

TE Bvwg Erkenntnis 2023/4/13 W131 2260775-1

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 13.04.2023

Entscheidungsdatum

13.04.2023

Norm

BVergG 2018 §302 Abs1

BVergG 2018 §327

BVergG 2018 §328 Abs1

BVergG 2018 §333

BVergG 2018 §334

BVergG 2018 §342 Abs1

BVergG 2018 §347 Abs1 Z2

B-VG Art133 Abs4

VwGVG §24 Abs1

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §28 Abs2

1. BVergG 2018 § 302 heute

2. BVergG 2018 § 302 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 327 heute

2. BVergG 2018 § 327 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 328 heute

2. BVergG 2018 § 328 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026

3. BVergG 2018 § 328 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026

1. BVergG 2018 § 333 heute

2. BVergG 2018 § 333 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 334 heute

2. BVergG 2018 § 334 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 342 heute

2. BVergG 2018 § 342 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 347 heute

2. BVergG 2018 § 347 gültig ab 21.08.2018

1. B-VG Art. 133 heute

2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013
6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974
9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946
10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934

1. VwGVG § 24 heute

2. VwGVG § 24 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017

3. VwGVG § 24 gültig von 01.01.2017 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 24/2017

4. VwGVG § 24 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2016

1. VwGVG § 28 heute

2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017

3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018

1. VwGVG § 28 heute

2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017

3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018

Spruch

,

W131 2260775-1/62E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag Reinhard GRASBÖCK als Vorsitzenden, durch die fachkundigen Laienrichterinnen Dr'a Ilse POHL als Beisitzerin der Auftraggeberseite und Mag'a Corinna GREGER als Beisitzerin der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "BBT Se-Projekt: AP346 Baulos PFONS-Brenner (H53)" der anwaltlich vertretenen Brenner Basistunnel BBT SE (= AG) betreffend die Ausscheidensentscheidung vom 30.09.2022 zu Lasten der anwaltlich vertretenen Bietergemeinschaft XXXX, bestehend aus der XXXX und XXXX nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 17.11.2022, 24.11.2022 und 09.01.2023, wie danach am 09.01.2023 öffentlich mündlich verkündet und hiermit schriftlich ausgefertigt, zu Recht erkannt: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag Reinhard GRASBÖCK als Vorsitzenden, durch die fachkundigen Laienrichterinnen Dr'a Ilse POHL als Beisitzerin der Auftraggeberseite und Mag'a Corinna GREGER als Beisitzerin der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "BBT Se-Projekt: AP346 Baulos PFONS-Brenner (H53)" der anwaltlich vertretenen Brenner Basistunnel BBT SE (= AG) betreffend die Ausscheidensentscheidung vom 30.09.2022 zu Lasten der anwaltlich vertretenen Bietergemeinschaft römisch 40, bestehend aus der römisch 40 und römisch 40 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 17.11.2022, 24.11.2022 und 09.01.2023, wie danach am 09.01.2023 öffentlich mündlich verkündet und hiermit schriftlich ausgefertigt, zu Recht erkannt:

A)

Der Nachprüfungsantrag der Bietergemeinschaft, bestehend aus der XXXX und der XXXX, gegen die Ausscheidensentscheidung wird abgewiesen. Der Nachprüfungsantrag der Bietergemeinschaft, bestehend aus der römisch 40 und der römisch 40, gegen die Ausscheidensentscheidung wird abgewiesen.

B)

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig. Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig.

Text

Entscheidungsgründe:, Entscheidungsgründe:

I. Verfahrensgang:römisch eins. Verfahrensgang:

1. Die Brenner Basistunnel BBT SE - Galleria di Base del Brennero als Auftraggeberin (in Folge: AG) führt aktuell das im Entscheidungskopf ersichtliche offene Vergabeverfahren durch. In den Vergabeunterlagen wurde der ausgeschriebene Auftrag als Bauauftrag qualifiziert. Der geschätzte Gesamtwert des ausgeschriebenen Bauauftrages ist mit über XXXX Mio Euro unstrittig. Festgehalten wurde in der Bekanntmachung außerdem, dass Varianten/Alternativangebote nicht zulässig sind.1. Die Brenner Basistunnel BBT SE - Galleria di Base del Brennero als Auftraggeberin (in Folge: AG) führt aktuell das im Entscheidungskopf ersichtliche offene Vergabeverfahren durch. In den Vergabeunterlagen wurde der ausgeschriebene Auftrag als Bauauftrag qualifiziert. Der geschätzte Gesamtwert des ausgeschriebenen Bauauftrages ist mit über römisch 40 Mio Euro unstrittig. Festgehalten wurde in der Bekanntmachung außerdem, dass Varianten/Alternativangebote nicht zulässig sind.

Die Angebotsfrist endete am 01.06.2022, 12:00 Uhr.

2. Die AG verfasste zu Lasten der Bietergemeinschaft XXXX als Antragstellerin (in Folge: ASt) am 30.09.2022 die angefochtene Ausscheidensentscheidung mit der Begründung, wie in der Beilage ./A zu dieser Erkenntnisausfertigung als integrierender Bestandteil derselben ersichtlich. 2. Die AG verfasste zu Lasten der Bietergemeinschaft römisch 40 als Antragstellerin (in Folge: ASt) am 30.09.2022 die angefochtene Ausscheidensentscheidung mit der Begründung, wie in der Beilage ./A zu dieser Erkenntnisausfertigung als integrierender Bestandteil derselben ersichtlich.

3. Die ASt focht diese zu ihren Lasten ergangene Ausscheidensentscheidung mit Nachprüfungsantrag (OZ 1) an. Die ASt entrichtete Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag i.H.v. 38.892,00.

4. Am 17.11.2022, 24.11.2023 und 09.01.2023 fanden Termine zur Durchführung der mündlichen Verhandlung statt, die am 17.11. und 24.11.2022 nicht volkshöffentlich und am 09.01.2023 volkshöffentlich durchgeführt wurde. Vor bzw nach den Verhandlungsterminen am 17.11.2022 und 24.11.2022 fanden umfangreiche schriftliche Erörterungen mit bzw durch die Verfahrensparteien statt.

5. Das BVwG ermittelte spätestens ab dem 24.11.2022 - rechtlich vorwegnehmend insb auch aus Gründen der Verfahrensökonomie iSd § 333 BVergG iVm § 39 Abs 2 AVG - iZm dem [auch] iZm § 347 Abs 1 Z 2 BVergG zulässigen amstwegigen Aufgreifen von nicht in einer Begründung der Ausscheidensentscheidung dargestellten Ausscheidensgründen iSv zB VwGH 30.04.2019, Ra 2018/04/0196 - zur Frage der Nicht - Vorlage von gewissen Kalkulationsformblättern K3 gemäß der Ö - Norm B.2061.5. Das BVwG ermittelte spätestens ab dem 24.11.2022 - rechtlich vorwegnehmend insb auch aus Gründen der Verfahrensökonomie iSd Paragraph 333, BVergG in Verbindung mit Paragraph 39, Absatz 2, AVG - iZm dem [auch] iZm Paragraph 347, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG zulässigen amstwegigen Aufgreifen von nicht in einer Begründung der Ausscheidensentscheidung dargestellten Ausscheidensgründen iSv zB VwGH 30.04.2019, Ra 2018/04/0196 - zur Frage der Nicht - Vorlage von gewissen Kalkulationsformblättern K3 gemäß der Ö - Norm B.2061.

5.1. In der Verhandlungsniederschrift vom 24.11.2022, OZ 27Z aus dem Verfahrensakt W131 2260775-1, finden sich nach den Protokollsbestandteilen über die Ö-Norm 2061 bzw das K3 - Blatt ab insb Seite 18 - insoweit insb folgende Passagen:

[..., dann ab Seite 24]

AGV1 weist darauf hin, dass insoweit kein K3-Blatt vorhanden ist, für die Regie.

[..., dann ab Seite 33 nach vorangehend dargestellter Aspekte zum K3 - Blatt]:

AStV1: Aus [...] Insoweit die Auftraggeberin die Vorlage eines K3-Blattes für die Regielöhne vermisst hätte, handelt es sich dabei jedenfalls um einen verbesserbaren Mangel, dessen Verbesserung durch Aufforderung zur Nachreichung eines K3-Blattes für die Regielöhne jederzeit möglich gewesen wäre.

AGV1: Die Nachreichung fehlender K3-Blätter ist nach der Judikatur ein nichtbehebbarer Mangel. Dbzgl. darf ich insbesondere auf zwei Entscheidungen verweisen: VwGH, 28.02.2012, 2007/04/0218 und NÖLVwG, 07.11.2019, LVwG-VG-6/002-219. Jede Verbesserung des K3-Blattes würde dem Bieter die Möglichkeit eröffnen, einen ursprünglich unplausiblen Preis zu einem plausiblen zu machen.

AStV1 verweist darauf, dass nach der Judikatur, die zu K7-Blättern ergangen ist, [...].

[...]

5.2. Die ASt verfasste am 05.12.2022 eine Eingabe, in welcher sie einleitend ua festhielt:

[...]

Gemäß dem in der Verhandlung vom 24.11.2022 erteilten Auftrag an die Parteien, besteht bis 05.12.2022, 12:00 Uhr, die Möglichkeit ein ergänzendes Vorbringen zu erstatten,

zur Frage, ob die Angebotsprüfung gehörig durchgeführt bzw. inwieweit nach den

bisherigen Verfahrensergebnissen insoweit ein Ausscheidensgrund vorliegt oder nicht

(Anmerkung: Gemäß Verhandlungsverlauf va zur Frage an die AG, warum die Vorhalte zu

den Regielohnpreis-Positionen 01.01.98.01.03 und 01.01.98.01.04 bisher nicht erfolgt sind)

[...]

Danach führte die ASt in dieser Eingabe ua auch aus wie folgt:

[...]

Die Ansätze / Werte für die Regiepositionen ergeben sich bereits an anderer Stelle im Angebot der ASt. Angaben zu den Regielöhnen hat die ASt jedenfalls an anderer Stelle in ihrem Angebot gemacht (in den K7 Blättern) und ergeben sich die Ansätze / Personalkosten für die

Regielohnpreise (auch) daraus. Der Kalkulations-Ansatz von XXXX entspricht den Regielohnpreisen (auch) daraus. Der Kalkulations-Ansatz von römisch 40 entspricht den

Erfahrungswerten der ASt aus anderen Groß-Baustellen unter Berücksichtigung der Rand- und Leerzeiten des vorhandenen Personals.

