

TE Bvwg Erkenntnis 2016/4/25 W123 2122272-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 25.04.2016

Entscheidungsdatum

25.04.2016

Norm

BVergG 2006 §103 Abs2
BVergG 2006 §103 Abs4
BVergG 2006 §106 Abs1
BVergG 2006 §118 Abs1
BVergG 2006 §118 Abs5
BVergG 2006 §12 Abs1 Z3
BVergG 2006 §121 Abs1
BVergG 2006 §121 Abs5 Z1
BVergG 2006 §121 Abs6
BVergG 2006 §122
BVergG 2006 §123 Abs1
BVergG 2006 §129 Abs1 Z2
BVergG 2006 §129 Abs1 Z3
BVergG 2006 §129 Abs1 Z7
BVergG 2006 §131 Abs1
BVergG 2006 §19 Abs1
BVergG 2006 §2 Z49
BVergG 2006 §2 Z8
BVergG 2006 §291
BVergG 2006 §292 Abs1
BVergG 2006 §3 Abs1 Z2
BVergG 2006 §312 Abs2 Z2
BVergG 2006 §318 Abs1
BVergG 2006 §319
BVergG 2006 §320 Abs1
BVergG 2006 §322
BVergG 2006 §325 Abs1
BVergG 2006 §345
BVergG 2006 §4

BVergG 2006 §43

BVergG 2006 §69 Z1

BVergG 2006 §70 Abs1

BVergG 2006 §76

B-VG Art.133 Abs4

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §28 Abs2

1. BVergG 2006 § 103 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 103 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 103 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 103 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 103 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 103 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 106 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 118 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 118 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 118 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 118 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 118 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 118 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 12 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 121 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 121 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 121 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 121 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 121 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 121 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 121 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 121 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 121 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 122 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 123 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 123 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 131 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

3. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

4. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 19 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

4. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013

3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013

3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012

3. BVergG 2006 § 291 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

4. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

5. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013

3. BVergG 2006 § 292 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

4. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

5. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

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

2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 318 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

4. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

5. BVergG 2006 § 318 gültig von 20.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 84/2007

6. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.02.2006 bis 19.11.2007

1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 322 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
-
1. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.02.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 345 gültig von 12.07.2013 bis 26.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
 3. BVergG 2006 § 345 gültig von 24.05.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2012
 4. BVergG 2006 § 345 gültig von 17.02.2012 bis 23.05.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 5. BVergG 2006 § 345 gültig von 05.03.2010 bis 17.02.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 6. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2008
 7. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 8. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.02.2006 bis 26.11.2007
-
1. BVergG 2006 § 4 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
-
1. BVergG 2006 § 43 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 43 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
-
1. BVergG 2006 § 69 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
-
1. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 70 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 76 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 76 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
-
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 § 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

W123 2122272-1/34E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Hubert REISNER als Vorsitzenden und Dr. Friedrich RÖDLER als fachkundigen Laienrichter der Auftraggeberseite und Mag. Hagen PLEILE als fachkundigen Laienrichter der Auftragnehmerseite über den Nachprüfungsantrag der Bietergemeinschaft bestehend aus AAAA, alle vertreten durch, Wolf Theiss Rechtsanwälte GmbH & Co KG, Schuberting 6, 1010 Wien, betreffend das Vergabeverfahren "S16 - Strenger Tunnel, Adaptierung STSG02/?Hauptbauleistungen E&M" der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1030 Wien, vom 29. Februar 2016, zu Recht erkannt:

A)

Das Bundesverwaltungsgericht gibt dem Antrag der AAAA, das Bundesverwaltungsgericht möge "die Entscheidung der Auftraggeberin vom 28.2.2016, der ,BBBB' unter der Begründung einer Reihung als ,Bestbieter' der BBBB u. CCCC' den Zuschlag erteilen zu wollen (Zuschlagsentscheidung), für nichtig zu erklären", statt.

Das Bundesverwaltungsgericht erklärt die Zuschlagsentscheidung vom 28. Februar 2016 in dem Vergabeverfahren "S16 - Strenger Tunnel, Adaptierung STSG02/?Hauptbauleistungen E&M" der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs- Aktiengesellschaft (ASFINAG) gemäß § 325 Abs 1 BVergG für nichtig. Das Bundesverwaltungsgericht erklärt die Zuschlagsentscheidung vom 28. Februar 2016 in dem Vergabeverfahren "S16 - Strenger Tunnel, Adaptierung STSG02/?Hauptbauleistungen E&M" der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs- Aktiengesellschaft (ASFINAG) gemäß Paragraph 325, Absatz eins, BVergG für nichtig.

B)

Das Bundesverwaltungsgericht gibt den Anträgen der AAAA, das Bundesverwaltungsgericht möge "der Auftraggeberin aufzutragen, der Antragstellerin die entrichteten Pauschalgebühren für diesen Nachprüfungsantrag binnen 14 Tagen zu Händen ihres Rechtsvertreters bei sonstiger Exekution zu bezahlen" und das Bundesverwaltungsgericht möge "das BVwG möge der Auftraggeberin auftragen, der Antragstellerin die entrichteten Pauschalgebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung binnen 14 Tagen zu Händen ihres Rechtsvertreters bei sonstiger Exekution zu bezahlen" statt.

Die Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) ist verpflichtet, der AAAA, die geschuldeten und entrichteten Pauschalgebühren in der Höhe von €

9.234 binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Erkenntnisses bei sonstiger Exekution zu Händen ihres Rechtsvertreters zu bezahlen.

C)

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

BEGRÜNDUNG

I. Verfahrensgang

1. Am 29. Februar 2016 beantragte die AAAA, alle vertreten durch, Wolf Theiss Rechtsanwälte GmbH & Co KG, Schuberting 6, 1010 Wien, in der Folge Antragstellerin, wie im Spruch unter A) und B) wiedergegeben sowie die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung und die Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

1.1 Nach Darstellung des Sachverhalts erklärte die Antragstellerin, dass sich der Antrag gegen die näher bezeichnete Zuschlagsentscheidung richte. Aus der Beteiligung am Vergabeverfahren und dem Interesse an der Erlangung eines wesentlichen Referenzprojekts ergebe sich das Interesse am Vertragsabschluss. Der drohende Schaden bestehe im Entgang des sich aus dem gegenständlichen Auftrag ergebenden Gewinn, allenfalls der Kosten der Angebotslegung, der entrichteten Pauschalgebühren und der Kosten der Rechtsvertretung sowie dem Entgang eines Referenzprojekts. Die Antragstellerin erachtet sich generell im Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens sowie insbesondere

* im Recht auf Durchführung eines transparenten und dem freien und lauten Wettbewerb entsprechenden Vergabeverfahrens,

- * im Recht auf Gleichbehandlung aller Bieter,
- * im Recht auf vergaberechts- und ausschreibungskonforme Angebotsprüfung und Bestbieterermittlung,
- * im Recht auf Berücksichtigung bei Angebotsöffnung ausschließlich verlesener Angebote,
- * im Recht auf Ausscheiden eines nicht ausschreibungskonformen Angebotes,
- * im Recht auf Ausscheiden des Angebots eines nicht geeigneten Bieters,
- * im Recht auf Zuschlagserteilung an den tatsächlichen Bestbieter,
- * im Recht, für den Zuschlag in Aussicht genommen zu werden,

verletzt. Das Bundesverwaltungsgericht sei die für die Auftraggeberin zuständige Vergabekontrollbehörde. Der Nachprüfungsantrag sei rechtzeitig und zulässig.

1.2 Als Gründe für die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung vom 18. Februar 2016 macht die Antragstellerin geltend, dass diese auf die "BBBB" gelautet habe. In der Begründung für die Zuschlagsentscheidung sei jedoch die "BBBB und CCCC" als vermeintliche Bestbieterin angeführt worden. Die Auftraggeberin stütze somit die beabsichtigte Zuschlagserteilung an die BBBB in ihrer Begründung nicht auf das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, sondern auf ein (nichtverlesenes) Angebot der "BBBB und CCCC". Die Zuschlagsentscheidung sei somit schon in sich widersprüchlich.

Aus dem Protokoll der Angebotsöffnung vom 17. Dezember 2015 gehe klar hervor, dass bei der Eröffnung und Verlesung der Angebote die BBBB als Bieter 5 verlesen worden sei. Am 22. Dezember 2015 habe die Auftraggeberin eine sogenannte "Klarstellung zum Angebotsöffnungsprotokoll" übermittelt. Darin habe die Auftraggeberin erstmals - abweichend von der protokollierten Verlesung der eingelangten Angebote - behauptet, dass Bieter 5 nicht BBBB, sondern eine Bietergemeinschaft bestehend aus der CCCC und der BBBB sei. Im Protokoll finde sich kein Hinweis auf eine Rüge oder einen Einspruch des Vertreters der Zuschlagsempfängerin. Sei der Bieter selbst oder ein Vertreter bei der Angebotsöffnung anwesend, so habe er auf das Übersehen seines Angebotes aufmerksam zu machen. Unterlasse er dies, sei ihm die Nichtverlesung des Angebotes zuzurechnen. Die Angebotsöffnung sei nicht wiederholbar, sodass dabei gemachte Fehler auch nicht saniert werden könnten, wie dies die Auftraggeberin gegenständlich erfolglos versucht habe.

Zudem mangle es der präsumtiven Zuschlagsempfängerin an der technischen Leistungsfähigkeit, da nach der Branchenkenntnis der Antragsteller die Bietergemeinschaft die gemäß Leistungsverzeichnis geforderten Referenzprojekte zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit nicht (vollständig) vorweisen könne. Ferner liege ein nichtausschreibungskonformes Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vor, da auszuschließen sei, dass diese mehr als 50 % der kritischen Leistungen selbst erbringen könne. Nach dem Leistungsverzeichnis hätten die Bieter nachzuweisen, dass die Befugnis zur Sammlung von Abfällen spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliege. Nach den Recherchen der Antragsteller liege eine solche Befugnis jedenfalls für die BBBB nicht vor.

2. Am 3. März 2016 erteilte die Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs- Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1030 Wien, in der Folge Auftraggeberin, allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren.

3. Am 7. März 2016 legte die Auftraggeberin vertreten durch die vergebende Stelle ASFINAG Baumanagement GmbH, Modecenterstraße 16, 1030 Wien, die Unterlagen des Vergabeverfahrens vor.

4. Am 8. März 2016 erließ das Bundesverwaltungsgericht zur Zahl W123 2122270-1/2E eine einstweilige Verfügung, mit der es der Auftraggeberin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagte, im gegenständlichen Vergabeverfahren den Zuschlag zu erteilen.

5. Am 8. März 2016 nahm die Auftraggeberin zu dem Nachprüfungsantrag Stellung. Darin führte sie im Wesentlichen aus, dass das Angebot der Antragstellerin wegen einer Kalkulation der Mittellohnpreise entgegen der ÖNORM B 2061 auszuschneiden sei und ihr die Antragslegitimation fehle. Bei der Angebotsöffnung sei das Angebot der Bietergemeinschaft bestehend aus der CCCC und der BBBB verlesen worden sei. Es sei lediglich ein Fehler bei der Protokollierung passiert, der später berichtigt worden sei. Die Berichtigung der Niederschrift über die Angebotsöffnung sei zulässig, wenn bei der Verlesung selbst kein Fehler passiert sei. Die Manipulation des

Vergabeverfahrens sei jedenfalls ausgeschlossen, weil das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin elektronisch abgegeben worden sei und gegen eine nachträgliche Veränderung geschützt sei. Die Zuschlagsentscheidung enthalte alle gemäß § 131 Abs 1 zweiter Satz BVergG geforderten Informationen. Es seien die Vorteile des Angebots der Bietergemeinschaft bestehend aus der CCCC und der BBBB ersichtlich. Die technische Leistungsfähigkeit der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin sei durch die Vorlage entsprechender Referenzen von Subunternehmern gegeben. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin habe durch Nebenrechte iSd § 32 GewO und Namhaftmachung von entsprechend befugten Subunternehmern die erforderliche Befugnis und erbringe mehr als 50 % der kritischen Leistungen selbst. Die Auftraggeberin beantragt daher, den Nachprüfungsantrag zurück-, in eventu abzuweisen.⁵ Am 8. März 2016 nahm die Auftraggeberin zu dem Nachprüfungsantrag Stellung. Darin führte sie im Wesentlichen aus, dass das Angebot der Antragstellerin wegen einer Kalkulation der Mittellohnpreise entgegen der ÖNORM B 2061 auszuschneiden sei und ihr die Antragslegitimation fehle. Bei der Angebotsöffnung sei das Angebot der Bietergemeinschaft bestehend aus der CCCC und der BBBB verlesen worden sei. Es sei lediglich ein Fehler bei der Protokollierung passiert, der später berichtigt worden sei. Die Berichtigung der Niederschrift über die Angebotsöffnung sei zulässig, wenn bei der Verlesung selbst kein Fehler passiert sei. Die Manipulation des Vergabeverfahrens sei jedenfalls ausgeschlossen, weil das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin elektronisch abgegeben worden sei und gegen eine nachträgliche Veränderung geschützt sei. Die Zuschlagsentscheidung enthalte alle gemäß Paragraph 131, Absatz eins, zweiter Satz BVergG geforderten Informationen. Es seien die Vorteile des Angebots der Bietergemeinschaft bestehend aus der CCCC und der BBBB ersichtlich. Die technische Leistungsfähigkeit der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin sei durch die Vorlage entsprechender Referenzen von Subunternehmern gegeben. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin habe durch Nebenrechte iSd Paragraph 32, GewO und Namhaftmachung von entsprechend befugten Subunternehmern die erforderliche Befugnis und erbringe mehr als 50 % der kritischen Leistungen selbst. Die Auftraggeberin beantragt daher, den Nachprüfungsantrag zurück-, in eventu abzuweisen.

6. Am 8. März 2016 erhob die Bietergemeinschaft bestehend aus 1. CCCC, 2. BBBB, pA CCCC, vertreten durch schwarz huber-medek & partner rechtsanwälte og, Stubenring 2, 1010 Wien, in der Folge in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin, begründete Einwendungen. Darin brachte sie im Wesentlichen vor, dass sie Parteistellung im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren genieße. Das Angebot habe die Bietergemeinschaft und nicht ein Einzelbieter gelegt. Bei der Angebotsöffnung habe die Auftraggeberin ihr Angebot richtig verlesen. Da der Fehler in der Niederschrift zur Angebotsöffnung unmittelbar nach der Angebotsöffnung nach Rückkehr ins Büro aufgefallen sei, habe ein Mitarbeiter der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin die Auftraggeberin darauf aufmerksam gemacht. Die Auftraggeberin habe den Fehler korrigiert. Die Zuschlagsentscheidung sei vergaberechtskonform. Es sei daher auch kein Zuschlag auf ein nicht verlesenes Angebot beabsichtigt. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin sei ausreichend leistungsfähig. Sie decke die Forderung nach Referenzen über Subunternehmer ab. Sie erbringe mehr als 50 % der kritischen Leistungen gemäß Position 00B103E selbst. Sie verfüge über die nötige Befugnis selbst, für einige Teilleistungen verfügten Subunternehmer über die notwendige Befugnis. Sie beantragt, das Bundesverwaltungsgericht möge ihr Akteneinsicht gewähren, die Beilagen zum Nachprüfungsantrag übersenden, eine mündliche Verhandlung abhalten und den Nachprüfungsantrag abweisen.

