

TE Verg Bescheid 2005/5/2 17N- 18/05-26

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 02.05.2005

Norm

BVergG 2002 §67 Abs5

BVergG 2002 §82 Abs1

BVergG 2002 §91 Abs1

BVergG 2002 §91 Abs2

BVergG 2002 §94 Abs4

BVergG 2002 §98 Z8

BVergG 2002 §98 Z11

BVergG 2002 §174 Abs2

AVG §39 Abs3

1. AVG § 39 heute
2. AVG § 39 gültig ab 15.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 57/2018
3. AVG § 39 gültig von 20.04.2002 bis 14.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 65/2002
4. AVG § 39 gültig von 01.01.1999 bis 19.04.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 158/1998
5. AVG § 39 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.1998

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat am 2. Mai 2005 durch den Senat 17, bestehend aus Mag. Hubert Reisner als Vorsitzenden, Dr. Josef Bosina als Vertreter der Auftraggeberseite und MMag. Dr. Annemarie Mille als Vertreterin der Auftragnehmerseite in dem Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "Rehabilitationszentrum Häring, Baumeister- und Ausbauarbeiten", der Auftraggeberin Allgemeine Unfallversicherungsanstalt vertreten durch die Generalplanung Rehabilitationszentrum Häring, A*** und B*** wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag der C*** vertreten durch X***, Rechtsanwälte, "das Bundesvergabeamt wolle die Zuschlagsentscheidung der AUVA gemäß schriftlicher Mitteilung der Generalplaner vom 9.3.2005 zugunsten der D*** für nichtig erklären", wird stattgegeben.

Die Zuschlagsentscheidung der Allgemeinen Unfallversicherungsanstalt, vertreten durch die Generalplanung Rehabilitationszentrum Häring, A*** und B*** wird für nichtig erklärt.

Rechtsgrundlage: § 174 Abs. 1 Bundesvergabegesetz 2002 BVergG, BGBl I Nr. 99/2002 idF BGBl II Nr. 56/2005
Rechtsgrundlage: Paragraph 174, Absatz eins, Bundesvergabegesetz 2002 BVergG, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 99 aus 2002, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 56 aus 2005,

Begründung

1. 1.Ziffer eins

Parteienvorbringen

Die C***, vertreten durch X***, Rechtsanwälte, in der Folge Antragstellerin genannt, beantragte mit Telefax vom 21. März 2005 die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung sowie die Erlassung einer einstweiligen Verfügung in dem Vergabeverfahren "Rehabilitationszentrum Häring, Baumeister- und Ausbauarbeiten" der Auftraggeberin Allgemeine Unfallversicherungsanstalt vertreten durch A*** und B***, in der Folge Auftraggeberin genannt. Sie begründete diesen Antrag im Wesentlichen damit, dass in der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung der Zuschlag dem billigsten Angebot erteilt werden solle. Bei der Angebotsöffnung sei ihr Angebot das billigste gewesen. Bei der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung sei jedoch das Angebot einer Mitbieterin als Zuschlagsempfängerin bekannt gegeben worden. Die Auftraggeberin habe gemäß § 100 Abs. 3 BVergG mitgeteilt, dass im Zuge der rechnerischen Prüfung des Angebotes der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin ein Rechenfehler im Ausmaß von unter 2 % festgestellt worden sei. Irrtümlich seien die Eventualpositionen zum Gesamtangebotspreis addiert worden. Nach Berichtigung dieses Rechenfehlers sei das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin das billigste gewesen. Weitere Auskunftersuchen seien inhaltlich nicht beantwortet worden. Durch Legung eines Angebotes sei das Interesse am Vertragsabschluss dokumentiert worden. Der Schaden bestehe in dem entgangenen Gewinne sowie den Kosten der Teilnahme am Vergabeverfahren. Die Antragstellerin erachte sich in den Rechten des Nichtvorliegens des behaupteten Rechenfehlers und Eingriffs in den Datenträger, des Rechtes des Bieters auf Ausscheidung ausschreibungswidriger Konkurrenzofferte, des Anspruchs auf rechtsrichtige Ermittlung des Bestbieters, des Rechtes, dass die Vorreihung des Angebotes dem EU-Recht dem bürgerlichen Recht und dem Verfassungsrecht widerspreche sowie im Recht der Verletzung der in § 100 Abs. 3 BVergG normierten Auskunftspflicht, verletzt. Da das KurzLeistungsverzeichnis automationsunterstützt zu erstellen sei, müsse es nach einem der ÖNORM B 2063 entsprechenden Datenträger erstellt worden sein. Habe die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin die Variantenpreise einrechnen können, habe sie vom Auftraggeber gesperrte Datenfelder überschreiben müssen. Somit handle es sich um ein fehlerhaftes und damit auszuschheidendes Angebot. Da die Summe automatisch gebildet werde, handle es sich nicht um einen Rechenfehler nach § 94 Abs. 4 BVergG.

Die C***, vertreten durch X***, Rechtsanwälte, in der Folge Antragstellerin genannt, beantragte mit Telefax vom 21. März 2005 die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung sowie die Erlassung einer einstweiligen Verfügung in dem Vergabeverfahren "Rehabilitationszentrum Häring, Baumeister- und Ausbauarbeiten" der Auftraggeberin Allgemeine Unfallversicherungsanstalt vertreten durch A*** und B***, in der Folge Auftraggeberin genannt. Sie begründete diesen Antrag im Wesentlichen damit, dass in der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung der Zuschlag dem billigsten Angebot erteilt werden solle. Bei der Angebotsöffnung sei ihr Angebot das billigste gewesen. Bei der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung sei jedoch das Angebot einer Mitbieterin als Zuschlagsempfängerin bekannt gegeben worden. Die Auftraggeberin habe gemäß Paragraph 100, Absatz 3, BVergG mitgeteilt, dass im Zuge der rechnerischen Prüfung des Angebotes der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin ein Rechenfehler im Ausmaß von unter 2 % festgestellt worden sei. Irrtümlich seien die Eventualpositionen zum Gesamtangebotspreis addiert worden. Nach Berichtigung dieses Rechenfehlers sei das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin das billigste gewesen. Weitere Auskunftersuchen seien inhaltlich nicht beantwortet worden. Durch Legung eines Angebotes sei das Interesse am Vertragsabschluss dokumentiert worden. Der Schaden bestehe in dem entgangenen Gewinne sowie den Kosten der Teilnahme am Vergabeverfahren. Die Antragstellerin erachte sich in den Rechten des Nichtvorliegens des behaupteten Rechenfehlers und Eingriffs in den Datenträger, des Rechtes des Bieters auf Ausscheidung ausschreibungswidriger Konkurrenzofferte, des Anspruchs auf rechtsrichtige Ermittlung des Bestbieters, des Rechtes, dass die Vorreihung des Angebotes dem EU-Recht dem bürgerlichen Recht und dem Verfassungsrecht widerspreche sowie im Recht der Verletzung der in Paragraph 100, Absatz 3, BVergG normierten Auskunftspflicht, verletzt. Da das KurzLeistungsverzeichnis automationsunterstützt zu erstellen sei, müsse es nach einem der ÖNORM B 2063 entsprechenden Datenträger erstellt worden sein. Habe die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin die Variantenpreise einrechnen können, habe sie vom Auftraggeber gesperrte Datenfelder

überschreiben müssen. Somit handle es sich um ein fehlerhaftes und damit auszuschcheidendes Angebot. Da die Summe automatisch gebildet werde, handle es sich nicht um einen Rechenfehler nach Paragraph 94, Absatz 4, BVergG.

Am 23. März 2005 legte die Auftraggeberin die Unterlagen des Vergabeverfahrens vor und teilte mit, dass der geschätzte Auftragswert des Vorhabens sich auf Euro 18.310.316,36 ohne USt. belaufe. Der Auftrag sei weder vergeben worden noch sei das Vergabeverfahren widerrufen worden. Die Zuschlagsentscheidung sei allen Bietern mit Telefax vom 9. März 2005 mitgeteilt worden. Die interne Beschlussfassung zur Beauftragung der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin im gegenständlichen Verfahren sei am 8. März 2005 in der Sitzung des Verwaltungsausschusses des Vorstandes der Auftraggeberin erfolgt. Zum Antrag nahm sie im Wesentlichen insofern Stellung, als im Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin die Preise der Eventualpositionen in der Angebotssumme mit eingerechnet worden seien. Der Generalplaner sei diesfalls von einem Rechenfehler iSd § 94 Abs. 4 BVergG ausgegangen. Dieser Rechenfehler liege unter 2 % des ursprünglichen Gesamtpreises ohne USt. Daher sei das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin vorzuziehen und nicht auszuschneiden gewesen. Es sei kein Widerspruch zum BVergG aufgetreten. Alle Fragen der Antragstellerin seien gemäß § 100 Abs. 3 BVergG im größtmöglichen Ausmaß beantwortet worden. Die Beantwortung der darüber hinausgehenden Fragen verstieße gegen Verschwiegenheitspflichten. Die Antragstellerin habe daher nicht das billigste Angebot gelegt.

Am 23. März 2005 legte die Auftraggeberin die Unterlagen des Vergabeverfahrens vor und teilte mit, dass der geschätzte Auftragswert des Vorhabens sich auf Euro 18.310.316,36 ohne USt. belaufe. Der Auftrag sei weder vergeben worden noch sei das Vergabeverfahren widerrufen worden. Die Zuschlagsentscheidung sei allen Bietern mit Telefax vom 9. März 2005 mitgeteilt worden. Die interne Beschlussfassung zur Beauftragung der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin im gegenständlichen Verfahren sei am 8. März 2005 in der Sitzung des Verwaltungsausschusses des Vorstandes der Auftraggeberin erfolgt. Zum Antrag nahm sie im Wesentlichen insofern Stellung, als im Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin die Preise der Eventualpositionen in der Angebotssumme mit eingerechnet worden seien. Der Generalplaner sei diesfalls von einem Rechenfehler iSd Paragraph 94, Absatz 4, BVergG ausgegangen. Dieser Rechenfehler liege unter 2 % des ursprünglichen Gesamtpreises ohne USt. Daher sei das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin vorzuziehen und nicht auszuschneiden gewesen. Es sei kein Widerspruch zum BVergG aufgetreten. Alle Fragen der Antragstellerin seien gemäß Paragraph 100, Absatz 3, BVergG im größtmöglichen Ausmaß beantwortet worden. Die Beantwortung der darüber hinausgehenden Fragen verstieße gegen Verschwiegenheitspflichten. Die Antragstellerin habe daher nicht das billigste Angebot gelegt.

Mit Telefax vom 4. April 2005 gab die Antragstellerin die Liste der Eventualpositionen der gegenständlichen Ausschreibung bekannt.

