

TE Verg Bescheid 2007/12/20 N/0108-BVA/13/2007-33

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 20.12.2007

Norm

BVergG 2006 §129 Abs1 Z2

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

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 13, Mag. Thomas Gruber, sowie Dr. Eleonore Dietersdorfer als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Manfred Katzenschlager als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "Lieferung von Auftausalz Winter 2007/2008 SGO" des Auftraggebers ASFINAG Autobahnen-Service GmbH Ost, Modecenterstraße 16, 1030 Wien, vertreten durch die vergebende Stelle Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft, Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien, aufgrund der Anträge der A***, vertreten durch X***, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 13, Mag. Thomas Gruber, sowie Dr. Eleonore Dietersdorfer als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Manfred Katzenschlager als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "Lieferung von Auftausalz Winter 2007 aus 2008, SGO" des Auftraggebers ASFINAG Autobahnen-Service GmbH Ost, Modecenterstraße 16, 1030 Wien, vertreten durch die vergebende Stelle Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft, Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien, aufgrund der Anträge der A***, vertreten durch X***, wie folgt entschieden:

I.römisch eins.

Der Antrag vom 7. November 2007 das Bundesvergabeamt möge "die Entscheidung der Auftraggeberin, das Angebot der A*** auszuscheiden, für nichtig erklären" wird gemäß § 312 BVergG 2006 abgewiesen. Der Antrag vom 7. November 2007 das Bundesvergabeamt möge "die Entscheidung der Auftraggeberin, das Angebot der A*** auszuscheiden, für nichtig erklären" wird gemäß Paragraph 312, BVergG 2006 abgewiesen.

II.römisch zwei.

Der Antrag vom 7. November 2007 das Bundesvergabeamt möge "die Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin im Vergabeverfahren "Lieferung von Auftausalz Winter 2007/2008 - SGO" für nichtig erklären" wird gemäß § 312 BVergG 2006 abgewiesen. Der Antrag vom 7. November 2007 das Bundesvergabeamt möge "die Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin im Vergabeverfahren "Lieferung von Auftausalz Winter 2007 aus 2008, - SGO" für nichtig erklären" wird gemäß Paragraph 312, BVergG 2006 abgewiesen.

III.römisch drei.

Der Antrag vom 12. Dezember 2007 "auf Bestellung des Sachverständigen B****" in eventu "auf Unterbrechung dieses Verfahrens" wird gemäß § 312 BVergG 2006 abgewiesen. Der Antrag vom 12. Dezember 2007 "auf Bestellung des Sachverständigen B****" in eventu "auf Unterbrechung dieses Verfahrens" wird gemäß Paragraph 312, BVergG 2006 abgewiesen.

IV.römisch vier.

Der Antrag vom 12. Dezember 2007 auf Erstreckung der einstweiligen Verfügung vom 15.11.2007, N/0108-BVA/13/2007-12, wird gemäß § 329 BVergG 2006 abgewiesen. Der Antrag vom 12. Dezember 2007 auf Erstreckung der einstweiligen Verfügung vom 15.11.2007, N/0108-BVA/13/2007-12, wird gemäß Paragraph 329, BVergG 2006 abgewiesen.

Begründung

Vorbringen der Parteien

Mit Schreiben vom 7. November 2007, beim BVA eingelangt am 8. November 2007, begehrte die Antragstellerin folgendes:

"Das Bundesvergabeamt möge

1. a) Litera a
ein Nachprüfungsverfahren einleiten;
2. b) Litera b
der Antragstellerin Einsicht in den gesamten

Vergabeakt der Auftraggeberin, insbesondere auch in sämtliche Prüfberichte gewähren;

1. c) Litera c
eine öffentliche mündliche Verhandlung durchführen;
2. d) Litera d
die Entscheidung der Auftraggeberin, das Angebot der A*** auszuscheiden, für nichtig erklären;
3. e) Litera e
die Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin im Vergabeverfahren "Lieferung von Auftausalz Winter

2007/2008 - SGO" für nichtig erklären; 2007 aus 2008, - SGO" für nichtig erklären;

1. f) Litera f
die Auftraggeberin dazu verpflichten, der Antragstellerin die für den Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren entrichtete Pauschalgebühr

binnen 14 Tagen zu Händen des Rechtsvertreters der Antragstellerin zu ersetzen;

1. g) Litera g
die Auftraggeberin dazu verpflichten, der Antragstellerin die für den Nachprüfungsantrag

entrichtete Pauschalgebühr binnen 14 Tagen zu Händen des Rechtsvertreters der Antragstellerin zu ersetzen."

Weiters wurde mit gleichem Schriftsatz der Antrag gestellt, "das Bundesvergabeamt möge

1. a) Litera a
eine einstweilige Verfügung erlassen, mit welcher der Auftraggeberin, zumindest für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens aber für die Dauer von sechs Wochen ab Stellung des Antrages auf

Erlassung einer einstweiligen Verfügung, untersagt

wird, im gegenständlichen Vergabeverfahren "Lieferung von Auftausalz Winter 2007/2008 - SGO" den Zuschlag zu erteilen; wird, im gegenständlichen Vergabeverfahren "Lieferung von Auftausalz Winter 2007 aus 2008, - SGO" den Zuschlag zu erteilen;

1. b) Litera b
die Auftraggeberin verpflichten, der Antragstellerin die für den Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung entrichtete Pauschalgebühr binnen 14 Tagen zu Händen der Rechtsvertreterin der Antragstellerin zu ersetzen."

Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass die Antragstellerin die ihr am 25.10.2007 zugewandene

