

TE Verg Bescheid 2007/7/9 N/0055-BVA/08/2007-86

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 09.07.2007

Norm

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §129 Abs1 Z7

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

Text

Bescheid

Das Bundesvergabeamt hat am 5.7.2007 gemäß § 303 Abs 1 BVergG 2006 durch den Senat 8 (Mag Reinhard Grasböck als Senatsvorsitzender, Dr Walter Fuchs als Beisitzer aus dem Kreis der Auftraggeber, Mag Alexander Piekniczek als Beisitzer aus dem Kreis der Auftragnehmer) betreffend die (öffentliche) Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen - Finanzierungs - Aktiengesellschaft (ASFINAG) und deren nicht offenes Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich mit der Bezeichnung "S36 Murtal Schnellstraße St. Georgen - Scheifling (Teilabschnitt 2) Technische Straßenplanung in der Planungsphase Bauprojekt", über die am 30.5.2007 protokollierten Anträge auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 16.5.2007 und auf Pauschalgebührenersatz gemäß § 319 BVergG 2006, gestellt durch die durch X*** Rechtsanwälte GmbH vertretene Antragstellerin A*** Ziviltechnikergesellschaft m.b.H. wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat am 5.7.2007 gemäß Paragraph 303, Absatz eins, BVergG 2006 durch den Senat 8 (Mag Reinhard Grasböck als Senatsvorsitzender, Dr Walter Fuchs als Beisitzer aus dem Kreis der Auftraggeber, Mag Alexander Piekniczek als Beisitzer aus dem Kreis der Auftragnehmer) betreffend die (öffentliche) Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen - Finanzierungs - Aktiengesellschaft (ASFINAG) und deren nicht offenes Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich mit der Bezeichnung "S36 Murtal Schnellstraße St. Georgen - Scheifling (Teilabschnitt 2) Technische Straßenplanung in der Planungsphase Bauprojekt", über die am 30.5.2007 protokollierten Anträge auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 16.5.2007 und auf Pauschalgebührenersatz gemäß Paragraph 319, BVergG 2006, gestellt durch die durch X*** Rechtsanwälte GmbH vertretene Antragstellerin A*** Ziviltechnikergesellschaft m.b.H. wie folgt entschieden:

Spruch

Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 16.5.2007 zu Gunsten der Bietergemeinschaft W*** ZiviltechnikergmbH/ R*** wird zurückgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 129 Abs 1 Z 7 iVm 320 Abs 1 BGBl I 2006/17
Rechtsgrundlage: Paragraphen 129, Absatz eins, Ziffer 7, in Verbindung mit 320 Absatz eins, BGBl römisch eins 2006/17

Der Antrag auf Verpflichtung der ASFINAG zum Ersatz der für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichteten Pauschalgebühr im Betrage von insgesamt EUR 3.200,-- an die Antragstellerin wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 319 BVergG 2006 BGBl I 2006/17
Rechtsgrundlage: Paragraph 319, BVergG 2006 BGBl römisch eins 2006/17

Begründung

Sachverhalt und wesentlicher Verfahrensgang:

Die ASFINAG leitete durch ihre vergebende Stelle ASFINAG Bau Management GmbH im Dezember 2006 ein nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich durch eine gemeinschaftsweite und auch eine nationale Vergabebekanntmachung ein, in dem ein Dienstleistungsauftrag zur technischen Straßenplanung in der Planungsphase Bauprojekt vergeben werden soll. Das Vergabeverfahren wird dabei bezeichnet als "S36 Murtal Schnellstraße St. Georgen - Scheifling (Teilabschnitt 2) Technische Straßenplanung in der Planungsphase Bauprojekt".

Der Vergabe erfolgt nach dem Bestbieterprinzip.

Die weiter unten interessierenden Teile der Ausschreibungsunterlagen für die 2. Stufe des gegenständlichen nicht offenen Vergabeverfahrens bestehen aus einem Teil A und dem Leistungsverzeichnis Teil B.

Der Teil A gliedert sich ausweislich eines Übersichtsblatts in diesen Unterlagen wie folgt:

Angebotsunterlagen zum Nicht offenen Verfahren

mit vorheriger Bekanntmachung

Inhalt Angebotsunterlagen:

Teil A - 1: Ausschreibungsgrundlagen

Teil A - 2: Projekt- und Aufgabenbeschreibung

Teil A - 3: Rechtliche Vertragsbestimmungen

Teil A - 4: Erklärung des Bieters

Teil B: Leistungsverzeichnis

Adresskleber

Die im Nachprüfungsverfahren zentral gewordenen Bietererklärung A - 4 lautet in den hier interessierenden Teilen, wobei die als spruchtragend heranzuziehende Passage durch das Bundesvergabeamt vergrößert und fett abgebildet wird:

A - 4 Erklärung des Bieters

4.1 Allgemeine Erklärung

Mit der Unterzeichnung des Vertrages bestätigt der Auftragnehmer, dass er die Vertragsunterlagen eingesehen hat und mit den darin enthaltenen Bestimmungen vollinhaltlich einverstanden ist. Er bestätigt ferner, dass er über alle Mittel zur Ausführung der Leistung verfügt, und dass er alle Maßnahmen treffen wird, um die Mittel, zu deren Bereitstellung er verpflichtet ist, rechtzeitig zu beschaffen.

Die Unternehmung (bzw. federführendes Unternehmen bei Bietergemeinschaften)

Name/Rechtsform Adresse

erklärt sich bereit, die ausgeschriebenen Arbeiten im Zuge des Vorhabens aufgrund des von ihr unterfertigten Angebotes zu übernehmen. Die Unternehmung erklärt ferner, dass sie in der Aufgabenbeschreibung enthaltene Vorbemerkungen und Hinweise zur Kenntnis genommen hat und diese als maßgebend für das Vertragsverhältnis

anerkennt. Die Unternehmung hat sich daher über alle honorarbildenden Faktoren so unterrichtet, dass sie in der Lage ist, einen in jeder Hinsicht einwandfreien und bindenden Vertrag zu unterzeichnen.

Die Unternehmung erklärt, dass sie mit der widerspruchsfreien Unterzeichnung des Vertrages die Angebotsunterlagen als ausreichend und klar für das Erstellen des Angebotes bzw. Vergabeverfahren befunden hat und in der Lage ist, die vorgeschriebenen Leistungsfristen einzuhalten.

Die Unternehmung erklärt außerdem,

dass sie sich beim Erstellen des Angebotes an die Bestimmungen des "Vergabegesetzes" (BVerG) gehalten haben und nimmt zur Kenntnis, dass bei Vorliegen der Voraussetzungen im Sinne des §129 BVerG 2006 das Angebot ausgeschlossen wird;

[...]

Zur Bewertung der vorstehend hervorgehobenen Passage aus der Bietererklärung ist weiters noch auf folgende Passagen der Angebotsunterlagen hinzuweisen:

Punkt 1,203 des Teils A 1 lautet:

1,203 Begleitschreiben zum Angebot

Zusätze, Ergänzungen und Interpretationen zum Angebot können nur im Begleitschreiben zum Angebot rechtswirksam formuliert werden. Es wird jedoch darauf hingewiesen, dass Einschränkungen der Ausschreibungsbedingungen oder der vertraglichen Leistungen dazu führen, dass das Angebot gemäß § 129 ausgeschlossen werden muss. Zusätze, Ergänzungen und Interpretationen zum Angebot können nur im Begleitschreiben zum Angebot rechtswirksam formuliert werden. Es wird jedoch darauf hingewiesen, dass Einschränkungen der Ausschreibungsbedingungen oder der vertraglichen Leistungen dazu führen, dass das Angebot gemäß Paragraph 129, ausgeschlossen werden muss.

Im Teil B der Angebotsunterlagen, dem Leistungsverzeichnis, formuliert die Auftraggeberin auf der Seite 4 von 49 wie folgt:

B Leistungsverzeichnis

Sämtliche Leistungen die zur Erreichung des Projektziels erforderlich sind, sind vom Bieter zu erfassen und zu kalkulieren. Der Bieter ist verpflichtet für den Fall wesentlicher Abweichungen zwischen Projektziel und Aufgabenbeschreibung, diese Mängel im Zuge des nicht offenen Verfahrens beim Auftraggeber schriftlich zu rügen. Unterlässt er diese Rüge ist davon auszugehen, dass der Bieter die Erreichung des Leistungszieles umfassend kalkuliert hat, in diesem Fall sind Nachforderungen ausgeschlossen.

1. 1.Ziffer eins

Straßenplanung - Honorarermittlung

Das Leistungsbild des Bauprojekts umfasst die Erstellung eines Technischen Straßenprojekts gemäß der Dienstanweisung zur Erarbeitung und Vorlage von Bundesstrassenprojekten (Projektierungsdienstanweisung) des BMVIT, GZ. 300040/11-ST-ALG/02 und der Sammlung der Straßenbauverträge der Bundesingenieurkammer. Die Honorarermittlung für den Wasserbau erfolgt ebenfalls auf Basis der Sammlung der Straßenbauverträge entsprechend den Vorgaben dieses Leistungsverzeichnisses.

Die Honorarermittlung für Besprechungen und sonstige Projektierungsarbeiten erfolgt auf Basis des allgemeinen Teils der Honorarordnung.

Abweichungen von diesen vorgegebenen Ermittlungsgrundlagen sind grundsätzlich zulässig; der Bieter hat jedoch in diesem Fällen, mit dem Angebot, für die Vergleichbarkeit seiner Honorarangebote zu sorgen und auf seine Risiko eine vergleichbare Honorarermittlungsgrundlage zu nennen. Das Risiko einer allfälligen Ausscheidung mangels Vergleichbarkeit trifft den Bieter.

Die Projekte für die Kunstbauten, wie Unterflurtrassen, Brücken oder Stützmauern u. dgl. werden vom AG getrennt ausgeschrieben. Die Entwürfe der Kunstbauten sind vom Straßenplaner in die Pläne einzuarbeiten.

Für alle ausgeschriebenen Pauschalpositionen ist eine prüfbare Aufgliederung der Kalkulation (z.B. Detailkalkulation) dem Angebot beizulegen.

Im Bauprojekt sind sämtliche Anforderungen, die sich aus den Behörden- und UVP- Verfahren ergeben haben

einzuarbeiten (baureife Aufbereitung in den betreffenden Plänen und Textwerken). Die Unterlagen für die materienrechtlichen Verfahren sind in Abstimmung mit dem AG und zuständigen Behörden, nach den gesetzlichen Mindestanforderungen unter den Gesichtspunkten der Wirtschaftlichkeit zu erstellen.

Die Abrechnung der einzelnen Positionen erfolgt nach dem tatsächlich geleisteten Ausmaß unter Berücksichtigung der Ausschreibung und der Kalkulation und dem tatsächlichen Aufwand unter Zugrundelegung der vom Bieter angebotenen Klassen, Faktoren und Nachlässen.

[...]

Die Angebotsfrist in der 2. Stufe des gegenständlichen Vergabeverfahrens endete am 12.4.2007 um 11.00 Uhr. Herr DI F*** X*** Stau*** betreute gemeinsam mit dem Projektleiter für die S 36 Murtalschnellstraße bei der ASFINAG, Herrn DI Th*** G***, insbesondere auch die 2. Stufe des hier strittigen Vergabeverfahrens.

Herr DI G*** war bereits in den Teilnahmeantragsunterlagen der 1. Stufe und auch in den Angebotsunterlagen als Ansprechpartner für Bieter bzw. Bietinteressenten angegeben - Seite 3 von 6 des Teils 1 der Bewerbungsunterlagen; bzw. Seite 8 von 21 des Teils A 1 der Angebotsunterlagen.

Die Antragstellerin, die im Vergabeverfahren insbesondere durch ihren allein vertretungsbefugten Prokuristen C*** Stö*** gegenüber der Auftraggeberin vertreten wurde, kontaktierte vor dem Schlusstermin für die Angebotsabgabe die Auftraggeberin, um eine Berichtigung des Adressaufklebers zu veranlassen.

Herr Stö*** nahm vor Angebotsabgabe Einsicht in die Unterlagen des Einreichprojekts, auf dem die gegenständlich ausgeschriebene Planungsphase Bauprojekt aufbaut.

Dazu ist zum weiteren Verständnis festzuhalten, dass bei Straßenplanungen wie der vergabegenständlichen die Planungsarbeiten von der Auftraggeberin grundsätzlich entsprechend der "Dienstanweisung zur Erarbeitung und Vorlage von Bundesstraßenprojekten ("Projektierungsdienstanweisung"), herausgegeben vom Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technologie, vorgegangen wird.

Diese Dienstanweisung ist gegenständlich zB auf der Seite 4 von 49 des Leistungsverzeichnisses, bzw. auf der Seite 7 von 20 des Teils A - 2 der Angebotsunterlagen als Leistungsanforderung an die ausgeschriebenen Planungsleistungen zitiert und daher als den Bietern bekannt vorauszusetzen.

Die Auftraggeberin legte ein Exemplar dieser Dienstanweisung mit der Eingabe, lfd. Nr. 21, vor.

Das Einreichprojekt (=EP) inklusive Umweltverträglichkeitsprüfung dient nach dieser Projektierungsdienstanweisung als Grundlage für weitere Behördenverfahren, wobei sich hier - ohne Abbildung in der genannten Dienstanweisung aus dem Jahr 2002 - die Rechtslage für Bundesstraßen gemäß dem Bundesstraßengesetz 1971 dahin geändert hat, dass (nur) bis Ende 2004 gemäß dem Gesetzestext die Umweltverträglichkeitsprüfung zu einer Trassenfestlegungsverordnung gemäß § 4 BStG (idF. vor BGBl. I 2004/154) führte. Das Einreichprojekt (=EP) inklusive Umweltverträglichkeitsprüfung dient nach dieser Projektierungsdienstanweisung als Grundlage für weitere Behördenverfahren, wobei sich hier - ohne Abbildung in der genannten Dienstanweisung aus dem Jahr 2002 - die Rechtslage für Bundesstraßen gemäß dem Bundesstraßengesetz 1971 dahin geändert hat, dass (nur) bis Ende 2004 gemäß dem Gesetzestext die Umweltverträglichkeitsprüfung zu einer Trassenfestlegungsverordnung gemäß Paragraph 4, BStG in der Fassung vor BGBl. römisch eins 2004/154) führte.

Nunmehr ergeht nach der Umweltverträglichkeitsprüfung gemäß UVP - G idF. ab BGBl. I 2004/153 ein Trassenfestlegungsbescheid gemäß § 4 BStG idF. ab BGBl. I 2004/154, sofern nicht insbesondere auf Basis der gesetzlichen Übergangsbestimmungen in den Gesetzesnovellen BGBl. I 2004/153 und 154 noch weiter die Rechtsform der Verordnung für Trassenfestlegungen heranzuziehen war. Nunmehr ergeht nach der Umweltverträglichkeitsprüfung gemäß UVP - G in der Fassung ab BGBl. römisch eins 2004/153 ein Trassenfestlegungsbescheid gemäß Paragraph 4, BStG in der Fassung ab BGBl. römisch eins 2004/154, sofern nicht insbesondere auf Basis der gesetzlichen Übergangsbestimmungen in den Gesetzesnovellen BGBl. römisch eins 2004/153 und 154 noch weiter die Rechtsform der Verordnung für Trassenfestlegungen heranzuziehen war.

Aufbauend auf der Phase EP findet danach die Planungsphase "Bauprojekt (= BP)" statt, die im gegenständlichen Vergabeverfahren streitgegenständlich ist. In dieser Phase finden die Ausschreibungsplanung für den Straßenbau und die Ausführungsplanung statt.

Die Auftraggeberin baute das System der Zuschlagskriterien in diesem Vergabeverfahren abseits des Preises (neben

den Qualifikationen) insbesondere auch auf den Referenzen der Mitarbeiter auf, die im Auftragsfalle tätig werden sollten, und die zuvor bereits als Projektleiter, als Projektleiter - Stellvertreter oder als Teammitglied in den Planungsphasen EP oder aber BP in näher spezifizierter Weise tätig gewesen sind.

Vor dem Hintergrund, dass die Planungsphase BP auf der Planungsphase EP aufbaut, wird deutlich, dass die Dokumentationen, Unterlagen und Daten des Einreichprojekts mitunter für den Ablauf der Phase BP sehr zentral sind.

Die zur zweiten Stufe des nicht offenen Verfahrens - neben anderen Unternehmern (bzw Bietergemeinschaften) zugelassene Antragstellerin (= Nachprüfungswerberin) legte ein Angebot, in dem sie einen Preis in Höhe von EUR 258.520,20-- anbot. Eine Bietergemeinschaft, bestehend aus der W*** Ziviltechnikergesellschaft m.b.H. , einerseits und aus der R*** andererseits, wurde durch die Auftraggeberin am 16.5.2007 in der in diesem Verfahren angefochtenen Zuschlagsentscheidung für den Zuschlag in Aussicht genommen; und bot diese (im Folgenden kurz nur derart bezeichnete) Bietergemeinschaft zu einem Preis von EUR 298.517,52-- an. Das Angebot der Antragstellerin erscheint so um rund EUR 40.000,-- billiger.

