



N/0091-BVA/07/2011-21

B E S C H E I D

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 7, Mag. Julia Stiefelmeyer, sowie Dr. Walter Fuchs als Mitglied der Auftraggeberseite und DI Heinz Marschalek als Mitglied der Auftragnehmerseite, im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs. 2 Z 2 BVergG 2006 idF der Novelle BGBl I Nr. 15/2010 (BVergG), betreffend das Vergabeverfahren "S06 Tunnelkette Bruck, BL 04.2 Niklasdorftunnel, Generalsanierung Bau und BuS/S06 Semmeringschnellstraße, TK Bruck BL 04.2 Niklasdorftunnel, Generalsanierung Bau und BuS", des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, aufgrund des Antrages der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A***, 2. B***, 3. C***, vertreten durch X***, vom 16.9.2011, eingebracht beim Bundesvergabeamt am 16.9.2011, eingelangt am 19.9.2011, wie folgt entschieden:

S p r u c h

I.

Der Antrag, "das Bundesvergabeamt wolle die Ausscheidensentscheidung vom 6.9.2011 für nichtig erklären", wird **abgewiesen**.

II.

Der Antrag, "das Bundesvergabeamt wolle die Auftraggeberin zum Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution verhalten", wird **abgewiesen**.

B e g r ü n d u n g

Der Auftraggeber führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich betreffend Maßnahmen zur Generalsanierung des Niklasdorftunnels auf der S 6 Semmering-Schnellstraße durch. Die Ausschreibung wurde im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften am 10.5.2011, 2011/S 89-144981, bekanntgemacht. Gemäß Teil B.5 Leistungsverzeichnis BAU & BuS, Pos.Nr. 00B105 ff, soll der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werden.

Die Angebotsöffnung erfolgte am 28.6.2011. Am 10.8.2011 wurde der Antragstellerin die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der D*** mitgeteilt. Diese Zuschlagsentscheidung wurde in der Folge von der Antragstellerin beim Bundesvergabeamt angefochten und unter GZ N/0081-BVA/07/2011 protokolliert. Der im Verfahren N/0081-BVA/07/2011 beantragten Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 26.8.2011, GZ N/0081-BVA/07/2011-EV8, teilweise stattgegeben und dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, den Zuschlag zu erteilen. Mit Telefax vom 6.9.2011 wurde der Antragstellerin folgende Ausscheidensentscheidung übermittelt:

"(...)

Wir nehmen Bezug auf das oben angeführte Vergabeverfahren und bedanken uns zunächst für Ihre Angebotslegung. Wir bedauern, Ihnen mitteilen zu müssen, dass vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung Ihr Angebot gemäß § 129 BVergG 2006 auszuscheiden war.

Nach erfolgter Prüfung war Ihr Angebot aus folgendem Grund auszuscheiden:

- ❖ **Keine Berücksichtigung der arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften in den K3-Blättern**

Sachverhalt:

Für die im Tunnel durchzuführenden Arbeiten lt. Leistungsverzeichnis sind sämtliche kollektivvertragliche Aufzahlungen in den K3-Bruttomittellohnpreisen zu berücksichtigen und in der K7-Kalkulation einzurechnen.

Aus Ihrer Detailkalkulation ist ersichtlich, dass verschiedene Arbeiten, welche im Tunnel zu verrichten sind, mit dem Bruttomittellohn der Übertagearbeiten angeboten wurden.

z.B.

Pos. 02 06 130378F Nasprmö.GRFL vertikal GL M2 R3 XF4	3.200,00 m²
verwendeter Bruttomittellohn:	XXB €
einkalkulierte Aufzahlung für Erschwernisse:	XXX%

Pos. 02 06 130379E Nasprmö. KLFL Mehrdicke vertikal GL R4 XF4	300,00 m²
Verwendeter Bruttomittellohn:	XXA €
Einkalkulierte Aufzahlung für Erschwernisse:	XXX %

Der Bruttomittelohnpreis von € XXA ist jener, welcher für die Untertagearbeiten mit einer lt. Kollektivvertrag vorgegebenen Aufzahlung für Erschwernisse kalkuliert wurde. Lt. § 6c) KV Bauindustrie und Baugewerbe (welcher den K3-Blättern zugrunde liegt), ist für Arbeiten unter Tag eine Zulage von 25% auf den Kollektivvertragslohn zu leisten. Diese Zulage wurde im Bruttomittelohnpreis von XXB € nicht berücksichtigt, da die entsprechende Erschwernis lediglich mit XXX % eingerechnet wurde.

Aufklärung Bieter:

In Ihrem Schreiben vom 21.07.2011 zu Pkt. 10 klären Sie den Sachverhalt folgendermaßen auf:

„Der Kalkulationsansatz entspricht den Erfahrungswerten des Bieters an vergleichbaren Objekten. Auf Basis der Nachkalkulation werden ständig Optimierungen durchgeführt (wie z.B. ARGE-bedingte unterschiedliche Arbeitsaufgaben mit eigenen Mittelohnpreisen), die wiederum dem AG weitergegeben werden können. Mit dem angebotenen Einheitspreis sind sämtliche Leistungen abgegolten, die sich aus der Positionsbeschreibung ergeben. Weitere Details entnehmen Sie bitte den beiliegenden K3-Blättern.“

Rechtlich folgt daraus:

Die Erstellung des Angebots betreffend in Österreich auszuführende Leistungen hat unter Berücksichtigung der in Österreich geltenden arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften zu erfolgen. Diese liegen bei den zuständigen Interessensvertretungen der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer zur öffentlichen Einsichtnahme auf. Mit Abgabe des Angebotes verpflichtet sich der Bieter, bis zur vollständigen Erfüllung aller seiner Verpflichtungen aus einem allfälligen Vertrag diese Vorschriften einzuhalten.

Da im Zuge der Angebotsprüfung nachweislich in zahlreichen Positionen die kollektivvertraglich zwingend vorgegebenen Erschwerniszulagen nicht einkalkuliert wurden, handelt es sich um einen arbeitsrechtlich nicht zugelassenen Bruttomittelohnpreis. Deshalb und aufgrund Ihrer mangelhaften Aufklärung, ist Ihr Angebot gemäß § 129 Abs 1 Z 3, Z 7 und Abs 2 auszuschneiden.

❖ **K3-Blatt: Unzulässige Änderung der Preise im K7-Blatt**

Sachverhalt:

Die im K7-Blatt ausgewiesenen Mittelohnpreise finden sich im entsprechenden K3-Blatt nicht wieder.

In der zugrunde zu legenden ÖNORM B2061 ist festgehalten, dass die in den K7-Blättern verwendeten Bruttomittelöhne auch in dieser Höhe in den entsprechenden K3-Blättern wiederzufinden sein müssen, um die genaue Zusammensetzung und Herleitung der Lohnanteile zu ermöglichen.

Die K7-Blätter der BuS-Leistungen weisen in fast allen Positionen nicht nachvollziehbare Bruttomittelöhne auf:

Die in den K3-Blättern angegebenen Bruttomittelöhne sind Folgende:

– Software	€	XXX
– Projektierung	€	XXX
– Montage	€	XXX
– Fertigung	€	XXX

Da die K7-Blätter der BuS-Leistungen nicht der Vorlage aus der ÖNORM B2061 entsprechen, musste bei der Angebotsprüfung auf den ursprünglich eingesetzten K3-Bruttomittelohnpreis rückgerechnet werden. Dabei ergeben sich erhebliche Differenzen - bis zu 1,5% zum K3-Bruttomittelohn - bei den Beträgen, die nicht allein auf Rundungsfehler zurückgeführt und zudem vom Angebotsprüfer nur mit großem Aufwand zugeordnet werden können.

Pos. Nr. 0401033868B
Lohnkosten Montage

W.Stromsteller HIT-CRI AmpR 1ph 3,7 kVA 24 ST
Betrag XXX h/Einh 0,21 =XXX/0,21 = €XXX (+0,639)

Lohnkosten Fertigung	Betrag XXX h/Einh 0,77 =XXX/0,77	= € XXX (+0,005)
<u>Pos. Nr. 04011306130</u>	EAM LED-VZ	1 ST
Lohnkosten Montage	Betrag XXX h/Einh 0,50 =XXX/0,50	= € XXX (-0,501)
Lohnkosten Fertigung	Betrag XXX h/Einh 0,45 =XXX/0,45	= € XXX (-0,107)
Lohnkosten Software	Betrag XXX h/Einh 0,22..=XXX/0,22	= € XXX (-0,889)

Der in Ihrem Schreiben vom 21.07.2011 zu Pkt. 17 angeführten Begründung, es handle sich bloß um Rundungsfehler durch die Kalkulationssoftware, kann nicht gefolgt werden.

„Die Abweichung der einzelnen Stundensätze laut Anmerkung zwischen K7 und K3 Blättern resultiert aus Rundungen innerhalb des Kalkulationsprogramms.

Lt. Beispiel 04012501220 „Tunnelkopfrechner“ ergeben sich bei der Montage ein rechnerischer Stundensatz von XXX €/0,85 Std. = XXX €.

Wenn die Werte mit den Nachkommastellen gerechnet werden, errechnet sich der Stundensatz mit XXX €/0,85 Std. zu XXX€. Selbiges gilt natürlich auch für alle anderen Lohngruppen.“

Wie in Ihrem Beispiel angeführt, kann es beim Hinterlegen des Bruttomittellohns im Kalkulationsprogrammes mit nur 2 Kommastellen, kann es mathematisch nie zu einer Abweichung vom Bruttomittellohn um € 0,889 kommen.

Es kam somit zu einer nachträglichen Abänderung des Angebots, welche vergaberechtlich unzulässig ist. Der stark schwankende Bruttomittellohn und die schwere Zuordenbarkeit zum entsprechenden K3-Blatt machen eine vertiefte Angebotsprüfung darüber hinaus unzumutbar.

Ihr Angebot ist daher aufgrund der Bestimmungen des § 126 Abs 3 und § 129 Abs 1 Z 3 und Z 7 BVergG auszuschneiden.

❖ Nicht eindeutige Produktdeklaration bei den BuS-Leistungen

Sachverhalt:

In der 1. Nachforderung von Unterlagen werden Sie dazu aufgefordert, die konkret angebotenen Fabrikate und Typen für BuS-Leistungen bekannt zu geben (z.B. Mittelspannungsschaltanlagen, Drehstrom-Öl-Transformatoren, Anreihverteiler, USV-Anlagen, Tunnelleuchten, Strahlventilatoren etc.), um eine vertiefte Angebotsprüfung zu ermöglichen.

Aufklärung Bieter:

Sie geben mit Ihrem Schreiben vom 06.07.2011 für viele der abgefragten Leistungen bis zu drei verschiedene Hersteller bzw. Typen an. Trotz einer nochmaligen Aufforderung unsererseits zur Festlegung auf ein Fabrikat je Leistung, geben Sie in Ihrem Schreiben vom 16.07.2011 bekannt:

"Aus unserer Sicht enthält die Ausschreibung keine Festlegung dahingehend, dass ein Bieter nur ein Fabrikat je Position angeben darf; dies vor allem im Gegensatz zu anderen Ausschreibungen der Asfinag. Wir rufen in Erinnerung, dass das BVA zu einem vergleichbaren Fall einer Asfinag-Ausschreibung im Bescheid vom 15.02.2010, N/0120-BVA/05/2008-52, festgehalten hat, dass mangels einschlägiger gesetzlicher Regelungen im BVergG Mehrfachnennungen in Bieterlücken zulässig sind, wenn in der Ausschreibung nichts anderes festgelegt ist."

Daraus folgt rechtlich:

Die von Ihnen zitierte Entscheidung des Bundesvergabeamtes [N/0120-BVA/05/2009-52] bezieht sich auf das Befüllen des Bieterlückenverzeichnisses bei gleichzeitiger Bekanntgabe des Herstellers und/oder Fabrikates im Leistungsverzeichnis. Der Sachverhalt ist nicht vergleichbar mit jenem dieser Ausschreibung.

Laut § 109 Abs 1 des BVergG sind die Angebote so zu erstellen, dass Art und Umfang der Leistung eindeutig bestimmt, die Erfüllung der Anforderungen der Aufgabenstellung nachgewiesen, die Angemessenheit der geforderten Preise beurteilt und nach Abschluss der Leistung die

vertragsgemäße Erfüllung zweifelsfrei geprüft werden kann.

Die Mehrfachnennung von Herstellern und Fabrikaten wie in Ihrem Schreiben, widerspricht daher dem § 109 Abs 1 und ist aufgrund des § 126 Abs 3, § 129 Abs 1 Z 3 bzw. Z 7 und § 129 Abs 2 BVergG auszuscheiden.

❖ **Vorbehalte**

Sie haben in mehreren Positionen Annahmen bzw. Vorbehalte über die ausgeschriebene Leistungsbeschreibung angeführt, welche in den Ausschreibungsunterlagen keine Deckung finden.

Es handelt sich hierbei u.a. um folgende Positionen:

- B5 02 06 470150A Betonoberfläche strahlen UG4 v.-0,15 bis 4m 4.500 m²

Sachverhalt:

In der gegenständlichen Leistungsposition bzw. in den zugehörigen Vorbemerkungen dieser Leistungsgruppe wurde ausdrücklich festgehalten, dass sich sämtliche Beschichtungspositionen (einschließlich Untergrundvorbereitung) auf den gesamten Tunnel, einschließlich Nischen und Querschläge, beziehen.

In Ihren K7-Blättern findet sich folgender Vorbehalt:

*„Tätigk. HDW-strahlen händisch
Händische Anarbeiten an Nischen
Keine Einbauten vorhanden
Nischen, Querschläge, nicht enthalten
0,5 % der Fläche händisch strahlen“*

Das bedeutet, dass von Ihnen nicht alle erforderlichen Aufwendungen in den entsprechenden Leistungspositionen einkalkuliert wurden.

Weiters sichern Sie laut dem K7-Blatt eine Ausführung nach den "Anforderungen gemäß ÖVBB Tunnelanstriche" zu. Dies widerspricht insofern den Ausschreibungsunterlagen, als die Leistungen gemäß dem ASFINAG "Merkblatt für Tunnelanstrichsysteme" auszuführen sind, welches in einigen Punkten engere Toleranzen für die Ausführung vorgibt.

Aufklärung Bieter:

In Ihrem Schreiben vom 21.07.2011 zu Punkt 8 erklären Sie:

„Der Kalkulationsansatz entspricht den Erfahrungswerten des Bieters. Die Mit „E“ gekennzeichneten Zeilen und die angeführten Texte entsprechen Notizen und Erfahrungswerten des Kalkulanten und sind keine Vorbehalte. Auf Basis der ON B4706:2008, Pkt. 7.2 Ausführende Unternehmen, werden Anforderungen gestellt, die auf Basis der ÖVBB - Gütezeichen „Instandsetzungsfachbetrieb“ nachgewiesen werden können. Die Anmerkung des Kalkulanten ist dahingehend zu verstehen. Das Angebot berücksichtigt ausschreibungsgemäß das Planungshandbuch „Merkblatt für Tunnelanstriche“. Mit dem angebotenen Einheitspreis sind sämtliche Leistungen abgegolten, die sich aus der Positionsbeschreibung ergeben.“

Rechtlich folgt daraus:

In der von Ihnen verwendeten Kalkulationssoftware XXX, können interne Anmerkungen vom Kalkulanten mit "I" gekennzeichnet und vor der Weitergabe an den AG ausgeblendet werden. Mit „E“ gekennzeichnete Zeilen, erlauben das Definieren von Elementansätzen.

In die von Ihnen angebotenen Preise wurden entsprechend dem K7-Blatt nicht alle lt. den Ausschreibungsunterlagen erforderlichen Aufwendungen einkalkuliert, bzw. wurden nicht alle in den Ausschreibungsunterlagen verlangten Richtlinien berücksichtigt.

Aus diesen Gründen ist Ihr Angebot gem. § 129 Abs 1 Z 3 und Z 7 und § 129 Abs 2 auszuscheiden.

- B5 02 06 470 160A Tunnelbesch. wasserdampfdiffusionsd. S1 <4m 17.390m²
- B5 02 06 470 160B Tunnelbesch. wasserdampfdiffusionsd. S1 >4m 2.400m²
- B5 02 06 470 161A Tunnelanstr. wasserdampfdiffusionsoff. S2 <4m 4.500m²
- B5 02 06 470 161B Tunnelanstr. wasserdampfdiffusionsoff. S2 >4m 13.550m²

Sachverhalt:

In den K7-Blättern findet sich jeweils folgende Anmerkung.

