

TE Verg Bescheid 2007/3/26 N/0102-BVA/04/2006-83

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 26.03.2007

Norm

BVergG 2006 §19 Abs1

BVergG 2006 §101 Abs4

BVergG 2006 §125 Abs3 Z2

BVergG 2006 §125 Abs4 Z3

BVergG 2006 §129 Abs1 Z3

1. BVergG 2006 § 19 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 101 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 125 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 125 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

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

Text

Bescheid

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 4, Dr. Margit Möslinger-Gehmayr, und Gen.Lt. Ing. Mag. Dr. Ernst Hladik als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Helmut Heindl als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BundesvergabeGesetz 2006 (BVergG 2006), BGBl. I Nr. 17/2006, betreffend das Vergabeverfahren "A 2 Süd Autobahn, Gleisdorf West - Laßnitzhöhe, Straßen- und Brückeninstandsetzung" des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, über den Antrag der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A***, 2. B***,

3. C***, alle vertreten durch X***, vom 7.12.2006, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 4, Dr. Margit Möslinger-Gehmayr, und Gen.Lt. Ing. Mag. Dr. Ernst Hladik als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Helmut Heindl als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG 2006), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, betreffend das Vergabeverfahren "A 2 Süd Autobahn, Gleisdorf West - Laßnitzhöhe, Straßen- und Brückeninstandsetzung" des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, über den Antrag der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A***, 2. B***, 3. C***, alle vertreten durch X***, vom 7.12.2006, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Dem Antrag, "die angefochtene Entscheidung der Antragsgegnerin, dem Angebot der BG bestehend aus D*** und E*** (Nettoangebotssumme Euro 24.337.254,16) den Zuschlag zu erteilen, für nichtig zu erklären", wird stattgegeben.

Die Zuschlagsentscheidung vom 23.11.2006 wird für nichtig erklärt.

II.römisch zwei.

Dem Antrag, "die Antragsgegnerin in den Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag (Euro 5.000,--) und für den Antrag auf einstweilige Verfügung (Euro 5.000,--) von insgesamt Euro 10.000,-- zu verfallen", wird stattgegeben.

Die Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) hat der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A***, 2. B***, und 3. C***, den Betrag von Euro 10.000,-- für die vom Antragsteller gemäß § 318 Abs 1 BVerG 2006 für den Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs 1 BVerG 2006 entrichtete Pauschalgebühr sowie für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 328 Abs 1 BVerG 2006 entrichtete Pauschalgebühr binnen zwei Wochen ab Zustellung dieses Bescheides bei sonstiger Exekution zu ersetzen. Die Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) hat der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A***, 2. B***, und 3. C***, den Betrag von Euro 10.000,-- für die vom Antragsteller gemäß Paragraph 318, Absatz eins, BVerG 2006 für den Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVerG 2006 entrichtete Pauschalgebühr sowie für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVerG 2006 entrichtete Pauschalgebühr binnen zwei Wochen ab Zustellung dieses Bescheides bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Die Ausschreibungsbekanntmachung zum Vergabeverfahren "A 2 Süd Autobahn, Gleisdorf West - Laßnitzhöhe, Straßen- und Brückeninstandsetzung" wurde am 20.7.2006 im Amtsblatt der Wiener Zeitung/ Rubrik Amtlicher Lieferanzeiger zu L 333351 veröffentlicht. Der als Bauauftrag qualifizierte Auftragsgegenstand soll in Form eines offenen Verfahrens nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden.

Unter Pkt. B 1 (Ausschreibungsgrundlagen), Unterpunkt 1,202 wurde darauf hingewiesen, dass die vergebende Stelle sämtliche notwendige Änderungen/Berichtigungen der Ausschreibung und erforderlichenfalls auch der Bekanntmachung iSd § 90 BVerG 2006 durchführe. Der Bieter sei verpflichtet, diese Änderungen/Bekanntmachungen bei seiner Angebotslegung als integrierender Bestandteil der Ausschreibung zu berücksichtigen, ansonsten das Angebot als unvollständig ausgeschieden werde. Unter Pkt. B 1 (Ausschreibungsgrundlagen), Unterpunkt 1,202 wurde darauf hingewiesen, dass die vergebende Stelle sämtliche notwendige Änderungen/Berichtigungen der Ausschreibung und erforderlichenfalls auch der Bekanntmachung iSd Paragraph 90, BVerG 2006 durchführe. Der Bieter sei verpflichtet, diese Änderungen/Bekanntmachungen bei seiner Angebotslegung als integrierender Bestandteil der Ausschreibung zu berücksichtigen, ansonsten das Angebot als unvollständig ausgeschieden werde.