Die aus dem K7 Blatt ersichtliche Preisbildung zeigt

- für OT: (KV-Lohn + Gesamtzuschlag) x XXXX • für OT: (KV-Lohn + Gesamtzuschlag) x römisch 40
- für UT: [(KV-Lohn + Stollenzulage) + Gesamtzuschlag] x XXXX • für UT: [(KV-Lohn + Stollenzulage) + Gesamtzuschlag] x römisch 40

Der Faktor XXXX inkludiert die vollen Personalkosten unter Beachtung der langjährigen Erfahrung der ASt, dass entsprechende Leer- und Randzeiten des vorhandenen Personals auf der Baustelle für Regiearbeiten genutzt werden können. Hinsichtlich der gewählten Darstellung im K7 Blatt wird auf die Möglichkeit der Verwendung eines retrograden Ansatzes der Ö-Norm B 2061 in Punkt 5.2.2. hingewiesen. Der Faktor römisch 40 inkludiert die vollen Personalkosten unter Beachtung der langjährigen Erfahrung der ASt, dass entsprechende Leer- und Randzeiten des vorhandenen Personals auf der Baustelle für Regiearbeiten genutzt werden können. Hinsichtlich der gewählten Darstellung im K7 Blatt wird auf die Möglichkeit der Verwendung eines retrograden Ansatzes der Ö-Norm B 2061 in Punkt 5.2.2. hingewiesen.

Mit der mit dem gegenständlichen Nachprüfungsantrag vorgelegten Beilage ./2 (GA XXXX) wurde zudem ebenfalls dargelegt, dass die ASt, in Abhängigkeit von der Arbeitszeit, ob produktiv oder unproduktiv, mehrere K3-Blätter mit dem Angebot abgegeben hat und sich aus diesen eine für die Regielohnkalkulation exemplarische, relevante mittlere Kostenstruktur errechnen lässt. Ausscheidensgegenständlich ist hier auch nicht ein fehlendes K3 Blatt, sondern die angeblich nicht plausiblen Preise für Regiearbeiten. Mit der mit dem gegenständlichen Nachprüfungsantrag vorgelegten Beilage ./2 (GA römisch 40) wurde zudem ebenfalls dargelegt, dass die ASt, in Abhängigkeit von der Arbeitszeit, ob produktiv oder unproduktiv, mehrere K3-Blätter mit dem Angebot abgegeben hat und sich aus diesen

eine für die Regielohnkalkulation exemplarische, relevante mittlere Kostenstruktur errechnen lässt. Ausscheidensgegenständlich ist hier auch nicht ein fehlendes K3 Blatt, sondern die angeblich nicht plausiblen Preise für Regiearbeiten.

Die AG hätte diesbezüglich vielmehr davon ausgehen müssen, dass die ASt ein ausschreibungskonformes Angebot einreichen wollte und hätte die für sie angeblich nicht erklärbaren Ansätze aus dem K7 Blatt der AN vorhalten müssen. Die Werte der ASt zu den Regielohnpreisen im K7 Blatt sind aber plausibel, das wurde von der ASt bereits im Nachprüfungsantrag und dem mit diesem vorgelegten Gutachten des XXXX (Beilage ./2 zum Nachprüfungsantrag) und weiters mit der Replik vom 10.11.2022 umfassend dargelegt. Die AG hätte diesbezüglich vielmehr davon ausgehen müssen, dass die ASt ein ausschreibungskonformes Angebot einreichen wollte und hätte die für sie angeblich nicht erklärbaren Ansätze aus dem K7 Blatt der AN vorhalten müssen. Die Werte der ASt zu den Regielohnpreisen im K7 Blatt sind aber plausibel, das wurde von der ASt bereits im Nachprüfungsantrag und dem mit diesem vorgelegten Gutachten des römisch 40 (Beilage ./2 zum Nachprüfungsantrag) und weiters mit der Replik vom 10.11.2022 umfassend dargelegt.

Die Nicht-Vorlage von Kalkulationsformblättern bzw. deren Nachreichung ist kein Grund für ein unmittelbares – ohne Gelegenheit zur Aufklärung/Ersuchen um Nachreichung – Ausscheiden der ASt: Ein fehlendes K3-Blatt zu – im Verhältnis zur gesamt ausgeschriebenen Leistung äußert geringfügigen Position – Regie war auch nicht Begründungsinhalt der Ausscheidensentscheidung vom 30.9.2022.

Die Nicht-Vorlage eines K3 Blatts ist nach der einschlägigen Judikatur ein behebbarer Angebotsmangel:

Mängel sind nur dann nicht behebbare, wenn durch ihre Behebung eine materielle Verbesserung der Wettbewerbsstellung eintreten würde (ua VwGH 25.2.2002, 2003/04/0186 und andere), oder wenn sie in der Ausschreibung bestandsfest als unbehebbar festgelegt worden sind (zB VwGH 3.9.2008, 2007/04/0017).

[...]

5.3. In ihrer Stellungnahme vom 20.12.2022 erörterte die ASt insb beginnend ab Seite 6 wiederum die Frage, ob fehlende "K3 - Blätter für Regiearbeiten" einen (un-) behebbaren Angebotsmangel darstellen.

5.4. In der am 27.12.2022 für den Verhandlungstermin am 09.01.2023 versandten Ladung war insb auch folgende Hinweise enthalten:

[...]

2. Die Parteien mögen sich insbesondere auch auf eine Erörterung vorbereiten,

inwieweit nach der Rechtslage und den bestandsfesten Vorfestlegungen der Auftraggeberin ein fehlendes K3 - Blatt in einem Vergabeverfahren nachgereicht werden kann;

[...]

5. Das BVwG ersucht um allfällige möglichst schriftliche Stellungnahme zu den Erörterungsthe-men gemäß vorstehendem Punkten 2. und 3. bis 04.01.2023, 12.00 Uhr, damit allenfalls inso-wie Protokollierungszeitaufwand in der Verhandlung unterbleibt.

[...]

5.5. Die ASt verfasste danach zu dem in der Verhandlung am 09.01.2023 bzw im verkündeten Erkenntnis dann amtswegig spruchtragenden Ausscheidensgrund am 04.01.2023 unter Hinweis auf ihre Voreingaben am 05.12.2022 und 20.12.2022 wiederum schriftliche Ausführungen zur Darlegung ihrer Position, warum das ursprüngliche Fehlen von K3 - Blättern ein behebbarer Mangel iSv § 302 Abs 1 Z 5 BVergG sei. 5.5. Die ASt verfasste danach zu dem in der Verhandlung am 09.01.2023 bzw im verkündeten Erkenntnis dann amtswegig spruchtragenden Ausscheidensgrund am 04.01.2023 unter Hinweis auf ihre Voreingaben am 05.12.2022 und 20.12.2022 wiederum schriftliche Ausführungen zur Darlegung ihrer Position, warum das ursprüngliche Fehlen von K3 - Blättern ein behebbarer Mangel iSv Paragraph 302, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG sei.

5.6. Die AG nahm vorerst auch in ihrer Eingabe vom 05.12.2022 ihrerseits zur Frage der Rechtserheblichkeit der diskutiert fehlenden K3 - Blättern schriftlich umfangreich Stellung und sah diesen Umstand als Ausscheidensgrund. Diese Eingabe wurde der ASt jedenfalls auch insoweit zur Kenntnis gebracht.

In Ihrer Eingabe vom 22.12.2022 untermauerte die AG den vorstehend erwähnten Ausscheidenssachverhalt, und wurde selbiger der ASt wiederum zur Kenntnis gebracht.

Bis 4.1.2023 verfasst die AG danach keine weitere Stellungnahme

6. Am 09.01.2023 fand am Bundesverwaltungsgericht ein öffentlicher Termin für die mündliche Verhandlung statt, der soweit hier interessierend wie folgt verlief [R = vorsitzender Richter, AStV1 = ASTV1 = erster Rechtsvertreter der Antragstellerin ASt, AGV1 = erste Rechtsvertreterin der Auftraggeberin AG]:

[...]

Mitgeteilt wird, dass vorerst geplant ist volksoffentlich zu verhandeln, soweit es um angebotsunabhängige Tatsachen und Rechtsfragen zum K-3 Blatt geht.

R: Gibt es dagegen Einwände?

Nach einem Vorbringen des AStV1 werden die Anwesenden gem. § 336 BVergG aufgefordert, sich zu artikulieren, sobald sie der Meinung sind, dass es dennoch um Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse gehen würde. Nach einem Vorbringen des AStV1 werden die Anwesenden gem. Paragraph 336, BVergG aufgefordert, sich zu artikulieren, sobald sie der Meinung sind, dass es dennoch um Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse gehen würde.

Danach wird mitgeteilt, dass geplant ist, Herrn XXXX , Herrn XXXX und Herrn XXXX als sachverständige Zeugen einzuvernehmen. Danach wird mitgeteilt, dass geplant ist, Herrn römisch 40 , Herrn römisch 40 und Herrn römisch 40 als sachverständige Zeugen einzuvernehmen.

Insoweit werden diese drei genannten Personen aufgefordert, der Belehrung gem. § 49 und 50 AVG zuzuhören. Insoweit werden diese drei genannten Personen aufgefordert, der Belehrung gem. Paragraph 49 und 50 AVG zuzuhören.

Die drei Zeugen werden entsprechend belehrt und verzichten auf Geltendmachung von Fahrtkosten und Verdienstentgang.

Danach wird darauf hingewiesen, dass sämtliche Anwesenden aufgefordert werden bei der Erstbefragung dieser drei Zeugen Zwischenfragen, Zwischenrufe oder Ähnliches zu unterlassen, da dies gem. §§ 12, 15 und 288 StGB rechtserheblich sein könnte. Danach wird darauf hingewiesen, dass sämtliche Anwesenden aufgefordert werden bei der Erstbefragung dieser drei Zeugen Zwischenfragen, Zwischenrufe oder Ähnliches zu unterlassen, da dies gem. Paragraphen 12, 15 und 288 StGB rechtserheblich sein könnte.

Danach werden die drei genannten Zeugen ersucht, vor dem Verhandlungsaal zu warten.

Danach wird darauf hingewiesen, dass die Auftraggeberin in Kenntnis der Eingabe der Antragstellerin vom 04.01.2023 ist. Mit der OZ 48 des Verfahrensakts W131 2260775-1 hat die Auftraggeberin weiteres Vorbringen angekündigt.

ASTV1 rügt die Zulassung dieses Vorbringens, da insoweit die Waffengleichheit nach der Artikel 6 MRK fehlt, zumal das Gericht eine Frist bis zum 04.01.2023 gesetzt hat und die Antragsgegnerin zuvor und bereits mehrmals längere Fristen zugestanden wurden. Verwiesen wird auf § 39 Abs. 2a AVG wonach jede Partei ihr Vorbringen so rechtzeitig und vollständig zu erstatten hat, dass das Verfahren möglichst rasch durchgeführt werden kann (Verfahrensförderungspflicht). In Analogie zu § 179 ZPO kann Vorbringen vom Gericht zurückgewiesen werden, wenn die Parteien dieses grob schuldhaft nicht erstattet haben und seine Zulassung die Verfahrenserledigung erheblich verzögern würde. ASTV1 rügt die Zulassung dieses Vorbringens, da insoweit die Waffengleichheit nach der Artikel 6 MRK fehlt, zumal das Gericht eine Frist bis zum 04.01.2023 gesetzt hat und die Antragsgegnerin zuvor und bereits mehrmals längere Fristen zugestanden wurden. Verwiesen wird auf Paragraph 39, Absatz 2 a, AVG wonach jede Partei ihr Vorbringen so rechtzeitig und vollständig zu erstatten hat, dass das Verfahren möglichst rasch durchgeführt werden kann (Verfahrensförderungspflicht). In Analogie zu Paragraph 179, ZPO kann Vorbringen vom Gericht zurückgewiesen werden, wenn die Parteien dieses grob schuldhaft nicht erstattet haben und seine Zulassung die Verfahrenserledigung erheblich verzögern würde.