„Arbeitsbereich mind. 1000m, keine anderen AN In diesem Bereich“.

Aufklärung Bieter:

In Ihrem Schreiben vom 21.07.2011 zu Punkt 12 erklären Sie:

„Bei den Anmerkungen in den K7-Blättern handelt es sich um keine Vorbehalte, sondern lediglich um interne Anmerkungen unseres Kalkulanten aufgrund seiner Erfahrungswerte. Die in den K7-Blättern ausgewiesene Kalkulation hat sämtliche Vorgaben der Ausschreibung berücksichtigt.“

Rechtlich folgt daraus:

In unseren Ausschreibungsunterlagen findet sich kein Hinweis auf Ihre Annahmen in den K7- Blättern, dass während Ihrer Arbeiten sich kein anderer AN in einem Bereich von mind. 1000m aufhalten darf. Es sind in Ihre Preisbildung daher Annahmen eingeflossen, die keine Grundlage in den Ausschreibungsunterlagen haben. Dadurch kommt es zu einem vergaberechtlich nicht zulässigen Vorbehalt.

Ihr Angebot ist gem. § 129 Abs 1 Z 3 und Z 7 und § 129 Abs 2 auszuscheiden.

- B5 02 06 441101C Roboterverfahren f. DN b. 200

Sachverhalt:

In Ihrem K7-Blatt zu dieser Position findet sich folgende Anmerkung:

*„Rohrinnendurchmesser mind. 150 mm
Haltung muss gerade sein (kein Knick)“*

Weder in den Vorbemerkungen noch in der Position selbst, findet sich eine Grundlage für diese Annahme.

Aufklärung Bieter:

In Ihrem Schreiben vom 21.07.2011 zu Punkt 13 klären Sie auf:

„Der Kalkulationsansatz entspricht den Erfahrungswerten des Bieters an vergleichbaren Objekten. Bei den Anmerkungen in den K7-Blättern handelt es sich um keine Vorbehalte, sondern lediglich um interne Notizen und Erfahrungswerte des Kalkulanten. Mit dem angebotenen Einheitspreis sind sämtliche Leistungen abgegolten, die sich aus der Positionsbeschreibung ergeben.“

Rechtlich folgt daraus:

In unseren Ausschreibungsunterlagen findet sich kein Hinweis auf Ihre Annahmen in den K7-Blättern. Dadurch kommt es zu einem vergaberechtlich nicht zulässigen Vorbehalt.

Im Übrigen stellt der Hinweis auf allgemeine Erfahrungswerte und übliche Kalkulationsannahmen keine ordnungsgemäße Aufklärung dar, da diese Aufklärung keinen zulässigen Erklärungswert bietet und somit keine ordnungsgemäße Aufklärung iSd BVergG darstellt.

Somit ist Ihr Angebot auch aufgrund der Bestimmungen des § 129 Abs 1 Z 3 bzw. Z 7 und § 129 Abs 2 BVergG auszuscheiden.

❖ **Unzulässige Umlage der Baustellengemeinkosten in die Einheitspreise**

Sachverhalt:

Aus den von der Bietergemeinschaft abgegebenen K7-Blättern für die Positionen 02 01 0201 "Einrichten der Baustelle" sind die einmaligen Kosten, wie z.B. Lohnkosten für Ladearbeiten und für das Auf-, Um- und Abbauen der Baustelleneinrichtung, sowie die zugehörigen Stoff-, Transport- und Gerätekosten für die BuS-Leistungen (insbesondere HG04) nicht ersichtlich. Darüber hinaus sind auch die diesbezüglichen Kosten der Erschließung und Inbetriebsetzung der Baustelle nicht ersichtlich.

Aufklärung Bieter:

In Ihrem Schreiben vom 21.07.2011 zu Punkt 18 klären Sie auf:

*"Sämtliche Aufwendungen für das Einrichten der Baustelle (02 01 20101A) der Fa. C*** sind in den Einheitspreisen enthalten. Die Positionen 02 01 020101C und 02 01 020101C1 werden von den ARGE-Partner abgedeckt."*

Rechtlich folgt daraus:

Die ÖNORM B 2061 „Preisermittlung für Bauleistungen“, welche der Ausschreibung gem. Teil B.1 der Ausschreibungsunterlagen zugrunde gelegt wurde, regelt den Aufbau der Kostenermittlung und die Ermittlung von Einheitspreisen sehr detailliert. Dadurch wird sowohl die Vergleichbarkeit der Kostenermittlung und folglich der Angebote und die einheitliche Abwicklung während der Bauphase sichergestellt.

Die Baustellen-Gemeinkosten - also auch das Einrichten und Räumen der Baustelle - sind grundsätzlich in den dafür vorgesehenen Positionen zu erfassen und nicht in die Einheitspreise umzurechnen.

Diese beschriebene und von Ihnen vorgenommene Vorgehensweise der Umlage von Kosten in der Kalkulation widerspricht den in der Ausschreibung festgelegten Kalkulationsvorgaben (konkret der ÖNORM B2061).

Daher ist Ihr Angebot gem. § 126 Abs 3, § 129 Abs 1 Z 3 bzw. Z 7 und § 129 Abs 2 BVergG auszuschneiden.

❖ **Nicht normkonforme K7-Blätter für die BuS-Leistungen**

Sachverhalt:

In unserer 5. Nachforderung von Unterlagen machen wir Sie darauf aufmerksam, dass die von Ihnen vorgelegten K7-Blätter der BuS-Leistungen (Fa. C***) nicht normkonform sind, d.h. nicht den Musterblättern der ÖNORM B2061 entsprechen und überdies sämtliche Leistungen nur in Lohn und Sonstiges aufgeschlüsselt wurden.

Aufklärung Bieter:

Sie schreiben in Ihrer Antwort vom 21.07.2011:

"Zu der von Ihnen angesprochenen Form und Inhalt der K7-Blätter möchten wir festhalten, dass die K7-Blätter in der vorliegenden Fassung den letztgültigen Normen und Vorschriften vollinhaltlich entsprechen. Diese K7-Blätter wurden in den letzten Jahren bei einer Vielzahl von Projekten der Asfinag detailliert geprüft und für in Ordnung befunden. Darüber hinaus wurden im Zuge von Nachprüfungsverfahren, beispielsweise beim Projekt Ganzsteintunnel, die Richtigkeit der K7-Blätter gutachterlich geprüft und seitens des Bundesvergabeamts für richtig befunden."

Daraus folgt rechtlich:

Das Formblatt K7 dient der eigentlichen Preis- und Kostenermittlung. Die einzelnen Mengen- und Leistungsansätze für Stunden-, Material- und Geräteaufwand müssen aufscheinen. Die Kosten für den Preisanteil „Lohn“ je Leistungseinheit ergeben sich aus den K3-Blättern, jene für den Preisanteil „Sonstiges“ aus den Materialkosten in den K4-Blättern. Weiters sind Gerätekosten, die in den Leistungspositionen zu kalkulieren sind, mit den jeweiligen Betriebsstunden zu berücksichtigen.

Die Ihrem Angebot für die BuS-Leistungen zugrunde liegende Detailkalkulation kann vom Angebotsprüfer nicht nachvollzogen werden, widerspricht der ÖNORM B2061 und lässt keinen

vollständigen Rückschluss auf Ihre Leistungsansätze zu

Somit ist Ihr Angebot gem. § 126 Abs 3, § 129 Abs 1 Z 3 bzw. Z 7 und § 129 Abs 2 BVergG auszuscheiden.

❖ **Mangelhafte Aufklärung**

Sachverhalt:

Im Übrigen haben wir Sie in den Aufklärungs- und Nachforderungsschreiben bzw. im Bietergespräch um Aufklärung folgender Sachverhalte gebeten:

- 5. Nachforderung und Aufklärung, Pkt. 2 - Ersuchen um Aufklärung, ob mit der gewählten Abtragsmethode bei Pos. 0206 0312970 die vorgegebenen Toleranzen eingehalten werden können.

Sie klären diesen Umstand in Ihrem Schreiben vom 21.07.2011 zu Pkt. 2 folgendermaßen auf:

„Der Kalkulationsansatz entspricht den Erfahrungswerten des Bieters. Durch Eigengeräte und laufende Neuentwicklungen werden ständig Optimierungen durchgeführt, die wiederum dem AG weitergegeben werden können. Die Durchführung der Leistungen erfolgt aufgrund unserer speziellen Erfahrungen an vergleichbaren Objekten. Mit dem angebotenen Einheitspreis sind sämtliche Leistungen abgegolten, die sich aus der Positionsbeschreibung ergeben.“

Dies stellt keine ordnungsgemäße Aufklärung dar und entbehrt einem Mehrwert an Information, zumal Sie insbesondere nicht auf unsere Frage eingehen.

- 5. Nachforderung und Aufklärung, Pkt. 3 - Ersuchen um Aufklärung bezüglich der niedrigen Positionen zu "Ortbetonrandstein"; der Anteil Lohn erscheint sehr niedrig.

Sie haben auf diese Frage geantwortet:

„Der Kalkulationsansatz entspricht den Erfahrungswerten des Bieters. Durch Eigengeräte und laufende Neuentwicklungen werden ständig Optimierungen durchgeführt (wie z.B. vorgefertigte oder vorhandene Schalungselemente), die wiederum dem AG weitergegeben werden können. Die Durchführung der Leistungen erfolgt aufgrund unserer speziellen Erfahrungen an vergleichbaren Objekten. Mit dem angebotenen Einheitspreis sind sämtliche Leistungen abgegolten, die sich aus der Positionsbeschreibung ergeben.“

Der Hinweis auf allgemeine Erfahrungswerte stellt keine ordnungsgemäße Aufklärung dar.

- 5. Nachforderung und Aufklärung, Pkt. 17 — Ersuchen um Aufklärung, dass die gegenständlich vorgelegten K7-Blätter für die BuS-Leistungen nicht um die gemäß Ausschreibung und ÖNORM B2061 geforderte Form von ordnungsgemäßen K7-Blättern handelt. Als Beispiel wurde der „Tunnelkopfrechner redundant“ genannt, hier stimmen sämtliche angegebene Löhne nicht mit den abgegebenen K3-Blättern überein. Weiters sind die Einzelmaterialkosten und Einzelgerätekosten je Leistungseinheit aus den K7- Blättern nicht ersichtlich. Wo und in welcher Form haben Sie welche Leistungsgeräte bzw. Vorhaltegeräte für die Leistungen der E-Technik (HG04) kalkuliert?

Diese Frage wurde von Ihnen folgendermaßen beantwortet:

„Die Abweichung der einzelnen Stundensätze laut Anmerkung zwischen K7 und K3 Blättern resultiert aus Rundungen innerhalb des Kalkulationsprogramms.“

Lt Beispiel 04012501220 "Tunnelkopfrechner" ergeben sich bei der Montage ein rechnerischer Stundensatz von XXX€/0,85 Std. = XXX €.

Wenn die Werte mit den Nachkommastellen gerechnet werden, errechnet sich der Stundensatz mit XXX €/0,85 Std. zu XXX €. Selbiges gilt natürlich auch für alle anderen Lohngruppen.

Zu der von Ihnen angesprochenen Form und Inhalt der K7-Blätter möchten wir festhalten, dass die K7 Blätter in der vorliegenden Fassung den letztgültigen Normen und Vorschriften vollinhaltlich entsprechen. Diese K7 Blätter wurden in den letzten Jahren bei einer Vielzahl von Projekten der Asfinag detailliert geprüft und für in Ordnung befunden. Darüber hinaus wurden im Zuge von Nachprüfungsverfahren, beispielsweise beim Projekt XXX, die Richtigkeit der K7 Blätter gutachterlich geprüft und seitens des Bundesvergabebamts für richtig befunden."

Die von Ihnen behaupteten Rundungsdifferenzen von etwa 1,5% des im K3-Blatt angegebenen Bruttomittellohns sind bei ordnungsgemäßer Erstellung der K-Blätter nicht nachvollziehbar. Die für die BuS-Leistungen vorgelegten K7-Blätter mussten bei der Angebotsprüfung „rückgerechnet“ werden, da der in der jeweiligen Position verwendete Bruttomittelohn aus der Kalkulation nicht ersichtlich war. Ein in diesem Maße erschwelter Prüfaufwand kann dem AG gemäß § 126 Abs 3 nicht zugemutet werden. In Ihrer Aufklärung blieben Sie außerdem jeden Bezug auf die Leistungsgeräte bzw. Vorhaltegeräte der BuS-Leistungen schuldig.

- 5. Nachforderung und Aufklärung, Pkt 20 - Ersuchen um eine detaillierte Aufschlüsselung der Zusammensetzung von Positionen (0401 404015C, 404015D, 405012B), da die Positionspreise ungewöhnlich niedrig sind.

In Ihrer Antwort klären Sie wie folgt auf:

„Zu der von Ihnen angeführten Position können wir bestätigen, dass im Preis dieser Position alle direkt zuordenbaren Personal-, Material-, Geräte-, Fremdleistungs- und Kapitalkosten enthalten sind. Die angesetzten Kostenpositionen stehen im Einklang mit unseren unternehmensinternen Kalkulationsansätzen, in die unsere langjährige Erfahrung mit gleichartigen Projekten eingeflossen ist, und den einschlägigen Baukalkulationsnormen, woraus sich die betriebswirtschaftliche Nachvollziehbarkeit aller Aufwands- und Verbrauchsansätze sowie der kalkulierten Preise ergibt.“

Wir erlauben uns bei dieser Gelegenheit nochmals zu bekräftigen, dass wir mit den von uns angebotenen Preisen eine vollinhaltliche Erfüllung der Ausschreibung sicherstellen.“

Auf eine detaillierte Aufschlüsselung der Zusammensetzung der abgefragten Positionen wurde Ihrerseits verzichtet.

Rechtlich folgt daraus:

Der Hinweis auf allgemeine Erfahrungswerte und übliche Kalkulationsannahmen stellt keine ordnungsgemäße Aufklärung dar, da diese Aufklärung keinen zulässigen Erklärungswert bietet.

Somit ist Ihr Angebot auch aufgrund der Bestimmungen des § 126 Abs 3 und § 129 Abs 1 Z 3 und Z 7 und § 129 Abs 2 BVergG auszuschneiden."

Gegen diese Ausscheidensentscheidung richtet sich der gegenständliche Nachprüfungsantrag, in dem die Antragstellerin begründend vorbringt, dass sie sich in ihrem Recht auf Durchführung eines gesetzeskonformen Vergabeverfahrens sowie in ihrem Recht auf Nichtausscheiden ihres Angebots bei Nichtvorliegen eines Ausscheidensgrundes, eventualiter in ihrem Recht auf Widerruf des Vergabeverfahrens unter Teilnahme an einem rechtskonformen neuen Vergabeverfahren verletzt erachte.

Inhaltlich führte die Antragstellerin in ihrem Nachprüfungsantrag vom 16.9.2011 sowie in einem weiteren Schriftsatz vom 10.10.2011 im Wesentlichen aus:

Der Auftraggeber habe das Angebot der Antragstellerin eingehend vertieft geprüft. Sie sei viermal schriftlich aufgefordert worden, ergänzende Informationen und Unterlagen zu ihrem Angebot zu liefern. Darüber hinaus habe ein Bietergespräch stattgefunden. Bis zur Zuschlagsentscheidung am 10.8.2011 sei das Angebot der Antragstellerin nicht ausgeschieden worden. Erst knapp ein Monat nach der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung sei die nun bekämpfte Ausscheidensentscheidung erfolgt. Ungeachtet der inhaltlichen Rechtswidrigkeit sei die zeitlich lange nach der Zuschlagsentscheidung bekannt gegebene Ausscheidensentscheidung unzulässig. Gemäß § 129 Abs. 1 BVergG habe der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung aufgrund der Ergebnisse der Prüfung die in den Z 1 bis 11 leg.cit. beschriebenen Angebote auszuscheiden. Folgerichtig verpflichte § 130 Abs. 1 BVergG, dass von den Angeboten, die nach dem Ausscheiden übrig bleiben, der Zuschlag zu erteilen sei und der Auftraggeber gemäß § 131 Abs. 1 leg.cit. den im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern mitzuteilen habe, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. Es seien demnach zunächst die für die Zuschlagserteilung in Betracht kommenden Angebote zu prüfen, mangelhafte Angebote auszuscheiden und dann von den verbleibenden Angeboten das beste (billigste) Angebot zu ermitteln. Schon aus diesem Grund könne die Ausscheidensentscheidung nicht nach der Zuschlagsentscheidung erfolgen, die Ausscheidensentscheidung sei daher rechtswidrig. Darüber hinaus habe der Gesetzgeber ein System der gesondert und nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen des Auftraggebers geschaffen, um im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens eine abschnittsweise Kontrolle der Festlegungen des Auftraggebers zu ermöglichen. Der Auftraggeber unterlaufe dieses System, weil der Abschnitt der Prüfungsphase bereits abgeschlossen und das Vergabeverfahren durch die Zuschlagsentscheidung in die Zuschlagsphase getreten sei. Das Ziel eines zügigen Verfahrensablaufes wäre konterkariert, wenn das Bundesvergabeamt nun verpflichtet wäre, die Ausscheidensentscheidung inhaltlich zu prüfen. Zudem sei das Verfahren zur Nachprüfung der Zuschlagsentscheidung bereits in einem fortgeschrittenen Zustand. Eine inhaltliche Befassung mit den nun geltend gemachten Ausscheidensgründen sei im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens gegen die Zuschlagsentscheidung daher nicht möglich.