Am 11. April 2005 fand eine mündliche Verhandlung vor dem erkennenden Senat statt. Darin stellte die D*** vertreten durch Y***, Rechtsanwalt, in der Folge Teilnahmeantragstellerin genannt, einen Teilnahmeantrag. Sie begründete ihn damit, dass sie entsprechend der Mitteilung der Auftraggeberin die für den Zuschlag in Aussicht genommene Best- und Billigstbieterin sei. Sie habe im zugrunde liegenden Vergabeverfahren das billigste Angebot abgegeben. Sie habe ein Interesse am Vertragsabschluss, um dieses Bauvorhaben durchzuführen. Sie erwarte sich daraus nicht nur eine Auslastung von Ressourcen, sondern auch einen entsprechenden Werklohn. Außerdem erwarte sie eine entsprechende Referenzwirkung. Es seien bereits Kosten in der Größenordnung von Euro 10.000--aufgelaufen. Es sei ein entsprechender Gewinn, jedenfalls ein Deckungsbeitrag zu erwarten. Sie stelle den Antrag, den Anträgen des Mitbieters C*** keine Folge zu geben, diese ab- bzw. zurückzuweisen. Sie berufe sich insbesondere auf das ihr gemäß § 99 Abs. 1 BVergG zustehend Recht, als billigstes Angebot auch den Zuschlag zu erhalten, sowie ihr Recht, dass die Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers zu ihren Gunsten nicht vom Senat vernichtet werde. Der Antrag sei rechtzeitig, weil er gesetzeskonform in der mündlichen Verhandlung gestellt worden sei. Verwiesen werde auf die bereits bezahlte Gebühr. Das Antragsvorbringen werde vollinhaltlich bestritten. Es könne keine Rede davon sein, dass kein verbindliches Angebot vorliege. Es sei völlig klar nachvollziehbar, dass aufgrund eines Irrtums Eventualpositionen bei der Summenbildung berücksichtigt worden seien. Zustande gekommen sei dies so, dass man unternehmensintern die Frage gestellt habe, was die Auftragssumme unter Berücksichtigung dieser Eventualpositionen ausmache. Man habe lediglich vergessen, dies nachträglich zurückzustellen, sodass im ausgedruckten Angebot die Summenbildung sich so darstelle, wie man sie sehe. Es ergäbe sich daraus ein verbindliches Angebot, das im Sinne der Ausschreibungsbedingungen einer Berichtigung eines Rechenfehlers zugänglich sei.

Am 11. April 2005 fand eine

mündliche Verhandlung vor dem erkennenden Senat statt. Darin stellte die D*** vertreten durch Y***, Rechtsanwalt, in der Folge Teilnahmeantragstellerin genannt, einen Teilnahmeantrag. Sie begründete ihn damit, dass sie entsprechend der Mitteilung der Auftraggeberin die für den Zuschlag in Aussicht genommene Best- und Billigstbieterin sei. Sie habe im zugrunde liegenden Vergabeverfahren das billigste Angebot abgegeben. Sie habe ein Interesse am Vertragsabschluss, um dieses Bauvorhaben durchzuführen. Sie erwarte sich daraus nicht nur eine Auslastung von Ressourcen, sondern auch einen entsprechenden Werklohn. Außerdem erwarte sie eine entsprechende Referenzwirkung. Es seien bereits Kosten in der Größenordnung von Euro 10.000--aufgelaufen. Es sei ein entsprechender Gewinn, jedenfalls ein Deckungsbeitrag zu erwarten. Sie stelle den Antrag, den Anträgen des Mitbieters C*** keine Folge zu geben, diese ab- bzw. zurückzuweisen. Sie berufe sich insbesondere auf das ihr gemäß Paragraph 99, Absatz eins, BVergG zustehend Recht, als billigstes Angebot auch den Zuschlag zu erhalten, sowie ihr Recht, dass die Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers zu ihren Gunsten nicht vom Senat vernichtet werde. Der Antrag sei rechtzeitig, weil er gesetzeskonform in der mündlichen Verhandlung gestellt worden sei. Verwiesen werde auf die bereits bezahlte Gebühr. Das Antragsvorbringen werde vollinhaltlich bestritten. Es könne keine Rede davon sein, dass kein verbindliches Angebot vorliege. Es sei völlig klar nachvollziehbar, dass aufgrund eines Irrtums Eventualpositionen bei der Summenbildung berücksichtigt worden seien. Zustande gekommen sei dies so, dass man unternehmensintern die Frage gestellt habe, was die Auftragssumme unter Berücksichtigung dieser Eventualpositionen ausmache. Man habe lediglich vergessen, dies nachträglich zurückzustellen, sodass im ausgedruckten Angebot die Summenbildung sich so darstelle, wie man sie sehe. Es ergäbe sich daraus ein verbindliches Angebot, das im Sinne der Ausschreibungsbedingungen einer Berichtigung eines Rechenfehlers zugänglich sei.

Die Antragstellerin brachte in der mündlichen Verhandlung im Wesentlichen wie im Nachprüfungsantrag vor. Wenn man die in dem Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin zu Normalpositionen veränderten Eventualpositionen wieder in Eventualpositionen zurückführen würde, so wäre dies nichts anderes, als ein Nachverhandeln. Dies sei nach den Bestimmungen des BVergG ausgeschlossen. Die Ausschreibung und das Angebot der Teilnahmeantragstellerin seien nicht mehr ident. Sie brachte weiters vor, dass durch die Aufnahme der Eventualpositionen als Normalpositionen in das Angebot die Möglichkeit bestehe, diese Positionen tatsächlich abzurechnen. Diese Möglichkeit bestehe mit einem ausschreibungskonformen Angebot nicht, sodass sich daraus ein Kalkulations- und Wettbewerbsvorteil der Teilnahmeantragstellerin ergäbe. Diese Vorgangsweise widerspreche ausdrücklich den allgemeinen besonderen Vertragsbestimmungen der Ausschreibung und sei damit rechtlich erheblich und müsse zum Ausscheiden dieses Angebotes führen.

Die Auftraggeberin brachte in der mündlichen Verhandlung vor, dass Eventualpositionen betreffend Stillliegezeiten für jene Fälle gesetzt werden, die nicht der Sphäre des Auftraggebers entstammen, um diese dem Verursacher weiterverrechnen zu können.

Die Teilnahmeantragstellerin brachte in der mündlichen Verhandlung vor, dass die Argumente der Antragstellerin schon deshalb nicht durchschlagen können, weil die Vorbemerkungen den Positionen dem Range vorgehen. Im Übrigen seien die nachgeschobenen Argumente der Antragstellerin deshalb unzulässig, weil entgegen den Bestimmungen des BVergG diesbezüglich vor Einleitung des Nachprüfungsverfahrens keine Verständigung des Auftraggebers erfolgt sei.

In der mündlichen Verhandlung wurde das Ermittlungsverfahren nach § 39 Abs. 3 AVG geschlossen. In der mündlichen Verhandlung wurde das Ermittlungsverfahren nach Paragraph 39, Absatz 3, AVG geschlossen.

Am 14. April 2005 übersandte die Teilnahmeantragstellerin die "ergänzende Stellungnahme gemäß § 39 Abs. 3 AVG" und führte darin im Wesentlichen aus, dass in der Ausschreibung vier Bauphasen mit drei Unterbrechungen festgelegt seien. Die streitgegenständlichen Stillliegezeiten beträfen jedoch Stillliegezeiten innerhalb der Bauphasen. Schon deshalb bestehe für die Teilnahmeantragstellerin keine Möglichkeit, zusätzliche Positionen abzurechnen. Gleiches gelte für die Konsolgerüste. Diese kommen nur zur Verrechnung, wenn sie tatsächlich verwendet werden. Aus Punkt 8 Absatz 4 ergebe sich, dass - selbst wenn die Auspreisung nicht als Eventualposition sondern wie eine Normalposition erfolgt sei, eine Abweichung wäre, würde sie schon angesichts dieser Ausschreibungsbestimmung nicht als auf eine Normalposition bezogen gelten. Die Teilnahmeantragstellerin habe sich daher keinen kalkulatorischen Vorteil verschafft. Am 14. April 2005 übersandte die Teilnahmeantragstellerin die "ergänzende Stellungnahme gemäß Paragraph 39, Absatz 3, AVG" und führte darin im Wesentlichen aus, dass in der Ausschreibung vier Bauphasen mit

drei Unterbrechungen festgelegt seien. Die streitgegenständlichen Stillliegezeiten betreffen jedoch Stillliegezeiten innerhalb der Bauphasen. Schon deshalb bestehe für die Teilnahmeantragstellerin keine Möglichkeit, zusätzliche Positionen abzurechnen. Gleiches gelte für die Konsolgerüste. Diese kommen nur zur Verrechnung, wenn sie tatsächlich verwendet werden. Aus Punkt 8 Absatz 4 ergebe sich, dass - selbst wenn die Auspreisung nicht als Eventualposition sondern wie eine Normalposition erfolgt sei, eine Abweichung wäre, würde sie schon angesichts dieser Ausschreibungsbestimmung nicht als auf eine Normalposition bezogen gelten. Die Teilnahmeantragstellerin habe sich daher keinen kalkulatorischen Vorteil verschafft.

Mit Telefax vom 26. April 2005 legte die Antragstellerin einen Auszug aus dem Wahrnehmungsbericht des Rechnungshofes über Auftragsvergaben im Bundesstraßenbau und Bundeshochbau, zweiter Teilbericht aus dem Juli 2001 vor, in dem Verstöße gegen die ÖNORM B 2063 gerügt werden.

Die Antragstellerin bezahlte die Pauschalgebühren. Die Teilnahmeantragstellerin bezahlte ebenfalls die Pauschalgebühren.

1. 2.Ziffer 2
Sachverhalt

Das Bundesvergabeamt geht vom nachstehenden Sachverhalt aus:

Die Auftraggeberin baut das Rehabilitationszentrum Häring um und erweitert es. Dazu sind im Rahmen der gegenständlichen Ausschreibung Baumeisterarbeiten, Betonfertigteilfassaden, konstruktiver Stahlbau, Gewichtsschlosser und Versetzarbeiten, Schwarzdeckungs- und Abdichtungsarbeiten, Spenglerarbeiten, Trockenbauarbeiten - Wände, Außenanlagen und Asphaltierungen sowie provisorische Gebäude zur Aufrechterhaltung des Betriebes ausgeschrieben. Geplanter Baubeginn ist April 2005. Fertigstellung und Übergabe der Phase 1 sollen im September 2005, der Phase 2 im März 2007 und der Phase 3 im November 2008 erfolgen. Die Baufertigstellung inklusive Außenanlagen und Gesamtübergabe soll im März 2009 erfolgen. Die Baumaßnahmen erfassen Umbauarbeiten, Neubauarbeiten und Abbrucharbeiten. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die Vorinformation u.a. zur gegenständlichen Ausschreibung wurde im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 10. August 2004, 2004/S154-133532, sowie im Amtlichen Lieferungsanzeiger, L179222 bekannt gemacht. Die Vergabebekanntmachung wurde an das Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften am 30. November 2004 abgesandt und erfolgte im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 4. Dezember 2004, 2004/S237-204019, sowie im Amtlichen Lieferungsanzeiger, L191564. (Unterlagen des Vergabeverfahrens, amtliche Einschau unter www.auftrag.at und ted.publications.eu.int)

Als Zuschlagskriterium ist der niedrigste Preis angegeben. Die Angebotsfrist endete am 26. Jänner 2005, 12.00 Uhr. Die Angebotsöffnung erfolgte am 26. Jänner 2005, 13.00 Uhr. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Punkt 8 "Form des Angebots, Datenträgeraustausch" der Angebotsbestimmungen lautet:

"(1) Ein Angebot gilt nur dann als ausschreibungsgemäß, wenn es auf den Vordrucken des Ausschreibers bzw. nach den nachfolgend angeführten Datenträgeraustausch-Bestimmungen erstellt wurde. Die Eintragungen des Bieters sind in dunkler, kopierfähiger Farbe vorzunehmen, wobei Rot und Grün unzulässig sind. Das gebundene Ausschreibungs-Leistungsverzeichnis darf nicht geöffnet oder verändert werden. Es muss unbedingt eine rechtsverbindliche Telefax-Nummer des Bieters auf dem Deckblatt angegeben werden (§ 22 Abs. 5 BVergG)!"(1) Ein Angebot gilt nur dann als ausschreibungsgemäß, wenn es auf den Vordrucken des Ausschreibers bzw. nach den nachfolgend angeführten Datenträgeraustausch-Bestimmungen erstellt wurde. Die Eintragungen des Bieters sind in dunkler, kopierfähiger Farbe vorzunehmen, wobei Rot und Grün unzulässig sind. Das gebundene Ausschreibungs-Leistungsverzeichnis darf nicht geöffnet oder verändert werden. Es muss unbedingt eine rechtsverbindliche Telefax-Nummer des Bieters auf dem Deckblatt angegeben werden (Paragraph 22, Absatz 5, BVergG)!

