

TE Verg Bescheid 2007/12/20 N/0110-BVA/02/2007-43

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 20.12.2007

Norm

BVergG 2006 §19 Abs1

BVergG 2006 §126 Abs1

BVergG 2006 §129 Abs1 Z7

BVergG 2006 §318

BVergG 2006 §319

BVergG 2006 §322 Abs2

1. BVergG 2006 § 19 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 126 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 126 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
-
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 § 318 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 318 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 318 gültig von 20.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 84/2007
 6. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.02.2006 bis 19.11.2007
-
1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 322 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

Bescheid

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 2, Mag. Viktoria Mugli-Maschek und Dr. Martin Janda als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Theodor Taurer als Mitglied der Auftragnehmerseite, im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs. 2 Z 2 Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG 2006), BGBl I Nr. 17/2006, betreffend das Vergabeverfahren "Lieferung von Auftausalz - Winter 2007/2008 SGS" des Auftraggebers ASFINAG Autobahn Service GmbH Süd, Fuchsenfeldweg 71, 8074 Graz-Raaba, vertreten durch ASFINAG Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft, Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, über die Anträge der A***, vertreten durch X***, vom 8. 11.2007, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 2, Mag. Viktoria Mugli-Maschek und Dr. Martin Janda als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Theodor Taurer als Mitglied der Auftragnehmerseite, im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG 2006), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, betreffend das Vergabeverfahren "Lieferung von Auftausalz - Winter 2007 aus 2008, SGS" des Auftraggebers ASFINAG Autobahn Service GmbH Süd, Fuchsenfeldweg 71, 8074 Graz-Raaba, vertreten durch ASFINAG Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft, Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, über die Anträge der A***, vertreten durch X***, vom 8. 11.2007, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Der Antrag, "das BVA möge die Entscheidung der Auftraggeberin vom 25.10.2007, das Angebot der Antragstellerin auszuscheiden, für nichtig erklären", wird abgewiesen.

II.römisch zwei.

Der Antrag, "das BVA möge die Entscheidung der Auftraggeberin vom 25.10.2007, der Salinen Austria AG den Zuschlag erteilen zu wollen, für nichtig erklären", wird zurückgewiesen.

III.römisch drei.

Die Anträge

1. 1.Ziffer eins

"der Auftraggeberin gemäß § 319 Abs 1 BVerG aufzutragen, der Antragstellerin die gemäß § 318 Abs 1 BVerG entrichtete Pauschalgebühr für diesen Nachprüfungsantrag zu Händen ihres Rechtsvertreters binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu bezahlen", und "der Auftraggeberin gemäß Paragraph 319, Absatz eins, BVerG aufzutragen, der Antragstellerin die gemäß Paragraph 318, Absatz eins, BVerG entrichtete Pauschalgebühr für diesen Nachprüfungsantrag zu Händen ihres Rechtsvertreters binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu bezahlen", und

2. 2.Ziffer 2

"der Auftraggeberin gemäß § 319 Abs 1 BVerG aufzutragen, der Antragstellerin die gemäß § 318 Abs 1 BVerG entrichtete Pauschalgebühr für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu Händen ihres Rechtsvertreters binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu bezahlen", werden abgewiesen. "der Auftraggeberin gemäß Paragraph 319, Absatz eins, BVerG aufzutragen, der Antragstellerin die gemäß Paragraph 318, Absatz eins, BVerG entrichtete Pauschalgebühr für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu Händen ihres Rechtsvertreters binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu bezahlen", werden abgewiesen.

Begründung

Die Bekanntmachung der Ausschreibung zum Vergabeverfahren "Lieferung von Auftausalz Winter 2007/2008 - SGS" wurde am 14.9.2007 im Amtsblatt der Wiener Zeitung/Rubrik Amtlicher Lieferanzeiger zu L-Nr.: 351969-7914 und am 18.9.2007 unter ABl: Die Bekanntmachung der Ausschreibung zum Vergabeverfahren "Lieferung von Auftausalz Winter 2007 aus 2008, - SGS" wurde am 14.9.2007 im Amtsblatt der Wiener Zeitung/Rubrik Amtlicher Lieferanzeiger zu L-Nr.: 351969-7914 und am 18.9.2007 unter ABl:

2007/S 179-218876 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften veröffentlicht. Der als Lieferauftrag zu qualifizierende Auftragsgegenstand soll in Form eines offenen Verfahrens nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden. Die Öffnung der Angebote erfolgte am 10.10.2007, 12.00 Uhr.

In den Ausschreibungsunterlagen Teil A, Bestimmungen für das Angebot, Pkt. 9.2.3 "Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit" wird wie folgt ausgeführt:

"Der Bieter muss seine technische Leistungsfähigkeit durch die angebotene Zusammensetzung des Salzes sowie durch ein Referenzprojekt nachweisen.

Nachweis der Zusammensetzung des Salzes.

Die angebotene Zusammensetzung des Salzes (zB: NaCl, Ca-Mg-K-Chlorid, Sulfat, Überkorn, Unterkorn, Feuchte) ist durch eine im EU-Raum akkreditierte Prüfstelle zu bestätigen.

Der Nachweis ist zu führen durch:

Beibringung der geforderten Bestätigung einer im EU-Raum akkreditierten Prüfstelle, wobei die Angaben im Prüfzertifikat auf zumindest zwei oder mehr Kommastellen gerundet, angeführt werden müssen."

In Beantwortung einer Bieteranfrage führte der Auftraggeber zu Pkt. 9.2.3 mit Schreiben vom 3.10.2007 ergänzend aus:

"Zur Frage, ob die Angaben im Prüfzertifikat auch im Falle des Sulfatgehaltes auf zumindest zwei oder mehr Kommastellen zu runden sind, wenn diese in mg/kg angegeben werden, ist festzuhalten:

Sämtliche Bestandteile des anzubietenden Salzes, d.h. NaCl, Ca-Mg-K-Chlorid und Sulfat sind in g/kg auf zumindest zwei Kommastellen gerundet anzuführen."

Nach einer neuerlichen diesbezüglichen Bieteranfrage wurde den Bietern mit Schreiben vom 5.10.2007 schließlich mitgeteilt:

"Seitens der vergebenden Stelle wird klargestellt, dass es bei "g/kg" um einen Schreibfehler handelt und es richtigerweise "mg/kg" zu lauten hat."

In der Ausschreibungsunterlage ist unter Pkt. 16 "Form und Inhalt des Angebotes" ua vorgesehen:

"16.2. Vollständigkeit

Sämtliche Teile der Ausschreibung sind zu bearbeiten und wo vorgeschrieben zu ergänzen.

16.3 Erklärungen zum Angebot

Sofern es ein Bieter für notwendig erachtet, sein Angebot zu erläutern oder besondere Erklärungen, die über die in der Ausschreibung geforderten Erklärungen hinausgehen, anzuführen sind diese in einem "Begleitschreiben" zum ausschreibungsgemäßen Angebot zu erfassen. Diese dürfen jedoch keinen Widerspruch zu den Ausschreibungsbedingungen begründen, andernfalls das Angebot ausgeschieden werden muss (§ 129 Z 7 BVergG). Sofern es ein Bieter für notwendig erachtet, sein Angebot zu erläutern oder besondere Erklärungen, die über die in der Ausschreibung geforderten Erklärungen hinausgehen, anzuführen sind diese in einem "Begleitschreiben" zum ausschreibungsgemäßen Angebot zu erfassen. Diese dürfen jedoch keinen Widerspruch zu den Ausschreibungsbedingungen begründen, andernfalls das Angebot ausgeschieden werden muss (Paragraph 129, Ziffer 7, BVergG).

16.4. Bestandteile des Angebots

Folgende Unterlagen sind jedenfalls als Angebot einzureichen:

- -Strichaufzählung
Angebotsinhaltsverzeichnis
- -Strichaufzählung
...
- -Strichaufzählung
sonstige in der Ausschreibung geforderte Beilagen. Im Falle des Fehlens von Unterlagen bei der Angebotsabgabe sind diese - sofern ein behebbarer Mangel vorliegt - auf Aufforderung durch den Auftraggeber binnen 7 Tagen nachzureichen."

In den Ausschreibungsunterlagen Teil C, Leistungsbeschreibung, wird unter Pkt. 2 "Qualitätsanforderungen" ua. festgehalten:

"2.2 Besondere produktspezifische Bestimmungen

...

Die vom Bieter angebotene Zusammensetzung des Salzes (zB NaCl, Ca-Mg-K-Chlorid, Sulfat, Überkorn, Unterkorn, Feuchte) ist durch eine im EU-Raum akkreditierte Prüfstelle bereits mit Angebotslegung zu bestätigen (siehe Pkt. 9.2.3 der Ausschreibungsunterlage Teil A). Die Bestätigung ist in deutscher Sprache bzw. mit beglaubigter deutscher Übersetzung vorzulegen.

Angebote, die insgesamt mehr als 100% Inhaltstoffe aufweisen, werden nicht zugelassen. Abweichungen von Angaben im Prüfzertifikat müssen vom Bieter so nachvollziehbar erläutert werden, dass für die vergebende Stelle eine entsprechende Beurteilung der Abweichung im Rahmen der Angebotsprüfung ohne eine weitere technische Prüfung möglich ist. Eine solche Abweichung muss auf Wunsch der vergebenden Stelle von einer im EU-Raum akkreditierten Prüfanstalt bestätigt werden."

Als Folge einer Bieteranfrage korrigierte der Auftraggeber die Formulierung "Angebote, die insgesamt mehr als 100% Inhaltstoffe aufweisen, werden nicht zugelassen" mit Schreiben vom 3.10.2007 wie folgt:

"Ist im letzten Absatz des Punktes 2.2 des Teils C der Ausschreibungsunterlage das Wort "Angebot" durch das Wort "Prüfzeugnisse" zu ersetzen?

Ja."

Pkt 2.3 des Teils C der Ausschreibungsunterlagen sieht vor:

"2.3 Qualitätsmerkmale

Es wird ausschließlich Auftausalz in Form von NaCl zugelassen. Das anzubietende Auftausalz ist in Silos oder in Hallen einzulagern und muss bei sonstiger Ausscheidung nachstehenden Mindestanforderungen entsprechen:

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	größer/gleich	5,00 %
----------	---------------	--------

0,16 mm bis 3,15 mm	größer/gleich	90,00 %
---------------------	---------------	---------

> 3,15 mm	größer/gleich	5,00 %
-----------	---------------	--------

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

Der Feuchtigkeitsanteil ist demnach nicht Bestandteil der tauwirksamen Substanzen. Dies ist auf Anfrage der vergebenden Stelle vom Bieter nachzuweisen.

Die Rieselfähigkeit des Auftausalzes muss auch nach einer Lagerung über einem Zeitraum von mindestens 10 Monaten gegeben sein. Es müssen Antibackmittel im unbedingt erforderlichen Ausmaß beigegeben werden, sodass eine problemlose Lagerung und Entnahme ohne technische Hilfsmittel, wie z.B Rüttler, in und von Holzsilos nach mindestens 10-monatiger Lagerung möglich ist. Die Antibackmittel müssen im Europäischen Wirtschaftsraum zugelassen sein. Auf Verlangen des Auftraggebers ist ein entsprechendes Zertifikat vorzulegen."