Außerdem sei der Bieter aufgrund des Präklusionssystems verpflichtet, alle rechtswidrig verbunden anfechtbaren Entscheidungen gemeinsam mit der nächstfolgenden anfechtbaren Entscheidung zu bekämpfen. Die Antragstellerin wäre somit gezwungen, im Rahmen des gegenständlichen Nachprüfungsantrags nochmals die zeitlich vorangegangene Zuschlagsentscheidung zu bekämpfen. Dieses Ergebnis sei bei einem aufrechten Nachprüfungsverfahren gegen die Zuschlagsentscheidung abwegig. Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes seien bei hinreichend konkreten Einwänden einer Verfahrenspartei die Vergabekontrollbehörden verpflichtet, diese eingewendeten Gründe dahin zu prüfen, ob das Angebot des Antragstellers auszuschneiden gewesen wäre. Die Nachprüfungsbehörde sei bei der Prüfung der Antragslegitimation jedoch nicht verpflichtet, auch solche Ausscheidensgründe aufzugreifen, die für sie nicht schon aufgrund der Akten des Vergabeverfahrens ersichtlich sind. Dieser eingeschränkten Prüfungspflicht der Vergabekontrollbehörden würde es widersprechen, wenn der Auftraggeber anstatt der Erhebung von Einwänden gegen die Antragslegitimation in einem laufenden Nachprüfungsverfahren gegen die Zuschlagsentscheidung formal eine Ausscheidensentscheidung fasse und auf diesem Weg die Nachprüfungsbehörde zwingt, die behaupteten Ausscheidensgründe im Einzelnen zu prüfen.

Konkret zu den einzelnen Ausscheidensgründen brachte die Antragstellerin Folgendes vor:

1. Einhaltung der arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften

Der Bruttomittellohnpreis B*** OT/UT beinhalte sehr wohl sämtliche Aufzahlungen für Erschwernisse. Da umfangreiche Arbeiten, wie zB das Herstellen und Versorgen der Spritzbetonanlage, der Wasserstrahlmaschinen und Beschichtungsanlagen OT erfolge, sei nur der relevante Anteil des Bruttomittellohnes um die UT-Zulage zu erhöhen. Daraus ergebe sich für die beanstandete Position 0206130378F, dass der Prozentsatz für die Aufzahlung für Erschwernisse die KV-Zulage für Arbeiten unter Tag nicht im vollen Ausmaß, sondern eben nur anteilig zu berücksichtigen gewesen sei.

Alle im Tunnel zu erbringenden Lohnstunden könnten mit der gesamten arbeitsrechtlich vorgeschriebenen Erschwerniszulage abgegolten werden. Der von

der Antragstellerin kalkulierte Bruttomittelohnpreis, insbesondere auch der Mischpreis OT/UT sei ein auskömmlicher, der Höhe nach bauüblicher und auf Basis der Erfahrungen von diversen Baustellen der ASFINAG-Projekte sowie der betriebsinternen Kostenrechnung ermittelter Betrag.

2. Keine unzulässige Änderung der Preise im K7-Blatt

Es bestünden keine unzulässigen Widersprüche zwischen dem K3- und K7-Blatt. Wie schon im Aufklärungsschreiben dargelegt, seien die Eingabewerte im Kalkulationsprogramm auf zwei Nachkommastellen gerundet worden. Die Antragstellerin habe bereits im Aufklärungsschreiben vom 21.7.2011 nachgewiesen, dass diese Rundungsfehler daraus entstünden, dass bei den Werten für die vom Bieter angesetzten Zeiten im K7-Blatt nur zwei Nachkommastellen aufscheinen würden. Die Antragstellerin habe daher nicht die in ihren K3-Blättern ausgewiesenen Mittelohnpreise gerundet, sondern die angesetzten Zeiten. Daher sei es - bei entsprechend längeren Zeiten - sehr wohl möglich, dass auch größere Rundungsdifferenzen entstünden. Die Gestaltung der K7-Blätter für die BuS-Leistungen entspreche jenen, die das Mitglied C*** bei zahlreichen Ausschreibungen der ASFINAG einsetze. Überdies entspreche Form und Inhalt dieser verwendeten K7-Blätter den Anforderungen der ÖNORM B2061. Erforderliche Werkzeuge und Geräte, wie beispielsweise Hebebühne, seien - wie in der Ausschreibung gefordert - in den zeitgebundenen Kosten einkalkuliert.

3. Eindeutige Produktdeklaration bei den BuS-Leistungen

Die Ausschreibung enthalte keine Festlegungen in Bezug auf Mehrfachnennungen. Auch das BVergG kenne keine gesetzlichen Bestimmungen, die ein diesbezügliches Gebot oder Verbot enthalten würden. Im Übrigen habe die Antragstellerin in ihrem Schreiben vom 15.7.2011 für jede Position ein einziges Fabrikat genannt.

4. Keine Vorbehalte

Die Antragstellerin habe bereits im Rahmen der Aufklärung wiederholt dargelegt, dass sie keine Vorbehalte über die ausgeschriebene Leistung gemacht habe. Hinsichtlich der Anmerkungen des Kalkulanten zu den Positionen B5 0206470161A, B5 0206470161B, B5 0206441101C habe die Antragstellerin im Aufklärungsschreiben vom 21.7.2011 dargelegt, dass es sich dabei um keine Vorbehalte, sondern um interne Anmerkungen des Kalkulanten aufgrund seiner Erfahrungswerte handle. Die Antragstellerin habe bestätigt, dass mit dem

angebotenen Einheitspreis sämtliche Leistungen abgegolten seien, die sich aus der Positionsbeschreibung ergäben. Die Behauptung des Auftraggebers, bei diesen Anmerkungen handle es sich um Vorbehalte, sei schon deshalb unrichtig, weil die Antragstellerin in B.6.1 der Ausschreibung erklärt habe, dass sie bereit sei, die ausgeschriebenen Leistungen zu diesen Bestimmungen bzw. Bedingungen zu erbringen und in der Lage sei, die vorgeschriebenen Leistungsfristen einzuhalten sowie, dass sie an den von ihr bearbeiteten und vorgelegten Bauzeitplan gebunden sei, ein Vorbehalt im - ohnehin ist nach Angebotsabgabe vorgelegten - K7-Blatt sei somit rechtlich irrelevant.

Die Anmerkung "Anforderung gemäß ÖVBB Tunnelanstrich" finde sich nur in den K7-Blättern für die Untergrundvorbereitung (Pos. 0206130227X, 0206130228X und Pos. 0206470150A Betonoberfläche strahlen UG4 v. -0,15 bis 4m bis Pos. 0206470152B und 0206470183A). In diesen Bereichen unterscheide sich das Merkblatt der ASFINAG inhaltlich nicht vom ÖVBB-Merkblatt. Auch habe die Antragstellerin im Aufklärungsschreiben vom 21.7.2011 ausdrücklich bestätigt, dass das Angebot ausschreibungsgemäß das Planungshandbuch "Merkblatt für Tunnelanstriche" berücksichtige und mit dem angebotenen Einheitspreis sämtliche Leistungen abgegolten seien, die sich aus der Positionsbeschreibung ergäben. Es müsse somit nicht mehr untersucht werden, ob ein - nicht vorliegender - Widerspruch zwischen den Anforderungen gemäß ÖVBB Tunnelanstriche und dem ASFINAG "Merkblatt für Tunnelanstriche" bestehe. Bei der seitens der ASFINAG angeführten Pos. 0206470158 befinde sich darüber hinaus keine Anmerkung *Anforderung gemäß ÖVBB Tunnelanstrich*.

5. Keine unzulässige Umlage der Baustellengemeinkosten in die Einheitspreise

Eine unzulässige Umlage der Baustellengemeinkosten liege nicht vor. Die Baustellengemeinkosten würden alle Grenzkosten (variablen Einzelkosten) ordnungsgemäß abdecken. Im Übrigen werde darauf hingewiesen, dass außerhalb wesentlicher Positionen nicht einmal eine direkte Kostenzuordnung geboten sei. Ebenso sei es unzutreffend, dass die Baustellengemeinkosten nicht in den Einheitspreisen zu erfassen seien. Sie seien in den Einheitspreisen der dafür vorgesehenen Position(en) zu erfassen. Dies sei erfolgt. Sämtliche Aufwendungen für das Einrichten der Baustelle für die BuS-Leistungen seien in den Einheitspreisen der entsprechenden LV-Positionen (z.B. 0201020101A) enthalten. Im K7-Blatt seien

diese Leistungen unter "Partnerleistung E-Technik" angeführt. Ebenso seien die Leistungen der C*** in den zeitgebundenen Kosten (Pos. 0201020220A) enthalten. Sämtliche Aufwendungen, die für die Erbringung der Leistungen erforderlich seien, seien in die Kategorien "Lohn" und "Sonstiges" unterteilt worden. Somit seien entgegen der Behauptung des Auftraggebers sämtliche Werkzeuge, Fahrzeuge und weiteren Geräte, die zur Erbringung der Leistung erforderlich seien, in der Kalkulation enthalten. Ebenso würden sich sämtliche Aufwendungen für das Räumen der Baustelle der C*** in den K7-Blättern (Pos. 0201020401A) wiederfinden.

6. Ausreichende Aufklärung

Von einer unzureichenden Aufklärung könne keine Rede sein, schon gar nicht liege darin ein Ausscheidensgrund. Auch habe die Antragstellerin bei der Beantwortung der 17. Frage in ihrem Schreiben vom 21.7.2011 dargelegt, wo und in welcher Form und Höhe welche Leistungsgeräte bzw. Vorhaltegeräte für die Leistungen der E-Technik kalkuliert worden seien. In der Beantwortung der 20. Frage habe die Antragstellerin die Aufschlüsselung der Zusammensetzung der Positionen und die Leistungsansätze durch Vorlage der zugehörigen K3-, K4- und K7-Blätter dargelegt, woraus eine detaillierte Aufschlüsselung der Zusammensetzung der abgefragten Positionen ersichtlich sei.

Der Antragstellerin drohe im Fall, dass der Auftraggeber die bekämpfte Entscheidung aufrecht erhalte, ein Schaden in Höhe des Erfüllungsinteresses sowie der frustrierten Kosten für die Angebotslegung. Weiters entginge der Antragstellerin die Chance auf Erlangung eines wichtigen Referenzprojektes für künftige Vergabeverfahren.

Mit Stellungnahme vom 20.9.2011 erteilte der **Auftraggeber** allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Auftraggeber sei die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs- Aktiengesellschaft, vergebende Stelle die ASFINAG Bau Management GmbH und die ASFINAG Service GmbH, beide Modecenterstrasse 16, 1030 Wien. Bei dem gegenständlichen Auftrag handle es sich um einen Bauauftrag gemäß § 4 BVergG (CPV-Code 45000000, 51000000, 312000000, 48000000), der in einem offenen Verfahren im Oberschwellenbereich vergeben werden soll. Es sei weder der Zuschlag erteilt, noch das Vergabeverfahren widerrufen worden.

In weiteren Stellungnahmen vom 27.9.2011 und 5.10.2011 führte der Auftraggeber - soweit verfahrensrelevant - aus:

Ad Unzulässige Vorbehalte

In einigen Positionen seien von der Antragstellerin in der K7-Kalkulation Annahmen bzw. Vorbehalte über die ausgeschriebene Leistungsbeschreibung angeführt worden, welche in den Ausschreibungsunterlagen keine Deckung fänden.

Der Positionstext der Pos. B5 02 06 441101C besage klar, dass mittels dieser Leistungsposition Roboterbefahrungen für einen Durchmesser (DN) „bis zu“ 200 mm abgegolten würden.

Die Antragstellerin halte in ihrer offengelegten Kalkulation eindeutig fest, dass sie diese Position lediglich für eine Befahrung eines Durchmessers des Bereiches 150 mm bis 200 mm vorgesehen und kalkuliert habe. Weder im Leistungsverzeichnis noch in der Position selbst, noch in den zugehörigen Vorbemerkungen gebe es Hinweise auf diese von der Antragstellerin getroffenen, dem Positionstext und folglich der Ausschreibung widersprechenden Annahmen.

Die Antragstellerin habe in ihrem Schreiben vom 21.07.2011 die Anmerkungen in der Position 0206441101C wie folgt aufgeklärt:

„Der Kalkulationsansatz entspricht den Erfahrungswerten des Bieters an vergleichbaren Objekten. Bei den Anmerkungen in den K7-Blättern handelt es sich um keine Vorbehalte, sondern lediglich um interne Notizen und Erfahrungswerte des Kalkulanten. Mit dem angebotenen Einheitspreis sind sämtliche Leistungen abgegolten, die sich aus der Positionsbeschreibung ergeben.“

Dem Argument, dass es sich bei den mit „E“ gekennzeichneten Zeilen in der Detailkalkulation lediglich um „interne Anmerkungen“ des Kalkulanten handle, könne nicht gefolgt werden, da es sich - entsprechend dem Benutzerhandbuch der von der Antragstellerin verwendeten Kalkulations-Software - bei mit „I“ gekennzeichneten Zeilen um interne Anmerkungen handle. Diese könnten vor der Weitergabe an den Auftraggeber ausgeblendet werden und dienten tatsächlich nur der gedanklichen Stütze des Kalkulanten.

Die Antragstellerin habe somit in der Pos. B5 02 06 441101C die Annahme getroffen, der zu überprüfende und zu sanierende Rohrdurchmesser sei mindestens 150 mm

groß. Somit seien lediglich Rohre mit einem Innendurchmesser von 150 bis 200 mm in der Kalkulation berücksichtigt worden seien.

Die angebotene Position würde daher den Ausschreibungsunterlagen, insbesondere der Bietererklärung Punkt B.6.1, widersprechen. Entgegen den Ausführungen der Antragstellerin seien Vorbehalte im Angebot sehr wohl rechtlich relevant, insbesondere dann, wenn es sich um einen vergaberechtswidrigen Widerspruch zu den Ausschreibungsunterlagen handle.

Zusätzlich biete der Hinweis auf allgemeine Erfahrungswerte keinen zulässigen Erklärungswert und stelle somit keine ordnungsgemäße Aufklärung dar. Das Angebot sei daher auch aus diesem Grund auszuschneiden gewesen.

Ad Unzulässige Umlage der Baustellengemeinkosten in die Einheitspreise

Aus den von der Antragstellerin vorgelegten K7-Blättern für die Pos. 02 01 0201 „Einrichten der Baustelle“ seien die einmaligen Kosten, wie z.B. Lohnkosten für Ladearbeiten und für das Auf-, Um- und Abbauen der Baustelleneinrichtung, sowie die zugehörigen Stoff-, Transport- und Gerätekosten für die BuS-Leistungen (insbesondere HG04) nicht ersichtlich. Darüber hinaus seien auch die diesbezüglichen Kosten der Erschließung und Inbetriebsetzung der Baustelle nicht erkennbar.

