

TE Verg Bescheid 2007/9/7 N/0026-BVA/03/2007-60

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 07.09.2007

Norm

BVergG 2006 §2 Z41
BVergG 2006 §3 Abs1 Z2
BVergG 2006 §4
BVergG 2006 §19 Abs1
BVergG 2006 §20 Abs1
BVergG 2006 §69 Z1
BVergG 2006 §74 Abs1
BVergG 2006 §74 Abs3
BVergG 2006 §106 Abs6
BVergG 2006 §108 Abs1 Z2
BVergG 2006 §108 Abs2
BVergG 2006 §123 Abs1
BVergG 2006 §312 Abs2 Z2
BVergG 2006 §318
BVergG 2006 §319 Abs1
BVergG 2006 §319 Abs2
BVergG 2006 §320 Abs1
BVergG 2006 §321 Abs2
BVergG 2006 §322 Abs1
BVergG 2006 §325 Abs1
BVergG 2006 §345 Abs1 Z1
AVG 1991 §52 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 § 4 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 § 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 § 74 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 74 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 106 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 108 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 108 gültig von 05.03.2010 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 108 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 108 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 108 gültig von 05.03.2010 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 108 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 123 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 123 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
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
1. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 322 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.02.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 345 gültig von 12.07.2013 bis 26.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 345 gültig von 24.05.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2012
4. BVergG 2006 § 345 gültig von 17.02.2012 bis 23.05.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
5. BVergG 2006 § 345 gültig von 05.03.2010 bis 17.02.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
6. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2008
7. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
8. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.02.2006 bis 26.11.2007

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senats 3, Dr. Sibyll Huber-Mataushek und die Beisitzer Mag. Maria Muntner als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Theodor Taurer als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs. 2 Z 2 BVergG 2006 - BVergG 2006, BGBl. I Nr.17/2006 betreffend das Vergabeverfahren "Bauauftrag über Betriebs- und Sicherheitseinrichtungen/S6 Semmering Schnellstraße/Ganzsteintunnel" des Auftraggebers Autobahnen - und Schnellstraßen Finanzierungs-AG (ASFINAG) Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, vertreten durch die ASFINAG Bau Management GmbH, Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien als vergebende Stelle, diese vertreten durch Mag. Andrea Schneider, über den Antrag der A*** GmbH, vertreten durch X*** Rechtsanwälte, vom 26. März 2007, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senats 3, Dr. Sibyll Huber-Mataushek und die Beisitzer Mag. Maria Muntner als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Theodor Taurer als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 - BVergG 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr.17 aus 2006, betreffend das Vergabeverfahren "Bauauftrag über Betriebs- und Sicherheitseinrichtungen/S6 Semmering Schnellstraße/Ganzsteintunnel" des Auftraggebers Autobahnen - und Schnellstraßen Finanzierungs-AG (ASFINAG) Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, vertreten durch die ASFINAG Bau Management GmbH, Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien als vergebende Stelle, diese vertreten durch Mag. Andrea Schneider, über den Antrag der A*** GmbH, vertreten durch X*** Rechtsanwälte, vom 26. März 2007, wie folgt entschieden:

SPRUCH

I.römisch eins.

Der Antrag "das Bundesvergabeamt möge nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung die mit Telefax vom 12.3.2007 bekannt gemachte Entscheidung der Autobahnen - und Schnellstraßen Finanzierungs-Aktiengesellschaft (vergebende Stelle: ASFINAG BAU MANAGEMENT GMBH) im gegenständlichen Vergabeverfahren nach Ablauf der Stillhaltefrist den Zuschlag der Firma B*** zu erteilen, für nichtig erklären", wird abgewiesen.

II.römisch zwei.

Der Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren wird abgewiesen.

BEGRÜNDUNG

Mit Schriftsatz vom 26.3.2007 beantragte die Antragstellerin die Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens im Wesentlichen mit der Begründung, der Auftraggeber habe trotz des Vorliegens von Anzeichen, die Zweifel an der Angemessenheit von Preisen begründen mussten und daher von einem nicht plausibel zusammengesetzten Gesamtpreis auszugehen war, rechtswidrig keine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt und es zudem unterlassen, die präsuntive Zuschlagsempfängerin entweder deshalb auszuschneiden, weil diese mangels Heranziehung von Subunternehmern den erforderlichen Nachweis der beruflichen Befugnis nicht erbracht habe oder " für den Fall des

Bestehens von Subunternehmern", weil diese wesentliche Unterlagen zum Angebot nicht bestimmungsgemäß verwendet habe, sodass die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Fa. B*** GmbH (in weiterer Folge: Fa. B***) zu Unrecht getroffen worden sei, vielmehr bei Einhaltung der vergaberechtlichen Bestimmungen der Antragstellerin als Bestbieterin der Zuschlag zu erteilen wäre.

Konkretisierend führte die Antragstellerin aus, nach den Angaben im Angebotseröffnungsprotokoll vom 12.12.2006 habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin ihre Leistung nach Abzug von 6 % Rabatt zu einem Gesamtpreis von EUR 4.928.308,76.- angeboten und eine Subunternehmererklärung abgegeben, die 0 % Subunternehmeranteil aufweise, wobei dem Angebot ein Begleitschreiben beigelegt gewesen sei. Der von der Antragstellerin angebotene Gesamtpreis betrage EUR 5.974.308,55.- und sei laut Zuschlagsentscheidung als zweitbestes Angebot zu werten.

In den Ausschreibungsunterlagen sei in Punkt B1 1.2.1.7.2., Preise festgehalten, dass als ungewöhnlich niedrig im Sinne des § 125 BVergG 2006 ein Preis dann jedenfalls qualifiziert werde, wenn er = 50 % des Preises im Bezug auf den Mittelwert der übrigen Bieter und der Schätzung aus der Erstellung der Ausschreibung betrage. Weiters sei in den Ausschreibungsunterlagen bezüglich der Sanktion der sofortigen Ausscheidung vorgesehen, dass die Subunternehmererklärung unter Verwendung des Anhangs B 8-7 als wesentliche Unterlage dem Angebot beizufügen sei. Gemäß Anhang B 8.5.6 seien die wesentlichen (d.h. über 5 % der Angebotssumme) Subunternehmerleistungen anzugeben, darüber hinaus seien auch sonstige (d.h. < 5 % der Angebotssumme) Subunternehmerleistungen und zugehörige für die Substitution der Eignung des Bieters erforderlichen Subunternehmer zu nennen. Die Fa B*** verfüge laut Information des zentralen Gewerberegisters lediglich über die gewerberechtliche Befugnis zur Ausübung des Gewerbes Elektrotechnik. In den Ausschreibungsunterlagen sei in Punkt B1 1.2.1.7.2., Preise festgehalten, dass als ungewöhnlich niedrig im Sinne des Paragraph 125, BVergG 2006 ein Preis dann jedenfalls qualifiziert werde, wenn er = 50 % des Preises im Bezug auf den Mittelwert der übrigen Bieter und der Schätzung aus der Erstellung der Ausschreibung betrage. Weiters sei in den Ausschreibungsunterlagen bezüglich der Sanktion der sofortigen Ausscheidung vorgesehen, dass die Subunternehmererklärung unter Verwendung des Anhangs B 8-7 als wesentliche Unterlage dem Angebot beizufügen sei. Gemäß Anhang B 8.5.6 seien die wesentlichen (d.h. über 5 % der Angebotssumme) Subunternehmerleistungen anzugeben, darüber hinaus seien auch sonstige (d.h. < 5 % der Angebotssumme) Subunternehmerleistungen und zugehörige für die Substitution der Eignung des Bieters erforderlichen Subunternehmer zu nennen. Die Fa B*** verfüge laut Information des zentralen Gewerberegisters lediglich über die gewerberechtliche Befugnis zur Ausübung des Gewerbes Elektrotechnik.

Zur nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises werde ausgeführt, dass gemäß den Ausschreibungsunterlagen ein ungewöhnlich niedriger Preis jedenfalls dann vorliege, wenn er = 50 % des Durchschnittspreises der übrigen Bieter betrage. Nach dem wörtlichen Sinn dieser Bestimmung "jedenfalls" sei damit nicht ausgeschlossen, dass auch bei geringeren Abweichungen vom Durchschnittspreis ein ungewöhnlich niedriger Preis vorliegen könne, der zu einer vertieften Angebotsprüfungspflicht des Auftraggebers führe. Der Angebotspreis der Fa. B*** liege nach Abzug von. 6 % Rabatt um rd. EUR 1,046 Mio. (rd. 18 %) unter dem nächst billigsten Angebotspreis der Antragstellerin und um rd. 30 % unter dem Mittelwert der Preise der übrigen Bieter. Diese Abweichungen hätten den Auftraggeber zu begründeten Zweifeln an der Angemessenheit der Preise der präsumtiven Zuschlagsempfängerin veranlassen müssen.

Auch im Verhältnis zur Leistung stelle der Angebotspreis der Fa B*** einen ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis dar. Da die Antragstellerin bereits am untersten Limit kalkuliert habe und die konkreten Leistungspositionen aufgrund der festen Marktpreise keinen großen Spielraum für die Preisgestaltung lassen, sei jedenfalls von einem nicht plausibel zusammen gesetzten Gesamtpreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auszugehen. Da es der Auftraggeber trotz Vorliegens von Anzeichen, die Zweifel an der Angemessenheit von Preisen begründen mussten, rechtswidrig unterlassen habe, eine vertiefte Angebotsprüfung durchzuführen, sei der Zuschlag zu Unrecht zugunsten des Angebots der Fa B*** getroffen worden.

Zur fehlenden Eignung werde ausgeführt, dass Leistungsgegenstand die Erbringung von Bauarbeiten und von Arbeiten im Bereich der Lüftungs- und Klimatechnik sei. Diese Leistungen gehen über Nebenrechte von Gewerbetreibenden iS des § 32 GewO hinaus. Daher sei die gewerberechtliche Befugnis für das Baugewerbe als auch für die Gewerbe "Kälte- und Klimatechnik" und "Lüftungstechnik" erforderlich. Laut Protokoll der Angebotseröffnung habe die Fa B*** einen Subunternehmeranteil von 0%. Zur Substituierung der offenkundig fehlenden Eignung habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin daher keine Subunternehmer namhaft gemacht. Nach ausdrücklicher Bestimmung in den

Ausschreibungsunterlagen gemäß Punkt 8.5.6 seien Subunternehmer, die für die Substitution der Eignung des Bieters erforderlich seien aber jedenfalls in das Verzeichnis der Subunternehmer aufzunehmen, auch dann, wenn deren Anteil unter 5% der Angebotssumme liege. Die Nennung von Subunternehmer habe gemäß B 8 Punkt 8.3.1 der Ausschreibungsunterlagen ausschließlich unter Verwendung des Anhangs B 8-7 zu erfolgen. Das Fehlen dieser Unterlage stehe unter der Sanktion der sofortigen Ausscheidung. Bestehende Subunternehmer seien daher in dieser Form bekannt zu geben. Die Namhaftmachung an anderer Stelle, etwa in einem Begleitschreiben - ohne Heranziehung des dafür vorgesehenen Formulars - käme einer Nichtbefolgung der Bestimmung gleich und würde die sofortige Ausscheidung nach sich ziehen. Zur fehlenden Eignung werde ausgeführt, dass Leistungsgegenstand die Erbringung von Bauarbeiten und von Arbeiten im Bereich der Lüftungs- und Klimatechnik sei. Diese Leistungen gehen über Nebenrechte von Gewerbetreibenden iS des Paragraph 32, GewO hinaus. Daher sei die gewerberechtliche Befugnis für das Baugewerbe als auch für die Gewerbe "Kälte- und Klimatechnik" und "Lüftungstechnik" erforderlich. Laut Protokoll der Angebotseröffnung habe die Fa B*** einen Subunternehmeranteil von 0%. Zur Substituierung der offenkundig fehlenden Eignung habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin daher keine Subunternehmer namhaft gemacht. Nach ausdrücklicher Bestimmung in den Ausschreibungsunterlagen gemäß Punkt 8.5.6 seien Subunternehmer, die für die Substitution der Eignung des Bieters erforderlich seien aber jedenfalls in das Verzeichnis der Subunternehmer aufzunehmen, auch dann, wenn deren Anteil unter 5% der Angebotssumme liege. Die Nennung von Subunternehmer habe gemäß B 8 Punkt 8.3.1 der Ausschreibungsunterlagen ausschließlich unter Verwendung des Anhangs B 8-7 zu erfolgen. Das Fehlen dieser Unterlage stehe unter der Sanktion der sofortigen Ausscheidung. Bestehende Subunternehmer seien daher in dieser Form bekannt zu geben. Die Namhaftmachung an anderer Stelle, etwa in einem Begleitschreiben - ohne Heranziehung des dafür vorgesehenen Formulars - käme einer Nichtbefolgung der Bestimmung gleich und würde die sofortige Ausscheidung nach sich ziehen.

Es sei daher zwingend davon auszugehen, dass die Firma B*** GmbH entweder auszuscheiden sei, weil sie mangels Heranziehung von Subunternehmern den erforderlichen Nachweis ihrer beruflichen Befugnis gemäß § 70 BVergG 2006 nicht erbracht habe oder - für den Fall des Bestehens von Subunternehmern -, weil sie wesentliche Unterlagen zum Angebot nicht bestimmungsgemäß verwendet habe. Da es der Auftraggeber somit rechtswidrig unterlassen habe, die präsumtive Zuschlagsempfängerin aus einem der genannten Gründe auszuscheiden, sei die Zuschlagsentscheidung zu Unrecht zugunsten Fa B*** erfolgt, vielmehr sei der Antragstellerin als Bestbieterin der Zuschlag zu erteilen. Es sei daher zwingend davon auszugehen, dass die Firma B*** GmbH entweder auszuscheiden sei, weil sie mangels Heranziehung von Subunternehmern den erforderlichen Nachweis ihrer beruflichen Befugnis gemäß Paragraph 70, BVergG 2006 nicht erbracht habe oder - für den Fall des Bestehens von Subunternehmern -, weil sie wesentliche Unterlagen zum Angebot nicht bestimmungsgemäß verwendet habe. Da es der Auftraggeber somit rechtswidrig unterlassen habe, die präsumtive Zuschlagsempfängerin aus einem der genannten Gründe auszuscheiden, sei die Zuschlagsentscheidung zu Unrecht zugunsten Fa B*** erfolgt, vielmehr sei der Antragstellerin als Bestbieterin der Zuschlag zu erteilen.

Zum drohenden Schaden werde ausgeführt, dass im Fall der Nichtdurchführung dieses Auftrages der Antragstellerin ein Gewinn von mindestens 1 % des Angebots (somit ca. E 59.743,-) entgehen würde. Schließlich drohe ein Schaden in Gestalt des Verlustes eines Referenzprojektes. Die Durchführung der ausgeschriebenen Leistungen würde vor allem deswegen ein relevantes Referenzprojekt darstellen, weil der Ausbau der S 6 Semmering Schnellstraße ein in der Öffentlichkeit bekanntes Projekt ist und daher die Durchführung der Betriebs- und Sicherheitseinrichtungen im Ganzsteintunnel ein besonders geeignetes Referenzprojekt und somit eine herausragende Bestätigung der eigenen Leistungsfähigkeit darstellen würde.

Die Antragstellerin erachte sich in ihren Rechten auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens, insbesondere auf Zuschlagsentscheidung gemäß § 19 Abs 1 BVergG, verletzt. Dies insbesondere dadurch, dass die Zuschlagsentscheidung auf einen Bieter falle, dessen Angebot auszuscheiden gewesen wäre. Halte die Auftraggeberin ihre Entscheidung, der Fa B*** den Zuschlag zu erteilen, aufrecht, so werde die Antragstellerin in ihrem Recht auf Erteilung des Zuschlages als Bestbieterin verletzt. Die Antragstellerin erachte sich in ihren Rechten auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens, insbesondere auf Zuschlagsentscheidung gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG, verletzt. Dies insbesondere dadurch, dass die Zuschlagsentscheidung auf einen Bieter falle, dessen Angebot auszuscheiden gewesen wäre. Halte die Auftraggeberin ihre Entscheidung, der Fa B*** den Zuschlag zu erteilen, aufrecht, so werde die Antragstellerin in ihrem Recht auf Erteilung des Zuschlages als Bestbieterin verletzt.

Zum berechtigten Interesse führte die Antragstellerin aus, dass im Fall der Zuschlagserteilung über die Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen die Chance auf Auftragserteilung zur Durchführung der ausgeschriebenen Leistung verloren sei. Die Antragstellerin sei damit in ihrem Recht verletzt, als Bestbieter den Zuschlag zu erhalten. In diesem Fall entstünde auch ein Schaden in der Höhe des entgangenen Gewinns. Darüber hinaus würde die Antragstellerin in diesem Fall einen Schaden in Gestalt des Verlustes eines Referenzprojektes erleiden.

Der Auftraggeber legte mit Schriftsatz vom 29.3.2007 die Originalunterlagen vor, bestritt das Vorbringen der Antragstellerin und führte aus, dem gegenständlichen Vergabebericht sei eindeutig zu entnehmen, dass das Angebot der präsuntiven Bestbieterin gemäß den vergaberechtlichen Bestimmungen und Grundsätzen sorgfältig geprüft worden sei. Im Zuge der Angebotsprüfung seien zunächst die einzelnen Positionspreise in einem Preisspiegel den betreffenden Preisen der Mitbieter gegenübergestellt worden. Zugleich sei ein Vergleich mit den Preisen der Kostenschätzung erfolgt. Weiters sei im Zuge der vertieften Angebotsprüfung eine Prüfung auf Höherwertigkeit der Preise gemäß Punkt 4.5.1 des Vergabeberichtes und eine Sensitivitätsanalyse gemäß Punkt 4.5.2 des Vergabeberichtes durchgeführt worden.

Im Rahmen des Aufklärungsgesprächs seien auch die günstigen Angebotspreise besprochen worden. Das Einladungsschreiben enthalte einen umfangreichen Fragenkatalog zum Angebot der Fa.B***. Von der potentiellen Zuschlagsempfängerin sei zu allen angefragten Positionen Erklärungen abgegeben und sämtliche im Angebot angeführten (Einheits)Preise bestätigt worden. Das Angebot der Fa. B*** sei somit betriebs- und marktwirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar und würde kein Zweifel an der Angemessenheit der Preise bestehen. Im Prüfungsbericht werde daher eine Vergabe an die Fa. B*** empfohlen.

Im Rahmen der Angebotsprüfung sei auch die Einhaltung des in der B.1 definierten Unterpreiskriteriums überprüft worden. Das Angebot der Fa. B*** liege um 25,2 % unter dem Mittelwert und somit deutlich innerhalb der gesetzten Grenze. " Ein rein mathematischer Vergleich ist jedenfalls unzulässig, da eine solche Vorgehensweise in Widerspruch zum freien Wettbewerb steht und den ökonomischen Fortschritt durch Ausschluss gerade der wirtschaftlich innovativsten Bieter hemmen könnte. (EuGH vom 18. Juni 1991, C-295189, "Impresa Dona Alfonso", EuGH vom 22. Juni 1989, Rs 103188, "Fratelli Costanzo", Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 19. Jänner 1998, GZ: N-1198-15, sowie vom 27. März 2000, GZ: F-4/99-19)."

