

TE Verg Bescheid 2012/3/23 N/0027-BVA/04/2012-30

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 23.03.2012

Norm

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitii

BVergG 2006 §79 Abs4

BVergG 2006 §125 Abs1

BVergG 2006 §125 Abs2

BVergG 2006 §125 Abs3

BVergG 2006 §125 Abs1 Z1

BVergG 2006 §125 Abs1 Z2

BVergG 2006 §125 Abs1 Z3

BVergG 2006 §125 Abs4

BVergG 2006 §125 Abs5

BVergG 2006 §129 Abs1 Z3

BVergG 2006 §312 Abs2 Z2

BVergG 2006 §319 Abs1

BVergG 2006 §319 Abs2

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 79 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 79 gültig von 05.03.2010 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 79 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 125 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 125 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

4. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 125 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 125 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 125 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 125 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 125 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 125 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

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

1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 4, Dr. Margit Möslinger-Gehmayr, sowie Mag. Martin Sailer als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Helmut Heindl 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 "Lieferung von Stahlleitschienen 2012 ff Region Steiermark" des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs-Aktiengesellschaft, Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, vertreten durch X***, über den Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 27.2.2012, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die

Vorsitzende des Senates 4, Dr. Margit Möslinger-Gehmayr, sowie Mag. Martin Sailer als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Helmut Heindl als Mitglied der Auftragnehmerseite, im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, (BVergG), betreffend das Vergabeverfahren "Lieferung von Stahlleitschienen 2012 ff Region Steiermark" des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs-Aktiengesellschaft, Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, vertreten durch X***, über den Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 27.2.2012, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Der Antrag, "die Entscheidung vom 22.2.2012, der Firma B*** den Zuschlag für die Lieferung von Stahlleitschienen 2012ff Region Steiermark (Verfahren ID-8727) zu erteilen" für nichtig zu erklären, wird zurückgewiesen.

II.römisch zwei.

Der in eventu gestellte Antrag, die Zuschlagsentscheidung vom 22.2.2012 zu Gunsten der B*** für nichtig zu erklären, wird abgewiesen.

III.römisch drei.

Der in eventu gestellte Antrag, "die Entscheidung, das Angebot der Firma B*** für die Lieferung von Stahlleitschienen 2012ff Region Steiermark (Verfahren ID-8727) nicht auszuschneiden," für nichtig zu erklären, wird zurückgewiesen.

IV.römisch vier.

Der in eventu gestellte Antrag, "die Entscheidung, der Antragstellerin den Zuschlag nicht zu erteilen," für nichtig zu erklären, wird zurückgewiesen.

V.römisch fünf.

Der Antrag, "die Auftraggeberin zum Ersatz der Kosten der Antragstellerin für die Teilnahme am Vergabeverfahren zu verpflichten, insbesondere zum Ersatz der Pauschalgebühren des Nachprüfungsantrages und des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung", wird hinsichtlich des Antrages auf Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung abgewiesen, darüber hinaus zurückgewiesen.

Begründung

Die österreich- und europaweite Bekanntmachung des gegenständlichen Vergabeverfahrens "Lieferung von Stahlleitschienen 2012 ff Region Steiermark" erfolgte Ende Juli 2011. Der Lieferauftrag soll in Form eines offenen Verfahrens im Oberschwellenbereich mit dem Ziel, eine Rahmenvereinbarung abzuschließen, vergeben werden. Die Kostenschätzung des Auftraggebers belief sich auf Euro 2.742.375,-- (exkl. Ust).

Nach der Durchführung von Berichtigungen und Anfechtung der Ausschreibung durch die A*** (in der Folge Antragsteller) am 20.9.2011 durch den unter der Aktenzahl, N/0092-BVA/04/2011, protokollierten Nachprüfungsantrag, sowie weiteren Berichtigungen der Ausschreibung legte neben dem Antragsteller [Euro 2.354.911,39 (exkl. Ust) und dreijähriger Verlängerung der Gewährleistungsfrist] und drei weiteren Bietern [C*** 2.360.220,-- (exkl. Ust); D*** 2.334.437,-- (exkl. Ust); E*** 2.993.526,-- (exkl. Ust)] die B*** (in der Folge präsumtiver Zuschlagsempfänger) ein Angebot zu einem Preis von Euro 2.038.150,00 (exkl. Ust) mit einer dreijährigen Verlängerung der Gewährleistungsfrist.

Gemäß den Ausschreibungsbestimmungen (L.1) Punkt 1.1.5 (Vergabeverfahren und Art des Auftrages) soll die in Form eines offenen Verfahrens ausgeschriebene Rahmenvereinbarung mit einem Bieter für die Dauer von drei Jahren abgeschlossen werden. Als Zuschlagsprinzip wurde unter Punkt 1.2.4 (Zuschlagsprinzip und Angebotsbewertung) das Bestbieterprinzip mit den Zuschlagskriterien 1.Preis (98,5 Punkte) und 2. Qualität (Verlängerung der Gewährleistungsfrist (0,5 Punkte pro Jahr bei maximal 3 Jahren) angegeben.

In der Projektbeschreibung (L.2) wurde der Projektgegenstand mit dem Liefern von Fahrzeugrückhaltesystemen (Leitschienen aus Stahl) beschrieben, wobei das Versetzen nicht Gegenstand der Ausschreibung ist, sondern von weiteren Auftragnehmern des Auftraggebers erfolgen wird. In der Leistungsbeschreibung [L.3; 3.1 (Allgemeine Bestimmungen)] wurde für den Leistungszeitraum (Jänner 2012 bis Dezember 2014) ausgeführt, dass keine

Gesamtlieferung erfolge, sondern nach gesondertem Abruf durch den Auftraggeber bedarfsabhängig in mehreren Tranchen die Lieferung mit bestimmten auf den Warennettowert abgestimmte Lieferfristen an Lieferorte in den Regionen "Steiermark Nord" und "Steiermark Süd" nach Angaben des Auftraggebers zu erfolgen habe. Neben Fahrzeugrückhaltesystemen aus Stahl für das Versetzen in rammfähigen Böden waren auch passende Systemteile wie Absenker oder Übergangselemente und Rückstrahlelemente zu liefern.

Im Leistungsverzeichnis (L.5) waren neben den Preisen für die ausgeschriebenen Fahrzeugrückhaltesysteme Stahlleitschienen ab Werk und für die Übergangselemente die Transport- und Logistikpreise gesondert anzugeben.

Im Rahmen der Bewerberanfrage vom 8.9.2011 wurde vom Auftraggeber zur Frage, ob in der Pos. 232101L FRS LSStahl, eins., H3, B,W5 rammf., ab Werk eine System mit der Rückhalteklasse H4b angeboten werden könne, ausgeführt, dass es möglich sei, höherwertige Systeme anzubieten.

Im Zuge der Angebotsprüfung wurde der präsumtive Zuschlagsempfänger zur Vorlage weiterer Unterlagen aufgefordert. Dem kam der präsumtive Zuschlagsempfänger nach. Ebenso kam der Antragsteller dem Aufklärungsersuchen und der Aufforderung zur Nachreichung weiterer Unterlagen nach.

Im Prüfbericht zum Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers, der von der vom Auftraggeber zur Angebotsprüfung beauftragten F*** erstellt wurde, wurde Nachfolgendes ausgeführt:

"4.1.4 Prüfung der Preisangemessenheit

Die gesetzlichen Voraussetzungen für die Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung liegen nicht vor.

Die Angebotsprüfung erfolgte nach den Vorgaben und Richtlinien der ASFINAG und iSd BVerG.

Insbesondere wurde das Angebot dahingehend geprüft, ob die angebotenen Preise betriebswirtschaftlich erklärbar und nachvollziehbar sind.

Durchgeführte Prüfschritte:

Zunächst wurde ein Preisspiegel erstellt, aus dem Abweichungen der Einheitspreise bzw. der Positionspreise im Vergleich zu der Kostenschätzung und dem Mitbieter ersichtlich sind. Dieser Preisspiegel wurde ua. nach folgenden Auffälligkeiten untersucht:

- hohe Abweichungen bei den Einheitspreisen gegenüber der Kostenschätzung bzw. gegenüber den übrigen Bietern
- ob Einheitspreise von höherwertigen Leistungen grundsätzlich höher angeboten wurden als geringwertige Leistungen (Höher- Minderwertigkeitsklausel)
- Aufteilung der Einheitspreise bezogen auf die Preisanteile

Lohn und Sonstiges

Pfufung des Preisbildes

Der Bieter weist beim Großteil der Positionen die niedrigsten Einheitspreise aller Bieter auf. Die größten Preisunterschiede (bis ca. -50%) liegen dabei bei den Leitschienen der Aufhaltstufe H4b sowie der nach Verrechnungseinheiten (zusätzliche Systemteile und sonstiges Zubehör) ausgeschriebenen Positionen.

Bei den Stück-Positionen für die Einzelabsicherung von Notrufsäulen (Pos. 01 232133) liegen die Einheitspreise deutlich über den übrigen Bietern.

Gemäß der RVS ist bei Notrufsäulen als Mindestlänge der Leitschiene nur ein Drittel der Prüflänge bzw. mind. 22m auszuführen.

Soweit aus der Rückrechnung über den zugehörigen ft-Preis der Leitschiene seitens des Prüfers nachvollziehbar ist, wurde vom Bieter offensichtlich die gesamte Prüflänge des Systems zugrunde gelegt. Dies wird auch durch die gleichen Einheitspreise mit den Einzelabsicherungen von normalen Objekten (Pos. 01 232131) bestätigt.

Bei den Positionen der ULG 01 - 2327 "FRS, Transport + Logistik" liegen die Preise deutlich (bis ca. +100% zu

2. gereihten Bieter) über den Mitbewerbern. Diese Tatsache ist jedoch aufgrund des Unternehmenssitzes in Italien, und den damit verbundenen längeren Transportwegen, nachvollziehbar.

Der Bieter 05 (Fa. C***) weist, ausgenommen bei den Transportpositionen, konstant um ca. 14 - 15% höhere

Einheitspreise in Bezug zum Bieter B*** auf. Dieser konstante Preisunterschied ist insofern nachvollziehbar, da seitens der Fa. C*** Leitschienen der Fa. B*** (als Subunternehmer genannt) angeboten wurden. Die Preisdifferenz entspricht einem üblichen Regiezuschlag auf Fremdleistungen. Folgende Positionen wurden gleichpreisig angeboten, obwohl die jeweils zweite Position eine höherwertige Position darstellt:

01 232101L FRS LSStahl,eins.,H3,B,W5,

rammf., ab Werk 01 2321010 FRS

LSStahl,eins.,H4b,B,W5, rammf., ab

Werk

01 232105L FRS LSStahl,eins.,H3,B,W5,

rammf.+50 cm, ab Werk 01 2321050 FRS

LSStahl,eins.,H4b,B,W5, rammf.+50 cm, ab

Werk

01 232131L FRS LSStahl,eins.,H3,B,W5,

EAbs. rammf., ab Werk 01 2321310 FRS

LSStahl,eins.,H4b,B,W5, EAbs. rammf., ab

Werk

01 232161F1 Az FRS

LSStahl,eins.,Übergang LSStahl, ab Werk

Anmerkung: Übergang H3 auf H2

01 232161F2 Az FRS

LSStahl,eins.,Übergang LSStahl, ab Werk

Anmerkung: Übergang H4b auf H2

Im Begleitschreiben zu den nachgereichten Unterlagen vom 06.12.2011 wird seitens des Bieters angeführt, daß für die Leitschienen der Aufhaltestufe H3 ebenfalls das System H4b zum Einsatz kommen soll.

Unter Berücksichtigung dieser Informationen sind die Einheitspreise nachvollziehbar.

Folgende Position wurde mit einem Einheitspreis von 0,00 Euro angeboten:

01 232161F3 Az FRS LSStahl,eins.,Übergang LSStahl, ab Werk Anmerkung: Übergang H4b auf H3

Dieser Umstand ist unter Berücksichtigung des o.a. Sachverhaltes (für H3 wird H4b verwendet, somit ist kein Übergangselement erforderlich) nachvollziehbar.

