfalls keinen dem Punkt 1.2011 des Teiles B.1 der Ausschreibung entsprechenden Datenträger abgegeben habe. Auch aus diesem Grunde sei das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG auszuschneiden.

Auch das Angebot der zweitgereihten Mitbewerberin sei in wesentlichen Punkten mangelhaft und auszuschneiden. Der Zuschlag sei somit dem Angebot der Antragstellerin zu erteilen.

Die Antragstellerin erachte sich aus all diesen Gründen durch die angefochtene Zuschlagsentscheidung in ihren Rechten auf Zuschlagserteilung, Ausscheidung der Angebote der erst- und zweitgereihten Bieter und Durchführung eines dem BVergG entsprechenden Vergabeverfahrens verletzt. Die Antragstellerin habe großes Interesse am Erhalt des Auftrages. Die Antragstellerin erleide durch die rechtswidrige Zuschlagsentscheidung einen Schaden, welcher nur durch Aufhebung der Zuschlagsentscheidung abzuwenden sei.

Mit Schriftsatz vom 28. August 2009 erstattete der Auftraggeber allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Es handle sich um einen Bauauftrag iSd § 4 BVergG im Oberschwellenbereich. Der geschätzte Auftragswert belaufe sich auf Euro XXXX. Der Auftrag solle in einem offenen Verfahren gemäß § 25 Abs 2 BVergG nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden. Die Angebotsöffnung sei am 19.5.2009 erfolgt. Mit Schriftsatz vom 28. August 2009 erstattete der Auftraggeber allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Es handle sich um einen Bauauftrag iSd Paragraph 4, BVergG im Oberschwellenbereich. Der geschätzte Auftragswert belaufe sich auf Euro römisch 40. Der Auftrag solle in einem offenen Verfahren gemäß Paragraph 25, Absatz 2, BVergG nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden. Die Angebotsöffnung sei am 19.5.2009 erfolgt.

Mit Telefax vom 13. August 2009 sei den Bietern die Zuschlagsentscheidung mitgeteilt worden. Das Angebot der Antragstellerin sei nicht ausgeschieden worden. Weder sei eine Widerrufsentscheidung bekannt gegeben noch das Verfahren widerrufen worden. Eine Zuschlagserteilung sei nicht erfolgt.

Mit Schriftsatz vom 2.9.2009 legte die Antragstellerin ein Schreiben des Auftraggebers vom 1.9.2009 vor, mit dem die Antragstellerin zur Aufklärung und Übermittlung von Unterlagen aufgefordert wurde (OZ 10). Bereits daraus zeige sich nach Ansicht der Antragstellerin, dass die Angebotsprüfung des Auftraggebers nicht den Vorgaben des BVergG entsprochen habe. So seien die angebotenen Preise erst nach Mitteilung der Zuschlagsentscheidung überprüft worden. Erst jetzt würde der Auftraggeber behaupten, dass diverse Preise der Antragstellerin zu niedrig wären.

Mit Stellungnahme vom 7. September 2009 brachte der Auftraggeber im Wesentlichen vor, dass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin einer vertieften Angebotsprüfung unterzogen worden sei. Diese habe ergeben, dass die Preise angemessen und plausibel zusammengesetzt seien. Insbesondere sei das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin dahingehend geprüft worden, ob die angebotenen Preise betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar seien. Der Auftraggeber habe die Kalkulation der präsumtiven Zuschlagsempfängerin umfassend geprüft. Dazu seien das Angebot und einige nachgereichte Unterlagen geprüft worden. Es würden alle erforderlichen K7-Blätter und K3-Blätter etc. vorliegen.

Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin sei im Zuge der vertieften Angebotsprüfung auch geprüft worden, ob im Preis aller wesentlichen Positionen alle direkt zuordenbaren Personal-, Material-, Geräte-, Fremdleistungs- u. Kapitalkosten enthalten seien. Abgesehen davon sei geprüft worden, ob die Aufwands- und Verbrauchsansätze

nachvollziehbar seien. Die Prüfung habe ergeben, dass sämtliche Preise betriebswirtschaftlich aufklärbar gewesen und nachvollziehbar seien. In jenen Fällen, in denen es Zweifel gegeben habe, sei eine Aufklärung seitens der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gefordert worden.

Ein etwaiger Unterpreis der Zuschlagsempfängerin könne aufgrund der vertieften Angebotsprüfung ausgeschlossen werden bzw. weise das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin keinen ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis auf.

Auch die Leistungsgruppe 18 98 (Transporte, Materialverwertung, Entsorgung) sei einer vertieften Angebotsprüfung unterzogen worden. Die angebotenen Einheitspreise seien jedenfalls "auskömmlich". Abgesehen davon seien die angebotenen Einheitspreise im Aufklärungsgespräch hinterfragt worden. Entsprechend den Ausschreibungsunterlagen habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin auch die Deponiestandorte genannt und deren Verfügbarkeit bestätigt.

Die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotene Bauzeitverkürzung resultiere aus einer gegenüber der Bauzeitschätzung verkürzten Vortriebszeit (ca. 60 Kalendertage) und einer verkürzten Betonierzeit (ca. 60 Kalendertage). Beide Zeitverkürzungen würden sich im üblichen Rahmen vergleichbarer Bauvorhaben bewegen.

Auch hinsichtlich der Punkte "Stützmittel" und "Betonkosten" seien die Kalkulationen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin geprüft worden. Diese Prüfung habe ergeben, dass die Kalkulation "auskömmlich" sei. Zur Höhe der Betonkosten sei festzuhalten, dass sich die angebotenen Preise in der zulässigen marktüblichen Bandbreite befinden würden.

Weiters sei festzuhalten, dass es sich beim Datenträger um eine "auf Anforderung nachzureichende Unterlage" iSd Pkt. 8.3.215 des Teils B.8 handle. Der nachgeforderte Datenträger diene lediglich dazu, dass das Kurz-LV auch elektronisch zur Verfügung stehe. Beim Datenträger handle es sich um einen Arbeitsbehelf, der dazu diene, die Daten in das vom Auftraggeber verwendete ABK-Programm zu überspielen, um einen Preisspiegel einfacher erstellen zu können. Einzig aus diesem Grund werde vom Auftraggeber ein Datenträger gefordert.

Gemäß Pkt. 8.3.2.15 der Ausschreibungsunterlagen sei ein Datenträger auf Aufforderung vorzulegen. Um der präsumtiven Zuschlagsempfängerin die Möglichkeit zu geben, den vorliegenden Mangel zu beheben, sei sie mittels neuerlicher Aufforderung zur Aufklärung aufgefordert worden, den Datenträger gemäß B.1 nachzureichen. Dieser Aufforderung sei die präsumtive Zuschlagsempfängerin ordnungsgemäß und fristgerecht nachgekommen. Es handle sich jedenfalls um einen behebbaren Mangel, der einer Verbesserung zugänglich sei.

Eine vertiefte Prüfung des Angebotes der Antragstellerin sei im Hinblick auf § 123 Abs 3 BVergG vorerst unterblieben, da dieses an dritter Stelle gereiht worden sei bzw. aufgrund der hohen Angebotssumme für den Zuschlag nicht in Frage komme. Im Zuge der Prüfung der Antragslegitimation im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren habe sich ergeben, dass das Angebot der Antragstellerin offensichtlich eine spekulative Preisgestaltung aufweise. Die Antragstellerin sei daher mit Schreiben vom 1. September 2009 aufgefordert worden, binnen 7 Tagen zu den Vorwürfen Stellung zu nehmen. Eine vertiefte Prüfung des Angebotes der Antragstellerin sei im Hinblick auf Paragraph 123, Absatz 3, BVergG vorerst unterblieben, da dieses an dritter Stelle gereiht worden sei bzw. aufgrund der hohen Angebotssumme für den Zuschlag nicht in Frage komme. Im Zuge der Prüfung der Antragslegitimation im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren habe sich ergeben, dass das Angebot der Antragstellerin offensichtlich eine spekulative Preisgestaltung aufweise. Die Antragstellerin sei daher mit Schreiben vom 1. September 2009 aufgefordert worden, binnen 7 Tagen zu den Vorwürfen Stellung zu nehmen.

Mit Schriftsatz vom 9. September 2009 erhob die präsumtive Zuschlagsempfängerin, vertreten durch Y***, begründete Einwendungen iSd § 324 Abs 3 BVergG. Sie brachte im Wesentlichen vor, dass sie Bestbieterin des gegenständlichen Vergabeverfahrens sei und bereits aus diesem Grund ein berechtigtes Interesse am Vertragsabschluss habe. Im Falle der begehrten Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung wäre sie in ihrem Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens gemäß § 19 Abs 1 BVergG verletzt. Sollte der Zuschlag nicht auf das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin erfolgen, drohe ihr ein Schaden in Höhe des entgangenen Gewinns. Überdies ginge ein wichtiges Referenzprojekt verloren. Mit Schriftsatz vom 9. September 2009 erhob die präsumtive Zuschlagsempfängerin, vertreten durch Y***, begründete Einwendungen iSd Paragraph 324, Absatz 3, BVergG. Sie brachte im Wesentlichen vor, dass sie Bestbieterin des gegenständlichen Vergabeverfahrens sei und bereits aus diesem Grund ein berechtigtes Interesse am Vertragsabschluss habe. Im Falle der begehrten Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung wäre sie in ihrem Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen

Vergabeverfahrens gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG verletzt. Sollte der Zuschlag nicht auf das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin erfolgen, drohe ihr ein Schaden in Höhe des entgangenen Gewinns. Überdies ginge ein wichtiges Referenzprojekt verloren.

Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin weise einen plausiblen Gesamtpreis auf. Am 22. Juli 2009 habe der Auftraggeber mit der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ein ausführliches Aufklärungsgespräch geführt, in welchem vor allem die Preiskalkulation im Detail erörtert worden sei. Insofern habe eine vertiefte Angebotsprüfung längst stattgefunden, obwohl eine solche an sich gar nicht notwendig gewesen wäre. Hierbei sei keine unplausible Zusammensetzung des Gesamtpreises festgestellt, sondern vielmehr die seitens des Auftraggebers verlangte Aufklärung in jeder Hinsicht erteilt worden. Der Gesamtpreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei plausibel zusammengesetzt und es könne weder von einer spekulativen noch von einer unangemessenen Preisgestaltung die Rede sein. Die Angemessenheit der Preise sei nicht auf Basis eines Vergleichs der Angebotspreise festzustellen, sondern ausschließlich in Bezug auf die ausgeschriebene Leistung und unter Berücksichtigung aller Umstände, unter denen sie zu erbringen sein werde. Entscheidend komme es darauf an, ob die Preise betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar seien. Die Antragstellerin beschränke sich bei ihrem Vorbringen auf rein spekulative Behauptungen unzutreffenden Inhaltes. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe sämtliche direkt zuordenbaren Kosten berücksichtigt und auch marktkonforme Preise angesetzt.

Schlicht unzutreffend sei die Behauptung der Antragstellerin, die präsumtive Zuschlagsempfängerin hätte die LV-Position 18 98 mit nicht dem Markt entsprechenden und nicht aufklärbaren Einheitspreisen kalkuliert. Vielmehr sei das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vom Auftraggeber auch diesbezüglich überprüft und als ausschreibungskonform befunden worden. Die angegebenen Vortriebsleistungen betreffend die angebotene Bauzeitverkürzung seien jedenfalls realistisch. Auch die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin für die Stützmittel angebotenen Preise seien angemessen. Hinsichtlich der Betonkosten sei festzuhalten, dass die Betonversorgung von einer sich vor Ort befindlichen mobilen Mischanlage aus erfolge. Unter Berücksichtigung dieser Tatsache seien die Betonpreise marktüblich.

Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin somit ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt. Die Aufforderung des Auftraggebers gemäß Pkt. 8.3.2.15 Teil B.8 der Ausschreibungsunterlagen (Datenträger gemäß B.1 "bei sonstigen Ausscheiden innerhalb von sieben Kalendertagen ab Aufforderung abzugeben"), habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin am 2. September 2009 erhalten und sei dieser fristgerecht nachgekommen.

Die Ausführungen der Antragstellerin, wonach auch das Angebot des zweitgereihten Bieters auszuschneiden wäre und der Zuschlag sohin an sie zu erfolgen hätte, seien in keiner Weise nachvollziehbar.

Mit Schriftsatz vom 11. September 2009 brachte die Antragstellerin vor, dass im Schreiben der vergebenden Stelle vom 10.9.2009 lediglich auf die angewendeten Ausscheidenstatbestände des § 129 Abs 1 Z 3 und 7 sowie Abs 2 BVergG Bezug genommen worden sei; eine konkrete Begründung fehle hingegen. Überdies seien die kurzen Hinweise des Auftraggebers, etwa auf fehlende K3-Blätter, unklar und nicht nachvollziehbar. Mit Schriftsatz vom 11. September 2009 brachte die Antragstellerin vor, dass im Schreiben der vergebenden Stelle vom 10.9.2009 lediglich auf die angewendeten Ausscheidenstatbestände des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3 und 7 sowie Absatz 2, BVergG Bezug genommen worden sei; eine konkrete Begründung fehle hingegen. Überdies seien die kurzen Hinweise des Auftraggebers, etwa auf fehlende K3-Blätter, unklar und nicht nachvollziehbar.