Weiters wird angegeben, dass die Zweitantragstellerin XXXX ihren Sitz verlegt hat nach, XXXX . Weiters wird angegeben, dass die Zweitantragstellerin römisch 40 ihren Sitz verlegt hat nach, römisch 40 .

AGV1 weist darauf hin, dass der Antragstellerin ebenfalls eine Frist von 14 Tagen für ihre weitere Stellungnahme

eingerräumt wurde. Im Dezember gab es keine Frist des Gerichtes. Hier wurde von der Auftraggeberin ein weiterer Schriftsatz in Aussicht gestellt, der krankheitsbedingt zwei Tage später eingebracht wurde. Zum Vorbringen der Antragstellerin von Heute ist festzuhalten, dass der Aufforderung des Gerichtes vom 28.12.2022 keine „harte“ Frist zu entnehmen ist. Das Gericht hat vielmehr ersucht, eine schriftliche Stellungnahme bis zum 04.01.2023 einzubringen um einen Protokollierungsaufwand in der Verhandlung zu reduzieren.

Die AGV1 hat das Gericht unmittelbar nach Einlagen dieser Aufforderung in Kenntnis gesetzt, dass es bedauerlicherweise aufgrund des Betriebsurlaubes der BBT nicht möglich ist, vorab einen Schriftsatz einzubringen.

Zum Vorbringen der Antragstellerin wonach ein schuldhaft verspätetes Einbringen analog § 179 ZPO zurückzuweisen ist, wird auf Kolonovits/Muzak Grundriss des Österreichischen Verwaltungsverfahrensrecht Rz 322/1 verwiesen, wo festgehalten ist, dass die erläuternden Bemerkungen ausdrücklich festhalten, dass die Grundsätze der Amtswegigkeit und der materiellen Wahrheit durch § 39 Abs. 2a AVG nicht eingeschränkt werden sollen. Das bedeutet, dass die für § 178 Abs. 2 ZPO angenommene Präklusionswirkung nicht eintritt. Zum Vorbringen der Antragstellerin wonach ein schuldhaft verspätetes Einbringen analog Paragraph 179, ZPO zurückzuweisen ist, wird auf Kolonovits/Muzak Grundriss des Österreichischen Verwaltungsverfahrensrecht Rz 322/1 verwiesen, wo festgehalten ist, dass die erläuternden Bemerkungen ausdrücklich festhalten, dass die Grundsätze der Amtswegigkeit und der materiellen Wahrheit durch Paragraph 39, Absatz 2 a, AVG nicht eingeschränkt werden sollen. Das bedeutet, dass die für Paragraph 178, Absatz 2, ZPO angenommene Präklusionswirkung nicht eintritt.

R teilt mit, dass nach seiner Judikaturkenntnis des VwGH die Position des ASTV1 wünschenswert der Verfahrensökonomie dienen würde, aber so nicht gesehen wird.

ASTV1 weist darauf hin, dass [...]

R: AGV1 erhält nunmehr die Möglichkeit die OZ 48 vorzutragen.

AGV1 trägt vor wie in OZ 48.

R nimmt Bezug auf die Beilage 19, die Beilage 17 sein soll und nimmt Einschau in den elektronischen Vergabeakt.

AGV1 weist insoweit auf den Ordner Vergabeakt BBT-H53\03_Ausschreibungsunterlagen\AP346_Teil_A\AP346_Teil_A_Anhaenge_01-04-Rev05 hin, wo im Teil A Anhang 02 auf Seite 4 geschrieben steht:

Detaillkalkulation gemäß ÖNORM B 2061 erstellte Kalkulationsblätter K2, K3, K4, K6 und K7 als zip-file.

R zur AGV1: Wo kommt insofern die unrichtige Beschreibung als Beilage 19 vor?

AGV1: Im Teil B „Allgemeine rechtliche Vertragsbestimmungen“ wird im Punkt 1.1 Vertragsgegenstand und Vertragsbestandteile versehentlich beim letzten Spiegelstrich „Detaillkalkulation gemäß ÖNORM 2061“ auf eine nichtexistierende Beilage 19 verwiesen. Es handelt sich hierbei lediglich um einen Verweisfehler. Es gibt keine Beilage 19, die die Bieter mit dem Angebot abgeben hätten müssen.

Vor Zeugeneinvernahme erhält ASTV1 nun die Möglichkeit zu einem Vorbringen.

Der ASTV1 bestreitet das heutige Vorbringen der AG, verweist auf seine bisherigen Schriftsätze, insbesondere auf jenen vom 04.01.2023 und legt dar, dass durch die Aufgliederung des Zuschlages von XXXX im K3-Blatt keinerlei Veränderung des Einheitspreises und keinerlei wettbewerbsrelevanter Vorteil für die Antragstellerin entstehen konnte. Die AG hat die Ausscheidensentscheidung vom 30.09.2022 nicht auf das Nicht-Vorliegen eines K3-Blatts gestützt, weshalb ein nunmehriges Aufgreifen des fehlenden K3-Blatts für Regielöhne OT und UT absolut unzulässig ist. Auf Seite 31 der Verhandlungsniederschrift vom 24.11.2022 hat die AG selbst eingeräumt, dass die AST eine – wenn auch aus ihrer Sicht „rudimentäre“ – Darstellung der Personalkosten gemacht hat, womit keine Abweichung von den zwingenden Vorgaben der Ausschreibung, sondern lediglich ein behebbarer Angebotsmangel vorliegt. Wenn der AG die vorgenommene Darstellung aus Sicht der Preisangemessenheit unzureichend erschien, hätte sie im Zuge der Angebotsprüfung nach § 301 Abs. 3 BVergG zwingend Aufklärung von der AST verlangen müssen. Dass die mit dem Angebot vorgelegten Kalkulationsansätze plausibel sind, hat die AST durch ihre Schriftsätze, insbesondere jenen vom 24.11.2022 umfassend dargelegt. Der ASTV1 bestreitet das heutige Vorbringen der AG, verweist auf seine bisherigen Schriftsätze, insbesondere auf jenen vom 04.01.2023 und legt dar, dass durch die Aufgliederung des Zuschlages von römisch 40 im K3-Blatt keinerlei Veränderung des Einheitspreises und keinerlei wettbewerbsrelevanter Vorteil für die

Antragstellerin entstehen konnte. Die AG hat die Ausscheidensentscheidung vom 30.09.2022 nicht auf das Nicht-Vorliegen eines K3-Blatts gestützt, weshalb ein nunmehriges Aufgreifen des fehlenden K3-Blatts für Regielöhne OT und UT absolut unzulässig ist. Auf Seite 31 der Verhandlungsniederschrift vom 24.11.2022 hat die AG selbst eingeräumt, dass die AST eine – wenn auch aus ihrer Sicht „rudimentäre“ – Darstellung der Personalkosten gemacht hat, womit keine Abweichung von den zwingenden Vorgaben der Ausschreibung, sondern lediglich ein behebbarer Angebotsmangel vorliegt. Wenn der AG die vorgenommene Darstellung aus Sicht der Preisangemessenheit unzureichend erschien, hätte sie im Zuge der Angebotsprüfung nach Paragraph 301, Absatz 3, BVergG zwingend Aufklärung von der AST verlangen müssen. Dass die mit dem Angebot vorgelegten Kalkulationsansätze plausibel sind, hat die AST durch ihre Schriftsätze, insbesondere jenen vom 24.11.2022 umfassend dargelegt.

R teilt mit, dass die weitere Verfahrensführung derzeit vor dem Hintergrund der Judikatur des VwGH zu § 347 Abs. 1 Z 2 BVergG erfolgen soll. R teilt mit, dass die weitere Verfahrensführung derzeit vor dem Hintergrund der Judikatur des VwGH zu Paragraph 347, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG erfolgen soll.

AStV1 beantragt die Einsichtnahme in die Beilage E, wie von der AG mit Schriftsatz vom 22.12.2022 vorgelegt.

R weist darauf hin, dass diesbezügliche Erörterungen im Rahmen der Rechtserheblichkeit später stattfinden sollen.

Es wird sohin mit den Zeugeneinvernahmen begonnen.

R zu XXXX (Z1) R zu römisch 40 (Z1)

R: Sind Ihr Geburtsdatum und Ihre Wohnadresse im Österreichischen ZMR enthalten?

Z1: Ja.

R: Inwieweit haben Sie bei dieser Vergabe für die AST, sprich die Bietergemeinschaft aus XXXX und XXXX, Tätigkeiten vorgenommen? R: Inwieweit haben Sie bei dieser Vergabe für die AST, sprich die Bietergemeinschaft aus römisch 40 und römisch 40, Tätigkeiten vorgenommen?

Z1: Ich habe das Gutachten erstellt, welches mit dem Nachprüfungsantrag vorgelegt wurde. Ich habe die AST im Zuge des Verfahrens bauwirtschaftlich beraten und in diesem Zusammenhang an mehreren Konferenzen und den Verhandlungen teilgenommen.

R: Wissen Sie, ob es bei dieser Vergabe für den Regielohnpreis OT und den Regielohnpreis UT K3-Blätter gegeben hat, die von der AST als Angebotsbeilage abgegeben wurden?

Z1: Ich weiß, dass keine K3-Blätter abgegeben wurden. Ich glaube es hat auch kein K3-Blatt zum Zeitpunkt der Einreichung des Angebotes gegeben, weil die Kalkulation im K7-Blatt abgebildet wurde.

R: Haben Sie Tatsachenwissen, inwieweit mit einem offenbar abgegebenen K7-Blatt alle oder nicht alle Informationen bei der Angebotsabgabe an die Auftraggeberin kommuniziert wurden, die sonst mit einem K3-Blatt dargestellt werden?

Z1: Das K3-Blatt sieht noch zusätzliche Detailinformationen vor.

R: Können Sie für einen technischen oder bauwirtschaftlichen Laien beschreiben, was die ÖNORM B2061 unter dem Begriff „Detailkalkulation“ branchenüblich versteht?

Z1: Darunter versteht man die Darstellung des Faktoreinsatzes und der Faktorkosten. Die Produktionsfaktoren, die die ÖNORM nennt, sind Personal, Material und Gerät. Das sind die Wesentlichen. Betreffend den Lohn wäre der Faktoreinsatz der Aufwandswert und die Faktorkosten die Mittellohnkosten. Auf das Ergebnis wird dann noch der sogenannte Gesamtzuschlag aufgeschlagen.

R: Ist das Ausfüllen eines K3-Blattes eine Tätigkeit im Rahmen der Detailkalkulation?

Z1: Das Ausfüllen eines K3-Blattes ist ein formaler Vorgang. Es gibt auch andere Möglichkeiten die Personalkosten, also die Faktorkosten für die Arbeit zu bestimmen. Deswegen wurde in der ÖNORM B2061 Ausgabe 2020 auch der retrograde Zugang erwähnt. Hier werden Werte aus der Kostenrechnung bzw. des Controllings verwendet, sodass ein eigener Kalkulationsvorgang im Rahmen der Detailkalkulation entfällt.