Die Bietergemeinschaft wurde von der Auftraggeberin in der in diesem Verfahren angefochtenen Zuschlagsentscheidung als Bietergemeinschaft W*** ZiviltechnikergmbH/ R*** bezeichnet. Diesbezüglich bestand aber bei den Streitteilen und beim Bundesvergabeamt keine Schwierigkeit der Identifikation hinsichtlich der gemeinten Gesellschafter der Bietergemeinschaft.

Die Auftraggeberin schied das Angebot der Antragstellerin im Vergabeverfahren nicht aus. Sie bewertete jedoch das Angebot der genannten Bietergemeinschaft insgesamt - unter Berücksichtigung der Qualitätskriterien - besser als das der Antragstellerin. Die Bietergemeinschaft erreichte so laut Zuschlagsentscheidung 94,4804% aller möglichen Bewertungspunkte, während die Antragstellerin 93,35% der höchstmöglichen Bewertungspunkte erhielt - Zuschlagsentscheidung zB als Bgl ./2 zum Nachprüfungsantrag, lfd Nr 1 des Verwaltungsakts.

Die Antragstellerin richtet sich mit ihrem nunmehrigen Nachprüfungsantrag gegen diese Zuschlagsentscheidung vom 16.5.2007 zu Gunsten der genannten Bietergemeinschaft und kritisiert die durch die Auftraggeberin durchgeführte Angebotsbewertung. Die Antragstellerin vertritt insbesondere die Auffassung, dass sie bei (ihres Erachtens) richtiger Angebotsbewertung als Bestbieterin für den Zuschlag auszuwählen gewesen wäre. Überdies wird - auch im Lichte einer nach dem 16.5.2007 versandten, ergänzenden Begründung der Zuschlagsentscheidung - eine intransparente Begründung der Zuschlagsentscheidung gemäß § 131 Abs 1 BVergG 2006 geltend gemacht. Die Antragstellerin richtet sich mit ihrem nunmehrigen Nachprüfungsantrag gegen diese Zuschlagsentscheidung vom 16.5.2007 zu Gunsten der genannten Bietergemeinschaft und kritisiert die durch die Auftraggeberin durchgeführte Angebotsbewertung. Die Antragstellerin vertritt insbesondere die Auffassung, dass sie bei (ihres Erachtens) richtiger Angebotsbewertung als Bestbieterin für den Zuschlag auszuwählen gewesen wäre. Überdies wird - auch im Lichte einer nach dem 16.5.2007 versandten, ergänzenden Begründung der Zuschlagsentscheidung - eine intransparente Begründung der Zuschlagsentscheidung gemäß Paragraph 131, Absatz eins, BVergG 2006 geltend gemacht.

Hinsichtlich des Bescheidspruchs ist nunmehr weiters festzuhalten, dass die Antragstellerin am 12.4.2007 ausweislich des Inhalts des Kuverts samt Adressaufkleber mit einem Eingangsstempel der vergebenden Stelle ASFINAG Bau Management GmbH ein Angebot überreichte, das neben 2 gelben Schnellheftermappen (mit den Angebotsunterlagen und Beilagen) auch ein auf dem Briefpapier der Antragstellerin verfasstes Begleitschreiben enthält. Das Begleitschreiben ist der vergebenden Stelle mit den anderen Angebotsteilen gemäß Einlaufstempel am Kuvert am 12.4.2007 vor Ende der Angebotsfrist zugegangen.

Dieses Begleitschreiben ist dem Bundesvergabeamt nach Vorlage des Vergabeakts durch die Antragstellerin bei Durchsicht der Vergabeunterlagen zur Überprüfung der Antragslegitimation gemäß § 320 Abs 1 BVergG 2006 zur Kenntnis gelangt und lautet insbesondere wie folgt: Dieses Begleitschreiben ist dem Bundesvergabeamt nach Vorlage des Vergabeakts durch die Antragstellerin bei Durchsicht der Vergabeunterlagen zur Überprüfung der Antragslegitimation gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006 zur Kenntnis gelangt und lautet insbesondere wie folgt:

ASFINAG Bau Management GmbH

....

Wien, am 12.4.2007

S 36 Murtalschnellstraße

St. Georgen - Scheifling (Teilabschnitt 2)

Technische Straßenplanung in der Planungsphase BP Begleitschreiben

Sehr geehrte Damen und Herren!

Anbei übermitteln wir Ihnen unser Anbot zur im Betreff angeführten Ausschreibung.

Das Honorarangebot wurde unter der Voraussetzung erstellt, dass sämtliche Unterlagen und digitalen Daten des Einreichprojektes seitens der ASFINAG zur Verfügung gestellt werden.

Mit freundlichen Grüßen

[danach handschriftliche Fertigung

durch

Herrn Prokuristen C*** Stö***.]

ppa. C. Stö***

Ausweislich des Protokolls über die Angebotseröffnung und entsprechend den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung am 2.7.2007 hat Herr DI Stau*** das Begleitschreiben der Antragstellerin am 12.4.2007 bei der Angebotseröffnung verlesen und das Begleitschreiben in einem Feld "Vorbehalte und Erklärungen" des Angebotseröffnungsprotokolls wie folgt vermerkt:

"Honorarangebot wurde unter d. Voraussetzung erstellt, d. sämtl. Unterlagen und digitalen Daten des EP seitens d. ASFINAG zur Verfügung gestellt werden."

Für die Antragstellerin war eine Frau E*** L*** bei der Angebotsöffnung anwesend. Sie bestätigte durch ihre Unterschrift am Ende des Protokolls die Verlesung des Begleitschreibens.

Die Antragstellerin bestritt mit ihrer Eingabe, lfd Nr 39 des Verwaltungsakts, die Verlesung des Begleitschreibens und brachte zur Frage der Bedeutung des Begleitschreibens vor, dass mit Unterlagen und digitalen Daten des Einreichprojekts im Begleitschreiben die straßenbaulichen Unterlagen in digitaler Form gemeint gewesen wären. Die Antragstellerin hätte dies am 19.4.2007 in einem Begleitschreiben gegenüber der Auftraggeberin klargestellt und wäre dies von der Auftraggeberin akzeptiert worden.

Die Auftraggeberin hätte mit Schreiben vom 16.4.2007 bestätigt, dass diese Unterlagen zur Verfügung gestellt würden. Im Übrigen sollte mit dem Begleitschreiben (nach dem weiteren Vorbringen im gerade bezogenen Schriftsatz) bloß die Preisgestaltung der Antragstellerin begründet werden, um allfälligen diesbezüglichen Bedenken der Auftraggeberin zuvor zu kommen.

Weiters bringt die Antragstellerin in diesem Schriftsatz vor, dass im Begleitschreiben die Vergangenheitsform ".... wurde unter der Voraussetzung erstellt ..." gebraucht wurde, so dass keine allenfalls bedenkliche Willenserklärung, sondern eine bloße Wissenserklärung handeln würde.

In der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt, dokumentiert durch die Verhandlungsniederschrift, lfd Nr 69 des Verwaltungsakts (Zitate der Verhandlungsniederschrift im Folgenden: MVh, [Seite]), brachte die Auftraggeberin zur Verlesungsthematik ausdrücklich vor, dass das Begleitschreiben entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin jedenfalls bei Angebotsöffnung verlesen wurde - MVh, 3.

Der Zeuge Stau*** sagte in der Verhandlung aus, dass er das Begleitschreiben bei der Angebotsöffnung gelesen hätte - MVh, 10.

Die Frage der Verlesung des Begleitschreibens war nach dieser Zeugenaussage und nach Einsichtnahme der Antragstellerin in das Angebotseröffnungsprotokoll, erliegend im blauen Ordner der Unterlagen des Vergabeverfahrens, nicht mehr strittig. Die Antragstellerin stellte diesbezüglich in der Verhandlung auch keine ergänzenden Fragen mehr an die Zeugen - MVh 13f.

Unbeschadet der Frage der Verlesung des Begleitschreibens bei der Angebotseröffnung wird in den Eingaben der Bietergemeinschaft vom 25.6.2007, lfd Nr 41, sowie vom 29.6.2007, lfd Nr 62, jeweils der Standpunkt vertreten, die Antragstellerin hätte ein unzulässiges bedingtes Angebot gelegt.

Das Bundesvergabeamt brachte dieses Vorbringen der Bietergemeinschaft der Antragstellerin mit Noten vom 26.6.2007, lfd Nr 47, und vom 29.6.2007, lfd Nr 64, jeweils - vorhaltend - zur Kenntnis, nachdem das Bundesvergabeamt zuvor bereits am 13.6.2007 mit der Note, lfd Nr 34, den Parteien des Verfahrens unter anderem folgenden Vorhalt gemacht hatte:

"...

1. 2.Ziffer 2

Das Bundesvergabeamt verweist auf die Angebotsunterlagen und dort insbesondere auf Punkt 1,203 des Teils A der Angebotsunterlagen, also auf die mit "Begleitschreiben zum Angebot" bezeichnete Textpassage der Ausschreibungsgrundlagen.

Diesbezüglich wird gleichzeitig das Begleitschreiben der Antragstellerin zu ihrem Angebot mit übermittelt.

Unter Hinweis auf das VwGH - Erk v 28.3.2007,2005/04/0200 (rechtliches Gehör zu allenfalls gegebenen, vom Bundesvergabeamt für ein amtswegiges Aufgreifen erwogenen Ausscheidensgründen zu Lasten der Antragstellerin) werden nunmehr sämtliche Adressaten aufgefordert, bis 25.6.2007, 14.00 Uhr einlangend beim Bundesvergabeamt ihren Standpunkt darzulegen, ob die Antragstellerin mit ihrem Angebotsbegleitschreiben einen unzulässigen Vorbehalt zu den Ausschreibungsbedingungen verfasst hat.

..."

Die Auftraggeberin beschränkte sich in ihrer Eingabe vom 25.6.2007, lfd Nr 40, darauf, hinsichtlich des Begleitschreibens auszuführen, dass die straßenbaulichen Unterlagen nur einen Teil der Daten, Planunterlagen etc des Einreichprojekts darstellen. Im Übrigen verwies die Auftraggeberin auf eine im Vergabeverfahren mit der Antragstellerin betreffend das Begleitschreiben abgehandelte Korrespondenz.

Die Auftraggeberin verfasste nämlich - nach der Angebotseröffnung am 12.4.2007 -am 17.4.2007 ein mit 16.4.2007 datiertes Telefaxschreiben, welches im hier interessierenden Teil lautet wie folgt:

"...

Begleitschreiben

In Ihrem Begleitschreiben führen Sie aus, dass das Honorarangebot unter der Voraussetzung erstellt wurde, dass sämtliche Unterlagen und digitalen Daten des Einreichprojektes seitens der ASFINAG zur Verfügung gestellt werden.

Wir weisen Sie darauf hin, dass keineswegs vorgesehen wäre, Ihnen sämtliche Unterlagen und digitalen Daten des Einreichprojektes zur Verfügung zu stellen. Im Auftragsfall würden Ihnen jedoch die straßenbaulichen Unterlagen in digitaler Form zur Verfügung gestellt.

...."

Die Antragstellerin antwortete auf dieses Fax der Auftraggeberin mit einem eigenen, mit 19.4.2007 datierten Telefaxschreiben am 20.4.2007 wie folgt:

"...

Zum Begleitschreiben:

Zum Begleitschreiben ist anzumerken, dass wir bei der Angebotserstellung üblicherweise davon ausgehen müssen, dass der Auftraggeber im Auftragsfall die erforderlichen straßenbaulichen Unterlagen in digitaler Form zur Verfügung stellt, da andernfalls der Aufwand für die Erstellung eines Bauprojektes unverhältnismäßig höher wäre. In Ihrem Telefax vom 17.4.2007 teilen Sie uns mit, dass die straßenbaulichen Unterlagen sowieso in digitaler Form zur Verfügung gestellt werden. Wir können Ihnen versichern, dass von unserer Seite aus nichts anderes damit gemeint war, womit dieser Pkt. eigentlich gegenstandslos wäre.

..."

Die gerade beschriebene Telefaxkorrespondenz befindet sich im blauen Ordner der von der Auftraggeberin vorgelegten Unterlagen des Vergabeverfahrens.

Das Fax der Antragstellerin vom 20.4.2007 ist wiederum von Herrn C*** Stö*** ppa unterfertigt, wobei eine Einschau in den dem Teilnahmeantrag der Antragstellerin in der ersten Stufe beigelegten Firmenbuchauszug zeigt, dass Herr C*** Stö*** die Antragstellerin als Prokurist allein vertreten darf.

Zur Abklärung und Erörterung der Tatsachenunterschiede zwischen den Unterlagen und digitalen Daten des Einreichprojekts einerseits und den straßenbaulichen Unterlagen in digitaler Form andererseits forderte das Bundesvergabeamt die Auftraggeberin mit Note vom 28.6.2007, lfd Nr 60, auf, ergänzend weitere Unterlagen vorzulegen, nämlich insbesondere auch sämtliche bei der Auftraggeberin vorhandenen Dokumente und Unterlagen, die beim vergabegegenständlichen Straßenprojekt: "S36 Murtal Schnellstraße St. Georgen - Scheifling (Teilabschnitt 2)" der Voruntersuchung, dem Vorprojekt oder aber dem Einreichprojekt zuzuordnen wären.

Am 2.7.2007 fand die beantragte mündliche Verhandlung statt.

Nach verschiedenen ergänzenden Parteivorbringen und dem Umstand, dass ein Ausgleich der Interessen gemäß § 43 Abs 5 AVG nicht möglich erschien, wurden im Beweisverfahren insbesondere die Herren DI Stau*** und DI G*** aus der Sphäre der Auftraggeberin und Herr Prokurist C*** Stö*** aus der Sphäre der Antragstellerin einvernommen, wobei diese Zeugen vor allem iZm dem Begleitschreiben der Antragstellerin, wie oben wieder gegeben, und den Begrifflichkeiten "Unterlagen des Einreichprojekts" bzw "straßenbauliche Unterlagen" einvernommen wurden. Nach verschiedenen ergänzenden Parteivorbringen und dem Umstand, dass ein Ausgleich der Interessen gemäß Paragraph 43, Absatz 5, AVG nicht möglich erschien, wurden im Beweisverfahren insbesondere die Herren DI Stau*** und DI G*** aus der Sphäre der Auftraggeberin und Herr Prokurist C*** Stö*** aus der Sphäre der Antragstellerin einvernommen, wobei diese Zeugen vor allem iZm dem Begleitschreiben der Antragstellerin, wie oben wieder gegeben, und den Begrifflichkeiten "Unterlagen des Einreichprojekts" bzw "straßenbauliche Unterlagen" einvernommen wurden.

Der Zeuge Stö*** gab zu diesen Themenbereichen insbesondere wie folgt an:

MVh, 6f: (Auf die Frage, was die Ursache des Begleitschreibens war und ob hier eine Unsicherheit bestand:)

Die Ursache für die Formulierung, die im Begleitschreiben zur Angebotsabgabe vorlag, bezieht sich auf einen Satz in den Ausschreibungsunterlagen, wonach allfällige Nachlässe im Honorarangebot ausreichend zu begründen wären. Da wir im Honorarangebot detaillierte Begründungen für die Nachlässe, die wir gewährt haben, nicht explizit darlegten, wurde durch den beigelegte Satz im Begleitschreiben intendiert, eine allgemeine Begründung der Nachlässe darzulegen.

Über nochmaliges Befragen gebe ich an, dass mit dem Satz im Begleitschreiben lediglich festgestellt wurde, dass die Zurverfügungstellung der Planungsunterlagen die Gestaltung des Angebotspreises begründet.

Wenn man die straßenbaulichen Unterlagen nicht erhalten würde, müsste man die Planungsschritte des Einreichprojektes nochmals nachvollziehen, dies ist meines Wissens bislang noch nicht passiert.

Es ist sehr kalkulationsrelevant, ob man diese Unterlagen hat.

Ich würde die Kosten des Kopierens vorhandener digitaler Daten hier mit einem Aufwand von 30 Min. Sekretariatsarbeiten schätzen. Wenn Planunterlagen in Papierform vorhanden wären, wären möglicherweise Vervielfältigungskosten anzusetzen, es sei denn, der Auftraggeber stellt sein Hausexemplar zur Verfügung.

In Gegenüberstellung der Begriffe "sämtliche Unterlagen und digitalen Daten des Einreichprojektes" einerseits und "straßenbauliche Unterlagen in digitaler Form" andererseits gebe ich an: Gemeint ist, sämtliche erforderlichen digitalen Daten und sonstigen Unterlagen des Einreichprojektes. Das Wort "erforderlich" fehlt leider im Begleitschreiben.

