

TE Verg Bescheid 2007/12/20 N/0111-BVA/03/2007-37

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 20.12.2007

Norm

BVergG 2006 §2 Z41

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §5

BVergG 2006 §19

BVergG 2006 §19 Abs1

BVergG 2006 §20 Abs1

BVergG 2006 §69

BVergG 2006 §80

BVergG 2006 §129 Abs1 Z7

BVergG 2006 §312 Abs2 Z2

BVergG 2006 §318

BVergG 2006 §319 Abs1

BVergG 2006 §319 Abs2

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §321 Abs2

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

1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 5 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

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 § 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 § 20 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 20 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 20 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 69 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
-
1. BVergG 2006 § 80 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 80 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 80 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
-
1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 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 § 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 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 321 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senats 3, MR Dr. Sibyll Huber-Matauschk und die Beisitzer Dkfm. Dr. Johann Hackl als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Theodor Taurer als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs. 2 Z 2 Bundesvergabegesetz 2006 - BVergG 2006, BGBl I Nr. 17/2006 betreffend das Vergabeverfahren " Lieferung von Auftausalz - Winter 2007 / 2008 - ASG" des Auftraggebers Autobahnen - und Schnellstraßen Finanzierungs - AG (ASFINAG) Alpenstraßen GmbH Rennweg 10A, 6020 Innsbruck, vertreten durch die ASFINAG Bau Management GmbH, Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien, als vergebende Stelle, über den Antrag der A*** Handelsgesellschaft m.b.H., vertreten durch X*** Rechtsanwälte GmbH, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 8.November 2007, wie folgt entschieden:Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senats

3, MR Dr. Sibyll Huber-Matauschek und die Beisitzer Dkfm. Dr. Johann Hackl als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Theodor Taurer als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, Bundesvergabegesetz 2006 - BVergG 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, betreffend das Vergabeverfahren " Lieferung von Auftausalz - Winter 2007 / 2008 - ASG" des Auftraggebers Autobahnen - und Schnellstraßen Finanzierungs - AG (ASFINAG) Alpenstraßen GmbH Rennweg 10A, 6020 Innsbruck, vertreten durch die ASFINAG Bau Management GmbH, Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien, als vergebende Stelle, über den Antrag der A*** Handelsgesellschaft m.b.H., vertreten durch X*** Rechtsanwälte GmbH, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 8.November 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 auszuschneiden, für nichtig erklären " wird abgewiesen.

II.römisch zwei.

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

III.römisch drei.

Die Anträge auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren werden abgewiesen.

BEGRÜNDUNG

Mit Schriftsatz vom 8. November 2007 beantragte die Antragstellerin die Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens und die Erlassung einer einstweiligen Verfügung im Wesentlichen mit der Begründung, ihr Angebot sei zu Unrecht als den Ausschreibungsbestimmungen widersprechend ausgeschieden worden, da dem Auftraggeber jedenfalls habe klar sein müssen, dass das von der Antragstellerin angebotene Salz nicht mehr als 100 % Inhaltsstoffe aufweise und dies im Falle von Unklarheiten jederzeit bei schriftlichem - und vor Ausscheiden verpflichtendem - Aufklärungsverlagen des Auftraggebers hätte aufgeklärt werden können. Auch der weitere, vom Auftraggeber angezogene Ausscheidenstatbestand, das übermittelte Prüfzertifikat bestätige nicht die Zusammensetzung des angebotenen Salzes, liege nicht vor. Auch in diesem Punkte sei vom Auftraggeber gemäß § 126 Abs.1 BVergG schriftliche Aufklärung zu verlangen gewesen. Ebenso liege der Ausscheidensgrund, das Prüfzertifikat weiche von den Vorgaben der Ausschreibungsunterlagen insofern ab, als der Sulfatgehalt nicht in mg/kg ausgewiesen werde, nicht vor. Das Angebot der Antragstellerin sei somit zu Unrecht ausgeschieden worden, vielmehr sei das Angebot der Antragstellerin aufgrund des günstigsten Preises beim Kriterium Qualität mit dem Punktemaximum von 6 Punkten zu bewerten gewesen, sodass die Zuschlagsentscheidung zugunsten der B*** AG zu Unrecht getroffen worden und der Antragstellerin als Best - und Billigstbieterin der Zuschlag zu erteilen sei. Mit Schriftsatz vom 8. November 2007 beantragte die Antragstellerin die Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens und die Erlassung einer einstweiligen Verfügung im Wesentlichen mit der Begründung, ihr Angebot sei zu Unrecht als den Ausschreibungsbestimmungen widersprechend ausgeschieden worden, da dem Auftraggeber jedenfalls habe klar sein müssen, dass das von der Antragstellerin angebotene Salz nicht mehr als 100 % Inhaltsstoffe aufweise und dies im Falle von Unklarheiten jederzeit bei schriftlichem - und vor Ausscheiden verpflichtendem - Aufklärungsverlagen des Auftraggebers hätte aufgeklärt werden können. Auch der weitere, vom Auftraggeber angezogene Ausscheidenstatbestand, das übermittelte Prüfzertifikat bestätige nicht die Zusammensetzung des angebotenen Salzes, liege nicht vor. Auch in diesem Punkte sei vom Auftraggeber gemäß Paragraph 126, Absatz eins, BVergG schriftliche Aufklärung zu verlangen gewesen. Ebenso liege der Ausscheidensgrund, das Prüfzertifikat weiche von den Vorgaben der Ausschreibungsunterlagen insofern ab, als der Sulfatgehalt nicht in mg/kg ausgewiesen werde, nicht vor. Das Angebot der Antragstellerin sei somit zu Unrecht ausgeschieden worden, vielmehr sei das Angebot der Antragstellerin aufgrund des günstigsten Preises beim Kriterium Qualität mit dem Punktemaximum von 6 Punkten zu bewerten gewesen, sodass die Zuschlagsentscheidung zugunsten der B*** AG zu Unrecht getroffen worden und der Antragstellerin als Best - und Billigstbieterin der Zuschlag zu erteilen sei.

Konkretisierend führte die Antragstellerin aus, dass gemäß der Bekanntmachung und Punkt 2.2 Teil C der Ausschreibungsunterlagen die vom Bieter angebotene Zusammensetzung des Salzes durch eine im EU-Raum

akkreditierte Prüfstelle zu bestätigen sei. Diese Bestätigung sei in deutscher Sprache bzw. mit beglaubigter deutscher Übersetzung vorzulegen. Angebote, die insgesamt mehr als 100% Inhaltstoffe aufweisen, würden gemäß Punkt 2.2 Teil C der Ausschreibungsunterlage nicht berücksichtigt. Abweichungen zwischen der vom Bieter im Angebot angegebenen Zusammensetzung des Salzes und des Prüfzertifikates seien vom Bieter so nachvollziehbar zu erläutern, dass für die vergebende Stelle eine entsprechende Beurteilung der Abweichung im Rahmen der Angebotsprüfung ohne eine weitere technische Prüfung möglich sei.

Der Zuschlag werde gemäß Punkt 25.1 Teil A der Ausschreibungsunterlage dem wirtschaftlich und technisch günstigsten Angebot erteilt. Zur Bewertung der Angebote seien zwei Zuschlagskriterien maßgeblich, wobei das Qualitätskriterium mit 6 % und der Preis mit 94 % gewichtet seien. In Punkt 25.2 Teil A der Ausschreibungsunterlagen sei das bei der Bewertung zur Anwendung kommende Punkteschema dargestellt. Der Zuschlag werde dem Bieter mit der höchsten bewertungsrelevanten Gesamtpunkteanzahl erteilt.

Unter Punkt 25.2.2 Teil A der Ausschreibungsunterlagen, Zuschlagskriterium Qualität, sei festgehalten:

"Für den Auftraggeber ist eine maximale Summe an auftauwirksamen Substanzen von 99,4 % beurteilungsrelevant. Angebote, die nur das Mindestanforderungs (Summe an auftauwirksamen Substanzen 98%) vorsehen, erhalten 0 Punkte. Angebote, die über eine Summe von 99,4 % auftauwirksamen Substanzen hinausgehen, erhalten daher ebenfalls nur das relevante Punktemaximum von 6 Punkten."

Die Antragstellerin habe sich an diesem Vergabeverfahren beteiligt, ein Angebot gelegt und wäre auch Bestbieterin für den genannten Auftrag gewesen. Sie habe ein Zertifikat über die Zusammensetzung des angebotenen Salzes samt beglaubigter deutscher Übersetzung aus der italienischen Sprache beigebracht. Das Zertifikat sei von der C*** ausgestellt, die ein weltweit führendes Unternehmen in den Bereichen der Warenkontrolle, Inspektion und Qualitätssicherung mit über 1.000 Laboratorien und damit eine international und im EU-Raum anerkannte Prüfstelle für Zertifizierungen sei; die beglaubigte Übersetzung sei seitens des Übersetzungsbüros N***, einem in Österreich anerkannten Unternehmen mit Standorten in Klagenfurt, Wien und Graz erfolgt.

Am 25. Oktober 2007 sei der Antragstellerin folgende Zuschlagsentscheidung durch den Auftraggeber mitgeteilt worden: "Wir nehmen Bezug auf das oben genannte Vergabeverfahren und bedanken uns zunächst für die Teilnahme am Vergabeverfahren. Wir bedauern Ihnen mitteilen zu müssen, dass die vergebende Stelle im Namen und Auftrag der ASFINAG Alpenstraßen GmbH beabsichtigt, dem Bieter B*** AG den Zuschlag zu erteilen. Nach erfolgter inhaltlicher Prüfung der Angebote dürfen wir Ihnen in Entsprechung des § 131 BVergG 2006 bekannt geben, dass das erfolgreiche Angebot nicht gemäß § 129 BVergG 2006 auszuscheiden war." Am 25. Oktober 2007 sei der Antragstellerin folgende Zuschlagsentscheidung durch den Auftraggeber mitgeteilt worden: "Wir nehmen Bezug auf das oben genannte Vergabeverfahren und bedanken uns zunächst für die Teilnahme am Vergabeverfahren. Wir bedauern Ihnen mitteilen zu müssen, dass die vergebende Stelle im Namen und Auftrag der ASFINAG Alpenstraßen GmbH beabsichtigt, dem Bieter B*** AG den Zuschlag zu erteilen. Nach erfolgter inhaltlicher Prüfung der Angebote dürfen wir Ihnen in Entsprechung des Paragraph 131, BVergG 2006 bekannt geben, dass das erfolgreiche Angebot nicht gemäß Paragraph 129, BVergG 2006 auszuscheiden war."

Der Preis des für den Zuschlag in Aussicht genommenen Angebotes des B*** AG betrage laut Zuschlagsentscheidung EUR 906.880,- netto. Details über die Ermittlung der Qualitätspunkte seien nicht angeführt worden, ebenso wenig seien die Merkmale und Vorteile des für den Zuschlag in Aussicht genommenen Angebots festgehalten worden. Mit Schreiben vom gleichen Tag sei der Antragstellerin die Ausscheidensentscheidung bekannt gegeben worden:

"...Mit Schreiben vom 18. 10.2007 wurden Sie aufgefordert, unter anderem die angebotene Zusammensetzung des Salzes durch eine im EU-Raum akkreditierte Prüfanstalt zu bestätigen. Das nachgereichte Prüfzertifikat weist eine Summe der Salzbestandteile von mehr als 100 % aus. Gemäß Punkt 2.2 des Teils C der Ausschreibungsunterlage sind Angebote, die insgesamt mehr als 100 % Inhaltsstoffe aufweisen, jedoch nicht zugelassen. Des Weiteren bestätigt das übermittelte Prüfzertifikat offensichtlich nicht die Qualität des angebotenen Salzes, da das Prüfzertifikat eine andere Zusammensetzung des Salzes aufweist, als im Angebot angegeben. Überdies weicht das nachgereichte Prüfzertifikat von den Vorgaben der Ausschreibungsunterlage ab, zumal der Sulfatgehalt nicht in mg/kg ausgewiesen wird (siehe Beantwortung der Bieteranfrage vom 3.10.2007 und 5.10.2007). Aus diesen Gründen war Ihr Angebot daher gemäß § 129 Abs. 1 Ziffer 5 und 7 BVergG 2006 auszuscheiden (Hervorhebung durch den Zitierenden).""...Mit Schreiben vom 18. 10.2007 wurden Sie aufgefordert, unter anderem die angebotene Zusammensetzung des Salzes durch eine im EU-

Raum akkreditierte Prüfanstalt zu bestätigen. Das nachgereichte Prüfsertifikat weist eine Summe der Salzbestandteile von mehr als 100 % aus. Gemäß Punkt 2.2 des Teils C der Ausschreibungsunterlage sind Angebote, die insgesamt mehr als 100 % Inhaltsstoffe aufweisen, jedoch nicht zugelassen. Des Weiteren bestätigt das übermittelte Prüfsertifikat offensichtlich nicht die Qualität des angebotenen Salzes, da das Prüfsertifikat eine andere Zusammensetzung des Salzes aufweist, als im Angebot angegeben. Überdies weicht das nachgereichte Prüfsertifikat von den Vorgaben der Ausschreibungsunterlage ab, zumal der Sulfatgehalt nicht in mg/kg ausgewiesen wird (siehe Beantwortung der Bieteranfrage vom 3.10.2007 und 5.10.2007). Aus diesen Gründen war Ihr Angebot daher gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 5 und 7 BVergG 2006 auszuschneiden (Hervorhebung durch den Zitierenden)."

Zum Interesse am Vertragsabschluss sei auszuführen, dass die Antragstellerin ein österreichisches Unternehmen sei, auf den Handel mit Auftausalzen sowie petrochemischen Produkten spezialisiert. Im Zuge ihrer Tätigkeit bearbeite die Antragstellerin auch den österreichischen Markt und stelle sich dabei dem Wettbewerb der österreichischen Großunternehmen auf dem Gebiet des Salzhandels (zB B*** AG). 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. Die Antragstellerin habe im gegenständlichen Vergabeverfahren auch ein Angebot gelegt. Daraus ergebe sich unzweifelhaft das Interesse der Antragstellerin am Vertragsabschluss; dieses sei aber auch schon allein durch die Stellung des gegenständlichen Nachprüfungsantrages evident.

Zu m drohenden Schaden sei auszuführen, dass auf Grund der ausgeführten Rechtswidrigkeiten keine vergaberechtskonforme Bestbieterermittlung erfolgt sei und die Antragstellerin zu Unrecht ausgeschieden worden sei. Werde den Anträgen der Antragstellerin auf Nichtigerklärung der Ausscheidens- sowie der Zuschlagsentscheidung nicht stattgegeben, sei es ihr einerseits nicht möglich, sich am weiteren Vergabeverfahren zu beteiligen und sei andererseits mit einer Zuschlagserteilung an die B***AG zu rechnen. Damit habe die Antragstellerin aber keine Chance mehr, den ausschreibungsgegenständlichen Auftrag zu erhalten. Der Antragstellerin würde daher der aus dem gegenständlichen Auftrag zu lukrierende Gewinn entgehen. Weiters drohe der Antragstellerin auch ein Schaden aus den mangels Nichtigerklärung frustrierten Kosten der Angebotslegung in Höhe von rund EUR 2.900,- (Herr Dr. D*** Euro 150,-/Stunde mal 5 Stunden, Herr E*** Euro 50,-/Stunde mal 40 Stunden samt Reisekosten Herr E*** zur Angebotsöffnung Euro 2.865,-). Weiters seien der Antragstellerin für die Rechtsvertretung bisher Kosten in Höhe von EUR 5.000 exkl. USt erwachsen, die in dieser Höhe vom Rechtsvertreter bescheinigt würden. Daneben drohe der Antragstellerin durch eine rechtswidrige Verfahrensfortführung und Vergabe des gegenständlichen Auftrages auch der Verlust eines maßgeblichen Referenzprojektes.

Zur bestimmten Bezeichnung des verletzten Rechts, der Beschwerdepunkte und der angefochtene Entscheidungen sei auszuführen, dass sich die Antragstellerin durch die Ausscheidensentscheidung der Auftraggeberin generell im Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens sowie insbesondere im Recht auf Durchführung eines transparenten und dem freien und lauten Wettbewerb entsprechenden Vergabeverfahrens, im Recht auf vergaberechts- und ausschreibungskonforme Angebotsprüfung und Bestbieterermittlung, im Recht auf Nichtabweichen von den Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen, im Recht auf Gleichbehandlung aller Bieter, im Recht auf Nicht-Ausscheiden des den Ausschreibungsbedingungen entsprechenden Angebotes der Antragstellerin, im Recht auf Teilnahme am weiteren Vergabeverfahren, im Recht, für den Zuschlag in Aussicht genommen zu werden, im Recht auf Zuschlagserteilung als Bestbieterin, im Recht auf Nichtberücksichtigung des in Aussicht genommen Zuschlagsempfängers, im Recht auf Teilnahme an einem neuerlichen Vergabeverfahren infolge eines allenfalls gebotenen Widerrufs, verletzt erachte. Es werde daher die Ausscheidensentscheidung des Auftraggebers vom 25.10.2007 angefochten.

Die Antragstellerin erachte sich weiters durch die Zuschlagsentscheidung generell im Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen sowie insbesondere im Recht auf Durchführung eines transparenten und dem freien und lauten Wettbewerb entsprechenden Vergabeverfahrens, im Recht auf vergaberechts- und ausschreibungskonforme Angebotsprüfung und Bestbieterermittlung, im Recht auf Nichtabweichen von den Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen, im Recht auf Gleichbehandlung aller Bieter, im Recht, für den Zuschlag in Aussicht genommen zu werden, im Recht auf Zuschlagserteilung als Bestbieterin, im Recht auf Nichtberücksichtigung des in Aussicht genommen Zuschlagsempfängers, im Recht auf detaillierte verbale Begründung der Bestbieterermittlung und Zuschlagsentscheidung, im Recht auf gesetzeskonforme Zuschlagsentscheidung gemäß § 131 BVergG, im Recht auf

Teilnahme an einem neuerlichen Vergabeverfahren infolge eines allenfalls gebotenen Widerrufs, verletzt. Es werde daher die Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers vom 25.10.2007 angefochten. Die Antragstellerin erachte sich weiters durch die Zuschlagsentscheidung generell im Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen sowie insbesondere im Recht auf Durchführung eines transparenten und dem freien und lautereren Wettbewerb entsprechenden Vergabeverfahrens, im Recht auf vergaberechts- und ausschreibungskonforme Angebotsprüfung und Bestbieterermittlung, im Recht auf Nichtabweichen von den Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen, im Recht auf Gleichbehandlung aller Bieter, im Recht, für den Zuschlag in Aussicht genommen zu werden, im Recht auf Zuschlagserteilung als Bestbieterin, im Recht auf Nichtberücksichtigung des in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängers, im Recht auf detaillierte verbale Begründung der Bestbieterermittlung und Zuschlagsentscheidung, im Recht auf gesetzeskonforme Zuschlagsentscheidung gemäß Paragraph 131, BVergG, im Recht auf Teilnahme an einem neuerlichen Vergabeverfahren infolge eines allenfalls gebotenen Widerrufs, verletzt. Es werde daher die Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers vom 25.10.2007 angefochten.

Zur rechtswidrigen Ausscheidungsentscheidung bzw. zur Nichtzulassung von Angeboten, die insgesamt mehr als 100 % Inhaltsstoffe aufweisen, werde ausgeführt, dass der Auftraggeber die Ausscheidungsentscheidung damit begründe, das angebotene Salz weise im Widerspruch zu Punkt 2.2 der Ausschreibungsunterlage, Teil C, angeblich mehr als 100 % Inhaltsstoffe auf. Gemäß 2.2 des Teils C der Ausschreibungsunterlage sei ein Angebot auszuschneiden, wenn dieses einen Anteil von über 100 % NaCl aufweise; Abweichungen vom Prüfsertifikat seien vom Bieter so nachvollziehbar zu erläutern, dass eine Beurteilung der Abweichung ohne eine weitere technische Prüfung möglich sei. Der behauptete Ausscheidungsgrund liege nicht vor. Das Angebot der Antragstellerin stehe - entgegen den Behauptungen der Auftraggeberin - nicht im Widerspruch zu den Ausschreibungsunterlagen. Zunächst vermische der Auftraggeber in der Ausscheidungsentscheidung zwei Aspekte. Einerseits werde angeführt, dass das nachgereichte Prüfsertifikat eine Summe der Salzbestandteile von mehr als 100 % ausweise; andererseits seien Angebote, die insgesamt mehr als 100 % Inhaltsstoffe aufweisen, nicht zuzulassen. Weder habe aber das Prüfsertifikat der Antragstellerin Salzbestandteile von mehr als 100 % ausgewiesen noch habe das Angebot mehr als 100 % Inhaltsstoffe aufgewiesen.

Darüber hinaus sei das Angebot vom Zertifikat zu unterscheiden, da gemäß den Ausschreibungsunterlagen in Teil D, Seite 1, vom Bieter die Inhaltsstoffe anzugeben gewesen seien. Im Hinblick auf das von der Antragstellerin beigebrachte C***-Zertifikat sei anzumerken, dass dieses Prüfsertifikat im Hinblick auf die Resultate der Probe in verschiedene Maßeinheiten differenziere, nämlich (i) "% bez. Trockensubstanz" und (ii) "%". Das von der Antragstellerin angebotene Salz enthalte einen NaCl -Anteil von 99,8 % bez. Trockensubstanz, einen Anteil von 0,1 % Sulfaten bez. Trockensubstanz und einen Anteil an in Wasser unlöslichen Stoffen unter dem Grenzwert von 0,04 % 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. Wie aus dem Zertifikat daher eindeutig hervorgehe, beziehe sich der Anteil von NaCl, SO_4 und wasserunlöslichen Stoffen ausschließlich auf die Trockensubstanz (Maßeinheit "% bez. Trockensubstanz"); warum seitens des Auftraggebers Resultate unterschiedlicher Maßeinheiten zusammengezählt worden seien, sei nicht nachvollziehbar. Da die Summe aus dem NaCl - Anteil (99,8 %), dem Sulfat-Anteil (0,1 %) und den in Wasser unlöslichen Stoffen (unter 0,04 %) in "% bez. Trockensubstanz" damit (logischerweise) unter 100 % liege, sei das Angebot auch nicht auszuschneiden.

Dies habe von jedem für die Durchführung einer solchen Ausschreibung fachlich Qualifizierten leicht und ohne weitere technische Prüfung nachvollzogen werden können. Sollte der Auftraggeber tatsächlich selbst nicht über entsprechend sachverständige Mitarbeiter verfügen, so sei er gemäß § 122 BVergG verpflichtet gewesen, für die gegenständliche Ausschreibung entsprechend sachverständige Berater zu engagieren (vgl. etwa BVA 19.2.2000, N-34/99-41). Dem Auftraggeber habe schon aufgrund des Prüfsertifikates klar sein müssen, dass das von der Antragstellerin angebotene Salz nicht mehr als 100 % Inhaltsstoffe aufweise. Dies habe von jedem für die Durchführung einer solchen Ausschreibung fachlich Qualifizierten leicht und ohne weitere technische Prüfung nachvollzogen werden können. Sollte der Auftraggeber tatsächlich selbst nicht über entsprechend sachverständige Mitarbeiter verfügen, so sei er gemäß Paragraph 122, BVergG verpflichtet gewesen, für die gegenständliche Ausschreibung entsprechend sachverständige Berater zu engagieren (vergleiche etwa BVA 19.2.2000, N-34/99-41). Dem Auftraggeber habe schon aufgrund des Prüfsertifikates klar sein müssen, dass das von der Antragstellerin angebotene Salz nicht mehr als 100 % Inhaltsstoffe aufweise.

Die Antragstellerin habe weites auch in ihrem Angebot (Teil D, Seite 1) nicht Salz mit mehr als 100 % Inhaltsstoffen

angeboten. Aus den gemäß Teil D, Seite 1, der Ausschreibungsunterlage auszufüllenden Feldern folgen keine Inhaltsstoffe von über 100%. Vielmehr sei in Teil D, Seite 1, der Ausschreibungsunterlagen ganz unmissverständlich angegeben worden, dass die Summe auftauwirksamer Substanzen (NaCl, Ca-Mg-K-Chlorid) 99,5 % betrage; die Summe nicht auftauwirksamer Substanzen (Verunreinigungen, Wassergehalt, etc.) sei mit 0,5 % angegeben worden. Wie die Addition von 99,5 % und 0,5 % mehr als 100 % ergeben könne, sei nicht nachvollziehbar. Dem Auftraggeber sei klar bzw. habe klar bewusst sein müssen, dass das von der Antragstellerin angebotene Salz nicht mehr als 100% Inhaltsstoffe aufweise.

Wenn für den Auftraggeber tatsächlich unklar gewesen sei, welche Zusammensetzung des Salzes angeboten worden sei, hätte sie von der Antragstellerin gemäß § 126 Abs 1 BVergG eine verbindliche schriftliche Aufklärung verlangen müssen. Gemäß dieser Bestimmung sei vor einem allfälligen Ausscheiden eines Angebotes wegen einer Unklarheit im Angebot dem betroffenen Bieter jedenfalls die Möglichkeit einzuräumen, die vermeintliche Unklarheit verbindlich und schriftlich aufzuklären. Die Antragstellerin hätte dann die Angaben -im Angebot und im C***-Zertifikat nochmals klarstellen können. Eine Angebotsänderung sei dadurch nicht zu befürchten, da die Zusammensetzung des Salzes ohnedies auf Grund der im Angebot ausgewiesenen Inhaltsstoffe unverrückbar sei. Der Auftraggeber habe aber keine schriftliche Aufklärung verlangt und damit die Vorgaben des BVergG und des EuGH missachtet. Die Ausscheidensentscheidung des Auftraggebers vom 25.10. 2006 sei daher jedenfalls rechtswidrig. Selbst wenn das eingereichte C***-Zertifikat einen formalen Mangel darstellen würde, sei dieser als behebbarer Mangel zu qualifizieren. Eine Gelegenheit zur Mängelbehebung sei der Antragstellerin jedenfalls nicht gewährt worden. Wenn für den Auftraggeber tatsächlich unklar gewesen sei, welche Zusammensetzung des Salzes angeboten worden sei, hätte sie von der Antragstellerin gemäß Paragraph 126, Absatz eins, BVergG eine verbindliche schriftliche Aufklärung verlangen müssen. Gemäß dieser Bestimmung sei vor einem allfälligen Ausscheiden eines Angebotes wegen einer Unklarheit im Angebot dem betroffenen Bieter jedenfalls die Möglichkeit einzuräumen, die vermeintliche Unklarheit verbindlich und schriftlich aufzuklären. Die Antragstellerin hätte dann die Angaben -im Angebot und im C***-Zertifikat nochmals klarstellen können. Eine Angebotsänderung sei dadurch nicht zu befürchten, da die Zusammensetzung des Salzes ohnedies auf Grund der im Angebot ausgewiesenen Inhaltsstoffe unverrückbar sei. Der Auftraggeber habe aber keine schriftliche Aufklärung verlangt und damit die Vorgaben des BVergG und des EuGH missachtet. Die Ausscheidensentscheidung des Auftraggebers vom 25.10. 2006 sei daher jedenfalls rechtswidrig. Selbst wenn das eingereichte C***-Zertifikat einen formalen Mangel darstellen würde, sei dieser als behebbarer Mangel zu qualifizieren. Eine Gelegenheit zur Mängelbehebung sei der Antragstellerin jedenfalls nicht gewährt worden.