Z1 ergänzend: Zur vorherigen Frage möchte ich noch ergänzen, dass die Formel Faktoreinsatz mal Faktorkosten nur für Leistungspositionen gilt, nicht jedoch für Regiepositionen, weil der Faktoreinsatz kein Kalkulationselement von Regieleistungen ist.

R: Bezugnehmend auf den in diesem Verfahren diskutierten K3-Blätter für die Regielöhne OT und UT, ist das Ausfüllen von diesbezüglichen K3-Blättern bei dieser Vergabe bzw. einer vergleichbaren Vergabe Ihres Erachtens ein unternehmerischer Aufwand?

Z1: Der Aufwand für das Kalkulieren der Personalkosten mittels K3-Blatt ist sehr gering, sogar bei händischer Kalkulation, also ohne Verwendung eines EDV-Programmes, setzen wir bei Prüfungen an der Universität einen Zeitrahmen von rund einer halben Stunde an. Ich persönlich würde für das EDV-mäßige Ermitteln eines Preises nach dem Schema K3-Blatt rund 10 Minuten benötigen.

R teilt mit, dass die Zeugeneinvernahme des Z1 nunmehr unterbrochen wird und dieser ersucht wird, wiederum vor dem Verhandlungssaal zu warten und nicht mit den anderen beiden bereits konkretisierten Zeugen über seine Einvernahme zu sprechen.

Als nächstes wird Herr XXXX (Z2) einvernommen. Als nächstes wird Herr römisch 40 (Z2) einvernommen.

R: Stehen Ihr Geburtsdatum und Ihr Wohnort im Österreichischen ZMR?

Z2: Ja.

R: Können Sie kurz beschreiben, welche Aufgabe Sie bei der gegenständlichen Vergabe bei der antragstellenden Bietergemeinschaft hatten?

Z2: Meine Aufgabe bei dem gegenständlichen Bauvorhaben war die Erstellung der Kalkulation bzw. die Aufbereitung sämtlicher Abgabeunterlagen für die Angebotsabgabe.

R: Wissen Sie, wann die Angebotsfrist endete, kann das der 01.06.2022, 12:00 Uhr gewesen sein?

Z2: Ja, das ist möglich.

R: Wissen Sie, ob die AST bei der Angebotsabgabe K3-Blätter für die Regielohnpreise OT und UT abgegeben hat?

Z2: Zu dem damaligen Zeitpunkt wurden seitens der AST keine K3-Blätter für Regieleistungen OT und UT abgegeben, da sämtliche kalkulatorischen Werte zur Ermittlung des Regiepreises im K7-Blatt kalkuliert bzw. angeboten wurden und somit eine detaillierte Kalkulation des Regiepreises erfolgte.

R: Ist es richtig, dass betreffend die Regielöhne OT und UT Informationen in einem K7-Blatt enthalten waren, welches mit dem Angebot abgegeben wurde?

Z2: Ja, das ist richtig.

R: Sind in diesem K7-Blatt nach Ihrer Tatsachenwahrnehmung sämtliche Informationen enthalten gewesen, die sonst in einem diesbezüglichen K3-Blatt für die Regielöhne OT und UT enthalten sein sollten?

Z2: Es sind sämtliche Informationen in diesem K7-Blatt für beide Positionen enthalten.

R: Ich halte Ihnen die Aussage von Herrn XXXX vor, der gesagt hat: R: Ich halte Ihnen die Aussage von Herrn römisch 40 vor, der gesagt hat:

„R: Haben Sie Tatsachenwissen, inwieweit mit einem offenbar abgegebenen K7-Blatt alle oder nicht alle Informationen bei der Angebotsabgabe an die Auftraggeberin kommuniziert wurden, die sonst mit einem K3-Blatt dargestellt werden?“

Z1: Das K3-Blatt sieht noch zusätzliche Detailinformationen vor.“

R: Was sagen Sie zu der Aussage von XXXX R: Was sagen Sie zu der Aussage von römisch 40 ?

Z2: Es gibt in einem K3-Blatt weitere zusätzliche Informationen, welche in unserem Zuschlagswert, welcher im K7-Blatt für Regielöhne OT und UT mit einem Faktor von XXXX dargestellt wurde. In diesem Faktor sind sämtliche Detailangaben aus einem eventuellen K3-Blatt enthalten. Der Wert von XXXX wurde bis heute noch nicht in Frage gestellt, noch hat es eine Anfrage auf Aufklärung gegeben. Um darauf weiter eine Antwort zu geben erlaube ich mir den XXXX Wert kurz darzulegen. Dieser XXXX Aufschlagswert enthält sämtliche für die Ermittlung eines Lohnes erforderlichen Werte bzw. resultiert aus der Kenntnis von diversen Nachkalkulationswerten bzw. aus Werten der Kostenrechnung und Controllings bei gleichartige Großbaustellen wie zum Beispiel XXXX . Dieser Wert wurde unsererseits für die Ermittlung des Regielohns OT und UT herangezogen. Z2: Es gibt in einem K3-Blatt weitere zusätzliche Informationen, welche in unserem Zuschlagswert, welcher im K7-Blatt für Regielöhne OT und UT mit einem

Faktor von römisch 40 dargestellt wurde. In diesem Faktor sind sämtliche Detailangaben aus einem eventuellen K3-Blatt enthalten. Der Wert von römisch 40 wurde bis heute noch nicht in Frage gestellt, noch hat es eine Anfrage auf Aufklärung gegeben. Um darauf weiter eine Antwort zu geben erlaube ich mir den römisch 40 Wert kurz darzulegen. Dieser römisch 40 Aufschlagswert enthält sämtliche für die Ermittlung eines Lohnes erforderlichen Werte bzw. resultiert aus der Kenntnis von diversen Nachkalkulationswerten bzw. aus Werten der Kostenrechnung und Controllings bei gleichartige Großbaustellen wie zum Beispiel römisch 40. Dieser Wert wurde unsererseits für die Ermittlung des Regielohns OT und UT herangezogen.

ASTV1: Das sind Geschäftsgeheimnisse.

R: Ich komme nochmals zur Aussage von XXXX, der gesagt hat: „Das K3-Blatt sieht noch zusätzliche Detailinformationen vor“. Sind Sie der Meinung, dass die Aussage des XXXX insoweit unrichtig ist, als er von zusätzlichen Informationen spricht? R: Ich komme nochmals zur Aussage von römisch 40, der gesagt hat: „Das K3-Blatt sieht noch zusätzliche Detailinformationen vor“. Sind Sie der Meinung, dass die Aussage des römisch 40 insoweit unrichtig ist, als er von zusätzlichen Informationen spricht?

Z2: Nein, das kann ich nicht sagen, dass das unrichtig ist. Es gibt dort zusätzliche Informationen.

R: Ist es Ihres Erachtens ein unternehmerischer Aufwand und wie groß ist dieser allenfalls, wenn K3-Blätter für Regielöhne OT und UT bei dieser Vergabe erstellt werden?

Z2: Es ist kein großer unternehmerischer Aufwand erforderlich diese Kalkulationsformblätter zu erstellen, jedoch haben wir davon Abstand genommen, da eine Kalkulation bereits im K7-Blatt erfolgte.

R ersucht nunmehr den Z2 vor dem Verhandlungssaal zu warten und nicht über seine Aussage mit den anderen bereits konkretisierten Zeugen zu sprechen.

Als nächstes wird Herr XXXX (Z3) einvernommen. Als nächstes wird Herr römisch 40 (Z3) einvernommen.

R: Stehen Ihr Geburtsdatum und Ihr Wohnort im Österreichischen ZMR?

Z3: Ja.

R: Inwieweit waren oder sind Sie mit der gegenständlichen Auftragsvergabe betreffend das Baulos H53 Brenner Basis Tunnel BBT SE befasst gewesen?

Z3: Ich bin erst seit knapp vor Weihnachten mit der Thematik befasst worden um eine Stellungnahme zu Ihren Fragen abzugeben. Mir wurden die bisherigen Unterlagen und Schriftsätze hierfür zur Verfügung gestellt.

R: Sind in einem K7-Blatt bei der Baukalkulation nach Ihrer Tatsachenwahrnehmung üblicherweise immer sämtliche Informationen enthalten, die in K3-Blättern enthalten sind, wenn K3-Blätter für Regielöhne OT und UT verlangt werden?

Z3: Nein, üblicherweise, wenn K3-Blätter abgegeben werden, wird im K7 Blatt lediglich der Regielohnpreis aus dem K3-Blatt übernommen. Deshalb gibt es das K3-Blatt, wo die notwendigen Informationen enthalten sind.

R: Stellt es aus Ihrer Tatsachenwahrnehmung einen unternehmerischen Aufwand dar, wenn bei einem Bauvorhaben, wie dem gegenständlichen, K3-Blätter für die Regielöhne OT und UT erstellt werden müssen?

Z3: Ja, aus meiner Sicht stellt es einen betrieblichen Aufwand dar. Ein K3-Blatt setzt sich aus vielen Bestandteilen zusammen, die eben immer individuell zu bewerten und zu ermitteln sind. Diese einzelnen Kostenbestandteile sind eben auch für eine Regielohnkalkulation zu ermitteln. Es gehören auf einer Seite die Gewichtung der KV-Gruppen, das außerkollektivvertragliche Entgelt, abgabepflichtige Aufwandsentschädigungen, nicht abgabepflichtige Personalkosten, weitere Personalnebenkosten, Personalgemeinkosten.

ASTV1 weist darauf hin, dass der Z3 aus einem Dokument abliest.

R: Kann ich das Dokument sehen?

Z3: Ja.

Der Z3 folgt insoweit ein Blatt aus, das zu Protokoll genommen werden kann.

R hält fest, dass seine Erörterung ergibt, dass in dem Dokument offenbar zu Fragen aus der Ladung zur heutigen Verhandlung Textelemente enthalten sind, wobei ASTV1 darauf hinweist, dass es für einen Zeugen unzulässig ist, die Zeugenaussage nicht unmittelbar zu tätigen, sondern vorbereitete Bestandteile zu verlesen oder zur Hilfe zu nehmen.

AGV1 weist darauf hin, dass es nicht unzulässig ist, dass sich ein Zeuge auf seine Zeugenaussage vorbereitet.

Z3: Ich habe lediglich die Aufzählungspunkte aus dem K3-Blatt vorgelesen.

R: Können Sie für einen technischen bzw. bauwirtschaftlichen Laien eine Aussage tätigen, inwieweit das Ausfüllen von K3-Blättern branchenüblich ein Teil der Detailkalkulation gemäß der ÖNORM 2061 ist?

Z3: Grundsätzlich funktioniert es so, das K3-Blatt ist ein Teil der ÖNORM B2061. In der Praxis werden dazu noch zahlreiche Hilfsblätter verwendet, mit denen der Unternehmer die einzelnen Werte im K3-Blatt herleitet und dazu sind zahlreiche Informationen aus dem Unternehmen und der Baustelle erforderlich um die richtigen Werte zu ermitteln. Das Ergebnis des K3-Blattes wird dann üblicherweise in das Kalkulationsprogramm als Betriebsstoff übernommen und wird für alle K7-Kalkulationen angewendet.