In den Auszügen aus den entsprechenden K7-Blättern seien nur die Baustelleneinrichtung der Bau-Leistungen (B^{***}, A^{***}) ersichtlich (inkl. Herstellen der Anschlüsse durch Partnerleistung E-Technik). Die entsprechenden Leistungsansätze für die BuS-Leistungen (C^{***}) fehlten. Es sei daher aus der Kalkulation im K7-Blatt nicht ersichtlich, welche Baustelleneinrichtung für die BuS-Leistungen vorgesehen sei. Auch in den zeitgebundenen Kosten der Baustelle finde sich keinerlei Hinweis auf eine Kalkulation der BuS-Leistungen. Ebenso seien Geräte, die für viele BuS-Leistungen jedenfalls benötigt würden (z.B. Hebebühnen), weder in den Positionen selbst noch als Vorhaltegeräte in der Baustelleneinrichtung berücksichtigt worden. Überdies komme die C^{***} daher laut der Kalkulation im K7-Blatt ohne jegliche Fahrzeuge aus (wie etwa Kleintransporter, Personenfahrzeuge etc.) Diese hätten – nach der Vorgabe der ÖNORM B 2061 – ebenfalls als zeitgebundene Kosten in die Kalkulation einfließen bzw. in den Baustellengemeinkosten angeführt werden müssen.

Die ausschreibungsgegenständliche ÖNORM B 2061 lege eindeutig fest, wo und in welcher Weise die Baustellengemeinkosten, zu welchen auch die Baustelleneinrichtung zähle, zu kalkulieren (abzubilden) seien. Ebenso sei die Möglichkeit der Kostenumlage der Baustellen-Gemeinkosten in der ÖNORM B 2061 klar definiert und auf Sonderfälle beschränkt. Für die gesamte GU-Leistung sei im Leistungsverzeichnis eine Position für die Baustelleneinrichtung vorgesehen, welche auch für die Kalkulation zu verwenden sei.

In der bestandfest gewordenen Ausschreibung seien die einzelnen Positionen vorgegeben und hätten damit auch zwingend von der Antragstellerin zur Kalkulation angewendet werden müssen.

Eine (unzulässige) Umlage der Baustellen-Gemeinkosten in die Einheitspreise habe zur Folge, dass eine Vergleichbarkeit der Positionspreise mit anderen Bietern nicht mehr möglich sei, da sich der Einheitspreis nach einer Umlage nicht nur aus den tatsächlichen Aufwendungen dieser Leistung zusammensetze, sondern auch aus den darin enthaltenen, umgelegten Gemeinkosten und eine Mengenerhöhung in jenen Positionen, auf die umgelegt wurde, auch zu einer Erhöhung der Baustellengemeinkosten führe, da diese anteilig in den Preisen enthalten seien. Dieser Umstand sei auch höchst spekulativ.

Die von der Antragstellerin vorgenommene Vorgehensweise der Umlage von Kosten in der Kalkulation widerspreche den in der Ausschreibung festgelegten Kalkulationsvorgaben (konkret der ÖNORM B2061). Aus den angeführten Gründen sei das Angebot der Antragstellerin gemäß § 126 Abs. 3, § 129 Abs. 1 Z 3 und 7 und § 129 Abs. 2 BVergG auszuschneiden gewesen.

Ad Nicht normkonforme K7-Blätter für die BuS-Leistungen

Des Weiteren sei die Antragstellerin in zahlreichen Antworten auf Aufklärungsfragen nicht eingegangen, etwa betreffend den Verbleib der normgemäßen Einzelmaterial- und Einzelgerätekosten.

So seien die K7-Blätter für die BuS-Leistungen (C^{***}) durchgängig ausschließlich in die Anteile „Lohnkosten“ und „Materialpreis“ aufgegliedert. Der normgemäße Anteil für Gerätekosten sei nicht angeführt und augenscheinlich nicht kalkuliert worden. Zudem würden für den Anteil Material die Leistungsansätze fehlen.

Aus der ÖNORM B2061 gehe unmissverständlich hervor, dass die Einzelkosten einer Leistung der entsprechenden Leistungsposition zuzuordnen seien und auch folglich in der entsprechenden Kalkulation abgebildet sein müssen; dies gelte für jede Leistungsposition.

Im Schreiben vom 14.07.2011 sei die Antragstellerin darauf aufmerksam gemacht worden, dass die von ihr vorgelegten K7-Blätter der BuS-Leistungen (C^{***}) nicht normkonform seien, da sie nicht den Musterblättern der ÖNORM B2061 entsprechen würden und überdies sämtliche Leistungen nur in „Lohn“ und „Sonstiges“ aufgeschlüsselt worden seien.

Die Antragstellerin habe am 21.07.2011 wie folgt geantwortet:

„Zu der von Ihnen angesprochenen Form und Inhalt der K7-Blätter möchten wir festhalten, dass die K7-Blätter in der vorliegenden Fassung den letztgültigen Normen und Vorschriften vollinhaltlich entsprechen. Diese K7-Blätter wurden in den letzten Jahren bei einer Vielzahl von Projekten der Asfinag detailliert geprüft und für in Ordnung befunden. Darüber hinaus wurden im Zuge von Nachprüfungsverfahren, beispielsweise beim Projekt XXX, die Richtigkeit der K7-Blätter gutachterlich geprüft und seitens des Bundesvergabeamts für richtig befunden.“

Die Kalkulationsformblätter K7 seien von allen Bietern gemäß der ÖNORM B2061 zu befüllen. Nur vollständig ausgewiesene Leistungsansätze würden eine Vergleichbarkeit der Angebote möglich machen und einen Rückschluss auf die Vollständigkeit der Positionspreise zulassen. Für viele der ausgeschriebenen und angebotenen BuS-Leistungen (z.B. Leuchten, Brandschutz, Sicherheitstechnik) seien schwere Arbeitsgeräte erforderlich (z.B. Steiger, Kabelzugmaschinen, Stapler, Hiab etc.), welche entgegen den Normvorgaben nicht als Einzelgerätekosten (Leistungsgeräte) in den K7-Blättern aufscheinen würden. Diese Arbeitsgeräte müssten jedoch als Einzelgerätekosten mit einem Leistungsansatz von z.B. h/Einheit in den Positionspreis einfließen.

Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin seien die K7-Blätter der BuS-Leistungen vergaberechtswidrig, da die dem Angebot für die BuS-Leistungen zugrunde liegende Detailkalkulation vom Angebotsprüfer nicht nachvollzogen werden

könne, die K7-Blätter der ÖNORM B2061 widersprechen würden und außerdem keinen vollständigen Rückschluss auf die Leistungsansätze des Bieters zuließen.

Auch aus diesen Gründen sei das Angebot der Antragstellerin gemäß § 126 Abs 3, § 129 Abs 1 Z 3 und 7 und § 129 Abs 2 BVergG auszuschneiden gewesen.

Ad Mangelhafte Aufklärung

Die mangelhafte Aufklärung der Antragstellerin stelle einen zusätzlichen Ausscheidensgrund dar. In den Aufklärungsschreiben, den Schreiben zur Nachforderung von Unterlagen und den Bietergesprächen sei die Antragstellerin um Aufklärung nachfolgender Sachverhalte gebeten worden:

➤ Nachforderung und Aufklärung, Pkt. 17 (Schreiben vom 14.07.2011)

Die Aufklärung der Antragstellerin sei mangelhaft, da die Antragstellerin auf die Punkte "Wo und in welcher Form und Höhe wurden die Leistungsgeräte bzw. Vorhaltegeräte für die Leistungen der E-Technik kalkuliert" und "wo sind die detaillierten Einzelmaterialkosten je Leistungseinheit aus den K7-Blättern ersichtlich?" nicht wie gefordert eingegangen sei.

Am **19.10.2011** fand eine **mündliche Verhandlung** vor dem Bundesvergabeamt statt, in der die Parteien - soweit entscheidungsrelevant - ergänzend vorbrachten: Der Auftraggeber gab an, dass das Ersuchen zur 1. Aufklärung am 30.6.2011 und zur 5. Aufklärung am 14.7.2011 erfolgt sei. BuS bedeute "Betriebs- und Sicherheitseinrichtungen". Dieser Begriff sei ident mit dem Sammelbegriff "Elektromaschinelle Ausrüstungen", unter dem auch die Elektrotechnik zu verstehen sei. Bei den K7-Blättern Bau, die die Antragstellerin mit der 1. Aufklärung dem Auftraggeber übermittelt habe, seien die Leistungs- und Aufwandswerte ersichtlich, bei den BuS-Leistungen sei dies hingegen meist nicht gegeben. Dem äußeren Erscheinungsbild nach seien die Gerätekosten bei den K7-Blättern betreffend BuS-Leistungen nicht ersichtlich (z.B. Pos. 0401110130K "Tunnellüfter"). Die C*** weise nur Lohnkosten, Materialpreis, Lieferanten und Fremdleistungen aus. Auf Gerätekosten werde in der Auflistung offensichtlich verzichtet. In keiner einzigen Position der HG 04 seien Einzelgerätekosten kalkuliert worden.

Der Antragstellervertreter brachte dazu vor, dass Bauleistungen vor Ort "produziert" würden, bei der Elektrotechnik erfolge hingegen die Leistungsproduktion vielfach werkseitig, weil elektrotechnische Geräte eben im Werk produziert würden.

Zum Ausscheidenspunkt "Mangelhafte Aufklärung" (5. Nachforderung und Aufklärung - Pkt. 17) brachte der Antragstellervertreter zunächst vor, dass die Vorhaltegeräte für die Leistungen der E-Technik der HG 04 im Einheitspreis Baustellen-Gemeinkosten (Pos. 0201020101A) unter "Partnerleistung E-Technik" enthalten seien. Die sonstigen Geräte für die BuS-Leistungen seien im Anteil "Sonstiges" der HG 04 enthalten. Der Auftraggeber erwiderte, dass aus sämtlichen K7-Blättern der Antragstellerin bezüglich BuS klar hervorgehe, dass sich der Anteil "Sonstiges" maximal aus den drei Bestandteilen, nämlich "Materialpreis", "Lieferanten" und "Fremdleistungen" zusammensetze. Die Feststellung der Antragstellerin, dass die Gerätekosten in den Leistungspositionen der BuS enthalten sind, sei aktenwidrig. Die Antragstellerin brachte nun vor, dass sie die Geräte, die sie für die Erbringung der BuS-Leistungen benötige (Anteil der C***), in den zeitgebundenen Kosten (Pos. 0201020220A Partnerleistung E-Technik unter "Sonstiges") eingerechnet habe und ergänzte, dass die im K7-Blatt unter Pos. 0201020101A und 0201020401A ausgewiesene 2. Zeile "Partnerleistungen E-Technik Lohn" nicht "Lohn" sondern "Sonstiges" heißen müsse, dies sehe man auch daran, dass verschiedene Ansatzbeträge genannt seien. Der Auftraggeber erwiderte hierauf, dass diese Änderung der Preisanteile unzulässig sei. Die Preisgleitung für den Anteil "Lohn" sei nämlich eine andere, als die Preisgleitung für den Anteil "Sonstiges", sodass dies insbesondere im Hinblick auf die Preisgleitung eine Änderung des Angebotes darstellen würde. Somit führe auch dies zum Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin. Der Auftraggeber verwies weiters auf Pkt. 2.2.4 des Aufklärungsgespräches vom 2.8.2011.

Der Auftraggeber führte ergänzend aus, dass er die Vorhaltegeräte für die BuS-Leistungen auch deshalb nachgefragt habe, weil diese einen großen Kostenpunkt vor allem beim Bau darstellen würden, aber auch in geringeren Mengen bei BuS-Leistungen. In der Vergangenheit seien jedoch auch diese schon Gegenstand mehrerer Nachforderungen gewesen, z.B. bei Bauzeitverschiebungen. Die Vorhaltekosten wirkten sich beispielsweise bei Bauzeitveränderungen aus, zumal sie Bestandteil der Gemeinkosten seien. In der Regel führe dies zu einer Preiserhöhung.

Der Antragsteller bestritt, dass Mehrkosten aufgrund zusätzlicher Geräte, die nicht offen gelegt wurden, durchsetzbar seien.

Der Antragstellervertreter trug vor, dass die allenfalls nicht vollständig beantwortete Anfrage Nr. 17 (5. Aufklärung und Nachforderung) im Bietergespräch unter Pkt. 2.2.4 ordnungsgemäß und vollständig aufgeklärt worden sei. Insbesondere habe der Auftraggeber in diesem Bietergespräch zwar eine Zusatzfrage zu Kleingeräten und Hilfsstoffen gestellt, nicht aber eine weitere Aufklärung zu den Gerätekosten aufgrund der Antwort, die zur Frage 2.2.4 gegeben worden sei, verlangt, sondern ausdrücklich festgehalten, dass derzeit keine weiteren Fragen offen seien (Seite 26 des Bietergesprächs). Dies wurde vom Auftraggeber bestritten. Sowohl aus dem Aufklärungsersuchen als auch aus dem Bietergespräch habe der Auftraggeber nie die erwünschten Auskünfte erhalten. Auch das Ergebnis der heutigen Verhandlung zeige, dass die erteilten Auskünfte dazu widersprüchlich seien.

Weiters legte der Auftraggeber zu Position 0206441101C einen Auszug aus dem Teil B.2 der Ausschreibung vor. Die Rohre, die zu fräsen seien, hätten zwar ursprünglich einen Rohrendurchmesser von 150 mm gehabt, durch die Beanspruchung und Versinterung sei der Querschnitt jedoch reduziert worden. Es sei davon auszugehen, dass der Durchmesser jedenfalls unter 150 mm liege. Es könne nicht davon ausgegangen werden, dass die Linienführung geradlinig hergestellt worden seien, Knicke und Bögen seien vorhanden. Der Antragstellervertreter erwiderte, dass der Rohrdurchmesser nicht präzise definiert gewesen sei. Die Antragstellerin sei von der Information ausgegangen, dass die Rohre einen Durchmesser bis zu 200 mm hätten. Als Kalkulationsannahme habe sie aufgrund ihrer Erfahrung den Mittelwert zwischen den üblichen Rohrdurchmessern (100 - 200 mm), nämlich 150 mm, der Kalkulation unterstellt. Dazu habe es noch insofern Hinweise gegeben, als für die Position "Drainage, Spülen und Kamerafahren" ein Innendurchmesser ab 150 mm und bei der Pos. "Abschnittsweise Auskleidung Inliner" ein Durchmesser von 100 - 150 mm angegeben gewesen sei. Schließlich sei beim Spülbohrverfahren ein Durchmesser von 150 mm angegeben gewesen. Die 150 mm seien der Kalkulation der Antragstellerin zu Grunde gelegt worden. Selbstverständlich sei das keine Einschränkung, sondern eine Information für den Auftraggeber gewesen. Je nach Rohrdurchmesser seien aufgrund der Gerätegeometrie Mindeststrahlen für die

Bearbeitung vorauszusetzen. Aufgrund der Gerätelänge dürfe kein Knick auftreten. Insofern sei der Bieter seiner Warnpflicht nachgekommen.

Der Auftraggeber erwiderte, dass die Festhaltung der Antragstellerin "mindestens 150mm" im K7-Blatt aus Sicht des Auftraggebers nur als Einschränkung gesehen werden könne.

Der Auftraggeber brachte ergänzend vor, dass die Antragstellerin auch deshalb auszuscheiden wäre, da in der Position 0206130228Y ein Vorbehalt angeführt sei, der laute: "Mehrtiefe HDW Korngerüst von nicht chloridverseuchtem Beton". Diesbezüglich werde auf die Beilage B.2 Pkt. 2.22.8 und 9 "Chloriddarstellung" verwiesen, wo eben dieses chloridbelastete Mauerwerk anzutreffen ist. Folglich handle es sich um einen Vorbehalt und nicht um eine Information an den Auftraggeber, wie von der Antragstellerin vorgebracht.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages:

Die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG. Beim gegenständlichen Auftrag handelt es sich um einen Bauauftrag gemäß § 4 leg cit, der in einem offenen Verfahren im Oberschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip vergeben wird. Das Vergabeverfahren wurde nicht widerrufen und der Zuschlag nicht erteilt. Der Antrag auf Nachprüfung wurde fristgerecht eingebracht und erfüllt auch die formalen Voraussetzungen des § 322 BVergG.

Zu Spruchpunkt I.

Gemäß § 320 Abs. 1 BVergG kann ein Unternehmer bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern 1. er ein Interesse am Abschluss eines in den Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, und 2. ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Zum Zeitpunkt der Ausscheidensentscheidung:

Gemäß § 129 Abs. 1 BVergG hat der Auftraggeber die in den Z 1 bis 11 genannten Angebote vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auszuscheiden. Gemäß § 129 Abs. 3 BVergG hat der Auftraggeber den Bieter vom Ausscheiden seines Angebotes unter Angabe des Grundes nachweislich oder elektronisch oder mittels Telefax zu verständigen.