7. Am 6. April 2016 nahm die Antragstellerin Stellung. Sie brachte im Wesentlichen vor, dass der Bietergemeinschaft mangels Nennung in der Zuschlagsentscheidung keine Parteistellung zukomme. Der Antragstellerin komme Antragslegitimation zu, weil sie ihre Kalkulation aufgeklärt habe. Ihre Kalkulation sei nachvollziehbar. Sie verstoße nicht gegen arbeits- und sozialrechtliche Vorschriften. Sie legte ein Gutachten zu ihrer Kalkulation vor. Die Auftraggeberin habe im Vergabebericht selbst die Ausschreibungskonformität der Kalkulation festgestellt und die Art der Kalkulation bei mehreren Ausschreibungen in der Vergangenheit bejaht. Allenfalls sei das Angebot der Antragstellerin nicht zu Ende geprüft worden. Die Antragslegitimation der Antragstellerin bestehe jedenfalls. Die Zuschlagsentscheidung widerspreche dem Gesetz, weil ein Mitglied der Bietergemeinschaft und nicht die Bietergemeinschaft als in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin bekannt gegeben worden sei. Auch weiche der in der Zuschlagsentscheidung bekannt gegebene Angebotspreis von dem bei der Angebotsöffnung verlesenen Angebotspreis ab. Die Auftraggeberin beabsichtige, den Zuschlag auf ein nicht verlesenes Angebot zu erteilen. Die Preise der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin auf dem Angebotsdeckblatt seien unklar, weil diese die getrennt auszureisende Option nicht getrennt ausgepreist sondern nur im Begleitschreiben genannt habe. Damit sei der bewertungsrelevante Gesamtpreis nicht verlesen worden. Bei der Angebotsöffnung seinen unzulässigerweise

dritte Personen anwesend gewesen. die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin habe ein unterpreisiges Angebot abgegeben, weil der Antragstellerin bekannt sei, dass ein Mitglied der Bietergemeinschaft dafür bekannt sei, dass ein Mitarbeiter einen zu niedrigen Zeitansatz wähle, und die Option billiger als die zuzukaufenden Leistungen angeboten werde. Entweder erbringe die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin weniger als 50 % der kritischen Leistungen selbst oder sie könne sich nicht auf die Referenzen der Subunternehmer berufen. Ihr fehlten auch die Befugnisse für die Errichtung einer Brandmelde- und einer Gefahrenmeldeanlage sowie für die Abfallsammlung und -behandlung. Dem Mitglied der Bietergemeinschaft, das das Angebot abgegeben habe, fehle die Vollmacht. Das Angebot sei nicht gültig unterfertigt. Schließlich sei der bevollmächtigte Vertreter nicht klar. Die Preise seien nicht nach den Vorgaben der Ausschreibung aufgeschlüsselt.

8. Am 13. April 2016 nahm die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin Stellung. Sie brachte im Wesentlichen vor, dass der Antragstellerin wegen des Nichteinhaltens von Bestimmungen des Kollektivvertrags die Antragslegitimation fehle. Die Auftraggeberin habe die Zuschlagsentscheidung vergaberechtskonform bekannt gegeben, weil die Antragstellerin einen begründeten Nachprüfungsantrag habe einbringen können. Das Angebot der Bietergemeinschaft sei verlesen worden. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin habe alle Preise ordnungsgemäß ausgewiesen. Sie seien bei der Angebotsöffnung verlesen worden. Die Anwesenheit dritter Personen bei der Angebotsöffnung ermögliche keine Manipulationen. Die Auftraggeberin habe das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin vertieft geprüft und betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar gefunden. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin erbringe mehr als 50 % der kritischen Leistungen selbst. Sie verfüge im Wege von Subunternehmern über alle notwendigen Befugnisse. Die Mitarbeiter der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin seien entsprechend bevollmächtigt.

9. Am 14. April 2016 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht statt. Sie hatte folgenden Verlauf:

Herr Mag. Manfred ESSLETZBICHLER, Rechtsvertreter der Antragstellerin, bringt vor, dass die in Aussicht vernommene Zuschlagsempfängerin angegeben hat, dass die Referenzen ausschließlich von Subunternehmen erbracht werden. Nach neuerer Rechtsprechung muss derjenige, der die Referenzen erbringt, auch die Leistung erbringen. Das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin wäre daher mangels technischer Leistungsfähigkeit auszuschneiden und weil die kritischen Leistungen nicht zu mehr als 50 % selbst erbracht werden können. Die Ausschreibung verweist auf die ÖNORM B 2061. Nach ihrem Inhalt gilt die ÖNORM B 2061 nur für Bauleistungen, nicht für elektromaschinelle Leistungen. Daher sind aus der ÖNORM B 2061 heraus keine Kalkulationsformblätter abzugeben. Weiters sind laut Ausschreibung K3 und K7 Blätter nur für wesentliche Leistungen abzugeben. Im Leistungsverzeichnis sind jedoch keine wesentlichen Positionen definiert, sodass keine K3 und K7 Blätter abzugeben sind. Schließlich wäre ein fehlendes K3 Blatt kein wesentlicher Mangel, weil im gegenständlichen Fall keine Neukalkulation erforderlich wäre, sondern das K3 Blatt lediglich auszufüllen wäre. Zu einer derartigen Mängelbehebung wurden wir nicht aufgefordert.

Herr DDDD, Mitarbeiter der Rechtsabteilung der Auftraggeberin, bringt vor, dass die Darstellung der Judikatur vereinfachend ist. Der Referenzgeber muss nicht alle Leistungen selbst erbringen. Daher können die kritischen Leistungen von der Bietergemeinschaft erbracht werden. K3 Blätter waren jedenfalls mit dem Angebot vorzulegen. K7 Blätter waren mit dem Angebot für wesentliche Positionen vorzulegen.

Herr Mag. Harald KÜCHLI, Rechtsvertreter der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin, bringt vor, dass dem BVergG nicht zu entnehmen ist, dass der Referenzgeber selbst Leistungen ausführen muss. Wenn Rechtsprechung angesprochen ist, kann es sich nur um die Entscheidung des EuGH vom 7. April 2016 handeln. In dem Urteil steht aber nicht, wie und in welchem Umfang sich der Referenzgeber an der Ausführung des Auftrags beteiligen muss.

Herr EEEE, geboren am XXXX, Projektleiter des gegenständlichen Projekts wird als Zeuge vernommen. Der vorsitzende Richter weist darauf hin, dass er verpflichtet ist die Wahrheit zu sagen und nichts zu verschweigen. Eine Falschaussage wäre gerichtlich strafbar und weist auf die Entschlagungsgründe hin. Herr EEEE, geboren am römisch 40, Projektleiter des gegenständlichen Projekts wird als Zeuge vernommen. Der vorsitzende Richter weist darauf hin, dass er verpflichtet ist die Wahrheit zu sagen und nichts zu verschweigen. Eine Falschaussage wäre gerichtlich strafbar und weist auf die Entschlagungsgründe hin.

Auf Befragen durch den vorsitzenden Richter gibt er an, dass bei der Angebotsöffnung am 17.12.2015 die Bietergemeinschaft bestehend aus CCCC und BBBB verlesen wurde. Er hat die Angebotsöffnung geleitet und dabei die Angebote geöffnet und verlesen. Ich habe auch das Protokoll geführt.

Über Befragen von Herrn Mag. Manfred ESSLETZBICHLER gibt er an, dass das fragliche Angebot elektronisch eingereicht und vom Herrn FFFF von der BBBB elektronisch gefertigt wurde. Der Optionspreis stammt aus dem Leistungsverzeichnis und wurde bei der Angebotsöffnung verlesen.

Herr GGGG, geboren am XXXX in XXXX, Techniker für die baulichen Sanierungsmaßnahmen bei der Auftraggeberin, wird als Zeuge vernommen. Der vorsitzende Richter weist darauf hin, dass er verpflichtet ist die Wahrheit zu sagen und nichts zu verschweigen. Eine Falschaussage wäre gerichtlich strafbar und weist auf die Entschlagungsgründe hin. Über Befragen des vorsitzenden Richters gibt er an, dass er bei der Angebotsöffnung im gegenständlichen Vergabeverfahren Mitglied der Kommission war. Bis auf ein Telefonat war er auch die gesamte Zeit anwesend und hat die Verlesung des Angebotes der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin gehört. Dabei wurde die Bietergemeinschaft bestehend aus CCCC und BBBB verlesen. Herr GGGG, geboren am römisch 40 in römisch 40, Techniker für die baulichen Sanierungsmaßnahmen bei der Auftraggeberin, wird als Zeuge vernommen. Der vorsitzende Richter weist darauf hin, dass er verpflichtet ist die Wahrheit zu sagen und nichts zu verschweigen. Eine Falschaussage wäre gerichtlich strafbar und weist auf die Entschlagungsgründe hin. Über Befragen des vorsitzenden Richters gibt er an, dass er bei der Angebotsöffnung im gegenständlichen Vergabeverfahren Mitglied der Kommission war. Bis auf ein Telefonat war er auch die gesamte Zeit anwesend und hat die Verlesung des Angebotes der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin gehört. Dabei wurde die Bietergemeinschaft bestehend aus CCCC und BBBB verlesen.

Über Befragen von Herrn Mag. Manfred ESSLETZBICHLER gibt er an, dass Herr HHHH, IIII, ÖBA, und Herr JJJJ, KKKK, E-Technik Planung, bei der Angebotsöffnung anwesend waren. Über den Projektvertrag sind sie zur Verschwiegenheit verpflichtet. Der Zeuge legt den entsprechenden Teil des Vertrags zur Einsicht vor und diese wird ihm zurückgegeben. Herr LLLL, BBBB, war bei der Angebotsöffnung anwesend. Ob er eine Ausfertigung des Protokolls der Angebotsöffnung auf Papier bekommen hat, weiß ich nicht mehr. Dieses ist optional für die Bieter. Sie bekommen jedenfalls eine elektronische Fassung dieses Protokolls zugeschickt. Das Blatt Angebotsergebnis, in dem die Namen, Preise und andere bewertungsrelevante Angaben für jedes Angebot tabellarisch festgehalten sind, wird automatisch während der Angebotsöffnung erstellt.

Herr LLLL, geboren am XXXX, BBBB wird als Zeuge vernommen. Der vorsitzende Richter weist darauf hin, dass er verpflichtet ist die Wahrheit zu sagen und nichts zu verschweigen. Eine Falschaussage wäre gerichtlich strafbar und weist auf die Entschlagungsgründe hin. Über Befragen des vorsitzenden Richters gibt er an, dass er bei der BBBB zuständiger Bereichsleiter ist und mit der Angebotserstellung im gegenständlichen Vergabeverfahren befasst war. Bei der Angebotsöffnung im gegenständlichen Vergabeverfahren war er die ganze Zeit anwesend. Zuerst wurde nur die BBBB verlesen. Der Leiter der Kommission stellte jedoch fest, dass die Bietergemeinschaft das Angebot gelegt hat und korrigierte die Bezeichnung des Bieters. Herr LLLL, geboren am römisch 40, BBBB wird als Zeuge vernommen. Der vorsitzende Richter weist darauf hin, dass er verpflichtet ist die Wahrheit zu sagen und nichts zu verschweigen. Eine Falschaussage wäre gerichtlich strafbar und weist auf die Entschlagungsgründe hin. Über Befragen des vorsitzenden Richters gibt er an, dass er bei der BBBB zuständiger Bereichsleiter ist und mit der Angebotserstellung im gegenständlichen Vergabeverfahren befasst war. Bei der Angebotsöffnung im gegenständlichen Vergabeverfahren war er die ganze Zeit anwesend. Zuerst wurde nur die BBBB verlesen. Der Leiter der Kommission stellte jedoch fest, dass die Bietergemeinschaft das Angebot gelegt hat und korrigierte die Bezeichnung des Bieters.

Über Befragen von Herrn Mag. Manfred ESSLETZBICHLER gibt er an, dass er das Protokoll über die Angebotsöffnung gleich nach der Angebotsöffnung auf Papier bekommen und unterschrieben hat.

Um 11:37 Uhr verlässt die Antragstellerin den Verhandlungsraum.

Über die Verhandlung in Abwesenheit der Antragstellerin wurde eine gesonderte Niederschrift verfasst, die aus Gründen der Wahrung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen.

Um 12:10 Uhr kommt die Antragstellerin wieder in den Verhandlungsraum. Der vorsitzende Richter informiert über das Ergebnis der Erörterungen.

Herr Mag. Manfred ESSLETZBICHLER bringt vor, dass keines der beiden Mitglieder der Bietergemeinschaft über die entsprechende Befugnis zur Aufstellung und Wartung von Tunnellüftungsanlagen verfügt. Das Bundesverwaltungsgericht möge diese Befugnis überprüfen.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogenrömisch zwei. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen

1. Feststellungen (Sachverhalt)

1.1 Die Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) vertreten durch die vergebende Stelle ASFINAG Baumanagement GmbH schreibt unter der Bezeichnung "S16 - Strenger Tunnel, Adaptierung STSG02/? Hauptbauleistungen E&M" einen Bauauftrag mit den CPV-Codes 45221247-5 - Tunnelbauarbeiten, 45233000-9 - Bauarbeiten, Fundamentierungsarbeiten und Oberbauarbeiten für Fernstraßen und Straßen, 34993100-5 - Tunnelbeleuchtung, 45316210-0 - Installation von Verkehrsüberwachungseinrichtungen, 31730000-2 - Elektrotechnische Ausstattung, 34923000-3 - Ausrüstung für die Straßenverkehrssteuerung und 34924000-0 - Wechselverkehrszeichen mit einem geschätzten Auftragswert von € 9,470.121,20 für die Grundleistung, € 4112.013,62 für die Option, insgesamt €

9,882.134,82 jeweils ohne USt in einem offenen Verfahren nach dem Bestbieterprinzip aus. Die Auftraggeberin machte den Auftrag ua im Supplement zum Amtsblatt der EU vom und im Lieferanzeiger bekannt. (Auskünfte der Auftraggeberin; Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.2 Das Angebotsdeckblatt in der Fassung der dritten Berichtigung lauten auszugsweise wie folgt:

"...

Ende der Angebotsfrist

...

14.12.2015 17.12.2015, 11:00 Uhr

...

Die Ausschreibung besteht aus:

Davon zwingend mit dem Angebot abzugebende Unterlagen (Ausscheidenssanktion):

...

? Angebotsdeckblatt ? Ausgepreistes Leistungsverzeichnis ? K3-Blätter und K7-Blätter für wesentliche Positionen
Formblätter: ? Subunternehmerverzeichnis Bei Alternativen: ? Deklarationsblatt für Alternativen

...

Dem (Haupt)-Angebot liegen folgende Preise zugrunde:

Grundleistung

Option*

HG00 Projektspezifische Bestimmungen

HG01 Bautechnik

HG02 Elektromaschinelle Ausrüstung*

Summe Netto

EUR

.....

.....

Aufschlag / Nachlass%

EUR

.....

.....

Gesamtpreis (Grundleistung / Option)

EUR

.....

.....

Gesamtpreis (Grundleistung / Option)

EUR

.....

+ 20% USt

EUR

.....

Angebotspreis

EUR

.....

* Die Leistungen

der HG02, OG 04 LG 95 Instandhaltung sind als optionale Leistungen anzubieten.

..."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.3 Die Ausschreibungsunterlagen in der Fassung der dritten Berichtigung lauten auszugsweise wie folgt:

"..."

B.5 Leistungsverzeichnis

Bauleistungen

...