Unter sämtlichen Unterlagen würde man ansonsten verstehen müssen, dass jedes in irgendeinem Zusammenhang stehende[] Dokument auch ohne Relevanz für die Planungsphase Bauprojekt der Auftraggeber zur Verfügung stehen müsste.

Digital bedeutet, nicht in Papierform.

Der Zeuge Stö*** weiters laut MVh, 7: (Auf die Frage, was man zur Abarbeitung des Auftrags in der Phase Bauprojekt benötigt, und ob es Usancen gibt, was man üblicher Weise vom Auftraggeber bekommt:)

In der Regel bekommt man die Daten nach der Auftragserteilung, und zwar jene Daten, die der Projektant der Einreichplanung in der Regel dem Auftraggeber laut Vertrag zu übergeben hat.

Der Zeuge Stö*** weiters befragt nach seinem Verständnis des Begriffs Einreichprojekt - MVh, 9: Mit EP (= Einreichprojekt) meinte ich das heute diskutierte. Dieses ist für mich zweifelsfrei das EP gemäß Dienstanweisung zur Erarbeitung und Vorlage von Bundesstraßenprojekten.

Der Zeuge Stö*** befragt nach dem Erhalt der Angebotsunterlagen - MVh, 9: Auf weiteres Befragen nach dem Erhalt der Angebotsunterlagen gebe ich an, dass dies Ende Februar gewesen sein müsste. Wir haben die Unterlagen in Papierform erhalten und sie auch in elektronischer Form angefordert sowie erhalten. Während der Angebotsphase habe ich keine Rückfragen die Auftraggeberin betreffend Unklarheiten der Angebotsunterlagen gemacht. Mit einer Einschränkung: Der Adressaufkleber enthält fälschlicherweise die Ausschreibung eines anderen Projektes. Die Angebote wurden danach - nach einem E-Mail von DI Stau*** - mit dem korrigierten Adressaufkleber eingereicht.

Der Zeuge Stö*** rücksichtlich gewisser Bestandteile der Angebotsunterlagen laut MVh, 9f:

Die Bietererklärung wurde vorbehaltlos unterschrieben.

Auf Vorhalt der Seite 3/14 in der Bietererklärung A-4, dass sich die Antragstellerin vor Angebotsabgabe über sämtliche honorarbildende Faktoren informiert hätte, gebe ich an, dass dies meinerseits gemacht wurde, indem ich vor Angebotsabgabe in die Unterlagen des EP Einsicht genommen habe.

(Auf Vorhalt der Seite 4/49 des LV, dass die Antragstellerin die Bestimmungen der Ausschreibung kennt:) Ich habe dies durch meine Unterschrift bestätigt.

(Über weiteren Vorhalt der Seite 4/49, dass sämtliche Anforderungen aus Behörden- und UVP-Verfahren einzuhalten sind, und wie man dies ohne gegenständlich abgeschlossenes UVP-Verfahren zusichern konnte:) Hier wird ein Rückgriff auf die Erfahrungswerte gemacht.

(Auf Vorhalt des Punktes 1, 203 des Teils A 1 der Angebotsunterlagen und des eigenen Begleitschreibens des Angebotes sowie unter weiteren Vorhalt des Pkt. 4.1 der Bietererklärung betreffend Information über sämtliche honorarbildende Faktoren:)

Im Begleitschreiben war eine Begründung für die Nachlässe gemeint. Keinesfalls wollte ich eine Einschränkung der Ausschreibung begründen.

Der Zeuge Stö*** gab überdies auf Vorhalt einerseits der Seite 3, letzter Absatz der Teilnahmeantragsunterlagen, Teil 1, wonach unwahre Bewerberangaben im Zuge des Verfahrens zum Ausschluss vom Verfahren führen,

und andererseits zu der durch die Bietererklärung, A 4, abgegebenen Bestätigung betreffend die Information über die honorarbildenden Faktoren bzw zur Referenzangabe des Projekts A5 Ei*** - Schri*** als Einreichplanung inklusive UVP im eigenen Angebot iZm den Referenz - Zuschlagskriterien weiters laut MVh 10f an:

Meines Erachtens liegt weder betreffend "honorarbildende Faktoren" noch betreffend die Referenzangabe ein Ausschlussgrund vor. Ich möchte grundlegend festhalten, dass die Ausschreibungsunterlagen eine wesentlich großzügigere Deutung zulassen, was unter einem Einreichprojekt mit UVP zu verstehen ist, so dass es sich unter dieser grundlegenden Voraussetzung bei dem Referenzprojekt A5 Ei*** - Schri*** um ein Projekt handelt, welches zweifelsfrei in einem UVP-Verfahren behandelt wurde. Dass aber die weitere Beschäftigung im Zuge der weiteren Planungsschritte ebenfalls aus unserer Sicht den Umstand rechtfertigt, dass Planungsaufwendungen auf Grund von Festlegungen im UVP-Verfahren in dieser Planungsphase erforderlich sind.

[Nachstehende Hervorhebung in der Aussage zur Dokumentation einer zentral erscheinenden Passage:]

Nach dem Wortlaut des Begleitschreibens wäre dies ein Widerspruch zu Seite 3 der Bewerbungsunterlagen bzw. zu Seite 3/14 der Bietererklärung A 4. Ich habe aber - wie gesagt - anders intendiert.

Der Zeuge DI Stau*** gab laut MVh, 10, gefragt nach dem Grund der Unterlassung des Ausscheidens des Angebots der Antragstellerin, an, dass ein Ausscheiden aus dem Grunde des Begleitschreibens diskutiert wurde; und dass das Begleitschreiben nicht eindeutig als Ausscheidensgrund beurteilt wurde. Weiters wörtlich: Aus Sicht des technischen

Straßenplaners, der bei Angebotserstellung nicht alle Umweltfachbereiche im Blickfeld hat, ist es durchaus möglich, dass er mit der Formulierung "sämtliche Daten" die technischen Straßenplanungsgrundlagen meint.

Der Zeuge DI G***, der als Projektleiter bei der streitgegenständlichen Vergabe iZm der S 36, Murtalschnellstraße fungiert, gab - gefragt nach der Unterlassung des Ausscheidens laut MVh, 10, an: In Punkto Realisierung besteht ein großer Zeitdruck bei der S36. Ich hatte die Befürchtung, dass es zu einem Einspruch beim BVA kommen könnte, wenn die Antragstellerin deshalb ausgeschieden würde, und auf Grund der Auswertung war für mich klar, dass das Büro A*** nicht Bestbieter ist, und so habe ich gedacht, dass wir ein Risiko vermeiden.

Nachdem das Ermittlungsverfahren ausweislich MVh, 13, dahin eingeschränkt worden war, ob durch das Begleitschreiben der Antragstellerin einen Ausscheidensgrund dahin verwirklicht wurde, dass die Antragstellerin ein der Seite 3 von 14 der Bietererklärung A - 4 und dort dem Punkt 4.1 widersprechendes Angebot abgegeben hat,

richtete der Rechtsvertreter der Antragstellerin an Herrn DI G*** die Frage, ob die ASFINAG grundsätzlich die für das Bauprojekt erforderlichen und vorhandenen Unterlagen bzw. digitalen Daten des Einreichprojektes - gegebenenfalls auch durch einen Dritten - zur Verfügung stellt oder ob sie erwartet, dass diese Unterlagen vollständig neu von jeweiligen Auftragnehmer zu erarbeiten sind.

Der Zeuge DI G*** antwortete darauf laut MVh, 14, wie folgt:

Ich weiß nicht, ob die Unterlagen des EP für das BP grundsätzlich zur Verfügung gestellt werden. Ich bin Projektleiter für die S36 und nicht für alle Planungsprojekte zuständig. Daher kann ich keine generelle Aussage für den gesamten Konzern treffen. Ich würde es konkret als sinnvoll erachten, dem Planer für das BP die Unterlagen - soweit erforderlich - des EP zur Verfügung zu stellen.

Der Zeuge DI Stau*** gab bei dieser Frage zu Protokoll (MVh, 14):

Die Antragstellerin wurde mit Fax vom 17.4.2007 darauf verwiesen, dass keineswegs vorgesehen wäre, dem Auftragnehmer im Auftragsfall sämtliche Unterlagen und digitalen Daten des EP zur Verfügung zu stellen. Die straßenbaulichen Unterlagen würden jedoch in digitaler Form zur Verfügung gestellt. Die straßenbaulichen Unterlagen würden nach meiner Einschätzung die vom Auftragnehmer der Phase BP benötigten Unterlagen zu 95 % abdecken.

Der Zeuge DI G*** gab laut MVh, 8, gefragt, ob er und Herr DI Stau*** die straßenplanerischen Unterlagen aus dem gesamten Konvolut der vorgelegten Unterlagen des Einreichprojekts für die S 36 individualisieren könnten, an:

Es gibt das EP 2005 und das EP 2006 auf Basis des EP 2005. Das EP 2006 musste erstellt werden, das sich insbesondere die Rechtsgrundlage BStG im Jahre 2006 geändert hat. Die technische Straßenplanung des EP befindet sich in Kiste 1 von zwei Kisten. Insgesamt wurden vier Kisten vorgelegt, wobei zwei Kisten sich auf das ursprüngliche Projekt beziehen.

[..]

Die beiden Kisten mit den Änderungen 2006 enthalten keine geheimhaltungsbedürftigen Tatsachen, sind der Akteneinsicht zugänglich und können vorerst im BVA verbleiben. Meines Erachtens braucht der Planer in der Planungsphase Bauprojekt sämtliche Unterlagen in diesen beiden Kisten, um seine Leistung erbringen zu können.

Die Kiste Teil 1 braucht er jedenfalls, der Inhalt der Kiste "Teil 2" ist in der Kiste "Teil 1" weitgehend abgebildet. Die Kiste Teil 2 beinhaltet die UVE. Die beiden Kisten können nicht strikt voneinander getrennt werden.

Anmerken möchte ich allerdings, dass die Unterlagen in der Fassung 2006 derzeit wiederum überarbeitet werden.

Für die Datenweitergabe und insbesondere Koordination der gesamten Planungsleistungen ist eine externe Projektsteuerung, d.h. ein eigenes Zivilingenieurbüro beauftragt.

Der Auftragnehmer der Phase Bauprojekt müsste die Daten daher bei diesem Zivilingenieurbüro anfordern.

Wenn es zB um die Kopierkosten für derartige Unterlagen geht, würde das Projektsteuerungsbüro selbige an die ASFINAG in Rechnung stellen.

Rücksichtlich der vorstehenden Aussage ist festzuhalten, dass der Zeuge DI G*** seine Aussagen zu den beiden Kisten machte, die das Einreichprojekt in der Fassung der Änderungen 2006 betreffen; dass aber seitens der Auftraggeberin rücksichtlich des EP bei der S 36 insgesamt 4 Kisten vorgelegt worden waren. Die beiden anderen Kisten betrafen das Einreichprojekt vor den im Jahre 2006 erfolgten Änderungen.

Der Zeuge DI Stau*** gab laut MVh, 9, gefragt nach der aktuellen Überarbeitung 2006 und weiters über den Vorhalt, dass das Bauprojekt auf dem Einreichprojekt aufbaut, und weiters gefragt, ob diese Änderungen nach meiner Einschätzung kalkulationsrelevant für den Planer der Planungsphase BP sind, an:

Die aktuellen Änderungen beziehen sich vor allem auf die Immissionsbelastung im Bereich der Unterflurtrassen, das sind die Abschnitte 1 und 3. Diese haben keine besondere straßenplanerische Relevanz.

Es ist erfahrungsgemäß so, dass sich im UVP-Verfahren einiges tut. Einige Unternehmer, auch Herr Stö*** haben gegenständlich Einsicht genommen. Andere Bieter legen ohne Einsichtnahme Angebote.

Die vorstehend wiedergegebenen Zeugenaussagen und sonstigen (Hilfs-) Tatsachen lassen sich auf Tatsachenebene insbesondere wie folgt zusammenfassen:

1. 1.Ziffer eins

Die Antragstellerin erklärte mit ihrem Begleitschreiben, dass sie ihr Honorarangebot unter der Voraussetzung erstellt hat, dass sämtliche Unterlagen und digitalen Daten des Einreichprojektes seitens der ASFINAG zur Verfügung gestellt werden.

1. 2.Ziffer 2

Die Wortfolgen sämtliche Unterlagen und digitalen Daten des Einreichprojektes einerseits und "straßenbauliche Unterlagen in digitaler Form" andererseits wurden von der ASFINAG bei Zugang des Begleitschreibens bei der Angebotseröffnung nicht als gleichbedeutend bewertet. Die ASFINAG sah sich erstens bereits bei der Angebotseröffnung veranlasst, das Begleitschreiben als wesentliche Bietererklärung zu verlesen und im Protokoll über die Angebotseröffnung festzuhalten. Weiters sah sich die ASFINAG insbesondere im Telefax vom 17.4.2007 veranlasst, der Antragstellerin mitzuteilen, dass sie im Auftragsfall nur die straßenbaulichen Unterlagen in digitaler Form an die Antragstellerin ausfolgen würde.

1. 3.Ziffer 3

Der Zeuge Stö*** gestand laut MVh, 11, ausdrücklich zu, dass das Begleitschreiben (mit der Erstellung des Honorarangebots unter der Voraussetzung des Erhalts sämtlicher Unterlagen und digitalen Daten des Einreichprojekts)

einen Widerspruch zur Bietererklärung A 4, Punkt 4.1 darstellt, wenn in dieser von ihm vorbehaltlos unterfertigten Bietererklärung zugesichert wurde: Die Unternehmung hat sich daher über alle honorarbildenden Faktoren so unterrichtet, dass sie in der Lage ist, einen in jeder Hinsicht einwandfreien und bindenden Vertrag zu unterzeichnen.

Eine Vorabinformation über die honorarbildenden Faktoren im Punkte jener Unterlagen, die die Auftraggeberin im Auftragsfalle an die Auftragnehmerin ausfolgen würde, ist durch die Antragstellerin eben ausweislich ihres Begleitschreibens nicht vor Angebotsabgabe erfolgt.

Neben vorstehenden Feststellungen auf Tatsachenebene ist betreffend den Gang der mündlichen Verhandlung bzw des nachfolgenden Verfahrens noch festzuhalten, dass die Antragstellerin laut MVh, 11, vorbrachte wie folgt:

Die Antragstellerin bringt vor, dass ihr die Ausschreibungsunterlagen einerseits in Papierform übermittelt worden sind. Darüber hinaus wurden ihr die Ausschreibungsunterlagen auch im pdf-Format mit E-Mail vom 6.3.2007 übermittelt. Die Antragstellerin hält dazu fest, dass die Ausschreibungsunterlagen in Papierform und die elektronisch im pdf-Format übermittelten Unterlagen voneinander abweichen. Die auffälligste Abweichung betrifft die Festlegung der Zuschlagskriterien. Im pdf-Format ist bei dem Kriterium der Referenzen A, B, C jeweils die Unterkategorie "Vollausbau" (0,9 Punkte) nicht enthalten.

In den Ausschreibungsunterlagen, dem Teil A-1 der Angebotsunterlagen des gegenständlichen Vergabeverfahrens, waren nämlich Zuschlagskriterien enthalten, nach denen für die Angebotsbewertung relevante Zuschlagspunkte durch einen Bieter dann erreicht werden konnten, wenn entweder der gegenständlich im Auftragsfalle zum Einsatz kommende Projektleiter, oder der Projektleiter - Stellvertreter oder ein Mitglied des gegenständlich vorgesehenen Projektteams zuvor in bestimmter Weise spezifizierte Straßenbauprojekte der Planungsphasen Einreichprojekt oder aber Bauprojekt in bestimmter Form bearbeitet hatten.