R ersucht nunmehr den Z3 vor dem Verhandlungssaal zu warten und über seine Aussage mit niemand anderen zu sprechen, damit das Risiko einer Beweisverfälschung vermieden wird.

R hält nunmehr fest, dass nach den bisherigen Aussagen der drei Zeugen zum Schlusstermin der Angebote am 01.06.2022 offenbar bei der AST keine K3-Blätter für die Regielöhne OT und UT dem Angebot beigelegt waren bzw. solche, insbesondere nach der Aussage des XXXX, auch noch nicht existiert haben. R hält nunmehr fest, dass nach den bisherigen Aussagen der drei Zeugen zum Schlusstermin der Angebote am 01.06.2022 offenbar bei der AST keine K3-Blätter für die Regielöhne OT und UT dem Angebot beigelegt waren bzw. solche, insbesondere nach der Aussage des römisch 40, auch noch nicht existiert haben.

Nach den Ausschreibungsunterlagen waren die K3-Blätter dem Angebot beizulegen. Nach den Aussagen der drei heute bereits gehörten Zeugen stellt das Ausfüllen von K3-Blättern für Regielöhne OT und UT einen zumindest geringfügigen Aufwand dar. Nach den Aussagen von XXXX, die von Herrn XXXX auch nicht substantiiert bestritten wurden, waren in den im Verfahren bereits diskutierten K7-Blatt nicht sämtliche Informationen enthalten, die insoweit in den K3-Blättern für die Regielöhne OT und UT enthalten gewesen wären. Nach den Ausschreibungsunterlagen waren die K3-Blätter dem Angebot beizulegen. Nach den Aussagen der drei heute bereits gehörten Zeugen stellt das Ausfüllen von K3-Blättern für Regielöhne OT und UT einen zumindest geringfügigen Aufwand dar. Nach den Aussagen von römisch 40, die von Herrn römisch 40 auch nicht substantiiert bestritten wurden, waren in den im Verfahren bereits diskutierten K7-Blatt nicht sämtliche Informationen enthalten, die insoweit in den K3-Blättern für die Regielöhne OT und UT enthalten gewesen wären.

Es ist nunmehr geplant eine Verhandlungspause zu machen, nach welcher die Parteien zu der vorstehenden vorläufigen Sachverhaltsannahme Stellung nehmen können und allfällige Fragen an Personalbeweismittel protokollieren lassen können.

Beginn der Pause 11:50 Uhr.

Fortsetzung der Verhandlung um 12:30 Uhr

Vorerst wird das Dokument des Z3 als Beilage ./1 zur heutigen Niederschrift genommen.

ASTV1 erhält die Möglichkeit für Vorbringen und zur Fragenprotokollierung.

ASTV1 legt mit Datum 05.01.2023 datierte K3-Blätter vor, die als Beilage ./2 zur heutigen Niederschrift genommen werden.

ASTV1 verweist betreffend Vorbringen auf den Schriftsatz vom 04.01.2023.

ASTV1 bringt ergänzend vor, dass der Zuschlag von XXXX schon im K7-Blatt enthalten war und das nunmehr vorgelegte K3-Blatt im Wege der retrograden Kalkulation erstellt wurde und der Zuschlag von XXXX auf die einzelnen Kalkulationszeilen 4-17 zugeordnet wurde. ASTV1 bringt ergänzend vor, dass der Zuschlag von römisch 40 schon im K7-Blatt enthalten war und das nunmehr vorgelegte K3-Blatt im Wege der retrograden Kalkulation erstellt wurde und der Zuschlag von römisch 40 auf die einzelnen Kalkulationszeilen 4-17 zugeordnet wurde.

R: Will die AST noch Fragen an die heutigen Zeugen stellen?

ASTV1: Ja.

R: Insbesondere um die vorläufige Sachverhaltsannahme zu widerlegen?

ASTV1: Ich verweise darauf, dass der Zeuge XXXX ausgeführt hat, dass der XXXX Zuschlag im vorgelegten K7-Blatt zu den Regiellohnpositionen OT und UT kalkuliert und ersichtlich war. Insofern war der wesentliche Inhalt der K3-Blätter bereits festgelegt und konnte im Zuge einer späteren formellen Detailerstellung des K3-Blattes nicht mehr verändert werden. Insofern war der Inhalt des K3-Blattes, wenn auch disloziert, im K7-Blatt sehr wohl existent. ASTV1: Ich verweise darauf, dass der Zeuge römisch 40 ausgeführt hat, dass der römisch 40 Zuschlag im vorgelegten K7-Blatt zu den Regiellohnpositionen OT und UT kalkuliert und ersichtlich war. Insofern war der wesentliche Inhalt der K3-Blätter bereits festgelegt und konnte im Zuge einer späteren formellen Detailerstellung des K3-Blattes nicht mehr verändert werden. Insofern war der Inhalt des K3-Blattes, wenn auch disloziert, im K7-Blatt sehr wohl existent.

R zu ASTV1: Ich halte Ihnen die Aussage des Prof. XXXX vor, wonach im K3-Blatt zusätzliche Informationen enthalten sind. Was sagen Sie dazu? R zu ASTV1: Ich halte Ihnen die Aussage des Prof. römisch 40 vor, wonach im K3-Blatt zusätzliche Informationen enthalten sind. Was sagen Sie dazu?

ASTV1: Dazu möchte ich den Zeugen XXXX im Zuge meines Fragerechtes befragen. Nach meinem Verständnis geht es um die Aufgliederung des XXXX Zuschlages in den Zeilen 4-17 des K3-Blattes. Entscheidend ist, dass die Summe der sich daraus ergebenden Zuschlages durch die Kalkulationen im K7-Blatt fixiert war, sodass nur eine Aufteilung und keine neue Kalkulation möglich war. ASTV1: Dazu möchte ich den Zeugen römisch 40 im Zuge meines Fragerechtes befragen. Nach meinem Verständnis geht es um die Aufgliederung des römisch 40 Zuschlages in den Zeilen 4-17 des K3-Blattes. Entscheidend ist, dass die Summe der sich daraus ergebenden Zuschlages durch die Kalkulationen im K7-Blatt fixiert war, sodass nur eine Aufteilung und keine neue Kalkulation möglich war.

R fordert ASTV1 auf, gem. § 336 BVergG die Fragen zu protokollieren, die insoweit an XXXX zu stellen gewünscht sind. R fordert ASTV1 auf, gem. Paragraph 336, BVergG die Fragen zu protokollieren, die insoweit an römisch 40 zu stellen gewünscht sind.

ASTV1: Ich verweise darauf, dass Fragen an den Zeugen nicht dem § 336 BVergG unterstellt werden können. ASTV1: Ich verweise darauf, dass Fragen an den Zeugen nicht dem Paragraph 336, BVergG unterstellt werden können.

AGV1: Die Auftraggeberin bestreitet das Vorbringen des ASTV1 und verweist diesbezüglich insbesondere auf die bisherigen Schriftsätze. Im K7-Blatt der AST waren lediglich vier Werte aus einem richtigen K3-Blatt ersichtlich. Alle anderen Werte, nämlich die Werte aus den Zeilen 4 bis 18 wurden von der AST wie insbesondere die heute in der Verhandlung vorgelegten K3-Blätter zeigen, erst im Nachhinein ermittelt und erstellt. Wie bereits in unserem Schriftsatz vom 22.12.2022 dargestellt (Vgl. Rz 36 Musterformblatt Homepage XXXX) besteht hier eine nachträgliche vielfältige Änderungs-, Verbesserungs- und Manipulationsmöglichkeit, wodurch sich die Wettbewerbsstellung der AST verbessert. Insbesondere ist auch noch darauf hinzuweisen, dass die AST die Zeile 17 des nunmehr vorgelegten K3-Blattes für „Zurechnungen für Synergien“ missbraucht hat. Hier dürfen nur Umlagen angesetzt werden weshalb es denkunmöglich ist, dass hier ein negativer Wert angesetzt wird. Würde man das Vorgehen der AST zulassen, so würde jegliche Angebotsprüfung im Sinne des BVergG ad absurdum geführt, weil hier jeder Preis einfach mit Synergien nachträglich erklärt werden könnte. Beispielhafte Überlegungen zeigen, dass nachträglich unterschiedlichste Kombinationen von Auf- und Abschlägen zu ganz unterschiedlichen Ergebnissen führen, ohne dass der Einheitspreis sich verändert. Dazu würden wir gerne den sachverständigen Zeugen XXXX befragen. AGV1: Die Auftraggeberin bestreitet das Vorbringen des ASTV1 und verweist diesbezüglich insbesondere auf die bisherigen Schriftsätze. Im K7-Blatt der AST waren lediglich vier Werte aus einem richtigen K3-Blatt ersichtlich. Alle anderen Werte, nämlich die Werte aus den Zeilen 4 bis 18 wurden von der AST wie insbesondere die heute in der Verhandlung vorgelegten K3-Blätter zeigen, erst im Nachhinein ermittelt und erstellt. Wie bereits in unserem Schriftsatz vom 22.12.2022 dargestellt (Vgl. Rz 36 Musterformblatt Homepage römisch 40) besteht hier eine nachträgliche vielfältige Änderungs-, Verbesserungs- und Manipulationsmöglichkeit, wodurch sich die Wettbewerbsstellung der AST verbessert. Insbesondere ist auch noch darauf hinzuweisen, dass die AST die Zeile 17 des nunmehr vorgelegten K3-Blattes für „Zurechnungen für Synergien“ missbraucht hat. Hier dürfen nur Umlagen angesetzt werden weshalb es denkunmöglich ist, dass hier ein negativer Wert angesetzt wird. Würde man das Vorgehen der AST zulassen, so würde jegliche Angebotsprüfung im Sinne des BVergG ad absurdum geführt, weil hier jeder Preis einfach mit Synergien nachträglich erklärt werden könnte.

Beispielhafte Überlegungen zeigen, dass nachträglich unterschiedlichste Kombinationen von Auf- und Abschlägen zu ganz unterschiedlichen Ergebnissen führen, ohne dass der Einheitspreis sich verändert. Dazu würden wir gerne den sachverständigen Zeugen römisch 40 befragen.

R zu ASTV1: Wollen Sie etwas entgegnen?

ASTV1: Ich verweise auf das bisherige Vorbringen.

Die Verhandlung wird um 12:57 Uhr bis 13:00 Uhr für eine kurze Beratungspause unterbrochen.

R: Es ergeht die Umfrage an die Parteienvertreter, ob Beweisanträge inklusive Zeugenbefragungsbestrebungen etc. bestehen um zu widerlegen, dass dem Angebot der AST keine K3-Blätter für die Regielohnpreise OT und UT am 01.06.2022 als dem Schlusstermin für die Angebotsabgabe beigelegt sind bzw. ob derartige Beweisanträge zur Widerlegen der Tatsache bestehen, dass das von der Ausschreibung insoweit verlangte Abgeben von solchen K3-Blättern einen zumindest geringfügigen unternehmerischen Aufwand darstellen.

AGV1: Keine Beweisanträge.