Mit Replik vom 16. September 2009 brachte die Antragstellerin ergänzend vor, dass der Auftraggeber das Angebot der Antragstellerin erst nach Mitteilung der Zuschlagsentscheidung geprüft habe, um ihr die Antragslegitimation abzusprechen. Die Intention des Auftraggebers, einen Ausscheidensgrund "zu finden", zeige sich vor allem auch in den unklaren und missverständlichen Fragen im Schreiben vom 1. September 2009 wie auch in den nicht nachvollziehbaren Antworten im Schreiben vom 15. September 2009.

Unabhängig davon, dass das Ausscheiden gegen § 129 BVergG verstoße und damit rechtswidrig sei, seien schon im Schreiben vom 10. September 2009 keine entsprechenden Begründungen iSd § 129 Abs 3 BVergG gegeben worden. Erst über Aufforderung der Antragstellerin sei eine solche Begründung mit Schreiben vom 15. September 2009 "versucht" worden. Auch diese entspreche jedoch nicht den Vorgaben des BVergG. Unabhängig davon, dass das Ausscheiden gegen Paragraph 129, BVergG verstoße und damit rechtswidrig sei, seien schon im Schreiben vom 10.

September 2009 keine entsprechenden Begründungen iSd Paragraph 129, Absatz 3, BVergG gegeben worden. Erst über Aufforderung der Antragstellerin sei eine solche Begründung mit Schreiben vom 15. September 2009 "versucht" worden. Auch diese entspreche jedoch nicht den Vorgaben des BVergG.

Ausgehend von der Kalkulation der Antragstellerin und den Ausführungen des Auftraggebers vom 7. September 2009 könne die Kostenschätzung des Auftraggebers keine marktüblichen und angemessenen Preise aufweisen.

Die nachträgliche Beibringung eines Datenträgers gemäß B.1 ändere nichts am gebotenen Ausscheiden gemäß § 129 Abs 1 Z 7 iVm Pkt. 8.3.2.15 Teil B.8 der Ausschreibung. Die nachträgliche Beibringung eines Datenträgers gemäß B.1 ändere nichts am gebotenen Ausscheiden gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, in Verbindung mit Pkt. 8.3.2.15 Teil B.8 der Ausschreibung.

Mit Stellungnahme vom 18. September 2009 erstattete die präsumtive Zuschlagsempfängerin eine replizierende Stellungnahme. Der Auftraggeber habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin erstmals via vergebende Stelle am 2. September 2009 gemäß Pkt. 8.3.2.15 Teil B.8 der Ausschreibungsunterlagen aufgefordert, innerhalb von sieben Kalendertagen ab Aufforderung einen "Datenträger gemäß B.1" bei sonstigem Ausscheiden abzugeben. Dieser Aufforderung sei die präsumtive Zuschlagsempfängerin fristgerecht nachgekommen.

Mit Schriftsatz vom 23. September 2009 stellte die Bietergemeinschaft A***, vertreten durch X***, Anträge auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 10. September 2009, auf Ersatz der Pauschalgebühren und auf Akteneinsicht. Protokolliert wurde dieser Nachprüfungsantrag mit 24. September 2009 zu GZ N/0102-BVA/09/2009. Die Antragstellerin wiederholte im Wesentlichen ihr bisheriges Vorbringen und hielt weiters fest:

1. 1.Ziffer eins

Verstoß gegen § 129 Abs 3 BVergG - Eingriff in die Bieterrechte der Antragstellerin
Verstoß gegen Paragraph 129, Absatz 3, BVergG - Eingriff in die Bieterrechte der Antragstellerin:

Erst über Aufforderung der Antragstellerin vom 11. September 2009 sei mit Schreiben des Auftraggebers vom 15. September 2009 die Begründung für das (rechtswidrige) Ausscheiden mitgeteilt worden. Die Ausscheidensgründe seien nicht in Entsprechung des § 129 Abs 3 BVergG mit dem Ausscheiden, also mit 10. September 2009, mitgeteilt worden, sondern sei erst fünf Tage später versucht worden, die Gründe nachzureichen. Es könne einem Nachprüfungswerber nicht zugemutet werden, die vom Auftraggeber nicht bekannt gegebenen Informationen beim Auftraggeber selbst oder im Wege eines Nachprüfungsverfahrens zu beschaffen. Bereits aus diesem Grunde habe eine Nichtigerklärung zu erfolgen. Im Schreiben vom 10. September 2009 sei lediglich auf die angewendeten Ausscheidenstatbestände Bezug genommen worden. Eine konkrete Begründung fehle jedoch. Damit habe der Auftraggeber in die Möglichkeit der Überprüfung der Ausscheidensgründe und die Wahrnehmung der Bieterrechte eingegriffen. Dieser Verstoß gegen fundamentale Grundsätze des BVergG müsse zur Nichtigerklärung des Ausscheidens führen. Erst über Aufforderung der Antragstellerin vom 11. September 2009 sei mit Schreiben des Auftraggebers vom 15. September 2009 die Begründung für das (rechtswidrige) Ausscheiden mitgeteilt worden. Die Ausscheidensgründe seien nicht in Entsprechung des Paragraph 129, Absatz 3, BVergG mit dem Ausscheiden, also mit 10. September 2009, mitgeteilt worden, sondern sei erst fünf Tage später versucht worden, die Gründe nachzureichen. Es könne einem Nachprüfungswerber nicht zugemutet werden, die vom Auftraggeber nicht bekannt gegebenen Informationen beim Auftraggeber selbst oder im Wege eines Nachprüfungsverfahrens zu beschaffen. Bereits aus diesem Grunde habe eine Nichtigerklärung zu erfolgen. Im Schreiben vom 10. September 2009 sei lediglich auf die angewendeten Ausscheidenstatbestände Bezug genommen worden. Eine konkrete Begründung fehle jedoch. Damit habe der Auftraggeber in die Möglichkeit der Überprüfung der Ausscheidensgründe und die Wahrnehmung der Bieterrechte eingegriffen. Dieser Verstoß gegen fundamentale Grundsätze des BVergG müsse zur Nichtigerklärung des Ausscheidens führen.

1. 2.Ziffer 2

Im Übrigen entspreche die vom Auftraggeber durchgeführte Angebotsprüfung nicht den Vorgaben des BVergG. Das Angebot der Antragstellerin sei erst im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens geprüft und dann vorsorglich ausgeschieden worden, um die Antragslegitimation in Zweifel ziehen zu können. Bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin werde jedoch versucht, formale Fehler als unbeachtlich abzutun und die Forderungen des Auftraggebers als missverständlich zu qualifizieren. Dies stelle eine massive Ungleichbehandlung der Bieter dar. Auch sei die präsumtive Zuschlagsempfängerin mehrfach zur Beibringung von Unterlagen aufgefordert worden

und sei diese zu einem Aufklärungsgespräch eingeladen worden. Der Antragstellerin sei hingegen lediglich einmal die Möglichkeit zur Aufklärung gewährt worden.

1. 3.Ziffer 3

Ungleichbehandlung der Antragstellerin:

Die Fragen vom 1.9.2009 seien derart unklar gestellt worden, dass sich ein Auftraggeber jederzeit auf § 129 Abs 2 BVergG stützen könne. Im Übrigen werde der Antragstellerin vorgeworfen, spekuliert zu haben. Dieser Vorhalt sei unrichtig. Die Antragstellerin habe jedenfalls entsprechend den Vorgaben der Ausschreibung und gesetzlichen Vorgaben kalkuliert. Die Ungleichbehandlung der Bieter gerade auch bei der Preisprüfung sei offensichtlich. Die Fragen vom 1.9.2009 seien derart unklar gestellt worden, dass sich ein Auftraggeber jederzeit auf Paragraph 129, Absatz 2, BVergG stützen könne. Im Übrigen werde der Antragstellerin vorgeworfen, spekuliert zu haben. Dieser Vorhalt sei unrichtig. Die Antragstellerin habe jedenfalls entsprechend den Vorgaben der Ausschreibung und gesetzlichen Vorgaben kalkuliert. Die Ungleichbehandlung der Bieter gerade auch bei der Preisprüfung sei offensichtlich.

1. 4.Ziffer 4

Unklare und missverständliche Fragen und Antworten, Ausscheidensbegründung ohne Aufklärungsersuchen: Aufgrund der "versuchten" Begründung mit Schreiben vom 15. September 2009 zeige sich, dass der Auftraggeber versuche, sich mit unklaren und missverständlichen Fragen auf § 129 Abs 2 BVergG stützen zu können. Diese Vorgehensweise stehe im Widerspruch zur ständigen Spruchpraxis der Vergabekontrollbehörden, nach welcher unklare Festlegungen und Ausführungen des Auftraggebers nicht zu Lasten des Bieters gehen dürften. Aufgrund der "versuchten" Begründung mit Schreiben vom 15. September 2009 zeige sich, dass der Auftraggeber versuche, sich mit unklaren und missverständlichen Fragen auf Paragraph 129, Absatz 2, BVergG stützen zu können. Diese Vorgehensweise stehe im Widerspruch zur ständigen Spruchpraxis der Vergabekontrollbehörden, nach welcher unklare Festlegungen und Ausführungen des Auftraggebers nicht zu Lasten des Bieters gehen dürften.

Der Antragstellerin seien Fragen gestellt worden, die mit der behaupteten Begründung für das Ausscheiden vom 15. September 2009 in keinerlei Zusammenhang stünden. Der Auftraggeber habe im Schreiben vom 1. September 2009 nicht nach K3-Blättern gefragt. Die Begründung für das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin stehe in keinem Zusammenhang mit dem Aufklärungsersuchen.

1. 5.Ziffer 5

Angeführte Ausscheidenstatbestände lägen nicht vor:

Die vom Auftraggeber herangezogenen Ausscheidenstatbestände des § 129 Abs 1 Z 3 und 7 sowie Abs 2 BVergG würden nicht vorliegen. Die Antragstellerin habe die geforderten Kalkulationsblätter vorgelegt. Dass weitere K3-Blätter abzugeben gewesen wären, sei nicht nachvollziehbar. Beim Faktor 1,0336 handle es sich um keinen Gesamtzuschlag. Es seien keine weiteren K3-Blätter abzugeben gewesen. Im Übrigen habe die Antragstellerin die vom Auftraggeber vom 1. September 2009 gestellten Fragen am 8. September 2009 beantwortet. Auch sei die Antragstellerin dem Ersuchen um Aufklärung hinsichtlich Pos. 01210101B BE nachgekommen. Die Erklärungen der Antragstellerin vom 8. September 2009 diesbezüglich seien entgegen § 125 Abs 5 BVergG vom Auftraggeber ignoriert worden. Auch zum Vorhalt hinsichtlich der Pos. 4252003B KST-DB sei darauf zu verweisen, dass keine weiteren K3-Blätter beizubringen gewesen und diese vom Auftraggeber auch nicht verlangt worden seien. Die vom Auftraggeber herangezogenen Ausscheidenstatbestände des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3 und 7 sowie Absatz 2, BVergG würden nicht vorliegen. Die Antragstellerin habe die geforderten Kalkulationsblätter vorgelegt. Dass weitere K3-Blätter abzugeben gewesen wären, sei nicht nachvollziehbar. Beim Faktor 1,0336 handle es sich um keinen Gesamtzuschlag. Es seien keine weiteren K3-Blätter abzugeben gewesen. Im Übrigen habe die Antragstellerin die vom Auftraggeber vom 1. September 2009 gestellten Fragen am 8. September 2009 beantwortet. Auch sei die Antragstellerin dem Ersuchen um Aufklärung hinsichtlich Pos. 01210101B BE nachgekommen. Die Erklärungen der Antragstellerin vom 8. September 2009 diesbezüglich seien entgegen Paragraph 125, Absatz 5, BVergG vom Auftraggeber ignoriert worden. Auch zum Vorhalt hinsichtlich der Pos. 4252003B KST-DB sei darauf zu verweisen, dass keine weiteren K3-Blätter beizubringen gewesen und diese vom Auftraggeber auch nicht verlangt worden seien.

Die Antragstellerin erachte sich aus all diesen Gründen durch die angefochtene Entscheidung vom 10. September 2009 in ihren Rechten auf Nichtausscheidung, Zuschlagserteilung, Ausscheidung der Angebote der erst- u. zweitgereihten

Bieter und Durchführung eines dem BVergG entsprechenden Vergabeverfahrens verletzt.