(2) Ein Datenträgeraustausch ist nur dann zulässig, wenn durch den Ausschreiber ein Datenträger mit dem Ausschreibungs-Leistungsverzeichnis ausgegeben wird. Eine formelle Vereinbarung über den Datenträgeraustausch ist nicht vorgesehen. Macht der Bieter gemäß den nachstehenden Bedingungen vom Datenträgeraustausch Gebrauch, ist das gebundene Ausschreibungs-Leistungsverzeichnis, abgesehen vom Deck- und Schlussblatt und den Formblättern, nicht auszufüllen.

(3) Ein gültiges Angebot, bei dem das Auspreisen und Ausfüllen des Ausschreibungs-Leistungsverzeichnisses entfällt,

liegt vor, wenn nachfolgende Teile des Angebotes rechtzeitig abgegeben werden:

1. 1.Ziffer eins
das ausgefüllte Angebotsdeck- und Schlussblatt inkl. Angabe einer rechtsverbindlichen Telefax-Nummer des Bieters und die ausgefüllten Formblätter
2. 2.Ziffer 2
rechtsgültige Fertigung
3. 3.Ziffer 3
das in den übrigen Teilen nicht ausgefüllte gebundene Original-Ausschreibungs-Leistungsverzeichnis
4. 4.Ziffer 4
der maschinenlesbare Datenträger laut ÖNORM B 2063, Ausgabe 1996, mit allen Kontrollsummen und der damit übereinstimmende rechtsgültig gefertigte Kurztext-Ausdruck
5. 5.Ziffer 5
sonstige in der Ausschreibung bedungene Beilagen

(4) Über die Gültigkeit des Inhaltes des Angebotes wird nachstehende Regelung vereinbart:

1. 1.Ziffer eins
Auftragsinhalt wird das gesamte Ausschreibungs-Leistungsverzeichnis (so nur ein Teil davon - in Übereinstimmung mit den Bestimmungen des Auftraggebers - angeboten wird, nur dieser) und die vom Bieter im Angebots-Datenträger - und im Kurztext-Ausdruck davon - angegebenen bzw. ausgefüllten Bieterlücken und Preise.
2. 2.Ziffer 2
Im ausschreibungsgemäßen Angebot werden andere Abweichungen des Angebots-Datenträgers und des Ausdrucks davon - vom Ausschreibungs-Leistungsverzeichnis nicht anerkannt.
3. 3.Ziffer 3
Alternativangebote sind - so zugelassen - auf eigenem Datenträger und mit rechtsgültig gefertigtem Langtext-Ausdruck davon vorzulegen.
4. 4.Ziffer 4
Weicht die Anzahl der Positionsnummern ab bzw. sind die Positionsnummern zwischen dem Ausschreibungs-Leistungsverzeichnis, dem Angebots-Datenträger - und des Ausdrucks davon - unvollständig oder unrichtig (nicht mit den Positionsnummern des Ausschreibungs-Leistungsverzeichnisses ident), wird das Angebot ausgeschieden.
5. 5.Ziffer 5
Bei Widersprüchen oder Unklarheiten, einschließlich technischer Probleme beim Einlesen des Datenträgers wird vereinbart, dass der fehlerhafte oder unlesbare Datenträger vom Bieter innerhalb einer vom Ausschreiber festgesetzten, angemessenen Frist durch einen mangelfreien ersetzt wird.
6. 6.Ziffer 6
Hat der Bieter sein Angebot auf dem Vordruck des Ausschreibers abgegeben, ist die Abgabe eines Datenträgers nicht erforderlich.

(5) Der Angebots-Datenträger muss, abgesehen vom Dateninhalt und von der Diskette/CD-ROM (Hardware) der gleiche sein, wie der Ausschreibungs-Datenträger: Das Diskettenformat und die Formatierung des Angebots-Datenträgers müssen dem Ausschreibungs-Datenträger entsprechen (3 1/2 Zoll, 720 KB oder 1,44 MB bzw. CD-ROM). Mittels aufgeklebter Etikette sind am Angebots-Datenträger die gleichen Kennzeichen wie beim ausgegebenen Datenträger, zuzüglich des Namen des Bieters, anzubringen."

(Ausschreibungsunterlagen)

Punkt 9 "Ausscheiden bei Rechenfehlern, Vorreihung" der Angebotsbestimmungen lautet:

"(1) Rechnerisch fehlerhafte Angebote werden ausgeschieden, wenn die Summe der Absolutbeträge aller Berichtigungen - erhöhend oder vermindern - 2 % oder mehr des ursprünglichen Gesamtpreises ohne Umsatzsteuer beträgt. Berichtigungen von Seitenüberträgen der Zwischensummen im Angebot (Übertragungsfehler), mit denen nicht weitergerechnet wurde, bleiben dabei unberücksichtigt. Eine Vorreihung infolge der Berichtigung eines Rechenfehlers ist zulässig."

(Ausschreibungsunterlagen)

Punkt 11 "Änderungen im Leistungsverzeichnis", erster Absatz der Angebotsbestimmungen lautet:

"(1) der Bieter darf den Originaltext des Leistungsverzeichnisses keinesfalls durch eigene Anmerkungen ändern oder ergänzen. Erachtet es der Bieter dennoch für nötig, ergänzende Bemerkungen anzuführen, so müssen dieselben in einer Anlage zum Angebot gemacht werden."

(Ausschreibungsunterlagen)

Eventualpositionen sind folgende Positionen:

011102FZ Vorhaltekosten eigene Still.-zeit/Bauphase1 011102HZ Vorhaltekosten SiGe Still.-zeit/Bauphase 1 011102JZ Vorhaltekosten eigene Still.-zeit/Bauphase 2 011102LZ Vorhaltekosten SiGe Still.-zeit/Bauphase 2 011102NZ Vorhaltekosten eigene Still.-zeit/Bauphase 3 011102PZ Vorhaltekosten SiGe Still.-zeit/Bauphase 3 011102RZ Vorhaltekosten eigene Still.-zeit/Bauphase 4 011102TZ Vorhaltekosten SiGe Still.-zeit/Bauphase 4 011804A Arb-Konsolgerüst herstellen

011804B Arb-Konsolgerüst umsetzen

011804C Arb-Konsolgerüst vorhalten

Diese Positionen sind im Langleistungsverzeichnis mit dem Buchstaben E und einem Sternchen gekennzeichnet. Der Positionspreis ist mit Sternchen ausgefüllt. Auf der dem Angebot beiliegenden CD fand sich u.a. ein der ÖNORM B 2063 entsprechender Datenträger. (Unterlagen des Vergabeverfahrens; Stellungnahme der Antragstellerin vom 4. April 2005)

Punkt 1 der Allgemeinen Vertragsbestimmungen lautet:

"1. Vertragsbestandteile

(1) Allen vom Auftraggeber im eigenen Namen erteilten Verträgen liegen nachstehende Vertragsgrundlagen zugrunde:

1. 1.Ziffer eins

Das vom Auftraggeber gegenzuzeichnende Auftragsschreiben bzw. die schriftliche Vereinbarung, durch die der Vertrag zustande gekommen ist;

2. 2.Ziffer 2

Die Beschreibungen der Leistungen und das mit Preisen versehene Leistungsverzeichnis;

3. 3.Ziffer 3

Pläne, Zeichnungen, Baubeschreibungen, technische Berichte, Muster, Terminpläne und dergleichen.

4. 4.Ziffer 4

Die besonderen Vertragsbestimmungen und technischen Vorbemerkungen für das jeweilige Gewerk;

5. 5.Ziffer 5

Die besonderen Vertragsbestimmungen für die Baustellenabwicklung (inkl. Sicherheits- und Gesundheitsschutzplan nach Bauarbeitenkoordinationsgesetz)

6. 6.Ziffer 6

Die allgemeinen (zivilrechtlichen und wirtschaftlichen) Vertragsbestimmungen;

7. 7.Ziffer 7

Die zur Erfüllung des Vertrags erforderlichen behördlichen Bewilligungsbescheide einschließlich der dazugehörigen Beilagen und Auflagen, soweit diese das angesprochene Gewerk betreffen;

8. 8.Ziffer 8

Die Normen technischen Inhalts und für einzelne Sachgebiete, soweit die Leistungen oder auch Teile derselben diese Sachgebiete betreffen

9. 9.Ziffer 9

Die ÖNORMEN (Werkvertragsnormen der Serien B 22XX und H22XX) mit vornormierten Vertragsinhalten, die für einzelne Sachgebiete gelten;

10. 10.Ziffer 10

Die ÖNORM B 2110 sowie die ÖNORMEN B 2111 und B 2114.

(2) Sollten sich aus dem Vertrag Widersprüche ergeben, gelten die Unterlagen in der oben angegebenen Reihenfolge.

(3) Bei Unklarheiten oder Widersprüchen der Angaben im Leistungsverzeichnis gilt nachstehende Reihenfolge:

1. 1.Ziffer eins
Folgetext der Position,
2. 2.Ziffer 2
Grundtext der Position,
3. 3.Ziffer 3
Vorbemerkungen zur jeweiligen Unterleistungsgruppe,
4. 4.Ziffer 4
Vorbemerkungen zur jeweiligen Leistungsgruppe."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Punkt 8 der Allgemeinen Vertragsbestimmungen lautet:

1. "8.Ziffer 8
Leistung

[...]

(5) Die Baustellengemeinkosten sind in die Einheitspreis einzukalkulieren, soweit hierfür keine gesonderten Positionen angeführt sind."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die Eventualpositionen 01.1102F, J, N und R, Vorhaltekosten, eigene Stillliegezeit Bauphasen 1-4 haben den nachstehenden Positionstext:

"Einrichtungen für den eigenen Bedarf mit Ausnahme der im SiGe-Plan festgelegten, Vorhalten während der Stillliegezeit - Bauphase" jeweils mit dem Zusatz 1 bis 4.

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die Positionen 01.1102H Vorhaltekosten SiGe Stillliegezeit Bauphasen 1-4 haben den folgenden Positionstext:

"Maßnahmen gemäß SiGe-Plan Vorhalte während der Stillliegezeit -
Bauphase" jeweils mit dem Zusatz 1 bis 4.

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Sie finden sich unter Positionsnummer 01.1102 "Zeitgebundene durchschnittliche Vorhaltekosten der Baustelle".