Entscheidung des Auftraggebers, das Angebot der Antragstellerin im gegenständlichen Vergabeverfahren auszuschneiden, bekämpfe. Ferner bekämpfe die Antragstellerin die ihr ebenfalls am 25.10.2007 bekannt gegebene Zuschlagsentscheidung. Das Angebot der Antragstellerin erfülle alle formalen Vorgaben der Ausschreibungsunterlage und sei daher einer inhaltlichen Prüfung durch den Auftraggeber zu unterziehen. Seitens der Auftraggeberin seien keine Aufklärungsfragen oder sonstige Erläuterungen bezüglich des von der Antragstellerin gelegten Angebotes eingefordert worden. Mit Telefax vom 25.10.2007 sei der Antragstellerin von der Auftraggeberin ein Schreiben übermittelt und mitgeteilt worden, dass ihr Angebot vom gegenständlichen Vergabeverfahren ausgeschieden worden sei. Das Ausscheiden des Angebotes stütze die Auftraggeberin einerseits auf den Umstand, dass die von der Antragstellerin beigelegte Bankgarantie nicht dem Muster entspreche, welches als Anlage der Ausschreibungsunterlage beigelegt worden wäre. Nach Auffassung der Auftraggeberin sei der von der Antragstellerin ihrem Angebot beigefügte Bankgarantie zu entnehmen, dass im Falle ihrer Ziehung "Zahlungen innerhalb von drei Bankarbeitstagen zu leisten [wären] und nicht - wie in der Ausschreibung vorgesehen - innerhalb von drei Tagen". Des weiteren sei von der Auftraggeberin geltend gemacht worden, dass das von der Antragstellerin namhaft gemachte Referenzprojekt zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit nicht den Ausschreibungsvorgaben entspreche, weil es nicht die festgelegten Qualitätsanforderungen ("Gleichwertigkeit des Referenzprojektes hinsichtlich der Kornverteilung") erfülle. Ebenfalls mit Telefax vom 25.10.2007 sei die Antragstellerin von der Auftraggeberin darüber in Kenntnis gesetzt worden, dass die Auftraggeberin beabsichtige, der C*** den Zuschlag zu erteilen. Die Antragstellerin habe ein Interesse am Vertragsabschluss und es drohe ihr durch das rechtswidrige Ausscheiden ihres Angebotes sowie der rechtswidrigen Zuschlagsentscheidung ein Schaden. Die Antragstellerin erachte sich in ihrem Recht auf Durchführung eines fairen, transparenten und dem lauterer Wettbewerb entsprechenden und somit vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens, in ihrem Recht auf Nichtausscheidung ihres ausschreibungskonformen Angebotes, in ihrem Recht auf eine zu ihren Gunsten zu treffende Zuschlagsentscheidung sowie in ihrem Recht auf Erteilung des Zuschlags an sie als eigentliche Bestbieterin verletzt.

Mit Telefax vom 25.10.2007 habe die Auftraggeberin der Antragstellerin bekannt gegeben, dass sie ihr Angebot ausgeschieden habe, da die von der Antragstellerin ihrem Angebot beigelegte Bankgarantie nicht dem von der Auftraggeberin vorgegebenen Muster entsprochen habe und zudem das namhaft gemachte Referenzprojekt zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit hinsichtlich der Kornverteilung nicht gleichwertig sei und daher nicht den Ausschreibungsvorgaben entspreche. Diese Auffassung der Auftraggeberin sei jedoch unzutreffend. Die Bankgarantie der Antragstellerin würde nämlich materiell die Vorgaben der Ausschreibungsunterlage erfüllen, weil im redlichen Verkehr die Vorgabe der Auftraggeberin in ihrem Mustertext für die Bankgarantie nur so zu verstehen sei, dass unter "Tagen" selbstverständlich Arbeitstage und nicht Kalendertage gemeint seien. Wenn man diesem Auslegungsergebnis nicht folgen wolle, wäre die von der Antragstellerin ihrem Angebot beigelegte Bankgarantie immer noch ausschreibungskonform, zumal die von der Bank der Antragstellerin verwendete Textierung jedenfalls eine im Sinne von Teil A Punkt 14 der Ausschreibungsunterlagen "gleichwertige Sicherstellung im Sinne des § 85 Abs. 2 BVergG 2006" darstelle. Schließlich sei darauf hinzuweisen, dass der von der Auftraggeberin angezogene Ausscheidungsgrund während der Angebotsprüfung einfach hätte behoben werden können und somit das Ausscheiden des Angebots der Antragstellerin daher auch aus diesem Grund nicht gerechtfertigt sei. Es handle sich um ein Paradebeispiel für das Vorliegen eines behebbaren Mangels. Das Ausscheiden des Angebots der Antragstellerin ohne jede Aufforderung zur Mängelbehebung sei daher rechtswidrig, wodurch auch die bekämpfte Zuschlagsentscheidung mit Rechtswidrigkeit belastet werde. Mit Telefax vom 25.10.2007 habe die Auftraggeberin der Antragstellerin bekannt gegeben, dass sie ihr Angebot ausgeschieden habe, da die von der Antragstellerin ihrem Angebot beigelegte Bankgarantie nicht dem von der Auftraggeberin vorgegebenen Muster entsprochen habe und zudem das namhaft gemachte Referenzprojekt zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit hinsichtlich der Kornverteilung nicht gleichwertig sei und daher nicht den Ausschreibungsvorgaben entspreche. Diese Auffassung der Auftraggeberin sei jedoch unzutreffend. Die Bankgarantie der Antragstellerin würde nämlich materiell die Vorgaben der Ausschreibungsunterlage erfüllen, weil im redlichen Verkehr die Vorgabe der Auftraggeberin in ihrem Mustertext für die Bankgarantie nur so zu verstehen sei, dass unter "Tagen" selbstverständlich Arbeitstage und nicht Kalendertage gemeint seien. Wenn man diesem Auslegungsergebnis nicht folgen wolle, wäre die von der Antragstellerin ihrem Angebot beigelegte Bankgarantie immer noch ausschreibungskonform, zumal die von der Bank der Antragstellerin verwendete Textierung jedenfalls eine im Sinne von Teil A Punkt 14 der Ausschreibungsunterlagen "gleichwertige Sicherstellung im Sinne des Paragraph 85, Absatz 2, BVergG 2006" darstelle. Schließlich sei darauf hinzuweisen, dass der von der Auftraggeberin angezogene

Ausscheidungsgrund während der Angebotsprüfung einfach hätte behoben werden können und somit das Ausscheiden des Angebots der Antragstellerin daher auch aus diesem Grund nicht gerechtfertigt sei. Es handle sich um ein Paradebeispiel für das Vorliegen eines behebbaren Mangels. Das Ausscheiden des Angebots der Antragstellerin ohne jede Aufforderung zur Mängelbehebung sei daher rechtswidrig, wodurch auch die bekämpfte Zuschlagsentscheidung mit Rechtswidrigkeit belastet werde.