Mit Schriftsatz vom 1. Oktober 2009 erstattete der Auftraggeber eine weitere Stellungnahme. Der Auftraggeber brachte im Wesentlichen vor, dass im Zuge des anhängigen Nachprüfungsverfahrens zu GZ N/0093-BVA/09/2009 eine vertiefte Angebotsprüfung des (Preis-)Angebotes der Antragstellerin durchgeführt worden sei. Mit Schreiben des Auftraggebers vom 1. September 2009 sei die Antragstellerin aufgefordert worden, die Umstände, die sich im Zuge der näheren Prüfung des Preisangebotes ergeben hätten, aufzuklären. Aufgrund der mangelhaften Aufklärung mit Schreiben der Antragstellerin vom 8. September 2009 sei deren Angebot mit Schreiben vom 10. September 2009 ausgeschieden worden. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei an erster Stelle gereiht gewesen und sei daher dieser der Zuschlag zu erteilen. Deshalb seien etwaige Ausscheidenstatbestände des Angebotes der Antragstellerin vom Auftraggeber vorerst nicht geprüft worden. Dies ändere jedoch nichts daran, dass der Auftraggeber verpflichtet sei, auch im Stadium nach Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung die Angebotsprüfung zu vervollständigen und gegebenenfalls ein Angebot auszuschneiden. Der VwGH judiziere, dass ein Auftraggeber, der einen Ausscheidensgrund zunächst nicht wahrgenommen habe, nicht gehindert sei, diese Rechtswidrigkeit zu beheben, in dem er das betreffende Angebot nachträglich (bis zum Abschluss des Vergabeverfahrens) ausscheide. Auch das BVA habe mehrfach festgestellt, dass die Durchführung der Eignungs- bzw. Angebotsprüfung bis zur Zuschlagserteilung zulässig sei.

Sämtliche Bieter, welche für den Zuschlag in Frage kämen, seien in gleicher Form und nach gleichem Maß gemäß BVergG geprüft worden. Die Angebotsprüfung sei unter Beachtung der Grundsätze des § 19 BVergG erfolgt. Sämtliche Bieter seien gleich behandelt worden. Sämtliche Bieter, welche für den Zuschlag in Frage kämen, seien in gleicher Form und nach gleichem Maß gemäß BVergG geprüft worden. Die Angebotsprüfung sei unter Beachtung der Grundsätze des Paragraph 19, BVergG erfolgt. Sämtliche Bieter seien gleich behandelt worden.

Im Zuge der Prüfung des Angebotes der Antragstellerin seien zahlreiche Mängel und Unklarheiten festgestellt worden. In den K7-Blättern werde hinsichtlich Form und Inhalt teilweise stark unterschiedlich kalkuliert. So würden offensichtlich hinsichtlich Löhnen, Gesamtzuschlag oder sonstigen Zuschlägen in den K7-Blättern stark unterschiedliche Werte angesetzt, welche nur teilweise zu den abgegebenen K3-Blättern passen würden. Ein Verweis in einem mit dem Angebot abgegebenen K7-Blatt auf ein anderes mit dem Angebot abgegebenes K7-Blatt sei unüblich und einer der Gründe für zahlreiche Unstimmigkeiten innerhalb der Kalkulationsformblätter, insbesondere im Hinblick auf die K3-Blätter. Die Aufklärung solcher Unklarheiten und Mängel stehe nicht im freien Ermessen des Auftraggebers. Vielmehr bestehe hierfür eine gesetzliche Verpflichtung iSd §§ 125 Abs 5 und 126 BVergG. Im Zuge der Prüfung des Angebotes der Antragstellerin seien zahlreiche Mängel und Unklarheiten festgestellt worden. In den K7-Blättern werde hinsichtlich Form und Inhalt teilweise stark unterschiedlich kalkuliert. So würden offensichtlich hinsichtlich Löhnen, Gesamtzuschlag oder sonstigen Zuschlägen in den K7-Blättern stark unterschiedliche Werte angesetzt, welche nur teilweise zu den abgegebenen K3-Blättern passen würden. Ein Verweis in einem mit dem Angebot abgegebenen K7-Blatt auf ein anderes mit dem Angebot abgegebenes K7-Blatt sei unüblich und einer der Gründe für zahlreiche Unstimmigkeiten innerhalb der Kalkulationsformblätter, insbesondere im Hinblick auf die K3-Blätter. Die Aufklärung solcher Unklarheiten und Mängel stehe nicht im freien Ermessen des Auftraggebers. Vielmehr bestehe hierfür eine gesetzliche Verpflichtung iSd Paragraphen 125, Absatz 5 und 126 BVergG.

Die Aufklärung der Antragstellerin sei unzureichend gewesen. Es müsse dem Auftraggeber möglich sein, die in der Aufklärung ermittelten Informationen einer inhaltlichen Überprüfung zu unterziehen. Die Informationen der Antragstellerin in ihrem Antwortschreiben würden diesen Erfordernissen in keiner Weise entsprechen. Das Herstellen eines Zusammenhangs zwischen Löhnen und den abgegebenen K3-Blättern durch die Antragstellerin sei gänzlich unterblieben. Die Ausführungen der Antragstellerin seien nicht nachvollziehbar. Zudem würden die diesbezüglichen K3-Blätter weiterhin fehlen.

Gemäß Pkt. 8.301 Teil B.8 der Ausschreibungsunterlagen seien mit dem Angebot sämtliche K3-Blätter, die für die gegenständliche Leistung erforderlich seien, bei sonstigem Ausscheiden abzugeben gewesen. Diese Forderung sei damit zu begründen, dass dem Auftraggeber, insbesondere im Zuge der Angebotsprüfung, sowohl die Höhe als auch der Inhalt (deren Zusammensetzung) bezüglich Mittellohnpreis und Gesamtzuschlag (differenziert in Gerät, Material, Fremdleistung und Lohn/Gehalt) vorliegen müssten. Mit ihrem Angebot habe die Antragstellerin folgende K3-Blätter (Mittellohnpreis) vorgelegt:

Tunnelbau Untertage - Vortrieb, Tunnelbau Untertage - Beton, Tunnelbau Werkstätte, Bote usw. , Tunnelbau Übertage - BE. Neben diesen vier genannten K3-Blättern habe die Antragstellerin ihrem Angebot keine weiteren K3-Blätter beigelegt. Zu den Löhnen, etwa Baufacharbeiter BRD, Betondecke AUT, Facharbeiter, Facharbeiter Abdichtung, würden keine K3-Blätter vorliegen.

Das Fehlen der gegenständlichen K3-Blätter stelle einen Ausscheidenstatbestand gemäß § 129 Abs 1 Z 3 und 7 BVergG dar. Unrichtig sei das Vorbringen der Antragstellerin, dass der Auftraggeber im Zuge der Aufklärung allenfalls K3-Blätter nachzufordern gehabt hätte. Bei den K3-Blättern handle es sich nämlich um, bei sonstigem Ausscheiden, zwingend mit dem Angebot abzugebende Unterlagen. Eine Nachforderung würde zu einer Ungleichbehandlung der Bieter führen und wäre ein Verstoß gegen die Ausschreibung und das BVergG. Das Fehlen der gegenständlichen K3-Blätter stelle einen Ausscheidenstatbestand gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3 und 7 BVergG dar. Unrichtig sei das Vorbringen der Antragstellerin, dass der Auftraggeber im Zuge der Aufklärung allenfalls K3-Blätter nachzufordern gehabt hätte. Bei den K3-Blättern handle es sich nämlich um, bei sonstigem Ausscheiden, zwingend mit dem Angebot abzugebende Unterlagen. Eine Nachforderung würde zu einer Ungleichbehandlung der Bieter führen und wäre ein Verstoß gegen die Ausschreibung und das BVergG.

Der Auftraggeber habe klar und präzise angegeben, konkret welche Unklarheiten bestehen würden und was konkret der Bieter aufzuklären und zu tun habe. So sei etwa auch folgendes Ersuchen an die Antragstellerin gerichtet worden: "Weiters fordern wir Sie auf, die in der Kalkulation dieser Position unter Tunnelbeschichtung und unter Betondecke angeführten Preis/EH in der Höhe von 1,0336 bzw. 1,0290, aufzuklären". Dieses Aufklärungsersuchen sei von der Antragstellerin unberücksichtigt geblieben. Insbesondere sei hinsichtlich der beiden genannten Werte jegliche Aufklärung unterlassen worden.

Die ÖNORM B 2061 beschreibe deutlich, in welcher Weise und wo welche Kosten zu kalkulieren seien. Diesbezüglich widerspreche das Angebot der Antragstellerin den Ausschreibungsbestimmungen und sei zusätzlich auch noch "hochspekulativ".

Die Auskünfte der Antragstellerin in ihrem Schreiben vom 8. September 2009 seien nicht vollständig und nicht so detailliert, dass die Unklarheiten bzw. die Mangelhaftigkeit ihres Angebotes beseitigt werden könnten. Das Aufklärungsschreiben schaffe im Vergleich zum Angebot keinen zusätzlichen Erklärungswert. Eine inhaltlich substantiierte Aufklärung habe die Antragstellerin nicht gegeben, weshalb zur gebotenen Beteiligung eines Bieters am Aufklärungsverfahren nicht beigetragen worden sei.

Mit Schriftsatz vom 6. Oktober 2009 erhob die präsumtive Zuschlagsempfängerin begründete Einwendungen aufgrund des (zweiten) Nachprüfungsantrages der Antragstellerin vom 23. September 2009. Das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin vom 10. September 2009 sei jedenfalls zu Recht erfolgt. Die Ausschreibungsunterlagen unter B.8, Pkt. 301, Unterpunkt 8.3.15, würden normieren, dass gleichzeitig mit der Legung des Angebotes die K3-Blätter bei sonstigem Ausscheiden des Angebotes abzugeben seien. Den Ausführungen des Auftraggebers zufolge habe die Antragstellerin in zahlreichen K7-Blättern wesentliche Lohnpositionen aufgenommen, für die - entgegen den ausdrücklichen Vorgaben der Ausschreibungsunterlage - keine Kalkulationsformblätter K3 mit dem Angebot abgegeben worden seien. Soweit die Antragstellerin verneine, der Auftraggeber wäre verpflichtet gewesen, diese Unterlagen im Zuge der Aufklärung nachzuverlangen, sei dem entgegen zu halten, dass nach den bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen klar und eindeutig festgelegt sei, dass die K3-Blätter als Bestandteil des ausschreibungsgemäßen Angebotes gelten würden und gleichzeitig mit diesen (bei sonstiger Ausscheidenssanktion) vorzulegen seien. In Folge der Nichtvorlage der Kalkulationsblätter K3 sei das Angebot der Antragstellerin mit einem unbehebbareren Mangel behaftet gewesen.

Mit Schriftsatz vom 8. Oktober 2009 erstattete die Antragstellerin eine Replik. Das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin sei bereits aufgrund des Verstoßes gegen § 129 Abs 3 BVergG und aufgrund des Eingriffs in die Rechte der Antragstellerin für nichtig zu erklären. Im Schreiben vom 10. September 2009 habe sich lediglich die Auflistung der gesetzlich vorgesehenen Ausscheidenstatbestände und ein unverständlicher Hinweis auf K3-Blätter und die ÖNORM B 2061 gefunden. Das unklare Aufklärungsbegehren des Auftraggebers vom 1.9.2009 werde in rechtswidriger Weise der Antragstellerin angelastet. Mit Schriftsatz vom 8. Oktober 2009 erstattete die Antragstellerin eine Replik. Das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin sei bereits aufgrund des Verstoßes gegen Paragraph 129, Absatz 3, BVergG und aufgrund des Eingriffs in die Rechte der Antragstellerin für nichtig zu erklären. Im Schreiben vom 10.

September 2009 habe sich lediglich die Auflistung der gesetzlich vorgesehenen Ausscheidenstatbestände und ein unverständlicher Hinweis auf K3-Blätter und die ÖNORM B 2061 gefunden. Das unklare Aufklärungsbegehren des Auftraggebers vom 1.9.2009 werde in rechtswidriger Weise der Antragstellerin angelastet.

Der Antragstellerin werde in einer Stellungnahme vom 1. Oktober 2009 vorgehalten, K3-Blätter nicht abgegeben zu haben. Unabhängig davon, dass diese nicht mit Schreiben vom 1. September 2009 verlangt worden seien, seien diese auch nicht abzugeben gewesen. Die Antragstellerin habe Nachlässe auf den von ihr kalkulierten Gesamtzuschlag gewährt. Für Nachlässe seien aber normkonform keine K3-Blätter anzufertigen. Das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin sei somit rechtswidrig.

Am 14. Oktober 2009 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt statt, in der die Parteien im Wesentlichen ergänzend wie folgt vorbrachten:

Der Auftraggeber brachte vor, dass die Fragen im Aufklärungsersuchen vom 1.9.2009 klar und unmissverständlich gewesen seien. Frau Mag. L***, ASFINAG, gab an, dass der Auftraggeber zu Pkt.1 des Aufklärungsersuchens vom 1.9.2009 seine Annahme kundgetan habe, dass in der genannten Position offensichtlich Subunternehmer kalkuliert worden seien. Die Antragstellerin habe diese Annahme nicht bestätigt. Hr. M***, ASFINAG Fachbereich Bauwirtschaft, brachte vor, dass der Auftraggeber aus Erfahrung heraus großen Wert auf die Qualität der Tunnelbeschichtung lege. Aufgrund der Wichtigkeit der Tunnelbeschichtung habe der Auftraggeber großes Interesse daran gehabt, zu erfahren, ob die Antragstellerin diese Arbeiten selbst durchführe oder sich eines Subunternehmers bedienen würde. Hierbei gehe es um Teile der Pos. 01.210.10 1B BE. Die im gegenständlichen K7-Blatt hervorkommende Art der Kalkulation dieser beiden Teile (Beschichtung und Betonprüfung) sei derart, dass vermutet werden habe müssen, dass es sich hierbei um Subunternehmerleistungen handle. Aus diesen Gründen sei die Aufklärungsfrage 1 absolut gerechtfertigt und klar gewesen.