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Der Text zu Positionsnummer 01.1811 vor den Eventualpositionen 01.1811A-C lautet:

"Konsolgerüste als Arbeitsgerüste für einfache Reinigungs- und Instandhaltungsarbeiten, Spenglerarbeiten, Maler- und Anstreicherarbeiten, Verputzarbeiten, Beschichtungsarbeiten, Verkleidungsarbeiten und sonstige Arbeiten mit geringen Mengen an Bau- und Werkstoffen."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

18 Firmen bezogen die Angebotsunterlagen. Das Ende der Angebotsfrist war der 26. Jänner 2005, 12.00 Uhr. Die Angebotsöffnung erfolgte am 26. Jänner 2005, 13.00 Uhr in der AUVA Hauptstelle. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Es wurden acht Angebote abgegeben. Der Zuschlag soll dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt werden. Bei der Angebotsöffnung ergab sich folgende Reihung der Angebote:

1. 1.Ziffer eins
C*** Euro 17.369.438,66
2. 2.Ziffer 2
D*** Euro 17.401.521,46
3. 3.Ziffer 3
E*** Euro 17.989.423,24

Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin gab einen Datenträger ab. (Niederschrift über die

Angebotsöffnung vom 26. Jänner 2005)

Bei der Erstellung des Angebotes rechnete die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin die Eventualpositionen in die Gesamtsumme ein. Dazu änderte sie die Kennzeichnung "E" im elektronischen Leistungsverzeichnis. Um dies durchführen zu können, musste eine Sperre im Programm überwunden werden. Aus einem Versehen wurden die Eventualpositionen vor Abgabe des Angebotes nicht wieder als Eventualpositionen gekennzeichnet. (Aussage des Zeugen F*** in der mündlichen Verhandlung)

Das von der Auftraggeberin verwendete Prüfprogramm vergleicht die Leistungsbeschreibung laut Ausschreibung mit jener im Angebot des Bieters. Es bestimmt die Summen nach der Leistungsbeschreibung laut Ausschreibung und berücksichtigt allfällige Änderungen seitens des Bieters nicht. Lediglich die Gesamtsumme des Angebotes wird händisch eingegeben. Im Zuge dieser Prüfung fiel beim Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin ein Fehler zur berechneten Summe auf. (Aussage von G*** in der mündlichen Verhandlung)

Die Auftraggeberin korrigierte die Gesamtsumme dieses Angebotes auf Euro 17.344.575,80 ohne USt., indem sie eine Neuberechnung durchführte und die Summe der Eventualpositionen von Euro 56.945,64 von der ungeprüften Angebotssumme abzog. Sie nahm jedoch keinerlei Berichtigungen im Angebot selbst vor. Damit war dieses Angebot das billigste und wurde für den Zuschlag vorgeschlagen. (Prüfbericht der Generalplanung Rehabilitationszentrum Häring vom 18. Februar 2005, Unterlagen des Vergabeverfahrens; Eigenberechnungen des Bundesvergabeamtes)

In seiner Sitzung vom 8. März 2005 beschloss der Verwaltungsausschuss des Vorstandes der AUVA die Zuschlagserteilung an die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin. Mit Telefax vom 9. März 2005 wurde allen Bietern die Zuschlagsentscheidung bekannt gegeben. Mit Telefax von 10. März 2005 ersuchte die Antragstellerin um Bekanntgabe der Nettoauftragssumme der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin, der Gründe für die Nichtberücksichtigung ihres Angebotes, der Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes, ob ihr Angebot Rechenfehler aufweise, ob aus dem Angebot eine oder mehrere Positionen herausgenommen worden und es dadurch zu einer Änderung der Nettoangebotssummen gekommen sei und gegebenenfalls um welche Positionen es sich handle sowie die Gründe für die Herausnahme von Positionen oder die Veränderung von Massen, sowie welche anderen Gründe allenfalls dazu geführt haben, dass das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin vom ursprünglich zweiten Platz bei der Angebotsöffnung auf den nunmehrigen ersten Platz vorgereiht worden sei. Mit Telefax vom 11. März 2005 teilte die Auftraggeberin mit, dass das Angebot der Antragstellerin nicht jenes mit dem niedrigsten Preis, jedoch vollständig und fehlerfrei sei. Die Gesamtsumme des Angebotes der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin habe nach der rechnerischen Prüfung Euro 17.344.575,80 betragen. Der Differenz zur in der Angebotseröffnung verlesenen Gesamtsumme von Euro 17.401.521,46 liege ein Rechenfehler von 0,33 % zu Grunde, der innerhalb der, sowohl gemäß § 94 Abs. 4 BVergG als auch gemäß Punkt 9 der Angebotsbestimmungen zulässigen Bandbreite von 2 % des ursprünglichen Gesamtpreises liege. Nach Punkt 9 der Angebotsbestimmungen sei eine Vorreihung infolge Berichtigung eines Rechenfehlers zulässig. Daher sei das Angebot vorzureihen gewesen. Mit Telefax vom selben Tag ersuchte die Antragstellerin um Bekanntgabe, ob ein oder mehrere Rechenfehler aufgetreten seien, bei welchen Positionen Rechenfehler aufgetreten seien, welche Art von Rechenfehler aufgetreten sei, insbesondere, ob sich Änderungen im Bereich der Massen ergeben haben. Weiters ersuchte sie mitzuteilen, ob es über diesen Mangel ein Aufklärungsgespräch gegeben habe, dieses Aufklärungsgespräch schriftlich dokumentiert worden sei und ob diese Niederschrift der Niederschrift über die Prüfung der Angebote angeschlossen sei. Mit Telefax vom 15. März 2005 teilte die Generalplanung Rehabilitationszentrum Häring mit, dass es ihr auf Grund einer Verhinderung des Bauherrenvertreters nicht möglich sei, dem Auskunftersuchen nachzukommen. Mit einem Telefax vom selben Tag teilte sie mit, dass in der im Zuge der Angebotsöffnung verlesenen Gesamtsumme des Angebotes der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin nicht mittzuaddierende Eventualpositionen miteingerechnet gewesen seien. Dieser Rechenfehler habe sich jedoch in der zulässigen Bandbreite für Rechenfehler von 2 % bewegt, weswegen das Angebot nach Abzug dieser mittaddierten Eventualpositionen vorzureihen gewesen sei. Es habe keine Änderungen der Massen gegeben. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

In seiner Sitzung vom 8. März 2005 beschloss der Verwaltungsausschuss des Vorstandes der AUVA die Zuschlagserteilung an die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin. Mit Telefax vom 9. März 2005 wurde allen Bietern die Zuschlagsentscheidung bekannt gegeben. Mit Telefax von 10. März 2005 ersuchte die Antragstellerin um Bekanntgabe der Nettoauftragssumme der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin, der Gründe für die Nichtberücksichtigung ihres Angebotes, der Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes, ob ihr Angebot Rechenfehler aufweise, ob

aus dem Angebot eine oder mehrere Positionen herausgenommen worden und es dadurch zu einer Änderung der Nettoangebotssummen gekommen sei und gegebenenfalls um welche Positionen es sich handle sowie die Gründe für die Herausnahme von Positionen oder die Veränderung von Massen, sowie welche anderen Gründe allenfalls dazu geführt haben, dass das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin vom ursprünglich zweiten Platz bei der Angebotsöffnung auf den nunmehrigen ersten Platz vorgereiht worden sei. Mit Telefax vom 11. März 2005 teilte die Auftraggeberin mit, dass das Angebot der Antragstellerin nicht jenes mit dem niedrigsten Preis, jedoch vollständig und fehlerfrei sei. Die Gesamtsumme des Angebotes der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin habe nach der rechnerischen Prüfung Euro 17.344.575,80 betragen. Der Differenz zur in der Angebotseröffnung verlesenen Gesamtsumme von Euro 17.401.521,46 liege ein Rechenfehler von 0,33 % zu Grunde, der innerhalb der, sowohl gemäß Paragraph 94, Absatz 4, BVergG als auch gemäß Punkt 9 der Angebotsbestimmungen zulässigen Bandbreite von 2 % des ursprünglichen Gesamtpreises liege. Nach Punkt 9 der Angebotsbestimmungen sei eine Vorreihung infolge Berichtigung eines Rechenfehlers zulässig. Daher sei das Angebot vorzureihen gewesen. Mit Telefax vom selben Tag ersuchte die Antragstellerin um Bekanntgabe, ob ein oder mehrere Rechenfehler aufgetreten seien, bei welchen Positionen Rechenfehler aufgetreten seien, welche Art von Rechenfehler aufgetreten sei, insbesondere, ob sich Änderungen im Bereich der Massen ergeben haben. Weiters ersuchte sie mitzuteilen, ob es über diesen Mangel ein Aufklärungsgespräch gegeben habe, dieses Aufklärungsgespräch schriftlich dokumentiert worden sei und ob diese Niederschrift der Niederschrift über die Prüfung der Angebote angeschlossen sei. Mit Telefax vom 15. März 2005 teilte die Generalplanung Rehabilitationszentrum Häring mit, dass es ihr auf Grund einer Verhinderung des Bauherrenvertreters nicht möglich sei, dem Auskunftersuchen nachzukommen. Mit einem Telefax vom selben Tag teilte sie mit, dass in der im Zuge der Angebotsöffnung verlesenen Gesamtsumme des Angebotes der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin nicht mittzuaddierende Eventualpositionen miteingerechnet gewesen seien. Dieser Rechenfehler habe sich jedoch in der zulässigen Bandbreite für Rechenfehler von 2 % bewegt, weswegen das Angebot nach Abzug dieser mittaddierten Eventualpositionen vorzureihen gewesen sei. Es habe keine Änderungen der Massen gegeben. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Der Zuschlag wurde noch nicht erteilt. Das Vergabeverfahren wurde nicht widerrufen. (Stellungnahme der Auftraggeberin)

Die getroffenen Feststellungen stützen sich auf die in Klammern genannten Beweismittel. Ihre Echtheit ist unbestritten, ebenso ihre Richtigkeit. Die herangezogenen Zeugen und Parteiaussagen wurden nur insofern zur Begründung des Sachverhaltes herangezogen, als sie in der mündlichen Verhandlung unwidersprochen geblieben sind. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich daher schlüssig und widerspruchsfrei aus den genannten Beweismitteln.

1. 3.Ziffer 3

Rechtliche Würdigung

3.1. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes

Der gegenständliche Auftrag ist als Bauauftrag gemäß § 3 Abs. 1 Z 3 BVergG bezeichnet. Die Teile des Auftrages umfassen auch Tätigkeiten nach Anhang I zum BVergG. Inhaltlich handelt es sich jedenfalls um Bautätigkeiten. Der gegenständliche Auftrag ist daher ein Bauauftrag iSd § 3 Abs. 1 Z 3 BVergG. Der gegenständliche Auftrag ist als Bauauftrag gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG bezeichnet. Die Teile des Auftrages umfassen auch Tätigkeiten nach Anhang römisch eins zum BVergG. Inhaltlich handelt es sich jedenfalls um Bautätigkeiten. Der gegenständliche Auftrag ist daher ein Bauauftrag iSd Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG.

Die Auftraggeberin ist eine Körperschaft öffentlichen Rechts. Ihre Tätigkeit ist die Erbringung von Sozialversicherungsleistungen. Sie ist als Selbstverwaltungskörperschaft voll rechtsfähig und unterliegt der Aufsicht des Bundes. Sie ist daher Auftraggeberin nach § 7 Abs. 1 Z 2 BVergG, die nach Art. 14b Abs. 2 Z 1 lit. d B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes und nach § 135 Abs. 2 BVergG unter die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Nachprüfung von Vergabeverfahren fällt. Die Auftraggeberin ist eine Körperschaft öffentlichen Rechts. Ihre Tätigkeit ist die Erbringung von Sozialversicherungsleistungen. Sie ist als Selbstverwaltungskörperschaft voll rechtsfähig und unterliegt der Aufsicht des Bundes. Sie ist daher Auftraggeberin nach Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG, die nach Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera d, B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes und nach Paragraph 135, Absatz 2, BVergG unter die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Nachprüfung von Vergabeverfahren fällt.