Zur behaupteten fehlenden Eignung werde entgegnet, dass im Zuge der Angebotsprüfung auch die notwendige Befugnis für die Erbringung der ausschreibungsgegenständlichen Leistung überprüft worden sei. Diese Prüfung habe ergeben, dass die präsuntive Bestbieterin befugt sei, die gegenständlichen Leistungen auszuführen. Nach der Bestimmung des § 32 GewO können Gewerbetreibende ua. auch alle Vorarbeiten und Vollendungsarbeiten auf dem Gebiet anderer Gewerbe vornehmen, die dazu dienen, die Produkte, die sie erzeugen oder vertreiben sowie Dienstleistungen, die sie erbringen, absatzfähig zu machen sowie in geringem Umfang Leistungen anderer Gewerbe zu erbringen, die eigene Leistungen wirtschaftlich sinnvoll ergänzen. Die Leistungsteile Klimatechnik und Bauarbeiten würden bei maximal ca. 1 - 2 % der Auftragssumme liegen und seien somit als Leistungen geringen Umfangs bzw. als Vorarbeiten und Vollendungsarbeiten zu bezeichnen, die von der Bestimmung des § 32 GewO erfasst seien. Diesbezüglich liege auch eine Stellungnahme der WKO vor. Der Leistungsteil Lüftung stelle eine reine Lieferleistung dar, diesbezüglich sei keine Befugnis des Bieters erforderlich bzw. sei die Befugnis des Lieferanten nicht zu prüfen. Aber selbst wenn die Leistungsteile Klimatechnik und Bauarbeiten nicht unter die Bestimmung des § 32 GewO subsumierbar seien, habe die präsuntive Zuschlagsempfängerin in ihrem Angebot, die für die Ausführung dieser Leistungen ins Auge gefassten Subunternehmer angeführt. Zur behaupteten fehlenden Eignung werde entgegnet, dass im Zuge der Angebotsprüfung auch die notwendige Befugnis für die Erbringung der ausschreibungsgegenständlichen Leistung überprüft worden sei. Diese Prüfung habe ergeben, dass die präsuntive Bestbieterin befugt sei, die gegenständlichen Leistungen auszuführen. Nach der Bestimmung des Paragraph 32, GewO können Gewerbetreibende ua. auch alle Vorarbeiten und Vollendungsarbeiten auf dem Gebiet anderer Gewerbe vornehmen, die dazu dienen, die Produkte, die sie erzeugen oder vertreiben sowie Dienstleistungen, die sie erbringen, absatzfähig zu machen sowie in geringem Umfang Leistungen anderer Gewerbe zu erbringen, die eigene Leistungen wirtschaftlich sinnvoll ergänzen. Die Leistungsteile Klimatechnik und Bauarbeiten würden bei maximal ca. 1 - 2 % der Auftragssumme liegen und seien somit als Leistungen geringen Umfangs bzw. als Vorarbeiten und Vollendungsarbeiten zu bezeichnen, die von der Bestimmung des Paragraph 32, GewO erfasst seien. Diesbezüglich liege auch eine Stellungnahme der WKO vor. Der Leistungsteil Lüftung stelle eine reine Lieferleistung dar, diesbezüglich sei keine Befugnis des Bieters erforderlich bzw.

sei die Befugnis des Lieferanten nicht zu prüfen. Aber selbst wenn die Leistungsteile Klimatechnik und Bauarbeiten nicht unter die Bestimmung des Paragraph 32, GewO subsumierbar seien, habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin in ihrem Angebot, die für die Ausführung dieser Leistungen ins Auge gefassten Subunternehmer angeführt.

Im Teil B 8 der Angebotsunterlagen seien als Subunternehmer für die Lüftungsrohre und Kanäle die Fa. C*** und D***, für die Bauarbeiten die Fa. E*** sowie die Fa. F*** angeführt (Teil B 8 Seiten 23 und 23 a, Beilage 2 a und 2 b). Die präsumtive Bestbieterin habe somit alle Subunternehmer in ihrem Angebot bereits zum Zeitpunkt der Submission bekannt gegeben. Auch wenn die genannten Subunternehmer an der falschen Stelle angeführt seien, stelle dies keinen Ausscheidungsgrund dar. Ein Angebot, das den Ausschreibungsbestimmungen oder dem Gesetz nicht entspreche, sei nur dann auszuschneiden, wenn der Mangel nicht behoben wurde oder unbehebbar sei. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes seien nur solche Mängel als unbehebbar zu qualifizieren, deren Behebung nach Angebotseröffnung zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung der Bieter führen könne. Bei der Abgrenzung zwischen behebbaren und unbehebaren Mängeln sei darauf abzustellen, ob durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbieterinnen materiell verbessert würde. Nach diesen Grundsätzen könne es sich bei der Angabe der Subunternehmer an einer "falschen" Stelle nur um einen behebbaren Mangel handeln. Es stelle daher keinen Wettbewerbsvorteil gegenüber einem Bieter dar, der die Subunternehmer an der dafür vorgesehenen Stelle eingefügt habe, wenn ein Bieter die zum Einsatz vorgesehenen Subunternehmer an einer anderen Stelle angeführt habe. Die Zuschlagsentscheidung sei daher zu Recht zugunsten der Fa B*** erfolgt und werde daher die Abweisung sämtlicher Anträge der Antragstellerin beantragt.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin beantragte mit Schriftsatz vom 12.4.2007 die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, erhob mit Schriftsatz vom 17.4.2007 begründete Einwendungen und führte zur nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises aus, die vorgebrachte Rechtswidrigkeit einer unterlassenen vertieften Angebotsprüfung auf Grund eines ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreises liege nicht vor. Gemäß § 125 Abs 2 BVergG sei bei der Prüfung der Angemessenheit der Preise von vergleichbaren Erfahrungswerten, von sonst vorliegenden Unterlagen und von den jeweils relevanten Marktverhältnissen auszugehen. Die im Nachprüfungsantrag zitierte Festlegung in den Ausschreibungsunterlagen sehe in Anlehnung an die Judikatur des EuGH als Orientierungshilfe und zur - im Sinne des Transparenzgebots empfehlenswerten - Quantifizierung vor, dass ein ungewöhnlich niedriger Preis dann vorliege, wenn er unter 50% des Durchschnittspreises der übrigen Bieter liege. Diese Fiktion sei gegenständlich nicht erfüllt, so dass sich der Ablauf der Angebotsprüfung gänzlich nach allgemeinen Regeln richte. Die Auftraggeberin habe den vergaberechtlichen Anforderungen der Angebotsprüfung vollständig entsprochen. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin beantragte mit Schriftsatz vom 12.4.2007 die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, erhob mit Schriftsatz vom 17.4.2007 begründete Einwendungen und führte zur nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises aus, die vorgebrachte Rechtswidrigkeit einer unterlassenen vertieften Angebotsprüfung auf Grund eines ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreises liege nicht vor. Gemäß Paragraph 125, Absatz 2, BVergG sei bei der Prüfung der Angemessenheit der Preise von vergleichbaren Erfahrungswerten, von sonst vorliegenden Unterlagen und von den jeweils relevanten Marktverhältnissen auszugehen. Die im Nachprüfungsantrag zitierte Festlegung in den Ausschreibungsunterlagen sehe in Anlehnung an die Judikatur des EuGH als Orientierungshilfe und zur - im Sinne des Transparenzgebots empfehlenswerten - Quantifizierung vor, dass ein ungewöhnlich niedriger Preis dann vorliege, wenn er unter 50% des Durchschnittspreises der übrigen Bieter liege. Diese Fiktion sei gegenständlich nicht erfüllt, so dass sich der Ablauf der Angebotsprüfung gänzlich nach allgemeinen Regeln richte. Die Auftraggeberin habe den vergaberechtlichen Anforderungen der Angebotsprüfung vollständig entsprochen.

Nach ständiger Judikatur sei die Angemessenheit der angebotenen Preise nicht allein durch Preisspiegelverfahren zu beurteilen. Damit bleibe der um 25,2 % unter dem Mittelwert der übrigen Bieter und des geschätzten Auftragswertes liegende Angebotspreis des Angebots der mitbeteiligten Partei als rein mathematischer Vergleich ohne zwingende Auswirkung auf die Angebotsprüfung. Dennoch habe die Auftraggeberin die Kalkulation des Angebots im Rahmen eines Aufklärungsgespräches mit der mitbeteiligten Partei gemäß § 129 Abs 3 BVergG eingehend geprüft und für betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar befunden und es habe kein Zweifel an der Angemessenheit der Preise bestanden. Die Auftraggeberin habe keine vertiefte Angebotsprüfung durchzuführen, weil nach dem Ergebnis des Aufklärungsgespräches keine Hinweise betreffend das Vorliegen der Voraussetzungen der Z 1-3 des § 129 Abs 3 BVergG gegeben waren. Nach ständiger Judikatur sei die Angemessenheit der angebotenen Preise nicht allein durch Preisspiegelverfahren zu beurteilen. Damit bleibe der um 25,2 % unter dem Mittelwert der übrigen Bieter und des

geschätzten Auftragswertes liegende Angebotspreis des Angebots der mitbeteiligten Partei als rein mathematischer Vergleich ohne zwingende Auswirkung auf die Angebotsprüfung. Dennoch habe die Auftraggeberin die Kalkulation des Angebots im Rahmen eines Aufklärungsgespräches mit der mitbeteiligten Partei gemäß Paragraph 129, Absatz 3, BVergG eingehend geprüft und für betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar befunden und es habe kein Zweifel an der Angemessenheit der Preise bestanden. Die Auftraggeberin habe keine vertiefte Angebotsprüfung durchzuführen, weil nach dem Ergebnis des Aufklärungsgespräches keine Hinweise betreffend das Vorliegen der Voraussetzungen der Ziffer eins -, 3, des Paragraph 129, Absatz 3, BVergG gegeben waren.

Aus dem Umstand, dass die Antragstellerin "am untersten Limit kalkuliert habe", sei nicht auf einen Unterpreis des für den Zuschlag in Aussicht genommenen Angebots zu schließen. Lediglich aus anwaltlicher Vorsicht werde auf das unbegründete Vorbringen im Nachprüfungsantrag eingegangen, dass "die konkreten Leistungspositionen aufgrund der festen Marktpreise keinen großen Spielraum für die Preisgestaltung lassen". Offensichtlich liegen keine festen Marktpreise vor, sondern sei der Markt für Betriebs- und Sicherheitseinrichtungen von Straßentunneln ausgesprochen dynamisch. Außerdem setze sich das Leistungsverzeichnis nicht aus einigen wenigen Positionen zusammen, die von nicht beeinflussbaren Marktpreisen abhängen. Materialpreise würden ganz wesentlich von der Bezugsmenge abhängen. Die Fa. B*** sei aufgrund ihrer geschäftlichen Erfolge gerade in jüngster Zeit in der Lage, besonders günstige Bezugskonditionen bei ihren Lieferanten auszuhandeln. Weiters habe jedes Unternehmen einen gewissen Spielraum, etwa durch die Wahl der Höhe der Deckungsbeiträge zu den Gemeinkosten, die legitimerweise in die Preisgestaltung einfließen dürfen. Die Fa. B*** habe als innovativer und leistungsfähiger Marktteilnehmer ihre Möglichkeiten zur Legung eines kompetitiven Angebots ausgenutzt und sei damit in vergaberechtskonformer Weise als Billigstbieterin im gegenständlichen Vergabeverfahren ermittelt worden.

Zur fehlenden Eignung werde ausgeführt, als wesentliche Subunternehmer gelten solche, die einen Leistungsteil von mehr als 5% der Angebotssumme ausführen. Keine einzige Subunternehmerleistung der mitbeteiligten Partei erfülle dieses Wesentlichkeitskriterium. Die im Angebot der Fa. B*** vorgesehenen Subunternehmerleistungen liegen weit unter der 5%-Grenze. Da die Fa. B*** die Subunternehmer dennoch genannt habe, seien keine Nachweise der Eignung erforderlich. Ein Ausscheidensgrund liege daher nicht vor. Gemäß § 108 Abs 1 Z 2 BVergG habe der Bieter in seinem Angebot jene Subunternehmer, deren Leistungsfähigkeit für den Nachweis der Leistungsfähigkeit des Bieters erforderlich ist, bekannt zu geben. Das Gesetz sehe nicht zwingend vor, an welcher Stelle im Angebot diese Bekanntgabe zu erfolgen habe. Die Fa. B*** habe die Subunternehmer jedenfalls bereits im Angebot bekanntgegeben. Zur fehlenden Eignung werde ausgeführt, als wesentliche Subunternehmer gelten solche, die einen Leistungsteil von mehr als 5% der Angebotssumme ausführen. Keine einzige Subunternehmerleistung der mitbeteiligten Partei erfülle dieses Wesentlichkeitskriterium. Die im Angebot der Fa. B*** vorgesehenen Subunternehmerleistungen liegen weit unter der 5%-Grenze. Da die Fa. B*** die Subunternehmer dennoch genannt habe, seien keine Nachweise der Eignung erforderlich. Ein Ausscheidensgrund liege daher nicht vor. Gemäß Paragraph 108, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG habe der Bieter in seinem Angebot jene Subunternehmer, deren Leistungsfähigkeit für den Nachweis der Leistungsfähigkeit des Bieters erforderlich ist, bekannt zu geben. Das Gesetz sehe nicht zwingend vor, an welcher Stelle im Angebot diese Bekanntgabe zu erfolgen habe. Die Fa. B*** habe die Subunternehmer jedenfalls bereits im Angebot bekanntgegeben.

Wenn im Nachprüfungsantrag darauf verwiesen werde, dass die Bekanntgabe der Subunternehmer ausschließlich unter Verwendung des Anhangs B 8-7 bei sonstigem Ausscheiden zu erfolgen habe, dann sei nach Ansicht der Antragstellerin ein Angebot, in dem die Subunternehmer nicht in einem bestimmten Formular eingetragen sind, nicht gültig. Der dieser Wortinterpretation zu Grunde liegende Formalismus führe ad absurdum: es gebe keinen Anhang B 8-7. Vorgesehene Subunternehmer können daher nicht "in dieser Form" bekannt gegeben werden. Pkt B 8.7 betreffe die Schlusserklärung, welche die Fa. B*** ordnungsgemäß gefertigt habe. Nicht geregelt sei in der Ausschreibung, dass allfällige Subunternehmer bei sonstigem Ausschluss nur an einer bestimmten Stelle benannt werden dürften. Jedenfalls stehe die Nichtverwendung von "8.5.6 Anhang: Verzeichnis der Subunternehmer gem. § 83, 108BVergG" nicht unter der sofortigen Ausscheidenssanktion. Wenn im Nachprüfungsantrag darauf verwiesen werde, dass die Bekanntgabe der Subunternehmer ausschließlich unter Verwendung des Anhangs B 8-7 bei sonstigem Ausscheiden zu erfolgen habe, dann sei nach Ansicht der Antragstellerin ein Angebot, in dem die Subunternehmer nicht in einem bestimmten Formular eingetragen sind, nicht gültig. Der dieser Wortinterpretation zu Grunde liegende Formalismus führe ad absurdum: es gebe keinen Anhang B 8-7. Vorgesehene Subunternehmer können daher nicht "in dieser Form"

bekannt gegeben werden. Pkt B 8.7 betreffe die Schlusserklärung, welche die Fa. B*** ordnungsgemäß gefertigt habe. Nicht geregelt sei in der Ausschreibung, dass allfällige Subunternehmer bei sonstigem Ausschluss nur an einer bestimmten Stelle benannt werden dürften. Jedenfalls stehe die Nichtverwendung von "8.5.6 Anhang: Verzeichnis der Subunternehmer gem. Paragraph 83, 108 B, römisch fünf e, r, g, G, nicht unter der sofortigen Ausscheidenssanktion.

Im Übrigen erkenne die Antragstellerin Sinn und Zweck der Ausscheidenssanktion des Pkt B 8.3.1 der Ausschreibungsunterlage. Die Bestimmung sichere im Einklang mit der verwaltungsgerichtlichen Judikatur zur Befugnis, dass die Subunternehmer bereits im Zuge der Angebotslegung feststehen müssen. Andererseits stelle es keinen unbehebbarer Mangel dar, wenn eine Behebung eines bloßen Formfehlers die Wettbewerbsstellung des Bieters in seinem Angebot nicht ändere. Es sei der Auftraggeberin nicht zumutbar, der Formulierung in Pkt B

8.3.1 der Ausschreibungsunterlage den Inhalt beimessen zu wollen, ein Angebot sei nur deshalb auszuschneiden, weil ein bestimmtes Formblatt nicht verwendet worden sei. Pkt B.8.3.1 der Ausschreibungsunterlage habe nicht den von der Antragstellerin unterstellten Inhalt, dass es für die Frage des Ausscheidens auf die Verwendung eines Formblatts ankomme, da es nicht im Belieben des Auftraggebers stehe, neben den taxativ im Gesetz ausgezählten Ausscheidenstatbeständen weitere festzulegen.

Da die Fa. B*** in ihrem Angebot die Subunternehmer und die Subleistungen angegeben habe, habe sie durch das Nicht-Ausfüllen des "Anhang: Verzeichnis der Subunternehmer ..." ihre Wettbewerbsstellung gegenüber den Mitbieterinnen nicht geändert. Das Angebot der mitbeteiligten Partei sei daher zur Recht nicht gemäß § 129 Abs 1 Z 2 und Z 7 BVergG ausgeschieden worden. Da die Fa. B*** in ihrem Angebot die Subunternehmer und die Subleistungen angegeben habe, habe sie durch das Nicht-Ausfüllen des "Anhang: Verzeichnis der Subunternehmer ..." ihre Wettbewerbsstellung gegenüber den Mitbieterinnen nicht geändert. Das Angebot der mitbeteiligten Partei sei daher zur Recht nicht gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2 und Ziffer 7, BVergG ausgeschieden worden.

Darüber hinaus seien gemäß der Festlegung in Pkt B.8.5.6 neben den wesentlichen Subunternehmern nur jene Subunternehmer zu nennen, die für die Substitution der Eignung des Bieters erforderlich seien (notwendige Subunternehmer). Sonstige Subunternehmer (mit einem Anteil von <5%) seien freiwillig zu nennen. Aufgrund ihrer Befugnis als Elektrotechniker benötige die Fa. B*** keine Subunternehmer zur Substitution ihrer Eignung. In der unterlassenen freiwilligen Nennung der nicht erforderlichen und nicht wesentlichen Subunternehmer im genannten Formblatt liege kein Fehler und bestehe daher auch kein Ausscheidensgrund.

Bei den Bauarbeiten handle es sich gemäß Pkt B.5.4.41 der Ausschreibungsunterlage um Grabungsarbeiten, also Grabungen zur Verlegung von Leitungen, Fertigteilfundamenten und Ziehschächten und um die Setzung der Fertigteilfundamente und Ziehschächte. Die Gebäudelüftung und Klimaanlage beziehe sich auf die Betriebszentrale, ein verhältnismäßig kleines Gebäude. Der technische Aufwand zur Installation der ausgeschriebenen Anlagen sei minimal, wie sich aus Pkt B.5.4.30 ergebe. Wie schon die Auftraggeberin in ihrer Stellungnahme hingewiesen habe, handle es sich beim Leistungsteil "Lüftung" um die Lieferung von handelsüblichen Gebläsen (Ventilatoren), somit um bloße Lieferleistungen.

Gemäß § 32 Abs 1 Z 1 GewO 1994 stehe jedem Gewerbetreibenden das Recht zu, alle Vorarbeiten und Vollendungsarbeiten auf dem Gebiet anderer Gewerbe vorzunehmen, die dazu dienen, die Produkte, die sie erzeugen oder vertreiben sowie Dienstleistungen, die sie erbringen, absatzfähig zu machen sowie in geringem Umfang Leistungen anderer Gewerbe zu erbringen, die eigene Leistungen wirtschaftlich sinnvoll ergänzen. Gemäß Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer eins, GewO 1994 stehe jedem Gewerbetreibenden das Recht zu, alle Vorarbeiten und Vollendungsarbeiten auf dem Gebiet anderer Gewerbe vorzunehmen, die dazu dienen, die Produkte, die sie erzeugen oder vertreiben sowie Dienstleistungen, die sie erbringen, absatzfähig zu machen sowie in geringem Umfang Leistungen anderer Gewerbe zu erbringen, die eigene Leistungen wirtschaftlich sinnvoll ergänzen.

Die ausgeschriebenen Bauarbeiten und die Gebäudelüftung/Klimaanlage fallen in beide dargestellten Nebenrechte: Zum einen handle es sich um Vorarbeiten, die dazu dienen, die Dienstleistung (Erbringung der Elektroinstallation im Ganzsteintunnel) absatzfähig zu machen. Die Voraussetzung für dieses Nebenrecht bestehe allein darin, dass die Vorarbeit, zB Vorbereitungstätigkeit, die an sich zum Gewerbeumfang eines anderen Gewerbes gehöre, nur dann erbracht werden dürfe, wenn auch die Haupttätigkeit vom Gewerbetreibenden im Rahmen seiner

Gewerbeberechtigung durchgeführt werden dürfe. Unbestritten sei, dass die Haupttätigkeit gerade in dieser Ausschreibung, nämlich die Elektroinstallationen, von der Fa. B*** im Rahmen ihrer Gewerbeberechtigung erbracht werden dürfe.