Prüfung Aufteilung Preisanteile Lohn und Sonstiges

Da bei der gegenständlichen Ausschreibung keine Leistungen vor Ort "herzustellen" sind, welche einen Arbeitseinsatz erforderlich machen würden, sondern nur Produkte ab Werk erworben werden, kommt diesem Prüfpunkt nur eine untergeordnete Rolle zu.

Eine Preisaufgliederung im Sinne der Ö-Norm B2061, wie für herkömmliche Bauleistungen üblich, ist daher aus Sicht des Angebotsprüfers im gegenständlichen Fall nicht zwingend erforderlich.

Bei den Leitschienen-Positionen wurde von den Bietern, ausgenommen vom Bieter B***, der Lohnanteil mit 0,00 Euro angeboten.

Bei den Transport-Positionen wurde vom Bieter B*** und dem Bieter A*** ein Lohnanteil angeboten. Von den übrigen Bietern wurde der Lohnanteil in diesen Positionen mit 0,00 Euro angeboten.

Sensitivitätsanalyse

Für das Angebot wurde in Bezug auf den 2.gereichten Bieter eine Sensitivitätsanalyse durchgeführt.

Dabei wurden folgende Fälle untersucht:

Fall 1:

Kompletter Entfall aller Positionen (gleichzeitig) der Aufhaltestufe H4b und der Positionen nach Verrechnungseinheiten, welche vom Bestbieter deutlich günstiger angeboten wurden.

Es tritt kein Bietersturz ein.

Fall 2:

Die Transportpauschalen wurden vom Bestbieter aufgrund der längeren Transportwege (aus Italien) deutlich höher angeboten. Erst bei einer 4x fachen Menge der ausgeschriebenen Transportpositionen (alle Positionen gleichzeitig um Faktor 4 erhöht) würde ein Bietersturz eintreten.

Zusammenfassung

Unter Berücksichtigung der vorliegenden Umstände, der vergleichbaren Erfahrungswerte, der sonst vorliegenden Unterlagen und der relevanten Marktverhältnisse sind die Preise als angemessen zu betrachten. Die Einheitspreise wurden mittels vergleichbarer Erfahrungswerte überprüft und weisen keine Auffälligkeiten auf.

4.1.5. Schriftliche und mündliche Aufklärungen

....."

Die als Zuschlagsentscheidung bezeichnete Entscheidung zu Gunsten der B*** unter Angabe des Nettopreises und der erreichten Punktzahl erfolgte am 22.2.2012.

Mit Schriftsatz vom 27.2.2012 brachte der Antragsteller einen Nachprüfungsantrag mit den im Spruch ersichtlichen Begehren in Verbindung mit einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ein, dem mit Bescheid vom 5.3.2012, N/0027- BVA/0472012-EV7, teilweise stattgegeben wurde. Zudem wurden die Durchführung einer mündlichen Verhandlung und der Ersatz der Kosten des Antragstellers für die Teilnahme am Vergabeverfahren durch den Auftraggeber, insbesondere der Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung begehrt.

Begründend wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass der Angebotspreis des präsumtiven Zuschlagsempfängers nicht plausibel zusammengesetzt, sondern offenbar spekulativ gestaltet sei. Die mangelnde Plausibilität des Angebotspreises des präsumtiven Zuschlagsempfängers ergebe sich schon allein aus der Gegenüberstellung zu den vom Auftraggeber ermittelten Schätzkosten in der Höhe von Euro 2.724.375.--. Der Angebotspreis des präsumtiven Zuschlagsempfängers liege damit rund 26 % unter den Schätzkosten, 13,45 % unter dem Angebotspreis des Antragstellers, 12,69 % unter dem des 4.- gereihten Bieters (D***) und um rund 13,65 % unter dem des 3.- gereihten Bieters (C***). Selbst wenn die Differenzen nicht allzu groß erschienen, liege die Kalkulation all dieser anderen genannten Unternehmen knapp oberhalb der Rentabilitätsgrenze, sodass der Angebotspreis des präsumtiven Zuschlagsempfängers jedenfalls zu einem Verlust führe und daher nicht kostendeckend zu werten sei.

Allein die Fahrtkosten des präsumtiven Zuschlagsempfängers aufgrund des Transportes von Italien nach Österreich würden Euro 108.000,-- betragen. Der Angebotspreis des präsumtiven Zuschlagsempfängers würde auf einen Verlust von Euro 136.631,-

- hinauslaufen.

Gemäß § 125 Abs. 1 BVergG sei der Auftraggeber verpflichtet, die Angemessenheit der Preise zu prüfen. Vergleichsmaßstab seien dabei vergleichbare Werte, sonstige vorliegende Unterlagen und die jeweils relevanten Marktverhältnisse. Ein Preisspiegel spiegle nicht die relevanten Marktverhältnisse wider, ermögliche jedoch einen Vergleich der Angebote untereinander auf der Ebene der einzelnen Positionen. Ein starkes Abweichen der Positionspreise stelle ein Indiz für die Notwendigkeit einer vertieften Prüfung dar. Werde der Preis mit der Rechtfertigung erklärt, dass die Kalkulation auf Erfahrungswerten beruhe und angemessen kalkuliert worden sei, sei dies nicht hinreichend, um die Zweifel an der Angemessenheit eines Angebotspreises zu beseitigen und das Ausscheiden zu verhindern. Gemäß Paragraph 125, Absatz eins, BVergG sei der Auftraggeber verpflichtet, die Angemessenheit der Preise zu prüfen. Vergleichsmaßstab seien dabei vergleichbare Werte, sonstige vorliegende Unterlagen und die jeweils relevanten Marktverhältnisse. Ein Preisspiegel spiegle nicht die relevanten

Marktverhältnisse wider, ermögliche jedoch einen Vergleich der Angebote untereinander auf der Ebene der einzelnen Positionen. Ein starkes Abweichen der Positionspreise stelle ein Indiz für die Notwendigkeit einer vertieften Prüfung dar. Werde der Preis mit der Rechtfertigung erklärt, dass die Kalkulation auf Erfahrungswerten beruhe und angemessen kalkuliert worden sei, sei dies nicht hinreichend, um die Zweifel an der Angemessenheit eines Angebotspreises zu beseitigen und das Ausscheiden zu verhindern.

Da die Preisgestaltung des präsumtiven Zuschlagsempfängers auf Verluste hinauslaufe, könne nun offenbar nur von einer Verdrängung anderer Mitbewerber aus dem Markt ausgegangen werden. Das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers wäre daher auszuschneiden gewesen.

Der Antragsteller habe ein Interesse am Vertragsabschluss. Er habe fristgerecht ein Angebot gelegt und habe auch in Österreich bereits zahlreiche Straßen mit seinen Systemen ausgestattet. Bei rechtmäßiger Durchführung des Vergabeverfahrens müsste dem Antragsteller der Zuschlag erteilt werden, zumal er das Bestangebot gelegt habe. Im Fall der Zuschlagserteilung an einen anderen Bieter, der nicht die strengen Kriterien einer Zulassungsprüfung und Aufnahme in die Einsatzliste erfülle, drohe dem Antragsteller ein Schaden, der vorläufig mit mehr als Euro 50.000,-- beziffert werde. Zudem könnten die für den Auftrag vorgesehenen Arbeitnehmer und Maschinen sowie Geräte nicht anderweitig eingesetzt werden. Hinzu kämen die Kosten für Angebotslegung und Rechtsberatung, die mit weiteren rd. Euro 5.000,-- zu beziffern seien, und der Entgang eines wesentlichen Referenzprojektes.

Der Antragsteller erachte sich auf Grund der angefochtenen Entscheidung in seinem Recht auf Erhalt des Zuschlages als Bestbieter verletzt, gegenüber anderen Unternehmen mit unangemessen niedrigen Preis infolge spekulativer Preisgestaltung diskriminiert. Insbesondere verstoße die Zuschlagsentscheidung gegen die in § 21 BVergG festgelegten Grundsätze. Der Antragsteller erachte sich auf Grund der angefochtenen Entscheidung in seinem Recht auf Erhalt des Zuschlages als Bestbieter verletzt, gegenüber anderen Unternehmen mit unangemessen niedrigen Preis infolge spekulativer Preisgestaltung diskriminiert. Insbesondere verstoße die Zuschlagsentscheidung gegen die in Paragraph 21, BVergG festgelegten Grundsätze.

Mit Schriftsatz vom 1.3.2012 erteilte der Auftraggeber allgemeine Auskünfte, wonach es sich beim gegenständlichen Auftrag um einen Lieferauftrag im Oberschwellenbereich mit einem geschätzten Auftragswert von rund Euro 2.740.000,-- handle, der in Form eines offenen Verfahrens nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden soll. Nach Angebotsöffnung am 9.11.2011 sei die Zuschlagsentscheidung am 22.2.2012 ergangen.

Im Schriftsatz vom 5.3.2012 wurde begründend ausgeführt, dass eine vertiefte Angebotsprüfung im Sinne von § 125 Abs. 3 BVergG durchgeführt worden sei, obwohl diese nicht erforderlich gewesen wäre. Insbesondere sei das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers dahingehend geprüft worden, ob die Angebotspreise betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar seien. Dazu sei zunächst ein Preisspiegel erstellt und Auffälligkeiten untersucht worden. Die Prüfung habe sich auf hohe Abweichungen der Einheitspreise gegenüber der Kostenschätzung bzw gegenüber den übrigen Bietern, weiters auf die Frage, ob Einheitspreise von höherwertigen Leistungen grundsätzlich höher angeboten worden seien als geringwertige Leistungen, und auf die Aufteilung der Einheitspreise bezogen auf die Preisanteile Lohn und Sonstiges erstreckt. Diese Prüfung habe ergeben, dass sämtliche Preise des präsumtiven Zuschlagsempfängers betriebswirtschaftlich erklärbar seien und keine Zweifel an der Preisangemessenheit bestünden. Auch Vergleiche mit ähnlichen Projekten des Auftraggebers hätten die Preisangemessenheit des Angebotes des präsumtiven Zuschlagsempfängers bestätigt. Hinweise auf eine spekulative Preisgestaltung hätten sich dabei nicht ergeben. Im Schriftsatz vom 5.3.2012 wurde begründend ausgeführt, dass eine vertiefte Angebotsprüfung im Sinne von Paragraph 125, Absatz 3, BVergG durchgeführt worden sei, obwohl diese nicht erforderlich gewesen wäre. Insbesondere sei das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers dahingehend geprüft worden, ob die Angebotspreise betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar seien. Dazu sei zunächst ein Preisspiegel erstellt und Auffälligkeiten untersucht worden. Die Prüfung habe sich auf hohe Abweichungen der Einheitspreise gegenüber der Kostenschätzung bzw gegenüber den übrigen Bietern, weiters auf die Frage, ob Einheitspreise von höherwertigen Leistungen grundsätzlich höher angeboten worden seien als geringwertige Leistungen, und auf die Aufteilung der Einheitspreise bezogen auf die Preisanteile Lohn und Sonstiges erstreckt. Diese Prüfung habe ergeben, dass sämtliche Preise des präsumtiven Zuschlagsempfängers betriebswirtschaftlich erklärbar seien und keine Zweifel an der Preisangemessenheit bestünden. Auch Vergleiche mit ähnlichen Projekten des Auftraggebers hätten die Preisangemessenheit des Angebotes des präsumtiven Zuschlagsempfängers bestätigt. Hinweise auf eine spekulative Preisgestaltung hätten sich dabei nicht ergeben.

Entgegen den Darstellungen des Antragstellers seien im Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers sehr wohl die Transportkosten berücksichtigt worden. Vielmehr lägen Preise des präsumtiven Zuschlagsempfängers in einigen Punkten deutlich über denen der Mitbewerber. Das Vorbringen des Antragstellers zum "marktgerechten Preis" (Euro 2.527.700,00) sei insofern verwunderlich, als gerade der Angebotspreis des Antragstellers deutlich unter diesem liege. Die Preisprüfung habe ergeben, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger die ihm zustehenden Mittel optimal genützt habe und damit für den Zuschlag infrage komme.