Der gegenständliche Auftrag hat einen geschätzten Auftragswert von Euro 18.310.316,36 ohne USt. Der Schwellenwert

nach § 9 Abs. 1 Z 3 BVergG wird daher bei weitem überschritten. Nach § 9 Abs. 1 BVergG findet das gegenständliche Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich statt. Es sind die Regelungen für den Oberschwellenbereich nach § 16 Abs. 1 BVergG anzuwenden. Der gegenständliche Auftrag hat einen geschätzten Auftragswert von Euro 18.310.316,36 ohne USt. Der Schwellenwert nach Paragraph 9, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG wird daher bei weitem überschritten. Nach Paragraph 9, Absatz eins, BVergG findet das gegenständliche Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich statt. Es sind die Regelungen für den Oberschwellenbereich nach Paragraph 16, Absatz eins, BVergG anzuwenden.

3.2 Zulässigkeit des Antrages

Gemäß § 162 Abs. 2 BVergG ist das Bundesvergabeamt bis zur Zuschlagserteilung zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hiezu ergangenen Verordnungen zuständig. Gemäß Paragraph 162, Absatz 2, BVergG ist das Bundesvergabeamt bis zur Zuschlagserteilung zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hiezu ergangenen Verordnungen zuständig.

1. 1. Ziffer eins
zur Erlassung einstweiliger Verfügungen sowie
2. 2. Ziffer 2
zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller gemachten Beschwerdepunkte.

Der Antragstellerin wurde die Zuschlagsentscheidung am 9. März 2005 mitgeteilt. Sie brachte den gegenständlichen Nachprüfungsantrag am 21. März 2005 per Telefax sowie am 22. März 2005 per Post ein. Die Frist zur Stellung von Nachprüfungsanträgen betreffend die Zuschlagsentscheidung endete gemäß § 169 Abs. 1 Z 1 lit. c BVergG am 23. März 2005. Der Nachprüfungsantrag ist daher rechtzeitig. Er erfüllt auch die übrigen Voraussetzungen nach § 166 Abs. 1 BVergG. Ein Grund für die Unzulässigkeit des Antrages nach § 166 Abs. 2 BVergG liegt nicht vor. Der Inhalt des Antrages lässt nicht erkennen, dass die behauptete Rechtsverletzung keinen Einfluss auf das weitere Vergabeverfahren hat. Ganz im Gegenteil ist bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin ein anderes Ergebnis des Vergabeverfahrens, nämlich die Auswahl der Antragstellerin als Zuschlagsempfängerin zu erwarten. Nach § 170 Abs. 2 BVergG ist daher ein Nachprüfungsverfahren nach § 163 BVergG einzuleiten. Der Antragstellerin wurde die Zuschlagsentscheidung am 9. März 2005 mitgeteilt. Sie brachte den gegenständlichen Nachprüfungsantrag am 21. März 2005 per Telefax sowie am 22. März 2005 per Post ein. Die Frist zur Stellung von Nachprüfungsanträgen betreffend die Zuschlagsentscheidung endete gemäß Paragraph 169, Absatz eins, Ziffer eins, Litera c, BVergG am 23. März 2005. Der Nachprüfungsantrag ist daher rechtzeitig. Er erfüllt auch die übrigen Voraussetzungen nach Paragraph 166, Absatz eins, BVergG. Ein Grund für die Unzulässigkeit des Antrages nach Paragraph 166, Absatz 2, BVergG liegt nicht vor. Der Inhalt des Antrages lässt nicht erkennen, dass die behauptete Rechtsverletzung keinen Einfluss auf das weitere Vergabeverfahren hat. Ganz im Gegenteil ist bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin ein anderes Ergebnis des Vergabeverfahrens, nämlich die Auswahl der Antragstellerin als Zuschlagsempfängerin zu erwarten. Nach Paragraph 170, Absatz 2, BVergG ist daher ein Nachprüfungsverfahren nach Paragraph 163, BVergG einzuleiten.

3.3 Teilnahmeantrag

Der Teilnahmeantrag wurde in der mündlichen Verhandlung, somit nach § 165 Abs. 2 BVergG fristgerecht gestellt. Er enthält alle Anforderungen nach § 166 Abs. 1 BVergG. Ein Grund für die Unzulässigkeit nach § 166 Abs. 2 BVergG liegt nicht vor. Die Parteistellung wurde auch nicht bestritten. Der Teilnahmeantragstellerin kommt daher weiterhin Parteistellung zu. Der Teilnahmeantrag wurde in der mündlichen Verhandlung, somit nach Paragraph 165, Absatz 2, BVergG fristgerecht gestellt. Er enthält alle Anforderungen nach Paragraph 166, Absatz eins, BVergG. Ein Grund für die Unzulässigkeit nach Paragraph 166, Absatz 2, BVergG liegt nicht vor. Die Parteistellung wurde auch nicht bestritten. Der Teilnahmeantragstellerin kommt daher weiterhin Parteistellung zu.

3.4. Ergänzendes Vorbringen

Nach § 39 Abs. 3 AVG kann die Behörde das Ermittlungsverfahren für geschlossen erklären, wenn die Sache zur Entscheidung reif ist. Neue Tatsachen und Beweismittel sind von der Behörde nur zu berücksichtigen, wenn sie allein oder in Verbindung mit dem sonstigen Ergebnis des Verfahrens eine anderslautende Entscheidung der Sache herbeiführen könnten. Nach Paragraph 39, Absatz 3, AVG kann die Behörde das Ermittlungsverfahren für geschlossen erklären, wenn die Sache zur Entscheidung reif ist. Neue Tatsachen und Beweismittel sind von der Behörde nur zu berücksichtigen, wenn sie allein oder in Verbindung mit dem sonstigen Ergebnis des Verfahrens eine anderslautende

Entscheidung der Sache herbeiführen könnten.

Die Auftraggeberin legte den gesamten Vergabeakt im Original vor. Darin war u.a. die Ausschreibung enthalten. In der mündlichen Verhandlung wurde das Ermittlungsverfahren nach § 39 Abs. 3 AVG geschlossen. Sowohl die Teilnahmeantragstellerin als auch die Antragstellerin brachten weitere Schriftsätze nach Schluss der Ermittlungsverfahrens ein. Die Auftraggeberin legte den gesamten Vergabeakt im Original vor. Darin war u.a. die Ausschreibung enthalten. In der mündlichen Verhandlung wurde das Ermittlungsverfahren nach Paragraph 39, Absatz 3, AVG geschlossen. Sowohl die Teilnahmeantragstellerin als auch die Antragstellerin brachten weitere Schriftsätze nach Schluss der Ermittlungsverfahrens ein.

Das ergänzende Vorbringen der Teilnahmeantragstellerin bezieht sich auf den Inhalt der Ausschreibung, die Teil der von der Auftraggeberin dem Bundesvergabeamt vorgelegten Unterlagen ist. Es handelt sich daher nicht um neue Tatsachen, die zum Zeitpunkt des Schlusses des Ermittlungsverfahrens noch nicht bekannt waren. Im Rahmen der amtswegigen Ermittlung des entscheidungserheblichen Sachverhaltes waren sie ohnehin bereits der Behörde bekannt und bei Entscheidungserheblichkeit von Amts wegen zu berücksichtigen. Es handelt sich daher nicht um die in § 39 Abs. 3 AVG geforderten neuen Tatsachen, die eine anderslautende Entscheidung des Bundesvergabeamtes herbeizuführen geeignet gewesen wären (in diesem Sinne Wiederin, Der Schluss des Ermittlungsverfahrens, ecolex 1999, 370). Das ergänzende Vorbringen der Teilnahmeantragstellerin bezieht sich auf den Inhalt der Ausschreibung, die Teil der von der Auftraggeberin dem Bundesvergabeamt vorgelegten Unterlagen ist. Es handelt sich daher nicht um neue Tatsachen, die zum Zeitpunkt des Schlusses des Ermittlungsverfahrens noch nicht bekannt waren. Im Rahmen der amtswegigen Ermittlung des entscheidungserheblichen Sachverhaltes waren sie ohnehin bereits der Behörde bekannt und bei Entscheidungserheblichkeit von Amts wegen zu berücksichtigen. Es handelt sich daher nicht um die in Paragraph 39, Absatz 3, AVG geforderten neuen Tatsachen, die eine anderslautende Entscheidung des Bundesvergabeamtes herbeizuführen geeignet gewesen wären (in diesem Sinne Wiederin, Der Schluss des Ermittlungsverfahrens, ecolex 1999, 370).

Auch stellt die von der Antragstellerin vorgebrachte Würdigung von Missständen beim Datenträgeraustausch durch den Rechnungshof keine neue Tatsache dar, da es sich einerseits um eine Würdigung anderer Sachverhalte in Zusammenhang mit einem Datenträgeraustausch handelt und im gegenständlichen Verfahren die tatsächlichen Begebenheiten evident sind, andererseits es sich um Würdigungen und nicht um neue Tatsachen handelt.

Beide Schriftsätze geben daher nicht Anlass, das bereits geschlossene Ermittlungsverfahren erneut zu eröffnen.

3.5 Inhaltliche Würdigung

Nach § 67 Abs. 5 BVergG ist in den Ausschreibungsunterlagen anzugeben, ob rechnerisch fehlerhafte Angebote gemäß § 94 Abs. 4 BVergG ausgeschieden werden und ob eine Vorreihung infolge der Berichtigung eines Rechenfehlers zulässig ist. Nach Paragraph 67, Absatz 5, BVergG ist in den Ausschreibungsunterlagen anzugeben, ob rechnerisch fehlerhafte Angebote gemäß Paragraph 94, Absatz 4, BVergG ausgeschieden werden und ob eine Vorreihung infolge der Berichtigung eines Rechenfehlers zulässig ist.

Gemäß § 82 Abs. 1 BVergG müssen Angebote die in den Ausschreibungsunterlagen vorgeschriebene Form aufweisen. Bei einem Datenträgeraustausch ist die Abgabe eines automationsunterstützt erstellten, ausgepreisten, ausgedruckten und rechtsgültig unterfertigten Kurzleistungsverzeichnisses dann zulässig, wenn zugleich auch die vom Auftraggeber erstellte Beschreibung der Leistung vom Bieter rechtsgültig unterfertigt abgegeben wird. Gemäß Abs. 2 dieser Bestimmung sind Angebote vollständig und frei von Zahlen- und Rechenfehlern abzugeben. Gemäß Paragraph 82, Absatz eins, BVergG müssen Angebote die in den Ausschreibungsunterlagen vorgeschriebene Form aufweisen. Bei einem Datenträgeraustausch ist die Abgabe eines automationsunterstützt erstellten, ausgepreisten, ausgedruckten und rechtsgültig unterfertigten Kurzleistungsverzeichnisses dann zulässig, wenn zugleich auch die vom Auftraggeber erstellte Beschreibung der Leistung vom Bieter rechtsgültig unterfertigt abgegeben wird. Gemäß Absatz 2, dieser Bestimmung sind Angebote vollständig und frei von Zahlen- und Rechenfehlern abzugeben.

Gemäß § 91 Abs. 1 BVergG hat die Prüfung der Angebote in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Kriterien zu erfolgen. Gemäß Abs. 2 Z 3 dieser Bestimmung ist im Einzelnen zu prüfen, ob das Angebot rechnerisch richtig ist. Gemäß Paragraph 91, Absatz eins, BVergG hat die Prüfung der Angebote in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Kriterien zu erfolgen. Gemäß Absatz 2, Ziffer 3, dieser Bestimmung ist

im Einzelnen zu prüfen, ob das Angebot rechnerisch richtig ist.