Fälschlicherweise stütze die Auftraggeberin das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin auch auf die Behauptung, dass das von ihr genannte Referenzprojekt den Vorgaben der Ausschreibung nicht entsprechen würde. In der Ausschreibungsunterlage sei vorgesehen, dass die Qualität des im Rahmen des Referenzprojektes gelieferten Auftausalzes als gleichwertig in Bezug auf die in Punkt 2 der Leistungsbeschreibung Teil C festgelegten Qualitätsanforderungen anzusehen seien. Die Auftraggeberin habe sich nicht einmal die Mühe gemacht, die Gleichwertigkeit im Detail zu überprüfen, sondern habe sich in der Begründung für das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin mit der pauschalen Aussage begnügt, dass eine Gleichwertigkeit hinsichtlich der Kornverteilung nicht vorliegen würde. Hätte sich die Auftraggeberin aber die Mühe gemacht, die Vorgaben des Referenzprojektes hinsichtlich der Kornverteilung (die von der Antragstellerin selbstverständlich stets eingehalten worden sei, wie durch Atteste auch leicht nachgewiesen werden könne) mit jenen der gegenständlichen Ausschreibung zu vergleichen, wäre ihr aufgefallen, dass im Referenzprojekt der Antragstellerin exakt die selben Vorgaben zu erfüllen gewesen seien, die von der Auftraggeberin in der gegenständlichen Ausschreibung gefordert worden seien. Der Vorwurf der Auftraggeberin sei daher nicht gerechtfertigt. Die Antragstellerin hätte nachweislich sämtliche derartigen Qualitätskriterien beim Referenzprojekt sogar übererfüllt. Bei rechtsrichtiger Vorgehensweise hätte das Angebot der Antragstellerin nicht ausgeschieden werden dürfen, sondern sei sie Bestbieterin gewesen.

Mit Schreiben vom 9. November 2007 erhob die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin C*** begründete Einwendungen und brachte im Wesentlichen vor, dass das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden sei. Dies deshalb, weil in der Ausschreibung ausschließlich Auftausalz im Forum von NaCl zugelassen worden sei, und jedes andere Salz (insbesondere Steinsalze) Beimengungen anderer Salzarten aufweisen würde und daher nicht NaCl also das geforderte reine Natrium Chlorid sei. Weiters seien die Zuschlagskriterien durch einen groben Fehler der vergebenden Stelle objektiv ungeeignet, da die Asfinag in den Ausschreibungsunterlagen im Teil A, Punkt 25.2.2 Kriterium Qualität, bei der Formel zur Berechnung der Punkte, die bei diesem Zuschlagskriterium erreicht werden könnten, Zähler und Nenner vertauscht habe. Dies führe dazu, dass das als Qualitätskriterium bewertete Kriterium der größten Summe an auftauwirksamen Substanzen in sein krasses Gegenteil verkehrt werde und jener Bieter in diesem Kriterium die höchste Punktezahl erreiche, der die schlechteste Qualität mit den wenigsten auftauwirksamen Substanzen liefere. Die Asfinag habe hier das Schlechtestbestbieterprinzip ausgeschrieben. Die einzige legale Möglichkeit bestünde darin, alle anderen Angebote als jene der C*** auszuschneiden und der C*** den Zuschlag zu erteilen. Es würden öffentliche Sicherheitsinteressen an der Aufrechterhaltung des Autobahnverkehrs gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechen, weshalb diese nicht erlassen werden dürfe.

Mit Schreiben vom 12. November 2007 brachte die Auftraggeberin im Wesentlichen vor, dass Auftraggeber im gegenständlichen Vergabeverfahren "Lieferung von Auftausalz Winter 2007/2008 SGO" die ASFINAG Autobahnen-Service GmbH Ost, vertreten durch die vergebende Stelle Autobahnen- und Schnellstrassen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft sei. Es handle sich um einen Lieferauftrag im Oberschwellenbereich mit einem geschätzten Auftragswert von Euro 1.620.000,- welcher im Wege eines offenen Verfahrens nach dem Bestbieterprinzip durchgeführt werde. Die Antragstellerin sei am 25. Oktober 2007 ausgeschieden worden. Die Zuschlagsentscheidung sei am 25. Oktober 2007 ergangen. Die Auftraggeberin verweise zwar auf die besondere Dringlichkeit der Auftragsvergabe aufgrund des kurz bevorstehenden Winters, erhebe jedoch keine Einwendungen gegen die beantragte einstweilige Verfügung. Mit Schreiben vom 12. November 2007 brachte die Auftraggeberin im Wesentlichen vor, dass Auftraggeber im gegenständlichen Vergabeverfahren "Lieferung von Auftausalz Winter 2007 aus 2008, SGO" die ASFINAG Autobahnen-Service GmbH Ost, vertreten durch die vergebende Stelle Autobahnen- und Schnellstrassen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft sei. Es handle sich um einen Lieferauftrag im Oberschwellenbereich mit einem geschätzten Auftragswert von Euro 1.620.000,- welcher im Wege eines offenen Verfahrens nach dem Bestbieterprinzip durchgeführt werde. Die Antragstellerin sei am 25. Oktober 2007 ausgeschieden worden. Die Zuschlagsentscheidung

sei am 25. Oktober 2007 ergangen. Die Auftraggeberin verweise zwar auf die besondere Dringlichkeit der Auftragsvergabe aufgrund des kurz bevorstehenden Winters, erhebe jedoch keine Einwendungen gegen die beantragte einstweilige Verfügung.

Mit Bescheid des Bundesvergabebeamten vom 15. November 2007, N/0108-BVA/13/2007-12, wurde der Auftraggeberin die Erteilung des Zuschlages für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens längstens jedoch bis zum 20. Dezember 2007 untersagt.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 15. November 2007 brachte diese im Wesentlichen vor, dass die von der Antragstellerin namhaft gemachte Referenzleistung keiner der in Punkt 2.3.1 des Teils C der Ausschreibungsunterlage dargelegten Mindestanforderungen entspreche.

Mit Schreiben der Antragstellerin vom 27. November 2007 brachte diese im Wesentlichen vor, dass bei der Überprüfung von Referenzleistungen ausschließlich auf die tatsächliche Leistungserbringung abzustellen sei. Die Leistungserbringung sei in dem von der Antragstellerin vorgelegten Referenzprojekt über einen Zeitraum von November 2006 bis September 2007 erfolgt. Die Antragstellerin lege einen Prüfbericht vom 27. Februar 2007 vor, bei dessen Probeentnahme auch Vertreter des Referenzauftraggebers anwesend gewesen seien. Das Ergebnis dieses Prüfberichts widerspreche eindeutig dem von der Auftraggeberin behaupteten Ergebnis. Sämtliche Qualitätskriterien würden in diesem Prüfbericht bestätigt. Weiters stellte die Antragstellerin den Antrag, das Bundesvergabeamt möge die entrichteten Gebühren in Höhe von Euro 3200 auf das Konto der Rechtsanwälte der Antragstellerin rücküberweisen, da die Gebührenerzahlung der Antragstellerin am 7. November 2007 aufgrund des Erkenntnisses des VfGH vom 8. Oktober 2007, G 47/07, ohne Rechtsgrundlage erfolgt sei.

