

TE Verg Bescheid 2008/1/31 N/0107-BVA/14/2007-60

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 31.01.2008

Norm

BVergG 2006 §129 Abs1 Z5

BVergG 2006 §86

BVergG 2006 §129 Abs1 Z7

BVergG 2006 §70 Abs1 Z4

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

1. BVergG 2006 § 86 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

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

1. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 70 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 14, Mag. Ilse Lesniak und durch Dr. Friedrich Resel als Mitglied der Auftraggeberseite und durch DI Joachim Kleiner als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs. 2 Z 2 Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG), BGBl. I. Nr. 17/2006, betreffend die Auftragsvergabe "Lieferung von Auftausalz Winter 2007/2008 SGN", des Auftraggebers ASFINAG Autobahn Service GmbH Nord, Traunuferstraße 9, 4052 Ansfelden, vertreten durch X***, über die Anträge der A***, vertreten durch Y***, vom 7.11.2007, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 8.11.2007, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 14, Mag. Ilse Lesniak und durch Dr. Friedrich Resel als Mitglied der Auftraggeberseite und durch DI Joachim Kleiner als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG), Bundesgesetzblatt römisch eins. Nr. 17 aus 2006,, betreffend die Auftragsvergabe "Lieferung von Auftausalz Winter 2007 aus 2008, SGN", des Auftraggebers

ASFINAG Autobahn Service GmbH Nord, Traunuferstraße 9, 4052 Ansfelden, vertreten durch X***, über die Anträge der A***, vertreten durch Y***, vom 7.11.2007, beim Bundesvergabebeamten eingelangt am 8.11.2007, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Der Antrag, "das Bundesvergabeamt möge ein Nachprüfungsverfahren einleiten", wird zurückgewiesen.

II.römisch zwei.

Dem Antrag, "das Bundesvergabeamt möge die Entscheidung der Auftraggeberin, das Angebot der A*** auszuscheiden, für nichtig erklären", wird stattgegeben.

Die Ausscheidensentscheidung vom 25.10.2007 wird für nichtig erklärt.

III.römisch drei.

Dem Antrag, "das Bundesvergabeamt möge die Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin im Vergabeverfahren 'Lieferung von Auftausalz Winter 2007/2008 SGN' für nichtig erklären", wird stattgegeben. Dem Antrag, "das Bundesvergabeamt möge die Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin im Vergabeverfahren 'Lieferung von Auftausalz Winter 2007 aus 2008, SGN' für nichtig erklären", wird stattgegeben.

Die Zuschlagsentscheidung vom 25.10.2007 wird für nichtig erklärt.

Begründung

1. 1.Ziffer eins

SACHVERHALT:

Die Ausschreibungsbekanntmachung zum Vergabeverfahren "Lieferung von Auftausalz Winter 2007/2008 SGN" wurde EU-weit im Supplement zum Amtsblatt der EG am 18.9.2007 unter 2007/S 179-218871 veröffentlicht. Die Ausschreibungsbekanntmachung zum Vergabeverfahren "Lieferung von Auftausalz Winter 2007 aus 2008, SGN" wurde EU-weit im Supplement zum Amtsblatt der EG am 18.9.2007 unter 2007/S 179-218871 veröffentlicht.

Auftraggeber ist die ASFINAG Autobahn Service GmbH Nord, Traunuferstraße 9, 4052 Ansfelden. Vergebende Stelle ist die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien.

Es handelt sich um einen Lieferauftrag, der in einem offenen Verfahren im Oberschwellenbereich vergeben werden soll.

Der Zuschlag soll dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werden (Zuschlagskriterium Preis: 94%, Zuschlagskriterium Qualität: 6%).

Die Angebotsfrist endete am 10.10.2007. Insgesamt gaben 5 Bieter, darunter die A*** (im folgenden Antragsteller) Angebote ab. Der Nettoangebotspreis des Antragstellers betrug Euro 1.492.800,-. Damit legte der Antragsteller das billigste Angebot dieses Vergabeverfahrens.

Den Angeboten war laut Ausschreibung von den Bietern der Nachweis der Legung eines Vadiums laut dem der Ausschreibung als Anlage 1 angeschlossenen Muster oder einer gleichwertigen Sicherstellung iSd § 85 Abs. 2 BVergG beizulegen. In dem Angebot des Antragstellers beigelegte Bankgarantie lautete es unter Pkt. 2: "Zahlungen erfolgen innerhalb von 3 Bankwerktagen nach Einlagen ihrer ergehenden schriftlichen Aufforderung durch Überweisung auf ein uns bekannt zu gebendes Konto", anstatt wie vom Auftraggeber im Musterbankgarantietext vorgegeben, "Zahlungen erfolgen innerhalb von 3 Tagen nach Einlagen ihrer ergehenden schriftlichen Aufforderung durch Überweisung auf ein uns bekannt zu gebendes Konto". Den Angeboten war laut Ausschreibung von den Bietern der Nachweis der Legung eines Vadiums laut dem der Ausschreibung als Anlage 1 angeschlossenen Muster oder einer gleichwertigen Sicherstellung iSd Paragraph 85, Absatz 2, BVergG beizulegen. In dem Angebot des Antragstellers beigelegte Bankgarantie lautete es unter Pkt. 2: "Zahlungen erfolgen innerhalb von 3 Bankwerktagen nach Einlagen ihrer ergehenden schriftlichen Aufforderung durch Überweisung auf ein uns bekannt zu gebendes Konto", anstatt wie vom Auftraggeber im Musterbankgarantietext vorgegeben, "Zahlungen erfolgen innerhalb von 3 Tagen nach Einlagen ihrer ergehenden schriftlichen Aufforderung durch Überweisung auf ein uns bekannt zu gebendes Konto".

Von den Bietern war gemäß den Ausschreibungsbestimmungen war mit der Angebotslegung eine Bestätigung einer im EU-Raum akkreditierten Prüfstelle über die angebotene Zusammensetzung des Salzes vorzulegen. Der Antragsteller legte seinem Angebot hiezu als Beilage 4b einen Prüfbericht der staatlich akkreditierten Prüf- und Überwachungsstelle MAPAG Materialprüfung GmbH, 2352 Gumpoldskirchen, Industriestraße 7, vom 9.10.2007, Labornummer: 1109.2/2007 betreffend die Untersuchung einer Auftausalzprobe, "Probe: Streusalzprobe Fa. A***", bei. In diesem Prüfzertifikat liegen sämtliche Prüfwerte innerhalb der in der Ausschreibung unter Pkt. 2, Teil C der Leistungsbeschreibung festgelegten Grenzwerte. Von den Bietern war gemäß den Ausschreibungsbestimmungen war mit der Angebotslegung eine Bestätigung einer im EU-Raum akkreditierten Prüfstelle über die angebotene Zusammensetzung des Salzes vorzulegen. Der Antragsteller legte seinem Angebot hiezu als Beilage 4b einen Prüfbericht der staatlich akkreditierten Prüf- und Überwachungsstelle MAPAG Materialprüfung GmbH, 2352 Gumpoldskirchen, Industriestraße 7, vom 9.10.2007, Labornummer: 1109.2 aus 2007, betreffend die Untersuchung einer Auftausalzprobe, "Probe: Streusalzprobe Fa. A***", bei. In diesem Prüfzertifikat liegen sämtliche Prüfwerte innerhalb der in der Ausschreibung unter Pkt. 2, Teil C der Leistungsbeschreibung festgelegten Grenzwerte.

Zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit war von den Bietern neben dem Nachweis der Zusammensetzung des angebotenen Salzes der Nachweis eines Referenzprojektes verlangt, das mit dem vorliegenden Auftrag vergleichbar sein muss. Unter anderem muss hiezu das vom Bieter im Rahmen des Referenzprojektes gelieferte Auftausalz als den in der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung (Pkt. 2, Teil C der Leistungsbeschreibung) festgelegten Qualitätsanforderungen gleichwertig anzusehen sei. Der Antragsteller führte im hiezu auszufüllenden "Formblatt 3, Referenzprojekt Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit" die Lieferung von Auftausalz an das Amt der NÖ Landesregierung, Straßenbauabteilungen 4, 5, 8 mit einer Auftragssumme von Euro 4.637.040,- (bei Vergabe) an. In den hiefür vorgesehenen Rubriken des Formblattes 3 waren der Zeitpunkt der Auftragserteilung mit 12.9.2006 und der Leistungszeitraum des Referenzprojektes mit November 2006 bis September 2007 angegeben. In der Rubrik "Leistung wurde fachgerecht und ordnungsgemäß ausgeführt" waren unter Pkt. 2 ("gleichwertige Qualität des gelieferten Salzes") ein "ja" angegeben und darunter in Klammern "Ausschreibungskriterien sind bekannt" vermerkt. Sämtliche Angaben des Antragstellers auf dem Formblatt 3 seines Angebotes wurden am Formblatt in der Rubrik "Bestätigung durch den Referenzbeauftragten" vom Referenzbeauftragten an der vorgesehenen Stelle, mit Datum versehen (8.10.2007) und durch rechtsgültige Unterfertigung, bestätigt.

Mit E-Mail vom 23.10.2007 ersuchte der Auftraggeber (durch die vergebende Stelle) den Referenzbeauftragten (Amt der NÖ Landesregierung) unter Hinweis darauf, dass das dem Referenzbeauftragten gelieferte Auftausalz als gleichwertig mit dem von der ASFINAG ausgeschriebenen Salz qualifiziert werden können müsse, um Bekanntgabe der Zusammensetzung des Salzes des Antragstellers. Das Amt der NÖ Landesregierung teilte der ASFINAG hierauf mit E-Mail vom 23.10.2007 mit, dass die Produktprobe untersucht wurde, die im Zuge der Angebotslegung beizubringen war und gab ihr die hiezu von der MAPAG im Jahr 2006 ermittelten Werte bekannt. Der Auftraggeber zog, wie seinem Aktenvermerk vom 23.10.2007 zu entnehmen ist, aus den ihm vom Referenzbeauftragten betreffend die vom Antragsteller bei Angebotslegung zum Referenzprojekt gelegte Produktprobe ermittelten Werten in der Folge den Schluss, dass das vom Antragsteller im Rahmen des Referenzprojektes gelieferte Salz nicht gleichwertig gewesen sei. Weitere Prüfhandlungen (in Richtung Gleichwertigkeit des vom Antragsteller im Rahmen des Referenzprojektes gelieferten Auftausalzes) sind dem Vergabeamt nicht zu entnehmen. Dass solche Prüfschritte gesetzt worden wären, wurde vom Auftraggeber - auch in der mündlichen Verhandlung - nicht behauptet.

Mit Telefax vom 25.10.2007 gab der Auftraggeber dem Antragsteller die Zuschlagsentscheidung zugunsten des Angebotes der B*** (im Folgenden präsumtiver Zuschlagsempfänger) mit einem Nettoangebotspreis Euro 1.301.800,- bekannt.

Bei dem Angebot des in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängers handelt es sich um das teuerste in diesem Vergabeverfahren gelegte Angebot. Ebenfalls mit Telefax vom 25.10.2007 teilte der Auftraggeber dem Antragsteller mit, dass sein Angebot ausgeschieden werden müsse. Begründend führte der Auftraggeber an, dass die vom Antragsteller dem Angebot beigelegte Bankgarantie zum Nachweis der Legung eines Vadiums nicht der der Ausschreibung als Anlage angeschlossenen Mustangarantie entsprochen habe, da sie Zahlungen innerhalb von 3 Bankwerktagen, anstelle von in der Ausschreibung vorgegebenen 3 Tagen vorgesehen habe. Weiters teilte der Auftraggeber dem Antragsteller mit, dass das von ihm namhaft gemachte Referenzprojekt zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit nicht den Ausschreibungsvorgaben entspreche. Das angegebene Referenzprojekt

(Lieferung von Auftausalz an das Amt der NÖ Landesregierung, Straßenbauabteilungen 4, 5, 8) entspreche nicht den in der Ausschreibung festgelegten Qualitätsanforderungen, da eine Gleichwertigkeit des Referenzprojektes hinsichtlich der Kornverteilung nicht vorliege.

Mit Schriftsatz vom 7.11.2007, brachte der Antragsteller einen Nachprüfungsantrag beim Bundesvergabeamt ein und begehrte wie in den Spruchpunkten I-III wiedergegeben. Gleichzeitig stellte der Antragsteller einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, welchem mit Bescheid des BVA vom 15.11.2007, GZ: N/0107-BVA/14/2007-11, stattgegeben und dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis 20.12.2007, untersagt wurde, im gegenständlichen Vergabeverfahren den Zuschlag zu erteilen. In seinem Nachprüfungsantrag brachte der Antragsteller im Wesentlichen vor:

Die ASFINAG Autobahn Service GmbH Nord habe als Auftraggeber den gegenständlichen Auftrag am 18.9.2007 im Amtsblatt der EG unter der Zahl 2007/S 179-218871 veröffentlicht. Es handle sich um einen Lieferauftrag im Oberschwedenbereich. Die Ausschreibung sei im offenen Verfahren erfolgt, wobei der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werden solle.

Mit Telefax vom 25.10.2007 sei dem Antragsteller mitgeteilt worden, dass sein Angebot ausgeschieden werde. Am selben Tag sei der Antragsteller per Telefax auch von der Zuschlagsentscheidung, lautend auf die B***, in Kenntnis gesetzt worden. Bekämpft würden die Ausscheidens- und die Zuschlagsentscheidung.

Die Angebotsfrist sei am 10.10.2007, 12.59 Uhr, abgelaufen. Insgesamt hätten fünf Bieter Angebote gelegt. Auch der Antragsteller habe fristgerecht am 10.10.2007, 12.46 Uhr, ein Angebot gelegt. Sein Angebot erfülle alle formalen Vorgaben der Ausschreibung und sei daher einer inhaltlichen Prüfung durch den Auftraggeber zu unterziehen gewesen. Seitens des Auftraggebers sei es zu keinen Aufklärungsfragen bezüglich seines Angebotes gekommen.

In der Mitteilung der Ausscheidensentscheidung vom 25.10.2007 habe der Auftraggeber begründend angeführt, dass die vom Antragsteller beigelegte Bankgarantie nicht dem Muster entsprechen würde, welches der Ausschreibungsunterlage als Anlage beigelegt gewesen sei. Nach Auffassung des Auftraggebers sei der vom Antragsteller seinem Angebot beigefügten Bankgarantie zu entnehmen, dass im Fall ihrer Ziehung Zahlungen innerhalb von drei Bankarbeitstagen zu leisten wären und nicht - wie in der Ausschreibung vorgesehen - innerhalb von drei Tagen. Des weiteren sei vom Auftraggeber geltend gemacht worden, dass das vom Antragsteller namhaft gemachte Referenzprojekt zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit nicht den Ausschreibungsvorgaben entspreche, da es nicht die festgelegten Qualitätsanforderungen (Gleichwertigkeit des Referenzprojektes hinsichtlich der Kornverteilung) erfüllen würde.

Der Antragsteller habe sein Interesse am Vertragsabschluss durch die Legung eines Angebotes dokumentiert. Sein besonderes Interesse am Vertragsabschluss ergebe sich daraus, dass er u.a. auf den Handel mit Auftausalzen spezialisiert sei. Da der Antragsteller beabsichtige, sich auch in Zukunft an öffentlichen Ausschreibungen, insbesondere mit vergleichbaren Leistungsinhalten, zu beteiligen, sei der gegenständliche Auftrag ein wichtiges Referenzprojekt. Gerade dieser Schaden sei nur durch die Nichtigerklärung der Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung zu verhindern.

Durch das rechtswidrige Ausscheiden seines Angebotes sowie durch die rechtswidrige Zuschlagsentscheidung würden dem Antragsteller neben dem Entgang eines wichtigen Referenzprojektes auch der Entgang des Deckungsbeitrages in Höhe von ca. 8% des Angebotspreises (ca. Euro 119.000,--) drohen. Darüber hinaus drohe durch die frustrierten Kosten der Angebotslegung ein Schaden in Höhe von zumindest Euro 5.000,--. Bestandteil des Schadens seien auch die entrichteten Pauschalgebühren und die Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung.

Der Antragsteller erachte sich in seinem Recht auf Durchführung eines fairen, transparenten und dem lauterem Wettbewerb entsprechenden vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens, in seinem Recht auf Nichtausscheiden seines ausschreibungskonformen Angebotes, in seinem Recht auf eine zu seinen Gunsten zu treffende Zuschlagsentscheidung sowie in seinem Recht auf Erteilung des Zuschlags als Bestbieter, verletzt.

Zur Rechtswidrigkeit der Ausscheidensentscheidung:

Die vom Auftraggeber herangezogenen Ausscheidensgründe würden nicht vorliegen. Die Bankgarantie des Antragstellers erfülle die Vorgaben der Ausschreibung. Gemäß Teil A.14 der Ausschreibungsunterlage sei dem Angebot der Nachweis der Legung eines Vadiums in Höhe von Euro 10.000,-- laut beiliegendem Muster (Anlage 1) oder einer

gleichwertigen Sicherstellung iSd § 85 Abs. 2 BVergG 2006 beizulegen gewesen. Pkt. 2 letzter Satz des als Anlage 1 der Ausschreibungsunterlage beigefügten Bankgarantiemusters laute: "Zahlungen erfolgen innerhalb von drei Tagen nach Einlangen Ihrer ergehenden schriftlichen Aufforderung durch Überweisung auf ein uns bekannt zu gebendes Konto". Die vom Antragsteller dem Angebot beigelegte Bankgarantie habe diesbezüglich die Formulierung: "Zahlungen erfolgen innerhalb von drei Bankwerktagen nach Einlangen ihrer ergehenden schriftlichen Aufforderung durch Überweisung auf ein uns bekannt zu gebendes Konto" enthalten. Die vom Auftraggeber herangezogenen Ausscheidensgründe würden nicht vorliegen. Die Bankgarantie des Antragstellers erfülle die Vorgaben der Ausschreibung. Gemäß Teil A.14 der Ausschreibungsunterlage sei dem Angebot der Nachweis der Legung eines Vadiums in Höhe von Euro 10.000,-- laut beiliegendem Muster (Anlage 1) oder einer gleichwertigen Sicherstellung iSd Paragraph 85, Absatz 2, BVergG 2006 beizulegen gewesen. Pkt. 2 letzter Satz des als Anlage 1 der Ausschreibungsunterlage beigefügten Bankgarantiemusters laute: "Zahlungen erfolgen innerhalb von drei Tagen nach Einlangen Ihrer ergehenden schriftlichen Aufforderung durch Überweisung auf ein uns bekannt zu gebendes Konto". Die vom Antragsteller dem Angebot beigelegte Bankgarantie habe diesbezüglich die Formulierung: "Zahlungen erfolgen innerhalb von drei Bankwerktagen nach Einlangen ihrer ergehenden schriftlichen Aufforderung durch Überweisung auf ein uns bekannt zu gebendes Konto" enthalten.

Die vom Antragsteller beigelegte Bankgarantie weiche materiell nicht von den Vorgaben der Ausschreibung ab.

Jeder verständige Teilnehmer am Wirtschaftsverkehr wisse, dass Banküberweisungen üblicherweise einige Tage in Anspruch nehmen würden. Auch sei jedermann bekannt, dass Banküberweisungen an gesetzlichen Feiertagen und Wochenenden nicht durchgeführt würden. Wolle man einem Auftraggeber nicht unterstellen, dass er Unmögliches ausschreiben bzw. verlangen wolle, sei davon auszugehen, dass der Auftraggeber die Abläufe im Wirtschaftsverkehr kenne. Die Vorgabe des Auftraggebers im Mustertext für die Bankgarantie könne also nur so zu verstehen sein, dass unter "Tagen" Arbeitstage und nicht Kalendertage gemeint seien. Andernfalls würde im Fall des Abrufes der Garantie an einem Freitag die Einhaltung der Frist regelmäßig ein Problem darstellen.

Selbst wenn man diesem Auslegungsergebnis nicht folgen wollte, wäre die vom Antragsteller dem Angebot beigelegte Bankgarantie immer noch ausschreibungskonform. Die von der Bank des Antragstellers verwendete Textierung stelle jedenfalls eine im Sinne von Teil A.14 der Ausschreibungsunterlage gleichwertige Sicherstellung iSd § 85 Abs. 2 BVergG dar. Die vom Antragsteller gelegte Bankgarantie entspreche materiell dem Sicherungsinteresse des Auftraggebers und müsse daher von diesem gemäß § 85 BVergG zwingend akzeptiert werden. Ein Ausscheiden des Angebots des Antragstellers aus diesem Grund sei daher unzulässig. Selbst wenn man diesem Auslegungsergebnis nicht folgen wollte, wäre die vom Antragsteller dem Angebot beigelegte Bankgarantie immer noch ausschreibungskonform. Die von der Bank des Antragstellers verwendete Textierung stelle jedenfalls eine im Sinne von Teil A.14 der Ausschreibungsunterlage gleichwertige Sicherstellung iSd Paragraph 85, Absatz 2, BVergG dar. Die vom Antragsteller gelegte Bankgarantie entspreche materiell dem Sicherungsinteresse des Auftraggebers und müsse daher von diesem gemäß Paragraph 85, BVergG zwingend akzeptiert werden. Ein Ausscheiden des Angebots des Antragstellers aus diesem Grund sei daher unzulässig.

Der vom Auftraggeber herangezogene Ausscheidensgrund sei auch deshalb nicht gerechtfertigt, da dieser während der Angebotsprüfung auf einfache Weise behoben werden hätte können. Bei der Prüfung der Frage, ob ein Mangel behebbar oder unbehebbar sei, komme es auf einen objektiven Maßstab an. Reiche ein Bieter eine nach den Wünschen des Auftraggebers adaptierte Bankerklärung nach, werde hierdurch seine Position in keiner Weise verbessert. Der Auftraggeber hätte den Antragsteller zur Mängelbehebung auffordern müssen. Dadurch, dass dies nicht geschehen sei, werde die bekämpfte Zuschlagsentscheidung mit Rechtswidrigkeit belastet.

Fälschlicherweise stütze der Auftraggeber das Ausscheiden des Angebots des Antragstellers auch auf die Behauptung, dass das von ihm genannte Referenzprojekt den Vorgaben der Ausschreibung nicht entsprechen würde. Der Auftraggeber habe die Gleichwertigkeit nicht einmal im Detail überprüft, sondern habe sich mit der Pauschalaussage begnügt, dass eine Gleichwertigkeit hinsichtlich der Kornverteilung nicht vorliegen würde. Eine Nachfrage beim Antragsteller hätte allfällige Zweifel an der Gleichwertigkeit und damit an der Tauglichkeit der Referenz zerstreut. Dies gelte im Übrigen auch für alle sonstigen Qualitätsparameter gemäß Pkt. 2.3.1 des Teiles C der Ausschreibung. Der Antragsteller habe beim Referenzprojekt sämtliche Qualitätskriterien erfüllt. Auch komme es nicht auf die vertraglichen Vorgaben des Referenzprojektes, sondern auf die bei diesem tatsächlich gelieferte Qualität an.

Wenn sich bei der Prüfung der Angebote Unklarheiten ergeben oder vom Auftraggeber Mängel festgestellt würden und diese Unklarheiten für die Beurteilung des Angebotes von Bedeutung seien, sei vom Bieter eine verbindliche schriftliche Aufklärung zu verlangen. Der Auftraggeber habe es unterlassen, den Antragsteller zur Aufklärung der - seiner Auffassung nach vorliegenden - Mängel aufzufordern. Dadurch werde die durchgeführte Angebotsprüfung mit Rechtswidrigkeit belastet. In der Folge seien auch die Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung rechtswidrig.

Zur Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung:

Bei rechtsrichtiger Vorgangsweise hätte das Angebot des Antragstellers nicht ausgeschieden werden dürfen. Der Antragsteller hätte aufgrund seines Preisvorsprunges und der angebotenen Qualität als Bestbieter hervorgehen müssen. Jede auf einen anderen Bieter lautende Zuschlagsentscheidung sei schon deswegen rechtswidrig. Beim Zuschlagskriterium "Preis" wäre das Angebot des Antragstellers mit der Maximalpunktezahl von 94 zu bewerten gewesen, da es das preislich günstigste Angebot gewesen sei. Demgegenüber hätte das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers bei diesem Kriterium nur 89,9 Punkte erreichen dürfen. Beim Kriterium "Qualität" hätte der Antragsteller zumindest 2,14 Punkte erhalten müssen. Selbst wenn der präsumtive Zuschlagsempfänger bei diesem Kriterium die Maximalpunkteanzahl erhalten hätte, wäre dessen Angebot mit insgesamt maximal 95,8 Punkten zu bewerten gewesen. Der Antragsteller hätte hingegen insgesamt 96,14 Punkte erreichen müssen.