Zur Zusammensetzung des Prüfsalzes sei auszuführen, Punkt 2.2 der Ausschreibungsunterlagen, Teil C, lege ausdrücklich fest, dass Abweichungen vom Prüfzertifikat vom Bieter so nachvollziehbar zu erläutern seien, dass eine Beurteilung der Abweichung im Rahmen der Angebotsprüfung ohne eine weitere technische Prüfung möglich sei. Abweichungen würden daher nicht - wie in der Ausscheidensentscheidung angeführt - automatisch zum Ausscheiden führen, sondern seien abweichende Angaben in den Ausschreibungsunterlagen als explizit zulässig anzuerkennen; im Hinblick auf zulässige Abweichungen habe lediglich eine Erläuterung im Rahmen der Angebotsprüfung zu erfolgen. Die Erläuterung der Abweichung habe dabei nicht im Angebot selbst, sondern vielmehr im Rahmen der Prüfung des Angebots zu erfolgen; daher sei die Antragstellerin auch nicht verpflichtet, eine derartige Erläuterung dem Angebot beizuschließen.

Jedenfalls hätte von der Antragstellerin gemäß § 126 Abs 1 BVergG eine verbindliche schriftliche Aufklärung verlangt werden müssen. Vor einem allfälligen Ausscheiden eines Angebots wegen einer Unklarheit sei dem Bieter jedenfalls die Möglichkeit einzuräumen, die vermeintliche Unklarheit verbindlich und schriftlich aufzuklären. Zur Zulässigkeit der Angabe des Sulfatgehalts nicht in mg/kg werde ausgeführt, in der Fragenbeantwortung vom 3.10.2007, Seite 4, werde ausschließlich die 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 [...] (Hervorhebung durch den Zitierenden) " beantwortet. Aus dem Terminus "wenn" folge unzweifelhaft, dass es dem Bieter freistehe, die Maßeinheit des Sulfatgehalts zu wählen. Wenn also die Einheit "mg/kg" - g/mg in der Anfragebeantwortung vom 5.10.2007 berichtigt - gewählt worden sei, dann sei dies auf zumindest zwei Kommerstellen gerundet anzuführen; wenn jedoch der Sulfatgehalt etwa in Prozent der Gesamtzusammensetzung des Salzes angegeben werde, dann gebe es hierzu keinerlei Regelungen. Aber auch wenn der Sulfatgehalt ausschließlich in mg/kg anzugeben gewesen wäre, sei das Angebot der Antragstellerin nicht auszuschneiden. Bei der Angabe der Sulfate in Prozent statt in mg/kg trete

nämlich keine Änderung des Produktwerts ein; vielmehr sei dieser Wert jederzeit auf eine andere Maßeinheit umrechenbar, ohne dass sich der tatsächliche Produktwert ändere (0,1 % entsprechen exakt 1000 mg/kg = 1.000 ppm). Selbst wenn dieser Rechengang für die Auftraggeberin tatsächlich unklar gewesen sei, sei ein Ausscheiden aus diesem Grund gegen das Bundesvergabegesetz aufgrund des Vorliegens eines lediglich behebbaren Mangels unzulässig. Eine Verbesserung der Wettbewerbsstellung der Antragstellerin hätte bei Umrechnung von "%" in "mg/kg" nicht vorgelegen; und zu keiner Wertänderung des Angebotes geführt. Die Antragstellerin hätte bei schriftlichem Aufklärungsverlangen aufzeigen können, dass die genannte 0,1 % Sulfate 1000 mg/kg entsprächen. Jedenfalls hätte von der Antragstellerin gemäß Paragraph 126, Absatz eins, BVergG eine verbindliche schriftliche Aufklärung verlangt werden müssen. Vor einem allfälligen Ausscheiden eines Angebots wegen einer Unklarheit sei dem Bieter jedenfalls die Möglichkeit einzuräumen, die vermeintliche Unklarheit verbindlich und schriftlich aufzuklären. Zur Zulässigkeit der Angabe des Sulfatgehalts nicht in mg/kg werde ausgeführt, in der Fragenbeantwortung vom 3.10.2007, Seite 4, werde ausschließlich die 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 [...]" (Hervorhebung durch den Zitierenden) " beantwortet. Aus dem Terminus "wenn" folge unzweifelhaft, dass es dem Bieter freistehe, die Maßeinheit des Sulfatgehalts zu wählen. Wenn also die Einheit "mg/kg" - g/mg in der Anfragebeantwortung vom 5.10.2007 berichtigt - gewählt worden sei, dann sei dies auf zumindest zwei Komma Stellen gerundet anzuführen; wenn jedoch der Sulfatgehalt etwa in Prozent der Gesamtzusammensetzung des Salzes angegeben werde, dann gebe es hierzu keinerlei Regelungen. Aber auch wenn der Sulfatgehalt ausschließlich in mg/kg anzugeben gewesen wäre, sei das Angebot der Antragstellerin nicht auszuschneiden. Bei der Angabe der Sulfate in Prozent statt in mg/kg trete nämlich keine Änderung des Produktwerts ein; vielmehr sei dieser Wert jederzeit auf eine andere Maßeinheit umrechenbar, ohne dass sich der tatsächliche Produktwert ändere (0,1 % entsprechen exakt 1000 mg/kg = 1.000 ppm). Selbst wenn dieser Rechengang für die Auftraggeberin tatsächlich unklar gewesen sei, sei ein Ausscheiden aus diesem Grund gegen das Bundesvergabegesetz aufgrund des Vorliegens eines lediglich behebbaren Mangels unzulässig. Eine Verbesserung der Wettbewerbsstellung der Antragstellerin hätte bei Umrechnung von "%" in "mg/kg" nicht vorgelegen; und zu keiner Wertänderung des Angebotes geführt. Die Antragstellerin hätte bei schriftlichem Aufklärungsverlangen aufzeigen können, dass die genannte 0,1 % Sulfate 1000 mg/kg entsprächen.

Zur rechtswidrigen Zuschlagsentscheidung werde ausgeführt, gemäß Punkt 25, Teil A, der Ausschreibungsunterlage sei jenem Angebot der Zuschlag zu erteilen, welches die höchste Gesamtpunkteanzahl erhalte; dabei seien im Rahmen des Zuschlagskriteriums "Preis" maximal 94 Punkte zu erreichen; im Zuschlagskriterium "Qualität" 6 Punkte, insgesamt daher 100 Punkte. Da Angebote, die über eine Summe von 99,4 % auftauwirksamen Substanzen hinausgehen, im Zusammenhang mit dem Kriterium "Qualität" das relevante Punktemaximum von 6 Punkten erhalten, sei das Angebot der Antragstellerin mit einem Anteil von 99,5 % mit den vollen sechs Punkte zu bewerten gewesen; da die Antragstellerin auch einen günstigeren Preis als die präsumtiven Zuschlagsempfängerin angeboten habe, sei das Angebot der Antragstellerin auch im Hinblick auf das Kriterium "Preis" höher zu bepunkten, sogar mit der Maximalanzahl von 94 Punkten, da nur von der B*** AG sowie n der Antragstellerin ein Angebot gelegt worden sei. Das Angebot der Antragstellerin sei daher gemäß den Zuschlagskriterien als wirtschaftlich und technisch günstigstes Angebot für den Zuschlag in Aussicht zu nehmen gewesen. Die Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin vom 25.10.2007 sei daher unrichtig und für nichtig zu erklären.

Der Auftraggeber legte mit Schriftsatz vom 29. Oktober 2007 zu dem unter GZ N/0094-BVA/03/2007 protokollierten Vergabeverfahren die auch für das gegenständliche Vergabeverfahren maßgeblichen Originalunterlagen vor, nahm mit Schriftsatz vom 12. November 2007 (OZ4) zum gegenständlichen Antragsvorbringen Stellung und führte aus, dass auf Grund des kurz bevorstehenden Winters 2007/08 eine besondere Dringlichkeit der Auftragsvergabe vorliege und daher ein besonderes Interesse an der raschen Durchführung des Vergabeverfahrens bestehe. Mit Schriftsatz vom 15. November 2007 (OZ7) führte der Auftraggeber ergänzend aus, das Angebot der Antragstellerin erfülle nicht die Anforderungen der Ausschreibungsunterlagen, weshalb ihr nach eingehender Angebotsprüfung mit Telefax vom 25.10.2007 die Ausscheidensentscheidung zu recht mitgeteilt worden sei. Diese Ausscheidensentscheidung sei auf das nachträglich vorgelegte bzw. erstellte Prüfzertifikat über die angebotene Zusammensetzung des Salzes, das entgegen Punkt 2.2 des Teils C der Ausschreibungsunterlage mehr als 100 % Inhaltsstoffe aufweise, gestützt worden. Andererseits bestätige das nachgereichte Prüfzertifikat nicht die angebotene Qualität des Salzes, da das Prüfzertifikat eine andere Zusammensetzung des Salzes aufweise, als im Angebot angegeben gewesen sei und zusätzlich von den

Vorgaben der Ausschreibungsunterlage abweiche, zumal der Sulfatgehalt nicht in mg/kg ausgewiesen werde und daher eine Überprüfung der Erfüllung der Eignungsanforderungen nicht möglich sei, ohne der Antragstellerin eine nachträgliche Einflussnahme auf die angebotene Salzqualität zu ermöglichen.

Zum Ausscheiden wegen eines unzulässigen Prüfzertifikates werde ausgeführt, dass die für den herangezogenen Ausscheidungsgrund maßgeblichen und mangels einer Anfechtung bestandfesten Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen folgendes festhalten würden:

Punkt "9.2.3 Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit (Teil A der Ausschreibungsunterlage)

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

Nachweis der Zusammensetzung des Salzes:

Die angebotenen Zusammensetzung des Salzes (z.B.: NaCl, Ca-Mg-Chlorid, Sulfat, Überkorn, Unterkorn, Feuchte) ist durch eine im EU-Raum akkreditierte Prüfanstalt 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. [4"

2.2 Besondere produktspezifische Bestimmungen (Teil C der Ausschreibungsunterlage)

"1"..] Die vom Bieter angebotene Zusammensetzung des Salzes (z.B. NaCl, Ca-Mg-K-Chlorid, Sulfat, Überkorn, Unterkorn, Feuchte) ist durch eine im EU-Raum akkreditierte Prüfstelle bereits mit Angebotslegung zu bestätigen (siehe Punkt 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 % Inhaltsstoffe 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. [..1"

2.3,1 Mindestanforderungen für auftauwirksame Substanzen:

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

Aus diesen Vorgaben der unangefochten gebliebenen Ausschreibungsunterlage ergebe sich, dass die Antragstellerin bereits mit dem Angebot die angebotene Zusammensetzung des Salzes zum Nachweis ausreichender technischer Leistungsfähigkeit vorlegen hätte müssen. Da die Antragstellerin dieser Vorgabe der Ausschreibungsunterlage nicht nachgekommen sei, sei sie mit Schreiben vom 18.10.2007 zu einer entsprechenden Mängelbehebung durch Nachreichung eines Zertifikats über die angebotene Zusammensetzung des Salzes aufgefordert worden. Bereits diese Aufforderung zur Nachreichung des Zertifikates hätte bei richtiger Sichtweise nicht erfolgen dürfen, weil die Nichtvorlage des Zertifikates mit dem Angebot bereits einen unbehebbarer Mangel darstelle. Die Antragstellerin habe mit dem Angebot bereits im Begleitschreiben darauf hingewiesen, dass das Zertifikat nachgereicht werde und habe sich dabei unzutreffender Weise auf ein Telefonat mit Herrn F*** bezogen, nach welchem eine Nachreichung des Zertifikates besprochen worden sein soll. Eine solche Besprechung hinsichtlich des Zertifikats sei aber tatsächlich nicht

erfolgt. Herr F*** habe nur mitgeteilt, dass gewisse Nachweise wie zB Strafregisterbescheinigungen usw. grundsätzlich nachreichbar seien. Im Übrigen seien telefonische Anfragen unzulässig und sei auch eine Auskunft von Herrn F*** nicht verbindlich. In der Ausschreibung sei gefordert, dass das Prüfzertifikat bereits mit dem Angebot abzugeben sei, heiße es doch in Punkt 2.2 2. Absatz: "Die vom Bieter angebotene Zusammensetzung des Salzes ist durch eine im EU-Raum akkreditierte Prüfstelle bereits mit Angebotslegung zu bestätigen". Die Angebotsfrist habe am 10.10.2007 geendet, das nachträglich vorgelegte Prüfzertifikat der Antragstellerin datiere vom 19.10.2007. Die Antragstellerin habe daher für die Ausarbeitung ihres Angebots - wolle man die Mängelbehebung zulassen - einen größeren Zeitraum als alle Mitbewerber. Wie der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 25.2.2004, Zahl 2003/04/0186, ausdrücklich ausführe, liege ein behebbarer Mangel dann nicht vor, wenn durch eine Mängelbehebung eine wenn auch nur mittelbare materielle Verbesserung der Wettbewerbsstellung insofern eintreten würde, als damit nicht alle Bieter nach der Veröffentlichung der Bekanntmachung über den selben Zeitraum verfügen würden, um ihre Angebote auszuarbeiten, durch die Möglichkeit der Mängelbehebung dem diesbezüglichen Bieter ein größerer Zeitraum zur Ausarbeitung seines Angebots eingeräumt würde. Gerade dieser Fall liege jedoch hier vor, habe doch die Antragstellerin zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe bereits angekündigt und im Begleitschreiben ausgewiesen, über das Zertifikat nicht zu verfügen. Selbst wenn man diese Ansicht nicht teile, sei die Antragstellerin der von der Auftraggeberin vorsichtshalber vorgenommenen Aufforderung zur Mängelbehebung jedoch nicht ausschreibungskonform nachgekommen, da das nachgereichte Prüfzertifikat keinen Nachweis darüber darstelle, dass die Antragstellerin bereits im relevanten Zeitpunkt der Angebotsöffnung die nachgefragten Eignungsanforderungen erfüllt habe.

Das von der Antragstellerin nachträglich vorgelegte Prüfzertifikat sei darüber hinaus mit 19.10.2007 datiert, daher erst nach dem relevanten Zeitpunkt der Angebotsöffnung angefertigt und daher nicht geeignet, die Zusammensetzung des angebotenen Salzes im relevanten Zeitpunkt der Angebotsöffnung zu belegen. Die Antragstellerin habe durch die nachträgliche Vorlage dieses Prüfzertifikates nicht nur einen fehlenden Eignungsnachweis nicht ausschreibungskonform nachgereicht, sondern insbesondere dargetan, dass sie im Zeitpunkt der Angebotslegung noch über keinen Nachweis über die angebotene Zusammensetzung des Salzes verfüge und damit diese bewertungsrelevante Zusammensetzung ausschreibungswidriger Weise nicht bestätigen könne.

Der Nachweis über die Zusammensetzung des angebotenen Salzes sei unter Punkt 9.2.3 (Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit) des Teils A der Ausschreibung gefordert. Dieser Nachweis habe jedenfalls spätestens am 10.10.2007 vorliegen müssen, d.h. dem Datum der Angebotsöffnung, auf welches gemäß § 69 Z 1 BVergG abzustellen sei. Darüber hinaus gehe aus dem vorgelegten Prüfzertifikat nicht hervor, dass es sich dabei um einen Prüfbericht über die von der Antragstellerin angebotene Zusammensetzung des Salzes handle, vielmehr würden die angegebenen Resultate im Vergleich zu den von der Antragstellerin im Teil D der Ausschreibungsunterlage gemachten Angaben nur den Schluss zulassen, dass bei der zertifizierten Prüfung nicht die Qualität des angebotenen Salzes untersucht worden sei, sondern ein anderes, nicht angebotenes Salz. Der Nachweis über die Zusammensetzung des angebotenen Salzes sei unter Punkt 9.2.3 (Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit) des Teils A der Ausschreibung gefordert. Dieser Nachweis habe jedenfalls spätestens am 10.10.2007 vorliegen müssen, d.h. dem Datum der Angebotsöffnung, auf welches gemäß Paragraph 69, Ziffer eins, BVergG abzustellen sei. Darüber hinaus gehe aus dem vorgelegten Prüfzertifikat nicht hervor, dass es sich dabei um einen Prüfbericht über die von der Antragstellerin angebotene Zusammensetzung des Salzes handle, vielmehr würden die angegebenen Resultate im Vergleich zu den von der Antragstellerin im Teil D der Ausschreibungsunterlage gemachten Angaben nur den Schluss zulassen, dass bei der zertifizierten Prüfung nicht die Qualität des angebotenen Salzes untersucht worden sei, sondern ein anderes, nicht angebotenes Salz.

In Punkt 2.2 des Teiles C der Ausschreibungsunterlage sei ausdrücklich klargestellt, dass "Abweichungen von Angaben im Prüfzertifikat [...] vom Bieter so nachvollziehbar erläutert werden [müssen], dass für die vergebende Stelle eine entsprechende Beurteilung der Abweichung im Rahmen der Angebotsprüfung ohne eine weitere technische Prüfung möglich ist." Diese Formulierung schließe eine weitere verbindliche schriftliche Aufklärung geradezu aus, um von vornherein eine nachträgliche Manipulation eines Bieters an der bewertungsrelevanten angebotenen Zusammensetzung des Salzes zu verhindern. Vielmehr sei aufgrund dieser ausdrücklichen Vorgabe darauf zu

schließen, dass eine nachvollziehbare Erläuterung zu Abweichungen von Angaben im Prüfzertifikat bereits mit dem Angebot erfolgen hätte müssen, was wiederum voraussetze, dass ein entsprechendes Prüfzertifikat bereits im Zeitpunkt der Angebotslegung vorliege.

Da die Antragstellerin somit zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung nicht über ein entsprechendes Prüfzertifikat verfügt habe, habe sie ihre davon abweichenden Angaben auch nicht bereits mit dem Angebot nachvollziehbar erläutert. Auch dabei handle es sich um einen unbehebbarer Mangel, da die Antragstellerin durch eine nachträgliche Erläuterung auf die im Rahmen der Zuschlagskriterien bewertete Zusammensetzung des Salzes Einfluss nehmen könnte. Auch aus diesem Grund sei die Antragstellerin nicht - nachdem sie bereits einmal zur Mängelbehebung aufgefordert worden war - zu einer weiteren Aufklärung von Unklarheiten im Bezug auf ihr nachträglich vorgelegtes Prüfzertifikat aufzufordern gewesen. Allfällige nachvollziehbare Erläuterungen zu den Angaben im Prüfzertifikat bzw, im Angebot seien vielmehr aufgrund deren Bewertungsrelevanz bereits spätestens mit Angebotslegung vorzulegen gewesen. Bereits aus diesen Gründen sei das Angebot der Antragstellerin vergaberechtskonform ausgeschieden worden, da bei der Antragstellerin die geforderte technische Leistungsfähigkeit nicht gegeben sei (§ 129 Abs. 1 Z 2 BVergG) und es sich dabei um ein unvollständiges Angebot handle, deren Mängel nicht behoben wurden bzw. nicht behebbar seien (§ 129 Abs. 1 Z 7 BVergG). Gemäß Punkt 2.2 des Teiles C der Ausschreibungsunterlage seien Angebote nicht zuzulassen, die insgesamt mehr als 100 % Inhaltsstoffe aufweisen. Wenn die Antragstellerin nunmehr hervorhebe, dass aus dem Original - Prüfzertifikat eine andere Maßeinheit für die Feuchtigkeit hervorgehen würde, sei ihr entgegen zu halten, dass ein fachkundiger Leser dieses Prüfzertifikates dieses in einem Sinn verstehen habe müssen, wonach dieses Prüfzertifikat über die angebotene Zusammensetzung des Salzes mehr als 100 % Inhaltsstoffe aufweise. Wollte man jedoch der Argumentation der Antragstellerin folgen und eine Unterscheidung nach Maßeinheiten vornehmen, so sei mit dem nachträglich vorgelegten Prüfzertifikat keinesfalls nachgewiesen, dass die Antragstellerin die im Punkt 2.3.1 des Teiles C der Ausschreibungsunterlage verlangten Mindestanforderungen für auftauwirksame Substanzen erfülle. Sollten sich die angegebenen Prozentanteile lediglich auf die Trockensubstanz beziehen, sei unter der Prämisse unterschiedlicher Maßeinheiten nicht der Nachweis erbracht worden, dass die "Summe aus NaCl und Ca-Mg-Chlorid zumindest 98,00 Gewichtsprozent erreicht", da sich der angegebene Wert von 99,8 lediglich auf eine andere Maßeinheit (Trockensubstanz) beziehe. Trotz Aufforderung zur Mängelbehebung mit Schreiben vom 18.10.2007 seien daher die aufgetretenen Mängel nicht entsprechend behoben worden, weshalb auch aus diesem Grund jedenfalls ein Ausscheidungsgrund verwirklicht worden sei. Da die Antragstellerin somit zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung nicht über ein entsprechendes Prüfzertifikat verfügt habe, habe sie ihre davon abweichenden Angaben auch nicht bereits mit dem Angebot nachvollziehbar erläutert. Auch dabei handle es sich um einen unbehebbarer Mangel, da die Antragstellerin durch eine nachträgliche Erläuterung auf die im Rahmen der Zuschlagskriterien bewertete Zusammensetzung des Salzes Einfluss nehmen könnte. Auch aus diesem Grund sei die Antragstellerin nicht - nachdem sie bereits einmal zur Mängelbehebung aufgefordert worden war - zu einer weiteren Aufklärung von Unklarheiten im Bezug auf ihr nachträglich vorgelegtes Prüfzertifikat aufzufordern gewesen. Allfällige nachvollziehbare Erläuterungen zu den Angaben im Prüfzertifikat bzw, im Angebot seien vielmehr aufgrund deren Bewertungsrelevanz bereits spätestens mit Angebotslegung vorzulegen gewesen. Bereits aus diesen Gründen sei das Angebot der Antragstellerin vergaberechtskonform ausgeschieden worden, da bei der Antragstellerin die geforderte technische Leistungsfähigkeit nicht gegeben sei (Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG) und es sich dabei um ein unvollständiges Angebot handle, deren Mängel nicht behoben wurden bzw. nicht behebbar seien (Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG). Gemäß Punkt 2.2 des Teiles C der Ausschreibungsunterlage seien Angebote nicht zuzulassen, die insgesamt mehr als 100 % Inhaltsstoffe aufweisen. Wenn die Antragstellerin nunmehr hervorhebe, dass aus dem Original - Prüfzertifikat eine andere Maßeinheit für die Feuchtigkeit hervorgehen würde, sei ihr entgegen zu halten, dass ein fachkundiger Leser dieses Prüfzertifikates dieses in einem Sinn verstehen habe müssen, wonach dieses Prüfzertifikat über die angebotene Zusammensetzung des Salzes mehr als 100 % Inhaltsstoffe aufweise. Wollte man jedoch der Argumentation der Antragstellerin folgen und eine Unterscheidung nach Maßeinheiten vornehmen, so sei mit dem nachträglich vorgelegten Prüfzertifikat keinesfalls nachgewiesen, dass die Antragstellerin die im Punkt 2.3.1 des Teiles C der Ausschreibungsunterlage verlangten Mindestanforderungen für auftauwirksame Substanzen erfülle. Sollten sich die angegebenen Prozentanteile lediglich auf die Trockensubstanz beziehen, sei unter der Prämisse unterschiedlicher Maßeinheiten nicht der Nachweis erbracht worden, dass die "Summe aus NaCl und Ca-Mg-Chlorid zumindest 98,00 Gewichtsprozent erreicht", da sich der angegebene Wert von 99,8 lediglich auf eine andere Maßeinheit

(Trockensubstanz) beziehe. Trotz Aufforderung zur Mängelbehebung mit Schreiben vom 18.10.2007 seien daher die aufgetretenen Mängel nicht entsprechend behoben worden, weshalb auch aus diesem Grund jedenfalls ein Ausscheidensgrund verwirklicht worden sei.

Das nachträglich vorgelegte Prüfzertifikat schlüsse auch die Zusammensetzung des Salzes nicht - wie in Punkt 2.2 des Teils C der Ausschreibung vorgesehen - auf. Auch der zum Sulfatgehalt im Prüfzertifikat angegebene Wert entspreche nicht den Vorgaben der Ausschreibungsunterlagen unter Berücksichtigung der Fragebeantwortung vom 03.10.2007, da auch aus der Angabe 0,10 % bezüglich Trockensubstanz nicht überprüft werden könne, ob der im Punkt 2.3.1 des Teiles C der Ausschreibungsunterlage festgelegte Grenzwert von < 10.000 mg/kg erfüllt sei. Auch aus diesem Grund sei das Angebot wegen einer unzureichenden Mängelbehebung durch die Antragstellerin auszuscheiden. Dies umso mehr, als sich der für den Sulfatgehalt im Prüfzertifikat ausgewiesene Wert von 0,10 % nach dem Vorbringen der Antragstellerin auf eine andere Maßeinheit (Trockensubstanz) bezogen habe. Entgegen der Ansicht der Antragstellerin sei diese keinesfalls noch einmal zu einer Mängelbehebung aufzufordern gewesen, da § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG in diesem Fall (unzureichende Mängelbehebung) die Ausscheidenssanktion für das Angebot vorsehe. Das nachträglich vorgelegte Prüfzertifikat schlüsse auch die Zusammensetzung des Salzes nicht - wie in Punkt 2.2 des Teils C der Ausschreibung vorgesehen - auf. Auch der zum Sulfatgehalt im Prüfzertifikat angegebene Wert entspreche nicht den Vorgaben der Ausschreibungsunterlagen unter Berücksichtigung der Fragebeantwortung vom 03.10.2007, da auch aus der Angabe 0,10 % bezüglich Trockensubstanz nicht überprüft werden könne, ob der im Punkt 2.3.1 des Teiles C der Ausschreibungsunterlage festgelegte Grenzwert von < 10.000 mg/kg erfüllt sei. Auch aus diesem Grund sei das Angebot wegen einer unzureichenden Mängelbehebung durch die Antragstellerin auszuscheiden. Dies umso mehr, als sich der für den Sulfatgehalt im Prüfzertifikat ausgewiesene Wert von 0,10 % nach dem Vorbringen der Antragstellerin auf eine andere Maßeinheit (Trockensubstanz) bezogen habe. Entgegen der Ansicht der Antragstellerin sei diese keinesfalls noch einmal zu einer Mängelbehebung aufzufordern gewesen, da Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG in diesem Fall (unzureichende Mängelbehebung) die Ausscheidenssanktion für das Angebot vorsehe.