Der Antragsteller übersehe, dass Preisunterschiede bei den Preisen der Mitbewerber in einer Größenordnung von rund 13 % grundsätzlich als üblich und tolerierbar zu qualifizieren seien. Auch in der Literatur würden Abweichungen bis etwa 15 % als "tolerabel" bezeichnet. Die Preisangemessenheit sei auch immer nur in Bezug auf die "ausgeschriebene Leistung" zu beurteilen. Die Preise des präsumtiven Zuschlagsempfängers seien jedenfalls als auskömmliche zu bewerten.

Der Antragsteller lasse starke Preisschwankungen bei den Stahlpreisen außer Acht. Die Stahlpreisentwicklung der letzten Jahre zeige, dass Stahlpreise zwischen Euro 350,- bis 480,- schwanken würden. Es obliege dem Bieter, den Zeitpunkt zu wählen, zu welchem Preis und zu welchen Konditionen Stahl eingekauft und in der Folge zu Leitschienen verarbeitet würde. Auch wenn der präsumtive Zuschlagsempfänger keine Gewinne erziele oder sogar nicht kostendeckend arbeite, könnte es trotzdem sinnvoll sein, unter diesen Umständen einen Auftrag zu erlangen, um beispielsweise eine entsprechende Auslastung der Mitarbeiter zu erzielen oder entsprechende Referenzen zu bekommen. Wie eine Baupreisermittlung von Oberndorfer/Kuckacka zeige, könne unter Anwendung der Teilkostenrechnung ein Spielraum vor allem bei Wagnis und Gewinn, aber auch bei den allgemeinen Geschäftsgemeinkosten und bei Abschreibung und Verzinsung der Geräte entstehen. Nach den Ausführungen von Oberndorfer/Kuckacka seien jedenfalls immer noch die Herstellungskosten = Preisuntergrenze bei der Teilkostenrechnung gedeckt, da der Angebotspreis des präsumtiven Zuschlagsempfängers 13,45 % unter jenem des Antragstellers. Entgegen dem Vorbringen des Antragstellers könne auch nicht vom Vorliegen eines Rechenfehlers ausgegangen werden.

Sofern der Antragsteller als Grund für die mangelnde Plausibilität des Angebotspreises des präsumtiven Zuschlagsempfängers das Argument heranziehe, dass dieser 26 % unter den Selbstkosten liege, so ist dem entgegenzuhalten, dass in diesem Fall auch das Angebot des Antragstellers mangels plausiblen Gesamtpreises auszuschneiden wäre, zumal auch der Angebotspreis des Antragstellers deutlich unter dem Schätzpries (15 %) liege. Bei der Schätzung des Auftragswertes habe der Auftraggeber offensichtlich den Markt zu pessimistisch eingeschätzt.

Die erstmals vom Auftraggeber für die Region Steiermark vorgesehene gebündelte Ausschreibung für Stahlleitschienen habe sich deutlich auf den Preis niedergeschlagen. Die üblichen Gesamtzuschläge der Bieter seien offensichtlich beim Einkauf von Stahlleitschienen weggefallen. Das ausgeschriebene große Volumen in Form der Bündelung der Mengen habe sich ebenfalls positiv auf den Preis ausgewirkt. Diese Faktoren habe der Auftraggeber bei der Ermittlung der Schätzkosten unterschätzt. Damit könne auch die Kostenschätzung des Auftraggebers nicht als entscheidendes Kriterium für die Beurteilung der Angemessenheit der Angebotspreise herangezogen werden.

Am 5.3.2010 erhob der präsumtive Zuschlagsempfänger Einwendungen. Fraglich sei, ob dem Antragsteller überhaupt die Antragslegitimation zukomme. Der Antragsteller gehe lediglich davon aus, dass der angemessene durchschnittliche Marktpreis für Rückhaltesysteme aus Stahl Euro 1.130,- pro t betrage. Es handle sich dabei um eine reine Behauptung, zumal ohne Kenntnis des Vertragsabschlusszeitpunktes eine Aussage darüber objektiv nicht möglich sei. Einen "angemessenen durchschnittlichen Marktpreis" gebe es nicht. Ein solcher ergebe sich zum Vertragsabschlusszeitpunkt aus dem Ergebnis der Marktkräfte, nämlich zwischen Angebot und Nachfrage. Aufgrund der besonders schwankenden Baustahlpreise sei es außerdem unzulässig, von einem durchschnittlichen Marktpreis auszugehen. Ein Durchschnitt mehrerer Transaktionen sei gerade kein Marktpreis, sondern eine rein statistische Rechengröße. Der Antragsteller vertrete die Meinung, dass jeder, der den geltende Durchschnitt eines Mittelwertes der Börsenkurse unterbiete, ausgeschlossen werden solle.

Anders als der präsumtive Zuschlagsempfänger, der aufgrund der venezianischen Hafennähe besonders günstig produzieren könne, müsse der Antragsteller aufgrund seiner Binnenlandlage für seine Rohstoffproduktion wesentlich teurere Transportwege in Kauf nehmen. Der Produktionsstandort des Antragstellers sei daher als suboptimal zu

beurteilen. Während der präsumtive Zuschlagsempfänger über ein modernes Engineering-Konzept mit einer energiesparenden und kostenoptimierenden Produktionsweise verfüge, produziere der Antragsteller nach einem veralteten Konzept für Stahlerzeugung, das hauptsächlich in Österreich eingesetzt werden könne.

Dem präsumtiven Zuschlagsempfänger gelinge es, einen wirtschaftlichen Ex-Works-Preis von Euro 1.000,-- bis 1.100,-- pro t je nach System zu realisieren. Mit den Transportkosten in der Höhe von Euro 130.000,-- sei der Angebotspreis plausibel. Die Vollkosten des präsumtiven Zuschlagsempfängers seien damit gedeckt.

Der Antragsteller und der präsumtive Zuschlagsempfänger seien nicht mit dem Bieter D***, der lediglich als Händler/Vertreter auftrete, vergleichbar. Der präsumtive Zuschlagsempfänger produziere im Vergleich zum Antragsteller, der außerdem von anderen Herstellern kaufe, jährlich die vierfache Menge an Leitschienen. Eine größere Produktion sei mit besseren Einkaufsmöglichkeiten verbunden und habe auch eine wirtschaftlichere Reproduktion zur Folge. Bei einem veralteten, energieaufwändigen, kleinteiligen und damit schwierig und aufwändig herzustellende System - wie dem des Antragstellers - müsse mit einem Aufwand von Euro 1.130,-- pro t betrieben werden. Eine besonders effiziente Produktion finde im Wettbewerb letztlich seinen Niederschlag. Produzenten in Schwellenländern - wie beispielsweise in China - hätten noch niedrigere Produktionskosten. Deren Preise würden auch nicht infrage gestellt werden.

Aufgrund der Rohstoffgleitpreisklausel in der Ausschreibung müsse kein Risiko für allfällige Rohstoffpreisschwankungen eingerechnet werden. Ein lediglich am Preis festhaltender Vergleich sei daher unsachlich. Der Antragsteller gehe davon aus, dass die außerordentlich günstigen Umstände dem präsumtiven Zuschlagsempfänger bei der Produktion nicht zukommen würden, so dass der Auftraggeber mindestens Euro 1.300,-- pro t zahlen müsse. Der präsumtive Zuschlagsempfänger solle gezwungen werden, den "angemessenen durchschnittlichen Marktpreis" anzubieten. Dies widerspreche dem Wettbewerbsprinzip. Hätte der Antragsteller seine günstigen Bezugsquellen genutzt, hätte er zu einem entsprechend zugänglichen niedrigen Preis anbieten können. Würde den Darlegungen des Antragstellers gefolgt werden, würde dies dazu führen, dass besonders wirtschaftliche und interessante Angebote systematisch vom Wettbewerb ausgeschlossen wären. Im fortgesetzten Verfahren hätte der Antragsteller seine Detailinformationen über die Kalkulation den anderen Bieter offenzulegen.

Hinsichtlich der Stahlproduktion gelte Österreich als Hochpreisland. Aufgrund von "fragwürdigen" Zulassungsbestimmungen und -verfahren würden ausländische Unternehmen selten zur Angebotslegung zugelassen. Bisher sei der österreichische Markt abgeschottet worden. Darüber hinaus sei vom Antragsteller nicht bewiesen worden, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger Verlust erleide und nicht kostendeckend kalkuliert habe. Bei den vom Antragsteller angegebenen Herstellungs- und Transportkosten des präsumtiven Zuschlagsempfängers handle es sich um nicht bewiesene Behauptungen. Dies gelte auch für den angegebenen Verlust in der Höhe von Euro 136.361,--.

Der präsumtive Zuschlagsempfänger sei dabei, wesentliche Anteile am österreichischen Markt zu erobern. Anerkannter Weise dürften dafür Verluste in Kauf genommen werden. Tatsächlich würde der präsumtive Zuschlagsempfänger aber mit seinem Angebot aufgrund seiner günstigen Einkaufsmöglichkeiten am internationalen Stahlmarkt, sowie effiziente moderne Engineering- und Leitschienenkonzepte, Produktionsverfahren und im Vergleich zum Antragsteller günstigeren Unternehmensorganisation keine Verluste erleiden. Beim Nachweis der günstigen Einkaufsquellen bestünde die Gefahr, dass sich auch der Antragsteller dieser bediene. Hinzu komme, dass Stahl nahezu unbegrenzt lagerfähig sei und der präsumtive Zuschlagsempfängers in der Vergangenheit zu einem günstigen Zeitpunkt eingekauft habe.

Spekulative Preise seien dadurch gekennzeichnet, dass besonders hohe Preise in einer Position besonders niedrigen Preisen in anderen Positionen gegenüberstünden, wobei dies nur bei einer wesentlichen Masseverschiebung einen Sinn ergebe. Solche seien jedoch bei der Lieferung von Leitschienen in keiner Weise zu erwarten. Spekulationsgeeignete Positionen seien vom Antragsteller nicht aufgezeigt worden.

In einem weiteren Schriftsatz vom 13.3.2012 brachte der Antragsteller vor, dass die in der Literatur angeführte Abweichtoleranz von 15 % nicht im Gesetz normiert sei. Hierbei handle es sich auch um keine in der ständigen Judikatur des BVA beziehungsweise des VwGH aufscheinende Toleranzgrenze. Es seien nicht die Einzelfallumstände, sondern vielmehr eine Gesamtschau entscheidend. In der gegenständlichen Fallkonstellation weiche der Angebotspreis des präsumtiven Zuschlagsempfängers um knapp weniger als 15 % von dem der Mitbewerber und um über 26 % von den Schätzkosten des Auftraggebers ab. Zudem könne der präsumtive Zuschlagsempfänger den

Auftrag nur mit erheblichen Verlusten abwickeln. Aufgrund seiner jahrelangen Erfahrung sei davon auszugehen, dass der Auftraggeber - entgegen seiner Behauptungen im Schriftsatz - die Umstände in der gegenständlichen Fallkonstellation, wonach der Preis bei einer getrennten Vergabe der Materiallieferung einerseits und der Bauleistung andererseits niedriger sein könnte als bei einer Gesamtvergabe, bei der die Gesamtkostenschätzung sehr wohl berücksichtigt. Bieter würden auch den Preisdruck auf ihre Materiallieferanten weitergeben. Aufschläge auf Materialkosten bei Gesamtausschreibungen würden sich in der Regel im Bereich von nur 5 % plus/minus bewegen. Ein Preisunterschied zwischen der Grobkostenschätzung des Auftraggebers und dem Angebotspreis des präsumtiven Zuschlagsempfängers von 26% lasse sich damit nicht rechtfertigen.

Auch das vom Auftraggeber vorgebrachte Argument des "größeren Volumens" treffe nicht zu, da sich der Auftrag über drei Jahre verteile und pro Jahr insgesamt nur 16 km umfasse. Das Risiko einer Fehlkalkulation bei der Kostenschätzung werde auch nicht durch die mangelnde Vorhersehbarkeit künftiger Preisentwicklungen oder durch eine mit zusätzlichen Kosten verbundene Lagerhaltung erhöht. Dies treffe auch auf das Argument der "regionalen Bündelung" zu, zumal die Entfernung zwischen den Lieferorten nicht allzu groß sei. Die "Transportkosten" könnten sich nicht auf die Herstellungskosten des Leitschienensystems auswirken, zumal diese ohnehin in einer Position (Transportkosten) anzugeben seien.