Aufgrund einer Aufforderung des Bundesvergabebeamten wurden mit Schreiben vom 27. November 2007 und 30. November 2007 vom Amt der Niederösterreichischen Landesregierung, Straßenbauabteilung 4, Prüfberichte über die Lieferung von Auftausalz der Antragstellerin übermittelt und der Auftraggeberin sowie der Antragstellerin zur Verfügung gestellt. Diese Prüfungen sind durch die staatlich akkreditierte D*** (kurz: D***), durchgeführt worden.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 4. Dezember 2007 wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass die D*** Prüfberichte vom 17. Juli 2006 und 21. Dezember 2006 belegen würden, dass die Antragstellerin bei der Abwicklung des Referenzauftrages regelmäßig Salz mit einem Anteil an Größtkorn geliefert habe, der den unter Punkt 2.3 des Teils C der Ausschreibungsunterlage festgelegten Maximalwert von 5% überschreite. Aus diversen D*** Prüfberichten sei darüber hinaus ersichtlich, dass der in den Referenzanforderungen vorgegebene Maximalanteil an Kleinstkorn jedenfalls überschritten worden sei. Aus dem D*** Prüfbericht vom 24. Jänner 2007 ergebe sich ferner, dass hier auch der vorgegebene Maximal-Sulfatgehalt überschritten worden sei.

In der mündlichen Verhandlung vom 7. Dezember 2007 gab E*** (D*** an, dass er nur über Wunsch seines Auftraggebers bei der Probeentnahme anwesend sei. Die Entnahme von Salz aus den Big-Bags funktioniere durch Aufstechen derselben und Transport über ein Förderband auf einen Haufen. Beim Haufen werde dann die Probe genommen. Eine Vermischung von Salzen sei dabei ausgeschlossen. Grundsätzlich könne es zu Vermischungen kommen, wenn verschiedene Salzlieferungen auf einen Haufen übereinander gelagert werden. Wenn beabsichtigt sei eine Probe zu ziehen, werde man nicht bewusst eine solche Vermischung vornehmen, sondern schon vorher eine Probe ziehen. Bei den Prüfberichten 12, 13, 70, 71, 183-187, 253, 367 (alle aus 2007) sei es zu einem Auswertefehler durch Softwareprobleme bei der Korngrößenverteilung gekommen. Am 27.2.2007 sei der Fehler erkannt und nachweislich alle Auftraggeber verständigt worden, sowie die korrigierten Prüfberichte ausgestellt worden. Diese mit einem "A" neben der Prüfberichtsnummer versehenen Prüfberichte seien nunmehr korrekt. Der Fehler seien korrigiert worden. Es sei ihm nicht bekannt, wie das Land Niederösterreich seine Probeentnahmen durchführe. Für die Probenahme von Salzproben gebe es keine eigene Norm. Man werde jedoch bei einer Probenahme von einem Silo nicht die ersten Körner nehmen, sondern erst eine gewisse Menge ablassen, um dann eine sinnvolle Probe entnehmen zu können. Bei einer Abnahme von einem Silo könne nicht festgestellt werden, ob es sich um eine Vermischung mehrerer Produkte handle. Ziel der Überprüfung sei eine Produktüberprüfung. Bei der Messung der Korngrößen sowie der chemischen Messung gebe es grundsätzlich Messtoleranzen, dies sei naturgegeben. Beim Sulfatgehalt gebe es keine Abweichungsregelungen der ÖNORM. Aufgrund seiner Erfahrung könne diese Messtoleranz +/- 10 Relativprozent sein. Bei einer Messung von 10.000 mg/kg könnten dies auch 9.000 mg/kg oder 11.000 mg/kg sein. Bei der Korngröße gebe es in der ÖNORM B 4412 keine Regelung, in einer EN- Norm gebe es eine Messtoleranz von ca. 2 Absolutprozent.

Dies bedeute, dass bei einem Messergebnis von 5% das Ergebnis auch 3% bzw. 7% betragen könne. In der Praxis betrage die Messtoleranz beim Überkorn max. 1 Absolutprozent. Bei seinen Prüfungen werde von seinen Auftraggebern der Lieferant des Salzes oft nicht genannt, damit er eine möglichst objektive Prüfung durchführe.

F*** (Amt der Niederösterreichischen Landesregierung) gab bei der mündlichen Verhandlung vom 7. Dezember 2007 an, dass der Vertragszeitraum mit der Antragstellerin über die Lieferung von Streusalz für die NÖ Landesregierung vom 1.10.2006 - 30.9.2007 gelaufen sei. Wann die Lieferungen genau erfolgt seien, könne er nicht sagen. Lieferungen nach dem 1.10.2006 kämen daher ausschließlich von der Antragstellerin. Der Sinn der Probenahme sei neu angeliefertes Salz zu analysieren. Die Weisung an ein Probenahmeorgan könne daher nur sein, Proben für die Prüfung der neuen Lieferung zu bekommen. Die Organe, die die Auftausalzproben entnehmen seien geschulte Organe, die dies laufend durchführen würden. Der Straßenmeister weise den Probenehmer an, diese Probeentnahme durchzuführen. Irrtümer seien dabei grundsätzlich nicht ausgeschlossen. In der Vergangenheit habe es seines Wissens keine Irrtümer bei den Probeentnahmen gegeben. Im Sommer würden die Lager vollgefüllt und dann durch die Neulieferungen sukzessive ergänzt. Es könne beim Lieferantenwechsel bei der ersten Lieferung für die jeweilige Lagerstätte zu Durchmischungen von alter und neuer Lieferung kommen.

Die Antragstellerin (G***) gab bei der mündlichen Verhandlung vom 7. Dezember 2007 an, dass beim Prüfbericht 70A/2007 eine Durchmischung des Salzes mit anderen nicht anzunehmen sei, da die Entnahme vom LKW-Silo/Wartungsöffnung stamme.

F*** gab bei der mündlichen Verhandlung vom 7. Dezember 2007 an, dass im Prüfbericht Labor 70A/2007 vom 27.2.2007 es sich nur um beprobtes Salz der Antragstellerin handeln könne, da in diesem Zeitraum Salzlieferungen nur von der Antragstellerin stamme. Die Antragstellerin hätte bei dem Referenzprojekt aus dem Grund der mangelnden Qualität der Lieferung Pönale an das Land Niederösterreich zahlen müssen.

Die Antragstellerin (G***) brachte dazu vor, dass zu dieser Frage eine rechtliche Auseinandersetzung zum ungerechtfertigten Einbehalt der Pönale geführt werde. Von der gerichtlichen Geltendmachung sei bisher abgesehen worden, da das Land Niederösterreich andere Aufträge in Aussicht gestellt habe.

