

TE Verg Bescheid 2008/2/1 N/0121-BVA/07/2007-41

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 01.02.2008

Norm

BVergG 2006 §269 Abs1 Z5

1. BVergG 2006 § 269 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 269 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 269 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 7, Mag. Julia Stiefelmeyer, sowie Dr. Josef Bosina als Mitglied der Auftraggeberseite und DI Heinz Marschalek als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG 2006), BGBl. I Nr. 17/2006, betreffend das Vergabeverfahren "AS178 - Hauptbaumaßnahmen Radfeld Mitte Baulos H2-2" des Auftraggebers Brenner Eisenbahn GmbH, Karl-Kapferer-Straße 5, 6020 Innsbruck, vertreten durch X***, über den Antrag der Bietergemeinschaft, bestehend aus 1. A***, 2. B***, 3. C***, vertreten durch Y***, vom 10. Dezember 2007, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 7, Mag. Julia Stiefelmeyer, sowie Dr. Josef Bosina als Mitglied der Auftraggeberseite und DI Heinz Marschalek als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG 2006), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, betreffend das Vergabeverfahren "AS178 - Hauptbaumaßnahmen Radfeld Mitte Baulos H2-2" des Auftraggebers Brenner Eisenbahn GmbH, Karl-Kapferer-Straße 5, 6020 Innsbruck, vertreten durch X***, über den Antrag der Bietergemeinschaft, bestehend aus 1. A***, 2. B***, 3. C***, vertreten durch Y***, vom 10. Dezember 2007, wie folgt entschieden:

Spruch

Der Antrag, gerichtet "auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 26.11.2007 zugunsten der D***", wird zurückgewiesen.

Begründung

Die gegenständliche Leistung "AS178 - Hauptbaumaßnahmen Radfeld Mitte Baulos H2-2" wurde als Bauauftrag in einem offenen Verfahren am 2.6.2007 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften unter 2007/S 104-128581 bekannt gemacht. Gemäß Pkt II.1.5 der europaweiten Bekanntmachung sind Ausschreibungsgegenstand die Bauleistungen für die Hauptbaumaßnahmen Radfeld Mitte der Zulaufstrecke Nord, Abschnitt Kundl/Radfeld - Baumkirchen. Die Bauleistungen beinhalten die Herstellung der 790 m langen Grundwasserwanne Radfeld, die Herstellung des 1600 m langen Tunnelbauwerks in offener Bauweise und die Herstellung einer 130 m langen

Zufahrtsrampe inkl. Auffangbecken u. Pumpstation. Zudem sind 3 Stk. Rettungsschächte inkl. Schachtkopfgebäude, eine temporäre Verlegung der B171 und eine Baubehelfsbrücke für den Baustellenverkehr über die B171 herzustellen. Insgesamt erfolgten vier Berichtigungen der Ausschreibungsunterlagen. Als Schlusstermin für den Eingang der Angebote wurde der 7.8.2007, 12.00 Uhr, festgelegt. Die Öffnung der Angebote erfolgte am 7.8.2007, 13.00 Uhr. Insgesamt wurden von 6 Bietern Angebote gelegt. Es wurden keine Alternativangebote abgegeben. Mit Schreiben vom 26.11.2007 wurde der Antragstellerin mitgeteilt, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag dem Angebot der D***, mit einer Auftragssumme von netto Euro XXX zu erteilen. Die gegenständliche Leistung "AS178 - Hauptbaumaßnahmen Radfeld Mitte Baulos H2-2" wurde als Bauauftrag in einem offenen Verfahren am 2.6.2007 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften unter 2007/S 104-128581 bekannt gemacht. Gemäß Pkt römisch zwei.1.5 der europaweiten Bekanntmachung sind Ausschreibungsgegenstand die Bauleistungen für die Hauptbaumaßnahmen Radfeld Mitte der Zulaufstrecke Nord, Abschnitt Kundl/Radfeld - Baumkirchen. Die Bauleistungen beinhalten die Herstellung der 790 m langen Grundwasserwanne Radfeld, die Herstellung des 1600 m langen Tunnelbauwerks in offener Bauweise und die Herstellung einer 130 m langen Zufahrtsrampe inkl. Auffangbecken u. Pumpstation. Zudem sind 3 Stk. Rettungsschächte inkl. Schachtkopfgebäude, eine temporäre Verlegung der B171 und eine Baubehelfsbrücke für den Baustellenverkehr über die B171 herzustellen. Insgesamt erfolgten vier Berichtigungen der Ausschreibungsunterlagen. Als Schlusstermin für den Eingang der Angebote wurde der 7.8.2007, 12.00 Uhr, festgelegt. Die Öffnung der Angebote erfolgte am 7.8.2007, 13.00 Uhr. Insgesamt wurden von 6 Bietern Angebote gelegt. Es wurden keine Alternativangebote abgegeben. Mit Schreiben vom 26.11.2007 wurde der Antragstellerin mitgeteilt, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag dem Angebot der D***, mit einer Auftragssumme von netto Euro römisch 30 zu erteilen.

Die Antragstellerin stellte mit Antrag vom 10.12.2007 das im Spruch wiedergegebene Begehren, welches mit einem Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Akteneinsicht verbunden war.

Begründend führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus:

An der Angebotsöffnung habe ein Vertreter der Antragstellerin teilgenommen; dadurch habe sie Kenntnis der angebotenen Nettoangebotspreise. Daraus ergebe sich, dass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin um 23,09% preislich günstiger sei als jenes der Antragstellerin, welches preislich an zweiter Stelle liege. Mit Fax vom 14.8.2007 habe der Auftraggeber ein Aufklärungsersuchen an die Antragstellerin übermittelt. Darin habe er konkret und abschließend spezifiziert, welche Unterlagen nachzureichen seien. Darüber hinaus habe der Auftraggeber durch folgende Festlegung klargestellt, dass die geforderten Unterlagen jedenfalls innerhalb der festgelegten Frist vorgelegt werden müssten:

"Sie werden einmalig gem § 231 Abs 3 BVergG bzw gemäß Pkt 11.2.4 'Aufklärungen' gem Teil A 'Ausschreibungsunterlagen' höflich aufgefordert, die oben angeführten erforderlichen Nachweise vorzulegen bzw vorgelegte Bescheinigungen zu vervollständigen oder zu erläutern. Ihre Nachreichungen bzw Erläuterungen müssen bis einschließlich Montag, den 27.8.2007 [...] bei der BEG eingehen, widrigenfalls die Prüfung der Eignung auf Basis der bereits vorliegenden Unterlagen ihres Angebots erfolgt." "Sie werden einmalig gem Paragraph 231, Absatz 3, BVergG bzw gemäß Pkt 11.2.4 'Aufklärungen' gem Teil A 'Ausschreibungsunterlagen' höflich aufgefordert, die oben angeführten erforderlichen Nachweise vorzulegen bzw vorgelegte Bescheinigungen zu vervollständigen oder zu erläutern. Ihre Nachreichungen bzw Erläuterungen müssen bis einschließlich Montag, den 27.8.2007 [...] bei der BEG eingehen, widrigenfalls die Prüfung der Eignung auf Basis der bereits vorliegenden Unterlagen ihres Angebots erfolgt."

Weiters werde in Punkt A.11.2.3 lit e Teil A der Ausschreibungsunterlagen folgender Ausscheidensgrund verbindlich festgelegt: Weiters werde in Punkt A.11.2.3 Litera e, Teil A der Ausschreibungsunterlagen folgender Ausscheidensgrund verbindlich festgelegt:

"Angebote werden ausgeschieden, wenn Bieter es unterlassen haben, innerhalb der ihnen gestellten Frist die verlangten Aufklärungen zu geben oder deren Aufklärungen einer nachvollziehbaren Begründung entbehren."

Die Antragstellerin gehe davon aus, dass auch die präsumtive Zuschlagsempfängerin ein Aufklärungsersuchen vom Auftraggeber erhalten habe. Sie gehe weiters davon aus, dass dieses in formalrechtlicher Hinsicht dieselben Festlegungen enthalten habe. Dies gelte insbesondere für die Festlegung, nach der nur einmalig zur Nachreichung bzw. Aufklärung aufgefordert werde. Der im Angebot der Antragstellerin benannte Bauleiter habe nämlich nach dem 27.8.2007 den Anruf eines Mitarbeiters der präsumtiven Zuschlagsempfängerin erhalten, worin sich dieser erkundigt habe, ob etwa gerade das Baulos XXX, welches von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin und einem Mitglied der

antragstellenden Bietergemeinschaft gemeinsam erbracht worden sei, die Anforderung an die Referenzprojekte der verfahrensgegenständlichen Ausschreibungsunterlagen erfülle. Die Antragstellerin gehe daher davon aus, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin somit erst nach Ablauf der vom Auftraggeber gesetzten Frist für die Nachreichung bzw. Aufklärung versucht habe, Informationen über die von ihr bereits im Angebot nachzuweisenden Referenzprojekte zu beschaffen. Obwohl demnach die präsumtive Zuschlagsempfängerin die Frist gemäß dem Aufklärungsersuchen bis 27.8.2007 nicht eingehalten habe, habe ihr der Auftraggeber entgegen § 269 Abs 3 BVergG und den Festlegungen in Punkt A.11.2.3 lit e Teil A ganz offensichtlich eine zweite Möglichkeit zur Nachreichung bzw. Aufklärung eingeräumt. Der Auftraggeber verletze damit § 269 Abs 3 BVergG und darüber hinaus seine eigenen Festlegungen in der Ausschreibungsunterlage. Die Antragstellerin gehe davon aus, dass auch die präsumtive Zuschlagsempfängerin ein Aufklärungsersuchen vom Auftraggeber erhalten habe. Sie gehe weiters davon aus, dass dieses in formalrechtlicher Hinsicht dieselben Festlegungen enthalten habe. Dies gelte insbesondere für die Festlegung, nach der nur einmalig zur Nachreichung bzw. Aufklärung aufgefordert werde. Der im Angebot der Antragstellerin benannte Bauleiter habe nämlich nach dem 27.8.2007 den Anruf eines Mitarbeiters der präsumtiven Zuschlagsempfängerin erhalten, worin sich dieser erkundigt habe, ob etwa gerade das Baulos römisch 30, welches von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin und einem Mitglied der antragstellenden Bietergemeinschaft gemeinsam erbracht worden sei, die Anforderung an die Referenzprojekte der verfahrensgegenständlichen Ausschreibungsunterlagen erfülle. Die Antragstellerin gehe daher davon aus, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin somit erst nach Ablauf der vom Auftraggeber gesetzten Frist für die Nachreichung bzw. Aufklärung versucht habe, Informationen über die von ihr bereits im Angebot nachzuweisenden Referenzprojekte zu beschaffen. Obwohl demnach die präsumtive Zuschlagsempfängerin die Frist gemäß dem Aufklärungsersuchen bis 27.8.2007 nicht eingehalten habe, habe ihr der Auftraggeber entgegen Paragraph 269, Absatz 3, BVergG und den Festlegungen in Punkt A.11.2.3 Litera e, Teil A ganz offensichtlich eine zweite Möglichkeit zur Nachreichung bzw. Aufklärung eingeräumt. Der Auftraggeber verletze damit Paragraph 269, Absatz 3, BVergG und darüber hinaus seine eigenen Festlegungen in der Ausschreibungsunterlage.

Die Zuschlagsentscheidung sei daher jedenfalls rechtswidrig, weil der Auftraggeber dieses zweite Aufklärungsersuchen unterlassen und die präsumtive Zuschlagsempfängerin ausscheiden hätte müssen.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe im Vergleich zum Nettoangebotspreis der Antragstellerin einen um 23,09% niedrigeren Nettoangebotspreis angeboten. Diese außergewöhnliche Preisdifferenz könne sich im Wesentlichen nur im Zusammenhang mit dem "Baugrubenverbau" ergeben. In Summe habe sie für den Baugrubenverbau rund Euro XXX Mio. angeboten. Sollte die präsumtive Zuschlagsempfängerin für den Baugrubenverbau deutlich niedrigere Preise angeboten haben, wäre erwiesen, dass die dabei angebotenen Preise im Bezug auf die zu erbringenden Leistungen gemäß § 268 BVergG nicht plausibel zusammen gesetzt seien und damit eine spekulative Preisgestaltung vorliege. Gegebenenfalls wäre ihr Angebot auch gemäß § 269 Abs 1 Z 3 BVergG auszuschneiden gewesen. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe im Vergleich zum Nettoangebotspreis der Antragstellerin einen um 23,09% niedrigeren Nettoangebotspreis angeboten. Diese außergewöhnliche Preisdifferenz könne sich im Wesentlichen nur im Zusammenhang mit dem "Baugrubenverbau" ergeben. In Summe habe sie für den Baugrubenverbau rund Euro römisch 30 Mio. angeboten. Sollte die präsumtive Zuschlagsempfängerin für den Baugrubenverbau deutlich niedrigere Preise angeboten haben, wäre erwiesen, dass die dabei angebotenen Preise im Bezug auf die zu erbringenden Leistungen gemäß Paragraph 268, BVergG nicht plausibel zusammen gesetzt seien und damit eine spekulative Preisgestaltung vorliege. Gegebenenfalls wäre ihr Angebot auch gemäß Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG auszuschneiden gewesen.