Gemäß § 92 Abs. 2 BVergG sind Berichtigungen im Angebot deutlich erkennbar zu vermerken. Gemäß Paragraph 92, Absatz 2, BVergG sind Berichtigungen im Angebot deutlich erkennbar zu vermerken.

Nach § 94 Abs. 4 BVergG sind rechnerisch fehlerhafte Angebote, sofern dies in der Ausschreibung festgelegt wurde, dann nicht weiter zu berücksichtigen, wenn die Summe der Absolutbeträge aller Berichtigungen - erhöhend oder vermindern - 2 vH oder mehr des ursprünglichen Gesamtpreises ohne Umsatzsteuer beträgt. Berichtigungen von Seitenüberträgen der Zwischensummen im Angebot (Übertragungsfehler), mit denen nicht weitergerechnet wurde, bleiben dabei unberücksichtigt. Eine Vorreihung infolge der Berichtigung eines Rechenfehlers ist, ausgenommen der Auftraggeber hat in der Ausschreibung ausdrücklich anderes festgelegt, jedenfalls unzulässig. Nach Paragraph 94, Absatz 4, BVergG sind rechnerisch fehlerhafte Angebote, sofern dies in der Ausschreibung festgelegt wurde, dann nicht weiter zu berücksichtigen, wenn die Summe der Absolutbeträge aller Berichtigungen - erhöhend oder vermindern - 2 vH oder mehr des ursprünglichen Gesamtpreises ohne Umsatzsteuer beträgt. Berichtigungen von Seitenüberträgen der Zwischensummen im Angebot (Übertragungsfehler), mit denen nicht weitergerechnet wurde, bleiben dabei unberücksichtigt. Eine Vorreihung infolge der Berichtigung eines Rechenfehlers ist, ausgenommen der Auftraggeber hat in der Ausschreibung ausdrücklich anderes festgelegt, jedenfalls unzulässig.

Gemäß § 98 Z 8 BVergG hat die vergebende Stelle vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auf Grund des Ergebnisses der Prüfung den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote sowie nicht gleichwertige Alternativangebote, fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn die Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind, ferner Teil- und Alternativangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, auszuscheiden. Gemäß Paragraph 98, Ziffer 8, BVergG hat die vergebende Stelle vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auf Grund des Ergebnisses der Prüfung den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote sowie nicht gleichwertige Alternativangebote, fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn die Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind, ferner Teil- und Alternativangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, auszuscheiden.

Nach § 98 Z 11 BVergG hat die vergebende Stelle vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auf Grund des Ergebnisses der Prüfung rechnerisch fehlerhafte Angebote, die gemäß den Festlegungen in der Ausschreibung nicht weiter zu berücksichtigen sind, auszuscheiden. Nach Paragraph 98, Ziffer 11, BVergG hat die vergebende Stelle vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auf Grund des Ergebnisses der Prüfung rechnerisch fehlerhafte Angebote, die gemäß den Festlegungen in der Ausschreibung nicht weiter zu berücksichtigen sind, auszuscheiden.

Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin hat in ihrem Angebot die Eventualpositionen in die Gesamtsumme eingerechnet.

Dem BVergG fehlt ebenso wie den Materialien zum BVergG eine Definition des Begriffs des Rechenfehlers (Fink/Schiefer in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht² [2005] 386). Hinweise finden sich an mehreren Stellen. § 67 Abs. 5 BVergG spricht vom Ausscheiden rechnerisch fehlerhafter Angebote und der Berichtigung von Rechenfehlern. § 82 Abs. 2 BVergG spricht von der Freiheit des Angebotes von Zahlen- und Rechenfehlern. § 91 Abs. 2 Z 3 BVergG spricht von der Prüfung, ob das Angebot rechnerisch richtig ist. § 92 Abs. 1 BVergG behandelt die Fälle von - mathematisch begründeten - Fehlern bei der Herleitung des Positionspreises aus der ausgeschriebenen Menge und dem Einheitspreis sowie bei der Herleitung des Einheitspreises aus der Preisaufgliederung. Dabei handelt es sich um besondere Fälle von Rechenfehlern, für die das BVergG eigene Korrekturregeln enthält. In diesen Fällen ist der Rechengang fehlerhaft. § 94 Abs. 4 BVergG spricht - ebenso wie § 67 Abs. 5 BVergG von rechnerisch fehlerhaften Angeboten und der Berichtigung von Rechenfehlern. Schließlich spricht § 98 Z 11 BVergG vom Ausscheiden rechnerisch fehlerhafter Angebote entsprechend den Festlegungen in der Ausschreibung. Dem BVergG fehlt ebenso wie den Materialien zum BVergG eine Definition des Begriffs des Rechenfehlers (Fink/Schiefer in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht² [2005] 386). Hinweise finden sich an mehreren Stellen. Paragraph 67, Absatz 5, BVergG spricht vom Ausscheiden rechnerisch fehlerhafter Angebote und der Berichtigung von Rechenfehlern. Paragraph 82, Absatz 2, BVergG spricht von der Freiheit des Angebotes von Zahlen- und Rechenfehlern. Paragraph 91, Absatz 2, Ziffer 3, BVergG spricht von der Prüfung, ob das Angebot rechnerisch richtig ist. Paragraph 92, Absatz eins, BVergG behandelt die Fälle von - mathematisch begründeten - Fehlern bei der Herleitung des Positionspreises aus der

ausgeschriebenen Menge und dem Einheitspreis sowie bei der Herleitung des Einheitspreises aus der Preisaufgliederung. Dabei handelt es sich um besondere Fälle von Rechenfehlern, für die das BVerG eigene Korrekturregeln enthält. In diesen Fällen ist der Rechengang fehlerhaft. Paragraph 94, Absatz 4, BVerG spricht - ebenso wie Paragraph 67, Absatz 5, BVerG von rechnerisch fehlerhaften Angeboten und der Berichtigung von Rechenfehlern. Schließlich spricht Paragraph 98, Ziffer 11, BVerG vom Ausscheiden rechnerisch fehlerhafter Angebote entsprechend den Festlegungen in der Ausschreibung.

"Aus Transparenzgründen ist es unbedingt erforderlich, dass der Auftraggeber gemäß Abs. 5 in den Ausschreibungsunterlagen explizit angibt, ob eine Vorreihung infolge der Berichtigung eines Rechenfehlers zulässig ist (vgl. dazu auch § 94 Abs. 4). Bei einem Angebot mit Rechenfehler handelt es sich um eine mit einem evidenten Erklärungsirrtum behaftete Willenserklärung des Bieters (Fehler im Erklärungsakt). Hingegen ist darunter nicht jener Irrtum zu verstehen, wenn ein Bieter zB die Höhe der von ihm zu tragenden Kosten oder den von ihm zu tätigen Aufwand falsch einschätzt. Trifft der Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen keinerlei Festlegung betreffend Rechenfehler, so führt daher einerseits ein Rechenfehler des Bieters nicht zum Ausscheiden des vom Rechenfehler betroffenen Angebotes, es kann aber auch keine Vorreihung infolge der vom Auftraggeber vorgenommenen Berichtigung erfolgen." (1118 BlgNR XXI GP 46)"Aus Transparenzgründen ist es unbedingt erforderlich, dass der Auftraggeber gemäß Absatz 5, in den Ausschreibungsunterlagen explizit angibt, ob eine Vorreihung infolge der Berichtigung eines Rechenfehlers zulässig ist (vergleiche dazu auch Paragraph 94, Absatz 4.). Bei einem Angebot mit Rechenfehler handelt es sich um eine mit einem evidenten Erklärungsirrtum behaftete Willenserklärung des Bieters (Fehler im Erklärungsakt). Hingegen ist darunter nicht jener Irrtum zu verstehen, wenn ein Bieter zB die Höhe der von ihm zu tragenden Kosten oder den von ihm zu tätigen Aufwand falsch einschätzt. Trifft der Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen keinerlei Festlegung betreffend Rechenfehler, so führt daher einerseits ein Rechenfehler des Bieters nicht zum Ausscheiden des vom Rechenfehler betroffenen Angebotes, es kann aber auch keine Vorreihung infolge der vom Auftraggeber vorgenommenen Berichtigung erfolgen." (1118 BlgNR römisch 21 Gesetzgebungsperiode 46)

"Nach Ansicht der erkennenden Behörde handelt es sich bei einem Rechenfehler im Sinn des § 48 Abs. 3 BVerG 1997 um einen Fehler im Angebot, der dadurch entstanden ist, dass der Bieter unter fehlerhafter Anwendung einer der Grundrechnungsarten zu einem falschen Angebotspreis gelangt ist. Mit dem im § 48 Abs. 3 BVerG 1997 bezeichneten Rechenfehler stellt der Gesetzgeber auf ein unter falscher Anwendung der Regeln der Mathematik fehlerhaft zustande gekommenes Angebot ab, wobei rechnerisch fehlerhafte Angebote nur dann nicht weiter zu berücksichtigen sind, wenn die Summe der Absolutbeträge aller Berichtigungen - erhöhend oder vermindert - zwei von hundert oder mehr des ursprünglichen Gesamtpreises ohne Umsatzsteuer beträgt " (UVS Tirol 19.12.2001, 2001/K11/028-2)"Nach Ansicht der erkennenden Behörde handelt es sich bei einem Rechenfehler im Sinn des Paragraph 48, Absatz 3, BVerG 1997 um einen Fehler im Angebot, der dadurch entstanden ist, dass der Bieter unter fehlerhafter Anwendung einer der Grundrechnungsarten zu einem falschen Angebotspreis gelangt ist. Mit dem im Paragraph 48, Absatz 3, BVerG 1997 bezeichneten Rechenfehler stellt der Gesetzgeber auf ein unter falscher Anwendung der Regeln der Mathematik fehlerhaft zustande gekommenes Angebot ab, wobei rechnerisch fehlerhafte Angebote nur dann nicht weiter zu berücksichtigen sind, wenn die Summe der Absolutbeträge aller Berichtigungen - erhöhend oder vermindert - zwei von hundert oder mehr des ursprünglichen Gesamtpreises ohne Umsatzsteuer beträgt " (UVS Tirol 19.12.2001, 2001/K11/028-2)

Das BVA sah das Einrechnen einer Eventualposition als Rechenfehler und, da der Rechenfehler über 2 % der ursprünglichen Angebotssumme ausmachte, das betreffende Angebot als auszuschendend an (BVA 21.1.2002, N-129/01-30).

In der fehlerhaften Eingabe eines - offensichtlich in sich schlüssigen - Positionspreises und der Korrektur im Zuge einer Aufklärung sah das BVA keinen Rechenfehler, sondern ein fehlerhaftes Angebot. Da die Korrektur nicht zu einer Veränderung der Reihung der Angebote führte, somit keine Veränderung der Wettbewerbsstellung des Bieters herbeiführte, handelte es sich um einen verbesserbaren Mangel. (BVA 19.3.2003, 15N-08/03-18)

"Abs 2 ist weiter ein Richtigkeitsgebot zu entnehmen: Angebote sind frei von Zahlen- und Rechenfehlern abzugeben. Allfällige Zahlen- oder Rechenfehler können bis zum Ende der Angebotsfrist verbessert werden (§ 81 Abs 7). Erfolgt keine Verbesserung, richten sich die Fehlerfolgen nach § 67 Abs 5 und § 94 Abs 4 iVm § 98 Z 11." (Schwartz, Bundesvergabegesetz [2003] § 82 Rz 3)"Abs 2 ist weiter ein Richtigkeitsgebot zu entnehmen: Angebote sind frei von

Zahlen- und Rechenfehlern abzugeben. Allfällige Zahlen- oder Rechenfehler können bis zum Ende der Angebotsfrist verbessert werden (Paragraph 81, Absatz 7.). Erfolgt keine Verbesserung, richten sich die Fehlerfolgen nach Paragraph 67, Absatz 5 und Paragraph 94, Absatz 4, in Verbindung mit Paragraph 98, Ziffer 11, (Schwartz, Bundesvergabegesetz [2003] Paragraph 82, Rz 3)

"Zusammenfassend kann der Rechenfehler wie folgt definiert werden: Jeder Fehler, welcher im Rechengang, ausgehend vom angebotenen Gesamtpreis und der ausgeschriebenen Menge, zu einer Änderung des angebotenen Gesamtpreises führt, ist ein für die weitere Angebotsprüfung zu berücksichtigender Rechenfehler. Somit ist jeder Rechenfehler, der geeignet ist, die Angebotssumme zu verändern, wobei als Ausgangspunkte die Mengen und Einheitspreise gelten, einer der unter die Rechenfehlerregelungen fällt.