In Beantwortung einer Bieteranfrage führte der Auftraggeber zu Pkt. 2.3.1 mit Schreiben vom 3.10.2007 ergänzend aus:

"Zur Frage, wie groß das Größtkorn sein darf bzw. wie hoch der diesbezügliche prozentuelle Anteil sein darf, ist festzuhalten:

Die Qualitätsmerkmale ergeben sich aus der der Ausschreibung zugrunde liegenden RVS. Soweit die Korngröße > 3,15 mm überschreitet, darf diese nicht so groß sein, dass die gewöhnlich erwartete Eigenschaft von Streusalz nicht mehr vorliegt."

In der Ausschreibungsunterlage Teil D Leistungsverzeichnis hat der Bieter unter Qualitätsangebot wie folgt anzubieten:

"Die Qualität des vom Bieter angebotenen Salzes ergibt sich aus nachfolgenden Angaben:

Summe auftauwirksamer Substanzen (NaCl, Ca-Mg-K-Chlorid):

%

Summe nicht auftauwirksamer Substanzen (Verunreinigungen, Wassergehalt, etc.):

%

"

Die Angebotsöffnung erfolgte am 10.10.2007, 12:00 Uhr. Im Angebot der Antragstellerin lautete das Blatt "Qualitätsangebot" (Ausschreibungsunterlage Teil D Leistungsverzeichnis), gezeichnet am 9.10.2007 wie folgt:

"...

Summe auftauwirksamer Substanzen (NaCl, Ca-Mg-K-Chlorid):

99,5 %

Summe nicht auftauwirksamer Substanzen (Verunreinigungen, Wassergehalt, etc.):

0,5 %

"

In einem Begleitschreiben zum Angebot wies die Antragstellerin darauf hin, dass "die Qualitätszertifikate, wie am 08.10.2007 mit B*** telefonisch besprochen, nach Erhalt der Aufforderung durch den Auftraggeber innerhalb der gesetzlichen Frist nachgereicht werden."

Mit Schreiben vom 16.10.2007 forderte der Auftraggeber die Antragstellerin unter Hinweis darauf, dass das Angebot der Antragstellerin bei der Angebotsprüfung infolge fehlender Bestandteile des Angebotes unvollständig gewesen sei, unter anderem dazu auf, entsprechend den Festlegungen in der Ausschreibungsunterlage Teil A, Pkt 9.2.3, den Nachweis für die angebotene Zusammensetzung des Salzes durch eine im EU-Raum akkreditierte Prüfanstalt vorzulegen. Gleichzeitig wies der Auftraggeber ausdrücklich darauf hin, dass falls die geforderten Unterlagen nicht vollständig bzw. zeitgerecht nachgereicht würden, das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden wäre.

Mit Faxmitteilung vom 22.10.2007 legte die Antragstellerin ein zweiseitiges, in italienischer Sprache abgefasstes Analysezertifikat der S*** vom 19.10.2007 sowie eine beglaubigte Übersetzung des Instituts in deutscher Sprache vor:

"Zertifikat Nr. 07101900D2

Seite Nr. 1/2

F095103 6977MRA CCA/ep

Prüfbericht

In Erfüllung des Auftrags erhalten von

- CHEMISCHE PRODUKTE - FAENZA (RA)

Und ersuchend, den im Folgenden zusammengefassten Auftrag zu bearbeiten:

Analysen zu dem an uns von der Firma gesendeten Muster

Für eine Lieferung bezeichnet als

Identifikation des Musters : hochreines Natriumchlorid

Muster C

Berichten wir wie folgt:

Das an uns von gesendete und in einem qualifizierten Labor

untersuchte Muster zeigt, wie in ihrem Prüfbericht 0727003 vom 19/10/2007 mitgeteilt, folgende Resultate:

ZITATBEGINN

Beschreibung	Resultat	Maßeinheit	Grenzwert	Methode
--------------	----------	------------	-----------	---------

der Probe

NaCl	99,8	% bez.Trockensubstanz		CXSTAN
------	------	-----------------------	--	--------

Feuchtigkeit	0,23	%		ISO 2483
--------------	------	---	--	----------

Sulfate	0,10	% bez.Trockensubstanz		ISO 2480
---------	------	-----------------------	--	----------

In Wasser

unlösliche

Stoffe	N.E	% bez.Trockensubstanz	0,04	ISO 2479
--------	-----	-----------------------	------	----------

Körnung	< 0,16mm = 3,8%			
---------	-----------------	--	--	--

	0,16-3,15mm = 94,1%			
--	---------------------	--	--	--

	> 3,15 = 2,1%			
--	---------------	--	--	--

ZITATENDE

Die Resultate beziehen sich ausschließlich auf das analysierte Muster.

Text in englischer Sprache

Ravenna, 19. Oktober 2007"

In einem Aktenvermerk hielt der Auftraggeber am 23.10.2007 fest:

"Gesellschaft: ASFINAG Erstellungsdatum: 23.10.2007 Abteilung / Ersteller: STE / WSV

Fortlaufende Nr.:

Aktenvermerk

Betreff Telefonat 23.10.2007 Prüfung Gleichwertigkeit Referenzprojekt A***

Themenbereich

Die vergebende Stelle hat im Zuge der Angebotsprüfung die Referenzprojekte geprüft.

Gemäß Punkt 9 des Teils A und Punkt 2 des Teils C der Ausschreibungsunterlage hat der Bieter nachzuweisen, dass das im Rahmen des Referenzprojektes gelieferte Auftausalz den Qualitätsanforderungen der Leistungsbeschreibung Teil C entspricht.

Aus diesem Grund erfolgte am 23.10.2007 eine Anfrage beim Referenzauftraggeber "Land Kärnten, Abteilung 17", ob das gelieferte Auftausalz als gleichwertig zu betrachten ist.

Auf telefonische Anfrage der vergebenden Stelle vom 25.10.2007 gab Herr bekannt, dass die Anforderungen der Ausschreibungen des Referenzprojektes den Anforderungen der Leistungsbeschreibung Teil C entsprechen.

"

Nach Prüfung der Angebote gab der Auftraggeber mit Telefaxmitteilungen vom 25.10.2007 sowohl die Entscheidung, das Angebot der Antragstellerin gemäß § 129 BVergG 2006 auszuschneiden (gerichtet an die die Antragstellerin), als auch die Zuschlagsentscheidung (gerichtet an die Antragstellerin und die präsumtive Zuschlagsempfängerin) bekannt.Nach Prüfung der Angebote gab der Auftraggeber mit Telefaxmitteilungen vom 25.10.2007 sowohl die Entscheidung, das Angebot der Antragstellerin gemäß Paragraph 129, BVergG 2006 auszuschneiden (gerichtet an die die Antragstellerin), als auch die Zuschlagsentscheidung (gerichtet an die Antragstellerin und die präsumtive Zuschlagsempfängerin) bekannt.

Begründend führte der Auftraggeber im Schreiben an die Antragstellerin zur Ausscheidensentscheidung aus, dass das

von der Antragstellerin nach Aufforderung vom 18.10.2007 nachgereichte Prüfzertifikat eine Summe der Salzbestandteile von mehr als 100% ausweise. Gemäß Pkt. 2.2 des Teils C der Ausschreibungsunterlage seien Angebote, die insgesamt mehr als 100% Inhaltsstoffe aufwiesen, jedoch nicht zugelassen. Das Prüfzertifikat bestätige nicht die Qualität des angebotenen Salzes, da es eine andere Salzzusammensetzung aufweise, als im Angebot angegeben und das Zertifikat weiche, zumal der Sulfatgehalt nicht (siehe Beantwortung der Bieteranfrage vom 3.10.2007 und 5.10.2007) in mg/kg ausgewiesen werde, überdies von den Vorgaben der Ausschreibungsunterlage ab.

Mit Schriftsatz vom 8.11.2007 stellte A***, vertreten durch X*** (Antragstellerin) die im Spruch wiedergegebenen Begehren, sowie Anträge auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung und Akteneinsicht. Dem gleichzeitig gestellten Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde mit Bescheid des Bundesvergabebeamten vom 15.11.2007, ZI N/0110-BVA/02/2007-EV11, teilweise stattgegeben.

Begründend führte die Antragstellerin in diesem sowie weiteren ergänzenden Schriftsätzen vom 27.11.2007 und 12.12.2007 im Wesentlichen aus, dass der vom Auftraggeber behauptete Ausscheidungsgrund nicht vorliege. Das Angebot der Antragstellerin stehe nicht im Widerspruch zu den Ausschreibungsunterlagen. Weder habe das beigebrachte Prüfzertifikat Salzbestandteile von mehr als 100%, noch habe das Angebot mehr als 100% Inhaltsstoffe ausgewiesen. Der Auftraggeber vermische zwei völlig unterschiedliche Aspekte. Das Angebot sei vom Zertifikat zu unterscheiden. Das vorgelegte S***-Zertifikat differenziere im Hinblick auf die Resultate der Probe nach verschiedenen Maßeinheiten, nämlich (i) "% bez. Trockensubstanz" und (ii) "%". Das von der Antragstellerin angebotene Salz enthalte Anteile von Na-Cl (99,8%), von Sulfaten (0,1%) und von in Wasser unlöslichen Stoffen (0,04%), jeweils bez. Trockensubstanz. Der Anteil von 0,23% Feuchtigkeit beziehe sich nicht auf die Trockensubstanz und sei daher bei der Berechnung der Zusammensetzung des Salzes irrelevant bzw. zu vernachlässigen. Aus dem Prüfzertifikat gehe daher eindeutig hervor, dass sich der Anteil von NaCl, SO_4 und wasserunlöslichen Stoffen ausschließlich auf die Trockensubstanz (Maßeinheit "% bez. Trockensubstanz") beziehe. Dass der Auftraggeber Resultate unterschiedlicher Maßeinheiten zusammenzähle, sei nicht nachvollziehbar.

Auch habe die Antragstellerin - in den gemäß Teil D, Seite 1 der Ausschreibungsunterlage auszufüllenden Feldern - kein Salz mit Inhaltsstoffen von über 100% angeboten. Nach den Angaben in der Ausschreibungsunterlage, Teil D, Seite 1, betrage die Summe auftauwirksamer Substanzen (NaCl, Ca-Mg-K-Chlorid) 99,5% und die Summe der nicht auftauwirksamen Substanzen (Verunreinigungen, Wassergehalt, etc.) 0,5%.

Sollte dennoch die angebotene Salzzusammensetzung für den Auftraggeber unklar gewesen sein, hätte dieser nach ständiger Rechtsprechung des EuGH der Antragstellerin jedenfalls die Möglichkeit einzuräumen, die vermeintliche Unklarheit verbindlich und schriftlich aufzuklären. Eine solche schriftliche Aufklärung habe der Auftraggeber nicht verlangt.