Die Ausschreibungsunterlagen wurden insgesamt fünf Mal berichtigt. Die zweite Berichtigung schloss mit einer Erklärung des Bieters ab, alle Teile der zweiten Berichtigung erhalten und verstanden zu haben. Dies war mit einer rechtsgültigen Fertigung durch den Bieter zu bestätigen. Mit der dritten Berichtigung wurde die am 14.7.2006 beginnende Angebotsfrist bis zum 5.9.2006 verlängert. In der Bekanntmachung der vierten Berichtigung wurde auch darauf hingewiesen, dass diese sowie die Berichtigungen 1 - 3 dem Angebot unterschrieben beizulegen seien. Die vierte Berichtigung war in einer abschließenden Rubrik durch den Bieter zu fertigen. Zur fünften Berichtigung wurde in der Bekanntmachung wiederum ausgeführt, dass diese sowie die Berichtigungen 1 - 4 dem Angebot unterschrieben beizulegen seien. Sie enthielt eine Rubrik zur Unterfertigung durch den Bieter.

Unter Berücksichtigung der Berichtigungen wurde in der Ausschreibung unter Punkt B.8 (Erklärungen des Bieters) unter Unterpunkt 8,3 (Wesentliche Unterlagen zum Angebot) Folgendes ausgeführt:

".....

8,3 Wesentliche Unterlagen zum Angebot:

8,301 Gesetzlich geforderte wesentliche Unterlagen, die mit dem Angebot als dessen Bestandteil abzugeben sind (sofortige Ausscheidungssanktion):

Wir schließen hier folgende wesentliche Unterlagen zum ausschreibungsgemäßen Angebot als dessen Bestandteile (getrennt für

Auftraggeber-Entwurf und, falls angeboten, für die Auftraggeber-Variante) bei, andernfalls das Angebot ausgeschieden wird.

.....

8,302 Auf Anforderung nachzureichende Unterlagen

sind innerhalb 7 Kalendertagen als integrierender Bestandteil

des Angebotes

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

Aus terminlichen Gründen wird der Bieter ersucht, alle mit X gekennzeichneten Unterlagen bereits mit dem Angebot vorzulegen. Aus terminlichen Gründen wird der Bieter ersucht, alle mit römisch zehn gekennzeichneten Unterlagen bereits mit dem Angebot vorzulegen.

8.3.2.1

Technischer Bericht zur Bauausführung

8.3.2.2

.....

8.3.2.3

.....

8.3.2.4

.....

8.3.2.5

.....

8.3.2.6

.....

8.3.2.7

.....

8.3.2.8

Sämtliche Material- bzw. Systemeignungsnachweise

bzw. Prüfzeugnisse

8.3.2.9

Erklärung hinsichtlich durchgeführter einschlägiger

Arbeiten unter den angeführten Bedingungen (Anhang

B8.5.5)

X8.3.2.10

Kalkulationsformblätter K 3

X8.3.2.11

Kalkulationsformblätter K 4

8.3.2.12

.....

X8.3.2.14

Kalkulationsformblätter K7 als sachgemäße und vollständige Preisaufgliederung bzw Herleitung der jeweiligen einzelnen Position für alle wesentlichen Positionen. (gebunden oder geheftet)

.....

.....

....."

Neben der Bietergemeinschaft, bestehend aus 1. A***, 2. B*** und

1. 3.Ziffer 3

C*** (in der Folge Antragsteller), die neben einem Hauptangebot sechs Abänderungsanbote legte, legte auch die Bietergemeinschaft bestehend aus 1. D*** und 2. E*** (in der Folge präsumtiver Zuschlagsempfänger) ein Angebot mit einem Preis von Euro 24.337.254,16.