Mit Schriftsatz vom 15.11.2007 nahm der Auftraggeber zum Nachprüfungsantrag im Wesentlichen wie folgt Stellung:

Die Ausscheidensentscheidung sei auf das vom Antragsteller gelegte Vadium gestützt worden, da die vorgelegte Bankgarantie Zahlungen, nicht wie im Mustertext der Ausschreibung vorgesehen, innerhalb von 3 Tagen, sondern bloß innerhalb von 3 Bankwerktagen vorgesehen habe. Der Antragsteller versuche, eine Unmöglichkeit der Zahlung innerhalb von 3 Tagen zu konstruieren. Hiezu werde darauf verwiesen, dass Geldschulden gemäß § 905 Abs. 2 ABGB qualifizierte Schickschulden seien, sodass der Schuldner bei Bezahlung mit Buchgeld rechtzeitig erfülle, wenn der Überweisungsauftrag am Fälligkeitstag erfolge. Die vom Antragsteller gelegte Bankgarantie sei auch kein gleichwertiges Sicherstellungsmittel iSd § 85 Abs. 2 BVergG, da diese aufgrund eines längeren Leistungszeitraumes für die Bank dem Auftraggeber eine geringere Sicherstellung gewährleiste. Eine nachträgliche Behebung dieses Mangels würde den Wert der Sicherstellung und damit das Angebot in materieller Weise verbessern. Der fehlende Nachweis über den Erlag eines Vadiums sei gemäß § 86 BVergG ein unbehebbarer Mangel. Die Ausscheidensentscheidung sei auf das vom Antragsteller gelegte Vadium gestützt worden, da die vorgelegte Bankgarantie Zahlungen, nicht wie im Mustertext der Ausschreibung vorgesehen, innerhalb von 3 Tagen, sondern bloß innerhalb von 3 Bankwerktagen vorgesehen habe. Der Antragsteller versuche, eine Unmöglichkeit der Zahlung innerhalb von 3 Tagen zu konstruieren. Hiezu werde darauf verwiesen, dass Geldschulden gemäß Paragraph 905, Absatz 2, ABGB qualifizierte Schickschulden seien, sodass der Schuldner bei Bezahlung mit Buchgeld rechtzeitig erfülle, wenn der Überweisungsauftrag am Fälligkeitstag erfolge. Die vom Antragsteller gelegte Bankgarantie sei auch kein gleichwertiges Sicherstellungsmittel iSd Paragraph 85, Absatz 2, BVergG, da diese aufgrund eines längeren Leistungszeitraumes für die Bank dem Auftraggeber eine geringere Sicherstellung gewährleiste. Eine nachträgliche Behebung dieses Mangels würde den Wert der Sicherstellung und damit das Angebot in materieller Weise verbessern. Der fehlende Nachweis über den Erlag eines Vadiums sei gemäß Paragraph 86, BVergG ein unbehebbarer Mangel.

Eine Anfrage an den vom Antragsteller angegebenen Referenzauftraggeber zur Qualität des gelieferten Auftausalzes habe ergeben, dass die maximale Kornverteilung im Größtkorn bei der Referenzleistung überschritten worden sei und die gelieferte Qualität der Referenzleistung daher den Vorgaben des Punktes 2.3, Teil C der Ausschreibung nicht entspreche. Andere Referenzprojekte, die die Leistungsfähigkeit des Antragstellers nachweisen könnten, habe der Antragsteller nicht erbracht. Das Angebot des Antragstellers sei daher auch aus einem weiteren Grund zu Recht auszuschneiden gewesen.

Der in Aussicht genommene Zuschlagsempfänger, die B***, erhob mit Schriftsatz vom 9.11.2007 begründete Einwendungen iSd § 324 Abs. 2 BVergG und brachte im Wesentlichen vor, dass der Antragsteller ein ausschreibungswidriges Produkt angeboten habe. Der Antragsteller habe nicht ausschließlich Auftausalz in Form von NaCl wie in der Ausschreibung verlangt, angeboten. Der Auftraggeber habe in der Ausschreibung klar gemacht, dass er ausschließlich Siedesalz beschaffen wolle. Jedes andere Salz (insbesondere Steinsalz) würde Beimengungen anderer Salzarten aufweisen. Der in Aussicht genommene Zuschlagsempfänger, die B***, erhob mit Schriftsatz vom 9.11.2007 begründete Einwendungen iSd Paragraph 324, Absatz 2, BVergG und brachte im Wesentlichen vor, dass der

Antragsteller ein ausschreibungswidriges Produkt angeboten habe. Der Antragsteller habe nicht ausschließlich Auftausalz in Form von NaCl wie in der Ausschreibung verlangt, angeboten. Der Auftraggeber habe in der Ausschreibung klar gemacht, dass er ausschließlich Siedesalz beschaffen wolle. Jedes andere Salz (insbesondere Steinsalz) würde Beimengungen anderer Salzarten aufweisen.

In der Bewertungsformel der Ausschreibung zur Ermittlung des Bestbieters habe die ASFINAG Zähler und Nenner vertauscht, sodass nicht das Bestbieterprinzip, sondern das "Schlechtestbieterprinzip" normiert worden sei. Die einzig "legale" Möglichkeit, die Auftausalzversorgung sicher zu stellen, bestehe darin, alle anderen Angebote als jenes der B*** auszuschneiden und der B*** den Zuschlag zu erteilen.

Das Bundesvergabeamt ersuchte das Amt der NÖ Landesregierung mit Telefax vom 23.11.2007 um Erteilung verschiedener Auskünfte betreffend das vom Antragsteller im Rahmen des Referenzprojektes gelieferte Auftausalz und um Übermittlung sämtlicher Prüfberichte, die diesbezüglich des vom Antragsteller zum Referenzprojekt gelieferten Auftausalzes erstellt wurden.

Mit E-Mail vom 3.12.2007 teilte das Amt der NÖ Landesregierung dem Bundesvergabeamt mit, dass im Zuge der Auftragserfüllung durch den Antragsteller mehrere Qualitätsüberprüfungen durchgeführt worden seien und übermittelte die entsprechenden Prüfberichte der staatlich akkreditierten Prüf- und Überwachungsstelle, MAPAG Industriestraße 7, 2352 Gumpoldskirchen. In einem weiteren Telefax vom 11.12.2007 bestätigte das Amt der NÖ Landesregierung, dass es sich bei den mit Telefax vom 3.12.2007 übermittelten Prüfberichten um sämtliche zur Auftragsdurchführung durch den Antragsteller vorhandene Prüfberichte handle.

Im Prüfbericht der MAPAG Labornr. 6648/2006 vom 18.12.2006 (Probe: Auftausalz Straßenmeisterei Lilienfeld) sind in der Rubrik Korngröße [mm] 0-0,16 beim Anteil [M-%] ein Wert von 7,5; im Prüfbericht der MAPAG Labornr. 13A/2007 vom 27.2.2007 (Probe: Streusalz Gutenstein) in dieser Rubrik ein Wert von 5,9 und im Prüfbericht der MAPAG Labornr. 70A/2007 vom 27.2.2007, (Probe: Streusalz Raabs/Thaya) ein Wert von 5,1 ausgewiesen. Im Prüfbericht der MAPAG Labornr. 6678/2006 vom 21.12.2006 (Probe : Streusalz LS Nr.02099) ist in der Kornfraktion 3,15mm-5,0mm ein Wert von 6,2 angegeben In allen übrigen während der Auftragserfüllung des Referenzprojektes durch den Antragsteller erstellten MAPAG-Prüfzertifikaten liegen sämtliche Werte innerhalb der Grenzwerte des Pkt. 2 Teil C der Leistungsbeschreibung. Im Prüfbericht der MAPAG Labornr. 6648 aus 2006, vom 18.12.2006 (Probe: Auftausalz Straßenmeisterei Lilienfeld) sind in der Rubrik Korngröße [mm] 0-0,16 beim Anteil [M-%] ein Wert von 7,5; im Prüfbericht der MAPAG Labornr. 13A/2007 vom 27.2.2007 (Probe: Streusalz Gutenstein) in dieser Rubrik ein Wert von 5,9 und im Prüfbericht der MAPAG Labornr. 70A/2007 vom 27.2.2007, (Probe: Streusalz Raabs/Thaya) ein Wert von 5,1 ausgewiesen. Im Prüfbericht der MAPAG Labornr. 6678 aus 2006, vom 21.12.2006 (Probe : Streusalz LS Nr.02099) ist in der Kornfraktion 3,15mm-5,0mm ein Wert von 6,2 angegeben In allen übrigen während der Auftragserfüllung des Referenzprojektes durch den Antragsteller erstellten MAPAG-Prüfzertifikaten liegen sämtliche Werte innerhalb der Grenzwerte des Pkt. 2 Teil C der Leistungsbeschreibung.

In weiteren Stellungnahmen vom 13.12.2007 und vom 18.12.2007 brachte der Auftraggeber unter Berufung auf eine in einem ebenfalls die Lieferung von Auftausalz zum Gegenstand habenden Nachprüfungsverfahren (N/0108-BVA/13/2007) in der mündlichen Verhandlung getätigte Zeugenaussage eines Mitarbeiters der MAPAG (C***), dass bei Korngrößenmessungen Abweichungen von 2 Absolutprozent zu berücksichtigen seien. Daraus folge, so der Auftraggeber, dass zu den in den Prüfzeugnissen angegebenen Werten zwingend noch 2 Absolutprozent dazu zu addieren seien, so dass weder das vom Antragsteller im gegenständlichen Vergabeverfahren angebotene Auftausalz noch das beim Referenzprojekt gelieferte Auftausalz die Ausschreibungsvorgaben erfüllen würden.

In der Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt am 7.12.2007 im Nachprüfungsverfahren N/0108-BVA/13/2007, sei zutage getreten, dass der Referenzauftraggeber dem Antragsteller wegen unzureichender Qualität des von ihm gelieferten Salzes ein Pönale in Rechnung gestellt habe. Das namhaft gemachte Referenzprojekt könne auch aus diesem Grunde nicht anerkannt werden und rechtfertige die Ausscheidensentscheidung.

Der Antragsteller gab mit Schriftsatz vom 13.12.2007 eine weitere Stellungnahme ab, in der er im Wesentlichen darauf hinwies, dass der Auftraggeber im Hinblick auf die Anforderungen an das Referenzprojekt Gleichwertigkeit - und nicht ein gleiches Referenzprojekt - verlangt habe. Eine gleichwertige Referenz müsse aber nicht zwangsläufig den Anforderungen der gegenständlichen Ausschreibung für das hiezu anzubietende Salz entsprechen. Wenn der

Antragsteller nunmehr das Referenzprojekt an den Anforderungen der gegenständlichen Ausschreibung - für das hier zu liefernde Salz - messe, weiche er unzulässigerweise von den in der Ausschreibungsunterlage getroffenen Festlegungen ab.

Zur Beurteilung der sich im Zusammenhang mit der Prüfung der Gleichwertigkeit des vom Antragsteller im Rahmen des Referenzprojektes gelieferten Auftausalzes mit den in der Leistungsbeschreibung der gegenständlichen Ausschreibung festgelegten Qualitätsanforderungen und der Beurteilung der Ausschreibungskonformität des vom Antragsteller im gegenständlichen Vergabeverfahren angebotenen Auftausalzes zu klärenden technisch-fachlichen Fragen, wurde mit Bescheid des BVA vom 17.12.2007, GZ: N/0107-BVA/14/2007-34, S*** zum nichtamtlichen Sachverständigen gemäß § 52 Abs. 2 AVG bestellt. Mit Schreiben desselben Tages wurde S*** mit der Erstellung eines Gutachtens beauftragt. Zur Beurteilung der sich im Zusammenhang mit der Prüfung der Gleichwertigkeit des vom Antragsteller im Rahmen des Referenzprojektes gelieferten Auftausalzes mit den in der Leistungsbeschreibung der gegenständlichen Ausschreibung festgelegten Qualitätsanforderungen und der Beurteilung der Ausschreibungskonformität des vom Antragsteller im gegenständlichen Vergabeverfahren angebotenen Auftausalzes zu klärenden technisch-fachlichen Fragen, wurde mit Bescheid des BVA vom 17.12.2007, GZ: N/0107-BVA/14/2007-34, S*** zum nichtamtlichen Sachverständigen gemäß Paragraph 52, Absatz 2, AVG bestellt. Mit Schreiben desselben Tages wurde S*** mit der Erstellung eines Gutachtens beauftragt.

Im Hinblick auf das Erfordernis der Bestellung eines Sachverständigen wurde die mit Bescheid vom 15.11.2007, GZ: N/0107-BVA/14/2007-11, erlassene einstweilige Verfügung gemäß § 329 Abs. 3 BVergG von Amtswegen erstreckt und dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis 31.1.2008, untersagt, im gegenständlichen Vergabeverfahren den Zuschlag zu erteilen. Im Hinblick auf das Erfordernis der Bestellung eines Sachverständigen wurde die mit Bescheid vom 15.11.2007, GZ: N/0107-BVA/14/2007-11, erlassene einstweilige Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz 3, BVergG von Amtswegen erstreckt und dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis 31.1.2008, untersagt, im gegenständlichen Vergabeverfahren den Zuschlag zu erteilen.

Der Sachverständige übermittelte dem Bundesvergabeamt am 11.1.2008 nachstehenden Befund und nachstehendes Gutachten vom 8.1.2008:

[...]

Fragestellung:

Im Zusammenhang mit den vom Amt der NÖ Landesregierung betreffend die Lieferung von Auftausalz durch die A*** übermittelten Prüfberichten und der vom Bundesvergabeamt zu beurteilenden Gleichwertigkeit des von der A*** beim Referenzprojekt gelieferten Auftausalzes sowie im Zusammenhang mit der vom Bundesvergabeamt zu beurteilenden Ausschreibungskonformität des im gegenständlichen Vergabeverfahren von der A*** angebotenen Auftausalzes stellen sich insbesondere folgende Fragen, die im Rahmen des Gutachtens zu behandeln sind:

1. 1.Ziffer eins

Im Prüfbericht der MAPAG Labornr. 6648/2006 vom 18.12.2006, Beilage 1 zu 6648/2006, ist in der Rubrik Korngröße [mm] 0-0,16 beim Anteil [M-% TS] ein Wert von 7,5 ausgewiesen. In der Rubrik Korngröße [mm] 3,15-5,0 ist der Anteil [M-% TS] mit einem Wert von 1,1 angegeben. In der Rubrik Korngröße [mm] > 5,0 ist der Anteil [M-% TS] mit einem Wert von 0,0 ausgewiesen. Im Prüfbericht der MAPAG Labornr. 13 A/2007 vom 27.2.2007, Beilage 1 zu 13 A/2007, scheint in der Rubrik Korngröße [mm] 0-0,16 beim Anteil [M-% TS] ein Wert von 5,9 auf. In der Rubrik Korngröße [mm] 3,15-5,0 ist der Anteil [M-% TS] mit einem Wert von 1,8, in der Rubrik Korngröße [mm] > 5,0 ist der Anteil [M-% TS] mit einem Wert von 0,1 angegeben. Im Prüfbericht der MAPAG Labornr. 6648 aus 2006, vom 18.12.2006, Beilage 1 zu 6648 aus 2006,, ist in der Rubrik Korngröße [mm] 0-0,16 beim Anteil [M-% TS] ein Wert von 7,5 ausgewiesen. In der Rubrik Korngröße [mm] 3,15-5,0 ist der Anteil [M-% TS] mit einem Wert von 1,1 angegeben. In der Rubrik Korngröße [mm] > 5,0 ist der Anteil [M-% TS] mit einem Wert von 0,0 ausgewiesen. Im Prüfbericht der MAPAG Labornr. 13 A/2007 vom 27.2.2007, Beilage 1 zu 13 A/2007, scheint in der Rubrik Korngröße [mm] 0-0,16 beim Anteil [M-% TS] ein Wert von 5,9 auf. In der Rubrik Korngröße [mm] 3,15-5,0 ist der Anteil [M-% TS] mit einem Wert von 1,8, in der Rubrik Korngröße [mm] > 5,0 ist der Anteil [M-% TS] mit einem Wert von 0,1 angegeben.

Sind die Lieferungen der A***, die Gegenstand der vorstehend zitierten MAPAG-Prüfberichte waren, hinsichtlich der

Kornverteilung den in Pkt. 2 der Leistungsbeschreibung Teil C festgelegten Qualitätsanforderungen in technischer bzw. chemisch-physikalischer Hinsicht als gleichwertig anzusehen?

1. 2.Ziffer 2

Mit welcher Messgenauigkeit können Prüfungen von Auftausalzproben im Hinblick auf die Korngrößenverteilungen durchgeführt werden?

1. 3.Ziffer 3

Sind die in einschlägigen Prüfberichten, wie etwa die in den hier vorliegenden MAPAG-Prüfberichten aufscheinenden Werte als Werte einschließlich allfälliger Messtoleranzen zu verstehen oder sind zu diesen Werten noch allfällige Messtoleranzen dazuzurechnen bzw. davon abzuziehen? (siehe die Ausführungen der Asfinag unter Pkt. 1.4 ihrer Stellungnahme vom 13.12.2007, Beilage 10).

1. 4.Ziffer 4

Erfüllt das Auftausalz, das Gegenstand des Prüfberichtes der MAPAG Labor.Nr. 1109.2/2007 vom 9.10.2007 war (Streusalzprobe Fa. A***), die in Pkt. 2, Teil C der Ausschreibung normierten Qualitätsanforderungen? Erfüllt das Auftausalz, das Gegenstand des Prüfberichtes der MAPAG Labor.Nr. 1109.2 aus 2007, vom 9.10.2007 war (Streusalzprobe Fa. A***), die in Pkt. 2, Teil C der Ausschreibung normierten Qualitätsanforderungen?

1. 5.Ziffer 5

Im MAPAG-Prüfbericht Labornr. 12 A/2007 vom 27.2.2007 (Probe: Streusalz Aspang) ist ein Sulfatgehalt von 10350 mg/kg TS ausgewiesen.

Mit welcher Messgenauigkeit können Sulfatbestimmungen durchgeführt werden?

1. 6.Ziffer 6

Ist ein Sulfatgehalt von 10350 mg/kg TS den in Pkt. 2 der Leistungsbeschreibung, Teil C der Ausschreibung festgelegten Qualitätsanforderungen in technischer bzw. chemischphysikalischer Hinsicht als gleichwertig anzusehen?

1. 7.Ziffer 7

Im Falle, dass sowohl die Frage 1 als auch die Frage 6 (somit diesbezüglich die Gleichwertigkeit) zu bejahen ist:

Sind die Lieferungen der A***, die Gegenstand der vorstehend zitierten MAPAG-Prüfberichte sind, auch im Hinblick auf die übrigen in Punkt 2 der Leistungsbeschreibung, Teil C der Ausschreibung festgelegten Qualitätsanforderungen in technischer bzw. chemisch-physikalischer Hinsicht als gleichwertig anzusehen?

Zur Beantwortung dieser Fragen wurden durch das Bundesvergabeamt folgende Unterlagen zur Verfügung gestellt:

- -Strichaufzählung
Ausschreibungsunterlagen
- -Strichaufzählung
Beantwortung der Bieteranfragen vom 3.10.2007
- -Strichaufzählung
ausgefülltes Formblatt 3 der A*** zum Angebot (Beilage 1a)
- -Strichaufzählung
Prüfbericht der MAPAG Labor.Nr. 1109.2/2007 vom 9.10.2007 (Beilage 1b) Prüfbericht der MAPAG Labor.Nr. 1109.2 aus 2007, vom 9.10.2007 (Beilage 1b)
- -Strichaufzählung
Fax des BVA an Amt der NÖ Landesregierung vom 23.11.2007 (Beilage 2)
- -Strichaufzählung
Schreiben des Amtes der NÖ Landesregierung an BVA vom 3.12.2007 samt MAPAG-Prüfberichten betreffend A*** (Beilage 3)
- -Strichaufzählung
Fax des BVA an Amt der NÖ Landesregierung vom 11.12.2007 (Beilage 4)
- -Strichaufzählung
Fax des Amtes der NÖ Landesregierung an BVA vom 11.12.2007 (Beilage 5)
- -Strichaufzählung

Auszug an den Ausschreibungsunterlagen des Referenzprojektes (Beilage 6)

- -Strichaufzählung
Verhandlungsschrift zum Nachprüfungsverfahren N/0108- BVA/13/2007-24 vom 7.12.2007 (Beilage 7)
- -Strichaufzählung
Nachprüfungsantrag der A*** vom 7.11.2007 (Beilage 8)
- -Strichaufzählung
Stellungnahme der Asfinag zum Nachprüfungsantrag vom 15.11.2007 (Beilage 9)
- -Strichaufzählung
ergänzende Stellungnahme der Asfinag vom 13.12.2007 (Beilage 10)
- -Strichaufzählung
Stellungnahme der A*** vom 13.12.2007 (Beilage 11)

[...]

GUTACHTEN

Ad 1:

Im Prüfbericht der MAPAG Labornr. 6648/2006 vom 18.12.2006, Beilage 1 zu 6648/2006, ist in der Rubrik Korngröße [mm] 0-0,16 beim Anteil [M-% TS] ein Wert von 7,5 ausgewiesen. In der Rubrik Korngröße [mm] 3,15-5,0 ist der Anteil [M-% TS] mit einem Wert von 1,1 angegeben. In der Rubrik Korngröße [mm] > 5,0 ist der Anteil [M-% TS] mit einem Wert von 0,0 ausgewiesen. Im Prüfbericht der MAPAG Labornr. 13 A/2007 vom 27.2.2007, Beilage 1 zu 13 A/2007, scheint in der Rubrik Korngröße [mm] 0-0,16 beim Anteil [M-% TS] ein Wert von 5,9 auf. In der Rubrik Korngröße [mm] 3,15-5,0 ist der Anteil [M-% TS] mit einem Wert von 1,8, in der Rubrik Korngröße [mm] > 5,0 ist der Anteil [M-% TS] mit einem Wert von 0,1 angegeben. Im Prüfbericht der MAPAG Labornr. 6648 aus 2006, vom 18.12.2006, Beilage 1 zu 6648 aus 2006,, ist in der Rubrik Korngröße [mm] 0-0,16 beim Anteil [M-% TS] ein Wert von 7,5 ausgewiesen. In der Rubrik Korngröße [mm] 3,15-5,0 ist der Anteil [M-% TS] mit einem Wert von 1,1 angegeben. In der Rubrik Korngröße [mm] > 5,0 ist der Anteil [M-% TS] mit einem Wert von 0,0 ausgewiesen. Im Prüfbericht der MAPAG Labornr. 13 A/2007 vom 27.2.2007, Beilage 1 zu 13 A/2007, scheint in der Rubrik Korngröße [mm] 0-0,16 beim Anteil [M-% TS] ein Wert von 5,9 auf. In der Rubrik Korngröße [mm] 3,15-5,0 ist der Anteil [M-% TS] mit einem Wert von 1,8, in der Rubrik Korngröße [mm] > 5,0 ist der Anteil [M-% TS] mit einem Wert von 0,1 angegeben.

Sind die Lieferungen der A***, die Gegenstand der vorstehend zitierten MAPAG-Prüf-berichte waren, hinsichtlich der Kornverteilung den in Pkt. 2 der Leistungsbeschreibung Teil C festgelegten Qualitätsanforderungen in technischer bzw. chemisch-physikalischer Hinsicht als gleichwertig anzusehen?

Für die Qualitätsanforderungen von Auftausalzen sind neben anderen Kenngrößen (z.B. Feuchtigkeitsgehalt) vor allem die Kornverteilung von entscheidender Bedeutung, die sich an den Vorgaben des Kapitels 4.3.2 der einschlägigen RVS 12.04.12 vom September 1993 orientieren und unter Teil C, Pkt. 2 der Leistungsbeschreibung der gegenständlichen Ausschreibung übernommen wurden. Demnach haben die Auftausalze im trockenen Zustand eine entsprechende Kornverteilung aufzuweisen, deren Anteile gemäß Leistungsbeschreibung folgendermaßen festgelegt sind:

Korngröße < 0,16 mm Grenzwert kleiner/gleich 5 Gew-%

Korngröße 0,16 mm bis 3,15 mm Grenzwert größer/gleich 90 Gew-%

Korngröße > 3,15 mm Grenzwert kleiner/gleich 5 Gew-%

Aus fachlicher Sicht ist von entscheidender Bedeutung, dass in den eingesetzten Salzen im Hinblick auf die erforderliche Streufähigkeit und wirksame Auftaufähigkeit der Anteil der Kornverteilung 0,16 mm bis 3,15 mm hoch ist und die Anteile der Feinfraktion (Korngröße kleiner 0,16 mm) und des Überkorns (Korngröße größer 3,15 mm) klein sind.

Hinsichtlich einer raschen Auftauwirksamkeit ist jedoch wesentlich, dass der Überkornanteil nicht größer als der Feinfraktionsteil einer Auftausalzmischung ist, da feines Salz leichter gelöst werden kann, als in grober Form vorliegende Salzanteile. Um den Vorgaben der RVS 12.04.12 zu entsprechen, die im gegenständlichen Vergabeverfahren als Grundlage für die Festlegung der Qualitätsanforderungen diente, müssen jedoch die Anteile Feinfraktion und Überkornfraktion in Summe < 10 Gew-% sein, damit die Kornfraktion 0,16 mm bis 3,15 mm den geforderten Grenzwert von größer/gleich 90 Gew-% einhält.

Bei feinen Salzanteilen ist lediglich der Umstand zu berücksichtigen, dass kleinere Salzpartikel leichter verweht werden können und damit außerhalb der zu bestreuenden Straßen abgelagert werden.