Das übermittelte Prüfzertifikat weise weiters keine andere Zusammensetzung des Salzes auf, als im Angebot angegeben. Da die Ausschreibung Teil C, Pkt. 2.2, ausdrücklich vorsehe, dass Abweichungen vom Prüfzertifikat vom Bieter nachvollziehbar zu erläutern seien, sodass eine Beurteilung der Abweichung im Rahmen der Angebotsprüfung ohne eine weitere technische Prüfung möglich sei, seien abweichende Angaben in den Ausschreibungsunterlagen explizit als zulässig anerkannt und führten Abweichungen nicht automatisch zum Ausscheiden des Angebotes. Der Auftraggeber habe vielmehr im Hinblick auf zulässige Abweichungen im Rahmen der Angebotsprüfung die Antragstellerin gemäß § 126 Abs. 1 BVergG verbindlich zur schriftlichen Aufklärung aufzufordern. Die Angaben der Antragstellerin im Prüfzertifikat wichen auch nicht von den Vorgaben der Ausschreibungsunterlage ab. Aus der Fragebeantwortung des Auftraggebers vom 3.10.2007 ergebe sich (vgl. Terminus "wenn"), dass es dem Bieter freistehe, die Maßeinheit des Sulfatgehalts zu wählen. Wählte er die Einheit "mg/kg", hätte er diese auf zumindest zwei Kommastellen gerundet, anzuführen. Entscheide ein Bieter sich jedoch, den Sulfatgehalt etwa in Prozenten der Gesamtzusammensetzung des Salzes anzugeben, dann gebe es hierzu keinerlei Regelungen. Sollte dennoch die Angabe des Sulfatgehalts ausschließlich in mg/kg gefordert sein, wäre das Angebot der Antragstellerin nicht auszuschneiden. Bei der Angabe der Sulfate in Prozent statt in mg/kg, trete keine Änderung des tatsächlichen Produktwerts ein, denn dieser Wert sei jederzeit auf eine andere Maßeinheit umrechenbar ($0,1\%$ entsprächen exakt $1.000 \text{ mg/kg} = 1.000 \text{ ppm}$). Das übermittelte Prüfzertifikat weise weiters keine andere Zusammensetzung des Salzes auf, als im Angebot angegeben. Da die Ausschreibung Teil C, Pkt. 2.2, ausdrücklich vorsehe, dass Abweichungen vom Prüfzertifikat vom Bieter nachvollziehbar zu erläutern seien, sodass eine Beurteilung der Abweichung im Rahmen der Angebotsprüfung ohne eine weitere technische Prüfung möglich sei, seien abweichende Angaben in den

Ausschreibungsunterlagen explizit als zulässig anerkannt und führten Abweichungen nicht automatisch zum Ausscheiden des Angebotes. Der Auftraggeber habe vielmehr im Hinblick auf zulässige Abweichungen im Rahmen der Angebotsprüfung die Antragstellerin gemäß Paragraph 126, Absatz eins, BVergG verbindlich zur schriftlichen Aufklärung aufzufordern. Die Angaben der Antragstellerin im Prüfsertifikat wichen auch nicht von den Vorgaben der Ausschreibungsunterlage ab. Aus der Fragebeantwortung des Auftraggebers vom 3.10.2007 ergebe sich vergliche Terminus "wenn"), dass es dem Bieter freistehe, die Maßeinheit des Sulfatgehalts zu wählen. Wählte er die Einheit "mg/kg", hätte er diese auf zumindest zwei Kommastellen gerundet, anzuführen. Entscheide ein Bieter sich jedoch, den Sulfatgehalt etwa in Prozenten der Gesamtzusammensetzung des Salzes anzugeben, dann gebe es hierzu keinerlei Regelungen. Sollte dennoch die Angabe des Sulfatgehalts ausschließlich in mg/kg gefordert sein, wäre das Angebot der Antragstellerin nicht auszuschneiden. Bei der Angabe der Sulfate in Prozent statt in mg/kg, trete keine Änderung des tatsächlichen Produktwerts ein, denn dieser Wert sei jederzeit auf eine andere Maßeinheit umrechenbar ($0,1\%$ entsprechen exakt $1.000 \text{ mg/kg} = 1.000 \text{ ppm}$).

Selbst wenn dieser Rechenvorgang für den Auftraggeber nicht klar sein sollte, bestehe für ihn gemäß § 122 BVergG die Pflicht, einen sachverständigen Berater heranzuziehen. Es sei somit von einem behebbaren Mangel auszugehen. Selbst wenn dieser Rechenvorgang für den Auftraggeber nicht klar sein sollte, bestehe für ihn gemäß Paragraph 122, BVergG die Pflicht, einen sachverständigen Berater heranzuziehen. Es sei somit von einem behebbaren Mangel auszugehen.

Wie durch einen bloßen mathematischen Vorgang nachträglich auf die Qualität des angebotenen Salzes Einfluss genommen werden solle, sei nicht nachvollziehbar. Wesentlich sei, dass eine Umrechnung keine Manipulation zulasse. Eine bloße Umrechnung fix angegebener Werte eines verbindlich angebotenen Auftausalzes auf Basis fixer mathematisch/chemischer Gesetzmäßigkeiten ändere nichts am angebotenen Auftausalz. Die Zusammensetzung des Salzes in den ausgewiesenen Einheiten anzugeben, sei eine Usance in Italien. Würde man das von der Antragstellerin vorgelegte italienische Zertifikat als unzureichend oder fehlerhaft qualifizieren, stelle dies jedenfalls eine Diskriminierung von italienischen oder in Italien produzierenden Herstellern und Lieferanten dar und bedeute einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot.

Das vorgelegte S***-Prüfsertifikat weise, laut der eingeholten privatgutachterlichen Stellungnahme des Univ.-Doz. Dr. E*** vom 23.11.2007, bezogen auf den Gesamtgehalt, einen NaCl-Anteil von 99,57% aus, womit lediglich eine bessere Qualität (also ein höherer Anteil an auftauwirksamen Substanzen, als von der Antragstellerin im Formblatt Teil D angegeben) bestätigt werde. Diese hohe Qualität sei dem Auftraggeber vollinhaltlich bekannt, da der Auftraggeber dieses Salz in der Vergangenheit schon verwendet habe und er auch den Lieferanten der Antragstellerin, nämlich die kenne. Dass somit ein höherer Wert an auftauwirksamen Substanzen erreicht werde, sei für den Auftraggeber nicht schädlich, sondern zu seinem Vorteil. Es werde einem Bieter weder durch das BVergG noch in den konkreten Ausschreibungsunterlagen verboten, "sicherheitshalber" eine geringere Qualität zu garantieren, als laut Prüfungszertifikat tatsächlich erreichbar sei. Entscheidend sei, dass durch eine im EU-Raum akkreditierte Stelle bestätigt werde, dass ein Salz angeboten werde, das eine Summe an auftauwirksamen Substanzen von mindestens 99,5% erreiche. In diesem Sinne werde in Pkt. 7.1 der Ausschreibungsunterlagen, Teil D bestimmt, dass der Auftragnehmer die in der Ausschreibung festgelegten Qualitätsanforderungen mit seinem Angebot nicht unterschreiten dürfe. Eine Überschreitung sei jedoch selbstverständlicher Weise mit keinerlei Konsequenzen verbunden.

Die nachträgliche Vorlage des Prüfsertifikats durch die Antragstellerin stehe im Einklang mit den Festlegungen des Auftraggebers in der Ausschreibung. Aus diesen Festlegungen folge weiters, dass der Auftraggeber zur Nachforderung des Prüfsertifikats verpflichtet gewesen sei und dass die Antragstellerin dieses Prüfsertifikat innerhalb der vom Auftraggeber gesetzten Frist habe nachreichen dürfen. Bei der Nichtvorlage eines Nachweises betreffend die Eignung handle es sich nach ständiger Rechtsprechung um einen behebbaren Mangel. Die Nachreichung des Prüfsertifikates führe zu keiner Wettbewerbsverbesserung für die Antragstellerin. Eine Mängelbehebung, die nicht zu einer Veränderung der Wettbewerbsstellung führe, liege im Allgemeinen dann vor, wenn die Änderungen keinen Einfluss auf den Preis oder die Wertigkeit der angebotenen Leistung bzw. auf die zur Leistungserbringung aufzuwendenden Kosten hätten. Das nachgereichte Prüfsertifikat habe unzweifelhaft weder Einfluss auf den Preis noch auf die zur Leistungserbringung aufzuwendenden Kosten. Auch eine Änderung der Wertung der angebotenen Leistung scheide aus, da es - entsprechend den Ausschreibungsbestimmungen - Zweck des Prüfsertifikates sei, die technische Leistungsfähigkeit des Bieters nachzuweisen. Eine Änderung des angebotenen Salzes sei durch ein bloßes Zertifikat

nicht möglich; das Zertifikat enthalte keine durch den Bieter veränderbaren Bestandteile. Da dieses Zertifikat von einer dritten Seite beigelegt wurde, sei der Antragstellerin zur Angebotserrichtung nicht mehr Zeit als anderen Bietern zur Verfügung gestanden.

Zur Bestbieterermittlung führte die Antragstellerin insbesondere aus, dass dem Auftraggeber ein Fehler in der Berechnungsformel unterlaufen sei. Bei der Berechnungsformel der Qualitätspunkte werde Zähler und Nenner vertauscht. Aus der Ausschreibungsunterlage gehe unmissverständlich hervor, dass die Ermittlung des Zuschlagsempfängers auf Grundlage des Bestbieterprinzips erfolge. Aber selbst wenn man diese falsche Berechnungsformel im gegenständlichen Fall anwende, sei eine objektiv nachvollziehbare Bestbieterermittlung möglich, denn das Vertauschen von Zähler und Nenner sei nämlich im konkreten Fall unerheblich. Aufgrund der bewertungsrelevanten Angaben sowohl der Antragstellerin als auch der mitbeteiligten Partei, seien Nenner und Zähler ident und beide Bieter erhielten 6 Qualitätspunkte. Eine eindeutig, im Nachhinein objektiv nachvollziehbare, plausible Bestbieterermittlung sei anhand der konkret aufgestellten Kriterien unter Zugrundelegung der allgemeinen Grundsätze des Vergabeverfahrens möglich.

Zum Beweis, welches Salz sie bei der gegenständlichen Auftragsvergabe angeboten habe, legte die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 27.11.2007 eine an die gerichtete Kopie einer Verfügbarkeitsanfrage vom 4.7.2007 vor, worin sie um Bekanntgabe der Verfügbarkeit des Produktes "Siedesalz hyperrein" in einer Gesamtmenge von 40.000 t für den Zeitraum von Oktober 2007 bis Juli 2008 ersuchte. Weiters wurde eine an die Antragstellerin selbst gerichtete Kopie eines Antwortschreibens der vom 1.10.2007 vorgelegt, worin die die Produktverfügbarkeit von 40.000 t hyperreinem Siedesalz für die Periode Oktober 2007 - Juli 2008 bestätigte.

Das Angebot der Antragstellerin sei somit zu Unrecht ausgeschieden worden. Es sei für die Zuschlagsentscheidung grundsätzlich in Betracht zu ziehen, nach den Zuschlagskriterien als wirtschaftlich und technisch günstigstes Angebot zu ermitteln und für den Zuschlag in Aussicht zu nehmen. Die Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers vom 25.10.2007 sei unrichtig und für nichtig zu erklären.

Die Antragstellerin habe sich am gegenständlichen Vergabeverfahren mit einem Angebot beteiligt. Daraus ergebe sich unzweifelhaft das Interesse am Vertragsabschluss. Sie sei ein österreichisches Unternehmen, welches auf den Handel mit Auftausalzen sowie petrochemischen Produkten spezialisiert sei. Der gegenständliche Auftrag stelle für die Antragstellerin in Anbetracht der Marktstruktur und ihrer Nischenposition sowie der mit einer Auftragserteilung verbundenen Publizitätswirkung ein wesentliches Referenzprojekt dar. Würde den Anträgen der Antragstellerin auf Nichtigerklärung der Ausscheidens- sowie der Zuschlagsentscheidung nicht stattgegeben, wäre es ihr nicht möglich, sich am weiteren Vergabeverfahren zu beteiligen und es wäre mit einer Zuschlagserteilung an die Mitbieterin zu rechnen. Die Antragstellerin hätte keine Chance mehr, den ausschreibungsgegenständlichen Auftrag zu erhalten. Es entginge ihr ein wesentliches Referenzprojekt und es drohe ihr ein Schaden von zumindest gesamt Euro 67.900 an entgangenem Gewinn, frustrierten Kosten für die Angebotserstellung sowie an Beratungs- und Vertretungskosten.