Da das Angebot der Antragstellerin somit vergaberechtskonform ausgeschieden worden sei, sei die Zuschlagsentscheidung rechtskonform an die verbliebene Bieterin erteilt worden. Ungeachtet dessen sei auf die mittlerweile ständige Rechtsprechung des VwGH und insbesondere auf das Erkenntnis vom 28.03.2007, 2005/04/0200, hinzuweisen, wonach einem ausgeschiedenen bzw. auszuscheidenden Bieter keine Antragslegitimation hinsichtlich der Anfechtung der Zuschlagsentscheidung zu Gunsten eines Mitbewerbers zukomme. Es werde daher beantragt, den Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung zurückzuweisen. Aus den genannten Gründen werde daher beantragt, sämtliche mit verfahrenseinleitendem Schriftsatz vorn 08.11.2007 gestellten Anträge mit Ausnahme des Antrags auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung abzuweisen. Hinsichtlich des Antrags auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung werde die Zurückweisung beantragt. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin führte mit Schriftsatz vom 13. November 2007 aus, richtig sei, dass die B*** AG einen Nachprüfungsantrag vor Zuschlagserteilung erhoben habe u. a. wegen unsachlicher Gestaltung der Zuschlagskriterien. Die B*** AG sei daraufhin durch Zuschlagsentscheidung auf ihr Angebot klaglos gestellt worden und habe allein aus diesem Grund ihren Antrag zurückgezogen, sodass eine Aufhebung der Zuschlagsentscheidung nunmehr gegen Treu und Glauben und die vorvertraglichen Pflichten der ASFINAG der B*** gegenüber verstoße und daher unzulässig sei. Der Antragstellerin fehle jede Sachlegitimation, weil sie ein ausschreibungswidriges Produkt angeboten habe, weshalb ihr Angebot für den Zuschlag nicht in Betracht komme. Im Teil C der Leistungsbeschreibung, Seite 4/7, Punkt 2.3 sei als Qualitätsmerkmal folgendes vorgesehen "Es wird ausschließlich Auftausalz in Form von NaCl zugelassen". Durch diese technisch und chemisch völlig eindeutige Spezifikation habe die ASFINAG unmissverständlich klargemacht, dass sie ausschließlich Siedesalz beschaffen wolle. Jedes andere Salz, insbesondere Steinsalz, weise Beimengungen anderer Salzarten auf. Diese Salzarten seien zwar in geringerem Maß noch auftauwirksam, es handle sich auch zB um Kalium-, Magnesium- und Calciumchloride, aber eben nicht um "NaCl", also um das geforderte reine Natriumchlorid, weshalb das Angebot der Antragstellerin auszuscheiden sei. Dies ergebe sich schon aus der Aktenlage, sodass sowohl die einstweilige Verfügung als auch der Hauptsachenantrag abzuweisen seien.

Durch einen groben Fehler der vergebenden Stelle seien die Zuschlagskriterien objektiv ungeeignet. Die ASFINAG habe in Teil A, Punkt 25.2.2 Kriterium Qualität, bei der Formel zur Berechnung der Punkte, die bei diesem Zuschlagskriterium erreicht werden können, Zähler und Nenner vertauscht. 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. Der Auftraggeber habe das Schlechtestbieterprinzip ausgeschrieben. Ein derartiges Zuschlagskriteriensystem sei denkmöglich und niemals dazu geeignet, einen Bestbieter zu ermitteln. Es handle sich um einen massiven Wurzelmangel.

Daher bestehe die einzige legale Möglichkeit, die Auftausalzversorgung der österreichischen Autobahnen im Bereich der gegenständlichen Versorgungsgesellschaft für den kommenden Winter noch aufrecht zu erhalten, darin, alle anderen Angebote als jene der B*** AG auszuschneiden und der B*** den Zuschlag zu erteilen. Nur dann, wenn alle Angebote ausgeschieden würden, entfalte diese grob sinnstörende und unbehebbar Fehlerhaftigkeit der Ausschreibungsbedingungen keine Rechtswirkung. Wenn es nur mehr einen Bieter gebe, dann seien die Regeln über die Zuschlagskriterien und insbesondere das Punktesystem nicht anwendbar. In diesem Fall bestehe zwar der grobe Rechtsverstoß fort, könne aber nicht mehr als Grundlage für die Nichtigerklärung einer Auftraggeberentscheidung genommen werden, weil § 325 (1) Z 2 BvergG 2006 fordere, dass die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss sei. Der vorliegende Fall sei damit ein Lehrbuchbeispiel für einen ganz krassen Vergabeverstoß durch den Auftraggeber. Das Schlechtestbieterprinzip negiere alle vergaberechtlichen Grundsätze, gleichzeitig sei die Zuschlagserteilung auf das Angebot der B*** AG der einzige rechtmäßige Ausweg aus dieser erheblichen Krise. Die Rechtswidrigkeit sei in diesem und nur in diesem Fall von keinerlei Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens. Daher bestehe die einzige legale Möglichkeit, die Auftausalzversorgung der österreichischen Autobahnen im Bereich der gegenständlichen Versorgungsgesellschaft für den kommenden Winter noch aufrecht zu erhalten, darin, alle anderen Angebote als jene der B*** AG auszuschneiden und der B*** den Zuschlag zu erteilen. Nur dann, wenn alle Angebote ausgeschieden würden, entfalte diese grob sinnstörende und unbehebbar Fehlerhaftigkeit der Ausschreibungsbedingungen keine Rechtswirkung. Wenn es nur mehr einen Bieter gebe, dann seien die Regeln über die Zuschlagskriterien und insbesondere das Punktesystem nicht anwendbar. In diesem Fall bestehe zwar der grobe Rechtsverstoß fort, könne aber nicht mehr als Grundlage für die Nichtigerklärung einer Auftraggeberentscheidung genommen werden, weil Paragraph 325, (1) Ziffer 2, BvergG 2006 fordere, dass die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss sei. Der vorliegende Fall sei damit ein Lehrbuchbeispiel für einen ganz krassen Vergabeverstoß durch den Auftraggeber. Das Schlechtestbieterprinzip negiere alle vergaberechtlichen Grundsätze, gleichzeitig sei die Zuschlagserteilung auf das Angebot der B*** AG der einzige rechtmäßige Ausweg aus dieser erheblichen Krise. Die Rechtswidrigkeit sei in diesem und nur in diesem Fall von keinerlei Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens.

Auszugehen sei davon, dass die B*** AG das einzige rechtmäßige, vollständige und richtige Angebot gelegt habe und daher auf keinen Fall ausgeschieden werden könne. Daraus folge, dass die Angebote aller anderen Bieter auszuschneiden seien. Nur so gelinge es, die Anwendung der grob fehlerhaften Zuschlagskriterien zu vermeiden. Die Rechtsposition der Antragstellerin sei nicht beeinträchtigt, weil es ihr freigestanden sei, die Zuschlagskriterien rechtzeitig zu bekämpfen, wie dies die B*** AG dadurch getan habe, dass sie einen rechtzeitigen Vergabekontrollantrag, gestützt unter anderem durch den klaren Hinweis darauf, dass die Zuschlagskriterien unsachlich seien, eingebracht habe, der letztlich durch die Klaglosstellung mit der bekämpften Zuschlagsentscheidung auch erfolgreich gewesen sei. Die Antragstellerin könne daher ihren Antrag nicht mit der Begründung aufrecht halten, dass sie bei Widerruf und Neuausschreibung mit neuen besseren Zuschlagskriterien bessere Chancen habe. Dadurch werde in den Wettbewerb eingegriffen und einem Bieter eine neue Chance zum Mitbieten mit womöglich noch niedrigeren Preisen geboten, der in einem Wettbewerb bereits verloren habe. Der Widerruf einer Ausschreibung sei daher eine äußerst sensible Angelegenheit, da dadurch das Wettbewerbsergebnis auf jeden Fall irreversibel geschädigt werde. Die Rechtswidrigkeit der Ausschreibungsbedingungen und der Zeitdruck seien von der ASFINAG grob fahrlässig verursacht worden. Seit Jahren werde nahezu jede Auftausalzvergabe aufgrund des harten Wettbewerbes angefochten, so auch im Vorjahr. Die ASFINAG hätte daher ihr Vergabeverfahren für die jetzigen Winterlieferungen spätestens im Frühjahr des Jahres 2007 beginnen müssen, habe sie doch sowohl mit der Anfechtung der Ausschreibungsbedingungen, als auch mit der Anfechtung jeder Zuschlagsentscheidung als sachkundiger und leidgeprüfter Auftraggeber unter Zugrundelegung besonders der konkreten Marktkenntnisse, die sie schon aus den vorgehenden Vergabeverfahren gewonnen habe, rechnen müssen. Der Ausschreibungsfehler selbst indiziere ebenfalls grobes Verschulden. In dieser Situation sei ein Widerruf und eine Durchführung eines Verhandlungsverfahrens wegen "Notstand" unzulässig, weil die Notlage von der ASFINAG grob fahrlässig herbeigeführt worden sei. Im Fall des Widerrufs sei daher ausschließlich ein ordnungsgemäßes, offenes Verfahren zulässig, in dem sowohl die

Ausschreibungsbedingungen als auch jede andere anfechtbare Entscheidung angefochten werden können. Außerdem sei der Widerruf rechtswidrig, weil dadurch die B*** um den ihr zustehenden Zuschlag gebracht würde, sodass ein Widerruf jedenfalls von der B*** bekämpft werden müsse, schon um die gesetzliche Präklusion der Schadenersatzansprüche (z. B. auf das Erfüllungsinteresse) zu vermeiden. Fallweise werde die Ansicht vertreten, dass die ASFINAG sich hier durch Widerruf der Ausschreibung und anschließende Durchführung eines Verhandlungsverfahrens aus der Ausweglosigkeit befreien könne. Dies sei unzulässig, weil der Fehler ja von der ASFINAG selbst verursacht worden sei. Es gebe keinerlei Rechtsgrund für die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens. Bedenke man, dass in diesem Fall die Beschaffung des Auftausalzes rechtmäßig vor Ende des Winters wenig wahrscheinlich sei, werde offenbar, dass ganz überragend öffentliche Sicherheitsinteressen an der Aufrechterhaltung des Autobahnverkehrs im gegenständlichen Versorgungsgebiet gegen die Erlassung der EV sprechen, sodass auch der Antrag auf Zurückweisung des Antrages auf einer EV sachlich gerechtfertigt sei.

Weiter spreche gegen den Antrag der Hauptsache, dass das Angebot zu Recht ausgeschieden worden sei, weil die Tatbestände, die das Ausscheiden rechtfertigen, erwiesen seien. Die Bankgarantie sei exakt spezifiziert gewesen, drei Bankarbeitstage seien etwas ganz anderes als drei Tage. Wenn zB die von der Antragstellerin vorgelegte Bankgarantie am 31.10.2007 geltend gemacht worden wäre, so würde die dreitägige Zahlungsfrist am 03.11.2007, einem Werktag (Samstag), enden. Drei Bankarbeitstage bedeuten aber hier den 07.11.2007 und damit das Doppelte. Darin sei eine unzulässige Abweichung von den Ausschreibungsbedingungen gelegen, die allein per se schon zum Ausscheiden des Angebotes zwingen. Auch das Referenzprojekt reiche nicht, die Ausschreibungserfordernisse zu erfüllen. Das Angebot der Antragstellerin komme daher keinesfalls für den Zuschlag in Betracht, sodass sich daraus schon die Abweisung aller Anträge ergebe.

Zum Schaden werde ausgeführt, dass die B*** einen Schaden dadurch erleide, dass sie die zugeschlagenen Mengen jetzt vorhalten und diese Mengen einlagern müsse. Im günstigsten Fall würden lediglich Lagerkosten von geschätzt 6% der Auftragssumme (für einen Winter) anfallen. Im ungünstigsten Fall entgehe ihr die Möglichkeit, Salz am Spotmarkt zu einem günstigen Preis zuzukaufen, dann betrage der Schaden die Differenz zwischen dem Wert des Salzes in der Urproduktion und dem dann niedrigeren Zukaufpreis; dies gelte insbesondere für einen milden Winter, wenn im Februar oder März die Lager voll seien; hier könne der Preisunterschied schon einmal 30,00 pro Tonne betragen. Damit sei der Schaden der B*** in jedem Fall so erheblich, dass er schon für sich genommen die Erlassung der EV inhibiere. Dazu würden noch die im Vorverfahren geltend gemachten Schäden im Falle des tatsächlichen Verlustes des Auftrages kommen. Auf dieses Vorbringen werde hier aus Vereinfachungs- und Zeitgründen wiederholend Bezug genommen, sodass es auch als Vorbringen in diesem Verfahren gelte.

Zur Rechtmäßigkeit des Ausscheidens des Angebotes der Antragstellerin werde ausgeführt, wenn die Antragstellerin vorbringe, ihr Salz weise einen Anteil von 0,23 % Feuchtigkeit auf, dann gestehe sie damit den Tatbestand für das Ausscheiden ihres Angebotes geradezu selbst zu. Zum einen sei die Darstellung des Absolutgehaltes aller Inhaltsstoffe gefordert, die Summe aller Absolutgehalte einer Ware könne nie mehr als 100 % ausmachen. Zum anderen liefere jede verständige Interpretation dasselbe Ergebnis: wenn gefordert werde, dass das Angebot nicht mehr als 100 % Inhaltsstoffe aufweisen dürfe, dann gehöre unbestreitbar auch Wasser zu den Inhaltsstoffen. Es sei geradezu absurd, die zuschlagsrelevante, im Punktesystem bewertete Feuchtigkeit, also die faktisch gar nicht unerhebliche Menge Wasser, die sich im Produkt befindet, nicht mitzuzählen und so das Produkt schön zu rechnen. Die ASFINAG habe daher das Angebot der Antragstellerin zu Recht ausgeschieden, wobei eine verbindliche schriftliche Aufklärung dieser Tatsache objektiv unmöglich sei. Das gegenständliche Vergabeverfahren sei dadurch gekennzeichnet, dass einige dem Grunde nach eher einfache mathematische Operationen wie Divisionen und Additionen gefragt seien, die uneindeutig in den Ausschreibungsbedingungen beschrieben worden seien. Derart einfache Rechenoperationen seien den Bietern zumutbar.

Wenn verlangt werde, dass ein von einer zertifizierten Prüfinstanz ausgestelltes Attest keine Summe von Inhaltsstoffen von mehr als 100 % aufweise, sei dies keine übertriebene Forderung. Die Verlässlichkeit und Leistungsfähigkeit von Bietern, die selbst diese einfachen, begründeten Regeln nicht erfüllen können, sei fragwürdig, das Angebot widerspreche der Ausschreibung und sei daher klar auszuschneiden. Wenn durch die Nachsendung die Angabe des Sulfatgehaltes in Milligramm pro Kilogramm gefordert worden sei, so stelle die Abweichung von dieser ausdrücklich schriftlich und eindeutig erhobenen Forderung des AG einen weiteren klaren Tatbestand für das Ausscheiden des

Angebotes dar, der keiner Aufklärung zugänglich sei. Die Antragstellerin bestritt mit Schriftsatz, protokolliert am 28. November 2007, das Vorbringen der Auftraggeberin sowie das Vorbringen der mitbeteiligten Partei und führte aus, die Auftraggeberin behaupte, dass die Ausscheidensentscheidung durch folgende vier Punkte gerechtfertigt sei:

- -Strichaufzählung
das vorgelegte Prüfzertifikat sei nachträglich vorgelegt worden,
- -Strichaufzählung
das Prüfzertifikat weise angeblich mehr als 100 % an Salzbestandteilen auf das vorgelegte Prüfzertifikat weise eine andere Qualität als das angebotene Salz auf und
- -Strichaufzählung
das vorgelegte Prüfzertifikat weiche von den Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen ab.

Die Voraussetzungen für ein Ausscheiden aus den genannten Gründen liegen jedoch aus folgenden Gründen nicht vor: Zur nachträglichen Vorlage des Prüfzertifikats werde ausgeführt, richtig sei, dass die Antragstellerin von der Auftraggeberin mit Fax vom 16.10.2007 aufgefordert worden sei, gemäß Punkt 9.2,3, Teil A, der Ausschreibungsunterlage den Nachweis für die angebotene Zusammensetzung des Salzes durch ein im EU-Raum akkreditierte Prüfanstalt binnen 7 Tagen zu erbringen. Die Auftraggeberin sei dabei vollkommen im Einklang mit ihren eigenen Festlegungen in der Ausschreibungsunterlage vorgegangen, habe sie doch unter Punkt 9.2, Teil A, der Ausschreibungsunterlage ausdrücklich festlegt: "Mit dem Angebot sind die nachfolgend genannten Nachweise vorzulegen. Werden diese dem Angebot nicht vollständig beigelegt so sind diese auf Aufforderung durch den Auftraggeber binnen 7 Tagen bei sonstiger Ausscheidung des Angebots nachzureichen."

Daraus folge, dass die Auftraggeberin zur Nachforderung des Prüfzertifikats sogar verpflichtet gewesen sei und die Antragstellerin das Prüfzertifikat, welches innerhalb der gesetzten Frist, konkret am 22.10.2007, der Auftraggeberin übermittelt worden sei, nachreichen habe dürfen. Das Prüfzertifikat der C*** sei daher bei der Angebotsprüfung zu berücksichtigen.

Darüber hinaus handle sich bei der Nichtvorlage eines Nachweises betreffend die Eignung nach ständiger Rechtsprechung ohnehin um einen behebbaren Mangel; das Prüfzertifikat habe daher auch aus diesem Grund nachgereicht werden dürfen. Auch der einschlägigen Literatur sei unzweifelhaft zu entnehmen, dass Mängel im Zusammenhang mit der Eignung stets einer Mängelbehebung zugänglich sein müssen. Letztlich seien mit der Nachreichung auch keine Änderungen der Wettbewerbsstellung verbunden: Das - nicht bewertungsrelevante - Zertifikat bestätige ja nur die Zusammensetzung des angebotenen und nach Ende der Angebotsfrist unveränderlichen Salzes. Eine Änderung des angebotenen Salzes - die Bestandteile seien vom Bieter im Formular "Qualitätsanbot" anzugeben gewesen - sei daher durch ein bloßes Zertifikat über dessen Qualität daher nicht möglich.

Zudem sei der Auftraggeberin bzw. der vergebenden Stelle die hohe Qualität des von der Antragstellerin angebotenen Auftausalzes vollinhaltlich bekannt; so habe die Auftraggeberin das von der Antragstellerin angebotene Salz in der Vergangenheit sogar schon verwendet und kenne auch den Lieferanten der Antragstellerin, in concreto habe die J*** Srl und die Antragstellerin die mitbeteiligte Partei beliefert, welche das Salz wiederum an die Auftraggeberin verkauft habe. Letztlich habe die Antragstellerin das gegenständliche Salz auch schon in früheren Ausschreibungen der vergebenden Stelle angeboten und dabei ebenso Zertifikate der C*** vorgelegt.

Zum Vorwurf das Prüfzertifikat weise mehr als 100 % an Salzbestandteilen auf, sei auszuführen, dass die Argumentation der Auftraggeberin völlig ins Leere gehe. Dies werde ausdrücklich durch die Stellungnahmen von Herrn Univ.-Doz. Dr. G***, Fakultät für Technische Chemie, Technischen Universität Wien, sowie von der C***, der das Prüfzertifikat ausstellenden akkreditierten Prüfanstalt, bestätigt. Das Prüfzertifikat weise demnach nicht mehr als 100% an Salzbestandteilen auf. Vielmehr müsse es auch für die Auftraggeberin offenkundig sein, dass das C***-Zertifikat im Hinblick auf die Resultate der Probe verschiedene Maßeinheiten unterscheide (arg: "% bez. Trockensubstanz" und "%"). Aber auch wenn dies für die Auftraggeberin tatsächlich nicht offenkundig gewesen sei, so wäre die Auftraggeberin zwingend zur Aufklärung verpflichtet gewesen.

Das "Nichtverstehen" des Prüfzertifikates seitens der Auftraggeberin erscheine nur vor dem Hintergrund der Stellungnahme der mitbeteiligten Partei erklärbar. Diese habe selbst vorgebracht, dass die Auftraggeberin auf Grund einer "Klaglosstellung" in einem frühere Nachprüfungsverfahren verpflichtet sei, ihr den - vergaberechtswidrigen - Zuschlag zu erteilen.

Zum Vorwurf, das vorgelegte Prüfzertifikat weise eine andere Qualität als das angebotene Salz auf, sei auszuführen, dass im Angebot von den Bietern die Zusammensetzung des angebotenen Salzes anzugeben gewesen sei. Seitens der

Antragstellerin sei dabei die Summe der auftauwirksamen Substanzen (NaCl, Ca-Mg-K-Chlorid) mit 99,5% angegeben worden. Aus der Stellungnahme von Herrn Univ.-Doz. Dr. G*** folge, dass auch das Prüfzertifikat bezogen auf den Gesamtgehalt einen NaCl -Anteil von 99,57% ausweise, sodass die Angaben grundsätzlich übereinstimmen und das Prüfzertifikat demnach keine andere Qualität ausweise. Wenn überhaupt, so weise das Prüfzertifikat lediglich eine bessere Qualität, also einen höheren Anteil an auftauwirksamen Substanzen, aus. Dies sei im gegebenen Zusammenhang selbstverständlich nicht schädlich und stelle keinen Ausscheidungsgrund dar.

Die angebotene Zusammensetzung des Salzes sei durch ein Zertifikat zu "bestätigen" gewesen. Der Sinn einer solchen Bestätigung habe aus Auftraggebersicht in der Sicherstellung gelegen, dass keine schlechtere Qualität geliefert werde, als von den Bietern angeboten und von der Auftraggeberin bewertet worden sei. Durch die Zertifikate habe also bewiesen werden sollen, dass die im Angebot angegebenen Werte zumindest erreicht werden können.

Laut den Ausschreibungsunterlagen seien folgende Werte maßgeblich:

- -Strichaufzählung
98 % (Mindestanforderung an auftauwirksame Substanzen im Salz)
- -Strichaufzählung
99,4 % als maximale Summe an bewertungsrelevanten auftauwirksamen Substanzen; d.h. Angebote mit einem höheren Anteil erhalten ebenfalls nur das Punktemaximum von 6 Punkten.

Die Antragstellerin habe ein Salz mit einer Summe auftauwirksamer Substanzen von 99,5 % angeboten; damit sei sogar die - offenbar auf die mitbeteiligte Partei zugeschnittene - Grenze von 99,4 % überschritten.

Das Prüfzertifikat bestätige also die angebotene hohe Qualität unzweifelhaft. Dass dabei laut Prüfzertifikat sogar ein höherer Wert an auftauwirksamen Substanzen erreicht werden könne, sei für die Auftraggeberin vorteilhaft und nicht schädlich. Weder das BVergG noch die konkreten Ausschreibungsunterlagen verbieten es einem Bieter, sicherheitshalber eine geringere Qualität zu garantieren, als laut Prüfzertifikat tatsächlich erreicht werden könne. Entscheidend sei, dass durch eine im EU-Raum akkreditierte Stelle bestätigt werde, dass die angebotenen 99,5 % mindestens erreicht werden können. Dies sei hier eindeutig der Fall.

In diesem Sinn bestimme Punkt 7.1 der Vertragsbestimmungen (Teil D der Ausschreibungsunterlage) auch, dass "der Auftragnehmer die in der Ausschreibungsunterlage festgelegten bzw. die von ihm angebotenen

Qualitätsanforderungen nicht unterschreiten" dürfe. Eine Überschreitung sei selbstverständlich mit keinerlei

Konsequenzen verbunden. Erreiche ein angebotenes Auftausalz laut Zertifikat also eine noch höhere Qualität als im Angebot angegeben, so stelle dies keinen Ausscheidungsgrund dar. Die Reaktion der Auftraggeberin, ein Angebot, welches sogar eine höhere Qualität als versprochen erreichen könne, auszuschließen, sei daher mehr als

verwunderlich. Letztlich widerspreche die Auftraggeberin mit der Ausscheidung ihren eigenen Festlegungen in der Ausschreibungsunterlage, vgl. Punkt 2.2, Teil C, wonach Abweichungen zwischen Prüfzertifikat und angebotenem Salz ausdrücklich zulässig seien. Wie auch bereits im Nachprüfungsantrag vom 8.11.2007 unter Punkt 6.1.2 dargelegt, treffe einen Bieter lediglich die Pflicht, allfällige Abweichungen zu erläutern; ein a priori -Ausschluss ohne der Antragstellerin eine Gelegenheit zu geben, allfällige Abweichungen zu erläutern, widerspreche daher den Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen und sei damit evident rechtswidrig.

In diesem Sinn bestimme Punkt 7.1 der Vertragsbestimmungen (Teil D der Ausschreibungsunterlage) auch, dass "der Auftragnehmer die in der Ausschreibungsunterlage festgelegten bzw. die von ihm angebotenen Qualitätsanforderungen nicht unterschreiten" dürfe. Eine Überschreitung sei selbstverständlich mit keinerlei Konsequenzen verbunden. Erreiche ein angebotenes Auftausalz laut Zertifikat also eine noch höhere Qualität als im Angebot angegeben, so stelle dies keinen Ausscheidungsgrund dar. Die Reaktion der Auftraggeberin, ein Angebot, welches sogar eine höhere Qualität als versprochen erreichen könne, auszuschließen, sei daher mehr als verwunderlich. Letztlich widerspreche die Auftraggeberin mit der Ausscheidung ihren eigenen Festlegungen in der Ausschreibungsunterlage, vergleiche Punkt 2.2, Teil C, wonach Abweichungen zwischen Prüfzertifikat und angebotenem Salz ausdrücklich zulässig seien. Wie auch bereits im Nachprüfungsantrag vom 8.11.2007 unter Punkt 6.1.2 dargelegt, treffe einen Bieter lediglich die Pflicht, allfällige Abweichungen zu erläutern; ein a priori -Ausschluss ohne der Antragstellerin eine Gelegenheit zu geben, allfällige Abweichungen zu erläutern, widerspreche daher den Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen und sei damit evident rechtswidrig.

Zur angeblichen Abweichung von den Vorgaben der Ausschreibungsunterlagen durch das Prüfzertifikat sei auszuführen, dass diese Behauptung unrichtig sei, zumal der Sulfatgehalt nicht in mg/kg ausgewiesen sei. Vielmehr werde einer fachkundigen öffentlichen Auftraggeberin die Bewältigung eines äußerst einfachen Rechenvorgangs (1000

mg/kg = exakt 0,1 %) zumutbar sein. Wie hierdurch - einem bloßen mathematischen Vorgang - nachträglich Einfluss auf die Qualität des angebotenen Salzes 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 mathematischer/chemischer Gesetzmäßigkeiten ändere nichts am angebotenen Auftausalz.

Ebenso sei unklar, warum laut Auftraggeberin dadurch eine Überprüfung der Erfüllung der Eignungsanforderungen unmöglich sei. Überdies verkenne die Auftraggeberin in diesem Zusammenhang die vergaberechtlich zwingend gebotene Trennung zwischen Einigungs- und Zuschlagskriterien; die Qualität des angebotenen Salzes diene ihr nämlich zur Überprüfung der Erfüllung der Eignungsanforderungen.