Dieser unerwünschte Nebeneffekt wird dadurch ausgeglichen, dass feinere Salzpartikel rascher löslich sind und dadurch die Auftauwirksamkeit erhöht wird.

Somit kann die Aussage getroffen werden, dass die durch die MAPAG analysierten Auftausalzproben, deren Zusammensetzungen aus den unter Labornr. 13 A/2007 vom 27.2.2007, Beilage 1 zu 13 A/2007, und Labornr. 6648/2006 vom 18.12.2006, Beilage 1 zu 6648/2006, erstellten Prüfberichten hervorgehen, im Hinblick auf den geforderten Feinanteil (Korngröße kleiner 0,16 mm) zwar nicht den in Teil C der Leistungsbeschreibung festgelegten Qualitätsanforderungen entsprechen, aber als durchaus gleichwertig anzusehen sind, da in beiden Auftausalzproben der Anteil der Kornfraktion 0,16 mm bis 3,15 mm über dem geforderten Grenzwert von größer/gleich 90 Gew-% liegt. Somit kann die Aussage getroffen werden, dass die durch die MAPAG analysierten Auftausalzproben, deren Zusammensetzungen aus den unter Labornr. 13 A/2007 vom 27.2.2007, Beilage 1 zu 13 A/2007, und Labornr. 6648 aus 2006, vom 18.12.2006, Beilage 1 zu 6648 aus 2006,, erstellten Prüfberichten hervorgehen, im Hinblick auf den geforderten Feinanteil (Korngröße kleiner 0,16 mm) zwar nicht den in Teil C der Leistungsbeschreibung festgelegten Qualitätsanforderungen entsprechen, aber als durchaus gleichwertig anzusehen sind, da in beiden Auftausalzproben der Anteil der Kornfraktion 0,16 mm bis 3,15 mm über dem geforderten Grenzwert von größer/gleich 90 Gew-% liegt.

Es kann daher zusammenfassend festgestellt werden, dass die zu beurteilenden Lieferungen der A***, die Gegenstand der vorstehend zitierten MAPAG-Prüfberichte waren, hinsichtlich der Kornverteilung den in Pkt. 2 der Leistungsbeschreibung Teil C festgelegten Qualitätsanforderungen in technischer bzw. chemisch-physikalischer Hinsicht als gleichwertig anzusehen sind.

Diese Feststellung wird darauf begründet, dass in beiden Proben die Anteile Feinfraktion und Überkornfraktion in Summe gesichert kleiner 10 Gew-% sind und die für die erwünschte Tauwirksamkeit optimale Kornfraktion 0,16 mm bis 3,15 mm den geforderten Grenzwert von größer/gleich 90 Gew-% einhält. Dabei ist aus technischer Sicht unerheblich, dass der Feinanteil in den gegenständlichen Tausalzproben über dem geforderten Grenzwert von 5 Masse-% TS liegt, da - wie einleitend erwähnt - auch diese Fraktion gute auftauwirksame Eigenschaften besitzt und daher keine Verringerung der Tauwirksamkeit des gesamten Salzgemenges verursacht.

Ad 2:

Mit welcher Messgenauigkeit können Prüfungen von Auftausalzproben im Hinblick auf die Korngrößenverteilungen durchgeführt werden?

Die Messgenauigkeit von Auftausalzproben im Hinblick auf die Korngrößenverteilungen ergibt sich aufgrund der angegebenen Fehlergrenzen der für die Gewichtsermittlung der Siebdurchgänge bzw. Siebrückstände verwendeten Waagen.

Gemäß der für die Ermittlung der Korngrößenverteilung herangezogenen ÖNORM B 4412 bzw. der dieser Norm gleichwertigen ÖNORM EN 933-1 wird bei diesen Prüfungen die Verwendung von Waagen mit einer Fehlergrenze von kleiner als 0,1 % verlangt.

Die Korngrößenverteilungen von auftauwirksamen Substanzen sind daher in den geforderten Messbereichen < 0,16 mm, 0,16 mm bis 3,15 mm und > 3,15 mm mit einer Messgenauigkeit von jeweils höchstens 0,1 % zu ermitteln.

Diese geforderte Messgenauigkeit kann durch die üblicherweise für diese Prüfungen verwendeten Laborwaagen garantiert werden und ist daher auch für die Bestimmung von Korngrößenverteilungen von Auftausalzproben unter Zugrundelegung der in der ÖNORM B 4412 verlangten Mindestprobenmengen zu verlangen.

Ad 3:

Sind die in einschlägigen Prüfberichten, wie etwa die in den hier vorliegenden MAPAG-Prüfberichten aufscheinenden Werte als Werte einschließlich allfälliger Messtoleranzen zu verstehen oder sind zu diesen Werten noch allfällige Messtoleranzen dazuzurechnen bzw. davon abzuziehen? (siehe die Ausführungen der Asfinag unter Pkt. 1.4 ihrer Stellungnahme vom 13.12.2007, Beilage 10).

Die in den vorgelegten MAPAG-Prüfberichten aufscheinenden Werte sind als experimentell ermittelte Messwerte einschließlich allfälliger Messtoleranzen zu verstehen, da diese Werte unter Verweis auf die fach einschlägige Methode (ÖNORM B 4412) ermittelt wurden, die eine Messgenauigkeit von kleiner $< 0,1 \%$ verlangt.

Zu den in den Prüfberichten angegebenen Messwerten sind daher keine Messtoleranzen dazuzurechnen bzw. davon abzuziehen. Die Ausführungen der Asfinag unter Pkt. 1.4 ihrer Stellungnahme vom 13.12.2007 (siehe Beilage 10) können daher als fachlich nicht zutreffend qualifiziert werden.

Ad 4:

Erfüllt das Auftausalz, das Gegenstand des Prüfberichtes der MAPAG Labor.Nr. 1109.2/2007 vom 9.10.2007 war (Streusalzprobe Fa. A***), die in Pkt. 2, Teil C der Ausschreibung normierten Qualitätsanforderungen? Erfüllt das Auftausalz, das Gegenstand des Prüfberichtes der MAPAG Labor.Nr. 1109.2 aus 2007, vom 9.10.2007 war (Streusalzprobe Fa. A***), die in Pkt. 2, Teil C der Ausschreibung normierten Qualitätsanforderungen?

Unter Berücksichtigung der Antwort auf die Frage 3 erfüllt das Auftausalz, das Gegenstand des Prüfberichtes der MAPAG Labor.Nr. 1109.2/2007 vom 9.10.2007 war (Streusalzprobe Fa. A***), die in Pkt. 2, Teil C der Ausschreibung normierten Qualitätsanforderungen, da für sämtliche Messbereiche ($< 0,16 \text{ mm}$, $0,16 \text{ mm}$ bis $3,15 \text{ mm}$ und $> 3,15 \text{ mm}$) der Kornverteilung die geforderten Grenzwerte eingehalten werden. Unter Berücksichtigung der Antwort auf die Frage 3 erfüllt das Auftausalz, das Gegenstand des Prüfberichtes der MAPAG Labor.Nr. 1109.2 aus 2007, vom 9.10.2007 war (Streusalzprobe Fa. A***), die in Pkt. 2, Teil C der Ausschreibung normierten Qualitätsanforderungen, da für sämtliche Messbereiche ($< 0,16 \text{ mm}$, $0,16 \text{ mm}$ bis $3,15 \text{ mm}$ und $> 3,15 \text{ mm}$) der Kornverteilung die geforderten Grenzwerte eingehalten werden.

Ad 5:

Im MAPAG-Prüfbericht Labornr. 12 A/2007 vom 27.2.2007 (Probe: Streusalz Aspang) ist ein Sulfatgehalt von 10350 mg/kg TS ausgewiesen.

Mit welcher Messgenauigkeit können Sulfatbestimmungen durchgeführt werden?

Die Messgenauigkeit - gleichbedeutend mit der in allgemeinen Regelwerken für die Angabe von Messergebnissen als "Messunsicherheit" bezeichnete Kenngröße von quantitativen analytischen Bestimmungen - hängt im Wesentlichen von folgenden Randbedingungen ab:

- -Strichaufzählung
der Art der zu bestimmenden Komponente,
- -Strichaufzählung
den chemischen und physikalischen Eigenschaften der zu bestimmenden Komponente,
- -Strichaufzählung
der Größenordnung, in der die zu bestimmende Komponente in dem zu untersuchendem Stoff (oder Gemenge) vorliegt und
- -Strichaufzählung
der Matrix, in welcher die zu bestimmende Komponente, vorliegt.

Diese allgemeinen Bedingungen gelten auch für die Bestimmung des Sulfatgehaltes in Salzproben.

Eine akkreditierte Prüfstelle muss gemäß der anzuwendenden EN ISO/IEC 17025 ein, seinem Tätigkeitsbereich angemessenes Qualitätsmanagementsystem einführen, umsetzen und aufrechterhalten. Das Laboratorium muss seine grundsätzlichen Regelungen, Systeme, Programme, Verfahren und Anleitungen in dem erforderlichen Umfang schriftlich niederlegen, um die Qualität der Prüfergebnisse zu sichern.

Somit kann eine generelle Aussage zur Messgenauigkeit von Sulfatbestimmungen in Auftausalzproben nur dann gegeben werden, wenn diese Angaben in speziellen Verfahren und Anleitungen (zB. Normen oder vom Laboratorium selbstentwickelte Methoden) angeführt sind oder sich aus allgemeinen, von der Prüfstelle entwickelnden Regelungen ableiten lassen.

Für das gegenständliche Vergabeverfahren wurde gemäß der in Pkt. 2 der Leistungsbeschreibung Teil C festgelegten Qualitätsanforderungen für den Sulfatgehalt der Auftausalzlieferungen ein höchstzulässiger Sulfatgehalt von 10.000 mg/kg TS festgelegt. Zur Ermittlung des Sulfatgehaltes wurde dabei auf keine nähere Bestimmungsmethode verwiesen

bzw. referenziert die in den Ausschreibungsunterlagen zu berücksichtigende RVS 12.04.12 auch auf keine entsprechende Bestimmungsmethode. Ebenso wurde nicht festgelegt, ob nur der wasserlösliche Sulfatgehalt oder der analytisch bestimmbare Gesamt-Sulfatgehalt (als Summe des wasserlöslichen und des nicht wasserlöslichen Sulfatgehaltes) ermittelt werden soll.

Die von der MAPAG durchgeführten Bestimmungen zur Ermittlung des Sulfatgehaltes in Auftausalzproben erfolgten nach der ÖNORM EN ISO 10304-1, einer Methode, die für die Untersuchung von Wasserproben entwickelt wurde und dementsprechend nur den wasserlöslichen Sulfatanteil in diesen Produkten umfasst. Dieser Umstand kann aus den diesbezüglichen Angaben in den MAPAG-Prüfberichten abgeleitet werden. Diese Bestimmungsmethode ist jedoch grundsätzlich für die Bestimmung des Sulfatgehaltes in Feststoffproben geeignet.

Die ÖNORM EN ISO 10304-1 beinhaltet keine Hinweise zur Angabe der Messunsicherheit, diese muss von einer akkreditierten Prüfstelle im Rahmen der erwähnten qualitätssichernden Maßnahmen zur Sicherung der Qualität der Prüfergebnisse in speziellen Vorschriften festgelegt werden bzw. allgemein beurteilt werden.

Da diese Angaben dem Unterfertigten zur Beurteilung nicht vorliegen, muss auf die Aussage des Zeugen C***, Prüfstellenleiter der MAPAG, verwiesen werden, welcher im Rahmen der Verhandlung vom 7. Dezember 2007 zu diesem Vergabeverfahren aussagte, dass für die Sulfatgehalte in Auftausalzproben von einer Messunsicherheit von +/- 10 Relativprozent auszugehen ist.

Diese Aussage ist als sachverständige Feststellung zu qualifizieren und lässt sich aus den gewonnenen Erfahrungen der durchgeführten Bestimmungen ableiten, die, da es sich um Prüfungen im akkreditiertem Umfang der Prüfstelle handelt, unter qualitätssichernden Maßnahmen erstellt werden müssen.

Somit kann festgestellt werden, dass die Messgenauigkeit der Sulfatbestimmungen in Auftausalzproben, die gemäß der ÖNORM EN ISO 10304-1 ermittelt wurden, +/- 10 Relativ-% beträgt. Für die Probe "Streusalz Aspang" kann gemäß MAPAG-Prüfbericht Labornr. 12 A/2007 vom 27.2.2007 ein Sulfatgehalt zwischen 9315 mg/kg TS und 11385 mg/kg TS angegeben werden.

Ad 6:

Ist ein Sulfatgehalt von 10350 mg/kg TS den in Pkt. 2 der Leistungsbeschreibung, Teil C der Ausschreibung festgelegten Qualitätsanforderungen in technischer bzw. chemischphysikalischer Hinsicht als gleichwertig anzusehen?

Unter Berücksichtigung der Beantwortung der Frage 5 kann festgestellt werden, dass der von der MAPAG ermittelte Sulfatgehalt von 10350 mg/kg TS einen durchschnittlichen Gehalt darstellt, von welchem die vom Leiter der akkreditierten Prüfstelle für diese Bestimmungsmethode bekannt gegebenen Messunsicherheit von 10 % abgezogen oder hinzugerechnet werden muss. Der wahre wasserlösliche Sulfatgehalt in dieser analysierten Auftausalzprobe kann daher zwischen 9315 mg/kg TS und 11385 mg/kg TS liegen.

In der einleitend erwähnten RVS 12.04.12 finden sich keine Hinweise, dass höhere Sulfatgehalte (> 1 Masse-% TS) in Auftausalzproben negative Auswirkungen im Hinblick auf die Tauwirksamkeit dieser Produkte zeigen.

Der in dieser Salzprobe ermittelte Sulfatgehalt, der gemäß Leistungsbeschreibung durchschnittlich geringfügig über dem geforderten Grenzwert von 10.000 mg/kg TS liegt, kann daher im Sinne der in Pkt. 2 der Leistungsbeschreibung, Teil C der Ausschreibung, festgelegten Qualitätsanforderungen, sowohl in technischer, als auch chemisch-physikalischer Hinsicht als gleichwertig beurteilt werden.

Ad 7:

Im Falle, dass sowohl die Frage 1 als auch die Frage 6 (somit diesbezüglich die Gleichwertigkeit) zu bejahen ist:

Sind die Lieferungen der A***, die Gegenstand der vorstehend zitierten MAPAG-Prüfberichte sind, auch im Hinblick auf die übrigen in Punkt 2 der Leistungsbeschreibung, Teil C der Ausschreibung festgelegten Qualitätsanforderungen in technischer bzw. chemisch-physikalischer Hinsicht als gleichwertig anzusehen?

Nach eingehendem Studium der vorgelegten Unterlagen - insbesondere sämtlicher vorgelegten Prüfberichte der MAPAG - kann zusammenfassend gutachterlich festgestellt werden, dass sämtliche Lieferungen der A***, die Gegenstand der vorstehend zitierten MAPAG-Prüfberichte sind, auch im Hinblick auf die übrigen in Punkt 2 der Leistungsbeschreibung, Teil C der Ausschreibung festgelegten Qualitätsanforderungen in technischer bzw. chemisch-physikalischer Hinsicht als gleichwertig anzusehen sind.

Zur Gutachtenerstellung verwendete Unterlagen:

- -Strichaufzählung
RVS 12.04.12 "Straßenerhaltung, Winterdienst, Schneeräumung und Streuung"
- -Strichaufzählung
ÖNORM B 4412 "Erd- und Grundbau, Untersuchung von Bodenproben"
- -Strichaufzählung
Korngrößenverteilung"
- -Strichaufzählung
ÖNORM EN 933-1 "Prüfverfahren für geometrische Eigenschaften von Gesteinskörnungen, Teil 1: Bestimmung der Korngrößenverteilung - Siebverfahren"
- -Strichaufzählung
EN ISO/IEC 17025 "Allgemeine Anforderungen an die Kompetenz von Prüf- und Kalibrierlaboratorien"
- -Strichaufzählung
ÖNORM EN ISO 10304-1 "Wasserbeschaffenheit - Bestimmung der gelösten Anionen Fluorid, Chlorid, Nitrit, Orthophosphat, Bromid, Nitrat und Sulfat mittels Ionenchromatographie - Teil 1: Verfahren für gering belastete Wässer"

Das Gutachten des Sachverständigen wurde den Parteien mit Telefax vom 11.1.2008 zur Stellungnahme bis längstens 18.1.2008, 12.00 Uhr, übermittelt.

In der Stellungnahme zum Gutachten des Sachverständigen vom 18.1.2008 teilte der Auftraggeber zusammengefasst mit:

Aus der gutachterlichen Stellungnahme ergebe sich, dass der Antragsteller die in Pkt. 9.2.3 des Teils A iVm Pkt. 2.3.1 des Teils C bestandsfest festgelegten Qualitätsanforderungen für Referenzleistungen nicht erfüllt habe. Der Auftraggeber habe in der Ausschreibung festgelegt, welche Qualitätsanforderungen das bei den Referenzleistungen gelieferte Auftausalz erfüllen müsse, um als gleichwertig mit dem anzubietenden Salz beurteilt werden zu können. In der bestandsfesten Ausschreibung seien Grenzwerte für den Feinkornanteil und für den Größtkornanteil festgelegt. Die Auffassung des Gutachters, wonach es "lediglich auf den Anteil der Kornfraktion 0,16mm - 3,15mm ankomme", würde im Ergebnis dazu führen, dass die Grenzwerte für den Größtkornanteil und den Kleinkornanteil beliebig gewählt werden könnten, solange insgesamt 10% nicht überschritten würden. Es könnte somit von einem Bieter Salz geliefert werden, das einen Größtkornanteil von 0% und einen Feinkornanteil von 10% aufweist. Die Argumentation des Sachverständigen, wonach ein Überschreiten des in der Ausschreibung beim Feinkorn (Korngröße < 0,16mm) angegebenen Anteiles von 5% technisch ohne Bedeutung sei, sei in sich unschlüssig. Aus der gutachterlichen Stellungnahme ergebe sich, dass der Antragsteller die in Pkt. 9.2.3 des Teils A in Verbindung mit Pkt. 2.3.1 des Teils C bestandsfest festgelegten Qualitätsanforderungen für Referenzleistungen nicht erfüllt habe. Der Auftraggeber habe in der Ausschreibung festgelegt, welche Qualitätsanforderungen das bei den Referenzleistungen gelieferte Auftausalz erfüllen müsse, um als gleichwertig mit dem anzubietenden Salz beurteilt werden zu können. In der bestandsfesten Ausschreibung seien Grenzwerte für den Feinkornanteil und für den Größtkornanteil festgelegt. Die Auffassung des Gutachters, wonach es "lediglich auf den Anteil der Kornfraktion 0,16mm - 3,15mm ankomme", würde im Ergebnis dazu führen, dass die Grenzwerte für den Größtkornanteil und den Kleinkornanteil beliebig gewählt werden könnten, solange insgesamt 10% nicht überschritten würden. Es könnte somit von einem Bieter Salz geliefert werden, das einen Größtkornanteil von 0% und einen Feinkornanteil von 10% aufweist. Die Argumentation des Sachverständigen, wonach ein Überschreiten des in der Ausschreibung beim Feinkorn (Korngröße < 0,16mm) angegebenen Anteiles von 5% technisch ohne Bedeutung sei, sei in sich unschlüssig.

Das Ergebnis des Sachverständigen, dass zu den in den MAPAG-Prüfberichten angegebenen Werten keine Messtoleranzen dazuzurechnen bzw. abzuziehen wären, sei in sich unschlüssig. MAPAG-Prüfberichte würden selbst unter Berücksichtigung einer Messtoleranz von 0,1% keinen Absolutwert, sondern eine gewisse Bandbreite aufweisen, was C*** im Verfahren N/0108-BVA/13/2007 bestätigt habe. Der Sachverständige bestätige bei seiner Beantwortung der Frage 5 - entgegen seiner Beantwortung zur Frage 3 - selbst, dass Messtoleranzen zu berücksichtigen seien, in dem er "auf einmal eine Bandbreite berücksichtige".

Dem Ergebnis des Sachverständigen (Frage 4), dass das Auftausalz, das Gegenstand des Prüfberichtes der MAPAG zur

Zahl 1109.2/2007 vom 9.10.2007 gewesen sei, die in der Ausschreibung normierten Qualitätsanforderungen erfülle, sei die soeben dargestellte Unplausibilität der Beantwortung zur Frage 3 entgegen zu halten. Der Sachverständige würde - entgegen den klaren Festlegungen in Pkt. 2.3.1, Teil C, der Ausschreibung - Messtoleranzen überhaupt nicht mitberücksichtigen. Der Sachverständige berücksichtige zudem nur die Qualitätsanforderungen an die Kornverteilung und lasse die übrigen in Pkt. 2, Teil C der Ausschreibung normierten Anforderungen unberücksichtigt. Dem Ergebnis des Sachverständigen (Frage 4), dass das Auftausalz, das Gegenstand des Prüfberichtes der MAPAG zur Zahl 1109.2 aus 2007, vom 9.10.2007 gewesen sei, die in der Ausschreibung normierten Qualitätsanforderungen erfülle, sei die soeben dargestellte Unplausibilität der Beantwortung zur Frage 3 entgegen zu halten. Der Sachverständige würde - entgegen den klaren Festlegungen in Pkt. 2.3.1, Teil C, der Ausschreibung - Messtoleranzen überhaupt nicht mitberücksichtigen. Der Sachverständige berücksichtige zudem nur die Qualitätsanforderungen an die Kornverteilung und lasse die übrigen in Pkt. 2, Teil C der Ausschreibung normierten Anforderungen unberücksichtigt.

Laut Sachverständigem würde in den MAPAG-Prüfberichten lediglich der wasserlösliche Sulfatanteil ermittelt. Zu dem im MAPAG-Prüfbericht 12A/2007 vom 27.2.2007 (Streusalzprobe Aspang) ausgewiesenen Sulfatgehalt von 10.350mg/kg TS sei noch der nicht berücksichtigte wasserunlösliche Sulfatanteil hinzuzurechnen. Der Sachverständige habe den im vorzitierten Prüfbericht ausgewiesenen Sulfatwert als durchschnittlich über dem Grenzwert von 10.000 mg/kg TS liegend, diesem Wert als in technischer und chemisch-physikalischer Hinsicht gleichwertig beurteilt. Der Sachverständige verweise darauf, dass sich in der RVS 12.04.12 kein Hinweis finde, dass höhere Sulfatgehalte (> 1 Masse-% TS) in Auftausalzen negative Auswirkungen zeigen würden. Der Sachverständige verweise lediglich auf in der RVS nicht geregelte Sachverhalte, ohne sich umfassend mit den negativen Auswirkungen eines erhöhten Sulfatgehaltes (Schädigung des Straßenbelages) zu beschäftigen.

In Frage 7 stelle der Gutachter zusammenfassend fest, dass auch die übrigen in Pkt. 2, Teil C der Ausschreibung festgelegten Qualitätsanforderungen in technischer bzw. chemischphysikalischer Hinsicht als gleichwertig anzusehen seien, ohne seine Beurteilungsschritte näher dar zu stellen.

Die gutachterliche Stellungnahme ergebe, dass der Antragsteller bei den von ihm namhaft gemachten Referenzleistungen die in Pkt. 2.3.1, Teil C der Ausschreibungsunterlagen festgelegten Qualitätsanforderungen nicht erfüllt habe. Im Hinblick auf die Bestandsfestigkeit dieser Bestimmungen, vermöge auch eine abweichende technische Sicht des Sachverständigen an diesem Ergebnis nichts ändern.

Der Aussicht in genommene Zuschlagsempfänger erstattete mit Schriftsatz vom 18.1.2008 eine Stellungnahme zum Gutachten des Sachverständigen im Wesentlichen wie folgt:

Eine Referenzlieferung könne nur dann als gleichwertig angesehen werden, wenn sie auch die Bedingungen der gegenständlichen Ausschreibung erfülle, was beim Antragsteller nicht der Fall sei.

Die Interpretation der RVS 12.04.12 durch den Sachverständigen sei unrichtig.

Das Angebot des Antragstellers sei nicht nur aus den sonst verfahrensgegenständlichen Gründen, sondern auch wegen mangelnder Referenz auszuschneiden.

Weiters brachte der in Aussicht genommene Zuschlagsempfänger hypothetische Beispiele für Kornverteilungskonstellationen, die in keinem der das Salz des Antragstellers betreffenden Prüfberichte vorliegen.

Der Antragsteller verwies in seiner Stellungnahme zum Gutachten im Wesentlichen darauf, dass der Sachverständige zu dem eindeutigen Ergebnis komme, dass sämtliche Lieferungen des Antragstellers im Hinblick auf die in Pkt.2, Teil C der Ausschreibung festgelegten Qualitätsanforderungen in technischer bzw. chemisch-physikalischer Hinsicht als gleichwertig anzusehen seien und auch das im gegenständlichen Vergabeverfahren angebotene Salz ausschreibungskonform sei.