Mag. L*** erklärte, dass die Frage 1 von der Antragstellerin beantwortet worden sei. Dessen ungeachtet sei die Antragstellerin auszuschneiden gewesen. Gemäß der bestandfesten Ausschreibung habe die Kalkulation nach der ÖNORM B 2061 zu erfolgen gehabt. Die ÖNORM sehe unterschiedliche Kalkulationsformblätter, u.a. auch das K3-Blatt, vor. Inhalt des K3-Blattes seien der Mittellohnpreis und der Gesamtzuschlag. Richtig sei, dass die Antragstellerin mit ihrem Angebot vier K3- Blätter abgegeben habe. Für die wesentlichen Positionen habe die Antragstellerin 63 K7-Blätter mit dem Angebot abgegeben. Bei der Prüfung des K7-Blattes in der Pos. 01.210.10 1B BE habe der Auftraggeber aufgrund der Antwort der Antragstellerin vom 8.9.2009 zu diesem Punkt annehmen müssen, dass es für den im K7-Blatt ausgewiesenen Gesamtzuschlag kein passendes K3-Blatt gebe.

Hr. M*** führte weiter aus, dass erst aufgrund der Antwort der Antragstellerin für den Auftraggeber klar gewesen sei, dass es sich in den Pos. Tunnelbeschichtung und Betonprüfung um Eigenleistungen der Antragstellerin handle. Die Kalkulation der Antragstellerin sei jedoch derart (zumindest auf den ersten 30 Seiten der K7-Blätter), dass bei Eigenleistungen auf den Ansatzwert in Euro in der Spalte Preis pro Einheit der am K3- Blatt abgebildete Gesamtzuschlag in der Höhe von 8,8% aufgeschlagen worden sei. Nun verhalte es sich jedoch in der Position Tunnelbeschichtung so, dass dort ein neuer Faktor aufscheine; dies entgegen den sonst verwendeten 8,8%. Daraus habe der Auftraggeber zu schließen gehabt, dass für den hier verwendeten Gesamtzuschlag keine Aufschlüsselung in Form eines K3-Blattes vorliege.

Hr. M*** brachte weiters vor, dass sich dieser Faktor von 3,36% in der Kalkulation "nicht herleiten lasse". Während sich, den Ausschreibungsbestimmungen entsprechend, der Gesamtzuschlag in Höhe von 8,8% durch die Aufschlüsselung in Geschäftsgemeinkosten, Bauzinsen, Wagnis und Gewinn herleiten lasse, fehle für den Faktor 3,36% jeglicher Nachweis. Eine solche Aufschlüsselung würde sich nur aus dem Inhalt eines K3- Blattes ergeben, welches zwingend mit dem Angebot abzugeben gewesen sei. Der Mangel sei nicht behebbbar.

Fr. Mag. L*** erklärte, dass ein Mängelbehebungsauftrag zur Nachreichung von K3-Blättern nicht möglich gewesen sei, da die Nichtabgabe von K3-Blättern nach den Bestimmungen der Ausschreibung einen unbehebbarer Mangel darstelle.

Hr. M*** brachte vor, dass die von der Antragstellerin vorgebrachten Behauptungen, dass sich der Faktor in der Höhe von 3,36% aus der Kalkulation ableiten lasse, aus folgenden Gründen unrichtig seien:

1. a)Litera a

Sie widersprächen der Aufklärung der Antragstellerin vom 8.9.2009, Seite 9, 3. Absatz. In dieser Aufklärung schreibe die Antragstellerin, dass es sich hierbei um einen geringeren Gesamtzuschlag handle, mit welchem ein preislicher Vorteil weiter gegeben worden sei.

2. b) Litera b

Es handle sich gemäß den Ausführungen der Antragstellerin um einen Gesamtzuschlag, für den das K3-Blatt fehle.

3. c) Litera c

Das von der Antragstellerin im Zuge der Aufklärung nachgereichte K4-Blatt, welches ausschließlich Materialpreise beinhalte, scheine diesbezüglich einen Gesamtzuschlag in der Höhe von 3,0% auszuweisen. Der dort ausgeführte 3% Gesamtzuschlag auf das Material widerspreche den abgegebenen K3-Blättern, da dort 8,8% ausgewiesen seien. Dem Auftraggeber fehle diesbezüglich jeglicher Nachweis über die normgemäße Aufschlüsselung dieses geringeren Gesamtzuschlages.

Hr. M*** hielt fest, dass insbesondere auch für die arbeitsbedingten (Lohn)Kosten der genannte Faktor in der Höhe von 3,36% angesetzt worden sei. Hiefür liege normgemäß - da es sich beim K4-Blatt um Materialpreise handle - überhaupt keine Art der Herleitung dieses Gesamtzuschlages vor.

Frau Mag. L*** erklärte, dass die präsuntive Bestbieterin alle normgemäßen K3-Blätter mit dem Angebot vorgelegt habe.

Über Befragen des Senatsmitgliedes der Auftraggeberseite, Dr. Hackl, ob der Gesamtzuschlag in Höhe von 3,36% aus einem eigenen K3-Blatt ableitbar gewesen sei, erklärte die Antragstellerin, dass sich der Faktor von 3,36% aus der Gesamtkalkulation des Angebotes ableiten lasse. Ein eigenes K3-Blatt, aus dem sich der Faktor von 3,36% ergebe, sei nicht abzugeben gewesen; und zwar weder aufgrund der Ausschreibung noch aufgrund des Aufklärungsersuchens.

Die Antragstellerin brachte vor, dass ihr vom Auftraggeber vorgehalten worden sei, dass in der Pos. 01.21.01.01 B Kostenanteile für offensichtliche Subunternehmer enthalten seien. Auf diesen Vorhalt sei die Antragstellerin mit Schreiben vom 8.9.2009 eingegangen. Im "Ausscheidungsschreiben" vom 10.9.2009 sei der Antragstellerin zu Aufklärungspunkt 1 vorgehalten worden, dass K3-Blätter fehlen würden. Im Schreiben des Auftraggebers vom 15.9.2009 sei ebenfalls auf K3-Blätter Bezug genommen worden. Der Vorhalt offensichtlicher Subunternehmer fände sich in den zuvor zitierten Schreiben nicht. Die Antragstellerin habe davon ausgehen müssen, dass der Auftraggeber eigentlich etwas anderes fragen habe wollen. Die Begründung für das Ausscheiden hinsichtlich des Pkt. 1 passe nicht zum Vorhalt im Schreiben vom 1.9.2009.

RA Dr. O*** brachte weiters vor, dass der Antragstellerin mit Frage 1 angebliche Subunternehmerleistungen vorgehalten worden seien, nicht jedoch eine allfällige Unklarheit eines im K7-Blatt ausgewiesenen Faktors. Generell sei der Antragstellerin auch nicht vorgehalten worden, dass offensichtlich die gesamte Kalkulation(-art) unklar sei. Darüber hinaus sei im Angebot für Tunnelbeschichtung und Betonprüfung von der Antragstellerin kein Subunternehmer ausgewiesen worden. Schon aufgrund des Angebotes sei daher klar gewesen, dass es sich hierbei um eine Eigenleistung der Antragstellerin handle.

RA Dr. O*** brachte weiters vor, dass die am 1.9.2009 gestellte Frage mit den nunmehr geäußerten Vorhalten des Auftraggebers in keinem Zusammenhang stehen würde. Die "Unklarheit" des Faktors 3,36% sei nicht Gegenstand des Aufklärungsbegehrens gewesen. Dem Angebot lägen K3-Blätter bei, die den kalkulierten Zuschlag von 8,8% ausweisen würden. Der gegenständliche Faktor im K7-Blatt ergebe sich durch einen Nachlass auf die gegenständliche Leistung in der Höhe von 5% (siehe abgegebenes K4-Blatt); zuzüglich von 8,8% Gesamtzuschlag ergebe sich der Faktor 1,0336, wie im K7-Blatt deklariert. Somit handle es sich beim "Faktor" nicht um eine "Art Gesamtzuschlag", wie dies die Auftraggeberin vorhalte. Es seien daher auch keine weiteren K3-Blätter abzugeben gewesen. Im Übrigen seien weitere Kalkulationsnachweise im Zusammenhang mit dem Vorhalt der Subunternehmerleistung auch nicht gefordert worden.

Für den Gesamtzuschlag liege eine normgemäße Aufgliederung vor. Wie sich aus der vorliegenden Kalkulation, insbesondere den aufforderungsgemäß am 8.9.2009 vorgelegten K4-Blättern ergebe, sei der Faktor 1,0336 normgemäß erklärt worden. Aus dem Vorhalt der Auftraggeberin könne geschlossen werden, dass der Antragstellerin vorgehalten werde, keine Kalkulationsblätter ausfüllen und keine normkonforme Kalkulation erstellen zu können. Dieser Vorhalt sei unrichtig. Wenn man dem Verständnis des Auftraggebers folge, so bedeute dies, dass auch für Nachlässe K3-Blätter abzugeben wären. Dies widerspräche sowohl der ÖNORM B 2061 als auch der Praxis des

Auftraggebers. Fraglich sei, ob von den übrigen Bietern entsprechende Kalkulationsblätter (iSd Verständnisses des Auftraggebers) vorgelegt worden seien oder aber, eine, wie in Pkt. 1 im Schreiben vom 1.9.2009 an die Antragstellerin gestellte Frage nach Subunternehmerleistungen, gestellt worden sei. Die Antragstellerin halte fest, dass dieses Verständnis neu sei und nicht zu erwarten sei, dass sämtliche Bieter derartige Kalkulationsblätter vorgelegt hätten.

Mit Schriftsatz vom 15. Oktober 2009 erstattete die Antragstellerin eine weitere Stellungnahme. Wie sich aus der mündlichen Verhandlung ergeben habe, unterstelle der Auftraggeber in der Pos. 01 210 101 B den Einsatz von Subunternehmen. Wie der Auftraggeber jedoch selbst ausgeführt habe, sei die im Aufklärungsersuchen diesbezüglich gestellte Frage von der Antragstellerin beantwortet worden. Trotzdem sei die Antragstellerin ausgeschieden worden. Begründet worden sei das Ausscheiden mit dem (unberechtigten) Vorhalt, dass die Antragstellerin K3-Blätter nicht abgegeben habe. Mit der am 1. September 2009 gestellten Aufklärungsfrage 1 habe diese jedoch nichts zu tun. Zur angeblichen Unklarheit des Faktors 3,36% betreffend Teile der Pos. 01 210 101 B sei - entgegen den Vorgaben des BVergG - kein Aufklärungsersuchen gestellt worden. Bereits aus diesem Grund sei das Ausscheiden für nichtig zu erklären.

Der Auftraggeber versuche normwidrig und entgegen der Kalkulation der Antragstellerin, eine weitere "Art" von Gesamtzuschlägen ins Treffen zu führen. Der Auftraggeber behaupte, dass nach Teil B8 der Ausschreibung für die von der Antragstellerin erklärten Nachlässe K3-Blätter vorzulegen gewesen wären. Es sei jedoch festzuhalten, dass es sich beim Faktor 3,36% um keinen weiteren Gesamtzuschlag bzw um keine "Art" Gesamtzuschlag handle.

Aus Teil B 8 ergebe sich zwar, dass K3-Blätter vorzulegen seien. Nicht vorzulegen gewesen seien jedoch K3-Blätter für allfällige Nachlässe.

Unabhängig davon führe die vom Auftraggeber in der mündlichen Verhandlung vorgebrachte Auslegung des Teils B8 dazu, dass alle Angebote auszuscheiden wären und somit kein Angebot im Vergabeverfahren verbleiben würde. In der Folge wäre das Vergabeverfahren gemäß § 139 Abs 1 Z 4 BVergG zwingend zu widerrufen. Wenn gemäß den Ausführungen des Auftraggebers alle normgemäßen K3-Blätter vorzulegen seien, so wären für sämtliche Mittellohnpreise der Bieter wie auch ihrer Subunternehmer K3- Blätter abzugeben gewesen. Dies widerspreche aber dem bisherigen Verständnis und der Praxis des Auftraggebers. Unabhängig davon führe die vom Auftraggeber in der mündlichen Verhandlung vorgebrachte Auslegung des Teils B8 dazu, dass alle Angebote auszuscheiden wären und somit kein Angebot im Vergabeverfahren verbleiben würde. In der Folge wäre das Vergabeverfahren gemäß Paragraph 139, Absatz eins, Ziffer 4, BVergG zwingend zu widerrufen. Wenn gemäß den Ausführungen des Auftraggebers alle normgemäßen K3-Blätter vorzulegen seien, so wären für sämtliche Mittellohnpreise der Bieter wie auch ihrer Subunternehmer K3- Blätter abzugeben gewesen. Dies widerspreche aber dem bisherigen Verständnis und der Praxis des Auftraggebers.