Entgegen § 272 Satz 4 BVergG enthalte die Zuschlagsentscheidung vom 26.11.2007 keine Angaben über die Gründe für die Ablehnung des Angebotes der Antragstellerin, darüber hinaus fehle jeder Hinweis auf die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes. Die Zuschlagsentscheidung erfülle damit nicht die zwingenden gesetzlichen Anforderungen gemäß § 272 BVergG und sei daher auch aus diesem Grunde für nichtig zu erklären. Entgegen Paragraph 272, Satz 4 BVergG enthalte die Zuschlagsentscheidung vom 26.11.2007 keine Angaben über die Gründe für die Ablehnung des Angebotes der Antragstellerin, darüber hinaus fehle jeder Hinweis auf die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes. Die Zuschlagsentscheidung erfülle damit nicht die zwingenden gesetzlichen Anforderungen gemäß Paragraph 272, BVergG und sei daher auch aus diesem Grunde für nichtig zu erklären.

Die Antragstellerin erachte sich durch die rechtswidrige Vorgehensweise des Auftraggebers generell im Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens verletzt, und zwar insbesondere in ihrem Recht auf

Mitteilung einer Zuschlagsentscheidung, die den inhaltlichen Anforderungen des § 272 BVergG entspricht, darauf, dass eine Zuschlagserteilung rechtens nur an die Antragstellerin in Betracht komme, auf Ausschluss der D***, insbesondere wegen nicht fristgemäßer Nachreichung von Unterlagen und wegen Vorliegens einer nicht plausiblen Zusammensetzung des Angebotspreises (spekulative Preisgestaltung), auf Gleichbehandlung, insbesondere bei der Angebotsprüfung und Bestbieterermittlung und auf Durchführung eines Vergabeverfahrens, das den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbs entspricht. Die Antragstellerin erachte sich durch die rechtswidrige Vorgehensweise des Auftraggebers generell im Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens verletzt, und zwar insbesondere in ihrem Recht auf Mitteilung einer Zuschlagsentscheidung, die den inhaltlichen Anforderungen des Paragraph 272, BVergG entspricht, darauf, dass eine Zuschlagserteilung rechtens nur an die Antragstellerin in Betracht komme, auf Ausschluss der D***, insbesondere wegen nicht fristgemäßer Nachreichung von Unterlagen und wegen Vorliegens einer nicht plausiblen Zusammensetzung des Angebotspreises (spekulative Preisgestaltung), auf Gleichbehandlung, insbesondere bei der Angebotsprüfung und Bestbieterermittlung und auf Durchführung eines Vergabeverfahrens, das den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbs entspricht.

Durch die Abgabe eines ausführlichen Angebotes und durch den vorliegenden Nachprüfungsantrag habe die Antragstellerin ihr Interesse am gegenständlichen Vertragsabschluss nachgewiesen. Sollte sie den gegenständlichen Auftrag durch die rechtswidrige Zuschlagserteilung nicht erhalten, drohe ein Gewinnentgang von rund Euro XXX,-. Ferner würden ihr durch die rechtswidrige Beauftragung Geschäftsgemeinkosten von rund Euro XXX,- entgehen. Des Weiteren wären die für die Erstellung des Angebotes sowie die damit verbundenen bislang entstandenen Kosten in Höhe von ca. Euro XXX,- (exkl. MWSt) frustriert. Weiters seien für die Rechtsvertretung bisher bereits rund Euro XXX,- (exkl. MWSt) erwachsen. Die Beauftragung mit der Durchführung des Auftrages bedeute darüber hinaus auch eine wichtige Referenz. Durch die Abgabe eines ausführlichen Angebotes und durch den vorliegenden Nachprüfungsantrag habe die Antragstellerin ihr Interesse am gegenständlichen Vertragsabschluss nachgewiesen. Sollte sie den gegenständlichen Auftrag durch die rechtswidrige Zuschlagserteilung nicht erhalten, drohe ein Gewinnentgang von rund Euro römisch 30 ,--. Ferner würden ihr durch die rechtswidrige Beauftragung Geschäftsgemeinkosten von rund Euro römisch 30 ,- entgehen. Des Weiteren wären die für die Erstellung des Angebotes sowie die damit verbundenen bislang entstandenen Kosten in Höhe von ca. Euro römisch 30 ,- (exkl. MWSt) frustriert. Weiters seien für die Rechtsvertretung bisher bereits rund Euro römisch 30 ,- (exkl. MWSt) erwachsen. Die Beauftragung mit der Durchführung des Auftrages bedeute darüber hinaus auch eine wichtige Referenz.

Der Auftraggeber legte fristgerecht die Vergabeakten vor und brachte in seinem Schriftsatz vom 18.12.2007 Folgendes vor:

Das Angebot der Antragstellerin enthalte Mängel, die nicht behoben bzw. nicht behebbar seien, weshalb der Antragstellerin die Antragslegitimation fehle. Gemäß Pkt 10.1.1, Teil A der Ausschreibungsunterlage seien die "Unterlagen zum Baugrubenverbau nach freier Wahl des Bieters" jeweils sowohl vom "Ersteller" als auch von einem Prüffingenieur zu unterfertigen. Mit der Einladung zum 1. Aufklärungsgespräch vom 29.8.2007 sei der Antragstellerin aufgetragen worden, einen Vorabzug ihrer Antworten auf die Fragen des im Schreiben beigelegten Fragenkataloges zum 1. Aufklärungsgespräch bis zum 7.9.2007 an den Auftraggeber zu übermitteln. Frage Nr. 2 des Fragenkataloges vom 29.8.2007 habe die Kurzfassung der statischen Nachweise betroffen. Aufgrund von Differenzen zwischen dem Bemessungswasserspiegel und den angegebenen Werten der Kurzfassung sei um Bestätigung ersucht worden, dass die Bemessungswasserspiegel gemäß dem bautechnischen Längenschnitt berücksichtigt worden seien und zur Nachreichung entsprechender Unterlagen aufgefordert worden. Im Zuge des 1.

Aufklärungsgesprächs vom 13.9.2007 sei ein Verbesserungsbedarf der im Zuge des Gesprächs vorgelegten Unterlagen festgestellt worden. Die Antragstellerin habe dazu angegeben, die entsprechenden Unterlagen bis zum 26.9.2007 nachzureichen. Im Besprechungsprotokoll des 1. Aufklärungsgesprächs sei zusätzlich explizit festgehalten, "dass alle nachzureichenden Unterlagen bis spätestens zum jeweils angeführten Termin (vorab per E-Mail) zu übermitteln sind. Sollten diese nicht oder verspätet eingereicht werden bzw. nicht hinreichend genau ausgeführt sein, so ist dies in der Sphäre des Bieters und treffen alle hieraus resultierenden Nachteile den Bieter."

Bei der am 26.9.2007 nachgereichten Kurzfassung der statischen Nachweise habe aber die zwingend geforderte Unterschrift des "Erstellers" gefehlt.

Mit Schreiben vom 2.10.2007 sei die Antragstellerin daher in Vorbereitung des 2. Aufklärungsgesprächs aufgefordert

worden, die in der Nachreichung vom 26.9.2007 fehlende Fertigung der Kurzfassung der statischen Nachweise im Zuge des 2. Aufklärungsgespräches nachzureichen. Dessen ungeachtet habe auch bei der im Zuge des 2. Aufklärungsgespräches vom 9.10.2007 vorgelegten Kurzfassung die Unterfertigung des "Erstellers" gefehlt. Die Antragstellerin habe somit keine ausreichend unterfertigten Unterlagen vorgelegt, weshalb das Angebot der Antragstellerin gemäß § 269 Abs. 1 Z 5 BVergG auszuschneiden wäre. Darüber hinaus verstoße der statische Nachweis auch aus technisch-inhaltlicher Sicht gegen die Ausschreibungsbedingungen, da die Vorgaben der Ausschreibungsunterlage hinsichtlich der Wahl des Bemessungswasserspiegels nicht eingehalten worden seien. In der Pos 01 130205A Z ZGKB GESAMTBAUZEIT-GRUNDPOSITION habe die Antragstellerin Wintererschwernisse für Beton berücksichtigt, obwohl eine eigene Position im Leistungsverzeichnis 01 1307150 Z des Teils G.4 der Ausschreibungsunterlage hierfür vorgesehen sei. Im Zuge des 2. Aufklärungsgespräches sei die Antragstellerin ersucht worden, die Kalkulation der Wintererschwernisse für Beton in der Pos 01 130205A Z zu erläutern. Die Antragstellerin habe dazu angegeben, dass Aufwendungen für die Position "Wintererschwernis Beton", ebenso wie der Personaleinsatz, zeitgebundene Kosten seien; daher seien diese nicht in der Position 01 1307150 Z, sondern (bewusst) in der Position 01 130205 A Z kalkuliert worden. Damit verstoße die Antragstellerin ausdrücklich gegen die Vorgaben in der Ausschreibungsunterlage, Pkt 10.6.1 Teil A. Durch die Berücksichtigung der Wintererschwernis in der Grundposition und nicht in der dafür vorgesehenen Position "Bausstellengemeinkosten Winter" habe die Antragstellerin nicht nur ein ausschreibungswidriges, sondern auch ein spekulatives Angebot abgegeben: Die Position "Zus. Bausstellengemeinkosten Winter" sehe die Angabe eines Einheitspreises vor, der nur je angefangenem Kalenderjahr vergütet werde. Die von der Antragstellerin zur Veranschlagung der Wintererschwernis Beton herangezogene Grundposition für die Baustellengemeinkosten werde aber aliquot zur Leistungserbringung abgegolten. Dieser Kalkulationsfehler könne is einer Bietergleichbehandlung und Sicherstellung eines fairen Wettbewerbs nicht behoben werden (eine - nachträgliche Änderung der Kalkulation würde zu einer unzulässigen Wettbewerbsverzerrung führen). Mit Schreiben vom 2.10.2007 sei die Antragstellerin daher in Vorbereitung des 2. Aufklärungsgespräches aufgefordert worden, die in der Nachreichung vom 26.9.2007 fehlende Fertigung der Kurzfassung der statischen Nachweise im Zuge des 2. Aufklärungsgespräches nachzureichen. Dessen ungeachtet habe auch bei der im Zuge des 2. Aufklärungsgespräches vom 9.10.2007 vorgelegten Kurzfassung die Unterfertigung des "Erstellers" gefehlt. Die Antragstellerin habe somit keine ausreichend unterfertigten Unterlagen vorgelegt, weshalb das Angebot der Antragstellerin gemäß Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG auszuschneiden wäre. Darüber hinaus verstoße der statische Nachweis auch aus technisch-inhaltlicher Sicht gegen die Ausschreibungsbedingungen, da die Vorgaben der Ausschreibungsunterlage hinsichtlich der Wahl des Bemessungswasserspiegels nicht eingehalten worden seien. In der Pos 01 130205A Z ZGKB GESAMTBAUZEIT-GRUNDPOSITION habe die Antragstellerin Wintererschwernisse für Beton berücksichtigt, obwohl eine eigene Position im Leistungsverzeichnis 01 1307150 Z des Teils G.4 der Ausschreibungsunterlage hierfür vorgesehen sei. Im Zuge des 2. Aufklärungsgespräches sei die Antragstellerin ersucht worden, die Kalkulation der Wintererschwernisse für Beton in der Pos 01 130205A Z zu erläutern. Die Antragstellerin habe dazu angegeben, dass Aufwendungen für die Position "Wintererschwernis Beton", ebenso wie der Personaleinsatz, zeitgebundene Kosten seien; daher seien diese nicht in der Position 01 1307150 Z, sondern (bewusst) in der Position 01 130205 A Z kalkuliert worden. Damit verstoße die Antragstellerin ausdrücklich gegen die Vorgaben in der Ausschreibungsunterlage, Pkt 10.6.1 Teil A. Durch die Berücksichtigung der Wintererschwernis in der Grundposition und nicht in der dafür vorgesehenen Position "Bausstellengemeinkosten Winter" habe die Antragstellerin nicht nur ein ausschreibungswidriges, sondern auch ein spekulatives Angebot abgegeben: Die Position "Zus. Bausstellengemeinkosten Winter" sehe die Angabe eines Einheitspreises vor, der nur je angefangenem Kalenderjahr vergütet werde. Die von der Antragstellerin zur Veranschlagung der Wintererschwernis Beton herangezogene Grundposition für die Baustellengemeinkosten werde aber aliquot zur Leistungserbringung abgegolten. Dieser Kalkulationsfehler könne is einer Bietergleichbehandlung und Sicherstellung eines fairen Wettbewerbs nicht behoben werden (eine - nachträgliche Änderung der Kalkulation würde zu einer unzulässigen Wettbewerbsverzerrung führen).

Die Kosten der Schneeräumung seien im Leistungsverzeichnis unter der Pos "01 1307150 Z Zus. Baustellengemeinkosten Winter" des Teils G.4 der Ausschreibungsunterlage vorgesehen. Dennoch habe die Antragstellerin die Schneeräumung in der Position "01 131103A Z BAUSTRASSE INSTANDHALTEN 26,500 -28,890" kalkuliert. Im Zuge des 2. Aufklärungsgespräches habe die Antragstellerin dazu angegeben, dass im Langtext zur Position 01 131103A Z das dauernde Feuchthalten der Baustraße (inkl. Taumittel) abgegolten werde und daher in

dieser Position die Schneeräumung kalkuliert worden sei. Dies stelle einen klaren Verstoß gegen Pkt 10.6.1 Teil A der Ausschreibungsunterlage dar. Diese Fehlkalkulation führe überdies zu einer Verbesserung der Wettbewerbsstellung der Antragstellerin, da die Kosten für die Schneeräumung als einmal jährlich abzugeltende Pauschalkosten zu kalkulieren gewesen seien. Die Antragstellerin habe diese aber in eine monatlich abzugeltende Position hinein kalkuliert.