Der Auftraggeber habe den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit mittels eines gleichwertigen Referenzprojektes und damit gleichwertige Auftausalzlieferungen und nicht nur Auftausalzlieferungen, die exakt den Werten der RVS entsprechen, zugelassen.

Am 25.1.2008 fand eine mündliche Verhandlung statt, in der der Sachverständige sein Gutachten erläuterte, die an ihn gestellten Fragen behandelte und die Parteien ergänzend wie folgt vorbrachten:

Zur Korngrößenverteilung:

Der Sachverständige erläuterte, dass die RVS einen - nicht näher spezifizierten - stetigen Verlauf der Kornverteilung vorschreibe, wobei der Feinanteil und der Grobanteil jeweils nicht mehr als 5 % erreichen dürften. Bei diesen 5 % - Werten könne es sich deshalb nicht um starre Grenzwerte handeln, da auf Grund der Bedingung eines stetigen Verlaufes der Kornverteilung in der RVS, Toleranzen möglich bzw. nicht ausgeschlossen seien. Der Auftraggeber selbst habe in der Ausschreibung für den Überkornwert einen Wert von 3,15 mm festgelegt. In der RVS werde demgegenüber ein Grenzwert von 3.0 mm festgelegt. In Zusammenschau mit der gesamten Kornverteilung müsse die Verteilung so gelagert sein, dass der für die optimale Auftauwirkung wesentliche Anteil des mittleren Kornfraktionsbereiches (Anteil abzüglich Klein- und Großkornanteil) mehr als 90 % ausmache. Die vorgegebene Grenze für den Kleinanteil von 5 % könne daher nicht als "apodiktischer" Grenzwert angesehen werden; wesentlich sei, dass im Großkornbereich der Anteil nicht mehr als 5 % betrage.

Der Auftraggebervertreter wies auf den Prüfbericht Labor Nr. 6678/2006 hin, in dem der Grobkornanteilwert über 5% liege. Der Sachverständige gab hierzu an, dass es sich bei dem im Bereich von 3,15 mm - 5 mm liegenden Wert von 6,2 % insofern um eine schlechtere Auftauwirksamkeit handle. Dieser Wert würde jedoch mit seiner Aussage übereinstimmen, dass das verwendete Salz einen stetigen Verlauf aufzuweisen habe und belege, dass der in der RVS normierte Wert von 5 % keine unumstößliche Grenze sei. Dies ergebe sich aus dem konkreten Prüfbericht selbst, wonach bei Hinaufschiebung der Grenze im Großkornbereich von 3 mm auf 5 mm der Anteil im Grobkornbereich nur mehr 0,1 % betrage. Diese Änderungen in den Kornverteilungsfraktionen würden sich schon dann ergeben, wenn man die festgelegten Grenzwerte im Hinblick auf den stetigen Verlauf geringfügig, nämlich um 1/10 mm, verschieben würde. Der Auftraggebervertreter wies auf den Prüfbericht Labor Nr. 6678 aus 2006, hin, in dem der Grobkornanteilwert über 5% liege. Der Sachverständige gab hierzu an, dass es sich bei dem im Bereich von 3,15 mm - 5 mm liegenden Wert von 6,2 % insofern um eine schlechtere Auftauwirksamkeit handle. Dieser Wert würde jedoch mit seiner Aussage übereinstimmen, dass das verwendete Salz einen stetigen Verlauf aufzuweisen habe und belege, dass der in der RVS normierte Wert von 5 % keine unumstößliche Grenze sei. Dies ergebe sich aus dem konkreten Prüfbericht selbst, wonach bei Hinaufschiebung der Grenze im Großkornbereich von 3 mm auf 5 mm der Anteil im Grobkornbereich nur mehr 0,1 % betrage. Diese Änderungen in den Kornverteilungsfraktionen würden sich schon dann ergeben, wenn man die festgelegten Grenzwerte im Hinblick auf den stetigen Verlauf geringfügig, nämlich um 1/10 mm, verschieben würde.

Zum Aspekt der leichteren Verwehbarkeit kleinerer Salzanteile stellte der Sachverständige fest, dass die Verwehbarkeit von Randbedingungen abhängig sei. Die unter entsprechenden Umweltbedingungen wie Wind und auch unter entsprechender Einstellung des Salzstreuers leichtere Verwehbarkeit kleinerer Salzanteile werde jedoch durch die schnellere Löslichkeit der kleineren Partikel und der Verbesserung der Auftauwirksamkeit ausgeglichen.

Der Sachverständige gab an, dass ein Mehrverbrauch an Salz durch die Aufbringung höherer Feinanteile nicht gegeben sei. Ein Mehrverbrauch sei im Hinblick auf die schnellere Auftaufähigkeit kleinerer Salzanteile zu verneinen, da dieses Salz rascher reagiere und wirksam werde.

Der Vertreter der vergebende Stelle (D***) gab an, dass der Anteil an Trockensalzstreuung im ASFINAG-Straßennetz ca. 30 - 40 % betrage, wobei sich auch ein erhöhter Feinanteil nachteilig auswirke. Der Sachverständige stellte auf Befragen der Vorsitzenden fest, dass sich in der Ausschreibung keinerlei Hinweise auf die Art der Aufbringung des Salzes (Trocken- bzw. Nassaufbringung) finden würden. D*** brachte vor, dass die in der Ausschreibung für den Feinanteil festgelegte Grenze von 5 % zur Erzielung eines optimalen Streubildes (unabhängig von Nass- oder Trockenaufbringung) Sinn mache und eine Überschreitung dieser Grenze einen höheren Verbrauch bedinge.

Der Rechtsvertreter des präsumtiven Zuschlagsempfängers hielt fest, dass nach Auffassung der B*** die strenge Einhaltung der Regelungen der RVS (Pkt. 4.3.2) vorgegeben sei und jeder Bieter, der anderes Salz als Siedesalz anbiete, den Nachweis zu führen habe, dass den Grundsätzen Pkt. 4.3.2 der RVS entsprochen werde.

Der Sachverständige verneinte allfällige negative Umweltauswirkungen eines höheren Feinkornanteiles. Auf Grund der Erfahrungs- und Messwerte würden ca. 40 % der aufgebrauchten Salzmenge letztlich außerhalb des Straßenbereiches zu liegen kommen, und zwar unabhängig von der Korngröße. Der Effekt des Feinkornanteiles sei im Hinblick auf Umweltschutz bzw. Umweltbelastung daher zu vernachlässigen.

Der Auftraggebervertreter und der Rechtsvertreter des präsuntiven Zuschlagsempfängers beantragten die Bestellung eines Sachverständigen aus dem Gebiet der Ökologie zur Beurteilung der Gleichwertigkeit von Salzen mit erhöhtem Feinkornanteil im Hinblick auf Feinstaubbelastung und Pflanzen.

Der Sachverständige stellte fest, dass seine Ausführungen zur Korngrößenverteilung in Pkt. 1 seines Gutachtens sowie seine in der mündlichen Verhandlung vorgenommenen Ergänzungen auch für die im Prüfbericht Labornr. 70A/2007 aufscheinenden, vergleichbaren Konstellationen gelten würden, da diesem Prüfbericht ebenfalls eine Salzprobe mit den gleichen Parametern wie den im Gutachten behandelten Proben zu Grunde gelegen sei.

Der Sachverständige schloss negative Auswirkungen auch in Bezug auf das mögliche Auftreten von Verklumpungen in Salzsilos aus. Für allfällige Verklumpungen sei nicht primär ein erhöhter Anteil an Feinkorn bzw. Grobkorn, sondern eher der Feuchtigkeitsanteil verantwortlich, wobei aber auch die Sieblinien zu berücksichtigen seien. Im Rahmen des in der Ausschreibung normierten Feuchtigkeitsgehaltes von $< 0,60 \%$ sei - unabhängig von der Korngröße - kein Verklumpen zu befürchten. D*** gab zu Protokoll, dass die Lagerung von Steinsalz bei Überschreitung des Größt- oder Feinkornanteiles problematisch sei.

Der Sachverständige stellte zusammenfassend fest, dass bei den beim Antragsteller vorliegenden Kornverteilungskonstellationen keine schlechtere Auftauwirkung gegenüber einem exakt die in Pkt. 2.3.1, Teil C festgelegten Werte einhaltenden Salz zu erwarten sei. Auch in anderer Hinsicht als der Auftauwirksamkeit seien beim untersuchten Salz des Antragstellers keine Nachteile gegenüber einem exakt diese Grenzwerte einhaltenden Salz zu erwarten.

In Bezug auf Messtoleranzen erläuterte der Sachverständige, dass dies - wie im Gutachten ausgeführt - so zu verstehen sei, dass bei unter Zugrundelegung der ÖNORM B 4412 durchgeführten Korngrößenbestimmungen, die eine Messgenauigkeit von $0,1 \%$ und hiezu die Verwendung von diese Messsicherheit gewährleistenden Laborwaagen verlangt, zu den in den Prüfberichten ausgewiesenen Werten keine Messtoleranzen mehr dazuzurechnen bzw. abzuziehen wären.

Der Rechtsvertreter des präsuntiven Zuschlagsempfängers brachte vor, dass in den Prüfberichten - entgegen Pkt. 9.2.3, Teil A der Ausschreibung - nicht alle Angaben auf zumindest zwei oder mehr Kommastellen gerundet, angeführt seien und hinsichtlich der vorzulegenden Unterlagen die selben Anforderungen gelten würden, wie diese in Pkt. 9.2.3, Teil A für das angebotene Salz statuiert seien.

Der Sachverständige gab an, dass eine Angabe von zwei und mehr Kommastellen bei gewissen Parametern keinen Sinn mache und eine Angabe der Werte mit zwei Kommastellen keine abgeänderte Beurteilung ergeben würde. Der Antragstellervertreter wies auf die Aussage von C*** im Nachprüfungsverfahren GZ: N/0108- BVA/13/2007 hin, wonach die Prüfberichte lediglich Zusammenfassungen der Langberichte der MAPAG seien. In den Langberichten seien sehr wohl zwei oder mehr Kommastellen enthalten. Die Langberichte könnten vorgelegt werden.

Zur Angabe einer Messtoleranz von zwei Absolutprozent durch C*** im Nachprüfungsverfahren N/0108-BVA/13-2007 erklärte der Sachverständige, dass C*** hierbei den Aspekt der Messunsicherheit, er (der Sachverständige) demgegenüber, die Messgenauigkeit ($0,1\%$) behandelt habe. Die Ermittlung des Messwertes (mit einer Genauigkeit von $0,1\%$) sei auch laut C*** möglich; der wahre Wert könne jedoch um $\pm 2 \%$ abweichen. Die beiden Aussagen stünden miteinander im Einklang.

Zur Sulfatgehaltbestimmung:

Der Sachverständige erläuterte, dass hier, anders als bei Kornverteilungsmessungen größere Abweichungen üblich und diese bei den ausgewiesenen Werten (durch Hinzu- bzw. Abrechnung) extra zu berücksichtigen seien. Es handle sich hier um den Aspekt der Messunsicherheit. Der wahre Wert der untersuchten Probe liege innerhalb der $\pm 10 \%$ -Werte. Dieser 10% Wert ergebe sich aus den von der MAPAG für dieses Bestimmungsverfahren ermittelten Erfahrungswerten. Derartige Sulfatgehaltbestimmungen würden mit einer höheren Messgenauigkeit als $\pm 10 \%$ gar nicht durchgeführt werden können. Der konkret gemessene Wert von 10.350 mg/kg liege genau im Grenzbereich des in der Ausschreibung vorgegebenen Wertes von 10.000 mg/kg . Eine abermalige Messung könnte auch durchaus zu dem Ergebnis eines unter 10.000 mg/kg liegenden Wertes führen. Von dem konkret gemessenen Wert von 10.350 mg/kg seien keine anderen Auswirkungen zu erwarten als von den bei den übrigen Steinsalzproben des Antragstellers gemessenen, zwischen 5.000 und ca. 7.000 mg/kg liegenden, Werten. Alle in den übrigen Prüfberichten ausgewiesenen

Sulfatgehaltswerte seien - auch unter Berücksichtigung einer plus / minus-Messunsicherheit von 10% - eindeutig unter dem 10.000 mg/kg-Grenzwert gelegen. Ein gemessener Wert von 10.350 mg/kg sei nicht bedenklich im Hinblick auf allfällige negative Auswirkungen (Betonbeschädigungen).

Zum Vorbringen des Auftraggebers, wonach zu den in den Prüfberichten ausgewiesenen Sulfatwerten noch ein wasserunlöslicher Sulfatanteil hinzuzurechnen wäre, erörterte der Sachverständige, dass aus den Prüfberichten hervorgehe, dass die tatsächlichen Sulfatgesamtgehalte unwesentlich über den ermittelten wasserlöslichen Sulfatgehalt liegen würden. Dies, da sämtliche Proben zu mehr als 99% wasserlösliche Salze darstellen würden. Daraus ergebe sich, dass der Sulfatgehalt aus mehr als 99 Gewichts-% der vorliegenden Proben ermittelt worden sei. Außerdem sei der wasserunlösliche Sulfatanteil von keiner Relevanz, da nur das in Wasser gelöste Sulfat "betonaggressiv" sei.

Zur Erfüllung der sonstigen Anforderungen des Pkt. 2, Teil C:

Auf Vorhalt des Auftraggebers, dass der Sachverständige ohne weitere Darlegung lediglich festgestellt habe, dass beim Salz des Antragstellers auch die übrigen Qualitätsanforderungen des Pkt. 2, Teil C eingehalten worden seien, gab der Sachverständige an, dass seine Prüfung ergeben habe, dass auch die zusätzlichen Parameter des Pkt. 2.3.1, Teil C (Feuchtigkeit und Summe aus NaCl und Ca-Mg-K-Chlorid) in allen Berichten eingehalten worden seien.

Zum angebotenen Salz des Antragstellers:

Der Rechtsvertreter des präsumtiven Zuschlagsempfängers brachte vor, dass laut Pkt. 4.3.2 RVS vorwiegend Siedesalz zu verwenden sei und andere auftauende Streumittel nur dann angewendet werden dürften, wenn sie den Grundsätzen der RVS entsprechen würden und praktisch erprobt seien. Gemäß Pkt. 2.1, Teil C der Ausschreibung sei die RVS 12.04.12 anzuwenden.

Der Sachverständige stellte fest, dass den in Pkt. 2.3.1, Teil C der Ausschreibung festgelegten Qualitätsanforderungen nicht entnommen werden könne, dass nur Siedesalz angeboten werden dürfe. Unter "Zusammensetzung" werde in Pkt. 2.3.1, Teil C ausdrücklich festgelegt, dass die Summe aus NaCl und Ca-Mg-K-Chlorid größer/gleich 98 % zu betragen habe. Bei Steinsalz seien diese Beimengungen automatisch enthalten. Dem trage der Auftraggeber in Pkt. 3.2.1, Teil C der Ausschreibung ausdrücklich Rechnung. Auch diese Beimengungen würden eine sehr gute Auftauwirksamkeit aufweisen und bei tieferen Temperaturen einsetzbar sein.

Zur Bankgarantie:

Der Antragstellervertreter gab auf Befragen der Vorsitzenden an, dass sich durch die Nachreichung einer entsprechend adaptierten (auf 3 Tage lautenden) Bankgarantie keine Änderung an seinem Angebot (einschließlich dem Angebotspreis) ergeben würde.

Zum Einbehalt eines Pönale durch den Referenzauftraggeber:

Der Antragstellervertreter bestätigte, dass es eine Pönalestreitigkeit mit dem Referenzauftraggeber gebe. Der Referenzauftraggeber habe ein Pönale wegen des Feuchtigkeitsgehaltes einbehalten. Dieser Einbehalt sei zu Unrecht erfolgt. Wie sich im Nachprüfungsverfahren N/0108- BVA/13/2007 herausgestellt habe, sei der Referenzauftraggeber bei der Probenentnahme zumindest fahrlässig vorgegangen. Gerichtlich geltend gemacht habe dies der Antragsteller im Hinblick auf eine vom Referenzauftraggeber in Aussicht gestellte Option bislang nicht.

1. 2.Ziffer 2

RECHTLICHE BEURTEILUNG:

A. ALLGEMEINES

1. a)Litera a

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. 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 BVergG 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 BVergG 2006 in seiner Stammfassung des BGBl I Nr. 17/2006, als Prüfmassstab heranzuziehen. Gemäß § 345 Abs. 13 Z 2 Das Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG 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 Paragraph 345, Absatz 13, Ziffer eins, letzter Satz BVergG 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 BVergG 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 BVergG 2006 in seiner Stammfassung des Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, als Prüfmassstab heranzuziehen. Gemäß Paragraph 345, Absatz 13, Ziffer 2

1. 2.Ziffer 2

Satz BVergG 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 Satz BVergG 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.

1. b)Litera b

Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages auf Nichtigerklärung des Ausscheidens seines Angebotes:

Die ASFINAG Autobahn Service GmbH Nord ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG. Bei der gegenständlichen Auftragsvergabe handelt es sich um einen Lieferauftrag gemäß § 5 BVergG im Oberschwellenbereich (vgl. § 12 Abs. 1 BVergG). Der geschätzte Auftragswert wurde vom Auftraggeber mit Euro 1.260.000,- (exkl.Ust) angegeben. Die ASFINAG Autobahn Service GmbH Nord ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG. Bei der gegenständlichen Auftragsvergabe handelt es sich um einen Lieferauftrag gemäß Paragraph 5, BVergG im Oberschwellenbereich vergleiche Paragraph 12, Absatz eins, BVergG). Der geschätzte Auftragswert wurde vom Auftraggeber mit Euro 1.260.000,- (exkl.Ust) angegeben.

Der Antrag auf Nichtigerklärung des Ausscheidens wurde innerhalb der Frist des § 321 BVergG eingebracht und erfüllt die sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen nach § 322 BVergG. [Zur Unzulässigkeit des Antrages auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und zur Zulässigkeit des Antrages auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung siehe unten unter B) Der Antrag auf Nichtigerklärung des Ausscheidens wurde innerhalb der Frist des Paragraph 321, BVergG eingebracht und erfüllt die sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen nach Paragraph 322, BVergG. [Zur Unzulässigkeit des Antrages auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und zur Zulässigkeit des Antrages auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung siehe unten unter B)

1. a)Litera a
und c)].

B) ZU DEN ANTRÄGEN IM EINZELNEN:

1. a) Litera a

Zu Spruchpunkt I:

Gemäß § 322 Abs. 1 Z 1 BVerfG hat ein Antrag gemäß § 320 Abs. 1 leg.cit die genaue Bezeichnung des betreffenden Vergabeverfahrens sowie der angefochtenen gesondert anfechtbaren Entscheidung zu enthalten. Gemäß Paragraph 322, Absatz eins, Ziffer eins, BVerfG hat ein Antrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, leg.cit die genaue Bezeichnung des betreffenden Vergabeverfahrens sowie der angefochtenen gesondert anfechtbaren Entscheidung zu enthalten.

Im Nachprüfungsantrag ist somit die konkret bekämpfte gesondert anfechtbare Entscheidung anzugeben. Ein - wie hier - allgemein gehaltenes Begehren auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens ist unzulässig und zurück zu weisen (vgl. BVA vom 18.1.2008, GZ: N/0128-BVA/11/2007-16 u.a.). Im Nachprüfungsantrag ist somit die konkret bekämpfte gesondert anfechtbare Entscheidung anzugeben. Ein - wie hier - allgemein gehaltenes Begehren auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens ist unzulässig und zurück zu weisen vergleiche BVA vom 18.1.2008, GZ: N/0128-BVA/11/2007-16 u.a.).

1. b) Litera b

Zu Spruchpunkt II:

Einleitend wird angemerkt, dass die Ausschreibungsbestimmungen des gegenständlichen Vergabeverfahrens bestandsfest geworden und somit vom Auftraggeber der Angebotsprüfung zu Grunde zu legen sind (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.). Ein vom in Aussicht genommen Zuschlagsempfänger auf Nichtigerklärung der Ausschreibung gerichteter Nachprüfungsantrag vom 2.10.2007 wurde von diesem am 30.10.2007 wieder zurückgezogen. Sonstige Bieter haben die Ausschreibung nicht angefochten. Einleitend wird angemerkt, dass die Ausschreibungsbestimmungen des gegenständlichen Vergabeverfahrens bestandsfest geworden und somit vom Auftraggeber der Angebotsprüfung zu Grunde zu legen sind 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.). Ein vom in Aussicht genommen Zuschlagsempfänger auf Nichtigerklärung der Ausschreibung gerichteter Nachprüfungsantrag vom 2.10.2007 wurde von diesem am 30.10.2007 wieder zurückgezogen. Sonstige Bieter haben die Ausschreibung nicht angefochten.

- -Strichaufzählung

Zum vom Auftraggeber heran gezogenen Ausscheidenstatbestand der mangelnden Ausschreibungskonformität der vom Antragsteller gelegten Bankgarantie:

Gemäß § 85 Abs. 1 BVerfG sind Arten der Sicherstellung das Vadium, die Kautions, der Deckungsrücklass und der Haftungsrücklass. Gemäß Paragraph 85, Absatz eins, BVerfG sind Arten der Sicherstellung das Vadium, die Kautions, der Deckungsrücklass und der Haftungsrücklass.

Wird ein Mittel zur Sicherstellung verlangt, so ist gemäß § 85 Abs. 2 BVerfG in den Ausschreibungsunterlagen vom Auftraggeber als ein derartiges Mittel eine Bankgarantie festzulegen. Sie kann nach Wahl des zur Sicherstellung Verpflichteten durch eine entsprechende Rücklassversicherung oder durch Bargeld oder durch Bareinlagen in entsprechender Höhe ersetzt werden. Wird ein Mittel zur Sicherstellung verlangt, so ist gemäß Paragraph 85, Absatz 2, BVerfG in den Ausschreibungsunterlagen vom Auftraggeber als ein derartiges Mittel eine Bankgarantie festzulegen. Sie kann nach Wahl des zur Sicherstellung Verpflichteten durch eine entsprechende Rücklassversicherung oder durch Bargeld oder durch Bareinlagen in entsprechender Höhe ersetzt werden.

Pkt. 14 (Vadium), Teil A (Bestimmungen für das Angebot) der Ausschreibungsunterlage lautet:

"Dem Angebot ist der Nachweis der Legung eines Vadiums in der Höhe von EUR 10.000 laut beiliegendem Muster (Anlage 1) oder einer gleichwertigen Sicherstellung im Sinne des § 85 Abs. 2 BVerfG 2006 beizulegen. Das Fehlen dieses Nachweises bei der Angebotsöffnung hat die Ausscheidung des Angebotes zur Folge. Das Vadium wird spätestens 14 Tage nach Ablauf der Zuschlagsfrist zurückgestellt, sofern es nicht verfällt." "Dem Angebot ist der Nachweis der Legung eines Vadiums in der Höhe von EUR 10.000 laut beiliegendem Muster (Anlage 1) oder einer gleichwertigen

Sicherstellung im Sinne des Paragraph 85, Absatz 2, BVergG 2006 beizulegen. Das Fehlen dieses Nachweises bei der Angebotsöffnung hat die Ausscheidung des Angebotes zur Folge. Das Vadium wird spätestens 14 Tage nach Ablauf der Zuschlagsfrist zurückgestellt, sofern es nicht verfällt."

Die Anlage 1 (Musterbankgarantie) lautet:

"ANLAGE 1 (MUSTER BANKGARANTIE)

MUSTER FÜR BANKGARANTIEERKLÄRUNG VADIUM

Name und Aktenzeichen des Geldinstitutes

An die ASFINAG Autobahn Service GmbH Nord vertreten durch die Autobahnen- und Schnellstraßen-Aktiengesellschaft als vergebende Stelle

p. A. der vergebenden Stelle

Rotenturmstraße 5-9

1010 Wien

Betrifft: BANKGARANTIEERKLÄRUNG

1. Der Bieter/Die Bietergemeinschaft _____ hat an die

ASFINAG Autobahn Service GmbH Nord, ein Angebot im

Vergabeverfahren "Lieferung von Auftausalz Winter 2007/2008 -

SGN" gelegt.

1. 2.Ziffer 2

Zur Sicherung der Rechtsansprüche, welche der ASFINAG Autobahn Service GmbH Nord aus oder im Zusammenhang mit diesem Angebot erwachsen, übernehmen wir hiermit die Haftung gegenüber der ASFINAG Autobahn Service GmbH Nord bis zum Höchstbetrag von EUR 10.000 (in Worten: EURO zehntausend), indem wir uns verpflichten, über Ihre erste schriftliche Aufforderung ohne Prüfung des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses und unter Verzicht auf die Geltendmachung von Gegenforderungen oder Einreden, unwiderruflich Zahlungen bis zur Höhe des oben genannten Betrages an Sie zu leisten. Zahlungen erfolgen innerhalb von 3 Tagen nach Einlagen Ihrer ergehenden schriftlichen Aufforderung durch Überweisung auf ein uns bekannt zu gebendes Konto.

2. 3.Ziffer 3

Die Garantie gilt als rechtzeitig in Anspruch genommen, wenn die schriftliche Aufforderung spätestens am letzten Tag der Gültigkeit dieses Bankgarantiebriefes, das ist der _____ zur Post gegeben wurde oder per Fernkopie (Telefax) bei uns eingelangt ist. Erfolgt der Abruf mittels Telefax, so erfolgt die Zahlung erst mit Einlangen des Originalschreibens.