Zwar hat der Auftraggeber gemäß § 129 Abs. 1 BVergG auszuscheidende Angebote grundsätzlich vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auszuscheiden. Das BVergG enthält jedoch keine explizite Vorgabe, zu welchem Zeitpunkt ein auszuscheidendes Angebot auszuscheiden, d.h. der Bieter von der Ausscheidung seines Angebotes zu verständigen ist (vgl. RV 1171BlgNr 22. GP 84). Der Auftraggeber ist nach dem Gesetzeswortlaut nicht zur unverzüglichen Mitteilung des Ausscheidens verpflichtet (vgl. *Öhler/Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, § 129, Rz 154). Der Auftraggeber darf (und muss gegebenenfalls) zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens bis zu seiner Beendigung auszuscheidende Angebote ausscheiden (*Öhler/Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, § 129 Rz 154 f; siehe dazu auch *Fink/Hofer* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht³ [2010] 1435).

Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes darf der Auftraggeber auszuscheidende Angebote zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens bis zu dessen Beendigung ausscheiden (vgl. VwGH 21.12.2004, 2002/04/0177). Dies auch nach einer bereits bekannt gegebenen Zuschlagsentscheidung (vgl. *Öhler/Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, § 129, Rz 155). Ein Ausscheiden ist somit in jedem Verfahrensstadium bis zur Zuschlagserteilung möglich.

Weiters ist in diesem Zusammenhang auch auf das Erkenntnis des VwGH vom 12.05.2011, 2007/04/0012, hinzuweisen, wonach das Vorliegen von Ausscheidungsgründen im Vergabekontrollverfahren betreffend die Rechtmäßigkeit der Ausscheidensentscheidung als Hauptfrage und im Vergabekontrollverfahren betreffend die Rechtmäßigkeit der Zuschlagsentscheidung als Vorfrage zu behandeln ist. Die Ausscheidensentscheidung ist daher - entgegen der Ansicht der Antragstellerin - nicht schon deshalb mit Rechtswidrigkeit belastet, weil der Auftraggeber das Angebot der Antragstellerin erst einige Wochen nach Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung ausgeschieden hatte.

Zu den Ausscheidensgründen im Einzelnen:

Zunächst ist festzuhalten, dass die Ausschreibung samt dem Leistungsverzeichnis zu keinem Zeitpunkt angefochten wurde und somit bestandfest geworden ist (vgl. VwGH 15.9.2004, 2004/04/0054; 17.11.2004, 2002/04/0078; 1.3.2007, 2005/04/0239 u.a.; BVA 18.1.2008, N/0118-BVA//04/2007-36 u.v.a.)

Gemäß Punkt 1.1.11 des Teils B.1 (Allgemeine Ausschreibungsbestimmungen) hat die Kalkulation aller angebotenen Preise und deren Aufgliederung den Bestimmungen der ÖNORM B 2061 idgF unter Berücksichtigung der diesbezüglichen Festlegungen in der Ausschreibung zu entsprechen.

1. Ad Mangelhafte Aufklärung

Gemäß § 126 Abs. 1 erster Satz BVergG ist, wenn sich bei der Prüfung der Angebote Unklarheiten über das Angebot, einschließlich etwaiger Varianten-, Alternativ- oder Abänderungsangebote oder über die geplante Art der Durchführung ergeben oder wenn Mängel festgestellt werden, vom Bieter eine verbindliche schriftliche Aufklärung zu verlangen, sofern die Unklarheiten für die Beurteilung der Angebote von Bedeutung sind. Gemäß § 129 Abs. 2 BVergG kann der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung Angebote von Bietern ausscheiden, die es unterlassen haben, innerhalb der ihnen gestellten Frist die verlangten Aufklärungen zu geben oder deren Aufklärung einer nachvollziehbaren Begründung entbehrt.

Die ausschreibungsgegenständliche ÖNORM B 2061, Ausgabe: 1999-09-01 (idF ÖNORM B 2061), legt fest, wo und in welcher Form die Baustellengemeinkosten zu kalkulieren sind:

"5.2 Baustellen-Gemeinkosten

5.2.1 Allgemeines

Die Baustellen-Gemeinkosten bestehen aus fixen und variablen Kosten. Sie sind grundsätzlich in eigenen Positionen zu erfassen, wobei sie gegebenenfalls nach einzelnen zeitlichen und/oder technischen Abschnitten des Bauablaufes, deren Kriterien eindeutig festzulegen sind, und nach allfälligen Stilliegezeiten zu gliedern sind.

Die Baustellen-Gemeinkosten sind Zuschlagsträger im Sinne von 6.1.

Die Baustellen-Gemeinkosten setzen sich wie die Einzelkosten, sinngemäß wie 5.1, aus Personalkosten, Materialkosten und Gerätekosten zusammen.

Sie gliedern sich in

- | | |
|--|-------------|
| (1) einmalige Kosten der Baustelle | siehe 5.2.2 |
| (2) zeitgebundene Kosten der Baustelle | siehe 5.2.3 |
| (3) Gerätekosten der Baustelle | siehe 5.2.4 |
| (4) Sonstige Kosten der Baustelle | siehe 5.2.5 |

5.2.2 Einmalige Kosten der Baustelle (Baustelleneinrichtung und Baustellenräumung)

Diese Kosten umfassen im Wesentlichen die Lohnkosten für Ladearbeiten und für das Auf-, Um- und Abbauen der Baustelleneinrichtung sowie die zugehörigen Stoff-, Transport- und Gerätekosten. Dazu gehören auch die Kosten der Erschließung und Inbetriebsetzung der Baustelle sowie die Kosten der Errichtung und des Abbaus von Unterkünften, Küchen, Kantinen u. dgl., für die auch eigene Positionen vorgesehen sein können.

(...)

6.2 Kostenumlagen

Wenn die Baustellen-Gemeinkosten (siehe 5.2) in Sonderfällen (z.B. kleine, kurzfristige Bauvorhaben) nicht in eigenen Positionen des Leistungsverzeichnisses erfasst sind, sind diese Kosten auf die Preisanteile bzw. Kostenanteile umzulegen.

Teil B.5 Leistungsverzeichnis BAU & BuS, HG 01 OG 01 Pkt. 00B505A

("Baustellengemeinkosten") lautet:

"Die Baustellengemeinkosten und Verkehrsführungen für das gesamte Baulos (HG02 Bauarbeiten, HG03 Hochbauten, HG 04 E u. M Ausrüstung und HG05 Höhenkontrolle) sind in der HG 02 OG 01 ausgeschrieben.

Die Baustellengemeinkosten und Verkehrsführungen für die HG 03 Hochbauten, HG 04 E u. M Ausrüstung und HG05 Höhenkontrolle sind daher in die entsprechenden Positionen der HG02 OG01 einzukalkulieren."

Sowohl der Auftraggeber als auch die Bieter sind an die in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen gebunden. Die Bindung der für die Zuschlagserteilung in Frage kommenden Angebote an die Ausschreibung ist für die Gleichbehandlung der Bieter von entscheidender Bedeutung.

Das Leistungsverzeichnis sieht in der HG02 ("Bauarbeiten") OG 01 ("Baustellengemeinkosten und Verkehrsführung") u.a. unter Pkt. 020101A die Position "Einrichten der Baustelle", unter Pkt. 0202 die Position "Zeitgebundene Kosten der Baustelle", sowie unter Pkt. 020401 die Position "Räumen der Baustelle" vor. Diese Positionen sind als wesentlich gekennzeichnet.

In seinem Schreiben "1. Nachforderung von Unterlagen gemäß § 126 BVergG 2006 idgF" vom 30.6.2011 forderte der Auftraggeber die Antragstellerin zur "Vorlage entsprechender Kalkulationsformblätter K7 für alle wesentlichen Positionen, gemäß Ausschreibungsunterlagen", sowie um "Vorlage entsprechender Kalkulationsformblätter K3" binnen 7 Tagen auf. Weiters hielt der Auftraggeber in diesem genannten Schreiben Folgendes fest:

"Wir weisen Sie darauf hin, dass Ihr Angebot ausgeschieden werden kann, sofern Sie es unterlassen, innerhalb der Ihnen gestellten Frist die verlangten Aufklärungen zu geben oder Ihre Aufklärung einer nachvollziehbaren Begründung entbehrt."

Fristgerecht übermittelte die Antragstellerin die Kalkulationsformblätter K7 für die wesentlichen Positionen sowie für wesentliche Positionen - E-Technik, weiters die Kalkulationsformblätter K3 sowie die Kalkulationsformblätter K3 - E-Technik. U.a. übersandte die Antragstellerin die K7-Blätter zu folgenden Positionen:

Positionsnummer BM-Nummer	Positionsstichwort Betriebsmittelbezeichnung	Ansatzmenge	LV-Menge Preis/EH	EH Lohn	PZZV (EUR)	Sonstiges (EUR)	Einheitspreis (EUR)
0201020101	Mit dem Einheitspreis werden die einmaligen						
0201020101A	Einrichten der Baustelle				1,00PA		
U	Einrichten der Baustelle						
U	ANTEIL B***						
L001	BRUTTOMITTEL	XXX	XXX	XXX			XXX
GOL29300	LKW-21 T/17 MT incl.FAHRER PRITSCH	XXX	XXX	XXX		XXX	XXX
GOL29301	LKW-ANHÄNGER 12 T 810M	XXX	XXX	XXX		XXX	XXX
L001	BRUTTOMITTEL	XXX	XXX	XXX			XXX
M000001	DIVERSES MATERIAL	XXX	XXX			XXX	XXX
E	BAUSTELLENSONDERKOSTEN						
L001	BRUTTOMITTEL	XXX	XXX	XXX			XXX
G00421	HDW-2500 BAR 21LT/MIN	XXX	XXX	XXX		XXX	XXX
G004223	HDW-1200Bar 139LT/MIN	XXX	XXX	XXX		XXX	XXX
GOL29300	LKW-21T/17 MT incl. FAHRER PRITSCH	XXX	XXX	XXX		XXX	XXX
G004229	HDW-Tunnelreinigungszug 4-Achs o. Pumpe	XXX	XXX	XXX		XXX	XXX
M000001	DIVERSES MATERIAL	XXX	XXX			XXX	XXX
M000001	DIVERSES MATERIAL	XXX	XXX			XXX	XXX
U	Arbeitsvorbereitung vor Baubeginn						
E	<i>Bauleitung / Büro</i>						
L00402	BAULEITER	XXX	XXX	XXX			XXX
L00405	BAULEITER-HDW-Technik	XXX	XXX	XXX			XXX
L00407	BAULEITER-METALLBAU-Gerüst	XXX	XXX	XXX			XXX
L00411	TECHNIKER	XXX	XXX	XXX			XXX
L00421	POLIER-ARGE	XXX	XXX	XXX			XXX
E	<i>Lager / Material- und Gerätedisposition</i>						
L001	BRUTTOMITTEL	XXX	XXX	XXX			XXX
G00100	DIVERSE KLEINGERÄTE	XXX	XXX	XXX		XXX	XXX
M000001	DIVERSES MATERIAL	XXX	XXX			XXX	XXX
U	Geräteadaptionen, Neubau etc. für Baust.						
E	<i>Bauleitung / Büro</i>						
L0091	MEISTER METALLBAU	XXX	XXX	XXX			XXX
L00922	METALLBAU-Schlosser /Mech.Werkstätte	XXX	XXX	XXX			XXX
M0000013	METALLBAU Schlosser Fertigung / Montage	XXX	XXX			XXX	XXX
U	+++++						
U	Einrichten der Baustelle						
U	ARGE B***-A***						
L001	BRUTTOMITTEL	XXX	XXX	XXX			XXX
GOL29300	LKW-21T/17 MT incl.FAHRER PRITSCH	XXX	XXX	XXX		XXX	XXX
GOL29301	LKW-ANHÄNGER 12 T 810M	XXX	XXX	XXX		XXX	XXX
E	<i>Stromversorgung</i>						
L001	BRUTTOMITTEL	XXX	XXX	XXX			XXX
E	<i>Bauwasser</i>						
L001	BRUTTOMITTEL	XXX	XXX	XXX			XXX
M000001	DIVERSES MATERIAL	XXX	XXX			XXX	XXX
U	Arbeitsvorbereitung vor Baubeginn						
E	<i>Bauleitung /Büro</i>						
L00402	BAULEITER	XXX	XXX	XXX			XXX
L00405	BAULEITER-HDW Technik	XXX	XXX	XXX			XXX
L00407	BAULEITER-METALLBAU-Gerüst	XXX	XXX	XXX			XXX
L00411	TECHNIKER	XXX	XXX	XXX			XXX
L00421	POLIER-ARGE	XXX	XXX	XXX			XXX
E	<i>Lager / Material- und Gerätedisposition</i>						
L001	BRUTTOMITTEL	XXX	XXX	XXX			XXX
G00100	DIVERSE KLEINGERÄTE	XXX	XXX	XXX		XXX	XXX
M000001	DIVERSES MATERIAL	XXX	XXX			XXX	XXX
U	Geräteadaptionen, Diverse Investitionen,						
U	Sonderkonstruktionen, etc. ...						
E	<i>Bauleitung / Büro</i>						
L0091	MEISTER METALLBAU	XXX	XXX	XXX			XXX
L00922	METALLBAU-Schlosser/Mech.Werkstätte	XXX	XXX	XXX			XXX
M0000013	METALLBAU Schlosser Fertigung / Montage	XXX	XXX			XXX	XXX
U	Baustellengemeinkosten Subunternehmer						
E	<i>SUBUNTERNEHMER Hoch/Tiefbau, Erdbau</i>						
LN001	NU Hoch-/Tiefbau, Erdb & Asphalt LOHN	XXX	XXX	XXX			XXX
LN002	NU Hoch-/Tiefbau, Erdb & Asphalt SONST	XXX	XXX			XXX	XXX
U	SUB Vermessungsarbeiten für Bauvermess						
LP93E	Prof. Vermessung Lohn	XXX	XXX	XXX			XXX
LP94E	Prof. Vermessung Sonstiges	XXX	XXX			XXX	XXX
U	Partnerleistung E-Technik						