Anders als beim Angebot des Antragstellers lagen dem Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers nur die zweite, vierte und fünfte Berichtigung mit Unterschrift bestätigt bei. Für die Leistung zu den Straßenmarkierungsarbeiten wurde als Subunternehmer die F*** mit einem prozentuellen Anteil der Subunternehmerleistung an der Gesamtleistung in der Höhe von 2,31% benannt. Aus einem dem Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers beigelegten Handelsregisterauszug des Handelsgerichtes Passau vom 19.7.2006 ergibt sich, dass M***, Geschäftsführer mit einer Einzelvertretungsberechtigung der E*** mit Sitz in Passau ist. Mit der vom präsumtiven Zuschlagsempfänger unterfertigten Schlusserklärung wurde erklärt, sämtliche in den Beilagen B 1 bis B 8 vom Auftraggeber festgelegten Bedingungen ohne Einschränkung anzuerkennen und zu bestätigen, alle geforderten Unterlagen ausschreibungsgemäß hergestellt und in den Beilagen B 7 und B 8 beigelegt zu haben.

Nach Anbotsöffnung am 19.9.2006 erfolgte die Prüfung der Angebote. Mit Telefaxmitteilung vom 21.9.2006 wurde der präsumtive Zuschlagsempfänger aufgefordert, die fehlenden Berichtigungen 1 und 3 bis zum 25.9.2006 aufzuklären. Dazu erklärte der präsumtive Zuschlagsempfänger, die genannten Berichtigungen im Angebot berücksichtigt zu haben. Auf Grund des fehlenden Platzes bei den Berichtigungen sei nicht gesondert gefertigt worden. Außerdem seien mit der Unterfertigung des gesamten Angebotes sämtliche Berichtigungen konkludent mitunterschieden worden.

Mit Telefaxmitteilung vom 26.9.2006 wurde der präsumtive Zuschlagsempfänger zur Nachreichung von Unterlagen bzw Punkteaufklärung bis zum 3.10.2006 aufgefordert. Dies betraf zum einen Nachweise betreffend die im Angebot genannten Subunternehmer, wie beispielsweise F***. Zum anderen waren u.a. wesentliche Unterlagen zum Angebot (B,3) insbesondere Unterpunkt 8,302 "nachzureichende Unterlagen" erfasst, die nachfolgend aufgezählt werden:

- "-Strichaufzählung
8.3.2.1 Technischer Bericht zur Bauführung
- "-Strichaufzählung
8.3.2.3. Bauprogramm/Bauzeitplan
- "-Strichaufzählung
8.3.2.8 Sämtliche Material bzw. Systemeignungsnachweise bzw Prüfungszeugnisse für:

Zement, insbesondere für die Betondeckenherstellung,

Straßenbaubitumen, Zuschlagsstoffe Betonherstellung,

Zusatzmittel Betondeckenherstellung, Mittel zu

Nachbehandlung des Deckenbetons, Zuschlagsstoffe

bituminöse Deck- und Tragschicht, ungebundene

Tragschichten: RK, KK, ZGKK

....."

Mit Schreiben vom 3.10.2006 legte der präsumtive

Zuschlagsempfänger neben anderen nachgeforderten Nachweisen

betreffend den Zement Folgendes vor:

1. Prüfbericht des Forschungsinstituts der Vereinigung der

österreichischen Zementindustrie vom 14.2.2006

"

PRÜFBERICHT

Prüfung von Zement nach:

1. EN 197-1:2000

2. ÖNORM B 3327-1:2006

Auftraggeber: O***

Prüfgegenstand: Zement-Stichprobe vom 21.10.2005

(Fremdüberwachung)

EG-Konformitätszertifikat (Nr): 0989-CPD-0420

Normbezeichnung des Zements: Portlandhüttenzement EN 197-1-CEM

II/B-S 42,5 N

Zusätzliche Identifizierung: (DZ)

Allfällige Handelsbezeichnung: "der graue"

Herstellwerk: O***

Probenahme: nach ÖNORM EN 196-7 im Herstellwerk aus Silo 6,

durchgeführt von Herrn P*** (VÖZFI)

Auffälligkeiten: keine

(bei der Probe bzw. Probenahme)

Eingangsdatum der Probe: 21.10.2005 Eingangsnummer: M 05/0618"

"

nicht darstellbare Tabelle

....."