Weiters habe die Antragstellerin die Kosten für den Kauf der Spundbohlen in der Pos "01 1303020 Z BE und BR-GRUNDPOSITION" kalkuliert, obwohl diese laut Ausschreibungsunterlage unter der Pos "01 130304A. Z AUF. ZUS. BE/BR BGV" zu verzeichnen gewesen wären, weshalb das Angebot auch aus diesem Grunde auszuschneiden wäre.

Darüber hinaus habe die Antragstellerin in Pos 11 190149B Z Beton Nischen - Wannenquerschnitt - QZ/QN des Teils G.4 der Ausschreibungsunterlage anstelle der geforderten Betonsorte C25/30(56)/BS1A die Betonqualität C25/30/BS1D angeboten. Das Angebot der Antragstellerin widerspreche somit offenkundig der bestandfesten Ausschreibungsunterlage. Insbesondere seien insoweit weder technische Alternativangebote noch Abänderungsangebote zugelassen. Gemäß Pkt. A.11.2.3 lit i seien unzulässige Alternativangebote und Abänderungsangebote sogar auszuschneiden. Die im Rahmen des 2. Aufklärungsgespräches versuchte Änderung der angebotenen Betonqualität sei daher selbstverständlich unzulässig. Durch die nachträgliche (mündliche) Richtigstellung der Betonsorte würden der Wert der angebotenen Leistung beeinflusst und damit die Wettbewerbsstellung materiell verändert; es liege daher ein unbehebbarer Mangel vor. Darüber hinaus habe die Antragstellerin in Pos 11 190149B Z Beton Nischen - Wannenquerschnitt - QZ/QN des Teils G.4 der Ausschreibungsunterlage anstelle der geforderten Betonsorte C25/30(56)/BS1A die Betonqualität C25/30/BS1D angeboten. Das Angebot der Antragstellerin widerspreche somit offenkundig der bestandfesten Ausschreibungsunterlage. Insbesondere seien insoweit weder technische Alternativangebote noch Abänderungsangebote zugelassen. Gemäß Pkt. A.11.2.3 Litera i, seien unzulässige Alternativangebote und Abänderungsangebote sogar auszuschneiden. Die im Rahmen des 2. Aufklärungsgespräches versuchte Änderung der angebotenen Betonqualität sei daher selbstverständlich unzulässig. Durch die nachträgliche (mündliche) Richtigstellung der Betonsorte würden der Wert der angebotenen Leistung beeinflusst und damit die Wettbewerbsstellung materiell verändert; es liege daher ein unbehebbarer Mangel vor.

Weiters habe die Antragstellerin bei der Detailkalkulation einen Humusabtrag von 29.100 m² berücksichtigt, obwohl dieser in der betreffenden Position "01 130303C Z HAUPT-BE-FLÄCHE BE1" nicht vorgesehen sei. Im zweiten Aufklärungsgespräch habe die Antragstellerin dazu angegeben, dass dieser Humusabtrag vorsorglich für eventuell mögliche Aufwendungen angesetzt worden sei. Derartige Vorkehrungen seien jedoch nicht gefordert bzw. nicht zulässig. Auch insofern widerspreche das Angebot der Antragstellerin der Ausschreibungsunterlage und sei im Sinne der Gleichbehandlung und Sicherstellung eines fairen Wettbewerbs auszuschneiden.

Aus den oben genannten Gründen folge, dass die Antragstellerin kein für den Zuschlag geeignetes Angebot gelegt habe. Wenngleich das Angebot der Antragstellerin nicht ausgeschieden worden sei, hätte es aufgrund unbehebbarer Mangel ausgeschieden werden müssen und sei für eine Zuschlagserteilung überhaupt nicht in Betracht zu ziehen gewesen. Die Anträge der Antragstellerin seien daher schon wegen mangelnder Antragslegitimation als unzulässig zurückzuweisen.

Der geschätzte Auftragswert des gesamten Projektes "Zulaufstrecke Nord, Abschnitt Kundl/Radfeld - Baumkirchen" des Ausbaus der Eisenbahnachse Brenner München - Verona wurde vom Auftraggeber mit rund Euro 2 Milliarden (netto), jener des verfahrensgegenständlichen Bauloses H2-2 der Ausschreibung AS178 mit rund Euro 79.850.000,-- (ohne USt) beziffert. Im gegenständlichen Vergabeverfahren sei weder der Zuschlag erteilt noch eine Widerrufsentscheidung ergangen noch der Widerruf des Vergabeverfahrens ausgesprochen worden.

Mit Schriftsatz vom 20.12.2007, eingelangt beim Bundesvergabeamt am 21.12.2007, brachte die D***, vertreten durch Z*** (im Folgenden präsumtiver Zuschlagsempfänger), fristgerecht begründete Einwendungen gegen den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin vor, welche mit Schriftsatz vom 15.1.2008 noch inhaltlich ergänzt wurden.

In einer Replik vom 4.1.2008 brachte die Antragstellerin vor, dass die Aufforderung des Auftraggebers mit Schreiben vom 2.10.2007, im Zuge des 2. Aufklärungsgespräches am 9.10.2007, die Fertigung der Kurzfassungen der statischen Nachweise nachzureichen, vergaberechtlich unzulässig gewesen sei. Punkt A.10.1.1 des Teils A der Ausschreibungsunterlagen enthalte die Festlegung, welche Unterlagen mit dem Angebot einzureichen seien. Dazu sei

in Zif. 5 festgelegt, dass mit dem Angebot die "Statischen Nachweise für die Herstellung und den Rückbau des Baugrubenverbaus nach freier Wahl des AN in einem verschlossenen Kuvert" abzugeben seien. Damit seien die eigentlichen statischen Berechnungen gemeint. Diese statischen Nachweise seien für "mindestens 1 Berechnungsquerschnitt je Abschnitt und Verbautyp" zu erbringen. Dies bedeute, dass die Bieter insgesamt 19 Berechnungsquerschnitte nachzuweisen hätten. Die Bieter hätten dabei also ihre statische Berechnungsmethode von km 26 + 500 bis km 28,265 offenzulegen. Wesentlich dabei sei, dass die Bieter nach diesen Festlegungen die Positionierung, an der die statische Berechnung (Berechnungsquerschnitt) durchgeführt werde, im Wesentlichen frei wählen hätten können. Darüber hinaus hätten die Bieter gemäß Zif. 4 eine "Kurzfassung der statischen Nachweise" dem Angebot beizulegen. Diese Kurzfassung umfasse lediglich eine Zusammenfassung jener statischen Nachweise, die aufgrund der Zif. 5 dem Angebot beizulegen gewesen seien. Die Bieter hätten für diese Kurzfassungen zwingend ein vom Auftraggeber vorgegebenes Formular (Anhang A-V) zu verwenden. Dieser Anhang habe jedoch lediglich am Ende eine Unterschriftenzeile für den Prüfenieur: "Fertigung Prüfenieur" enthalten, eine Unterschriftenzeile für den "Ersteller" habe hingegen gefehlt. Die Antragstellerin habe jedoch die geforderten "Kurzfassungen der statischen Nachweise" und die "Statischen Nachweise für die Herstellung und den Rückbau des Baugrubenverbaus nach freier Wahl AN in einem verschlossenen Kuvert" bereits mit ihrem Angebot uneingeschränkt erbracht. Zum einen seien die Kurzfassungen der statischen Nachweise sowohl vom Prüfenieur als auch vom Ersteller unterfertigt gewesen, zum anderen hätten diese Kurzfassungen auch die inhaltlichen Anforderungen der Ausschreibungsunterlagen uneingeschränkt erfüllt. Inhaltliche Zweifel in Bezug auf die statische Berechnungsmethode gemäß Zif. 5 habe der Auftraggeber niemals geäußert. Lediglich im Zuge des 1. Aufklärungsgespräches am 13.9.2007 habe der Auftraggeber den von der Antragstellerin angesetzten Bemessungswasserspiegel und damit im Ergebnis die gewählte Stationierung des Berechnungsquerschnitts hinterfragt. Dazu habe die Antragstellerin zur Frage 11 ausdrücklich bestätigt, dass der Bemessungswasserspiegel und Baugrubenverbau auf das Niveau von GWhoch gemäß bautechnischem Längenschnitt ausgelegt worden seien und daher bei entsprechender Stationierung des Berechnungsquerschnitts die Anforderungen der Ausschreibungsunterlagen erfülle. Gegen die statische Berechnungsmethode als solche habe keinerlei inhaltliche Bedenken bestanden, da der Auftraggeber bloß die Kurzfassung der statischen Nachweise hinterfragt habe. Einen inhaltlichen Änderungsbedarf der Kurzfassungen der statischen Nachweise habe es somit nicht gegeben. Es habe lediglich die Stationierung des Berechnungsquerschnitts, welcher für die statische Berechnung irrelevant sei, adaptiert werden müssen. Diese Adaptierung sei dem Auftraggeber mit E-Mail vom 26.9.2007 übermittelt worden. Da diese Adaptierung lediglich die Stationierung des Berechnungsquerschnitts betroffen habe, sei ausschließlich die Kilometerangabe des Berechnungsquerschnitts adaptiert worden. Sämtliche anderen Angaben in den Kurzfassungen seien gegenüber den Kurzfassungen der statischen Nachweise, die bereits dem Angebot der Antragstellerin beigelegt gewesen seien, unverändert geblieben. Demnach habe sich auch der eigentliche statische Nachweis gemäß Zif. 5 inhaltlich in keiner Weise geändert. Folglich sei es nicht erforderlich gewesen, diese Adaptierung der Kurzfassungen der statischen Nachweise nochmals vom Prüfenieur und Ersteller zu unterfertigen. Da die im Zuge des 2. Aufklärungsgespräches vom 9.10.2007 vorgelegten Kurzfassungen ohnehin vom Prüfenieur unterfertigt worden seien, habe die Antragstellerin uneingeschränkt die vom Auftraggeber vorgegebenen Anforderungen im Anhang A-V erfüllt, obwohl dies nicht erforderlich gewesen wäre. Insofern sei die fehlende Unterschrift des Erstellers jedenfalls irrelevant.

Die Auffassung des Auftraggebers, die von der Antragstellerin in Pos. 01 130205A Z kalkulierte "Wintererschweris Beton" hätte in der Pos. 01 1307150 Z berücksichtigt werden müssen, sei unzutreffend. Aus keiner einzigen Bestimmung der Ausschreibungsunterlagen ergebe sich, dass die berücksichtigten Kosten "Wintererschweris Beton" ausschließlich in Position 01 1307150 Z zu kalkulieren gewesen wären. Vielmehr habe der Auftraggeber abweichend von sonstigen standardisierten Leistungsbeschreibungen in diesem Zusammenhang ausschließlich frei formulierte Zusatzpositionen verwendet. Diese Z-Positionen enthielten aufgrund der vom Auftraggeber selbst formulierten Positionsbeschreibungen und der dadurch fehlenden Standardisierung keine objektiv eindeutige, exakte Kostenzuordnung zu den einzelnen Positionen. Im Ergebnis unterstelle der Auftraggeber den zitierten Positionen einen Inhalt, der für einen redlichen und fachkundigen Erklärungsempfänger objektiv nicht erkennbar gewesen sei. In Position 01 130205A Z seien ausdrücklich "zeitgebundene Kosten der Baustelle" zu berücksichtigen. Demgegenüber seien in Position 01 1307150 Z alle darüber hinausgehenden Baustellengemeinkosten zu berücksichtigen, die sonst nicht explizit in anderen Positionen enthalten seien. Aufgrund dieses objektiven Erklärungswertes der beiden Positionsbeschreibungen habe die Antragstellerin davon ausgehen müssen, dass die zeitgebundenen Kosten im

Zusammenhang mit der Wintererschwerfnis in Pos. 01 130205A Z zu kalkulieren seien. Deshalb habe sie in dieser Position die zeitgebundenen Kosten, insbesondere für das Bereithalten von Anlagenteilen zur Betonherstellung für Frost- und Witterungsschutz sowie eine Erwärmung der Materialien unter dem Titel "Wintererschwerfnis Beton" berücksichtigt. Demgegenüber habe sie - dem objektiven Erklärungswert der Positionsbeschreibung entsprechend - nur die zusätzlichen Baustellengemeinkosten in Pos. 01 1307150 Z berücksichtigt. Während die Leistungen der Pos. 01 130205A Z aliquot zur erbrachten Leistung verrechnet würden, würden die Leistungen der Pos. 01 1307150 Z je angefangenem Kalenderjahr verrechnet werden. Diese zeitgebundenen Kosten könnten somit verrechnet werden, obwohl die damit in Zusammenhang stehenden Leistungen möglicherweise noch gar nicht erbracht worden wären.

Aufgrund des Einsatzes eines Gerätes sowohl zum Kehren und Feuchthalten als auch für die Schneeräumung hätten die damit verbundenen Kosten ausschließlich in der Pos. 01 131103A Z berücksichtigt werden können. Dieses Gerät werde nämlich bereits volle 12 Monate kalkulatorisch für die Baustelle kalkuliert, weshalb eine Kalkulation unter Pos. 01 1307150 Z, wie vom Auftraggeber behauptet, unzulässig sei.