Die von der Antragstellerin diesbezüglich vorgebrachte Unterschied in den verschiedenen Versionen der Ausschreibungsunterlagen wird nachstehend durch eine entsprechende Hervorhebung der wieder gegebenen Tabellen als Fettdruck kenntlich gemacht:

A) Planung von 4-streifigen Straßen mit einem planfreien Knoten und / oder einer Anschlussstelle - Bauprojekt 1

Bauprojekt:

Kriterien	Faktor	Faktor
Planung einer vierstreifigen Straße (Länge siehe Faktor)	Länge 1,00	Planungsphasen1 Länge Ausschreibungs- 1,00 planung und Ausführungs- planung -
hochrangigen Straßennetzes mit einem planfreien Knoten	0,90	Projekt seit mind. 1 Jahr in Ausführung oder ausgeführt

und / oder einer

Anschlussstelle

Bauprojekt:

General-	sanierungen	Ausschreibungs-
im hochrangigen Straßennetz	0,90	planung 0,80 und 0,90
mit	Ausführungsplanung	

Generalsanierung

eines planfreien

Knotens und /

oder einer

Anschlussstelle

Bauprojekt:

Vollausbau	Bauprojekt:
zum Beispiel von einer bestehenden 2-streifigen Straße zu einer hochrangigen 4-streifigen Straße oder gleichwertig) mit	Ausschreibungs- oder Ausführungsplanung 0,80

einem planfreien

Knoten und / oder

einer

Anschlussstelle

Planung einer

sonstigen

Straße 0,80 0,70

mit einem

planfreien

Knoten und /

oder einer Anschlussstelle

z. B. Landesstraßen

L und B)

Fahrstreifen-

zuleitung im 0,70 0,60

hochrangigen

Straßennetz

Planung von

sonstigen Straßen 0,50 0,40

1 Planungsphasen:

VP... Vorprojekt

EP... Einreichprojekt

BP... Bauprojekt

UVP... Umweltverträglichkeitsprüfung

B) Planung von 4-streifigen Straßen mit einem planfreien Knoten

und / oder einer Anschlussstelle - Bauprojekt 2

Für Referenzprojekt A und B sind jeweils eigenständige Projekte zu nennen (ansonsten Wertung mit 0 Punkten)

Kriterien Faktor Planungsphasen1 Faktor

Länge Länge

>4000m >1000m

Bauprojekt:

Planung einer Ausschreibungs- 1,00

4-streifigen planung -

Straße (Länge 1,00 0,90 Projekt seit

siehe Faktor) mind. 1 Jahr

des in Ausführung

hochrangigen oder

Straßennetzes ausgeführt

mit einem

planfreien

Knoten und /

oder einer

Anschlussstelle

General-

Bauprojekt:

sanierungen

Ausschreibungs-

im hochrangigen 0,90 0,80 und 0,80

Straßennetz mit

Ausführungsplanung

Generalsanierung

eines planfreien

Knotens und /

oder einer

Anschlussstelle

Vollausbau

zum Beispiel

Bauprojekt:

von einer

Ausschreibungs

bestehenden 0,90 0,80 oder 0,80

2-streifigen

Ausführungsplanung

Straße zu einer

hochrangigen

4-streifigen

Straße oder

gleichwertig)

mit einem

planfreien Knoten

und / oder einer

Anschlussstelle

Planung einer

sonstigen Straße

mit einem

planfreien 0,80 0,70

Knoten und /

oder einer

Anschlussstelle

z. B. Landesstraßen

L und B)

Fahrstreifenzulegung

im hochrangigen

Straßennetz 0,70 0,60

Planung von

sonstigen

Straßen 0,50 0,40

1 Planungsphasen:

VP... Vorprojekt

EP... Einreichprojekt

BP... Bauprojekt

UVP... Umweltverträglichkeitsprüfung

C) Planung von 4-streifigen Straßen mit einem planfreien Knoten

und / oder einer Anschlussstelle - Einreichprojekt

Für Referenzprojekt C kann auch das Projekt A oder B genannt werden, sofern die erforderliche Planungstiefe nachgewiesen werden kann.

Kriterien Faktor Planungsphasen1 Faktor

Länge Länge

>4000m >1000m

Planung einer EP mit UVP nach

4-streifigen österr.Rechtslage 1,00

Straße 1,00 0,90

Länge siehe

Faktor)

des

hochrangigen

Straßennetzes

mit einem

planfreien

Knoten und

/ oder einer

Anschlussstelle

Generalsanierungen EP mit UVP

im hochrangigen (sonstiger EU-Raum)

Straßennetz mit 0,90 0,80 0,90

Generalsanierung

eines planfreien

Knotens und /

oder einer

Anschlussstelle

Vollausbau

zum Beispiel
von einer
bestehenden
2-streifigen
Straße zu einer 0,90 0,80 EP 0,80
hochrangigen
4-streifigen
Straße oder
gleichwertig)
mit einem
planfreien Knoten
und / oder einer Anschlussstelle
Planung einer
sonstigen
Straße mit 0,80 0,70
einem planfreien
Knoten und /
oder einer Anschlussstelle
(z.B. Landesstraßen
L und B)
Fahrstreifenzulegung
im hochrangigen
Straßennetz 0,70 0,60
Planung von
sonstigen 0,50 0,40
Straßen

1 Planungsphasen:

VP... Vorprojekt

EP... Einreichprojekt

BP... Bauprojekt

UVP... Umweltverträglichkeitsprüfung

Die Antragstellerin versuchte also durch ihr Vorbringen in der mündlichen Verhandlung zur Unterstreichung ihres Prozessstandpunkts darzutun, dass die ihr von Herrn DI Stau*** am 6.3.2007 per e-mail im pdf Format zur Verfügung gestellten Ausschreibungsunterlagen im Punkte der Zuschlagskriterien bei den in obigen Tabellen fett hervorgehobenen Passagen in Gegenüberstellung zu den in Papierform an die Bieter versandten Angebotsunterlagen voneinander abwichen.

In der e-mail - Version vom 6.3.2007 fehlte noch das Kriterium:

"Vollausbau", wie oben hervorgehoben.

Sowohl die Antragstellerin als auch die (gegenständlich für den Zuschlag vorgesehene) Bietergemeinschaft verwendeten ausweislich des vorgelegten Vergabeakts der Auftraggeberin jene Version der Angebotsunterlagen zur Anbotsausfertigung, die das Kriterium Vollausbau enthielt.

Die Antragstellerin hatte bei ihren Referenzangaben im Angebot ein Referenzprojekt der Planungsphase Bauprojekt dem Kriterium Planung einer 4-streifigen Straße zugeordnet, wobei die Auftraggeberin diese Zuordnung bei der Angebotsprüfung auf das bei der Angebotsbewertung weniger zählende Kriterium Vollausbau (zum Beispiel von einer bestehenden 2-streifigen Straße zu einer hochrangigen 4-streifigen Straße oder gleichwertig) mit einem planfreien Knoten und / oder einer Anschlussstelle korrigierte - mit 3.5.2007 datiertes Telefax der Auftraggeberin an die Antragstellerin.

Die Antragstellerin teilte der Auftraggeberin dazu mit Telefax vom 8.5.2007 insbesondere mit, dass das von der Auftraggeberin im Vergleich zur Deklaration der Antragstellerin geringer bewertete Referenzprojekt A2 Twimberg - Wolfsberg von der Antragstellerin irrtümlich analog einer Tabelle in den Unterlagen der 1. Stufe des gegenständlichen Vergabeverfahrens bewertet worden war.

Beim Bundesvergabeamt ist (bislang) kein Antrag auf Nichtigklärung der Aufforderung zur Angebotsabgabe oder auf Nichtigklärung einer sonstigen Festlegung während der Angebotsfrist bzw der Ausschreibungsbedingungen eingebracht worden. Es wurde auch sonst seitens der Antragstellerin nicht behauptet, dass jemals ein derart bestimmtes Begehren beim Bundesvergabeamt vorgetragen worden wäre.

Die Angebotsfrist endete zB ausweislich der Seite 19 von 21 der Angebotsunterlagen Teil A 1 "Ausschreibungsgrundlagen" am 12.4.2007 um 11.00 Uhr.

Nach dem Schluss des Ermittlungsverfahrens in der mündlichen Verhandlung wurden die Parteien ersucht, eine Anregung zur Wiedereröffnung des Beweisverfahrens bis 4.7.2007, 15.00 Uhr einlangend beim BVA vorzunehmen, sofern deren Erachtens geboten. Die Antragstellerin wurde dabei laut MVh, 15, ausdrücklich ersucht, in einem derartigen, allfälligen Schriftsatz bestimmt und genau darzulegen, inwieweit die in der Verhandlung behaupteten zwei unterschiedlichen Versionen der Angebotsunterlagen Auswirkungen auf den Ausgang des Vergabeverfahrens haben könnten bzw. auch Auswirkungen auf den Ausgang des Nachprüfungsverfahrens. Die Antragstellerin versuchte mit ihrer Eingabe vom 4.7.2007, lfd Nr 76, ihre Antragslegitimation insbesondere auch unter Hinweis auf den Beschluss des deutschen Bundesgerichtshofs vom 26.9.2006, X ZB 14/06 zu begründen, wo der BGH dargelegt hat, dass (in Deutschland) auch ein auszuscheidender Bieter mitunter gegen die Vergabeentscheidung zu Gunsten eines Konkurrenten vorgehen kann. Nach dem Schluss des Ermittlungsverfahrens in der mündlichen Verhandlung wurden die Parteien ersucht, eine Anregung zur Wiedereröffnung des Beweisverfahrens bis 4.7.2007, 15.00 Uhr einlangend beim BVA vorzunehmen, sofern deren Erachtens geboten. Die Antragstellerin wurde dabei laut MVh, 15, ausdrücklich ersucht, in einem derartigen, allfälligen Schriftsatz bestimmt und genau darzulegen, inwieweit die in der Verhandlung behaupteten zwei unterschiedlichen Versionen der Angebotsunterlagen Auswirkungen auf den Ausgang des Vergabeverfahrens haben könnten bzw. auch Auswirkungen auf den Ausgang des Nachprüfungsverfahrens. Die Antragstellerin versuchte mit ihrer Eingabe vom 4.7.2007, lfd Nr 76, ihre Antragslegitimation insbesondere auch unter Hinweis auf den Beschluss des deutschen Bundesgerichtshofs vom 26.9.2006, römisch zehn ZB 14/06 zu begründen, wo der BGH dargelegt hat, dass (in Deutschland) auch ein auszuscheidender Bieter mitunter gegen die Vergabeentscheidung zu Gunsten eines Konkurrenten vorgehen kann.

Beweiswürdigung

Der festgestellte spruchrelevante Sachverhalt ergibt sich aus dem Inhalt des Verwaltungsakts, insbesondere aus den ausdrücklich bezogenen Aktenbestandteilen, Urkunden und Schriftsätzen. Unbeschadet der im Rahmen der rechtlichen Beurteilung zu erfolgen habenden juristischen Bewertung des Begleitschreibens der Antragstellerin vor dem Hintergrund der festgestellten Tatsachen ist zu den vorstehenden Tatsachenfeststellungen auszuführen, dass der Zeuge DI Stau*** in der Verhandlung im Punkte des Unterschieds zwischen Unterlagen des Einreichprojekts und straßenbaulichen Unterlagen einen Unterschied dahin erblickte, dass die straßenbaulichen Unterlagen eine Teilmenge der Unterlagen des Einreichprojekts darstellen - MVh 14.

Der Zeuge DI G*** individualisierte - gefragt nach den für die Planungsphase Bauprojekt erforderlichen Unterlagen - die beiden Kisten des Einreichprojekts idF der Änderungen 2006 betreffend die Murtalschnellstraße. Damit ist rücksichtlich der insgesamt 4 Kisten, die die Auftraggeberin an das Bundesvergabeamt als Dokumente und Unterlagen

iZm dem Einreichprojekt vorlegte, dadurch erwiesen, dass auch dieser Zeuge nicht sämtliche, den Unterlagen des Einreichprojekts zuzuordnenden Dokumente als straßenbauliche Unterlagen betrachtete, zumal der Zeuge DI G*** weiters angab, dass die zweite Kiste mit den Unterlagen idF der Änderungen 2006 in der ersten Kiste abgebildet wäre; und daher der Auftragnehmer jedenfalls die 1. Kiste benötigen würde - MVh, 8. Der Zeuge DI G*** individualisierte - gefragt nach den für die Planungsphase Bauprojekt erforderlichen Unterlagen - die beiden Kisten des Einreichprojekts in der Fassung der Änderungen 2006 betreffend die Murtalschnellstraße. Damit ist rücksichtlich der insgesamt 4 Kisten, die die Auftraggeberin an das Bundesvergabeamt als Dokumente und Unterlagen iZm dem Einreichprojekt vorlegte, dadurch erwiesen, dass auch dieser Zeuge nicht sämtliche, den Unterlagen des Einreichprojekts zuzuordnenden Dokumente als straßenbauliche Unterlagen betrachtete, zumal der Zeuge DI G*** weiters angab, dass die zweite Kiste mit den Unterlagen in der Fassung der Änderungen 2006 in der ersten Kiste abgebildet wäre; und daher der Auftragnehmer jedenfalls die 1. Kiste benötigen würde - MVh, 8.

Wenn nunmehr der die Antragstellerin im Vergabeverfahren repräsentierende Zeuge Prokurist Stö*** laut MVh, 7, bei Gegenüberstellung der beiden fraglichen Wortfolgen ausführt, dass sämtliche erforderlichen digitalen Daten und sonstigen Unterlagen des Einreichprojekts gemeint wären, ist damit klar, dass auch dieser Zeuge die straßenbaulichen Unterlagen als Teilmenge der Unterlagen des Einreichprojekts ansieht. Dieser Zeuge gab laut MVh, 7, ergänzend dazu an, dass ansonsten der Auftraggeber sämtliche Unterlagen mit einem Kausalzusammenhang zum Einreichprojekt ausfolgen müsste, was nochmals die Differenzierung bestätigt.

Damit ist für die Beweiswürdigung klar, dass zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung am 12.4.2007 als dem Zeitpunkt des Zugangs des Begleitschreibens an die Auftraggeberin kein natürlicher Konsens (iS der Definition von Koziol/Welser, Bürgerliches Recht¹³ I 106 und 150) zwischen Auftraggeberin und Antragstellerin darüber bestand, dass mit der Wortfolge im Begleitschreiben: sämtliche Unterlagen und digitalen Daten des Einreichprojekts ohnehin nur die erforderlichen straßenbaulichen Unterlagen bezeichnet werden sollten. Damit ist für die Beweiswürdigung klar, dass zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung am 12.4.2007 als dem Zeitpunkt des Zugangs des Begleitschreibens an die Auftraggeberin kein natürlicher Konsens (iS der Definition von Koziol/Welser, Bürgerliches Recht¹³ römisch eins 106 und 150) zwischen Auftraggeberin und Antragstellerin darüber bestand, dass mit der Wortfolge im Begleitschreiben: sämtliche Unterlagen und digitalen Daten des Einreichprojekts ohnehin nur die erforderlichen straßenbaulichen Unterlagen bezeichnet werden sollten.

Dieses Beweisergebnis wird insbesondere auch durch die einschlägige Differenzierung im Telefaxschreiben der Auftraggeberin an die Antragstellerin vom 17.4.2007 bestätigt.

Rechtliche Beurteilung:

Die Auftraggeberin ist - zwischen den Parteien unstrittig - eine öffentliche Auftraggeberin im Bereich der Errichtung und des Betriebs der höherwertigen Straßeninfrastruktur, die gemäß Art 14b Abs 2 Z 1 lit c B-VG iVm § 291 Abs 2 B-VG in den Vollziehungsbereich des Bunds und damit in die Vergabekontrollzuständigkeit des Bundesvergabeamts fällt. Die Auftraggeberin ist - zwischen den Parteien unstrittig - eine öffentliche Auftraggeberin im Bereich der Errichtung und des Betriebs der höherwertigen Straßeninfrastruktur, die gemäß Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera c, B-VG in Verbindung mit Paragraph 291, Absatz 2, B-VG in den Vollziehungsbereich des Bunds und damit in die Vergabekontrollzuständigkeit des Bundesvergabeamts fällt.

Die Inhalts- und Zulässigkeitserfordernisse eines Nachprüfungsantrags gemäß § 322 BVergG 2006 lagen für den hier zu beurteilenden Nachprüfungsantrag vor. Die Inhalts- und Zulässigkeitserfordernisse eines Nachprüfungsantrags gemäß Paragraph 322, BVergG 2006 lagen für den hier zu beurteilenden Nachprüfungsantrag vor.

Auch kann - in Folge Verständigung der Auftraggeberin gemäß § 328 Abs 5 BVergG 2006 und nachmaliger Untersagung der Zuschlagserteilung gemäß § 329 Abs 2 BVergG 2006 bis zum Ablauf des 11.7.2007 bislang kein rechtswirksamer Zuschlag gemäß § 312 Abs 2 BVergG 2006 erteilt worden sein. Auch kann - in Folge Verständigung der Auftraggeberin gemäß Paragraph 328, Absatz 5, BVergG 2006 und nachmaliger Untersagung der Zuschlagserteilung gemäß Paragraph 329, Absatz 2, BVergG 2006 bis zum Ablauf des 11.7.2007 bislang kein rechtswirksamer Zuschlag gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG 2006 erteilt worden sein.

Die (von der Auftraggeberin in der angefochtenen Zuschlagsentscheidung für den Zuschlag in Aussicht genommene) Bietergemeinschaft verfasste am 12.6.2007, mit der Eingabe, lfd Nr 25, einen Schriftsatz, der die Anforderungen des §

324 Abs 3 BVergG 2006 erfüllt, und wahrte damit ihre Parteistellung im Nachprüfungsverfahren. Die (von der Auftraggeberin in der angefochtenen Zuschlagsentscheidung für den Zuschlag in Aussicht genommene) Bietergemeinschaft verfasste am 12.6.2007, mit der Eingabe, lfd Nr 25, einen Schriftsatz, der die Anforderungen des Paragraph 324, Absatz 3, BVergG 2006 erfüllt, und wahrte damit ihre Parteistellung im Nachprüfungsverfahren.