Zum anderen handle es sich um Leistungen im geringen Umfang eines anderen Gewerbes, das die eigenen Leistungen wirtschaftlich sinnvoll ergänzen. Die Materialien zu dieser durch die Gewerbeordnungsnovelle 2002 eingeführten Bestimmungen (EB zur RV 1117 B1gNR 21.GP) führen aus, dass die gemäß Abs 1 Z 1 im geringen Umfang zulässigerweise erbrachten Leistungen anderer Gewerbe im Rahmen eines Vertragsverhältnisses erbracht werden müssen, das auf die Erbringung einer Gesamtleistung abziele, die die eigene Leistung und die ergänzende Leistung umfasse. Die ergänzende Leistung eines anderen Gewerbes könne daher nicht alleiniger Gegenstand eines solchen Vertrages sein. Was eine wirtschaftlich sinnvolle Ergänzung der eigenen Leistung seit, leite sich vor allem aus der Sicht des Nachfragers der Gesamtleistung ab. Zum anderen handle es sich um Leistungen im geringen Umfang eines anderen Gewerbes, das die eigenen Leistungen wirtschaftlich sinnvoll ergänzen. Die Materialien zu dieser durch die Gewerbeordnungsnovelle 2002 eingeführten Bestimmungen (EB zur Regierungsvorlage 1117 B1gNR 21.Gesetzgebungsperiode) führen aus, dass die gemäß Absatz eins, Ziffer eins, im geringen Umfang zulässigerweise erbrachten Leistungen anderer Gewerbe im Rahmen eines Vertragsverhältnisses erbracht werden müssen, das auf die Erbringung einer Gesamtleistung abziele, die die eigene Leistung und die ergänzende Leistung umfasse. Die ergänzende Leistung eines anderen Gewerbes könne daher nicht alleiniger Gegenstand eines solchen Vertrages sein. Was eine wirtschaftlich sinnvolle Ergänzung der eigenen Leistung seit, leite sich vor allem aus der Sicht des Nachfragers der Gesamtleistung ab.

Sämtliche der genannten Bedingungen seien daher erfüllt. Die fraglichen Leistungen würden in einem Vertragsverhältnisses im Rahmen einer Gesamtleistung erbracht und betreffen nur einen geringen Wert im Verhältnis zur Gesamtleistung. Angesichts des in der Literatur zum geringen Umfang der Leistungen anderer Gewerbe iSd § 32 Abs 1 Z 1 GewO angeführten quantitativen Kriteriums von 3-10% der Auftragssumme bewege sich die Durchführung dieser Arbeiten, die weit darunter liegen, im Anwendungsbereich des zitierten sonstigen Rechtes des Gewerbetreibenden. Die im § 32 Abs 2 GewO gezogene Grenze der sonstigen Rechte, insbesondere die Erhaltung der Eigenart des Betriebes, aber auch die Durchführung durch entsprechend ausgebildete Fachkräfte, sofern aus Gründen der Sicherheit notwendig, werde eingehalten. Der Auftraggeber habe daher zu Recht die Zuschlagsentscheidung zugunsten der Fa. B*** getroffen. Sämtliche der genannten Bedingungen seien daher erfüllt. Die fraglichen Leistungen würden in einem Vertragsverhältnisses im Rahmen einer Gesamtleistung erbracht und betreffen nur einen geringen Wert im Verhältnis zur Gesamtleistung. Angesichts des in der Literatur zum geringen Umfang der Leistungen anderer Gewerbe iSd Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer eins, GewO angeführten quantitativen Kriteriums von 3-10% der Auftragssumme bewege sich die Durchführung dieser Arbeiten, die weit darunter liegen, im Anwendungsbereich des zitierten sonstigen Rechtes des Gewerbetreibenden. Die im Paragraph 32, Absatz 2, GewO gezogene Grenze der sonstigen Rechte, insbesondere die Erhaltung der Eigenart des Betriebes, aber auch die Durchführung durch entsprechend ausgebildete Fachkräfte, sofern aus Gründen der Sicherheit notwendig, werde eingehalten. Der Auftraggeber habe daher zu Recht die Zuschlagsentscheidung zugunsten der Fa. B*** getroffen.

Die Antragstellerin replizierte mit Schriftsatz vom 20.4.2007, bestritt das Vorbringen des Auftraggebers und führte zum Ausscheidungsgrund der fehlenden Eignung aus, die präsumtive Zuschlagsempfängerin verfüge laut Information des zentralen Gewerberegisters ausschließlich über die gewerberechtliche Befugnis zur Ausübung des Gewerbes Elektrotechnik. Nach den Ausschreibungsunterlagen seien jedoch gemäß Punkt B.5.4.41 auch Bauarbeiten vom Leistungsbild umfasst, zu deren Ausführung die gewerberechtliche Befugnis des Baumeistergewerbes erforderlich sei sowie Leistungen aus dem Bereich "Gebäudelüftung, Klimaanlage", die die gewerberechtliche Befugnis "Kälte- und Klimatechnik" sowie "Lüftungstechnik" erfordern. Ein Gewerbetreibender dürfe Leistungen, die zum Gewerbeumfang eines anderen Gewerbes gehören aber nur in dem geringen Ausmaß des § 32 GewO ("Sonstige Rechte der Gewerbetreibenden") ausüben und nur dann, wenn er die Hauptleistung im Rahmen seiner Gewerbeberechtigung durchführen dürfe. Dies sei hier nicht erfüllt. Die Hauptleistung sei gemessen am Gesamtprojekt S6 Semmering Schnellstraße / Ganzsteintunnel nicht die Erbringung der Elektroinstallationen im Ganzsteintunnel, sondern der Verkehrswege- und Tunnelbau. Da die präsumtive Zuschlagsempfängerin im gegenständlichen Fall keine Befugnis zur Ausübung der Haupttätigkeit habe, stehen ihr die Nebenrechte nach § 32 Abs I Z 1 GewO nicht zu. Die Antragstellerin replizierte mit Schriftsatz vom 20.4.2007, bestritt das Vorbringen des Auftraggebers und führte zum

Ausscheidungsgrund der fehlenden Eignung aus, die präsumtive Zuschlagsempfängerin verfüge laut Information des zentralen Gewerberegisters ausschließlich über die gewerberechtliche Befugnis zur Ausübung des Gewerbes Elektrotechnik. Nach den Ausschreibungsunterlagen seien jedoch gemäß Punkt B.5.4.41 auch Bauarbeiten vom Leistungsbild umfasst, zu deren Ausführung die gewerberechtliche Befugnis des Baumeistergewerbes erforderlich sei sowie Leistungen aus dem Bereich "Gebäudelüftung, Klimaanlage", die die gewerberechtliche Befugnis "Kälte- und Klimatechnik" sowie "Lüftungstechnik" erfordern. Ein Gewerbetreibender dürfe Leistungen, die zum Gewerbeumfang eines anderen Gewerbes gehören aber nur in dem geringen Ausmaß des Paragraph 32, GewO ("Sonstige Rechte der Gewerbetreibenden") ausüben und nur dann, wenn er die Hauptleistung im Rahmen seiner Gewerbeberechtigung durchführen dürfe. Dies sei hier nicht erfüllt. Die Hauptleistung sei gemessen am Gesamtprojekt S6 Semmering Schnellstraße / Ganzsteintunnel nicht die Erbringung der Elektroinstallationen im Ganzsteintunnel, sondern der Verkehrswege- und Tunnelbau. Da die präsumtive Zuschlagsempfängerin im gegenständlichen Fall keine Befugnis zur Ausübung der Haupttätigkeit habe, stehen ihr die Nebenrechte nach Paragraph 32, Abs. 1 Ziffer 1, GewO nicht zu.

Auch ergänzende Leistungen würden nur dann unter die Nebenrechte des § 32 GewO fallen, wenn sie von geringem Umfang sind und die eigene Leistung wirtschaftlich sinnvoll ergänzen. Bei dieser Beurteilung seien alle ergänzenden Nebenleistungen als eine Einheit aufzufassen, und zwar auch dann, wenn sich die Nebentätigkeiten auf die Fachbereiche völlig verschiedener Gewerke erstrecken. Im gegenständlichen Fall seien daher die Leistungen aus dem Baugewerbe und dem Gewerbe der Kälte- und Lüftungstechnik für die Beurteilung, ob sie von § 32 GewO umfasst sind, als Gesamtheit zu betrachten. Ob Arbeiten von geringem Umfang sind, bemesse sich nach dem Ausmaß der Wertschöpfung, der Höhe des Ertrages, der Kosten und des Aufwandes an Arbeitskräften und Arbeitszeit. Auch ergänzende Leistungen würden nur dann unter die Nebenrechte des Paragraph 32, GewO fallen, wenn sie von geringem Umfang sind und die eigene Leistung wirtschaftlich sinnvoll ergänzen. Bei dieser Beurteilung seien alle ergänzenden Nebenleistungen als eine Einheit aufzufassen, und zwar auch dann, wenn sich die Nebentätigkeiten auf die Fachbereiche völlig verschiedener Gewerke erstrecken. Im gegenständlichen Fall seien daher die Leistungen aus dem Baugewerbe und dem Gewerbe der Kälte- und Lüftungstechnik für die Beurteilung, ob sie von Paragraph 32, GewO umfasst sind, als Gesamtheit zu betrachten. Ob Arbeiten von geringem Umfang sind, bemesse sich nach dem Ausmaß der Wertschöpfung, der Höhe des Ertrages, der Kosten und des Aufwandes an Arbeitskräften und Arbeitszeit.

Die Leistungen im Bereich Baugewerbe und Klima- und Lüftungstechnik machen rund 5% der Auftragssumme aus, stellen jedoch bei inhaltlicher und technischer Beurteilung in Zusammenschau mit der Gesamtleistung jedenfalls keine bloße Ergänzungsleistung dar. Aus der Leistungsbeschreibung gehe deutlich hervor, dass die geforderten Arbeiten aus den Bereichen Baugewerbe und Klima- und Lüftungstechnik mehr als nur eine Ergänzung zur Leistung der Elektrotechnik seien und aufgrund der technischen Anforderungen jedenfalls nur von einem konzessionierten Unternehmen durchgeführt werden können.

Bei den Bauarbeiten handle es sich um die komplette Leerverrohrung in den Regelprofilen, in den Vorportalbereichen und auf der gesamten freien Strecke, die Herstellung von Kabelkühnnetten, die Errichtung von Fundamenten für Notrufräumen, Verkehrszeichenbrücken, Masten und Steher und die Herstellung von Kernbohrungen. Laut Teil B 7, Kapitel 02.41 und 03.41 seien u. a. Fundamente für Verkehrszeichenbrücken und Portalkonstruktionen Höhenkontrolle auf nicht bindigem Baugrund, einschließlich Erdarbeiten, Beton- und Stahlbetonarbeiten zu errichten. Bei den angeführten Positionen handle es sich nicht um reine Grabarbeiten und die Setzung der Fertigteilfundamente und Ziehschächte, sondern seien hier Statikberechnungen durchzuführen und die Fundamente sind vor Ort zu schalen und zu betonieren; umfasst sei auch das Errichten von Stahlkonstruktionen.

In Teil B.7 seien ab Seite 93 die technischen Anforderungen und die technischen Vorbemerkungen für die Gebäudelüftung, Klimaanlage angeführt. Es sei eine komplette Lüftungs- und Klimaanlage für mehrere Stockwerke zu liefern, montieren, justieren und in Betrieb zu nehmen. Die darin geforderten Einstellungen der errechneten Förderströme inkl. Abnahmeprüfungen, Vollständigkeitsprüfungen, Funktionsprüfung, Funktionsmessungen Messung des Luftstromes, der Raumluftgeschwindigkeit, und des Schalldruckpegels einschließlich Protokollierung, können nur von einem konzessionierten Unternehmen durchgeführt werden. Weiters seien 17 Brandschutzklappen einzubauen, der Erstabgleich - hydraulische Einregulierung der gesamten Kälteanlage sei durchzuführen, das Füllen der

Kältemaschinen mit Kühlmittel Vorort usw. Diese Arbeiten können aufgrund des Umfangs, der Verantwortung und der erforderlichen Genehmigungen und Abnahmen ebenfalls nur von dafür konzessionierten Unternehmen durchgeführt werden. Ein Elektronunternehmen könne diese Arbeiten nicht durchführen.

Aus all dem folge, dass die Fa. B*** nicht gemäß § 32 GewO befugt sei, die ausgeschriebenen Leistungsteile "Klimatechnik und Bauarbeiten" auszuführen, sie würde nur dann befugt sein, wenn sie in Übereinstimmung mit den Bedingungen der Ausschreibung Subunternehmer für diese Leistungsteile namhaft gemacht hätte. Dies sei jedoch nicht erfolgt. Aus all dem folge, dass die Fa. B*** nicht gemäß Paragraph 32, GewO befugt sei, die ausgeschriebenen Leistungsteile "Klimatechnik und Bauarbeiten" auszuführen, sie würde nur dann befugt sein, wenn sie in Übereinstimmung mit den Bedingungen der Ausschreibung Subunternehmer für diese Leistungsteile namhaft gemacht hätte. Dies sei jedoch nicht erfolgt.

Zum Ausscheidensgrund "Keine gültige Namhaftmachung von Subunternehmern" werde ausgeführt, dass die Fa. B*** das "Verzeichnis der Subunternehmer" im Punkt 8.5.6 nicht ausgefüllt abgegeben und damit erklärt habe, keine Subunternehmer einsetzen zu wollen. Dem entsprechend sei auch in der Angebotsöffnung verlesen worden, dass die mitbeteiligte Partei keine Subunternehmer namhaft gemacht habe. Da die Fa. B*** zum Nachweis ihrer Befugnis Subunternehmer zwingend hätte namhaft machen müssen, sei diese mangels Befugnis auszuschneiden sei.

Wenn vom Auftraggeber ausgeführt werde, dass die Fa. B*** im Teil B 8 der Angebotsunterlagen als Subunternehmer für Lüftungsrohre und Kanäle die Fa. C*** und D***, und als Subunternehmer für die Bauarbeiten die Fa. E*** sowie die Fa. F*** angeführt habe, sei einzuwenden, dass das Formblatt für Subunternehmerleistungen Anhang B.8.5.6. in Fußnote 3 ausdrücklich normiere, dass die Nennung mehrerer Subunternehmer bei Ersatz der Eignung nicht möglich sei. Weiter habe die Fa. B*** die Subunternehmer lediglich im Teil des Anhangs

8.5.8. Produktdeklarationen angeführt. Bei Verlesen des Begleitschreibens wäre darauf hinzuweisen gewesen, dass Ergänzungen zum Angebot vorliegen, die der Angabe von 0% in der Subunternehmererklärung widersprechen.

Zum Ausscheidensgrund wegen nichtplausibler Zusammensetzung des Gesamtpreises sei auszuführen, dass keine ordnungsgemäße vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt worden sei. Der Auftraggeber habe es rechtswidrig unterlassen, trotz Vorliegen von Anzeichen, die Zweifel an der Angemessenheit von Preisen begründen mussten, eine ordnungsgemäße und vollständige vertiefte Angebotsprüfung des Angebots der Fa. B*** durchzuführen. Es sei daher zu prüfen, ob das Angebot der Fa. B*** wegen nicht plausibler Zusammensetzung des Gesamtpreises nach § 129 Abs 1 Z 3 BVergG auszuschneiden sei. Zum Ausscheidensgrund wegen nichtplausibler Zusammensetzung des Gesamtpreises sei auszuführen, dass keine ordnungsgemäße vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt worden sei. Der Auftraggeber habe es rechtswidrig unterlassen, trotz Vorliegen von Anzeichen, die Zweifel an der Angemessenheit von Preisen begründen mussten, eine ordnungsgemäße und vollständige vertiefte Angebotsprüfung des Angebots der Fa. B*** durchzuführen. Es sei daher zu prüfen, ob das Angebot der Fa. B*** wegen nicht plausibler Zusammensetzung des Gesamtpreises nach Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG auszuschneiden sei.

Die Festlegung in den Ausschreibungsunterlagen Teil B1 Punkt 1.2.11., wonach ein Preis jedenfalls dann als ungewöhnlich niedrig qualifiziert wird, wenn er < 50 % des Preises, im Bezug auf den Mittelwert, der übrigen Bieter und der Schätzung aus der Erstellung der Ausschreibung betrage, befreie den Auftraggeber nicht von der Verpflichtung, ein Angebot auch dann vertieft zu prüfen, wenn die 50% - Grenze zwar nicht unterschritten werde, die Angemessenheit der Preise jedoch zu bezweifeln seien. Dies ergebe sich aus dem Wortlaut der Bestimmung (arg. "jedenfalls").

Zur Feststellung der Abweichung sei der Preis der Fa. B*** in Bezug zum Mittelwert der übrigen Bieter zu setzen und somit selbst nicht in die Mittelwertberechnung einzukalkulieren. Der Preis der Fa. B*** (Euro 4.928.308,76) sei somit 30 % und nicht 25,2 % niedriger als der Mittelwert der 4 übrigen Bieter (Euro 7.051.732,11).

Richtig sei, dass die Qualifikation eines Angebots als Unterangebot nicht allein über den Vergleich mit Preisen anderer Angebote erfolgen kann und ein rein mathematisches Ausschlusskriterium unzulässig sei. Aber das Verhältnis des niedrigsten Preises zum Durchschnittspreis der übrigen Bieter sei ein für die Preisangemessenheitsprüfung maßgeblicher Wert, der gemäß § 125 Abs 3 Z 3 BVergG die Verpflichtung einer vertieften Angebotsprüfung hervorrufen könne. Selbst der VfGH stelle in seinem Erkenntnis vom 22.9.2003i auf einen Vergleich unter den eingelangten Angeboten ab, wenn er zur Beurteilung, ob ein ungewöhnliches Missverhältnis zwischen angebotenen Preis und der Leistung vorliegt, den prozentuellen Abstand zu Mitbewerbern heranziehe. Richtig sei, dass die Qualifikation eines

Angebots als Unterangebot nicht allein über den Vergleich mit Preisen anderer Angebote erfolgen kann und ein rein mathematisches Ausschlusskriterium unzulässig sei. Aber das Verhältnis des niedrigsten Preises zum Durchschnittspreis der übrigen Bieter sei ein für die Preisangemessenheitsprüfung maßgeblicher Wert, der gemäß Paragraph 125, Absatz 3, Ziffer 3, BVergG die Verpflichtung einer vertieften Angebotsprüfung hervorrufen könne. Selbst der VfGH stelle in seinem Erkenntnis vom 22.9.2003i auf einen Vergleich unter den eingelangten Angeboten ab, wenn er zur Beurteilung, ob ein ungewöhnliches Missverhältnis zwischen angebotenen Preis und der Leistung vorliegt, den prozentuellen Abstand zu Mitbewerbern heranziehe.

Im gegenständlichen Fall seien daher schon allein aufgrund der bestehenden Abweichung von 30 % jedenfalls begründete Zweifel an der Plausibilität der Zusammensetzung des Gesamtpreises der Fa. B*** zu hegen. Der Auftraggeber wäre somit verpflichtet gewesen, eine vertiefte Angebotsprüfung gemäß § 125 BVergG durchzuführen, auch wenn die Abweichung des Angebotspreises der Fa. B*** vom o.a. Mittelwert innerhalb der in den Ausschreibungsunterlagen gesetzten Grenze von 50 % liege. Dies ergebe sich aus den konkreten Gegebenheiten und Marktverhältnissen angesichts des ungewöhnlich niedrigen Preises der Fa. B***. Aufgrund des niedrigen Preises und angesichts des Nachlasses von 6 % wäre zu prüfen gewesen, ob die Fa. B*** mit den abgegebenen Montagepreisen/Montagesätzen die in Österreich geltenden Kollektivvertragslöhne/-bestimmungen einhalten könne. Der Nachweis wäre über die Formblätter K3 und K7 zu führen. Im gegenständlichen Fall seien daher schon allein aufgrund der bestehenden Abweichung von 30 % jedenfalls begründete Zweifel an der Plausibilität der Zusammensetzung des Gesamtpreises der Fa. B*** zu hegen. Der Auftraggeber wäre somit verpflichtet gewesen, eine vertiefte Angebotsprüfung gemäß Paragraph 125, BVergG durchzuführen, auch wenn die Abweichung des Angebotspreises der Fa. B*** vom o.a. Mittelwert innerhalb der in den Ausschreibungsunterlagen gesetzten Grenze von 50 % liege. Dies ergebe sich aus den konkreten Gegebenheiten und Marktverhältnissen angesichts des ungewöhnlich niedrigen Preises der Fa. B***. Aufgrund des niedrigen Preises und angesichts des Nachlasses von 6 % wäre zu prüfen gewesen, ob die Fa. B*** mit den abgegebenen Montagepreisen/Montagesätzen die in Österreich geltenden Kollektivvertragslöhne/-bestimmungen einhalten könne. Der Nachweis wäre über die Formblätter K3 und K7 zu führen.