3. 4.Ziffer 4

Für alle aus dieser Garantieverpflichtung entstehenden Rechtsstreitigkeiten, die nicht kraft Gesetzes vor einen ausschließlichen Gerichtsstand gehören, gilt die ausschließliche Zuständigkeit des sachlich zuständigen Gerichtes in Wien als vereinbart. Es gilt österreichisches Recht mit Ausnahme jener Bestimmungen, die zu einer Anwendbarkeit nicht österreichischen Rechts führen würden.

4. 5.Ziffer 5

Diese Garantie erstreckt sich auch auf Ansprüche nach § 20d der Ausgleichsordnung (AO) und §§ 21 und 22 der Konkursordnung Diese Garantie erstreckt sich auch auf Ansprüche nach Paragraph 20 d, der Ausgleichsordnung (AO) und Paragraphen 21 und 22 der Konkursordnung

(KO).

Ort, Datum Firmenstempel, rechtsgültige

Unterschrift"

Die Musterbankgarantie ist als Anlage 1 Bestandteil der Ausschreibungsunterlage. In Pkt. 16.4, Teil A der Ausschreibungsunterlage wird der Nachweis des erlegten Vadiums zum Angebotsbestandteil erklärt.

Der Auftraggeber hat demnach den Nachweis der Legung eines Vadiums verlangt (vgl. auch den gemäß § 86 2. Satz BVergG in die Ausschreibung aufgenommenen Hinweis, dass dem Angebot ein Nachweis über den Erlag eines Vadiums beizulegen ist und das Fehlen eines solchen Nachweises einen unbehebbarer Mangel darstellt in Pkt. 14, Teil A).Der Auftraggeber hat demnach den Nachweis der Legung eines Vadiums verlangt vergleiche auch den gemäß Paragraph 86, 2. Satz BVergG in die Ausschreibung aufgenommenen Hinweis, dass dem Angebot ein Nachweis über den Erlag eines Vadiums beizulegen ist und das Fehlen eines solchen Nachweises einen unbehebbarer Mangel darstellt in Pkt. 14, Teil A).

Der Antragsteller hat ein solches Vadium gelegt und den hierüber - in Form einer Bankgarantie - verlangten Nachweis seinem Angebot beigelegt.

Gemäß § 129 Abs. 1 Z 5 BVergG hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auf Grund des Ergebnisses der Prüfung Angebote auszuschneiden, bei denen ein Vadium verlangt wurde, dessen Nachweis bei Angebotsöffnung jedoch fehlt.Gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auf Grund des Ergebnisses der Prüfung Angebote auszuschneiden, bei denen ein Vadium verlangt wurde, dessen Nachweis bei Angebotsöffnung jedoch fehlt.

Der Gesetzgeber knüpft die Rechtsfolge des Ausscheidens eines Angebotes somit explizit an das Fehlen des Vadiumsnachweises.

Von einem fehlenden Vadiumsnachweis iSd § 129 Abs. 1 Z 5 BVergG, der das Ausscheiden des Angebotes nach sich ziehen würde, kann im vorliegenden Fall nicht gesprochen werden. Der Vadiumsnachweis des Antragstellers hat nicht gefehlt. Der dem Angebot des Antragstellers beigelegte Vadiumsnachweis hat lediglich in einem Punkt nicht dem vorgegebenen Ausschreibungsmustertext entsprochen, da der Antragsteller die im Mustergarantietext in Pkt. 2 enthaltene Wortfolge "innerhalb von 3 Tagen" durch die Wortfolge "innerhalb von 3 Bankwerktagen" ersetzt hat. In allen sonstigen Punkten entspricht die vom Antragsteller gelegte Bankgarantie zur Gänze dem Mustergarantietext der Anlage 1.Von einem fehlenden Vadiumsnachweis iSd Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG, der das Ausscheiden des Angebotes nach sich ziehen würde, kann im vorliegenden Fall nicht gesprochen werden. Der Vadiumsnachweis des Antragstellers hat nicht gefehlt. Der dem Angebot des Antragstellers beigelegte Vadiumsnachweis hat lediglich in einem Punkt nicht dem vorgegebenen Ausschreibungsmustertext entsprochen, da der Antragsteller die im Mustergarantietext in Pkt. 2 enthaltene Wortfolge "innerhalb von 3 Tagen" durch die Wortfolge "innerhalb von 3 Bankwerktagen" ersetzt hat. In allen sonstigen Punkten entspricht die vom Antragsteller gelegte Bankgarantie zur Gänze dem Mustergarantietext der Anlage 1.

Daraus folgt, dass der Ausscheidenstatbestand des bei Angebotsöffnung fehlenden Vadiumsnachweises des § 129 Abs. 1 Z 5 BVergG gegenständlich nicht zur Anwendung kommt.Daraus folgt, dass der Ausscheidenstatbestand des bei Angebotsöffnung fehlenden Vadiumsnachweises des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG gegenständlich nicht zur Anwendung kommt.

Die Bankgarantie des Antragstellers ist allerdings insofern mangelhaft, als der Antragsteller entgegen der Regelung des § 106 Abs. 1 BVergG, der zufolge sich ein Bieter bei der Erstellung des Angebotes an die Ausschreibungsunterlagen zu halten hat, im beschriebenen Punkt vom vorgegebenen Ausschreibungstext abgewichen ist. Hierbei handelt es sich um einen Angebotsmangel, der nach der vom VwGH entwickelten (vgl. VwGH vom 25.2.2004, 2003/04/0186) und der dieser folgenden Judikatur des Bundesvergabeamtes zur Abgrenzung von behebbaren und unbehebbarer Mängeln zu behandeln ist (vgl. BVA vom 23.4.2006, GZ: N/0085-BVA/04/2006-38; BVA vom 26.7.2007, GZ: N/0064-BVA/14/2007-26 u.v.a). Für die Abgrenzung zwischen einem behebbaren und einem unbehebbarer Mangel ist nach der zit. Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes darauf abzustellen, ob durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbieter (wenn auch nur mittelbar) materiell verbessert würde.Die Bankgarantie des Antragstellers ist allerdings insofern mangelhaft, als der Antragsteller entgegen der Regelung des Paragraph 106, Absatz eins, BVergG, der zufolge sich ein Bieter bei der Erstellung des Angebotes an die Ausschreibungsunterlagen zu halten hat, im beschriebenen Punkt vom vorgegebenen Ausschreibungstext abgewichen ist. Hierbei handelt es sich um einen Angebotsmangel, der nach der vom VwGH entwickelten vergleiche VwGH vom 25.2.2004, 2003/04/0186) und der dieser folgenden Judikatur des Bundesvergabeamtes zur Abgrenzung von behebbaren und unbehebbarer Mängeln zu

behandeln ist vergleiche BVA vom 23.4.2006, GZ: N/0085-BVA/04/2006-38; BVA vom 26.7.2007, GZ: N/0064-BVA/14/2007-26 u.v.a). Für die Abgrenzung zwischen einem behebbaren und einem unbehebbaeren Mangel ist nach der zit. Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes darauf abzustellen, ob durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbieteren (wenn auch nur mittelbar) materiell verbessert würde.

Durch eine Mängelbehebung, nämlich konkret das Nachreichen einer dem Ausschreibungstext entsprechend, die Wortfolge "innerhalb von 3 Tagen" enthaltenden Bankgarantie, könnte der Antragsteller seine Wettbewerbsposition jedoch in keiner - auch nur mittelbarer - Weise verbessern. Ein nach 3 Tagen zu bemessender Leistungszeitraum ist in vielen Fällen (etwa wenn der Abruf der Garantie auf einen Freitag fällt oder der 2. Tag der 3- Tagesfrist ein gesetzlicher Feiertag ist), sogar kürzer als ein - wie vom Antragsteller in seiner Garantie angegeben - nach 3 Bankwerktagen zu bemessender Leistungszeitraum. Das Nachreichen einer hinsichtlich der Leistungsfrist auf "innerhalb von 3 Tagen" lautenden Bankgarantie würde für solche Fallkonstellationen demnach eine Verkürzung der Leistungsfrist gegenüber dem vom Antragsteller vorgelegten Garantietext, in keinem Fall aber eine Verlängerung der Leistungsfrist bedeuten. Im Ergebnis würde sich durch die Mängelbehebung die Stellung des Antragstellers sogar "verschlechtern." Zudem gab der Antragsteller in der mündlichen Verhandlung an, dass sich durch eine entsprechende Adaptierung seiner Bankgarantie an seinem Angebot, einschließlich an seinem Angebotspreis, keine Änderung ergeben würde.

Der in Rede stehende Mangel ist daher im Sinne der einschlägigen zit. Judikatur als behebbarer Mangel zu qualifizieren.

Der Regelung des § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG zur Folge ist ein mit einem behebbaren Mangel behaftetes Angebot aber nur und erst im Falle einer unterbliebenen bzw. erfolglosen Mängelbehebung auszuscheiden. Der Regelung des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG zur Folge ist ein mit einem behebbaren Mangel behaftetes Angebot aber nur und erst im Falle einer unterbliebenen bzw. erfolglosen Mängelbehebung auszuscheiden.

Gemäß § 126 Abs. 1 BVergG ist vom Bieter eine verbindliche schriftliche Aufklärung zu verlangen, sofern sich bei der Prüfung der Angebote Unklarheiten über das Angebot [...] oder über die geplante Art der Durchführung ergeben oder Mängel festgestellt werden, sofern die Unklarheiten für die Beurteilung der Angebote von Bedeutung sind. Gemäß Paragraph 126, Absatz eins, BVergG ist vom Bieter eine verbindliche schriftliche Aufklärung zu verlangen, sofern sich bei der Prüfung der Angebote Unklarheiten über das Angebot [...] oder über die geplante Art der Durchführung ergeben oder Mängel festgestellt werden, sofern die Unklarheiten für die Beurteilung der Angebote von Bedeutung sind.

Gemäß § 126 Abs. 1 BVergG 2006 hätte der Auftraggeber den Antragsteller daher zunächst zur Verbesserung (zur Nachreichung eines entsprechend adaptierten Garantietextes) aufzufordern gehabt. Dies hat der Auftraggeber jedoch ungeachtet des Vorliegens eines behebbaren Mangels unterlassen, und, ohne zuvor den gesetzlich geforderten Mängelbehebungsauftrag an den Antragsteller zu erteilen, das Angebot des Antragstellers ausgeschieden und die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten des Angebotes der B*** getroffen. Gemäß Paragraph 126, Absatz eins, BVergG 2006 hätte der Auftraggeber den Antragsteller daher zunächst zur Verbesserung (zur Nachreichung eines entsprechend adaptierten Garantietextes) aufzufordern gehabt. Dies hat der Auftraggeber jedoch ungeachtet des Vorliegens eines behebbaren Mangels unterlassen, und, ohne zuvor den gesetzlich geforderten Mängelbehebungsauftrag an den Antragsteller zu erteilen, das Angebot des Antragstellers ausgeschieden und die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten des Angebotes der B*** getroffen.

- -Strichaufzählung

Zum vom Auftraggeber heran gezogenen Ausscheidenstatbestand der mangelnden technischen Leistungsfähigkeit des Antragstellers:

Gemäß § 70 Abs. 1 Z 4 BVergG kann der Auftraggeber von Unternehmern, die an einem Vergabeverfahren teilnehmen, Nachweise darüber verlangen, dass ihre technische Leistungsfähigkeit gegeben ist. Gemäß Paragraph 70, Absatz eins, Ziffer 4, BVergG kann der Auftraggeber von Unternehmern, die an einem Vergabeverfahren teilnehmen, Nachweise darüber verlangen, dass ihre technische Leistungsfähigkeit gegeben ist.

In Pkt. 9.2.3 (Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit), Teil A der Ausschreibungsunterlage ist geregelt, dass der Bieter seine technische Leistungsfähigkeit durch die angebotene Zusammensetzung des Salzes sowie durch ein Referenzprojekt nachzuweisen hat.

Die angebotene Zusammensetzung des Salzes ist durch eine im EU-Raum akkreditierte Prüfstelle zu bestätigen (vgl. Pkt. 2.3.1 Teil C der Ausschreibungsunterlagen). Die angebotene Zusammensetzung des Salzes ist durch eine im EU-Raum akkreditierte Prüfstelle zu bestätigen (vergleiche Pkt. 2.3.1 Teil C der Ausschreibungsunterlagen).

Unter der Überschrift "Referenzprojekte" wird in Pkt. 9.2.3, Teil A der Ausschreibungsunterlage Folgendes geregelt:

"Referenzprojekte

Der Bieter muss nachweisen, dass seine technische Leistungsfähigkeit gegeben ist. Dazu muss der Bieter mindestens ein Referenzprojekt nachweisen, bei dem die Auftragserteilung nach dem 1.1.2004 erfolgte und das jeweilige Referenzprojekt mit dem vorliegenden Auftrag (Lieferung von Auftausalz) vergleichbar ist. Letzteres ist dann der Fall, wenn

- -Strichaufzählung
die Auftragssumme über das Referenzprojekt (Lieferung von Auftausalz) mehr als EURO 700.000,- betragen hat sowie
- -Strichaufzählung
das vom Bieter im Rahmen des Referenzprojektes gelieferte Auftausalz als gleichwertig in Bezug auf die in Punkt 2 der Leistungsbeschreibung Teil C festgelegten Qualitätsanforderungen anzusehen ist...."

Pkt. 2.1 (Allgemeine produktspezifische Bestimmungen) des Pkt. 2 (Qualitätsanforderungen), Teil C (Leistungsbeschreibung) der Ausschreibungsunterlage lautet:

"Es gelten die Fachnormen, insbesondere die RVS 12.04.12 (früher 13.41) samt den Vorschriften, Richtlinien, Anleitungen, Merkblättern u. dgl. als vereinbart, soweit im Folgenden keine abweichenden Festlegungen getroffen werden."

Unter Pkt. 2.3.1 (Mindestanforderungen für die auftauwirksamen Substanzen) des Punkt 2.3 (Qualitätsmerkmale), Teil C (Leistungsbeschreibung) der Ausschreibungsunterlage lautet es:

"2.3.1 Mindestanforderungen für die auftauwirksamen Substanzen

Zusammensetzung		Grenzwerte
Summe aus NaCl und		
Ca-Mg-K-Chlorid		größer/gleich 98,00 Gewichts-%
Feuchtigkeit		< 0,60 Gewichts-%
Sulfatgehalt		< 10.000 mg/kg
Kornverteilung	Korngröße	Grenzwerte
< 0,16mm	kleiner/gleich	,00%
	0,16 mm bis 3,15 mm	größer/gleich 90,00%
> 3,15mm	kleiner/gleich	5,00%

Die vorgegebenen bzw. angebotenen Grenzwerte sind Absolutwerte und beinhalten sämtliche Toleranzen." ...

Zum Nachweis der angebotenen Zusammensetzung des Salzes bzw. Ausschreibungskonformität des angebotenen Salzes:

Zum Vorbringen des präsumtiven Zuschlagsempfängers, wonach gegenständlich ausschließlich Siedesalz angeboten werden könne, da alle anderen Salze (insbesondere Steinsalze) Beimengungen aufweisen würden, ist festzuhalten, dass in der Ausschreibung das Anbieten von ausschließlich Siedesalz nicht verlangt wird. Der Auftraggeber hat vielmehr in Pkt. 2.3.1, Teil C der Ausschreibung in der Tabelle "Zusammensetzung" in der 1. Zeile ausdrücklich festgelegt, dass die Summe aus NaCl und Ca-Mg-K-Chlorid größer/gleich 98% zu betragen hat und dadurch die Zusammensetzung der Beimengungen geregelt. Daraus folgt, wie auch der Sachverständige bestätigt hat, dass den in Pkt 2.3.1, Teil C der Ausschreibung festgelegten Qualitätsanforderungen gerade nicht zu entnehmen ist, dass nur Siedesalz angeboten werden darf. Der Sachverständige betont, dass der Auftraggeber mit der besagten, die Salzzusammensetzung regelnden Bestimmung, ausdrücklich dem Umstand Rechnung getragen hat, dass Steinsalz

"automatisch" diese Beimengungen enthält. Ergänzend hat der Sachverständige überdies festgehalten, dass die in Rede stehenden Beimengungen sehr gute Auftauwirksamkeit aufweisen und bei tieferen Temperaturen einsetzbar sind. Da somit - entgegen der Auffassung des präsumtiven Zuschlagsempfängers - nicht vorwiegend Siedesalz, wie in der RVS vorgesehen, angeboten werden muss, braucht von einem Bieter, der kein Siedesalz anbietet, schon deshalb aber auch kein Nachweis einer praktischen Erprobung anderer auftauender Streumittel als Siedesalz i.S.d. Pkt. 4.3.2 der RVS geführt zu werden. In der Ausschreibung wurde keinerlei Bestimmung hinsichtlich einer nachweislichen praktischen Erprobung des angebotenen Salzes bzw. einer Verpflichtung, einen solchen Nachweis zu führen, getroffen.

Zum in der Ausschreibung verlangten Nachweis der im gegenständlichen Vergabeverfahren angebotenen Zusammensetzung des Salzes legte der Antragsteller einen Prüfbericht der staatlich akkreditierten Prüfstelle MAPAG, Materialprüfung GmbH, 2352 Gumpoldskirchen, Industriestraße 7, vom 9.10.2007, Labornr. 1109.2/2007, über eine "Streusalzprobe der Fa. A***", somit die in der Ausschreibung geforderte Bestätigung einer im EU-Raum akkreditierten Prüfstelle, vor. In diesem Prüfbericht liegen sämtliche Werte (einschließlich der die Korngrößenverteilung betreffenden Werte) innerhalb der in Pkt. 3.2.1, Teil C der Leistungsbeschreibung der Ausschreibung festgelegten Grenzwerte. Zum in der Ausschreibung verlangten Nachweis der im gegenständlichen Vergabeverfahren angebotenen Zusammensetzung des Salzes legte der Antragsteller einen Prüfbericht der staatlich akkreditierten Prüfstelle MAPAG, Materialprüfung GmbH, 2352 Gumpoldskirchen, Industriestraße 7, vom 9.10.2007, Labornr. 1109.2 aus 2007,, über eine "Streusalzprobe der Fa. A***", somit die in der Ausschreibung geforderte Bestätigung einer im EU-Raum akkreditierten Prüfstelle, vor. In diesem Prüfbericht liegen sämtliche Werte (einschließlich der die Korngrößenverteilung betreffenden Werte) innerhalb der in Pkt. 3.2.1, Teil C der Leistungsbeschreibung der Ausschreibung festgelegten Grenzwerte.

Wie der Sachverständige unter Pkt. 3 seines Gutachtens bestätigt, sind die in den vorliegenden, die Salzlieferungen des Antragstellers betreffenden MAPAG-Prüfberichten aufscheinenden Werte der Korngrößenverteilung als experimentell ermittelte Messwerte einschließlich allfälliger Messtoleranzen zu verstehen, da diese Werte nach der facheinschlägigen Methode (ÖNORM B 4412) erstellt wurden, die eine Messgenauigkeit von $< 0,1\%$ verlangt (vgl. den sich auf sämtlichen MAPAG-Prüfberichten befindlichen Vermerk: "Die Bestimmung der Korngrößenverteilung erfolgte durch Trockensiebung gemäß ÖNORM B 4412"). In diesem Zusammenhang führt der Sachverständige bereits unter Pkt. 2 seines Gutachtens aus, dass gemäß der ÖNORM B 4412 - bzw. der dieser gleichwertigen ÖNORM EN 933-1 - bei solchen Bestimmungen die Verwendung von Waagen mit einer Fehlergrenze von $< 0,1\%$ vorgeschrieben ist. Die geforderte Messgenauigkeit von $< 0,1\%$ wird durch die üblicherweise für diese Prüfungen von Korngrößenverteilungen verwendeten Laborwaagen garantiert und ist daher auch für die Bestimmung von Korngrößenverteilungen von Auftausalzproben unter Zugrundelegung der in der ÖNORM B 4412 verlangten Mindestprobenmengen zu verlangen. Wie der Sachverständige unter Pkt. 3 seines Gutachtens bestätigt, sind die in den vorliegenden, die Salzlieferungen des Antragstellers betreffenden MAPAG-Prüfberichten aufscheinenden Werte der Korngrößenverteilung als experimentell ermittelte Messwerte einschließlich allfälliger Messtoleranzen zu verstehen, da diese Werte nach der facheinschlägigen Methode (ÖNORM B 4412) erstellt wurden, die eine Messgenauigkeit von $< 0,1\%$ verlangt vergleiche den sich auf sämtlichen MAPAG-Prüfberichten befindlichen Vermerk: "Die Bestimmung der Korngrößenverteilung erfolgte durch Trockensiebung gemäß ÖNORM B 4412"). In diesem Zusammenhang führt der Sachverständige bereits unter Pkt. 2 seines Gutachtens aus, dass gemäß der ÖNORM B 4412 - bzw. der dieser gleichwertigen ÖNORM EN 933-1 - bei solchen Bestimmungen die Verwendung von Waagen mit einer Fehlergrenze von $< 0,1\%$ vorgeschrieben ist. Die geforderte Messgenauigkeit von $< 0,1\%$ wird durch die üblicherweise für diese Prüfungen von Korngrößenverteilungen verwendeten Laborwaagen garantiert und ist daher auch für die Bestimmung von Korngrößenverteilungen von Auftausalzproben unter Zugrundelegung der in der ÖNORM B 4412 verlangten Mindestprobenmengen zu verlangen.

Im Hinblick auf die gebotene Verwendung von die hohe Messgenauigkeit von $< 0,1\%$ gewährleistenden Laborwaagen sind zu den in den gegenständlichen MAPAG-Prüfberichten angegebenen Messwerten - entgegen der Auffassung der ASFINAG - keine Messtoleranzen dazu zu rechnen bzw. von diesen Werten keine Messtoleranzen abzuziehen. Der Sachverständige qualifiziert die von der ASFINAG in ihrem Schriftsatz vom 13.12.2007 geäußerte Auffassung, dass bei Kornverteilungsmessungen zwingend eine Messtoleranz von 2 Absolutprozent dazu zurechnen wäre, ausdrücklich als fachlich nicht zutreffend.

Die gegenständlich durchgeführten Messungen von Korngrößenverteilungen sind daher mit einer Messgenauigkeit

von 0,1% durchzuführen, können auch mit dieser Messgenauigkeit durchgeführt werden und wurden von der MAPAG unter Zugrundelegung der diese Messgenauigkeit verlangenden ÖNORM B 4412 durchgeführt. Daraus und aus dem Umstand, dass eine dementsprechende Messungenauigkeit als in den in den MAPAG-Prüfberichten ausgewiesenen Prüfwerten inkludiert zu verstehen ist, ist, da in dem betreffend das angebotene Salz dem Angebot des Antragstellers beigelegten MAPAG-Prüfbericht Labornr. 1109.2/2007 vom 9.10.2007, die Grenzwerte des Pkt. 2.3.1, Teil C der Ausschreibung eingehalten werden, in Übereinstimmung mit den Ausführungen des Sachverständigen in Pkt. 4 seines Gutachtens, der Schluss zu ziehen, dass das vom Antragsteller angebotene Salz den in der Ausschreibung festgelegten Qualitätsanforderungen entspricht und damit ausschreibungskonform ist. Die gegenständlich durchgeführten Messungen von Korngrößenverteilungen sind daher mit einer Messgenauigkeit von 0,1% durchzuführen, können auch mit dieser Messgenauigkeit durchgeführt werden und wurden von der MAPAG unter Zugrundelegung der diese Messgenauigkeit verlangenden ÖNORM B 4412 durchgeführt. Daraus und aus dem Umstand, dass eine dementsprechende Messungenauigkeit als in den in den MAPAG-Prüfberichten ausgewiesenen Prüfwerten inkludiert zu verstehen ist, ist, da in dem betreffend das angebotene Salz dem Angebot des Antragstellers beigelegten MAPAG-Prüfbericht Labornr. 1109.2 aus 2007, vom 9.10.2007, die Grenzwerte des Pkt. 2.3.1, Teil C der Ausschreibung eingehalten werden, in Übereinstimmung mit den Ausführungen des Sachverständigen in Pkt. 4 seines Gutachtens, der Schluss zu ziehen, dass das vom Antragsteller angebotene Salz den in der Ausschreibung festgelegten Qualitätsanforderungen entspricht und damit ausschreibungskonform ist.