ASTV1: Ich habe eine Reihe von Fragen an die Zeugen zum Beweis dafür, dass die im K7-Blatt vorhandene Detailkalkulation alle relevanten Festlegungen enthalten hat, sodass die Nicht-Vorlage der beiden K3-Blätter OT und UT lediglich einen verbesserungsfähigen Mangel darstellt und keinen wettbewerbsrelevanten Vorteil.

R zu ASTV1: Unter Hinweis auf Punkt 1.2 des Teils B der Ausschreibungsunterlagen, bestreiten Sie, dass die Detailkalkulation, wie zum Beispiel im K3-Blatt ersichtlich, Vertragsbestandteil werden sollte?

ASTV1: Unbestritten ist, dass nach der vorliegenden Ausschreibung die Detailkalkulation inklusive Kalkulationsblätter aus dem Grund Vertragsbestandteil werden sollte, weil diese Kalkulationsansätze im Falle von Mehr- und Minderkostenforderungen heranzuziehen sind. Dies ändert aber nichts daran, dass die Nachreichung einzelner Kalkulationsblätter wie im vorliegenden Fall der K3-Blätter für Regielöhne OT und UT zulässig ist, weil es sich um einen verbesserungsfähigen Mangel handelt. Entscheidend ist, dass durch die Nachreichung dieser K3-Blätter kein wettbewerbsrelevanter Vorteil entsteht. Zum einen wurde der Zuschlag von XXXX bereits mit Angebotsabgabe durch Vorlage des K7-Blattes fixiert. Zum anderen ist der unternehmerische Aufwand, den Zuschlag von XXXX auf die einzelnen Zeilen 4-17 des K3-Blattes aufzuteilen minimal. Eine Vielzahl dieser Positionen sind ohnedies gesetzlich oder kollektivvertraglich vorgegeben oder durch die Vertragsbestimmungen determiniert, die anderen Positionen ergeben sich notwendigerweise aus dem bereits vorgelegten, vorhandenen K3-Blättern anderer Positionen. Der diesbezügliche Zeitaufwand ist in Anbetracht des Umfanges der gegenständlichen Ausschreibung absolut vernachlässigbar. Es erscheint geradezu widersinnig, dass der Gesetzgeber die Möglichkeit, verbesserungsfähiger Mängel vorsieht und im vorliegenden Fall, bei dem es sich lediglich um Regiekalkulationsblätter handelt, die noch dazu in den wesentlichen Bestandteilen, im K7-Blatt determiniert waren, aufgrund des Arbeitsaufwandes ein unzulässiger Wettbewerbsvorteil erkannt würde. Dies wäre völlig unverhältnismäßig und müsste diese Frage zweifellos dem Europäischen Gerichtshof zur Vorabentscheidung vorgelegt werden, zumal der EuGH die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und Sachlichkeit stets betont.

ASTV1: Unbestritten ist, dass nach der vorliegenden Ausschreibung die Detailkalkulation inklusive Kalkulationsblätter aus dem Grund Vertragsbestandteil werden sollte, weil diese Kalkulationsansätze im Falle von Mehr- und Minderkostenforderungen heranzuziehen sind. Dies ändert aber nichts daran, dass die Nachreichung einzelner Kalkulationsblätter wie im vorliegenden Fall der K3-Blätter für Regielöhne OT und UT zulässig ist, weil es sich um einen verbesserungsfähigen Mangel handelt. Entscheidend ist, dass durch die Nachreichung dieser K3-Blätter kein wettbewerbsrelevanter Vorteil entsteht. Zum einen wurde der Zuschlag von römisch 40 bereits mit Angebotsabgabe durch Vorlage des K7-Blattes fixiert. Zum anderen ist der unternehmerische Aufwand, den Zuschlag von römisch 40 auf die einzelnen Zeilen 4-17 des K3-Blattes aufzuteilen minimal. Eine Vielzahl dieser Positionen sind ohnedies gesetzlich oder kollektivvertraglich vorgegeben oder durch die Vertragsbestimmungen determiniert, die anderen Positionen ergeben sich notwendigerweise aus dem bereits vorgelegten, vorhandenen K3-Blättern anderer Positionen. Der diesbezügliche Zeitaufwand ist in Anbetracht des Umfanges der gegenständlichen Ausschreibung absolut vernachlässigbar. Es erscheint geradezu widersinnig, dass der Gesetzgeber die Möglichkeit, verbesserungsfähiger Mängel vorsieht und im vorliegenden Fall, bei dem es sich lediglich um Regiekalkulationsblätter handelt, die noch dazu in den wesentlichen Bestandteilen, im K7-Blatt determiniert waren, aufgrund des Arbeitsaufwandes ein unzulässiger Wettbewerbsvorteil erkannt würde. Dies wäre völlig unverhältnismäßig und müsste diese Frage zweifellos dem Europäischen Gerichtshof zur Vorabentscheidung vorgelegt werden, zumal der EuGH die Grundsätze der

Verhältnismäßigkeit und Sachlichkeit stets betont.

R: Wird bestritten, dass gegenständlich ein offenes Vergabeverfahren durchgeführt wird?

AGV1: Nein, das ist ein offenes Verfahren.

ASTV1: Unbestritten.

R: Wird bestritten, dass die Frage der Kollektivvertragsmäßigkeit Tatsachenfragen umfasst, dass irgendwelche Sozialpartner gültige Kollektivverträge vereinbart haben?

AGV1: Nein.

ASTV1: Nein, es wurden mit dem gegenständlichen Angebot die anzuwendenden Kollektivverträge, sowie alle Arbeits- und Sozialrechtlichen Vorschriften eingehalten. Dies ist nachstehender Judikatur auf Seiten des Auftraggebers zu unterstellen. Sollten dem Auftraggeber diesbezüglich Zweifel erwachsen, muss er dem Bieter Gelegenheit zur Stellungnahme binnen angemessener Frist einräumen.

AGV1: Die vom ASTV1 zitierte Judikatur, wonach ein Angebot im Zweifel gesetzeskonform ist kommt nur dann zur Anwendung, wenn sich nicht aus dem Angebot eindeutig Gegenteiliges ergibt. Dies ist hier der Fall. Mit dem XXXX igen Aufschlag im K7-Blatt auf die kollektivvertraglichen Löhne ist es denkunmöglich, dass die vorgegebenen kollektivvertraglichen und gesetzlichen Vorschriften eingehalten werden. Dies zeigt sich auch aus den übrigen K3-Blättern, wo die gesamte Bandbreite der Personalnebenkosten weit über XXXX nämlich zwischen XXXX und XXXX liegen. Bestätigung findet dies auch in den heute vorgelegten K3-Blättern, wo die direkten und umgelegten Personalkosten weit mehr als XXXX , nämlich XXXX und XXXX für Regielohn OT und XXXX und XXXX für Regielohn UT liegen. Weiters ist auch noch darauf hinzuweisen, dass es einem Auftraggeber nach der ständigen Judikatur ausdrücklich untersagt ist, ein ausschreibungswidriges und unvollständiges Angebot verbessern zu lassen, weil dies einen Wettbewerbsvorteil darstellen würde.

AGV1: Die vom ASTV1 zitierte Judikatur, wonach ein Angebot im Zweifel gesetzeskonform ist kommt nur dann zur Anwendung, wenn sich nicht aus dem Angebot eindeutig Gegenteiliges ergibt. Dies ist hier der Fall. Mit dem römisch 40 igen Aufschlag im K7-Blatt auf die kollektivvertraglichen Löhne ist es denkunmöglich, dass die vorgegebenen kollektivvertraglichen und gesetzlichen Vorschriften eingehalten werden. Dies zeigt sich auch aus den übrigen K3-Blättern, wo die gesamte Bandbreite der Personalnebenkosten weit über römisch 40 nämlich zwischen römisch 40 und römisch 40 liegen. Bestätigung findet dies auch in den heute vorgelegten K3-Blättern, wo die direkten und umgelegten Personalkosten weit mehr als römisch 40 , nämlich römisch 40 und römisch 40 für Regielohn OT und römisch 40 und römisch 40 für Regielohn UT liegen. Weiters ist auch noch darauf hinzuweisen, dass es einem Auftraggeber nach der ständigen Judikatur ausdrücklich untersagt ist, ein ausschreibungswidriges und unvollständiges Angebot verbessern zu lassen, weil dies einen Wettbewerbsvorteil darstellen würde.

ASTV1: Ich bestreite mit Nachdruck. Gerade das heute vorgelegte K3-Blatt zeigt, dass alle arbeits- und sozialrechtlichen Personalnebenkosten ordnungsgemäß erfasst wurden. Die AG ignoriert beharrlich, dass die AST individuelle Synergien aufgrund ihrer langjährigen Erfahrung im Tunnelbau berücksichtigen konnte und dies durch entsprechende Abzüge in der Zeile 17a des K3-Blattes zulässigerweise vorgenommen hat. Die AST durfte den Kostenvorteil weitergeben und hätte dies, wenn sie im Zuge der vertieften Angebotsprüfung darauf ordnungsgemäß angesprochen worden wäre bereits zum damaligen Zeitpunkt gemacht.

AGV1: Festzuhalten ist, dass der sogenannte „Synergieeffekt“ im mit dem Angebot abgegebenen K7-Blatt Regielöhne OT und UT nicht ausgewiesen ist. Dort findet sich ausschließlich ein XXXX Aufschlag auf die Kollektivlöhne. Welchen Aufwand die AST nunmehr im Nachgang betrieben hat, diesen unplausiblen XXXX Aufschlag zu erklären, zeigt sich zum einen in der Herleitung der Regielöhne durch XXXX über die anderen abgegebenen K3-Blätter und nunmehr erstmals ein erstelltes K3-Blatt, in dem erst nach Angebotsabgabe erstmals behauptete Synergieeffekt dargestellt ist. Dies zeigt also, welchen Aufwand die AST betrieben hat, ihre nicht den arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften entsprechende Einheitspreise im Nachhinein zu erklären.

AGV1: Festzuhalten ist, dass der sogenannte „Synergieeffekt“ im mit dem Angebot abgegebenen K7-Blatt Regielöhne OT und UT nicht ausgewiesen ist. Dort findet sich ausschließlich ein römisch 40 Aufschlag auf die Kollektivlöhne. Welchen Aufwand die AST nunmehr im Nachgang betrieben hat, diesen unplausiblen römisch 40 Aufschlag zu erklären, zeigt sich zum einen in der Herleitung der Regielöhne durch römisch 40 über die anderen abgegebenen K3-Blätter und nunmehr erstmals ein erstelltes K3-Blatt, in dem erst nach

Angebotsabgabe erstmals behauptete Synergieeffekt dargestellt ist. Dies zeigt also, welchen Aufwand die AST betrieben hat, ihre nicht den arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften entsprechende Einheitspreise im Nachhinein zu erklären.

R: Es ist nunmehr angedacht, wegen fortgeschrittener Zeit das Ermittlungsverfahren vorbehaltlich einer Wiedereröffnung zu schließen.

Es ergeht daher die Umfrage, ob abseits der gewünschten Zeugenbefragung noch weitere Beweisanträge oder Akteneinsichtsanträge bestehen.