Auch ergebe sich die Verpflichtung zur vertieften Angebotsprüfung aufgrund der vorliegenden Abweichung von rd. 18 % des Angebotspreises der Fa. B*** (Euro 4.928.308,76) zum nächst billigen Bieter (Euro 5.974.308,55) und von rund 42 % zum teuersten Angebot (Euro 8.481.245,79). Selbst wenn der Auftraggeber behaupte, eine "vertiefte Angebotsprüfung" durchgeführt zu haben, sei dieses "Aufklärungsverfahren" offenbar nicht schriftlich, sondern im Zuge eines Aufklärungsgesprächs erfolgt. Dass keine ordnungsgemäße vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt worden sei ergebe sich auch aus der Stellungnahme der Fa. B***. Da es sich in Anbetracht der Höhe der Abweichung und der Höhe der Beträge nicht nur um minder bedeutsame Unklarheiten handle, bei denen die Aufklärung auch mündlich oder telefonisch erfolgen könne, sei der Auftraggeber der gesetzlichen Verpflichtung zur Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung mittels schriftlichen Aufklärungsverfahrens nicht nachgekommen.

Bei der Prüfung, ob ein Unterangebot vorliege, komme es darauf an, ob ein Bieter, gemessen an den ihm zur Verfügung stehenden Möglichkeiten, kostendeckend kalkuliert habe. Eine Nichtdeckung der in Abs 4 Z 1 genannten Kosten werde daher zu dem Ergebnis führen, dass die Angebotspreise als nicht erklär- und nachvollziehbar zu qualifizieren seien und das betroffene Angebot auszuschneiden sei. Die unterlassene Einholung einer verbindlichen, schriftlichen Aufklärung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin verletze das Transparenzgebot, da nur schriftliche Dokumentationen ausreichende Transparenz zur Beurteilung der Gründe für die Vergabeentscheidung vermitteln. Im Ergebnis habe es daher der Auftraggeber unterlassen, eine ordnungsgemäße vertiefte Angebotsprüfung durchzuführen. Bei der Prüfung, ob ein Unterangebot vorliege, komme es darauf an, ob ein Bieter, gemessen an den ihm zur Verfügung stehenden Möglichkeiten, kostendeckend kalkuliert habe. Eine Nichtdeckung der in Absatz 4, Ziffer eins, genannten Kosten werde daher zu dem Ergebnis führen, dass die Angebotspreise als nicht erklär- und nachvollziehbar zu qualifizieren seien und das betroffene Angebot auszuschneiden sei. Die unterlassene Einholung einer verbindlichen, schriftlichen Aufklärung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin verletze das Transparenzgebot, da nur schriftliche Dokumentationen ausreichende Transparenz zur Beurteilung der Gründe für die Vergabeentscheidung vermitteln. Im Ergebnis habe es daher der Auftraggeber unterlassen, eine ordnungsgemäße vertiefte Angebotsprüfung durchzuführen.

In der vor dem Bundesvergabeamt am 23.4.2007 durchgeführten mündlichen Verhandlung führte der Auftraggeber

ergänzend zum Vorwurf der fehlenden Befugnis aus, dass es sich bei den Leistungsteilen Klimatechnik und Bauarbeiten um Leistungen geringfügigen Umfanges handle, die von der Bestimmung des § 32 GewO ausgenommen seien. Darüber hinaus seien Subunternehmer namhaft gemacht worden. Zur unterlassenen vertieften Angebotsprüfung wurde ausgeführt, dass die Preise der Fa. B*** einer noch umfassenderen Prüfung unterzogen worden seien und dabei bestätigt worden sei, dass die Preise betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar seien. Die diesbezüglichen Originalunterlagen würden dem Senat vorgelegt werden - 2 schwarze Ordner mit der Bezeichnung "Ergänzter Vergabebericht" und "Ergänzte Angebotsprüfung" - und seien von der Akteneinsicht auszunehmen. Die Angebotsprüfung sei von Mitarbeitern des IB PEL (d.h. Ingenieurbüro Planungsbüro für Elektro- und Lichttechnik) sorgfältig durchgeführt und die Einheitspreise sowohl betriebswirtschaftlich als auch technisch von IB PEL geprüft worden. Der prozentuelle Anteil der gesamten Leistungen umfasse etwa 98% elektrotechnische Leistungen, etwa 1-2% Bauarbeiten und 1% Klima- und Lüftungstechnikerarbeiten. Im Anbieteröffnungsprotokoll sei die Spalte "Subunternehmererklärungen" bei der präsumentiven Zuschlagsempfängerin mit "0%" ausgefüllt worden, womit gemeint sei, dass in dem Subunternehmerformular B.8 keine Subunternehmer angeführt worden seien. Betreffend die Elektrotechnik-Befähigungsprüfungsverordnung werde auf ein Gutachten der WKO vom 1.2.2004 verwiesen, in dem der Berufsumfang Elektrotechnik als Nebenrecht festgelegt sei. Dieser Umfanges der Gewerbeberechtigung Elektrotechnik sei bei mündlicher Auskunft von der WKO Tirol und WKO Wien bestätigt worden. In der vor dem Bundesvergabeamt am 23.4.2007 durchgeführten mündlichen Verhandlung führte der Auftraggeber ergänzend zum Vorwurf der fehlenden Befugnis aus, dass es sich bei den Leistungsteilen Klimatechnik und Bauarbeiten um Leistungen geringfügigen Umfanges handle, die von der Bestimmung des Paragraph 32, GewO ausgenommen seien. Darüber hinaus seien Subunternehmer namhaft gemacht worden. Zur unterlassenen vertieften Angebotsprüfung wurde ausgeführt, dass die Preise der Fa. B*** einer noch umfassenderen Prüfung unterzogen worden seien und dabei bestätigt worden sei, dass die Preise betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar seien. Die diesbezüglichen Originalunterlagen würden dem Senat vorgelegt werden - 2 schwarze Ordner mit der Bezeichnung "Ergänzter Vergabebericht" und "Ergänzte Angebotsprüfung" - und seien von der Akteneinsicht auszunehmen. Die Angebotsprüfung sei von Mitarbeitern des IB PEL (d.h. Ingenieurbüro Planungsbüro für Elektro- und Lichttechnik) sorgfältig durchgeführt und die Einheitspreise sowohl betriebswirtschaftlich als auch technisch von IB PEL geprüft worden. Der prozentuelle Anteil der gesamten Leistungen umfasse etwa 98% elektrotechnische Leistungen, etwa 1-2% Bauarbeiten und 1% Klima- und Lüftungstechnikerarbeiten. Im Anbieteröffnungsprotokoll sei die Spalte "Subunternehmererklärungen" bei der präsumentiven Zuschlagsempfängerin mit "0%" ausgefüllt worden, womit gemeint sei, dass in dem Subunternehmerformular B.8 keine Subunternehmer angeführt worden seien. Betreffend die Elektrotechnik-Befähigungsprüfungsverordnung werde auf ein Gutachten der WKO vom 1.2.2004 verwiesen, in dem der Berufsumfang Elektrotechnik als Nebenrecht festgelegt sei. Dieser Umfanges der Gewerbeberechtigung Elektrotechnik sei bei mündlicher Auskunft von der WKO Tirol und WKO Wien bestätigt worden.

Die Antragstellerin führte ergänzend zu ihren Schriftsätzen aus, dass die Bauleistungen im Rahmen der gegenständlichen Ausschreibung Stahlkonstruktionen und die Errichtung fest verankerter Fundamente umfassen, die den Einsatz von Ziviltechnikern erfordern würden und jedenfalls nicht von der Befugnis der Elektrotechnik umfasst seien. Ein Elektrounternehmen könne diese Arbeiten nicht durchführen, daher seien für diese Teile Subunternehmen namhaft zu machen gewesen. Bestritten werde, so die Antragstellerin auf Einwendungen der präsumentiven Zuschlagsempfängerin, dass es Fertigteilfundamente gebe. Größe und Umfang des Fundaments seien nach der jeweiligen Lage und nach der Bodenbeschaffenheit zu beurteilen und der Beton sei vor Ort zu gießen und könne nicht vorgefertigt als Platte eingesetzt werden, darüber hinaus sei die Bodenbeschaffenheit vom Bauunternehmer zu beurteilen. Subunternehmer hätten jedenfalls namhaft gemacht werden müssen, unabhängig vom Prozentsatz der Grabungs- und Lüftungsarbeiten, wenn dies zum Nachweis der Eignung zwingend erforderlich sei (verwiesen wird auf die Ausschreibungsunterlagen, Erklärung des Bieters, B.8 Seite 17). Bezüglich des nicht plausibel zusammengesetzten Gesamtpreises verwies die Antragstellerin auf die Schriftsätze.

Die präsumentive Zuschlagsempfängerin verwies auf die Schriftsätze und führte ergänzend aus, dass es im Bereich Bauleistungen für die Bodenbeschaffenheit präzise Vorgaben in der Ausschreibung gebe, und es nicht erforderlich sei, individuell die Bodenbeschaffenheit durch den Auftragnehmer zu prüfen. Die Verwendung von Fertigteilfundamenten sei überdies auch möglich. Die Leistungsfähigkeit sei gegeben und seien Subunternehmer bereits im Angebot selbst genannt worden. Ein elektrischer Anschluss von Brandschutzklappen liege im Kernbereich des Gewerbes Elektrotechnik und dürfen die Montage und die Verrohrung als Nebenarbeiten ausgeführt werden.

Der Auftraggeber führte mit ergänzendem Schriftsatz vom 13. 6. 2007 zu dem vom Bundesvergabeamt eingeholten Sachverständigengutachten (OZ 30) aus, dass vom Sachverständigen die rechtlichen Bestimmungen unvollständig erhoben worden seien, Leistungspositionen lediglich mit denen des derzeit Zweitgereihten verglichen worden seien und daher die Prüfung der Preisangemessenheit iS des § 125 BVergG unvollständig und unschlüssig sei. Da die Prüfinhalte bzw. Prüfschritte im gegenständlichen Gutachten, mit Ausnahme der Auszüge aus einem Preisspiegel, nicht dokumentiert und für die ASFINAG nicht nachvollziehbar seien, sei das Gutachten jedenfalls unvollständig, nicht nachvollziehbar und daher als unschlüssig zu beurteilen. Der Auftraggeber führte mit ergänzendem Schriftsatz vom 13. 6. 2007 zu dem vom Bundesvergabeamt eingeholten Sachverständigengutachten (OZ 30) aus, dass vom Sachverständigen die rechtlichen Bestimmungen unvollständig erhoben worden seien, Leistungspositionen lediglich mit denen des derzeit Zweitgereihten verglichen worden seien und daher die Prüfung der Preisangemessenheit iS des Paragraph 125, BVergG unvollständig und unschlüssig sei. Da die Prüfinhalte bzw. Prüfschritte im gegenständlichen Gutachten, mit Ausnahme der Auszüge aus einem Preisspiegel, nicht dokumentiert und für die ASFINAG nicht nachvollziehbar seien, sei das Gutachten jedenfalls unvollständig, nicht nachvollziehbar und daher als unschlüssig zu beurteilen.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin führte mit Schriftsatz vom 12.6. 2007 zum Sachverständigengutachten (OZ 30) aus, dass der Sachverständige nicht zwischen Lieferungen und Montage und Inbetriebnahme der gelieferten Güter unterscheide, und nicht geprüft habe, welche Leitungen von einem Elektrotechniker als Subunternehmerleistungen beauftragt hätten werden müssen. Darüber hinaus werde mit einem bloßen Preisvergleich den gutächtlichen Anforderungen betreffend die betriebswirtschaftliche Erklärbarkeit und Nachvollziehbarkeit der Preise nicht genüge getan.

In der vor dem Bundesvergabeamt am 19.6.2007 durchgeführten weiteren mündlichen Verhandlung wurde den Parteien Gelegenheit gegeben, zum Sachverständigengutachten Stellung zu nehmen. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin führte aus, dass sie über die Gewerbeberechtigung "Elektrotechnik" verfüge, in der Produktdeklaration die Subunternehmer genannt und diese mit dem Angebot abgegeben habe. Richtig sei, dass das vom Auftraggeber geforderten Formblatt eine Subunternehmererklärung mit "0" enthalte in der Auffassung, dass eine Angabe von Subunternehmerleistungen = 5% nicht auf diesem Formblatt erfolgen müsse.

Richtig sei, so der Auftraggeber, dass im Angebotsöffnungsprotokoll bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin die Subunternehmererklärung mit 0% gekennzeichnet worden sei, aber unter der Rubrik "Vorbehalte und Erklärung des Bieters" sei auf die Produktdeklaration verwiesen worden und werde damit zum Ausdruck gebracht, dass vom Bieter entsprechende Subunternehmer schon zum Zeitpunkt der Submission genannt worden seien. Die Begleitschreiben der Bieter seien verlesen worden, die Angabe von 0% beziehe sich nur auf den Anteil der Subunternehmer für Leistungen = 5%, nicht jedoch auf die darunter liegenden Leistungen (unter 5%). In der Angabe "0% Subunternehmer" im Angebotsöffnungsprotokoll und der von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin im Begleitschreiben angeführten Subunternehmererklärungen werde kein Widerspruch gesehen, da es sich nur um die wesentlichen Subunternehmerleistungen handelt und diese eben 0% ausmachen. Das diesbezügliche Sachverständigengutachten im Hinblick auf die prozentuellen Anteile werde ausdrücklich bestritten.

Die Antragstellerin führte aus, dass die behauptete Nennung der Subunternehmer der Fa. B*** in der Produktdeklaration im Sinne ihres objektiven Erklärungswertes zu verstehen sei und daher lediglich Lieferanteile und nicht Subunternehmerleistungen genannt werden. Nur wenn der Auftragswert der Subunternehmerleistungen 5% überschreite, seien Subunternehmer zwingend zu nennen. Laut Sachverständigengutachten sei das bereits bei der Heizungs- und Lüftungstechnik mit 6,41% der Fall.

Der Auftraggeber bestritt die Einwendungen und führte aus, dass in der Produktdeklaration auf die Kabelgrabarbeiten verwiesen worden seien (Seite 23 2. Zeile von unten). Die Fa. B*** habe in ihrer Produktdeklaration dies entsprechend den Vorgaben angegeben und etwa bei den Kabelgrabarbeiten auch die entsprechenden Leistungen angeführt, so dass der objektive Erklärungswert dem entsprechend auszulegen ist. Es entspreche der Praxis dass auf den Produktdeklarationsblättern auch das Unternehmen angeführt werde, welches die entsprechenden Leistungen ausführe.

Der Sachverständige führte auf Befragen aus, dass er die einzelnen Produktwerte bei seiner Gutachtenserstellung berücksichtigt habe und der Wert von 14,38% auch die Lieferanteile enthalte. Dazu führte der Auftraggeber aus, dass

somit beim Anteil Heizungs- und Lüftungstechnik ein Anteil von 6,41% festgestellt worden sei, aber darin Lieferleistungen in Höhe von Euro 200.000 für die Lieferung von Strahlventilatoren enthalten seien, sodass sich der Prozentanteil auf 2,85 reduzieren müsste. Daraus sei ersichtlich, dass die vom Sachverständigen festgestellten Subunternehmeranteile unrichtig seien und das Gutachten nicht als Entscheidungsgrundlage herangezogen werden könne. Auf Frage, ob vom Sachverständigen angeführt werden könne, wie hoch der prozentuelle Anteil bei Herausrechnung der Produkte sei, wurde dies verneint. Auf Befragen durch die Vorsitzende betreffend die gutächtlichen Ausführungen zur Frage der betriebswirtschaftlichen Nachvollziehbarkeit und Erklärbarkeit der Preise bzw. des Gesamtpreises gab der Sachverständige an, diesbezüglich keine Angaben machen zu können.

Der Auftraggeber führte ergänzend aus, dass aus dem Gutachten aufgrund der Preisvergleiche hervorgehe, dass bei den als auffällig erkannten wesentlichen 4 Positionen der Zweitgereichte, nämlich die Antragstellerin, zum Teil wesentlich billigere Positionspreise ausweist als der Erstgereichte. Es könne daher dem Gutachten entnommen werden, dass für einen allfälligen Unterpreis des Erstgereichten kein Grund bestehe.

Die Antragstellerin gab mit Schriftsatz vom 17.7.2007 eine ergänzende Stellungnahme ab und führte aus, das Protokoll zur Angebotseröffnung (Seite 3) enthalte zum Angebot der Firma B*** den handschriftlichen Vermerk: "Produktdeklaration: Der Bieter bietet teilweise für Fabrikate unterschiedliche Produkte an." Die Firma B*** biete offenbar im Bieterlückenverzeichnis (= Produktdeklaration) zu einzelnen Fabrikaten unterschiedliche Produkte an (Bsp.:

für ein Klimagerät bietet sie z.B. ein Fabrikat der Firma Toshiba des Typs X oder des Typs Y). Anders könne dieser Vermerk im Angebotseröffnungsprotokoll nicht verstanden werden. Die neueste Rechtsprechung des BVA zur Unzulässigkeit der Abgabe zweier Angebote gebe Anlass, diesen Umstand aufzuzeigen und darauf hinzuweisen, dass damit ein weiterer Ausscheidensgrund vorliege. Die Zulässigkeit der Angabe unterschiedlicher Produkte pro Fabrikat im Bieterlückenverzeichnis sei je nach Position zu beurteilen: Die Positionen der Produktdeklaration 04 Sicherheitsstrom-Versorgung, 07 Tunnelbeleuchtung, 11 Lüftungsanlage, 12 Überwachung der Luftverhältnisse, 13 Verkehrslenkung, 17 Notrufeinrichtungen und 18 Beschallungsanlage würden weder eine Mehrfachnennung von Fabrikaten noch von Produkten unter Typenreihen zulassen. Das Angebot von unterschiedlichen Produkten zu einem Fabrikat sei daher als ein den Ausschreibungsbedingungen widersprechendes Angebot zu werten und gemäß § 129 Abs 1 Z 7 ohne weiteres auszuschneiden. für ein Klimagerät bietet sie z.B. ein Fabrikat der Firma Toshiba des Typs römisch zehn oder des Typs Y). Anders könne dieser Vermerk im Angebotseröffnungsprotokoll nicht verstanden werden. Die neueste Rechtsprechung des BVA zur Unzulässigkeit der Abgabe zweier Angebote gebe Anlass, diesen Umstand aufzuzeigen und darauf hinzuweisen, dass damit ein weiterer Ausscheidensgrund vorliege. Die Zulässigkeit der Angabe unterschiedlicher Produkte pro Fabrikat im Bieterlückenverzeichnis sei je nach Position zu beurteilen: Die Positionen der Produktdeklaration 04 Sicherheitsstrom-Versorgung, 07 Tunnelbeleuchtung, 11 Lüftungsanlage, 12 Überwachung der Luftverhältnisse, 13 Verkehrslenkung, 17 Notrufeinrichtungen und 18 Beschallungsanlage würden weder eine Mehrfachnennung von Fabrikaten noch von Produkten unter Typenreihen zulassen. Das Angebot von unterschiedlichen Produkten zu einem Fabrikat sei daher als ein den Ausschreibungsbedingungen widersprechendes Angebot zu werten und gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, ohne weiteres auszuschneiden.

In jedem Fall liege ein unbehebbarer Mangel im Sinn der ständigen Rechtsprechung des VwGH vor (VwGI-I vorn 25.2.2004, GZ 2003/04/0186, wonach ein unbehebbarer Mangel dann vorliege, wenn eine Verbesserung nach Angebotseröffnung zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung der Bieter führen könne). Eine solche Verbesserung der Wettbewerbsstellung könne auch in einem Zeitgewinn liegen, wenn durch die Möglichkeit der Mängelbehebung dem diesbezüglichen Bieter ein größerer Zeitraum zur Ausarbeitung seines Angebots eingeräumt würde.

Durch Nennung unterschiedlicher Produkte werde die Möglichkeit offen gehalten, das Angebot nach Angebotsöffnung weiter auszuarbeiten und zu konkretisieren. Insbesondere könne durch nachträgliche Entscheidungen, welches Produkt die Fa. B*** tatsächlich liefern wolle, den Wert der angebotenen Leistung (und möglicherweise auch den Abrechnungspreis) nachträglich ändern; zwei unterschiedliche Produkte haben in der Regel nicht denselben Marktwert. Diese nachträgliche Konkretisierung bzw. Verbesserung dieses Angebotsmangels würde der Firma B*** einen Wettbewerbsvorteil verschaffen und sei daher unzulässig. Das Angebot sei daher auszuschneiden.