Es sei davon auszugehen, dass kein Bieter K3-Blätter für sämtliche Mittellohnpreise bereits mit dem Angebot abgegeben habe. Auch sei nicht anzunehmen, dass K3-Blätter für sämtliche Mittellohnpreise der Subunternehmer bereits mit dem Angebot abgegeben worden seien. Folge man daher der vom Auftraggeber in der mündlichen Verhandlung geäußerten Ansicht, wären sämtliche Angebote auszuscheiden. Dessen ungeachtet sei jedoch offenkundig einzig das Angebot der Antragstellerin aufgrund dieses Verständnisses des Auftraggebers zu Pkt. 8315 des Teil B8 ausgeschieden worden. Die Ungleichbehandlung der Bieter sei evident.

Im Übrigen müsse nach dem nochmaligen Studium der Ausschreibungsunterlagen davon ausgegangen werden, dass alle anderen Bieter auch auszuscheiden seien, da sie wohl nicht die für die Erstellung von Bestandsplänen erforderliche Befugnis aufweisen würden. Aus Pkt. 6.3.5.2 des Teils B6 der Ausschreibung ergebe sich, dass die Befugnis eines Ziviltechnikern zur Erstellung von Bestandsplänen erforderlich sei. Die Mitbewerber der Antragstellerin würden allerdings nicht über diese Befugnis verfügen. Die Zuschlagsentscheidung sei daher rechtswidrig.

Wie bereits im Nachprüfungsantrag ausgeführt, seien die Angebote der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sowie der zweitgereihten Bieterin auszuscheiden. Aller Wahrscheinlichkeit nach würden die beiden genannten Mitbewerber auch nicht die K3-Blätter für Eigenleistungen sowie für Leistungen ihrer Subunternehmer betreffend die Ermittlung der Mittellohnpreise abgegeben haben. Auch würden diese Bieter wohl nicht über die Befugnis eines Ziviltechnikern verfügen. Auch die viertgereichte Bieterin werde wohl hinsichtlich des Umfangs der abzugebenden K3-Blätter auszuscheiden sein. Aller Wahrscheinlichkeit nach fehle auch dieser die Befugnis eines Ziviltechnikern, sodass vermutlich die Angebote sämtlicher Bieter auszuscheiden seien.

Aufgrund der Vorbringen der Verfahrensparteien, der Unterlagen des Vergabeverfahrens sowie den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung vom 14. Oktober 2009 wurde folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt festgestellt:

Auftraggeber des gegenständlichen Vergabeverfahrens ist die Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs- Aktiengesellschaft (ASFINAG). Vergebende Stelle ist die ASFINAG Bau Management GmbH.

Es handelt sich um einen Bauauftrag im Oberschwellenbereich. Der geschätzte Auftragswert beläuft sich auf Euro XXXX. Der Auftrag soll in einem offenen Verfahren nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden. Die Angebotseröffnung erfolgte am 19. Mai 2009. Die Angebotsöffnung ergab folgende Reihung: Es handelt sich um einen Bauauftrag im Oberschwellenbereich. Der geschätzte Auftragswert beläuft sich auf Euro römisch 40. Der Auftrag soll in einem offenen Verfahren nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden. Die Angebotseröffnung erfolgte am 19. Mai 2009. Die Angebotsöffnung ergab folgende Reihung:

1. 1.Ziffer eins
Bietergemeinschaft B*** Euro XXXXBietergemeinschaft B*** Euro römisch 40
1. 2.Ziffer 2
Bietergemeinschaft C*** Euro XXXXBietergemeinschaft C*** Euro römisch 40
1. 3.Ziffer 3
Bietergemeinschaft A*** Euro XXXXBietergemeinschaft A*** Euro römisch 40
1. 4.Ziffer 4
Bietergemeinschaft D*** Euro XXXXBietergemeinschaft D*** Euro römisch 40

Punkt 1.209 Teil B1 der Ausschreibungsunterlagen (Erstellung der Preise) lautet:

Die Kalkulation aller angebotenen Preise und deren Aufgliederung hat den Bestimmungen der ÖNORM B 2061 idgF unter Berücksichtigung der diesbezüglichen Festlegungen in der Ausschreibung zu entsprechen [...].

In der Ausschreibung, Teil B.8. "Erklärung des Bieters", Punkt

8.3. "Wesentliche Unterlagen zum Angebot", lautet es (auszugsweise):

8.301 Gesetzlich geforderte wesentliche Unterlagen, die mit dem Angebot als dessen Bestandteil abzugeben sind (sofortige Ausscheidenssanktion):

Wir schließen hier folgende wesentliche Unterlagen zum ausschreibungsgemäßen Angebot als dessen Bestandteile (getrennt für Auftraggeber-Entwurf und, falls angeboten, für die Auftraggeber-Variante) bei, andernfalls das Angebot ausgeschieden wird.

[...].

8.3.1.5 Kalkulationsformblätter K 3

[...].

Über Aufforderung nachgereicht bzw vorgelegt werden konnten hingegen u.a. die K7-Blätter zu den nicht wesentlichen Positionen und K4-Blätter (vgl Pkt 8.3.1.12). Über Aufforderung nachgereicht bzw vorgelegt werden konnten hingegen u.a. die K7-Blätter zu den nicht wesentlichen Positionen und K4-Blätter vergleiche Pkt 8.3.1.12).

Die Antragstellerin hat ihrem Angebot u.a. vier K3-Blätter beigelegt (Tunnelbau Untertage - Vortrieb; Tunnelbau Untertage - Beton; Tunnelbau - Werkstätte, Bote etc; Tunnelbau Übertage BE). In den vier beigelegten K3-Blättern war jeweils ein Gesamtzuschlag in Höhe von 8,8% ausgewiesen (siehe Vergabeakt).

Den abgegebenen K7-Blättern ist in einzelnen Positionen (etwa in der Position 01 210101B BE Untertagearbeiten gesamt, Tunnelbeschichtung bzw Betondecke) in der Rubrik "Preis/EH" ein Gesamtzuschlag (Faktor) von 3,36% bzw 2,90% zu entnehmen.

K3-Blätter, aus denen sich ein Gesamtzuschlag in Höhe von 3,36% bzw 2,90% ergeben würde, lagen dem Angebot der Antragstellerin nicht bei (vgl Vergabeakt; Angaben des Auftraggebers in der mündlichen Verhandlung; Angaben der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung, VH-Schrift, Seite 5, wonach "ein eigenes K3-Blatt, aus dem sich der Faktor 3,36% ergebe, nicht abzugeben gewesen sei"). K3-Blätter, aus denen sich ein Gesamtzuschlag in Höhe von 3,36%

bzw 2,90% ergeben würde, lagen dem Angebot der Antragstellerin nicht bei vergleichs Vergabeakt; Angaben des Auftraggebers in der mündlichen Verhandlung; Angaben der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung, VH-Schrift, Seite 5, wonach "ein eigenes K3-Blatt, aus dem sich der Faktor 3,36% ergebe, nicht abzugeben gewesen sei").

Den auf Aufforderung nachgereichten K4-Blättern war ebenfalls kein Gesamtzuschlag etwa in Höhe von 3,36% oder 2,90% zu entnehmen (vgl Vergabeakt). Den auf Aufforderung nachgereichten K4-Blättern war ebenfalls kein Gesamtzuschlag etwa in Höhe von 3,36% oder 2,90% zu entnehmen vergleichs Vergabeakt).

Nachdem das Angebot der Antragstellerin im Hinblick auf den Angebotspreis und die ermittelten Punkte hinsichtlich der Qualität für den Zuschlag nicht in Betracht kam (Anm: das Angebot der Antragstellerin war an dritter Stelle gereiht), wurde vom Auftraggeber zunächst keine weiterführende Prüfung des Angebotes der Antragstellerin vorgenommen (vgl Vergabebericht Seite 9). Nachdem das Angebot der Antragstellerin im Hinblick auf den Angebotspreis und die ermittelten Punkte hinsichtlich der Qualität für den Zuschlag nicht in Betracht kam Anmerkung, das Angebot der Antragstellerin war an dritter Stelle gereiht), wurde vom Auftraggeber zunächst keine weiterführende Prüfung des Angebotes der Antragstellerin vorgenommen vergleichs Vergabebericht Seite 9).

Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wurde hingegen einer detaillierten Prüfung unterzogen. So wurde die präsumtive Zuschlagsempfängerin am 13.7.2009 zur Nachreichung diverser Unterlagen aufgefordert (inkl K7-Blättern). Diese Unterlagen wurden am 21.7.2009 nachgereicht. Am 22.7.2009 fand ein Aufklärungsgespräch mit der präsumtiven Zuschlagsempfängerin statt. Themen des Aufklärungsgesprächs waren u.a. eine vertiefte Preisprüfung zu zwölf Positionen sowie die Materialverwertung.

Der Vergabevorschlag lautete schließlich auf das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin. Die Zuschlagsentscheidung wurde den Bietern mittels Telefax am 13. August 2009 mitgeteilt.

Mit Schriftsatz vom 25. August 2009 beantragte die Antragstellerin die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung und die Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

Mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 1. September 2009, GZ N/0093-BVA/09/2009-EV9, wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben und dem Auftraggeber bis längstens 7. Oktober 2009 untersagt, den Zuschlag zu erteilen.

Mit Schreiben der vergebenden Stelle vom 1. September 2009 wurde die Antragstellerin aufgefordert, ihr Angebot in bestimmten genannten Positionen innerhalb von sieben Tagen schriftlich aufzuklären bzw. die restlichen K7-Blätter und die K4-Blätter nachzureichen.

Frage 1 "Subunternehmerleistungen" lautete:

Pos. 01 210101B BE, Untertagearbeiten gesamt

In der vorliegenden Detailkalkulation sind Kostenanteile für offensichtliche Subunternehmer enthalten; zB Tunnelbeschichtung und Betonprüfung.

In der Anlage 8.3.1.10 Subunternehmerverzeichnis sind demgegenüber keine Subunternehmer angeführt.

Wir ersuchen Sie, diese Umstände innerhalb von 7 Tagen schriftlich aufzuklären.

[...].

Frage 4 "Nicht nachvollziehbare Preisherleitung in Kalkulationsformblättern K7 nachstehender wesentlicher Positionen" lautete (auszugsweise):

Pos 01 210101B BE, Untertagearbeiten gesamt (exemplarisch)

[...]

Weiters fordern wir Sie auf, die in der Kalkulation dieser Position unter Tunnelbeschichtung und unter Betondecke angeführten "Preis/EH" in der Höhe von 1,0336 bzw 1,0290, aufzuklären.

[...]

Preisherleitung und Wert für "Preis/EH" nachstehender

Positionen:

Bei den nachstehenden Leistungspositionen findet sich, nachdem in der Spalte "Ansatzmenge" stets ein EURO-Betrag abgebildet ist, in der Spalte "Preis/EH" stets die Zahl 1,0290. Diese Zahl ist nicht nachvollziehbar. Wir fordern Sie auf diese aufzuklären.

[...].

In diesen "verwiesenen" zusätzlichen K7-Blättern finden sich nun zahlreiche "neue" Ansatzwerte, wie für Zuschläge (sowohl auf Eigenleistungen, als auch auf Subleistungen) und vor allem auch für Löhne (siehe zB Lohn Betonierungsarbeiten bzw Lohn Schalungsarbeiten mit jeweils 36,3616 Euro(h) die auf Basis der abgegebenen K3-Blätter nicht nachvollziehbar sind. [...].

Die Antragstellerin erstattete hiezu am 8. September 2009 folgende Auskünfte:

Die Antwort zu Frage 1 lautete (auszugsweise):

[...]. Der von Ihnen angenommene Umstand, dass in genannter Position Subunternehmerleistungen enthalten seien, ist weder nachvollziehbar noch zutreffend. [...]. Auch hinsichtlich des nachstehend eingeblendeten Teiles "Betonprüfung" wurden die Kosten für die Betonprüfung durch die Bietergemeinschaft kalkuliert. Es handelt sich hier ebenfalls um keine Subunternehmerleistung.

Die Antwort zu Frage 4 lautete (zu Pos 01 21 01 10B BE) auszugsweise:

Bei den genannten Leistungen handelt es sich um konzerninterne Leistungen. Die Geschäftsgemeinkosten der jeweiligen E*** - Abteilungen bzw Direktionen wurden in die angebotenen Einheitspreise einkalkuliert. Der Bietergemeinschaft ist es dadurch möglich, den preislichen Vorteil eines geringeren Gesamtzuschlages (nur mehr ARGE - Kosten) auf diese Leistungen anzubieten und dem Auftraggeber weiterzugeben.

[...]

Zu Pos 04 25 003B KST-DB lautete die Antwort auszugsweise:

Aus den K3-Blättern ergibt sich der von uns grundsätzlich angesetzte Gesamtzuschlag in Höhe von 8,8%. Betreffend die von Ihnen oben angeführten Positionen konnte jedoch ein niedrigerer Gesamtzuschlag angesetzt werden, da es sich um konzerninterne Leistungen handelt. Die Geschäftsgemeinkosten der jeweiligen E*** - Abteilungen bzw Direktionen wurden in die angebotenen Einheitspreise einkalkuliert. Der Bietergemeinschaft ist es dadurch möglich, den preislichen Vorteil eines geringeren Gesamtzuschlages (nur mehr ARGE - Kosten) auf diese Leistungen anzubieten und dem Auftraggeber weiterzugeben.