ASTV1 stellt den Antrag auf Einholung eines amtswegigen Sachverständigengutachtens zum Beweis für die im Schriftsatz vom 23.11.2022 bezüglich der Tübingproduktionsanlage, des unproduktiven Personals und der Kosten Regielöhne ausgeführten Fragen. Der SV möge dazu Befund und Gutachten erstatten und die gestellten Fragen beantworten.

ASTV1 bringt unter Bezugnahme auf die von der AG vorgelegten Beilage E samt Eingangsstempel vom 15.09.2022 sowie der Beilage .12 mit Eingangsstempel vom 04.10.2022 ergänzend vor, dass die Angebotsprüfung der AG zum Zeitpunkt der Ausscheidensentscheidung vom 30.09.2022 nicht ordnungsgemäß abgeschlossen war und die Ausscheidensentscheidung schon aus diesem Grund rechtswidrig war und aufzuheben ist. Dies ergibt sich aus folgenden Gründen:

ASTV2: Es wurde erstmals mit Schriftsatz der Auftraggeberin [...] Metadaten der in Frage gestellten Prüfberichte samt Anlagen kann abschließend geklärt werden, wann und ob diese vor dem 30.09.2022 erstellt und im Vergabeakt abgelegt waren.

AGV1 verweist auf das bisherige Vorbringen und stellt den Beweisantrag an das Gericht zur Einsichtnahme in den Server der BBT. [...]

7. Nach Schluss der Verhandlung am 09.01.2023 verkündete der vorsitzende Richter nach Durchführung der nichtöffentlichen Beratung des Senates das gegenständliche Erkenntnis insb wie folgt:

[...]

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch Mag Reinhard GRASBÖCK als vorsitzenden Richter und Dr'a Ilse Pohl als Beisitzerin der Auftraggeberseite sowie Mag' a Corinna GREGER als Beisitzerin der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend die Ausscheidensentscheidung zu Lasten der Bietergemeinschaft XXXX im Vergabeverfahren "BBT Se-Projekt: AP346 Baulos PFONS-Brenner (H53)" nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung zu Recht erkannt: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch Mag Reinhard GRASBÖCK als vorsitzenden Richter und Dr'a Ilse Pohl als Beisitzerin der Auftraggeberseite sowie Mag' a Corinna GREGER als Beisitzerin der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend die Ausscheidensentscheidung zu Lasten der Bietergemeinschaft römisch 40 im Vergabeverfahren "BBT Se-Projekt: AP346 Baulos PFONS-Brenner (H53)" nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung zu Recht erkannt:

A)

Der Nachprüfungsantrag der Bietergemeinschaft bestehend aus der XXXX und der XXXX wird abgewiesen. Der Nachprüfungsantrag der Bietergemeinschaft bestehend aus der römisch 40 und der römisch 40 wird abgewiesen.

B)

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig. Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig.

Entscheidungsgründe:

Zu A)

Die Zulässigkeitsvoraussetzungen für die Sachentscheidung sind unstrittig.

Unstrittig hat die Antragstellerin zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe keine K3 - Blätter für die Regielohnpreise Ober Tage und Unter Tage dem Angebot zum Abgabetermin beigelegt gehabt und damals auch noch nicht erstellt gehabt.

Dies war aber nach der bestandsfesten Ausschreibung verlangt.

Unstrittig stellt die nachträgliche Erstellung dieser beiden K3 - Blätter einen zumindest geringfügigen unternehmerischen Aufwand dar.

Damit ist das Angebot der Antragstellerin unvollständig und ausschreibungswidrig, nachdem nach der Ausschreibung und dort in Teil B, Punkt 1.2., die K3 - Blätter Vertragsbestandteil werden und damit im offenen Vergabeverfahren zum Zeitpunkt des Endes der Angebotsfrist vorliegen mussten, also am 01.06.2022.

Der nachträgliche Erstellungsaufwand, auch wenn nur geringfügig, führt zudem zu einem unbehebaren Mangel nach VwGH ZI 2003/04/0186.

Überdies wird mit dem Fehlen der beiden genannten Regielohnpreis - K3 - Blätter der Ausscheidensgrund der der ASt bekannten Ausschreibung verwirklicht, wonach das Angebot nicht in der vorgegebenen elektronischen Form (- dies gilt für alle Bestandteile des Angebots-) abgegeben wurde, siehe Seite 28 des Teils A der Ausschreibung.

Die angefochtene Ausscheidensentscheidung war damit jedenfalls im Ergebnis richtig, § 347 Abs 1 Z 2 BVergG, wobei verfahrensrechtlich zu bekannten Tatsachen wie eben der Ausschreibung kein zusätzliches Parteiengehör zu gewähren war. Die angefochtene Ausscheidensentscheidung war damit jedenfalls im Ergebnis richtig, Paragraph 347, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG, wobei verfahrensrechtlich zu bekannten Tatsachen wie eben der Ausschreibung kein zusätzliches Parteiengehör zu gewähren war.

Dies unbeschadet allfälliger anderer Ausscheidensgründe und insb der Frage, ob mangels K3 - Blättern für die beiden fraglichen Regielohnpreise nicht auch entgegen der neuen Ö-Norm B 2061 ausschreibungswidrig kalkuliert wurde.

Zu B) Unzulässigkeit der Revision:

Gemäß § 25a Abs. 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen. Gemäß Paragraph 25 a, Absatz eins, VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor. Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

[...]

18. Die ASt beantragte am 09.01.2023 die schriftliche Ausfertigung des mündlich verkündeten Erkenntnisses.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen: römisch zwei. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

Der Verfahrensgang und die darin festgehaltenen Tatsachen des Vergabeverfahrens werden als entscheidungsrelevanter Sachverhalt festgestellt.

Darüber hinaus wird zu diesem Vergabeverfahren und Nachprüfungsverfahren ausdrücklich festgestellt wie folgt:

1.1. In der gegenständlichen Ausschreibung sind ua folgende Festlegungen - unangefochten beim BVwG und damit bestandsfest - enthalten:

1.1.1. In den Allgemeinen rechtlichen Vertragsbestimmungen, Teil B der Ausschreibungsunterlagen:

[...]

1.2 LEISTUNGSVERZEICHNIS, DETAILKALKULATION

[...]

Die Detailkalkulation wird Vertragsbestandteil und ist ausschließlich als Basis für die Kalkulationsansätze im Falle von Mehr- und Minderkostenforderungen heranzuziehen.

[...]

1.1.2. In Teil A der Ausschreibungsunterlagen, den Allgemeinen Ausschreibungsgrundlagen, war auf Seite 28 folgende unangefochten gebliebene Festlegung enthalten:

[...]

34 AUSSCHIEDUNGSGRÜNDE BEI UNBEHEBBAREN MÄNGELN

Es gelten die Ausscheidungsgründe gemäß § 302 BVergG 2018. Es gelten die Ausscheidungsgründe gemäß Paragraph 302, BVergG 2018.

Unbehebbarer Mängel, die ohne Verbesserungsmöglichkeit zum Ausscheiden führen, liegen – unbeschadet sonstiger Ausscheidungsgründe mit oder ohne Verbesserungsmöglichkeit gemäß den gesetzlichen Bestimmungen – jedenfalls dann vor, wenn der Bieter:

-

[...]

- das Angebot nicht in der vorgegebenen elektronischen Form (gilt für alle Bestandteile des Angebots) abgegeben hat

- [...]

1.2. Die Angebotsfrist im gegenständlichen offenen Vergabeverfahren endete am 01.06.2022.

1.3. Die ASt hatte bis zum Ende der Angebotsfrist keine K3 - Blätter für die Regielöhne bzw. maW Regielohnpreise Ober Tage und Unter Tage erstellt, wie dies im Nachprüfungsverfahren umfangreich erörtert wurde, wobei diese beiden K3 - Blätter unstrittig Bestandteil der Detailkalkulation gemäß dem oben wiedergegebenen Auszug aus dem Teil B der Ausschreibungsunterlagen sind und in der Ausschreibung als (nachmaliger) Vertragsbestandteil definiert sind.

In den insoweit bei Angebotsabgabe durch die ASt beim Angebot der ASt fehlenden K3 - Blättern wären insoweit über die im K7 - Blatt der ASt gemäß Ö-Norm B-2061 ersichtlichen Informationen hinaus zusätzliche Informationen enthalten gewesen, die die AG als Erklärungsempfängerin des Angebots der ASt am 01.06.2022 eben mangels Abgabe der beiden erörterten K3 - Blätter für die Regielöhne ober Tage und unter Tage bis zum Zeitpunkt des Endes der Angebotsfrist nicht von der ASt erhielt.

1.4. Das Erstellen dieser beiden - als nachmaliger Vertragsbestandteile mit dem Angebot verlangten - einen Bestandteil der Detailkalkulation gemäß der Ausschreibung bildenden K3 - Blätter stellt zumindest einen geringfügigen unternehmerischen Aufwand dar.

2. Beweiswürdigung:

Der Verfahrensgang und Sachverhalt ergeben sich aus der Aktenlage der Gerichtsakten und aus den vorgelegten Vergabeunterlagen sowie insb. aus den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung.

Im Verfahrensakt W 131 2260775-1 ist das Nachprüfungsverfahren dokumentiert, der Verfahrensakt W 131 2260775-2 dient der Erfassung des Pauschalgebührenersatzverfahrens.

Die zitierten Ausschreibungsunterlagen sind den Verfahrensparteien unstrittig bekannt (und sind - rechtlich - zudem gemäß § 294 Abs 2 BVergG als bekannt vorauszusetzen). Die zitierten Ausschreibungsunterlagen sind den Verfahrensparteien unstrittig bekannt (und sind - rechtlich - zudem gemäß Paragraph 294, Absatz 2, BVergG als bekannt vorauszusetzen).

Die Feststellungen zu den beiden bei Angebotsabgabe durch die ASt fehlenden K3 - Blättern für die Regielohnpreise ober Tage und unter Tage ergeben sich aus dem Akteninhalt inklusive dem Verfahrensvorbringen der ASt und letztlich eindeutig insb. auch aus den Aussagen der drei am 09.01.2023 einvernommenen Zeugen, wobei insoweit keine substantiierten Beweisanträge zur Widerlegung dieser Zeugenaussagen gestellt wurden.

3. Rechtliche Beurteilung:

3.1. Gegenständlich ist wegen der unstrittigen Vergabeverfahrenseinleitung nach dem 21.08.2018 das BVergG 2018 gemäß BGBl I 2018/65 einschlägig, § 376 Abs 4 BVergG 2018 (im Folgenden: BVergG). Gegenständlich ist wegen der unstrittigen Vergabeverfahrenseinleitung nach dem 21.08.2018 das BVergG 2018 gemäß BGBl römisch eins 2018/65 einschlägig, Paragraph 376, Absatz 4, BVergG 2018 (im Folgenden: BVergG).

Soweit ausdrücklich nichts anderes angegeben, beziehen sich daher Zitate des BVergG auf das BVergG 2018.

Unstrittig kommen dabei Vergabebestimmungen des 3. Teils des BVergG zur Anwendung.