Mit den Argumenten des präsumtiven Zuschlagsempfängers die "mittelalterlichen zünftischen Regelung", die Wettbewerbsbeschränkung und das veraltete Produktionskonzept betreffend zeige der präsumtive Zuschlagsempfänger seine mangelnde Kenntnis von den tatsächlichen Verhältnissen auf. Auch wenn der Angebotspreis des Antragstellers deutlich unter den Schätzkosten des Auftraggebers liege, betrage die Differenz zum Angebotspreis des Antragstellers lediglich rund 13 %, während sich diese beim Angebotspreis des präsumtiven Zuschlagsempfängers bereits auf 26 % belaufe.

Zutreffend sei, dass der Stahlpreis pro t schwanke und in der Kalkulationsphase der Rohstoffpreis im Bereich von Euro 520,- pro t gelegen sei. Bei der Preisbildung sei neben dem Rohstoffpreis auch noch die Feuerverzinkung des Produktes wesentlich, wobei der präsumtive Zuschlagsempfänger eine veraltete Methode anwendet, so dass das Argument des präsumtiven Zuschlagsempfängers zur seiner energieoptimierten und modernen Herstellungsweise ins Leere gehe. Zudem stelle der präsumtive Zuschlagsempfänger die mehrfache Menge in vier getrennten Werken in verschiedenen Ländern her, sodass die vierfache Höhe an Gemeinkosten und entsprechende Transportkosten zu berücksichtigen seien. Mit den billigeren Herstellungskosten in einigen Ländern könnte die Preisdifferenz nicht gerechtfertigt werden.

Der Angebotspreis des präsumtiven Zuschlagsempfängers setze sich aus dem Stahlpreis von rund Euro 550,- pro t, dem Verzinkungspreis von rund Euro 250,- pro t, den "schwarzen Fertigungskosten" (Schlitzen, Ablängen, Lochen, Profilieren etc) von Euro 250,- pro t, zuzüglich den Gemeinkosten (Kosten für Hallen, Anteil für Ausschuss und Wagnis, unproduktives Personal etc.), die vom präsumtiven Zuschlagsempfänger in seiner Kostenrechnung bei einem Preis von Euro 1.050,- pro t negiert worden seien, zusammen. Mit den anteiligen Gemeinkosten von mindestens Euro 250,- ergebe sich auch beim präsumtiven Zuschlagsempfänger ein Preis von Euro 1.300,- pro

1. t.Litera t

Entgegen den Darstellungen des präsumtiven Zuschlagsempfängers habe der Stahlpreis im Kalkulationszeitraum nicht zwischen Euro 350,- und Euro 480,- pro t, sondern zwischen Euro 500,- und Euro 550,- geschwankt. Zwar stünde es einem Bieter frei, Verluste in Kauf zu nehmen. Mit den Bestimmungen des BVergG sei jedoch nicht in Einklang zu bringen, Preise zu bieten, die für den Bieter verlustbringend seien. Da Österreich bereits über ein vom präsumtiven Zuschlagsempfänger stammendes 100 km Stahlleitschienensystem verfüge, könne auch nicht von einem geplanten Markteintritt des präsumtiven Zuschlagsempfängers gesprochen werden. Der Angebotspreis des Antragstellers sei bereits als extrem niedriger Preis, der gerade noch im Bereich der Rentabilitätsgrenze bleibe, zu werten. Dieses Limit sei jedoch mit dem extrem unterpreisigen Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers unterschritten worden.

Im Schriftsatz vom 13.3.2012 hob der präsumtive Zuschlagsempfänger hervor, dass für den Auftraggeber zu Recht mangels vorliegender zweifelhafter Preise kein gesetzlicher Grund für eine vertiefte Angebotsprüfung vorgelegen sei. Diese Vorgangsweise des Auftraggebers sei als korrekt zu beurteilen. Anders als im Vorhinein könne im Nachhinein der Marktpreis in Form einer Preisuntersuchung ähnlicher Transaktionen - wie vom Auftraggeber vorgenommen -

durchaus ermittelt werden. Angemessen sei, was unter ähnlichen Umständen in ähnlichen Fällen gezahlt würde. Bei Leitschienen handle es sich um kein Massenprodukt. Die Nachfrage nach Leitschienen konzentriere sich auf wenige Auftraggeber.

Das BVergG verlange eine doppelte Prüfung, nämlich einerseits eine Prüfung mit dem Maßstab der Marktgerechtigkeit des Preises und andererseits eine Prüfung, ob die Preise betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar seien. Es werde daher offensichtlich zwischen Marktpreis und betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbaren Preis differenziert. Der Angebotspreis des präsumtiven Zuschlagsempfängers werde dem gerecht. Selbst der Antragsteller (Euro 172.788,61) biete unter dem seiner Ansicht nach marktgerechten Preis. Die Stahlpreisschwankungen von 37 % (zwischen Euro 350,-- und Euro 480,-- bzw nach Angaben des Antragstellers Euro 500,--) würden mehr als die vom Antragsteller vorgehaltene Unterpreisdifferenz und das Doppelte des von der Literatur tolerierbaren Schwellenwertes (15 %) betragen.

Kurzfristige Rohstoffpreisschwankungen innerhalb der nächsten sechs Monate könnten durch handelsübliche Termingeschäfte abgegolten und daher kalkulatorisch erfassbar werden. Die Judikatur des VwGH habe allen Teilkostenüberlegungen zu Gunsten einer obligatorischen Vollkostendeckung eine eindeutige Absage erteilt. Ein redlicher Kaufmann werde generell in einem Markt, der nur Unterpreise biete, nicht eindringen wollen. Kostendeckung sei eine zwingend notwendige Bedingung für jede vernünftige wirtschaftliche Tätigkeit. Ziel des Wettbewerbes sei nicht, einen so weitreichenden Druck auf Bieter zu entwickeln, dass nicht einmal die Vollkosten gedeckt seien.

Anders als der präsumtive Zuschlagsempfänger, der ein europaweit operierender Spezialist für Leitschienen mit dem Zwang zur effizienten Produktion sei, und mit Preisen noch einen Ertrag erwirtschaften könne, verfüge der Antragsteller über eine große Produktpalette. Dieser habe enorme öffentliche Beihilfen erhalten, die in einer überalterten Produktionslinie ohne Innovation und im auf wenig energiesparender und rohstoffeffizienter Weise hergestellten Angebot ihren Niederschlag finden würden.

Nach den Ausführungen des Antragstellers würden zur Vollkostendeckung in seinem Angebot offenbar Euro 1.300,-- pro t benötigt. Damit sei nach Ansicht des präsumtiven Zuschlagsempfängers das Gebot der betriebswirtschaftlichen Erklär- und Nachvollziehbarkeit verletzt. Aus volkswirtschaftlicher Sicht gesehen komme dem Preis Steuerungsfunktion zu. Bei präziser vergaberechtlicher Beurteilung komme dem Antragsteller nicht einmal Antragslegitimation zu, zumal von ihm eingestanden worden sei, unterhalb der eigenen Vollkosten zu kalkulieren.

Der Antragsteller brachte in einem weiteren Schriftsatz vom 19.3.2012 vor, entgegen der Ansicht des präsumtiven Zuschlagsempfängers keineswegs Euro 172.788,61 unter dem seiner Ansicht nach marktgerechten Preis angeboten zu haben, sondern zu einem Preis, der es ermögliche, ohne Verluste zu leisten. Aus dem geschätzten Auftragswert des Auftraggebers im Zusammenhalt mit den Preisen der übrigen Mitbieter ergebe sich, dass der Preis des präsumtiven Zuschlagsempfängers weder betriebswirtschaftlich vertretbar, noch marktgerecht sei.

In der mündlichen Verhandlung am 21.3.2012 hob der Antragsteller hervor, dass sich aus den Schätzkosten des Auftraggebers und aus dessen Schriftsatz ein extremes Abweichen des Angebotspreises des präsumtiven Zuschlagsempfängers, insbesondere was die Herstellungskosten und die darin enthaltenen Materialpreisansätze betreffe, ergebe. Der Angebotspreis des präsumtiven Zuschlagsempfängers könne nur mit Verlusten verbunden sein.

Der präsumtive Zuschlagsempfänger vertrat die Meinung, dass nach den Bestimmungen des BVergG der Preis der Mitbieter bei der Frage der Preisangemessenheit keine Rolle spielen dürfte. Andernfalls hätte jeder Bieter die Preise der Mitbieter wissen müssen und diese auch bei der Kalkulation zu berücksichtigen. Dies würde dem im Vergaberecht verankerten Wettbewerbsgrundsatz widersprechen.

Der Auftraggeber erklärte, dass es sich bei der Entscheidung vom 22.2.2012 um eine Entscheidung handle, mit welchem Bieter die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll. Die Kostenschätzung sei auf langjährige Erfahrungswerte gestützt. Es handle sich aber im gegenständlichen Fall erstmalig um eine Ausschreibung eines Lieferauftrages, zumal bisher Stahlleitschienen in Verbindung mit großen Baulosen ausgeschrieben worden seien. Es seien Generalunternehmerzuschläge abgezogen worden. Bei der Einheitspreisermittlung seien die Listenpreise der Lieferanten verglichen und ebenso ein Sicherheitszuschlag mitberücksichtigt worden. 5 bis 6 Bauausschreibungen, bei denen immer die entsprechende Montage der Leitschienen mitkalkuliert worden sei, seien herangezogen worden. Dieser Preisanteil, der die Montage und die Betriebsmittel umfasse, hätte bei der Kostenschätzung abgezogen werden müssen. Einen wesentlichen Anteil stelle auch der Lohn für die Montagearbeiten dar. Für die im Juni 2011 erfolgte

Kostenschätzung seien die Stahlpreise zum damaligen Zeitpunkt Basis gewesen. Die Stahlpreise hätten sich bis zur Angebotsöffnung am 9.11.2011 nicht wesentlich geändert (Bandbereite 10-15%).

Der präsumtive Zuschlagsempfänger brachte vor, dass bei der Kostenschätzung auch der verstärkte Wettbewerb der Bieter, ein kalkulierter Puffer und die Erhöhung der Stahlpreise um ca. Euro 30,-- bis 50,-- pro Tonne sowie die im Baubereich übliche Vorgangsweise bei Umlagen zu berücksichtigen wären. Baukalkulationen würden teilweise darauf beruhen, dass die Bereiche Beton und Asphalt niedriger kalkuliert würden, als die Preise für Stahlleitschienen oder der Zukauf bzw. die Subunternehmerleistungen. Die Kostenschätzung sei daher auf Grund dieser Umstände schwierig. Umlagen in der Bauwirtschaft seien als Geschäfts- und Betriebsgeheimnis zu werten und daher in diesem Pufferbereich schwer greifbar.

Der Auftraggeber bewertete seine Kostenschätzung als seriöse, zumal diese im Mittelbereich des Billigst- und des Höchstbieters liege. Allerdings seien einzige und mögliche Grundlage der Kostenschätzung die bisherigen Bauausschreibungen gewesen, die gewisse mit Manipulationsmaßnahmen verbundene Unsicherheitsfaktoren beinhalten würden. Die Kostenschätzung sei mit einem gewissen Risikozuschlag verbunden, der sich nicht bewahrheitet habe, zumal das Billigstangebot unter der Kostenschätzung liege. Dieser Risikozuschlag sei basierend auf Unterlagen des Auftraggebers er- und aus budgetären Gründen bei der Kostenschätzung mitberechnet worden, um zu verhindern, dass der Angebotspreis nicht budgetär abgedeckt werden könne. Der Risikozuschlag sei speziell auf die Leistungsgruppe "Straßenausrüstung" abgestimmt. Die Stahlpreise für Fahrzeugrückhaltesysteme seien berücksichtigt worden. In die Kostenschätzung hätten neben Listenpreisen für Fahrzeugrückhaltesysteme auch die Lieferanteile aus Generalunternehmerausschreibungen ihren Niederschlag gefunden. Auch im Hinblick auf die Liefermengen gewährte Rabatte auf Preise in Preislisten für Stahlleitschienen seien mitberücksichtigt worden. Da der präsumtive Zuschlagsempfänger keine Preisliste führe, hätte eine solche auch nicht berücksichtigt werden können.