Das Vorbringen des Auftraggebers, dass die (die Kornverteilung betreffenden) Werte in den Prüfberichten keine "Absolutwerte", seien, sondern eine gewisse Bandbreite aufweisen müssten, ist nicht nachvollziehbar. Der Sachverständige hat unter Pkt. 2 und Pkt. 3 seines Gutachtens die Frage nach den Messtoleranzen bei Korngrößenverteilungsmessungen und die Frage, wie die in einschlägigen Prüfberichten ausgewiesenen Werte zu verstehen sind, eindeutig und nachvollziehbar in dem Sinne beantwortet, dass diese Werte als "Inklusivwerte", d.h. als Werte einschließlich Messtoleranzen und "Bandbreiten", zu verstehen sind. Dass C*** im Verfahren N/0108-BVA/13/2007 Gegenteiliges bestätigt haben soll, kann der Verhandlungsschrift N/0108-BVA/13/2007-24 nicht entnommen werden. Dazu erläuterte der Sachverständige in der mündlichen Verhandlung, dass C*** mit seiner Angabe einer Messtoleranz von 2 Absolut% den Aspekt der Messunsicherheit behandelt, er aber in seinem Gutachten zur Frage der Messgenauigkeit (diese beträgt 0,1%) Stellung genommen hat. Der Messwert (mit einer Genauigkeit von 0,1%) kann auch laut C*** ermittelt werden; der wahre Wert kann jedoch um +/- 2% davon abweichen. Bei den von C*** einerseits, und vom Sachverständigen andererseits, behandelten Aspekten handelt es sich somit jeweils um unterschiedliche Bereiche, sodass die beiden Aussagen nicht im Widerspruch zueinander stehen, sondern miteinander in Einklang zu bringen sind.

Der Vorwurf des Auftraggebers, dass der Sachverständige bei seiner Fragebeantwortung zu Pkt. 5 - anders als bei seiner Fragebeantwortung zu Pkt. 3 - "auf einmal eine Bandbreite berücksichtige", ist verfehlt und zeugt von einem Missverständnis der Ausführungen des Sachverständigen durch den Auftraggeber. Unter Pkt. 3 hat der Sachverständige nämlich die Frage der Berücksichtigung von Messtoleranzen in Bezug auf Korngrößenverteilungen, unter Pkt. 5 demgegenüber die Frage der Berücksichtigung von Messtoleranzen in Bezug auf Sulfatgehaltbestimmungen von Auftausalzproben behandelt und schlüssig dargelegt, dass diese jeweils unterschiedlich zu beurteilen sind. In dem einen Fall (hinsichtlich der Korngrößenverteilungsbestimmung) hat der Sachverständige erörtert, dass und weshalb - nämlich im Hinblick auf den gebotenen Einsatz von die hohe Messgenauigkeit von 0,1% gewährende Laborwaagen - zu den in den Prüfberichten aufscheinenden Werten keine Toleranzen dazurechnen bzw. abziehen sind. Im anderen Fall (hinsichtlich der Sulfatgehaltbestimmung) legte der Sachverständige ebenso schlüssig und nachvollziehbar dar, dass und weshalb zu den ermittelten Werten noch 10 Relativ% dazu bzw. abzurechnen sind. In der mündlichen Verhandlung ergänzte der Sachverständige, dass bei Sulfatgehaltbestimmungen, anders als bei Kornverteilungsmessungen, größere Abweichungen üblich und diese bei den gemessenen Werten extra zu berücksichtigen (d.h. +/- 10 Relativ% dazurechnen bzw. abzurechnen) sind. Der Vorwurf des Auftraggebers der Unplausibilität der Beantwortung der Frage 3 durch den Sachverständigen entbehrt somit jeglicher Grundlage.

Unzutreffend ist auch der Vorhalt des Auftraggebers, "dass der Sachverständige entgegen den klaren Festlegungen in Pkt. 2.3.1 des Teils C der Ausschreibungsunterlagen Messtoleranzen überhaupt nicht mitberücksichtigt habe." Unter Pkt. 2.3.1, Teil C der - für das im gegenständlichen Vergabeverfahren anzubietende Salz - normierten

Qualitätsanforderungen lautet es, dass die vorgegebenen bzw. angebotenen Grenzwerte sämtliche Toleranzen beinhalten. Dass daher zu den in dem das angebotene Salz des Antragstellers betreffenden MAPAG-Prüfbericht vom 9.10.2007, Labor. Nr. 1109.2/2007 ausgewiesenen Kornverteilungswerten noch Messtoleranzen hinzugezählt (bemerkenswerter Weise nur hinzugezählt, nicht abgerechnet) werden sollten, ist weder der Ausschreibung entnehmbar, noch mit dem Gutachten des Sachverständigen und dessen in der mündlichen Verhandlung ergänzten Erläuterungen, in Einklang zu bringen. Der Sachverständige stellte in der mündlichen Verhandlung nochmals klar, dass bei den Kornverteilungsbestimmungen die Toleranzen bereits in den in den Prüfberichten angegebenen Messwerten eingeschlossen und damit berücksichtigt sind. Unzutreffend ist auch der Vorhalt des Auftraggebers, "dass der Sachverständige entgegen den klaren Festlegungen in Pkt. 2.3.1 des Teils C der Ausschreibungsunterlagen Messtoleranzen überhaupt nicht mitberücksichtigt habe." Unter Pkt. 2.3.1, Teil C der - für das im gegenständlichen Vergabeverfahren anzubietende Salz - normierten Qualitätsanforderungen lautet es, dass die vorgegebenen bzw. angebotenen Grenzwerte sämtliche Toleranzen beinhalten. Dass daher zu den in dem das angebotene Salz des Antragstellers betreffenden MAPAG-Prüfbericht vom 9.10.2007, Labor. Nr. 1109.2 aus 2007, ausgewiesenen Kornverteilungswerten noch Messtoleranzen hinzugezählt (bemerkenswerter Weise nur hinzugezählt, nicht abgerechnet) werden sollten, ist weder der Ausschreibung entnehmbar, noch mit dem Gutachten des Sachverständigen und dessen in der mündlichen Verhandlung ergänzten Erläuterungen, in Einklang zu bringen. Der Sachverständige stellte in der mündlichen Verhandlung nochmals klar, dass bei den Kornverteilungsbestimmungen die Toleranzen bereits in den in den Prüfberichten angegebenen Messwerten eingeschlossen und damit berücksichtigt sind.

Im Übrigen wird bemerkt, dass der Auftraggeber in seinem Vergabevermerk - unter Hinweis darauf, dass der Bieter (Anm.: Antragsteller) die angebotene Zusammensetzung des Auftausalzes durch eine im EU-Raum akkreditierte Prüfstelle bestätigen lassen und hiezu den Prüfbericht der MAPAG Materialprüfung GmbH vom 9.10.2007 vorgelegt hat - selbst ausdrücklich festgehalten hat, dass die im Prüfzeugnis ausgewiesene Zusammensetzung des Auftausalzes mit dem Angebot des Bieters übereinstimmt und die in Teil C statuierten Mindestanforderungen erfüllt (vgl. Seite 25 des Vergabevermerks). Im Übrigen wird bemerkt, dass der Auftraggeber in seinem Vergabevermerk - unter Hinweis darauf, dass der Bieter Anmerkung, Antragsteller) die angebotene Zusammensetzung des Auftausalzes durch eine im EU-Raum akkreditierte Prüfstelle bestätigen lassen und hiezu den Prüfbericht der MAPAG Materialprüfung GmbH vom 9.10.2007 vorgelegt hat - selbst ausdrücklich festgehalten hat, dass die im Prüfzeugnis ausgewiesene Zusammensetzung des Auftausalzes mit dem Angebot des Bieters übereinstimmt und die in Teil C statuierten Mindestanforderungen erfüllt (vergleiche Seite 25 des Vergabevermerks).

Zur Gleichwertigkeit des vom Antragsteller im Rahmen des Referenzprojektes gelieferten Auftausalzes im Bezug auf die in Pkt. 2 Teil C der Leistungsbeschreibung festgelegten Qualitätsanforderungen:

Beim vom Bieter nachzuweisenden Referenzprojekt muss die Auftragserteilung nach dem 1.1.2004 erfolgt und dieses mit dem vorliegenden Auftrag vergleichbar sein. "Letzteres ist dann der Fall, wenn die Auftragssumme über das Referenzprojekt (Lieferung von Auftausalz) mehr als Euro 700.000,- betragen hat, sowie das vom Bieter im Rahmen des Referenzprojektes gelieferte Auftausalz als gleichwertig in Bezug auf die in Pkt. 2 der Leistungsbeschreibung Teil C festgelegten Qualitätsanforderungen anzusehen ist."

Die Auftragserteilung zum Referenzprojekt erfolgte am 12.9.2006, die Auftragssumme betrug Euro 4.637.040,-, sodass die in der Ausschreibung normierten Voraussetzungen im Bezug auf den Zeitpunkt der Auftragserteilung und die Höhe der Auftragssumme des Referenzprojektes jedenfalls erfüllt sind. Es verbleibt daher die Voraussetzung der Gleichwertigkeit des im Rahmen des Referenzprojektes vom Antragsteller gelieferten Auftausalzes mit den in Pkt. 2, Teil C der Leistungsbeschreibung festgelegten Qualitätsanforderungen zu prüfen.

Wie sich aus den oben wiedergegebenen Ausschreibungsbestimmungen über die Anforderungen an das im Rahmen des Referenzprojektes gelieferte Auftausalz ergibt, muss das beim Referenzprojekt gelieferte Salz den in Pkt. 2 der Leistungsbeschreibung, Teil C der gegenständlichen Ausschreibung - somit den für das im gegenständlichen Vergabeverfahren anzubietende Salz - festgelegten Qualitätsanforderungen gleichwertig sein (arg. "als gleichwertig anzusehen sein").

Der Auftraggeber bringt vor, dass die Referenzleistung die in Pkt. 9.2.3 Teil A iVm. Pkt. 2.3.1 Teil C der Ausschreibung bestandsfest festgelegten Qualitätsanforderungen für Referenzleistungen zu erfüllen habe und dies bei der

Referenzleistung des Antragstellers nicht der Fall sei. Damit verwechselt der Auftraggeber jedoch die in der Ausschreibung für das in diesem Vergabeverfahren zu liefernde Salz festgelegten Anforderungen einerseits, mit den in der Ausschreibung an das Referenzprojekt gestellten Anforderungen andererseits. Der Auftraggeber erkennt, dass er hierzu jeweils eigene, sich klar voneinander unterscheidende Regelungen getroffen hat: In Pkt. 2, Teil C der Leistungsbeschreibung werden unter der Überschrift des Pkt. 1 (Gegenstand des zu vergebenden Auftrages) die Qualitätsanforderungen für das zum hier zu vergebenden Auftrag zu liefernde Salz festgelegt. Pkt. 1, 2. Satz lautet: "Das Auftausalz hat den in Punkt 2 festgelegten Qualitätsanforderungen zu entsprechen." Der Auftraggeber bringt vor, dass die Referenzleistung die in Pkt. 9.2.3 Teil A in Verbindung mit Pkt. 2.3.1 Teil C der Ausschreibung bestandsfest festgelegten Qualitätsanforderungen für Referenzleistungen zu erfüllen habe und dies bei der Referenzleistung des Antragstellers nicht der Fall sei. Damit verwechselt der Auftraggeber jedoch die in der Ausschreibung für das in diesem Vergabeverfahren zu liefernde Salz festgelegten Anforderungen einerseits, mit den in der Ausschreibung an das Referenzprojekt gestellten Anforderungen andererseits. Der Auftraggeber erkennt, dass er hierzu jeweils eigene, sich klar voneinander unterscheidende Regelungen getroffen hat: In Pkt. 2, Teil C der Leistungsbeschreibung werden unter der Überschrift des Pkt. 1 (Gegenstand des zu vergebenden Auftrages) die Qualitätsanforderungen für das zum hier zu vergebenden Auftrag zu liefernde Salz festgelegt. Pkt. 1, 2. Satz lautet: "Das Auftausalz hat den in Punkt 2 festgelegten Qualitätsanforderungen zu entsprechen."

In Pkt. 9.2.3, Teil A der Ausschreibungsunterlage (siehe hierzu den oben auf Seite 40 wiedergegebenen Wortlaut) werden demgegenüber die Anforderungen an das Referenzprojekt geregelt und darin, anders als in Pkt. 1 Teil C der Leistungsbeschreibung, nicht bestimmt, dass das im Rahmen des Referenzprojektes gelieferte Auftausalz den in Pkt. 2 festgelegten Qualitätsanforderungen zu entsprechen hat, sondern, unter Gebrauch einer von Pkt. 1, Teil C abweichenden Terminologie, explizit normiert, dass das im Rahmen des Referenzprojektes gelieferte Auftausalz als gleichwertig in Bezug auf die in Pkt. 2 der Leistungsbeschreibung Teil C festgelegten Qualitätsanforderungen anzusehen sein muss. Der ausdrückliche Wortlaut der Regelung des Pkt. 9.2.3 Teil A (arg. "gleichwertig", "Vergleichbarkeit des Referenzprojektes") lässt somit keinen Zweifel daran, dass es sich bei den vom Referenzprojekt zu erfüllenden Anforderungen nicht notwendiger Weise um die gleichen, wie den beim im gegenständlichen Vergabeverfahren zu liefernden Salz zu erfüllenden Anforderungen handeln muss.

Daraus folgt, dass ein von einem Bieter beim Referenzprojekt geliefertes Salz, das von den für das im gegenständlichen Vergabeverfahren zu liefernde Salz normierten Qualitätsanforderungen insofern abweicht, als zum Referenzprojekt erhobene Werte mit den für das gegenständliche Vergabeverfahren festgelegten Grenzwerten nicht "deckungsgleich" sind, dem unmissverständlichen Ausschreibungstext zu Folge, auf seine Gleichwertigkeit mit den im gegenständlichen Vergabeverfahren normierten Qualitätsanforderungen zu prüfen ist.

Der Auftraggeber ist an seine in der Ausschreibung festgelegten und bestandsfest gewordenen Bedingungen gebunden. Die Bieter dürfen darauf vertrauen, dass der Auftraggeber seine Ausschreibungsbedingungen einhält. Die Bindung an seine eigenen Festlegungen ist für die Gleichbehandlung der Bieter von wesentlicher Bedeutung [Vgl. EuGH vom 25.4.1996, Rs C-87/94 (Wallonische Busse)]. Würde der Auftraggeber nunmehr entgegen seiner ausdrücklichen Festlegung in der Ausschreibung die Referenzleistung nicht am Maßstab der Gleichwertigkeit mit den in Pkt 2 Teil C normierten Anforderungen, sondern "unmittelbar" an diesen messen, indem er die Anforderungen an das Referenzprojekt als gleichsam ident mit den an das im gegenständlichen Vergabeverfahren anzubietende Salz gestellten Anforderungen behandelt, würde er nachträglich unzulässiger Weise zu Lasten eines Bieters von seinen eigenen Ausschreibungsbestimmungen abweichen.

Wie im Sachverhalt angegeben, sind im Prüfbericht der MAPAG Labornr. 6648/2006 vom 18.12.2006 (Probe: Auftausalz Straßenmeisterei Lilienfeld) in der Rubrik Korngröße [mm] 0-0,16 beim Anteil [M-%] ein Wert von 7,5, im Prüfbericht der MAPAG Labornr. 13A/2007 vom 27.2.2007 (Probe: Streusalz Gutenstein) in dieser Rubrik ein Wert von 5,9 und im Prüfbericht der MAPAG Labornr. 70A vom 27.2.2007 (Probe: Streusalz Raabs/Thaya) ein Wert von 5,1 - gegenüber dem in der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung für diese Kornfraktion festgelegten Grenzwert von 5 - ausgewiesen. Die Werte in der "mittleren" Kornfraktion (0,16mm - 3,15mm) liegen in allen zur Auftragserfüllung des Referenzprojektes erstellten Prüfberichten über dem in der Ausschreibung für diese Kornfraktion festgelegten Grenzwert von größer/gleich 90,00%. Im Prüfbericht der MAPAG Labornr. 6678/2006 ist in der Kornfraktion 3,15mm-5,0mm ein Wert von 6,2 angegeben. In allen übrigen während der Auftragserfüllung des Referenzprojektes durch den Antragsteller erstellten MAPAG-Prüfzertifikaten werden ohnehin sämtliche der in Pkt. 2 Teil C der festgelegten

Grenzwerte exakt eingehalten. Wie im Sachverhalt angegeben, sind im Prüfbericht der MAPAG Labornr. 6648 aus 2006, vom 18.12.2006 (Probe: Auftausalz Straßenmeisterei Lilienfeld) in der Rubrik Korngröße [mm] 0-0,16 beim Anteil [M-%] ein Wert von 7,5, im Prüfbericht der MAPAG Labornr. 13A/2007 vom 27.2.2007 (Probe: Streusalz Gutenstein) in dieser Rubrik ein Wert von 5,9 und im Prüfbericht der MAPAG Labornr. 70A vom 27.2.2007 (Probe: Streusalz Raabs/Thaya) ein Wert von 5,1 - gegenüber dem in der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung für diese Kornfraktion festgelegten Grenzwert von 5 - ausgewiesen. Die Werte in der "mittleren" Kornfraktion (0,16mm - 3,15mm) liegen in allen zur Auftragserfüllung des Referenzprojektes erstellten Prüfberichten über dem in der Ausschreibung für diese Kornfraktion festgelegten Grenzwert von größer/gleich 90,00%. Im Prüfbericht der MAPAG Labornr. 6678 aus 2006, ist in der Kornfraktion 3,15mm-5,0mm ein Wert von 6,2 angegeben. In allen übrigen während der Auftragserfüllung des Referenzprojektes durch den Antragsteller erstellten MAPAG-Prüfzertifikaten werden ohnehin sämtliche der in Pkt. 2 Teil C der festgelegten Grenzwerte exakt eingehalten.

Zur Korngrößenverteilung:

Zur Messgenauigkeit von Korngrößenverteilungsbestimmungen und der Berücksichtigung von Messtoleranzen siehe bereits obige Ausführungen. Ergänzend dazu wird zum Vorhalt des präsumtiven Zuschlagsempfängers, dass nicht alle Werte in den Prüfberichten zum Salz des Antragstellers den Ausschreibungsbestimmungen entsprechend, auf mindestens zwei Kommastellen gerundet seien, festgehalten: Hierzu ist auf die Feststellung des Sachverständigen zu verweisen, dass die Forderung nach Angabe von mindestens zwei Kommastellen bei gewissen Parametern keinen Sinn macht und eine mindestens auf zwei Kommastellen gerundete Angabe der Werte in den Prüfberichten des Antragstellers auch keine abgeänderte Beurteilung ergeben würde. Nur am Rande sei angemerkt, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger mit seinem Vorbringen übersieht, dass in der Ausschreibung die Vorlage eines Prüfzertifikates überhaupt nur für das in diesem Vergabeverfahren angebotene Salz (in Bezug auf seine Zusammensetzung) verlangt wird, nicht aber in Bezug auf die Referenzleistungen. Eine Diskussion über Kommastellen bzw. deren Anzahl in solchen Prüfzertifikaten, die vom Bieter entsprechend der Ausschreibung nicht einmal vorgelegt werden müssen, erübrigt sich daher.

Der Sachverständige erläutert unter Pkt. 1 seines Gutachtens, dass für die Qualitätsanforderungen von Auftausalzen neben anderen Kenngrößen (z.B. Feuchtigkeitsgehalt) vor allem die Kornverteilung von entscheidender Bedeutung ist, die sich an den Vorgaben des Kapitels 4.3.2 der einschlägigen RVS 12.04.12 vom September 1993 orientieren. Die Vorgaben des Kapitels 4.3.2 der einschlägigen RVS 12.04.12 werden in Pkt. 2, Teil C der Leistungsbeschreibung der gegenständlichen Ausschreibung grundsätzlich für maßgebend erklärt (vgl. Pkt. 2 "Qualitätsanforderungen" unter Pkt. 2.1 "Allgemeine Produktspezifische Bestimmungen", wonach die Fachnormen, insbesondere die RVS 12.04.12, samt den Vorschriften, Richtlinien, Anleitungen, Merkblättern und dergleichen als vereinbart gelten, soweit im Folgenden keine abweichenden Festlegungen getroffen werden). Der Sachverständige erläutert unter Pkt. 1 seines Gutachtens, dass für die Qualitätsanforderungen von Auftausalzen neben anderen Kenngrößen (z.B. Feuchtigkeitsgehalt) vor allem die Kornverteilung von entscheidender Bedeutung ist, die sich an den Vorgaben des Kapitels 4.3.2 der einschlägigen RVS 12.04.12 vom September 1993 orientieren. Die Vorgaben des Kapitels 4.3.2 der einschlägigen RVS 12.04.12 werden in Pkt. 2, Teil C der Leistungsbeschreibung der gegenständlichen Ausschreibung grundsätzlich für maßgebend erklärt (vergleiche Pkt. 2 "Qualitätsanforderungen" unter Pkt. 2.1 "Allgemeine Produktspezifische Bestimmungen", wonach die Fachnormen, insbesondere die RVS 12.04.12, samt den Vorschriften, Richtlinien, Anleitungen, Merkblättern und dergleichen als vereinbart gelten, soweit im Folgenden keine abweichenden Festlegungen getroffen werden).

Wie der Sachverständige näher ausführt, ist aus fachlicher Sicht im Hinblick auf die erforderliche Streufähigkeit und wirksame Auftaufähigkeit des eingesetzten Salzes von entscheidender Bedeutung, dass der Anteil in der Kornverteilungsfraction 0,16mm - 3,15mm hoch und die Anteile an der Feinfraktion (Korngröße < 0,16mm) und der Überkornanteil (Korngröße > 3,15mm) klein sind. Um den Vorgaben der RVS 12.04.12 zu entsprechen, müssen die Anteile der Feinfraktion und der Überkornfraktion dementsprechend in Summe geringer als 10 Gewichts% sein, da der Anteil an der Mittelkornfraktion von 0,16mm - 3,15mm einen Anteil von größer/gleich 90 Gewichts% ausmachen muss.

Diese Anforderungen sind bei den den zu beurteilenden MAPAG-Prüfberichten zu Grunde liegenden Streusalzproben des Antragstellers erfüllt. Bei den mit den oben zit. Prüfberichten untersuchten Streusalzproben (MAPAG-Prüfbericht vom 27.2.2007, Labornr. 13A; MAPAG-Prüfbericht vom 18.12.2006, Labornr. 6648/2006) sowie der dem MAPAG-Prüfbericht vom 27.2.2007, Labornr. 70A/2007, zu Grunde liegenden Salzprobe liegen die Anteile der Feinfraktion und Überkornfraktion in Summe gesichert unter 10 Gewichts%, sodass in der für die erwünschte Tauwirksamkeit

optimalen mittleren "Kornfraktion 0,16mm - 3,15mm" der in der Ausschreibung (für das anzubietende Salz) geforderte Grenzwert von größer/gleich 90 Gewichts% eingehalten wird. Aus technischer Sicht ist es, wie der Sachverständige anmerkt, dabei unerheblich, dass bei den in Rede stehenden Proben die in der Feinfraktion gemessenen Werte über dem für das gegenständliche Vergabeverfahren festgelegten Grenzwert von 5 Masse-% TS liegen. In seinem Gutachten trifft der Sachverständige die ausdrückliche Feststellung, dass auch diese Kornfraktion gute auftauwirksame Eigenschaften besitzt und daher keine Verringerung der Tauwirksamkeit des gesamten Salzgemenges verursacht (vgl. auch Pkt. 4.3.2 der RVS, worin eine hohe Tauwirksamkeit vorgesehen wird, der hiermit Rechnung getragen wird). Diese Anforderungen sind bei den zu beurteilenden MAPAG-Prüfberichten zu Grunde liegenden Streusalzproben des Antragstellers erfüllt. Bei den mit den oben zit. Prüfberichten untersuchten Streusalzproben (MAPAG-Prüfbericht vom 27.2.2007, Labornr. 13A; MAPAG-Prüfbericht vom 18.12.2006, Labornr. 6648 aus 2006,) sowie der dem MAPAG-Prüfbericht vom 27.2.2007, Labornr. 70A/2007, zu Grunde liegenden Salzprobe liegen die Anteile der Feinfraktion und Überkornfraktion in Summe gesichert unter 10 Gewichts%, sodass in der für die erwünschte Tauwirksamkeit optimalen mittleren "Kornfraktion 0,16mm - 3,15mm" der in der Ausschreibung (für das anzubietende Salz) geforderte Grenzwert von größer/gleich 90 Gewichts% eingehalten wird. Aus technischer Sicht ist es, wie der Sachverständige anmerkt, dabei unerheblich, dass bei den in Rede stehenden Proben die in der Feinfraktion gemessenen Werte über dem für das gegenständliche Vergabeverfahren festgelegten Grenzwert von 5 Masse-% TS liegen. In seinem Gutachten trifft der Sachverständige die ausdrückliche Feststellung, dass auch diese Kornfraktion gute auftauwirksame Eigenschaften besitzt und daher keine Verringerung der Tauwirksamkeit des gesamten Salzgemenges verursacht (vergleiche auch Pkt. 4.3.2 der RVS, worin eine hohe Tauwirksamkeit vorgesehen wird, der hiermit Rechnung getragen wird).