Mit Schreiben der Antragstellerin vom 7. Dezember 2007 brachte diese im Wesentlichen vor, dass der Lieferbeginn im Zuge des Referenzprojektes am 15. November 2006 erfolgt sei. Der Prüfbericht 2752.2/2006 vom 15. Juli 2006 beziehe sich nicht auf einen prüfungsrelevanten Zeitraum. Dass Vermischungen von Salzlieferungen verschiedener Herkunft in den Salzlagern der Referenzauftraggeberin stattgefunden hätten, ergebe sich zum Beispiel aus den Prüfberichten GZ 6251/2006 vom 13. November 2006, der einen Sulfatwert von 310 mg/kg TS aufweise. Ein derartiger Sulfatwert werde allenfalls mit so genanntem Siedesalz erreicht, das von der Antragstellerin nicht angeboten werde. Der Antragstellerin sei weiters unklar, wie die Auftraggeberin mit den ohne ihr Beisein gezogenen Proben verfahren sei. Die D*** (gemeint wohl: D***) prüfe ausschließlich die ihr übergebenen Proben. Andere Faktoren wie die Lagerung, die Einbringung und die Probenentnahme des gelieferten Auftausalzes sowie deren Transport sei der D*** nicht bekannt. Es bestehe daher auch die Möglichkeit, dass die entnommenen Proben durch den Transport und die Verwahrung nach Probenziehung Schaden genommen hätten. Im Ergebnis seien daher die Prüfergebnisse aus den von der Referenzauftraggeberin vorgelegten Prüfberichten aus dem Zeitraum ab Lieferbeginn nicht aussagekräftig und daher für die Beurteilung der technischen Leistungsfähigkeit der Antragstellerin nicht relevant. Jedes Prüfergebnis, das nicht lückenlos von der D*** begleitet worden sei, sei generell fragwürdig. Die Relevanz der Messtoleranz für das Verfahren zeige eindeutig der Prüfbericht 70A/2007 vom 27. Februar 2007. Alle geprüften Werte würden innerhalb der Mindestanforderungen der Antragsgegnerin liegen. Einzig der Wert der Korngröße < 0,16 mm würde um 0,1% abweichen, da dieser 5,1% statt 5,0% betrage. Bei der Bewertung dieses Nachweises sei die normierte Messtoleranz iHv 0,1% zu berücksichtigen, sodass dieser Wert innerhalb der Mindestanforderung von 5% zu liegen komme. Im Ergebnis sei die Leistungsfähigkeit der Antragstellerin auch durch diesen Prüfbericht nachgewiesen. Mit Schreiben der Antragstellerin vom 7. Dezember 2007 brachte diese im Wesentlichen vor, dass der Lieferbeginn im Zuge des Referenzprojektes am 15. November 2006 erfolgt sei. Der Prüfbericht 2752.2 aus 2006, vom 15. Juli 2006 beziehe sich nicht auf einen prüfungsrelevanten Zeitraum. Dass Vermischungen von Salzlieferungen verschiedener Herkunft in den Salzlagern der Referenzauftraggeberin stattgefunden hätten, ergebe sich zum Beispiel aus den Prüfberichten GZ 6251 aus 2006, vom 13. November 2006, der einen Sulfatwert von 310 mg/kg TS aufweise. Ein derartiger Sulfatwert werde allenfalls mit so genanntem Siedesalz erreicht, das von der Antragstellerin nicht angeboten werde. Der Antragstellerin sei weiters unklar, wie die Auftraggeberin mit den ohne ihr Beisein gezogenen Proben verfahren sei. Die D*** (gemeint wohl:

D***) prüfe ausschließlich die ihr übergebenen Proben. Andere Faktoren wie die Lagerung, die Einbringung und die Probenentnahme des gelieferten Auftausalzes sowie deren Transport sei der D*** nicht bekannt. Es bestehe daher auch die Möglichkeit, dass die entnommenen Proben durch den Transport und die Verwahrung nach Probenziehung Schaden genommen hätten. Im Ergebnis seien daher die Prüfergebnisse aus den von der Referenzauftraggeberin vorgelegten Prüfberichten aus dem Zeitraum ab Lieferbeginn nicht aussagekräftig und daher für die Beurteilung der technischen Leistungsfähigkeit der Antragstellerin nicht relevant. Jedes Prüfergebnis, das nicht lückenlos von der D*** begleitet worden sei, sei generell fragwürdig. Die Relevanz der Messtoleranz für das Verfahren zeige eindeutig der Prüfbericht 70A/2007 vom 27. Februar 2007. Alle geprüften Werte würden innerhalb der Mindestanforderungen der Antragsgegnerin liegen. Einzig der Wert der Korngröße < 0,16 mm würde um 0,1% abweichen, da dieser 5,1% statt 5,0% betrage. Bei der Bewertung dieses Nachweises sei die normierte Messtoleranz iHv 0,1% zu berücksichtigen, sodass dieser Wert innerhalb der Mindestanforderung von 5% zu liegen komme. Im Ergebnis sei die Leistungsfähigkeit der Antragstellerin auch durch diesen Prüfbericht nachgewiesen.

Mit Schreiben der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin vom 10. Dezember 2007 sowie mit Schreiben der Auftraggeberin vom 11. Dezember 2007 wurden die bisherigen Anträge aufrechterhalten.

Mit Schreiben der Antragstellerin vom 17.12.2007 brachte diese im Wesentlichen vor, dass die in den vorgelegten Prüfzertifikaten ausgewiesenen Parameter als die von der Antragsgegnerin geforderten Absolutwerte anzusehen seien. Einzig und allein diese Parameter seien für die Bewertung maßgeblich. Die Antragstellerin habe mit der eindeutig positiven Bestätigung der Referenzprojektauftraggeberin ("4a" der Ausschreibungsunterlagen) ihre Leistungsfähigkeit im Sinne der Ausschreibungsbestimmungen nachgewiesen. In dieser Beilage habe die Referenzauftraggeberin die fachgerechte und ordnungsgemäße Ausführung eindeutig mit ja beantwortet und die gleichwertige Qualität des gelieferten Auftausalzes unmissverständlich bestätigt. Aus welchen Gründen das Land NÖ eine positive Referenzbestätigung ausstelle und diese nachträglich versuche zurückzunehmen sei für die Antragstellerin nicht nachvollziehbar. Weiteres argumentiert die Antragstellerin, dass bei der Beurteilung der Prüfberichte auf die gesamten Umstände der Prüfung samt Probeentnahme und nicht nur auf den einzelnen Messwert abzustellen sei. Die Auslegung der einzelnen Prüfberichte ohne Kenntnis des Entnahmeverganges sei daher für eine Referenzprüfung nicht aussagekräftig. Es sei bei den Prüfberichten die eine Überschreitung der Grenzwerte durch die Antragstellerin ausweisen zu Dokumentationslücken und zu Zeitverzögerungen gekommen, die die Proben beeinträchtigt hätten, weshalb diese Prüfberichte nicht aussagekräftig seien. Die Antragstellerin beantragte weiters die "Bestellung des Sachverständigen B***" in eventu "Unterbrechung dieses Verfahrens um Befund und Gutachten des SV im Parallelverfahren zu GZ N/0107-BVA/14/2007 abzuwarten" sowie die Erstreckung der einstweiligen Verfügung vom 15. November 2007, GZ N/0108- BVA/13/2007-12.