Das BVwG ist gegenständlich unstrittig zur Vergabekontrolle zuständig und hatte gegenständlich in der im Entscheidungskopf ersichtlichen Senatsbesetzung zu entscheiden - § 328 BVergG 2018 iVm § 6 BVwGG. Das BVwG ist gegenständlich unstrittig zur Vergabekontrolle zuständig und hatte gegenständlich in der im Entscheidungskopf ersichtlichen Senatsbesetzung zu entscheiden - Paragraph 328, BVergG 2018 in Verbindung mit Paragraph 6, BVwGG.

3.1.1. Als Verfahrensrecht waren dabei abseits der Sonderverfahrensvorschriften des BVergG das VwGVG und die in § 333 BVergG 2018 verwiesenen Teile des AVG anzuwenden. 3.1.1. Als Verfahrensrecht waren dabei abseits der Sonderverfahrensvorschriften des BVergG das VwGVG und die in Paragraph 333, BVergG 2018 verwiesenen Teile des AVG anzuwenden.

3.1.2. Die Zulässigkeitsvoraussetzungen wurden nicht substantiiert bestritten bzw wurden Unzulässigkeitsgründe auch sonst nicht bekannt. Die ASt hat auch Pauschalgebühren in jener Höhe entrichtet, die rechtlich iZm § 344 Abs 2 Z 3 BVergG iZm dem unstrittig bei dieser Vergabe betroffenen Beschaffungsvolumen den gemäß BGBl II 2018/212 zu entrichtenden Gebühren entsprechen. 3.1.2. Die Zulässigkeitsvoraussetzungen wurden nicht substantiiert bestritten bzw wurden Unzulässigkeitsgründe auch sonst nicht bekannt. Die ASt hat auch Pauschalgebühren in jener Höhe entrichtet, die rechtlich iZm Paragraph 344, Absatz 2, Ziffer 3, BVergG iZm dem unstrittig bei dieser Vergabe betroffenen Beschaffungsvolumen den gemäß BGBl römisch zwei 2018/212 zu entrichtenden Gebühren entsprechen.

Zu A)

3.2. Zur Abweisung des Nachprüfungsantrags:

3.3.1. Wegen der beiden erörterten, unstrittig zum Zeitpunkt des Endes der Angebotsfrist noch nicht mit den sonstigen Angebotsbestandteilen abgegebenen K3 - Blätter iZm Regielohnpreisen war das Angebot der ASt zum Zeitpunkt des Endes der Angebotsfrist unbehebbar unvollständig und ausschreibungswidrig - § 302 Abs 1 Z 5 BVergG, zumal Verträge durch Angebot und Annahme zustande kommen, die ASt ihre vertragskonstitutive Willenserklärung, sprich ihr Angebot bis zum 01.06.2022 abzugeben gehabt hatte; und die beiden K3 - Blätter betreffend die Regielöhne ober Tage und unter Tage als Bestandteil der Detailkalkulation Vertragsbestandteil zu werden hatten. 3.3.1. Wegen der beiden erörterten, unstrittig zum Zeitpunkt des Endes der Angebotsfrist noch nicht mit den sonstigen Angebotsbestandteilen abgegebenen K3 - Blätter iZm Regielohnpreisen war das Angebot der ASt zum Zeitpunkt des Endes der Angebotsfrist unbehebbar unvollständig und ausschreibungswidrig - Paragraph 302, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG, zumal Verträge durch Angebot und Annahme zustande kommen, die ASt ihre vertragskonstitutive Willenserklärung, sprich ihr Angebot bis zum 01.06.2022 abzugeben gehabt hatte; und die beiden K3 - Blätter betreffend die Regielöhne ober Tage und unter Tage als Bestandteil der Detailkalkulation Vertragsbestandteil zu werden hatten.

Die ASt hatte insoweit maW bis 1.6.2022 eben nicht vollständig das angeboten, was in der Ausschreibung als Inhalt ihres Angebots und damit als Inhalt ihrer nachmalig potentiell vertragskonstitutiven Willenserklärung vorgesehen gewesen ist. (Eine Angebotsänderung nach Ablauf der Angebotsfrist ist im offenen Vergabeverfahren eben unzulässig, siehe dazu §§ 193 Abs 1, 279 Abs 3 und 302 Abs 1 Z 5 BVergG.) Die ASt hatte insoweit maW bis 1.6.2022 eben nicht vollständig das angeboten, was in der Ausschreibung als Inhalt ihres Angebots und damit als Inhalt ihrer nachmalig potentiell vertragskonstitutiven Willenserklärung vorgesehen gewesen ist. (Eine Angebotsänderung nach Ablauf der Angebotsfrist ist im offenen Vergabeverfahren eben unzulässig, siehe dazu Paragraphen 193, Absatz eins, 279, Absatz 3 und 302 Absatz eins, Ziffer 5, BVergG.)

3.3.2. Da das nachträgliche Erstellen dieser beiden bis zum Ablauf der Angebotsfrist beim Angebot der ASt fehlenden K3 - Blätter zumindest einen geringfügigen unternehmerischen Aufwand darstellt, stellt das Fehlen der beiden K3 - Blätter für Regielohnpreise jedenfalls auch einen unbehebbar Angebotsmangel dar - VwGH 2003/04/0186.

3.3.3. Nachdem die beiden angesprochenen K3 - Blätter gemäß den oben wiedergegebenen Ausschreibungspassagen Vertragsbestandteil werden sollten, sohin auch Bestandteile der Detailkalkulation der ASt und damit

Angebotsbestandteile zu sein hatten, die mit dem Angebot der ASt bis zum Schlusstermin für die Angebotsabgabe abzugeben gewesen wären, wurde der Ausscheidensgrund verwirklicht, der in Teil A der Ausschreibungsunterlagen auf Seite 28 - wiederholend wie folgt formuliert ist:

[...]

Es gelten die Ausscheidungsgründe gemäß § 302 BVergG 2018Es gelten die Ausscheidungsgründe gemäß Paragraph 302, BVergG 2018.

Unbehebbarer Mängel, die ohne Verbesserungsmöglichkeit zum Ausscheiden führen, liegen – unbeschadet sonstiger Ausscheidensgründe mit oder ohne Verbesserungsmöglichkeit gemäß den gesetzlichen Bestimmungen – jedenfalls dann vor, wenn der Bieter:

-

[...]

- das Angebot nicht in der vorgegebenen elektronischen Form (gilt für alle Bestandteile des Angebots) abgegeben hat

- [...]

3.3.4. Verfahrensrechtlich konnte der Ausscheidenssachverhalt der beiden fehlenden K3 - Blätter nach umfangreicher Erörterung mit der ASt jedenfalls ab dem 24.11.2022 und damit nach entsprechendem Parteiengehör amtswegig aufgegriffen werden; und damit die angefochtene Ausscheidensentscheidung als jedenfalls im Ergebnis richtig beurteilt werden; und war der Nachprüfungsantrag gemäß § 347 Abs 1 Z 2 BVergG abzuweisen - siehe dazu insb nur VwGH 30.04.2019, Ra 2018/04/0196, zumal die ASt ausweislich der Verhandlungsniederschrift vom 24.11.2022 und ihrer Schriftsätze vom 05.12.2022, 20.12.2022 und 04.01.2023 im Bewusstsein darüber war, dass es im Verfahren um die Frage der Rechtmäßigkeit der Ausscheidensentscheidung jedenfalls auch insoweit ging, als es um den Sachverhalt der bei Angebotsabgabe fehlenden K3 - Blätter für die Regielöhne ober bzw unter Tage ging.3.3.4. Verfahrensrechtlich konnte der Ausscheidenssachverhalt der beiden fehlenden K3 - Blätter nach umfangreicher Erörterung mit der ASt jedenfalls ab dem 24.11.2022 und damit nach entsprechendem Parteiengehör amtswegig aufgegriffen werden; und damit die angefochtene Ausscheidensentscheidung als jedenfalls im Ergebnis richtig beurteilt werden; und war der Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 347, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG abzuweisen - siehe dazu insb nur VwGH 30.04.2019, Ra 2018/04/0196, zumal die ASt ausweislich der Verhandlungsniederschrift vom 24.11.2022 und ihrer Schriftsätze vom 05.12.2022, 20.12.2022 und 04.01.2023 im Bewusstsein darüber war, dass es im Verfahren um die Frage der Rechtmäßigkeit der Ausscheidensentscheidung jedenfalls auch insoweit ging, als es um den Sachverhalt der bei Angebotsabgabe fehlenden K3 - Blätter für die Regielöhne ober bzw unter Tage ging.

3.3.5. Wenn § 25 Abs 4 VwGVG bestimmt, dass es nach Ausschluss der Öffentlichkeit am 24.11.2022 untersagt ist, aus der Verhandlung Umstände insoweit weiterzuverbreiten, als dies aus den in § 25 Abs 1 VwGVG angeführten Gründen geboten ist, stellen die erfolgten Zitate von Teilen der Verhandlungsniederschrift vom 24.11.2022 keinen nach § 25 Abs 1 VwGVG geheim zu haltenden Sachverhalt dar, weil es sich dabei nicht um Zitate handelt, die aus Gründen der Sittlichkeit, der öffentlichen Ordnung oder der nationalen Sicherheit, der Wahrung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen sowie im Interesse des Schutzes Jugendlicher oder des Privatlebens einer Partei, eines Opfers, eines Zeugen oder eines Dritten geheimhaltungsbedürftig sind.3.3.5. Wenn Paragraph 25, Absatz 4, VwGVG bestimmt, dass es nach Ausschluss der Öffentlichkeit am 24.11.2022 untersagt ist, aus der Verhandlung Umstände insoweit weiterzuverbreiten, als dies aus den in Paragraph 25, Absatz eins, VwGVG angeführten Gründen geboten ist, stellen die erfolgten Zitate von Teilen der Verhandlungsniederschrift vom 24.11.2022 keinen nach Paragraph 25, Absatz eins, VwGVG geheim zu haltenden Sachverhalt dar, weil es sich dabei nicht um Zitate handelt, die aus Gründen der Sittlichkeit, der öffentlichen Ordnung oder der nationalen Sicherheit, der Wahrung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen sowie im Interesse des Schutzes Jugendlicher oder des Privatlebens einer Partei, eines Opfers, eines Zeugen oder eines Dritten geheimhaltungsbedürftig sind.

Zu B) Unzulässigkeit der Revision:

3. Gemäß § 25a Abs 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art 133 Abs 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.3. Gemäß Paragraph 25 a, Absatz eins, VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses

auszusprechen, ob die Revision gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor. Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Schlagworte

Angebot ausschreibungswidrig Angebotsmangel Auslegung der Ausschreibung Ausscheiden eines Angebotes Ausscheidensentscheidung Ausscheidensgründe Bauauftrag Behebbarkeit von Mängeln bestandfeste Ausschreibung Bietergemeinschaft Geheimhaltung Inhalt des Angebots Kalkulation Mängelbehebung Mangelhaftigkeit mündliche Verhandlung Nachprüfungsantrag Nachprüfungsverfahren objektiver Erklärungswert Personalaufwand unvollständiges Angebot Unvollständigkeit Verbesserung der Wettbewerbsstellung Vergabeverfahren Willenserklärung

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2023:W131.2260775.1.00

Im RIS seit

02.05.2023

Zuletzt aktualisiert am

02.05.2023

Quelle: Bundesverwaltungsgericht BVwg, <https://www.bvwg.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at