Die Antragstellerin erachte sich durch die Ausscheidensentscheidung und die Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin generell in ihrem Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens sowie insbesondere in ihren Rechten auf Durchführung eines transparenten und dem freien und lauten Wettbewerb entsprechenden Vergabeverfahrens, auf vergaberechts- und ausschreibungskonforme Angebotsprüfung und Bestbieterermittlung, auf Nichtabweichen von den Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen, auf Gleichbehandlung aller Bieter, auf Nicht-Ausscheiden des den Ausschreibungsbedingungen entsprechenden Angebotes der Antragstellerin, auf Teilnahme am weiteren Vergabeverfahren, darauf, für den Zuschlag in Aussicht genommen zu werden, auf detaillierte verbale Begründung der Bestbieterermittlung und Zuschlagsentscheidung, auf gesetzeskonforme Zuschlagsentscheidung, auf Zuschlagserteilung als Bestbieterin, auf Nichtberücksichtigung des in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängers und im Recht auf Teilnahme an einem neuerlichen Vergabeverfahren in Folge eines allenfalls gebotenen Widerrufs, verletzt.

Mit Schriftsatz vom 12.11.2007 legte der Auftraggeber fristgerecht die Vergabeakten - soweit sie nicht zu BVA GZ N/0093-BVA/02/2007 bereits dem erkennenden Senat vorlagen - vor.

In seinen Stellungnahmen vom 15.11.2007 und 5.12.2007 brachte der Auftraggeber im Wesentlichen vor, dass das Angebot der Antragstellerin nicht die Anforderungen der Ausschreibungsunterlage erfülle, weshalb es nach eingehender Prüfung auszuschneiden gewesen sei. Die Ausscheidensentscheidung vom 25.10.2007 stütze sich auf das

nachträglich vorgelegte bzw. erstellte Prüfzertifikat über die angebotene Zusammensetzung des Salzes.

Aus den unangefochten gebliebenen Ausschreibungsunterlagen ergebe sich, dass die Antragstellerin bereits mit dem Angebot die angebotene Zusammensetzung des Salzes zum Nachweis ausreichender technischer Leistungsfähigkeit hätte vorlegen müssen. Da die Antragstellerin dieser Vorgabe der Ausschreibungsunterlage nicht nachgekommen sei, sei sie vom Auftraggeber zu einer entsprechenden Mängelbehebung durch Nachreichung eines Zertifikats über die angebotene Zusammensetzung mit Schreiben vom 16.10.2007 aufgefordert worden. Zu einer weiteren Aufklärung von Unklarheiten im Bezug auf ihr nachträglich vorgelegtes Prüfzertifikat sei die Antragstellerin nicht aufzufordern gewesen.

Bei richtiger Sichtweise hätte der Auftraggeber nicht zur Nachreichung des Zertifikats auffordern dürfen, denn bereits die Nichtvorlage des Zertifikats mit dem Angebot, stelle einen unbehebbarer Mangel dar. Eine, wie von der Antragstellerin im Begleitschreiben zum Angebot erwähnte Nachreichung des Zertifikates laut telefonischer Rückfrage beim Auftraggeber, sei laut Ausschreibung unzulässig und habe eine solche Aussage seitens des Mitarbeiters des Auftraggebers auch nicht stattgefunden. Würde der Auftraggeber eine Mängelbehebung durch nachträgliche Vorlage eines mit 19.10.2007 datierten Prüfzertifikates nach Ablauf der Angebotsfrist (10.10.2007) zulassen, stünde der Antragstellerin für die Ausarbeitung ihres Angebotes ein größerer Zeitraum als allen anderen Mitbewerbern zur Verfügung. Selbst wenn man diesen Widerspruch zu den Ausschreibungsbedingungen einer nachträglichen Mängelbehebung zugänglich erachten wolle, habe die Antragstellerin diesen Mangel durch Vorlage des Prüfzertifikats ohne nachvollziehbare Erläuterungen zu den Abweichungen von der angebotenen Zusammensetzung des Salzes nicht ausschreibungskonform behoben.

Aus der Entscheidung des VwGH ZI.2003/04/0186 ergebe sich, dass ein Wettbewerbsvorsprung eines Bieters auch in zeitlicher Hinsicht dadurch gegeben sein könne, als einem Bieter mehr Zeit für die Ausarbeitung seines Angebotes zur Verfügung stehe. Wenn nun in den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich die Beibringung eines Prüfzertifikats mit Angebotslegung gefordert sei und sich die Antragstellerin im Begleitschreiben ausdrücklich die nachträgliche Beibringung vorbehalte, ergebe sich daraus, dass sich dieser Bieter gegenüber seinen Mitbewerbern, die sich an die Ausschreibungsbedingungen gehalten hätten, einen Wettbewerbsvorteil einräumen wolle. Die Antragstellerin verschaffe sich dadurch nicht nur einen Vorsprung in zeitlicher Hinsicht, sondern auch in preislicher Hinsicht, da sie sich nicht wie ihre Mitbewerber innerhalb der Angebotsfrist und daher unter relativem Zeitdruck Prüfzertifikate über das angebotene Salz besorgen habe müssen. Eine dringliche Beibringung von Prüfzertifikaten bringe höhere Kosten als eine gelegentliche Prüfung des Salzes mit sich, die sich wiederum auf den angebotenen Preis auswirken könne. In einem solchen Fall liege somit ein unbehebbarer Mangel vor. Von der Antragstellerin wäre dem Mängelbehebungsauftrag des Auftraggebers nur dann entsprochen worden, wenn sie binnen sieben Tagen ein vor dem Zeitpunkt der Angebotsöffnung erstelltes und die Zusammensetzung des angebotenen Salzes bestätigendes Prüfzertifikat vorgelegt hätte. Lediglich unter diesen beiden Voraussetzungen könnte von der nachträglichen Beibringung eines Nachweises über eine im maßgeblichen Zeitpunkt bereits vorhandene Eignung im Sinne der ständigen VwGH-Judikatur ausgegangen werden. Im Fall einer unzureichenden Mängelbehebung sehe § 129 Abs 1 Z 7 BVergG vor, das Angebot auszuschneiden. Aus der Entscheidung des VwGH ZI.2003/04/0186 ergebe sich, dass ein Wettbewerbsvorsprung eines Bieters auch in zeitlicher Hinsicht dadurch gegeben sein könne, als einem Bieter mehr Zeit für die Ausarbeitung seines Angebotes zur Verfügung stehe. Wenn nun in den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich die Beibringung eines Prüfzertifikats mit Angebotslegung gefordert sei und sich die Antragstellerin im Begleitschreiben ausdrücklich die nachträgliche Beibringung vorbehalte, ergebe sich daraus, dass sich dieser Bieter gegenüber seinen Mitbewerbern, die sich an die Ausschreibungsbedingungen gehalten hätten, einen Wettbewerbsvorteil einräumen wolle. Die Antragstellerin verschaffe sich dadurch nicht nur einen Vorsprung in zeitlicher Hinsicht, sondern auch in preislicher Hinsicht, da sie sich nicht wie ihre Mitbewerber innerhalb der Angebotsfrist und daher unter relativem Zeitdruck Prüfzertifikate über das angebotene Salz besorgen habe müssen. Eine dringliche Beibringung von Prüfzertifikaten bringe höhere Kosten als eine gelegentliche Prüfung des Salzes mit sich, die sich wiederum auf den angebotenen Preis auswirken könne. In einem solchen Fall liege somit ein unbehebbarer Mangel vor. Von der Antragstellerin wäre dem Mängelbehebungsauftrag des Auftraggebers nur dann entsprochen worden, wenn sie binnen sieben Tagen ein vor dem Zeitpunkt der Angebotsöffnung erstelltes und die Zusammensetzung des angebotenen Salzes bestätigendes Prüfzertifikat vorgelegt hätte. Lediglich unter diesen beiden

Voraussetzungen könnte von der nachträglichen Beibringung eines Nachweises über eine im maßgeblichen Zeitpunkt bereits vorhandene Eignung im Sinne der ständigen VwGH-Judikatur ausgegangen werden. Im Fall einer unzureichenden Mängelbehebung sehe Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG vor, das Angebot auszuschneiden.

Aus dem Prüfzertifikat müsse ein fachkundiger Leser nicht nur entnehmen, dass die angebotene Zusammensetzung des Salzes mehr als 100% Inhaltsstoffe aufweise, sondern, dass die Aufschlüsselung der Salzzusammensetzung und die Angabe des Sulfatgehaltes im S***- Prüfzertifikat, unter Berücksichtigung der Beantwortung von Bieteranfragen vom 3.10.2007, nicht den Vorgaben in Teil C der Ausschreibungsunterlage, entsprächen. Selbst wenn eine Unterscheidung nach Maßeinheiten vorgenommen werde, weise das Zertifikat nicht nach, dass die Antragstellerin die in der Ausschreibungsunterlage verlangten Mindestanforderungen an auftauwirksamen Substanzen erfülle, da sich der angegebene Wert von 99,8% lediglich auf die Maßeinheit Trockensubstanz beziehe. Das Zertifikat bestätige auch nicht die angebotene Qualität des Salzes, weil es eine andere Zusammensetzung bestätige, als im Angebot angegeben. Da der Sulfatgehalt nicht in mg/kg ausgewiesen werde, weiche die Darstellung von den Vorgaben der Ausschreibungsunterlage ab. Aus der Angabe "Sulfate 0,10% bez. Trockensubstanz" könne nicht überprüft werden, ob der in Pkt. 2.3.1 des Teils C der Ausschreibungsunterlage festgelegte Grenzwert von > 10.000 mg/kg erfüllt sei. Selbst wenn die Antragstellerin die angebotene Summe auftauwirksamer Substanzen mit 99,5% laut Teil D des Angebotes mit den im vorgelegten Prüfbericht ausgewiesenen Werten von einem reinen NaCl- Anteil von bereits 99,57% als grundsätzlich übereinstimmende Angabe beurteilen wolle, sei selbst nach der Umrechnung offenkundig, dass das von der Antragstellerin nachträglich vorgelegte Prüfzertifikat erhebliche Abweichungen von der angebotenen Zusammensetzung des Salzes aufweise.

Die Antragstellerin habe zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung nicht, wie in der Ausschreibung gefordert, die vom Angebot abweichenden Angaben im Prüfzertifikat so nachvollziehbar erläutert, dass eine entsprechende Beurteilung der Abweichung im Rahmen der Angebotsprüfung ohne eine weitere technische Prüfung für die vergebende Stelle möglich gewesen wäre. Allfällige nachvollziehbare Erläuterungen zu den Angaben in dem Prüfzertifikat bzw. im Angebot hätten aufgrund deren Bewertungsrelevanz bereits spätestens mit Angebotslegung vorgelegt werden müssen. Da die Antragstellerin durch eine nachträgliche Erläuterung auf die im Rahmen der Zuschlagskriterien bewertete Zusammensetzung des Salzes Einfluss nehmen könne, handle es sich um einen unbehebbarer Mangel.