LPP01	PARTNERLEISTUNG E-TECHNIK Lohn		XXX	XXX	XXX		XXX
LPP01	PARTNERLEISTUNG E-TECHNIK Lohn		XXX	XXX	XXX		XXX
0201020101A	Einrichten der Baustelle Einheitspreis je PA		XXX		XXX	XXX	XXX
0201020101C	Zus. Einrichten der Baustelle				1,00PA		
E	<i>Tätigk.: zus. Baustelleneinrichtung</i>						
E	<i>=> Lohn:</i>						
L001	BRUTTOMITTEL		XXX	XXX	XXX		XXX
E	<i>=> Material:</i>						
M000001	DIVERSES MATERIAL		XXX	XXX		XXX	XXX
E	<i>=> Geräte:</i>						
E	<i>=> Geräte:</i>						
G00100	DIVERSE KLEINGERÄTE		XXX	XXX	XXX	XXX	XXX
GL29222	LKW Dreiachsskipper 265kW 19,5t L+E		XXX	XXX	XXX	XXX	XXX
GL21501	Autokran Teleskopausleger 25t L+E		XXX	XXX	XXX	XXX	XXX
U	Baustellengemeinkosten Subunternehmer						
E	<i>SUBUNTERNEHMER Hoch/Tiefbau, Erdbau</i>						
LN001	NU Hoch-/Tiefbau, Erdb & Asphalt LOHN		XXX	XXX	XXX		XXX
LN002	NU Hoch-/Tiefbau, Erdb & Asphalt SONST		XXX	XXX		XXX	XXX
0201020101C	Zus. Einrichten der Baustelle Einheitspreis je PA		XXX		XXX	XXX	XXX
0201020101C1	Zus. Einrichten der Baustelle				1,00PA		
U	<i>Baustellengemeinkosten Subunternehmer</i>						
E	<i>SUBUNTERNEHMER Hoch/Tiefbau, Erdbau</i>						
LN001	NU Hoch-/Tiefbau, Erdb. & Asphalt LOHN		XXX	XXX	XXX		XXX
LN002	NU Hoch-/Tiefbau, Erdb. & Asphalt SONST		XXX	XXX		XXX	XXX
0201020101C1	Zus. Einrichten der Baustelle Einheitspreis je PA				XXX	XXX	XXX
0201020220	Zeitgebundene Kosten der Baustelle						
0201020220A	ZGKB Gesamtbauteit PA				1,00PA		
E	<i>Zeitgebundene Kosten der Baustelle PA</i>						
E	<i>Sanierungsphase 1+2</i>						
E	<i>Bauzeit gem. Vertragstermine</i>						
E	<i>Bauleitung und Arbeitsvorbereitung</i>						
L00402	BAULEITER		XXX	XXX	XXX		XXX
L00421	POLIER-ARGE		XXX	XXX	XXX		XXX
L00405	BAULEITER-HDW-Technik		XXX	XXX	XXX		XXX
L00405	BAULEITER-HDW-Technik		XXX	XXX	XXX		XXX
L00421	POLIER-ARGE		XXX	XXX	XXX		XXX
E	<i>Reinigung der Baustelle, Disposition</i>						
L00101	BRUTTOMITTEL-Tunnelbau		XXX	XXX	XXX		XXX
E	<i>Gerätemieten</i>						
G00307	MATERIALCONTAINER 6 M1		XXX	XXX	XXX	XXX	XXX
G00310	WERKZEUGCONTAINER 6 M1		XXX	XXX	XXX	XXX	XXX
G00406	LKW 3,0 T MB 709 63 KW		XXX	XXX	XXX	XXX	XXX
G29030	Kleinbus 45kW		XXX	XXX	XXX	XXX	XXX
G330103	Radlader 60kW 1,25m3		XXX	XXX	XXX	XXX	XXX
M00004	BAUWASSER		XXX	XXX		XXX	XXX
E	<i>==> Qualitätskontrolle Anstrich/SpC</i>						
M000001	DIVERSES MATERIAL		XXX	XXX		XXX	XXX
E	<i>Bauleitung und Arbeitsvorbereitung</i>						
L004011	OBERBAULEITER-ARGE		XXX	XXX	XXX		XXX
L004111	TECHNIKER-ARGE		XXX	XXX	XXX		XXX
L004111	TECHNIKER-ARGE		XXX	XXX	XXX		XXX
L00421	POLIER-ARGE		XXX	XXX	XXX		XXX
E	<i>Reinigung der Baustelle</i>						
L001011	BRUTTOMITTEL-Tunnelbau-ARGE		XXX	XXX	XXX		XXX
E	<i>Gerätemieten</i>						
G00301	BÜROCONTAINER 6 M1		XXX	XXX	XXX	XXX	XXX
G00304	MANNCHAFTS-CONTAINER 6 M1		XXX	XXX	XXX	XXX	XXX
G00307	MATERIALCONTAINER 6 M1		XXX	XXX	XXX	XXX	XXX
G00310	WERKZEUG-CONTAINER 6 M1		XXX	XXX	XXX	XXX	XXX
G29030	Kleinbus 45kW		XXX	XXX	XXX	XXX	XXX
G330103	Radlader 60kW 1,25m3		XXX	XXX	XXX	XXX	XXX
G004422	STROMAGGREGAT 80 KVA incl. Dies-Part-Filt		XXX	XXX	XXX	XXX	XXX
M000055	BAUSCHUTT 7 M3		XXX	XXX		XXX	XXX
M00005	MULDE 7 M3 GEMISCH-BAUMÜLL		XXX	XXX	XXX	XXX	XXX
M00003	BAUSTROM		XXX	XXX		XXX	XXX
M00004	BAUWASSER		XXX	XXX		XXX	XXX
U	Anteil Werkstatteleistungen für Baubetr.						
E	<i>Schlosser + Mechaniker</i>						
L00922	METALLBAU-Schlosser/Mech. Werkstatt		XXX	XXX	XXX		XXX
G20933	Kleinbus 74kW		XXX	XXX	XXX	XXX	XXX
G29033D	Kleinbus 74kW Zusatz Allradantrieb		XXX	XXX	XXX	XXX	XXX
M0000013	METALLBAU Schlosser Fertigung/Montage		XXX	XXX		XXX	XXX
U	Baustellengemeinkosten Subunternehmer						
E	<i>Summe Kosten der Subunternehmer</i>						
E	<i>ohne SUBUNTERNEHMER Hoch/Tiefbau, Erdbau</i>						
LN01E	NU Lohn		XXX	XXX	XXX		XXX
LN03E	NU Sonstiges		XXX	XXX		XXX	XXX
E	<i>SUBUNTERNEHMER Hoch/Tiefbau, Erdbau</i>						
LN001	NU Hoch-/Tiefbau, Erdb & Asphalt LOHN		XXX	XXX	XXX		XXX
LN002	NU Hoch-/Tiefbau, Erdb & Asphalt SONST		XXX	XXX		XXX	XXX
U	Partnerleistung E-Technik						

LPP01	PARTNERLEISTUNG E-Technik Lohn		XXX	XXX	XXX		XXX
LPP02	PARTNERLEISTUNG E-Technik Sonstiges		XXX	XXX		XXX	XXX
0201020220A	ZGKB Gesamtbauzeit PA Einheitspreis je PA		XXX		XXX	XXX	XXX
0201020401	Mit dem Pauschalpreis sind die einmaligen						
0201020401A	Räumen der Baustelle			1,00PA			
E	Räumen der Baustelle						
L001	BRUTTOMITTEL		XXX	XXX	XXX		XXX
GOL29300	LKW-21 T/17 MT incl.FAHRER PRITSCH		XXX	XXX	XXX	XXX	XXX
GOL29301	LKW-ANHÄNGER 12 T 810M		XXX	XXX	XXX	XXX	XXX
E	Stromversorgung						
L001	BRUTTOMITTEL		XXX	XXX	XXX		XXX
E	Bauwasser						
L001	BRUTTOMITTEL		XXX	XXX	XXX		XXX
M000001	DIVERSES MATERIAL		XXX	XXX		XXX	XXX
E	BAUSTELLESONDERKOSTEN						
L001	BRUTTOMITTEL		XXX	XXX	XXX		XXX
G00421	HDW-2500 BAR 21LT/MIN		XXX	XXX	XXX	XXX	XXX
E	Räumen der Baustelle						
L00111	BRUTTOMITTEL -ARGE		XXX	XXX	XXX		XXX
GOL29300	LKW-21T/17 MT incl. FAHRER PRITSCH		XXX	XXX	XXX	XXX	XXX
GOL29301	LKW-ANHÄNGER 12 T 810M		XXX	XXX	XXX	XXX	XXX
E	Stromversorgung						
L00111	BRUTTOMITTEL-ARGE		XXX	XXX	XXX		XXX
E	Bauwasser						
L00111	BRUTTOMITTEL-ARGE		XXX	XXX	XXX		XXX
M000001	DIVERSES MATERIAL		XXX	XXX		XXX	XXX
U	Baustellengemeinkosten Subunternehmer						
E	SUBUNTERNEHMER Hoch/Tiefbau, Erdbau						
LN001	NU Hoch-/Tiefbau, Erdb & Asphalt LOHN		XXX	XXX	XXX		XXX
LN002	NU Hoch-/Tiefbau, Erdb & Asphalt SONST		XXX	XXX		XXX	XXX
U	Partnerleistung E-Technik						
LPP01	PARTNERLEISTUNG E-TECHNIK Lohn		XXX	XXX	XXX		XXX
LPP01	PARTNERLEISTUNG E-TECHNIK Lohn		XXX	XXX	XXX		XXX
0201020401A	Räumen der Baustelle Einheitspreis je PA		XXX		XXX	XXX	XXX

Ihrem Inhalt nach unterscheiden sich die K7-Blätter für die BuS Leistungen (C^{***}) jedoch wesentlich von jenen der K7-Blätter für die Bauleistungen (B^{***}). So sind bei den K7-Blättern Bau, die die Antragstellerin mit der ersten Aufklärung übermittelte, die Leistungs- und Aufwandswerte ersichtlich, bei den BuS-Leistungen ist dies meist nicht gegeben. Dem äußeren Erscheinungsbild nach sind die Gerätekosten bei den K7-Blättern betreffend BuS-Leistungen (C^{***}) nicht ersichtlich. Diese sehen zwar eine Aufgliederung in die Anteile Lohnkosten, Materialpreis, Lieferanten und Fremdleistungen (Subunternehmer) vor, der konkrete Anteil für Gerätekosten ist jedoch nicht dargestellt. Darauf verwies auch der Auftraggeber in der mündlichen Verhandlung zu Recht hin.

Pkt. 3.6 der ÖNORM B 2061 lautet:

"3.6 Einzelkosten

Kosten der Leistungserbringung, die einer bestimmten Leistung direkt zugeordnet werden können."

Pkt. 5 der ÖNORM B 2061 lautet:

"5 Aufbau der Kostenermittlung

Die Bestimmungen der ÖNORM B 2110 oder B 2117 und der ÖNORMEN der Serien B 22xx und H 22xx gemäß Abschnitt 2 unter "Hinweise für die Ausschreibung und die Erstellung von Angeboten" sind zu beachten. Bei der Aufwandsermittlung ist auf Zuschläge und Abzüge gemäß den Bestimmungen dieser ÖNORMEN über Ausmaß und Abrechnung Bedacht zu nehmen.

Aus den Kostenarten-Grundlagen nach Abschnitt 4 sind nachstehende Kosten zu ermitteln:

Einzelkosten	siehe 5.1
Baustellen-Gemeinkosten	siehe 5.2
Geschäftsgemeinkosten	siehe 5.3
Sonstige Gemeinkosten	siehe 5.4
Bauzinsen	siehe 5.5
Wagnis	siehe 5.6
Gewinn	siehe 5.7

(...)

5.1.3 Einzelgerätekosten

Die Einzelgerätekosten je Leistungseinheit (Leistungsgerät) ergeben sich aus dem Zeitaufwand (Aufwandswert) für die Erbringung der betreffenden Leistung aufgrund der Kosten für Abschreibung und Verzinsung. Zu den Einzelgerätekosten gehört gegebenenfalls auch der Geräteanteil der Kosten von Fremdleistungen. Die Kosten der Vorhaltegeräte sind gemäß 5.2.4 unter den Baustellen-Gemeinkosten zu erfassen.

(...)"

Pkt 9 der ÖNORM B 2061 lautet:

"9 Ermittlung von Einheits- und Pauschalpreisen

Die Einheits- und Pauschalpreise können wie folgt ausgeschrieben und angeboten werden:

9.1.1 Nicht aufgegliedert in Preisanteile.

9.1.2 Aufgegliedert in Preisanteile für Lohn und für Sonstiges; hierbei wird der Preisanteil für Lohn gemäß 9.2.1 unter Preisanteil für Sonstiges gemäß 9.2.2 ermittelt.

9.2 Ermittlung der Preisanteile

Die Ermittlung der Preise der Leistungspositionen baut auf den Einzelkosten gemäß 5.1 auf, jene der Preisanteile der Baustellen-Gemeinkosten erfolgt analog gemäß 5.2.

9.2.1 Preisanteil "Lohn"

Der Preisanteil "Lohn" ergibt sich aus den Einzellohnkosten gemäß 5.1.1 für die zutreffende Leistung zuzüglich des jeweiligen Gesamtzuschlages.

9.2.2 Preisanteil "Sonstiges"

Der Preisanteil "Sonstiges" ergibt sich aus den Einzelmaterialkosten gemäß 5.1.2 und den Einzelgerätekosten gemäß 5.1.3 für die zutreffende Leistung zuzüglich des jeweiligen Gesamtzuschlages."

Das K7-Blatt dient zur eigentlichen Preisermittlung (Kostenermittlung). In der Reihenfolge der Positionen des Leistungsverzeichnisses ist hier die Kostenentwicklung der Einheitspreise - je nach Erfordernis aufgegliedert - vorzunehmen. Die einzelnen Leistungsansätze für Stunden-, Material- und Geräteaufwand müssen aufscheinen (vgl. Wolkerstorfer/Lang, Praktische Baukalkulation, 2. Auflage, S 152). Die Einzelkosten werden laut Pkt. 5.1 der ÖNORM B 2061 in die Einzellohnkosten, Einzelmaterialkosten und Einzelgerätekosten unterteilt.

Das bestandfeste Leistungsverzeichnis sieht eine Aufgliederung des Einheitspreises in die Anteile "Lohn" und "Sonstiges" vor. Der Preisanteil "Sonstiges" ergibt sich gemäß Pkt. 9.2.2 der ÖNORM B 2061 aus den Einzelmaterialkosten und den Einzelgerätekosten für die zutreffende Leistung zuzüglich des jeweiligen

Gesamtzuschlages. Die Kosten der Vorhaltegeräte sind gemäß Pkt. 5.1.3 der ÖNORM B 2061 unter den Baustellen-Gemeinkosten zu erfassen.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass aus den von der Antragstellerin bis zum 5. Aufklärungsschreiben vorgelegten Kalkulationsformblättern betreffend die BuS-Leistungen die Preisanteile der Einzelgerätekosten je Leistungseinheit bzw. die Einzelmaterialkosten je Leistungseinheit nicht ersichtlich waren. Ebenso waren die Kosten der Vorhaltegeräte für die BuS-Leistungen aus den K7-Blättern betreffend die Baustellen-Gemeinkosten nicht ersichtlich, da hier lediglich eine Aufgliederung in die Positionen "PARTNERLEISTUNG E-Technik Lohn" bzw. "PARTNERLEISTUNG E-Technik Sonstiges" dargestellt ist.

Der Auftraggeber ersuchte die Antragstellerin in der "5. Aufklärung und Nachforderung gemäß § 126 BVergG 2006 idgF" vom 14.7.2011 u.a. um folgende Aufklärung:

"17. K7-Blätter für die BuS-Leistungen

Es handelt sich bei den gegenständlichen Preisermittlungsblättern für die BuS-Leistung nicht um die gemäß Ausschreibung und ÖNORM B 2061 geforderte Form von ordnungsgemäßen K7-Blättern. Wir bitten Sie, diesen Umstand aufzuklären.

Ad Lohnkosten - beispielhaft sei die Pos. 04012501220 "Tunnelkopfrechner redundant" genannt:

Der Lohn für die Montage passt nicht mit den angebotenen/abgegebenen K3-Blättern überein.

Der Lohn für die Fertigung passt nicht mit den angebotenen/abgegebenen K3-Blättern überein.

Der Lohn für die Software passt nicht mit den angebotenen/abgegebenen K3-Blättern überein.

Die Einzelmaterialkosten je Leistungseinheit sind aus den K7-Blättern nicht ersichtlich.

Die Einzelgerätekosten je Leistungseinheiten sind aus den K7-Blättern nicht ersichtlich.

Generell ist bezüglich Ihrer K7-Blätter festzustellen, dass in den von ihnen gewählten Musterblättern, welche formal nicht den Musterblättern der ÖNORM B 2061 entsprechen, nur Lohn- und Materialanteile ersichtlich sind. Der gemäß ÖNORM B 2061 bei der Preisermittlung zu berücksichtigende Preisanteil der Einzelgerätekosten ist sowohl standardgemäß, als auch faktisch in ihren Formblättern nicht vorgesehen und nicht ersichtlich. Wo und in welcher Form und Höhe haben Sie welche Leistungsgeräte bzw. Vorhaltegeräte für die Leistungen der E-Technik (HG04) kalkuliert?

18. Einrichten der Baustelle (Positions-Nummern 02 01 020101A, 02 01 020101C, 02 01 020101C1)

Aus den von der Bietergemeinschaft abgegebenen K7-Blättern für die oben genannten Positionen sind die einmaligen Kosten, wie zum Beispiel Lohnkosten für Ladearbeiten und für das Auf-, Um- und Abbauen der Baustelleneinrichtung, sowie die zugehörigen Stoff-, Transport- und Gerätekosten für die BuS-Leistungen (insbesondere HG04) nicht ersichtlich. Darüber hinaus sind auch die diesbezüglichen Kosten der Erschließung und Inbetriebsetzung der Baustelle nicht ersichtlich. Bitte klären Sie den Umstand auf.

19. Zeitgebundene Kosten der Baustelle (02 01 020220A bis 02 01 020225C)

Aus den von der Bietergemeinschaft abgegebenen K7-Blättern für die oben genannten Positionen sind die für die BuS-Leistungen (insbes. HG04) anfallenden Gehaltskosten samt den Gehaltsnebenkosten, zeitgebundene Lohnkosten samt den Lohnnebenkosten, Kosten des Betriebes besonderer Anlagen sowie eventuelle Betriebskosten von Baustellenfahrzeugen und Vorhaltegeräten nicht ersichtlich. Bitte klären Sie diesen Umstand auf.

(...)