00B103 Subunternehmer

00B103A Subunternehmer wesentliche Leistungsteile

Über die in der B.1 als wesentlich definierten Auftragsteile sind auch folgende Auftragsteile wesentlich im Sinne der B.1: HG 01 OG 01 Bautechnik

- -Strichaufzählung
LG 01 Projektierung und Bauwerksprüfung

HG 02 OG 02 Sanierung Bestandsröhren und Bestandsquerschläge (Sanierung)

- -Strichaufzählung
LG 13 Verkehrstechnik
- -Strichaufzählung
LG 15 Verkehrsdatenerfassung
- -Strichaufzählung
LG 16 Videoüberwachung
- -Strichaufzählung
LG 21 Gefahrenmeldeanlage
- -Strichaufzählung
LG 23 Umfelddatenerfassung (betrifft Nässeschaltung)

HG 02 OG 03 Querschläge Neu (Fruchtgenuss)

- -Strichaufzählung
LG 13 Verkehrstechnik
- -Strichaufzählung
LG 16 Videoüberwachung
- -Strichaufzählung
LG 21 Gefahrenmeldeanlage

00B0103D Z Subunternehmer %-Satz

Über die in B.1 definierten ‚kritischen Leistungen‘ und die als ‚wesentlich‘ definierte Leistungsteile gilt für den Fall, dass diese durch Subunternehmer erbracht werden, folgendes:

Im Angebot sind jene Subunternehmer zu nennen, welche in Summe 80 % der von Subunternehmern zu erbringenden kritischen Leistungen bzw. der wesentlichen Leistungsteile ausführen. Für diese Subunternehmer ist jeweils ein Nachweis über die Verfügungsmöglichkeit (Formblatt ‚Verbindlichkeitserklärung des Subunternehmers‘) vorzulegen.

Die sogenannten Subunternehmer müssen jeweils mehr als 80 % der ihnen laut Angebotssumme zugeordneten Leistung (exkl. Gemeinkostenzuschlag des Bieters) als Eigenleistung erbringen.

Das bedeutet, dass maximal 20 % dieser kritischen Leistungen bzw. wesentlichen Leistungsteile von anderen als den genannten Subunternehmern für kritische Leistungen bzw. wesentliche Leistungsteile von anderen als den genannten Subunternehmern erbracht werden dürfen.

Ein beabsichtigter Wechsel der sogenannten Subunternehmer für kritische Leistungen bzw. wesentliche Leistungsteile darf nur in Zustimmung des AG erfolgen (siehe dazu Position 00B405R).

00B103E Z Subunternehmer - Kritische Leistungen als Eigenleistungen

- OS

Folgende Leistungen werden als kritische Leistungendefiniert:

...

Diese kritischen Leistungen sind zu mehr als 50 % vom Bieter zu erbringen.

Die Basis für die 50 % ist die den kritischen Leistungen zugeordnete Angebotssumme des Bieters.

Das bedeutet, dass der Bieter maximal 50 % dieser kritischen Leistungen an geeignete Subunternehmer weitergeben darf.

Die Eigenleistungen können auch von einem mit dem Bieter verbundenen Unternehmen (§ 2 Z 40 BVerG) oder, im Falle einer Bietergemeinschaft, von einem Mitglied dieser Bietergemeinschaft bzw. von einem mit diesem verbundenen Unternehmen (§ 2 Z 40 BVerG) erbracht werden. Die Eigenleistungen können auch von einem mit dem Bieter verbundenen Unternehmen (Paragraph 2, Ziffer 40, BVerG) oder, im Falle einer Bietergemeinschaft, von einem Mitglied dieser Bietergemeinschaft bzw. von einem mit diesem verbundenen Unternehmen (Paragraph 2, Ziffer 40, BVerG) erbracht werden.

Ein beabsichtigter Wechsel der sogenannten Subunternehmer für kritische Leistungen darf nur mit Zustimmung des AG erfolgen (siehe dazu Position 00B405R Subunternehmer (Wechsel, Hinzuziehung, Zustimmung des AG))

Für die kritischen Leistungen die durch Subunternehmer erbracht werden, gelten ergänzend die Bestimmungen in Position 00B103D.

...

00B104E Referenzprojekte

Zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit des Bieters ist ergänzend zur B.1 zumindest folgendes nachzuweisen:

Referenzprojekte

Zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit sind mindestens folgende Referenzprojekte anzugeben, die mit dem vorliegenden Auftrag vergleichbar sind. Letzteres ist dann der Fall, wenn folgende Kriterien erfüllt sind:

a) Kriterien

- -Strichaufzählung
2 Referenzprojekte für Bauleistungen für Neubau oder Sanierung eines Tunnels mit einer Mindestlänge von 1000 m (Summe der Röhrenkilometer) und eines auftragswertes von mind. 3 Mio. Euro netto,
- -Strichaufzählung
1 Referenzprojekt für EM Leistungen für Neubau oder Sanierung eines Tunnel mit einer mindestlänge vom 500 m (Summe Röhrenkilometer) und eines Auftragswertes von mind. 0,5 Mio Euro netto.)

b) Beschränkung des Alters von Referenzen:

Es werden grundsätzlich nur Referenzprojekte mit einer Auftragserteilung ab dem 01.01.2000 anerkannt und gewertet.

c) Selbstdeklaration und Referenzzuordnung

O, Formblatt 'Erklärung hinsichtlich durchgeführte Arbeiten' sind Referenzprojekte anzugeben, die in weiterer Folge für die Auswertung der Eignungskriterien herangezogen werden.

Die Referenzprojekte nach Wahl des Bieters sind unter Angabe von

* Projektbezeichnung

* AG

* Kontaktaufnahmemöglichkeit

* Datum der Auftragserteilung

* Zeit und Ort der Bauführung

* ursprüngliche Auftragssumme

* ob die Arbeiten den anerkannten Regeln der Technik entsprachen, und ob sie ordnungsgemäß ausgeführt wurden anzuführen.

Die vergebende Stelle behält sich vor, Auftraggeber-Bestätigungen über die ordnungsgemäße Ausführung der erbrachten Leistung (nicht jedoch für ASFINAG-Projekte) nachzufordern.

00B104G Befugnis für Sammlung und/oder Behandlung von Abfällen

Die abfallrechtliche Befugnis zur Sammlung von Abfällen muss spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen und ist dem AG vom Bieter im Zuge der Angebotsprüfung nachzuweisen. Hinsichtlich der abfallrechtlichen Befugnis zur Behandlung von Abfällen wird festgelegt, dass diese bis spätestens 14 Tage vor Leistungserbringung vorliegen muss und dem AG vom AN bis zu diesem Zeitpunkt auch nachzuweisen ist.

00B105 Zuschlagsprinzip und Angebotsbewertung

00B105B Bestbieter (mit opt. Leistungen)

Von den Angeboten, die nach dem Ausscheiden zufolge § 129 BVergG übrig bleiben, wird der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt. Von den Angeboten, die nach dem Ausscheiden zufolge Paragraph 129, BVergG übrig bleiben, wird der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt.

Ermittlung der Punkte Qualität:

Punkte Qualität = 3

Ermittlung der Punkte Preis:

Alle Positionen der optionalen Leistungen fließen nur reduziert in die Bestbieterermittlung ein:

Preis des Bieters = Gesamtpreis ohne Optionen x 100% + Optionale Leistungen x 50%

Die Preispunkte der Bieter errechnen sich aus folgender Formel:

$$\text{Punkte Preis} = (\text{Preis des Billigstbieters} / \text{Preis des Bieters}) \cdot 97$$

Ermittlung der Gesamtpunkte:

Gesamtpunkte = Punkte Preis + Punkte Qualität

Der Bieter mit den höchsten Gesamtpunkten ist Bestbieter

..."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.2 Die Ausschreibungsunterlagen in der Fassung der dritten Berichtigung lauten auszugsweise wie folgt:

"...

..."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.5 Die Angebotsöffnung erfolgte am 21. Dezember 2015 um 12.30 Uhr in den Räumen der Auftraggeberin. Neben der Kommission bestehend aus Mitarbeitern der Auftraggeberin waren Herr HHHH, IIII, örtliche Bauaufsicht, und Herr JJJJ, KKKK, E-Technik Planung, sowie je ein Vertreter der Antragstellerin und der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin anwesend. Insgesamt langten folgende vier Angebote (nachstehende Preise jeweils ohne USt) fristgerecht ein.

Bieter

Grundleistung

Option

Gesamtpreis

1

MMMM

€ 12.223.339,41

€ 744.341,89

€ 12.967.681,30

2

NNNN

€ 13.868.298,40

€ 326.890,10

€ 14.195.188,50

3

AAAA

€ 11.746.361,59

€ 310.532,89

€ 12.056.894,48

4

OOOO

€ 11.937.445,21

€ 774.421,69

€ 21.711.866,90

5

Bietergemeinschaft CCCC, BBBB, Niederlassung Inzing

€ 11.864.689,18

€ 0,00

€ 11.864.689,18

Bei der Angebotsöffnung wurde die Bietergemeinschaft bestehend aus CCCC und BBBB verlesen. Das Angebot wurde elektronisch abgegeben und war nur von der BBBB elektronisch signiert. Der Optionspreis im Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin war im Angebotsdeckblatt nicht eingetragen sondern war im Leistungsverzeichnis ausgewiesen und wurde verlesen.

In der Niederschrift über die Angebotsöffnung ist dazu ausgeführt:

"Auf der Abgabepattform sind die optionalen Leistungen nicht gesondert angeführt, jedoch im Leistungsverzeichnis klar ausgewiesen. Aus dem LV geht wie folgt hervor: Gesamtpreis inkl. Option und -1% Nachlass € 11.864.869,18 Davon Option € 204.760,70". Die Auftraggeberin übermittelte das Protokoll der Angebotsöffnung allen Bietern. Darin war nur die BBBB als Bieterin genannt. (Unterlagen des Vergabeverfahrens; Aussagen der ZeugenEEEE, Projektleiter des gegenständlichen Projekts, Herr GGGG, Techniker für die baulichen Sanierungsmaßnahmen bei der Auftraggeberin, Herr

LLLL, BBBB)

1.6 Am 22. Dezember 2015 versandte die Auftraggeberin eine Klarstellung zum Angebotsöffnungsprotokoll. Diese lautet wie folgt:

"Klarstellung zum Angebotsöffnungsprotokoll

Sehr geehrte Bieter,

im verteilten Angebotsöffnungsprotokoll wurde beim Bieter 5 die Bietergemeinschaft nicht dokumentiert.

Im Zuge der Angebotsöffnung wurde unter Beisein der Kommission und Vertretern der Bieter 3 (AAAA) und Bieter 5 (BBBB und CCCC) die Bietergemeinschaft jedoch ordnungsgemäß iSd § 118 BVergG verlesen. Im Zuge der

Angebotsöffnung wurde unter Beisein der Kommission und Vertretern der Bieter 3 (AAAA) und Bieter 5 (BBBB und CCCC) die Bietergemeinschaft jedoch ordnungsgemäß iSd Paragraph 118, BVergG verlesen.

In diesem Sinne erfolgt hiermit eine Richtigstellung des Angebotsöffnungsprotokolls entsprechend der Verlesung im Zuge der Angebotsöffnung am 17.12.2015. Bieter 5 lautet

Bietergemeinschaft bestehend aus

1. CCCC ...

mit

2. BBBB ...

Mit der Bitte um Kenntnisnahme."

(Schreiben der Auftraggeberin an alle Bieter vom 22. Dezember 2015 in den Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.7 Am 22. Dezember 2015 antwortete die Antragstellerin der Auftraggeberin darauf wie folgt: "Im Angebotsöffnungsprotokoll ist beim Bieter 5 keine Bietergemeinschaft angeführt. Diese Tatsache wurde auch von unserem Vertreter, Herrn PPPP, welcher im Namen unserer Bietergemeinschaft an der Angebotsöffnung nachweislich teilgenommen hat, entsprechend unterfertigt. Somit können wir die von Ihnen durchgeführte Klarstellung zum Angebotsöffnungsprotokoll in dieser Form nicht zur Kenntnis nehmen und sind nach wie vor der Ansicht, dass der Bieter 5 lediglich aus dem Unternehmen BBBB, besteht." (Schreiben der Antragstellerin in den Unterlagen des Vergabeverfahrens und gleichlautend als Beilage ./C zum Nachprüfungsantrag)

1.8 Im Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin finden sich folgende Angaben:

Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin hat eine Reihe von Subunternehmer namhaft gemacht. Für die Gefahrenmeldeanlage und die Abfallsammlung und -entsorgung hat sie jeweils ausreichend befugte Subunternehmer genannt.

Als Referenz für die elektromaschinelle Ausstattung hat sie sich auf die Referenz eines Unternehmens gestützt, das sie auch als Subunternehmer für elektrotechnische Arbeiten genannt hat. In dem "Formblatt ‚Verpflichtungserklärung des Subunternehmers'" ist als "Genaue Beschreibung der Aufgaben (Subunternehmerleistungen):" "Zurverfügungstellung von Referenzen" angegeben. Der Absatz, dass sich der Subunternehmer verpflichtet, "unsere Eignung bzw. unsere vorhandenen Mittel, über die der Bieter nicht selbst verfügt und die zur Ausführung des Auftrages bzw zur Teilnahme am Vergabeverfahren erforderlich sind, dem Bieter tatsächlich zur Verfügung zu stellen", ist durchgestrichen. Es liegt ein Schreiben dieses Unternehmens bei, in auszuführen ist: "Wie besprochen und mit Ihnen vereinbart, stellen

wir als ... der ... [Anmerkung Mitglied der Bietergemeinschaft]

unsere Referenzen zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit bei der ASFINAG-Ausschreibung ‚S16 Arlberg Schnellstraße Tunnel Strengen Sanierung der Tunnelanlage' zur Verfügung. Beiliegend übermitteln das das Formblatt ‚Verpflichtungserklärung Subunternehmer' und eine referenzliste der von uns durchgeführten E&M-Leistungen im Tunnelbereich." Das Formblatt tauschte die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin im Zuge der Angebotsprüfung gegen eines, in dem der fragliche Absatz nicht durchgestrichen war mit dem selben Fertigstellungsdatum aus.

(Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin in den Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.9 Im Angebot der Antragstellerin finden sich folgende Angaben:

In dem im Zuge der Angebotsprüfung vorgelegten K3-Blatt des Mitglieds der Bietergemeinschaft, das für die elektromaschinelle Ausrüstung zuständig ist, ist nur ein Mischlohnpreis angegeben. Dieser ist entsprechend dem Aufwand der Mitarbeiter der einzelnen Kategorien gewichtet. In den K7-Blättern findet sich jedoch jeweils unterschiedliche Lohnpreise, die vom jeweils eingesetzten Personal abhängen.

(Angebot der Erstantragstellerin in den Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.10 Am 18. Februar 2016 gab die Auftraggeberin allen Bietern die Zuschlagsentscheidung über ihre Vergabeplattform bekannt. Die Antragstellerin erhielt folgende Zuschlagsentscheidung:

"Sehr geehrte Damen und Herren,

gem. Bundesvergabegesetz in der geltenden Fassung teilen wir Ihnen mit, dass wir beabsichtigen, den Zuschlag im Vergabeverfahren

ID-Nr.: 1369

S16 - Strenger Tunnel, Adaptierung STSG

an

BBBB Zu erteilen.

Die Stillhaltefrist endet am 29.02.2016 24:00 Uhr.

Die Begründung zur Zuschlagsentscheidung finden Sie im Anhang.

Mit freundlichen Grüßen

ASFINAG Bau Management GmbH"

Die Begründung der Zuschlagsentscheidung lautet:

"Begründung der Zuschlagsentscheidung gemäß § 131 BVergG 2006" Begründung der Zuschlagsentscheidung gemäß Paragraph 131, BVergG 2006

Das erfolgreiche Angebot erreichte bei den für die Ermittlung des Bestbieters in Frage kommenden Zuschlagskriterien (siehe Teil B.1/L.1 der Ausschreibungsunterlagen) die höchste Punktezahl und liegt damit in der Bieterreihung an der ersten Stelle.

Die gemäß § 131 BVergG 2006 relevanten Merkmale und Vorteile sind in der nachfolgenden Tabelle abgebildet und gründen auf den in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Regelungen zur Bewertung der Angebote. Die gemäß Paragraph 131, BVergG 2006 relevanten Merkmale und Vorteile sind in der nachfolgenden Tabelle abgebildet und gründen auf den in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Regelungen zur Bewertung der Angebote.