Der Antragsteller gab zur Kostenschätzung des Auftraggebers an, dass diese in Anbetracht des Preises des Billigstbieters bzw. Bestbieters als seriös zu beurteilen sei.

Der Auftraggeber gab weiter an, dass das beauftragte F***, die Preisprüfung durchgeführt und den Vergabebericht erstellt habe. Vom präsumtiven Zuschlagsempfänger seien Produkte der Aufhaltestufe H4b auch für das ausgeschriebene Produkt der Aufhaltestufe H3 angeboten worden. Dies sei zulässig, da die Zulässigkeit in der Beantwortung der Bieteranfrage vom 8.9.2012 bestätigt worden sei. Produkte des präsumtiven Zuschlagsempfängers mit der Aufhaltestufe H4b würden im Vergleich zum Angebot des Antragstellers ein geringeres Gesamtgewicht aufweisen und daher auch im Vergleich zum Angebot des Antragstellers mit einem niedrigen Preis (ohne Lieferung) angeboten werden können.

Der präsumtive Zuschlagsempfänger hob hervor, im Bereich der Stahlleitschienen H4b besonders innovativ zu sein. Diese Klasse sei auf dem europäischen Markt besonders nachgefragt. Aufgrund des modernen Systems würden im Bereich der Stahlleitschienen H4b weniger Einzelteile benötigt, sodass auch die Produktionskosten niedriger angesetzt werden könnten. Viele Stahlteile würden nämlich hohe Lohnkosten verursachen. Es könnte aufgrund des modernen Produktes auf ein arbeitssparendes Baukastensystem zurückgegriffen werden. Es wäre eine besonders wirtschaftliche Serienanfertigung möglich. G*** von der vom Auftraggeber beauftragten F*** gab zum Vergabebericht weiter an, dass bei den Notrufsäulen vom präsumtiven Zuschlagsempfänger die gesamte Prüflänge in Übererfüllung der RVS angeboten worden sei. Dadurch ergebe sich ein höherer Einheitspreis, der allerdings nur einen Positionspreis von Euro 8.000,-- betreffe.

Der präsumtive Zuschlagsempfänger brachte weiter vor, diese Länge im Hinblick auf die Prüfbestimmungen vorsorglich angeboten zu haben. Da keine Leitschienen der Klasse H3 angeboten worden seien, sondern nur solche der Klasse H4b seien auch keine Übergangselemente erforderlich, da solche nur bei einem Wechsel zwischen H3 und H4b notwendig wären.

G*** (F***) führte zum Vergabebericht zur Frage der Sensitivitätsanalyse aus, dass bei Fall 1 von einem Szenario ausgegangen worden sei, das den kompletten Entfall sämtlicher ausgeschriebener H4b Systeme vorsehe. Auch in dieser Fallkonstellation wäre es zu keinem Bietersturz gekommen. Im Fall 2 sei von einem Szenario ausgegangen worden, wonach die vierfache Menge von der ausgeschriebenen Menge abgerufen werden würde. Erst in dieser Fallkonstellation würde es zu einem Bietersturz kommen. Da es sich bei der Ausschreibung um die Region Steiermark handle, sei ein Abruf der vierfachen Menge unwahrscheinlich.

Der Auftraggeber gab an, eine vertiefte Angebotsprüfung iSv § 125 Abs. 1 bis 4 BVergG durchgeführt zu haben. Dazu werde auf den Vergabebericht auf Seite 10 verwiesen. Da keine Unklarheiten aufgetreten seien, sei der präsumtive Zuschlagsempfänger auch nicht zu bestimmten Preispositionen hinsichtlich der betriebswirtschaftlichen Erklär- und Nachvollziehbarkeit der Preise befragt worden. Der Auftraggeber gab an, eine vertiefte Angebotsprüfung iSv Paragraph 125, Absatz eins bis 4 BVergG durchgeführt zu haben. Dazu werde auf den Vergabebericht auf Seite 10 verwiesen. Da keine Unklarheiten aufgetreten seien, sei der präsumtive Zuschlagsempfänger auch nicht zu bestimmten Preispositionen hinsichtlich der betriebswirtschaftlichen Erklär- und Nachvollziehbarkeit der Preise befragt worden.

Der Antragsteller betonte, die Entscheidung vom 22.2.2012, nämlich den beabsichtigten Abschluss der Rahmenvereinbarung zu bekämpfen. Die Bezeichnung dieser Entscheidung als Zuschlagsentscheidung sei auf Grund der Bezeichnung des Auftraggebers erfolgt.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

I. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages
römisch eins. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages

Die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG (vgl. BVA 30.6.2011, N/0033- BVA/09/2011-37; 16.9.2010, N/0077-BVA/04/2010-8EV u.a.). Die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG vergleiche BVA 30.6.2011, N/0033- BVA/09/2011-37; 16.9.2010, N/0077-BVA/04/2010-8EV u.a.).

Der gegenständliche Auftrag ist laut Angaben des Auftraggebers als Lieferauftrag einzustufen. Es handelt sich um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich, das in Form eines offenen Verfahrens mit dem Ziel des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung mit einem Bieter nach dem Bestbieterprinzip abgewickelt wird. Es wurde weder ein Zuschlag erteilt, noch das Vergabeverfahren widerrufen.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Anwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs. 2 BVergG iVm Artikel 14b Abs. 2 Z 1 lit b B-VG ist sohin gegeben. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Anwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend Paragraph 312, Absatz 2, BVergG in Verbindung mit Artikel 14b Absatz 2, Ziffer eins, Litera b, B-VG ist sohin gegeben.

Der präsumtive Zuschlagsempfänger hat rechtzeitig begründete Einwendungen am 5.3.2012 erhoben. Ihm kommt daher Parteistellung gemäß § 324 Abs. 3 BVergG zu. Der präsumtive Zuschlagsempfänger hat rechtzeitig begründete Einwendungen am 5.3.2012 erhoben. Ihm kommt daher Parteistellung gemäß Paragraph 324, Absatz 3, BVergG zu.

II. Zu Spruchpunkt I. römisch zwei. Zu Spruchpunkt römisch eins.

Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ist der Prozessgegenstand im antragsgebundenen Verfahren, zu denen auch Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG zählen, durch den Inhalt des Antrages determiniert. Hierbei ist zu beachten, dass es für die Frage des Inhaltes eines Antrages als Prozesshandlung lediglich auf die
Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ist der Prozessgegenstand im antragsgebundenen Verfahren, zu denen auch Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG zählen, durch den Inhalt des Antrages determiniert. Hierbei ist zu beachten, dass es für die Frage des Inhaltes eines Antrages als Prozesshandlung lediglich auf die

Willenserklärung und nicht auf den - davon abweichenden -

tatsächlichen Willen des Antragstellers ankommt (vgl. VwGH 22.6.2011, 2007/04/0080; 22.6.2011, 2007/04/0037; 20.10.2004, 2004/04/0105; BVA 15.2.2006, 07N-05/06-34; 13.1.2005, 07N- 120/04-27; 12.2.2007, N/0100-BVA/02/2006-28 u.v.a.). Bei antragsbedürftigen Verwaltungsakten ist es daher unzulässig, entgegen dem erklärten Willen des Antragstellers seinem Begehren eine Deutung zu geben, die aus dem Wortlaut nicht unmittelbar erschlossen werden kann, mag auch das Begehren, so wie es gestellt worden ist, von vornherein aussichtslos oder gar unzulässig sein. tatsächlichen Willen des Antragstellers ankommt vergleiche VwGH 22.6.2011, 2007/04/0080; 22.6.2011,

2007/04/0037; 20.10.2004, 2004/04/0105; BVA 15.2.2006, 07N-05/06-34; 13.1.2005, 07N- 120/04-27; 12.2.2007, N/0100-BVA/02/2006-28 u.v.a). Bei antragsbedürftigen Verwaltungsakten ist es daher unzulässig, entgegen dem erklärten Willen des Antragstellers seinem Begehren eine Deutung zu geben, die aus dem Wortlaut nicht unmittelbar erschlossen werden kann, mag auch das Begehren, so wie es gestellt worden ist, von vornherein aussichtslos oder gar unzulässig sein.

Wie sich aus dem Begehren des Antragstellers vom 27.2.2012 ergibt, bekämpft der Antragsteller eine Entscheidung des Auftraggebers vom 22.2.2012. Eine solche Entscheidung kann auf Grund der Zeitangabe des Antragstellers vom Auftraggeber noch nicht getroffen worden sein, sodass es sich um ein unzulässiges Begehren handelt, das gemäß § 312 Abs. 2 Z 2 BVergG zurückzuweisen ist. Wie sich aus dem Begehren des Antragstellers vom 27.2.2012 ergibt, bekämpft der Antragsteller eine Entscheidung des Auftraggebers vom 22.2.2012. Eine solche Entscheidung kann auf Grund der Zeitangabe des Antragstellers vom Auftraggeber noch nicht getroffen worden sein, sodass es sich um ein unzulässiges Begehren handelt, das gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG zurückzuweisen ist.

III. Zu Spruchpunkt II.römisch drei. Zu Spruchpunkt römisch zwei.

1. 1.Ziffer eins

Zulässigkeit des Begehrens

Das gegenständliche Verfahren wird in Form eines offenen Verfahrens nach dem Bestbieterprinzip mit dem Ziel des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung mit einem Bieter abgewickelt [L.1 (Ausschreibungsunterlagen) Punkt 1.1.5 (Vergabeverfahren und Art des Auftrages)]. Zu den gesondert anfechtbaren Entscheidungen für diese Verfahrensart zählt gemäß § 2 Z 16 lit a sublit ii BVergG nicht die Zuschlagsentscheidung. Anfechtbar ist vielmehr die Entscheidung, mit welchem Unternehmer bzw mit welchen Unternehmern die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll. Nur für den Fall, dass eine Rahmenvereinbarung mit mehreren Unternehmern abgeschlossen werden soll, wäre - nach erneutem Aufruf zum Wettbewerb - die Zuschlagsentscheidung anfechtbar. Dies trifft jedoch in der gegenständlichen Fallkonstellation nicht zu, da die Rahmenvereinbarung mit nur einem Bieter abgeschlossen werden soll. Das gegenständliche Verfahren wird in Form eines offenen Verfahrens nach dem Bestbieterprinzip mit dem Ziel des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung mit einem Bieter abgewickelt [L.1 (Ausschreibungsunterlagen) Punkt 1.1.5 (Vergabeverfahren und Art des Auftrages)]. Zu den gesondert anfechtbaren Entscheidungen für diese Verfahrensart zählt gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, i, i, BVergG nicht die Zuschlagsentscheidung. Anfechtbar ist vielmehr die Entscheidung, mit welchem Unternehmer bzw mit welchen Unternehmern die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll. Nur für den Fall, dass eine Rahmenvereinbarung mit mehreren Unternehmern abgeschlossen werden soll, wäre - nach erneutem Aufruf zum Wettbewerb - die Zuschlagsentscheidung anfechtbar. Dies trifft jedoch in der gegenständlichen Fallkonstellation nicht zu, da die Rahmenvereinbarung mit nur einem Bieter abgeschlossen werden soll.

Wie der Auftraggeber in der mündlichen Verhandlung vom 21.3.2012 angab, handelt es sich bei der als Zuschlagsentscheidung bezeichneten Entscheidung des Auftraggebers vom 22.2.2012 um eine Entscheidung darüber, mit welchem Bieter die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll. Der Antragsteller bestätigte, den beabsichtigten Abschluss der Rahmenvereinbarung zu bekämpfen und nur auf Grund der Bezeichnung des Auftraggebers die angefochtene Entscheidung in seinem Nachprüfungsantrag als solche bezeichnet zu haben.

Die falsche Bezeichnung des Auftraggebers für die bekämpfte Entscheidung vom 22.2.2012 kann nicht zu Lasten des Antragstellers gehen. Da der Antragsteller die Entscheidung des Auftraggebers vom 22.2.2012, mit welchem Bieter die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, anfecht, ist die beantragte Nichtigkeitsklärung dieser Entscheidung daher zulässig.