Wenn die Fa B*** dem Auftraggeber die Wahl zwischen zwei oder mehreren unterschiedlichen Produkten überlasse, mangle es ihrem Angebot an Bestimmtheit und es liege kein Angebot im Sinne des § 2 Z 3 BVergG vor. Dem Angebot

mangle es darüber hinaus auch an Bindungswillen an ein bestimmtes Produkt. Nach den Materialien sei ein "freibleibend" gestelltes Angebot mangels Bindungswillen des Erklärenden kein Angebot. Das Angebot von zwei oder mehrerer Produkten räume dem Auftraggeber Verhandlungsmöglichkeiten ein. Im offenen und im nicht offenen Verfahren bestehe aber ein absolutes Verhandlungsverbot. Verboten sind Änderungen des Angebotes jeglicher Art (der Preise, des Leistungsgegenstandes, des Leistungsumfanges, der technischen und rechtlichen Bedingungen für die Leistungserbringung etc.) nach der Angebotsöffnung. Wenn die Fa B*** dem Auftraggeber die Wahl zwischen zwei oder mehreren unterschiedlichen Produkten überlasse, mangle es ihrem Angebot an Bestimmtheit und es liege kein Angebot im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 3, BVergG vor. Dem Angebot mangle es darüber hinaus auch an Bindungswillen an ein bestimmtes Produkt. Nach den Materialien sei ein "freibleibend" gestelltes Angebot mangels Bindungswillen des Erklärenden kein Angebot. Das Angebot von zwei oder mehrerer Produkten räume dem Auftraggeber Verhandlungsmöglichkeiten ein. Im offenen und im nicht offenen Verfahren bestehe aber ein absolutes Verhandlungsverbot. Verboten sind Änderungen des Angebotes jeglicher Art (der Preise, des Leistungsgegenstandes, des Leistungsumfanges, der technischen und rechtlichen Bedingungen für die Leistungserbringung etc.) nach der Angebotsöffnung.

Der mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 26.6.2007, OZ 47, neu bestellte nichtamtliche Sachverständige DI Dr. G*** erstattete mit Schriftsatz vom 23.7.2007 zur Frage der betriebswirtschaftlichen Erklärbarkeit und Nachvollziehbarkeit der Preise bzw. des Gesamtpreises beim Angebot der Fa. B*** Befund und Gutachten und führte zunächst erläuternd folgendes aus:

"...

3.3. Rechtliche Grundlagen

3.3.1 BVergG 2006

....

3.4 ÖNORMEN

3.4.1 ÖNORM B 2061 Preisermittlung für Bauleistungen - Verfahrensnorm

ANMERKUNG:

Seit der Ausgabe 1999 können die Unternehmer vom Prinzip der Vollkostenrechnung abgehen und möglichst uneingeschränkt nach ihren betriebswirtschaftlichen Überlegungen kalkulieren. Dabei ist es dem Unternehmer im Rahmen des plausibel Erklärbaren möglich, die fixen Kosten jenen Leistungen zuzuordnen, die er für sicher zur Ausführung gelangend einschätzt. Jeder Einheitspreis einer Leistung muss jedoch mindestens die variablen Kosten enthalten.

1 Anwendungsbereich

Diese ÖNORM regelt das Verfahren der Preisermittlung von Bauleistungen (gemäß ÖNORM B 2110 oder B 2117 [oder B 2118]). Sie gibt Hinweise für den Aufbau der Kalkulation und regelt die Darstellung der Preisermittlung.

Diese ÖNORM ist auch Grundlage für die Überprüfung der Angemessenheit der Preise im Sinne der (Ö)NORM A 2050 oder A 2051 [durch ÖNORM A 2050 ersetzt].

3.7 fixe Kosten

Kosten, die zur Aufrechterhaltung der Unternehmenstätigkeit (Leistungsbereitschaft) erforderlich sind.

3.18 variable Kosten

Kosten, deren Höhe beschäftigungsabhängig ist.

5.1.1 Einzellohnkosten

Die Einzellohnkosten je Leistungseinheit ergeben sich aus dem kalkulierten Zeitaufwand (Aufwandswert) für die Erbringung der betreffenden Leistung, einschließlich der Gerätebedienung, unter Zugrundelegung der zutreffenden Mittelohnkosten.

5.1.2 Einzelmaterialeinkaufskosten

Die Einzelmaterialkosten je Leistungseinheit ergeben sich aus dem kalkulierten Bedarf an Bau- und Hilfsmaterialien sowie an Betriebsstoffen für die Erbringung der betreffenden Leistung, einschließlich der Verschleiß- und Wartungskosten von Geräten, unter Zugrundelegung der Materialkosten.

In geringen Mengen erforderliches Material und Betriebsstoffe können auch durch erfahrungsgemäße Ansätze berücksichtigt werden.

8 Preiskomponenten

8.1 Mittellohnpreise

Durch Aufrechnung des Gesamtzuschlages auf die Mittellohnkosten ergeben sich die Mittellohnpreise.

8.2 Materialpreise

Durch Aufrechnung des Gesamtzuschlages auf die Materialkosten ergeben sich die Materialpreise.

Anhang A (normativ): Muster der Kalkulationsformblätter

K 3 Mittellohnpreis, Regiellohnpreis, Gehaltspreis

K 4 Materialpreise

K 5 Preise für Produkte, Leistungen

K 6 Gerätepreise

K 6 A Gerätepreise (Ergänzung)

K 7 Preisermittlung

3.4.2 ÖNORM B 2118 Allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen an Großprojekten mit Partnerschaftsmodell, insbesondere im Verkehrswegebau - Werkvertragsnorm

3.15 Subunternehmer; Nachunternehmer

Unternehmer, der Teile der an den AN übertragenen Leistungen ausführt und vertraglich nur an den AN gebunden ist

Die Lieferung von Materialien oder Bestandteilen, die zur Erbringung einer Leistung erforderlich ist, stellt keine Subunternehmerleistung dar.

3.18 Nebenleistungen

verhältnismäßig geringfügige Leistungen, die der Usance entsprechend auch dann auszuführen sind, wenn sie in den Vertragsbestandteilen nicht angeführt sind, jedoch nur insoweit, als sie zur vollständigen sach- und fachgemäßen Ausführung der vertraglichen Leistung unerlässlich sind und mit dieser in unmittelbarem Zusammenhang stehen

Sie sind mit den vereinbarten Preisen abgegolten. "

Im Rahmen der gutächtlichen Beauftragung hat der Sachverständige DI Dr. G*** folgendes ausgeführt:

" 4 Gutachten

4.1 Ist die Kalkulation bestimmter auffällig abweichender Einheitspreise der präsumtiven Zuschlagsempfängerin Firma B*** GmbH unter Berücksichtigung der K3-Blätter betriebswirtschaftlich erklärbar und nachvollziehbar?

4.1.1 Preisermittlung

Die Preise des vorliegenden Projektes wurden mit dem Tabellenkalkulationsprogramm "Microsoft Excel" ermittelt. Die verwendeten K-Blätter entsprechen sinngemäß den Mustern der ÖNORM B 2061. Die Offenlegungspflicht der Kalkulation bei öffentlichen Auftraggebern ist eine Besonderheit in der Bauwirtschaft. Die Kalkulationsform ist eine Vollkostenrechnung.

Für Standardisierte Leistungsbeschreibungen werden "Standard"- Vorkalkulationen von den Unternehmen selbst erstellt oder von Anbietern zugekauft, die als Vorlagen für die Angebotskalkulation dienen und auf durchschnittlichen nachkalkulierten Leistungsansätzen aufgebaut sind. Der jeweilige "Nutzer/Kalkulant muss diese dann den betrieblichen und objektbezogenen Randbedingungen angleichen. Problematisch bei "Standard"-Vorkalkulationen sind viele Z-Positionen, da für diese zwar vorbereitete Grundkalkulationen übernommen werden (können), die

objektspezifischen und besonderen Vertragsbestimmungen jedoch leicht vergessen werden. Das LV dieser Ausschreibung besteht nur aus frei formulierten Z-Positionen. Die Preisermittlung des Bieters ist durch den außerhalb des "Bauhauptgewerbes" kaum feststellbaren hohen "Standard" bei den nachgeforderten "detaillierten" K7-Blättern für die wesentlichen und aufzuklärenden Positionen grundsätzlich nachvollziehbar. Kosten können (im Fall der Nutzung von Vorlagen)

- -Strichaufzählung
einerseits durch geringe Wertansätze der Kostenkomponenten, wie niedrige Mittellohncosten, Materialkosten oder bei den Gerätekosten stark abgeminderte Werte für Abschreibung und Verzinsung sowie Instandhaltung (Reparatur),
- -Strichaufzählung
andererseits durch geringe Mengenansätze, wie niedrig kalkulierte Zeitaufwände (Aufwandswerte) oder einen niedrig kalkulierten Bedarf an Bau- und Hilfsmaterialien sowie an Betriebsstoffen bzw. hohe Leistungsansätze von Geräten oder Einbaupartien gesenkt werden.

Die Kosten für Lieferanten (-> Materialkosten) sowie für Fremdleistungen (Subunternehmer) sind bei den Herstellkosten "Durchläufer" und werden durch Aufschlag des jeweiligen Gesamtzuschlages zum Preis(anteil).

Die ÖNORM B 2061 geht von für die jeweilige Einzelfertigung "richtig" kalkulierten Mengen- und Wertansätzen aus. Durch die durchgängige Verwendung von frei formulierten Z-Positionen verursacht der Auftraggeber bei den Bietern sichtlich unterschiedliche Interpretationen des jeweiligen Leistungsinhaltes bzw. der jeweiligen Kostenzuordnung zumindest bei den zusätzlich aufzuklärenden "Ausreißerpositionen". Anders ist ein Über- wie auch Unterschreiten der 50 %-"ungewöhnlicher Preis"-Grenze durch die Bieter bei derselben Position kaum erklärbar.

Ein Unterpreis nach ÖNORM B 2061 wäre weit unter den Vollkosten; Grenzgrößen sind die variablen Kosten, d.h. kein Deckungsbeitrag (für fixe Kosten, wie Geschäftsgemeinkosten sowie für den Gewinn). Die ÖNORM B 2061 gibt Hinweise für den Aufbau der Kalkulation und regelt die Darstellung der Preisermittlung. Ob sie beim zu beurteilenden Angebot in hinreichender Weise berücksichtigt wurde, wird abschließend in Form eines "Gesamtbildes" nach Berücksichtigung der folgenden Kriterien beurteilt:

4.1.2 Überprüfung der Angemessenheit der Preise

TABELLE 1 nicht anonymisierbar

4.1.3 Gesamtbild

Die Berechnung des K3-Blattes ist nachvollziehbar. Die Höhe der Mittellohncosten ist plausibel, die Berechnung der Aufzählung für Mehrarbeit ist zu hoch, Zuordnungsprobleme der Reiseaufwandsentschädigungen auf Grund neuer KV-Regelungen neutralisieren sich, die Lohnnebenkosten sollten bei "Elektro" geringer sein als am "Bau". Diese aus der Betriebsrechnung erkläraren "Fehler" wiegen den schlanken Gesamtzuschlag auf.

Die vom Auftraggeber als wesentlich gekennzeichneten Positionen sind (teil)kostendeckend, da die variablen Kosten nachvollziehbar enthalten sind.

Unter zusätzlicher Berücksichtigung der aufgeklärten und aus den vorliegenden Unterlagen nachvollziehbaren Kosten ist der Gesamtpreis betriebswirtschaftlich erklärbar und nach ÖNORM B 2061 als kostendeckend zu beurteilen.

Ein Unterpreis nach ÖNORM B 2061 wäre weit unter den Vollkosten, Grenzgrößen sind die variablen Kosten, d.h. kein Deckungsbeitrag (für fixe Kosten + Gewinn).

4.2 Ist die Kalkulation der präsumtiven Zuschlagsempfängerin bei der anzubietenden Gesamtleistung unter Berücksichtigung der K3- Blätter betriebswirtschaftlich erklärbar und nachvollziehbar?

Da es sich um eine Gesamtausschreibung ohne zulässige Teilangebote oder Teilvergaben handelt, gelten die Ausführungen zu 4.1 sinngemäß."

Zum Gutachten (OZ 50) des mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 26.6.2007, OZ 47, bestellten nichtamtlichen Sachverständigen DI Dr. G*** nahm die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 10.8.2007 wörtlich wie folgt Stellung:

"

Das Gutachten des Sachverständigen erfolgte in Form stichwortartiger Aussagen zu den Ergebnissen dieses Gutachtens. Konkrete Begründungen für diese Ergebnisse finden sich auf diesen 3 1/2 Seiten nicht oder nur vereinzelt. Das Gutachten des Sachverständigen ist daher für uns nur sehr eingeschränkt nachvollziehbar.

Eine Akteneinsicht am 3.8.2007 hat ergeben, dass auch dem Bundesvergabeamt keine weiteren schriftlichen Unterlagen mit Begründungen oder dergleichen vorliegen. Eine Einsicht wie von uns gefordert in die K.3- und K7-Blätter (welche Grundlagen des Gutachtens sind) sowie den "(ergänzten) Vergabebericht ASFINAG. mit Registern" wurde uns verweigert.

... Daher kann unsere Stellungnahme zu diesem Gutachten nur in Form von Fragen und abstrakten rechtlichen Ausführungen bestehen. ..In diesem Gutachten heißt es in Punkt 3.2,2 (Vergabebericht) auf Seite 10, dass "im Angebot der Firma B*** keine spekulativen Preisansätze erkennbar [sind]." (Punkt 4.5.5 "Claimmöglichkeiten"). Das Gutachten begründet diese Aussage nicht näher. Daher stellt sich die Frage:

Welche Positionen wurden für diese Aussage untersucht? Was versteht das Gutachten unter dein Begriff der „spekulativen Preisansätze“?

...In Punkt 4.1.1 "Preisermittlung" des Gutachtens auf Seite 14 heißt es, dass der Auftraggeber durchgängig (nicht die vorformulierten Positionstexte der standardisierten Leistungsbeschreibung, sondern) "frei formulierte Z-Positionen" verwendet hat. Die Folge davon war, dass - so dass Gutachten weiter - das LV "bei den Bietern sichtlich unterschiedliche Interpretationen des jeweiligen Leistungsinhaltes bzw. der jeweiligen Kostenzuordnung, zumindest bei den zusätzlich aufzuklärenden "Ausreißerpositionen verursacht hat. Dies ist ein Verstoß gegen das vergaberechtliche Transparenzprinzip, insbesondere die § 96 Abs 1 BVergG, dem zufolge "die Leistungen...bei einer konstruktiven Leistungsbeschreibung so eindeutig, vollständig und neutral zu beschreiben [sind], dass die Vergleichbarkeit der Angebote gewährleistet ist." Nach der Rechtsprechung müssen die " Verdingungsunterlagen so gefasst werden ..., dass alle durchschnittlich fachkundigen Bieter sie bei Anwendung der üblichen Sorgfalt in gleicher Weise auslegen können." Daher stellt sich die Frage:...In Punkt 4.1.1 "Preisermittlung" des Gutachtens auf Seite 14 heißt es, dass der Auftraggeber durchgängig (nicht die vorformulierten Positionstexte der standardisierten Leistungsbeschreibung, sondern) "frei formulierte Z-Positionen" verwendet hat. Die Folge davon war, dass - so dass Gutachten weiter - das LV "bei den Bietern sichtlich unterschiedliche Interpretationen des jeweiligen Leistungsinhaltes bzw. der jeweiligen Kostenzuordnung, zumindest bei den zusätzlich aufzuklärenden "Ausreißerpositionen verursacht hat. Dies ist ein Verstoß gegen das vergaberechtliche Transparenzprinzip, insbesondere die Paragraph 96, Absatz eins, BVergG, dem zufolge "die Leistungen...bei einer konstruktiven Leistungsbeschreibung so eindeutig, vollständig und neutral zu beschreiben [sind], dass die Vergleichbarkeit der Angebote gewährleistet ist." Nach der Rechtsprechung müssen die " Verdingungsunterlagen so gefasst werden ..., dass alle durchschnittlich fachkundigen Bieter sie bei Anwendung der üblichen Sorgfalt in gleicher Weise auslegen können." Daher stellt sich die Frage:

Welche Leistungsinhalte hat die Firma B*** den vom Gutachten untersuchten (und uns nicht bekannten) Positionen zugrunde gelegt? Dies ist Voraussetzung für die Beantwortung der Frage, ob der angebotene Einheitspreis auch entsprechend der ÖNORM B 2061 - und damit (gemäß der Ansicht des Gutachtens; siehe Seite 17) .hinsichtlich seiner variablen Kostenbestandteile kostendeckend - kalkuliert wurde.

...In Punkt 4.1.1 "Preisermittlung" des Gutachtens heißt es, dass

"die Kosten ,für Lieferanten ... sowie für Fremdleistungen

(Subunternehmer) ._. bei den Herstellkosten "Durchläufer" [sind] und

... durch Aufschlag des jeweiligen Gesamtzuschlages zum Preis

(Anteil) werden". Daher stellt sich die Frage:

Hat die Firma B*** auf sämtliche Fremdleistungen - also Lieferungen und Subunternehmerleistungen - ihren Gesamtzuschlag aufgeschlagen? In Punkt 4.1.2 „Überprüfung der Angemessenheit der Preise" auf Seite 15 heißt es in der Zeile "Zusammensetzung der Mannschaft":

"repräsentative Partie/ Mannschaft mit prozentuellem Anteil der KV-BG-Gruppen für einen Durchschnittspreis des Bauvorhabens". Daher stellt sich die Frage:

Wie setzt sich diese Partie / Mannschaft in Ansehung der einzelnen KV-Gruppen und in Ansehung ihrer prozentualen Zusammensetzung zusammen?

Ebendort heißt es in der Zeile „Aufzahlung Mehrarbeit“, dass die "tägliche Arbeitszeit von 9 Stunden ... nicht überschritten [wird]", und weiter: "Berechnung ca. dreifach zu hoch".

Was heißt das?

Ebendort heißt es in der Zeile "andere abgabepflichtige Lohnbestandteile (Sondererstattungen)": "nicht ganz nachvollziehbar, vermutlich "Übergangsprobleme": auf Grund der neuen KV-Regelungen zu Reiseaufwandsentschädigungen (z.B. Taggeld) sollte es keine abgabepflichtigen Lohnbestandteile mehr geben." Daher stellt sich die Frage:

Wenn es im Gutachten heißt, dass dieser kalkulierte Preisbestandteil "nicht ganz nachvollziehbar" sei, warum hat das Gutachten dieses Thema nicht weiter geprüft? Aus dieser Formulierung ergibt sich jedenfalls, dass die Firma B*** ihre "Reiseaufwandsentschädigungen (z.B. Taggeld)" offenbar nicht in der Zeile I (andere nicht abgabepflichtige Lohnbestandteile) kalkuliert hat und dass dies fälschlicherweise unter Zeile G (andere abgabepflichtige Lohnbestandteile) kalkuliert wurde. Dies widerspricht dem Kalkulationsformblatt K3 und damit den Kalkulationsvorschriften der ÖNORM B 2061 und damit den Ausschreibungsbedingungen. Wieso es dann weiter unten heißt, dass die "Reiseaufwandsentschädigungen insgesamt plausibel sind", ist nicht verständlich. Wir verweisen auf die ständige Rechtsprechung des BVA, der zufolge ein Verstoß gegen die Kalkulationsvorschriften ein Widerspruch zu den Ausschreibungsbedingungen ist und zur Ausscheidung des Angebotes führen muss (vgl. etwa BVA 3.8.2005, 17N-67/05-29 zur Ausschreibungswidrigkeit wegen Verstoßes gegen die ÖNORM B 2061, weil das Gewährleistungsrisiko in den Gewinnanteil und nicht in den Wagnisanteil des Gesamtzuschlages des K3-Blattes kalkuliert wurde). Wenn es im Gutachten heißt, dass dieser kalkulierte Preisbestandteil "nicht ganz nachvollziehbar" sei, warum hat das Gutachten dieses Thema nicht weiter geprüft? Aus dieser Formulierung ergibt sich jedenfalls, dass die Firma B*** ihre "Reiseaufwandsentschädigungen (z.B. Taggeld)" offenbar nicht in der Zeile römisch eins (andere nicht abgabepflichtige Lohnbestandteile) kalkuliert hat und dass dies fälschlicherweise unter Zeile G (andere abgabepflichtige Lohnbestandteile) kalkuliert wurde. Dies widerspricht dem Kalkulationsformblatt K3 und damit den Kalkulationsvorschriften der ÖNORM B 2061 und damit den Ausschreibungsbedingungen. Wieso es dann weiter unten heißt, dass die "Reiseaufwandsentschädigungen insgesamt plausibel sind", ist nicht verständlich. Wir verweisen auf die ständige Rechtsprechung des BVA, der zufolge ein Verstoß gegen die Kalkulationsvorschriften ein Widerspruch zu den Ausschreibungsbedingungen ist und zur Ausscheidung des Angebotes führen muss vergleiche etwa BVA 3.8.2005, 17N-67/05-29 zur Ausschreibungswidrigkeit wegen Verstoßes gegen die ÖNORM B 2061, weil das Gewährleistungsrisiko in den Gewinnanteil und nicht in den Wagnisanteil des Gesamtzuschlages des K3-Blattes kalkuliert wurde).