In der nachstehenden tabellarischen Aufstellung sind demnach ausgewiesen:

1. Die jeweils erreichte Punkteanzahl im Kriterium Preis und Qualität, sowie die sich daraus ergebende Gesamtpunkteanzahl des ermittelten Bestbieters (Platz 1).
2. Die jeweils erreichte Punkteanzahl im Kriterium Preis und Qualität sowie die sich daraus ergebende Gesamtpunkteanzahl Ihres Angebotes (Ihrer Angebote).

Zum Zwecke der Nachvollziehbarkeit und Transparenz der durchgeführten Angebotsbewertung werden ferner auch die jeweils in den einzelnen Subkriterien erreichten Unterpunkte gesondert ausgewiesen und erläutert.

Gewichtung [%]:

97

3

3

100

Bieter bzw. Bietergemeinschaft

Angebot (HA/Alt. Nr...)

Angebotssumme netto EUR

Bewertung Preis

Qualitätskriterium Verläng. Gewährl. [Jahre]:

Bewertung Qualität

Bewertung Gesamt

Reihung

Bestbieter:

BBBB u. CCCC

Hauptangebot

11.763.332,63

97,0000

0

0,0000

97,0000

1

Ihr(e) Angebote:

AAAA

Hauptangebot

11.901.628,04

95,8729

0,6

0,6 0,6000

96,4729

2

Als Ergebnis der tabellarisch angeführten Bewertung ist festzuhalten, dass das erfolgreiche Angebot die höchste Punktezahl erreicht hat.

Als Grund für die Ablehnung Ihres Angebotes darf mitgeteilt werden, dass auf Grund der erfolgten Preis- und Qualitätsbewertung (bzw. einer allfälligen Ausscheidensentscheidung) Ihr Angebot nicht an erster Stelle liegt und daher für eine Zuschlagserteilung nicht in Frage kommt.

Die erzielten Punkte für Preis- und Qualitätskriterium sind in der Tabelle oben detailliert ausgewiesen. Im Falle einer Ausscheidung ist die Begründung für die Ablehnung Ihres Angebotes der Ausscheidensentscheidung zu entnehmen.

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.11 Die Auftraggeberin hat das Vergabeverfahren weder widerrufen noch den Zuschlag erteilt (Auskünfte der Auftraggeberin)

1.12 Die Antragstellerinnen bezahlten jeweils Pauschalgebühren in der Höhe von € 9.234. (Verfahrensakten)

2. Beweiswürdigung

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den jeweils in Klammern genannten Quellen. Diese sind Veröffentlichungen und die Unterlagen des Vergabeverfahrens, sowie Auskünfte, die nur die Auftraggeberin erteilen kann. Soweit Schriftstücke von der Antragstellerin vorgelegt wurden, spricht der Anschein für ihre Echtheit. Die herangezogenen Aussagen von Verfahrensparteien sind nur insofern den Feststellungen zugrunde gelegt, als sie unbestritten blieben und Aspekte betreffen, über die nur die jeweilige Partei eine Aussage treffen kann. Die Aussagen der in der mündlichen Verhandlung vernommenen Zeugen sind im Wesentlichen gleichlautend. Die Zeugen haben ihre Aussagen in einer glaubwürdigen und widerspruchsfreien Art nach Ermahnung, die Wahrheit anzugeben und nichts zu verschweigen, gemacht. Bezeichnend war dabei auch, dass der für die Antragstellerin bei der Angebotsöffnung anwesende Mitarbeiter trotz Aufforderung von der Antragstellerin nicht stellig gemacht wurde. Die herangezogenen Beweismittel sind daher echt. Die inhaltliche Richtigkeit der Beweismittel steht außer Zweifel. Widersprüche traten nicht auf.

3. Rechtliche Würdigung

3.1 Anzuwendendes Recht

3.1.1 Die maßgeblichen Bestimmungen des Bundesverwaltungsgerichtsgesetz - BVwGG, BGBl I 2013/10 lauten: 3.1.1 Die maßgeblichen Bestimmungen des Bundesverwaltungsgerichtsgesetz - BVwGG, BGBl römisch eins 2013/10 lauten:

"Einzelrichter

§ 6. Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist." Paragraph 6, Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist."

3.1.2 Die maßgeblichen Bestimmungen des Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz - VwGVG, BGBl I 2013/33 idF BGBl I 2013/122, lauten: 3.1.2 Die maßgeblichen Bestimmungen des Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz - VwGVG, BGBl römisch eins 2013/33 in der Fassung BGBl römisch eins 2013/122, lauten:

"Anwendungsbereich

§ 1. Dieses Bundesgesetz regelt das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes. Paragraph eins, Dieses Bundesgesetz regelt das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes.

Erkenntnisse

§ 28. (1) Sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen. Paragraph 28, (1) Sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen.

(2) Über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG hat das Verwaltungsgericht dann in der Sache selbst zu entscheiden, wenn (2) Über Beschwerden gemäß Artikel 130, Absatz eins, Ziffer eins, B-VG hat das Verwaltungsgericht dann in der Sache selbst zu entscheiden, wenn

1. der maßgebliche Sachverhalt feststeht oder

2. die Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts durch das Verwaltungsgericht selbst im Interesse der Raschheit gelegen oder mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden ist.

(3) ...

Inkrafttreten

§ 58. (1) Dieses Bundesgesetz tritt mit 1. Jänner 2014 in Kraft.

(2) Entgegenstehende Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits kundgemacht sind, bleiben unberührt.

(3) ..."

3.1.3 Die Übergangsbestimmungen zur Novelle des BVergGBGBI I 2016/7 lauten: 3.1.3 Die Übergangsbestimmungen zur Novelle des BVergG BGBI römisch eins 2016/7 lauten:

"Inkrafttretens-, Außerkrafttretens- und Übergangsvorschriften

§ 345. (1) ...Paragraph 345, (1) ...

(18) Für das Inkrafttreten der durch das Bundesgesetz BGBI. I Nr. 7/2016 neu gefassten Bestimmungen gilt Folgendes: (18) Für das Inkrafttreten der durch das Bundesgesetz Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 7 aus 2016, neu gefassten Bestimmungen gilt Folgendes:

1. Die Neufassung des Eintrages zu § 231 und die Einfügung des Eintrages zu § 231a im Inhaltsverzeichnis, § 2 Z 33a, § 14 Abs. 3 dritter Satz, § 15 Abs. 4 dritter Satz, § 16 Abs. 5 dritter Satz, § 18 Abs. 1, § 22 Abs. 4, § 46 Abs. 3, § 49 Abs. 2, § 55 Abs. 5 erster Satz, § 56 Abs. 1, § 70 Abs. 6, in § 71 die Absatzbezeichnung des Abs. 1, § 71 Abs. 2, § 72 Abs. 1 zweiter und dritter Satz, § 73 Abs. 1 und Abs. 3 zweiter und dritter Satz, § 79 Abs. 2, 3 und 3a, § 83 Abs. 2, 4 und 5, § 84 Abs. 2 erster Satz, § 108 Abs. 1 Z 2 und 2a, § 125 Abs. 4 Z 1, § 182 Abs. 3 dritter Satz, § 183 Abs. 4 dritter Satz, § 184 Abs. 5 dritter Satz, § 186 Abs. 1, § 210 Abs. 2, § 219 Abs. 5 erster Satz, § 221 Abs. 1, §§ 231 und 231a jeweils samt Überschrift, § 236 Abs. 2, 3 und 3a, § 240 Abs. 2 bis 5, § 247a Abs. 7, § 248 Abs. 6 und 7, § 257 Abs. 1 Z 2 und 2a, § 267 Abs. 2 Z 2, § 271 Abs. 1, § 292 Abs. 1, § 332 Abs. 7, § 351 Z 22 und Anhang XV Abschnitt F Z 1 treten mit 1. März 2016 in Kraft; gleichzeitig treten der Eintrag zum 5. Unterabschnitt im 2. Teil, 3. Hauptstück, 1. Die Neufassung des Eintrages zu Paragraph 231 und die Einfügung des Eintrages zu Paragraph 231 a, im Inhaltsverzeichnis, Paragraph 2, Ziffer 33 a,, Paragraph 14, Absatz 3, dritter Satz, Paragraph 15, Absatz 4, dritter Satz, Paragraph 16, Absatz 5, dritter Satz, Paragraph 18, Absatz eins,, Paragraph 22, Absatz 4,, Paragraph 46, Absatz 3,, Paragraph 49, Absatz 2,, Paragraph 55, Absatz 5, erster Satz, Paragraph 56, Absatz eins,, Paragraph 70, Absatz 6,, in Paragraph 71, die Absatzbezeichnung des Absatz eins,, Paragraph 71, Absatz 2,, Paragraph 72, Absatz eins, zweiter und dritter Satz, Paragraph 73, Absatz eins und Absatz 3, zweiter und dritter Satz, Paragraph 79, Absatz 2, 3 und 3 a, Paragraph 83, Absatz 2, 4 und 5, Paragraph 84, Absatz 2, erster Satz, Paragraph 108, Absatz eins, Ziffer 2 und 2 a, Paragraph 125, Absatz 4, Ziffer eins,, Paragraph 182, Absatz 3, dritter Satz, Paragraph 183, Absatz 4, dritter Satz, Paragraph 184, Absatz 5, dritter Satz, Paragraph 186, Absatz eins,, Paragraph 210, Absatz 2,, Paragraph 219, Absatz 5, erster Satz, Paragraph 221, Absatz eins,, Paragraphen 231 und 231 a jeweils samt Überschrift, Paragraph 236, Absatz 2, 3 und 3 a, Paragraph 240, Absatz 2 bis 5, Paragraph 247 a, Absatz 7,, Paragraph 248, Absatz 6 und 7, Paragraph 257, Absatz eins, Ziffer 2 und 2 a, Paragraph 267, Absatz 2, Ziffer 2,, Paragraph 271, Absatz eins,, Paragraph 292, Absatz eins,, Paragraph 332, Absatz 7,, Paragraph 351, Ziffer 22 und Anhang römisch fünfzehn Abschnitt F Ziffer eins, treten mit 1. März 2016 in Kraft; gleichzeitig treten der Eintrag zum 5. Unterabschnitt im 2. Teil, 3. Hauptstück,

1. 6. Ziffer 6

Abschnitt und der Eintrag zu § 100 im Inhaltsverzeichnis sowie im Abschnitt und der Eintrag zu Paragraph 100, im Inhaltsverzeichnis sowie im

2. 2. Ziffer 2

Teil, 3. Hauptstück, 6. Abschnitt der 5. Unterabschnitt außer Kraft.

2. Die im Zeitpunkt des In- bzw. Außerkrafttretens gemäß Z 1 bereits eingeleiteten Vergabeverfahren sind nach der zum Zeitpunkt der Einleitung des jeweiligen Vergabeverfahrens geltenden Rechtslage zu Ende zu führen. Die im Zeitpunkt des In- bzw. Außerkrafttretens gemäß Z 1 beim Bundesverwaltungsgericht anhängigen Verfahren sind vom Bundesverwaltungsgericht nach der zum Zeitpunkt der Einleitung des jeweiligen Vergabeverfahrens geltenden Rechtslage fortzuführen. 2. Die im Zeitpunkt des In- bzw. Außerkrafttretens gemäß Ziffer eins, bereits eingeleiteten Vergabeverfahren sind nach der zum Zeitpunkt der Einleitung des jeweiligen Vergabeverfahrens geltenden Rechtslage

zu Ende zu führen. Die im Zeitpunkt des In- bzw. Außerkrafttretens gemäß Ziffer eins, beim Bundesverwaltungsgericht anhängigen Verfahren sind vom Bundesverwaltungsgericht nach der zum Zeitpunkt der Einleitung des jeweiligen Vergabeverfahrens geltenden Rechtslage fortzuführen.

..."

Gemäß § 345 Abs 18 Z 1 BVergG ist die Novelle BGBl I 7/2016 am 1. März 2016 in Kraft getreten. Das gegenständliche Vergabeverfahren wurde ebenso wie die gegenständlichen Nachprüfungsverfahren vor diesem Zeitpunkt eingeleitet. Daher sind sowohl das Vergabeverfahren nach der vor diesem Zeitpunkt geltenden Rechtslage zu beurteilen als auch die Nachprüfungsverfahren nach der vor diesem Zeitpunkt geltenden Rechtslage zu Ende zu führen. Gemäß Paragraph 345, Absatz 18, Ziffer eins, BVergG ist die Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, 7 aus 2016, am 1. März 2016 in Kraft getreten. Das gegenständliche Vergabeverfahren wurde ebenso wie die gegenständlichen Nachprüfungsverfahren vor diesem Zeitpunkt eingeleitet. Daher sind sowohl das Vergabeverfahren nach der vor diesem Zeitpunkt geltenden Rechtslage zu beurteilen als auch die Nachprüfungsverfahren nach der vor diesem Zeitpunkt geltenden Rechtslage zu Ende zu führen.

3.1.4 Zu Bestimmungen gemäß § 58 Abs 2 VwGVG zählt der 4. Teil des BVergG, der die Bestimmungen über den Rechtsschutz vor dem Bundesverwaltungsgericht enthält und daher als lex specialis den Bestimmungen des BVwGG und des VwGVG vorgeht. Die einschlägigen Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2006 - BVergG 2006), BGBl I 2006/17 idgF lauten: 3.1.4 Zu Bestimmungen gemäß Paragraph 58, Absatz 2, VwGVG zählt der 4. Teil des BVergG, der die Bestimmungen über den Rechtsschutz vor dem Bundesverwaltungsgericht enthält und daher als lex specialis den Bestimmungen des BVwGG und des VwGVG vorgeht. Die einschlägigen Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2006 - BVergG 2006), BGBl römisch eins 2006/17 idgF lauten:

Begriffsbestimmungen

§ 2. Im Geltungsbereich dieses Bundesgesetzes sind folgende Begriffsbestimmungen maßgebend Paragraph 2, Im Geltungsbereich dieses Bundesgesetzes sind folgende Begriffsbestimmungen maßgebend:

1. ...

49. Zuschlagsentscheidung ist die an Bieter abgegebene, nicht verbindliche Absichtserklärung, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll.

50. ...

5. Abschnitt

Grundsätze des Vergabeverfahrens und allgemeine Bestimmungen

Grundsätze des Vergabeverfahrens

§ 19. (1) Vergabeverfahren sind nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen. Paragraph 19, (1) Vergabeverfahren sind nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

(2) ...

Übermittlung von Unterlagen oder Informationen zwischen Auftraggebern und Unternehmern

§ 43. (1) Die Übermittlung von Ausschreibungsunterlagen, Mitteilungen, Anträgen, Aufforderungen und Benachrichtigungen sowie jeder sonstige Informationsaustausch zwischen Auftraggebern und Unternehmern kann, sofern in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist oder der Auftraggeber nicht ausnahmsweise anderes festlegt, wahlweise per Telefax oder elektronisch - in begründeten Ausnahmefällen auch brieflich - erfolgen. Minder bedeutsame Mitteilungen, Aufforderungen, Benachrichtigungen und Informationen können auch mündlich oder

telefonisch übermittelt werden. Paragraph 43, (1) Die Übermittlung von Ausschreibungsunterlagen, Mitteilungen, Anträgen, Aufforderungen und Benachrichtigungen sowie jeder sonstige Informationsaustausch zwischen Auftraggebern und Unternehmern kann, sofern in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist oder der Auftraggeber nicht ausnahmsweise anderes festlegt, wahlweise per Telefax oder elektronisch - in begründeten Ausnahmefällen auch brieflich - erfolgen. Minder bedeutsame Mitteilungen, Aufforderungen, Benachrichtigungen und Informationen können auch mündlich oder telefonisch übermittelt werden.

(2) ...

(6) Auftraggeber und Unternehmer haben zwingend eine Faxnummer oder eine elektronische Adresse bekannt zu geben, an die sämtliche Unterlagen und Informationen rechtsgültig übermittelt werden können. Elektronisch übermittelte Sendungen gelten als übermittelt, sobald ihre Daten in den elektronischen Verfügungsbereich des Empfängers gelangt sind.

(7) ...