Das Bundesvergabeamt erkannte nach Vorlage der Vergabeakten durch die Auftraggeberin - schließlich verfahrensentscheidend - Gründe, die bereits die Auftraggeberin heranziehen hätte müssen, um die Antragstellerin formell auszuscheiden.

Diesbezüglich ist den nachfolgenden Begründungselementen vorerst ein Auszug aus der Begründung des Erkenntnisses des VwGH v 28.3.2007, 2005/04/0200 voranzustellen, um damit den Spruch und insbesondere den relevanten Verfahrensgang vor diesem Hintergrund darzustellen.

Das gerade zitierte Erkenntnis ist nunmehr zB ausweislich des Folgeerkenntnisses des VwGH v 23.5.2007, 2005/04/0103 und 0106 als ständige Judikaturlinie zu bewerten, und lautet in den hier interessierenden Teilen:

Zu Spruchpunkt I. (Antragslegitimation): Zu Spruchpunkt römisch eins. (Antragslegitimation):

Die Beschwerde wendet sich gegen die Spruchpunkt I. des angefochtenen Bescheides tragende Auffassung der belangten Behörde, die Antragslegitimation im Nachprüfungsverfahren nach dem BVergG 2002 sei zu verneinen, weil einem Angebot die grundsätzliche Eignung fehle, für den Zuschlag in Betracht gezogen zu werden. Die Beschwerde wendet sich gegen die Spruchpunkt römisch eins. des angefochtenen Bescheides tragende Auffassung der belangten Behörde, die Antragslegitimation im Nachprüfungsverfahren nach dem BVergG 2002 sei zu verneinen, weil einem Angebot die grundsätzliche Eignung fehle, für den Zuschlag in Betracht gezogen zu werden.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist die Auffassung der belangten Behörde, der Beschwerdeführerin komme keine Antragslegitimation zu, weil ihr Angebot auszuscheiden gewesen wäre und daher eine Zuschlagserteilung an die Beschwerdeführerin ohnehin nicht in Betracht kommt, nicht als rechtswidrig zu erkennen (vgl. zuletzt Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist die Auffassung der belangten Behörde, der Beschwerdeführerin komme keine Antragslegitimation zu, weil ihr Angebot auszuscheiden gewesen wäre und daher eine Zuschlagserteilung an die Beschwerdeführerin ohnehin nicht in Betracht kommt, nicht als rechtswidrig zu erkennen vergleiche zuletzt

das hg. Erkenntnis vom 30. November 2006, Zl.2005/04/0067, und

das hg. Erkenntnis vom 15. Dezember 2006, Zl.2005/04/0091, jeweils mwN, insbesondere auf das Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) vom 19. Juni 2003 in der Rechtssache C-249/01, Hackermüller, Slg. 2003, Seite I-6319). Die vorliegende Beschwerde bietet - auch vor dem Hintergrund der obzitierten Rechtsprechung des EuGH und den Ausführungen des Generalanwaltes in dieser Rechtssache (vgl. die Schlussanträge des Generalanwaltes vom 25. Februar 2003, Randnrn. 57 bis 63) - keinen Anlass von dieser Rechtsprechung abzugehen. So hat der Generalanwalt hinsichtlich des Zweckes der Richtlinie 89/665/EWG daran erinnert, dass "die Mitgliedsstaaten nach Art. 1 Abs. 1 dieser Richtlinie verpflichtet (sind), wirksame und möglichst rasche Nachprüfungsverfahren einzuführen, um sicherzustellen, dass die Gemeinschaftsrichtlinien im Bereich des öffentlichen Auftragswesens beachtet werden" (Randnr 59). Mit "diesem Zweck der Bereitstellung wirksamer und rascher Nachprüfungsverfahren" erschien es dem Generalanwalt unvereinbar, "wenn man in einer Situation wie der des Ausgangsverfahrens die Nachprüfungsbehörde zwingen würde, zu warten, bis ihr ein Problem im Zusammenhang mit der ordnungsgemäßen Auftragsvergabe, das sie selbst erkannt hat, von einer Partei vorgelegt wird" (Randnr. 60). Auch hat der EuGH im Urteil vom 12. Februar 2004 in der Rechtssache C-230/02, Grossmann Air Service, Slg. 2004, I-1829, seine Rechtsprechung unter Bezug auf das Urteil "Hackermüller" bestätigt und ausgeführt, "dass die Mitgliedstaaten nicht gehalten sind, diese Nachprüfungsverfahren jedem zur Verfügung zu stellen, der einen bestimmten Auftrag erhalten will, sondern dass es ihnen freisteht, zusätzlich zu verlangen, dass der betreffenden Person durch den behaupteten Rechtsverstoß ein Schaden entstanden ist bzw. zu entstehen droht" (Randnr. 26). das hg. Erkenntnis vom 15. Dezember 2006, Zl. 2005/04/0091, jeweils mwN, insbesondere auf das Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) vom 19. Juni 2003 in der Rechtssache C-249/01, Hackermüller, Slg. 2003, Seite I-6319). Die vorliegende Beschwerde bietet - auch vor dem Hintergrund der obzitierten Rechtsprechung des EuGH und den Ausführungen des Generalanwaltes in dieser Rechtssache vergleiche die Schlussanträge des Generalanwaltes vom 25. Februar 2003, Randnrn. 57 bis 63) - keinen Anlass von dieser Rechtsprechung abzugehen. So hat der Generalanwalt hinsichtlich des

Zweckes der Richtlinie 89/665/EWG daran erinnert, dass "die Mitgliedsstaaten nach Artikel eins, Absatz eins, dieser Richtlinie verpflichtet (sind), wirksame und möglichst rasche Nachprüfungsverfahren einzuführen, um sicherzustellen, dass die Gemeinschaftsrichtlinien im Bereich des öffentlichen Auftragswesens beachtet werden" (Randnr 59). Mit "diesem Zweck der Bereitstellung wirksamer und rascher Nachprüfungsverfahren" erschien es dem Generalanwalt unvereinbar, "wenn man in einer Situation wie der des Ausgangsverfahrens die Nachprüfungsbehörde zwingen würde, zu warten, bis ihr ein Problem im Zusammenhang mit der ordnungsgemäßen Auftragsvergabe, das sie selbst erkannt hat, von einer Partei vorgelegt wird" (Randnr. 60). Auch hat der EuGH im Urteil vom 12. Februar 2004 in der Rechtssache C-230/02, Grossmann Air Service, Slg. 2004, I-1829, seine Rechtsprechung unter Bezug auf das Urteil "Hackermüller" bestätigt und ausgeführt, "dass die Mitgliedstaaten nicht gehalten sind, diese Nachprüfungsverfahren jedem zur Verfügung zu stellen, der einen bestimmten Auftrag erhalten will, sondern dass es ihnen freisteht, zusätzlich zu verlangen, dass der betreffenden Person durch den behaupteten Rechtsverstoß ein Schaden entstanden ist bzw. zu entstehen droht" (Randnr. 26).

Die belangte Behörde stützt ihre Auffassung, die Beschwerdeführerin wäre auszuschneiden gewesen, im Beschwerdefall (kumuliert) auf die Ausscheidenstatbestände des § 98 Z 3, 5 und 8 BVergG 2002. Ob diese im Beschwerdefall erfüllt sind, war vom Verwaltungsgerichtshof derzeit nicht zu beurteilen, weil die belangte Behörde die Rechtslage aus folgendem Grund verkannt hat: Die belangte Behörde stützt ihre Auffassung, die Beschwerdeführerin wäre auszuschneiden gewesen, im Beschwerdefall (kumuliert) auf die Ausscheidenstatbestände des Paragraph 98, Ziffer 3, 5 und 8 BVergG 2002. Ob diese im Beschwerdefall erfüllt sind, war vom Verwaltungsgerichtshof derzeit nicht zu beurteilen, weil die belangte Behörde die Rechtslage aus folgendem Grund verkannt hat:

Wie der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung unter Bezug auf das obzitierte Urteil des EuGH "Hackermüller" ausgeführt hat, muss dem Antragsteller im Nachprüfungsverfahren Gelegenheit geboten werden, die Stichhaltigkeit des von der Nachprüfungsbehörde zur Zurückweisung des Nachprüfungsantrages herangezogenen Ausschließungsgrundes anzuzweifeln, wenn die Antragslegitimation im Nachprüfungsverfahren verneint wird, weil das Angebot auszuschneiden gewesen wäre und daher eine Zuschlagserteilung an den Antragsteller ohnehin nicht in Betracht kommt (vgl. das obizierte hg. Erkenntnis vom 30. November 2006, mwN). Wie der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung unter Bezug auf das obzitierte Urteil des EuGH "Hackermüller" ausgeführt hat, muss dem Antragsteller im Nachprüfungsverfahren Gelegenheit geboten werden, die Stichhaltigkeit des von der Nachprüfungsbehörde zur Zurückweisung des Nachprüfungsantrages herangezogenen Ausschließungsgrundes anzuzweifeln, wenn die Antragslegitimation im Nachprüfungsverfahren verneint wird, weil das Angebot auszuschneiden gewesen wäre und daher eine Zuschlagserteilung an den Antragsteller ohnehin nicht in Betracht kommt vergleiche das obizierte hg. Erkenntnis vom 30. November 2006, mwN).

Nach der Rechtsprechung des EuGH im zitierten Urteil "Hackermüller" ist diese "Vorgangsweise die einzige, die diesem Bieter das Recht sichert, die Stichhaltigkeit des Ausschlussgrundes anzuzweifeln, auf dessen Grundlage die für das Nachprüfungsverfahren zuständige Instanz zu beschließen beabsichtigt, dass ihm durch die Entscheidung, deren Rechtswidrigkeit er behauptet, kein Schaden entstanden ist bzw. zu entstehen droht, und die daher die wirksame Anwendung der Gemeinschaftsrichtlinien im Bereich des öffentlichen Auftragswesens in allen Stadien des Vergabeverfahrens gewährleistet" (Randnr. 28). Wird dem Antragsteller eine solche Gelegenheit nicht geboten, "käme die Entscheidung der Nachprüfungsbehörde tatsächlich einer Ausschlussentscheidung ohne Rechtsbehelfsmöglichkeit gleich, was im Widerspruch zur Richtlinie 89/665 stünde" (vgl. die zitierten Schlussanträge des Generalanwaltes in dieser Rechtssache, Randnr. 65). Im vorliegenden Fall ist die belangte Behörde der Auffassung, der Beschwerdeführerin wurde im Zuge des Nachprüfungsverfahrens in der mündlichen Verhandlung ausreichend Gelegenheit geboten, die Stichhaltigkeit des von ihr herangezogenen Ausschlussgrundes anzuzweifeln. Nach den Feststellungen des angefochtenen Bescheides wurde bei der am 5. Juli 2005 vor der belangten Behörde durchgeführten öffentlichen mündlichen Verhandlung jedoch lediglich seitens der erstmitbeteiligten Partei vorgebracht, das Angebot der Beschwerdeführerin sei auszuschneiden, da bei den Regiearbeiten ein offensichtlicher Unterpreis von EUR 1,-- für Lohn und bei den sonstigen Kosten ein negativer Zuschlag von EUR 0,88 angeboten worden sei. Ein Vorhalt der belangten Behörde, dass sie diesen vorgebrachten Sachverhalt als Ausschlussgrund gemäß § 98 Z 3, 5 und 8 BVergG 2002 heranzuziehen beabsichtige, erfolgte nach den Feststellungen jedoch nicht (und ist im Übrigen auch der Aktenlage - vgl. insbesondere das Verhandlungsprotokoll OZ 30 - nicht zu entnehmen). Nach der Rechtsprechung des EuGH im zitierten Urteil "Hackermüller" ist diese "Vorgangsweise die einzige, die diesem Bieter

das Recht sichert, die Stichhaltigkeit des Ausschlussgrundes anzuzweifeln, auf dessen Grundlage die für das Nachprüfungsverfahren zuständige Instanz zu beschließen beabsichtigt, dass ihm durch die Entscheidung, deren Rechtswidrigkeit er behauptet, kein Schaden entstanden ist bzw. zu entstehen droht, und die daher die wirksame Anwendung der Gemeinschaftsrichtlinien im Bereich des öffentlichen Auftragswesens in allen Stadien des Vergabeverfahrens gewährleistet" (Randnr. 28). Wird dem Antragsteller eine solche Gelegenheit nicht geboten, "käme die Entscheidung der Nachprüfungsbehörde tatsächlich einer Ausschlussentscheidung ohne Rechtsbehelfsmöglichkeit gleich, was im Widerspruch zur Richtlinie 89/665 stünde" vergleiche die zitierten Schlussanträge des Generalanwaltes in dieser Rechtssache, Randnr. 65). Im vorliegenden Fall ist die belangte Behörde der Auffassung, der Beschwerdeführerin wurde im Zuge des Nachprüfungsverfahrens in der mündlichen Verhandlung ausreichend Gelegenheit geboten, die Stichhaltigkeit des von ihr herangezogenen Ausschlussgrundes anzuzweifeln. Nach den Feststellungen des angefochtenen Bescheides wurde bei der am 5. Juli 2005 vor der belangten Behörde durchgeführten öffentlichen mündlichen Verhandlung jedoch lediglich seitens der erstmitbeteiligten Partei vorgebracht, das Angebot der Beschwerdeführerin sei auszuschneiden, da bei den Regiearbeiten ein offensichtlicher Unterpreis von EUR 1,-- für Lohn und bei den sonstigen Kosten ein negativer Zuschlag von EUR 0,88 angeboten worden sei. Ein Vorhalt der belangten Behörde, dass sie diesen vorgebrachten Sachverhalt als Ausschlussgrund gemäß Paragraph 98, Ziffer 3, 5 und 8 BVergG 2002 heranzuziehen beabsichtige, erfolgte nach den Feststellungen jedoch nicht (und ist im Übrigen auch der Aktenlage - vergleiche insbesondere das Verhandlungsprotokoll OZ 30 - nicht zu entnehmen).

Damit hat die belangte Behörde aber verkannt, dass es nach der oben angeführten Rechtslage alleine darauf ankommt, ob der Beschwerdeführerin Gelegenheit geboten wurde, die Stichhaltigkeit des von der Nachprüfungsbehörde zur Zurückweisung des Nachprüfungsantrages herangezogenen Ausschließungsgrundes anzuzweifeln und solcherart Gehör gewährt wird.

[...]