1. 2.Ziffer 2

Angebotspreis des präsumtiven Zuschlagsempfängers (Euro 2.038.150,--)

Der Antragsteller stützt sein Vorbringen zur spekulativen Preisgestaltung des präsumtiven Zuschlagsempfängers primär auf das circa 26%-ige Abweichen seines Angebotspreises (Euro 2.038.150,--) vom geschätzten Auftragswert (Euro 2.752.375,00) und dem hohen prozentuellen Abweichen im Vergleich zu den Angebotspreisen der Mitbieter (13,45% gegenüber dem Antragsteller - Euro 2.354.911,39; 12,69% gegenüber dem 4.- gereihten Bieter - Euro

2.334.437,69; 13,65% gegenüber dem 3.- gereihten Bieter - Euro 2.360.220,16). Der über dem Schätzpreis bietende Bieter "E***" (Euro 2.993.526,25) wird selbst vom Antragsteller bei der Gegenüberstellung nicht berücksichtigt. Der präsumtive Zuschlagsempfänger habe außerdem nicht kostendeckend kalkuliert.

2.1. Preisangemessenheitsprüfung des Auftraggebers

In der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes wird grundsätzlich davon ausgegangen, dass die Preisangemessenheitsprüfung

durch den Auftraggeber gemäß § 125 BVergG - gegebenenfalls im durch den Auftraggeber gemäß Paragraph 125, BVergG - gegebenenfalls im

Rahmen der vertieften Angebotsprüfung - zu beurteilen ist (VwGH 5.11.2010, 2006/04/0245).

Diese Prüfung ist gemäß § 125 Abs. 1 BVergG in Bezug auf die ausgeschriebene Leistung und unter Berücksichtigung aller Umstände, unter denen sie zu erbringen sein wird, durchzuführen. Die Preisangemessenheit ist daher immer in Bezug auf die "ausgeschriebene" Leistung zu beurteilen (VwGH 5.11.2010, 2006/04/0245, und zur Preisangemessenheitsprüfung im Sektorenbereich 25.1.2011, 2008/04/0082). Bei der Prüfung der Angemessenheit der Preise ist gemäß § 125 Abs. 2 BVergG von vergleichbaren Erfahrungswerten, von sonst vorliegenden Unterlagen und von den jeweils relevanten Marktverhältnissen auszugehen (VwGH 22.6.2011, 20011/04/0011). Diese Prüfung ist gemäß Paragraph 125, Absatz eins, BVergG in Bezug auf die ausgeschriebene Leistung und unter Berücksichtigung aller Umstände, unter denen sie zu erbringen sein wird, durchzuführen. Die Preisangemessenheit ist daher immer in Bezug auf die "ausgeschriebene" Leistung zu beurteilen (VwGH 5.11.2010, 2006/04/0245, und zur Preisangemessenheitsprüfung im Sektorenbereich 25.1.2011, 2008/04/0082). Bei der Prüfung der Angemessenheit der Preise ist gemäß Paragraph 125, Absatz 2, BVergG von vergleichbaren Erfahrungswerten, von sonst vorliegenden Unterlagen und von den jeweils relevanten Marktverhältnissen auszugehen (VwGH 22.6.2011, 20011/04/0011).

Weiters hat der Verwaltungsgerichtshof zur Aufgabe der Vergabekontrollbehörde hinsichtlich der vertieften, durch den Auftraggeber vorgenommenen Angebotsprüfung gemäß § 125 Abs. 3 leg. cit. in der Judikatur festgehalten, dass die Vergabekontrollbehörde - ebenso wie der Auftraggeber bei der vertieften Angebotsprüfung - unter Berücksichtigung der auch dem Auftraggeber zur Verfügung gestandenen Unterlagen die Preisgestaltung auf ihre betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit in der Regel aus sachverständiger Sicht zu prüfen hat, wobei im Einzelnen die in § 125 Abs. 4 Z. 1 bis 3 BVergG 2006 genannten Kriterien maßgeblich sind. Da es sich hierbei um eine Plausibilitätsprüfung handelt, muss zweifellos nicht die gesamte Kalkulation des Bieters minutiös nachvollzogen, sondern nur - grob - geprüft werden, ob ein seriöser Unternehmer die angebotenen Leistungen zu den angebotenen Preisen erbringen kann (vgl. VwGH 28.9.2011, 2007/04/0102; 25.1.2011, 2008/04/0082; 5.11.2010). Weiters hat der Verwaltungsgerichtshof zur Aufgabe der Vergabekontrollbehörde hinsichtlich der vertieften, durch den Auftraggeber vorgenommenen Angebotsprüfung gemäß Paragraph 125, Absatz 3, leg. cit. in der Judikatur festgehalten, dass die Vergabekontrollbehörde - ebenso wie der Auftraggeber bei der vertieften Angebotsprüfung - unter Berücksichtigung der auch dem Auftraggeber zur Verfügung gestandenen Unterlagen die Preisgestaltung auf ihre betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit in der Regel aus sachverständiger Sicht zu prüfen hat, wobei im Einzelnen die in Paragraph 125, Absatz 4, Ziffer eins bis 3 BVergG 2006 genannten Kriterien maßgeblich sind. Da es sich hierbei um eine Plausibilitätsprüfung handelt, muss zweifellos nicht die gesamte Kalkulation des Bieters minutiös nachvollzogen, sondern nur - grob - geprüft werden, ob ein seriöser Unternehmer die angebotenen Leistungen zu den angebotenen Preisen erbringen kann (vergleiche VwGH 28.9.2011, 2007/04/0102; 25.1.2011, 2008/04/0082; 5.11.2010, 2006/04/0245; 22.6.2011, 2011/04/0011).

Im vorliegenden Fall hat die vom Auftraggeber beauftragte F***, durch die auch - wie sich in mündlichen Verhandlung am 21.3.2012 ergab - die Auftragswertschätzung erfolgte, beim Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers eine Preisprüfung vorgenommen und diese im Vergabebericht dargelegt. Die Preisangemessenheitsprüfung wurde damit von einem Sachverständigen vorgenommen.

Dabei wurde ein Preisspiegel erstellt, aus dem Abweichungen der Einheitspreise beziehungsweise Positionspreise im Vergleich zur Kostenschätzung und zu den Mitbewerbern ersichtlich sind. Wie sich aus dem oben zitierten Vergabebericht ergibt, wurde besonderes Augenmerk auf hohe Abweichungen bei den Einheitspreisen gegenüber der

Kostenschätzung beziehungsweise gegenüber den übrigen Bietern, auf das grundsätzliche Anbieten von höheren Einheitspreisen bei höherwertigen Leistungen als von geringwertigen Leistungen und auf die Aufteilung der Einheitspreise bezogen auf die Preisanteile "Lohn" und "Sonstiges" gelegt.

Der Auftraggeber vertrat in seinem Schriftsatz die Meinung, dass zwar die Voraussetzungen für eine vertiefte Angebotsprüfung beim Angebot des Antragstellers nicht vorgelegen seien, eine solche aber trotzdem im eigenen Interesse durchgeführt zu haben. In der mündlichen Verhandlung am 21.3.2012 räumte der Auftraggeber allerdings ein, keine vertiefte Preisprüfung iSv § 125 Abs. 5 BVergG durchgeführt zu haben, zumal auch keine Unklarheiten aufgetreten seien, die es rechtfertigen würden, beim Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers hinsichtlich bestimmter Preispositionen die betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit der Preise zu hinterfragen. Der Auftraggeber hat vom präsumtiven Zuschlagsempfänger keine verbindliche schriftliche - bzw. mündliche oder telefonische - Aufklärung zu den Preisen verlangt und eine anschließende Prüfung unter Berücksichtigung der eingegangenen Erläuterungen beziehungsweise der vorgelegten Nachweise vorgenommen. Der Auftraggeber vertrat in seinem Schriftsatz die Meinung, dass zwar die Voraussetzungen für eine vertiefte Angebotsprüfung beim Angebot des Antragstellers nicht vorgelegen seien, eine solche aber trotzdem im eigenen Interesse durchgeführt zu haben. In der mündlichen Verhandlung am 21.3.2012 räumte der Auftraggeber allerdings ein, keine vertiefte Preisprüfung iSv Paragraph 125, Absatz 5, BVergG durchgeführt zu haben, zumal auch keine Unklarheiten aufgetreten seien, die es rechtfertigen würden, beim Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers hinsichtlich bestimmter Preispositionen die betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit der Preise zu hinterfragen. Der Auftraggeber hat vom präsumtiven Zuschlagsempfänger keine verbindliche schriftliche - bzw. mündliche oder telefonische - Aufklärung zu den Preisen verlangt und eine anschließende Prüfung unter Berücksichtigung der eingegangenen Erläuterungen beziehungsweise der vorgelegten Nachweise vorgenommen.

Gemäß § 125 Abs. 3 leg. cit. muss der Auftraggeber bei Vorliegen der in den dortigen Ziffern 1 bis 3 genannten Voraussetzungen eine vertiefte Angebotsprüfung gemäß § 125 Abs. 4 und Abs. 5 leg. cit. durchführen (vgl. VwGH 22.6.2011, 2001/04/0011). Soweit der Antragsteller bestimmte Beträge für Preise nennt, die der präsumtive Zuschlagsempfänger seiner Ansicht nach bieten müsste (z.B. Euro 1.300,--pro t), so ist ihm entgegenzuhalten, dass das BVergG nicht konkretisiert, was unter einem angemessenen Preis zu verstehen ist. In der freien Marktwirtschaft bildet sich der Preis im Wettbewerb, exakte Werte sind nicht festlegbar (vgl. VwGH 22.6.2011, 2007/04/0076; 25.1.2011, 2008/04/0082). Vielmehr wäre dessen betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit gegebenenfalls bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 125 Abs. 3 leg. cit. aus sachverständiger Sicht zu ermitteln. Gemäß Paragraph 125, Absatz 3, leg. cit. muss der Auftraggeber bei Vorliegen der in den dortigen Ziffern 1 bis 3 genannten Voraussetzungen eine vertiefte Angebotsprüfung gemäß Paragraph 125, Absatz 4 und Absatz 5, leg. cit. durchführen vergleiche VwGH 22.6.2011, 2001/04/0011). Soweit der Antragsteller bestimmte Beträge für Preise nennt, die der präsumtive Zuschlagsempfänger seiner Ansicht nach bieten müsste (z.B. Euro 1.300,--pro t), so ist ihm entgegenzuhalten, dass das BVergG nicht konkretisiert, was unter einem angemessenen Preis zu verstehen ist. In der freien Marktwirtschaft bildet sich der Preis im Wettbewerb, exakte Werte sind nicht festlegbar vergleiche VwGH 22.6.2011, 2007/04/0076; 25.1.2011, 2008/04/0082). Vielmehr wäre dessen betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit gegebenenfalls bei Vorliegen der Voraussetzungen des Paragraph 125, Absatz 3, leg. cit. aus sachverständiger Sicht zu ermitteln.

2.2. Ungewöhnlich niedriger Gesamtpreis (§ 125 Abs. 3 Z 1 BVergG) 2.2. Ungewöhnlich niedriger Gesamtpreis (Paragraph 125, Absatz 3, Ziffer eins, BVergG)

Die Voraussetzung ist in § 125 Abs. 3 Z 1 BVergG angeführt. Bei Vorliegen des ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreises ist der Auftraggeber verpflichtet, Aufklärung über die Positionen des Angebotes zu verlangen und gemäß § 125 Abs. 4 und 5 BVergG vertieft zu prüfen. Ob ein derartig ungewöhnlich niedriger Gesamtpreis vorliegt, ergibt sich aus dem Vergleich mit der Kostenermittlung des Auftraggebers sowie aus dem Vergleich der Gesamtpreise aller Angebote. In der Literatur werden folgende Fälle unterschieden: Geringe Abweichung (bis etwa 5 %), tolerierbare Abweichung (bis etwa 15 %) und grobe Abweichung (ab etwa 15 %) [vgl. VwGH 22.6.2011, 2011/04/0011; ebenso Kropik in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 125 Rz 28]. Die Voraussetzung ist in Paragraph 125, Absatz 3, Ziffer eins, BVergG angeführt. Bei Vorliegen des ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreises ist der Auftraggeber verpflichtet, Aufklärung über die Positionen des Angebotes zu verlangen und gemäß Paragraph 125, Absatz 4 und 5 BVergG vertieft zu prüfen. Ob ein derartig ungewöhnlich niedriger Gesamtpreis vorliegt, ergibt sich aus dem Vergleich mit der Kostenermittlung des Auftraggebers sowie aus dem Vergleich der Gesamtpreise aller Angebote. In der Literatur werden folgende Fälle

unterschieden: Geringe Abweichung (bis etwa 5 %), tolerierbare Abweichung (bis etwa 15 %) und grobe Abweichung (ab etwa 15 %) [vgl. VwGH 22.6.2011, 2011/04/0011; ebenso Kropik in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Paragraph 125, Rz 28].