Darüber hat das Bundesvergabeamt erwogen:

Unstrittiger Sachverhalt

Folgendes steht unstrittig fest:

Die ASFINAG Autobahnen-Service GmbH Ost hat zur Beschaffung der Lieferung von Auftausalz für den Winter 2007/2008 SGO einen Lieferauftrag im Wege eines offenen Verfahrens mit einem geschätzten Auftragswert von Euro 1.620.000,- ohne USt - somit im Oberschwellenbereich - ausgeschrieben. Die Antragstellerin hat ein Angebot gelegt. Die C*** hat mit Schreiben vom 2. Oktober 2007 beim Bundesvergabeamt die Nichtigerklärung der Ausschreibung beantragt und diesen Antrag mit Schreiben vom 30. Oktober 2007 wieder zurückgezogen. Die Ausschreibung ist daher bestandfest geworden. Die Auftraggeberin hat die Antragstellerin mit Schreiben vom 25.10.2007 ausgeschieden und mit Schreiben vom 25.10.2007 eine Zuschlagsentscheidung zugunsten der C*** getroffen. Jeder Bieter muss mindestens ein Referenzprojekt nachweisen, bei dem die Auftragserteilung nach dem 1. Januar 2004 erfolgte, wobei das jeweilige Referenzprojekt mit dem vorliegenden Auftrag (Lieferung von Auftausalz) vergleichbar sein muss. Dies ist gem Punkt 9.2.3 des Teiles A der Ausschreibungsunterlagen dann der Fall, wennDie ASFINAG Autobahnen-Service GmbH Ost hat zur Beschaffung der Lieferung von Auftausalz für den Winter 2007 aus 2008, SGO einen Lieferauftrag im Wege eines offenen Verfahrens mit einem geschätzten Auftragswert von Euro 1.620.000,- ohne USt - somit im Oberschwellenbereich - ausgeschrieben. Die Antragstellerin hat ein Angebot gelegt. Die C*** hat mit Schreiben vom 2. Oktober 2007 beim Bundesvergabeamt die Nichtigerklärung der Ausschreibung beantragt und diesen Antrag mit Schreiben vom 30. Oktober 2007 wieder zurückgezogen. Die Ausschreibung ist daher bestandfest geworden. Die

Auftraggeberin hat die Antragstellerin mit Schreiben vom 25.10.2007 ausgeschieden und mit Schreiben vom 25.10.2007 eine Zuschlagsentscheidung zugunsten der C*** getroffen. Jeder Bieter muss mindestens ein Referenzprojekt nachweisen, bei dem die Auftragserteilung nach dem 1. Januar 2004 erfolgte, wobei das jeweilige Referenzprojekt mit dem vorliegenden Auftrag (Lieferung von Auftausalz) vergleichbar sein muss. Dies ist gem Punkt 9.2.3 des Teiles A der Ausschreibungsunterlagen 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 Punkt 2 der Leistungsbeschreibung Teil C festgelegten Qualitätsanforderungen anzusehen ist.

Das vom Bieter im Rahmen des Referenzprojektes gelieferte Auftausalz muss somit unter anderem den "Mindestanforderungen für die auftauwirksamen Substanzen" gemäß den beiden Tabellen gemäß Punkt 2.3.1 der Leistungsbeschreibung Teil C genügen. Diese vorgegebenen Grenzwerte sind Absolutwerte und beinhalten sämtliche Toleranzen.

Zulässigkeit der Anträge:

Gemäß § 321 Abs 1 Z 7 BVergG 2006 sind Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung in allen übrigen Fällen binnen 14 Tagen ab dem Zeitpunkt einzubringen, in dem der Antragsteller von der gesondert anfechtbaren Entscheidung Kenntnis erlangt hat oder erlangen hätte können. Die Antragstellerin hat von den bekämpften gesondert anfechtbaren Entscheidungen am 25. Oktober 2007 Kenntnis erlangt. Die Antragstellerin hat ihren Nachprüfungsantrag am 8. November 2007 und somit rechtzeitig eingebracht. Der Antrag erfüllt auch die sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 322 BVergG 2006. Gemäß Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 sind Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung in allen übrigen Fällen binnen 14 Tagen ab dem Zeitpunkt einzubringen, in dem der Antragsteller von der gesondert anfechtbaren Entscheidung Kenntnis erlangt hat oder erlangen hätte können. Die Antragstellerin hat von den bekämpften gesondert anfechtbaren Entscheidungen am 25. Oktober 2007 Kenntnis erlangt. Die Antragstellerin hat ihren Nachprüfungsantrag am 8. November 2007 und somit rechtzeitig eingebracht. Der Antrag erfüllt auch die sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen des Paragraph 322, BVergG 2006.

Zum Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung und des Ausscheidens

Gemäß Punkt 9.2.3 des Teiles A der bestandfest geworden Ausschreibungsunterlagen muss der Bieter zum Nachweis seiner technischen Leistungsfähigkeit unter anderem mindestens ein Referenzprojekt nachweisen, in welchem 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.

In Punkt 2 der Leistungsbeschreibung Teil C ist unter anderem folgendes betreffend die Mindestanforderungen für die auftauwirksamen Substanzen vorgesehen:

"Kornverteilung

Korngröße

Grenzwerte

< 0,16mm

= 5,00%

0,16mm bis 3,15mm

=90,00%

>3,15mm

=5,00%

Diese vorgegebenen Grenzwerte sind Absolutwerte und beinhalten

sämtliche Toleranzen."

In ihrem Angebot vom 9. Oktober 2007 hat die Antragstellerin als Referenzprojekt auf dem dafür vorgesehenen Formblatt 3 angegeben: "Lieferung Auftausalz an Niederöster.

Landesregierung, Stba 4,5,8".

Der Vertragszeitraum mit der Antragstellerin über die Lieferung von Streusalz erstreckte sich vom 1. Oktober 2006 bis zum 30. September 2007. Salzlieferungen an die Niederösterreichische Landesregierung nach dem 1. Oktober 2006 kamen ausschließlich von der Antragstellerin (Zeuge F***/Amt der Niederösterreichischen Landesregierung in der mündlichen Verhandlung vom 7. 12. 2007).