In der Leistungsgruppe 01 1303 Z sei ausdrücklich angeführt, dass mit dem Einheitspreis "alle sonstigen einmaligen Kosten" abgegolten seien. Der Kauf von Spundbohlen verursache unzweifelhaft einmalige Kosten, der an keiner anderen Stelle des Leistungsverzeichnisses ausdrücklich vom Auftraggeber vorgesehen sei. Aufgrund dieser objektiv unmissverständlichen Positionsbeschreibung habe die Antragstellerin den Kauf der Spundbohlen in Position 01 1303020 Z völlig korrekt berücksichtigt. Demgegenüber wäre die Kalkulation der Spundbohlen in der vom Auftraggeber behaupteten Position 01 130304A Z jedenfalls unzutreffend, weil Spundbohlen keinen Einrichtungsaufwand für die Baustelle darstellen würden.

In Position 11 190149 B Z habe die Antragstellerin unbestreitbar völlig ausschreibungskonform die darin geforderte Betonsorte C25/30(56)/BS1A angeboten und auch ausgepreist. Dies habe sie ausdrücklich im Rahmen des 2. Aufklärungsgesprächs am 9.10.2007 zur Frage 30 bestätigt. Lediglich im K7-Blatt habe sie aufgrund eines Redaktionsversehens das Vorgängerprodukt der ausgeschriebenen Betonsorte angeführt. Da jedoch im Leistungsverzeichnis die relevante Position ausschreibungskonform angeboten worden sei, liege überhaupt kein Angebotsmangel vor. Verbindlich sei ausschließlich das Leistungsverzeichnis. Aus Punkt D.1.2 Teil D 1 ergebe sich unmissverständlich, dass die K-Blätter keine Vertragsbestandteile seien. Insofern sei ausschließlich das Leistungsverzeichnis maßgeblich. Wenn überhaupt ein Angebotsmangel vorliegen sollte, handle es sich um einen behebbaren Mangel, da der Positionspreis der Betonsorte lediglich 0,0008% des Gesamtangebotspreises betrage.

In Punkt B.4.1.1 Teil B der Ausschreibungsunterlagen sei zwar festgelegt, dass der Humusabtrag im Wesentlichen vom Auftraggeber erbracht werde. Aufgrund bisheriger Erfahrungen der Antragstellerin mit Projekten, die bereits für den Auftraggeber vor Ort erbracht worden seien, sei ihr jedoch bekannt, dass zusätzliche Flächen für die Baustelleneinrichtung erforderlich werden könnten. Der Auftraggeber sei nicht verpflichtet, diese zusätzlichen Flächen dem künftigen Auftragnehmer bereitzustellen. Für diese zusätzlichen Flächen der Baustelleneinrichtung habe die Antragstellerin in Position 01 130303 C Z Kosten berücksichtigt. Aus dem objektiven Erklärungswert der Ausschreibungsunterlagen, insbesondere des Leistungsverzeichnisses, ergebe sich in keiner Weise, dass die Kalkulation von Kosten "vorsorglich für eventuell mögliche Aufwendungen" unzulässig sein sollte.

Mit Schriftsatz vom 15.1.2008 ergänzte der Auftraggeber, dass das Angebot der Antragstellerin des weiteren auch deshalb auszuschneiden gewesen wäre, weil diese in den mit dem Angebot eingereichten Kurzfassungen der statischen Nachweise (sowie auch in den eigentlichen statischen Nachweisen) die Abschnitte A + B und C + D zusammengefasst, somit gegen die Vorgabe, für jeden Abschnitt mindestens einen Berechnungsquerschnitt zu erstellen, verstoßen habe. Darüber hinaus sei für die Abschnitte A und B tatsächlich gar kein Berechnungsquerschnitt erstellt worden und seien die Gültigkeitsbereiche der statischen Nachweise jeweils abweichend von den örtlich festgelegten Abschnitten A - Q definiert worden.

In einem weiteren Schriftsatz vom 23.1.2008 replizierte die Antragstellerin im Wesentlichen, dass der Auftraggeber eine maßgebliche Änderung der Ausschreibungsunterlagen durch die zweite Berichtigung vom 12.10.2007 außer Betracht lasse. Er habe die Ausschreibungsunterlagen maßgeblich wie folgt geändert:

" - es sind die GW Stände lt. Pegelm im Anhang 1 zum Abschnitt E1 heranzuziehen. Die in den Plänen nun berichtigt ohne Koten dargestellte GW-Hoch bzw. GW Tiefstände dienen nur der Orientierung und Anschauung.

- -Strichaufzählung

in diesem Zusammenhang werden die in der im Teil J beiliegenden Ergänzung ersichtlichen Pläne (25 Stk) berichtigt."

In diesen berichtigten Plänen seien die ursprünglich enthaltenen Grundwasserhochstände entfernt worden, die statischen Nachweise seien demnach ausdrücklich nur nach den Pegelmessungen auszulegen. Die von der Antragstellerin mit dem Angebot abgegebenen statischen Nachweise hätten diese Vorgaben vollinhaltlich erfüllt. In der 3. Berichtigung der Ausschreibung vom 20.10.2007 habe der Auftraggeber die digitalen Planunterlagen angepasst. Unter anderem habe er die mit der zweiten Berichtigung entfernten Grundwasserhochstände wieder in die digitalen Planunterlagen eingefügt und die zugehörigen Grundwasserlinien präzisiert. Er habe jedoch die geänderten Pläne übermittelt, ohne festzulegen, dass die statischen Nachweise neben den Pegelmessungen nunmehr auch wieder nach den Grundwasserhochständen auszulegen wären. Für das Erstellen der statischen Nachweise seien daher nach wie vor ausschließlich die vorhandenen Pegelmessungen maßgeblich gewesen. Die von der Antragstellerin ursprünglich statischen Nachweise sowohl nach Zif. 4 als auch nach Zif. 5 des Teils A der Ausschreibungsunterlagen seien sohin ausschreibungskonform gewesen. Die Nachforderungen des Auftraggebers in Bezug auf die statischen Kurzfassungen seien demnach überhaupt unzulässig gewesen. Insofern sei die fehlende Unterschrift des "Erstellers" auf den nachgereichten Kurzfassungen gänzlich irrelevant. Für den Abschnitt A und für den Abschnitt B habe sie jeweils einen Berechnungsquerschnitt erstellt, der jedoch dieselben Ergebnisse gebracht habe. In den mit dem Angebot abgegebenen Unterlagen seien deshalb die beiden Abschnitte A und B zusammengefasst dargestellt worden. Gleiches gelte für die Abschnitte C und D. Die Wahl der konkreten Positionierung des Berechnungsquerschnitts obliege dem Bieter. Für die ausgeschriebenen Abschnitte seien dabei jeweils die repräsentativen Tröge zu betrachten. Damit könne überprüft werden, ob das von den Bietern jeweils angebotene Gesamtsystem und deren maßgeblichen Bauteile die Anforderungen der Tragsicherheit und Gebrauchstauglichkeit erfüllten. Der abschnittsbezogen ungünstigste Lastfall sei daher ebenso wenig von Relevanz, wie der Vergleich mit Baugrubenverbaumethoden nach Wahl anderer Bieter.

In der mündlichen Verhandlung vom 28.1.2008, brachte der Auftraggebervertreter vor, die Antragstellerin habe nie bestritten, für die Abschnitte A und B tatsächlich keinen Berechnungsquerschnitt erstellt zu haben; der fälschlich für die Abschnitte A und B gemeinsam erbrachte Berechnungsquerschnitt liege nämlich bereits im Abschnitt C. Ebenso durch die Antragstellerin unbestritten geblieben sei die ausschreibungswidrige Abänderung der im Leistungsverzeichnis definierten Abschnitte, für welche die statischen Nachweise zu erbringen gewesen seien. Alle diese Verstöße beträfen bereits die dem Angebot beigelegten statischen Kurzfassungen. Auf Vorhalt der Senatsvorsitzenden, dass der für den Abschnitt A+B bei km 26,700 liegende Berechnungsquerschnitt nicht im Bereich des Abschnitts A bzw. B sondern vielmehr im Abschnitt C liege, führt die Antragstellerin aus, dass der Trog 1 von km 26+500 bis km 26,700 reiche. Der Nachweis der Tragsicherheit und der Gebrauchstauglichkeit für den Trog 1 sei daher bei der ungünstigsten Stelle, bei km 26,700, angenommen worden. Der Berechnungsquerschnitt für den jeweils genannten Abschnitt müsse nicht in dem jeweils genannten Abschnitt liegen. Eine ausdrückliche Festlegung, dass der Berechnungsquerschnitt innerhalb des Abschnittes liegen müsse, gebe es in der Ausschreibung nicht. Der Auftraggebervertreter bestritt dies mit dem Argument, aus Ziffer 5 des Abschnitts A 10.1.1 der Ausschreibungsunterlage ergebe sich zwingend, dass für jeden Abschnitt mindestens ein Berechnungsquerschnitt zu erstellen gewesen sei, unabhängig vom Verbautyp; auch für einen durchgängigen Trog habe der Auftraggeber für jeden Abschnitt einen Berechnungsquerschnitt verlangt.

Der Antragstellervertreter bestätigte, unter der Pos. 01130205AZ die "Wintererschwerms Beton" kalkuliert zu haben. Darunter seien Kosten für das Bereithalten von Anlagenteilen zur Betonherstellung für Frost- und Witterungsschutz sowie eine Erwärmung dieser Materialien kalkuliert worden. Diese Anlagen seien auf der Baustelle auf Baudauer fix und würden nicht im Winter montiert und dann wieder demontiert werden. Der Vertreter der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wies darauf hin, dass der von der Antragstellerin kalkulierte "Witterungsschutz" ausdrücklich in der Pos. 011307150Z genannt sei, ebenso wie das Einrichten, Beistellen und Betreiben aller Anlagen für die Ausführung von Arbeiten während der winterlichen Jahreszeit. Der Antragstellervertreter erwiderte, dass die vom Auftraggeber für richtig befundene Pos. 011307150Z keine zeitgebundenen Kosten enthalte, folglich habe die Antragstellerin ihre kalkulierten Kosten zutreffend in der Pos. 01130205AZ berücksichtigt. Der Antragstellervertreter beantragte die Beistellung eines Sachverständigen auf dem Gebiet der Baustatik.

Der vorliegende Antrag ist rechtlich wie folgt zu beurteilen:

I. Anwendbare Rechtslage römisch eins. Anwendbare Rechtslage

Das Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG 2006), BGBl I Nr. 17/2006, wurde mit BGBl I Nr. 86/2007, kundgemacht im Bundesgesetzblatt am 26.11.2007, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind grundsätzlich mit dem zweiten der Kundmachung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 86/2007, folgenden Monatsersten, somit am 1.1.2008, in Kraft getreten. Das Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG 2006), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, wurde mit Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007,, kundgemacht im Bundesgesetzblatt am 26.11.2007, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind grundsätzlich mit dem zweiten der Kundmachung des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007,, folgenden Monatsersten, somit am 1.1.2008, in Kraft getreten.

Gemäß § 345 Abs. 13 Z 1 letzter Satz BVerG 2006 in der Fassung der zitierten Novelle sind jedoch im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes BGBl I Nr. 86 /2007, bereits eingeleitete Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Das Vergabeverfahren war im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes BGBl I Nr. 86/2007, bereits eingeleitet. Daraus folgt, dass der Auftraggeber dem gegenständlichen Vergabeverfahren die Regelungen des BVerG 2006 in seiner Stammfassung des BGBl I Nr. 17/2006, zu Grunde zu legen hat. Ebenso hat das Bundesvergabeamt zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens die Regelungen des BVerG 2006 in seiner Stammfassung des BGBl I Nr. 17/2006, als Prüfmaßstab heranzuziehen. Gemäß Paragraph 345, Absatz 13, Ziffer eins, letzter Satz BVerG 2006 in der Fassung der zitierten Novelle sind jedoch im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007,, bereits eingeleitete Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Das Vergabeverfahren war im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007,, bereits eingeleitet. Daraus folgt, dass der Auftraggeber dem gegenständlichen Vergabeverfahren die Regelungen des BVerG 2006 in seiner Stammfassung des Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, zu Grunde zu legen hat. Ebenso hat das Bundesvergabeamt zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens die Regelungen des BVerG 2006 in seiner Stammfassung des Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, als Prüfmaßstab heranzuziehen.

Gemäß § 345 Abs. 13 Z 2 2. Satz BVerG 2006 in der Fassung der zitierten Novelle sind auch im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes BGBl I Nr. 86/2007, beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren vom Bundesvergabeamt nach der bisherigen Rechtslage fortzuführen. Das gegenständliche Nachprüfungsverfahren war im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes BGBl I Nr. 86/2007, beim Bundesvergabeamt anhängig. Daraus folgt, dass das gegenständliche Nachprüfungsverfahren vom Bundesvergabeamt nach den Regelungen des Bundesvergabegesetzes 2006 in seiner Stammfassung des BGBl I Nr. 17/2006, zu Ende zu führen ist. Gemäß Paragraph 345, Absatz 13, Ziffer 2, 2. Satz BVerG 2006 in der Fassung der zitierten Novelle sind auch im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007,, beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren vom Bundesvergabeamt nach der bisherigen Rechtslage fortzuführen. Das gegenständliche Nachprüfungsverfahren war im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007,, beim Bundesvergabeamt anhängig. Daraus folgt, dass das gegenständliche Nachprüfungsverfahren vom Bundesvergabeamt nach den Regelungen des Bundesvergabegesetzes 2006 in seiner Stammfassung des Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, zu Ende zu führen ist.

II. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrags
römisches zwei. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrags

Der Auftraggeber, die Brenner Eisenbahn GmbH, ist gemäß § 1 Abs 1 Bundesgesetz zur Errichtung einer "Brenner Eisenbahn GmbH", BGBl Nr. 502/1995 idF BGBl I Nr. 163/2005, für die Planung und den Bau der Hochleistungsstrecke Staatsgrenze bei Kufstein-Innsbruck-Staatsgrenze am Brenner errichtet. Das Stammkapital wird zu 100% von der ÖBB - Infrastruktur Bau AG gehalten, einem öffentlichen Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVerG 2006. Die Aktien der ÖBB - Infrastruktur Bau AG sind zu 100% der ÖBB - Holding AG vorbehalten. Letztere steht zu 100% im Eigentum des Bundes, wobei die Verwaltung der Anteilsrechte dem Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie zukommt (§ 2 Bundesbahngesetz). Der Auftraggeber steht somit mittelbar zu 100% im Bundeseigentum. Der Auftraggeber, die Brenner Eisenbahn GmbH, ist gemäß Paragraph eins, Absatz eins, Bundesgesetz zur Errichtung einer "Brenner Eisenbahn GmbH", Bundesgesetzblatt Nr. 502 aus 1995, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 163 aus 2005,, für die Planung und den Bau der Hochleistungsstrecke Staatsgrenze bei Kufstein-Innsbruck-Staatsgrenze am Brenner errichtet. Das Stammkapital wird zu 100% von der ÖBB - Infrastruktur Bau AG gehalten, einem öffentlichen Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVerG 2006. Die Aktien der ÖBB - Infrastruktur Bau AG sind zu 100% der ÖBB - Holding AG vorbehalten. Letztere steht zu 100% im Eigentum des Bundes, wobei die

Verwaltung der Anteilsrechte dem Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie zukommt (Paragraph 2, Bundesbahngesetz). Der Auftraggeber steht somit mittelbar zu 100% im Bundeseigentum.

Die Brenner Eisenbahn GmbH wurde zu dem besonderen Zweck gegründet, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind (vgl. EuGH 10.11.1998, Rs C- 360/96, "BFI Holding"; EuGH 10.5.2001, Rs C- 223/99 und C-260/99, "Agorà und Excelsior"; EuGH 27.2.2003, Rs C-373/00, "Truley"), sie ist rechtsfähig und wird überwiegend von einer Einrichtung iSd § 3 Abs 1 Z 2 BVergG finanziert. Da sie darüber hinaus ein Bereitsteller von Schieneninfrastruktur ist, handelt es sich beim Auftraggeber um ein im Sektorenbereich tätiges Unternehmen. Die Brenner Eisenbahn GmbH ist somit - unbestritten - öffentlicher Auftraggeber iSv § 3 Abs 1 Z 2 iVm §§ 164 und 169 BVergG. Die Brenner Eisenbahn GmbH wurde zu dem besonderen Zweck gegründet, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind vergleiche EuGH 10.11.1998, Rs C- 360/96, "BFI Holding"; EuGH 10.5.2001, Rs C-223/99 und C-260/99, "Agorà und Excelsior"; EuGH 27.2.2003, Rs C-373/00, "Truley"), sie ist rechtsfähig und wird überwiegend von einer Einrichtung iSd Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG finanziert. Da sie darüber hinaus ein Bereitsteller von Schieneninfrastruktur ist, handelt es sich beim Auftraggeber um ein im Sektorenbereich tätiges Unternehmen. Die Brenner Eisenbahn GmbH ist somit - unbestritten - öffentlicher Auftraggeber iSv Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, in Verbindung mit Paragraphen 164 und 169 BVergG.

Der gegenständliche Auftrag ist als Bauauftrag gemäß § 4 iVm § 174 BVergG einzustufen. Das Vergabeverfahren wird als offenes Verfahren durchgeführt. Der geschätzte Auftragswert des verfahrensgegenständlichen Bauloses H2-2 der Ausschreibung AS178 beträgt entsprechend den Angaben des Auftraggebers rund Euro 79.850.000,--, sodass es sich gemäß § 180 Abs 1 Z 2 BVergG um einen Auftrag im Oberschwellenbereich handelt. Der gegenständliche Auftrag ist als Bauauftrag gemäß Paragraph 4, in Verbindung mit Paragraph 174, BVergG einzustufen. Das Vergabeverfahren wird als offenes Verfahren durchgeführt. Der geschätzte Auftragswert des verfahrensgegenständlichen Bauloses H2-2 der Ausschreibung AS178 beträgt entsprechend den Angaben des Auftraggebers rund Euro 79.850.000,--, sodass es sich gemäß Paragraph 180, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG um einen Auftrag im Oberschwellenbereich handelt.

Der Nachprüfungsantrag wurde innerhalb der gemäß § 321 Abs. 1 Z 7 leg.cit. vorgesehenen Frist beim Bundesvergabeamt eingebracht, sodass der Antrag jedenfalls als rechtzeitig zu qualifizieren ist. Die Antragstellerin bekämpft als gesondert anfechtbare Entscheidung die Zuschlagsentscheidung gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG. Laut Stellungnahme des Auftraggebers vom 13.12.2007 wurde weder der Zuschlag erteilt noch ist eine Widerrufsentscheidung ergangen noch der Widerruf des Vergabeverfahrens ausgesprochen. Der Nachprüfungsantrag wurde innerhalb der gemäß Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 7, leg.cit. vorgesehenen Frist beim Bundesvergabeamt eingebracht, sodass der Antrag jedenfalls als rechtzeitig zu qualifizieren ist. Die Antragstellerin bekämpft als gesondert anfechtbare Entscheidung die Zuschlagsentscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG. Laut Stellungnahme des Auftraggebers vom 13.12.2007 wurde weder der Zuschlag erteilt noch ist eine Widerrufsentscheidung ergangen noch der Widerruf des Vergabeverfahrens ausgesprochen.

Zur von der Antragstellerin aufgeworfenen Frage der Prüfbefugnis des Bundesvergabeamtes ist einleitend darauf hinzuweisen, dass gemäß § 312 Abs. 2 Z 2 BVergG 2006 das Bundesvergabeamt im Rahmen des durch den Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunktes prüfbefugt ist. Die Prüfbefugnis des Bundesvergabeamtes hängt daher vom Begehren sowie dem geltend gemachten Beschwerdepunkt im Nachprüfungsantrag ab (Thienel in Schramm/Aicher/Fruhman/Thienel, §162 Rz 173, ebenso Möslinger-Gehmayr in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 166 RZ 40 f). Sieht sich der Nachprüfungsantragsteller in seinem Recht auf Zuschlagserteilung zu seinen Gunsten verletzt, ergibt sich - im Vergleich zu einer im Rahmen der Ausschreibung behaupteten Rechtsverletzung - ein weitaus größerer Prüfraum für das BVA. Auf Grund der durch das AVG gebotenen Officialmaxime können daher vom Bundesvergabeamt im Rahmen der geltend gemachten Beschwerdepunkte auch Ausscheidensgründe aufgegriffen werden, die vom Auftraggeber im Zuge der Angebotsprüfung nicht herangezogen wurden (vgl. BVA vom 13.4.2007, N/0019-BVA/11/2007- 24). Wenngleich die Antragstellerin zu keinem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens vom Auftraggeber formell ausgeschieden wurde, ist die Antragslegitimation der Antragstellerin von Amts wegen zu prüfen. So hält der VwGH in ständiger Rechtsprechung fest, dass einem Bieter, dessen Angebot auszuschneiden gewesen wäre (aber nicht ausgeschieden wurde), keine Antragslegitimation im Nachprüfungsverfahren zukommt, weil er für die Zuschlagserteilung ohnehin nicht in Betracht käme und ihm daher durch die behauptete Rechtswidrigkeit kein Schaden entstehen bzw. drohen kann (vgl. VwGH 12.9.2007, 2005/04/0181; 28.3.2007, 2005/04/200). Dabei hat der VwGH nicht danach unterschieden, ob das Vorliegen einzelner Ausscheidensgründe erst im Nachprüfungsverfahren

hervorgekommen ist, oder ob der Auftraggeber Teile seiner durchgeführten Angebotsprüfung revidiert. Der Auftraggeber behauptet, dass der Antragstellerin die Antragslegitimation fehle. Zur von der Antragstellerin aufgeworfenen Frage der Prüfbefugnis des Bundesvergabebeamten ist einleitend darauf hinzuweisen, dass gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 das Bundesvergabeamt im Rahmen des durch den Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunktes prüfbefugt ist. Die Prüfbefugnis des Bundesvergabebeamten hängt daher vom Begehren sowie dem geltend gemachten Beschwerdepunkt im Nachprüfungsantrag ab (Thienel in Schramm/Aicher/Fruhman/Thienel, §162 Rz 173, ebenso Möslinger-Gehmayr in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 166, Rz 40 f). Sieht sich der Nachprüfungsantragsteller in seinem Recht auf Zuschlagserteilung zu seinen Gunsten verletzt, ergibt sich - im Vergleich zu einer im Rahmen der Ausschreibung behaupteten Rechtsverletzung - ein weitaus größerer Prüfraum für das BVA. Auf Grund der durch das AVG gebotenen Officialmaxime können daher vom Bundesvergabeamt im Rahmen der geltend gemachten Beschwerdepunkte auch Ausscheidensgründe aufgegriffen werden, die vom Auftraggeber im Zuge der Angebotsprüfung nicht herangezogen wurden (vergleiche BVA vom 13.4.2007, N/0019-BVA/11/2007- 24). Wenngleich die Antragstellerin zu keinem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens vom Auftraggeber formell ausgeschieden wurde, ist die Antragslegitimation der Antragstellerin von Amts wegen zu prüfen. So hält der VwGH in ständiger Rechtsprechung fest, dass einem Bieter, dessen Angebot auszuschneiden gewesen wäre (aber nicht ausgeschieden wurde), keine Antragslegitimation im Nachprüfungsverfahren zukommt, weil er für die Zuschlagserteilung ohnehin nicht in Betracht käme und ihm daher durch die behauptete Rechtswidrigkeit kein Schaden entstehen bzw. drohen kann (vergleiche VwGH 12.9.2007, 2005/04/0181; 28.3.2007, 2005/04/200). Dabei hat der VwGH nicht danach unterschieden, ob das Vorliegen einzelner Ausscheidensgründe erst im Nachprüfungsverfahren hervorgekommen ist, oder ob der Auftraggeber Teile seiner durchgeführten Angebotsprüfung revidiert. Der Auftraggeber behauptet, dass der Antragstellerin die Antragslegitimation fehle.

III. Antragslegitimation der Antragstellerin römisch drei. Antragslegitimation der Antragstellerin

Einleitend wird darauf hingewiesen, dass die verfahrensgegenständliche Ausschreibung mangels Anfechtung bestandfest geworden und somit vom Auftraggeber der Angebotsprüfung zu Grunde zu legen ist (vgl. VwGH 27.6.2007, 2005/04/0234; 1.3.2007, 2005/04/0239; 19.9.2004, 2004/04/0054; 17.11.2004, 2002/04/0078; BVA 11.4.2006, N/0001-BVA/02/2006-71, N/0017-BVA/04/2006-25, u.a.). Einleitend wird darauf hingewiesen, dass die verfahrensgegenständliche Ausschreibung mangels Anfechtung bestandfest geworden und somit vom Auftraggeber der Angebotsprüfung zu Grunde zu legen ist (vergleiche VwGH 27.6.2007, 2005/04/0234; 1.3.2007, 2005/04/0239; 19.9.2004, 2004/04/0054; 17.11.2004, 2002/04/0078; BVA 11.4.2006, N/0001-BVA/02/2006-71, N/0017-BVA/04/2006-25, u.a.).

Gemäß § 269 Abs 1 Z 5 BVergG sind den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind, auszuschneiden. Ebenso hält Pkt. 11.2.3 Teil A der Ausschreibungsunterlagen fest, dass Angebote ausgeschieden werden, "h) wenn sie den Ausschreibungsbestimmungen widersprechen oder fehlerhaft bzw. unvollständig sind, sofern Mängel nicht behoben werden oder nicht behebbar sind, oder die rechtsgültige Fertigung fehlt (vgl. Pkt. A 10.1.1 oder A 10.1.2)". Gemäß Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG sind den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind, auszuschneiden. Ebenso hält Pkt. 11.2.3 Teil A der Ausschreibungsunterlagen fest, dass Angebote ausgeschieden werden, "h) wenn sie den Ausschreibungsbestimmungen widersprechen oder fehlerhaft bzw. unvollständig sind, sofern Mängel nicht behoben werden oder nicht behebbar sind, oder die rechtsgültige Fertigung fehlt (vergleiche Pkt. A 10.1.1 oder A 10.1.2)".