Die Antragstellerin habe somit die von ihr angebotene Zusammensetzung des Salzes trotz Aufforderung zur nachträglichen Mängelbehebung nicht durch eine im EU-Raum akkreditierte Prüfstelle bestätigt, sondern nachträglich ein Prüfzertifikat vorgelegt, welches eine völlig andere Salzzusammensetzung aufweise. Dieses Zertifikat könne daher nicht als ein die angebotene Zusammensetzung bestätigendes Zertifikat beurteilt werden. Entgegen der Ansicht der Antragstellerin seien Abweichungen zwischen Prüfzertifikat und angebotenen Salz in den Ausschreibungsunterlagen lediglich dann zuzulassen, wenn diese bereits bei Angebotslegung so nachvollziehbar erläutert würden, dass für die vergebende Stelle eine entsprechende Beurteilung der Abweichung im Rahmen der Angebotsprüfung ohne weitere technische Prüfung möglich sei.

Ziel der Vorgangsweise des Auftraggebers, die angebotene Zusammensetzung des Salzes nicht nur als Eignungskriterium, sondern insbesondere auch als Zuschlagskriterium in der Bestbieterermittlung zu berücksichtigen, sei es, einen qualitativen Wettbewerb hinsichtlich der angebotenen Salzzusammensetzungen zu gewährleisten, da auf diese Weise objektiv und nachvollziehbar durch eine unabhängige Stelle belegt werde, dass die angebotene Qualität auch wirklich den verfügbaren und lieferbaren Salzen entspreche. Da die Antragstellerin kein Prüfzertifikat für das von ihr angebotene Salz vorgelegt habe bzw. nachvollziehbare Erläuterungen zu den Abweichungen des angebotenen Salzes von den Angaben im Prüfzertifikat weder mit dem Angebot noch nachträglich erstattet habe, sei das Angebot mit einem Mangel behaftet. Da eine nachträgliche Mängelbehebung nicht nur in zeitlicher und preislicher Hinsicht einen Wettbewerbsvorteil einräumen würde, sondern durch eine nachträgliche Erläuterung zur Qualität des von der Antragstellerin angebotenen Salzes bzw. des von ihr vorgelegten Zertifikates sie nachträglich auf die Bewertung ihres Angebotes Einfluss nehmen könne, müssten ein Prüfzertifikat über eine nicht angebotene Salzqualität bzw. fehlende Erläuterungen zur Abweichung von Angaben im Prüfzertifikat zum angebotenen Salz als unbehebbarer Mangel beurteilt werden.

Die Antragstellerin habe aus diesem Grund ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot gelegt, welches in Folge der "Umreihung" in § 129 Abs 1 Z 7 BVergG 2006 (der letzte Halbsatz beziehe sich seit dem BVergG 2006 nur auf fehlerhafte und unvollständige Angebote) zwingend auszuschneiden sei. Die Antragstellerin habe aus

diesem Grund ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot gelegt, welches in Folge der "Umreihung" in Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 (der letzte Halbsatz beziehe sich seit dem BVergG 2006 nur auf fehlerhafte und unvollständige Angebote) zwingend auszuschneiden sei.

Aus den genannten Gründen beantragte der Auftraggeber den Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung zurückzuweisen bzw. sämtliche andere mit verfahrenseinleitendem Schriftsatz vom 8.11.2007 gestellten Anträge abzuweisen.

Mit Schriftsatz vom 12.11.2007 brachte die präsumtive Zuschlagsempfängerin begründete Einwendungen zu den gegenständlichen Nachprüfungsanträgen ein. In diesem und einem weiteren Schriftsatz vom 12.12.2007 wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass die Antragstellerin ein ausschreibungswidriges Produkt angeboten habe. In der Leistungsbeschreibung Teil C, Pkt. 2.3 seien die Qualitätsmerkmale durch technisch und chemisch völlig eindeutige Spezifikation klargestellt. Die Antragstellerin selbst gebe in ihrer Äußerung vom 27.11.2007 an, sie habe Siedesalz höchster Qualität angeboten. Dies werde mit der von der Antragstellerin im Angebot angegebenen Referenz des Amtes der Kärntner Landesregierung bestätigt. Aus dem von der Antragstellerin vorgelegten Prüfzeugnis der S*** vom 19.10.2007 sei jedoch ersichtlich, dass es sich nicht um das ursprünglich von der Antragstellerin angebotene Salz handle. Dies ließe sich insbesondere aus der Körnung mit einem Anteil von 0,16 mm bis 3,15mm von 94,1% und > 3,15mm von 2,1% ablesen. Das S***- Zertifikat könne nur Stein- oder Meersalz als Untersuchungsgrundlage gehabt haben. Die Antragstellerin habe versucht, ihre Wettbewerbsstellung dadurch zu verbessern, dass sie ein anderes Salz bzw. eine andere Salzart ihrem ursprünglich auf Siedesalz ausgerichteten Angebot unterschoben habe. Hierin liege eine nachträgliche unzulässige Angebotsänderung, sodass das Angebot der Antragstellerin jedenfalls auszuschneiden sei. Bei der technischen Leistungsfähigkeit komme es auf die gelieferte Salzart an, die mit der angebotenen Salzart übereinstimmen müsse. Die Referenz des Landes Kärnten sei nicht verwertbar, weil offenbar werde, dass es sich dort um Siedesalz, nunmehr aber bei der angebotenen Salzart um Stein- oder Meersalz handle. Aufgrund der bestandsfest gewordenen Ausschreibungsbedingungen, die eine Vorlage des Prüfzertifikates schon mit dem Angebot vorsähen, ergebe sich aus dem vorgelegten S***-Prüfzertifikat ein unbehebbarer Angebotsmangel. Auch weitere unbehebbarer Angebotsmängel lägen vor, denn das Zertifikat weise mehr als 100% Salzbestandteile aus, führe jedoch nicht, wie ausschreibungsgemäß vorgegeben, Kalium-Chlorid an. Der Prüfbericht stelle sich selbst in Frage und sei unvollständig, wenn die Feuchtigkeit als wesentlicher Bestandteil des Salzes abgezogen werde, zumal die Ausschreibung in Teil C, Pkt. 2.2.3 ausdrücklich vorsehe, dass "Angebote, die insgesamt mehr als 100% Inhaltsstoffe aufweisen, nicht zugelassen werden" und Wasser zweifellos ein Inhaltsstoff der angebotenen Salzlieferung sei. Es gehe nicht um die Qualität des angebotenen Salzes, sondern um die Ausschreibungswidrigkeit des Angebotes der Antragstellerin. Es liege keine Diskriminierung vor, dieselben Regeln seien für alle Ausschreibungsteilnehmer maßgeblich und es sei objektiv möglich, die Angaben in den geforderten Einheiten zu machen. Die Bietergleichbehandlung fordere, dass alle Bieter ihre Angaben in denselben technischen Maßeinheiten vornähmen, um die Vergleichbarkeit herzustellen. Damit sei der Auftraggeber nicht gezwungen, Umrechnungsvorgänge, die fehlerhaft und mehrdeutig sein und zu Missverständnissen und Irrtümern führen können, vornehmen zu müssen.

Auch sei die von der Antragstellerin vorgelegte Verfügbarkeitsanfrage, die sich auf den Zeitpunkt der Anfrage vom 4.7.2007 bezogen habe, nicht mehr gültig.

Ebenso habe der Auftraggeber in der Ausschreibung Teil A, Pkt. 25.2.2 bei der Formel zur Berechnung der Punkte des Zuschlagskriteriums "Qualität" Zähler und Nenner vertauscht. Dies führe dazu, dass beim Qualitätskriterium betreffend die zu bewertende Summe an auftauwirksamen Substanzen, das Ergebnis in das Gegenteil verkehrt werde, und jener Bieter die höchste Punktezahl erreiche, der die schlechteste Qualität mit den wenigsten auftauwirksamen Substanzen liefere. Ein derartiges Zuschlagskriterium sei denkmöglich und niemals dazu geeignet, einen Bestbieter zu ermitteln, es negiere alle vergaberechtlichen Grundsätze. Diese Rechtswidrigkeit habe nur im Falle der Zuschlagserteilung an die präsumtive Zuschlagsempfängerin keinerlei Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens. Dabei käme es zu keiner Beeinträchtigung der Rechtsposition der Antragstellerin, da es ihr frei gestanden sei, die Zuschlagskriterien rechtzeitig zu bekämpfen. Der Antragstellerin stehe es insbesondere nicht zu, ihren Antrag mit der Begründung aufrecht zu erhalten, dass sie bei Widerruf und Neuausschreibung mit neuen, besseren Zuschlagskriterien bessere Chancen hätte. Bei einem Widerruf der gegenständlichen Ausschreibung werde in den Wettbewerb eingegriffen und es werde Bietern eine neue Chance zum Bieten geboten, die bereits in einem Wettbewerb verloren hätten. Ein Widerruf wegen Notlage komme nicht in Betracht und sei dieser auch unzulässig, weil

diese Notlage vom Auftraggeber grob fahrlässig herbeigeführt worden sei. Für den Fall eines Widerrufs sei auch ausschließlich ein offenes Verfahren zulässig. Es gebe keinerlei Rechtsgrund für die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens.

In der mündlichen Verhandlung am 13.12.2007 legte die Antragstellerin ein Schreiben der vom 12.12.2007 vor, worin bezüglich des von der Antragstellerin bei der gegenständlichen

Ausschreibung angebotenen Produktes ausgeführt wird, wie folgt:

"Faenza, 12. Dezember 2007-12-17

Betreff: Zertifikate.

Bezugnehmend auf Ihre geschätzte Anfrage übermitteln wir Ihnen in der Anlage die aktuelle technische Spezifikation des Produktes

Standard Siedesalz 0/1 für Silos (getrocknetes hyperreines Natriumchlorid) sowie die Zertifikate der S***-Analysen, die sich auf ein repräsentatives Muster der 25.000 Tonnen des getrockneten hyperreinen Salzes beziehen, die in unserem Werk in Ravenna auf Lager sind und aus dem Werk der Firma mittels selbstentladener Schiffe 8/10.000 to stammen.

Wir möchten Sie darauf aufmerksam machen, dass wir Ihnen für dieses Produkt dieselbe Verfügbarkeit gewähren wie für jenes, das wir zur Zeit an Ihre Kunden in ganz Österreich liefern.

Mit freundlichen Grüßen

Der Vertriebsleiter

Die diesem Schreiben in beglaubigter deutscher Übersetzung aus der

italienischen Sprache beiliegende "Technische Spezifikation" mit

dem Ausstellungsdatum 2.9.2007 beschreibt das von der der

Antragstellerin angebotene Produkt, soweit im gegenständliche Nachprüfungsverfahren von Relevanz, wie folgt:

"Technische Spezifikation

Name des Produktes

Standard Siedesalz 0/1

Getrocknetes hyperreines Natriumchlorid

Chemische Eigenschaften:

...

- NaCl bezogen auf Trockensubstanzen 99,80% min.

...

- Feuchtigkeit (110°C) 0,05 (am Ursprung)

...