[...].

Die Zahl 1,029 bedeutet somit 1,00 Euro + 2,90% Zuschlag für

ARGE-Kosten

[...].

Mit Schreiben des Auftraggebers vom 10. September 2009 wurde die Antragstellerin vom Ausscheiden ihres Angebotes in Kenntnis gesetzt. Das Schreiben des Auftraggebers vom 10. September 2009 hatte folgenden Inhalt:

Aufgrund einer im Zuge des Nachprüfungsverfahrens N/0093- BVA/09/2009 erforderlich gewordenen näheren Prüfung ihres Angebotes, sehen wir uns gezwungen, hiermit ihr Angebot vom Vergabeverfahren auszuschneiden.

Die Gründe für das Ausscheiden ihres Angebotes liegen in der unterlassenen (nachvollziehbaren) Aufklärung gemäß ihrem Schreiben vom 8. September 2009 iSd § 129 Abs 2 BVergG sowie aus dem Grund, dass ihr Angebot eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises gemäß § 129 Abs 1 Z 3 BVergG aufweist. Abgesehen davon widerspricht ihr Angebot den Ausschreibungsbestimmungen, weshalb ihr Angebot auch wegen § 129 Abs 1 Z 7 BVergG (fehlende K3-Blätter betreffend Aufklärungspunkt 1 und insbesondere Aufklärungspunkt 4 gemäß unserem Schreiben vom 1. September 2009 und Nichtberücksichtigung der ÖNORM B 2061) auszuschneiden ist. Die Gründe für das Ausscheiden ihres Angebotes liegen in der unterlassenen (nachvollziehbaren) Aufklärung gemäß ihrem Schreiben vom 8. September 2009 iSd Paragraph 129, Absatz 2, BVergG sowie aus dem Grund, dass ihr Angebot eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG aufweist. Abgesehen davon

widerspricht ihr Angebot den Ausschreibungsbestimmungen, weshalb ihr Angebot auch wegen Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG (fehlende K3-Blätter betreffend Aufklärungspunkt 1 und insbesondere Aufklärungspunkt 4 gemäß unserem Schreiben vom 1. September 2009 und Nichtberücksichtigung der ÖNORM B 2061) auszuschneiden ist.

Mit Schreiben der Antragstellerin vom 11. September 2009 wurde der Auftraggeber um Bekanntgabe der konkreten Gründe für das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin ersucht.

Der Auftraggeber übermittelte der Antragstellerin hierauf am 15.9.2009 ein Schreiben folgenden Inhalts (auszugsweise):

Ad. Punkt 1.) Keine Subunternehmerleistung

Gemäß Punkt 8.301 (Unterpunkt 8.3.1.5) des Teils B.8 der Ausschreibungsunterlagen, waren mit dem Angebot sämtliche K 3 Blätter, die für die gegenständliche Leistung erforderlich sind, bei sonstiger Ausscheidung abzugeben. Grund dieser Forderung ist es, dass dem AG insbesondere im Zuge der Angebotsprüfung sowohl die Höhe als auch der Inhalt (deren Zusammensetzung) bzgl

- -Strichaufzählung
Mittellohnpreis
- -Strichaufzählung
Gesamtzuschlag (differenziert in Gerät, Material, Fremdleistung und Lohn/Gehalt)

vorliegen.

Seitens der Bietergemeinschaft wurden vier K 3 Blätter abgegeben (Tunnelbau; Untertage Vortrieb; Untertage-Beton; Übertag-BE; Werkstätte, Bote etc).

In sämtlichen dieser vier K 3 Blätter ist die Höhe des Gesamtzuschlags (sowohl für Gerät, Material, Fremdleistung und Lohn/Gehalt) mit 8,80 ausgewiesen.

So ist zB für den Preisbestandteil "Tunnelbeschichtung"

Folgendes auszuführen:

Entgegen dem sonstigen in der gegenständlichen Kalkulation gepflogenen Usus findet sich nun in der Spalte Preis/EH nicht der Faktor 1,0880 (der K 3-gemäße Gesamtzuschlag) sondern der Faktor 1,0336 wieder. Für diesen Faktor, dessen Aufklärung unterblieben ist, muss der AG davon ausgehen, dass es sich hier jedenfalls um eine "Art" Gesamtzuschlag - zu dem das K 3 Blatt fehlt - handelt.

[...].

Das Anführen eines Euro-Betrages in der Spalte "Ansatzmenge" und das Anführen eines Faktors in der Spalte "Preis/EH" widerspricht den Vorgaben der ÖNORM B 2061, welche gemäß den Ausschreibungsunterlagen einzuhalten ist.

Aus diesen Gründen war daher das Angebot wegen §§ 129 Abs 1 Z 3 Aus diesen Gründen war daher das Angebot wegen Paragraphen 129, Absatz eins, Ziffer 3

und 7 und Abs 2 BVergG auszuschneiden.und 7 und Absatz 2, BVergG auszuschneiden.

[...].

Ad Punkt 4) Preisherleitung in K 7 Blätter nachstehender

wesentlicher Positionen ist nachvollziehbar:

Pos 01 210 10 10 B BE Untertagearbeiten gesamt (Anmerkung: exemplarisch)

[....].

Pos 42520003B KST-DB Querschläge und EN 2 mm, n.dr.W

[...].

Gemäß Punkt 8.301 (Unterpunkt 8.3.1.5) des Teils B.8 der Ausschreibungsunterlagen, waren mit dem Angebot sämtliche K 3 Blätter, die für die gegenständliche Leistung erforderlich sind, bei sonstiger Ausscheidung abzugeben.

Grund dieser Forderung ist es, dass dem AG insbesondere im Zuge der Angebotsprüfung sowohl die Höhe als auch der Inhalt (deren Zusammensetzung) bzgl

- -Strichaufzählung
Mittellohnpreis
- -Strichaufzählung
Gesamtzuschlag (differenziert in Gerät, Material, Fremdleistung und Lohn/Gehalt)

vorliegen.

Wie sie im Aufklärungsschreiben erläutern, handelt es sich bei den angesetzten Faktoren um niedrigere - folglich neue - Gesamtzuschläge; für welche - entgegen den Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen - keine K 3 Blätter mit dem Angebot vorlagen. Aufgrund dessen war dieser Faktor nach Angebotslegung nicht aufklärbar und ist es nach wie vor nicht.

Auch aus diesen Gründen war daher das Angebot wegen §§ 129 Abs 1 Z 3 und 7 und Abs 2 BVergG auszuscheiden. Auch aus diesen Gründen war daher das Angebot wegen Paragraphen 129, Absatz eins, Ziffer 3 und 7 und Absatz 2, BVergG auszuscheiden.

[...].

Mit Schriftsatz an das Bundesvergabeamt vom 24.9.2009 beantragte die Antragstellerin die Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 10.9.2009.

Mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 7. Oktober 2009, GZ N/0093-BVA/09/2009-EV36, wurde die einstweilige Verfügung vom 1.9.2009, GZ N/0093-BVA/09/2009-EV9, von Amts wegen erstreckt und dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, den Zuschlag zu erteilen.

Am 14. Oktober 2009 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt statt (siehe Vorbringen). Das Verfahren wurde nicht widerrufen, ein Zuschlag wurde nicht erteilt.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

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

Die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (vgl BVA 12.5.2009, N/0026-BVA/02/2009-15; BVA 28.8.2009, N/0091-BVA/07/2009-EV8 uva). Die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG vergleiche BVA 12.5.2009, N/0026-BVA/02/2009-15; BVA 28.8.2009, N/0091-BVA/07/2009-EV8 uva).

Das gegenständliche Vergabeverfahren wird von der ASFINAG Bau Management GmbH im Auftrag und im Namen der Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft geführt. Diese fungiert somit als vergebende Stelle iSd § 2 Z 41 BVergG. Der gegenständliche Auftrag ist als Bauauftrag iSd § 4 BVergG zu qualifizieren. Es handelt sich um eine Vergabe im Oberschwellenbereich (geschätzter Auftragswert Euro XXXX.). Das gegenständliche Vergabeverfahren wird von der ASFINAG Bau Management GmbH im Auftrag und im Namen der Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft geführt. Diese fungiert somit als vergebende Stelle iSd Paragraph 2, Ziffer 41, BVergG. Der gegenständliche Auftrag ist als Bauauftrag iSd Paragraph 4, BVergG zu qualifizieren. Es handelt sich um eine Vergabe im Oberschwellenbereich (geschätzter Auftragswert Euro römisch 40 .).

Der Auftrag soll in einem offenen Verfahren vergeben werden. Im offenen Verfahren stellen die Zuschlagsentscheidung und das Ausscheiden eines Angebotes gesondert anfechtbare Entscheidungen gemäß § 2 Z 16 lit a sublit aa BVergG dar. Der Auftrag soll in einem offenen Verfahren vergeben werden. Im offenen Verfahren stellen die Zuschlagsentscheidung und das Ausscheiden eines Angebotes gesondert anfechtbare Entscheidungen gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG dar.

Die Anträge auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung und auf Nichtigerklärung des Ausscheidens wurden jeweils in der in § 321 Abs 1 Z 7 BVergG vorgesehenen Frist eingebracht. Die Anträge auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung und auf Nichtigerklärung des Ausscheidens wurden jeweils in der in Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG vorgesehenen Frist eingebracht.

Der Zuschlag wurde nach Auskunft des Auftraggebers noch nicht erteilt, das Verfahren auch nicht widerrufen. Die Pauschalgebühren wurden ordnungsgemäß entrichtet. Die Anträge sind zulässig. Das Bundesvergabeamt ist zur Durchführung der Nachprüfungsverfahren zuständig.

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

Zu Spruchpunkt I.:Zu Spruchpunkt römisch eins.:

Die gegenständliche Ausschreibung wurde innerhalb der in § 321 Abs 1 Z 7 BVergG vorgesehenen Frist nicht

angefochten (vgl. VwGH 14.11.2007, 2006/04/0233; 11.10.2007, 2006/04/0112; ebenso BVA 19.10.2006, N/0072-BVA/08/2006-65; 11.2.2008, N/0006-BVA/04/2008-24 u.a.). Der Inhalt der Ausschreibungsunterlagen ist daher bestandsfest geworden (vgl. VwGH 1.3.2007, 2005/04/0239; 28.3.2007, 2005/04/0200; 27.6.2007, 2005/04/0234; ebenso BVA 18.1.2008, N/0118-BVA/04/2007-36; 11.2.2008, N/0006-BVA/04/2008-24 u.a.). Auch die Bestimmungen der Rechtsmittelrichtlinie stehen der Unanfechtbarkeit nicht entgegen (VwGH 27.6.2007, 2005/04/0234). Die gegenständliche Ausschreibung wurde innerhalb der in Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG vorgesehenen Frist nicht angefochten (vergleiche VwGH 14.11.2007, 2006/04/0233; 11.10.2007, 2006/04/0112; ebenso BVA 19.10.2006, N/0072-BVA/08/2006-65; 11.2.2008, N/0006-BVA/04/2008-24 u.a.). Der Inhalt der Ausschreibungsunterlagen ist daher bestandsfest geworden (vergleiche VwGH 1.3.2007, 2005/04/0239; 28.3.2007, 2005/04/0200; 27.6.2007, 2005/04/0234; ebenso BVA 18.1.2008, N/0118-BVA/04/2007-36; 11.2.2008, N/0006-BVA/04/2008-24 u.a.). Auch die Bestimmungen der Rechtsmittelrichtlinie stehen der Unanfechtbarkeit nicht entgegen (VwGH 27.6.2007, 2005/04/0234).

Teil B1 (Ausschreibungsgrundlagen), Pkt. 1.209 (Erstellung der Preise) lautet auszugsweise:

Die Kalkulation aller angebotenen Preise und deren Aufgliederungen hat den Bestimmungen der ÖNORM B 2061 in der geltenden Fassung unter Berücksichtigung der diesbezüglichen Festlegungen in der Ausschreibung zu entsprechen.

Teil B.8 der Ausschreibung (Erklärung des Bieters), Pkt. 8.3 (Wesentliche Unterlagen zum Angebot), Unterpunkt 8.301 lautet auszugsweise:

Gesetzlich geforderte wesentliche Unterlagen, die mit dem Angebot als dessen Bestandteil abzugeben sind (sofortige Ausscheidenssanktion):

Wir schließen hier folgende wesentliche Unterlagen zum ausschreibungsgemäßen Angebot als dessen Bestandteile (getrennt für Auftraggeber - Entwurf und, falls angeboten, für die Auftraggeber - Variante) bei, andernfalls das Angebot ausgeschieden wird.

Nachstehende Aufzählung ist keine taxative Aufzählung der Ausscheidenstatbestände.

[...].

Pkt. 8.3.1.5: Kalkulationsformblätter K3.

Teil B.8, Pkt. 8.302 der Ausschreibung, lautet auszugsweise:

Auf Anforderung nachzureichende Unterlagen sind innerhalb sieben Kalendertagen als integrierender Bestandteil des Angebotes (nachträgliche Ausscheidenssanktion) soweit sie nicht bereits mit dem Angebot als dessen Bestandteil mit abgegeben wurden, nachzureichen:

[...].