Weiters weiche die Auftraggeberin abermals von ihren eigenen Ausschreibungsbedingungen ab. Die Anfragebeantwortung vom 3.10.2007, Seite 4 iVm der Anfragebeantwortung vom 5.10.2007 lege nämlich, wie bereits im Nachprüfungsantrag vom 8.11.2007 unter Punkt 6.1.3.1. erläutert, unmissverständlich fest, dass die Maßeinheit "mg/kg" gewählt werden könne. Darüber hinaus sei festzuhalten, dass es in Italien Usance sei, die Zusammensetzung des Salzes in den ausgewiesenen Einheiten anzugeben. Würde man das von der Antragstellerin vorgelegte italienische Zertifikat als unzureichend oder fehlerhaft qualifizieren, würde dies jedenfalls eine Diskriminierung von (italienischen oder in Italien produzierenden) Herstellern und Lieferanten und damit einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot bedeuten. Zusätzlich sei darauf hinzuweisen, dass der Nachweis der Leistungsfähigkeit gemäß § 70 Abs 4 BVergG auch mit anderen als den vom Auftraggeber geforderten Unterlagen erbracht werden könne. Sohin liege der Verdacht nahe, dass die Umrechnung mit Absicht verweigert bzw nicht verstanden werde, um "künstlich" einen Ausscheidensgrund zu kreieren. Weiters weiche die Auftraggeberin abermals von ihren eigenen Ausschreibungsbedingungen ab. Die Anfragebeantwortung vom 3.10.2007, Seite 4 in Verbindung mit der Anfragebeantwortung vom 5.10.2007 lege nämlich, wie bereits im Nachprüfungsantrag vom 8.11.2007 unter Punkt 6.1.3.1. erläutert, unmissverständlich fest, dass die Maßeinheit "mg/kg" gewählt werden könne. Darüber hinaus sei festzuhalten, dass es in Italien Usance sei, die Zusammensetzung des Salzes in den ausgewiesenen Einheiten anzugeben. Würde man das von der Antragstellerin vorgelegte italienische Zertifikat als unzureichend oder fehlerhaft qualifizieren, würde dies jedenfalls eine Diskriminierung von (italienischen oder in Italien produzierenden) Herstellern und Lieferanten und damit einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot bedeuten. Zusätzlich sei darauf hinzuweisen, dass der Nachweis der Leistungsfähigkeit gemäß Paragraph 70, Absatz 4, BVergG auch mit anderen als den vom Auftraggeber geforderten Unterlagen erbracht werden könne. Sohin liege der Verdacht nahe, dass die Umrechnung mit Absicht verweigert bzw nicht verstanden werde, um "künstlich" einen Ausscheidensgrund zu kreieren.

Die Antragstellerin wäre der Auftraggeberin für die oben durchgeführte Aufklärung (1000 mg/kg = exakt 0,1 %) jedenfalls jederzeit zur Verfügung gestanden.

Zur unzulässigen Ausscheidensentscheidung wegen eines angeblich unzulässigen Prüfzertifikates werde ausgeführt, dass die Auftraggeberin auf Punkt 9.2.3, Teil A, der Ausschreibungsunterlage verwiesen habe, wonach der Bieter seine technische Leistungsfähigkeit durch die angebotene Zusammensetzung des Salzes sowie durch ein Referenzprojekt nachzuweisen habe; dabei sei die angebotene Zusammensetzung durch eine im EU-Raum akkreditierte Prüfanstalt zu bestätigen. Punkt 2.2., Teil A, der Ausschreibungsunterlage wiederhole die Verpflichtung der Bestätigung durch eine im EG-Raum akkreditierte Prüfstelle mit Angebotslegung und führe ergänzend aus, dass Angebote, die insgesamt mehr als 100 % Inhaltsstoffe aufweisen, nicht zugelassen würden; Abweichungen zwischen Prüfzertifikat und Angebot seien nachvollziehbar zu erläutern.

Mit dem angebotenen Salz habe daher die technische Leistungsfähigkeit und somit die Eignung nachgewiesen werden sollen; damit verstoße die Auftraggeberin einerseits klar gegen das Gebot der Trennung von unternehmensbezogenen Eignungs- und auftragsbezogenen Zuschlagskriterien (EuGH 20.9.1988, Rs 31/87; BVA 3.7.1998, F-5/98-17) und andererseits handle es sich bei den gemäß § 75 Abs 5 BVergG gelisteten Nachweisen um eine taxative Aufzählung; die Zusammensetzung einer angebotenen Ware, in diesem Falle von Salz, könne aber - mangels Erwähnung - keinesfalls dem Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit dienen. Mit dem angebotenen Salz habe daher die technische Leistungsfähigkeit und somit die Eignung nachgewiesen werden sollen; damit verstoße die Auftraggeberin einerseits klar gegen das Gebot der Trennung von unternehmensbezogenen Eignungs- und auftragsbezogenen Zuschlagskriterien (EuGH 20.9.1988, Rs 31/87; BVA 3.7.1998, F-5/98-17) und andererseits handle es sich bei den gemäß

Paragraph 75, Absatz 5, BVergG gelisteten Nachweisen um eine taxative Aufzählung; die Zusammensetzung einer angebotenen Ware, in diesem Falle von Salz, könne aber - mangels Erwähnung - keinesfalls dem Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit dienen.

Darüber hinaus bringe die Auftraggeberin in ihrer Stellungnahme vom 15.11.2007 vor, dass die Antragstellerin bereits mit dem Angebot die angebotene Zusammensetzung des Salzes zum Nachweis ausreichender technischer Leistungsfähigkeit hätte vorlegen müssen; auch hätte sie niemals zur Nachreichung des Prüfzertifikats auffordern dürfen, da es bei der Nichtvorlage des Zertifikats mit dem Angebot um einen unbehebbarer Mangel handle. Dies sei selbstverständlich unrichtig; wie ausgeführt, sei die Auftraggeberin gemäß Punkt A.9.2 der Ausschreibungsunterlage sogar zur Aufforderung zur Nachreichung des Zertifikates verpflichtet gewesen. Im Übrigen handle es sich beim fehlenden Zertifikat ohnedies um einen behebbaren Mangel. Behebbarer Mängel können "auch nicht vom Auftraggeber zu einem unbehebbarer Mangel umgedeutet werden" (vgl. BVA 20. 3. 2003, 02N-10/03-11), wie es die Auftraggeberin nunmehr in ihrer Stellungnahme versucht habe. Die Auftraggeberin bringe dazu ergänzend vor, dass die Nachreichung des Prüfzertifikats zu einer Wettbewerbsverbesserung führe; da der Antragstellerin ein längerer Zeitraum zur Verfügung gestanden sei, weil die Angebotsfrist am 10.10.2007 geendet habe, das nachträglich vorgelegte Prüfzertifikat datiere aber vom 19.10.2007, würde der Antragstellerin ein Wettbewerbsvorteil zukommen. Auch diese Rechtsansicht der Auftraggeberin sei unrichtig. Das Argument der Auftraggeberin würde nämlich dazu führen, dass Mängel grundsätzlich nie behoben werden dürften. Entscheidend sei daher, dass ein Mangel dann als verbesserungsfähig angesehen werde, wenn die Mängelbehebung nicht zu einer Veränderung der Wettbewerbsstellung führt; d.h. keine Besserstellung des betroffenen Bieters im Vergabewettbewerb bewirke. Dies 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 haben. Das nachgereichte Prüfzertifikat habe unzweifelhaft weder einen Einfluss auf den Preis noch auf die zur Leistungserbringung aufzuwendenden Kosten; auch scheide eine Änderung der Wertung der angebotenen Leistung augenscheinlich aus. "Maßgeblich für die Qualifikation als unbehebbarer Mangel ist, ob die nachträgliche Änderung des ursprünglichen Angebotes den Bieter gegenüber seinen Konkurrenten begünstigt." (vgl. VwGH 25.2.2004, 2003/04/0186 und EuGH Rs C-87/94, Rz 56). Eine derartige Begünstigung des Angebots könne im konkreten Fall aber niemals eintreten, sei es doch entsprechend den Ausschreibungsunterlagen der Zweck des Prüfzertifikats, die technische Leistungsfähigkeit nachzuweisen. Überdies bestätige das -nicht bewertungsrelevante - Zertifikat auch nur die Zusammensetzung des angebotenen und damit unveränderlichen Salzes. Eine Änderung des angebotenen Salzes sei durch ein bloßes Zertifikat nicht möglich. Selbst wenn die Mängelbehebung zulässig sei, hätte laut Auftraggeberin die Antragstellerin im relevanten Zeitpunkt der Angebotsöffnung nicht über die nachgefragten Eignungsanforderungen verfügt. Dies sei unrichtig, da die Eignung der Antragstellerin zu diesem Zeitpunkt unstrittig gegeben gewesen sei. Die Antragstellerin sei seit Jahren im Handel mit dem auftragsgegenständlichen Auftausalz tätig. Dies sei der Auftraggeberin auch bekannt. So habe die Antragstellerin der Auftraggeberin unter anderem bereits im Verfahren 2006/S 85-089991 - welches ebenso die Lieferung von Auftausalz zum Gegenstand gehabt habe - ihre Eignung samt technischer Leistungsfähigkeit durch Vorlage eines Prüfzertifikates der C*** für die selben Salzarten nachgewiesen. Da in den Ausschreibungsbestimmungen keine Regelung dahingehend getroffen worden sei, dass derartige Nachweise binnen eines bestimmten Zeitraumes vor Ablauf der Angebotsfrist ausgestellt sein müssen (etwa "nicht älter als 6 Monate"), sei dieses Zertifikat auch noch zu berücksichtigen. Darüber hinaus bringe die Auftraggeberin in ihrer Stellungnahme vom 15.11.2007 vor, dass die Antragstellerin bereits mit dem Angebot die angebotene Zusammensetzung des Salzes zum Nachweis ausreichender technischer Leistungsfähigkeit hätte vorlegen müssen; auch hätte sie niemals zur Nachreichung des Prüfzertifikats auffordern dürfen, da es bei der Nichtvorlage des Zertifikats mit dem Angebot um einen unbehebbarer Mangel handle. Dies sei selbstverständlich unrichtig; wie ausgeführt, sei die Auftraggeberin gemäß Punkt A.9.2 der Ausschreibungsunterlage sogar zur Aufforderung zur Nachreichung des Zertifikates verpflichtet gewesen. Im Übrigen handle es sich beim fehlenden Zertifikat ohnedies um einen behebbaren Mangel. Behebbarer Mängel können "auch nicht vom Auftraggeber zu einem unbehebbarer Mangel umgedeutet werden" vergleiche BVA 20. 3. 2003, 02N-10/03-11), wie es die Auftraggeberin nunmehr in ihrer Stellungnahme versucht habe. Die Auftraggeberin bringe dazu ergänzend vor, dass die Nachreichung des Prüfzertifikats zu einer Wettbewerbsverbesserung führe; da der Antragstellerin ein längerer Zeitraum zur Verfügung gestanden sei, weil die Angebotsfrist am 10.10.2007 geendet habe, das nachträglich vorgelegte Prüfzertifikat datiere aber vom 19.10.2007, würde der Antragstellerin ein Wettbewerbsvorteil zukommen. Auch diese Rechtsansicht der Auftraggeberin sei

unrichtig. Das Argument der Auftraggeberin würde nämlich dazu führen, dass Mängel grundsätzlich nie behoben werden dürften. Entscheidend sei daher, dass ein Mangel dann als verbesserungsfähig angesehen werde, wenn die Mängelbehebung nicht zu einer Veränderung der Wettbewerbsstellung führt; d.h. keine Besserstellung des betroffenen Bieters im Vergabewettbewerb bewirke. Dies 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 haben. Das nachgereichte Prüfzertifikat habe unzweifelhaft weder einen Einfluss auf den Preis noch auf die zur Leistungserbringung aufzuwendenden Kosten; auch scheide eine Änderung der Wertung der angebotenen Leistung augenscheinlich aus. "Maßgeblich für die Qualifikation als unbehebbarer Mangel ist, ob die nachträgliche Änderung des ursprünglichen Angebotes den Bieter gegenüber seinen Konkurrenten begünstigt." (vergleiche VwGH 25.2.2004, 2003/04/0186 und EuGH Rs C-87/94, Rz 56). Eine derartige Begünstigung des Angebots könne im konkreten Fall aber niemals eintreten, sei es doch entsprechend den Ausschreibungsunterlagen der Zweck des Prüfzertifikats, die technische Leistungsfähigkeit nachzuweisen. Überdies bestätige das -nicht bewertungsrelevante - Zertifikat auch nur die Zusammensetzung des angebotenen und damit unveränderlichen Salzes. Eine Änderung des angebotenen Salzes sei durch ein bloßes Zertifikat nicht möglich. Selbst wenn die Mängelbehebung zulässig sei, hätte laut Auftraggeberin die Antragstellerin im relevanten Zeitpunkt der Angebotsöffnung nicht über die nachgefragten Eignungsanforderungen verfügt. Dies sei unrichtig, da die Eignung der Antragstellerin zu diesem Zeitpunkt unstrittig gegeben gewesen sei. Die Antragstellerin sei seit Jahren im Handel mit dem auftragsgegenständlichen Auftausalz tätig. Dies sei der Auftraggeberin auch bekannt. So habe die Antragstellerin der Auftraggeberin unter anderem bereits im Verfahren 2006/S 85-089991 - welches ebenso die Lieferung von Auftausalz zum Gegenstand gehabt habe - ihre Eignung samt technischer Leistungsfähigkeit durch Vorlage eines Prüfzertifikates der C*** für die selben Salzarten nachgewiesen. Da in den Ausschreibungsbestimmungen keine Regelung dahingehend getroffen worden sei, dass derartige Nachweise binnen eines bestimmten Zeitraumes vor Ablauf der Angebotsfrist ausgestellt sein müssen (etwa "nicht älter als 6 Monate"), sei dieses Zertifikat auch noch zu berücksichtigen.

Der Aufforderung zur Mängelbehebung sei die Antragstellerin fristgerecht nachgekommen; dass ein Prüfzertifikat mit Datum nach Angebotsöffnung vorgelegt worden sei, sei dabei irrelevant. So sehe Punkt A.9.2 der Ausschreibungsunterlage ausdrücklich die Nachreichung von Eignungsnachweisen vor. Dass dabei nur solche Unterlagen nachgereicht werden dürften, die bereits vor dem Zeitpunkt der Angebotsöffnung erstellt worden seien, sei nicht festgelegt. Es müsse also auch die Nachreichung eines nach Angebotsöffnung erstellten Eignungsnachweises zulässig und ausreichend sein.

Relevant sei daher ausschließlich, dass sich das nachgereichte Zertifikat auf das angebotene Salz beziehe und damit das Vorliegen der Eignung im Zeitpunkt der Angebotsöffnung nachgewiesen worden sei. Die Auftraggeberin führe, so die Antragstellerin weiter, auch an, aus dem vorgelegten Prüfzertifikat gehe nicht hervor, dass hierbei die Qualität des angebotenen Salzes untersucht worden sei. Dass sich das nachgereichte Prüfzertifikat auf das angebotene Salz beziehe, sei der Auftraggeberin aber bekannt. So stehe der Auftraggeberin mit der Antragstellerin sowie der J*** Srl. seit Jahren in Geschäftsverbindung und wisse, dass die Antragstellerin über die angebotene Salzart verfüge. Infolge einer Verfügbarkeitsanfrage durch die Antragstellerin bestätigte die J*** Srl. auch ausdrücklich die Produktverfügbarkeit von 40.000 t hyperreinem Siedesalz für die Periode Oktober 2007 bis Juli 2008; eben dieses Salz sei auch im gegenständlichen Verfahren angeboten worden. Jedenfalls wäre von der Antragstellerin gemäß § 126 Abs 1 BVerfG eine verbindliche schriftliche Aufklärung zu verlangen gewesen. Dass das analysierte Salz von der J*** Srl. stamme, gehe aus dem Prüfzertifikat auch explizit hervor. Relevant sei daher ausschließlich, dass sich das nachgereichte Zertifikat auf das angebotene Salz beziehe und damit das Vorliegen der Eignung im Zeitpunkt der Angebotsöffnung nachgewiesen worden sei. Die Auftraggeberin führe, so die Antragstellerin weiter, auch an, aus dem vorgelegten Prüfzertifikat gehe nicht hervor, dass hierbei die Qualität des angebotenen Salzes untersucht worden sei. Dass sich das nachgereichte Prüfzertifikat auf das angebotene Salz beziehe, sei der Auftraggeberin aber bekannt. So stehe der Auftraggeberin mit der Antragstellerin sowie der J*** Srl. seit Jahren in Geschäftsverbindung und wisse, dass die Antragstellerin über die angebotene Salzart verfüge. Infolge einer Verfügbarkeitsanfrage durch die Antragstellerin bestätigte die J*** Srl. auch ausdrücklich die Produktverfügbarkeit von 40.000 t hyperreinem Siedesalz für die Periode Oktober 2007 bis Juli 2008; eben dieses Salz sei auch im gegenständlichen Verfahren angeboten worden. Jedenfalls wäre von der Antragstellerin gemäß Paragraph 126, Absatz eins, BVerfG eine verbindliche schriftliche Aufklärung zu verlangen gewesen. Dass das analysierte Salz von der J*** Srl. stamme, gehe aus dem Prüfzertifikat auch explizit hervor.

Überdies sei darauf hinzuweisen, dass die Ausscheidensentscheidung vom 25.10.2007 gerade nicht auf eine - unzutreffenderweise vorgeworfene - mangelnde Eignung gemäß § 129 Abs. 1 Z 2 BVerGG gestützt werde, vielmehr basiere diese ausschließlich auf § 129 Abs. 1 Ziffer 5 und 7 BVerGG 2006. Überdies sei darauf hinzuweisen, dass die Ausscheidensentscheidung vom 25.10.2007 gerade nicht auf eine - unzutreffenderweise vorgeworfene - mangelnde Eignung gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVerGG gestützt werde, vielmehr basiere diese ausschließlich auf Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 5 und 7 BVerGG 2006.

Zum Vorwurf der Auftraggeberin, Abweichungen zwischen Angaben im Prüfzertifikat und Angaben im Angebot seien gemäß den Vorgaben in der Ausschreibungsunterlage nachvollziehbar zu erläutern, so dass eine Beurteilung der Abweichungen im Rahmen der Angebotsprüfung ohne weitere technische Prüfung möglich sei, sei anzumerken, dass, wie bereits begründet, eine derartige Prüfung im Rahmen der Angebotsprüfung zu erfolgen habe. Dass eine solche bereits dem Angebot beizuschließen gewesen sei oder schon dadurch eine Verbesserung/ Aufklärung unzulässig sei, könne aus der Textierung von Punkt 2.2., Teil C der Ausschreibungsunterlage keinesfalls abgeleitet werden. Ein nachträgliches Abgehen der Auftraggeberin von dieser Ausschreibungsbedingung würde jedenfalls einen lautereren Wettbewerb verhindern (vgl. bereits BVA 1.7.1996, F-5/96-18). Daher sei die Antragstellerin auch nicht verpflichtet, eine derartige Erläuterung dem Angebot beizuschließen. Überhaupt könne die Qualifikation eines Mangels als behebbbar bzw. unbehebbar erst im Rahmen der Angebotsprüfung erfolgen; daher treffe die Auftraggeberin die gesetzliche Verpflichtung, schriftliche Aufklärung gemäß § 126 Abs 1 BVerGG zu verlangen. Hinsichtlich der diesbezüglich einschlägigen Rechtsprechung werde auf Punkt 1.6.1.1.4 des Nachprüfungsantrages verwiesen. Wenn die Auftraggeberin argumentiere, eine schriftliche Aufklärung ermögliche nachträgliche Manipulationen, so sei dies falsch. Die Bestandteile des analysierten und zertifizierten Salzes laut. Prüfzertifikat bzw. die Bestandteile des angebotenen Salzes seien bekanntgegeben worden; als fix angegebene Werte würden diese logischerweise unverändert bleiben. Dies folge bereits zwingend aus der Definition einer Abweichung, als Abstandsdefinition gegenüber einer fixen Bezugsnorm. Die Auftraggeberin sei daher, wie bereits wiederholt ausgeführt, verpflichtet gewesen, einen Aufklärungsauftrag zu erteilen. Auch sei völlig unklar, welche Erläuterungen überhaupt erforderlich gewesen wären; aus den Ausschreibungsunterlagen seien diesbezüglich keine Angaben zu entnehmen. Daher sei es an der Auftraggeberin selbst gelegen, im Rahmen der Angebotsprüfung einen allfälligen Aufklärungsbedarf zu konkretisieren; auf dieser Grundlage hätte sodann eine Aufforderung zur (schriftlichen) Aufklärung ergehen müssen. Eine einfache mathematische Umrechnung der Angaben im Zertifikat müsse auch ohne Erläuterungen zumutbar sein. Zum Vorwurf der Auftraggeberin, Abweichungen zwischen Angaben im Prüfzertifikat und Angaben im Angebot seien gemäß den Vorgaben in der Ausschreibungsunterlage nachvollziehbar zu erläutern, so dass eine Beurteilung der Abweichungen im Rahmen der Angebotsprüfung ohne weitere technische Prüfung möglich sei, sei anzumerken, dass, wie bereits begründet, eine derartige Prüfung im Rahmen der Angebotsprüfung zu erfolgen habe. Dass eine solche bereits dem Angebot beizuschließen gewesen sei oder schon dadurch eine Verbesserung/ Aufklärung unzulässig sei, könne aus der Textierung von Punkt 2.2., Teil C der Ausschreibungsunterlage keinesfalls abgeleitet werden. Ein nachträgliches Abgehen der Auftraggeberin von dieser Ausschreibungsbedingung würde jedenfalls einen lautereren Wettbewerb verhindern (vergleiche bereits BVA 1.7.1996, F-5/96-18). Daher sei die Antragstellerin auch nicht verpflichtet, eine derartige Erläuterung dem Angebot beizuschließen. Überhaupt könne die Qualifikation eines Mangels als behebbbar bzw. unbehebbar erst im Rahmen der Angebotsprüfung erfolgen; daher treffe die Auftraggeberin die gesetzliche Verpflichtung, schriftliche Aufklärung gemäß Paragraph 126, Absatz eins, BVerGG zu verlangen. Hinsichtlich der diesbezüglich einschlägigen Rechtsprechung werde auf Punkt 1.6.1.1.4 des Nachprüfungsantrages verwiesen. Wenn die Auftraggeberin argumentiere, eine schriftliche Aufklärung ermögliche nachträgliche Manipulationen, so sei dies falsch. Die Bestandteile des analysierten und zertifizierten Salzes laut. Prüfzertifikat bzw. die Bestandteile des angebotenen Salzes seien bekanntgegeben worden; als fix angegebene Werte würden diese logischerweise unverändert bleiben. Dies folge bereits zwingend aus der Definition einer Abweichung, als Abstandsdefinition gegenüber einer fixen Bezugsnorm. Die Auftraggeberin sei daher, wie bereits wiederholt ausgeführt, verpflichtet gewesen, einen Aufklärungsauftrag zu erteilen. Auch sei völlig unklar, welche Erläuterungen überhaupt erforderlich gewesen wären; aus den Ausschreibungsunterlagen seien diesbezüglich keine Angaben zu entnehmen. Daher sei es an der Auftraggeberin selbst gelegen, im Rahmen der Angebotsprüfung einen allfälligen Aufklärungsbedarf zu konkretisieren; auf dieser Grundlage hätte sodann eine Aufforderung zur (schriftlichen) Aufklärung ergehen müssen. Eine einfache mathematische Umrechnung der Angaben im Zertifikat müsse auch ohne Erläuterungen zumutbar sein. Ebenso sei die Behauptung der Auftraggeberin völlig unrichtig, dass durch eine nachträgliche Erläuterung der

abweichenden Angaben auf die im Rahmen der Zuschlagskriterien bewertete Zusammensetzung des Salzes Einfluss genommen werden könne. Wie erwähnt, könne eine Plausibilisierung einer Abweichung niemals in der Änderung der der Abweichung zugrunde liegenden Bezugspunkte resultieren; die Zusammensetzung des Salzes bleibe jedenfalls gleich.

Auch könne die Angebotsprüfung nur nach Abgabe der Angebote erfolgen und dementsprechend eine Prüfung von Abweichungen zwischen Angaben im Prüfzertifikat und Angaben im Angebot ausschließlich im Rahmen der Angebotsprüfung; dies sehen die Ausschreibungsunterlagen auch explizit vor. Wie bereits festgehalten, gehe der Zeitpunkt der Vorlage der plausibilisierenden Erläuterungen aus der Ausschreibungsunterlage auch nirgends hervor; daher wäre verpflichtend Aufklärung zu verlangen gewesen.

Letztlich sei auch die Behauptung der Auftraggeberin, das Angebot sei zu Recht ausgeschieden worden, da die technische Leistungsfähigkeit nicht gegeben sei und es sich um ein unvollständiges Angebot handle, deren Mängel nicht behoben worden bzw. nicht behebbar seien, unrichtig. Wie bereits dargelegt verstoße ein Ausscheiden gegen das BVergG, vielmehr wäre schriftliche Aufklärung erforderlich gewesen. Mit dem Absehen von dieser zwingend gebotenen Verpflichtung begehe die Auftraggeberin einen Verstoß gegen fundamentale Grundsätze des Vergaberechts, insbesondere einer rechtskonformen Angebotsprüfung.

Überdies führe die Auftraggeberin an, mit dem vorgelegten Prüfzertifikat sei keinesfalls nachgewiesen, dass die Antragstellerin die verlangte Mindestanforderung an auftauwirksamen Substanzen erfülle; sollten sich die angegebenen Prozentanteile lediglich auf die Trockensubstanz beziehen, sei kein Nachweis erbracht worden, dass die Summe aus NaCl und Ca-Mg-Chlorid zumindest 98,00 Gewichts-% erreiche. Das Gegenteil sei offenkundig; lt. Prüfzertifikat betrage der Anteil an NaCl sogar 99,8 % bez. Trockenmasse. Somit sei sogar ausschließlich mit NaCl die Mindestanforderung von 98 % erfüllt; die Argumentation der Auftraggeberin gehe daher völlig ins Leere; daran könne auch die Einheit "% bez. Trockenmasse" nicht ändern. Letztlich führe die Auftraggeberin auch an, der angegebene Wert des Sulfatgehalts im Prüfzertifikat entspreche nicht den Vorgaben der Auftraggeberin; auch könne nicht überprüft werden, ob hierdurch der Grenzwert von < 10.000 mg/kg erfüllt sei. Warum eine derartige Überprüfung nicht erfolgen könne, sei für die Antragstellerin nicht nachvollziehbar, vielmehr sei dieser Wert jederzeit auf eine andere Maßeinheit umrechenbar, ohne dass sich der tatsächliche Produktwert ändere (0,1 % entsprechen exakt 1000 mg/kg = 1.000 ppm). Führe man diesen einfachen Rechenvorgang aus, so gelange man zu dem Ergebnis, dass der von der Antragstellerin angegebene Sulfatgehalt von 0,1 % bez. Trockenmasse 1.000 mg/kg entspreche, der festgelegte Grenzwert von < 10.000 mg/kg sei daher 10-mal untertroffen. Daran könne auch die Einheit "% bez. Trockenmasse" nicht ändern.