Wie der Antragsteller selbst in seinem Nachprüfungsantrag vom 27.2.2012 einräumte, weicht der Angebotspreis des präsumtiven Zuschlagsempfängers lediglich 13,45 % vom Angebotspreis des Antragstellers als preislich Drittgereichten bzw um 12,69% vom preislich Zweitgereichten (D***) und um 13,65% vom preislich Viertgereichten (C***) ab. Damit liegt der Angebotspreis des präsumtiven Zuschlagsempfängers im Vergleich zum Angebotspreis des Antragstellers bzw zu den anderen genannten Bietern jedenfalls innerhalb der in der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes angeführten Bandbreite einer tolerierbaren Abweichung von 15 % bei Preisabweichungen. Das Abweichen des Angebotspreises des weiteren Bieters E***, der um circa Euro 240.000,-- über dem geschätzten Auftragswert liegt, wurde selbst vom Antragsteller nicht in Betracht gezogen.

Soweit der Antragsteller darauf hinweist, dass der Angebotspreis des präsumtiven Zuschlagsempfängers (Euro 2.038.160,--) um über 26 % über den Schätzkosten des Auftraggebers (circa Euro 2.742.375,--) liege, so ist dem entgegenzuhalten, dass unter Berücksichtigung der schlüssigen Ausführungen des Auftraggebers bei einer Gesamtbetrachtung die Schätzkosten zu hoch gegriffen sind, und diese daher nicht den ausschlaggebenden Faktor für die Notwendigkeit der Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung iSv § 125 Abs. 3 Z 1 leg cit bilden können. Auch in der Literatur wird darauf hingewiesen, dass die Überprüfung des Gesamtpreises durch einen Vergleich mit dem geschätzten Auftragswert einen ersten Schritt darstellt. Allerdings ist zu beachten, dass die Ermittlung des geschätzten Auftragswertes selbst auf einer Schätzung beruht, die der Auftraggeber bzw dessen Gehilfen erstellt. Der Schätzung können auch selbst nur grobe Richtwerte zu Grunde liegen (vgl Kropik in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, § 125 Rz 10ff).Soweit der Antragsteller darauf hinweist, dass der Angebotspreis des präsumtiven Zuschlagsempfängers (Euro 2.038.160,--) um über 26 % über den Schätzkosten des Auftraggebers (circa Euro 2.742.375,--) liege, so ist dem entgegenzuhalten, dass unter Berücksichtigung der schlüssigen Ausführungen des Auftraggebers bei einer Gesamtbetrachtung die Schätzkosten zu hoch gegriffen sind, und diese daher nicht den ausschlaggebenden Faktor für die Notwendigkeit der Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung iSv Paragraph 125, Absatz 3, Ziffer eins, leg cit bilden können. Auch in der Literatur wird darauf hingewiesen, dass die Überprüfung des Gesamtpreises durch einen Vergleich mit dem geschätzten Auftragswert einen ersten Schritt darstellt. Allerdings ist zu beachten, dass die Ermittlung des geschätzten Auftragswertes selbst auf einer Schätzung beruht, die der Auftraggeber bzw dessen Gehilfen erstellt. Der Schätzung können auch selbst nur grobe Richtwerte zu Grunde liegen vergleiche Kropik in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Paragraph 125, Rz 10ff).

Dass die Schätzkosten des Auftraggebers zu hoch gegriffen sind, wurde auch vom Auftraggeber in seinem Schriftsatz vom 5.3.2012 und in der mündlichen Verhandlung vom 21.3.2012 schlüssig und nachvollziehbar dargelegt. Dem ist der Antragsteller, der zwar die Kostenschätzung in Anbetracht des Billigst- bzw Bestbieters als seriös qualifizierte, auch nicht mit überzeugenden Argumenten entgegengetreten. In Anbetracht dessen, dass die Ausschreibung des gegenständlichen Lieferauftrages in gebündelter Form für eine bestimmte Region in der Gestalt einer Rahmenvereinbarung für drei Jahre erstmalig erfolgte, und sich der Auftraggeber bei der Ermittlung des Auftragswertes daher auf bei Bauaufträgen erworbene Erfahrungswerte stützen musste, sowie einen gewissen Risikozuschlag berücksichtigt hat, ist für das Bundesvergabeamt schlüssig und nachvollziehbar, dass der Schätzwert für den gegenständlichen Lieferauftrag zu hoch ausgefallen ist. Dazu führte der Auftraggeber in der mündlichen Verhandlung am 21.3.2012 plausibel aus, dass es sich zwar um eine seriöse Kostenschätzung handle, die sich auf langjährige Erfahrungswerte stütze. Diese hätte aber nur aus 5 bis 6 großen Bauaufträgen, in deren Rahmen zwar auch Stahlleitschienen ausgeschrieben worden seien, die aber zugleich hätten montiert werden müssen, bezogen werden können. Eine Ausschreibung in der Gestalt einer Lieferung von Stahlleitschienen, die keinen Bauauftrag und die Montagetätigkeit umfasst, sei erstmalig in dieser Form erfolgt. Bauausschreibungen würden gewisse mit Manipulationsmaßnahmen verbundene Unsicherheitsfaktoren umfassen. Listenpreise für Fahrzeugrückhaltesysteme seien neben den Lieferanteilen aus Generalunternehmerausschreibungen berücksichtigt worden. Bei der Kostenschätzung würde auch ein gewisser Risikozuschlag mitberücksichtigt, der basierend auf Unterlagen des Auftraggebers er- und aus budgetären Gründen mitberechnet werde. Der Risikozuschlag habe sich nicht bewahrheitet, zumal das Billigstangebot unter der Kostenschätzung liege. Mit diesem Zuschlag solle verhindert werden, dass der Angebotspreis nicht budgetär abgedeckt werden könne.

Auch den für die Kostenschätzung zum gegenständlichen Lieferauftrag erschwerenden Umständen, die vom präsumtiven Zuschlagsempfänger in der mündlichen Verhandlung am 21.3.2012 nachvollziehbar und schlüssig zum Themenbereich "Umlagen" bei Bauaufträgen dargelegt wurden, nämlich dass die Preise für die Bereiche Beton und Asphalt niedriger kalkuliert werden würden, als die Preise für Stahlleitschienen oder der Zukauf bzw. die Subunternehmerleistungen, konnte der Antragsteller nicht argumentativ entgegentreten.

Dass der Angebotspreis des präsumtiven Zuschlagsempfängers um über 26 % über den Schätzkosten des Auftraggebers (cirka Euro 2.742.375,--) liegt, stellt daher in der gegebenen Fallkonstellation nicht den ausschlaggebenden Grund für die Verpflichtung des Auftraggebers zur vertieften Angebotsprüfung gemäß § 125 Abs. 4 und Abs. 5 BVergG dar. Dass der Angebotspreis des präsumtiven Zuschlagsempfängers um über 26 % über den Schätzkosten des Auftraggebers (cirka Euro 2.742.375,--) liegt, stellt daher in der gegebenen Fallkonstellation nicht den ausschlaggebenden Grund für die Verpflichtung des Auftraggebers zur vertieften Angebotsprüfung gemäß Paragraph 125, Absatz 4 und Absatz 5, BVergG dar.

2.3. Zu hohe oder zu niedrige Einheitspreise (§ 125 Abs. 3 Z 2 BVergG) bzw. begründete Zweifel an Preisangemessenheit (§ 125 Abs. 3 Z 3 BVergG) 2.3. Zu hohe oder zu niedrige Einheitspreise (Paragraph 125, Absatz 3, Ziffer 2, BVergG) bzw. begründete Zweifel an Preisangemessenheit (Paragraph 125, Absatz 3, Ziffer 3, BVergG)

Zwar wurde beim präsumtiven Zuschlagsempfänger im Rahmen der Preisangemessenheitsprüfung vom Auftraggeber festgestellt, dass bei einem Großteil der Positionen vom präsumtiven Zuschlagsempfänger die niedrigsten Einheitspreise aller Bieter angeboten worden sind. Zugleich ergab jedoch ein Vergleich der Preise mit Bieter 05 (C***), dass - abgesehen von den Transportkosten - dessen Einheitspreise konstant um 14-15 % höher waren, als jene des präsumtiven Zuschlagsempfängers. Dieser Umstand resultiert daraus, dass vom genannten Bieter 05 Leitschienen des präsumtiven Zuschlagsempfängers angeboten worden sind, wobei die Preisdifferenz dem üblichen Regiezuschlag auf Fremdleistungen entspricht.

Dass die Transport- und Logistikkosten des präsumtiven Zuschlagsempfängers deutlich über dem Preis des Antragstellers in dieser Position liegen (bis circa 100 %), ist ebenso nachvollziehbar, da der Unternehmenssitz des präsumtiven Zuschlagsempfängers in Italien liegt und daher mit dem Transport ein längerer Weg verbunden ist.

Da zudem für Leitschienen der Aufhaltestufe H3 zulässiger Weise (siehe Beantwortung der Bieteranfrage vom 8.9.2011) vom präsumtiven Zuschlagsempfänger im Angebot das System H4b verwendet wird, sind keine Preise für Übergangselemente diesbezüglich zu berücksichtigen. Wie sich auch aus den Ausführungen des präsumtiven Zuschlagsempfängers in der mündlichen Verhandlung am 21.3.2012 ergab, sind keine Übergangselemente bei einem Systemwechsel von Stahlleitschienen H3 und H4b erforderlich. Da keine Leitschienen der Aufhaltestufe H3 angeboten wurden, waren auch keine Übergangselemente erforderlich. Nach den Ausführungen des Auftraggebers in der mündlichen Verhandlung haben Leitschienen der Aufhaltestufe H4b des präsumtiven Zuschlagsempfängers im Vergleich zum Angebot des Antragstellers außerdem ein geringeres Gesamtgewicht und könnten daher mit einem niedrigeren Preis angeboten werden.

Zu den festgestellten deutlich höheren Einheitspreisen des präsumtiven Zuschlagsempfängers bei der Pos. 01232133 im Prüfbericht wurde nachvollziehbar auch in der mündlichen Verhandlung am 21.3.2012 vom Auftraggeber dargelegt, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger in Übererfüllung des RVS die gesamte Prüflänge des Systems der Kalkulation zugrunde gelegt habe, wodurch sich höhere Einheitspreise ergeben würden, wobei es sich aber nur um einen Preis von circa Euro 8.000,-- handle.

Wie sich aus den obigen Darstellungen ergibt, war von zu hohen bzw. zu niedrigen Einheitspreisen in wesentlichen Positionen gemäß § 79 Abs. 4 BVergG nicht auszugehen. Ebenso wenig bleiben in der gegenständlichen Sachverhaltskonstellation - wie aus der Preisprüfung des Auftraggebers zum Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers aus dem oben zitierten Vergabebericht ersichtlich - beim Angebotspreis des präsumtiven Zuschlagsempfängers begründete Zweifel an der Angemessenheit von Preisen offen. Wie sich aus den obigen Darstellungen ergibt, war von zu hohen bzw. zu niedrigen Einheitspreisen in wesentlichen Positionen gemäß Paragraph 79, Absatz 4, BVergG nicht auszugehen. Ebenso wenig bleiben in der gegenständlichen Sachverhaltskonstellation - wie aus der Preisprüfung des Auftraggebers zum Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers aus dem oben zitierten Vergabebericht ersichtlich - beim Angebotspreis des präsumtiven Zuschlagsempfängers begründete Zweifel an der Angemessenheit von Preisen offen.