Für das fortgesetzte Verfahren sieht sich der Verwaltungsgerichtshof in diesem Zusammenhang veranlasst, auf Folgendes hinzuweisen:

Die Beschwerdeführerin bringt unter anderem vor, die belangte Behörde habe die Prüfung der Angebote der Mitbieter im Hinblick auf den von ihr herangezogenen Ausscheidenstatbestand unterlassen. Eine solche Prüfung wäre jedoch erforderlich, da ein Schaden der Beschwerdeführerin dann anzunehmen wäre, wenn das Vergabeverfahren insgesamt zwingend zu widerrufen wäre oder als widerrufen gelten würde, was im übrigen auch der Richtlinie 89/665/EWG entspreche. Zu diesem Vorbringen ist die Beschwerdeführerin auf die Ausführungen des Generalanwaltes in den obizierten Schlussanträgen in der Rechtssache C-249/01 hinzuweisen. Dieser führte im vorliegenden Zusammenhang aus: "Daraus (aus dem Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bieter) ergibt sich, dass ein Bieter nicht den Zuschlag erhalten kann, wenn er selbst gegen die Ausschreibungsbedingungen oder gegen die Bestimmungen über öffentliche Aufträge verstoßen hat." (Randnr. 62) Auf der Linie dieser Ausführungen des Generalanwaltes in

seinen Schlussanträgen in der Rechtssache "Hackermüller" liegt es, wenn der Verwaltungsgerichtshof im Erkenntnis vom 18. Mai 2005, Zl. 2004/04/0094, ausgeführt hat, es sei der Nachprüfungsantrag ungeachtet allfälliger Rechtsverletzungen im Rahmen des Verfahrens zur Wahl eines Angebotes für den Zuschlag jedenfalls abzuweisen, wenn der Antragsteller zu Recht ausgeschieden worden sei. Damit lässt sich die Sicht des Verwaltungsgerichtshofes dahin zusammenfassen, dass kein Schaden durch Entfall der Möglichkeit der Teilnahme am Folgeverfahren gegeben ist, wenn der Bieter selbst gegen die Ausschreibungsbedingungen oder gegen die Bestimmungen über öffentliche Aufträge verstoßen hat, also - anders gesagt - dass der selbst nicht ausschreibungs- bzw. vergaberechtskonform agierende Bieter nicht schützenswert ist. Anderes wird jedoch zu gelten haben, wenn der Bieter aus einem Grund für den Zuschlag nicht in Betracht kommt, der in einer fehlerhaften Ausschreibung liegt, weil diese etwa diskriminierende oder von keinem Bieter erfüllbare Bedingungen enthält. In diesem Fall muss auch ein auszuschneidender Bieter die Möglichkeit haben, die Ausschreibungsbedingungen - innerhalb der dafür offenstehenden Frist - zu bekämpfen (vgl. hiezu auch das Urteil des EuGH in der Rechtssache C-230/02, Grossmann Air Service, Slg. 2004, Seite I- 1829, Randnrn. 26ff).seinen Schlussanträgen in der Rechtssache "Hackermüller" liegt es, wenn der Verwaltungsgerichtshof im Erkenntnis vom 18. Mai 2005, Zl. 2004/04/0094, ausgeführt hat, es sei der Nachprüfungsantrag ungeachtet allfälliger Rechtsverletzungen im Rahmen des Verfahrens zur Wahl eines Angebotes für den Zuschlag jedenfalls abzuweisen, wenn der Antragsteller zu Recht ausgeschieden worden sei. Damit lässt sich die Sicht des Verwaltungsgerichtshofes

dahin zusammenfassen, dass kein Schaden durch Entfall der Möglichkeit der Teilnahme am Folgeverfahren gegeben ist, wenn der Bieter selbst gegen die Ausschreibungsbedingungen oder gegen die Bestimmungen über öffentliche Aufträge verstoßen hat, also - anders gesagt - dass der selbst nicht ausschreibungs- bzw. vergaberechtskonform agierende Bieter nicht schützenswert ist. Anderes wird jedoch zu gelten haben, wenn der Bieter aus einem Grund für den Zuschlag nicht in Betracht kommt, der in einer fehlerhaften Ausschreibung liegt, weil diese etwa diskriminierende oder von keinem Bieter erfüllbare Bedingungen enthält. In diesem Fall muss auch ein auszuscheidender Bieter die Möglichkeit haben, die Ausschreibungsbedingungen - innerhalb der dafür offenstehenden Frist - zu bekämpfen (vergleiche hierzu auch das Urteil des EuGH in der Rechtssache C-230/02, Grossmann Air Service, Slg. 2004, Seite I- 1829, Randnrn. 26ff).

Im vorliegenden Fall ist die Ausschreibung jedoch mangels Anfechtung bestandfest geworden (vgl. hierzu zuletzt das hg. Erkenntnis vom 1. März 2007, Zl. 2005/04/0239, mwN). Ein Bieter, dem es nicht gelingt, auf Grund einer ordnungsgemäß zustande gekommenen Ausschreibung ein für den Zuschlag geeignetes Angebot zu legen, ist jedoch nicht schutzwürdig und kann daher nicht geltend machen, dass auch andere bzw. alle anderen Bieter auszuscheiden gewesen wären. Im vorliegenden Fall ist die Ausschreibung jedoch mangels Anfechtung bestandfest geworden (vergleiche hierzu zuletzt das hg. Erkenntnis vom 1. März 2007, Zl. 2005/04/0239, mwN). Ein Bieter, dem es nicht gelingt, auf Grund einer ordnungsgemäß zustande gekommenen Ausschreibung ein für den Zuschlag geeignetes Angebot zu legen, ist jedoch nicht schutzwürdig und kann daher nicht geltend machen, dass auch andere bzw. alle anderen Bieter auszuscheiden gewesen wären.

[...]

Nach Auffassung des erkennenden Senats des Bundesvergabeamts hat sich diese, im vorstehend auszugsweise wieder gegebenen VwGH - Erkenntnis dargestellte Rechtslage auch im zeitlichen Vollenwendungsbereich BVergG 2006 - darüber besteht in diesem Nachprüfungsverfahren kein Zweifel - nichts geändert, da auch dieses Gesetz vor dem Hintergrund der Richtlinie 89/665/EWG rasche Nachprüfungsverfahren gebietet; und gemäß §§ 320 Abs 1 BVergG 2006 neben einem Interesse am ausgeschriebenen Leistungsvertrag ein eingetretener oder aber drohender Schaden weiterhin Voraussetzung dafür ist, dass das Bundesvergabeamt antragsgemäß eine Zuschlagsentscheidung zu Gunsten eines anderen Bieters bzw einer anderen Bietergemeinschaft (nunmehr gemäß § 325 Abs 1 BVergG 2006) auf potentiell ergebnisrelevante Vergaberechtswidrigkeiten (- VwGH 21.12.2004, 2004/04/0100 -) nachprüft und allenfalls für nichtig erklärt. Nach Auffassung des erkennenden Senats des Bundesvergabeamts hat sich diese, im vorstehend auszugsweise wieder gegebenen VwGH - Erkenntnis dargestellte Rechtslage auch im zeitlichen Vollenwendungsbereich BVergG 2006 - darüber besteht in diesem Nachprüfungsverfahren kein Zweifel - nichts geändert, da auch dieses Gesetz vor dem Hintergrund der Richtlinie 89/665/EWG rasche Nachprüfungsverfahren gebietet; und gemäß Paragraphen 320, Absatz eins, BVergG 2006 neben einem Interesse am ausgeschriebenen Leistungsvertrag ein eingetretener oder aber drohender Schaden weiterhin Voraussetzung dafür ist, dass das Bundesvergabeamt antragsgemäß eine Zuschlagsentscheidung zu Gunsten eines anderen Bieters bzw einer anderen Bietergemeinschaft (nunmehr gemäß Paragraph 325, Absatz eins, BVergG 2006) auf potentiell ergebnisrelevante Vergaberechtswidrigkeiten (- VwGH 21.12.2004, 2004/04/0100 -) nachprüft und allenfalls für nichtig erklärt.

Hat nunmehr die (Nachprüfungs-) Antragstellerin in ihrem Begleitschreiben zum eigenen Angebot ausgeführt, dass das Honorarangebot unter der Voraussetzung erstellt wurde, dass sämtliche Unterlagen und digitalen Daten des Einreichprojektes seitens der ASFINAG zur Verfügung gestellt werden, ist diese Erklärung (des einzelvertretungsbefugten Prokuristen) der Antragstellerin gegenüber der Auftraggeberin vorerst nach der Vertrauens Theorie auszulegen.

Nach dieser Auslegungsmaxime für privatrechtliche Willenserklärungen (, Willensmitteilungen und Wissenserklärungen - Rummel in Rummel3, § 863 Rz 4 und 5) bestimmt sich die Bedeutung einer fraglichen Erklärung nach ihrem objektiven Sinn unter Berücksichtigung der im redlichen Verkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche, sofern der Erklärungsempfänger zum Zeitpunkt des Empfangs der Willenserklärung den wahren Willen des Erklärenden nicht kannte - derart zB Apathy/Riedler in Schwimann ABGB3 IV § 863 Rzz 1f. Nach dieser Auslegungsmaxime für privatrechtliche Willenserklärungen (, Willensmitteilungen und Wissenserklärungen - Rummel in Rummel3, Paragraph 863, Rz 4 und 5) bestimmt sich die Bedeutung einer fraglichen Erklärung nach ihrem objektiven Sinn unter Berücksichtigung der im redlichen Verkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche, sofern der Erklärungsempfänger zum Zeitpunkt des Empfangs der Willenserklärung den wahren Willen des Erklärenden nicht kannte - derart zB

Apathy/Riedler in Schwimann ABGB3 römisch vier Paragraph 863, Rzz 1f.

Führt man sich vor dem Hintergrund dieses Rechtssatzes vor Augen, dass Herr DI Stau*** (aus der Sphäre der Auftraggeberin) bei der Angebotseröffnung am 12.4.2007 im Angebotseröffnungsprotokoll den gerade diskutierten Satz des Begleitschreibens der Antragstellerin sogar ausdrücklich aufgenommen hat, dass dieser Satz also mit anderen Worten bei der Angebotseröffnung verlesen wurde - was dem § 118 Abs 5 Z 3 BVergG 2006 entspricht, ist damit erwiesen, dass diesem Satz seitens der Auftraggeberin (rechtens) bereits bei Angebotseröffnung besondere Bedeutung zugemessen wurde. Führt man sich vor dem Hintergrund dieses Rechtssatzes vor Augen, dass Herr DI Stau*** (aus der Sphäre der Auftraggeberin) bei der Angebotseröffnung am 12.4.2007 im Angebotseröffnungsprotokoll den gerade diskutierten Satz des Begleitschreibens der Antragstellerin sogar ausdrücklich aufgenommen hat, dass dieser Satz also mit anderen Worten bei der Angebotseröffnung verlesen wurde - was dem Paragraph 118, Absatz 5, Ziffer 3, BVergG 2006 entspricht, ist damit erwiesen, dass diesem Satz seitens der Auftraggeberin (rechtens) bereits bei Angebotseröffnung besondere Bedeutung zugemessen wurde.

Wenn die Auftraggeberin danach am 17.4.2007 gelegentlich der Angebotsprüfung an die Antragstellerin mit Bezugnahme auf das Begleitschreiben mitteilt, dass keineswegs vorgesehen wäre, der Antragstellerin sämtliche Unterlagen und digitalen Daten des Einreichprojektes zur Verfügung zu stellen, dass aber im Auftragsfall der Antragstellerin die straßenbaulichen Unterlagen in digitaler Form zur Verfügung gestellt würden, ist durch dieses Schreiben der Auftraggeberin erwiesen, dass die Auftraggeberin nach der Angebotseröffnung auch am 17.4.2007 noch Zweifel über den Bedeutungsgehalt des Anbots der Antragstellerin im Lichte des dazu verfassten Begleitschreibens hatte.

Zusätzlich dokumentiert die Auftraggeberin mit diesem Schreiben vom 17.4.2007 die bei ihr intern begrifflich existente Differenzierung zwischen den Unterlagen und digitalen Daten des Einreichprojekts einerseits und den straßenbaulichen Unterlagen in digitaler Form andererseits.

Mit dem Schreiben der Auftraggeberin vom 17.4.2007 ist damit aber auch erwiesen, dass die Auftraggeberin am 17.4.2007 den nunmehr durch Herrn Prokuristen Stö*** in der Verhandlung am 2.7.2007 dargelegten Zweck des Begleitschreibens noch nicht kannte, dass nämlich angeblich gewisse Nachlässe im Angebot der Antragstellerin begründet werden sollten.

Dieser von Herrn C*** Stö*** in der Verhandlung dargelegte Zweck ist - im Abgleich zum Wortlaut des Begleitschreibens - vielmehr als eine gegenüber der Auftraggeberin unbeachtliche Mentalreservation (iS eines von der [gemäß der Vertrauens Theorie] festzustellenden Erklärungsbedeutung abweichenden Wollens des Erklärenden) bzw als Erklärungsirrtum der Antragstellerin zu bewerten - siehe zu beiden Fällen der Diskrepanz zwischen Erklärtem und tatsächlichem Willen des Erklärenden Apathy/Riedler in Schwimann ABGB3 IV § 869 Rz 5 und § 871 Rz 7. Dieser von Herrn C*** Stö*** in der Verhandlung dargelegte Zweck ist - im Abgleich zum Wortlaut des Begleitschreibens - vielmehr als eine gegenüber der Auftraggeberin unbeachtliche Mentalreservation (iS eines von der [gemäß der Vertrauens Theorie] festzustellenden Erklärungsbedeutung abweichenden Wollens des Erklärenden) bzw als Erklärungsirrtum der Antragstellerin zu bewerten - siehe zu beiden Fällen der Diskrepanz zwischen Erklärtem und tatsächlichem Willen des Erklärenden Apathy/Riedler in Schwimann ABGB3 römisch vier Paragraph 869, Rz 5 und Paragraph 871, Rz 7.

In Konsequenz steht damit auf rechtlicher Ebene fest, dass die ASFINAG weder zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung am 12.4.2007 - als dem Zeitpunkt des auszulegenden Begleitschreibens noch am 17.4.2007 den allfälligen, am 2.7.2007 in der Verhandlung durch Herrn C*** Stö*** dargestellten wahren Willen der Antragstellerin zum Zeitpunkt der Abfassung des Begleitschreibens kannte, den Herr Stö*** gemäß dieser Zeugenaussage eben mit dem Begleitschreiben zum Ausdruck bringen wollte.

Damit bleibt es bei der Maxime der Auslegung des Begleitschreibens gemäß der Vertrauens Theorie und damit beim Maßstab eines objektiv redlichen Erklärungsempfängers. Die Rechtsfolgen des natürlichen Konsenses (- zu diesem siehe nochmals Koziol/Welser, Bürgerliches Recht¹³ I 106 und 150 -) haben deshalb schon allein mangels entsprechend festgestellter Tatsachen unangewendet zu bleiben. Damit bleibt es bei der Maxime der Auslegung des Begleitschreibens gemäß der Vertrauens Theorie und damit beim Maßstab eines objektiv redlichen

Erklärungsempfängers. Die Rechtsfolgen des natürlichen Konsenses (- zu diesem siehe nochmals Koziol/Welser, Bürgerliches Recht¹³ römisch eins 106 und 150 -) haben deshalb schon allein mangels entsprechend festgestellter Tatsachen unangewendet zu bleiben.

Eine Auslegung von Begleitschreiben und sonstigen Bietererklärungen nach dem Maßstab eines objektiv redlichen Erklärungsempfängers in einem zur Verwirklichung eines organisierten Parallelwettbewerbs durchgeführten Vergabeverfahren scheint insbesondere auch gemäß dem Grundsatz der Bietergleichbehandlung gemäß § 19 Abs 1 BVergG 2006 bzw gemäß dem Verbandsverbot für nicht offene Vergabeverfahren gemäß § 104 Abs 2 BVergG 2006 geboten. Eine Auslegung von Begleitschreiben und sonstigen Bietererklärungen nach dem Maßstab eines objektiv redlichen Erklärungsempfängers in einem zur Verwirklichung eines organisierten Parallelwettbewerbs durchgeführten Vergabeverfahren scheint insbesondere auch gemäß dem Grundsatz der Bietergleichbehandlung gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 bzw gemäß dem Verbandsverbot für nicht offene Vergabeverfahren gemäß Paragraph 104, Absatz 2, BVergG 2006 geboten.

Würde man nämlich - gegenteilig - nachträglich eine andere Erklärungsbedeutung der Bietererklärung zulassen, als ursprünglich zum Zeitpunkt des Zugangs der Erklärung an den Auftraggeber gemäß der Vertrauens Theorie festzustellend, würde damit abstrakt das Risiko eröffnet werden, dass ein Bieter und ein vergaberechtsunterworfenen Auftraggeber irgendwelchen bereits abgegebenen Bietererklärungen dieses Bieters nachträglich und einvernehmlich Bedeutungen beimessen, die die Wettbewerbsposition dieses Bieters in einem (nicht) offenen Vergabeverfahren nach dem Schlusstermin für die Angebotsabgabe vergaberechtswidrig zu Lasten der Konkurrenz verbessern könnten.

Mit den vorstehenden Ausführungen zur vergaberechtlichen Unzulässigkeit der Heranziehung eines nachträglich einvernehmlich festgestellten Bedeutungsgehalts einer Bietererklärung, der vom ursprünglich zu erzielenden Bedeutungsgehalt bei einer Auslegung gemäß der Vertrauens Theorie abweicht, ist für den gegenständlichen Fall festzuhalten, dass es der Antragstellerin auch nicht zum Erfolg verhelfen kann, wenn sie in Beantwortung des Telefax der ASFINAG vom 17.4.2007 am 20.4.2007 gegenüber der ASFINAG ausführt, dass von Seiten der Antragstellerin im Begleitschreiben nichts anderes gemeint war als die straßenbaulichen Unterlagen. Die ASFINAG hat am 17.4.2007 nämlich zwischen den Unterlagen und digitalen Daten des Einreichprojekts einerseits und den straßenbaulichen Unterlagen in digitaler Form sehr wohl differenziert und dies im Telefax gemäß der Vertrauens Theorie auch nur so zum Ausdruck gebracht.

Daher führt die Auslegung des fraglichen Begleitschreibens zum Zwischenergebnis, dass der Auftraggeberin am 12.4.2007 bei der Angebotseröffnung eine Erklärung der Antragstellerin zugegangen ist, mit der die Antragstellerin klar gestellt hat, dass ihr Honorarangebot nur dann Geltung haben soll, wenn die Antragstellerin sämtliche Unterlagen und digitalen Daten des Einreichprojekts von der Auftraggeberin erhält.

Ein Honorarangebot, das offen gelegt unter gewissen Voraussetzungen erstellt wurde, ist und bleibt ein bedingtes Angebot.