- Calcium (Ca) < 5 ppm

- Magnesium (Mg) < 0,3 ppm

- Kalium (K) < 50 ppm

- Sulfat (SO4) 300 ppm

...

Körnung:

> 30 MESH (0.6 mm) % 0,1 ÷ 1

> 40 MESH (0.425 mm) % 10 ÷ 33

> 50 MESH (0.3 mm) % 35 ÷ 45

> 70 MESH (0.212 mm) % 18 ÷ 30

> 100 MESH (0.15 mm) % 5 ÷ 10

> 325 MESH (0.425 mm) % 1 ÷ 3

> 325 MESH % 0,1 ÷ 1

Das Ergebnis der obgenannten Werte basiert auf unseren Qualitätsprüfungen, was den Kunden von weiteren Überprüfungen nach Erhalt der Ware nicht entbindet. Es wird keine Garantie im Hinblick auf die Eignung für spezielle Anwendungen gegeben."

In einer ergänzend von der Antragstellerin vorgelegten privatgutachterlichen Stellungnahme vom 12.12.2007, worin ein Vergleich des von der Antragstellerin angebotenen Siedesalzes anhand der Inhaltsstoffe (Feuchtigkeit, NaCl und Sulfate) im ursprünglich vorgelegten S***-Zertifikat vom 19.10.2007 mit der nunmehr vorliegenden Technischen Spezifikation vom 2.9.2007 vorgenommen wird, zieht der Gutachter Univ.-Doz. Dr. E*** die Schlussfolgerung:

"Die Unterschiede zwischen den Angaben der -Spezifikation und

dem -Zertifikat sind minimal. Aus den Analyseergebnissen des

-Zertifikates und der -Spezifikation muss daher

geschlossen werden, dass es sich bei den Proben um das gleiche Siedesalz handelt.

Weiters legte die Antragstellerin einen aktuellen Lieferschein betreffend das im gegenständlichen Vergabeverfahren angegebene Referenzprojekt (Land Kärnten), datiert vom 23.10.2007, sowie die zugehörige Bestellung an die vom 23.10.2007 vor. In dieser wird das gelieferte Produkt bezeichnet mit "Siedesalz Standard, lose im Silo, 26.340 kg".

Hiezu führte der Auftraggebervertreter aus, dass das von der Antragstellerin angebotene Salz nach den Korngrößen laut der vorgelegten -Spezifikation nicht den Qualitätsanforderungen laut Ausschreibung entspreche. Aufgrund der Festlegungen in der Ausschreibung - in Teil C Pkt. 2.3.1 handle es sich um Absolutwerte bei der Kornverteilung und Korngröße - sei aus dieser technischen Spezifikation klar ersichtlich, dass die Korngrößen > 0,15mm insgesamt 68,1% garantierten. Daraus folge, dass ein dieser Spezifikation entsprechendes Salz Körner von unter 0,15mm in einem Ausmaß von bis zu 31,9% aufweisen könne. Aus den drei unteren Spalten ergebe sich eine weitere Einschränkung der Spezifikation dahingehend, dass Feinkornanteile von mindestens 6,1% bis maximal 14% möglich seien. Damit sei erwiesen, dass dieses Salz in jedem Fall den Ausschreibungsbedingungen (Teil C, Pkt. 2.3.1) widerspreche. Die Spezifizierung vom 2.9.2007 entspreche technisch nicht dem S***-Prüfbericht vom 19.10.2007. Die Antragstellerin entgegnete, dass diese Ableitung des Feinkornanteils für die Kornverteilung < als 0,16mm unrichtig sei und sich nicht aus dem Wert > als 0,15mm und > als 0,045mm ergebe. Aus dem ebenfalls vorliegenden Prüfbericht des Amtes der Kärntner Landesregierung vom 1.2.2007 sei erkennbar, dass der Feinkornanteil des zu liefernden Salzes den Ausschreibungsbedingungen entspreche. Aus Sicht der Antragstellerin sei ausschließlich das S***-Prüfzertifikat vom 19.10.2007 betreffend das in diesem Vergabeverfahren angebotene Salz in diesem Zusammenhang relevant. Weiters erklärte die Antragstellerin, dass ihr kein anderes Salz zur Verfügung stehe. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin führte aus, dass die Antragstellerin damit deutlich darstelle, dass sie beabsichtige, beim gegenständlichen Auftrag das Salz Type "Standard" des Lieferanten zu liefern. Die vorliegende Herstellerbestätigung sei somit von höchster Relevanz, zumal dadurch seitens der Antragstellerin nunmehr der Angebotsinhalt klargestellt werde.

Hierauf replizierte die Antragstellerin, dass die - Spezifizierung nicht derselben Probe entstamme, wie jene, die dem S***-Prüfzertifikat vom 19.10.2007 zu Grunde gelegen sei. Bei verschiedenen Proben seien unterschiedliche Bandbreiten von Korngrößen unumgänglich, ebenso sei eine gewisse Bandbreite der Feuchtigkeit normal. Beachtlich sei, dass die Feuchtigkeit die Korngröße beeinflusse. Im Ergebnis sei somit ausschließlich das ergänzend zum Angebot seitens der Antragstellerin vorgelegte S***- Zertifikat vom 19.10.2007 Ausschlag gebend und stimme auch mit den Qualitätsanforderungen laut Ausschreibung (Teil C, Pkt. 2.3.1) überein. In der Ausschreibung, Teil C, Pkt. 2.2 sei überdies bestimmt, dass die Qualitätsmerkmale des angebotenen Salzes mittels Prüfzertifikat einer im EU-Raum akkreditierten Prüfstelle nachzuweisen seien.

Der Auftraggebervertreter verwies darauf, dass sich aus dem Aussagen des "sachverständigen Zeugen" Dr. G*** im Nachprüfungsverfahren vor dem BVA, ZI N/0108-BVA/13/2007 ergebe, dass bei Siedesalz ein Größtkorn von maximal 1mm vorliegen könne. Aus dem von der Antragstellerin nachträglich vorgelegten S***- Prüfzertifikat ergebe sich

jedoch ein Größtkornanteil von 2,1%. Zur Datierung des S***-Prüfzertifikates mit 19.10.2007 führte die Antragstellerin aus, dass dieses von der Antragstellerin bereits vor Angebotsöffnung eingeholt worden sei. Somit habe sich die Antragstellerin bereits vor Angebotsöffnung an ihren Lieferanten gewandt, der seinerseits an die Prüfstelle S*** herangetreten sei. Ein derartiges Prüfzertifikat betreffend Siedesalz Typ " Standard" sei von der Antragstellerin bereits in früheren Vergabeverfahren vorgelegt worden. Der Produktname des angebotenen Salzes lasse sich jedoch nicht aus dem S***-Prüfzertifikat vom 19.10.2007 heraus lesen. " Siedesalz" sei der Produktname des Lieferanten und sei weder in der Ausschreibung noch im Prüfzertifikat laut Ausschreibungsbestimmungen anzugeben gewesen. Die Angabe als hochreines Natriumchlorid zeige, dass es sich um jenes Salz handle, über das die Antragstellerin ausschließlich verfüge.

Nach Abschluss der mündlichen Verhandlung nahmen sowohl der Auftraggeber und die präsuntive Zuschlagsempfängerin, als auch die Antragstellerin in Schriftsätzen vom 17.12.2007, nochmals, in Ergänzung zu den Vorbringen vom 13.12.2007, Stellung.

In seiner Replik führte der Auftraggeber insbesondere aus, dass

sich die vorgelegte -Spezifikation vom 2.9.2007 als in keiner

Weise geeignet erweise, die in Pkt. 2.3.1 des Teiles C der

Ausschreibungsunterlagen festgelegten Qualitätsanforderungen

sowohl für das angebotene Salz einerseits als auch für das im

Referenzprojekt gelieferte Salz andererseits nachzuweisen. Selbst

die Antragstellerin versuche durch ihr Vorbringen in der

mündlichen Verhandlung, dass nicht diese technische Spezifikation

der, sondern allein das nachträglich vorgelegte S***-

Zertifikat vom 19.10.2007 für die vergaberechtliche Beurteilung

von Relevanz sei, den Umstand zu entkräften, dass dieses

Prüfzertifikat einen zusätzlichen Ausscheidensgrund ergäbe. Mit

diesem Prüfzertifikat könne die Antragstellerin keinesfalls ihre

Eignung im relevanten Zeitpunkt nachweisen. Die Antragstellerin

habe damit nicht nur einen bereits mit Angebotsabgabe geforderten

Eignungsnachweis nachträglich vorgelegt, sondern mit diesem

Nachweis - trotz entsprechender Aufforderung zur Mängelbehebung -

nicht den Nachweis für die im relevanten Zeitpunkt der

Angebotsöffnung geforderte Eignung erbracht. Erst im Laufe der

mündlichen Verhandlung habe die Antragstellerin behauptet, dass

sie Salz der Gattung " Standard Siedesalz 0/1" angeboten habe

und ihr kein anderes Salz zur Verfügung stehe. In dem von der

Antragstellerin gleichzeitig vorgelegten Bestätigungsschreiben vom

12.12.2007, verweise jedoch der Lieferant ausdrücklich auf weitere

Auftauprodukte, wie zB " Extra30, B80". Die

nachträgliche Spezifikation des angebotenen Salzes durch die Antragstellerin sei lediglich ein Versuch, auf den Inhalt des gelegten Angebotes nachträglich Einfluss zu nehmen, um im Hinblick auf ein nicht den Ausschreibungsbedingungen entsprechendes Prüfzertifikat, nachträglich den Qualitätsanforderungen der

Ausschreibung entsprechen zu können. Diese Vorgangsweise stelle einen unzulässigen nachträglichen Eingriff in den Inhalt des bereits abgegebenen Angebotes dar. Die Antragstellerin könne so ihr Angebot in materieller Weise verbessern.

Die Antragstellerin trat den Ausführungen des Auftraggebers und der präsumtiven Zuschlagsempfängerin entgegen und brachte vor, dass eine unternehmensinterne Produktspezifikation, wie die der

, einer Zertifizierung einer im EU-Raum akkreditierten Prüfstelle nicht gleich komme. Es seien ausschließlich die Angaben im S***-Prüfzertifikat vom 19.10.2007 zum Nachweis der angebotenen Salzqualität heran zu ziehen.

Zu den Angaben der -Produktspezifikation führte Univ.-Doz. Dr. E*** in einer, dem Schriftsatz der Antragstellerin beiliegenden privatgutachterlichen Stellungnahme vom 14.12.2007 insbesondere aus, dass es sich bei dieser "Spezifikation" um eine "unglückliche Mischung" aus Spezifikationswerten und typischen Daten handle. Für die Kornverteilung seien Bereiche angeführt, innerhalb derer sich die am Sieb verbleibende Salzmenge bestimmter Korngrößen bewege. Die Bereichsangaben von für die Körnung seien sehr weit gewählt, wodurch das Produkt bei der Spezifikation für die Körnung immer in die angeführten Bereiche zu liegen komme. Die Obergrenzen seien sogar so übertrieben dargestellt, dass bei Summierung 100% überschritten oder bei Bildung der durchgegangenen Kornanteile Negativwerte erzielt würden. Dies zeige die Unsinnigkeit dieser Bereichsfestlegung, insbesondere der Obergrenzen. Bei Bildung der Mittelwerte sei eine brauchbare Siebkurve zu ermitteln. Daraus gehe auch hervor, dass der geforderte Wert für Korngrößen < 0,16mm unter 5% liege. Der Wert des S***-Zertifikates mit 3,8% bzw. der -Bereich für < 0,15mm Korngröße errechne sich aus $0,1+1=1,1$ als Untergrenze und $1+3=4$ als Obergrenze. Trotz der Mängel der technischen Spezifikation entspreche das angebotene Salz den Anforderungen sowohl hinsichtlich der Zusammensetzung als auch hinsichtlich der Korngrößengrenzwerte.