Eine Aussage, wie dem Sachverständigen vom Auftraggeber vorgeworfen wird, dass dessen Ausführungen darauf hinauslaufen würden, dass die Grenzwerte für den Größtkornanteil und den Kleinstkornanteil beliebig gewählt werden könnten, solange nur in Summe der Grenzwert von 10 % nicht überschritten werde, kann dem Gutachten nicht entnommen werden. Der Sachverständige hat in seinem Gutachten lediglich betont, dass es nach der - laut Ausschreibung grundsätzlich für anwendbar erklärten - RVS 12.04.12 für eine rasche Auftauwirksamkeit wesentlich darauf ankommt, dass die Mittelfraktion mehr als 90 Gewichts% ausmacht, woraus sich ergibt, dass die Feinfraktion und die Überkornfraktion zusammen weniger als 10 Gewichts% betragen müssen. In der mündlichen Verhandlung hat der Sachverständige, wie nachstehend ausgeführt wird, zwar aufgezeigt, dass die für den Feinkorn- und Grobkornbereich in der RVS festgelegten Grenzwerte von jeweils 5% nicht als starre, unumstößliche Absolutwerte behandelt werden können. Dass Fein- und Grobkornanteil innerhalb des "10%-Rahmens" in beliebiger Höhe angesetzt werden dürften, hat der Sachverständige aber weder behauptet noch kann dies den Ausführungen seines Gutachtens oder seinen Erörterungen in der mündlichen Verhandlung entnommen werden.

In der mündlichen Verhandlung ergänzte der Sachverständige seine schriftlichen Ausführungen zur Korngrößenverteilung insbesondere unter dem zu berücksichtigenden Gesichtspunkt, dass in der RVS ein - nicht näher spezifizierter - stetiger Verlauf der Kornverteilung vorgeschrieben wird. Vgl Pkt. 4.3.2.1 der RVS:

"Die Kornverteilung hat einen stetigen Verlauf aufzuweisen, wobei der Feinanteil (Korngröße unter 0,15mm) und der Grobanteil (Korngröße über 3,0mm) jeweils nicht mehr als 5% erreichen darf". Den in der RVS grundsätzlich als Grenzwerte festgelegten 5%- Werten kann den plausiblen Darlegungen des Sachverständigen zu Folge, angesichts des gleichzeitig in der RVS ausdrücklich normierten Gebotes eines stetigen Verlaufes der Kornverteilung, aber nicht der Charakter von jedenfalls nicht zu überschreitenden Absolutwerten zukommen: Aufgrund der Bedingung der Stetigkeit des Kornverteilungsverlaufes sind Toleranzen nämlich nicht nur möglich, sondern können gar nicht ausgeschlossen werden. Es kommt, wie der Sachverständige nachvollziehbar erläutert hat, vielmehr darauf an, dass in der Zusammenschau mit der gesamten Kornverteilung die Verteilung so gelagert ist, dass der für die optimale Auftauwirkung wesentliche mittlere Kornfraktionsanteil (abzüglich des Fein- und Grobkornanteiles) mehr als 90 % beträgt. So hielt der Sachverständige ausdrücklich fest, dass die vorgegebene Grenze für den Kleinanteil von 5% nicht als "apodiktischer" Grenzwert angesehen werden kann und verwies in diesem Zusammenhang darauf, dass es wesentlich sei, dass der Grobkornanteil nicht mehr als 5% beträgt. Letztere Aussage ist für den erkennenden Senat schon auf Grund der Feststellung des Sachverständigen, dass es wesentlich darauf ankommt, dass der Mittelkornanteil

mehr als 90% beträgt, plausibel und nachvollziehbar. Würde nämlich im Falle eines über 5% liegenden Feinanteiles gleichzeitig der Grobkornanteil über 5% liegen, könnte die wesentliche Bedingung, dass die Anteile in Fein- und Grobbereich in Summe unter 10% zu liegen haben, jedenfalls nicht mehr erfüllt werden.

Plausibilität und Glaubwürdigkeit der vorstehend wiedergegebenen Darlegungen des Gutachters werden auch vom Auftraggeber selbst, nämlich durch die von ihm konkret vorgenommene Ausschreibungsgestaltung, bestätigt. So weist der Sachverständige ausdrücklich darauf hin, dass der Auftraggeber in seiner Ausschreibung von dem in der RVS für die Überkorngröße eingezogenen "Grenzwert" von 3,0mm abgewichen ist und diesen demgegenüber mit 3,15mm festgesetzt hat. Gleiches gilt im Übrigen für den Feinkornbereich. Auch hier hat der Auftraggeber den in der RVS vorgegebenen Wert in seiner Ausschreibung verlassen und diesen mit 0,16mm festgesetzt. Nicht zuletzt zeugen somit die vom Auftraggeber selbst vorgenommenen Verschiebungen der RVS-"Grenzwerte" davon, dass der Sachverständige die RVS 12.04.12 - entgegen dem Vorhalt des präsumtiven Zuschlagsempfängers - keineswegs unrichtig, sondern ganz im Gegenteil, gebotener Weise im Einklang mit den in der RVS selbst normierten Vorgaben (konkret der Bedingung der Stetigkeit des Verlaufes der Kornverteilung) ausgelegt hat.

Eine schlechtere Auftauwirksamkeit gegenüber den in Pkt. 2, Teil C festgelegten Grenzwerten ist auf Grund der in den beiden MAPAG- Prüfberichten des Antragstellers (Labornr. 6648/2006 und 13A/2007) ermittelten höheren Feinanteilwerten, wie der Sachverständige in der mündlichen Verhandlung nochmals bekräftigt hat, nicht zu erwarten. Der Sachverständige bestätigte, dass seine diesbezüglichen Ausführungen im Gutachten sowie die hiezu erfolgten Ergänzungen in der mündlichen Verhandlung auch für die dem MAPAG-Prüfbericht Labornr. 70A vom 27.2.2007 zu Grunde liegende Streusalzprobe gelten, da diese Probe die gleichen Parameter wie die im Gutachten behandelten Proben aufweist. Eine schlechtere Auftauwirksamkeit gegenüber den in Pkt. 2, Teil C festgelegten Grenzwerten ist auf Grund der in den beiden MAPAG- Prüfberichten des Antragstellers (Labornr. 6648 aus 2006, und 13A/2007) ermittelten höheren Feinanteilwerten, wie der Sachverständige in der mündlichen Verhandlung nochmals bekräftigt hat, nicht zu erwarten. Der Sachverständige bestätigte, dass seine diesbezüglichen Ausführungen im Gutachten sowie die hiezu erfolgten Ergänzungen in der mündlichen Verhandlung auch für die dem MAPAG-Prüfbericht Labornr. 70A vom 27.2.2007 zu Grunde liegende Streusalzprobe gelten, da diese Probe die gleichen Parameter wie die im Gutachten behandelten Proben aufweist.

Im Bezug auf eine Erhöhung des Anteiles im Feinkornbereich macht der Sachverständige lediglich darauf aufmerksam, dass bei feinen Salzanteilen - unter entsprechenden Umweltbedingungen, wie Wind und entsprechender Einstellung des Salzstreuers - der Umstand zu berücksichtigen ist, dass feinere Salzpartikel leichter verweht werden können. Gleichzeitig hält der Sachverständige jedoch ausdrücklich fest, dass dieser unerwünschte Nebeneffekt dadurch ausgeglichen wird, dass kleinere Salzpartikel rascher löslich sind und damit die Auftauwirksamkeit erhöht wird. Inwiefern die Aussage des Sachverständigen in seinem Gutachten, wonach im vorliegenden Fall das Überschreiten einer 5%-Grenze im Feinstkornanteil in technischer Sicht ohne Bedeutung ist, unschlüssig sein sollte, vermag das Bundesvergabeamt nicht zu erkennen. Im Hinblick auf die schnellere Auftaufähigkeit kleinerer Salzteile ist, wie aus den Ausführungen des Sachverständigen zu folgern ist, nämlich davon auszugehen, dass die feineren Salzanteile zu einem Gutteil bereits aufgetaut sind, bevor sich das Risiko, dass diese aus dem zu bestreuenden Bereich abgetragen werden, aktualisieren könnte. Dazu kommt, dass davon ausgegangen werden muss, dass ohnehin rund 40% der insgesamt aufgetragenen Salzmenge - und zwar unabhängig von der Korngröße - außerhalb des eigentlichen Bestreuungsbereiches zu liegen kommen (siehe hierzu unten).

Im Hinblick auf die verbesserte Auftaufähigkeit kleinerer Salzanteile, und damit der rascheren Reaktion und Wirksamkeit dieses Salzes, konnte vom Sachverständigen dezidiert auch ein aus der Aufbringung höherer Feinanteile resultierender Mehrverbrauch an Salz ausgeschlossen werden. Damit wird aber auch der in Pkt. 4.3.2.1 RVS genannten Forderung eines wirtschaftlich vertretbaren Einsatzes der verwendeten auftauenden Streumittel entsprochen. Der Einwand des Auftraggebers (D***, vergebende Stelle), dass sich angesichts eines Anteiles an Trockensalzstreuung im ASFINAG-Straßennetz von ca. 30-40% ein erhöhter Feinanteil nachteilig auswirke, geht schon deshalb ins Leere, da sich in der Ausschreibung, wie auch vom Sachverständigen bestätigt, keinerlei Hinweis auf die Aufbringungsart des Salzes (Trocken- bzw. Nassaufbringung) findet. Ansonsten erschöpfte sich das Vorbringen des Auftraggebers zu einem allfälligen Salzmehrverbrauch in der bloßen, in keiner Weise näher präzisierten Behauptung des D***, dass die in der

Ausschreibung festgelegte Feinkanteilgrenze von 5 % zur Erzielung eines optimalen Streubildes Sinn mache und eine Überschreitung einen höheren Verbrauch bedingen solle. Der Sachverständige hat demgegenüber einen Mehrverbrauch mit nachvollziehbarer Begründung eindeutig verneint.

Ebenso sind negative Auswirkungen auf die Umwelt infolge leichter Verwehbarkeit kleinerer Salzanteile auszuschließen, womit auch der in Pkt. 4.3.2 der RVS aufgenommenen Forderung einer möglichst geringen Umweltbelastung auftauender Streumittel Genüge getan ist. Wie schon erwähnt, wies der Sachverständige in der mündlichen Verhandlung nämlich auf den Umstand hin, dass den Erfahrungs- und Messwerten zu Folge ca. 40% der insgesamt aufgetragenen Salzmenge - und zwar unabhängig von der Korngröße - letztlich außerhalb des Straßenbereiches zu liegen kommen. Angesichts dieser Tatsache hat der Sachverständige den Effekt des Feinkornanteiles als unter dem Gesichtspunkt des Umweltschutzes bzw. der Umweltbelastung zu vernachlässigenden Effekt bezeichnet. Damit ist aber auch dem in der RVS angesprochenen Umweltaspekt Rechnung getragen. Darüber hinausreichende umweltspezifische Untersuchungen in Richtung allfälliger Auswirkungen eines erhöhten Feinkornanteiles auf die Pflanzenwelt und die Feinstaubbelastung samt Bestellung eines Sachverständigen auf dem Gebiet der Ökologie, wie diese vom Auftraggebervertreter und dem sich diesem Vorbringen anschließenden Rechtsvertreter des präsumtiven Zuschlagsempfängers angeregt wurden, erweisen sich daher als entbehrlich. Eine in diesem Sinne weitergehende Gleichwertigkeitsprüfung der Referenzleistung des Antragstellers würde zudem die nachträgliche und damit unzulässige Einführung zusätzlicher, in der Ausschreibung nicht vorgesehener Gleichwertigkeitskriterien bedeuten und kann daher einer solchen schon aus diesem Grund nicht näher getreten werden.

Auch mit dem Auftreten von Verklumpungen in Salzsilos ist im Falle eines erhöhten Feinkornanteiles nicht zu rechnen. Dies deshalb nicht, da für allfällige Verklumpungen, wie der Sachverständige erklärt hat, in erster Linie nicht ein erhöhter Anteil an Feinkorn bzw. Grobkorn, sondern eher der Feuchtigkeitsanteil verantwortlich zeichnet, wobei auch die Sieblinien zu berücksichtigen sind. Im Rahmen des in der Ausschreibung normierten Feuchtigkeitsgehaltes von < 60% ist nach der definitiven Feststellung des Sachverständigen unabhängig von der Korngröße kein Verklumpen zu erwarten. Da das gelieferte Salz des Antragstellers in allen Prüfberichten den Feuchtigkeitsanteil von <60 % einhält, ist in Folge dessen beim Salz des Antragstellers das Auftreten von Verklumpungen nicht zu befürchten. Der Rechtsvertreter des präsumtiven Zuschlagsempfängers ist diesen Ausführungen des Sachverständigen, wie der Verhandlungsschrift zu entnehmen ist, gar nicht entgegen getreten. Der Auftraggeber wiederum hat sich in diesem Punkt mit einer allgemein gehaltenen bloßen Behauptung durch D*** begnügt; nämlich damit, dass die Lagerung von Steinsalz bei Überschreitung des Grobkorn- oder Feinkornanteiles problematisch sein solle.

Hinsichtlich des Aspektes der Auftauwirksamkeit ist der Sachverständige schon in seinem Gutachten zu dem Ergebnis gekommen, dass, obwohl die in den in Rede stehenden Prüfberichten in der Ausschreibung für den Feinkornfraktionsanteil festgelegte Grenze von 5 Gewichts% überschritten wird, die Referenzlieferungen des Antragstellers den in der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung für das hiezu anzubietende Salz normierten Anforderungen in technischer und chemisch-physikalischer Hinsicht als gleichwertig anzusehen sind. Nach eingehender Erörterung auch allfälliger anderer Aspekte eines erhöhten Feinkornanteiles in der mündlichen Verhandlung, lässt sich diese Aussage nunmehr nicht nur im Hinblick auf die Auftauwirksamkeit, sondern auch in sonstiger, somit umfassender Hinsicht treffen. In diesem Sinne hat der Sachverständige in der mündlichen Verhandlung nach Behandlung auch der sonstigen, oben wiedergegebenen Gesichtspunkte sogar explizit festgestellt, dass beim untersuchten Salz des Antragstellers keine Nachteile gegenüber einem exakt die Grenzwerte des Pkt. 2.3.1, Teil C der Ausschreibung einhaltenden Salz zu erwarten sind.

Was den - in einem einzigen Prüfbericht (Labornr. 6678/2006) - überschrittenen 5%- Wert im Grobkornbereich betrifft, so muss auch dieser Wert im Lichte der Ausführungen des Sachverständigen zu der in der RVS vorgegebenen Bedingung eines stetigen Kornverteilungsverlaufes und der sich daraus ergebenden Folge, dass die 5%-Grenzwerte der RVS eben nicht als Absolutwerte betrachtet werden können, gedeutet werden. Der Sachverständige räumt zwar in Bezug auf den konkret gemessenen Wert ein, dass es sich "insofern um eine schlechtere Auftauwirksamkeit handle", dies jedoch unter gleichzeitiger Betonung, dass dies mit seinen Ausführungen zur Stetigkeit des Kornverteilungsverlaufes übereinstimmt und belegt, dass die in der RVS fixierten 5%-Werte eben keine unumstößliche Grenze darstellen. Der Sachverständige bemerkt hiezu darüber hinaus, dass dies auch aus dem konkreten Prüfbericht selbst ableitbar ist, demzufolge bei Verschiebung der Grenze im Grobkornbereich von 3mm auf 5mm der Anteil im

Grobkornbereich nur mehr 0,1% beträgt. Diese Änderungen in den Kornverteilungsfractionen ergeben sich schon dann, wenn man die Grenzwerte - im Hinblick auf den vorgeschriebenen stetigen Kornverteilungsverlauf - auch nur geringfügig, nämlich um 1/10mm, verschiebt. Was den - in einem einzigen Prüfbericht (Labornr. 6678 aus 2006,) - überschrittenen 5%- Wert im Grobkornbereich betrifft, so muss auch dieser Wert im Lichte der Ausführungen des Sachverständigen zu der in der RVS vorgegebenen Bedingung eines stetigen Kornverteilungsverlaufes und der sich daraus ergebenden Folge, dass die 5%-Grenzwerte der RVS eben nicht als Absolutwerte betrachtet werden können, gedeutet werden. Der Sachverständige räumt zwar in Bezug auf den konkret gemessenen Wert ein, dass es sich "insofern um eine schlechtere Auftauwirksamkeit handle", dies jedoch unter gleichzeitiger Betonung, dass dies mit seinen Ausführungen zur Stetigkeit des Kornverteilungsverlaufes übereinstimmt und belegt, dass die in der RVS fixierten 5%-Werte eben keine unumstößliche Grenze darstellen. Der Sachverständige bemerkt hierzu darüber hinaus, dass dies auch aus dem konkreten Prüfbericht selbst ableitbar ist, demzufolge bei Verschiebung der Grenze im Großkornbereich von 3mm auf 5mm der Anteil im Grobkornbereich nur mehr 0,1% beträgt. Diese Änderungen in den Kornverteilungsfractionen ergeben sich schon dann, wenn man die Grenzwerte - im Hinblick auf den vorgeschriebenen stetigen Kornverteilungsverlauf - auch nur geringfügig, nämlich um 1/10mm, verschiebt.

Auch die eingangs im Gutachten des Sachverständigen (unter Pkt.1) erfolgte Feststellung, dass hinsichtlich einer raschen Auftauwirksamkeit wesentlich ist, dass der Überkornanteil nicht größer als der Feinkornanteil ist, muss in Bezug zu dessen ergänzenden mündlichen Ausführungen zur RVS- Bedingung eines stetigen Kornverteilungsverlaufes gesetzt und verstanden werden. Im Bezug auf einen im Prüfbericht Labornr. 6678/2006 über dem Feinkornanteil liegenden Grobkornanteilwert ist weiters anzumerken, dass auch in der - den Maßstab der Gleichwertigkeitsprüfung der Referenzleistung bildenden - Ausschreibung die Konstellation eines den Feinkornanteil übersteigenden Grobkornanteils nicht ausgeschlossen wird, indem nämlich in Pkt. 2.3.1, Teil C die Grenzwerte für beide Korngrößenbereiche in genau der gleichen Höhe festgelegt wurden. Auch die eingangs im Gutachten des Sachverständigen (unter Pkt.1) erfolgte Feststellung, dass hinsichtlich einer raschen Auftauwirksamkeit wesentlich ist, dass der Überkornanteil nicht größer als der Feinkornanteil ist, muss in Bezug zu dessen ergänzenden mündlichen Ausführungen zur RVS- Bedingung eines stetigen Kornverteilungsverlaufes gesetzt und verstanden werden. Im Bezug auf einen im Prüfbericht Labornr. 6678 aus 2006, über dem Feinkornanteil liegenden Grobkornanteilwert ist weiters anzumerken, dass auch in der - den Maßstab der Gleichwertigkeitsprüfung der Referenzleistung bildenden - Ausschreibung die Konstellation eines den Feinkornanteil übersteigenden Grobkornanteils nicht ausgeschlossen wird, indem nämlich in Pkt. 2.3.1, Teil C die Grenzwerte für beide Korngrößenbereiche in genau der gleichen Höhe festgelegt wurden.

Abgesehen davon legt die RVS hinsichtlich der Auftauwirksamkeit keinerlei Wert fest. In Pkt. 4.3.2 der RVS ist lediglich davon die Rede, dass auftauende Streumittel eine "hohe Tauwirksamkeit" aufzuweisen haben. Die Bestimmungen der RVS wurden, wie erwähnt, in der Ausschreibung - für das in diesem Vergabeverfahren anzubietende Salz - grundsätzlich für anwendbar erklärt und werden nur im Falle von in der Ausschreibung specialiter getroffener Regelungen verdrängt. Hinsichtlich der Auftauwirksamkeit hat aber der Auftraggeber in der Ausschreibung keine von der RVS abweichenden Bestimmungen getroffen, sodass - für das in diesem Vergabeverfahren anzubietende Salz - der RVS-Maßstab einer "hohen Auftauwirksamkeit" auftauender Streumittel heranzuziehen ist.

Der Sachverständige hat der dem Prüfbericht Labornr. 6678/2006, zu Grunde liegenden Salzlieferung des Antragstellers zum Referenzprojekt nun auch keineswegs eine nicht hohe bzw. gar schlechte Auftauwirksamkeit bescheinigt. Der Sachverständige hat in der mündlichen Verhandlung nur davon gesprochen, dass insofern eine schlechtere Qualität der Auftauwirksamkeit gegeben sei. Diese Äußerung muss zudem mit der dieser in zeitlicher Hinsicht nachfolgenden - somit den Prüfbericht Labornr. 6678/2006 einschließenden - abschließenden und unwidersprochen gebliebenen Beurteilung des Sachverständigen zusammen gelesen werden, dass bei den beim Salz des Antragstellers vorliegenden Kornverteilungskonstellationen keine schlechtere Auftauwirkung gegenüber einem solchem Salz zu erwarten ist, das exakt die in Pkt. 2.3.1 Teil C festgelegten Werte einhält. Diese Feststellung des Sachverständigen ist im Hinblick auf seine grundsätzliche Aussage, wonach es optimale Auftauwirkung maßgebend auf einen im Mittelkornbereich liegenden Wert für die von über 90% ankommt, auch im Hinblick auf die Salzprobe des Prüfberichtes Labornr. 6678/2006 bezogen, als schlüssig zu qualifizieren, da diese Bedingung auch bei der konkreten Salzprobe erfüllt wird. Dass das Salz des Antragstellers keine hohe Auftauwirksamkeit haben sollte, haben auch der Auftraggeber und der in Aussicht genommene Zuschlagsempfänger nicht einmal behauptet. Der Sachverständige hat

der dem Prüfbericht Labornr. 6678 aus 2006,, zu Grunde liegenden Salzlieferrung des Antragstellers zum Referenzprojekt nun auch keineswegs eine nicht hohe bzw. gar schlechte Auftauwirksamkeit bescheinigt. Der Sachverständige hat in der mündlichen Verhandlung nur davon gesprochen, dass insofern eine schlechtere Qualität der Auftauwirksamkeit gegeben sei. Diese Äußerung muss zudem mit der dieser in zeitlicher Hinsicht nachfolgenden - somit den Prüfbericht Labornr. 6678 aus 2006, einschließenden - abschließenden und unwidersprochen gebliebenen Beurteilung des Sachverständigen zusammen gelesen werden, dass bei den beim Salz des Antragstellers vorliegenden Kornverteilungskonstellationen keine schlechtere Auftauwirkung gegenüber einem solchem Salz zu erwarten ist, das exakt die in Pkt. 2.3.1 Teil C festgelegten Werte einhält. Diese Feststellung des Sachverständigen ist im Hinblick auf seine grundsätzliche Aussage, wonach es optimale Auftauwirkung maßgebend auf einen im Mittelkornbereich liegenden Wert für die von über 90% ankommt, auch im Hinblick auf die Salzprobe des Prüfberichtes Labornr. 6678 aus 2006, bezogen, als schlüssig zu qualifizieren, da diese Bedingung auch bei der konkreten Salzprobe erfüllt wird. Dass das Salz des Antragstellers keine hohe Auftauwirksamkeit haben sollte, haben auch der Auftraggeber und der in Aussicht genommene Zuschlagsempfänger nicht einmal behauptet.

Die in der RVS - und damit auch die in der Ausschreibung für das gegenständlich zu liefernde Salz - verlangte hohe Auftauwirksamkeit des Salzes ist somit bei dem im Rahmen des Referenzprojektes des Antragstellers gelieferten Salz gegeben. An die Anforderungen des Referenzprojektes, für das "lediglich" das Erfordernis der Gleichwertigkeit mit den im gegenständlichen Vergabeverfahren einzuhaltenden Qualitätsanforderungen festgelegt wurde, kann jedenfalls kein gegenüber den im gegenständlichen Vergabeverfahren einzuhaltenden Kriterien verschärfter Maßstab angelegt werden.

Wie bereits oben erwähnt, hat der Sachverständige darüber hinaus für das gesamte geprüfte Salz des Antragstellers, aber nicht nur hinsichtlich der Auftauwirksamkeit, sondern auch ganz allgemein die Aussage getroffen, dass gegenüber einem exakt die Grenzwerte des Pkt. 2.3.1, Teil C einhaltenden Salz keine Nachteile zu gewärtigen sind.

Schlussfolgerungen:

Zusammenfassend ist daher mit den dies bestätigenden Ausführungen des Sachverständigen zu schließen, dass die vom Antragsteller im Rahmen des Referenzprojektes gelieferte Kornverteilungsqualität den in der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung - für das in diesem Vergabeverfahren zu liefernde Salz - normierten Anforderungen als gleichwertig anzusehen ist.

Zum Sulfatgehalt:

Zur Messung des Sulfatgehaltes von Auftausalzproben erläutert der Sachverständige unter Pkt. 5 seines Gutachtens zunächst die auch für die Bestimmung des Sulfatgehaltes in Salzproben geltenden allgemeinen Randbedingungen, von denen die - in den allgemeinen Regelwerken für die Angabe von Messergebnissen gleichbedeutend als "Messunsicherheit" bezeichnete Kenngröße von quantitativen analytischen Bestimmungen im Wesentlichen abhängt. Eine akkreditierte Prüfstelle hat gemäß der anzuwendenden EN ISO/IEC 17025 ein ihrem Tätigkeitsbereich angemessenes Qualitätsmanagementsystem einzuführen, umzusetzen und aufrecht zu erhalten. Um die Qualität der Prüfergebnisse zu sichern, hat das Laboratorium seine grundsätzlichen Regelungen, Systeme, Programme, Verfahren und Anleitungen in dem erforderlichen Umfang schriftlich niederzulegen.