Pkt. A.10.1.1 Teil A der Ausschreibungsunterlage enthält die Festlegung, welche Unterlagen mit dem Angebot einzureichen sind:

"Die Angebotseinreichung hat in einfacher Ausfertigung mit nachfolgendem Inhalt entsprechend der vorgegebenen Reihenfolge zu erfolgen. Die Angebotsunterlagen sind in der in den Ausschreibungsunterlagen beschriebenen Form zu erstellen und auszufüllen. Sämtliche Bestandteile der Ausschreibung (inklusive dem AusschreibungsLeistungsverzeichnis am mitgelieferten Datenträger) sind zu bearbeiten. Wo dies vorgesehen ist, sind die mit den Unterlagen übermittelten Textvordrucke, Leerformulare und Dateien zu verwenden wobei die Angebotsunterlagen bei den entsprechenden Register- und Deckblättern einzulegen sind:

- EINZUREICHENDE ANGEBOTSUNTERLAGEN

Reg. Nr.

- ABGABEEXEMPLAR

.... ..

.... ..

ANLAGEN Inhaltverzeichnis der Anlagen -----

.... ..

- VADIUM nach den Bestimmungen gem. Pkt. A.9.10 9

UNTERLAGEN zum BAUGRUBENVERBAU NACH FREIER WAHL des Bieters

Die Unterlagen zum Baugrubenverbau nach freier Wahl des Bieters sind sowohl vom "Ersteller" als auch von einem Prüfenieur zu unterfertigen. Im Teil H des Abgabeexemplars sind der "Ersteller" und der Prüfenieur anzugeben. Weiters sind beim Teil H die entsprechenden Qualifikationsnachweise (z.B. Zivil-Ingenieur Befugnis) des Prüfenieurs dem Angebot im Anhang H-I beizulegen.

1. 1.Ziffer eins

Technischer Bericht

Technischer Bericht für die Herstellung und den Rückbau des Baugrubenverbaus nach freier Wahl des AN, insbesondere detaillierte Angaben zu:

.....-

1. 2.Ziffer 2

Planunterlagen

.....

1. 3.Ziffer 3

Charakteristische Bodenkennwerte

.....

1. 4.Ziffer 4

Kurzfassung der statischen Nachweise

Kurzfassung der statischen Nachweise für die Herstellung 13 und den Rückbau des Baugrubenverbaus nach freier Wahl des Bieters für jeden Berechnungsquerschnitt gemäß

Formular Anhang A-V.-

1. 5.Ziffer 5

Statische Nachweise für die Herstellung und den Rückbau des Baugrubenverbaues nach freier Wahl des AN in einem verschlossenen Kuvert

Die geforderten Unterlagen sind gesondert mindestens für jeden Abschnitt entsprechend der Gliederung im Leistungsverzeichnis zu erstellen (mindestens 1 Berechnungsquerschnitt je Abschnitt und Verbaubtyp). Insbesondere sind für jeden Berechnungsquerschnitt für die Bauphasen mindestens folgende Punkte detailliert anzuführen:

- -Strichaufzählung
Berechnungsgrundlagen (Normen, Richtlinien, Literatur, 14 verwendete Programme etc.)
- -Strichaufzählung
statisches Modell, Anlageverhältnisse und Berechnungsmethode (Stabwerk, FEM, etc.)
- -Strichaufzählung
Rechenansätze
Bodenkennwerte
Materialkennwerte
Einwirkungen
Teilsicherheitsbeiwerte
Grenzwerte der Tragsicherheit
Grenzwerte der Gebrauchstauglichkeit etc.

- -Strichaufzählung
Lastfälle und Lastfallkombinationen
- -Strichaufzählung
Nachweis der Tragsicherheit für Gesamtsystem und maßgebende Bauteile
- -Strichaufzählung
Nachweis der Gebrauchstauglichkeit für Gesamtsystem und maßgebende Bauteile
- -Strichaufzählung
Zusammenfassung

Anhang: EDV-Berechnung.....

1. 6.Ziffer 6

Hydraulische Nachweise

...

- -Strichaufzählung

ERGÄNZENDE UNTERLAGEN

.....

1. 7.Ziffer 7

Kalkulationsblätter

K3

K4, K6

K7 als fachgemäße und vollständige Preisaufgliederung 22

gemäß Punkt 10.6.6 für alle als wesentlich

gekennzeichneten Positionen

....."

Gemäß Pkt A.10.1.1. Teil A Zif. 5 (Statische Nachweise für die Herstellung und den Rückbau des Baugrubenverbaus nach freier Wahl des AN in einem verschlossenen Kuvert) sind die geforderten Unterlagen gesondert mindestens für jeden Abschnitt entsprechend der Gliederung im Leistungsverzeichnis zu erstellen (mindestens 1 Berechnungsquerschnitt je Abschnitt und Verbaustyp).

Die entsprechenden Abschnitte werden, wie in Teil G4, LV Langtext, ersichtlich, wie folgt gegliedert:

"Pos. 11 780105A Z (HERST./ERR. BGV n.f.W. AN 26+500 - 26+597,5) Herstellen/Errichten Baugrubenverbau nach Wahl des AN für den Abschnitt km 26+500 bis km 26+597,5.

[...]

Pos. 11 780105B Z (HERST./ERR. BGV n.f.W. AN 26+597,5 - 26+697,5)

Herstellen/Errichten Baugrubenverbau nach Wahl des AN für den Abschnitt km 26+597,5 bis km 26+697,5.

[...]

Pos. 11 780105C Z (HERST./ERR. BGV n.f.W. AN 26+697,5 - 26+797,5),

Herstellen/Errichten Baugrubenverbau nach Wahl des AN für den Abschnitt km 26+697,5 bis km 26+797,5.

[...]

Pos. 11 780105D Z (HERST./ERR. BGV n.f.W. AN 26+797,5 - 26+897,5),

Herstellen/Errichten Baugrubenverbau nach Wahl des AN für den Abschnitt km 26+797,5 bis km 26+897,5.

[...]

Pos. 11 780105E Z (HERST./ERR. BGV n.f.W. AN 26+897,5 - 26+997,5)

Herstellen/Errichten Baugrubenverbau nach Wahl des AN für den Abschnitt km 26+897,5 bis km 26+997,5.

[...]

Pos. 11 780105F Z (HERST./ERR. BGV n.f.W. AN 26+997,5 - 27+097,5)

Herstellen/Errichten Baugrubenverbau nach Wahl des AN für den Abschnitt km 26+997,5 bis km 27+097,5.

[...]

Pos. 11 780105G Z (HERST./ERR. BGV n.f.W. AN 27+097,5 - 27+197,5)

Herstellen/Errichten Baugrubenverbau nach Wahl des AN für den Abschnitt km 27+097,5 bis km 27+197,5.

[...]

Pos. 11 780105H Z (HERST./ERR. BGV n.f.W. AN 27+197,5 - 27+290)

Herstellen/Errichten Baugrubenverbau nach Wahl des AN für den Abschnitt km 27+197,5 bis km 27+290.

[...]

Pos. 11 780105J Z (HERST./ERR. BGV n.f.W. AN 27+290 - 27+490)

Herstellen/Errichten Baugrubenverbau nach Wahl des AN für den Abschnitt km 27+290 bis km 27+490.

[...]

Pos. 11 780105K Z (HERST./ERR. BGV n.f.W. AN 27+490 - 27+690)

Herstellen/Errichten Baugrubenverbau nach Wahl des AN für den Abschnitt km 27+490 bis km 27+690.

[...]

Pos. 11 780105L Z (HERST./ERR. BGV n.f.W. AN 27+690 - 27+890)

Herstellen/Errichten Baugrubenverbau nach Wahl des AN für den Abschnitt km 27+690 bis km 27+890.

[...]

Pos. 11 780105M Z (HERST./ERR. BGV n.f.W. AN 27+890 - 28+090)

Herstellen/Errichten Baugrubenverbau nach Wahl des AN für den Abschnitt km 27+890 bis km 28+090.

[...]

Pos. 11 780105N Z (HERST./ERR. BGV n.f.W. AN 28+090 - 28+290)

Herstellen/Errichten Baugrubenverbau nach Wahl des AN für den Abschnitt km 28+090 bis km 28+290.

[...]

Pos. 11 780105O Z (HERST./ERR. BGV n.f.W. AN 28+290 - 28+460)

Herstellen/Errichten Baugrubenverbau nach Wahl des AN für den Abschnitt km 28+090 bis km 28-290.

[...]

Pos. 11 780105P Z (HERST./ERR. BGV n.f.W. AN 28+460 - 28+630)

Herstellen/Errichten Baugrubenverbau nach Wahl des AN für den Abschnitt km 28+460 bis km 28+630.

[...]

Pos. 11 780105Q Z (HERST./ERR. BGV n.f.W. AN 28+630 - 28+740)

Herstellen/Errichten Baugrubenverbau nach Wahl des AN für den Abschnitt km 28+630 bis km 28+740.

[...]"

Aus den Positionen 11 780105A Z, 11 780105B Z sowie 11 780105C Z ergibt sich somit klar und unmissverständlich, dass sich der Abschnitt A auf den Bereich von km 26+500 bis km 26+597,5, der Abschnitt B auf jenen von km 26+597,5 bis km 26+697,5 sowie der Abschnitt C auf den Bereich von km 26+697,5 bis km 26+797,5 bezieht. Auch die weiteren Abschnitte D bis Q sind durch die jeweiligen Kilometerangaben unmissverständlich in der Ausschreibungsunterlage definiert. Aus der Bestimmung Pkt A.10.1.1 Teil A Zif 5 ergibt sich weiters eindeutig und unmissverständlich, dass für jeden im Leistungsverzeichnis aufgegliederten Abschnitt ein statischer Nachweis für die Herstellung und den Rückbau des Baugrubenverbau nach freier Wahl des AN zu erstellen ist, welcher mit dem Angebot einzureichen ist. Durch die klare und eindeutige Aufgliederung der einzelnen Abschnitte im Zusammenhalt mit dem Satzteil "für jeden im

Leistungsverzeichnis aufgliederter Abschnitt" hat der Auftraggeber somit in den Ausschreibungsunterlagen zweifelsfrei festgelegt, dass die Einteilung der von ihm vorgegebenen Abschnitte von den Bietern jedenfalls einzuhalten ist.

Die dem Angebot der Antragstellerin beigelegten Kurzfassungen der statischen Nachweise für die Abschnitte A bis Q, die - worauf die Antragstellerin selbst in ihrem Schriftsatz vom 4.1.2008 ausdrücklich hinweist - lediglich Zusammenfassungen der statischen Nachweise nach Pkt. 10.1.1 Zif. 5 der Ausschreibungsunterlagen sind, weisen jedoch im Gegensatz zu den Vorgaben in der Ausschreibung folgende Gültigkeitsbereiche auf:

Abschnitt A+B von km 26,500 bis km 26,700

Abschnitt C+D von km 26,700 bis km 26,820

Abschnitt E von km 26,820 bis km 26,940

Abschnitt F von km 26,940 bis km 27,060

Abschnitt G von km 27,060 bis km 27,180

Abschnitt H von km 27,180 bis km 27,296

Abschnitt J von km 27,296 bis km 27,415

Abschnitt K von km 27,415 bis km 27,655

Abschnitt L von km 27,655 bis km 27,885

Abschnitt M von km 27,885 bis km 28,125

Abschnitt N von km 28,125 bis km 28,330

Abschnitt O von km 28,330 bis km 28,570

Abschnitt P von km 28,570 bis km 28,685

Abschnitt Q von km 28,685 bis km 28,740

Weiters hat die Antragstellerin ihrem Angebot zum Baugrubenverbau nach Wahl des AN die statische Berechnung beigelegt. Unter Punkt 3. "BERECHNUNGSQUERSCHNITTE; BAUPHASEN U. GEOTECHN. SITUATION SPUNDWÄNDE" dieser Beilage ist Folgendes festgehalten:

"...Die geometrischen Eingabedaten sind unter Bemessung ersichtlich.

	km	Trog
Bereich A	26.700	1
Bereich B	26.700	1
Bereich C	26.820	2
Bereich D	26.820	2

...."

Die dem Angebot der Antragstellerin beigelegte Kurzfassung der statischen Nachweise für die Abschnitte A und B (mit der Seitenangabe "0999" und "1000" nummeriert) lautet:

"Kurzfassung der statischen Nachweise für Berechnungsquerschnitt

Nr.:

Abschnitt A + B

Bei km 26,700

...."

Die dem Angebot der Antragstellerin beigelegte Kurzfassung der statischen Nachweise für die Abschnitte C und D (mit der Seitenangabe "1001" und "1002" nummeriert) lautet:

"Kurzfassung der statischen Nachweise für Berechnungsquerschnitt

Nr.:

Abschnitt C + D

Bei km 26,820

...."