...Weiter heißt es in der Zeile "direkte Lohnnebenkosten", dass diese " "baulastig" zu hoch; kein Schlechtwetterentschädigungsbeitr,g bei Elektrogewerbe". Daraus erhebt sich die Frage:

Liegt hier ein Verstoß gegen die Kalkulationsbedingungen vor, nach welchem nur jene Lohnbestandteile im K3-Blatt zu kalkulieren sind, welche tatsächliche zur Auszahlung gelangen (müssen). Diesfalls wäre das Angebot wegen Widerspruchs zu den Kalkulationsbedingungen auszuschneiden.

... Weiter heißt es in der Zeile "andere lohngebundene Kosten", dass der "übliche Wert" kalkuliert worden sei.

Wie hoch ist der von der Firma B*** angesetzte Wert?

...Weiter heißt es in der Zeile "Gesamtzuschlag GJ" sowie auf der folgenden Seite unter "Nachlass", dass die Gesamthöhe des Gesamtzuschlages "niedrig" sei, dass aber der "gewährte Nachlass unter dem kalkulierten Gesamtzuschlag" bleibe. Daher stellt sich die

Frage:

Wie hoch ist der Gesamtzuschlag?

... Weiter heißt es unter "K7-Blatt", dass "auf Grund der fehlenden

detaillierten Kostenentwicklung ... nur die Ergebnisansätze

nachvollzogen [können]. Daher stellt sich die Frage:

Was ist mit dieser Aussage gemeint?

... Weiter heißt unter "Lieferanten(kosten)", dass

"Werkstatteleistungen oft durch Lieferanten abgedeckt (werden)". Daher stellt sich die Frage:

Was ist damit gemeint? Bringen diese Lieferanten ihre Leistungen speziell nach den Anforderungen der Firma B*** und sind daher möglicherweise als Subunternehmer zu qualifizieren?Weiter heißt es in der Zeile "wesentliche Positionen", dass die Preise der wesentlichen Positionen "ohne signifikante Abweichungen von denen des Mitbewerbs [sind], daher aufgrund der Erfahrungen der Bieter aus anderen vergleichbaren Tunnelprojekten angemessen und nachvollziehbar [sind]". Daraus erhebt sich die Frage:

Nachstehende Positionen sind laut LV als wesentliche Position gekennzeichnet und weisen - wie sich aus dem Gutachten von DI H*** vom 27.5.2007 ergibt - einen signifikanten Preisunterschied zwischen den Preisen aller Bieter auf. Die Aussage des Gutachtens ist daher insoweit falsch.

2 10 100827E KS-Rohr 450N swik 110

2 10 102611A Kabelrinne V4A, 1,1kN/m H60 B100

2 10 102611E Kabelrinne V4A, 1,1kN/m H100 B200

2 10 103023M D-Hänger A8-SchieneV4A 1-f bis 300

Darüber hinaus ist unklar, aufgrund welcher Vergleichswerte "aus anderen vergleichbaren Tunnelprojekten" das Gutachten zu dem Schluss kommt, dass keine ungewöhnlich hohen oder niedrigeren Einheitspreise vorliegen würden. Dies ist insbesondere vor dem Hintergrund fragwürdig, dass laut Gutachten der Auftraggeber fast ausschließlich frei formulierte Z-Positionen verwendet hat und daher deren Leistungsinhalt ganz offenbar mit anderen Tunnelprojekten nicht vergleichbar sein kann.

...Unter Punkt 4.1.3 (Gesamtbild) heißt es im Gutachten, dass "die Lohnnebenkosten ... bei "Elektro" geringer seien [sollten] als am "Bau". Diese aus der Betriebsrechnung erklärbaren "Fehler" wiegen den schlanken Gesamtzuschlag auf". Aus dieser Aussage des Gutachtens ist offenbar der Schluss zu ziehen, dass insoweit ein Kalkulationsfehler vorliegt, als die Lohnnebenkosten zu hoch angesetzt wurden, allerdings offenbar ein - wie das Gutachten vermeint - Ausgleich durch den "schlanken" Gesamtzuschlag erzielt wird. Dies widerspricht den Kalkulationsbedingungen der Ausschreibungsunterlagen, nach welchen alle Preisbestandteile in jene Zeile des K3-Blattes zu kalkulieren sind, die hierfür vorgesehen sind.

... Darüber hinaus ist unklar, ob das Gutachten die Aufwands- und Verbrauchsansätze gemäß § 125 Abs 4 Z 1 BVergG 2006 bei den in den geprüften K7-Blättern angesetzten Materialien und sonstigen Leistungen geprüft hat und diese Ansätze betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sind. In diesem Zusammenhang ist auf die "Zusammenfassung vertiefte Angebotsprüfung" auf Seite 16 zu verweisen, wo es heißt, dass "die Aufwands- und Verbrauchsansätze... Darüber hinaus ist unklar, ob das Gutachten die Aufwands- und Verbrauchsansätze gemäß Paragraph 125, Abs 4 Ziffer eins, BVergG 2006 bei den in den geprüften K7-Blättern angesetzten Materialien und sonstigen Leistungen geprüft hat und diese Ansätze betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sind. In diesem Zusammenhang ist auf die "Zusammenfassung vertiefte Angebotsprüfung" auf Seite 16 zu verweisen, wo es heißt, dass "die Aufwands- und Verbrauchsansätze

... dadurch schwer nachvollziehbar [sind], da nicht die Entwicklung, sondern nur das Ergebnis angegeben wird. ... Dies gilt

auch für einige wesentliche Positionen." Wir erinnern in diesem Zusammenhang auch an die Aussage des Sachverständigen DI H*** in der mündlichen Verhandlung von 19.6.2007, in welcher dieser ausgesagt hat, dass mit den angesetzten Aufwand- und Verbrauchsansätzen die betroffenen Leistungen "nie und nimmer" erbracht werden können."

In der vor dem Bundesvergabeamt am 3.9.2007 durchgeführten mündlichen Verhandlung wurde den Parteien Gelegenheit gegeben, zum Sachverständigengutachten Stellung zu nehmen. Die Antragstellerin brachte ergänzend vor,

dass der Begriff "spekulativer Preisansatz" nicht, wie im Schriftsatz angeführt, aus dem Gutachten stamme, sondern vom Auftraggeber. Der Auftraggeber legte schriftliche Ausführungen dazu vor ("Spekulation") und führte aus, dass unter Spekulation im bauwirtschaftlichen Sinn der Versuch eines Marktteilnehmers zu verstehen sei, aus einem vermeintlichen Informationsvorsprung wirtschaftliche Vorteile zu erzielen. Im Hinblick auf die Prüfung "spekulative Preisansätze" würden grundsätzliche sämtliche Preise eingehend geprüft. Ergänzend verwies der Auftraggeber insbesondere auf Pkt. 4.5.1, - 4.5.4 der Angebotsprüfung, in der sämtliche Prüfmaßstäbe festgelegt seien. Zu Rz 6 des Schriftsatzes der Antragstellerin vom 10.8.2007 führte der Sachverständige aus, dass Bieter bei den wesentlichen Positionen konkrete Vorstellungen darüber haben, was nachgefragt werde und was anzubieten sei. Das von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin untersuchte Angebot weise in den wesentlichen Positionen nachvollziehbar variable Kosten auf. Der Auftraggeber habe sich mit der + 50% Regelung eine Selbstbindung auferlegt, die Bieter haben entsprechend die Positionen ergänzend aufzuklären. Geprüft worden seien beim Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin die betreffenden Leistungsgruppen nach einer sogenannten ABC-Regelung. Daraus ergebe sich, dass auch bei den sogenannten "Ausreißerpositionen" das Angebot der präsumtive Zuschlagsempfängerin im akzeptablen Bereich bleibe.

Zum Gutachten Seite 14 vorletzter Absatz von der Antragstellerin befragt, führte der Sachverständige aus, dass es sich im wesentlichen um Liefer- und Montageleistungen handle, die variablen Kosten müssen abgedeckt sein und, wie im Gutachten ausgeführt, sei der Gesamtzuschlag jedenfalls niedriger als der von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gewährte Nachlass. Zu den Bauzinsen befragt, führte der Sachverständige aus, dass diese letztlich immer vom Betrachtungshorizont abhängen. Richtig sei, dass Bauzinsen kalkulatorisch als variabel betrachtet werden können. Die Zuschlagskalkulation gebe, so die präsumtive Zuschlagsempfängerin unter Verweis auf § 125 Abs 4 Z 1 vor, dass in den wesentlichen Positionen nur die direkt zuordenbaren Kosten enthalten sein müssen. Zum Gutachten Seite 14 vorletzter Absatz von der Antragstellerin befragt, führte der Sachverständige aus, dass es sich im wesentlichen um Liefer- und Montageleistungen handle, die variablen Kosten müssen abgedeckt sein und, wie im Gutachten ausgeführt, sei der Gesamtzuschlag jedenfalls niedriger als der von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gewährte Nachlass. Zu den Bauzinsen befragt, führte der Sachverständige aus, dass diese letztlich immer vom Betrachtungshorizont abhängen. Richtig sei, dass Bauzinsen kalkulatorisch als variabel betrachtet werden können. Die Zuschlagskalkulation gebe, so die präsumtive Zuschlagsempfängerin unter Verweis auf Paragraph 125, Absatz 4, Ziffer eins, vor, dass in den wesentlichen Positionen nur die direkt zuordenbaren Kosten enthalten sein müssen.

Der Sachverständige führte weiter aus, dass die K7-Blätter der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gut und ausführlich ausgeführt seien, alle Positionen nachvollziehbar und entsprechend den Ausführungen im Gutachten begründet seien. Die variablen Kostenbestandteile seien nachvollziehbar kalkuliert worden.

Auf die Frage der Antragstellerin, ob der Gesamtzuschlag auf alle Kostenarten zugeschlagen worden sei, verwies der Sachverständige auf das K3-Blatt und führte aus, dass der 6%ige Nachlass abgedeckt sei und der Nachlass geringer sei als der Gesamtzuschlag.

Die weiteren Fragen der Antragstellerin bezogen sich auf das K3- Blatt und wurden vom Sachverständigen wie folgt beantwortet: " Der Kollektivvertrag wurde weder bei Gewerbe noch bei Industrie unterschritten. Die Mehrarbeit ist zwar "falsch" iSd von zu hoch, jedoch lediglich als Denkfehler zu qualifizieren. Betreffend die Reiseaufwandsentschädigungen liegt kein Verstoß gegen die Kalkulationsvorschriften vor. Was die direkten Lohnnebenkosten betrifft, sind diese auch etwas zu hoch. Das K3-Blatt ist vollständig und im Ergebnis ist der Mittellohn auskömmlich. Der Auftraggeber hat nur Ergebnisse verlangt, nicht auch die detaillierte Herleitung. Die Maßstäbe wurden eingehalten."

Zu Rz 15 und 16 führte der Sachverständige aus, dass die Kritik der Antragstellerin zu den angegebenen vier Positionen nicht nachvollziehbar sei. Bei der Fa. B*** gebe es keine groben Abweichungen gegenüber den Mitbieter, vielmehr sei bei der ersten Position die Antragstellerin "Ausreißer" nach unten, bei der dritten Position gebe es grobe Abweichungen, allerdings weise die Fa. B*** hier die "harmloseste" Abweichung auf, bei Position 4 gebe es keine signifikanten Preisunterschiede, bis auf einen Bieter, der nicht die Fa. B*** sei.

Vom Auftraggeber werden diesbezüglich Unterlagen vorgelegt, die zum Akt genommen werden (Beilage 2) und aufzeigen, dass die Antragstellerin im Ergebnis niedriger angeboten habe als die präsumtive Zuschlagsempfängerin.

Zu Rz 17 führte der Sachverständige aus, dass nicht falsch zugeordnet worden sei.

Die Antragstellerin brachte unter Verweis auf den Schriftsatz vom 17.7.2007 ergänzend vor, dass die Ausschreibungsunterlagen zu eklatant unterschiedlichen Preisen geführt haben, aus denen hervorgehe, dass die Bieter jeweils offensichtlich ein ganz unterschiedliches Verständnis von der Leistungsbeschreibung gehabt hätten, sodass ein Wurzelmangel der Ausschreibung vorliege und die Ausschreibung zwingend zu widerrufen sei.

Der Auftraggeber bestritt das Vorbringen und führte aus, dass die Bestimmungen der Ausschreibung bereits präkludiert seien und die Antragstellerin es unterlassen habe, die Ausschreibung zu bekämpfen. Die Preisunterschiede seien im üblichen Rahmen. Ein Wurzelmangel würde nur dann vorliegen, wenn die Bestbieterermittlung nicht möglich wäre. Dies treffe aber nicht zu. Hinsichtlich der "unklaren Leistungsinhalte" sei darauf hinzuweisen, dass die Z-Positionen ASFINAG-Standard und somit dem Bieterkreis seit längerem bekannt seien.

Die Antragstellerin führte weiter aus, dass die mitbeteiligte Partei auch deshalb auszuscheiden wäre, weil sie in ihrem Angebot Mehrfachnennungen in unzulässiger Weise vorgenommen habe. Dagegen wendete der Auftraggeber ein, dass im Zuge der Angebotsprüfung alle von der präsumtiven Bestbieterin angeführten Produkte geprüft worden seien und festgestellt worden sei, dass alle angeführten Produkte den Bestimmungen der Ausschreibung entsprechen. Es liege somit kein widersprüchliches Angebot vor. Die Antragstellerin führt aus, dass die Auftraggeberin an ihre eigenen Ausschreibungsbestimmungen gebunden sei und Mehrfachnennungen unzulässig seien, weil es unklar sei, wer sich aussuchen kann, welches Produkt angeboten oder auch welchem Produkt zugeschlagen werde, wodurch eine Verbesserung der Wettbewerbsstellung des Bieters nach Angebotseröffnung bewirkt werde.

Der Auftraggeber führte aus, dass der Zuschlag nicht einzelnen vom Bieter angebotenen Leistungen erteilt würde, sondern einer vom Auftragnehmer zu erbringenden Gesamtleistung.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat sich den Ausführungen des Auftraggebers angeschlossen.

Auf Grundlage des Akteninhaltes, der Schriftsätze der Antragstellerin und des Auftraggebers, der vorgelegten Originalunterlagen, der Sachverständigengutachten und insbesondere der Aussagen der Parteien und der Sachverständigen in den mündlichen Verhandlungen wurde folgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Im Oktober 2006 hat der Auftraggeber ASFINAG die Lieferung und Montage der Betriebs- und Sicherheitstechnischen Ausrüstung für den Bau des Ganzsteintunnels an der S 6 Semmering Schnellstraße im offenen Verfahren als Bauauftrag, CPV 31720000-9, 31527220-4, 45316213-1 und 45331210-1 im Oberschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip europaweit ausgeschrieben. Eine Aufteilung in Lose ist nicht vorgesehen. Die Absendung der Vergabebekanntmachung in Österreich (Lieferanzeiger) sowie im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften erfolgte am 13.10.2006. Als Schlusstermin für den Eingang der Angebote laut Ausschreibung ist der 5.12.2006, 10.00 Uhr, als Ende der Angebotsfrist laut 1. veröffentlichten Nachsendung ist der 12.12.2006, 10.00 Uhr festgelegt. Die Angebotsöffnung erfolgte am 12.12.2006. Der geschätzte Auftragswert beträgt laut Angaben des Auftraggebers Euro 6.389.974,14.-.

Gegenstand der Ausschreibung sind die Arbeiten für die Betriebs- und Sicherheitseinrichtungen im Rahmen des geplanten Vollausbaus des Ganzsteintunnels einschließlich der Instandhaltung. Dies umfasst im Wesentlichen folgende Leistungen:

- -Strichaufzählung
Ausrüstung des adaptierten Betriebsgebäudes
- -Strichaufzählung
Ausrüstung der Hochbehälter
- -Strichaufzählung
Ausrüstung der neu errichteten Südröhre
- -Strichaufzählung
Ausrüstung der neu adaptierten Nordröhre
- -Strichaufzählung
Verkehrstechnische Anbindung der Vorportalbereiche

In Punkt B.7. der Ausschreibungsunterlagen wird der Leistungsgegenstand wie folgt festgelegt:

" B.7 BESCHREIBUNG DER LEISTUNG §§ 95 FF BVERGG 2006' B.7 BESCHREIBUNG DER LEISTUNG Paragraphen 95, FF

BVERGG 2006

7.1 Aufgabenstellung mit Leistungsanforderung

7.1.1 Allgemeine Aufgabenstellung

Bezüglich der Kalkulations- und Abrechnungsbestimmungen gelten auch vollinhaltlich die, im Ausschreibungsteil B5 angeführten Bedingungen.

7.2 Leistungsverzeichnis (LV) § 97 BVerG 2006 7.2 Leistungsverzeichnis (LV) Paragraph 97, BVerG 2006

....

Der AG hat die zur Lieferung und Montage gelangenden Positionen wie folgt in getrennte Obergruppen gegliedert:

Obergruppe 01: Allgemeine - übergeordnete Leistungen

Obergruppe 02: Leistungen für die Sanierung der Nordröhre

Obergruppe 03: Leistungen für die neue Südröhre

Obergruppe 04: Instandhaltung

Für nicht sinnvoll teilbare Leistungen wurde folgende Zuordnung getroffen:

Baustellengemeinkosten	OG 01
Gebäudeinstallationen in BZ, BS und Hochbehälter	OG 01
SSV-Anlage	OG 01
Konstruktionen in BZ, BS und Hochbehälter	OG 01
Rohr- und Tragsysteme in BZ, BS und Hochbehälter	
Luftüberwachungseinrichtungen	OG 01
Fernsprechanlage	OG 01
Gebäudelüftung, Klimaanlage in BZ und BS	OG 01
Einrichtungen für die Löschwasserversorgung	OG 01
Einrichtungen für die Gewässerschutzanlage	OG 01
Regieleistungen	OG 01
Ersatzteile	OG 01
Demontagen	OG 02

Der AG geht davon aus, dass der Bieter Leistungen mit gleicher LG und Pos.Nr. und nur anderer OG Nummer mit denselben Einheitspreisen anbieten wird.

Allfällige vom Bieter von dieser Vorgabe abweichende

P

Preise sind zu begründen.

Geschlossenes LV

Das Leistungsverzeichnis besteht nur aus frei formulierten Z-Positionen."

In Punkt B.8. der Ausschreibungsunterlagen sind die "Erklärungen des Bieters" festgelegt:

"

B.8 ERKLÄRUNG DES BIETERS

8.3

8.3.1 Gesetzlich geforderte wesentliche Unterlagen,

die mit dem Angebot als dessen Bestandteil abzugeben sind (sofortige Ausscheidungssanktion):

Wir schließen hier folgende wesentliche Unterlagen zum ausschreibungsgemäßen Angebot als dessen Bestandteile (getrennt für Auftraggeber-Entwurf und, falls angeboten, für die Auftraggeber-Variante) bei, anderenfalls das Angebot ausgeschieden wird. Nachstehende Aufzählung ist keine taxative Aufzählung der Ausscheidungstatbestände.