2. Unterabschnitt

Eignungsanforderungen und Eignungsnachweise

Zeitpunkt des Vorliegens der Eignung

§ 69. Unbeschadet der Regelung des § 20 Abs. 1 muss die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit spätestens Paragraph 69, Unbeschadet der Regelung des Paragraph 20, Absatz eins, muss die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit spätestens

1. beim offenen Verfahren zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung,

2. ...

Eigenerklärung, Verlangen der Nachweise durch den Auftraggeber

§ 70. (1) Der Auftraggeber hat festzulegen, mit welchen Nachweisen gemäß den §§ 71 bis 75 Unternehmer, die an einem Vergabeverfahren teilnehmen, ihre Paragraph 70, (1) Der Auftraggeber hat festzulegen, mit welchen Nachweisen gemäß den Paragraphen 71 bis 75 Unternehmer, die an einem Vergabeverfahren teilnehmen, ihre

1. berufliche Befugnis,

2. berufliche Zuverlässigkeit,

3. finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sowie

4. technische Leistungsfähigkeit

zu belegen haben. Nachweise dürfen nur so weit festgelegt werden, wie es durch den Gegenstand des Auftrages gerechtfertigt ist. Dabei hat der Auftraggeber die berechtigten Interessen des Unternehmers am Schutz seiner technischen oder handelsbezogenen Betriebsgeheimnisse zu berücksichtigen.

(2) ...

Nachweis der Eignung durch andere Unternehmer

§ 76. Zum Nachweis der erforderlichen Leistungsfähigkeit oder Befugnis kann sich ein Unternehmer für einen bestimmten Auftrag auf die Kapazitäten anderer Unternehmer ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und diesen Unternehmern bestehenden Verbindungen stützen. In diesem Fall muss er den Nachweis erbringen, dass ihm für die Ausführung des Auftrages die bei den anderen Unternehmern im erforderlichen Ausmaß vorhandenen Mittel auch tatsächlich zur Verfügung stehen. Paragraph 76, Zum Nachweis der erforderlichen Leistungsfähigkeit oder Befugnis kann sich ein Unternehmer für einen bestimmten Auftrag auf die Kapazitäten anderer Unternehmer ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und diesen Unternehmern bestehenden Verbindungen stützen. In diesem Fall muss er den Nachweis erbringen, dass ihm für die Ausführung des Auftrages die bei den anderen Unternehmern im erforderlichen Ausmaß vorhandenen Mittel auch tatsächlich zur Verfügung stehen.

Ablauf des offenen Verfahrens

§ 101. (1) ...Paragraph 101, (1) ...

(2) Anzahl und Namen der Unternehmer, die ihr Interesse an der Teilnahme an einem offenen Verfahren bekundet haben, sind bis zur Angebotsöffnung geheim zu halten.

(3) ...

(4) Während eines offenen Verfahrens darf mit den Bietern über eine Angebotsänderung nicht verhandelt werden.

Allgemeine Bestimmungen

§ 106. (1) Der Bieter hat sich bei offenen oder nicht offenen Verfahren bei der Erstellung des Angebotes an die Ausschreibungsunterlagen zu halten. Der vorgeschriebene Text der Ausschreibungsunterlagen darf weder geändert noch ergänzt werden. Paragraph 106, (1) Der Bieter hat sich bei offenen oder nicht offenen Verfahren bei der Erstellung des Angebotes an die Ausschreibungsunterlagen zu halten. Der vorgeschriebene Text der Ausschreibungsunterlagen darf weder geändert noch ergänzt werden.

(2) ...

Öffnung der Angebote

§ 118. (1) Bei offenen und bei nicht offenen Verfahren sind die Angebote am festgesetzten Ort und zur festgesetzten Zeit sowie, ausgenommen in begründeten Ausnahmefällen, unmittelbar nach Ablauf der Angebotsfrist zu öffnen. Die Öffnung hat durch eine Kommission zu erfolgen, die aus mindestens zwei sachkundigen Vertretern des Auftraggebers besteht. Die Bieter sind grundsätzlich berechtigt, an der Öffnung teilzunehmen. Sie dürfen nur aus triftigen Gründen von der Öffnung der Angebote ausgeschlossen werden. In diesem Fall ist die Öffnung durch eine aus mindestens drei sachkundigen Vertretern des Auftraggebers bestehende Kommission vorzunehmen. Paragraph 118, (1) Bei offenen und bei nicht offenen Verfahren sind die Angebote am festgesetzten Ort und zur festgesetzten Zeit sowie, ausgenommen in begründeten Ausnahmefällen, unmittelbar nach Ablauf der Angebotsfrist zu öffnen. Die Öffnung hat durch eine Kommission zu erfolgen, die aus mindestens zwei sachkundigen Vertretern des Auftraggebers besteht. Die Bieter sind grundsätzlich berechtigt, an der Öffnung teilzunehmen. Sie dürfen nur aus triftigen Gründen von der Öffnung der Angebote ausgeschlossen werden. In diesem Fall ist die Öffnung durch eine aus mindestens drei sachkundigen Vertretern des Auftraggebers bestehende Kommission vorzunehmen.

(2) ...

(5) Aus den Angeboten - auch Alternativ- und Abänderungsangeboten - sind folgende Angaben vorzulesen und in der Niederschrift festzuhalten:

1. Name und Geschäftssitz des Bieters;

2. der Gesamtpreis oder der Angebotspreis mit Angabe des Ausmaßes allfälliger Nachlässe und Aufschläge und, wenn die Vergabe in Teilen oder für die ganze Leistung oder für Teile derselben Varianten vorgesehen waren, auch die Teilgesamtpreise oder Teilangebotspreise sowie die Variantenangebotspreise;

3. wesentliche Erklärungen der Bieter;

4. sonstige im Hinblick auf andere Zuschlagskriterien als dem Preis relevante in Zahlen ausgedrückte Bieterangaben, deren sofortige Verlesung möglich und zumutbar ist und in den Ausschreibungsunterlagen angekündigt wurde.

Aus Schreiben der Bieter, mit welchen einzelne Preise oder der Gesamtpreis des Angebotes abgeändert werden, dürfen nur die geänderten einzelnen Einheits- oder Positionspreise sowie der geänderte Gesamtpreis oder Angebotspreis bekannt gegeben werden. Andere Angaben dürfen den Bietern nicht zur Kenntnis gebracht werden. Wenn auf Grund der Vielzahl der Preise ein Verlesen derselben untunlich wäre, so sind den Bietern, die dies beantragen, die Preise binnen drei Arbeitstagen nachweislich bekannt zu geben.

(6) Es ist eine Niederschrift aufzunehmen, in welche zusätzlich zu den nach Abs. 3 bis 5 erforderlichen Angaben einzutragen ist: (6) Es ist eine Niederschrift aufzunehmen, in welche zusätzlich zu den nach Absatz 3 bis 5 erforderlichen Angaben einzutragen ist:

1. Datum und Uhrzeit von Beginn und Ende der Öffnung;

2. Geschäftszahl, Gegenstand und Hinweis auf die Art des Verfahrens;

3. die Namen der Anwesenden;
4. zwingend verlangte, aber nicht vorhandene Beilagen;
5. Vermerke über offensichtliche Angebotsmängel.

Die Niederschrift ist von den Mitgliedern der Kommission zu unterfertigen. Auf formlose Aufforderung ist den Bietern - so sie an der Öffnung teilnahmeberechtigt waren - eine Abschrift der Niederschrift auszufolgen.

(7) ...

Öffnung elektronisch übermittelter Angebote

§ 121. (1) Bei offenen und bei nicht offenen Verfahren sind die Angebote am festgesetzten Ort und zur festgesetzten Zeit sowie, ausgenommen in begründeten Ausnahmefällen, unmittelbar nach Ablauf der Angebotsfrist zu öffnen. Die Öffnung hat durch eine Kommission zu erfolgen, die aus mindestens zwei sachkundigen Vertretern des Auftraggebers besteht. Die Bieter sind grundsätzlich berechtigt, an der Öffnung teilzunehmen. Sie dürfen nur aus triftigen Gründen von der Öffnung der Angebote ausgeschlossen werden. In diesem Fall ist die Öffnung durch eine aus mindestens drei sachkundigen Vertretern des Auftraggebers bestehende Kommission vorzunehmen. Paragraph 121, (1) Bei offenen und bei nicht offenen Verfahren sind die Angebote am festgesetzten Ort und zur festgesetzten Zeit sowie, ausgenommen in begründeten Ausnahmefällen, unmittelbar nach Ablauf der Angebotsfrist zu öffnen. Die Öffnung hat durch eine Kommission zu erfolgen, die aus mindestens zwei sachkundigen Vertretern des Auftraggebers besteht. Die Bieter sind grundsätzlich berechtigt, an der Öffnung teilzunehmen. Sie dürfen nur aus triftigen Gründen von der Öffnung der Angebote ausgeschlossen werden. In diesem Fall ist die Öffnung durch eine aus mindestens drei sachkundigen Vertretern des Auftraggebers bestehende Kommission vorzunehmen.

(2) ...

(5) Aus den Angeboten - auch Alternativ- und Abänderungsangeboten - sind folgende Angaben vorzulesen und in der Niederschrift festzuhalten:

1. Name und Geschäftssitz des Bieters;
2. der Gesamtpreis oder der Angebotspreis mit Angabe des Ausmaßes allfälliger Nachlässe und Aufschläge und, wenn die Vergabe in Teilen oder für die ganze Leistung oder für Teile derselben Varianten vorgesehen waren, auch die Teilgesamtpreise oder Teilangebotspreise sowie die Variantenangebotspreise;
3. wesentliche Erklärungen der Bieter;
4. sonstige im Hinblick auf andere Zuschlagskriterien als dem Preis relevante in Zahlen ausgedrückte Bieterangaben, deren sofortige Verlesung möglich und zumutbar ist und in den Ausschreibungsunterlagen angekündigt wurde.

Aus Schreiben der Bieter, mit welchen einzelne Preise oder der Gesamtpreis des Angebotes abgeändert werden, dürfen nur die geänderten einzelnen Einheits- oder Positionspreise sowie der geänderte Gesamtpreis oder Angebotspreis bekannt gegeben werden. Andere Angaben dürfen den Bietern nicht zur Kenntnis gebracht werden. Wenn auf Grund der Vielzahl der Preise ein Verlesen derselben untunlich wäre, so sind den Bietern, die dies beantragen, die Preise binnen drei Arbeitstagen nachweislich bekannt zu geben.

(6) Es ist eine Niederschrift aufzunehmen, in welche zusätzlich zu den nach Abs. 3 bis 5 erforderlichen Angaben einzutragen ist: (6) Es ist eine Niederschrift aufzunehmen, in welche zusätzlich zu den nach Absatz 3 bis 5 erforderlichen Angaben einzutragen ist:

1. Datum und Uhrzeit von Beginn und Ende der Öffnung;
2. Geschäftszahl, Gegenstand und Hinweis auf die Art des Verfahrens;
3. die Namen der Anwesenden;
4. zwingend verlangte, aber nicht vorhandene Beilagen;
5. Vermerke über offensichtliche Angebotsmängel.

Die Niederschrift ist von den Mitgliedern der Kommission zu unterfertigen. Auf formlose Aufforderung ist den Bietern - so sie an der Öffnung teilnahmeberechtigt waren - eine Abschrift der Niederschrift auszufolgen.

(7) ...

Allgemeine Bestimmungen

§ 122. Die Prüfung und Beurteilung eines Angebotes ist nur solchen Personen zu übertragen, welche die fachlichen Voraussetzungen hierfür erfüllen. Erforderlichenfalls sind unbefangene und von den Bietern unabhängige Sachverständige beizuziehen. Paragraph 122, Die Prüfung und Beurteilung eines Angebotes ist nur solchen Personen zu übertragen, welche die fachlichen Voraussetzungen hierfür erfüllen. Erforderlichenfalls sind unbefangene und von den Bietern unabhängige Sachverständige beizuziehen.

Vorgehen bei der Prüfung

§ 123. (1) Die Prüfung der Angebote erfolgt in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien. Paragraph 123, (1) Die Prüfung der Angebote erfolgt in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien.

(2) ...

Ausscheiden von Angeboten

§ 129. (1) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der Auftraggeber auf Grund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschneiden: Paragraph 129, (1) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der Auftraggeber auf Grund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschneiden:

1. 2. Angebote von Bietern, deren Befugnis, finanzielle, wirtschaftliche oder technische Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit nicht gegeben ist;

3. Angebote, die eine - durch eine vertiefte Angebotsprüfung festgestellte - nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises (zB spekulative Preisgestaltung) aufweisen;

4. ...

7. den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Teil-, Alternativ- und Abänderungsangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, nicht gleichwertige Alternativ- oder Abänderungsangebote und Alternativangebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen, sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind;

8. ...

Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung

§ 131. (1) Der Auftraggeber hat den im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern nachweislich mitzuteilen, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. In dieser Mitteilung sind den verbliebenen Bietern das jeweilige Ende der Stillhaltefrist gemäß § 132 Abs. 1, die Gründe für die Ablehnung ihres Angebotes, der Gesamtpreis sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bekannt zu geben, sofern nicht die Bekanntgabe dieser Informationen öffentlichen Interessen oder den berechtigten Geschäftsinteressen von Unternehmern widersprechen oder dem freien und lauten Wettbewerb schaden würde. Paragraph 131, (1) Der Auftraggeber hat den im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern nachweislich mitzuteilen, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. In dieser Mitteilung sind den verbliebenen Bietern das jeweilige Ende der Stillhaltefrist gemäß Paragraph 132, Absatz eins., die Gründe für die Ablehnung ihres Angebotes, der Gesamtpreis sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bekannt zu geben, sofern nicht die Bekanntgabe dieser Informationen öffentlichen Interessen oder den berechtigten Geschäftsinteressen von Unternehmern widersprechen oder dem freien und lauten Wettbewerb schaden würde.

(2) ...

Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes

§ 291. Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig zur Entscheidung über Anträge wegen Rechtswidrigkeit eines Verhaltens eines Auftraggebers in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens, soweit es sich um Auftraggeber handelt, die gemäß Art. 14b Abs. 2 Z 1 B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen. Paragraph 291,

Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig zur Entscheidung über Anträge wegen Rechtswidrigkeit eines Verhaltens eines Auftraggebers in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens, soweit es sich um Auftraggeber handelt, die gemäß Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen.

Senatszuständigkeit und -zusammensetzung

§ 292. (1) Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet in den Angelegenheiten des § 291, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung handelt, in Senaten. Paragraph 292, (1) Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet in den Angelegenheiten des Paragraph 291,, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung handelt, in Senaten.

(2) Der Senat besteht aus einem Mitglied als Vorsitzenden und zwei fachkundigen Laienrichtern als Beisitzern. Von den fachkundigen Laienrichtern muss jeweils einer dem Kreis der Auftraggeber und der andere dem der Auftragnehmer angehören.

Anzuwendendes Verfahrensrecht

§ 311. Soweit in diesem Bundesgesetz und im Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz - VwGVG, BGBl. I Nr. 33/2013, nichts anderes bestimmt ist, sind die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der §§ 1 bis 5 sowie des IV. Teiles in den Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nach diesem Bundesgesetz sinngemäß anzuwenden. Paragraph 311, Soweit in diesem Bundesgesetz und im Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz - VwGVG, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 33 aus 2013,, nichts anderes bestimmt ist, sind die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der Paragraphen eins bis 5 sowie des römisch vier. Teiles in den Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nach diesem Bundesgesetz sinngemäß anzuwenden.

Zuständigkeit

§ 312. (1) ...Paragraph 312, (1) ...

(2) Bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens ist das Bundesverwaltungsgericht zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hierzu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht zuständig

1. zur Erlassung einstweiliger Verfügungen, sowie

2. zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte.

(3) ...