Pkt. 8.3.2.10: Kalkulationsformblätter K4

Pkt. 8.3.2.13: Kalkulationsformblätter K7 - iS 3.1. für alle übrigen Positionen

Die Antragstellerin hat mit ihrem Angebot insgesamt vier Formblätter K3 abgegeben. Diese betrafen: Untertag-Vortrieb, Untertag-Beton, Übertag-BE sowie Werkstätte, Bote etc. Aus jedem dieser Formblätter K3 ergab sich jeweils ein Gesamtzuschlag (Faktor) in Höhe von 8,80% (vgl. Vergabeakt). K3-Blätter, aus denen sich Gesamtzuschläge in einer anderen Höhe, konkret etwa 3,36% oder 2,90% ergeben würden, lagen dem Angebot nicht bei (vgl. Vergabeakt; Angaben des Auftraggebers in der mündlichen Verhandlung; Angaben der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung). Die Antragstellerin hat mit ihrem Angebot insgesamt vier Formblätter K3 abgegeben. Diese betrafen: Untertag-Vortrieb, Untertag-Beton, Übertag-BE sowie Werkstätte, Bote etc. Aus jedem dieser Formblätter K3 ergab sich jeweils ein Gesamtzuschlag (Faktor) in Höhe von 8,80% (vergleiche Vergabeakt). K3-Blätter, aus denen sich Gesamtzuschläge in einer anderen Höhe, konkret etwa 3,36% oder 2,90% ergeben würden, lagen dem Angebot nicht bei (vergleiche Vergabeakt; Angaben des Auftraggebers in der mündlichen Verhandlung; Angaben der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung).

Die Antragstellerin hätte aus der Sicht eines durchschnittlichen, fachkundigen Bieters bei Anwendung der üblichen Sorgfalt [vgl. EuGH 4.12.2003, Rs C-448/01 (EVN - AG Wienstrom GmbH gegen Republik Österreich); VwGH 17.11.2004, 2002/04/0078; 16.2.2005, 2004/04/0030; BVA 11.1.2008, N/0112-BVA/14/2007-20; 11.2.2009, N/0006-BVA/04/2008-24

u.a.] jedoch davon ausgehen müssen, dass die Kalkulationsformblätter K3 (iSv "sämtliche K3-Blätter") bei sonstigem Ausscheiden ihres Angebotes bereits mit dem Angebot zwingend (unaufgefordert) abzugeben gewesen wären. Dies wird in der ausdrücklichen Bestimmung des Pkt 8.301 (Unterpunkt 8.3.1.5) Teil B.8 der Ausschreibungsunterlagen auch unmissverständlich normiert (siehe oben). Auf Aufforderung nachzureichen waren gemäß Pkt. 8.302, Teil B.8, lediglich K7-Blätter für die nicht wesentlichen Positionen sowie die K4- Blätter. Von der Möglichkeit einer Nachreichung von K3-Blättern ist in der Ausschreibung, wie dargelegt, hingegen nicht die Rede.

Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin lag aufgrund des Angebotspreises und der Qualität an erster Stelle. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin wurde aufgefordert, diverse Unterlagen nachzureichen und fand auch ein Aufklärungsgespräch mit der präsumtiven Zuschlagsempfängerin statt.

Nachdem das Angebot der Antragstellerin aufgrund der Angebotsprüfungsergebnisse für den Zuschlag nicht in Frage kam, wurde in diesem Verfahrensstadium vom Auftraggeber zunächst auf eine detaillierte (Preis-)prüfung des Angebotes der Antragstellerin verzichtet (siehe oben). Im Zuge des beim Bundesvergabeamt anhängigen Nachprüfungsverfahrens wurde vom Auftraggeber jedoch auch das Angebot der Antragstellerin im Detail geprüft.

Mit Schreiben der vergebenden Stelle vom 1. September 2009 wurde die Antragstellerin zur Aufklärung diverser Angebotskalkulationen aufgefordert. Das Aufklärungsersuchen betraf vor allem aus der Sicht des Auftraggebers nicht nachvollziehbare Preisherleitungen in Kalkulationsformblättern K7 in wesentlichen Positionen (vgl. Sachverhalt). Mit Schreiben der vergebenden Stelle vom 1. September 2009 wurde die Antragstellerin zur Aufklärung diverser Angebotskalkulationen aufgefordert. Das Aufklärungsersuchen betraf vor allem aus der Sicht des Auftraggebers nicht nachvollziehbare Preisherleitungen in Kalkulationsformblättern K7 in wesentlichen Positionen (vergleiche Sachverhalt).

Im Zuge des anhängigen Nachprüfungsverfahrens vor dem Bundesvergabeamt brachte die Antragstellerin nunmehr erstmalig vor, dass die Fragen des Auftraggebers im Aufklärungsersuchen vom 1. September 2009 unklar bzw. missverständlich gewesen seien. Dem Auftraggeber gegenüber hatte die Antragstellerin bemerkenswerter Weise keinerlei Unklarheit geltend gemacht, sondern diesem vielmehr am 8. September 2009 ihr Aufklärungsschreiben übermittelt, ohne zuvor irgendeine Unklarheit reklamiert zu haben.

Mit Schreiben des Auftraggebers vom 10. September 2009 wurde die Antragstellerin vom Ausscheiden ihres Angebotes in Kenntnis gesetzt. Neben einer unterlassenen nachvollziehbaren Aufklärung sowie einer nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises hielt der Auftraggeber der Antragstellerin vor, dass ihr Angebot den Ausschreibungsbestimmungen widerspreche; dies aufgrund fehlender K3-Blätter (betreffend Aufklärungspunkt 1 und insbesondere Aufklärungspunkt 4 des Schreibens vom 1. September 2009). Außerdem habe die Antragstellerin nicht gemäß der ÖNORM B 2061 kalkuliert.

Zum vom Auftraggeber erhobenen Vorwurf des Fehlens von K3- Blättern (betreffend Aufklärungspunkte 1 und insbes 4 des Auftraggeberschreibens vom 1.9.2009) ist Folgendes festzuhalten:

Wie die Kalkulation im Bauwesen darzustellen ist, ist in der ÖNORM B 2061 - Preisermittlung für Bauleistungen, geregelt. Das Grundprinzip des Kalkulationsaufbaus nach der ÖNORM B 2061 ist die sog Zuschlagskalkulation. Dabei werden den direkt durch die Produktionstätigkeit entstehenden Kosten die indirekten Kosten, das sind im Wesentlichen die Geschäftsgemeinkosten und das Wagnis, die neben Bauzinsen und Gewinn den sog Gesamtzuschlag (GZ) bilden, aufgeschlagen. So ergeben sich durch Aufrechnung des Gesamtzuschlages auf die Mittellohnkosten die Mittellohnpreise (vgl ÖNORM B 2061, Pkt 8.1.). Wie die Kalkulation im Bauwesen darzustellen ist, ist in der ÖNORM B 2061 - Preisermittlung für Bauleistungen, geregelt. Das Grundprinzip des Kalkulationsaufbaus nach der ÖNORM B 2061 ist die sog Zuschlagskalkulation. Dabei werden den direkt durch die Produktionstätigkeit entstehenden Kosten die indirekten Kosten, das sind im Wesentlichen die Geschäftsgemeinkosten und das Wagnis, die neben Bauzinsen und Gewinn den sog Gesamtzuschlag (GZ) bilden, aufgeschlagen. So ergeben sich durch Aufrechnung des Gesamtzuschlages auf die Mittellohnkosten die Mittellohnpreise (vergleiche ÖNORM B 2061, Pkt 8.1.).

Die Darstellung der Kalkulationsschritte ist in der ÖNORM B 2061 formalisiert. Betreffend die Ermittlung der Einheitskosten für Lohn (allg bekannt unter Mittellohnpreis) und Gehalt ist über das K3-Blatt ein sehr formaler Aufbau und eine detaillierte Gliederung vorgesehen. Die Ansätze für den Gesamtzuschlag sind ebenfalls im K3-Blatt darzustellen [vgl auch Mag. L*** in der mündlichen Verhandlung: "Inhalt des K3-Blattes sei der Mittellohnpreis und der Gesamtzuschlag"; (VH-Schrift Seite 4)]. Die eigentliche Kalkulation, nämlich die Bildung der Einheitsbzw Pauschalpreise, wird im K7-Blatt dargestellt. Die Darstellung der Entwicklung der Kosten hin zum Einheitspreis erfolgt sohin im K7-Blatt

[zu alledem vgl Kropik, "Zur Bedeutung der K-Blätter bei Angebotsprüfung und Vertragsfortschreibung", Seite 524f in Aktuelles zum Bau- und Vergaberecht, Festschrift zum 30-jährigen Bestehen der Österreichischen Gesellschaft für Baurecht (Hrsg) 2008]. Die Darstellung der Kalkulationsschritte ist in der ÖNORM B 2061 formalisiert. Betreffend die Ermittlung der Einheitskosten für Lohn (allg bekannt unter Mittellohnpreis) und Gehalt ist über das K3-Blatt ein sehr formaler Aufbau und eine detaillierte Gliederung vorgesehen. Die Ansätze für den Gesamtzuschlag sind ebenfalls im K3-Blatt darzustellen [vgl auch Mag. L*** in der mündlichen Verhandlung: "Inhalt des K3-Blattes sei der Mittellohnpreis und der Gesamtzuschlag"; (VH-Schrift Seite 4)]. Die eigentliche Kalkulation, nämlich die Bildung der Einheitsbzw Pauschalpreise, wird im K7-Blatt dargestellt. Die Darstellung der Entwicklung der Kosten hin zum Einheitspreis erfolgt sohin im K7-Blatt [zu alledem vergleiche Kropik, "Zur Bedeutung der K-Blätter bei Angebotsprüfung und Vertragsfortschreibung", Seite 524f in Aktuelles zum Bau- und Vergaberecht, Festschrift zum 30-jährigen Bestehen der Österreichischen Gesellschaft für Baurecht (Hrsg) 2008].

Das Kalkulationsformblatt K3 ermöglicht es dem Auftraggeber, sowohl die Höhe als auch die Inhalte (Zusammensetzung) des kalkulierten Mittellohnpreises bzw. des Gesamtzuschlages (differenziert nach Gerät, Material, Fremdleistung und Lohn/Gehalt) nachzuvollziehen.

Die Endergebnisse der K3 bis K6- Blätter fließen in die Preisermittlung auf dem K7-Blatt ein, sodass in den Kalkulationsformblättern K3 bis K6 die Preisgrundlagen für die "eigentliche" Preisermittlung im K7-Blatt geschaffen werden. So bildet sich der aus dem K3-Blatt ergebende Gesamtzuschlag im K7- Blatt ab (siehe vorstehende Ausführungen).

Aus den von der Antragstellerin mit dem Angebot abgegebenen vier K3-Blättern ergibt sich jeweils ein Gesamtzuschlag in Höhe von 8,80% (siehe Vergabeakt).

Im Zuge der Detailprüfung der K7-Blätter der Antragstellerin durch den Auftraggeber kam hervor, dass die Antragstellerin allerdings nicht nur den, in den mit dem Angebot abgegebenen K3- Blättern aufscheinenden Gesamtzuschlag von 8,80%, sondern in manchen Positionen hievon abweichende Gesamtzuschläge angesetzt hatte.

So findet sich im K7-Blatt für Positionsnummer 01 210 10 1B BE Untertagearbeiten Gesamt, etwa unter dem Positionsstichwort "Betonprüfung" in der Spalte Preis/EH ein Gesamtzuschlag (Faktor) von 1,0880, was dem im K3-Blatt ersichtlichen Gesamtzuschlag in Höhe von 8,80% entspricht.

Anders verhält es sich hingegen etwa mit der Position "Tunnelbeschichtung". Hier findet sich in der Spalte Preis/EH ein Gesamtzuschlag (Faktor) in Höhe von 1,0336. Dieser Faktor entspricht einem Gesamtzuschlag von 3,36% - und weicht somit von dem in den abgegebenen K3-Blättern angeführten Gesamtzuschlag von 8,80% - ab.

Unter dem Positionsstichwort "Betondecke" wiederum, scheint in der Spalte "Preis/EH" ein Gesamtzuschlag (Faktor) in Höhe von 1,290 auf, was ebenso nicht dem in den abgegebenen K3-Blättern angeführten Gesamtzuschlag von 8,80%, sondern einem Gesamtzuschlag in Höhe von 2,90% entspricht.

Der von der Antragstellerin in den mit ihrem Angebot abgegebenen K3-Blättern aufscheinende Gesamtzuschlag von 8,80% ist - auch nach seiner Aufschlüsselung im Detail - für den Auftraggeber nachvollziehbar. Bei den sich aus den K7-Blättern für verschiedene Positionen ergebenden Gesamtzuschlägen (Faktoren) von 3,36% bzw. 2,90% ist dies hingegen nicht der Fall. Für diese Gesamtzuschläge wurden von der Antragstellerin keine K3-Blätter abgegeben. Da hiezu somit die gemäß Pkt 8.301 der Ausschreibung vorzulegenden K3-Blätter fehlen, ist dem Auftraggeber die "Herleitung" dieser Gesamtzuschläge samt deren Aufschlüsselung, und, in weiterer Folge, auch eine Überprüfung der Kalkulation der Antragstellerin nicht möglich.