Eine derartige Bewertung des Begleitschreibens ergibt sich im Übrigen zumindest aus der Auslegungsregel des § 915 letzter Halbsatz ABGB, da die Antragstellerin ihr Begleitschreiben gelegentlich der Anbahnung eines entgeltlichen Dienstleistungsauftrags gemacht hat. Wollte man daher überhaupt Zweifel an der oben gemäß der Vertrauens Theorie gewonnenen Deutung des Begleitschreibens (iS einer (bedingten) Verbindlichkeit des eigenen Honorarangebots unter der Voraussetzung des Erhalts gewisser Unterlagen vom nachmaligen Werkbesteller) haben, hat die Antragstellerin dieses Auslegungsergebnis zumindest über § 915 ABGB gegen sich gelten zu lassen. Eine derartige Bewertung des Begleitschreibens ergibt sich im Übrigen zumindest aus der Auslegungsregel des Paragraph 915, letzter Halbsatz ABGB, da die Antragstellerin ihr Begleitschreiben gelegentlich der Anbahnung eines entgeltlichen Dienstleistungsauftrags gemacht hat. Wollte man daher überhaupt Zweifel an der oben gemäß der Vertrauens Theorie gewonnenen Deutung des Begleitschreibens (iS einer (bedingten) Verbindlichkeit des eigenen Honorarangebots unter der Voraussetzung des Erhalts gewisser Unterlagen vom nachmaligen Werkbesteller) haben, hat die Antragstellerin dieses Auslegungsergebnis zumindest über Paragraph 915, ABGB gegen sich gelten zu lassen.

Ein bedingtes Angebot widerspricht aber in einem offenen oder aber nicht offenen Vergabeverfahren den Ausschreibungsbestimmungen und ist damit gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG 2006 auszuschließen, da in diesen Vergabeverfahren der Auftraggeber die Ausschreibungsbedingungen vorgibt; und ein Bieter durch sein Preisangebot für die Dauer der Zuschlagsfrist dem Auftraggeber das Gestaltungsrecht einräumt, allein durch den Zuschlag (=

Angebotsannahme) den Leistungsvertrag zum angebotenen Preis und zu den Ausschreibungsbestimmungen des Auftraggebers perfekt zu machen. Ein bedingtes Angebot widerspricht aber in einem offenen oder aber nicht offenen Vergabeverfahren den Ausschreibungsbestimmungen und ist damit gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 auszuschließen, da in diesen Vergabeverfahren der Auftraggeber die Ausschreibungsbedingungen vorgibt; und ein Bieter durch sein Preisangebot für die Dauer der Zuschlagsfrist dem Auftraggeber das Gestaltungsrecht einräumt, allein durch den Zuschlag (= Angebotsannahme) den Leistungsvertrag zum angebotenen Preis und zu den Ausschreibungsbestimmungen des Auftraggebers perfekt zu machen.

Mit dem gegenständlich von der Antragstellerin verfassten Begleitschreiben ist aber zusätzlich - im Sinne der gebotenen Auslegung durch einen objektiv redlichen Dritten - rechtlich relevant weiters erwiesen, dass die Antragstellerin keine absolute Gewissheit hatte; und daher darüber im Unklaren war, ob und welche Unterlagen (des Einreichprojekts) sie im Auftragsfall von der Auftraggeberin erhalten würde.

Herr Prokurist Stö*** hat dazu in der Verhandlung am 2.7.2007 insbesondere auch ausgeführt, dass es für die Kalkulation des ausgeschriebenen Auftrags - und damit für die Honorarbildung - bedeutsam wäre, ob ein Auftragnehmer von der Auftraggeberin dafür Unterlagen zur Verfügung gestellt erhält, um letztlich damit die eigene Leistung gemäß Leistungsvertrag erbringen zu können - MVh,

1. 7. Ziffer 7

Liegen aber zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe - erwiesen durch das Begleitschreiben - Ungewissheiten über die honorarbildenden Faktoren vor, wie es eben die Ungewissheit über den Erhalt entweder der straßenbaulichen Unterlagen in digitaler Form oder aber die über den Erhalt der Unterlagen und digitalen Daten des Einreichprojekts sind, so hat sich die Antragstellerin vor ihrer Angebotsabgabe nicht über sämtliche honorarbildenden Faktoren informiert.

Wenn nunmehr erstens auf der Seite 3 von 14 der Bietererklärung der Antragstellerin gemäß dem von ihr verwendeten Vordruck aus den Angebotsunterlagen (= Teil A - 4, Punkt 4.1 der Bietererklärung) geschrieben steht, dass sich die Unternehmung daher über alle honorarbildenden Faktoren so unterrichtet hat, dass sie in der Lage ist, einen in jeder Hinsicht einwandfreien und bindenden Vertrag zu unterzeichnen; und die Antragstellerin zweitens diese Bietererklärung vorbehaltlos unterfertigt hat, widerspricht die Antragstellerin mit ihrem Begleitschreiben dieser Passage der von der Auftraggeberin vorformulierten Bietererklärung.

Die Bietererklärung, wie zitiert, ist gegenständlich Bestandteil der Angebotsunterlagen. Sie ist damit Bestandteil der Ausschreibungsunterlagen gemäß §§ 2 Z 10 und 106 Abs 1 BVergG 2006. Die Bietererklärung, wie zitiert, ist gegenständlich Bestandteil der Angebotsunterlagen. Sie ist damit Bestandteil der Ausschreibungsunterlagen gemäß Paragraphen 2, Ziffer 10 und 106 Absatz eins, BVergG 2006.

Da das Begleitschreiben zum Angebot der Antragstellerin gemeinsam mit dem mit den entsprechenden Vordrucken ausgefüllten Angebotsformular verfasst wurde, ist die Summe der am 12.4.2007 an die Auftraggeberin zugegangenen Erklärungen der Antragstellerin nach der oben bereits dargelegten Vertrauens Theorie so auszulegen, dass die Antragstellerin ihre Dienstleistungen zu den im Angebotsvordruck eingefügten Preisen nur nach Maßgabe des Begleitschreibens angeboten hat.

Punkt 1,203 des Teils A - 1 der Angebotsunterlagen billigt desbezüglich dem Angebotsbegleitschreiben sogar ausdrücklich Rechtswirksamkeit zu.

Dies alles, zumal ja auch § 118 Abs 5 Z 3 BVergG 2006 anordnet, dass wesentliche Erklärungen eines Bieters zu verlesen sind, was vor dem Hintergrund des Sachlichkeitsgebots gemäß dem Gleichheitssatz der Bundesverfassung nicht erforderlich wäre, wenn das BVergG 2006 davon ausginge, dass derartigen Bietererklärungen keine rechtliche Relevanz zukäme. Dies alles, zumal ja auch Paragraph 118, Absatz 5, Ziffer 3, BVergG 2006 anordnet, dass wesentliche Erklärungen eines Bieters zu verlesen sind, was vor dem Hintergrund des Sachlichkeitsgebots gemäß dem Gleichheitssatz der Bundesverfassung nicht erforderlich wäre, wenn das BVergG 2006 davon ausginge, dass derartigen Bietererklärungen keine rechtliche Relevanz zukäme.

Die Antragstellerin hat sohin zusammenfassend durch ihr Begleitschreiben samt den gleichzeitig abgegebenen Angebotsunterlagen insgesamt ein Angebot gelegt, dass entgegen den Ausschreibungsunterlagen erstellt worden ist,

weil die Antragstellerin vor Angebotsabgabe - ausweislich des gegenständlich fraglichen Begleitschreibens - die für ihre Honorar- (= Preis-) bildung notwendige Information (über die von der Auftraggeberin im Auftragsfalls jeweils zur Verfügung gestellten Unterlagen des Einreichprojekts oder aber straßenbaulichen Unterlagen) entgegen der Bietererklärung, Teil A - 4, Punkt 4.1 der Angebotsunterlagen nicht eingeholt hat.

Mangels vorheriger Abklärung dieser kalkulationsrelevanten und damit honorarbildenden Faktoren vor Angebotsabgabe widerspricht das Angebot der Antragstellerin, welches insbesondere auch durch das Begleitschreiben zu den von der Antragstellerin ausgefüllten Angebotsunterlagen zu erschließen ist, den Ausschreibungsunterlagen gemäß § 106 Abs 1 BVergG 2006; und damit auch den Ausschreibungsbestimmungen im Sinne des § 129 Abs 1 Z 7 BVergG 2006. Mangels vorheriger Abklärung dieser kalkulationsrelevanten und damit honorarbildenden Faktoren vor Angebotsabgabe widerspricht das Angebot der Antragstellerin, welches insbesondere auch durch das Begleitschreiben zu den von der Antragstellerin ausgefüllten Angebotsunterlagen zu erschließen ist, den Ausschreibungsunterlagen gemäß Paragraph 106, Absatz eins, BVergG 2006; und damit auch den Ausschreibungsbestimmungen im Sinne des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006.

Das Angebot der Antragstellerin wäre daher von der Auftraggeberin wegen eines den Ausschreibungsbestimmungen widersprechenden Angebots auszuscheiden gewesen.

Die Auftraggeberin hat dieses Begleitschreiben bei der Angebotseröffnung verlesen und durch die Verfassung des Telefax vom 17.4.2007 mit der Antragstellerin erörtert, diesbezüglich allerdings keine formelle Ausscheidensentscheidung gemäß § 129 Abs 3 BVergG 2006 ausgesandt. Die Auftraggeberin hat dieses Begleitschreiben bei der Angebotseröffnung verlesen und durch die Verfassung des Telefax vom 17.4.2007 mit der Antragstellerin erörtert, diesbezüglich allerdings keine formelle Ausscheidensentscheidung gemäß Paragraph 129, Absatz 3, BVergG 2006 ausgesandt.

Das Bundesvergabeamt hat die Verfahrensparteien erstmals am 13.6.2007 mit dem Begleitschreiben wie folgt konfrontiert - Note des Bundesvergabeamt, lfd Nr 34 des Akts:

...

1. 2. Ziffer 2

Das Bundesvergabeamt verweist auf die Angebotsunterlagen und dort insbesondere auf Punkt 1,203 des Teils A der Angebotsunterlagen, also auf die mit "Begleitschreiben zum Angebot" bezeichnete Textpassage der Ausschreibungsgrundlagen.

Diesbezüglich wird gleichzeitig das Begleitschreiben der Antragstellerin zu ihrem Angebot mit übermittelt.

Unter Hinweis auf das VwGH - Erk v 28.3.2007, 2005/04/0200 (rechtliches Gehör zu allenfalls gegebenen, vom Bundesvergabeamt für ein amtswegiges Aufgreifen erwogenen Ausscheidensgründen zu Lasten der Antragstellerin) werden nunmehr sämtliche Adressaten aufgefordert, bis 25.6.2007, 14.00 Uhr einlangend beim Bundesvergabeamt ihren Standpunkt darzulegen, ob die Antragstellerin mit ihrem Angebotsbegleitschreiben einen unzulässigen Vorbehalt zu den Ausschreibungsbedingungen verfasst hat.

...

Die Verfahrensparteien haben nach dieser Note vom 13.6.2007 ihre jeweiligen Standpunkte zu diesem Begleitschreiben in Schriftsätzen dargelegt.

In dem von der (in der angefochtenen Zuschlagsentscheidung für den Zuschlag in Aussicht genommenen) Bietergemeinschaft verfassten Schriftsatz, lfd Nr 41, wurde ausdrücklich vorgebracht, dass bedingte Anbote unzulässig wären. Dieser Schriftsatz wurde der Antragstellerin wiederum zur Äußerung zugestellt und wurde sohin auch diese Begründung (des unzulässig bedingten Angebots) als ein im Nachprüfungsverfahren ausdrücklich relevanter Ausscheidensgrund mit der Antragstellerin erörtert.

In der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt am 2.7.2007 erfolgte vorerst insbesondere eine zeugenschaftliche Befragung des Herrn C*** Stö*** zum Inhalt und zur Bedeutung des Begleitschreibens zum Angebot der Antragstellerin.

Schlußendlich wurde das Ermittlungsverfahren in der Verhandlung am 2.7.2007 auf die Frage eingeschränkt, ob die Antragstellerin durch ihr Begleitschreiben zum Angebot einen Ausscheidensgrund dahin verwirklicht hat, dass sie ein der Seite 3 von 14 der Bietererklärung, Teil A 4, Punkt. 4.1, widersprechendes Angebot abgegeben hat.

Das Bundesvergabeamt hat daher der Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren entsprechend Gelegenheit gegeben, die in diesem Bescheid als spruchtragend herangezogenen Ausscheidensgründe anzuzweifeln; wie dies zB entsprechend VwGH 28.3.2007, 2005/04/0200 bzw entsprechend dem EuGH in der Rs C- 249/01 "Hackermüller" rechtlich geboten ist.

Da das Bundesvergabeamt der Antragstellerin zu den amtswegig erkannten Ausscheidensgründen - wie vorstehend dargelegt - hinreichend rechtliches Gehör gewährt hat, konnte dem Nachprüfungsantrag der Erfolg versagt werden, da nach einer derartigen Erörterung der Schaden der Antragstellerin - wie er in § 320 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 als Voraussetzung für den Einstieg in die Entscheidungsprüfung gemäß § 325 Abs 1 BVergG 2006 genannt ist - verneint werden durfte. Da das Bundesvergabeamt der Antragstellerin zu den amtswegig erkannten Ausscheidensgründen - wie vorstehend dargelegt - hinreichend rechtliches Gehör gewährt hat, konnte dem Nachprüfungsantrag der Erfolg versagt werden, da nach einer derartigen Erörterung der Schaden der Antragstellerin - wie er in Paragraph 320, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 als Voraussetzung für den Einstieg in die Entscheidungsprüfung gemäß Paragraph 325, Absatz eins, BVergG 2006 genannt ist - verneint werden durfte.

Dieses Verfahrensergebnis ist nunmehr noch vor dem Hintergrund des Vorbringens der Antragstellerin insbesondere in der Verhandlung am 2.7.2007 sowie weiters in deren Schriftsatz vom 4.7.2007 zu erörtern.

Die Antragstellerin weist in diesem Vorbringen einerseits auf den Beschluss des deutschen Bundesgerichtshofs BGH 26.9.2006, GZ X ZB 14/06 hin, der nicht auf der gleichen Linie wie das VwGH - Erkenntnis vom 28.3.2007, 2005/04/0200 liegt, soweit es um die Nachprüfungsbefugnis des zu Recht ausgeschiedenen Bieters (oder aber des auszuscheidenden Bieters) geht. Die Antragstellerin weist in diesem Vorbringen einerseits auf den Beschluss des deutschen Bundesgerichtshofs BGH 26.9.2006, GZ römisch zehn ZB 14/06 hin, der nicht auf der gleichen Linie wie das VwGH - Erkenntnis vom 28.3.2007, 2005/04/0200 liegt, soweit es um die Nachprüfungsbefugnis des zu Recht ausgeschiedenen Bieters (oder aber des auszuscheidenden Bieters) geht.

Andererseits bringt die Antragstellerin dort vor, dass die Auftraggeberin in der zweiten Stufe des hier streitgegenständlichen, nicht offenen Vergabeverfahrens zwei verschiedene Versionen von Angebotsunterlagen versandt hat und diese sich im Bereich der Zuschlagskriterien unterscheiden sollen.

Vorliegender Fall gab für erkennenden Senat vorerst keinen Anlass, unter Berücksichtigung des VwGH - Erk 2005/04/0200 in Gegenüberstellung zum gleichfalls vor dem Hintergrund der RL 89/665/EWG ergangenen Beschluss des BGH X ZB 14/06 eine Vorabentscheidung gemäß Art 234 EGV einzuholen, in welcher die Antragslegitimation des auszuscheidenden Bieters hinterfragt werden könnte. Vorliegender Fall gab für erkennenden Senat vorerst keinen Anlass, unter Berücksichtigung des VwGH - Erk 2005/04/0200 in Gegenüberstellung zum gleichfalls vor dem Hintergrund der RL 89/665/EWG ergangenen Beschluss des BGH römisch zehn ZB 14/06 eine Vorabentscheidung gemäß Artikel 234, EGV einzuholen, in welcher die Antragslegitimation des auszuscheidenden Bieters hinterfragt werden könnte.

Das Bundesvergabeamt ist nämlich ein zur Vorlage berechtigtes, aber kein (bei bloßen Auslegungsfragen des Gemeinschaftsrechts) zur Vorlage verpflichtetes Gericht, so dass der erkennende Senat in pflichtgemäßer Ausübung des insoweit eingeräumten Ermessens rücksichtlich der bislang bekannten Tatsachen von einer Vorlage gemäß Art 234 EGV Abstand genommen hat. Das Bundesvergabeamt ist nämlich ein zur Vorlage berechtigtes, aber kein (bei bloßen Auslegungsfragen des Gemeinschaftsrechts) zur Vorlage verpflichtetes Gericht, so dass der erkennende Senat in pflichtgemäßer Ausübung des insoweit eingeräumten Ermessens rücksichtlich der bislang bekannten Tatsachen von einer Vorlage gemäß Artikel 234, EGV Abstand genommen hat.