Die Antragstellerin führte zur Stellungnahme der mitbeteiligten Partei aus, bei der Behauptung, eine Aufhebung der gegenständlichen Zuschlagsentscheidung verstoße gegen Treu und Glauben sowie die vorvertraglichen Pflichten der Auftraggeberin, handle es sich um einen Irrtum, denn wenn der mitbeteiligten Partei tatsächlich die Zuschlagserteilung versprochen worden sei, sei dies vergaberechtswidrig.

Die Behauptung der mitbeteiligten Partei, die Antragstellerin habe ein ausschreibungswidriges Angebot gelegt, da sie entgegen den Ausschreibungsunterlagen eine andere Salzart (etwa Steinsalz) und nicht Auftausalz in Form von NaCl angeboten hätte, sei falsch und nicht nachvollziehbar. Vielmehr habe die Antragstellerin Siedesalz höchster Qualität angeboten. Dies werde auch durch die Auftraggeberin nicht bestritten. Weiters folge dies aus der dem Angebot angeschlossenen Referenz des Amtes der Kärntner Landesregierung, welche in einem Telefonat zwischen der Auftraggeberin und dem "Land Kärnten" ausdrücklich bestätigt worden sei.

Die Behauptung, dass aufgrund des Irrtums bei Verfassen der Zuschlagskriterien alle anderen Angebote als jenes der mitbeteiligten Partei auszuschneiden wären und der mitbeteiligten Partei der Zuschlag zu erteilen ist, entbehre jeglicher Nachvollziehbarkeit. Zuzustimmen sei der mitbeteiligten Partei, wenn Sie behaupte, der Auftraggeberin sei ein Fehler in der Berechnungsformel unterlaufen; tatsächlich sei bei der Berechnungsformel der Qualitätspunkte, Zähler und Nenner vertauscht worden. Aus diesem bloßen Schreibfehler, der aber ohnehin völlig unerheblich sei, könne jedoch keinesfalls geschlossen werden, dass die Auftraggeberin tatsächlich das "Schlechtesbieterprinzip" anzuwenden hätte. Vielmehr gehe aus der Ausschreibungsunterlage unmissverständlich hervor, dass die Ermittlung des Zuschlagsempfängers auf Grundlage des Bestbieterprinzips erfolgte. In diesem Sinne sei in Ausschreibungsunterlagen in Punkt 25.1., Teil A auch ganz klar festgelegt, dass dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot der

Zuschlag erteilt werde. Auch stelle Punkt 25.2.2 klar, dass Angebote, die nur das Mindesterfordernis, die Summe an auftauwirksamen Substanzen 98 %, vorsehen, 0 Punkte erhalten. Angebote, die über eine Summe von 99,4 % an auftauwirksamen Substanzen vorsehen, erhalten hingegen das Punktemaximum von 6 Punkten; ferner erläutern die Beispiele in Punkt 25.2.2 bzw. 25.2.3., Teil A der Ausschreibungsunterlage eindeutig die Bestbieterermittlung. Aus dem Gesamtzusammenhang der Ausschreibungsunterlage gehe daher klar hervor, dass dem Bestbieter der Zuschlag zu erteilen sei; daran könne ein bloßer Tippfehler selbstverständlich nichts ändern.

Aber sogar dann, wenn die "falsche" Berechnungsformel im gegenständlichen Fall angewendet würde, sei eine objektiv nachvollziehbare Bestbieterermittlung möglich; das Vertauschen von Zähler und Nenner sei nämlich im konkreten Fall vollkommen unerheblich: Nenner und Zähler seien aufgrund der bewertungsrelevanten Angaben von Antragstellerin und mitbeteiligter Partei ident. Am Ergebnis würde sich rein gar nichts ändern. Gemäß der Formel ergebe sich die Punkteanzahl im Kriterium "Qualität" durch die angebotene größte Summe an auftauwirksamen Substanzen dividiert durch die zu bewertende Summe an auftauwirksamen Substanzen mal 6 und das Punktemaximum betrage sohin 6 Punkte; eine allfällige Summe an auftauwirksamen Substanzen von über 99,4 % werde auch nur mit dem Wert von 99,4 % berechnet. Wesentlich sei, dass sowohl im Hinblick auf das Angebot der Antragstellerin als auch der mitbeteiligten Partei 99,4 % bewertungsrelevant seien - die Antragstellerin habe 99,5 % angeboten, die mitbeteiligte Partei zumindest 99,4 %, was aus dem Vergabeakt ausdrücklich hervorgehe. Da die Division von 99,4 % durch 99,4 % stets 1 ergebe, erhalten sowohl die Antragstellerin als auch die mitbeteiligte Partei 6 Qualitätspunkte. Der Tippfehler der Auftraggeberin sei daher für die Berechnung in jeder Beziehung unwesentlich. Daher sei anhand der konkret aufgestellten Kriterien eindeutig eine im Nachhinein objektiv nachvollziehbare, plausible Bestbieterermittlung unter Zugrundelegung der allgemeinen Grundsätze des Vergabeverfahrens möglich. Da die Antragstellerin ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt habe, seien auch die festgelegten Zuschlagskriterien anzuwenden; entsprechend erhalte diese im Rahmen der Bestbieterermittlung die höchste Punkteanzahl : 6 Punkte im Kriterium "Qualität" und 94 Punkte im Kriterium "Preis" und sei daher die derzeitige Zuschlagsentscheidung als nichtig aufzuheben.

Die mitbeteiligte Partei bringe weiter vor, die Antragstellerin behaupte, bei Widerruf und Neuausschreibung mit "besseren" Zuschlagskriterien eine "bessere Chance" auf den Zuschlag zu haben. Dies habe die Antragstellerin nie behauptet. Im Gegenteil, sei es absurd anzunehmen, die Antragsstellerin wolle, dass ein Verfahren widerrufen werde, bei dem sie eine mehr als reelle Chance auf Zuschlagserteilung habe. Auch hier verwechsle die mitbeteiligte Partei anscheinend die Verfahren.

Die Behauptungen der mitbeteiligten Partei, das Angebot der Antragstellerin sei aufgrund einer unzulässigen Abweichung der Bankgarantie von den Ausschreibungsbedingungen sowie aufgrund der unzureichenden Angabe von Referenzprojekten zu Recht ausgeschieden worden, entbehren jeglicher Grundlage und beziehen sich offensichtlich auf ein anderes Angebot oder ein anderes Nachprüfungsverfahren. Ebenso sei das Vorbringen, das Angebot der Antragstellerin sei zu Recht ausgeschieden worden, weil der Anteil von 0,23% Feuchtigkeit in den Absolutgehalt der Inhaltsstoffe mit einzurechnen sei und somit das Angebot mehr als 100% Inhaltsstoffe aufweise, wie bereits ausgeführt, jedenfalls unrichtig.

Die Antragstellerin legte mit Schriftsatz vom 28. November 2007 (OZ 12) Kopien der Gewinn- und Verlustrechnung für die Jahre 2004 (in englischer Sprache), 2005 und 2006 vor und führte aus, dass die darin angeführten Umsatzerlöse mit jenen gemäß Formblatt 2 ident seien. Die Angaben laut H*** für die Jahre 2004 bzw. 2005 seien unrichtig und würden nicht auf den Angaben der Antragstellerin basieren. Seitens der Auftraggeberin sei jedoch ohnehin mitgeteilt worden, dass die Einträge laut H*** nicht berücksichtigt werden können und nur die Angaben in den Formblättern beurteilungsrelevant seien. Mit Schriftsatz vom 7. Dezember 2007 (OZ 19) übermittelte die Antragstellerin die für die Jahre 2004 bis 2006 von der I*** Wirtschaftstreuhand GmbH geprüften Jahresabschlüsse im Original samt Bestätigungsschreiben der angeführten Wirtschaftstreuhand GmbH. Die präsuntive Zuschlagsempfängerin wandte mit Schriftsatz vom 6. Dezember 2007 (OZ 15) ein, aus dem von der Antragstellerin vorgelegten Prüfzeugnis werde ersichtlich, dass es sich nicht mehr um das ursprünglich angebotene Salz handle. Dies sei für jeden Fachmann klar erkennbar, weil das erst am 19.10.2007 ausgestellte Zertifikat Nr. 07101900D2 der C*** S.p.A. eine Körnung mit einem Anteil von 0,16 bis 3,15 mm von 94,1% und >3,15 mm 2,1% aufweise. Siedesalz, wie zunächst von der Antragstellerin gemäß Äußerung vom 27.11.2007, Punkt II.3.1 angeboten - "Vielmehr hat die Antragstellerin Siedesalz höchster Qualität angeboten. Dies wird auch durch die Auftraggeberin gar nicht bestritten. Weiters folgt dies aus der dem

Angebot angeschlossenen Referenz des Amtes der Kärntner Landesregierung, welche in einem. Telefonat zwischen der Auftraggeberin und dem "Land Kärnten" ausdrücklich bestätigt wurde." - , weise demgegenüber keine Körnung >1 mm auf, enthalte mehr als 99,5% NaCl in der Trockensubstanz und zumindest, wenn es, wie hier von der K*** Gruppe geliefert werde und woher der Lieferant J*** der Antragstellerin sein Siedesalz beziehe, ein Sulfat (SO₄) von maximal 350 mg/kg - 0,035% auf. Daher sei die Stellungnahme der C***, welche die Antragstellerin als Beilage 12 ihrer Eingabe vom 27.11.2007 vorgelegt habe, objektiv falsch, denn das Zertifikat Nr. 07101900D2 der C*** Italia S.p.A. könne nur Stein- oder Meersalz als Untersuchungsstoff zur Grundlage gehabt haben. Die Stellungnahme erwecke daher begründete Zweifel an der Zuverlässigkeit sowohl der Antragstellerin als auch der C*** und sei geeignet, eine Täuschung über Tatsachen zu bewirken. Es sei daher unbedingt erforderlich, die Personen der C***, die einerseits das Zertifikat und andererseits die Gefälligkeitsstellungnahme unterzeichnet haben, zeugenschaftlich einzuvernehmen, sodass beantragt werde, der Antragstellerin aufzutragen, Name, Vorname und ladungsfähige Anschrift dieser Personen bekanntzugeben. Die Antragstellerin legte mit Schriftsatz vom 28. November 2007 (OZ 12) Kopien der Gewinn- und Verlustrechnung für die Jahre 2004 (in englischer Sprache), 2005 und 2006 vor und führte aus, dass die darin angeführten Umsatzerlöse mit jenen gemäß Formblatt 2 ident seien. Die Angaben laut H*** für die Jahre 2004 bzw. 2005 seien unrichtig und würden nicht auf den Angaben der Antragstellerin basieren. Seitens der Auftraggeberin sei jedoch ohnehin mitgeteilt worden, dass die Einträge laut H*** nicht berücksichtigt werden können und nur die Angaben in den Formblättern beurteilungsrelevant seien. Mit Schriftsatz vom 7. Dezember 2007 (OZ 19) übermittelte die Antragstellerin die für die Jahre 2004 bis 2006 von der I*** Wirtschaftstreuhand GmbH geprüften Jahresabschlüsse im Original samt Bestätigungsschreiben der angeführten Wirtschaftstreuhand GmbH. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin wandte mit Schriftsatz vom 6. Dezember 2007 (OZ 15) ein, aus dem von der Antragstellerin vorgelegten Prüfzeugnis werde ersichtlich, dass es sich nicht mehr um das ursprünglich angebotene Salz handle. Dies sei für jeden Fachmann klar erkennbar, weil das erst am 19.10.2007 ausgestellte Zertifikat Nr. 07101900D2 der C*** S.p.A. eine Körnung mit einem Anteil von 0,16 bis 3,15 mm von 94,1% und >3,15 mm 2,1% aufweise. Siedesalz, wie zunächst von der Antragstellerin gemäß Äußerung vom 27.11.2007, Punkt römisch zwei.3.1 angeboten - "Vielmehr hat die Antragstellerin Siedesalz höchster Qualität angeboten. Dies wird auch durch die Auftraggeberin gar nicht bestritten. Weiters folgt dies aus der dem Angebot angeschlossenen Referenz des Amtes der Kärntner Landesregierung, welche in einem. Telefonat zwischen der Auftraggeberin und dem "Land Kärnten" ausdrücklich bestätigt wurde." - , weise demgegenüber keine Körnung >1 mm auf, enthalte mehr als 99,5% NaCl in der Trockensubstanz und zumindest, wenn es, wie hier von der K*** Gruppe geliefert werde und woher der Lieferant J*** der Antragstellerin sein Siedesalz beziehe, ein Sulfat (SO₄) von maximal 350 mg/kg - 0,035% auf. Daher sei die Stellungnahme der C***, welche die Antragstellerin als Beilage 12 ihrer Eingabe vom 27.11.2007 vorgelegt habe, objektiv falsch, denn das Zertifikat Nr. 07101900D2 der C*** Italia S.p.A. könne nur Stein- oder Meersalz als Untersuchungsstoff zur Grundlage gehabt haben. Die Stellungnahme erwecke daher begründete Zweifel an der Zuverlässigkeit sowohl der Antragstellerin als auch der C*** und sei geeignet, eine Täuschung über Tatsachen zu bewirken. Es sei daher unbedingt erforderlich, die Personen der C***, die einerseits das Zertifikat und andererseits die Gefälligkeitsstellungnahme unterzeichnet haben, zeugenschaftlich einzuvernehmen, sodass beantragt werde, der Antragstellerin aufzutragen, Name, Vorname und ladungsfähige Anschrift dieser Personen bekanntzugeben.

Das ursprünglich angebotene Produkt sei behauptungsgemäß also Siedesalz, womit evident werde, dass die Antragstellerin versucht habe, ihre Wettbewerbsstellung dadurch zu verbessern, indem sie ein anderes Salz, überhaupt eine andere Salzart, ihrem ursprünglich auf Siedesalz ausgerichteten Angebot unterschiebe. Darin liege eine nachträgliche Angebotsänderung, die unzulässig sei, sodass das Angebot der Antragstellerin jedenfalls ausgeschieden werden müsse. Es werde, so die präsumtive Zuschlagsempfängerin weiter, den Stellungnahmen der Auftraggeberin vollinhaltlich beigetreten. Aus den dargestellten Umständen komme eine Zuschlagserteilung an die Antragstellerin nicht in Betracht. Außerdem sei bei der Beurteilung der Leistungsfähigkeit das Referenzprojekt ungültig, weil die Antragstellerin dort Siedesalz geliefert habe. Für die technische Leistungsfähigkeit komme es natürlich auf die gelieferte Salzart an, die mit der angebotenen Salzart übereinstimmen müsse. Die Referenz sei daher dann nicht verwertbar, wenn offenbar werde, dass es sich dort um Siedesalz, beim nunmehr angebotenen Salz aber um Stein- oder Meersalz handle. Gehe man vom wahren Sachverhalt der jetzt nachträglich angebotenen Stein- oder Meersalzlieferung aus, so fehle die Referenz und sei das Angebot aus diesem Grund auszuschneiden. Zum Prüfzertifikat sei auszuführen, dass die Unbehebbarkeit des Angebotsmangels sich aus den bestandsfest gewordenen

Ausschreibungsbedingungen ergebe, wobei eine Vorlage des Prüfzertifikates schon mit dem Angebot vorgesehen sei. Die Auftraggeberin sei selbst daran gebunden, sodass nachgelieferte Unterlagen nicht mehr akzeptabel seien. Zudem sei die Behauptung, die Antragstellerin habe die mitbeteiligte Partei beliefert unrichtig.

Zum Vorwurf der "mehr als 100% Salzbestandteile" sei vorzubringen, dass diese Frage nur unter Beiziehung eines Sachverständigen gelöst werden könne, wenn man nicht in der Lage sei, drei Zahlen zu addieren. Aus dem Zertifikat der C*** gehe hervor, dass die Probe folgende Bestandteile enthalte:

NaCl	99,80%
Feuchtigkeit	0,23%
Sulfate	0,10%
Addiert gibt das	100,13%

Aufgeklärt werde dieser Sachverhalt durch die vorgelegte "Sales Specification" der Fa. K***: dort sei unter 10. Potassium, (K = Kalium) ein Gehalt von maximal, 50 ppm angegeben. Hierbei handle es sich um Kalium Chlorid, dieser Wert wäre auszuweisen gewesen, weil in C

2.3.1 der Ausschreibungsbestimmungen die Angabe der auftauwirksamen Substanzen gefordert sei, wobei es sich um Absolutwerte (d. h. bezogen auf die Gesamtmasse [mit Wasser] und nicht die Trockenmasse) handeln müsse und sämtliche Toleranzen beinhaltet seien. Nur durch Ausweisung in Absolutwerten könne dem Satz "Der Feuchtigkeitsanteil ist demnach nicht Bestandteil der tauwirksamen Substanzen" (C 2.3.1. 3. Absatz) richtig und ohne Nachfragen und Nachrechnungen Rechnung getragen werden. Das Kalium-Chlorid hätte in diesem Prüfzertifikat ausschreibungsgemäß jedenfalls angeführt werden müssen, sodass das Zertifikat gemessen an den Ausschreibungserfordernissen objektiv falsch sei und ein weiterer unbehebbarer Angebotsmangel offenbar werde. Wollte man die Feuchtigkeit abziehen, was nicht zulässig sei, weil die Feuchtigkeit ein wesentlicher, für die Zuschlagsentscheidung maßgeblicher Parameter sei, sodass man den Wassergehalt nicht einfach wie eine "Trockensubstanz" unter den Tisch fallen lassen könne, zumal außerdem in Teil C, 2.2, 3. Absatz die Rede sei von "Angebote, die insgesamt mehr als 100% Inhaltsstoffe aufweisen, werden nicht zugelassen." Wasser sei zweifellos ein "Inhaltsstoff" der angebotenen Salzlieferrung, so würden nur 99,9% Inhaltsstoffe vorliegen und es fehle 0,1% aus der Trockensubstanz, sodass der Prüfbericht unvollständig sei.

Zur "Anderen Qualität im Prüfzertifikat als im angebotenen Salz" sei vorzubringen, dass dieser Tatbestand für das Ausscheiden des Angebotes zutreffe. Wenn die Summe der auftauwirksamen Substanzen mit 99,5% angegeben sei, sei das etwas anderes wie im nachgeschobenen Prüfzertifikat per 99,8%. Selbst die Stellungnahme von Herrn Univ.Do. Dr.G***, die auf einen NaCl - Anteil von 99,57% komme, weiche gerade im entscheidenden Parameter des Gehaltes des NaCl vom angebotenen Salz ab. Hiedurch werde der Verdacht erhärtet, dass die Antragstellerin ursprünglich tatsächlich Stein- oder Meersalz gemeint habe, nun aber offenbar, da sie technisch nicht leistungsfähig sei, Siedesalz ihrem Angebot unterschieben wolle. Wenn das Prüfzertifikat eine bessere Qualität ausweise, als das angebotene Salz, dann sei damit ja schon die Diskrepanz eingestanden. Das Prüfzertifikat weise nämlich einen NaCl Gehalt von 99,8% aus, während die Summe der auftauwirksamen Substanzen samt den Nebensubstanzen Ca-Mg-K Chlorid fehle bzw. mitsamt dem NaCl nur 99,5% ausmache. Dabei seien aber die Nebensalze dem NaCl Gehalt hinzuzurechnen. Zum Sulfatgehalt werde vorgebracht, dass die Abweichung von den Vorgaben der Ausschreibungsunterlagen offensichtlich sei. Jedem Bieter stehe ein Rechtsanspruch darauf zu, dass die bestandfest gewordenen Bedingungen exakt eingehalten würden. Es möge sein, dass es in Italien Usance sei, die Zusammensetzung des Salzes in den ausgewiesenen Einheiten anzugeben. Die Bietergleichbehandlung erfordere, dass alle Bieter ihre Angaben in den selben technischen Maßeinheiten machen, um die Vergleichbarkeit herzustellen, ohne dass die Auftraggeberin gezwungen werde, irgendwelche Umrechnungsvorgänge, die fehlerhaft und mehrdeutig werden und zu Missverständnissen und Irrtümern führen könnten, vornehmen zu müssen.

Zur Verfügbarkeitsfrage bei J*** SRL sei auszuführen, dass diese sich auf den Zeitpunkt der Anfrage vom 04.07.2007 bezogen habe und damit jetzt nicht mehr gültig sei. Im Hinblick auf den, durch den frühen Wintereinbruch und die anschließenden, häufigen Frosttauwechsel, höheren Salzbedarf sei davon auszugehen, dass dieses Salz nicht mehr zur

Verfügung stehe, weil es bereits anderweitig disponiert worden sei. Hier liefere die Stellungnahme der Antragstellerin einen weiteren Beleg für die sachliche Rechtfertigung der von der ASFINAG getroffenen Entscheidung, das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden.

Zum Vertauschen von Zähler und Nenner sei auszuführen, dass dies nie unerheblich sei. Außerdem gehe es nicht an, einen schweren Wurzelmangel als bloßen Tippfehler abzutun und daher die Ausschreibungsbedingungen "korrigierend" zu interpretieren.

Der Auftraggeber führte mit Schriftsatz vom 11. Dezember 2007 (OZ 22) ergänzend aus, die Antragstellerin habe nachträglich ein Prüfzertifikat vorgelegt, das nicht die Qualität bzw. Zusammensetzung des angebotenen Salzes nachweise. Dieses Zertifikat vom 19.10.2007 stelle aufgrund der Kornverteilung offenkundig ein Prüfzertifikat über Siedesalz dar, das nicht der im Angebot ausgewiesenen Zusammensetzung des angebotenen Salzes entspreche und daher ursprünglich nicht angeboten worden sein könne.

Der Auftraggeber führte mit Schriftsatz vom 5. Dezember 2007 vorgelegt zum Nachprüfungsverfahren N/0110-BVA/02/2007 und als Kopie in gegenständlichem Nachprüfungsverfahren protokolliert am 12. Dezember 2007 (OZ 25) ergänzend aus, zur Stellungnahme der Antragstellerin vom 27.11.2007 betreffend die nachträglichen Vorlage des Prüfzertifikates aus, die Antragstellerin verkenne in ihrem Vorbringen zu diesem Ausscheidungsgrund, dass dem mit Fax vom 16.10.2007 gestellten Mängelbehebungsauftrag lediglich dann entsprochen worden wäre, wenn die Antragstellerin binnen sieben Tagen ein bis zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung erstelltes und die Zusammensetzung des angebotenen Salzes bestätigendes Prüfzertifikat vorgelegt hätte. Lediglich unter diesen beiden Voraussetzungen könne von der nachträglichen Beibringung eines Nachweises einer im maßgeblichen Zeitpunkt bereits vorhandenen Eignung im Sinne der ständigen Judikatur des VwGH ausgegangen werden. Da die Antragstellerin jedoch den bereits mit dem Angebot geforderten Eignungsnachweis erst nachträglich anfertigen lassen habe und dieser Nachweis, dieses Prüfzertifikat, auch nicht auf die angebotene Zusammensetzung des Salzes bezogen werden könne, sei das Angebot der Antragstellerin bereits aus diesem Grund rechtskonform ausgeschieden worden. Aus den von der Antragstellerin vorgelegten Unterlagen ergebe sich, dass diese trotz Aufforderung zur Mängelbehebung mit 16.10.2007 nicht nachgewiesen habe, dass sie bereits im relevanten Zeitpunkt der Angebotsöffnung die nachgefragten Eignungsanforderungen im Zusammenhang mit der Zusammensetzung des Salzes erfüllt habe. Vielmehr habe die Antragstellerin im Zeitpunkt der Angebotsabgabe mittels Begleitschreiben selbst zugestanden, über das in den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich geforderte Prüfzertifikat in dem für die Bewertung der Eignung relevanten Zeitpunkt der Angebotsöffnung überhaupt nicht zu verfügen. Der vorgelegte Eignungsnachweis, das Prüfzertifikat vom 19.10.2007 sei daher kein ausreichendes Nachweismittel, um die in den Ausschreibungsunterlagen geforderten Eignungskriterien im relevanten Zeitpunkt gemäß § 69 Z 1 BVerG nachträglich nachweisen zu können. Da die Antragstellerin jedoch ausschreibungskonform mit Telefax vom 16.10.2007 zu einer entsprechenden Mängelbehebung aufgefordert worden sei, habe sie den Mangel eines ausreichenden Eignungsnachweises nicht entsprechend behoben und sei ihr Angebot daher vergaberechtskonform gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 bzw. § 129 Abs. 1 Z 2 BVerG ausgeschieden worden. Wenn die Antragstellerin behaupte, dass es sich bei der angebotenen Zusammensetzung des Salzes um ein unzulässiges Eignungskriterium handle, sei ihr entgegenzuhalten, dass sie diese behauptete Rechtswidrigkeit im Rahmen der Bekämpfung der Ausschreibung geltend machen hätte müssen. Mangels Anfechtung der Ausschreibung sei diese jedoch bestandsfest geworden, weshalb die Behauptung, dass das Eignungskriterium "angebotene Zusammensetzung des Salzes" rechtswidrig sei, nicht die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Entscheidungen zu begründen vermöge. Der Auftraggeber führte mit Schriftsatz vom 5. Dezember 2007 vorgelegt zum Nachprüfungsverfahren N/0110-BVA/02/2007 und als Kopie in gegenständlichem Nachprüfungsverfahren protokolliert am 12. Dezember 2007 (OZ 25) ergänzend aus, zur Stellungnahme der Antragstellerin vom 27.11.2007 betreffend die nachträglichen Vorlage des Prüfzertifikates aus, die Antragstellerin verkenne in ihrem Vorbringen zu diesem Ausscheidungsgrund, dass dem mit Fax vom 16.10.2007 gestellten Mängelbehebungsauftrag lediglich dann entsprochen worden wäre, wenn die Antragstellerin binnen sieben Tagen ein bis zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung erstelltes und die Zusammensetzung des angebotenen Salzes bestätigendes Prüfzertifikat vorgelegt hätte. Lediglich unter diesen beiden Voraussetzungen könne von der nachträglichen Beibringung eines Nachweises einer im maßgeblichen Zeitpunkt bereits vorhandenen Eignung im Sinne der ständigen Judikatur des VwGH ausgegangen werden. Da die Antragstellerin jedoch den bereits mit dem Angebot geforderten Eignungsnachweis erst nachträglich anfertigen lassen habe und dieser Nachweis, dieses Prüfzertifikat, auch nicht auf die angebotene Zusammensetzung

des Salzes bezogen werden könne, sei das Angebot der Antragstellerin bereits aus diesem Grund rechtskonform ausgeschieden worden. Aus den von der Antragstellerin vorgelegten Unterlagen ergebe sich, dass diese trotz Aufforderung zur Mängelbehebung mit 16.10.2007 nicht nachgewiesen habe, dass sie bereits im relevanten Zeitpunkt der Angebotsöffnung die nachgefragten Eignungsanforderungen im Zusammenhang mit der Zusammensetzung des Salzes erfüllt habe. Vielmehr habe die Antragstellerin im Zeitpunkt der Angebotsabgabe mittels Begleitschreiben selbst zugestanden, über das in den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich geforderte Prüfzertifikat in dem für die Bewertung der Eignung relevanten Zeitpunkt der Angebotsöffnung überhaupt nicht zu verfügen. Der vorgelegte Eignungsnachweis, das Prüfzertifikat vom 19.10.2007 sei daher kein ausreichendes Nachweismittel, um die in den Ausschreibungsunterlagen geforderten Eignungskriterien im relevanten Zeitpunkt gemäß Paragraph 69, Ziffer eins, BVerG nachträglich nachweisen zu können. Da die Antragstellerin jedoch ausschreibungskonform mit Telefax vom 16.10.2007 zu einer entsprechenden Mängelbehebung aufgefordert worden sei, habe sie den Mangel eines ausreichenden Eignungsnachweises nicht entsprechend behoben und sei ihr Angebot daher vergaberechtskonform gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, bzw. Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVerG ausgeschieden worden. Wenn die Antragstellerin behaupte, dass es sich bei der angebotenen Zusammensetzung des Salzes um ein unzulässiges Eignungskriterium handle, sei ihr entgegenzuhalten, dass sie diese behauptete Rechtswidrigkeit im Rahmen der Bekämpfung der Ausschreibung geltend machen hätte müssen. Mangels Anfechtung der Ausschreibung sei diese jedoch bestandsfest geworden, weshalb die Behauptung, dass das Eignungskriterium "angebotene Zusammensetzung des Salzes" rechtswidrig sei, nicht die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Entscheidungen zu begründen vermöge.