Weiters legte die Antragstellerin mit e-mail vom 17.12.2007 eine aus der italienischen Sprache beglaubigte deutsche Übersetzung eines Schreibens der an die S*** vom 2.10.2007 vor, worin um die Analyse der gelieferten Muster von " Standard 0/1 Siedesalz" ersucht wurde.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

I. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtesrömisches eins. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes

Die ASFINAG Autobahn Service GmbH Süd ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 (vgl. BVA 10.5.2006, N/0021-BVA/14/2006-13; 26.3.2007, N/0102-BVA/04/2006-83 u.a.). Der gegenständliche Auftrag ist als Lieferauftrag iSv § 5 BVergG 2006 zu qualifizieren. Der geschätzte Auftragswert von Euro 2.225.000,-Die ASFINAG Autobahn Service GmbH Süd ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 vergleiche BVA 10.5.2006, N/0021-BVA/14/2006-13; 26.3.2007, N/0102-BVA/04/2006-83 u.a.). Der gegenständliche Auftrag ist als Lieferauftrag iSv Paragraph 5, BVergG 2006 zu qualifizieren. Der geschätzte Auftragswert von Euro 2.225.000,-

exkl. USt bedingt die Überschreitung des Schwellenwertes. Das Verfahren liegt demnach im Oberschwellenbereich.

Im gegenständlichen Verfahren ist weder ein Zuschlag erteilt noch das Verfahren widerrufen worden. Die Antragstellerin hat ein Angebot gelegt und der eingebrachte Nachprüfungsantrag entspricht den formalen Voraussetzungen des § 322 Abs. 1 BVergG 2006 und ist sohin zulässig. Die Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurden entrichtet.Im gegenständlichen Verfahren ist weder ein Zuschlag erteilt noch das Verfahren widerrufen worden. Die Antragstellerin hat ein Angebot gelegt und der eingebrachte Nachprüfungsantrag entspricht den formalen Voraussetzungen des Paragraph 322, Absatz eins, BVergG 2006 und ist sohin zulässig. Die Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurden entrichtet.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat gemäß § 324 Abs. 3 BVergG 2006 zu den auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung und Nichtigerklärung der Entscheidung des Auftraggebers, das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden, jeweils vom 25.10.2007, begründete Einwendungen erhoben. Ihr steht insoweit Parteistellung gemäß § 324 Abs. 3 BVergG 2006 zu.Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat gemäß Paragraph 324, Absatz 3, BVergG 2006 zu

den auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung und Nichtigerklärung der Entscheidung des Auftraggebers, das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden, jeweils vom 25.10.2007, begründete Einwendungen erhoben. Ihr steht insoweit Parteistellung gemäß Paragraph 324, Absatz 3, BVergG 2006 zu.

II. Zur Spruchpunkt I:römisch zwei. Zur Spruchpunkt I:

Gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006 hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auf Grund des Ergebnisses der Prüfung den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Teil-, Alternativ- und Abänderungsangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, nicht gleichwertige Alternativ- oder Abänderungsangebote und Alternativangebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen, sowie fehlerhafte und unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind, auszuschneiden. Gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auf Grund des Ergebnisses der Prüfung den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Teil-, Alternativ- und Abänderungsangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, nicht gleichwertige Alternativ- oder Abänderungsangebote und Alternativangebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen, sowie fehlerhafte und unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind, auszuschneiden.

Wie sich aus der Ausschreibung, Teil C Leistungsbeschreibung unter Pkt. 2. Qualitätsanforderungen Pkt. 2.2 Besondere Produktspezifische Bestimmungen und Pkt. 2.3.1 Mindestanforderungen für die auftauwirksamen Substanzen ergibt, hat der Auftraggeber die inhaltliche Zusammensetzung und diesbezügliche Grenzwerte sowie die gewünschte Kornverteilung nach Korngrößen samt Grenzwerten in den Ausschreibungsunterlagen als Absolutwerte festgelegt. Weiters wird bestimmt, dass der Bieter die angebotene Zusammensetzung des Salzes durch eine im EU-Raum akkreditierte Prüfstelle bereits mit Angebotslegung zu bestätigen hat. Diese Bestätigung ist in deutscher Sprache bzw. mit beglaubigter deutscher Übersetzung vorzulegen. Bei Abweichungen von Angaben im Prüfzertifikat sind diese Abweichungen vom Bieter so nachvollziehbar zu erläutern, dass für die vergebende Stelle eine entsprechende Beurteilung der Abweichung im Rahmen der Angebotsprüfung ohne Vornahme einer weiteren technischen Prüfung möglich ist. Im Falle einer solchen Abweichung muss auf Wunsch der vergebenden Stelle auch diese Abweichung von einer im EU-Raum akkreditierten Prüfanstalt bestätigt werden. Hinsichtlich des geforderten Inhaltes des Angebotes werden in der Ausschreibung, Teil A Bestimmungen für das Angebot, Pkt. 16 Norm und Inhalt des Angebotes, die einzelnen Bestandteile des Angebotes unter Pkt. 16.4 dahingehend konkretisiert, dass neben dem Angebotsinhaltsverzeichnis unter anderem insbesondere "sonstige in der Ausschreibung geforderte Beilagen" jedenfalls mit dem Angebot einzureichen sind. Im Falle des Fehlens von Unterlagen bei der Angebotsabgabe ist festgelegt, dass diese, sofern ein behebbarer Mangel vorliegt, auf Aufforderung durch den Auftraggeber binnen 7 Tagen nachzureichen sind.

Aus den unangefochten gebliebenen und damit bestandkräftig gewordenen Ausschreibungsbestimmungen (vgl. VwGH 28.3.2007, 2005/04/0200, 1.3.2007, 2005/04/0239; 7.11.2005, 2003/04/0135; BVA 23.11.2006, N/0085-BVA/04/2006-38) ist für einen durchschnittlichen fachkundigen Bieter bei Anwendung üblicher Sorgfalt [vgl. EuGH 4.12.2003, Rs C-448/01 (EVN-AG Wien Strom GmbH gegen Republik Österreich); VwGH 17.11.2004, 2002/04/0078; 16.2.2005, 2004/04/0030; BVA 19.1.2006, 04-134/05-17] erkennbar, dass für den Fall, dass in der Ausschreibung geforderte Beilagen, wie insbesondere die in den Ausschreibungsunterlagen Teil C, Pkt. 2.2 vorgesehene Bestätigung betreffend die angebotene Zusammensetzung des Salzes durch eine im EU-Raum akkreditierte Prüfstelle bei Angebotsabgabe fehlen würden, als "Sonstige in der Ausschreibung geforderte Beilage" spätestens innerhalb von 7 Tagen nach Aufforderung durch den Auftraggeber (vgl. Ausschreibungsunterlage Teil A, Pkt. 16.4) nachzureichen waren. Aus den unangefochten gebliebenen und damit bestandkräftig gewordenen Ausschreibungsbestimmungen vergleiche VwGH 28.3.2007, 2005/04/0200, 1.3.2007, 2005/04/0239; 7.11.2005, 2003/04/0135; BVA 23.11.2006, N/0085-BVA/04/2006-38) ist für einen durchschnittlichen fachkundigen Bieter bei Anwendung üblicher Sorgfalt [vgl. EuGH 4.12.2003, Rs C-448/01 (EVN-AG Wien Strom GmbH gegen Republik Österreich); VwGH 17.11.2004, 2002/04/0078; 16.2.2005, 2004/04/0030; BVA 19.1.2006, 04-134/05-17] erkennbar, dass für den Fall, dass in der Ausschreibung geforderte Beilagen, wie insbesondere die in den Ausschreibungsunterlagen Teil C, Pkt. 2.2 vorgesehene Bestätigung betreffend die angebotene Zusammensetzung des Salzes durch eine im EU-Raum akkreditierte Prüfstelle bei Angebotsabgabe fehlen würden, als "Sonstige in der Ausschreibung geforderte Beilage" spätestens innerhalb von 7 Tagen nach Aufforderung durch den Auftraggeber vergleiche Ausschreibungsunterlage Teil A, Pkt. 16.4) nachzureichen waren.

Nachdem der Auftraggeber mit Schreiben vom 16.10.2007 der Antragstellerin gegenüber ausdrücklich festhielt, dass die Angebotsprüfung die Unvollständigkeit des Angebotes wegen fehlender Angebotsbestandteile ergeben hätte, forderte er zur Verbesserung durch Übermittlung der Unterlagen, insbesondere zur Nachreichung des Nachweises für die angebotene Zusammensetzung des Salzes mittels Bestätigung einer im EU-Raum akkreditierten Prüfanstalt bis 23.10.2007, auf. Gleichzeitig wies der Auftraggeber ausdrücklich darauf hin, dass sollten die geforderten Unterlagen nicht vollständig bzw. zeitgerecht nachgereicht würden, das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden wäre.

Mit Faxmitteilung vom 22.10.2007 legte die Antragstellerin dem

Auftraggeber ein Analysezertifikat der S*** in italienischer

Sprache - datiert mit "Ravenna, 19. Oktober 2007" - sowie dessen

beglaubigte Übersetzung des Instituts in deutscher Sprache

vor. Die Ergebnisse im Prüfbericht zu der von der S***

untersuchten Probe betreffend das von der an die S***

gesendeten und in einem qualifizierten Labor untersuchte Muster, zeigen, dass die prozentuelle Zusammensetzung der beschriebenen Inhaltsstoffe, die Kornverteilung und die Korngrößen den Ausschreibungsanforderungen entsprechen würden.

Damit kam die Antragstellerin dem klar formulierten Mängelbehebungsauftrag jedoch nicht ordnungsgemäß nach: In der Ausschreibung fordert der Auftraggeber die Bestätigung der besonderen Produktzusammensetzung durch Vorlage einer, bis spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung durchgeführten diesbezüglichen Überprüfung. Das dem Auftraggeber übermittelte Untersuchungsergebnis der im EU-Raum akkreditierten Prüfanstalt S*** bestätigt jedoch erst am 19.10.2007 - somit neun Tage nach der Angebotsöffnung am 10.10.2007 - die Spezifizierung des Angebotes. Diese hätte jedoch bereits am Tag der Angebotsöffnung am 10.10.2007 vorliegen müssen.