Alle anderen "Rechenfehler", z.B. Fehler in der Aufgliederung der Preisanteile, Fehler in der Summenbildung bzw. Zwischensummenbildung, mit welchen für die Ermittlung des Gesamtpreises nicht weitergerechnet wurde, stellen unabhängig von der Größe des Fehlers einen behebbaren Mangel dar. Dieser Mangel bleibt für das Angebot ohne Konsequenzen. Nur das was den Gesamtpreis ändert ist ein Rechenfehler." (Kropik, Mängel in Angeboten für Bauleistungen und ihre Behebbarkeit² [2001], 124; in diesem Sinne auch Kropik, Rechenfehler in Angeboten - Vorreihungsverbot vs Bestbieterermittlung, ZVB 2002/50; diesem folgend Hahnl, BVergG-Kommentar [2002] § 92 K.2; ebenso Göllles in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 [2005] § 92 Rz 7) Alle anderen "Rechenfehler", z.B. Fehler in der Aufgliederung der Preisanteile, Fehler in der Summenbildung bzw. Zwischensummenbildung, mit welchen für die Ermittlung des Gesamtpreises nicht weitergerechnet wurde, stellen unabhängig von der Größe des Fehlers einen behebbaren Mangel dar. Dieser Mangel bleibt für das Angebot ohne Konsequenzen. Nur das was den Gesamtpreis ändert ist ein Rechenfehler." (Kropik, Mängel in Angeboten für Bauleistungen und ihre Behebbarkeit² [2001], 124; in diesem Sinne auch Kropik, Rechenfehler in Angeboten - Vorreihungsverbot vs Bestbieterermittlung, ZVB 2002/50; diesem folgend Hahnl, BVergG-Kommentar [2002] Paragraph 92, K.2; ebenso Göllles in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 [2005] Paragraph 92, Rz 7)

Unter Rechenfehler iSd § 94 Abs. 4 BVergG fallen nur solche Rechenfehler, deren Berichtigung eine Auswirkung auf den "ursprünglichen Gesamtpreis ohne Umsatzsteuer" hat. Dazu gehören u. a. das Mitaddieren oder Mitübertragen von (nicht mitzuaddierenden) Eventualpositions-Preisen (siehe BVA vom 21.1.2002, N-129/01-30, zu § 48 Abs 3 BVergG 1997). (Gölles/Leißer, Praxisleitfaden zum Bundesvergabegesetz 2002 [2003], 147; ebenso Göllles in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 [2005] § 94 Rz 17) Unter Rechenfehler iSd Paragraph 94, Absatz 4, BVergG fallen nur solche Rechenfehler, deren Berichtigung eine Auswirkung auf den "ursprünglichen Gesamtpreis ohne Umsatzsteuer" hat. Dazu gehören u. a. das Mitaddieren oder Mitübertragen von (nicht mitzuaddierenden) Eventualpositions-Preisen (siehe BVA vom 21.1.2002, N-129/01-30, zu Paragraph 48, Absatz 3, BVergG 1997). (Gölles/Leißer, Praxisleitfaden zum Bundesvergabegesetz 2002 [2003], 147; ebenso Göllles in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 [2005] Paragraph 94, Rz 17)

Fehlinterpretationen der Ausschreibungsvorgaben und sonstige Verständnisfehler sind nicht als Rechenfehler anzusehen. (Fink/Schiefer in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht² [2005] 386; ebenso Göllles in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 [2005] § 92 Rz 7f) Fehlinterpretationen der Ausschreibungsvorgaben und sonstige Verständnisfehler sind nicht als Rechenfehler anzusehen. (Fink/Schiefer in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht² [2005] 386; ebenso Göllles in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 [2005] Paragraph 92, Rz 7f)

Angebote können in mehrerlei Hinsicht fehlerhaft sein. Ein Rechenfehler ist nur eine mögliche Fehlerquelle. Ein Angebot kann als solches rechnerisch fehlerhaft sein, wenn es einen oder mehrere Rechenfehler enthält. Die Materialien grenzen Rechenfehler lediglich von Fehlern bei der Herleitung der Kalkulationsgrundlagen ab. § 94 Abs. 4 BVergG lässt erkennen, dass ausschließlich solche Rechenfehler für eine allfällige Korrektur von Bedeutung sind, die Auswirkungen auf den Gesamtangebotspreis haben. Schließlich ist zu beachten, dass Angebotsunterlagen eine Reihe von Festlegungen für die Gestaltung des Angebotes und die Preisbildung enthalten, die Regeln der Mathematik jedoch vorausgesetzt werden. Ein Verstoß gegen die Festlegungen der Ausschreibung stellt jedoch bei Gegenüberstellung von § 98 Z 8 und 11 BVergG kein rechnerisch fehlerhaftes Angebot, sondern ein den Ausschreibungsbedingungen widersprechendes Angebot dar. Angebote können in mehrerlei Hinsicht fehlerhaft sein. Ein Rechenfehler ist nur eine mögliche Fehlerquelle. Ein Angebot kann als solches rechnerisch fehlerhaft sein, wenn es einen oder mehrere Rechenfehler enthält. Die Materialien grenzen Rechenfehler lediglich von Fehlern bei der Herleitung der

Kalkulationsgrundlagen ab. Paragraph 94, Absatz 4, BVergG lässt erkennen, dass ausschließlich solche Rechenfehler für eine allfällige Korrektur von Bedeutung sind, die Auswirkungen auf den Gesamtangebotspreis haben. Schließlich ist zu beachten, dass Angebotsunterlagen eine Reihe von Festlegungen für die Gestaltung des Angebotes und die Preisbildung enthalten, die Regeln der Mathematik jedoch vorausgesetzt werden. Ein Verstoß gegen die Festlegungen der Ausschreibung stellt jedoch bei Gegenüberstellung von Paragraph 98, Ziffer 8 und 11 BVergG kein rechnerisch fehlerhaftes Angebot, sondern ein den Ausschreibungsbedingungen widersprechendes Angebot dar.

Ein Rechenfehler im Sinne des BVergG liegt daher dann vor, wenn Regeln der Mathematik bei der Berechnung des Angebotspreises falsch angewandt wurden, nicht jedoch, wenn die Berechnung des Angebotspreises mathematisch korrekt erfolgte, dabei jedoch gegen andere Festlegungen der Ausschreibung verstoßen wurde.

Die Einrechnung der Eventualpositionen ist nicht auf eine fehlerhafte Anwendung mathematischer Methoden zurückzuführen. Die Summenbildung erfolgte mathematisch korrekt. Es wurden zur Bestimmung des Gesamtangebotspreises Positionen addiert, die nach den Festlegungen der Ausschreibung nicht zu addieren waren. Es handelt sich daher nicht um einen Rechenfehler. Die in Punkt 9 Absatz 1 der Angebotsbestimmungen vorgesehene Regelung kommt daher nicht zum Tragen. Ein Ausscheiden nach § 98 Z 11 BVergG kommt nicht in Frage. Die Einrechnung der Eventualpositionen ist nicht auf eine fehlerhafte Anwendung mathematischer Methoden zurückzuführen. Die Summenbildung erfolgte mathematisch korrekt. Es wurden zur Bestimmung des Gesamtangebotspreises Positionen addiert, die nach den Festlegungen der Ausschreibung nicht zu addieren waren. Es handelt sich daher nicht um einen Rechenfehler. Die in Punkt 9 Absatz 1 der Angebotsbestimmungen vorgesehene Regelung kommt daher nicht zum Tragen. Ein Ausscheiden nach Paragraph 98, Ziffer 11, BVergG kommt nicht in Frage.

Punkt 4.5.3 ÖNORM B 2063 definiert als "Eventualposition, Kennzeichen P = 'E'": "Eine Eventualposition beschreibt eine zusätzliche Leistung, die nur auf besondere Anordnung des AGs zu Ausführung kommt." Unter Punkt 4.12 "Sperrern von Preisfeldern" dritter Absatz ÖNORM B 2063 ist festgelegt: "Wahl- und Eventualpositionen werden nicht in die Normalangebotssumme aufgenommen. Der Positionspreis in Satzart 'S' ist daher in allen Stellen mit '0' zu sperren. Für gesperrte Positionspreise sind im LV-Ausdruck in allen Stellen '*' zu drucken." Punkt 4.13 "Auspreisung" letzter Absatz ÖNORM B 2063 legt fest, dass Felder, die der Ausschreiber gesperrt hat, nicht überschrieben werden dürfen. Punkt 4.14 "Summenbildung" erster Absatz ÖNORM B 2063 ist festgelegt: "Die Summenbildung erfolgt für die Preisanteile und den Positionspreis, ausgenommen das jeweilige Feld wurde gesperrt (4.12) oder die Position wurde nicht angeboten (4.13)." Unter Punkt 5.2.1 "Allgemeines" ÖNORM B 2063 im Kapitel 5.2 "Datenträger für Ausschreibung und Angebot" ist festgehalten: "Der Ausschreiber übergibt dem Bieter eine Datei (Ausschreibungs-LV) auf einem Datenträger. Der Bieter ergänzt die Datei mit seinen Daten und gibt diese dem Ausschreiber zurück (Angebots-LV) oder erstellt einen neuen Datenträger nach den Richtlinien dieser ÖNORM."

Festzuhalten ist, dass das Einrechnen der Eventualpositionen Auswirkungen auf den Gesamtpreis hat.

Aus Punkt 1 3. Absatz der Allgemeinen Vertragsbestimmungen ergibt sich, dass der Folgetext der Position vor dem Grundtext der Position, dieser vor den Vorbemerkungen zur jeweiligen Unterleistungsgruppe, zuletzt die Vorbemerkungen zur jeweiligen Leistungsgruppe gereiht sind. Nach Hauptgruppe 01 Baustellengemeinkosten sind die Baustellengemeinkosten im Sinne der ÖNORM B 2061 angeboten. Punkt 3.1.8 ÖNORM B 2061 definiert Stillliegezeit als Zeit, in welcher das einsatzfähige Baugerät stillgelegt wird und auf der Baustelle bleibt. In der Beschreibung der Baudurchführung ist festgelegt, dass die Bauarbeiten in vier Bauphasen erfolgen sollen. Die zwischen diesen Phasen liegenden Zeiten, in denen nach der Zeitplanung der Auftraggeberin jedenfalls keine Bauarbeiten stattfinden, sind in die Zeitplanung des Auftragnehmers einzurechnen und keinesfalls gesondert zu verrechnen. Dies ergibt sich auch aus der Bezeichnung der Positionen, nach der Stillliegezeiten innerhalb der Bauphasen gemeint sind. Nach Aussage in der mündlichen Verhandlung dient die Position Stillliegezeiten der Weiterverrechnung von Kosten durch Bauunterbrechungen, die von Dritten verursacht wurden. Der Ausschreibung selbst ist keine Einschränkung auf diese Fälle zu entnehmen. Aus der Gestaltung als Eventualpositionen ergibt sich jedenfalls, dass sie nur auf ausdrückliche Anordnung der Auftraggeberin zur Verrechnung kommen können. Die Einrechnung der Eventualpositionen führt zu einer schlechteren Reihung des Angebotes der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin als bei korrekter Angebotslegung, somit zu einem - selbst verschuldeten - Wettbewerbsnachteil.