Gebührenersatz

§ 319. (1) Der vor dem Bundesverwaltungsgericht wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller hat Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Paragraph 319, (1) Der vor dem Bundesverwaltungsgericht wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller hat Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird.

(2) Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung besteht nur dann, wenn

1. dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und

2. dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde.

(3) ...

2. Abschnitt

Nachprüfungsverfahren

Einleitung des Verfahrens

§ 320. (1) Ein Unternehmer kann bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern

1. er ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, und

2. ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

(2) ...

Nichtigerklärung von Entscheidungen des Auftraggebers

§ 325. (1) Das Bundesverwaltungsgericht hat eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Erkenntnis für nichtig zu erklären, wenn

1. sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung den Antragsteller in dem von ihm nach § 322 Abs. 1 Z 5 geltenden gemachten Recht verletzt, und

2. die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

(2) ..."

3.2 Zu Spruchpunkt A) - Anträge auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung

3.2.1 Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts

3.2.1.1 Auftraggeberin im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs- Aktiengesellschaft. Sie ist öffentlicher Auftraggeberin iSd § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (st Rspr zB BVwG 15. 5. 2015, W187 2104454-2/35E; 9. 10. 2015, W139 2112388-2/35E; 16. 11. 2015, W123 2115955-2/25E). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich gemäß § 4 BVergG um einen Bauauftrag. Der geschätzte Auftragswert liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 3 BVergG, sodass gemäß § 12 Abs 1 BVergG ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt.

3.2.1.1 Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs- Aktiengesellschaft. Sie ist öffentlicher Auftraggeberin iSd Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG (st Rspr zB BVwG 15. 5. 2015, W187 2104454-2/35E; 9. 10. 2015, W139 2112388-2/35E; 16. 11. 2015, W123 2115955-2/25E). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich gemäß Paragraph 4, BVergG um einen Bauauftrag. Der geschätzte Auftragswert liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG, sodass gemäß Paragraph 12, Absatz eins, BVergG ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt.

3.2.1.2 Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs 2 BVergG iVm Art 14b Abs 2 Z 1 lit d B-VG ist sohin gegeben.

3.2.1.2 Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend Paragraph 312, Absatz 2, BVergG in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera d, B-VG ist sohin gegeben.

3.2.1.3 Da darüber hinaus laut Stellungnahme des Auftraggebers das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht damit gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.

3.2.1.3 Da darüber hinaus laut Stellungnahme des Auftraggebers das Vergabeverfahren nicht widerrufen

und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht damit gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.

3.2.2 Zulässigkeit der Nachprüfungsanträge

3.2.2.1 Der Antragstellerin fehlen die Antragsvoraussetzungen nach § 320 BVergG auf den ersten Blick nicht. Sie hat ihr Interesse am Vertragsabschluss ausreichend dokumentiert und ihr droht ein im Nachprüfungsantrag plausibel dargelegter Schaden. 3.2.2.1 Der Antragstellerin fehlen die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, BVergG auf den ersten Blick nicht. Sie hat ihr Interesse am Vertragsabschluss ausreichend dokumentiert und ihr droht ein im Nachprüfungsantrag plausibel dargelegter Schaden.

3.2.2.2 Die Auftraggeberin bringt vor, dass das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden wäre. Dazu ist anzumerken, dass der Europäische Gerichtshof entschieden hat, dass Art 1 Abs 1 UA 3 und Abs 3 RL 89/665/EWG dahin auszulegen ist, dass er nationalen Verfahrensvorschriften entgegensteht, die es gestatten, die Klage eines Bieters, der ein Interesse daran hat, einen bestimmten Auftrag zu erhalten, und der rügt, dass ihm durch einen Verstoß gegen das Unionsrecht im Bereich öffentlicher Aufträge oder gegen die Vorschriften über dessen Umsetzung ein Schaden entstanden sei oder zu entstehen drohe, auf Ausschluss eines anderen Bieters für unzulässig zu erklären, nachdem die von diesen Vorschriften vorgesehene vorrangige Prüfung des vom anderen Bieter eingelegten Anschlussrechtsbehelfs vorgenommen wurde. Dabei ist es unerheblich, wieviele Unternehmen sich am Vergabeverfahren, wieviele Unternehmen sich am Nachprüfungsverfahren beteiligt haben und welche Gründe für das Ausscheiden der Angebote sie jeweils geltend gemacht haben. (EuGH 5. 4. 2016, C-689/13, PFE, Rn 29 und 30) 3.2.2.2 Die Auftraggeberin bringt vor, dass das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden wäre. Dazu ist anzumerken, dass der Europäische Gerichtshof entschieden hat, dass Artikel eins, Absatz eins, UA 3 und Absatz 3, RL 89/665/EWG dahin auszulegen ist, dass er nationalen Verfahrensvorschriften entgegensteht, die es gestatten, die Klage eines Bieters, der ein Interesse daran hat, einen bestimmten Auftrag zu erhalten, und der rügt, dass ihm durch einen Verstoß gegen das Unionsrecht im Bereich öffentlicher Aufträge oder gegen die Vorschriften über dessen Umsetzung ein Schaden entstanden sei oder zu entstehen drohe, auf Ausschluss eines anderen Bieters für unzulässig zu erklären, nachdem die von diesen Vorschriften vorgesehene vorrangige Prüfung des vom anderen Bieter eingelegten Anschlussrechtsbehelfs vorgenommen wurde. Dabei ist es unerheblich, wieviele Unternehmen sich am Vergabeverfahren, wieviele Unternehmen sich am Nachprüfungsverfahren beteiligt haben und welche Gründe für das Ausscheiden der Angebote sie jeweils geltend gemacht haben. (EuGH 5. 4. 2016, C-689/13, PFE, Rn 29 und 30)

3.2.2.3 § 320 Abs 1 BVergG dient der Umsetzung der RL 89/665/EWG und ist daher im Lichte der Bestimmungen der Richtlinie auszulegen. Damit kann die Einrede, dass das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden sei, nicht dazu führen, dass der Nachprüfungsantrag zurückzuweisen wäre. Der Antragstellerin kommt Antragslegitimation zu. Allenfalls ist festzustellen, dass das Angebot der Antragstellerin ebenfalls auszuschneiden ist. Die Rechtfertigung für die Zuerkennung von Antragslegitimation auch einem Bieter, dessen Angebot auszuschneiden ist, liegt nach Ansicht des Europäischen Gerichtshofes darin, dass selbst wenn beide Angebote auszuschneiden sind, diese Ausscheidensgründe auch auf andere Angebote von Bieter zutreffen, die sich nicht am Nachprüfungsverfahren beteiligt haben, sodass alle Angebote auszuschneiden sind und der Auftraggeber das Vergabeverfahren neu durchzuführen ist. Dabei genügt eine potentielle Möglichkeit, sie muss nicht nachgewiesen sein (EuGH 5. 4. 2016, C-689/13, PFE, Rn 28). 3.2.2.3 Paragraph 320, Absatz eins, BVergG dient der Umsetzung der RL 89/665/EWG und ist daher im Lichte der Bestimmungen der Richtlinie auszulegen. Damit kann die Einrede, dass das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden sei, nicht dazu führen, dass der Nachprüfungsantrag zurückzuweisen wäre. Der Antragstellerin kommt Antragslegitimation zu. Allenfalls ist festzustellen, dass das Angebot der Antragstellerin ebenfalls auszuschneiden ist. Die Rechtfertigung für die Zuerkennung von Antragslegitimation auch einem Bieter, dessen Angebot auszuschneiden ist, liegt nach Ansicht des Europäischen Gerichtshofes darin, dass selbst wenn beide Angebote auszuschneiden sind, diese Ausscheidensgründe auch auf andere Angebote von Bieter zutreffen, die sich nicht am Nachprüfungsverfahren beteiligt haben, sodass alle Angebote auszuschneiden sind und der Auftraggeber das Vergabeverfahren neu durchzuführen ist. Dabei genügt eine potentielle Möglichkeit, sie muss nicht nachgewiesen sein (EuGH 5. 4. 2016, C-689/13, PFE, Rn 28).

3.2.2.4 Der Nachprüfungsantrag enthält alle in § 322 Abs 1 BVergG geforderten Inhalte. Es liegt kein Grund für seine Unzulässigkeit gemäß § 322 Abs 2 BVergG vor. Die Pauschalgebühr wurde in der gesetzlichen Höhe bezahlt. 3.2.2.4 Der Nachprüfungsantrag enthält alle in Paragraph 322, Absatz eins, BVergG geforderten Inhalte. Es liegt kein Grund für

seine Unzulässigkeit gemäß Paragraph 322, Absatz 2, BVergG vor. Die Pauschalgebühr wurde in der gesetzlichen Höhe bezahlt.

3.3.3 Inhaltliche Beurteilung

3.3.3.1 Vorbemerkungen

3.3.3.1.1 Die Antragstellerin behauptet, dass das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin aus einer Reihe von Gründen auszuschneiden wäre oder diesem Angebot nicht der Zuschlag erteilt werden dürfte. Diese Gründe sind die falsche Protokollierung der Verlesung der Angebote bei der Angebotsöffnung, die fehlende Vollmacht zur Abgabe des Angebots, die fehlende Befugnis, unzureichende Referenzen, Subvergaben von kritischen Leistungen in einem unzulässigen Ausmaß, die fehlerhafte Auspreisung und spekulative Kalkulation der Option, eine mangelhafte Kalkulation. Die Auftraggeberin bringt vor, dass das Angebot der Antragstellerin wegen einer nicht nachvollziehbaren Kalkulation auszuschneiden sei.

3.3.3.1.2 Vorweg ist festzuhalten, dass die Ausschreibung nicht rechtzeitig angefochten wurde und daher bestandsfest ist (VwGH 17. 6. 2014, 2013/04/0029). Alle am Vergabeverfahren Beteiligten sind daran gebunden (st Rspr zB VwGH 14. 4. 2011, 2008/04/0065). Das Bundesverwaltungsgericht kann allfällige Rechtswidrigkeiten der bestandsfesten Ausschreibung nicht mehr aufgreifen (VwGH 17. 6. 2014, 2013/04/0029). Die strittigen Festlegungen überschreiten die Grenzen möglicher Festlegungen des Auftraggebers nicht (VwGH 17. 6. 2014, 2013/04/0029).

3.3.3.1.3 Die Ausschreibung ist nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen (st Rspr, zB VwGH 18. 3. 2015, Ra 2015/04/0017). Im Zweifel sind Festlegungen in der Ausschreibung gesetzeskonform und sohin in Übereinstimmung mit den maßgeblichen Bestimmungen zu lesen (st Rspr zB VwGH 9. 9. 2015, Ra 2014/04/0036). Gleiches gilt für die Willenserklärungen der Bieter (st Rspr zB VwGH 22. 11. 2011, 2006/04/0024; 27. 10. 2014, 2012/04/0066). Ihre Festlegungen sind für alle am Vergabeverfahren Beteiligten bindend (zB EuGH 22. 6. 1993, C-243/89, Kommission/Dänemark - Brücke über den "Storebælt" Rn 39; VwGH 7. 9. 2009, 2007/04/0090). Allfällige Rechtswidrigkeiten können auch von der Vergabekontrollbehörde nicht mehr aufgegriffen werden (zB VwGH 7. 11. 2005, 2003/04/0135; 27. 6. 2007, 2005/04/0234). Die Ausschreibung ist der gegenständlichen Auftragsvergabe zugrunde zu legen (zB VwGH 7. 9. 2009, 2007/04/0090 mwN; 14. 4. 2011, 2008/04/0065). Es ist von einer strengen Bindung an die Ausschreibung auszugehen (VwGH 20. 5. 2010, 2007/04/0072;

BVwG 16. 4. 2014, W187 2003334-1/25E), andernfalls ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz vorliegen würde (zB EuGH 22. 6. 1993, C-243/89, Kommission/Dänemark - Brücke über den "Storebælt" Rn 37;

BVA 28. 11. 2008, N/0131-BVA/12/2008-29).

3.3.3.1.4 Die Beurteilung der Angebote erfolgt gemäß § 123 Abs 1 BVergG in erster Linie anhand der bestandsfesten Ausschreibung (BVwG 26. 3. 2014, W187 2001000-1/30E). 3.3.3.1.4 Die Beurteilung der Angebote erfolgt gemäß Paragraph 123, Absatz eins, BVergG in erster Linie anhand der bestandsfesten Ausschreibung (BVwG 26. 3. 2014, W187 2001000-1/30E).

Das über die Ausschreibung Gesagte gilt ebenso für alle anderen Festlegungen des Auftraggebers im Zuge des Vergabeverfahrens (BVwG 1. 8. 2014, W187 2008946-1/23E).

Damit ist der objektive Erklärungswert der Ausschreibung zu ermitteln.

3.3.3.2 Zur Protokollierung der Angebotsöffnung

3.3.3.2.1 Im Protokoll über die Angebotsöffnung ist festgehalten, dass das federführende Mitglied der Bietergemeinschaft ein Angebot abgegeben hat. Im Angebot selbst ist vermerkt, dass eine Bietergemeinschaft das Angebot abgegeben hat. Die Auftraggeberin hat das Protokoll über die Angebotsöffnung korrigiert und ein Protokoll an alle Bieter verschickt, in dem als Bieter 5 die Bietergemeinschaft vermerkt ist. Die Antragstellerin hat dagegen bereits im Vergabeverfahren Einspruch erhoben.

3.3.3.2.2 In der mündlichen Verhandlung hat sich bei der Vernehmung der Zeugen eindeutig ergeben, dass die Bietergemeinschaft bei der Angebotsöffnung verlesen wurde. Damit hat die Auftraggeberin ihre Verpflichtungen gemäß §§ 118 Abs 5 Z 1 oder 121 Abs 5 Z 1 BVergG erfüllt hat. Bei der Protokollierung hat sie jedoch gegen §§ 118 Abs 6 Z 1 oder 121 Abs 6 Z 1 BVergG verstoßen. 3.3.3.2.2 In der mündlichen Verhandlung hat sich bei der Vernehmung der

Zeugen eindeutig ergeben, dass die Bietergemeinschaft bei der Angebotsöffnung verlesen wurde. Damit hat die Auftraggeberin ihre Verpflichtungen gemäß Paragraphen 118, Absatz 5, Ziffer eins, oder 121 Absatz 5, Ziffer eins, BVergG erfüllt hat. Bei der Protokollierung hat sie jedoch gegen Paragraphen 118, Absatz 6, Ziffer eins, oder 121 Absatz 6, Ziffer eins, BVergG verstoßen.

3.3.3.2.3 Grundsätzlich liefert ein Protokoll den Nachweis über ein tatsächliches Geschehen. Es kann vorkommen, dass das Protokoll das tatsächliche Geschehen unrichtig wiedergibt. Das Protokoll selbst begründet lediglich den Nachweis, dass in der Realität ein bestimmter Ablauf stattgefunden hat. Daher ist es grundsätzlich einer Korrektur oder Berichtigung zugänglich, wenn sich herausstellt, dass sich das wiedergegebene tatsächliche Geschehen anders als im Protokoll festgehalten ereignet hat. Daher muss ein Protokoll grundsätzlich einer Richtigstellung zugänglich sein.

3.3.3.2.4 Dieser Grundsatz findet sich in allen wesentlichen Verfahrensordnungen, um die Übereinstimmung des Akteninhalts mit dem tatsächlichen Geschehen herzustellen. Das BVergG enthält keine ausdrückliche Regelung über eine Berichtigung von Protokollen, die im Rahmen des Vergabeverfahrens angefertigt wurden. Da jedoch der Grundsatz, dass ein Protokoll einer Berichtigung zugänglich ist, ein allgemeiner Grundsatz ist, kommt auch im Bereich des BVergG die Berichtigung eines Protokolls in Frage.