Mit Schreiben vom 23.10.2006 wurde der präsumtive Zuschlagsempfänger zur Unterfertigung der Berichtigungen und Retournierung bzw Übergabe beim Aufklärungsgespräch am 30.10.2006 aufgefordert. Zur Vorbereitung dieses Aufklärungsgesprächs wurde dem präsumtiven Zuschlagsempfänger ein Fragenkatalog übermittelt, in dem auch auf Positionen in den K7-Kalkulationsblättern zur zweischichtigen Betondecke Bezug genommen wurde. Beim Bietergespräche am 30.10.2006 wurden dem präsumtiven Zuschlagsempfänger in diesem Zusammenhang vom Auftraggeber Fragen gestellt, die der präsumtive Zuschlagsempfänger wie folgt beantwortete:

"

Frage 10: 01 01 17.0412A Z 2-schicht.Betondecke

(W);D=25cm;B=13,5m

01 01 17.0412B Z 2-schicht.Betondecke (W);D=25cm;B=Var.

01 01 17.0412C Z 2-schicht.Betondecke (W);D=25cm; Objekte

01 01 17.0412D Z 2-schicht.Betondecke (W);D=25cm;B=11,5m

01 01 17.0412E Z 2-schicht. Betondecke (W);D=25cm;erschwert

1. a)Litera a

Erläutern Sie die Kalkulationssätze. Erläutern Sie die Materialanteile für den Oberbeton und den Unterbeton. Erklären Sie das Zustandekommen der niedrigen Einheitspreise. Klären Sie diesen Umstand auf.

2. b)Litera b

Aufklärung der ungewöhnlich niedrigen Einheitspreise der Positionen in der HG 01 (Straßenbau), speziell Pos 01 01 17.0412A
Z 2-schicht.Betondecke, 25cm, (EP = 9,04Euro/m² !!Ziffer 2 -, s, c, h, i, c, h, t, Punkt B, e, t, o, n, d, e, c, k, e, 25 c, m,, (EP = 9,04Euro/m² !!!

Mengenvordersatz: 220.000m²). Der Ansatz Unterbeton mit 21,0Euro/m³ erscheint sehr niedrig. Klären Sie diesen Umstand auf.

1. c)Litera c

Alle Positionen haben die gleiche EPe, unabhängig der unterschiedlichen Breiten (13,5m, 11,5, var..). Klären Sie diesen Umstand auf.

2. d)Litera d

Es ist aus keiner Kalkulation das Umbauen der Fertiger auf veränderte Breiten ersichtlich. Klären Sie diesen Umstand auf.

Antworten:

1. a)Litera a

Material und Mannschaft wurden für den Zeitraum festgelegt. Die kalkulierten

Gesamtkosten wurden zu gleichen Teilen auf alle Positionen heruntergebrochen.

1. b)Litera b

Als Neumaterial für die Herstellung des Unterbetons wird nur der Sand
genommen. Die restlichen Zuschläge werden, bei entsprechender Eignung
gem. RVS, aus dem Betonabbruch gewonnen. Sollte dies nicht möglich sein,
wird der gesamte Unterbeton mit Neumaterial zu den angebotenen
Preisen
hergestellt und eingebaut.

1. c)Litera c

Siehe a)

2. d)Litera d

Siehe a)

....."

Die Berichtigungen 1 und 3 wurden dem Auftraggeber rechtsgültig unterfertigt im Zuge des Bietergespräches übergeben.

Eine weitere schriftliche Anfrage an den präsumtiven Zuschlagsempfänger erfolgte am 8.11.2006 u.a. zum Kalkulationsthema zu den oben angeführten Positionen, die bis zum 13.11.2006 zu beantworten waren. Sie umfasste folgende Fragen:

" Frage 1: zu Pos. 01 01 17.0412A. -B, -C, -D und -E Bezug nehmend auf die Frage 10b des Themas Kalkulation aus dem 1.