22. Nachforderung aller K7-, K4- und K3-Blätter

Wir ersuchen um die Übermittlung aller K7-, K4- und K3-Blätter aller Positionen.

Wir weisen ausdrücklich darauf hin, dass Ihr Angebot aufgrund der oa. Mängel und Vorbehalte sowie Widersprüche zu den Ausschreibungsunterlagen vom Ausscheiden gemäß den Bestimmungen § 129 Abs. 3 und 129 Abs. 7 BVergG bedroht ist.

Wir ersuchen Sie, die angeführten Aufklärungen innerhalb von 7 Tagen über die AVA_Plattform nachzureichen.

Sofern Sie es unterlassen, innerhalb der Ihnen gestellten Frist die verlangten Aufklärungen zu geben oder Ihre Aufklärung einer nachvollziehbaren Begründung entbehrt, wird ihr Angebot gemäß §§ 126 Abs. 3 und 129 Abs. 2 BVergG ausgeschieden."

Wie der Auftraggeber in der mündlichen Verhandlung ausführte, habe er die Vorhaltegeräte für die BuS-Leistungen in Pkt. 17 seines Schreibens vom 14.7.2011 auch deshalb nachgefragt, weil, wenngleich die Vorhaltegeräte beim Bau einen großen Kostenpunkt, so dennoch auch die Vorhaltegeräte für BuS-Leistungen - wenngleich auch in geringeren Mengen - einen Kostenpunkt darstellen würden. So seien auch diese in der Vergangenheit schon Gegenstand mehrerer Nachforderungen gewesen, wie z.B. bei Bauzeitverschiebungen. Die Vorhaltekosten würden sich beispielsweise bei Bauzeitveränderungen auswirken, zumal sie Bestandteil der Gemeinkosten seien. In der Regel führe dies zu einer Preiserhöhung. Der Antragstellervertreter bestritt, dass Mehrkosten aufgrund zusätzlicher Geräte, die nicht offen gelegt wurden, durchsetzbar seien.

Nach Ansicht des erkennenden Senates ist es jedoch für einen Auftraggeber sehr wohl wichtig und wesentlich, nachvollziehen zu können, welche Vorhaltegeräte - und zwar auch für die BuS-Leistungen - ein Bieter einzusetzen beabsichtigt. Dies insbesondere deshalb, um bei späteren Mehrkostenforderungen aufgrund von Leistungsänderungen nachvollziehen zu können, welche Geräte bereits ursprünglich kalkuliert wurden und welche Geräte zusätzlich aufgrund von Leistungsänderungen erforderlich sind und somit gesondert abzugelten wären. Da der Auftraggeber bei der Prüfung der Angebote auch die Vollständigkeit der Positionspreise und die Vergleichbarkeit der Angebote zu prüfen hat, lagen sohin Unklarheiten vor, die einer Überprüfung der Kalkulation der Antragstellerin durch den Auftraggeber entgegenstanden. Aus den übermittelten K-Blättern betreffend BuS-Leistungen

konnte der Auftraggeber jedenfalls nicht nachvollziehen, wo welche konkreten Vorhaltegeräte bzw. Leistungsgeräte in welcher Höhe kalkuliert wurden. Die Aufforderung zur Aufklärung erfolgte nach dem oben Gesagten jedenfalls zu Recht und nicht nach Belieben des Auftraggebers (siehe VwGH 9.10.2002, 2000/04/0039).

Der Auftraggeber hat in seinem 5. Aufklärungsschreiben vom 14.7.2011 unter **Punkt 17**, der die Überschrift "K7-Blätter für die BuS-Leistungen" trägt, der Antragstellerin mitgeteilt, dass die Einzelmaterialkosten und die Einzelgerätekosten je Leistungseinheit aus den K7-Blättern nicht ersichtlich sind, und die Antragstellerin in der Folge darüber hinaus klar und zweifelsfrei aufgefordert, bekannt zu geben, wo und in welcher Form und Höhe die Antragstellerin welche Leistungsgeräte bzw. Vorhaltegeräte für die Leistungen der E-Technik (HG04) kalkuliert habe. Ebenso hat der Auftraggeber darin der Antragstellerin zur Aufklärung eine genaue Frist, nämlich innerhalb von 7 Tagen, gesetzt, binnen derer die Antragstellerin die geforderten Aufklärungen zu leisten hat. Diese Aufforderungen stellen sich sowohl inhaltlich als auch zeitlich jedenfalls als angemessen für die vom Auftraggeber durchzuführende Preisprüfung dar.

Die allgemeinen für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der §§ 914ff ABGB sind auch im Vergaberecht anzuwenden (vgl Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Die Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus der Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind danach zu beurteilen, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgebend (vgl VwGH 29.3.2006, 2004/04/0144, 0156, 0157; ebenso BVA 11.1.2008, N/0112-BVA/14/2007-20; BVA 25.11.2009, N/0110- BVA/09/2009-28; BVA 30.6.2011, N/0033-BVA/09/2011-37 uva.). Ausschreibungsbestimmungen sind nach dem objektiven Erklärungswert für einen

durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen (vgl. VwGH 1.7.2010, 2006/04/0139).

Die Bedeutung der Ausschreibung richtet sich weder nach den Motiven des Auftraggebers noch danach, wie dies der Erklärungsempfänger (Bewerber/Bieter) subjektiv verstanden hat, sondern allein danach, wie der Text der Ausschreibung unter Berücksichtigung aller Umstände objektiv verstanden werden musste (vgl. VwGH 16.2.2005, 2004/04/0030; vgl. auch Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 2 Z 3 Rz 8 zur insoweit vergleichbaren Situation der Interpretation des Angebotes).

Dies gilt für sämtliche Willenserklärungen der Parteien und somit auch für das Angebot samt Begleitschreiben, allfällige Aufklärungersuchen des Auftraggebers sowie hiezu ergangene Antwortschreiben des Bieters (vgl. VwGH 19.11.2008, 2007/04/00118; 25.1.2011, 2006/04/0200 u.a.).

Nach dem Gesagten wurde die Antragstellerin somit eindeutig und klar aufgefordert, bekanntzugeben, welche Leistungsgeräte und Vorhaltegeräte sie wo und in welcher Form und Höhe für die Leistungen der E-Technik (HG04) kalkuliert hat, damit die Kalkulation in den Kalkulationsblättern vom Auftraggeber nachvollzogen werden kann. Weiters hat der Auftraggeber in seinem 5. Aufklärungsschreiben klar und eindeutig festgelegt, dass im Fall des Unterlassens der geforderten Aufklärung durch die Antragstellerin ihr Angebot gemäß §§ 126 Abs. 3 und 129 Abs. 2 BVergG ausgeschieden wird.

Der Auftraggeber hat somit die Antragstellerin von seiner Absicht, jedenfalls vom Ausscheidensgrund gemäß § 129 Abs. 2 BVergG Gebrauch zu machen, unmissverständlich informiert und der Antragstellerin auch eine klare Vorstellung vermittelt, wie er sein Ermessen iSd § 129 Abs. 2 leg.cit. ausüben wird (vgl. in diesem Zusammenhang auch das 1. Aufklärungsschreiben, worin der Auftraggeber noch festhält, dass das Angebot ausgeschieden werden kann, sofern es die Antragstellerin unterlässt, innerhalb der gestellten Frist die verlangten Aufklärungen zu geben oder ihre Aufklärung einer nachvollziehbaren Begründung entbehrt).

Die Antragstellerin hat daraufhin binnen offener Frist am 21.07.2011 wie folgt geantwortet:

*„Zu Punkt 17) K7-Blätter für die BuS-Leistungen
(...)“*

Zu der von Ihnen angesprochenen Form und Inhalt der K7-Blätter möchten wir festhalten, dass die K7-Blätter in der vorliegenden Fassung den letztgültigen Normen und Vorschriften vollinhaltlich entsprechen. Diese K7-Blätter wurden in den letzten Jahren bei einer Vielzahl von Projekten der ASFINAG detailliert geprüft und für in Ordnung befunden. Darüber hinaus wurden im Zuge von Nachprüfungsverfahren, beispielsweise beim Projekt XXX, die Richtigkeit der K7-Blätter gutachterlich geprüft und seitens des Bundesvergabeamts für richtig befunden.

Zu 18) Einrichten der Baustelle (Positions-Nummern 02 01 020101A, 02 01 020101C, 02 01 020101C1)

Sämtliche Aufwendungen für das Einrichten der Baustelle (02 01 20101A) der C*** sind in den Einheitspreisen enthalten. Die Positionen 02 01 020101C, 02 01 020101C1 werden von den ARGE Partnern abgedeckt.

Zu 19) Zeitgebundene Kosten der Baustelle (Positions-Nummern 02 01 020220A bis 02 01 020225C)
Sämtliche Aufwendungen der zeitgebundenen Kosten (02 01 020220A) der C*** ist in den Einheitspreisen enthalten. Die Positionen 02 01 020221A bis 02 01 020225C werden von den ARGE Partnern abgedeckt.

(...)

Zu 22) Nachforderung aller K7-, K4- und K3-Blätter

Zu den verlangten Positionen bestätigen wir, dass im Preis aller angeführten Positionen alle direkt zuordenbaren Personal-, Material-, Geräte-, Fremdleistungs-, Zinskosten und andere Kosten enthalten sind. Die angesetzten Kostenpositionen stehen im Einklang mit unseren unternehmensinternen Kalkulationsansätzen, in die unsere langjährige Erfahrung mit gleichartigen Projekten eingeflossen ist und mit den einschlägigen Baukalkulationsnormen, woraus sich die betriebswirtschaftliche Nachvollziehbarkeit aller Aufwands- und Verbrauchsansätze sowie der kalkulierte Preis ergibt.

(...)

Anlage:

K3 Mittellohnpreis-Regielohnpreis-Gehaltspreis Bau

K4 Materialpreise Bau

K7 Preisermittlung aller Positionen

K3 Mittellohnpreis-Regielohnpreis-Gehaltspreis E-Technik

K4 Materialpreise E-Technik

K7 Preisermittlung Partnerleistung E-Technik"

Die Antragstellerin hat in ihrem Antwortschreiben vom 21.7.2011 unter **Pkt. 17** somit festgehalten, dass ihre K7-Blätter für die BuS-Leistungen den letztgültigen Normen und Vorschriften vollinhaltlich entsprechen würden und auch bereits gutachterlich geprüft und vom Bundesvergabeamt "für richtig" befunden worden seien. Ebenso legte sie die K7-, K4- und K3-Blätter vor. Darüber hinaus bestätigte die Antragstellerin in ihrem Aufklärungsschreiben in Pkt. 20, dass im Preis aller angeführten Positionen alle direkt zuordenbaren Personal-, Material-, Geräte-, Fremdleistungs-, Zinskosten und andere Kosten enthalten seien, sowie, dass die angesetzten Kostenpositionen im Einklang mit den einschlägigen Baukalkulationsnormen und ihren unternehmensinternen Kalkulationsansätzen, in

die ihre langjährige Erfahrung mit gleichartigen Projekten eingeflossen seien, stünden, woraus sich die betriebswirtschaftliche Nachvollziehbarkeit aller Aufwands- und Verbrauchsansätze sowie der kalkulierte Preis ergebe.

Die Antragstellerin hat somit dem Auftraggeber zwar mitgeteilt, dass die direkt zuordenbaren Material- und Gerätekosten der BuS-Leistungen in den einzelnen Positionen enthalten seien, jedoch hat sie keine Aufklärung hinsichtlich der - ebenfalls im Fall des Unterlassens der geforderten Aufklärung mit Ausscheiden bedrohten - Frage, "Wo haben Sie in welcher Form und Höhe welche Vorhaltegeräte kalkuliert?" geboten. Diese Antworten blieb die Antragstellerin - entgegen ihrem Vorbringen im Schriftsatz vom 10.10.2011 - schuldig. Ebenso entbehrte ihr Schreiben vom 21.7.2011 einer Antwort auf die Frage, "In welcher Höhe haben sie welche Leistungsgeräte kalkuliert?"

Die Kosten der Vorhaltegeräte sind gemäß ÖNORM B 2061 unter den Baustellen-Gemeinkosten zu erfassen. Die Antragstellerin wies in ihrem Antwortschreiben vom 21.7.2011 in ihren Antworten zu den Punkten 18 und 19 zwar darauf hin, dass sämtliche Aufwendungen für das Einrichten der Baustelle (02 01 20101A) sowie sämtliche Aufwendungen der zeitgebundenen Kosten (02 01 020220A) der C*** in den Einheitspreisen enthalten seien, unbeantwortet blieb jedoch, in welchen Einheitspreisen, sohin, ob in den Einheitspreisen der Baustellen-Gemeinkosten oder in jenen der einzelnen Leistungspositionen, diese Aufwendungen enthalten sind. In ihrem Schriftsatz vom 10.10.2011 brachte die Antragstellerin zwar vor, dass sämtliche Aufwendungen für das Einrichten der Baustelle für die BuS-Leistungen in den Einheitspreisen der entsprechenden LV-Positionen, wie z.B. in den Pos. 0201020101A - Einrichten der Baustelle, 0201020220A - Zeitgebundene Kosten der Baustelle und 0201020401A - Räumen der Baustelle, enthalten seien. Diese Leistungen seien unter "Partnerleistung E-Technik" angeführt. In diesem Zusammenhang ist jedoch einerseits darauf hinzuweisen, dass sich die erneut vorgelegten K7-Blätter zu den Pos. 0201020101A, 0201020101C und 0201020401A inhaltlich nicht von den bereits vorgelegten K7-Blättern zu diesen Positionen unterscheiden. Da die Partnerleistung E-Technik wiederum nur in "Lohn" (vgl. Pos. 0201020101A und 0201020401A), bzw. "Lohn" und "Sonstiges" (vgl. Pos. 0201020220A) aufgliedert ist, kann der Auftraggeber diese Antwort inhaltlich nicht

nachvollziehen, da sich daraus kein Hinweis zu den konkreten Vorhaltegeräten bzw. deren Kosten ergibt. Andererseits ist ebenso festzuhalten, dass in den K7-Blättern der Pos. 0201020101A und 0201020401A die Partnerleistung E-Technik zweimal mit "Lohn" ausgewiesen ist. Eine Untergliederung der Partnerleistung E-Technik in "Sonstiges" fehlt jedoch, nach den vorgelegten K7-Blättern hat die Antragstellerin in den Pos. 0201020101A und 0201020401A somit keine Gerätekosten ausgewiesen, wenngleich deren jeweils ausgewiesene 2. Zeile "Partnerleistung Lohn" der Antragstellervertreter in der mündlichen Verhandlung in "Partnerleistung Sonstiges" umbenennen und damit ändern wollte. In der mündlichen Verhandlung brachte der Antragstellervertreter weiters zunächst vor, dass die Vorhaltegeräte für die Leistungen der E-Technik der HG 04 im Einheitspreis Baustellen-Gemeinkosten (Pos. 0201020101A) unter "PARTNERLEISTUNG E-Technik", die sonstigen Geräte für die BuS jedoch im Anteil "Sonstiges" der HG 04 enthalten seien. Dann führte die Antragstellerin hingegen wieder aus, dass sie die Geräte, die sie für die Erbringung der BuS-Leistungen benötige, in den zeitgebundenen Kosten (Pos. 0201020220A Partnerleistung E-Technik "Sonstiges") eingerechnet habe. Eine Antwort nach den konkret kalkulierten Vorhaltegeräten und deren Höhe ergibt sich jedoch nicht aus den vorgelegten K-Blättern.

Der Ausscheidenstatbestand des § 129 Abs. 2 BVergG liegt dann vor, wenn der Bieter es unterlassen hat, die verlangte Aufklärung innerhalb der ihm gestellten Frist zu geben oder deren Aufklärung einer nachvollziehbaren Begründung entbehrt. Die Beantwortung des Bieters muss den Auftraggeber daher in die Lage versetzen können, diese der weiteren Angebotsprüfung zu Grunde zu legen. Es muss dem Auftraggeber gleichsam möglich sein, die seinerseits u.a. durch Auskunftersuchen ermittelten Informationen einer inhaltlichen Überprüfung zu unterziehen. Entscheidend ist somit, dass die Aufklärung einer konkreten Nachvollziehbarkeit zugänglich ist. Im konkreten Fall konnte der Auftraggeber die erteilten Auskünfte jedoch keiner inhaltlichen Überprüfung unterziehen und somit die Angebotsprüfung nicht fortführen. Die Nachvollziehbarkeit der Aufklärung ist aber nicht als bloß abstrakte, sondern als konkrete Nachvollziehbarkeit zu verstehen.