Zum Vorbringen der Antragstellerin, dass der Auftraggeber zu weiteren Aufklärungen auffordern hätte müssen, ist zu bemerken, dass eine solche Vorgehensweise des Auftraggebers zu Lasten der übrigen Bieter ginge. Um die Einhaltung der in § 19 Abs 1 BVergG 2006 festgehaltenen Grundsätze zu gewährleisten, hat der Auftraggeber unter klarer Formulierung des Verbesserungsauftrages grundsätzlich nur einmal die Möglichkeit zur Mängelbehebung einzuräumen (vgl. BVA, 22.12.2005, 11N-117/05-12). Eine Auslegung des § 126 Abs 1 BVergG 2006 dahingehend, dass eine mehrmalige Mängelbehebung zugelassen sei, könnte letztlich zum Ergebnis führen, dass ein nach erstmaligem klaren Mängelbehebungsauftrag nicht ordnungsgemäß verbessertes Angebot auf Grund der eingeräumten Möglichkeit, eine weitere Mängelbehebung zum selben Mangel zuzulassen, letzten Endes sogar zum Bestangebot "avancieren" könnte. Dies stünde im Widerspruch zu den in § 19 Abs. 1 BVergG 2006 festgelegten Grundsätzen des lauten Wettbewerbes sowie der Gleichbehandlung aller Bieter. Zum Vorbringen der Antragstellerin, dass der Auftraggeber zu weiteren Aufklärungen auffordern hätte müssen, ist zu bemerken, dass eine solche Vorgehensweise des Auftraggebers zu Lasten der übrigen Bieter ginge. Um die Einhaltung der in Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 festgehaltenen Grundsätze zu gewährleisten, hat der Auftraggeber unter klarer Formulierung des Verbesserungsauftrages grundsätzlich nur einmal die Möglichkeit zur Mängelbehebung einzuräumen vergleiche BVA, 22.12.2005, 11N-117/05-12). Eine Auslegung des Paragraph 126, Absatz eins, BVergG 2006 dahingehend, dass eine mehrmalige Mängelbehebung zugelassen sei, könnte letztlich zum Ergebnis führen, dass ein nach erstmaligem klaren Mängelbehebungsauftrag nicht ordnungsgemäß verbessertes Angebot auf Grund der eingeräumten Möglichkeit, eine weitere Mängelbehebung zum selben Mangel zuzulassen, letzten Endes sogar zum Bestangebot "avancieren" könnte. Dies stünde im Widerspruch zu den in Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 festgelegten Grundsätzen des lauten Wettbewerbes sowie der Gleichbehandlung aller Bieter.

Die Argumentation der Antragstellerin verwundert auch im Hinblick auf ihr eigenes Vorgehen anlässlich der Angebotslegung. Indem die Antragstellerin bei Angebotslegung in dem ihrem Angebot angeschlossenen Begleitschreiben vom 9.10.2007 ankündigte, die genannte Bestätigung, wohl erst nach Aufforderung durch den Auftraggeber, aber dennoch fristgerecht vorzulegen, bringt sie selbst klar zum Ausdruck, dass sie die dargestellten Vorgaben der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung im Detail kannte und grundsätzlich beabsichtigte, ausschreibungskonform zu bieten. Dass es der Antragstellerin zwar unter Zugrundelegung des

Interpretationsmaßstabes des objektiven Erklärungswertes erkennbar war, dass es nach den Bestimmungen der Ausschreibung zulässig wäre diverse fehlende Unterlagen nachträglich beizubringen, jedoch damit nicht auch die Verpflichtung zur fristgerechten und vollständigen Verbesserung verbunden war, mag nicht zu überzeugen.

Zuletzt legte die Antragstellerin dem Bundesvergabebeamten am

17.12.2007 ein Schreiben an die S*** vor, wonach die bereits

am 2.10.2007 um die Analyse der gelieferten Muster von "

Standard 0/1 Siedesalz" ersucht worden sei. Gleichzeitig ist - wie

die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung selbst zugestand

- weder aus dem Angebot noch aus dem am 19.10.2007 ausgestellten

Prüfzertifikat der S*** erkennbar, dass es sich bei dem bei der

gegenständlichen Auftragsvergabe angebotenen bzw. von der S***

untersuchten Salzes um jenes der Type " Standard 0/1

Siedesalz" handelt. Selbst wenn der erkennende Senat dieses

schriftliche Ersuchen, auch vor dem beschriebenen Hintergrund,

nunmehr als ausreichenden Nachweis für eine, bereits vor der

Angebotsöffnung von der Antragstellerin im Wege der ,

erfolgte Beauftragung der S*** zur Untersuchung eines Musters des bei der gegenständlichen Auftragsvergabe angebotenen Salzes verstünde, ist davon auszugehen, dass die Antragstellerin dem Aufforderungsschreiben des Auftraggebers vom 16.10.2007, hinsichtlich des Mangels - Spezifizierung ihres Angebotes spätestens bis zur Angebotsöffnung am 10.10.2007 - nicht fristgerecht nachgekommen ist. Das Angebot der Antragstellerin ist somit laut den Vorgaben in der Ausschreibung aus diesem Grund gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG 2006 auszuscheiden (vgl. VwGH 1.3.2007, 2005/04/0239; ebenso BVA 20.6.2007, N/0050-BVA/04/2007- 41 u N/0051-BVA/04/2007-47, 19.11.2007, N/0083-BVA/04/2007-20 u N/0095-BVA/04/2007-18).erfolgte Beauftragung der S*** zur Untersuchung eines Musters des bei der gegenständlichen Auftragsvergabe angebotenen Salzes verstünde, ist davon auszugehen, dass die Antragstellerin dem Aufforderungsschreiben des Auftraggebers vom 16.10.2007, hinsichtlich des Mangels - Spezifizierung ihres Angebotes spätestens bis zur Angebotsöffnung am 10.10.2007 - nicht fristgerecht nachgekommen ist. Das Angebot der Antragstellerin ist somit laut den Vorgaben in der Ausschreibung aus diesem Grund gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 auszuscheiden vergleiche VwGH 1.3.2007, 2005/04/0239; ebenso BVA 20.6.2007, N/0050-BVA/04/2007- 41 u N/0051-BVA/04/2007-47, 19.11.2007, N/0083-BVA/04/2007-20 u N/0095-BVA/04/2007-18).

Auf das weitere Vorbringen war somit nicht weiter einzugehen.

III. Zu Spruchpunkt II:römisch drei. Zu Spruchpunkt II:

Wie sich aus obigen Ausführungen und Spruchpunkt I. ergibt, ist das Ausscheiden der Antragstellerin zu Recht erfolgt. Die Antragstellerin kommt daher für die Erteilung des Zuschlags nicht in Betracht.Wie sich aus obigen Ausführungen und Spruchpunkt römisch eins. ergibt, ist das Ausscheiden der Antragstellerin zu Recht erfolgt. Die Antragstellerin kommt daher für die Erteilung des Zuschlags nicht in Betracht.

Mangelt es einem Angebot an der grundsätzlichen Eignung, gemäß den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes und den hiezu ergangenen Verordnungen für den Zuschlag in Betracht gezogen zu werden, so ist - wie der Verwaltungsgerichtshof wiederholt ausgesprochen hat - die Antragslegitimation iSv § 320 Abs. 1 BVergG 2006 zu verneinen (vgl. VwGH 12.9.2007, 2005/04/0181; 3.1.2005, 2003/04/0039; 27.2.2002, 2000/04/0050; 16.2.2005, 2004/04/0030; ebenso BVA 31.10.2007, N/0088-BVA/10/2007-037; 23.11.2006, N/0085- BVA/04/2006-38 u.a.)Mangelt es einem Angebot an der grundsätzlichen Eignung, gemäß den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes und den hiezu ergangenen Verordnungen für den Zuschlag in Betracht gezogen zu werden, so ist - wie der Verwaltungsgerichtshof wiederholt ausgesprochen hat - die Antragslegitimation iSv Paragraph 320, Absatz eins,

BVergG 2006 zu verneinen vergleiche VwGH 12.9.2007, 2005/04/0181; 3.1.2005, 2003/04/0039; 27.2.2002, 2000/04/0050; 16.2.2005, 2004/04/0030; ebenso BVA 31.10.2007, N/0088-BVA/10/2007-037; 23.11.2006, N/0085-BVA/04/2006-38 u.a.).

Sowohl das von der Antragstellerin erst nach Aufforderung durch den Auftraggeber nachträglich vorgelegte Prüfzertifikat der S*** vom 19.10.2007 an sich, als auch insbesondere die Datierung dieses Prüfzeugnisses und die weiteren Umstände waren unter anderem Gegenstand der mündlichen Verhandlung am 13.12.2007. Die Antragstellerin erhielt Gelegenheit, sich dazu und damit auch zur Stichhaltigkeit des vom Bundesvergabeamt herangezogenen Ausscheidensgrundes, Stellung zu nehmen [vgl. EuGH 19.6.2003, Rs C-249/01 (Hackermüller); VwGH 1.3.2005, 2003/04/0039; 16.2.2005, 2004/04/0030].

IV. Zu Spruchpunkt III:römisch vier. Zu Spruchpunkt III:

Gemäß § 319 Abs 1 BVergG 2006 hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller, Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 BVergG 2006 entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, BVergG 2006 hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller, Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, BVergG 2006 entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird.

Da - wie sich aus Spruchpunkt I und II ergibt - der Nachprüfungsantrag vom 8.11.2007, gerichtet auf die Nichtigerklärung der Entscheidung des Auftraggebers, das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden, abgewiesen und der Nachprüfungsantrag vom 8.11.2007, gerichtet auf die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 25.10.2007 zurückgewiesen wurde und daher auch kein "teilweises Obsiegen" des Antragstellers iSv § 319 Abs 1 BVergG 2006 vorliegt, sind die diesbezüglichen Anträge, soweit sie sich auf den Ersatz der Pauschalgebühren für die Nachprüfungsanträge beziehen, abzuweisen. Da - wie sich aus Spruchpunkt römisch eins und römisch zwei ergibt - der Nachprüfungsantrag vom 8.11.2007, gerichtet auf die Nichtigerklärung der Entscheidung des Auftraggebers, das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden, abgewiesen und der Nachprüfungsantrag vom 8.11.2007, gerichtet auf die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 25.10.2007 zurückgewiesen wurde und daher auch kein "teilweises Obsiegen" des Antragstellers iSv Paragraph 319, Absatz eins, BVergG 2006 vorliegt, sind die diesbezüglichen Anträge, soweit sie sich auf den Ersatz der Pauschalgebühren für die Nachprüfungsanträge beziehen, abzuweisen.

Ebenso ist der Antrag des Antragstellers, soweit er sich auf Ersatz der Pauschalgebühr für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom 8.11.2007 bezieht, gemäß § 319 Abs. 2 BVergG 2006 abzuweisen. Zwar wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit Bescheid vom 15.11.2007, N/0110- BVA/02/2007-EV11, teilweise stattgeben, der Nachprüfungsantrag auf Nichtigerklärung der Entscheidung des Auftraggebers vom 8.11.2007, die Antragstellerin auszuschneiden, wurde aber gemäß § 320 Abs. 1 leg. cit. unter Spruchpunkt II abgewiesen. Ebenso ist der Antrag des Antragstellers, soweit er sich auf Ersatz der Pauschalgebühr für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom 8.11.2007 bezieht, gemäß Paragraph 319, Absatz 2, BVergG 2006 abzuweisen. Zwar wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit Bescheid vom 15.11.2007, N/0110- BVA/02/2007-EV11, teilweise stattgeben, der Nachprüfungsantrag auf Nichtigerklärung der Entscheidung des Auftraggebers vom 8.11.2007, die Antragstellerin auszuschneiden, wurde aber gemäß Paragraph 320, Absatz eins, leg. cit. unter Spruchpunkt römisch zwei abgewiesen.

Schlagworte

Unvollständiges Angebot, Verbesserung, Mangel, Mängelbehebung, Verfristung;

Dokumentnummer

VERGT_20071220_N_0110_BVA_02_2007_43_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