Eine generelle Aussage zur Messgenauigkeit von Sulfatbestimmungen in Auftausalzproben kann daher nur dann getroffen werden, wenn diese Angaben in speziellen Verfahren und Anleitungen (z.B. Normen oder vom Laboratorium selbst entwickelten Methoden) angeführt sind oder sich aus allgemeinen, von der Prüfstelle entwickelten Regelungen ableiten lassen.

Für das gegenständliche Vergabeverfahren wird in den Qualitätsanforderungen des Punkt 2 der Leistungsbeschreibung, Teil C der Ausschreibung ein höchstzulässiger Sulfatgehalt des Auftausalzes von 10000 mg/kg TS normiert. Hinsichtlich der Methode der Ermittlung des Sulfatgehaltes verweist die Ausschreibung allerdings auf keine nähere Bestimmungsmethode und auch die laut Ausschreibungsunterlagen zu berücksichtigende RVS 12.04.12 nimmt auf keine entsprechende Bestimmungsmethode Bezug. Der Auftraggeber hat auch keine Festlegung getroffen, ob nur der wasserlösliche Sulfatgehalt oder der analytisch bestimmbare Gesamt-Sulfatgehalt (als Summe des wasserlöslichen und nichtwasserlöslichen Sulfatgehaltes) ermittelt werden sollen.

Aus den diesbezüglichen Angaben in den MAPAG-Prüfberichten ist jedoch abzuleiten, dass die MAPAG die

Bestimmungen zur Ermittlung des Sulfatgehaltes entsprechend der ÖNORM EN ISO 10304-1 durchgeführt hat (vgl. hierzu die ausdrückliche Angabe der ÖNORM EN ISO 10304-1 in der Rubrik "Methode" in den einzelnen Prüfberichten). Hierbei handelt es sich um eine für die Untersuchung von Wasserproben entwickelte Methode, die dementsprechend nur den wasserlöslichen Sulfatanteil in diesen Produkten umfasst. Aus den diesbezüglichen Angaben in den MAPAG-Prüfberichten ist jedoch abzuleiten, dass die MAPAG die Bestimmungen zur Ermittlung des Sulfatgehaltes entsprechend der ÖNORM EN ISO 10304-1 durchgeführt hat (vergleiche hierzu die ausdrückliche Angabe der ÖNORM EN ISO 10304-1 in der Rubrik "Methode" in den einzelnen Prüfberichten). Hierbei handelt es sich um eine für die Untersuchung von Wasserproben entwickelte Methode, die dementsprechend nur den wasserlöslichen Sulfatanteil in diesen Produkten umfasst.

Was die Angabe der Messunsicherheit betrifft, so enthält die von der MAPAG ihren Messungen zu Grunde gelegte ÖNORM EN ISO 10304-1 dazu keinen Hinweis, sodass diese Angabe von einer akkreditierten Prüfstelle im Rahmen der angesprochenen, von dieser zur Sicherung der Qualität der Prüfergebnisse zu entwickelnden und festzulegenden speziellen Vorschriften festzulegen bzw. allgemein zu beurteilen ist. Der Sachverständige merkt an, dass ihm diese Angaben der MAPAG zwar nicht zur Beurteilung zur Verfügung stehen, jedoch auf die Aussage des Prüfstellenleiters der MAPAG (C***) im Nachprüfungsverfahren N/108-BVA/13/2007 verwiesen werden kann. Bei dem von C*** angegebenen Wert von plus bzw. minus 10 Relativ% handelt es sich um einen Erfahrungswert, der aus den von der MAPAG durchgeführten Sulfatgehaltbestimmungen gewonnen wurde. Diese Bestimmungen sind - da es sich um Prüfungen im akkreditierten Umfang der Prüfstelle handelt - unter den angesprochenen qualitätssichernden Maßnahmen zu erstellen. Der Sachverständige kommt in Übereinstimmung mit der Aussage des MAPAG-Prüfstellenleiters zu dem Ergebnis, dass die Messunsicherheit von Sulfatgehaltbestimmungen von Auftausalzproben, die, wie hier unter Zugrundelegung der ÖNORM EN ISO 10304-1 ermittelt wurden, ± 10 Relativ% beträgt. Hierbei handelt es sich um den Aspekt der Messunsicherheit. Der wahre Wert der untersuchten Probe liegt innerhalb des $\pm 10\%$ - Wertes. Wie der Sachverständige in der mündlichen Verhandlung bestätigt hat, können derartige Sulfatgehaltbestimmungen mit einer höheren Messgenauigkeit als die genannten $\pm 10\%$ gar nicht durchgeführt werden.

Auf die konkret zu beurteilende Probe bezogen, für die in der im Rede stehenden Prüfbericht der MAPAG Labornr. 12A/2007 vom 27.2.2007 (Probe: Streusalz Aspang) ein Sulfatgehalt von 10350 mg/kg TS angegeben ist, bedeutet dies, wie der Sachverständige in seinem Gutachten ausführt, dass für diese untersuchte Probe ein Sulfatgehalt zwischen 9315 mg/kg TS und 11385 mg/kg TS angegeben werden kann.

Unter Berücksichtigung der vorstehend wiedergegebenen, plausiblen Ausführungen zur Messgenauigkeit von Sulfatgehaltbestimmungen, zieht der Sachverständige in seinem Gutachten den Schluss, dass der von der MAPAG im zitierten Prüfbericht ermittelte Sulfatgehalt von 10350 mg/kg TS einen durchschnittlichen Sulfatgehalt darstellt, von dem die vom Prüfstellenleiter für diese Bestimmungsmethode bekanntgegebene Messunsicherheit von 10% abzuziehen bzw. hinzuzurechnen ist. Zieht man vom angegebenen Sulfatgehalt von 10350 mg/kg TS 10 Relativ % ab bzw. rechnet man 10 Relativ % dazu, so liegt der tatsächliche wasserlösliche Sulfatgehalt in dieser analysierten Auftausalzprobe zwischen 9315 mg/kg TS und 11385 mg/kg TS. Hierbei handelt es sich um einen durchschnittlich geringfügig vom in der Ausschreibung festgelegten Grenzwert von 10.000 mg/kg TS abweichenden Wert. In der mündlichen Verhandlung bezeichnete der Sachverständige den gemessenen Wert von 10.350 mg/kg - im Hinblick darauf, dass derartige Sulfatgehaltbestimmungen, wie erwähnt, mit einer höheren Messgenauigkeit als ± 10 Relativ% gar nicht durchführbar sind - ausdrücklich als einen genau im Grenzbereich der in der Ausschreibung vorgegebenen 10.000 mg/kg liegenden Wert. Dem erkennenden Senat des Bundesvergabeamtes ist daher nicht erkennbar, dass bei dem in Rede stehenden, gemessenen Sulfatgehalt von 10.350 mg/kg TS, überhaupt von einem erhöhten bzw. überhöhten Wert gesprochen werden sollte. Es handelt sich dabei vielmehr um einen ohnehin in der üblichen und zu berücksichtigenden "Abweichungsbreite" von plus bzw. minus 10 Relativ% liegenden Wert, der als solcher aber nicht zu beanstanden ist. Dazu kommt, wie der Sachverständige in der mündlichen Verhandlung ergänzt hat, dass die Durchführung einer abermaligen Messung auch durchaus einen für das gegenständliche Vergabeverfahren festgesetzten Grenzwert in Höhe von < 10.000 mg /kg TS ergeben könnte.

Der Vorwurf des Auftraggebers, dass sich der Sachverständige nicht näher mit den Auswirkungen eines erhöhten Sulfatgehaltes auseinandergesetzt habe, ist daher schon aus diesem Grund verfehlt. Noch dazu handelt es sich bei dem bei der betreffenden Probe gemessenen Wert von 10.350 mg/kg TS um den einzigen über 10.000 mg/kg TS

liegenden Wert aller überprüften Salzproben des Antragstellers. In allen anderen Prüfberichten liegen die Sulfatgehaltswerte - auch unter Berücksichtigung einer Messunsicherheit von 10% - ausnahmslos unter dem Grenzwert von 10.000mg/kg TS. Für den - ohnehin genau im Grenzbereich von 10.000 mg/kg TS liegenden - Wert von 10.350 mg/kg TS hat der Sachverständige aber angegeben, dass von diesem Wert keine anderen Auswirkungen als von den bei den übrigen Steinsalzproben des Antragstellers gemessenen Werten, die allesamt zwischen 5.000 und ca. 7.500 mg/kg TS liegen, zu erwarten ist. Schließlich gab der Sachverständige auch ausdrücklich an, dass ein gemessener Sulfatwert von 10.350 mg/kg TS im Hinblick auf allfällige negative Auswirkungen (Betonschädigungen) nicht bedenklich ist (vgl. die Vorgabe in Pkt. 4.3.2 RVS einer möglichst geringen Schadenswirkung auftauender Streumittel auf Straßenanlagen, der hiermit Genüge geleistet wird). Der Vorwurf des Auftraggebers, dass sich der Sachverständige nicht näher mit den Auswirkungen eines erhöhten Sulfatgehaltes auseinandergesetzt habe, ist daher schon aus diesem Grund verfehlt. Noch dazu handelt es sich bei dem bei der betreffenden Probe gemessenen Wert von 10.350 mg/kg TS um den einzigen über 10.000 mg/kg TS liegenden Wert aller überprüften Salzproben des Antragstellers. In allen anderen Prüfberichten liegen die Sulfatgehaltswerte - auch unter Berücksichtigung einer Messunsicherheit von 10% - ausnahmslos unter dem Grenzwert von 10.000mg/kg TS. Für den - ohnehin genau im Grenzbereich von 10.000 mg/kg TS liegenden - Wert von 10.350 mg/kg TS hat der Sachverständige aber angegeben, dass von diesem Wert keine anderen Auswirkungen als von den bei den übrigen Steinsalzproben des Antragstellers gemessenen Werten, die allesamt zwischen 5.000 und ca. 7.500 mg/kg TS liegen, zu erwarten ist. Schließlich gab der Sachverständige auch ausdrücklich an, dass ein gemessener Sulfatwert von 10.350 mg/kg TS im Hinblick auf allfällige negative Auswirkungen (Betonschädigungen) nicht bedenklich ist vergleiche die Vorgabe in Pkt. 4.3.2 RVS einer möglichst geringen Schadenswirkung auftauender Streumittel auf Straßenanlagen, der hiermit Genüge geleistet wird).

Am Rande sei erwähnt, dass dem Gutachten - entgegen der Behauptung des Auftraggebers - keine Aussage dahingehend entnommen werden kann, dass für den Sulfatgehalt des Salzes überhaupt keine Grenzwerte einzufordern wären.

Der Auftraggeber bringt schließlich vor, dass zu dem - laut Sachverständigen im MAPAG-Prüfbericht ermittelten bloß wasserlöslichen Sulfatanteil - noch ein wasserunlöslicher Sulfatanteil hinzuzurechnen wäre. Auch diese Auffassung ist unzutreffend. In der mündlichen Verhandlung führte der Sachverständige in Ergänzung seines Gutachtens aus, dass aus den Prüfberichten hervorgeht, dass die tatsächlichen Sulfatgesamtgehalte unwesentlich über den ermittelten wasserlöslichen Sulfatgehalten liegen, da sämtliche Proben zu mehr als 99% wasserlösliche Salze darstellen. Daraus folgt, dass der Sulfatgehalt aus mehr als 99 Gewichts% der vorliegenden Proben ermittelt wurde. Davon abgesehen, ist der wasserunlösliche Sulfatanteil aber hier ohnehin von keiner Relevanz, da nur das in Wasser gelöste Sulfat betonaggressiv ist.

Der Sachverständige kommt somit zu dem Schluss, dass auch der bei einer einzigen Streusalzprobe des Antragstellers erhobene Wert von 10.350 mg/kg TS dem in der Ausschreibung aufgenommenen Grenzwert von 10.000 mg/kg TS sowohl in technischer als auch in chemisch-physikalischer Hinsicht als gleichwertig anzusehen ist.

Mit seinem Vorwurf, dass der in dem in Rede stehenden Prüfbericht ausgewiesene Sulfatgehalt nicht als gleichwertig anzusehen sei, da dieser Wert über dem in der der Ausschreibung - nämlich für das im gegenständlichen Vergabeverfahren anzubietende Salz - liegenden Wert von 10000 mg/kg TS liege, hat der Auftraggeber einmal mehr verkannt, dass die für das Referenzprojekt maßgeblichen Anforderungen mit den für das in diesem Vergabeverfahren anzubietende Salz geltenden Qualitätsanforderungen nicht deckungsgleich sind.

Unter Punkt 7 seines Gutachtens beurteilt der Sachverständige schließlich die Lieferungen des Antragstellers, die Gegenstand der MAPAG Prüfberichte waren, unter Hinweis auf sämtliche ihm vorgelegte, zur Lieferung von Auftausalz des Antragstellers beim Referenzprojekt erstellte Prüfberichte auch in Bezug auf die sonstigen in Punkt 2 der Leistungsbeschreibung Teil C der Ausschreibung normierten Qualitätsanforderungen in technischer bzw. chemisch-physikalischer Hinsicht als gleichwertig. Der Auftraggeber reklamiert, dass der Sachverständige seine zu diesem Ergebnis führenden Beurteilungsschritte nicht näher dargestellt habe. In der mündlichen Verhandlung präzisierte der Sachverständige diese - für den erkennenden Senat schon auf Grund der Einhaltung aller in der gegenständlichen Ausschreibung für dieses Vergabeverfahren sonst festgelegten Grenzwerte in den die Referenzleistung betreffenden Prüfberichten nachvollziehbare Aussage - indem er klarstellte, dass in allen Prüfberichten auch die zusätzlichen Parameter (Feuchtigkeit und Summe aus NaCl und Ca-Mg-K-Chlorid) des Pkt. 2.3.1, Teil C der Ausschreibung eingehalten wurden.

Conclusio:

In Übereinstimmung mit der zusammenfassenden Feststellung des Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung, dass auch in anderer Hinsicht als der Auftauwirksamkeit beim untersuchten Salz des Antragstellers keine Nachteile gegenüber einem exakt die Grenzwerte des Pkt. 2.3.1, Teil C einhaltenden Salz zu erwarten sind, ist das vom Antragsteller im Rahmen des Referenzprojektes gelieferte Auftausalz den in Pkt. 2.3.1, Teil C der Ausschreibung festgelegten Qualitätsanforderungen als gleichwertig anzusehen. Das Referenzprojekt des Antragstellers erfüllt somit die an das Referenzprojekt gestellten Ausschreibungsvorgaben.

Sofern der Auftraggeber und der präsumtive Zuschlagsempfänger den Ausführungen des Sachverständigen überhaupt entgegengetreten sind, sind sie diesen durch die Einwände des der vergebenden Stelle angehörenden D*** und des Rechtsvertreters des präsumtiven Zuschlagsempfängers nicht auf gleicher fachlicher Ebene begegnet (vgl. BVA vom 19.2.2007, GZ: N/0097-BVA/14/2006- 44 u.a.). Sofern der Auftraggeber und der präsumtive Zuschlagsempfänger den Ausführungen des Sachverständigen überhaupt entgegengetreten sind, sind sie diesen durch die Einwände des der vergebenden Stelle angehörenden D*** und des Rechtsvertreters des präsumtiven Zuschlagsempfängers nicht auf gleicher fachlicher Ebene begegnet vergleiche BVA vom 19.2.2007, GZ: N/0097-BVA/14/2006- 44 u.a.).

Schließlich sei auf das Vorbringen des Auftraggebers eingegangen, dass der Referenzauftraggeber vom Antragsteller ein Pönale einbehalten habe, sodass das Referenzprojekt nicht anerkannt werden könne:

Die Frage, ob ein in einem anderen Vergabeverfahren vom damaligen Auftraggeber einbehaltenes Pönale zu Recht oder Unrecht einbehalten wurde, ist zum einen nach den hier nicht beurteilungsrelevanten Bedingungen der damals maßgebenden Referenzausschreibung zu beurteilen, zum anderen im gegenständlichen Vergabeverfahren nicht entscheidungsrelevant. Für die Beurteilung der technischen Leistungsfähigkeit eines Bieters im gegenständlichen Vergabeverfahren (einschließlich der zu deren Nachweis in der Ausschreibung verlangten Anforderungen an ein vom Bieter zu erbringendes Referenzprojekt) sind allein die einschlägigen Bedingungen der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung von Relevanz. Darin wird, wie dargestellt, verlangt, dass das von einem Bieter im Rahmen seines Referenzprojektes gelieferte Auftausalz den in der gegenständlichen Ausschreibung normierten Qualitätsanforderungen als gleichwertig angesehen werden können muss. Die unter diesem Aspekt zu beurteilende technische Leistungsfähigkeit des Antragstellers ist aber, wie ausführlich auseinandergesetzt und durch ein schlüssiges Sachverständigengutachten bestätigt wurde, gegeben.

Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass der Referenzauftraggeber, neben den sonstigen vom Antragsteller zum Referenzprojekt gemachten Angaben, insbesondere auch die gleichwertige Qualität des zum Referenzprojekt gelieferten Auftausalzes auf dem hierfür vorgesehenen Formblatt 3 des Angebotes des Antragstellers ausdrücklich, somit im Sinne des § 75 Abs 3 Z 4 BVergG, bestätigt hat. Diese Bestätigung, deren auch inhaltliche Richtigkeit nunmehr auf Grund der Ergebnisse des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens erwiesen ist, datiert zu dem vom 8.10.2007, somit von einem nach Abschluss des Durchführungszeitraumes des Referenzprojektes liegenden Zeitpunkt, zu dem der Referenzauftraggeber die Qualität im Hinblick auf die bereits abgeschlossene Leistungserbringung also wohl beurteilen konnte und auch - in zutreffender Weise - beurteilt hat. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass der Referenzauftraggeber, neben den sonstigen vom Antragsteller zum Referenzprojekt gemachten Angaben, insbesondere auch die gleichwertige Qualität des zum Referenzprojekt gelieferten Auftausalzes auf dem hierfür vorgesehenen Formblatt 3 des Angebotes des Antragstellers ausdrücklich, somit im Sinne des Paragraph 75, Absatz 3, Ziffer 4, BVergG, bestätigt hat. Diese Bestätigung, deren auch inhaltliche Richtigkeit nunmehr auf Grund der Ergebnisse des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens erwiesen ist, datiert zu dem vom 8.10.2007, somit von einem nach Abschluss des Durchführungszeitraumes des Referenzprojektes liegenden Zeitpunkt, zu dem der Referenzauftraggeber die Qualität im Hinblick auf die bereits abgeschlossene Leistungserbringung also wohl beurteilen konnte und auch - in zutreffender Weise - beurteilt hat.

Auch das Einbehalten eines Pönales durch den Auftraggeber des Referenzprojektes vermag an dem Ergebnis, dass das vom Antragsteller im Rahmen seines Referenzprojektes gelieferte Auftausalz den in der Ausschreibung normierten Qualitätsanforderungen als gleichwertig anzusehen ist, nichts zu ändern.

Abschließende Schlussfolgerungen:

Gemäß § 129 Abs 1 Z 2 BVergG hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auf Grund des Ergebnisses der Prüfung, Angebote von Bieter auszuscheiden, deren Befugnis, finanzielle, wirtschaftliche

oder technische Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit nicht gegeben ist. Gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auf Grund des Ergebnisses der Prüfung, Angebote von Bietern auszuschließen, deren Befugnis, finanzielle, wirtschaftliche oder technische Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit nicht gegeben ist.

Wie ausgeführt, ist die technische Leistungsfähigkeit des Antragstellers gegeben. Daraus folgt, dass der Auftraggeber das Angebot des Antragstellers ebenso zu Unrecht unter Behauptung des Mangels der technischen Leistungsfähigkeit ausgeschieden hat. Da auch das im konkreten Vergabeverfahren angebotene Salz den Ausschreibungsbedingungen entspricht, kommt auch der Ausscheidenstatbestand eines den Ausschreibungsbestimmungen widersprechenden Angebotes des § 129 Abs 1 Z 7 BVergG nicht zur Anwendung. Wie ausgeführt, ist die technische Leistungsfähigkeit des Antragstellers gegeben. Daraus folgt, dass der Auftraggeber das Angebot des Antragstellers ebenso zu Unrecht unter Behauptung des Mangels der technischen Leistungsfähigkeit ausgeschieden hat. Da auch das im konkreten Vergabeverfahren angebotene Salz den Ausschreibungsbedingungen entspricht, kommt auch der Ausscheidenstatbestand eines den Ausschreibungsbestimmungen widersprechenden Angebotes des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG nicht zur Anwendung.

Das Angebot des Antragstellers wurde vom Auftraggeber somit rechtswidriger Weise ausgeschieden.

1. c) Litera c

Zu Spruchpunkt III:

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

Der Auftraggeber stellt die Antragslegitimation des Antragstellers zur Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung mit der Begründung in Abrede, dass dessen Angebot zu Recht ausgeschieden worden sei.

Wie unter Spruchpunkt II ausgeführt, wurde das Angebot des Antragstellers jedoch zu Unrecht ausgeschieden. Die Antragslegitimation des Antragstellers zur Anfechtung der Zuschlagsentscheidung ist daher gegeben. Wie unter Spruchpunkt römisch zwei ausgeführt, wurde das Angebot des Antragstellers jedoch zu Unrecht ausgeschieden. Die Antragslegitimation des Antragstellers zur Anfechtung der Zuschlagsentscheidung ist daher gegeben.

Gemäß § 325 Abs 1 BVergG 2006 hat das Bundesvergabeamt eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Bescheid für nichtig zu erklären, wenn 1. sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung den Antragsteller in dem von ihm nach § 322 Abs 1 Z 5 geltend gemachten Recht verletzt und 2. die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist. Gemäß Paragraph 325, Absatz eins, BVergG 2006 hat das Bundesvergabeamt eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Bescheid für nichtig zu erklären, wenn 1. sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung den Antragsteller in dem von ihm nach Paragraph 322, Absatz eins, Ziffer 5, geltend gemachten Recht verletzt und 2. die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

Die Rechtswidrigkeit ist nach ständiger Judikatur des BVA dann von wesentlichem Einfluss für den Ausgang des Vergabeverfahrens, wenn bei deren Unterbleiben und damit gesetzeskonformer Vorgangsweise ein anderer Verfahrensausgang denkbar wäre (Vgl. bereits BVA 2.7.1999, N-27/99-13, BVA 31.8.2006, N/0062- BVA/12/2006-22, N/0063-BVA/12/2006-19 uva).

Der Auftraggeber hat, wie sich aus dem Vergabeakt ergibt, im Hinblick darauf, dass er die Angebote aller anderen Bieter als das des in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängers ausgeschieden hat bzw. diese laut Vergabevermerk "nicht als Angebote zu werten gewesen seien", dem Angebot des in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängers beim

Kriterium Preis 94 von 94 möglichen Punkten und beim Kriterium Qualität 6 von 6 möglichen Punkten, somit insgesamt die maximal erzielbare Punktezahl von 100 Punkten, zugewiesen.

Wie im Sachverhalt angeführt, haben der in Aussicht genommene Zuschlagsempfänger das teuerste und der Antragsteller das billigste Angebot in diesem Vergabeverfahren gelegt.

Unter Berücksichtigung der in der Ausschreibung vorgenommenen Gewichtung des Zuschlagskriteriums Preis mit 94% kann daher nicht ausgeschlossen werden, dass der Antragsteller - selbst im Falle, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger beim Qualitätskriterium die bei diesem Zuschlagskriterium maximal erreichbare Punktezahl von 6 Punkten erhalten sollte - als Bestbieter dieses Vergabeverfahrens hervorgehen könnte. Die Rechtswidrigkeit (rechtswidriges Ausscheiden des Angebotes) ist daher von wesentlichem Einfluss für den Ausgang des Vergabeverfahrens im Sinne des § 325 Abs 1 Z 2 BVergG, da eine rechtskonforme Vorgangsweise - eine erfolgreiche Mängelbehebung durch den Antragsteller im Bezug auf die Bankgarantie vorausgesetzt - zu einem anderen Verfahrensergebnis führen könnte. Unter Berücksichtigung der in der Ausschreibung vorgenommenen Gewichtung des Zuschlagskriteriums Preis mit 94% kann daher nicht ausgeschlossen werden, dass der Antragsteller - selbst im Falle, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger beim Qualitätskriterium die bei diesem Zuschlagskriterium maximal erreichbare Punktezahl von 6 Punkten erhalten sollte - als Bestbieter dieses Vergabeverfahrens hervorgehen könnte. Die Rechtswidrigkeit (rechtswidriges Ausscheiden des Angebotes) ist daher von wesentlichem Einfluss für den Ausgang des Vergabeverfahrens im Sinne des Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG, da eine rechtskonforme Vorgangsweise - eine erfolgreiche Mängelbehebung durch den Antragsteller im Bezug auf die Bankgarantie vorausgesetzt - zu einem anderen Verfahrensergebnis führen könnte.

Dokumentnummer

VERGT_20080131_N_0107_BVA_14_2007_60_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