Bietergespräch:

Der ungewöhnlich niedrige Ansatz Unterbeton wurde mit der Aufbereitung der abgebrochenen Betondecke aufgeklärt.

1. a) Litera a

Wurden in der Kalkulation sämtliche Zuschlagstoffe (Sand, Fließmittel, Zement, Luftporenmittel, usw.), alle Lade- und Transportarbeiten, alle Prüf- und Laborkosten, alle Kosten für die Nachbehandlung berücksichtigt?

Bestätigen Sie, dass alle erforderlichen Lieferungen und Leistungen für eine sach- und fachgerechte, vollständige Herstellung der ausgeschriebenen Leistungen mit dem EP abgegolten sind.

b) In welcher Position ist die Kalkulation für die Aufbereitung

(Brechen, Sieben, Entstauben, usw.) der alten Betondecke

enthalten? Klären Sie diesen Umstand auf.

....."

In Beantwortung der schriftlichen Anfragen führte der präsumtive

Zuschlagsempfänger aus:

"....."

Zu 1a) In der Kalkulation wurden alle erforderlichen Lieferungen

und Leistungen für

eine sach- und fachgerechte vollständige Herstellung der

ausgeschriebenen Leistungen berücksichtigt.

Zu 1b) Die Kosten für die Aufbereitung des Betonabbruches sind in

den Positionen

2-schicht. Betondecke enthalten.

Zu 2)....."

Aus dem Preisspiegel des Auftraggebers ergibt sich folgende

Gegenüberstellung der Preise:

"A2 Süd Autobahn

Gleisdorf West - Laßnitzhöhe

PREISSPIEGEL

Druckdatum: 6.10.2006

Variante Ausschreibungsvariante

Preisbasis: 4.09.2006

HG

E*** B*** A*** R***Kostenschätzung

01 STRASSENBAU EUR 11.903.515,71 18.616.870,61 20.566.643,00

02 Brückeninstandsetzung EUR 11.782.232,75 8.467.667,81

11.308.570,00

03 Lärmschutzerneuerung Brücken EUR 651.505,70

556.160,01 506.781,75

24.337.254,16 27.640.698,43 32.381.994,75"

Im Vergabebericht der vom Auftraggeber mit der Angebotsprüfung beauftragten R*** vom 21.11.2006 wird unter Punkt 3.3. (Besonderheiten des Angebotsergebnisses) ausgeführt, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger in der Hauptgruppe 01 "Straßenbau" vergleichsweise zum Antragsteller und zur Kostenschätzung des Auftraggebers günstige

Einheitspreise eingesetzt habe. Unter Punkt 4.2.2.3. wird erklärt, dass vom präsumtiven Zuschlagsempfänger die in B.8 Pkt. 8301 und B.8 Pkt 8.302 geforderten Beilagen zum Angebot vollständig vorlägen und fristgerecht nachgereicht worden seien. Unter Punkt 11. (Besondere Hinweise für die Abwicklung) Unterpunkt 11.2. (Hinweise für die örtliche Bauaufsicht) wurde u.a. darauf hingewiesen, dass im Bereich der zweischicht-Betondecke der sehr niedrige Einheitspreis auffalle und bei "Pos 01 01 17.0412 A Z zweischicht-Betondecke 25 cm hervorgehoben: " (EP = 9.04 Euro/m² !!! angemessen wären 14 bis 20 Euro/m²; Mengenvordersatz :

220.000m² Differenz zum zweiten Bieter beträgt allein bei dieser Position 1,780 Mil. Euro)." Weiters wurde ausgeführt, dass der Ansatz für den Unterbeton min. 39,50 Euro/m³ bzw 7,90 Euro/m² betragen müsste bzw der für den Oberbeton 73,9 Euro/m³ realistisch sei und 3,69 Euro/m² bedeute.