Die Antragstellerin brachte vor, dass Trog 1 von km 26+500 bis km 26,700 reiche. Der Nachweis der Tragsicherheit und der Gebrauchstauglichkeit für den Trog 1 sei daher bei der ungünstigsten Stelle, bei km 26,700, angenommen worden. Für die Abschnitte A und B, bzw. C und D habe sie jeweils einen Berechnungsquerschnitt erstellt, der jedoch dieselben Ergebnisse gebracht habe, weshalb sie in den mit dem Angebot abgegebenen Unterlagen die Abschnitte A und B, bzw. C und D zusammengefasst dargestellt habe. Darüber hinaus müsse der Berechnungsquerschnitt für den jeweils genannten Abschnitt nicht in dem jeweils genannten Abschnitt liegen. Diesem Vorbringen ist Folgendes zu entgegnen:

Aus Pkt. A.10.1.1 Zif 5 der Ausschreibungsunterlagen folgt, dass der statische Nachweis sich jeweils mindestens auf einen Berechnungsquerschnitt je Abschnitt und Verbautyp zu beziehen hat. Weiters ergibt sich aus einer Zusammenschau von Pkt. A.10.1.1 Zif 5 der Ausschreibungsunterlagen (arg. "mindestens 1 Berechnungsquerschnitt je Abschnitt und Verbautyp") mit den in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Abschnitten, dass die jeweiligen Bemessungsquerschnitte im jeweiligen Abschnitt liegen müssen. Die einzelnen Abschnitte sind in den Ausschreibungsunterlagen vorgegeben, die Bemessungsquerschnitte müssen daher innerhalb der jeweils vorgegebenen Abschnitte liegen. Andernfalls wäre die Festlegung genau definierter Abschnitte, die meist ca. 100m bzw. ca. 200m betragen, durch den Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen sinnlos. Darüber hinaus hat der Auftraggeber ausdrücklich festgehalten, dass die Unterlagen durch den Bieter für jeden Abschnitt entsprechend der Gliederung im Leistungsverzeichnis zu erstellen sind, auf die Länge der Tröge hingegen stellte der Auftraggeber gerade nicht ab. Nach Ansicht des erkennenden Senates lässt der Text der Ausschreibung keine andere Interpretation zu.

Der von der Antragstellerin für den Abschnitt A + B angegebene Berechnungsquerschnitt, welcher der Kurzfassung sowie der eigentlichen statischen Nachweise, "Statik", Ordner 2 Seite 947 des Angebots der Antragstellerin zufolge bei km 26,700 angesetzt wurde, liegt jedoch entgegen den ausdrücklichen Vorgaben des Auftraggebers weder im Bereich des Abschnitts A (km 26+500 bis km 26+597,5) noch in jenem des Abschnitts B (km 26+597,5 bis km 26+697,5), sondern vielmehr aufgrund der durch die Antragstellerin eigenmächtig vorgenommenen Änderungen der Ausschreibung im Bereich des Abschnitts C (km 26+697,5 bis km 26+797,5). Der von der Antragstellerin für den Abschnitt A + B angesetzte Berechnungsquerschnitt, welcher die Positionierung "bei km 26.700" aufweist, entspricht somit nicht den Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen. Im Ergebnis hat die Antragstellerin für den Bereich A + B somit überhaupt keinen statischen Nachweis iSv Pkt 10.1.1. Zif 5 - und somit auch keine Kurzfassung iSd Zif 4 - der Ausschreibungsunterlagen erbracht. Bezüglich der Abschnitte C und D hat die Antragstellerin - ebenfalls in Abänderung der Ausschreibung - den Berechnungsquerschnitt "bei km 26,820" positioniert (vgl. Kurzfassung sowie statische Nachweise, "Statik", Ordner 2 Seite 947 des Angebots der Antragstellerin). Dieser Berechnungsquerschnitt liegt jedoch allein im Bereich des Abschnitts D (km 26+797,5 bis km 26+897,5). Der von der Antragstellerin für den Abschnitt A + B angegebene Berechnungsquerschnitt, welcher der Kurzfassung sowie der eigentlichen statischen Nachweise, "Statik", Ordner 2 Seite 947 des Angebots der Antragstellerin zufolge bei km 26,700 angesetzt wurde, liegt jedoch entgegen den ausdrücklichen Vorgaben des Auftraggebers weder im Bereich des Abschnitts A (km 26+500 bis km 26+597,5) noch in jenem des Abschnitts B (km 26+597,5 bis km 26+697,5), sondern vielmehr aufgrund der durch die Antragstellerin eigenmächtig vorgenommenen Änderungen der Ausschreibung im Bereich des Abschnitts C (km 26+697,5 bis km 26+797,5). Der von der Antragstellerin für den Abschnitt A + B angesetzte Berechnungsquerschnitt, welcher die Positionierung "bei km 26.700" aufweist, entspricht somit nicht den Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen. Im Ergebnis hat die Antragstellerin für den Bereich A + B somit überhaupt keinen statischen Nachweis iSv Pkt 10.1.1. Zif 5 - und somit auch keine Kurzfassung iSd Zif 4 - der Ausschreibungsunterlagen erbracht. Bezüglich der Abschnitte C und D hat die Antragstellerin - ebenfalls in Abänderung der Ausschreibung - den Berechnungsquerschnitt "bei km 26,820" positioniert vergleiche Kurzfassung sowie statische Nachweise, "Statik", Ordner 2 Seite 947 des Angebots der Antragstellerin). Dieser Berechnungsquerschnitt liegt jedoch allein im Bereich des Abschnitts D (km 26+797,5 bis km 26+897,5).

Die Antragstellerin hat somit die vom Auftraggeber in den Positionen 11 780105A Z bis 11 780105Q Z Teil G4 der Ausschreibungsunterlagen örtlich festgelegten Abschnitte des Baugrubenverbaus durch die Festlegung davon

abweichender Gültigkeitsbereiche für die jeweiligen Abschnitte eigenmächtig geändert. Aufgrund dieser eigenmächtig vorgenommenen Änderungen entspricht ihr Angebot daher nicht den Vorgaben in der Ausschreibung. Das Vorbringen des Auftraggebers betreffend die ausschreibungswidrige Abänderung der im Leistungsverzeichnis definierten Abschnitte, für welche die statischen Nachweise zu erbringen waren, wurde von der Antragstellerin im gesamten Ermittlungsverfahren nie bestritten. In der mündlichen Verhandlung vom 28.1.2008 bestätigte die Antragstellerin vielmehr, diese Abänderung bewusst vorgenommen zu haben, da sie vorbrachte, der Berechnungsquerschnitt für den jeweils genannten Abschnitt müsse nicht innerhalb des durch den Auftraggeber festgelegten Abschnitts liegen.

Darüber hinaus hat die Antragstellerin noch folgenden Ausscheidensgrund verwirklicht:

Pkt A.10.6.1 Teil A der Ausschreibungsunterlagen enthält folgende Festlegung:

"[...]Kosten- bzw. Aufwandverschiebungen auf andere Positionen sind nicht zulässig. [...]"

Teil G4, LV Langtext, der Ausschreibungsunterlagen enthält Folgendes:

"01 1302 Z ZEITGEBUNDENE KOSTEN BAUSTELLE (ZGKB)

Mit den Positionen dieser Unterleistungsgruppe werden die zeitgebundenen Kosten des Baustellenbetriebes, wie Gehälter, unproduktive Löhne (z.B. Vermessung, Reinigung, Bewachung u. dgl.) einschließlich Lohnnebenkosten, Reisekosten u.dgl., Kosten des Betriebes von Personenkraftwagen für das Baustellenpersonal sowie sonstige Kosten der Baustelle wie Miete, Pachtzins, Gebühren, Versicherungsprämien, Beheizung, Beleuchtung, Telefon, ferner Kosten des Betriebes besonderer Anlagen, z.B. von Unterkünften, Aufenthaltsräumen, Küchen, Kantinen, Stromerzeugungs-, Wasserversorgungsanlagen u.dgl. abgegolten.

Mit den Einheitspreisen ist auch abgegolten:

- -Strichaufzählung
das Bereithalten und der Betrieb einschließlich Bedienung der Baustelleneinrichtung und jener Geräte und Einrichtungen, die nicht in den Leistungspositionen enthalten sind,
- -Strichaufzählung
allfällige Verkehrssicherungen, sofern im LV keine gesonderten Positionen hierfür vorgesehen sind
- -Strichaufzählung
Reinhaltung aller benutzten Verkehrsflächen

01 130205 Z Zeitgebundene Kosten Gesamtbauzeit, Grundposition

Die Abrechnung erfolgt aliquot zur erbrachten Leistung. 01 130205A Z ZGKB GESAMTBAUZEIT - GRUNDPOSITION W Zeitgebundene Kosten der Baustelle, Gesamtbauzeit (Baubeginn bis Bauende), welche nicht mit den Aufzählungspositionen vergütet werden.

Zusätzlich zu dieser Position werden für definierte Teilbereiche zeitgebundene Kosten mit entsprechenden Aufzählungspositionen vergütet.

Lo:

So:.....

1,00 PA EP:

....."

"01 1307 Sonderkosten

.....

01 1307150 Z Zus. Baustellengemeinkosten Winter

zusätzliche Baustellengemeinkosten für Wintererschwerisse.

Einrichten, Beistellen, Betreiben und Räumen aller Anlagen sowie aller erforderlicher Materialien für die Ausführung von Arbeiten während der winterlichen Jahreszeit. Die Baustelleneinrichtung ist so vorzusehen, dass die Betonarbeiten und alle sonstigen Arbeiten bis zu einer Temperatur von minus 20 Grad Celsius durchgeführt werden können. Die Baustelleneinrichtung ist weiters so vorzusehen, dass die Betonarbeiten und alle sonstigen Arbeiten bei Niederschlag durchgeführt werden können.

Mit dem Einheitspreis ist auch abgegolten:

- An- und Abtransport sowie Auf- und Abbau all jener Betriebseinrichtungen und Geräte, die zusätzlich für den Winterbetrieb der Baustelle erforderlich sind
- Winterdienst inkl. Schneeräumung für das gesamte Baufeld und die Baustellenzufahrten

Die Vergütung erfolgt je angefangenes Kalenderjahr der vertraglichen Gesamtbauzeit.

Lo:

So:.....

4,00 ST EP: "

Der Auftraggeber brachte vor, dass die Antragstellerin unter der Pos. 01 130205A Z (ZGKB GESAMTBAUZEIT - GRUNDPOSITION) Wintererschwernisse für Beton berücksichtigt habe, obwohl hierfür eine eigene Position im Leistungsverzeichnis, und zwar Pos. 01 1307150 Z (Zus. Baustellengemeinkosten Winter), vorgesehen sei.

Die Antragstellerin hat, wie sie selbst im Schriftsatz vom 4.1.2008 sowie in der mündlichen Verhandlung vom 28.1.2008 ausführte, die Kosten, insbesondere für das Bereithalten von Anlagenteilen zur Betonherstellung für Frost- und Witterungsschutz sowie eine Erwärmung der Materialien in der Pos. 01 130205A Z, unter dem Titel "Wintererschwernis Beton" berücksichtigt. Dies ergibt sich ebenso aus den von der Antragstellerin beigebrachten K7-Blättern sowie ihrer Antwort 06 laut Besprechungsprotokoll Nr. 02233P zum 2. Aufklärungsgespräch am 9.10.2007. Diese Anlagen seien fix auf der Baustelle auf Baudauer über das gesamte Jahr eingerichtet und würden nicht im Winter montiert und dann wieder demontiert werden.

Die Antragstellerin vertritt die Auffassung, dass diese Aufwendungen für die Pos. "Wintererschwernis Beton", genauso wie der in dieser Position aufscheinende Personaleinsatz, zeitgebundene Kosten seien, weshalb diese in der Pos. 01 130205A Z zu kalkulieren gewesen seien. Es ergebe sich aus keiner Bestimmung des Ausschreibungsunterlagen, dass diese Kosten ausschließlich in Pos. 01 1307150 Z zu kalkulieren gewesen wären. Der Auftraggeber habe abweichend von sonstigen standardisierten Leistungsbeschreibungen in diesem Zusammenhang ausschließlich frei formulierte Zusatz-Positionen verwendet, die auf Grund fehlender Standardisierung keine objektiv eindeutige, exakte Kostenzuordnung zuließen. Die vom Auftraggeber reklamierte Veranschlagung der Wintererschwernis Beton wie von der Antragstellerin vorgenommen, mache auch lediglich 0,2% des Gesamtangebotspreises aus, weshalb diese Position ihre Wettbewerbsstellung nicht in materieller Hinsicht beeinflussen könne.

Diese Ansicht vermag der erkennende Senat nicht zu teilen:

Die allgemeinen, für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der §§ 914 ff ABGB sind auch im Vergaberecht anzuwenden (vgl. Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus einer Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind nicht danach zu beurteilen, was der Erklärende sagen wollte oder was der Erklärungsempfänger darunter verstanden hat, sondern danach, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte (objektiver Erklärungswert), vgl. VwGH vom 29.3.2006, Zlen. 2004/04/0144, 0156, 0157 und dem folgend BVA 28.7.2006, N/0048-BVA/14/2006-28, BVA 23.11.2006, N/0083-BVA/15/2006-23, BVA 27.11.2006, F/0001-BVA/14/2006-44, u.a. Die allgemeinen, für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der Paragraphen 914, ff ABGB sind auch im Vergaberecht anzuwenden vergleiche Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus einer Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen

sind nicht danach zu beurteilen, was der Erklärende sagen wollte oder was der Erklärungsempfänger darunter verstanden hat, sondern danach, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte (objektiver Erklärungswert), vergleiche VwGH vom 29.3.2006, Zlen.2004/04/0144, 0156, 0157 und dem folgend BVA 28.7.2006, N/0048-BVA/14/2006-28, BVA 23.11.2006, N/0083-BVA/15/2006-23, BVA 27.11.2006, F/0001- BVA/14/2006-44, u.a.

Die Positionen, unter welchen die jeweiligen Leistungen zu kalkulieren sind, sind im Leistungsverzeichnis für die Bieter objektiv und klar erkennbar geregelt:

Unter Pkt. 2. (Begriffsbestimmungen) des Teils G4, LV Langtext, ist unter Pkt. 3. (Preisbildung), Subpunkt 3.1 (Grundsätzliches) unter Pkt. 3.1.1 Folgendes festgehalten:

"Wenn in den Ausschreibungsunterlagen Arbeiten im Winter nicht ausgeschlossen sind und im LV keine diesbezüglichen Positionen vorgesehen wurden, sind die allfälligen Mehraufwendungen mit den Einheitspreisen der sachlich entsprechenden LV-Positionen abgegolten."