8.3.1.3 Kalkulationsformblätter K 7 als sachgemäße und vollständige Preisaufgliederung bzw. Herleitung der jeweiligen einzelnen Position für alle wesentlichen Positionen (gebunden oder geheftet)

8.3.1.5 Kalkulationsformblätter K 3

8.3.2 Auf Anforderung nachzureichende Unterlagen

sind innerhalb 7 Kalendertagen ("nachträgliche" Ausscheidungssanktion"), soweit sie nicht bereits mit dem Angebot als dessen Bestandteil mit abgegeben wurden, nachzureichen:

8.3.2.9 Kalkulationsformblätter K 4

8.3.2.13 Kalkulationsformblätter K 7 für zusätzliche vom AG vorgegebene Positionen unter Beachtung von Punkt 8.5.2

8.3.2.15 Auszug aus den Kalkulationsformblättern

8.5.2 Anhang: Mindestangaben im Kalkulationsformblatt K7:

Anleitung zur Ausfüllung des Kalkulationsformblattes K7 "Preisermittlung"

Das Ausfüllen des K7-Blattes hat unter Berücksichtigung der Vorgaben der (Ö)NORM B 2061 zu erfolgen, insbesondere sind die Grundlagenwerte aus anderen K-Blättern (z.B. K3, K4) zu übernehmen. Sämtliche geforderten K7-Blätter haben zusätzlich zu den lt. ÖNORM B 2061 verlangten Angaben zumindest folgende Angaben bzw. folgenden Detaillierungsgrad auf Positionsebene auszuweisen:

Preisaufgliederung Lohn:

- -Strichaufzählung
Werkstattleistungen
- -Strichaufzählung
Einzellohnkosten auf der Baustelle (Montage, Anschlüsse etc.)
- -Strichaufzählung
Zusätzliche, direkt dieser Position zuordenbare

Aufwendungen des Bieters Preisaufgliederung Sonstiges:

- -Strichaufzählung
Materialkosten (Eigenleistung)
- -Strichaufzählung
allenfalls erforderliche Ergänzungsmaterialien
- -Strichaufzählung
Zusätzliche, dieser Position direkt zuordenbare Aufwendungen des Bieters

Leistungen von Fremdfirmen müssen in jedem Fall getrennt angegeben werden.

8.7 Schluss-Erklärung

Wir erklären nochmals, sämtliche in den Beilagen B.1 bis B.8 vom AG festgelegten Bedingungen ohne Einschränkung anzuerkennen und bestätigen, alle geforderten Unterlagen ausschreibungsgemäß hergestellt und in den Beilagen B.7 und B.8 beigelegt zu haben."

In Punkt B.8, Unterpunkt 8.5.6 (Anhang: Verzeichnis der Subunternehmer gem. §§ 83, 108 BVergG) ist folgendes festgelegt: In Punkt B.8, Unterpunkt 8.5.6 (Anhang: Verzeichnis der Subunternehmer gem. Paragraphen 83, 108, BVergG) ist folgendes festgelegt:

"

B.8 ERKLÄRUNG DES BIETERS

8.5.6 Anhang: Verzeichnis der Subunternehmer gem. §§ 83, 108 BVergG
8.5.6 Anhang: Verzeichnis der Subunternehmer
gem. Paragraphen 83, 108, BVergG

In der nachfolgenden Aufstellung sind die wesentlichen (d.h. über 5% der Angebotssumme) Subunternehmerleistungen und zugehörige Subunternehmer, im Sinne B1 und BVergG zu nennen. Dabei ist eine genaue Darstellung der Art der Subunternehmerleistung, der Subunternehmer und der prozentuelle Anteil dieser Leistungen am Gesamtauftrag anzugeben.

Darüber hinaus sind in der nachfolgenden Aufstellung auch sonstige (d.h. = 5% der Angebotssumme) Subunternehmerleistungen und zugehörige Subunternehmer, die für die Substitution der Eignung des Bieters erforderlich sind, im Sinne B1 und BVergG zu nennen. Dabei ist eine genaue Darstellung der Art der Subunternehmerleistung, der Subunternehmer und der prozentuelle Anteil dieser Leistungen am Gesamtauftrag anzugeben. Sonstige Subunternehmerleistungen und zugehörige Subunternehmer, welche nicht zur Eignungssubstitution erforderlich sind und jeweils einen Anteil unter 5% der Angebotssumme aufweisen, können in der nachstehenden Tabelle angeführt werden.

TABELLE 2 nicht anonymisierbar

Anmerkung: Lässt der Bieter dieses Verzeichnis der Subunternehmer gem. §§ 83 und 108 BVergG 2006 vollkommen unausgefüllt so deklariert er, dass er keine Subunternehmer gem. §§ 83 und 108 BVergG 2006 zum Einsatz bringt."Anmerkung: Lässt der Bieter dieses Verzeichnis der Subunternehmer gem. Paragraphen 83 und 108 BVergG 2006 vollkommen unausgefüllt so deklariert er, dass er keine Subunternehmer gem. Paragraphen 83 und 108 BVergG 2006 zum Einsatz bringt."

Neben 3 weiteren Bietern hat die Antragstellerin rechtzeitig ein Angebot mit einem Angebotspreis von Euro 5.974.308,55.- abgegeben. Nach Prüfung der abgegebenen Angebote, wonach das Angebot der Antragstellerin an 2. Stelle gereiht wurde, hat der Auftraggeber mit Schreiben vom 12.3.2007 sämtlichen Bietern die Zuschlagsentscheidung zugunsten der Fa. B*** mit einer Vergabesumme von Euro 4.928.308,76.- netto inklusive 6% Nachlass bekannt gegeben.

Mit Schriftsatz vom 26.3.2007 beantragte die Antragstellerin die Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens und die Erlassung einer einstweiligen Verfügung im Wesentlichen mit der Begründung, der Auftraggeber habe trotz Vorliegens von Anzeichen, die Zweifel an der Angemessenheit von Preisen begründen mussten und daher von einem nicht plausibel zusammengesetzten Gesamtpreis auszugehen war, rechtswidrig keine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt und es zudem unterlassen, die präsumtive Zuschlagsempfängerin entweder deshalb auszuschneiden, weil diese mangels Heranziehung von Subunternehmern den erforderlichen Nachweis der beruflichen Befugnis nicht erbracht habe oder " für den Fall des Bestehens von Subunternehmern" weil diese wesentliche Unterlagen zum Angebot nicht bestimmungsgemäß verwendet habe, sodass die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Fa. B*** zu Unrecht getroffen worden sei, vielmehr wäre bei Einhaltung der vergaberechtlichen Bestimmungen der Antragstellerin als Bestbieterin der Zuschlag zu erteilen. Die Verständigung des Auftraggebers ist erfolgt (OZ 2), die Antragstellerin hat Pauschalgebühren in der Höhe von Euro 10.000.- (OZ 4a) bezahlt.

Mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 30. 3.2007, OZ EV5, hat das Bundesvergabeamt dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben.

In der vor dem Bundesvergabeamt am 23.4.2007 durchgeführten mündlichen Verhandlung wurden Fragen betreffend die prozentuellen Anteile der zu erbringenden Leistungen in Hinblick auf die anzugebenden Subunternehmerleistungen sowie Fragen betreffend die betriebswirtschaftliche Erklärbarkeit und Nachvollziehbarkeit der von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotenen Preise aufgeworfen. Zur Beurteilung dieser Fragen wurde von Senat einhellig die Beiziehung eines Sachverständigen beschlossen.

Mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 2.5.2007, OZ 21, wurde DI H***, allgemein beeideter und gerichtlich zertifizierter Sachverständiger, nach einer am 23.4.2007 erfolgten Senatsberatung in Anwesenheit des Sachverständigen und seiner Zusage, über das zur Beantwortung der aufgeworfenen Fragen erforderliche Fachwissen zu verfügen, zum nichtamtlichen Sachverständigen gemäß § 52 Abs 2 AVG bestellt. Seitens der Parteien wurde kein Einwand gegen die Person des Sachverständigen erhoben. Mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 2.5.2007, OZ 21, wurde DI H***, allgemein beeideter und gerichtlich zertifizierter Sachverständiger, nach einer am 23.4.2007 erfolgten Senatsberatung in Anwesenheit des Sachverständigen und seiner Zusage, über das zur Beantwortung der aufgeworfenen Fragen erforderliche Fachwissen zu verfügen, zum nichtamtlichen Sachverständigen gemäß Paragraph 52, Absatz 2, AVG bestellt. Seitens der Parteien wurde kein Einwand gegen die Person des Sachverständigen erhoben.

Mit Schriftsatz vom 29.5.2007, OZ 30, erstattete der Sachverständige Befund und Gutachten mit dem grundsätzlichen Ergebnis, dass der prozentuelle Anteil sämtlicher Subunternehmerleistungen < 5% ist, lediglich bei den Leistungen aus dem Bereich Heizungs - und Lüftungstechnik wird dieser Wert mit 6,41 % überschritten. In der vor dem Bundesvergabeamt am 19.6.2007 durchgeführten mündlichen Verhandlung wurde den Parteien Gelegenheit gegeben, zum Sachverständigengutachten Stellung zu nehmen. Zur Frage der betriebswirtschaftlichen Erklärbarkeit und Nachvollziehbarkeit der Preiskalkulation beim Angebot der Fa. B*** konnte der Sachverständige nach eigenen Angaben keine schlüssigen und nachvollziehbaren Aussagen treffen. Zur Beurteilung dieser Frage wurde vom Senat einhellig die Beiziehung eines weiteren Sachverständigen beschlossen.

Mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 26.6.2007, OZ 47, wurde Dr. DI G*** allgemein beeideter und gerichtlich zertifizierter Sachverständiger aus dem Fachgebiet "Kalkulation, Vergabewesen, Verdingungswesen, Bauabwicklung, Bauabrechnung", zum nichtamtlichen Sachverständigen gemäß § 52 Abs 2 AVG bestellt. Seitens der Parteien wurde kein Einwand gegen die Person des Sachverständigen erhoben. Mit Schriftsatz vom 23.7.2007 erstattete der Sachverständige Dr. DI G*** Befund und Gutachten mit dem Ergebnis, dass die Kalkulation der Fa. B*** betreffend bestimmte Einheitspreise sowie die Kalkulation bei der anzubietenden Gesamtleistung unter Berücksichtigung der K-3 Blätter betriebswirtschaftlich erklärbar und nachvollziehbar ist. In der vor dem Bundesvergabeamt am 3.9. 2007 durchgeführten mündlichen Verhandlung wurde den Parteien Gelegenheit gegeben, zum Sachverständigengutachten Stellung zu nehmen. Mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 26.6.2007, OZ 47, wurde Dr. DI G*** allgemein beeideter und gerichtlich zertifizierter Sachverständiger aus dem Fachgebiet "Kalkulation, Vergabewesen, Verdingungswesen, Bauabwicklung, Bauabrechnung", zum nichtamtlichen Sachverständigen gemäß Paragraph 52, Absatz 2, AVG bestellt. Seitens der Parteien wurde kein Einwand gegen die Person des Sachverständigen erhoben. Mit Schriftsatz vom 23.7.2007 erstattete der Sachverständige Dr. DI G*** Befund und Gutachten mit dem Ergebnis, dass die Kalkulation der Fa. B*** betreffend bestimmte Einheitspreise sowie die Kalkulation bei der anzubietenden Gesamtleistung unter Berücksichtigung der K-3 Blätter betriebswirtschaftlich erklärbar und nachvollziehbar ist. In der vor dem Bundesvergabeamt am 3.9. 2007 durchgeführten mündlichen Verhandlung wurde den Parteien Gelegenheit gegeben, zum Sachverständigengutachten Stellung zu nehmen.

Der gegenständliche Nachprüfungsantrag entspricht den formalen Voraussetzungen des § 322 Abs. 1 BVergG 2006 und ist daher insoweit zulässig. An Pauschalgebühren wurden für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Euro 10.000,- Der gegenständliche Nachprüfungsantrag entspricht den formalen Voraussetzungen des Paragraph 322, Absatz eins, BVergG 2006 und ist daher insoweit zulässig. An Pauschalgebühren wurden für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Euro 10.000,-

entrichtet. Der präsumtive Zuschlagsempfänger hat gemäß § 324 Abs. 3 BVergG 2006 rechtzeitig begründete Einwendungen gegen die vom Antragsteller begehrten Entscheidungen erhoben, sodass ihm Parteistellung gemäß § 324 Abs. 3 BVergG 2006 zukommt. Das Bundesvergabeamt hat erwogen. Der präsumtive Zuschlagsempfänger hat gemäß Paragraph 324, Absatz 3, BVergG 2006 rechtzeitig begründete Einwendungen gegen die vom Antragsteller begehrten Entscheidungen erhoben, sodass ihm Parteistellung gemäß Paragraph 324, Absatz 3, BVergG 2006 zukommt. 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.

2. 2.Ziffer 2

Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes 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 geführt. Diese fungiert daher als vergebende Stelle iSd § 2 Z 41 BVergG 2006. Der gegenständliche Auftrag ist als Bauauftrag gemäß § 4 BVergG 2006 zu qualifizieren. Der geschätzte Auftragswert des verfahrensgegenständlichen Auftrags beträgt laut Angaben des Auftraggebers ca. Euro 6,389.974,14.-. Der einschlägige Schwellenwert ist damit als überschritten anzusehen und ist daher das gegenständliche Verfahren dem Oberschwellenbereich zuzuordnen. 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 geführt. Diese fungiert daher als vergebende Stelle iSd Paragraph 2, Ziffer 41, BVergG 2006. Der gegenständliche Auftrag ist als Bauauftrag gemäß Paragraph 4, BVergG 2006 zu qualifizieren. Der geschätzte Auftragswert des verfahrensgegenständlichen Auftrags beträgt laut Angaben des Auftraggebers ca. Euro 6,389.974,14.-. Der einschlägige Schwellenwert ist damit als überschritten anzusehen und ist daher das gegenständliche Verfahren dem Oberschwellenbereich zuzuordnen. Das gegenständliche Vergabeverfahren wurde weder widerrufen, noch wurde der Zuschlag erteilt.

1. 3.Ziffer 3

Inhaltliche Beurteilung des Antrages

Zu Spruchpunkt I Zu Spruchpunkt römisch eins

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 Nichtigerklärung 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 lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen. I.1. Subunternehmererklärungen 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 Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte. 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 lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen. römisch eins.1. Subunternehmererklärungen Die Antragstellerin behauptet im Wesentlichen, dass das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin auszuscheiden wäre, entweder weil diese mangels Heranziehung von Subunternehmern den erforderlichen Nachweis der beruflichen Befugnis nicht erbracht habe oder " für den Fall des Bestehens von Subunternehmern", weil diese wesentliche Unterlagen zum Angebot nicht bestimmungsgemäß verwendet habe.

Gemäß § 108 Abs 1.Z 2 BVergG muss jedes Angebot insbesondere die Bekanntgabe der Subunternehmer enthalten, deren Leistungsfähigkeit für den Nachweis der Leistungsfähigkeit des Bieters erforderlich ist, unter Beilage der erforderlichen Bescheinigungen und dem Nachweis, dass der Bieter über deren Kapazitäten bzw. bei der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Auftraggeber über die zur Durchführung des Gesamtauftrages erforderlichen Sicherheiten verfügt. Bekanntgabe aller Teile oder - sofern der Auftraggeber dies in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehen hat - nur der wesentlichen Teile des Auftrages, die der Bieter jedenfalls oder möglicherweise im Wege von Subaufträgen an Dritte zu vergeben beabsichtigt. Die in Frage kommenden Subunternehmer sind unter Nachweis ihrer Befugnis und beruflichen Zuverlässigkeit bekannt zu geben. Die Nennung mehrerer Subunternehmer je Leistungsteil ist zulässig. Gemäß Paragraph 108, Absatz eins Punkt Z, 2 BVergG muss jedes Angebot insbesondere die Bekanntgabe der Subunternehmer enthalten, deren Leistungsfähigkeit für den

Nachweis der Leistungsfähigkeit des Bieters erforderlich ist, unter Beilage der erforderlichen Bescheinigungen und dem Nachweis, dass der Bieter über deren Kapazitäten bzw. bei der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Auftraggeber über die zur Durchführung des Gesamtauftrages erforderlichen Sicherheiten verfügt. Bekanntgabe aller Teile oder - sofern der Auftraggeber dies in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehen hat - nur der wesentlichen Teile des Auftrages, die der Bieter jedenfalls oder möglicherweise im Wege von Subaufträgen an Dritte zu vergeben beabsichtigt. Die in Frage kommenden Subunternehmer sind unter Nachweis ihrer Befugnis und beruflichen Zuverlässigkeit bekannt zu geben. Die Nennung mehrerer Subunternehmer je Leistungsteil ist zulässig. Gemäß § 69 Z 1 BVergG muss unbeschadet der Regelung des § 20 Abs. 1 die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit beim offenen Verfahren spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen. Laut Punkt B.8.5.6 der Ausschreibungsbestimmungen sind in dem vom Auftraggeber angegebenen Formblatt die wesentlichen, d.h. über 5% der Angebotssumme, Subunternehmerleistungen anzugeben. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin verfügt über die Gewerbeberechtigung Elektrotechnik. Zum einen hat das Gutachten des Sachverständigen DI H*** und die Ausführungen in der mündlichen Verhandlung am 19.6.2007 ergeben, dass sämtliche von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zu erbringenden Subunternehmerleistungen <5% der Angebotssumme sind. Zum anderen hat die präsumtive Zuschlagsempfängerin in Teil B 8 der Angebotsunterlagen als Subunternehmer für die Lüftungsrohre und Kanäle die Fa. C*** und D***, für die Bauarbeiten die Fa. E*** sowie die Fa. F*** angeführt (Teil B 8 Seiten 23 und 23 a, Beilage 2 a und 2 b). Die präsumtive Bestbieterin hat somit alle Subunternehmer in ihrem Angebot bekannt gegeben. Gemäß Paragraph 69, Ziffer eins, BVergG muss unbeschadet der Regelung des Paragraph 20, Absatz eins, die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit beim offenen Verfahren spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen. Laut Punkt B.8.5.6 der Ausschreibungsbestimmungen sind in dem vom Auftraggeber angegebenen Formblatt die wesentlichen, d.h. über 5% der Angebotssumme, Subunternehmerleistungen anzugeben. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin verfügt über die Gewerbeberechtigung Elektrotechnik. Zum einen hat das Gutachten des Sachverständigen DI H*** und die Ausführungen in der mündlichen Verhandlung am 19.6.2007 ergeben, dass sämtliche von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zu erbringenden Subunternehmerleistungen <5% der Angebotssumme sind. Zum anderen hat die präsumtive Zuschlagsempfängerin in Teil B 8 der Angebotsunterlagen als Subunternehmer für die Lüftungsrohre und Kanäle die Fa. C*** und D***, für die Bauarbeiten die Fa. E*** sowie die Fa. F*** angeführt (Teil B 8 Seiten 23 und 23 a, Beilage 2 a und 2 b). Die präsumtive Bestbieterin hat somit alle Subunternehmer in ihrem Angebot bekannt gegeben.

Auch wenn daher die Fa. B*** es unterlassen hat, gemäß Verpflichtung auf Seite 17 des Teils B der Ausschreibungsbestimmungen, die Subunternehmerleistungen auf den entsprechenden Formblättern "bestimmungsgemäß" bekanntzugeben, hat sie die zum Nachweis der beruflichen Leistungsfähigkeit erforderlichen Subunternehmer wenn auch an anderer Stelle, so doch jedenfalls in einem Begleitschreiben vor Angebotsöffnung benannt. Daraus folgt, dass zwar ein mit einem behebbaren Mangel behaftetes, aber rechtsverbindliches Angebot gelegt worden ist. Für die Abgrenzung zwischen behebbarem und unbehebbar Mangel ist nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes darauf abzustellen, ob durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbieter (wenn auch nur mittelbar) materiell verbessert würde (vgl. VwGH vom 25.2.2004, 2003/04/0186). Nach diesem Grundsatz stellt es keinen Wettbewerbsvorteil gegenüber einem Bieter dar, der die Subunternehmer zwar nicht an der dafür vorgesehenen Stelle eingefügt hat, jedoch die zum Einsatz vorgesehenen Subunternehmer noch vor Angebotsöffnung an einer anderen Stelle angeführt hat. Subunternehmer müssen spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vom Bieter namentlich genannt werden sowie die von diesen zu besorgenden Leistungsteile feststehen (VwGH 29.2.2002, 2002/04/00m3). Die präsumtive Zuschlagsempfängerin ist dieser Verpflichtung nachgekommen und wurde ihr Angebot vom Auftraggeber aus diesem Grund zu Recht nicht ausgeschieden. Auch wenn daher die Fa. B*** es unterlassen hat, gemäß Verpflichtung auf Seite 17 des Teils B der Ausschreibungsbestimmungen, die Subunternehmerleistungen auf den entsprechenden Formblättern "bestimmungsgemäß" bekanntzugeben, hat sie die zum Nachweis der beruflichen Leistungsfähigkeit erforderlichen Subunternehmer wenn auch an anderer Stelle, so doch jedenfalls in einem Begleitschreiben vor Angebotsöffnung benannt. Daraus folgt, dass zwar ein mit einem behebbaren Mangel behaftetes, aber rechtsverbindliches Angebot gelegt worden ist. Für die Abgrenzung zwischen behebbarem und unbehebbar Mangel ist nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes darauf abzustellen, ob durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbieter (wenn auch nur mittelbar) materiell verbessert würde vergleiche VwGH vom 25.2.2004, 2003/04/0186). Nach diesem Grundsatz stellt es keinen Wettbewerbsvorteil gegenüber einem Bieter dar, der die

Subunternehmer zwar nicht an der dafür vorgesehenen Stelle eingefügt hat, jedoch die zum Einsatz vorgesehenen Subunternehmer noch vor Angebotsöffnung an einer anderen Stelle angeführt hat. Subunternehmer müssen spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vom Bieter namentlich genannt werden sowie die von diesen zu besorgenden Leistungsteile feststehen (VwGH 29.2.2002, 2002/04/00m3). Die präsuntive Zuschlagsempfängerin ist dieser Verpflichtung nachgekommen und wurde ihr Angebot vom Auftraggeber aus diesem Grund zu Recht nicht ausgeschieden.