Betreffend das "Prüfzertifikat mit mehr als 100% an Salzbestandteilen" sei auszuführen, dass, auch wenn die Interpretation der Antragstellerin in der Zwischenzeit mit einem Privatgutachten zu bestätigen versuche, dies nichts daran ändere, dass dieses Prüfzertifikat aus der Sicht eines objektiven und fachkundigen Erklärungsempfängers zu verstehen sei.

Zur abweichenden Zusammensetzung des Salzes im Prüfzertifikat werde ausgeführt, dass Für die Beurteilung von Abweichungen von Angaben im Prüfzertifikat zur angebotenen Zusammensetzung des Salzes sich unter Punkt 2.2 des Teiles C der Ausschreibungsunterlagen folgende relevante Festlegung finde: "Die vom Bieter angebotene Zusammensetzung des Salzes (z.B. NaCl, Ca-Mg-KChlorid, Sulfat, Überkorn, Unterkorn, Feuchte) ist durch eine im EU-Raum akkreditierte Prüfstelle bereits mit Angebotslegung zu bestätigen (siehe Punkt 9.2.3 der Ausschreibungsunterlage Teil A). [...1 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." Auch wenn die Antragstellerin die angebotene Summe auftauwirksamer Substanzen (NaCl, Ca-Mg-K-Chlorid mit 99,5 %) mit den im vorgelegten Prüfbericht ausgewiesenen Werten (mit einem reinen NaCl-Anteil von bereits 99,57 %) als grundsätzlich übereinstimmende Angaben beurteilen wolle, sei selbst nach der Umrechnung der Antragstellerin offenkundig, dass das von der Antragstellerin nachträglich vorgelegte Prüfzertifikat erhebliche Abweichungen von der angebotenen Zusammensetzung des Salzes aufweise. Die Antragstellerin habe daher auch nicht nachträglich die von ihr angebotene Zusammensetzung des Salzes durch eine im EU-Raum akkreditierte Prüfstelle bestätigt, da das nachträglich vorgelegte Zertifikat eine völlig andere, nicht angebotene Zusammensetzung des Salzes ausweise. Umso weniger seien die Abweichungen des angebotenen Salzes von den Angaben im Prüfzertifikat so nachvollziehbar erläutert worden, dass für die vergebende Stelle eine entsprechende Beurteilung der Abweichung im Rahmen der Angebotsprüfung ohne eine weitere technische Prüfung möglich gewesen wäre, zumal hierzu überhaupt keine Erläuterung erfolgt sei. Die Antragstellerin habe offensichtlich vielmehr irgendein Prüfzertifikat nachgereicht und - in Widerspruch zu den Ergebnissen des Prüfzertifikats - behauptet, dass es sich dabei um die zertifizierte Zusammensetzung des angebotenen Salzes handle. Ungeachtet des Umstandes, ob das nachträglich vorgelegte Prüfzertifikat vom 19.10.2007 eine höhere oder geringere Qualität bestätige, habe die Antragstellerin 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 Zusammensetzung des Salzes ausweise. Dieses könne daher nicht als ein die angebotene Zusammensetzung bestätigendes Zertifikat beurteilt werden. Entgegen der Ansicht der Antragstellerin wären Abweichungen zwischen Prüfzertifikat und angebotenem Salz in den Ausschreibungsunterlagen lediglich dann zuzulassen, wenn diese bereits bei Angebotslegung so nachvollziehbar erläutert worden wären, dass für die vergebende Stelle eine entsprechende Beurteilung der Abweichung im Rahmen der Angebotsprüfung ohne eine

weitere technische Prüfung möglich sei. Die Antragstellerin habe daher aus diesem Grund ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot gelegt, welches in Folge der "Umreihung" in § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006 zwingend auszuschneiden gewesen sei. Zum "mangelhaften Prüfzertifikat als unbehebbarer Mangel" werde vorgebracht, dass die Antragstellerin diesen Mangel durch Vorlage des Prüfzertifikates vom 19.10.2007 ohne nachvollziehbare Erläuterungen zu den Abweichungen von der angebotenen Zusammensetzung des Salzes nicht ausschreibungskonform behoben habe, weshalb auch aus diesem Grund der Ausscheidensgrund des § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG vorliege. Insbesondere aus dem selbst von der Antragstellerin zitierten Erkenntnis des VwGH vom 25.02.2004, 2003/04/0186, ergebe sich, dass ein Wettbewerbsvorsprung eines Bieters auch in zeitlicher Hinsicht dadurch gegeben sein kann, als einem Bieter mehr Zeit für die Ausarbeitung seines Angebotes zur Verfügung stehe. Wenn nun in den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich die Beibringung eines Prüfzertifikates mit Angebotslegung gefordert werde und sich ein Bieter im Begleitschreiben ausdrücklich die nachträgliche Beibringung vorbehalte, ergebe sich daraus, dass sich dieser Bieter gegenüber seinen Mitbewerbern, die sich an die Ausschreibungsbedingungen gehalten haben, einen Wettbewerbsvorteil einräumen wolle. Zur abweichenden Zusammensetzung des Salzes im Prüfzertifikat werde ausgeführt, dass Für die Beurteilung von Abweichungen von Angaben im Prüfzertifikat zur angebotenen Zusammensetzung des Salzes sich unter Punkt 2.2 des Teiles C der Ausschreibungsunterlagen folgende relevante Festlegung finde: "Die vom Bieter angebotene Zusammensetzung des Salzes (z.B. NaCl, Ca-Mg-K-Chlorid, Sulfat, Überkorn, Unterkorn, Feuchte) ist durch eine im EU-Raum akkreditierte Prüfstelle bereits mit Angebotslegung zu bestätigen (siehe Punkt 9.2.3 der Ausschreibungsunterlage Teil A). [...1 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." Auch wenn die Antragstellerin die angebotene Summe auftauwirksamer Substanzen (NaCl, Ca-Mg-K-Chlorid mit 99,5 %) mit den im vorgelegten Prüfbericht ausgewiesenen Werten (mit einem reinen NaCl-Anteil von bereits 99,57 %) als grundsätzlich übereinstimmende Angaben beurteilen wolle, sei selbst nach der Umrechnung der Antragstellerin offenkundig, dass das von der Antragstellerin nachträglich vorgelegte Prüfzertifikat erhebliche Abweichungen von der angebotenen Zusammensetzung des Salzes aufweise. Die Antragstellerin habe daher auch nicht nachträglich die von ihr angebotene Zusammensetzung des Salzes durch eine im EU-Raum akkreditierte Prüfstelle bestätigt, da das nachträglich vorgelegte Zertifikat eine völlig andere, nicht angebotene Zusammensetzung des Salzes ausweise. Umso weniger seien die Abweichungen des angebotenen Salzes von den Angaben im Prüfzertifikat so nachvollziehbar erläutert worden, dass für die vergebende Stelle eine entsprechende Beurteilung der Abweichung im Rahmen der Angebotsprüfung ohne eine weitere technische Prüfung möglich gewesen wäre, zumal hierzu überhaupt keine Erläuterung erfolgt sei. Die Antragstellerin habe offensichtlich vielmehr irgendein Prüfzertifikat nachgereicht und - in Widerspruch zu den Ergebnissen des Prüfzertifikats - behauptet, dass es sich dabei um die zertifizierte Zusammensetzung des angebotenen Salzes handle. Ungeachtet des Umstandes, ob das nachträglich vorgelegte Prüfzertifikat vom 19.10.2007 eine höhere oder geringere Qualität bestätige, habe die Antragstellerin 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 Zusammensetzung des Salzes ausweise. Dieses könne daher nicht als ein die angebotene Zusammensetzung bestätigendes Zertifikat beurteilt werden. Entgegen der Ansicht der Antragstellerin wären Abweichungen zwischen Prüfzertifikat und angebotenem Salz in den Ausschreibungsunterlagen lediglich dann zuzulassen, wenn diese bereits bei Angebotslegung so nachvollziehbar erläutert worden wären, dass für die vergebende Stelle eine entsprechende Beurteilung der Abweichung im Rahmen der Angebotsprüfung ohne eine weitere technische Prüfung möglich sei. Die Antragstellerin habe daher aus diesem Grund ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot gelegt, welches in Folge der "Umreihung" in Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 zwingend auszuschneiden gewesen sei. Zum "mangelhaften Prüfzertifikat als unbehebbarer Mangel" werde vorgebracht, dass die Antragstellerin diesen Mangel durch Vorlage des Prüfzertifikates vom 19.10.2007 ohne nachvollziehbare Erläuterungen zu den Abweichungen von der angebotenen Zusammensetzung des Salzes nicht ausschreibungskonform behoben habe, weshalb auch aus diesem Grund der Ausscheidensgrund des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG vorliege. Insbesondere aus dem selbst von der Antragstellerin zitierten Erkenntnis des VwGH vom 25.02.2004, 2003/04/0186, ergebe sich, dass ein Wettbewerbsvorsprung eines Bieters auch in zeitlicher Hinsicht dadurch gegeben sein kann, als einem Bieter mehr Zeit für die Ausarbeitung seines Angebotes zur Verfügung stehe. Wenn nun in den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich die Beibringung eines Prüfzertifikates mit Angebotslegung gefordert werde

und sich ein Bieter im Begleitschreiben ausdrücklich die nachträgliche Beibringung vorbehalte, ergebe sich daraus, dass sich dieser Bieter gegenüber seinen Mitbewerbern, die sich an die Ausschreibungsbedingungen gehalten haben, einen Wettbewerbsvorteil einräumen wolle.

In diesem Zusammenhang sei darauf hinzuweisen, dass sich die Antragstellerin nicht nur in zeitlicher Hinsicht sondern auch in preislicher Hinsicht einen Wettbewerbsvorsprung durch diese Vorgangsweise verschafft habe, als sich sie nicht -wie ihre Mitbewerber - innerhalb der Angebotsfrist und daher relativ dringlich Prüfzertifikate über das angebotene Salz besorgen habe müssen. Gerade aber 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. Zusammenfassend könne daher keine Rede davon sein, dass eine erst nachträgliche Beischaffung eines Prüfzertifikates keinen Wettbewerbsvorteil eines Bieters mit sich bringe.

Im gegebenen Zusammenhang dürfe nicht unberücksichtigt bleiben, dass die angebotene Zusammensetzung des Salzes nicht nur als Eignungskriterium sondern insbesondere auch als Zuschlagskriterium in die Bestbieterermittlung Eingang finde und daher seitens der Antragsgegnerin in den Ausschreibungsunterlagen besonderer Wert darauf gelegt worden sei, dass die angebotene Salzzusammensetzung bereits mit Angebotslegung durch eine Prüfstelle bestätigt werde. Ziel dieser Vorgangsweise sei es gewesen, 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 der Antragstellerin mit einem Mangel behaftet. Da eine nachträgliche Mängelbehebung der Antragstellerin nicht nur in zeitlicher und preislicher Hinsicht einen Wettbewerbsvorteil einräumen würde, sondern sie durch eine nachträgliche Erläuterung zur Qualität des von ihr angebotenen Salzes bzw. des von ihr vorgelegten Zertifikates nachträglich auf die Bewertung ihres Angebotes Einfluss nehmen könnte, müsse ein Prüfzertifikat über eine nicht angebotene Salzqualität bzw. fehlende Erläuterungen zu Abweichungen von Angaben im Prüfzertifikat zum angebotenen Salz als unbehebbarer Mangel beurteilt werden. Auch aus diesem Grund sei das Angebot der Antragstellerin zu recht gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG ausgeschieden worden. Im gegebenen Zusammenhang dürfe nicht unberücksichtigt bleiben, dass die angebotene Zusammensetzung des Salzes nicht nur als Eignungskriterium sondern insbesondere auch als Zuschlagskriterium in die Bestbieterermittlung Eingang finde und daher seitens der Antragsgegnerin in den Ausschreibungsunterlagen besonderer Wert darauf gelegt worden sei, dass die angebotene Salzzusammensetzung bereits mit Angebotslegung durch eine Prüfstelle bestätigt werde. Ziel dieser Vorgangsweise sei es gewesen, 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 der Antragstellerin mit einem Mangel behaftet. Da eine nachträgliche Mängelbehebung der Antragstellerin nicht nur in zeitlicher und preislicher Hinsicht einen Wettbewerbsvorteil einräumen würde, sondern sie durch eine nachträgliche Erläuterung zur Qualität des von ihr angebotenen Salzes bzw. des von ihr vorgelegten Zertifikates nachträglich auf die Bewertung ihres Angebotes Einfluss nehmen könnte, müsse ein Prüfzertifikat über eine nicht angebotene Salzqualität bzw. fehlende Erläuterungen zu Abweichungen von Angaben im Prüfzertifikat zum angebotenen Salz als unbehebbarer Mangel beurteilt werden. Auch aus diesem Grund sei das Angebot der Antragstellerin zu recht gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG ausgeschieden worden.

Zu den vorgelegten Gewinn- und Verlustrechnungen werde ausgeführt, dass aus den übermittelten Gewinn- und Verlustrechnungen der Antragstellerin für die Jahre 2004, 2005 und 2006 hervorgehe, dass diese die geforderte Anforderung von jährlichen Gesamtumsatzerlösen von zumindest Euro 1 Mio, in den letzten drei Jahren erfüllen dürfte. In den übermittelten Unterlagen sei jedoch weder ein Bestätigungsvermerk eines Wirtschaftsprüfers ersichtlich, noch seien die Widersprüche zu den betriebswirtschaftlichen Angaben im H*** aufgeklärt worden. Die Antragstellerin habe daher durch die vorgelegten Unterlagen den Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit noch nicht hinreichend erbracht.

Die Antragstellerin führte mit Schriftsatz vom 11. Dezember 2007 (OZ 23) ergänzend aus, bei der dem Prüfszertifikat zu Grunde liegenden Probe könne es sich aufgrund der Körnung und der chemischen Zusammensetzung nur um Siedesalz handeln und seien die in der Produktspezifikation angegebenen Werte eindeutig unterschritten worden. Richtig sei, dass das Prüfszertifikat der C*** eine Körnung des geprüften Salzes mit 0,16 bis 3,15 mm von 94,1 % und > 3,15 mm von 2,1 % bescheinige und sich das Schreiben der C*** vom 23.11.2007 auf die analysierte Probe von (hyperreinem) Siedesalz bezogen habe, welches auch von der Antragstellerin angeboten worden sei und immer noch angeboten werde. Die Begründung der mitbeteiligten Partei, die Körnung sowie die Zusammensetzung lt. Prüfszertifikat bestätige ihre Darstellung, sei gerade nicht nachvollziehbar. Vielmehr ergebe sich aus der Körnung des analysierten Salzes und insbesondere der chemischen Zusammensetzung (zB Sulfatgehalt von 0,1 % bez Trockensubstanz) unzweifelhaft die hohe Qualität des Salzes; folglich könne es sich bei der dem Prüfszertifikat zu Grunde liegenden Probe nur um Siedesalz (und nicht um Stein- oder Meeressalz) handeln. Auch gehe das Argument, der Grobkornanteil (> 3,15 mm) von 2,1 % sei Indiz für das Nichtvorliegen von Siedesalz, völlig ins Leere. Zutreffend sei, dass im Zuge der Salztrocknung in geringem Ausmaß eine sogenannte Verklumpung eintreten könne. Überhaupt legen die vorgelegten allgemeinen Produktspezifikationen der K*** (welche mehr als vier Jahre alt sind) lediglich Maximalwerte fest; hieraus folge, dass produkttypische Werte jedenfalls geringer seien d.h. unter den Maxima liegen. Entscheidend sei aber alleine, dass die in der Produktspezifikation angebenen Werte durch die Antragstellerin eindeutig unterschritten werden. Die in den Ausschreibungsunterlagen vorgegebenen Qualitätsanforderungen würden seitens der Antragstellerin jedenfalls erfüllt bzw sogar übertroffen. Daher müsse es für eine fachkundige Person offenkundig sein, dass es sich beim angebotenen Salz klarerweise nur um Siedesalz handeln könne. Auch werde seitens des Referenzgebers in Formblatt 3 ausdrücklich bestätigt, dass es sich beim gelieferten Streusalz "Typ Fuxor Standard" ausdrücklich um Siedesalz handle. Exakt dieses Produkt liege dem C***-Prüfszertifikat zu Grunde. Folglich sei die Referenz jedenfalls verwertbar. Da Identität zwischen dem angebotenen, zertifizierten und vom Referenzgeber bestätigen Salz bestehe und könne damit auch niemals eine Täuschungshandlung gegeben sein.

Der Vorwurf der mitbeteiligten Partei, die Stellungnahme der C*** sei objektiv falsch ,entbehre jeglicher Grundlage. Überdies sei nicht nachvollziehbar, wie die Antragstellerin ihr Angebot nachträglich geändert haben solle; da stets Siedesalz angeboten, zertifiziert und durch einen Referenzgeber bestätigt worden sei, könne eine Angebotsänderung niemals eingetreten sein. Ebenso sei unklar, wie es seitens der Antragstellerin zu einer Täuschungshandlung gekommen sein soll und es sich bei dieser angeblichen Täuschungshandlung um ein einmaliges Vorgehen im österreichischen Vergabewesen handle. Zur nachträglich Vorlage des Prüfszertifikats sei auszuführen, dass sich die Auftraggeberin gemäß 9.2, Teil A, der Ausschreibungsunterlage ausdrücklich zur Aufforderung der Nachreichung nicht beigelegter Nachweise verpflichtet habe. Auch sei festzuhalten, dass die zu untersuchende Probe der C*** vor Ablauf der Angebotsfrist zur Analyse übergeben worden sei; aufgrund von Verzögerungen habe das endgültige Ergebnis am 10.10.2007 allerdings nicht vorgelegen, aber binnen gesetzter Frist durch die Antragstellerin, den Ausschreibungsbestimmungen entsprechend, nachgereicht worden sei. Die J*** Srl als Lieferantin der Antragstellerin für das von ihr angebotene Siedesalzes reiche in regelmäßigen Abständen Salzproben zur Analyse bei der C*** ein, das aktuelle Prüfszertifikat sei im Auftrag der Antragstellerin von der J*** Srl an diese übermittelt worden, damit die Qualität des angebotenen Salzes bei der Auftraggeberin nachgewiesen werden könne.

Zum Vorwurf das Prüfszertifikat weise mehr als 100 % an Salzbestandteilen auf sei festzuhalten, dass alle geforderten Vorgaben erstattet worden seien; auch sei eine Umrechnung angegebener Werte einfach möglich bzw hätte eine Umrechnung nach Aufforderung durch die Auftraggeberin durch die Antragstellerin erfolgen können. Dass das Kalium-Chlorid jedenfalls gesondert angeführt werden hätte müssen, sei unrichtig. Vielmehr folge aus Punkt 2.2. Teil C der Ausschreibungsunterlage, dass die vom Bieter angebotene Zusammensetzung des Salzes (z.B. NaCl, Ca-Mg-K, Chlorid, Sulfat usw) durch eine Prüfzelle zu bestätigen sei. Aus "z.B." folge unzweifelhaft die Möglichkeit, einzelne, demonstrativ gelistete Bestandteile anzugeben. Auch differenziere das Formblatt "Qualitätsanbot", Seite 1, Teil D der Ausschreibungsunterlagen im Hinblick auf die Summe auftauwirksamer Substanzen nicht zwischen den einzelnen Bestandteilen. Vielmehr handle es sich hierbei um eine einzelne Position, die nur die Angabe eines Gesamtwerts der auftauwirksamen Substanzen verlange. Die Ausschreibungsunterlagen legen zudem fest, dass "Angebote, die insgesamt mehr als 100 % Inhaltsstoffe aufweisen" nicht zugelassen würden. Werde nun argumentiert, dass aus dem C***-Prüfszertifikat 99,9 % Inhaltsstoffe hervorgehen, so weise dieses gerade nicht mehr als 100 % auf und sei die Auftraggeberin daher gerade nicht zum Ausscheiden berechtigt. Auch könne eine Maßgeblichkeit nicht einmal durch die mitbeteiligte Partei nachgewiesen werden. Entscheidend sei aber ohnehin nur, dass die angebotenen 99,5% NaCl

durch eine im EU-Raum akkreditierte Stelle bestätigt worden seien.

Zum Vorwurf das vorgelegte Prüfzertifikat weise eine andere Qualität als das angebotene Salz auf werde ausgeführt, die mitbeteiligte Partei verkenne, dass Abweichung sehr wohl zulässig seien und lediglich einer Aufklärung nach Aufforderung durch die Auftraggeberin bedürfen. Das wiederholte Vorbringen, die Antragstellerin "meinte" ursprünglich Stein- oder Meeressalz und sei nicht lieferfähig, diene offenbar nur der Verwirrung.

Zur angeblichen Nichtverfügbarkeit des angebotenen Salzes werde ausgeführt, dass die Verfügbarkeitsanfrage der Antragstellerin an die J*** Srl vom 4.7.2007 nicht mehr gültig sei, falsch sei, vielmehr würden sich die (zeitlich unbefristeten) Verfügbarkeitserklärungen ausdrücklich auf die Periode Oktober 2007 bis Juli 2008 beziehen. Auch die Mutmaßung der mitbeteiligten Partei, das angebotene Salz stehe nicht mehr zur Verfügung, entbehre jeglicher Grundlage. Zum angeblichen Vorliegen eines Wurzel mangels im Rahmen des Zuschlagkriteriensystems werde ausgeführt, dass dieser vollkommen ins Leere gehe.

In der mündlichen Verhandlung am 13. Dezember 2007 legte die Antragstellerin ein Schreiben ihres Lieferanten, der J***, vom 12.12.2007 über eine interne Produktspezifikation vor und führte aus, aus dieser gehe hervor, dass das darin untersuchte Salz jenes Salz sei, welches die J*** als Lieferant der Antragstellerin zur Auslieferung für Österreich zur Verfügung stelle und auch der C*** zur Zertifizierung zur Verfügung übergeben worden sei. In dieser technischen Spezifikation seien Angaben über die Körnung des zu liefernden Salzes angeführt mit = 0,6mm bis unter 0,045 mm. Die Korngröße unterscheide sich von Analyse zu Analyse, da sie abhängig sei u. a. von der Feuchtigkeit der jeweils gezogenen Probe. Jede Musterziehung erziele ein anderes Ergebnis im Hinblick auf die Körnung. Die Antragstellerin legte weiter eine privatgutachtliche Ergänzung von Univ.Do. Dr. G*** vom 12.12.2007 vor, in der die technische Spezifikation vom 12.12.2007 für das Siedesalz Marke Fuxor Standard mit dem C*** Prüfzertifikat verglichen werde und zu dem Ergebnis komme, dass den beiden Untersuchungen das gleiche Siedesalz zugrunde gelegen habe. Weiters legte die Antragstellerin zwei Lieferscheine vor, einen von der J*** an die Antragstellerin und einen zweiten von der Antragstellerin an das Land Kärnten betreffend das von der Antragstellerin im Angebot angeführte Referenzprojekt. Der Auftraggeber brachte vor, dass es sich aufgrund der Ausschreibungsbestimmungen Teil C 2.3.1 um Absolutwerte handle und zwar sowohl hinsichtlich Korngröße und Kornverteilung und aus der vorgelegten Produktspezifikation ersichtlich sei, dass die Korngröße von > 0,15 mm insgesamt 68,1% betrage. Daher könne laut dieser Spezifikation das Salz unter 15 mm Korngröße im Ausmaß von bis zu 31,9% aufweisen. Aus den drei unteren Spalten ergebe sich eine weitere Spezifikation dahingehend, dass Feinkornanteile in einer Bandbreite von 6,1% bis max. 14% möglich seien. Gemäß den Ausschreibungsbestimmungen seien jedoch höchstens 5% zulässig. Das von der Antragstellerin vorgelegte J***-Zertifikat entspreche in seiner technischen Spezifikation schon deshalb nicht dem Prüfzertifikat, weil im Verfahren N/0108-BVA/13/2007 in der mündlichen Verhandlung am 7.12.2007 seitens des Sachverständigenzeugen Dr. L*** bestätigt worden sei, dass Siedesalz nur bei einer Korngröße von max. 1 mm vorliegen könne. Auf Frage der mitbeteiligten Partei ob es sich bei dem in der Produktspezifikation vom 2.9.2007 um das angebotene und zu liefernde Salz handle, wurde von der Antragstellerin ausgeführt, dass es sich immer um dasselbe Salz handle. Aufgrund der chemischen Daten, so die mitbeteiligte Partei, sei das von der Antragstellerin vorgesehene Salz gemäß den Ausschreibungsbestimmungen als Auftausalz jedoch völlig ungeeignet. Die Dichte des Salzes schwanke um 25%. Darüber hinaus könne ein Salz, das eine Wirktemperatur von - 8,5 Grad aufweise kein Produkt sein, welches auf Straßen eingesetzt werden könne. Hinsichtlich der "Körnung" schließe sich die mitbeteiligte Partei aber den Ausführungen des Auftraggebers an. Zum Gutachten von Dr. G*** werde ausgeführt, dass diese irreführend sei und nur Angaben von Feuchtigkeit und Sulfaten gegenüber gestellt würden, keine Angaben jedoch zur Körnung enthalten und es daher ausgeschlossen werde, dass es sich bei den Proben um das selbe Salz handle. Weder das angebotene Salz noch das vorgelegte C***-Zertifikat entsprächen daher den Ausschreibungsbestimmungen. Das Zertifikat verletze zudem auch die Vorgabe, dass es sich um Absolutwerte zu handeln habe, die alle Toleranzen beinhalten. Auch ein Salz, das dem Zertifikat der C*** entsprechen würde, wäre demnach unter Berücksichtigung der Toleranzwerte ausschreibungswidrig. Zum Beweis dafür werde, so die mitbeteiligte Partei, auf die Aussage von Dr. L*** im Verfahren N/0108 verwiesen und werde vorsorglich die Beiziehung eines Sachverständigen für Chemie beantragt.