3.3.3.2.5 Dass zwei Personen bei der Angebotsöffnung anwesend waren, die weder bei der Auftraggeberin noch bei einem Bieter beschäftigt sind, hat den Grund, dass sie in das ausschreibungsgegenständliche Projekt als Dienstleister für die Auftraggeberin eingebunden sind. Sie sind daher der Auftraggeberin zuzurechnen und ihre Anwesenheit ist nicht gemäß § 121 Abs 1 BVergG zu beanstanden. Eine Verletzung der Vertraulichkeit der verlesenen Angaben oder eine Beeinflussung des Wettbewerbs ist nicht zu befürchten.

3.3.3.2.5 Dass zwei Personen bei der Angebotsöffnung anwesend waren, die weder bei der Auftraggeberin noch bei einem Bieter beschäftigt sind, hat den Grund, dass sie in das ausschreibungsgegenständliche Projekt als Dienstleister für die Auftraggeberin eingebunden sind. Sie sind daher der Auftraggeberin zuzurechnen und ihre Anwesenheit ist nicht gemäß Paragraph 121, Absatz eins, BVergG zu beanstanden. Eine Verletzung der Vertraulichkeit der verlesenen Angaben oder eine Beeinflussung des Wettbewerbs ist nicht zu befürchten.

3.3.3.3 Zur Vollmacht zur Abgabe des Angebots der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin

3.3.3.3.1 Ein Mitglied der Bietergemeinschaft hat das federführende Mitglied bevollmächtigt, es "als Mitglied der Bietergemeinschaft im Rahmen der Angebotsbearbeitung für o.a. Projekt rechtsverbindlich zu vertreten". Damit kommt bei objektivem Verständnis zum Ausdruck, dass das bevollmächtigte Mitglied der Bietergemeinschaft rechtsverbindlich Erklärungen für das vollmachtgebende Mitglied der Bietergemeinschaft abgeben darf. Der Umfang der Vollmacht ist mit der Angebotsbearbeitung abgesteckt. Darunter ist zweifellos die Erstellung des Angebots gemeint. Durch den Beisatz der rechtsverbindlichen Vertretung soll durch diese Bearbeitung wohl auch eine Wirkung nach außen erzeugt werden, die nur in der Unterfertigung und Abgabe des Angebots bestehen kann, somit in der Beteiligung am Vergabeverfahren.

3.3.3.3.2 Bei der Angebotsabgabe ist es auch nicht notwendig, eine Vollmacht für einen Mitarbeiter beizulegen, der nicht über eine im Firmenbuch eingetragene Vertretungsbefugnis für Gesellschaft, für die er auftritt, verfügt. Er genießt den Anschein der Vollmacht. Erst wenn Zweifel am Bestehen dieser Vertretungsbefugnis aufkommen, muss der Auftraggeber diese hinterfragen und vom Bieter Aufklärung verlangen. Im vorliegenden Fall hatte die Auftraggeberin keinen Anlass, Zweifel an der aufrechten Befugnis zu haben, dass der Mitarbeiter des federführenden Mitglieds der Bietergemeinschaft ermächtigt ist, im Rahmen des gegenständlichen Vergabeverfahrens Erklärungen namens der Gesellschaft abzugeben. Die Auftraggeberin musste die Einzel- oder Generalvollmacht daher nicht hinterfragen. Dem Angebot liegt jedoch eine "Handlungsvollmacht für die rechtsverbindliche Vertretung" des federführend Mitglieds der Bietergemeinschaft vom 16. Juli 2016 für Herrn LLLL bei, wonach diesem "im Außenverhältnis gegenüber Dritten, in Bezug auf die Abwicklung von Bauvorhaben und insbesondere die Zeichnungsberechtigung für die Unterfertigung von Angeboten" vom einzelzeichnungsberechtigten Geschäftsführer erteilt wird. Eine gleichlautende Handlungsvollmacht liegt dem Angebot auch für Herrn FFFF bei. Die Fertigung des Angebots durch Herrn LLLL ist daher dem federführenden Mitglied der Bietergemeinschaft zuzurechnen.

3.3.3.4 Zur Befugnis der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin

3.3.3.4.1 Das federführende Mitglied der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin verfügt über die Gewerbeberechtigung Baumeister, das zweite Mitglied Elektrotechnik. Die Gewerbeberechtigung Baumeister

ermächtigt auch dazu, Aufträge zu übernehmen und sich für die Ausführung entsprechend befugter zu bedienen. Für die Sammlung und Behandlung der Abfälle beruft sich das federführende Mitglied der Bietergemeinschaft auf die aufrechte Befugnis ihrer Muttergesellschaft als Abfallsammlerin und -behandlerin und nennt diese als Subunternehmerin für die Abfallsammlung und -behandlung.

3.3.3.4.2 Wenn die Antragstellerin vorbringt, dass der Bieter selbst über die entsprechende Befugnis als Abfallsammler verfügt, ist auf das AWG zu verweisen. Ungeachtet der von der Antragstellerin vorgelegten Rechtsauskunft kann diese Rechtsmeinung nicht dem AWG entnommen werden.

3.3.3.4.3 Für die Herstellung der Videoüberwachung, die Beschallungsanlage und die Gefahrenmeldeanlage ist eine entsprechend befugte Subunternehmerin namhaft gemacht. Sie verfügt unstrittig über die notwendige Befugnis zur Herstellung von Gefahrenmeldeanlagen. Die nötige Befugnis ist daher nachgewiesen.

3.3.3.5 Zu den Referenzen der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin

3.3.3.5.1 Grundsätzlich kann sich ein Bieter auf die Mittel Dritter berufen, um seine Befugnis oder Leistungsfähigkeit nachzuweisen. Er muss aber gleichzeitig nachweisen, dass ihm diese Mittel im Auftragsfall tatsächlich zur Verfügung stehen (EuGH 10. 10. 2013, C-94/12, Swm Construzioni 2, Rn 29 und 33). Bei der Form dieses Nachweises ist er frei (EuGH 14. 1. 2016, C-234/14, Ostas Celtnieks, Rn 28), da die Rechtsform der Beziehung zu diesem Dritten nicht beschränkt ist (EuGH 2. 12. 1999, C-176/98, Holst Italia, Rn 29). "Ein Bieter kann sich somit nicht gemäß Art. 47 Abs. 2 und Art. 48 Abs. 3 der Richtlinie 2004/18 auf die Kapazitäten anderer Unternehmen berufen, um rein formal die vom öffentlichen Auftraggeber verlangten Voraussetzungen zu erfüllen." (EuGH 7. 4. 2016, C-324/14, Partner Apelski Dariusz, Rn 38) Entsprechend diesen Vorgaben ist § 76 BVergG zu verstehen. Wenn sich ein Bieter auf die Mittel Dritter berufen will, kann er sich jeder möglichen rechtlichen Verbindung bedienen. Allerdings muss er sicherstellen dem Auftraggeber nachweisen, dass ihm diese Mittel im Auftragsfall auch tatsächlich zur Verfügung stehen. Die Mittel, die der Dritte zur Verfügung stellt, müssen zur Durchführung des Auftrags geeignet sein und in die Durchführung des Auftrags einfließen können.

3.3.3.5.1 Grundsätzlich kann sich ein Bieter auf die Mittel Dritter berufen, um seine Befugnis oder Leistungsfähigkeit nachzuweisen. Er muss aber gleichzeitig nachweisen, dass ihm diese Mittel im Auftragsfall tatsächlich zur Verfügung stehen (EuGH 10. 10. 2013, C-94/12, Swm Construzioni 2, Rn 29 und 33). Bei der Form dieses Nachweises ist er frei (EuGH 14. 1. 2016, C-234/14, Ostas Celtnieks, Rn 28), da die Rechtsform der Beziehung zu diesem Dritten nicht beschränkt ist (EuGH 2. 12. 1999, C-176/98, Holst Italia, Rn 29). "Ein Bieter kann sich somit nicht gemäß Artikel 47, Absatz 2 und Artikel 48, Absatz 3, der Richtlinie 2004/18 auf die Kapazitäten anderer Unternehmen berufen, um rein formal die vom öffentlichen Auftraggeber verlangten Voraussetzungen zu erfüllen." (EuGH 7. 4. 2016, C-324/14, Partner Apelski Dariusz, Rn 38) Entsprechend diesen Vorgaben ist Paragraph 76, BVergG zu verstehen. Wenn sich ein Bieter auf die Mittel Dritter berufen will, kann er sich jeder möglichen rechtlichen Verbindung bedienen. Allerdings muss er sicherstellen dem Auftraggeber nachweisen, dass ihm diese Mittel im Auftragsfall auch tatsächlich zur Verfügung stehen. Die Mittel, die der Dritte zur Verfügung stellt, müssen zur Durchführung des Auftrags geeignet sein und in die Durchführung des Auftrags einfließen können.

3.3.3.5.2 Der Zweck von Referenzen ist die Erfahrung mit gleichartigen Aufträgen nachzuweisen. Diese Erfahrung muss bei der Auftragsdurchführung auch zur Verfügung stehen. Das bedingt, dass sich das Unternehmen, das die Referenzen zur Verfügung stellt, sich auch an der Durchführung des Auftrags beteiligen muss.

3.3.3.5.3 Im vorliegenden Fall hat das federführende Mitglied der Bietergemeinschaft die Referenzen einer Subunternehmerin genannt. Diese genügen den Anforderungen der Ausschreibung. Die Subunternehmerin ist mit einem Umfang von 11,3 % für den Untertagebau namhaft gemacht. In ihrer Verpflichtungserklärung ist auch ausdrücklich festgehalten, dass sie ihre Eignung und ihre vorhandenen Mittel, über die der Bieter nicht selbst verfügt und die zur Ausführung des Auftrags bzw zur Teilnahme am Vergabeverfahren erforderlich sind, dem Bieter tatsächlich zur Verfügung stellt. Damit sind die genannten Referenzen für den Tunnelbau durch die Berufung auf die Mittel Dritter entsprechend § 76 BVergG nachgewiesen.

3.3.3.5.3 Im vorliegenden Fall hat das federführende Mitglied der Bietergemeinschaft die Referenzen einer Subunternehmerin genannt. Diese genügen den Anforderungen der Ausschreibung. Die Subunternehmerin ist mit einem Umfang von 11,3 % für den Untertagebau namhaft gemacht. In ihrer Verpflichtungserklärung ist auch ausdrücklich festgehalten, dass sie ihre Eignung und ihre vorhandenen Mittel,

über die der Bieter nicht selbst verfügt und die zur Ausführung des Auftrags bzw zur Teilnahme am Vergabeverfahren erforderlich sind, dem Bieter tatsächlich zur Verfügung stellt. Damit sind die genannten Referenzen für den Tunnelbau durch die Berufung auf die Mittel Dritter entsprechend Paragraph 76, BVergG nachgewiesen.

3.3.3.5.4 Das zweite Mitglied der Bietergemeinschaft hat für die Tunnelautomation Referenzen eines Dritten genannt. Dieser Dritte ist als Subunternehmer genannt. In der Subunternehmererklärung ist die zu erbringende Leistung als "Zurverfügungstellung Referenzen" bezeichnet. Der Teil der vorgefertigten Subunternehmererklärung, in dem der Subunternehmer erklärt, "unsere Eignung bzw. unsere vorhandenen Mittel über die der Bieter nicht selbst verfügt und die zur Ausführung des Auftrages bzw. zur Teilnahme am Vergabeverfahren erforderlich sind, dem Bieter tatsächlich zur Verfügung zu stellen", ist durchgestrichen und paraphiert. In dem beiliegenden Schreiben ist ausgeführt: "Wie besprochen und mit Ihnen vereinbart, stellen

wir ... der ... unsere Referenzen zum Nachweis der technischen

Leistungsfähigkeit bei der ASFINAG-Ausschreibung ,S16 Arlberg Schnellstraße, Tunnel Strengen, Sanierung der Tunnelanlage' zur Verfügung."

3.3.3.5.5 Daraus ergibt sich eindeutig, dass der Dritte bei der Ausführung des Auftrags der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin nicht zur Verfügung steht. Seine Mitwirkung besteht ausschließlich darin, dem zweiten Mitglied der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin Referenzen zur Verfügung zu stellen, ohne dabei jedoch in irgendeiner Form bei der Abwicklung des Auftrags mitzuwirken. Im Lichte der oben zitierten Rechtsprechung des EuGH und des Verständnisses von § 76 BVergG in diesem Lichte darf die Auftraggeberin daher diese Referenzen nicht anerkennen, da die durch die Referenzen nachgewiesene technische Leistungsfähigkeit in Form der Erfahrung mit gleichartigen Aufträgen bei der Auftragsausführung nicht zur Verfügung steht.3.3.3.5.5 Daraus ergibt sich eindeutig, dass der Dritte bei der Ausführung des Auftrags der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin nicht zur Verfügung steht. Seine Mitwirkung besteht ausschließlich darin, dem zweiten Mitglied der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin Referenzen zur Verfügung zu stellen, ohne dabei jedoch in irgendeiner Form bei der Abwicklung des Auftrags mitzuwirken. Im Lichte der oben zitierten Rechtsprechung des EuGH und des Verständnisses von Paragraph 76, BVergG in diesem Lichte darf die Auftraggeberin daher diese Referenzen nicht anerkennen, da die durch die Referenzen nachgewiesene technische Leistungsfähigkeit in Form der Erfahrung mit gleichartigen Aufträgen bei der Auftragsausführung nicht zur Verfügung steht.

3.3.3.5.6 Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin hat daher die technische Leistungsfähigkeit nicht nachgewiesen und ihr Angebot wäre gemäß § 129 Abs 1 Z 2 BVergG auszuschneiden gewesen.3.3.3.5.6 Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin hat daher die technische Leistungsfähigkeit nicht nachgewiesen und ihr Angebot wäre gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG auszuschneiden gewesen.

3.3.3.6 Zu den Subvergaben von kritischen Leistungen im Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin

3.3.3.6.1 Position 00B103D legt fest, dass im Angebot jene Subunternehmer zu nennen sind, die in Summe 80 % der als kritisch definierten Leistungen erbringen. In der Ausschreibung ist in der Position 00B103E festgelegt, welche Leistungen als "kritische Leistungen iSd Ausschreibung anzusehen sind. Diese sind zu mehr als 50 % vom Bieter zu erbringen. Die Basis für die Berechnung der 50 % ist das Angebot des Bieters. Der Bieter darf höchstens 50 % dieser Leistungen an Subunternehmer weitergeben. Die Eigenleistungen können auch von einem mit dem Bieter verbundenen Unternehmen oder einem Mitglied der Bietergemeinschaft erbracht werden.

3.3.3.6.2 Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin beabsichtigt, insgesamt 37,96 % der kritischen Leistungen an Subunternehmer zu vergeben. Damit entspricht ihr Angebot in diesem Punkt den Vorgaben der Ausschreibung.

3.3.3.7 Zur Option im Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin

3.3.3.7.1 Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin hat die Option im Angebotsdeckblatt nicht gesondert ausgewiesen. Lediglich im Begleitschreiben hat sie sie beziffert. Entgegen den Zweifeln der Antragstellerin ist aus dem Wortlaut "darin enthalten" klar ersichtlich, dass die Option in dem genannten Gesamtpreis enthalten ist. Dennoch hat sie das Angebotsdeckblatt entgegen den Vorgaben der Ausschreibung ausgefüllt. Da sich der Preis der Option aus dem Leistungsverzeichnis ergibt, ist klar, dass sich der Preis der Option mit dem Nachlass ergibt.

3.3.3.7.2 Die Preise - auch für die Option - sind daher entsprechend angegeben und auch verlesen worden. Bei

entsprechender Aufmerksamkeit konnte der Antragstellerin auch erkennbar sein, wie hoch der angebotene Preis für Option war. Eine Manipulation oder nachträgliche Änderung ist daher ausgeschlossen. Angemerkt sei lediglich, dass es bei der Bewertung der Angebote auf Grundlage der vorliegenden Ausschreibung vorteilhaft ist, die Option möglichst hoch anzubieten, da sie nur zur Hälfte in den bewertungsrelevanten Angebotspreis einfließt. Die Option möglichst niedrig zu kalkulieren und dafür Leistungsteile in den Preis der Grundleistung zu verschieben bringt daher einem Bieter bei der Angebotsbewertung lediglich Nachteile.