Bei den Konsolgerüsten handelt es sich um Arbeitsgerüste. Durch die Änderung der Kennzeichnung der Position von Eventualposition in Normalposition und die fehlende Korrektur dieser Kennzeichnung im Angebot der Antragstellerin

ergibt sich, dass bei unveränderter Annahme des Angebotes diese Position auch ohne ausdrückliche Anordnung der Auftraggeberin abgerechnet werden kann, da sie Teil der vertraglich vereinbarten Leistungen wird. Allerdings kann sie nur dann zur Abrechnung kommen, wenn sie - vertragsgemäß - ausgeführt wird.

Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin erstellte das Leistungsverzeichnis elektronisch nach den Regeln für den Datenträgertausch. Sie überschrieb dabei im Sinne der ÖNORM B 2063 gesperrte Felder im den Angebotsunterlagen beiliegenden elektronischen Leistungsverzeichnis. Da der Leistungsverzeichnis-Datenträger der ÖNORM B 2063 entsprechen muss, nach Punkt 4.13 letzter Absatz ÖNORM B 2063 gesperrte Felder von Bietern nicht überschrieben werden dürfen und die Positionssummen der Eventualpositionen mit "0" ausgefüllt waren, musste die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin Änderungen an dem nach der ÖNORM B 2063 erstellten Datenträger vornehmen. Der abgegebene Datenträger weicht daher abgesehen von der Speicherung auf einer Diskette von dem der Ausschreibung auf CD beiliegenden nicht nur durch das - ausschreibungskonforme - Ausfüllen der Bieterlücken und Preise sondern auch durch das Überschreiben gesperrter Felder ab. Insofern ist die Änderung elektronischer Vorgaben, die noch dazu dem gedruckten Leistungsverzeichnis entsprechen, einer Änderung des auf Papier vorliegenden Leistungsverzeichnisses gleichzuhalten. Es liegt darin ein Verstoß gegen Punkt 8 Absatz 5 der Angebotsbestimmungen. Das Angebot ist daher ausschreibungswidrig im Sinne des § 98 Z 8 BVergG. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin erstellte das Leistungsverzeichnis elektronisch nach den Regeln für den Datenträgertausch. Sie überschrieb dabei im Sinne der ÖNORM B 2063 gesperrte Felder im den Angebotsunterlagen beiliegenden elektronischen Leistungsverzeichnis. Da der Leistungsverzeichnis-Datenträger der ÖNORM B 2063 entsprechen muss, nach Punkt 4.13 letzter Absatz ÖNORM B 2063 gesperrte Felder von Bietern nicht überschrieben werden dürfen und die Positionssummen der Eventualpositionen mit "0" ausgefüllt waren, musste die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin Änderungen an dem nach der ÖNORM B 2063 erstellten Datenträger vornehmen. Der abgegebene Datenträger weicht daher abgesehen von der Speicherung auf einer Diskette von dem der Ausschreibung auf CD beiliegenden nicht nur durch das - ausschreibungskonforme - Ausfüllen der Bieterlücken und Preise sondern auch durch das Überschreiben gesperrter Felder ab. Insofern ist die Änderung elektronischer Vorgaben, die noch dazu dem gedruckten Leistungsverzeichnis entsprechen, einer Änderung des auf Papier vorliegenden Leistungsverzeichnisses gleichzuhalten. Es liegt darin ein Verstoß gegen Punkt 8 Absatz 5 der Angebotsbestimmungen. Das Angebot ist daher ausschreibungswidrig im Sinne des Paragraph 98, Ziffer 8, BVergG.

"Eine exakte Unterscheidung zw den Ausschreibungsbestimmungen widersprechenden Angeboten, fehlerhaften oder unvollständigen Angeboten ist nicht möglich" (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 [2005] § 98 Rz 144). Im vorliegenden Fall ist daher auch die Mangelhaftigkeit des Angebotes zu untersuchen." Eine exakte Unterscheidung zw den Ausschreibungsbestimmungen widersprechenden Angeboten, fehlerhaften oder unvollständigen Angeboten ist nicht möglich" (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 [2005] Paragraph 98, Rz 144). Im vorliegenden Fall ist daher auch die Mangelhaftigkeit des Angebotes zu untersuchen.

Verbesserbar sind nach Aicher (Aicher, Wettbewerbsrechtliche und wettbewerbspolitische Überlegungen zur Regierungsvorlage eines Vergabegesetzes, in Korinek/Rill, Zur Reform des Vergaberechtes [1985] 111) nur jene Mängel verbesserungsfähig sind, "die nicht nach Angebotsöffnung zu einer Veränderung der Wettbewerbsstellung der Bieter führen". Kropik betrachtet die Behebung eines Mangels nur dann als zulässig, wenn ein zivilrechtliches Angebot vorliegt, sowie durch die Mängelbehebung weder Wert noch Preis der angebotenen Leistung modifiziert und die zur Leistungserbringung aufzuwendenden Kosten nur in einem unwesentlichen Ausmaß geändert werden. Die zwingenden Ausschlussbestimmungen sind einzuhalten, der ursprüngliche Angebotswille darf nicht verloren gehen, die Vergabegrundsätze dürfen nicht verletzt werden und die Mängelbehebung muss eindeutig, transparent und nachvollziehbar sein (Kropik, Mängel im Angebot [2001] 66). Schramm geht nur dann von einem behebbaren Mangel aus, wenn zwar eine Wert- oder Preisänderung eintritt, es jedoch zu keiner Veränderung der Wettbewerbsstellung kommt (Schramm, Zum Ausscheiden von Angeboten, in Schramm/Aicher, Vergaberecht und PPP [2004] 45). Der VwGH hat ausgesprochen, dass "bei der Abgrenzung zwischen behebbaren und unbehebaren Mängeln darauf abzustellen [ist], ob durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbietern materiell verbessert würde". Eine andere Sicht könnte nur dann geboten sein, "wenn durch eine Mängelbehebung eine "wenn

auch nur mittelbare" materielle Verbesserung der Wettbewerbsstellung insofern eintreten würde, als damit nicht alle Bieter nach der Veröffentlichung der Bekanntmachung über denselben Zeitraum verfügen würden, um ihre Angebote auszuarbeiten", oder ein derartiger formaler Mangel vorliegt, "dass dem Auftraggeber eine Bearbeitung nicht zugemutet werden könne" (VwGH 25.2.2004, 2003/04/0186 = RPA

2004/92 [Latzenhofer] = ZVB 2004, 189 [Gruber] = RdW 2004/317,

345 [Öhler]). "Ein behebbarer Mangel liegt daher dann vor, wenn es durch die Mängelbehebung zu keiner Änderung der Bewertung unter den Zuschlagskriterien kommt, auch wenn mit der Mängelbehebung eine Wert- oder Preisänderung verbunden ist. Dies deckt sich mit der Rsp des VwGH, der darauf abstellt, ob durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbietern (wenn auch nur mittelbar) materiell verbessert würde." (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 [2005] § 98 Rz 153)345 [Öhler]). "Ein behebbarer Mangel liegt daher dann vor, wenn es durch die Mängelbehebung zu keiner Änderung der Bewertung unter den Zuschlagskriterien kommt, auch wenn mit der Mängelbehebung eine Wert- oder Preisänderung verbunden ist. Dies deckt sich mit der Rsp des VwGH, der darauf abstellt, ob durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbietern (wenn auch nur mittelbar) materiell verbessert würde." (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 [2005] Paragraph 98, Rz 153)

Eine Behebung des Mangels hat jedenfalls eine Auswirkung auf die Wettbewerbsstellung der Teilnahmeantragstellerin, da bei Korrektur des Mangels ihr Angebot vom zweiten auf den ersten Platz der Reihung vorgereiht wird.

Diese - allerdings nicht im Einfluss des Bieters stehende - Verbesserung des Angebotes bewirkt die materielle Verbesserung der Wettbewerbsstellung der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin. Im Sinne der obigen Ausführungen und des lautereren Wettbewerbs kann jedoch bei der Beurteilung kein Unterschied bestehen, ob der Bieter zur Verbesserung verpflichtet ist oder der Auftraggeber diese selbst vornimmt, zumal in einem offenen Verfahren das bei der Angebotsöffnung vorliegende Angebot auch Vertragsinhalt werden soll. Das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin ist auch mit einem unbehebbaen Mangel behaftet. Es wäre nach § 98 Z 8 BVergG auszuscheiden gewesen. Die in der Ausschreibung festgelegte Vorreihung ist nur im Fall eines - hier nicht vorliegenden - Rechenfehlers zulässig. Bei einer dem BVergG entsprechenden Vorgangsweise ist ein anderer Ausgang des Vergabeverfahrens zu erwarten. Der Rechtswidrigkeit kommt daher entscheidende Bedeutung für den Ausgang des Vergabeverfahrens im Sinne des § 174 Abs. 2 Z 2 BVergG zu (Reisner in Schramm/Aicher/Fruhmann/ Thienel Bundesvergabegesetz 2002 [2005] § 174 Rz 14). Dem Nachprüfungsantrag ist daher stattzugeben und die Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären.Diese - allerdings nicht im Einfluss des Bieters stehende - Verbesserung des Angebotes bewirkt die materielle Verbesserung der Wettbewerbsstellung der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin. Im Sinne der obigen Ausführungen und des lautereren Wettbewerbs kann jedoch bei der Beurteilung kein Unterschied bestehen, ob der Bieter zur Verbesserung verpflichtet ist oder der Auftraggeber diese selbst vornimmt, zumal in einem offenen Verfahren das bei der Angebotsöffnung vorliegende Angebot auch Vertragsinhalt werden soll. Das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin ist auch mit einem unbehebbaen Mangel behaftet. Es wäre nach Paragraph 98, Ziffer 8, BVergG auszuscheiden gewesen. Die in der Ausschreibung festgelegte Vorreihung ist nur im Fall eines - hier nicht vorliegenden - Rechenfehlers zulässig. Bei einer dem BVergG entsprechenden Vorgangsweise ist ein anderer Ausgang des Vergabeverfahrens zu erwarten. Der Rechtswidrigkeit kommt daher entscheidende Bedeutung für den Ausgang des Vergabeverfahrens im Sinne des Paragraph 174, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG zu (Reisner in Schramm/Aicher/Fruhmann/ Thienel Bundesvergabegesetz 2002 [2005] Paragraph 174, Rz 14). Dem Nachprüfungsantrag ist daher stattzugeben und die Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären.

Gemäß § 59 Abs. 1 AVG sind die Gegenanträge als mit dem Spruch in der Hauptsache miterledigt anzusehenGemäß Paragraph 59, Absatz eins, AVG sind die Gegenanträge als mit dem Spruch in der Hauptsache miterledigt anzusehen.

Dokumentnummer

VERGT_20050502_17N_18_05_26_00

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