Dass die Auftraggeberin gegenständlich 2 verschiedene Versionen von Angebotsunterlagen an die Antragstellerin versandt hat, kann auf Basis der aktuellen VwGH - Rechtsprechung dem Nachprüfungsantrag deshalb nicht zum Erfolg verhelfen, da die Antragstellerin unstrittig beim Bundesvergabeamt die Angebotsunterlagen nicht zum Gegenstand eines Antrags auf Nichtigerklärung der Ausschreibungsbestimmungen bzw Aufforderung zur Angebotsabgabe bzw zum Gegenstand eines Antrags auf Nichtigerklärung einer sonstigen Festlegung während der Angebotsfrist gemacht hat - §§ 2 Z 16 lit a) sublit bb) iVm Z 16 lit b) iVm 321 BVergG 2006 iVm VwGH 2004/04/0105 [nicht gesondert

anfechtbare Entscheidungen müssen bei sonstiger Bestandskraft/Präklusion mit der nächsten gesondert anfechtbaren angefochten werden und können nicht eigenständig angefochten werden]. Dass die Auftraggeberin gegenständlich 2 verschiedene Versionen von Angebotsunterlagen an die Antragstellerin versandt hat, kann auf Basis der aktuellen VwGH - Rechtsprechung dem Nachprüfungsantrag deshalb nicht zum Erfolg verhelfen, da die Antragstellerin unstrittig beim Bundesvergabeamt die Angebotsunterlagen nicht zum Gegenstand eines Antrags auf Nichtigerklärung der Ausschreibungsbestimmungen bzw Aufforderung zur Angebotsabgabe bzw zum Gegenstand eines Antrags auf Nichtigerklärung einer sonstigen Festlegung während der Angebotsfrist gemacht hat - Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a,) Sub-Litera, b, b,) in Verbindung mit Ziffer 16, Litera b,) in Verbindung mit 321 BVergG 2006 in Verbindung mit VwGH 2004/04/0105 [nicht gesondert anfechtbare Entscheidungen müssen bei sonstiger Bestandskraft/Präklusion mit der nächsten gesondert anfechtbaren angefochten werden und können nicht eigenständig angefochten werden].

Dies, obwohl die Antragstellerin die Diskrepanz - unbeschadet der Frage erfolgten tatsächlichen Kenntnisnahme - spätestens bei Erhalt der nachmalig von ihr für die Angebotslegung verwendeten Papier - Version gelegentlich der Auspreisung der Bieterlücken erkennen hätte können, was aber logisch vor dem Schlusstermin für die Angebotsabgabe gewesen sein muss.

Die e-mail - Version der Angebotsunterlagen hat die Antragstellerin ausweislich ihres Vorbringens jedenfalls am 6.3.2007 erhalten.

Die Angebotsfrist ist gegenständlich am 12.4.2007 abgelaufen.

Hat die Antragstellerin die (Papierversion der) Angebotsunterlagen gemeinsam mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe; oder eben als Aufforderung zur Angebotsabgabe erhalten, ist die Frist gemäß § 321 Abs 1 Z 7 BVergG zur Stellung eines diesbezüglichen Nichtigerklärungsbegehren am 2.7.2007 schon längst abgelaufen gewesen. Hat die Antragstellerin die (Papierversion der) Angebotsunterlagen gemeinsam mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe; oder eben als Aufforderung zur Angebotsabgabe erhalten, ist die Frist gemäß Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG zur Stellung eines diesbezüglichen Nichtigerklärungsbegehren am 2.7.2007 schon längst abgelaufen gewesen.

Ergäbe sich auf Tatsachenebene, dass die verschiedenen Versionen der Angebotsunterlagen je für sich oder auch nur in einem Fall als sonstige Festlegung während der Angebotsfrist zu bewerten wären, ist die Frist gemäß § 321 Abs 1 Z 7 BVergG 2006 14 Tage danach, und daher keinesfalls mehr am 2.7.2007 offen gewesen. Geht man für die Klärung der Rechtsmittelfrist gegen verschiedene Versionen von Angebotsunterlagen von der Einschlägigkeit des § 321 Abs 2 BVergG 2006 aus, waren die Anfechtungsfristen diesbezüglich bereits vor dem Schlusstermin für die Angebotsabgabe beendet. Rücksichtlich der vorstehenden Fristüberlegungen musste das Bundesvergabeamt betreffend das erstmals am 2.7.2007 erstattete Vorbringen der Antragstellerin derselben auch nicht Gelegenheit geben, gemäß § 13 Abs 3 AVG im Rahmen einer allfälligen Antragsverbesserung ein Nichtigerklärungsbegehren zur Bekämpfung der die Angebotsunterlagen beinhaltenden gesondert anfechtbaren Entscheidung nachzutragen. Ergäbe sich auf Tatsachenebene, dass die verschiedenen Versionen der Angebotsunterlagen je für sich oder auch nur in einem Fall als sonstige Festlegung während der Angebotsfrist zu bewerten wären, ist die Frist gemäß Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 14 Tage danach, und daher keinesfalls mehr am 2.7.2007 offen gewesen. Geht man für die Klärung der Rechtsmittelfrist gegen verschiedene Versionen von Angebotsunterlagen von der Einschlägigkeit des Paragraph 321, Absatz 2, BVergG 2006 aus, waren die Anfechtungsfristen diesbezüglich bereits vor dem Schlusstermin für die Angebotsabgabe beendet. Rücksichtlich der vorstehenden Fristüberlegungen musste das Bundesvergabeamt betreffend das erstmals am 2.7.2007 erstattete Vorbringen der Antragstellerin derselben auch nicht Gelegenheit geben, gemäß Paragraph 13, Absatz 3, AVG im Rahmen einer allfälligen Antragsverbesserung ein Nichtigerklärungsbegehren zur Bekämpfung der die Angebotsunterlagen beinhaltenden gesondert anfechtbaren Entscheidung nachzutragen.

Die Antragstellerin ist gemäß VwGH v 28.3.2007,2005/04/0200 in der Phase der Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung gemäß § 2 Z 16 lit a) sublit bb) BVergG 2006 diesbezüglich eben nicht mehr schutzwürdig, da sie die Angebotsunterlagen - zusammenfassend - nicht zum Gegenstand eines fristgerechten Nachprüfungsantrags beim Bundesvergabeamt gemacht hat. Die Antragstellerin ist gemäß VwGH v 28.3.2007,2005/04/0200 in der Phase der Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a,) Sub-Litera, b, b,) BVergG 2006 diesbezüglich eben nicht mehr schutzwürdig, da sie die Angebotsunterlagen - zusammenfassend - nicht zum Gegenstand eines fristgerechten Nachprüfungsantrags beim Bundesvergabeamt gemacht hat.

Dieses Ergebnis des der Antragstellerin diesbezüglich fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses wird überdies dadurch gestützt, dass die Diskrepanz der Angebotsunterlagen - Versionen nicht als Rechtswidrigkeitsgrund gemäß § 322 Abs 1 Z 6 BVergG 2006 am 30.5.2007 angeführt wurde, sondern erst am 2.7.2007 vorgebracht wurde. Dieses Ergebnis des der Antragstellerin diesbezüglich fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses wird überdies dadurch gestützt, dass die Diskrepanz der Angebotsunterlagen - Versionen nicht als Rechtswidrigkeitsgrund gemäß Paragraph 322, Absatz eins, Ziffer 6, BVergG 2006 am 30.5.2007 angeführt wurde, sondern erst am 2.7.2007 vorgebracht wurde.

§ 322 Abs 1 Z 6 BVergG 2006 gebietet aber nach Auffassung des erkennenden Senats in verfassungs- und gemeinschaftsrechtskonformer Auslegung, dass zumindest erkennbare Rechtswidrigkeiten des Vergabeverfahrens als Rechtswidrigkeitsgrund in einem Nachprüfungsantrag angegeben werden, um die durch das Nachschieben von Gründen drohende Verzögerung des Verfahrensablaufs zu vermeiden. Paragraph 322, Absatz eins, Ziffer 6, BVergG 2006 gebietet aber nach Auffassung des erkennenden Senats in verfassungs- und gemeinschaftsrechtskonformer Auslegung, dass zumindest erkennbare Rechtswidrigkeiten des Vergabeverfahrens als Rechtswidrigkeitsgrund in einem Nachprüfungsantrag angegeben werden, um die durch das Nachschieben von Gründen drohende Verzögerung des Verfahrensablaufs zu vermeiden.

Damit kann der Aspekt der zwei verschiedenen Angebotsunterlagen - Versionen auch deshalb nicht zum Erfolg des Nachprüfungsantrags führen.

Wenn die Antragstellerin zudem in der Verhandlung am 2.7.2007 eine e-mail - Version der Angebotsunterlagen vorlegt, die dem von der Antragstellerin bei ihrer Angebotsverfassung verwendeten Papierexemplar im Punkte der Zuschlagskriterien nicht zur Gänze entspricht, ist ihr entgegen zu halten, dass nach den eigenen Angaben in der Verhandlung die Seite 3 von 14 der Bietererklärung

A - 4 (aus den Angebotsunterlagen) in beiden Versionen gleich ist

- -Strichaufzählung
Angabe des Rechtsanwalts der Antragstellerin, MVh, 13. Demnach führen beide Versionen der Angebotsunterlagen dazu, dass sich eine Bieterin vor Angebotsabgabe über die honorarbildenden Faktoren zu informieren hat. Das Begleitschreiben der Antragstellerin führt bei beiden Versionen dazu, dass damit ein mangels vorheriger Information über die honorarbildenden Faktoren
- -Strichaufzählung
ausschreibungswidriges Angebot gelegt wurde.

Ein Angebot, das im Punkte der Honorar-, also Preisangaben überdies durch das Begleitschreiben bedingt formuliert ist, ist überdies bereits deshalb in einem nicht offenen Verfahren gemäß §§ 19 Abs 1 und 104 Abs 2 (unter Berücksichtigung der §§ 126 Abs 2 und 127) BVergG 2006 auszuschneiden. Ein Angebot, das im Punkte der Honorar-, also Preisangaben überdies durch das Begleitschreiben bedingt formuliert ist, ist überdies bereits deshalb in einem nicht offenen Verfahren gemäß Paragraphen 19, Absatz eins und 104 Absatz 2, (unter Berücksichtigung der Paragraphen 126, Absatz 2 und 127) BVergG 2006 auszuschneiden.

Kommt damit das Angebot der Antragstellerin für die Zuschlagserteilung nicht in Betracht, kommt der Antragstellerin eben keine Antragslegitimation wider eine anderweitig ergehende Zuschlagsentscheidung zu - siehe nochmals zB VwGH Zlen 2005/04/0200 und 2005/04/0103, 0106.

Bei dem nunmehr dargelegten Beurteilungsergebnis kann es gemäß § 39 Abs 3 AVG dahinstehen, ob die Antragstellerin vor dem Hintergrund der Seite 3 des Teils 1 der Teilnahmeunterlagen vom Vergabeverfahren wegen unwahrer Angaben im Vergabeverfahren auszuschließen wäre, wenn sie durch die Unterfertigung der Bietererklärung, Punkt 4.1 des Teils A - 1 der Angebotsunterlagen entgegen den Tatsachen bestätigt hat, dass sie sich über die honorarbildenden Faktoren vor Angebotslegung informiert hat. Es kann weiters dahinstehen, ob die Antragstellerin auch deshalb vom Vergabeverfahren auszuschließen wäre, weil sie bei ihren Referenzangaben beim anzugebenden Referenzprojekt C gemäß dem Teil A - 1 der Angebotsunterlagen jeweils Mitarbeiter beim Projekt A5 Ei*** - Schri*** bei der Planungsphase EP inkl UVP als Referenzträger benannt hat. Dies, obwohl bei der A5 Ei*** - Schri*** das Umweltverträglichkeitsprüfungsverfahren noch zur Trassenfestlegungsverordnung BGBl II/2005/131 führte; während nach dem Parteinenvorbringen die Antragstellerin die dem damaligen UVP - Verfahren nachgelagerten wasserrechtlichen und landestraßenrechtlichen Einreichprojekte betreut hat. Diesbezüglich hätte sich nämlich einerseits die Frage gestellt, ob der rein objektiv formulierte Ausschlussgrund der unwahren Angabe im

Vergabeverfahren gemäß Seite 3 des Teils 1 der Teilnahmeantragsunterlage in der zweiten Stufe des nicht offenen Verfahrens weiter Anwendung findet, oder ob dieser Ausschlussgrund durch den (weiteren) Ausschlussgrund der vorsätzlich unrichtigen und unwahren Referenzangabe gemäß Seite 11 von 21 des Teils A - 1 der Angebotsunterlagen verdrängt worden ist. Bei dem nunmehr dargelegten Beurteilungsergebnis kann es gemäß Paragraph 39, Absatz 3, AVG dahinstehen, ob die Antragstellerin vor dem Hintergrund der Seite 3 des Teils 1 der Teilnahmeantragsunterlagen vom Vergabeverfahren wegen unwahrer Angaben im Vergabeverfahren auszuschließen wäre, wenn sie durch die Unterfertigung der Bietererklärung, Punkt 4.1 des Teils A - 1 der Angebotsunterlagen entgegen den Tatsachen bestätigt hat, dass sie sich über die honorarbildenden Faktoren vor Angebotslegung informiert hat. Es kann weiters dahinstehen, ob die Antragstellerin auch deshalb vom Vergabeverfahren auszuschließen wäre, weil sie bei ihren Referenzangaben beim anzugebenden Referenzprojekt C gemäß dem Teil A - 1 der Angebotsunterlagen jeweils Mitarbeiter beim Projekt A5 Ei*** - Schri*** bei der Planungsphase EP inkl UVP als Referenzträger benannt hat. Dies, obwohl bei der A5 Ei*** - Schri*** das Umweltverträglichkeitsprüfungsverfahren noch zur Trassenfestlegungsverordnung BGBl II/2005/131 führte; während nach dem Parteivorbringen die Antragstellerin die dem damaligen UVP - Verfahren nachgelagerten wasserrechtlichen und landestraßenrechtlichen Einreichprojekte betreut hat. Diesbezüglich hätte sich nämlich einerseits die Frage gestellt, ob der rein objektiv formulierte Ausschlussgrund der unwahren Angabe im Vergabeverfahren gemäß Seite 3 des Teils 1 der Teilnahmeantragsunterlage in der zweiten Stufe des nicht offenen Verfahrens weiter Anwendung findet, oder ob dieser Ausschlussgrund durch den (weiteren) Ausschlussgrund der vorsätzlich unrichtigen und unwahren Referenzangabe gemäß Seite 11 von 21 des Teils A - 1 der Angebotsunterlagen verdrängt worden ist.

Andererseits hätte sich rücksichtlich des Ausschlussgrunds der vorsätzlich unrichtigen und unwahren Referenzangabe, wie zitiert, auch noch die Frage gestellt, ob der Antragstellerin diesbezüglich zumindest bedingter Vorsatz nachweisbar gewesen wäre, bzw ob der von der Auftraggeberin verwendete Vorsatzbegriff entsprechend der Vorsatz- oder aber der Schuldtheorie auszulegen ist.

Durch die Zurückweisung des Nichtigerklärungsantrags sind insbesondere auch die Einwendungen der Bietergemeinschaft miterledigt - § 59 Abs 1 AVG. Durch die Zurückweisung des Nichtigerklärungsantrags sind insbesondere auch die Einwendungen der Bietergemeinschaft miterledigt - Paragraph 59, Absatz eins, AVG.

Die Abweisung des Ersatzantrags betreffend die von der Antragstellerin an das Bundesvergabeamt entrichteten Pauschalgebühren ist gesetzliche Folge des Unterliegens der Antragstellerin mit ihrem Nichtigerklärungsbegehren - § 319 Abs 1 bzw Abs 2 Z 1 BVergG 2006, wobei dieser Ausspruch gemäß §§ 319 Abs 3 iVm 303 Abs 1 BVergG 2006 insgesamt vom Senat zu treffen war. Die Abweisung des Ersatzantrags betreffend die von der Antragstellerin an das Bundesvergabeamt entrichteten Pauschalgebühren ist gesetzliche Folge des Unterliegens der Antragstellerin mit ihrem Nichtigerklärungsbegehren - Paragraph 319, Absatz eins, bzw Absatz 2, Ziffer eins, BVergG 2006, wobei dieser Ausspruch gemäß Paragraphen 319, Absatz 3, in Verbindung mit 303 Absatz eins, BVergG 2006 insgesamt vom Senat zu treffen war.

Schlagworte

Ausscheidensgrund, amtswegiges Aufgreifen, Zurückweisung des Nachprüfungsantrages;

Dokumentnummer

VERGT_20070709_N_0055_BVA_08_2007_86_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