3.3.3.8 Zur Kalkulation des Angebots der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin

3.3.3.8.1 Die Kalkulation erfolgt auf Grundlage der ÖNORM B 2061. Dieser sind auch die Kalkulationsformblätter entnommen. Die Antragstellerin hat für die elektromaschinellen Leistungen im K3-Blatt Mittellohnkosten ausgewiesen, dabei einen nach den Anteilen der einzelnen Gruppen von Arbeitnehmern und den zu erbringenden Leistungen gewichteten Mittellohn errechnet und daher nur ein K3-Blatt abgegeben. Sie beruft sich dabei auf eine gängige Praxis. Im K7-Blatt hat sie jedoch für jede Position die Lohnkosten kalkuliert, die für die in der jeweiligen Position eingesetzten Arbeitnehmer anfallen. Dadurch kommt es zu unterschiedlichen Ansätzen von Lohnkosten in unterschiedlichen Positionen.

3.3.3.8.2 Vorerst ist anzumerken, dass eine gängige Praxis noch nicht die Richtigkeit der Vorgangsweise bestätigt. Die vorliegende bestandsfeste Ausschreibung verlangt eine Kostenkalkulation nach der ÖNORM B 2061. Damit ist nicht weiter zu prüfen, ob die Herstellung der elektromaschinellen Ausrüstung unter den Begriff der Bauarbeiten fällt.

3.3.3.8.3 Punkt 3.5.3 der ÖNORM B 2061 definiert Mittellohnkosten als durchschnittliche Lohnkosten und lohngebundene Kosten je Stunde.

Punkt 4.1 der ÖNORM B 2061 legt zu Personalkosten fest, dass Grundlagen die Löhne und Gehälter sind, deren Höhe von kollektivvertraglichen und betrieblichen Vereinbarungen sowie gesetzlichen Bestimmungen abhängig ist. Darüber hinausgehende verbindliche Festsetzungen auf kollektivvertraglicher oder gesetzlicher Basis sind sinngemäß einzuordnen.

Punkt 5.5.1 der ÖNORM B 2061 legt fest, dass sich die Einzellohnkosten je Leistungseinheit aus dem kalkulierten Zeitaufwand (Aufwandswert) für die Erbringung der betreffenden Leistung, einschließlich der Gerätebedienung, unter Zugrundelegung der zutreffenden Mittellohnkosten ergeben.

Punkt 7.1 der ÖNORM B 2061 legt unter dem Titel Mittellohnkosten fest, dass aus den Lohnkosten der für die Erbringung der Leistung vorgesehenen Arbeiter je nach Bedarf ein oder mehrere Mittellöhne zu bilden sind. Aus den kollektivvertraglichen Löhnen und allfälligen überkollektivvertraglichen Mehrlöhnen, ferner aus allfälligen Aufzahlungen für Mehrarbeit und Erschwernisse sowie aus anderen abgabenpflichtigen Lohnbestandteilen ist ein Mittellohn zu bilden. Dem Mittellohn, vermehrt um die nicht abgabenpflichtigen Lohnbestandteile, sind die Lohnnebenkosten gemäß Tabelle 1, in der Regel als Prozentsatz des Mittellohns, zuzurechnen. Das Ergebnis sind die Mittellohnkosten. Bei Regielohn und Gehalt ist analog vorzugehen.

Punkt 8.1 Mittellohnpreise legt fest, dass sich durch Aufrechnung des Gesamtzuschlages auf die Mittellohnkosten die Mittellohnpreise ergeben.

Nach Punkt 9.1 der ÖNORM B 2061 können Einheits- und Pauschalpreise Aufgegliedert in Preisanteile für Lohn und für Sonstiges ausgeschrieben und angeboten werden. Dabei wird der Preisanteil für Lohn gemäß 9.2.1 und der Preisanteil für Sonstiges gemäß 9.2.2 ermittelt.

Gemäß Punkt 9.2.1 der ÖNORM B 2061 ergibt sich der Preisanteil "Lohn" aus den Einzellohnkosten gemäß 5.1.1 für die zutreffende Leistung zuzüglich des jeweiligen Gesamtzuschlages.

Nach Punkt 13.2.2 (1) der ÖNORM B 2061 wird das Kalkulationsformblatt K3 zur Ermittlung der Mittellohnkosten, Regielohnkosten, Gehaltskosten bzw. der Mittellohnpreise, Regielohnpreise, Gehaltspreise verwendet.

Nach Punkt 13.2.2 (6) der ÖNORM B 2061 wird das Kalkulationsformblatt K7 ua zur Ermittlung der Kosten bzw der Preise von Einzelleistungen einschließlich Leistungsgeräte verwendet.

3.3.3.8.3 Aus den Festlegungen in Punkt 13.2.2 (1) der ÖNORM B 2061 ergibt sich, dass die Mittellohnkosten nach dem Formblatt K 3 zu ermitteln sind. Diese Mittellohnkosten sind nach Punkt 5.5.1 der ÖNORM B 2061 Ermittlung der Einzellohnkosten zugrunde zu legen. Bei Bedarf sind nach Punkt 7.1. der ÖNORM B 2061 ein oder mehrere Mittellöhne

zu bilden. Dieser Bedarf kann entstehen, wenn unterschiedliche Kollektivverträge anzuwenden sind oder wenn unterschiedliche Kategorien von Arbeitern und Angestellten Leistungen erbringen. In der vorliegenden Ausschreibung sind Einheitspreise aufgedgliedert in die Preiskomponenten Lohn und Sonstiges anzubieten. Nach Punkt 9.2.1 der ÖNORM B 2061 sind bei dieser Kalkulation die Einzellohnkosten bei der Kalkulation des Einheitspreises heranzuziehen. Da sich diese aus dem Mittelohn ergeben, ist der Mittelohn bei der Kalkulation heranzuziehen. Wenn ein Bieter nun nur ein K3 Blatt vorlegt, ist nur ein Mittelohn erklärt. Damit muss bei der Berechnung jedes Einheitspreises dieser Mittelohn Grundlage der Kalkulation des Einheitspreises herangezogen werden. Wenn es sich um unterschiedliche Leistungen handelt, wären diese auch unterschiedlich herzuleiten und damit mehrere K3 Blätter abzugeben gewesen. Da die Antragstellerin dies unterlassen hat, widerspricht ihre Kalkulation den Vorgaben der ÖNORM B 2061 und damit den Vorgaben der Ausschreibung. Es erfüllt den Ausscheidensgrund gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG.3.3.3.8.3 Aus den Festlegungen in Punkt 13.2.2 (1) der ÖNORM B 2061 ergibt sich, dass die Mittelohnkosten nach dem Formblatt K 3 zu ermitteln sind. Diese Mittelohnkosten sind nach Punkt 5.5.1 der ÖNORM B 2061 Ermittlung der Einzellohnkosten zugrunde zu legen. Bei Bedarf sind nach Punkt 7.1. der ÖNORM B 2061 ein oder mehrere Mittelöhne zu bilden. Dieser Bedarf kann entstehen, wenn unterschiedliche Kollektivverträge anzuwenden sind oder wenn unterschiedliche Kategorien von Arbeitern und Angestellten Leistungen erbringen. In der vorliegenden Ausschreibung sind Einheitspreise aufgedgliedert in die Preiskomponenten Lohn und Sonstiges anzubieten. Nach Punkt 9.2.1 der ÖNORM B 2061 sind bei dieser Kalkulation die Einzellohnkosten bei der Kalkulation des Einheitspreises heranzuziehen. Da sich diese aus dem Mittelohn ergeben, ist der Mittelohn bei der Kalkulation heranzuziehen. Wenn ein Bieter nun nur ein K3 Blatt vorlegt, ist nur ein Mittelohn erklärt. Damit muss bei der Berechnung jedes Einheitspreises dieser Mittelohn Grundlage der Kalkulation des Einheitspreises herangezogen werden. Wenn es sich um unterschiedliche Leistungen handelt, wären diese auch unterschiedlich herzuleiten und damit mehrere K3 Blätter abzugeben gewesen. Da die Antragstellerin dies unterlassen hat, widerspricht ihre Kalkulation den Vorgaben der ÖNORM B 2061 und damit den Vorgaben der Ausschreibung. Es erfüllt den Ausscheidensgrund gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG.

3.3.3.9 Zur Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung

3.3.3.9.1 Die Zuschlagsentscheidung muss gemäß § 131 Abs 1 BVergG ua den Namen des für den Zuschlag in Aussicht genommenen Bieters enthalten. Die Zuschlagsentscheidung ist gemäß § 2 Z 49 BVergG eine Absichtserklärung und als Erklärung des Auftraggeber nach den allgemeinen Regeln für die Auslegung von Erklärungen auszulegen. Es ist der objektive Erklärungswert zu ermitteln.3.3.3.9.1 Die Zuschlagsentscheidung muss gemäß Paragraph 131, Absatz eins, BVergG ua den Namen des für den Zuschlag in Aussicht genommenen Bieters enthalten. Die Zuschlagsentscheidung ist gemäß Paragraph 2, Ziffer 49, BVergG eine Absichtserklärung und als Erklärung des Auftraggeber nach den allgemeinen Regeln für die Auslegung von Erklärungen auszulegen. Es ist der objektive Erklärungswert zu ermitteln.

3.3.3.9.2 Die vorliegende Zuschlagsentscheidung nennt ein Mitglied der Bietergemeinschaft ausdrücklich als jenen Bieter, mit dem Auftraggeberin den Vertrag abzuschließen beabsichtigt. Damit gibt sie zu erkennen, dass sie nicht einem der verlesenen Bieter den Zuschlag erteilen will, sondern einem Unternehmen, das in dieser Form gar kein Angebot gelegt hat. Bei dieser Aussage handelt es sich um eine klare und eindeutige Erklärung. Die Begründung, in der das Angebot der Bietergemeinschaft mit jenem des jeweiligen Bieters verglichen wird, vermag daran nichts zu ändern. Darin wird keine Absicht entsprechend § 2 Z 49 BVergG kundgetan sondern dies mitgeteilte Absicht erklärt. Einerseits hängt diese Begründung an der Absichtserklärung und vermag sie nicht zu ändern, sondern nur zu untermauern, da die Absichtserklärung von ihrer Begründung im Text klar und deutlich getrennt ist. Andererseits kommt der Begründung kein selbständiger Erklärungswert zu, mit welchem Bieter der Vertrag abgeschlossen werden soll. Daher widerspricht die Zuschlagsentscheidung § 131 Abs 1 BVergG.3.3.3.9.2 Die vorliegende Zuschlagsentscheidung nennt ein Mitglied der Bietergemeinschaft ausdrücklich als jenen Bieter, mit dem Auftraggeberin den Vertrag abzuschließen beabsichtigt. Damit gibt sie zu erkennen, dass sie nicht einem der verlesenen Bieter den Zuschlag erteilen will, sondern einem Unternehmen, das in dieser Form gar kein Angebot gelegt hat. Bei dieser Aussage handelt es sich um eine klare und eindeutige Erklärung. Die Begründung, in der das Angebot der Bietergemeinschaft mit jenem des jeweiligen Bieters verglichen wird, vermag daran nichts zu ändern. Darin wird keine Absicht entsprechend Paragraph 2, Ziffer 49, BVergG kundgetan sondern dies mitgeteilte Absicht erklärt. Einerseits hängt diese Begründung an der Absichtserklärung und vermag sie nicht zu ändern, sondern nur zu untermauern, da die Absichtserklärung von ihrer

Begründung im Text klar und deutlich getrennt ist. Andererseits kommt der Begründung kein selbständiger Erklärungswert zu, mit welchem Bieter der Vertrag abgeschlossen werden soll. Daher widerspricht die Zuschlagsentscheidung Paragraph 131, Absatz eins, BVergG.

3.3.3.10 Zusammenfassung

3.3.3.10.1 Wie oben ausgeführt, ist einerseits das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin wegen mangelnder technischer Leistungsfähigkeit gemäß § 129 Abs 1 Z 2 BVergG auszuschneiden, andererseits die Zuschlagsentscheidung in Widerspruch zu § 131 Abs 1 BVergG. Diese Rechtswidrigkeit ist jedenfalls für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlicher Bedeutung, da es sich um die für den Zuschlag in Aussicht genommene Bieterin handelt. Daher ist die Zuschlagsentscheidung gemäß § 325 Abs 1 BVergG für nichtig zu erklären. 3.3.3.10.1 Wie oben ausgeführt, ist einerseits das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin wegen mangelnder technischer Leistungsfähigkeit gemäß § 129 Absatz eins, Ziffer 2, BVergG auszuschneiden, andererseits die Zuschlagsentscheidung in Widerspruch zu Paragraph 131, Absatz eins, BVergG. Diese Rechtswidrigkeit ist jedenfalls für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlicher Bedeutung, da es sich um die für den Zuschlag in Aussicht genommene Bieterin handelt. Daher ist die Zuschlagsentscheidung gemäß Paragraph 325, Absatz eins, BVergG für nichtig zu erklären.

3.3.3.10.2 Wie oben ebenfalls ausgeführt, wäre das Angebot der Antragstellerin ebenfalls auszuschneiden gewesen. Dem Bundesverwaltungsgericht ist es jedoch verwehrt, Entscheidungen an Stelle des Auftraggebers zu treffen.

3.3 Zu Spruchpunkt B) - Ersatz der Pauschalgebühr

Die Antragstellerinnen haben jeweils die Pauschalgebühr in der gesetzlich geschuldeten Höhe tatsächlich bezahlt. Das Bundesverwaltungsgericht erließ die beantragten einstweiligen Verfügungen. Die Antragstellerinnen haben mit ihren Nachprüfungsanträgen obsiegt, da das Bundesverwaltungsgericht die angefochtene Zuschlagsentscheidung für nichtig erklärt hat. Die Auftraggeberin ist daher verpflichtet, die Pauschalgebühr in der tatsächlich geschuldeten und bezahlten Höhe wie im Spruch wiedergegeben zu bezahlen. Auch die Verwirklichung eines Ausscheidensgrundes steht dieser Beurteilung nicht entgegen, da sie allenfalls von der Nichtigerklärung der Ausschreibung iSd Rechtsprechung des EuGH unmittelbar profitieren könnte, wobei bereits die Möglichkeit genügt (EuGH 5. 4. 2016, C-689/13, PFE, Rn 28).

3.4 Zu Spruchpunkt C) - Unzulässigkeit der Revision

3.4.1 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. 3.4.1 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.

3.4.2 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, wie sie unter 3.2 der rechtlichen Begründung zitiert ist, 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. 3.4.2 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, wie sie unter 3.2 der rechtlichen Begründung zitiert ist, 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, Angebotsabgabe, Angebotsbewertung, Angebotsöffnung, Antragslegimitation, Auslegung der Ausschreibung, Ausscheiden eines Angebotes, Ausscheidensentscheidung, Ausscheidensgründe, Bauauftrag, Befugnis beurteilt am Auftragsgegenstand, Berichtigung, bestandfeste Ausschreibung,

Bietergemeinschaft, Bietergleichbehandlung, drohende Schädigung, Eignung, fairer Wettbewerb, Gewerbeberechtigung, Kalkulation, Leistungsfähigkeit, Manipulation, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, Niederschrift, objektiver Erklärungswert, öffentlicher Auftraggeber, Parteistellung, Pauschalgebührenersatz, Protokoll, Referenzprojekt, Schaden, Subunternehmer, technische Leistungsfähigkeit, Verdacht, Verfügbarkeitsbestätigung, Vergabeverfahren, Vollmacht, wesentlicher Einfluss, Zeitpunkt

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2016:W123.2122272.1.00

Zuletzt aktualisiert am

09.05.2016

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at