Die Argumentation der Antragstellerin, dass für die betreffenden Positionen K3-Blätter nicht vorzulegen gewesen seien, da sich der Gesamtzuschlag ohnedies aus der Gesamtkalkulation herleiten lasse, geht ins Leere.

Zunächst übersieht die Antragstellerin, dass die Ausschreibung jedenfalls die Vorlage der K3-Blätter verlangt, und zwar unabhängig davon, ob sich einzelne Kalkulationsbestandteile allenfalls aus der Gesamtkalkulation ermitteln lassen könnten. Das Vorbringen der Antragstellerin vermag aber auch sonst nicht zu überzeugen. So brachte Herr DI M*** in der mündlichen Verhandlung etwa zum von der Antragstellerin insbesondere für die arbeitsbedingten (Lohn)Kosten genannten Faktor in Höhe von 3,36% vor, dass es sich beim K4-Blatt um Materialpreise handelt, sodass hier überhaupt keine Herleitung des Gesamtzuschlages gegeben sei. Diesem Vorbringen ist die Antragstellerin in der mündlichen

Verhandlung auch gar nicht mehr entgegengetreten. Hinzu kommt, dass - wie auch Herr M*** in der mündlichen Verhandlung schlüssig dargelegt hat - für die entsprechenden Positionen die im K3-Blatt vorgesehene Aufschlüsselung in Geschäftsgemeinkosten, Bauzinsen, Wagnis und Gewinn, fehlt.

Die Antragstellerin macht weiters geltend, dass K3-Blätter auch deshalb nicht abzugeben gewesen seien, da dies der ÖNORM B 2061 widersprechen solle, wonach für Nachlässe keine K3-Blätter vorzulegen seien.

Auch dieses Vorbringen ist verfehlt. Selbst im Falle, dass die in Rede stehenden Gesamtzuschläge von 3,36% bzw 2,90% auf einer Reduktion (Nachlass) des in den abgegebenen K3-Blättern angegebenen Gesamtzuschlages von 8,80% beruhen sollten, würde das nichts daran ändern, dass es sich um Gesamtzuschläge handelt, die als solche in K3-Blättern darzustellen gewesen wären. Dessen dürfte sich die Antragstellerin offenkundig auch selbst bewusst gewesen sein, spricht sie doch selbst von Gesamtzuschlägen (vgl die Beantwortung zu Frage 4 des Aufklärungsersuchens des Auftraggebers vom 1.9.2009, wonach ein "geringerer Gesamtzuschlag angesetzt wurde")! Auch dieses Vorbringen ist verfehlt. Selbst im Falle, dass die in Rede stehenden Gesamtzuschläge von 3,36% bzw 2,90% auf einer Reduktion (Nachlass) des in den abgegebenen K3-Blättern angegebenen Gesamtzuschlages von 8,80% beruhen sollten, würde das nichts daran ändern, dass es sich um Gesamtzuschläge handelt, die als solche in K3-Blättern darzustellen gewesen wären. Dessen dürfte sich die Antragstellerin offenkundig auch selbst bewusst gewesen sein, spricht sie doch selbst von Gesamtzuschlägen vergleiche die Beantwortung zu Frage 4 des Aufklärungsersuchens des Auftraggebers vom 1.9.2009, wonach ein "geringerer Gesamtzuschlag angesetzt wurde")!

Auch der von der Antragstellerin geltend gemachte Widerspruch der Verpflichtung zur Vorlage von K3-Blättern zu den Regelungen der ÖNORM B 2061, wonach für Nachlässe keine K3-Blätter vorzulegen sein sollen, liegt nicht vor. Ein von der Antragstellerin behaupteter Widerspruch zu den Regelungen der ÖNORM B 2061 kann gegenständlich schon deshalb nicht bestehen, da gemäß der "Widerspruchsregelung" in Teil B.6, Punkt 6.2., Subpunkt 3 der Ausschreibung, das die Vorlage von K3-Blättern verfügende Ausschreibungskapitel B.8 vor dem Ausschreibungskapitel B.1 zu gelten hat (Anm: Gemäß Punkt 1.209, Teil B.1, hat die Kalkulation aller angegebenen Preise und deren Aufgliederung den Bestimmungen der ÖNORM B 2061 idgF zu entsprechen). Auch der von der Antragstellerin geltend gemachte Widerspruch der Verpflichtung zur Vorlage von K3-Blättern zu den Regelungen der ÖNORM B 2061, wonach für Nachlässe keine K3-Blätter vorzulegen sein sollen, liegt nicht vor. Ein von der Antragstellerin behaupteter Widerspruch zu den Regelungen der ÖNORM B 2061 kann gegenständlich schon deshalb nicht bestehen, da gemäß der "Widerspruchsregelung" in Teil B.6, Punkt 6.2., Subpunkt 3 der Ausschreibung, das die Vorlage von K3-Blättern verfügende Ausschreibungskapitel B.8 vor dem Ausschreibungskapitel B.1 zu gelten hat Anmerkung, Gemäß Punkt 1.209, Teil B.1, hat die Kalkulation aller angegebenen Preise und deren Aufgliederung den Bestimmungen der ÖNORM B 2061 idgF zu entsprechen).

Was schließlich die von der Antragstellerin ins Treffen geführten inhaltlichen Anforderungen an die Mitteilung der Zuschlagsentscheidung im VwGH-Erkenntnis vom 22.4.2009, Zl. 2009/04/0081, und die darauf gestützte Entscheidung des BVA vom 18.9.2009, N/0084-BVA/13/2009-41, betrifft, so sind diese Entscheidungen hier nicht einschlägig und auf den verfahrensgegenständlichen Fall der Mitteilung der Ausscheidensentscheidung nicht anzuwenden. Hinzu kommt, dass das Gesetz in § 131 BVergG detaillierte Regelungen hinsichtlich des Inhaltes der Zuschlagsentscheidung trifft, in § 129 Abs 3 leg cit demgegenüber lediglich normiert, dass der Auftraggeber den Bieter vom Ausscheiden seines Angebotes unter Angabe des Grundes zu verständigen hat. Dem hat der Auftraggeber aber zweifellos entsprochen, indem er im Schreiben vom 10.9.2009 sogar nähere Angaben im Zusammenhang mit den herangezogenen Ausscheidenstatbeständen gemacht hat (vgl zum Inhalt des Schreibens vom 10.9.2009 ausführlich in den Sachverhaltsfeststellungen). Was schließlich die von der Antragstellerin ins Treffen geführten inhaltlichen Anforderungen an die Mitteilung der Zuschlagsentscheidung im VwGH-Erkenntnis vom 22.4.2009, Zl. 2009/04/0081, und die darauf gestützte Entscheidung des BVA vom 18.9.2009, N/0084-BVA/13/2009-41, betrifft, so sind diese Entscheidungen hier nicht einschlägig und auf den verfahrensgegenständlichen Fall der Mitteilung der Ausscheidensentscheidung nicht anzuwenden. Hinzu kommt, dass das Gesetz in Paragraph 131, BVergG detaillierte Regelungen hinsichtlich des Inhaltes der Zuschlagsentscheidung trifft, in Paragraph 129, Absatz 3, leg cit demgegenüber lediglich normiert, dass der Auftraggeber den Bieter vom Ausscheiden seines Angebotes unter Angabe des Grundes zu verständigen hat. Dem hat der Auftraggeber aber zweifellos entsprochen, indem er im Schreiben vom 10.9.2009 sogar nähere Angaben im Zusammenhang mit den herangezogenen Ausscheidenstatbeständen gemacht hat vergleiche zum Inhalt des Schreibens vom 10.9.2009 ausführlich in den Sachverhaltsfeststellungen).

Unabhängig davon ist ein Auftraggeber im offenen Verfahren an die Bedingungen seiner Ausschreibung gebunden. Es steht sohin nicht in seiner Disposition, im Falle der Verwirklichung von Ausscheidenstatbeständen vom Ausscheiden eines hievon betroffenen Angebotes nach seinem Ermessen Gebrauch zu machen. Die Bindung der für eine Zuschlagserteilung in Frage kommenden Angebote an die Ausschreibung ist für die Gleichbehandlung der Bieter iSd § 19 Abs 1 BVergG entscheidend (vgl EuGH 25.4.1996, Rs C-87/94, Wallonische Busse, Rz 89, wonach eine Abweichung von in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen eine Verletzung wesentlicher Grundsätze des Vergabeverfahrens darstellt; vgl auch VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050). Unabhängig davon ist ein Auftraggeber im offenen Verfahren an die Bedingungen seiner Ausschreibung gebunden. Es steht sohin nicht in seiner Disposition, im Falle der Verwirklichung von Ausscheidenstatbeständen vom Ausscheiden eines hievon betroffenen Angebotes nach seinem Ermessen Gebrauch zu machen. Die Bindung der für eine Zuschlagserteilung in Frage kommenden Angebote an die Ausschreibung ist für die Gleichbehandlung der Bieter iSd Paragraph 19, Absatz eins, BVergG entscheidend vergleiche EuGH 25.4.1996, Rs C-87/94, Wallonische Busse, Rz 89, wonach eine Abweichung von in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen eine Verletzung wesentlicher Grundsätze des Vergabeverfahrens darstellt; vergleiche auch VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050).

Schlussfolgerung:

Das Angebot der Antragstellerin wurde - aufgrund des Fehlens von K3-Blättern - als unvollständiges und somit der Ausschreibung widersprechendes Angebot, zu Recht gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG ausgeschieden; auf das sonstige Vorbringen des Auftraggebers zum Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin war somit nicht mehr einzugehen. Das Angebot der Antragstellerin wurde - aufgrund des Fehlens von K3-Blättern - als unvollständiges und somit der Ausschreibung widersprechendes Angebot, zu Recht gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG ausgeschieden; auf das sonstige Vorbringen des Auftraggebers zum Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin war somit nicht mehr einzugehen.

Zu Spruchpunkt II.: Zu Spruchpunkt römisch zwei.:

Gemäß § 320 Abs 1 BVergG kann ein Unternehmer bis zur Zuschlagserteilung bzw bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern Gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG kann ein Unternehmer bis zur Zuschlagserteilung bzw bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern

1. 1.) eins,
er ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, und
2. 2.) 2),
ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Das Angebot der Antragstellerin wurde zu Recht ausgeschieden (siehe Spruchpunkt I). Ihr konnte somit aus der behaupteten Rechtswidrigkeit kein Schaden entstehen. Ein solcher Schaden wäre jedoch nach der zitierten Gesetzesstelle Voraussetzung für die Antragslegitimation zur Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung. Der Antrag der Antragstellerin auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung war sohin mangels Antragslegitimation zurückzuweisen. Das Angebot der Antragstellerin wurde zu Recht ausgeschieden (siehe Spruchpunkt römisch eins). Ihr konnte somit aus der behaupteten Rechtswidrigkeit kein Schaden entstehen. Ein solcher Schaden wäre jedoch nach der zitierten Gesetzesstelle Voraussetzung für die Antragslegitimation zur Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung. Der Antrag der Antragstellerin auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung war sohin mangels Antragslegitimation zurückzuweisen.

Zu Spruchpunkt III.: Zu Spruchpunkt römisch drei.:

Gemäß § 319 Abs 1 BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 leg.cit. entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 leg.cit. entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, leg.cit. entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, leg.cit. entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird.

Wie sich aus den Spruchpunkten I und II des gegenständlichen Bescheides ergibt, wurde der Antrag auf Nichtigklärung des Ausscheidens abgewiesen, der Antrag auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung zurückgewiesen. Ein Obsiegen des Antragstellers iSd § 319 Abs 1 BVergG liegt sohin nicht vor. Der Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren für die Nachprüfungsanträge war daher abzuweisen. Wie sich aus den Spruchpunkten römisch eins und römisch zwei des gegenständlichen Bescheides ergibt, wurde der Antrag auf Nichtigklärung des Ausscheidens abgewiesen, der Antrag auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung zurückgewiesen. Ein Obsiegen des Antragstellers iSd Paragraph 319, Absatz eins, BVergG liegt sohin nicht vor. Der Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren für die Nachprüfungsanträge war daher abzuweisen.

Dies gilt auch für den Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühr für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Zwar wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit Bescheid des BVA vom 1.9.2009, GZ N/0093-BVA/09/2009-EV9, stattgegeben, die Nachprüfungsanträge jedoch ab- bzw zurückgewiesen (vgl Spruchpunkte I und II.). Ein Ersatz der Pauschalgebühr für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung kam daher gemäß § 319 Abs 2 BVergG nicht in Betracht. Dies gilt auch für den Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühr für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Zwar wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit Bescheid des BVA vom 1.9.2009, GZ N/0093-BVA/09/2009-EV9, stattgegeben, die Nachprüfungsanträge jedoch ab- bzw zurückgewiesen (vergleiche Spruchpunkte römisch eins und römisch zwei.). Ein Ersatz der Pauschalgebühr für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung kam daher gemäß Paragraph 319, Absatz 2, BVergG nicht in Betracht.

Zuletzt aktualisiert am

09.02.2010

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