Mit dem Prüfbericht der D***, Labor Nr.: 70 A/2007 vom 27. Februar 2007 wurde eine Streusalzprobe der Antragstellerin analysiert. Aus dem dazugehörigen Auftausalzprobennahmeprotokoll vom 3. Jänner 2007 geht hervor, dass diese Probe von der Straßenmeisterei Raabs/Thaya vom Lkw-Silo-Wartungsöffnung am 3. Jänner 2007 entnommen worden ist. Der Zeuge F*** vom Amt der Niederösterreichischen Landesregierung hat in der mündlichen Verhandlung vom 7. 12. 2007 dazu schlüssig und nachvollziehbar angegeben, dass es sich bei dieser Probe nur um beprobtes Salz der Antragstellerin gehandelt haben kann. Auch die Antragstellerin hat in der mündlichen Verhandlung schlüssig und nachvollziehbar angegeben, dass beim Prüfbericht 70A/2007 eine Durchmischung des Salzes mit anderen nicht anzunehmen sei, da die Entnahme vom Lkw-Silo/Wartungsöffnung stamme. Es handelt sich somit bei dem mit Prüfbericht der D***, Labor Nr.: 70 A/2007, vom 27. Februar 2007 beprobten Salz um (unvermishtes) Salz der Antragstellerin. Der genannte Prüfbericht hat ergeben, dass der Anteil der Korngröße 0 bis 0,16 mm 5,1 % beträgt. Dieser Wert überschreitet den in Punkt 2 der Leistungsbeschreibung Teil C als zulässig anerkannten Grenzwert, weshalb das von der Antragstellerin im Rahmen des Referenzprojektes gelieferte Auftausalz als nicht gleichwertig in Bezug auf die in Punkt 2 der Leistungsbeschreibung Teil C festgelegten Qualitätsanforderungen anzusehen ist. Daher ist der Antragstellerin der in Punkt 9.2.3 des Teiles A der Ausschreibungsunterlagen geforderte Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit nicht gelungen, weshalb die technische Leistungsfähigkeit der Antragstellerin im gegenständlichen Vergabeverfahren nicht gegeben ist.

Diesem Ergebnis widerspricht auch nicht die Aussage des Zeugen E*** von der D*** in der mündlichen Verhandlung, wonach es bei der Messung der Korngröße in einer EN-Norm eine Messtoleranz von 2 Absolutprozent und in der Praxis eine Messtoleranz von maximal 1 Absolutprozent gebe. Dies ist im Ergebnis deshalb nicht relevant, weil in den bestandfest geworden Ausschreibungsunterlagen festgesetzt worden ist, dass die vorgegebenen Grenzwerte Absolutwerte sind und sämtliche Toleranzen beinhalten. Entsprechend der Judikatur des OGH kommt es "bei der Auslegung von Ausschreibungsbedingungen darauf an, wie diese bei objektiver Beurteilung der Sache vom Bieter zu verstehen waren, wobei bei Unklarheiten vor allem dem Geschäftszweck, der redlicher Weise der Erklärung zu unterstellen ist, und der Interessenslage Bedeutung zukommt."

(OGH 20.1.2000, 6 Ob 69/99m). Bei Anwendung dieses Beurteilungsmassstabes bedeutet dies im gegenständlichen Fall, dass sich der Auftraggeber darüber im Klaren war bzw ist, dass es bei Messungen Messtoleranzen gibt, diese aber bereits bei Erstellung der Grenzwerte berücksichtigt wurden und somit der erzielte Messwert selbst (ohne Hinzufügung oder Abzug von Messtoleranzen) heranzuziehen ist.

Würde man diesem Interpretationsergebnis nicht folgen wollen, würde dies zu Lasten der Antragstellerin gehen. Da sie die Beweislast für das Vorliegen ihrer technischen Leistungsfähigkeit trifft (arg: "Der Bieter muss nachweisen, dass seine technische Leistungsfähigkeit gegeben ist.", Punkt 9.2.3, Teil A der Ausschreibung) müsste man die Messtoleranzen zum Nachteil der Antragstellerin dergestalt berücksichtigen, dass nur dann bewiesen wäre, dass die Grenzwerte der gegenständlichen Ausschreibung nicht überschritten worden sind, wenn die gemessenen Werte die Grenzwerte selbst bei Berücksichtigung der Messtoleranzen nicht überschreiten würden. Nur in diesem Fall wäre ja bewiesen, dass die Grenzwerte nicht überschritten worden sind. Unter solchen Bedingungen wären die Grenzwerte einiger weiterer D*** Prüfberichte betreffend Salzlieferungen der Antragstellerin teils erheblich überschritten. Ähnliches gilt auch für das umfassende Bezweifeln von korrekten Probenahmebedingungen durch die Antragstellerin (außer das Ergebnis ist zu ihren Gunsten), denn würde die Auftraggeberin die Probenahmebedingungen genauso wie die Antragstellerin anzweifeln, könnte sie (unzulässiger Weise) jeden Prüfbericht der Antragstellerin anzweifeln und damit jeden Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit - für den ja die Antragstellerin die Beweislast trifft - verunmöglichen.

§ 129 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 lautetParagraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 lautet:

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

...

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

Da - wie oben ausgeführt - im gegenständlichen Fall die technische Leistungsfähigkeit der Antragstellerin nicht gegeben ist, hat die Auftraggeberin die Antragstellerin entsprechend § 129 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 zu Recht ausgeschieden und kommt dieser daher entsprechend der ständigen Judikatur des VwGH (ua VwGH 12.9.2007, 2005/04/0181) keine Antragslegitimation zu. Der Nachprüfungsantrag war daher abzuweisen. Da - wie oben ausgeführt - im gegenständlichen Fall die technische Leistungsfähigkeit der Antragstellerin nicht gegeben ist, hat die Auftraggeberin die Antragstellerin entsprechend Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 zu Recht ausgeschieden und kommt dieser daher entsprechend der ständigen Judikatur des VwGH (ua VwGH 12.9.2007, 2005/04/0181) keine Antragslegitimation zu. Der Nachprüfungsantrag war daher abzuweisen.

Weiters ist darauf zu verweisen, dass es bei folgenden weiteren das Referenzprojekt der Antragstellerin betreffenden Prüfberichten der D*** (außer Prüfbericht 70A/2007) zu Überschreitungen der in Punkt 2 der Leistungsbeschreibung Teil C vorgeschriebenen Grenzwerten gekommen ist:

Labor Nr.:

Datum

Korngröße

Messergebnis

Grenzwert lt Ausschreibung

6648/2006

18.12.2006

0-0,16 mm

7,5 %

=5,00 %

13A/2007

27.2.2007

0-0,16 mm

5,9 %

=5,00 %

Labor Nr.:

Datum

Sulfat Dim.