Die Tatbestandsvoraussetzungen für eine vertiefte Angebotsprüfung gemäß § 125 Abs. 3 iVm § 125 Abs. 4 und Abs. 5 BVergG liegen damit nicht vor. Vielmehr ist von angemessenen Preisen beim Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers auszugehen. Der Auftraggeber nahm die Preisprüfung durch eine sachkundige Person auf Grund ausreichend detaillierter Unterlagen im Bezug auf die ausgeschriebenen Leistungen vor (vgl. VwGH 22.11.2011, 2007/04/0201; 28.9.2011, 2007/04/0102; 22.6.2011, 2007/04/0076; 5.11.2010, 2006/04/0245). Die Tatbestandsvoraussetzungen für eine vertiefte Angebotsprüfung gemäß Paragraph 125, Absatz 3, in Verbindung mit Paragraph 125, Absatz 4 und Absatz 5, BVergG liegen damit nicht vor. Vielmehr ist von angemessenen Preisen beim Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers auszugehen. Der Auftraggeber nahm die Preisprüfung durch eine sachkundige Person auf Grund ausreichend detaillierter Unterlagen im Bezug auf die ausgeschriebenen Leistungen vor vergleiche VwGH 22.11.2011, 2007/04/0201; 28.9.2011, 2007/04/0102; 22.6.2011, 2007/04/0076; 5.11.2010, 2006/04/0245).

Entgegen den Ausführungen des Antragstellers liegt damit kein Ausscheidensgrund gemäß § 129 Abs. 1 Z 3 BVergG hinsichtlich des Angebotes des präsumtiven Zuschlagsempfängers vor. Es war daher spruchgemäß zu entscheiden. Entgegen den Ausführungen des Antragstellers liegt damit kein Ausscheidensgrund gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG hinsichtlich des Angebotes des präsumtiven Zuschlagsempfängers vor. Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

IV. Zu Spruchpunkt III. römisch vier. Zu Spruchpunkt römisch drei.

Die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zum Widerruf des Vergabeverfahrens ist im § 312 Abs 2 BVergG abschließend geregelt (vgl. dazu auch Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 312 Rz 79). Danach ist das Bundesvergabeamt zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesvergabegesetz und die hiezu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht zuständig 1. zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung sowie 2. zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte. Die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zum Widerruf des Vergabeverfahrens ist im Paragraph 312, Absatz 2, BVergG abschließend geregelt vergleiche dazu auch Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 312, Rz 79). Danach ist das Bundesvergabeamt zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesvergabegesetz und die hiezu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht zuständig 1. zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung sowie 2. zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte.

Bei dem in eventu gestellten Begehren, die Entscheidung, das Angebot der Firma B*** für die Lieferung von Stahlleitschienen 2012ff Region Steiermark (Verfahren ID-8727) nicht auszuschneiden, für nichtig zu erklären, handelt es sich um keine einer Nichtigerklärung zugängliche gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne von § 2 Z 16 lit a sublit ii BVergG. Vielmehr handelt es sich um ein auf eine Unterlassung des Auftraggebers gerichtetes Begehren. Nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes (VfGH 2.3.2002, B 961/01, B 856/01 - Unterlassung des Widerrufs) sowie des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 30.6.2004, 2004/04/0028 - Unterlassen der Ausscheidensentscheidung) können nach dem Konzept des Bundesvergabegesetzes nur nach außen in Erscheinung tretende Willenserklärungen "Entscheidungen" des Auftraggebers sein. Bei dem in eventu gestellten Begehren, die Entscheidung, das Angebot der Firma B*** für die Lieferung von Stahlleitschienen 2012ff Region Steiermark (Verfahren ID-8727) nicht auszuschneiden, für nichtig zu erklären, handelt es sich um keine einer Nichtigerklärung zugängliche gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne von Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, i, i, BVergG. Vielmehr handelt es sich um ein auf eine Unterlassung des Auftraggebers gerichtetes Begehren. Nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes (VfGH 2.3.2002, B 961/01, B 856/01 - Unterlassung des Widerrufs) sowie des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 30.6.2004, 2004/04/0028 - Unterlassen der Ausscheidensentscheidung) können nach dem Konzept des Bundesvergabegesetzes nur nach außen in Erscheinung tretende Willenserklärungen "Entscheidungen" des Auftraggebers sein.

Ein Unterlassen des Auftraggebers kommt als anfechtbare Entscheidung nur insofern in Betracht, als dieses Unterlassen einen solchen Erklärungswert besäße, dass es als selbstständiger Teilakt des Vergabeverfahrens nach außen in Erscheinung treten und ein entsprechendes Rechtsschutzbedürfnis auslösen würde (vgl BVA 5.8.2011, N/0060-BVA/04/2011-20). Bei dem vom Antragsteller genannten Unterlassen des Auftraggebers handelt es sich jedenfalls um

keine nach außen in Erscheinung tretende Willenserklärung, sodass auch kein zulässiger anfechtbarer Gegenstand iSv § 322 Abs 1 Z 7 BVergG vorliegt (vgl dazu Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, § 312 Rz 117; BVA 1.7.2008, N/0056-BVA/04/2008-20; 1.2.2008, N/0127-BVA/08/2007- 25; BVA 17.9.2004, 11N-65/04-12; 11.6.2004, 05N-35/04-46; 28.6.2004; 15N-46/04-56; 26.11.2004, 04N-96/04-43 u.a.), und dieses Begehren als unzulässig iSv § 322 Abs 2 Z 1 leg. cit. zurückzuweisen ist. Ein Unterlassen des Auftraggebers kommt als anfechtbare Entscheidung nur insofern in Betracht, als dieses Unterlassen einen solchen Erklärungswert besäße, dass es als selbstständiger Teilakt des Vergabeverfahrens nach außen in Erscheinung treten und ein entsprechendes Rechtsschutzbedürfnis auslösen würde (vergleiche BVA 5.8.2011, N/0060-BVA/04/2011-20). Bei dem vom Antragsteller genannten Unterlassen des Auftraggebers handelt es sich jedenfalls um keine nach außen in Erscheinung tretende Willenserklärung, sodass auch kein zulässiger anfechtbarer Gegenstand iSv Paragraph 322, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG vorliegt (vergleiche dazu Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Paragraph 312, Rz 117; BVA 1.7.2008, N/0056-BVA/04/2008-20; 1.2.2008, N/0127-BVA/08/2007- 25; BVA 17.9.2004, 11N-65/04-12; 11.6.2004, 05N-35/04-46; 28.6.2004; 15N-46/04-56; 26.11.2004, 04N-96/04-43 u.a.), und dieses Begehren als unzulässig iSv Paragraph 322, Absatz 2, Ziffer eins, leg. cit. zurückzuweisen ist.

V. Zu Spruchpunkt IV.römisch fünf. Zu Spruchpunkt römisch vier.

Auch das weitere in eventu gestellte Begehren, die Entscheidung, "der Antragstellerin nicht den Zuschlag zu erteilen", ist auf eine Unterlassung des Auftraggebers ausgerichtet. Bei diesem vorgebrachten Unterlassen des Auftraggebers handelt es sich ebenso um keinen selbstständigen, nach außen in Erscheinung tretenden Teilakt des Vergabeverfahrens, der ein entsprechendes Rechtsschutzbedürfnis auslösen würde. Damit mangelt es ebenfalls an einem zulässigen Anfechtungsgegenstand iSv § 322 Abs 1 Z 7 BVergG, sodass dieses Begehren ebenfalls als unzulässig iSv § 322 Abs 2 Z 1 leg cit zurückzuweisen ist. Auch das weitere in eventu gestellte Begehren, die Entscheidung, "der Antragstellerin nicht den Zuschlag zu erteilen", ist auf eine Unterlassung des Auftraggebers ausgerichtet. Bei diesem vorgebrachten Unterlassen des Auftraggebers handelt es sich ebenso um keinen selbstständigen, nach außen in Erscheinung tretenden Teilakt des Vergabeverfahrens, der ein entsprechendes Rechtsschutzbedürfnis auslösen würde. Damit mangelt es ebenfalls an einem zulässigen Anfechtungsgegenstand iSv Paragraph 322, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG, sodass dieses Begehren ebenfalls als unzulässig iSv Paragraph 322, Absatz 2, Ziffer eins, leg cit zurückzuweisen ist.

Abgesehen davon, fällt es nicht in den Zuständigkeitsbereich des Bundesvergabeamtes, an Stelle des Auftraggebers Akte des öffentlichen Auftraggebers wie den Widerruf oder die Vergabe von Leistungen zu setzen (vgl VwGH 7.11.2005, 2005/04/0061; 27.1.2006, 2005/04/0202; 30.4.2008, 2007/04/0060; BVA 1.7.2008, N/0056-BVA/04/2008-20). Das genannte Begehren ist daher auch aus diesem Grunde gemäß § 322 Abs 2 Z 1 BVergG als unzulässig zurückzuweisen (vgl BVA 24.9.2008, N/0112- BVA/04/2008-26; 1.7.2008, N/0056-BVA/04/2008-20). Ein solches, vorweg verfehltes Begehren ist auch nicht einer Verbesserung zugänglich (vgl VwGH 24.1.2001, 2001/04/0004; 17.11.2004, 2002/04/0176; 1.3.2004, 2004/04/0012; ebenso BVA 15.2.2006, 07N-05/06-34; 13.1.2005, 07N-120/04-27). Abgesehen davon, fällt es nicht in den Zuständigkeitsbereich des Bundesvergabeamtes, an Stelle des Auftraggebers Akte des öffentlichen Auftraggebers wie den Widerruf oder die Vergabe von Leistungen zu setzen (vergleiche VwGH 7.11.2005, 2005/04/0061; 27.1.2006, 2005/04/0202; 30.4.2008, 2007/04/0060; BVA 1.7.2008, N/0056-BVA/04/2008-20). Das genannte Begehren ist daher auch aus diesem Grunde gemäß Paragraph 322, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG als unzulässig zurückzuweisen (vergleiche BVA 24.9.2008, N/0112- BVA/04/2008-26; 1.7.2008, N/0056-BVA/04/2008-20). Ein solches, vorweg verfehltes Begehren ist auch nicht einer Verbesserung zugänglich (vergleiche VwGH 24.1.2001, 2001/04/0004; 17.11.2004, 2002/04/0176; 1.3.2004, 2004/04/0012; ebenso BVA 15.2.2006, 07N-05/06-34; 13.1.2005, 07N-120/04-27).

VI. Zu Spruchpunkt V.römisch sechs. Zu Spruchpunkt römisch fünf.

Gemäß § 319 Abs. 1 1. Satz BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 leg.cit zu entrichtenden Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 leg.cit entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Ein Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 319 Abs. 2 leg.cit besteht auch, wenn dem Nachprüfungsantrag und dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben wurde. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, 1. Satz BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, leg.cit zu entrichtenden Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, leg.cit entrichteten Gebühren, wenn er während des

anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Ein Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 319, Absatz 2, leg.cit besteht auch, wenn dem Nachprüfungsantrag und dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben wurde.

Wie sich aus den oben angeführten Spruchpunkten ergibt, hat der Antragsteller auch nicht teilweise im Sinne von § 319 Abs. 1 BVergG obsiegt, sodass der Auftraggeber auch nicht im verordnungsgemäß vorgesehenen Ausmaß zum Ersatz der Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu verpflichten war und der diesbezügliche Antrag des Antragstellers abzuweisen war. Wie sich aus den oben angeführten Spruchpunkten ergibt, hat der Antragsteller auch nicht teilweise im Sinne von Paragraph 319, Absatz eins, BVergG obsiegt, sodass der Auftraggeber auch nicht im verordnungsgemäß vorgesehenen Ausmaß zum Ersatz der Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu verpflichten war und der diesbezügliche Antrag des Antragstellers abzuweisen war.

Soweit der Antragsteller den Ersatz der Kosten für die Teilnahme am Vergabeverfahren über den Ersatz der Pauschalgebühren hinausgehend beantragt, wird darauf verwiesen, dass das Bundesvergabeamt lediglich zum Abspruch über den Ersatz der Pauschalgebühren zuständig ist. Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Zuletzt aktualisiert am

07.05.2012

Quelle: Vergabekontrollbehörden Verg, <https://www.ris.bka.gv.at/Verg>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at