Die Antragstellerin führte aus, dass das C***-Prüfzertifikat keine Toleranzen enthalte. Das Prüfzertifikat gehe von Absolutwerten aus. Die vorigen Ausführungen würden daher bestritten, ebenso seine jene zur technischen Spezifikation der J*** unrichtig, da der relevante Grenzwert lt. Ausschreibungsbestimmungen laute auf max. 5% unter 15mm. Die Ableitung des Feinkornanteils für die Kornverteilung unter 0,16mm könne daher nicht aus einem Wert für

größer als 0,15mm und größer als 0,045 mm abgeleitet werden. Eine Addition der Maximal- und Minimalwerte sei statistisch unzulässig, weil sie Prozentwerte von 123 und 69,2 ergeben würden und der Wert aber immer 100 betragen müsse. Bei der technischen Produktspezifikation, so die Antragstellerin, handle es sich nicht um eine Prüfspezifikation gemäß den Ausschreibungsbestimmungen. Richtig sei, dass es sich bei der Korngröße von Siedesalz grundsätzlich um eine Größe von kleiner als 1mm handle, jedoch aufgrund von Verklumpungen auch höhere Werte möglich seien. Zur Dichte sei auszuführen, dass sich diese je nach Wassergehalt verändere. Das Gutachten von Dr. G*** bestätige nach Ansicht der Antragstellerin, dass diesem sowohl das C***-Prüfzertifikat als auch die Spezifikation der J*** bekannt gewesen seien und damit auch die Korngrößen.

Zum Prüfzertifikat bzw. zum Datum des Prüfzertifikats mit 19.10.2007 führte die Antragstellerin aus, dass bereits vor Angebotsöffnung bzw. vor Ende der Angebotsabgabefrist von der Antragstellerin bei ihrem Lieferanten, der J***, aufgrund einer Besprechung das notwendige Salz für die Lieferung angefordert worden sei und könne diese Behauptung untermauert werden durch die Vorlage eines Schriftverkehrs. Richtig ist, so die Antragstellerin auf befragen, dass bisher als Nachweis dazu nichts vorgelegt worden sei und auch in der mündlichen Verhandlung nichts vorgelegt werden könne.

Der Auftraggeber führte bestreitend aus, dass sich aus dem vorgelegten Schreiben vom 12.12.2007 ergebe, dass zu diesem Zeitpunkt offensichtlich noch nicht klar gewesen sei, dass die J***Lieferant sein solle und wendete die Antragstellerin ein, dass es sich schon aus jenem Schriftverkehr, der mit dem Vergabeakt vorgelegt worden sei, ergebe, dass am 4. Juli 2007 die Verfügbarkeit bestätigt worden sei. Seitens des Auftraggebers wurde darauf hingewiesen, dass es sich dabei nicht um die gegenständliche Ausschreibung gehandelt haben könne, da die Bekanntmachung der Ausschreibung erst am 14.9. 2007 veröffentlicht worden sei.

Die mitbeteiligte Partei führte mit Schriftsatz vom 17. Dezember 2007 (OZ 28) ergänzend im Wesentlichen zu Behauptung des unklaren und widersprüchlichen Angebotes aus, dass es sich beim Schreiben der J*** vom 12.12.2007 samt der aktuellen technischen Spezifikation des Produktes Fuxor Standard Siedesalz 0/1 eine für das Vergabeverfahren in höchstem Maße rechtsrelevante Urkunde handle, nämlich um eine technische Spezifikation gemäß § 98 (3) und (4) BVergG, die technische Beschreibung des Herstellers. Diese technische Beschreibung des Herstellers liefere damit vollen Beweis für die Beschaffenheit der von diesem Hersteller hergestellten Ware. Aus diesem ergebe sich, dass der Anteil der Körnung dieses Salzes größer 30 MESH (0,6 mm) 0,1 bis 1 % sei, was heiße, dass es sich tatsächlich um Siedesalz handle. Siedesalz der J***, insbesondere solches der Type Fuxor Standard Siedesalz 0/1 enthalte aber keinesfalls 2,1 % Salzkristalle mit einer Körnung von über 3,15 mm. Wenn daher die Antragstellerin behaupte, dass sie das Produkt Fuxor Standard Siedesalz 0/1 "auch" angeboten habe, dann liege hierin das Geständnis, zunächst Stein- oder Meersalz - nur solches könne überhaupt Körnungen von mehr als 3,15 mm aufweisen - angeboten zu haben, während jetzt Siedesalz angeboten sein solle. Damit entpuppe sich aber die Behauptung, schon im ursprünglichen Angebot Siedesalz angeboten zu haben, als bloße Schutzbehauptung. Die mitbeteiligte Partei führte mit Schriftsatz vom 17. Dezember 2007 (OZ 28) ergänzend im Wesentlichen zu Behauptung des unklaren und widersprüchlichen Angebotes aus, dass es sich beim Schreiben der J*** vom 12.12.2007 samt der aktuellen technischen Spezifikation des Produktes Fuxor Standard Siedesalz 0/1 eine für das Vergabeverfahren in höchstem Maße rechtsrelevante Urkunde handle, nämlich um eine technische Spezifikation gemäß Paragraph 98, (3) und (4) BVergG, die technische Beschreibung des Herstellers. Diese technische Beschreibung des Herstellers liefere damit vollen Beweis für die Beschaffenheit der von diesem Hersteller hergestellten Ware. Aus diesem ergebe sich, dass der Anteil der Körnung dieses Salzes größer 30 MESH (0,6 mm) 0,1 bis 1 % sei, was heiße, dass es sich tatsächlich um Siedesalz handle. Siedesalz der J***, insbesondere solches der Type Fuxor Standard Siedesalz 0/1 enthalte aber keinesfalls 2,1 % Salzkristalle mit einer Körnung von über 3,15 mm. Wenn daher die Antragstellerin behaupte, dass sie das Produkt Fuxor Standard Siedesalz 0/1 "auch" angeboten habe, dann liege hierin das Geständnis, zunächst Stein- oder Meersalz - nur solches könne überhaupt Körnungen von mehr als 3,15 mm aufweisen - angeboten zu haben, während jetzt Siedesalz angeboten sein solle. Damit entpuppe sich aber die Behauptung, schon im ursprünglichen Angebot Siedesalz angeboten zu haben, als bloße Schutzbehauptung.

Der Sulfatgehalt des von der C*** analysierten Musters betrage 0,1 % der Trockensubstanz. Dies sei, auf 1 kg bezogen 1 g oder ausschreibungsgemäß 1000 mg/kg. Die C*** habe diesen Sulfatgehalt nach der Methode ISO 2480, wie dies aus dem Prüfzeugnis hervorgehe, bestimmt. Danach sei maximal eine Toleranz von +/- 10 Relativprozent, wie dies auch der Sachverständige Zeuge DI Dr. Martin L*** vor dem BVA glaubhaft im Verfahren GZ N/108-BVA/13/2007-24,

angegeben hat, zulässig. Dem gegenüber weise Fuxor Standard Siedesalz 0/1 300 ppm an Sulfat (s04) auf. 300 ppm (Parts per Million) bedeuten ausschreibungsgemäß umgerechnet 300 mg/kg. Gehe man wieder von einer Toleranzschwelle im Sinne eines zulässigen Messfehlers von +/- 10 % aus, so wären der Wert der zulässig ist 330 bzw. 270 mg. Die beiden Wertebereiche decken sich nicht, sondern seien die beiden Wertebereiche vielmehr um das dreifache unterschiedlich und schließen einander aus. Auch aus den Angaben über den Sulfatgehalt gehe daher hervor, dass die C*** keine Probe des Produktes Fuxor Standard Siedesalz 0/1 untersucht haben kann. Der Sulfatgehalt des von der C*** analysierten Musters betrage 0,1 % der Trockensubstanz. Dies sei, auf römisch eins kg bezogen 1 g oder ausschreibungsgemäß 1000 mg/kg. Die C*** habe diesen Sulfatgehalt nach der Methode ISO 2480, wie dies aus dem Prüfzeugnis hervorgehe, bestimmt. Danach sei maximal eine Toleranz von +/- 10 Relativprozent, wie dies auch der Sachverständige Zeuge DI Dr. Martin L*** vor dem BVA glaubhaft im Verfahren GZ N/108-BVA/13/2007-24, angegeben hat, zulässig. Dem gegenüber weise Fuxor Standard Siedesalz 0/1 300 ppm an Sulfat (s04) auf. 300 ppm (Parts per Million) bedeuten ausschreibungsgemäß umgerechnet 300 mg/kg. Gehe man wieder von einer Toleranzschwelle im Sinne eines zulässigen Messfehlers von +/- 10 % aus, so wären der Wert der zulässig ist 330 bzw. 270 mg. Die beiden Wertebereiche decken sich nicht, sondern seien die beiden Wertebereiche vielmehr um das dreifache unterschiedlich und schließen einander aus. Auch aus den Angaben über den Sulfatgehalt gehe daher hervor, dass die C*** keine Probe des Produktes Fuxor Standard Siedesalz 0/1 untersucht haben kann.

Das Privatgutachten von Dr. G*** sei irreführend, unvollständig und objektiv falsch. Es könne sich bei den beiden Proben nicht um das gleiche Siedesalz gehandelt haben. Darüber hinaus verkenne die Antragstellerin den Inhalt einer technischen Spezifikation. In einer solchen technischen Spezifikation würden in der Regel Bandbreiten angegeben, innerhalb derer der Erwartungswert des tatsächlich gelieferten Produktes 100 % sei. Das C***-Zertifikat vom 19.10.2007 hingegen befasse sich mit der Untersuchung bloß einer einzigen Probe. Durch den Vergleich der Körnungswerte und des Sulfatwertes könne der schlüssige Nachweis geführt werden, dass ein Salz, das so beschaffen sei wie das von der C*** analysierte Muster, jedenfalls nicht mit den technischen Spezifikationen von Fuxor Standard Siedesalz 0/1 übereinstimmen. Dazu komme, dass gemäß C.2.3.1. der Ausschreibung die Feuchtigkeit maximal 0,6 Gewichtsprozent betragen dürfe. Wenn der Hersteller hingegen einen Feuchtigkeitsanteil von 0,05 mithin 5 % angebe, dann sei das etwa 10 Mal so viel wie nach der Ausschreibung zulässig, sodass die Ware auch aus diesem Grund zurückzuweisen sei.

Zur Behauptung, dass eine Verklumpung im Zuge der Salztrocknung stattfinde, sei auszuführen, dass dann dieser Produktionsschritt bereits abgeschlossen sei, bevor das Produkt Fuxor Standard Siedesalz 0/1 ("getrocknetes hyperreines Natriumchlorid") erfolgt sei. Dem gemäß müssten die auf diese Weise "verklumpten" Salzkörner bei der Angabe der Körner größer 30 MESH ja gerade aufscheinen. Richtig sei allerdings, dass eine Verklumpung von Auftausalz eintreten könne.

Dieses Phänomen sei äußerst gefährlich, im Sinne einer völligen Gebrauchsuntauglichkeit und eines plötzlichen Ausfalles des gesamten Siloinhaltes. Wegen seiner Wasseraffinität neige Auftausalz tatsächlich zu Wasseraufnahme die der Rieselfähigkeit entgegenwirke. Daher habe die ASFINAG in Teil C.2.3.1 ausgeschrieben, dass die Rieselfähigkeit des Auftausalzes auch nach einer Lagerung über einen Zeitraum von mindestens 10 Monaten gegeben sein müsse und Antibackmittel im unbedingt erforderlichen Ausmaß beigegeben werden müssen:

"Die Antibackmittel müssen im europäischen Wirtschaftsraum zugelassen sein. Auf Verlangen des Auftraggebers ist ein entsprechendes Zertifikat vorzulegen." Das C*** Zertifikat vom 19.10.2007 weise keine Antibackmittel auf. Ein Salz, das diesem Zertifikat entspreche, werde daher verklumpen. Außerdem weise die technische Spezifikation der J*** als Aufbereitung des Trennmittel E 535 bis E 536 mit 15 bzw. 70 ppm aus. Bei diesen Trennmitteln handle es sich genau um jene Antibackmittel, für die die Antragstellerin ein Zertifikat vorzulegen gehabt hätte. Diese habe selbst zugestanden, dass die technische Spezifikation kein Zertifikat sei. Außerdem behaupte sie, dass das von ihr angebotene Salz klumpe, es handle sich also nicht um Fuxor Standard Siedesalz 0/1, weil dieses nicht klumpen könne. Die Vorlage dieses Zertifikates verstoße außerdem gegen die Bedingung in C.2.3.1, wonach die angebotenen Grenzwerte Absolutwerte sind und sämtliche Toleranzen zu beinhalten haben. Es sei daher ein Zuschlags- und reihungsrelevanter Unterschied zwischen einem Zertifikat mit und ohne Toleranzen. Die Vorlage eines ausschreibungswidrigen Prüfzertifikates, das die prüfnormengemäßen Toleranzen nicht offen ausweise, sei daher geeignet, sich einen reihungsrelevanten, nicht einmal auf den ersten Blick klar erkennbaren unlauteren Vorteil zuzuwenden.

Dazu komme, dass das Prüfzertifikat erst nach Angebotsabgabe überhaupt erstellt wurde. Die Vorlage eines nach Angebotseröffnung erstellten Zertifikates liefere den vollen Beweis dafür, dass der Antragstellerin zum Zeitpunkt des Angebotes überhaupt kein Prüfzertifikat zur Verfügung gestanden sei. Auch hierin liege ein für den Wettbewerb entscheidender Einfluss und damit auch die Begründung eines unbehebbarer Mangels.

Die Antragstellerin habe verspätet die Spezifikation der J*** vorgelegt. Das Zertifikat der C*** vom 19.10.2007 beinhalte keinerlei Identifizierungsmerkmal, keinerlei Angabe, sondern nur den Hinweis, dass die Firma J*** srl irgendein Muster eingesendet habe. Das Muster werde bezeichnet mit "Muster C". Welcher Typ von Fuxor das Muster C entspreche, könne schlüssig nicht nachgewiesen werden. Insgesamt habe damit die Antragstellerin ihrem Angebot nachträglich einen ganz anderen Inhalt gegeben. Hatte sie nämlich ursprünglich Salz angeboten, das eine Körnung von 3,15 mm mit einem Anteil von über 2,1 % enthalten solle, so habe sie dann Fuxor Standard Siedesalz 0/1 angeboten.

Gefordert sei zudem, dass das Referenzprojekt gleichwertig wie die im Punkt 2 Teil C festgelegten Qualitätsanforderungen war. Das in Kärnten gelieferte Salz habe unter Berücksichtigung der Vorgabe, dass die Grenzwerte Absolutwerte seien und alle Toleranzen beinhalten, niemals den Mindestanforderungen der ASF1NAG-Ausschreibung entsprochen. Wenn daher das gleiche Salz mit dem gleichen Zertifikat in Kärnten geliefert worden sei, dann sei das gerade kein Nachweis für die technische Leistungsfähigkeit, weil der Nachweis, dass die sämtlichen Toleranzen eingerechnet seien, nicht erbracht worden sei. Zur nachträglichen Vorlage des Prüfzertifikates werde ausgeführt, dass die Antragstellerin den Ausschreibungsinhalt verkenne, wenn sie meine, dass sie ein nachträglich hergestelltes Prüfzertifikat verspätet vorlegen könne. Alle nachzureichenden Beilagen müssen aber zum Zeitpunkt der Angebotöffnung bereits real existiert haben. Dass die untersuchte Probe vor Ablauf der Angebotsfrist zur Analyse übergeben worden sei, sei irrelevant, weil Willensinhalt der Angebotserklärung ja nur die Lieferung eines bestimmten Siedesalzes gewesen sein könne. Daher müsse jenes Zertifikat, damit es dieser Angebotswillenserklärung inhaltlich zugeordnet sein könne, schon zum Zeitpunkt der Angebotslegung/Angebotsöffnung existent sein. Ein nachträglich überhaupt erst entstandenes Prüfzertifikat könne rechtens nachgereicht werden, selbst wenn das bloße Fehlen eines rechtzeitig entstandenen Prüfzertifikates ein behebbarer Mangel gewesen sein soll.

Das Angebot der Antragstellerin sei daher sowohl im Hinblick auf die ausschreibungswidrigen Eigenschaften des angebotenen Salzes, als auch der mangelnden Referenz, wegen des Misslingens des Gleichwertigkeitsnachweises mit als auch wegen der Mängel bzw. des Nichtvorliegens und des verspäteten Vorlegens des C***-Zertifikates als auch wegen der mangelnden Leistungsfähigkeit in technische Hinsicht (Lieferfähigkeit) zu Recht ausgeschieden worden.

Der Auftraggeber führte mit Schriftsatz vom 17. Dezember 2007 ergänzend aus, dass die im Prüfzertifikat vom 02.09.2007 dargestellte Kornverteilung (Körnung) hinsichtlich der Feinkornanteile ($< 0,16$ mm gemäß Punkt 2.3.1 des Teiles C der Ausschreibungsunterlagen) ergebe, dass die Antragstellerin Korngrößen $> 0,16$ mm lediglich zu einem Anteil von 68,1 % ausweise, da sich dieser Prozentanteil aus der Addition der dargestellten Mindestanteile ($0,1 + 10 + 35 + 18 + 5$ %) ergebe. Im Umkehrschluss ergebe sich aus den in den untenstehenden drei Zeilen dargelegten Werten, die sich jeweils auf die in Punkt

2.3.1 des Teiles C genannte Feinkornverteilung von $< 0,16$ mm beziehen, dass Feinkornanteile von zumindest 6,1 % bis maximal 14 % möglich seien. Das vorgelegte Prüfzertifikat erweise sich somit als in keiner Weise geeignet, die in Punkt 2.3.1 des Teiles C der Ausschreibungsunterlagen festgelegten Qualitätsanforderungen sowohl für das angebotene Salz einerseits als auch für das im Referenzprojekt gelieferte Salz nachzuweisen. Vielmehr zeige auch dieses Prüfzertifikat, dass die Antragstellerin ein nicht den Ausschreibungsbestimmungen entsprechendes Angebot abgegeben habe, weshalb ein zusätzlicher Grund für das Ausscheiden dieses Angebotes vorliege. Im Parallelverfahren zur Zahl N/106-BVA/13/2007 sei seitens des sachverständigen Zeugen von der österreichischen Prüfgesellschaft M*** GmbH, Herrn DI Dr.L***, darauf hingewiesen worden, dass die in Prüfzertifikaten ausgewiesenen Werte nicht "absolut" zu verstehen seien, sondern den angegebenen Werten Toleranzen hinzurechnen bzw. abzuziehen seien. Im Einzelnen sei bestätigt worden, dass es bei der Messung der Korngrößen eine Messtoleranz von ca. 2 Absolutprozent gäbe. Da eine Berücksichtigung dieser Messtoleranzen nach den eindeutigen Wortlaut des Punktes 2.3.1 des Teiles C der Ausschreibungsunterlagen geboten sei, wäre das Angebot der Antragstellerin somit auch aufgrund der Nichteinhaltung der vorgegebenen Qualitätsanforderungen auszuschneiden gewesen. Die Antragstellerin habe in dieser mündlichen Verhandlung selbst erkannt, dass das Prüfzertifikat vom 02.09.2007 eine völlig andere Zusammensetzung (Kornverteilung) als das mit dem Prüfzertifikat vom 19.10.2007 untersuchte Salz aufweise und dieses Prüfzertifikat einen zusätzlichen Ausscheidensgrund ergeben würde, soweit es sich tatsächlich auf die Qualität des angebotenen

Salzes beziehe.

Wenn nun aber ausschließlich das am 19.10.2007 erstellte und von der Antragstellerin nachgereichte Prüfzertifikat für die Beurteilung der Qualität des angebotenen Salzes sowie der technischen Leistungsfähigkeit im gemäß § 69 BVerGG relevanten Zeitpunkt der Angebotsöffnung maßgeblich sei, könne mit diesem Prüfzertifikat keinesfalls die Eignung der Antragstellerin im relevanten Zeitpunkt nachgewiesen worden sein. Denn 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. Wenn nun aber ausschließlich das am 19.10.2007 erstellte und von der Antragstellerin nachgereichte Prüfzertifikat für die Beurteilung der Qualität des angebotenen Salzes sowie der technischen Leistungsfähigkeit im gemäß Paragraph 69, BVerGG relevanten Zeitpunkt der Angebotsöffnung maßgeblich sei, könne mit diesem Prüfzertifikat keinesfalls die Eignung der Antragstellerin im relevanten Zeitpunkt nachgewiesen worden sein. Denn 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.

Die Antragstellerin habe im Parallelverfahren zur Zahl N/110- BVA/02/2007 das von ihr angebotene Salz erst nachträglich im Laufe der mündlichen Verhandlung spezifiziert und behaupte nunmehr, dass sie Salz der Gattung "Fuxor Standard Siedesalz 0/1" angeboten habe. Implizit habe sie dies auch im vorliegenden Verfahren getan und ausgeführt, das J***-Schreiben beziehe sich auf jenes Salz, dass zur Auslieferung in Österreich bestimmt sei. Dass diese technische Spezifikation bereits mit dem Angebot verbindlich gewesen sein soll, ergebe sich insbesondere daraus, dass ihr gegenüber ihrem Lieferanten kein anderes Salz zur Verfügung stehe.

Aus der von der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vorgelegten "Verfügbarkeitserklärung" der J*** srl. vom 12.12.2007 ergebe sich jedoch gerade nicht, dass der Antragstellerin ausschließlich Salz des Produktes "Fuxor Standard Siedesalz 0/1" zur Verfügung stehen würde. Vielmehr weise der Lieferant selbst in diesem kurzfristig angeforderten Bestätigungsschreiben ausdrücklich auf seine weiteren Auftauprodukte hin, wie etwa "Fuxor, Fuxor extra", Fuxor b80". Aus der nachträglichen Festlegung auf das Produkt "Fuxor Standard Siedesalz 0/1" könne daher nicht geschlossen werden, dass die Antragstellerin dieses Produkt bereits mit Angebotsabgabe angeboten habe bzw. ausschließlich dieses Produkt anbieten habe können. Vielmehr sei diese nachträgliche Spezifikation des angebotenen Salzes durch die Antragstellerin lediglich als Versuch zu werten, erst nachträglich auf den Inhalt des gelegten Angebots Einfluss zu nehmen, um im Hinblick auf ein nicht den Ausschreibungsbedingungen entsprechendes Prüfzertifikat durch eine nachträgliche Manipulation vielleicht doch noch den Qualitätsanforderungen der Ausschreibung entsprechen zu können.

Die Antragstellerin legte mit den Schriftsätzen vom 17. und 18. Dezember 2007 (OZ 29, 30, 33) die beglaubigte Übersetzung des Schreibens der J*** Srl vom 2.10.2007 vor und führte aus, dass mit diesem Schreiben um Analyse des Siedesalzes "Fuxor Standard" ersucht worden sei sowie die beglaubigte Übersetzung des Lieferscheines der J*** Srl an die Antragstellerin betreffend das Siedesalz "Fuxor Standard" sowie eine "Privatgutachterliche Ergänzung 2 zur Stellungnahme in den Verfahren GZ N/0111-BVA/03/2007 und GZ N/0110- BVA/02/2007" datiert 14. Dezember 2007 samt ergänzender Stellungnahme, mit der die Antragstellerin vorbringt, dass die Qualität (insbesondere die Korngrößen) des angebotenen sowie zu liefernden Salzes den Qualitätsanforderungen lt. Ausschreibung entsprächen.

Zur angeblichen Nicht-Entsprechung des angebotenen Salzes werde ausgeführt, richtig sei, dass die Antragstellerin im Rahmen der mündlichen Verhandlung eine technische Spezifikation der J*** Srl (Lieferantin der Antragstellerin) vorgelegt habe. Diese unverbindliche (unternehmensinterne) Beschreibung der Salzeigenschaften diene dem Nachweis, dass stets ein und dasselbe Salz, in concreto der Salztyp "Fuxor Standard" angeboten, zertifiziert und vom Referenzgeber bestätigt worden sei. Die Argumentation der Auftraggeberin sowie der mitbeteiligten Partei, aus den technischen Spezifikationen gehe hervor, dass das angebotene Salz den Ausschreibungsbedingungen widerspreche und das Angebot der Antragstellerin sohin auszuschneiden wäre, entbehre jeglicher Grundlage. Vielmehr lege Pkt. 2.2., Teil C der bestandfest gewordenen Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich fest, dass die Zusammensetzung des Salzes (z.B. NaCl, Ca-Mg-K-Chlorid, Sulfat, Überkorn, Unterkorn, Feuchte) durch eine im EU-Raum, akkreditierte Prüfstelle zu bestätigen sei. Da sohin ausschließlich die Angaben im C***-Prüfzertifikat vom 19.10.2007 zum Nachweis der angebotenen Salzqualität herangezogen werden dürfen, sei auch eindeutig die Kompatibilität des angebotenen

Salzes mit den Ausschreibungsbedingungen nachgewiesen.

Auch sei die Ansicht der mitbeteiligten Partei unrichtig, die Dichte des Salzes sowie die Wirktemperatur lt. technischer Spezifikationen der J*** Srl würden darauf hindeuten, dass das von der Antragstellerin angebotene Auftausalz auf Straßen nicht geeignet sei. Die Antragstellerin liefere seit Jahren etwa dem Land Kärnten das angebotene Salz und setze dieses erfolgreich auf Kärntens Straßen ein; die Einwandfreiheit des Salzes sei von dieser sogar im gegenständlichen Verfahren durch die Referenz des Landes Kärnten bestätigt und niemals bestritten worden. Auch bestätige die RVS explizit in Pkt.4.5.2 die Eignung des angebotenen Salzes betreffend die Wirktemperatur.

Zur Nicht-Erfüllung der Ausschreibungsbedingungen sei auszuführen, dass die mitbeteiligte Partei selbst gegen die Ausschreibungsbedingungen verstoße, da diese die technischen Spezifikationen offenkundig nicht erfülle. Da sie somit ein gegen die Ausschreibungsunterlagen widersprechendes Angebot gelegt hat, sei ihr Angebot auch auszuschneiden.