Dem Einwand der Antragstellerin, Mehrfachnennungen pro Leistungsteil seien ausschreibungswidrig, ist entgegen zu halten, dass gemäß § 108 Abs.1 Z 2 BVergG die Nennung mehrerer Subunternehmer je Leistungsteil zulässig ist und der Zuschlag nicht auf einzelne Leistungsteile erfolgt, sondern auf die ausgeschriebene Gesamtleistung. Dem Einwand der Antragstellerin, Mehrfachnennungen pro Leistungsteil seien ausschreibungswidrig, ist entgegen zu halten, dass gemäß Paragraph 108, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG die Nennung mehrerer Subunternehmer je Leistungsteil zulässig ist und der Zuschlag nicht auf einzelne Leistungsteile erfolgt, sondern auf die ausgeschriebene Gesamtleistung.

1.2 Unklare Ausschreibungsbestimmungen römisch eins.2 Unklare Ausschreibungsbestimmungen

Die Entscheidung, welche Leistungen der Auftraggeber zur Erfüllung seiner öffentlichen Aufgaben braucht und welche Leistung oder Menge dafür nach den Grundsätzen der Zweckmäßigkeit und Sparsamkeit am besten geeignet ist, muss dem Auftraggeber überlassen bleiben. Er trägt die politische Verantwortung für die Erfüllung seiner Aufgaben und damit für das Funktionieren der zu diesem Zweck beschafften Leistungen gegenüber der Allgemeinheit (BVA vom 21.4.1998, N-13/98- 6), wobei als Grenze für die Systemwahl nur das Gebot der Neutralität der Ausschreibung (§ 74 Abs 1 und 3) maßgeblich ist. Gemäß § 123 Abs.1 BVergG 2006 hat die Prüfung der Angebote in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien zu erfolgen. Entsprechend den allgemeinen Bestimmungen des § 80 iVm § 19 Abs.1 BVergG 2006 müssen alle Bieter darauf vertrauen könne, dass sich der Auftraggeber an die von ihm festgelegten Ausschreibungsbestimmungen hält. Die Leistung ist unter Berücksichtigung der festgelegten Zuschlagskriterien zu vergeben. Die Entscheidung, welche Leistungen der Auftraggeber zur Erfüllung seiner öffentlichen Aufgaben braucht und welche Leistung oder Menge dafür nach den Grundsätzen der Zweckmäßigkeit und Sparsamkeit am besten geeignet ist, muss dem Auftraggeber überlassen bleiben. Er trägt die politische Verantwortung für die Erfüllung seiner Aufgaben und damit für das Funktionieren der zu diesem Zweck beschafften Leistungen gegenüber der Allgemeinheit (BVA vom 21.4.1998, N-13/98- 6), wobei als Grenze für die Systemwahl nur das Gebot der Neutralität der Ausschreibung (Paragraph 74, Absatz eins und 3) maßgeblich ist. Gemäß Paragraph 123, Absatz eins, BVergG 2006 hat die Prüfung der Angebote in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien zu erfolgen. Entsprechend den allgemeinen Bestimmungen des Paragraph 80, in Verbindung mit Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 müssen alle Bieter darauf vertrauen könne, dass sich der Auftraggeber an die von ihm festgelegten Ausschreibungsbestimmungen hält. Die Leistung ist unter Berücksichtigung der festgelegten Zuschlagskriterien zu vergeben.

Der Einwand der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung am 3.9.2007, die Ausschreibungsbestimmungen seien aufgrund der "eklatant unterschiedlichen Angebotspreise" unklar und unbestimmt, geht ins Leere. Zum einen erklärt der Bieter gemäß § 108 Abs.2 BVergG mit der Abgabe seines Angebotes, dass er die Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen kennt, dass er über die erforderlichen Befugnisse zur Ausführung des Auftrages verfügt, dass er die ausgeschriebene Leistung zu diesen Bestimmungen und den von ihm angegebenen Preisen erbringt, und dass er sich bis zum Ablauf der Zuschlagsfrist an sein Angebot bindet. Zum anderen hat die Antragsteller keine entsprechende Berichtigung der Ausschreibung gemäß 106 Abs. 6 BVergG 2006 beantragt. Ebenso geht der Vorwurf eines Wurzel mangels der den Auftraggeber zum Widerruf der Ausschreibung verpflichte, ins Leere: die Antragstellerin hat die Ausschreibungsbestimmungen nicht innerhalb der gesetzlich vorgesehenen Frist gemäß § 321 Abs. 2 leg. cit. bekämpft. Diese sind daher bestandsfest geworden (vgl. VwGH 15.9.2004, 2004/04/0054; Der Einwand der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung am 3.9.2007, die Ausschreibungsbestimmungen seien aufgrund der "eklatant unterschiedlichen Angebotspreise" unklar und unbestimmt, geht ins Leere. Zum einen erklärt der Bieter gemäß Paragraph 108, Absatz 2, BVergG mit der Abgabe seines Angebotes, dass er die Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen kennt, dass er über die erforderlichen Befugnisse zur Ausführung des Auftrages verfügt, dass er die ausgeschriebene Leistung zu diesen Bestimmungen und den von ihm angegebenen Preisen erbringt, und dass er sich bis zum Ablauf der Zuschlagsfrist an sein Angebot bindet. Zum anderen hat die Antragsteller keine entsprechende Berichtigung der Ausschreibung gemäß 106 Absatz 6, BVergG 2006 beantragt. Ebenso geht der Vorwurf eines Wurzel mangels der den Auftraggeber zum Widerruf der Ausschreibung verpflichte, ins Leere: die Antragstellerin

hat die Ausschreibungsbestimmungen nicht innerhalb der gesetzlich vorgesehenen Frist gemäß Paragraph 321, Absatz 2, leg. cit. bekämpft. Diese sind daher bestandsfest geworden vergleiche VwGH 15.9.2004, 2004/04/0054; 17.11.2004, 2002/04/0078; BVA 11.4.2006, N/0001-BVA/02/2006-71; 3.5.2006, N/0017-BVA/04/2006-25). Damit sind sowohl der Auftraggeber als auch die Bieter an die in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen gebunden. Die Bindung der für die Zuschlagserteilung in Frage kommenden Angebote an die Ausschreibung ist für die Gleichbehandlung der Bieter iSv § 19 Abs. 1 BVergG 2006 entscheidend [vgl. VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050, und die dort zitierte Rechtsprechung des EuGH vom 25.4.1996, Rs C-87/94, Wallonische Busse, wonach die Abweichung von in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen eine Verletzung wesentlicher Grundsätze des Vergabeverfahrens darstellt; ebenso BVA 17.3.2006, N/0007- BVA/05/2006-54; 8.2.2006, 15N-127/05-25]. 3.5.2006, N/0017-BVA/04/2006-25). Damit sind sowohl der Auftraggeber als auch die Bieter an die in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen gebunden. Die Bindung der für die Zuschlagserteilung in Frage kommenden Angebote an die Ausschreibung ist für die Gleichbehandlung der Bieter iSv Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 entscheidend [vgl. VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050, und die dort zitierte Rechtsprechung des EuGH vom 25.4.1996, Rs C-87/94, Wallonische Busse, wonach die Abweichung von in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen eine Verletzung wesentlicher Grundsätze des Vergabeverfahrens darstellt; ebenso BVA 17.3.2006, N/0007- BVA/05/2006-54; 8.2.2006, 15N-127/05-25].

Für einen durchschnittlich, fachkundigen Bieter bei Anwendung üblicher Sorgfalt [vgl. EuGH 4.12.2003, Rs C-448/01 (EVN-AG Wienstrom GmbH); VwGH 17.11.2004, 2002/04/0030; BVA 19.1.2006, 04N-134/05-17; 3.5.2006, N/0017-BVA/04/2006-25] war aufgrund der in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten, aufgrund von Bieteranfragen konkretisierten und mangels Anfechtung offensichtlich nicht unklaren Bestimmungen erkennbar, dass der gegenständliche Auftrag Arbeiten für die Betriebs- und Sicherheitseinrichtungen im Rahmen des geplanten Vollausbaus des Ganzsteintunnels einschließlich der Instandhaltung und im Leistungen betreffend die Ausrüstung des adaptierten Betriebsgebäudes, die Ausrüstung der Hochbehälter, die Ausrüstung der neu errichteten Südröhre, die Ausrüstung der neu adaptierten Nordröhre sowie die verkehrtechnische Anbindung der Vorportalbereiche umfasst. Dass Bieter zu unterschiedlichen Preisen anbieten, kann keinesfalls dem Auftraggeber angelastet werden. I.3. Angemessenheit der Preise - Sachverständigengutachten Befund und Gutachten des Sachverständigen DI Dr. G*** haben ergeben, dass die Berechnung des K3-Blattes nachvollziehbar und die Höhe der Mittelohnkosten plausibel ist. Auch wenn die Berechnung der Aufzahlung für Mehrarbeit zu hoch ist, neutralisieren sich die Zuordnungsprobleme der Reiseaufwandsentschädigungen auf Grund neuer KV-Regelungen. Der Sachverständige gelangte zu dem Schluss, dass die Lohnnebenkosten bei "Elektro" zwar geringer sein sollten als am "Bau", diese aus der Betriebsrechnung erklärbaren "Fehler" jedoch den schlanken Gesamtzuschlag aufwiegen. Die vom Auftraggeber als wesentlich gekennzeichneten Positionen beurteilte der Sachverständige als (teil)kostendeckend, da die variablen Kosten nachvollziehbar enthalten sind. Unter zusätzlicher Berücksichtigung der aufgeklärten und aus den vorliegenden Unterlagen nachvollziehbaren Kosten ist der Gesamtpreis betriebswirtschaftlich erklärbar und nach ÖNORM B 2061 als kostendeckend zu beurteilen. Ein Unterpreis nach ÖNORM B 2061 wäre weit unter den Vollkosten, Grenzgrößen sind die variablen Kosten, d.h. kein Deckungsbeitrag (für fixe Kosten + Gewinn). Aufgrund dieser Ausführungen gelangte der Sachverständige zu dem Ergebnis, dass die Kalkulation der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auch bei der Gesamtleistung unter Berücksichtigung der K3-Blätter betriebswirtschaftlich erklärbar und nachvollziehbar ist. Wie der Sachverständige auch in der mündlichen Verhandlung am 3.9.2007 basierend auf dem Gutachten dargelegt hat, ist der Gesamtzuschlag jedenfalls niedriger als der von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gewährte Nachlass. Der 6%ige Nachlass ist abgedeckt und der Nachlass geringer als der Gesamtzuschlag, was bedeutet, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin auch ohne Gewährung des Nachlasses von 6% jedenfalls an erste Stelle zu reihen wäre. Die K7-Blätter der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sind gut und ausführlich ausgeführt, alle Positionen sind nachvollziehbar und entsprechend den Ausführungen im Gutachten begründet. Die variablen Kostenbestandteile sind nachvollziehbar kalkuliert worden. Der Kollektivvertrag wurde weder bei Gewerbe noch bei Industrie unterschritten. Das K3-Blatt ist vollständig und im Ergebnis ist der Mittelohn auskömmlich. Der Auftraggeber hat nur Ergebnisse verlangt, nicht auch die detaillierte Herleitung. Die Maßstäbe wurden eingehalten. Für einen durchschnittlich, fachkundigen Bieter bei Anwendung üblicher Sorgfalt [vgl. EuGH 4.12.2003, Rs C-448/01 (EVN-AG Wienstrom GmbH); VwGH 17.11.2004, 2002/04/0030; BVA 19.1.2006, 04N-134/05-17; 3.5.2006, N/0017-BVA/04/2006-25] war aufgrund der in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten, aufgrund von Bieteranfragen konkretisierten und mangels Anfechtung offensichtlich nicht unklaren Bestimmungen erkennbar, dass der gegenständliche Auftrag Arbeiten für die Betriebs-

und Sicherheitseinrichtungen im Rahmen des geplanten Vollausbaus des Ganzsteintunnels einschließlich der Instandhaltung und im Leistungen betreffend die Ausrüstung des adaptierten Betriebsgebäudes, die Ausrüstung der Hochbehälter, die Ausrüstung der neu errichteten Südröhre, die Ausrüstung der neu adaptierten Nordröhre sowie die verkehrstechnische Anbindung der Vorportalbereiche umfasst. Dass Bieter zu unterschiedlichen Preisen anbieten, kann keinesfalls dem Auftraggeber angelastet werden. römisch eins.3. Angemessenheit der Preise -

Sachverständigengutachten Befund und Gutachten des Sachverständigen DI Dr. G*** haben ergeben, dass die Berechnung des K3-Blattes nachvollziehbar und die Höhe der Mittellohnkosten plausibel ist. Auch wenn die Berechnung der Aufzahlung für Mehrarbeit zu hoch ist, neutralisieren sich die Zuordnungsprobleme der Reiseaufwandsentschädigungen auf Grund neuer KV-Regelungen. Der Sachverständige gelangte zu dem Schluss, dass die Lohnnebenkosten bei "Elektro" zwar geringer sein sollten als am "Bau", diese aus der Betriebsrechnung erklärbaren "Fehler" jedoch den schlanken Gesamtzuschlag aufwiegen. Die vom Auftraggeber als wesentlich gekennzeichneten Positionen beurteilte der Sachverständige als (teil)kostendeckend, da die variablen Kosten nachvollziehbar enthalten sind. Unter zusätzlicher Berücksichtigung der aufgeklärten und aus den vorliegenden Unterlagen nachvollziehbaren Kosten ist der Gesamtpreis betriebswirtschaftlich erklärbar und nach ÖNORM B 2061 als kostendeckend zu beurteilen. Ein Unterpreis nach ÖNORM B 2061 wäre weit unter den Vollkosten, Grenzgrößen sind die variablen Kosten, d.h. kein Deckungsbeitrag (für fixe Kosten + Gewinn). Aufgrund dieser Ausführungen gelangte der Sachverständige zu dem Ergebnis, dass die Kalkulation der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auch bei der Gesamtleistung unter Berücksichtigung der K3-Blätter betriebswirtschaftlich erklärbar und nachvollziehbar ist. Wie der Sachverständige auch in der mündlichen Verhandlung am 3.9.2007 basierend auf dem Gutachten dargelegt hat, ist der Gesamtzuschlag jedenfalls niedriger als der von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gewährte Nachlass. Der 6%ige Nachlass ist abgedeckt und der Nachlass geringer als der Gesamtzuschlag, was bedeutet, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin auch ohne Gewährung des Nachlasses von 6% jedenfalls an erste Stelle zu reihen wäre. Die K7-Blätter der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sind gut und ausführlich ausgeführt, alle Positionen sind nachvollziehbar und entsprechend den Ausführungen im Gutachten begründet. Die variablen Kostenbestandteile sind nachvollziehbar kalkuliert worden. Der Kollektivvertrag wurde weder bei Gewerbe noch bei Industrie unterschritten. Das K3-Blatt ist vollständig und im Ergebnis ist der Mittellohn auskömmlich. Der Auftraggeber hat nur Ergebnisse verlangt, nicht auch die detaillierte Herleitung. Die Maßstäbe wurden eingehalten.

Dem Einwand der Antragstellerin, das Gutachten sei nur eingeschränkt nachvollziehbar, ist entgegenzuhalten, dass der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes folgend durch das Aufstellen von Behauptungen allein oder durch das bloße Bestreiten ein Sachverständigengutachten nicht entkräftet werden kann (vgl. VwGH vom 20.2.1992, Zl. 91/09/0154). Hat eine Partei grundlegende Bedenken gegen ein Gutachten, dann ist es an ihr gelegen, diesem auf gleichem fachlichem Niveau entgegenzutreten oder unter Anbietung von tauglichen Beweismittel darzutun, dass die Aussagen des Sachverständigen nicht nachvollziehbar sind (vgl. VwGH vom 26.9.1990, Zl. 90/10/0057). Dem Einwand der Antragstellerin, das Gutachten sei nur eingeschränkt nachvollziehbar, ist entgegenzuhalten, dass der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes folgend durch das Aufstellen von Behauptungen allein oder durch das bloße Bestreiten ein Sachverständigengutachten nicht entkräftet werden kann vergleiche VwGH vom 20.2.1992, Zl. 91/09/0154). Hat eine Partei grundlegende Bedenken gegen ein Gutachten, dann ist es an ihr gelegen, diesem auf gleichem fachlichem Niveau entgegenzutreten oder unter Anbietung von tauglichen Beweismittel darzutun, dass die Aussagen des Sachverständigen nicht nachvollziehbar sind vergleiche VwGH vom 26.9.1990, Zl. 90/10/0057).

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

Zu Spruchpunkt II:

Gemäß § 319 Abs. 1 BVergG 2006 hat der vor dem Bundesvergabebeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 BVergG 2006 entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Gemäß § 319 Abs. 2 BVergG 2006 besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur dann, wenn 1. dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und 2. dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur wegen einer Interessensabwägung abgewiesen wurde. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, BVergG 2006 hat der vor dem Bundesvergabebeamt 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. Gemäß Paragraph 319, Absatz 2, BVergG 2006 besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur dann, wenn 1. dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und 2. dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur wegen einer Interessensabwägung abgewiesen wurde.

Da - wie sich aus Spruchpunkt I ergibt - der Nachprüfungsantrag vom 26.3. 2007 abgewiesen wurde und den Nachprüfungsantrag betreffend somit auch kein "teilweises Obsiegen" des Antragstellers iSv § 319 Abs. 1 BVergG 2006 vorliegt, ist der diesbezügliche Antrag, soweit er sich auf den Ersatz der Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs. 1 BVergG 2006 bezieht, abzuweisen. Ebenso ist der Antrag des Antragstellers, soweit er sich auf Ersatz der Pauschalgebühr für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bezieht, gemäß § 319 Abs. 2 BVergG 2006 abzuweisen. Zwar wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit Bescheid vom 30.3.2007, N/0026-BVA/03/2007- EV5, stattgeben, der Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs. 1 BVergG 2006 wurde aber abgewiesen. Da - wie sich aus Spruchpunkt römisch eins ergibt - der Nachprüfungsantrag vom 26.3. 2007 abgewiesen wurde und den Nachprüfungsantrag betreffend somit auch kein "teilweises Obsiegen" des Antragstellers iSv Paragraph 319, Absatz eins, BVergG 2006 vorliegt, ist der diesbezügliche Antrag, soweit er sich auf den Ersatz der Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006 bezieht, abzuweisen. Ebenso ist der Antrag des Antragstellers, soweit er sich auf Ersatz der Pauschalgebühr für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bezieht, gemäß Paragraph 319, Absatz 2, BVergG 2006 abzuweisen. Zwar wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit Bescheid vom 30.3.2007, N/0026-BVA/03/2007- EV5, stattgeben, der Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006 wurde aber abgewiesen. Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Schlagworte

Zuschlagsentscheidung; Unklare Ausschreibungsbestimmungen; Subunternehmererklärung; Behebbarer Mangel; Angemessenheit der Preise; Sachverständiger; Gutachten; Abweisung des Nachprüfungsantrags;

Dokumentnummer

VERGT_20070907_N_0026_BVA_03_2007_60_00

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at