Messergebnis

Grenzwert lt Ausschreibung

12A/2007

27.2.2007

mg/kg TS

10350

10000

Zwar kann bei diesen Prüfberichten nicht immer mit völliger Sicherheit davon ausgegangen werden, dass es bei der Probenahme nicht zu einer Vermischung mit Salz anderer Lieferungen gekommen ist. Auch der Vertreter des Amtes

der NÖ Landesregierung hat in der mündlichen Verhandlung eingeräumt, dass Irrtümer bei der Probenahme grundsätzlich nicht ausgeschlossen sind. Er hat jedoch weiters glaubhaft angegeben, dass die Organe der Straßenmeisterei, die die Auftausalzproben entnehmen geschulte Organe sind, die dies laufend durchführen. Aufgrund der Lebenserfahrung ist daher davon auszugehen, dass es bei Durchführung von Salzprobeentnahmen durch geschulte Organe der Straßenmeisterei zumindest in einem Großteil der Fälle nicht zu einer Mischprobenentnahme gekommen ist und die genannten Prüfberichte der D*** zumindest zum Großteil aussagekräftig sind. Auch die Prüfberichte 6648/2006, 13A/2007 und 12A/2007 belegen somit in ihrer Gesamtheit unter Berücksichtigung eines gewissen Fehlerkalküls, dass die technische Leistungsfähigkeit der Antragstellerin im gegenständlichen Fall nicht gegeben ist und deshalb die Ausscheidung der Antragstellerin gerechtfertigt war. Eine genauere Analyse der genannten Prüfberichte erübrigte sich im Sinne einer sparsamen, raschen (vgl die Frist von 6 Wochen gem § 326 BVergG 2006) und zweckmäßigen Verfahrensführung sowie mit Hinblick auf den unstrittigen Prüfbericht 70A/2007 (siehe oben).Zwar kann bei diesen Prüfberichten nicht immer mit völliger Sicherheit davon ausgegangen werden, dass es bei der Probenahme nicht zu einer Vermischung mit Salz anderer Lieferungen gekommen ist. Auch der Vertreter des Amtes der NÖ Landesregierung hat in der mündlichen Verhandlung eingeräumt, dass Irrtümer bei der Probenahme grundsätzlich nicht ausgeschlossen sind. Er hat jedoch weiters glaubhaft angegeben, dass die Organe der Straßenmeisterei, die die Auftausalzproben entnehmen geschulte Organe sind, die dies laufend durchführen. Aufgrund der Lebenserfahrung ist daher davon auszugehen, dass es bei Durchführung von Salzprobeentnahmen durch geschulte Organe der Straßenmeisterei zumindest in einem Großteil der Fälle nicht zu einer Mischprobenentnahme gekommen ist und die genannten Prüfberichte der D*** zumindest zum Großteil aussagekräftig sind. Auch die Prüfberichte 6648 aus 2006,, 13A/2007 und 12A/2007 belegen somit in ihrer Gesamtheit unter Berücksichtigung eines gewissen Fehlerkalküls, dass die technische Leistungsfähigkeit der Antragstellerin im gegenständlichen Fall nicht gegeben ist und deshalb die Ausscheidung der Antragstellerin gerechtfertigt war. Eine genauere Analyse der genannten Prüfberichte erübrigte sich im Sinne einer sparsamen, raschen vergleiche die Frist von 6 Wochen gem Paragraph 326, BVergG 2006) und zweckmäßigen Verfahrensführung sowie mit Hinblick auf den unstrittigen Prüfbericht 70A/2007 (siehe oben).

Im Übrigen wird dieses Ergebnis auch durch die Tatsache gestützt, dass die Antragstellerin bei dem gegenständlichen Referenzprojekt Pönale an das Land Niederösterreich aus dem Grund der mangelnden Qualität der Lieferung zahlen musste (Aussage von F*** in der mündlichen Verhandlung). Die Beweislast für das Vorliegen ihrer technischen Leistungsfähigkeit trifft die Antragstellerin (arg: "Der Bieter muss nachweisen, dass seine technische Leistungsfähigkeit gegeben ist.", Punkt 9.2.3, Teil A der Ausschreibung). Die Antragstellerin konnte in der mündlichen Verhandlung die Unrechtmäßigkeit des Einbehaltens der Pönale durch das Land Niederösterreich nicht beweisen, sondern hat angegeben, dass dazu eine "rechtliche Auseinandersetzung" geführt werde. Daher ist davon auszugehen, dass die Anforderung der Ausschreibung (Formblatt 3 Referenzprojekt Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit): "Leistung wurde fachgerecht und ordnungsgemäß ausgeführt" nicht zutrifft und auch deshalb die technische Leistungsfähigkeit der Antragstellerin im gegenständlichen Fall nicht gegeben ist und die Ausscheidung der Antragstellerin gerechtfertigt war.

Die von der Antragstellerin mit Schreiben vom 12. Dezember 2007 beantragte "Bestellung des SachverständigenB***" in eventu "Unterbrechung dieses Verfahrens um Befund und Gutachten des SV im Parallelverfahren zu GZ N/0107-BVA/14/2007 abzuwarten" sowie die Erstreckung der einstweiligen Verfügung vom 15. November 2007, N/0108-BVA/13/2007-12, waren nicht erforderlich, da die Sache auch ohne Inanspruchnahme dieses Sachverständigen und innerhalb der Zeit, für welche die einstweilige Verfügung getroffen worden ist, entschieden werden konnte.

Die Anträge der Antragstellerin das Bundesvergabeamt möge * "die Auftraggeberin dazu verpflichten, der Antragstellerin die für den Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren entrichtete Pauschalgebühr binnen 14 Tagen zu Händen des Rechtsvertreters der Antragstellerin zu ersetzen;"

* "die Auftraggeberin dazu verpflichten, der Antragstellerin die für den Nachprüfungsantrag entrichtete Pauschalgebühr binnen 14 Tagen zu Händen des Rechtsvertreters der Antragstellerin zu ersetzen"

* die entrichteten Gebühren in Höhe von Euro 3200 auf das Konto der Rechtsanwälte der Antragstellerin rücküberweisen, da die Gebühreinzahlung der Antragstellerin am 7. November 2007 aufgrund des Erkenntnisses des VfGH vom 8. Oktober 2007, G 47/07, ohne Rechtsgrundlage erfolgt sei

bleiben im Sinne einer raschestmöglichen Entscheidung in der Hauptsache einem gesonderten Bescheid vorbehalten.

Zuletzt aktualisiert am

16.10.2009

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