Auf Grundlage des Akteninhaltes, der Schriftsätze und Vorbringen der Parteien, insbesondere in der mündlichen Verhandlung, sowie der vorgelegten Originalunterlagen wurde folgender für entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Im September 2007 hat der Auftraggeber ASFINAG die Lieferung von Auftausalz Winter 2007/2008 im offenen Verfahren als Lieferauftrag, CPV-Code 14440000-7, im Oberschwellenbereich europaweit ausgeschrieben. Die Absendung der Bekanntmachung zur Veröffentlichung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften sowie die Bekanntmachung in Österreich erfolgten am 14.9.2007. Eine Aufteilung in Lose ist nicht vorgesehen. Nach Beantwortung der Bieteranfragen war die Angebotsöffnung für 10.10.2007, 10.00 Uhr vorgesehen. Der Zuschlag soll aufgrund des Bestbieterprinzips erteilt werden. Im September 2007 hat der Auftraggeber ASFINAG die Lieferung von Auftausalz Winter 2007 aus 2008, im offenen Verfahren als Lieferauftrag, CPV-Code 14440000-7, im Oberschwellenbereich europaweit ausgeschrieben. Die Absendung der Bekanntmachung zur Veröffentlichung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften sowie die Bekanntmachung in Österreich erfolgten am 14.9.2007. Eine Aufteilung in Lose ist nicht vorgesehen. Nach Beantwortung der Bieteranfragen war die Angebotsöffnung für 10.10.2007, 10.00 Uhr vorgesehen. Der Zuschlag soll aufgrund des Bestbieterprinzips erteilt werden.

In Teil A Punkt 25 der Ausschreibungsbestimmungen (Bewertung der Angebote) ist festgelegt, dass das Zuschlagskriterium "Preis" mit 94% und das Zuschlagskriterium "Qualität" mit 6% gewichtet wird.

In Teil A Punkt 9.2 der Ausschreibungsbestimmungen (Nachweis der Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit) ist festgelegt, dass mit dem Angebot die nachfolgend genannten Nachweise vorzulegen sind. Weiter ist festgelegt "Werden diese dem Angebot nicht vollständig beigelegt, so sind diese auf Aufforderung durch den Auftraggeber binnen 7 Tagen bei sonstiger Ausscheidung des Angebotes nachzureichen".

Gemäß Teil A Punkt 9.2.3 der Ausschreibungsbestimmungen (Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit) muss der Bieter seine technische Leistungsfähigkeit durch die angebotene Zusammensetzung des Salzes sowie durch ein Referenzprojekt nachweisen, wobei dieser Nachweis zu führen ist durch Beibringung der geforderten Bestätigung einer im EU-Raum akkreditierten Prüfstelle.

Laut Teil A Punkt 16.3 der Ausschreibungsbestimmungen (Erklärungen zum Angebot) sind, sofern es ein Bieter für notwendig erachtet, sein Angebot zu erläutern oder besondere Erklärungen, die über die in der Ausschreibung geforderten Erklärungen hinausgehen, diese in einem "Begleitschreiben" zum ausschreibungsgemäßen Angebot anzuführen. Diese dürfen jedoch keinen Widerspruch zu den Ausschreibungsbedingungen begründen, andernfalls das Angebot ausgeschieden werden muss.

Laut Teil A Punkt 16.4 letzter Satz der Ausschreibungsbestimmungen (Bestandteile des Angebotes) sind im Fall des Fehlens von Unterlagen bei der Angebotsabgabe - sofern ein behebbarer Mangel vorliegt - auf Aufforderung durch den Auftraggeber binnen 7 Tagen nachzureichen.

Die Antragstellerin hat im gegenständlichen Vergabeverfahren neben einem weiteren Bieter, der B*** AG, ein Angebot mit einer Angebotssumme von Euro 876.480.- gelegt und in einem dem Angebot beigelegten Begleitschreiben, datiert 9. 10.2007, folgendes ausgeführt: " Wie am 08.10.2007 mit Herrn F*** telefonisch gesprochen, werden die Qualitätszertifikate nach Erhalt Ihrer Aufforderung innerhalb der gesetzlichen Frist von uns nachgereicht.". Der Auftraggeber hat die Antragstellerin mit Telefax vom 16. Oktober 2007 aufgefordert, den Nachweis für die angebotene

Zusammensetzung des Salzes durch eine im EU-Raum akkreditierte Prüfanstalt vorzulegen. Diesem Auftrag ist die Antragstellerin mit Telefax vom 22. Oktober 2007 insofern nachgekommen, als diese darin unter Punkt 3 folgendes ausgeführt hat " Analysezertifikat der C***, 2 Seiten in Italienisch datiert Ravenna, 19.10.2007 plus 2 Seiten beglaubigte Übersetzung" und als Beilage folgendes Zertifikat in beglaubigter Übersetzung angeschlossen hat:

"

Zertifikat Nr. 0710190002

Prüfbericht

In Erfüllung des Auftrags erhalten von

J*** SRL - CHIMICHE PRODOTTE - FAENZA (RA)

Und ersuchend, den im Folgenden zusammengefassten Auftrag zu bearbeiten:

Analysen zu dem an uns von der Firma J*** SRL gesendeten Muster

Für eine Lieferung bezeichnet als

Identifikation des Musters :hochreines Natriumchlorid Muster C

Berichten wir wie folgt:

Das an uns von J*** SRL gesendete und in einem qualifizierten Labor untersuchte Muster zeigt, wie in ihrem Prüfbericht 0727003 vom 19/10/2007 mitgeteilt, folgende Resultate:

ZITATBEGINN

Beschreibung

der Probe	Resultat	Maßeinheit	Grenzwert	Methode
-----------	----------	------------	-----------	---------

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

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

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

ZITATENDE

Die Resultate beziehen sich ausschließlich auf das analysierte Muster

....

Ravenna,19.Oktober 2007

....."

Mit Schriftsatz vom 2. Oktober 2007 hat die B*** AG die Nichtigerklärung der Ausschreibung bzw. die Nichtigerklärung einzelner im Antrag bekämpfte Punkte sowie der Zuschlagskriterien beantragt.

Mit Schreiben vom 25. Oktober 2007 hat der Auftraggeber sämtlichen Bietern die Zuschlagsentscheidung zugunsten der B*** AG mit einer Angebotssumme von Euro 906.880.- bekanntgegeben und der Antragstellerin das Ausscheiden ihres Angebotes mitgeteilt.

Mit Schriftsatz vom 31. Oktober 2007 hat die B*** AG ihren Antrag vom 2. Oktober 2007 mit der Begründung, die ASFINAG habe die Antragstellerin dadurch klaglos gestellt, dass sie ihr die auf ihr Angebot lautende Zuschlagsentscheidung mitgeteilt habe, zurückgezogen. Aufgrund dieser Zurückziehung hat das Bundesvergabeamt

das Verfahren N/0094-BVA/03/2007 eingestellt.

Mit Schriftsatz vom 8. November 2007 beantragte die Antragstellerin die Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens und die Erlassung einer einstweiligen Verfügung im Wesentlichen mit der Begründung, ihr Angebot sei zu Unrecht als den Ausschreibungsbestimmungen widersprechend ausgeschieden worden, da dem Auftraggeber jedenfalls habe klar sein müssen, dass das angebotene Salz keinesfalls mehr als 100 % Inhaltsstoffe aufweise und dies im Falle von Unklarheiten jederzeit bei schriftlichem - und vor Ausscheiden verpflichtendem - Aufklärungsverlangen des Auftraggebers hätte aufgeklärt werden können. Auch der Ausscheidensgrund, das übermittelte Prüfsertifikat bestätige nicht die Zusammensetzung des angebotenen Salzes, liege nicht vor, vielmehr hätte der Auftraggeber gemäß § 126 Abs.1 BVergG auch in diesem Fall schriftliche Aufklärung verlangen müssen. Darüber hinaus liege auch der Ausscheidensgrund, das Prüfsertifikat weiche von den Vorgaben der Ausschreibungsunterlagen insofern ab, als der Sulfatgehalt nicht in mg/kg ausgewiesen werde, nicht vor. Da das Angebot der Antragstellerin somit zu Unrecht ausgeschieden worden sei, vielmehr diese aufgrund des günstigsten Preises auch für das Kriterium Qualität das Punktemaximum von 6 Punkten erhalten hätte müssen, sei auch die Zuschlagsentscheidung zugunsten der B*** AG rechtswidrig, vielmehr sei der Antragstellerin als Best - und Billigstbieterin der Zuschlag zu erteilen. Mit Schriftsatz vom 8. November 2007 beantragte die Antragstellerin die Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens und die Erlassung einer einstweiligen Verfügung im Wesentlichen mit der Begründung, ihr Angebot sei zu Unrecht als den Ausschreibungsbestimmungen widersprechend ausgeschieden worden, da dem Auftraggeber jedenfalls habe klar sein müssen, dass das angebotene Salz keinesfalls mehr als 100 % Inhaltsstoffe aufweise und dies im Falle von Unklarheiten jederzeit bei schriftlichem - und vor Ausscheiden verpflichtendem - Aufklärungsverlangen des Auftraggebers hätte aufgeklärt werden können. Auch der Ausscheidensgrund, das übermittelte Prüfsertifikat bestätige nicht die Zusammensetzung des angebotenen Salzes, liege nicht vor, vielmehr hätte der Auftraggeber gemäß Paragraph 126, Absatz eins, BVergG auch in diesem Fall schriftliche Aufklärung verlangen müssen. Darüber hinaus liege auch der Ausscheidensgrund, das Prüfsertifikat weiche von den Vorgaben der Ausschreibungsunterlagen insofern ab, als der Sulfatgehalt nicht in mg/kg ausgewiesen werde, nicht vor. Da das Angebot der Antragstellerin somit zu Unrecht ausgeschieden worden sei, vielmehr diese aufgrund des günstigsten Preises auch für das Kriterium Qualität das Punktemaximum von 6 Punkten erhalten hätte müssen, sei auch die Zuschlagsentscheidung zugunsten der B*** AG rechtswidrig, vielmehr sei der Antragstellerin als Best - und Billigstbieterin der Zuschlag zu erteilen.

Die Verständigung des Auftraggebers ist erfolgt (OZ 2), die Antragstellerin hat Pauschalgebühren in der Höhe von Euro 1.600.- bezahlt. Im Übrigen sind auch die sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen gemäß § 322 BVergG 2006 erfüllt. Die Verständigung des Auftraggebers ist erfolgt (OZ 2), die Antragstellerin hat Pauschalgebühren in der Höhe von Euro 1.600.- bezahlt. Im Übrigen sind auch die sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen gemäß Paragraph 322, BVergG 2006 erfüllt.

Mit Bescheid des Bundesvergabebeamten vom 14. November 2007, OZ EV 06 wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen

1. 1.Ziffer eins
Rechtslage:

Gemäß § 345 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006 ist das Bundesvergabegesetz 2006, BGBl I Nr. 17/2006, mit 1. Februar 2006 in Kraft getreten. Da die Vergabebekanntmachung nach dem 1.2.2006 erfolgte und damit das Vergabeverfahren nach dem 1.2.2006 eingeleitet wurde und der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung samt Nachprüfungsantrag ebenfalls nach dem 1.2.2006 eingebracht wurden, sind die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 zur Gänze anzuwenden. Gemäß Paragraph 345, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006 ist das Bundesvergabegesetz 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, mit 1. Februar 2006 in Kraft getreten. Da die Vergabebekanntmachung nach dem 1.2.2006 erfolgte und damit das Vergabeverfahren nach dem 1.2.2006 eingeleitet wurde und der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung samt Nachprüfungsantrag ebenfalls nach dem 1.2.2006 eingebracht wurden, sind die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 zur Gänze anzuwenden.

1. 2.Ziffer 2
Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten und Zulässigkeit des Antrages

Die ASFINAG ist öffentlicher Auftraggeber iSd § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 (vgl. BVA 24.10.2005, 03N/101/05-11; BVA

13.1.2005, 03N-111/04- 10). Das gegenständliche Vergabeverfahren wird von der ASFINAG Bau Management GmbH im Auftrag und im Namen der Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs -AG als offenes Verfahren geführt. Diese fungiert daher als vergebende Stelle iSd § 2 Z 41 BVergG 2006. Der gegenständliche Auftrag ist als Lieferauftrag iSd § 5 BVergG 2006 zu qualifizieren. Der geschätzte Auftragswert des verfahrensgegenständlichen Auftrags beträgt laut Angaben des Auftraggebers ca. Euro 864.000.- ohne Ust. und ist daher das gegenständliche Verfahren dem Oberschwellenbereich zuzuordnen. Das gegenständliche Vergabeverfahren wurde weder widerrufen, noch wurde der Zuschlag erteilt. Die ASFINAG ist öffentlicher Auftraggeber iSd Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 vergleiche BVA 24.10.2005, 03N/101/05-11; BVA 13.1.2005, 03N-111/04- 10). Das gegenständliche Vergabeverfahren wird von der ASFINAG Bau Management GmbH im Auftrag und im Namen der Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs -AG als offenes Verfahren geführt. Diese fungiert daher als vergebende Stelle iSd Paragraph 2, Ziffer 41, BVergG 2006. Der gegenständliche Auftrag ist als Lieferauftrag iSd Paragraph 5, BVergG 2006 zu qualifizieren. Der geschätzte Auftragswert des verfahrensgegenständlichen Auftrags beträgt laut Angaben des Auftraggebers ca. Euro 864.000.- ohne Ust. und ist daher das gegenständliche Verfahren dem Oberschwellenbereich zuzuordnen. Das gegenständliche Vergabeverfahren wurde weder widerrufen, noch wurde der Zuschlag erteilt.

Der gegenständliche Antrag ist daher zulässig, das Bundesvergabeamt ist zur Durchführung des Nachprüfungsverfahrens zuständig.

1. 3. Ziffer 3

Inhaltliche Beurteilung des Antrages

Ad Spruchpunkt I:

Gemäß § 312 Abs. 2 Z 2 BVergG 2006 ist das Bundesvergabeamt bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens zum Zwecke von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hier zu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht zuständig zur Nichtigkeitsklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte. Gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 ist das Bundesvergabeamt bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens zum Zwecke von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hier zu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht zuständig zur Nichtigkeitsklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte.

Gemäß § 19 Abs 1 BVergG 2006 sind Vergabeverfahren nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauterer Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen. Gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 sind Vergabeverfahren nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauterer Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

In Entsprechung des Gleichbehandlungsgrundsatzes und aufgrund der allgemeinen Bestimmungen des § 19 BVergG 2006 iVm § 80 leg.cit müssen alle Bieter darauf vertrauen können, dass sich der Auftraggeber an die von ihm festgelegten Ausschreibungsbestimmungen hält (EuGH 22.6.1993, Rs C-243/89, Storebaelt; EuGH 25.04.1996 Rs C-87/94- Kommission/Belgien). Da die Ausschreibung mangels Anfechtung innerhalb der in § 321 Abs.2 BVergG 2006 festgelegten Fristen Bestandskraft erlangt hat, ist diese unveränderliche Grundlage für die Bewertung der Angebote geworden (vgl. BVA vom 22.6.2005, 03N-35/05- 26). Damit sind die Bieter und auch der Auftraggeber an die in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen gebunden (vgl. BVA vom 20.3.2003, 12N-10/03-11; BVA 11.12.2003, 17N-115/03-30; BVA 18.8.2003, 10N-60/03-26; BVA vom 13.1.2005, 03N-111/04-10; s. auch Huber-Matauscheck in ZVB 10/2005, 286). Die Leistung ist unter Berücksichtigung der festgelegten Zuschlagskriterien zu vergeben, Abweichungen von den in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen begründen eine Verletzung der wesentlichen Grundsätze des Vergabeverfahrens. In Entsprechung des Gleichbehandlungsgrundsatzes und aufgrund der allgemeinen Bestimmungen des Paragraph 19, BVergG 2006 in Verbindung mit Paragraph 80, leg.cit müssen alle Bieter darauf

vertrauen könne, dass sich der Auftraggeber an die von ihm festgelegten Ausschreibungsbestimmungen hält (EuGH 22.6.1993, Rs C-243/89, Storebaelt; EuGH 25.04.1996 Rs C-87/94- Kommission/Belgien). Da die Ausschreibung mangels Anfechtung innerhalb der in Paragraph 321, Absatz 2, BVergG 2006 festgelegten Fristen Bestandskraft erlangt hat, ist diese unveränderliche Grundlage für die Bewertung der Angebote geworden vergleiche BVA vom 22.6.2005, 03N-35/05- 26). Damit sind die Bieter und auch der Auftraggeber an die in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen gebunden vergleiche BVA vom 20.3.2003, 12N-10/03-11; BVA 11.12.2003, 17N-115/03-30; BVA 18.8.2003, 10N-60/03-26; BVA vom 13.1.2005, 03N-111/04-10; s. auch Huber-Matauschk in ZVB 10 aus 2005,, 286). Die Leistung ist unter Berücksichtigung der festgelegten Zuschlagskriterien zu vergeben, Abweichungen von den in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen begründen eine Verletzung der wesentlichen Grundsätze des Vergabeverfahrens.

Gemäß § 69 BVergG muss unbeschadet der Regelung des § 20 Abs.1 die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit beim offenen Verfahren spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung. Gemäß Paragraph 69, BVergG muss unbeschadet der Regelung des Paragraph 20, Absatz eins, die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit beim offenen Verfahren spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung.

Die Angebotsöffnung erfolgte am 10. Oktober 2007, 10.00 Uhr. Gemäß Punkt 9.2. Teil A der Ausschreibungsbestimmungen sind mit dem Angebot die vom Auftraggeber geforderten Nachweise vorzulegen, im Falle einer mangelhaften Vorlage kann der Auftraggeber zur Nachreichung und Vorlage innerhalb einer bestimmten Frist auffordern. Die Antragstellerin hat rechtzeitig ein Angebot gelegt und in einem dem Angebot beigelegten Begleitschreiben ausgeführt, die geforderten Qualitätszertifikate nach Erhalt der Aufforderung durch den Auftraggeber innerhalb der gesetzlichen Frist nachzureichen. Der Auftraggeber hat die Antragstellerin mit Telefax vom 16. Oktober 2007 zur Mängelbehebung aufgefordert und den Nachweis für die angebotene Zusammensetzung des Salzes durch eine im EU-Raum akkreditierte Prüfanstalt vorzulegen. Diesem Auftrag ist die Antragstellerin mit Telefax vom 22. Oktober 2007 zwar nachgekommen und hat ein Analysezertifikat übermittelt, jedoch datiert mit 19. Oktober 2007. Wenn nun die Antragstellerin behauptet, sie sei dem Mängelhebungsauftrag des Auftraggebers ausschreibungskonform nachgekommen, habe das geforderte Prüfzertifikat fristgerecht vorgelegt und sei ein die Leistungsfähigkeit nachweisendes Zertifikat mit Datum nach Angebotsöffnung irrelevant, da es sich bei der Nichtvorlage eines Nachweises betreffend die Eignung nach ständiger Rechtsprechung ohnehin um einen behebbaren Mangel handeln würde, der einschlägigen Literatur unzweifelhaft zu entnehmen sei, dass Mängel im Zusammenhang mit der Eignung stets einer Mängelbehebung zugänglich sein müssen und letztlich mit der Nachreichung auch keine Änderungen der Wettbewerbsstellung verbunden sei, da das nicht bewertungsrelevante Zertifikat nur die Zusammensetzung des angebotenen und nach Ende der Angebotsfrist unveränderlichen Salzes bestätige und eine Änderung des angebotenen Salzes daher durch ein bloßes Zertifikat über dessen Qualität daher nicht möglich sei und zudem der Auftraggeberin bzw. der vergebenden Stelle die hohe Qualität des von der Antragstellerin angebotenen Auftausalzes vollinhaltlich bekannt sei, verkennt diese, dass beim offenen Verfahren spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung - und nicht später - der Nachweis der Eignung vorliegen muss.

Auch in der mündlichen Verhandlung am 13. Dezember 2007 konnte die Antragstellerin zu den Ausscheidensgründen befragt, mit ihrer Ausführung, dass bereits am 4. Juli 2007, somit noch vor Angebotsöffnung, beim Lieferanten J*** die Verfügbarkeit abgefragt worden sei, nicht schlüssig und nachvollziehbar dargelegt werden, dass dem Mängelhebungsauftrag zum Nachweis für die angebotene Zusammensetzung des Salzes durch eine im EU-Raum akkreditierte Prüfanstalt mit der Vorlage eines Prüfzertifikats datiert mit 19. Oktober 2007 ausschreibungskonform entsprochen und der Mangel damit behoben worden ist.

Die Angebotsfrist endete am 10. Oktober 2007, das nachträglich vorgelegte Prüfzertifikat der Antragstellerin datiert vom 19. Oktober 2007. Gemäß Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. VwGH vom 25.2.2004, Zahl 2003/04/0186) liegt ein behebbarer Mangel dann nicht vor, wenn durch eine Behebung eine wenn auch nur mittelbare materielle Verbesserung der Wettbewerbsstellung insofern eintreten würde, als damit nicht alle Bieter nach der Veröffentlichung der Bekanntmachung über den selben Zeitraum zur Ausarbeitung ihrer Angebote zu verfügen und durch die Möglichkeit der Mängelbehebung dem diesbezüglichen Bieter ein größerer Zeitraum zur Ausarbeitung seines Angebots eingeräumt würde. Seitens der Antragstellerin ist zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung kein Nachweis ihrer technischen Leistungsfähigkeit vorgelegen, vielmehr hat diese mittels Begleitschreiben darauf hingewiesen, das entsprechende Zertifikat nachreichen zu wollen. Auch wenn die Antragstellerin der Aufforderung des Auftraggebers zur Mängelbehebung insofern nachgekommen ist, als diese mit Telefax vom 22. Oktober 2007 ein Prüfzertifikat

nachgereicht hat, konnte die Antragstellerin aufgrund der Datierung mit 19. Oktober 2007 den Mangel des fehlenden Qualitätsnachweises insofern nicht beheben, als damit nicht nachgewiesen wurde, dass die Antragstellerin schon zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung am 10. Oktober 2007 diesen Nachweis im Sinne der Ausschreibungsbestimmungen hätte erbringen und die Qualität des Salzes zum gefragten Zeitpunkt hätte belegen können, weshalb das Angebot der Antragstellerin zu Recht gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BvergG ausgeschieden wurde. Die Angebotsfrist endete am 10. Oktober 2007, das nachträglich vorgelegte Prüfzertifikat der Antragstellerin datiert vom 19. Oktober 2007. Gemäß Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes vergleiche VwGH vom 25.2.2004, Zahl 2003/04/0186) liegt ein behebbarer Mangel dann nicht vor, wenn durch eine Behebung eine wenn auch nur mittelbare materielle Verbesserung der Wettbewerbsstellung insofern eintreten würde, als damit nicht alle Bieter nach der Veröffentlichung der Bekanntmachung über den selben Zeitraum zur Ausarbeitung ihrer Angebote zu verfügen und durch die Möglichkeit der Mängelbehebung dem diesbezüglichen Bieter ein größerer Zeitraum zur Ausarbeitung seines Angebots eingeräumt würde. Seitens der Antragstellerin ist zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung kein Nachweis ihrer technischen Leistungsfähigkeit vorgelegen, vielmehr hat diese mittels Begleitschreiben darauf hingewiesen, das entsprechende Zertifikat nachreichen zu wollen. Auch wenn die Antragstellerin der Aufforderung des Auftraggebers zur Mängelbehebung insofern nachgekommen ist, als diese mit Telefax vom 22. Oktober 2007 ein Prüfzertifikat nachgereicht hat, konnte die Antragstellerin aufgrund der Datierung mit 19. Oktober 2007 den Mangel des fehlenden Qualitätsnachweises insofern nicht beheben, als damit nicht nachgewiesen wurde, dass die Antragstellerin schon zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung am 10. Oktober 2007 diesen Nachweis im Sinne der Ausschreibungsbestimmungen hätte erbringen und die Qualität des Salzes zum gefragten Zeitpunkt hätte belegen können, weshalb das Angebot der Antragstellerin zu Recht gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BvergG ausgeschieden wurde.

Da das Angebot der Antragstellerin vom Auftraggeber somit zu Recht ausgeschieden worden ist, kann die Antragstellerin auch nicht in ihren im Nachprüfungsantrag geltend gemachten subjektiven Rechten verletzt worden sein, sodass der auf Nichtigkeitsklärung des Ausscheidens des Angebotes der Antragstellerin gerichtete Nachprüfungsantrag abzuweisen ist.

Auf das weitere Vorbringen war daher nicht mehr einzugehen.

Ad Spruchpunkt II:

Gemäß den Ausführungen zu Spruchpunkt I hat der Auftraggeber das Angebot der Antragstellerin zu Recht ausgeschieden. Die Antragstellerin kommt daher für die Erteilung des Zuschlags nicht in Betracht. Gemäß den Ausführungen zu Spruchpunkt römisch eins hat der Auftraggeber das Angebot der Antragstellerin zu Recht ausgeschieden. 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 BVerG 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 N/0083- BVA/04/2007-29 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, BVerG 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 N/0083- BVA/04/2007-29 u.a.).

Die Themen "Qualitätsnachweis" und "Mangelhafte Erfüllung des Aufforderungsschreibens des Auftraggebers" waren auch Gegenstand der mündlichen Verhandlung am 13. Dezember 2007. Der Antragstellerin wurde Gelegenheit gegeben, dazu und damit auch zur Stichhaltigkeit der vom Bundesvergabeamt herangezogenen Ausscheidensgründe Stellung zu nehmen [vgl. EuGH 19.6.2003, Rs C-249/01 (Hackermüller); VwGH 1.3.2005, 2003/04/0039; 16.2.2005, 2004/04/0030].

Ad Spruchpunkt III:

Gemäß § 319 Abs 1 BVerG 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 BVerG 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, die Nachprüfungsanträge vom 8. November 2007 ab- bzw. zurückgewiesen wurden 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, die Nachprüfungsanträge vom 8. November 2007 ab- bzw. zurückgewiesen wurden 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 Pauschalgebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom 8. November 2007 bezieht, gemäß § 319 Abs. 2 BVergG 2006 abzuweisen. Zwar wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit Bescheid vom 16. November 2007 stattgegeben, der Nachprüfungsantrag vom 8. November 2007 wurde aber gemäß § 320 Abs. 1 BVergG 2006 unter Spruchpunkt II zurückgewiesen. Ebenso ist der Antrag des Antragstellers, soweit er sich auf Ersatz der Pauschalgebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom 8. November 2007 bezieht, gemäß Paragraph 319, Absatz 2, BVergG 2006 abzuweisen. Zwar wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit Bescheid vom 16. November 2007 stattgegeben, der Nachprüfungsantrag vom 8. November 2007 wurde aber gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006 unter Spruchpunkt römisch zwei zurückgewiesen.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Schlagworte

Ausscheidensentscheidung, Zuschlagsentscheidung, Mängelbehebung, Eignungsnachweise, Ab- bzw. Zurückweisung der Nachprüfungsanträge

Dokumentnummer

VERGT_20071220_N_0111_BVA_03_2007_37_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