Darüber hinaus wird in Pkt. 01 13 (Baustellengemeinkosten) Folgendes geregelt:

"Ständige Vertragsbestimmungen

1. 1.Ziffer eins

Einrichten und Räumen der Baustelle Die Kosten für das Einrichten und Räumen der Baustelle (einmalige Kosten) sowie die zeitgebundenen Kosten der Baustelle sind in den entsprechenden Positionen des LV anzubieten. Sind hierfür keine Positionen im LV vorgesehen, so sind die diesbezüglichen Kosten mit den ausgeschriebenen Leistungspositionen abgegolten.

2. 2.Ziffer 2

Bereithalten der Geräte und Einrichtungen In die Positionen

für die zeitgebundenen Kosten der Baustelle sind die Kosten für das Bereithalten jener Geräte und Einrichtungen aufzunehmen, die nicht in den Einheitspreisen der jeweiligen Leistungspositionen enthalten sind.

1. 3.Ziffer 3

Zusätzliche Baustelleneinrichtung Sind für zusätzliche

Baustelleneinrichtungen (Sondergründungen, Ankerungsarbeiten u. dgl.) keine Positionen im LV vorgesehen, so sind die diesbezüglichen Kosten mit dem Pauschalpreis der Baustelleneinrichtung abgegolten. Die zeitgebundenen Kosten für die zusätzliche Baustelleneinrichtung sind mit den zugehörigen Leistungspositionen abgegolten."

Aus Pkt. 3.1.1. Teil G4 der Ausschreibungsunterlagen folgt zunächst, dass nur dann, wenn in den Ausschreibungsunterlagen Arbeiten im Winter nicht ausgeschlossen sind und im LV keine diesbezüglichen Positionen vorgesehen wurden, die allfälligen Mehraufwendungen mit den Einheitspreisen der sachlich entsprechenden LV-Positionen abgegolten werden. In der Leistungsgruppe Pos. 01 13 werden die Baustellengemeinkosten abgefragt.

Pos. 01 1302 Z enthält eine demonstrative Aufzählung der zeitgebundenen Kosten des Baustellenbetriebes, die mit den Positionen dieser Unterleistungsgruppe abgegolten werden. Es handelt sich hierbei zusammengefasst, um allgemeine Personal- und Betriebskosten der Baustelle. Die von der Antragstellerin ebenso unter dieser Position kalkulierten Kosten für Wintererschwerisse werden jedoch darin nicht erwähnt. Mit dem Absatz

"Mit den Einheitspreisen ist auch abgegolten:

- -Strichaufzählung
das Bereithalten und der Betrieb einschließlich Bedienung der Baustelleneinrichtung und jener Geräte und Einrichtungen, die nicht in den Leistungspositionen enthalten sind,
- -Strichaufzählung
allfällige Verkehrssicherungen, sofern im LV keine gesonderten Positionen hierfür vorgesehen sind
- -Strichaufzählung
Reinhaltung aller benutzten Verkehrsflächen"

wird jedoch generalklauselartig auf allenfalls vorhandene spezielle bzw. gesonderte Positionen verwiesen, sodass das Bereithalten und der Betrieb einschließlich der Bedienung der Baustelleneinrichtung und jener Geräte und Einrichtungen sowie allfällige Verkehrssicherungen nur dann unter der Pos. 01 130205A Z zu kalkulieren sind, sofern

hierfür im LV keine gesonderten Positionen vorgesehen sind, es somit keine speziellen Positionen im LV gibt.

Unter Pos. 01 130205A sind die zeitgebundenen Baustellenkosten anzuführen. Bereits aus der Überschrift "ZGBK GESAMTBAUZEIT-GRUNDPOSITION" ergibt sich, dass es sich hierbei lediglich um eine Grundposition handelt, die in der Folge durch (andere) "Spezial- bzw. Aufzählungspositionen" ergänzt wird.

In der Pos. 01 1307 "Sonderkosten" werden gesondert auszureisende Sonderkosten angeführt. So sind in der Pos. 01 1307150 Z ("Zus. Baustellengemeinkosten Winter") zusätzliche Baustellengemeinkosten für Wintererschwerisse anzugeben.

Bereits die Überschrift "Zus. Baustellengemeinkosten Winter" weist darauf hin, dass hierunter gerade jene zusätzlichen Baustellengemeinkosten erfasst werden sollen, die spezifisch mit dem Winterbaubetrieb bzw. dem Winter in Zusammenhang stehen oder durch diesen verursacht werden. Es handelt sich hierbei somit um eine eigene, spezielle Leistungsposition, somit um eine Spezialposition, auf die bereits in der allgemeinen Leistungsposition 01 1302 Z Bezug genommen wird und die dieser allgemeinen Leistungsposition, als eine Grundposition, vorgeht (Argument: "Mit den Einheitspreisen ist auch abgegolten: - das Bereithalten und der Betrieb einschließlich Bedienung der Baustelleneinrichtung und jener Geräte und Einrichtungen, die nicht in den Leistungspositionen enthalten sind"). Dem Charakter dieser Leistungsposition als einer Spezialposition entsprechend, ist in ihrem 1. Satz zunächst allgemein und uneingeschränkt vom Einrichten, Beistellen, Betreiben und Räumen aller Anlagen sowie aller erforderlicher Materialien für die Ausführung von Arbeiten während der winterlichen Jahreszeit die Rede. In den folgenden Sätzen werden dann konkret die Anforderungen an die Baustelleneinrichtung, auf die spezifischen winterlichen Erfordernisse bezogen, festgelegt. Die in Rede stehende Spezialposition enthält somit eingehende Regelungen speziell und ausschließlich für den Winterbetrieb. Darüber hinaus wird im 3. Satz sogar ausdrücklich gerade auf die von der Antragstellerin in nicht nachvollziehbarer Weise unter der Grundposition kalkulierten Betonarbeiten Bezug genommen. Für den erkennenden Senat ist nicht nachvollziehbar, weshalb die mit dem Winterbetrieb in Zusammenhang stehenden Baustellengemeinkosten einschließlich der Betonarbeiten in einer anderen Leistungsposition als jener der Pos. 01 1307150 Z veranschlagt werden sollten, wird doch gerade im 3. Satz der genannten Position explizit verdeutlicht, dass die Wintererschwerisse für Betonarbeiten in dieser Position zu kalkulieren ist. Dass sich diese Anlagen fix auf der Baustelle auf Baudauer befinden und somit nicht im Winter montiert und dann wieder demontiert werden - wie die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vom 28.1.2008 erläuterte - steht einer Kalkulation der Kosten unter der Position 01 13 07150 Z nicht entgegen. Durch die Aufnahme dieser Leistungsposition im Leistungsverzeichnis hat der Auftraggeber gerade die zusätzlichen Baustellengemeinkosten für Wintererschwerisse abgefragt. So wurde ausdrücklich auf das Einrichten, Beistellen und Betreiben aller Anlagen für die Ausführung von Arbeiten während der winterlichen Jahreszeit Bezug genommen. Wie die Antragstellerin selbst vorbrachte, dienen die Anlagenteile zur Betonherstellung dem Frost- und Witterungsschutz. Frostschutz ist jedoch gerade in der winterlichen Jahreszeit nötig.

Da die Antragstellerin die Kosten für die "Wintererschwerisse Beton" somit unzutreffender Weise in der Grundposition 01 130205A Z anstelle in der Pos. 01 1307150 Z berücksichtigt hat, widerspricht das Angebot somit auch aus diesem Grund den Ausschreibungsbestimmungen (vgl. Pkt. A 10.1.6.1 Teil A der Ausschreibungsunterlagen), weshalb auf das weitere Vorbringen nicht mehr einzugehen war. Da die Antragstellerin die Kosten für die "Wintererschwerisse Beton" somit unzutreffender Weise in der Grundposition 01 130205A Z anstelle in der Pos. 01 1307150 Z berücksichtigt hat, widerspricht das Angebot somit auch aus diesem Grund den Ausschreibungsbestimmungen vergleiche Pkt. A 10.1.6.1 Teil A der Ausschreibungsunterlagen), weshalb auf das weitere Vorbringen nicht mehr einzugehen war.

Von der Bestellung eines Sachverständigen konnte aufgrund der eindeutigen Ermittlungsergebnisse abgesehen werden.

Schlussfolgerungen:

Das Angebot der Antragstellerin wäre somit gemäß Pkt 11.2.3 lit h Teil A der bestandfesten Ausschreibungsunterlagen iVm § 269 Abs 1 Z 5 BVergG auszuschneiden gewesen, sodass die Antragslegitimation der Antragstellerin nicht gegeben ist. Es wäre Aufgabe des Auftraggebers gewesen, bereits vor der Wahl der Angebote für die Zuschlagsentscheidung das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden. Allein deshalb, weil der Auftraggeber von einem formalen Ausscheiden des Angebotes Abstand genommen hat, wird ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot jedoch nicht zu einem zulässigen Angebot, dem der Zuschlag erteilt werden kann. Es steht nicht in der Disposition des Auftraggebers, vom Ausscheiden von Angeboten nach seinem Ermessen Gebrauch zu machen (vgl. VwGH 27.9.2000,

2000/04/0050; ebenso BVA 24.11.2005, 04N-105/05-27; 3.5.2006, N/0017-BVA/04/2006-25). Ein Ausscheiden wäre allerdings bis zur Zuschlagserteilung möglich (vgl. VwGH 21.2.2004, 2002/04/0177). Mangelt es einem Angebot an der grundsätzlichen Eignung, gemäß den Bestimmungen des Vergabegesetzes und der hiezu ergangenen Verordnungen für den Zuschlag in Betracht gezogen zu werden, so ist - wie der Verwaltungsgerichtshof bereits wiederholt ausgesprochen hat - die Antragslegitimation im Sinne von § 320 Abs. 1 BVergG 2006 zu verneinen (vgl. VwGH 12.9.2007, 2005/04/0181; 3.1.2005, 2003/04/0039; 27.2.2002, 2000/04/0050; 25.6.2003, 2001/04/0202; 16.2.2005, 2004/04/0030; ebenso BVA 19.1.2006, 04N-134/05-17; 24.11.2005, 04N-105/05-27). Die mangelnde Antragslegitimation war auch Gegenstand eingehender Erörterung in der mündlichen Verhandlung am 28.1.2008 sowie zahlreicher Schriftsätze der Parteien. Der Antragstellerin wurde in der mündlichen Verhandlung auch Gelegenheit gegeben, dazu und damit auch zur Stichhaltigkeit der vom Bundesvergabeamt herangezogenen Ausscheidensgründe Stellung zu nehmen [vgl. EuGH 19.6.2003, Rs C-249/01 (Hackermüller); VwGH 1.3.2005, 2003/04/0039; 16.2.2005, 2004/04/0030]. Das Angebot der Antragstellerin wäre somit gemäß Pkt 11.2.3 Litera h, Teil A der bestandfesten Ausschreibungsunterlagen in Verbindung mit Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG auszuschneiden gewesen, sodass die Antragslegitimation der Antragstellerin nicht gegeben ist. Es wäre Aufgabe des Auftraggebers gewesen, bereits vor der Wahl der Angebote für die Zuschlagsentscheidung das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden. Allein deshalb, weil der Auftraggeber von einem formalen Ausscheiden des Angebotes Abstand genommen hat, wird ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot jedoch nicht zu einem zulässigen Angebot, dem der Zuschlag erteilt werden kann. Es steht nicht in der Disposition des Auftraggebers, vom Ausscheiden von Angeboten nach seinem Ermessen Gebrauch zu machen vergleiche VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050; ebenso BVA 24.11.2005, 04N-105/05-27; 3.5.2006, N/0017-BVA/04/2006-25). Ein Ausscheiden wäre allerdings bis zur Zuschlagserteilung möglich vergleiche VwGH 21.2.2004, 2002/04/0177). Mangelt es einem Angebot an der grundsätzlichen Eignung, gemäß den Bestimmungen des Vergabegesetzes und der hiezu ergangenen Verordnungen für den Zuschlag in Betracht gezogen zu werden, so ist - wie der Verwaltungsgerichtshof bereits wiederholt ausgesprochen hat - die Antragslegitimation im Sinne von Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006 zu verneinen vergleiche VwGH 12.9.2007, 2005/04/0181; 3.1.2005, 2003/04/0039; 27.2.2002, 2000/04/0050; 25.6.2003, 2001/04/0202; 16.2.2005, 2004/04/0030; ebenso BVA 19.1.2006, 04N-134/05-17; 24.11.2005, 04N-105/05-27). Die mangelnde Antragslegitimation war auch Gegenstand eingehender Erörterung in der mündlichen Verhandlung am 28.1.2008 sowie zahlreicher Schriftsätze der Parteien. Der Antragstellerin wurde in der mündlichen Verhandlung auch Gelegenheit gegeben, dazu und damit auch zur Stichhaltigkeit der vom Bundesvergabeamt herangezogenen Ausscheidensgründe Stellung zu nehmen [vgl. EuGH 19.6.2003, Rs C-249/01 (Hackermüller); VwGH 1.3.2005, 2003/04/0039; 16.2.2005, 2004/04/0030].

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Dokumentnummer

VERGT_20080201_N_0121_BVA_07_2007_41_00

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at