Der dem öffentlichen Auftraggeber nach § 129 Abs. 2 BVergG im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung eingeräumte Beurteilungsspielraum ("Ermessen") wird

durch die Grundsätze des Vergabeverfahrens (§ 19 Abs.1 BVergG), insbesondere den Grundsätzen der Gleichbehandlung der Bieter begrenzt. Dabei ist auch die Zielsetzung dieser Bestimmung, nämlich im Wege der Aufklärung von Unklarheiten ein bewertungsfähiges Angebot zu erhalten, zu berücksichtigen. Das bedeutet, dass der Auftraggeber alle Angebote nach dieser Bestimmung auszuschneiden haben wird, die ohne erteilte Aufklärung einer weiteren Prüfung nicht zugänglich sind. Wird die verlangte Aufklärung nachträglich erteilt und somit das Angebot damit noch vor einer Ausscheidensentscheidung des Auftraggebers einer Bewertung zugänglich, so wird eine weitere Berücksichtigung des Angebotes nur dann in Betracht kommen, wenn dadurch die Grenzen der Grundsätze des Vergabeverfahrens nicht überschritten werden (VwGH 21.3.2011, 2008/04/0083).

In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass der Auftraggeber ein vergleichbares 5. Aufklärungsschreiben an einen anderen Bieter gerichtet hatte, in dem er diesen u.a. aufforderte:

"6 Geforderte K7-Blätter BuS

Der gemäß ÖNORM B2061 bei der Preisermittlung zu berücksichtigenden Preisanteil der Einzelgerätekosten ist in Ihren K7-Blättern für die BuS-Leistungen nicht ersichtlich. Wo und in welcher Form und Höhe haben Sie welche Leistungsgeräte bzw. Vorhaltegeräte für die Leistungen der E-Technik (HG04) einkalkuliert?

(...)

9. Nachforderung aller K7-, K4- und K3-Blätter

Wir ersuchen um die Übermittlung aller K7-, K4- und K3-Blätter aller Positionen.

Wir weisen ausdrücklich darauf hin, dass Ihr Angebot aufgrund der oa. Mängel und Vorbehalte sowie Widersprüche zu den Ausschreibungsunterlagen vom Ausscheiden gemäß den Bestimmungen § 129 Abs. 3 und 129 Abs. 7 BVergG bedroht ist.

Wir ersuchen Sie, die angeführten Aufklärungen innerhalb von 7 Tagen über die AVA_Plattform nachzureichen.

Sofern Sie es unterlassen, innerhalb der Ihnen gestellten Frist die verlangten Aufklärungen zu geben oder Ihre Aufklärung einer nachvollziehbaren Begründung entbehrt, wird ihr Angebot gemäß §§ 126 Abs. 3 und 129 Abs. 2 BVergG ausgeschieden."

Dieser Bieter antwortete fristgerecht und nachvollziehbar, wo und in welcher Höhe er welche Leistungsgeräte und Vorhaltegeräte kalkuliert hatte und legte die entsprechenden K-Blätter vor (Ordner F und G des Vergabeaktes). Ebenso kam er der Aufklärung aller sonstiger an ihn gerichteten Fragen fristgerecht vollinhaltlich und nachvollziehbar nach.

Anders als dieser andere Bieter hat es die Antragstellerin jedoch unterlassen, die geforderte Aufklärung innerhalb der gesetzten Frist zu leisten. Das Ausscheiden ihres

Angebotes als Sanktion, falls die Antragstellerin innerhalb der ihr gestellten Frist die verlangten Aufklärungen unterlässt oder ihre Aufklärung einer nachvollziehbaren Begründung entbehrt, wurde der Antragstellerin in der "5. Aufklärung und Nachforderung" klar und eindeutig bekanntgegeben und wurde daher nach der Nichterteilung der geforderten Aufklärung auch zu Recht ausgesprochen.

Zum Vorbringen der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung, der Auftraggeber habe im nachfolgenden Aufklärungsgespräch keine weitere Aufklärung zu den Gerätekosten verlangt, die allenfalls nicht vollständig beantwortete Anfrage Nr. 17 sei im Bietergespräch unter Punkt 2.2.4 ordnungsgemäß und vollständig aufgeklärt worden, habe doch der Auftraggeber in diesem Gespräch zwar eine Zusatzfrage zu Kleingeräten und Hilfsstoffen gestellt, nicht aber eine weitere Aufklärung zu den Gerätekosten aufgrund der Antwort, die zu Frage 2.2.4 gegeben worden sei, verlangt, sondern ausdrücklich festgehalten, dass derzeit keine weiteren Fragen offen seien, ist zunächst darauf hinzuweisen, dass eine Aufforderung zur Verbesserung der aufgrund eines unmissverständlichen Aufklärungsbegehrens gegebenen Auskunft weder erforderlich noch zulässig ist. Diese würde den Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bieter verletzen (vgl. BVA 2.12.2008, N/0134-BVA/06/2008-55, N/0146-BVA/06/2008-17). Hätte der Auftraggeber die Antragstellerin nicht ausgeschieden, würde dies eine Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung aller Bieter darstellen, da ein anderer Bieter fristgerecht dem in diesem Punkt gleichlautenden Aufklärungsersuchen nachgekommen ist. Der Auftraggeber hat sein Ermessen somit gesetzeskonform ausgeübt und die Antragstellerin bereits aus diesem Grund zu Recht ausgeschieden.

Überdies hat der Auftraggeber, wie er auch in der mündlichen Verhandlung vorbrachte, jedoch auch im Bietergespräch nicht die erwünschten Auskünfte erhalten.

Punkt 2.2.4 des Aufklärungsgesprächs mit der Antragstellerin vom 2.8.2011 lautet:

"2.2.4 Frage:

In ihrem Schreiben zur 5. Nachreichung von Unterlagen führen Sie aus, dass die in den K7-Blättern nicht getrennt ausgewiesenen Personal-, Material-, Geräte-, Fremdleistungs- und Kapitalkosten in der Kalkulation der Leistungspositionen enthalten sind. Erläutern Sie, wie die o.a. Kosten in die Kalkulation eingeflossen sind.

Antwort:

In unseren K7-Blättern sind die Personalkosten (aufgeteilt auf die Teilbereiche Montage, Fertigung, Projektierung und Software - entsprechend der K3-Blätter) im Feld "Lohnkosten" ausgewiesen.

Unsere Material- und Gerätekosten sind im Feld "Materialpreis" enthalten. Sollten die Leistungen von Lieferanten bzw. von Subunternehmern erbracht werden, befinden sich diese in Kosten aufgeteilt in Lohn bzw. Material in den Feldern "Lieferant" bzw. "Fremdleistungen (Subunternehmer)". Kapitalkosten fallen infolge des Einsatzes von Eigenkapital nicht an und wurden daher auch nicht kalkuliert.

Zusatzfrage:

Wie finden die Kleingeräte und Hilfsstoffe in der Kalkulation Eingang?

Antwort:

Der Bieter gibt an, dass die Kleingeräte und Hilfsstoffe über den jeweiligen Zuschlag in den K3-Blättern berücksichtigt wurden."

Entgegen der Ansicht der Antragstellerin hat diese nämlich auch im Aufklärungsgespräch mit ihrer Antwort zu Pkt. 2.2.4 die Frage "Wo, in welcher Form und Höhe haben Sie welche Leistungsgeräte bzw. Vorhaltegeräte für die Leistungen der E-Technik (HG04) kalkuliert?" nicht ausreichend beantwortet. Der Auftraggeber erfährt weiterhin nur, dass die Material- und Gerätekosten im Feld "Materialpreis" enthalten sind, sowie dass, sollten die Leistungen von Lieferanten bzw. von Subunternehmern erbracht werden, sich diese Kosten aufgeteilt in Lohn bzw. Material in den Feldern "Lieferant" bzw. "Fremdleistungen (Subunternehmer)" befinden. Insbesondere eine Antwort auf die Frage, "Welche Vorhaltegeräte haben Sie in welcher Höhe kalkuliert?" wurde dem Auftraggeber auch im Aufklärungsgespräch nicht gewährt.

In diesem Zusammenhang ist weiters darauf hinzuweisen, dass eine nachträgliche Änderung der dem Angebot zugrunde liegenden Kalkulation eine nachträgliche Änderung des Angebotes darstellt, die im offenen Verfahren nach Angebotsöffnung unzulässig ist. Auch dies wäre somit ein zusätzlicher Ausscheidensgrund.

2. Ad "Vorbehalt":

Darüber hinaus liegt ein weiterer Ausscheidensgrund - wie nachfolgend dargestellt - vor:

Pkt. 4411 der HG 02 ("BAUARBEITEN"), OG 06 ("Sanierung Tunnel und Protalbauwerke") des Teils B.5 Leistungsverzeichnis BAU & BuS lautet:

"4411 Z Roboterverfahren (Reparatur)

(...)

Die Antragstellerin wurde in der "5. Aufklärung und Nachforderung gemäß § 126 BVergG 2006 idgF" vom 14.7.2011 unter Punkt 13 [Roboterverfahren (Pos. Nr. 0206441101C)] um Aufklärung ersucht:

"In dem Positionstext findet sich folgende Anmerkung

'Rohrinnendurchmesser mind. 150 mm

Haltung muss gerade sein (kein Knick)'

Für diese Annahmen findet sich in den Ausschreibungsunterlagen keine Grundlage. Wir ersuchen daher um Aufklärung."

Die Antragstellerin antwortete fristgerecht in ihrem Schreiben vom 21.7.2011:

"Zu Pkt. 13) Roboterverfahren (Pos. Nr. 0206441101C)

Der Kalkulationsansatz entspricht den Erfahrungswerten des Bieters an vergleichbaren Objekten. Bei den Anmerkungen in den K7-Blättern handelt es sich um keine Vorbehalte, sondern lediglich um interne Notizen und Erfahrungswerte des Kalkulanten. Mit dem angebotenen Einheitspreis sind sämtliche Leistungen abgegolten, die sich aus der Positionsbeschreibung ergeben."

In der mündlichen Verhandlung legte der Auftraggeber einen Auszug aus Teil B.2, "Baubeschreibung/Pläne/Gutachten" der Ausschreibung vor (siehe Beilage zum Verhandlungsprotokoll), aus der insbesondere die Versinterungen/Anlagerungen deutlich zu sehen sind (und somit auch der Antragstellerin vor Angebotslegung bekannt waren), und führte dazu aus, dass die Rohre, die zu fräsen seien, zwar ursprünglich einen Rohrinnendurchmesser von 150 mm gehabt hätten, dieser Querschnitt jedoch durch die Beanspruchung und Versinterung reduziert worden sei. Es sei somit davon auszugehen, dass der Durchmesser jedenfalls unter 150 mm liege. Es könne auch nicht davon ausgegangen werden, dass die Linienführung geradlinig hergestellt worden sei, Knicke und Bögen seien vorhanden. Der Antragstellervertreter erwiderte, dass der Rohrdurchmesser nicht präzise definiert gewesen sei und die Antragstellerin von der Information ausgegangen sei, dass die Rohre einen Durchmesser bis zu 200 mm hätten. Als Kalkulationsannahme habe die Antragstellerin aufgrund ihrer Erfahrung den Mittelwert zwischen den üblichen Rohrdurchmessern (100 - 200 mm), somit 150 mm der Kalkulation unterstellt. Dazu habe es noch insofern Hinweise gegeben, als für die Pos. "Drainage, Spülen und Kamerafahren" ein Innendurchmesser ab 150 mm und bei der Pos. "Abschnittsweise Auskleidung Inliner" ein Durchschnitt von 100 - 150 mm angegeben gewesen seien. Schließlich sei beim Spülbohrverfahren ein Durchmesser von 150 mm angegeben gewesen. Die 150 mm seien ihrer Kalkulation zu Grunde gelegt worden. Selbstverständlich sei dies keine Einschränkung, sondern eine Information für den Auftraggeber gewesen. Je nach Rohrdurchmesser seien aufgrund der

Gerätegeometrie Mindestradien für die Bearbeitung vorauszusetzen. Aufgrund der Gerätelänge dürfe kein Knick auftreten. Insofern sei der Bieter seiner Warnpflicht nachgekommen. Der Auftraggeber erwiderte, dass die Festhaltung der Antragstellerin "mindestens 150 mm" im K7-Blatt aus Sicht des Auftraggebers nur als Einschränkung gesehen werden konnte.

Nach dem objektiven Erklärungswert der Ausschreibung hat der Auftraggeber in seinem Leistungsverzeichnis in den Pos. 0206441101C und 0206441102C eindeutig und unmissverständlich dargelegt, dass in dieser Position eine Roboterbefahrung in Rohren mit einem Innendurchmesser bis 200 mm anzubieten und entsprechend zu kalkulieren ist. Unter dem Begriff "bis" 200 (mm) ohne Angabe einer "ab" Zahl in Zusammenhalt mit Teil B.2, "Baubeschreibung/Pläne/Gutachten" der Ausschreibungsunterlagen muss einem durchschnittlich fachkundigen Bieter klar sein, dass auch Roboterbefahrungen in Rohren mit einem Innendurchmesser von weniger als 150 mm gefordert werden, zumal das Leistungsverzeichnis keine Position enthält, die eine Roboterbefahrung in Rohren mit einem Innendurchmesser bis zu 150 mm vorsieht.

Auch wenn sich die Antragstellerin in ihrem oben genannten Schreiben zunächst damit zu rechtfertigen versucht, dass der Kalkulationsansatz den Erfahrungswerten der Antragstellerin aus vergleichbaren Objekten entspreche, es sich bei den Anmerkungen lediglich um interne Notizen und Erfahrungswerte des Kalkulanten handle und mit dem angebotenen Einheitspreis sämtliche Leistungen abgegolten seien, die sich aus der Positionsbeschreibung ergäben, so hat der Antragstellervertreter selbst in der mündlichen Verhandlung bestätigt, dass die Antragstellerin ihrer Kalkulation einen Rohrdurchmesser von mindestens 150 mm zu Grunde gelegt hatte. Inwiefern dies keine Einschränkung, sondern lediglich eine Information für den Auftraggeber darstellen solle, ist für den erkennenden Senat nicht nachvollziehbar.

Dass die Kalkulation der Antragstellerin auf einem Rohrdurchmesser von mindestens 150 mm beruht stimmt auch mit dem objektiven Erklärungswert des K7-Blattes zu diesen oben angegebenen und als wesentlich gekennzeichneten Positionsnummern überein, wonach sich aus der mit "E" gekennzeichneten Zeile und dem daneben

unter "Positionsstichwort, Betriebsmittelbezeichnung" eingeführten Satz "Rohrinnendurchmesser mind 150 mm" eindeutig und unmissverständlich ergibt, dass der Kalkulant der Antragstellerin offenkundig davon ausgegangen ist, dass der Rohrdurchmesser mindestens 150 mm beträgt und diese Annahme auch seiner Kalkulation zugrunde legte. Die Argumentation der Antragstellerin, wonach es sich bei mit "E" gekennzeichneten Zeilen lediglich um interne Anmerkungen handle, vermag daher nicht zu überzeugen. Daran vermag auch nichts zu ändern, dass die entsprechenden K7-Blätter dem Auftraggeber erst nach Angebotsabgabe übermittelt wurden.

Auch wenn die Antragstellerin in Pkt. B.6 "Bietererklärung" erklärt, bereit zu sein, die ausgeschriebenen Leistungen zu diesen Bestimmungen bzw. Bedingungen zu erbringen, so hat sie dieser Erklärung in einer klar zum Ausdruck kommenden Weise widersprochen, indem sie sowohl in den K7-Blättern als auch in der mündlichen Verhandlung festgehalten hat, dass ein Rohrinnendurchmesser von mind. 150 mm kalkuliert und somit in dieser Form abgegolten ist.

Das Angebot widerspricht somit den Festlegungen in der Ausschreibung und wurde daher auch aus diesem Grund zu Recht gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG ausgeschieden.

Zu Spruchpunkt II.

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

Die Antragstellerin hat, wie sich aus Spruchpunkt I ergibt, mit ihrem Nachprüfungsantrag auch nicht teilweise obsiegt. Der Nachprüfungsantrag wurde abgewiesen. Der für den Nachprüfungsantrag geltend gemachte Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühr war daher abzuweisen.

Wien, am 31. Oktober 2011
Die Vorsitzende des Senates 7
Mag. Julia Stiefelmeyer