Aufgrund der Ergebnisse der Angebotsprüfung wurde an erster Stelle der präsumtive Zuschlagsempfänger mit einer Nettoangebotssumme von Euro 24.337.254,16 (95 Punkte) und der angebotenen Bauzeitverkürzung (ZW- Termin 15 Tage bzw. Endtermin 25 Tage = 2,5 Punkte) mit insgesamt 97,50 gereiht. An zweiter Stelle folgte das sechste Abänderungsangebot des Antragstellers mit einer Nettoangebotssumme von Euro 26.867.842,43 (86,37 Punkte) und einer Bauzeitverkürzung (ZW- Termin 40 Tage bzw. Endtermin 40 Tage = 5 Punkte) mit insgesamt 91,37 Punkten. Mit Telefaxmitteilung vom 23.11.2006 wurde den Bietern mitgeteilt, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag an die Bietergemeinschaft "BU D*** / E***" zu erteilen. Zu den seine Angebote betreffenden Ablehnungsgründen wurde dem Antragsteller mitgeteilt, dass sowohl sein Hauptangebot als auch seine Abänderungsangebote aufgrund der erfolgten Bewertung an den Stellen 8 bzw 2-7 gereiht worden seien und daher für eine Zuschlagserteilung nicht in Frage kommen würden.

Mit Schriftsatz vom 7.12.2006 stellte der Antragsteller einen Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 23.11.2006 sowie einen Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung und begehrte den Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung in der Höhe von insgesamt Euro 10.000,-- gemäß § 319 BVergG 2006. Darüber hinaus wurde ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt, dem mit Bescheid vom 14.12.2006, N/0102-BVA/04/2006-EV8, teilweise stattgegeben wurde, wobei mit Bescheid vom 17.1.2007, N/0102- BVA/04/2006-36, eine Erstreckung bis zum 26.3.2007 erfolgte. Begründend wurde darin sowie in einem weiteren Schriftsatz vom 21.12.2006 im Wesentlichen vorgebracht, dass die Ausschreibung mehrfach berichtigt worden sei. Im Rahmen der vierten unbekämpft gebliebenen Berichtigung sei festgelegt worden, dass die Berichtigungen 1 - 3 dem Angebot unterschrieben beizulegen seien. Zur Berichtigung der Ausschreibung sei in den Ausschreibungsunterlagen unter Pkt. B1 1,202 festgelegt worden, dass der Bieter verpflichtet sei, diese Änderungen / Bekanntmachungen bei Anbotslegung als integrierenden Bestandteil der Ausschreibung zu berücksichtigen, ansonsten das Angebot als unvollständig ausgeschieden werde. Mit Schriftsatz vom 7.12.2006 stellte der Antragsteller einen Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 23.11.2006 sowie einen Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung und begehrte den Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung in der Höhe von insgesamt Euro 10.000,-- gemäß Paragraph 319, BVergG 2006. Darüber hinaus wurde ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt, dem mit Bescheid vom 14.12.2006, N/0102-BVA/04/2006-EV8, teilweise stattgegeben wurde, wobei mit Bescheid vom 17.1.2007, N/0102- BVA/04/2006-36, eine Erstreckung bis zum 26.3.2007 erfolgte. Begründend wurde darin sowie in einem weiteren Schriftsatz vom 21.12.2006 im Wesentlichen vorgebracht, dass die Ausschreibung mehrfach berichtigt worden sei. Im Rahmen der vierten unbekämpft gebliebenen Berichtigung sei festgelegt worden, dass die Berichtigungen 1 - 3 dem Angebot unterschrieben beizulegen seien. Zur Berichtigung der Ausschreibung sei in den Ausschreibungsunterlagen unter Pkt. B1 1,202 festgelegt worden, dass der Bieter verpflichtet sei, diese Änderungen / Bekanntmachungen bei Anbotslegung als integrierenden Bestandteil der Ausschreibung zu berücksichtigen, ansonsten das Angebot als unvollständig ausgeschieden werde.

Ungeachtet dessen seien beim Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers die Berichtigungen 1 - 3 nicht angeschlossen gewesen. Der präsumtive Zuschlagsempfänger habe daher insbesondere die leistungsrelevante erste Berichtigung der Ausschreibung nicht - wie dies durch Pkt. B1 1,202 der Ausschreibungsunterlagen verlangt gewesen sei - berücksichtigt, sodass sein Angebot als unvollständiges Angebot gemäß den Ausschreibungsunterlagen und § 129 Abs 1 Z 7 BVergG 2006 auszuschneiden gewesen wäre. Es handle sich auch um keinen behebbaren Mangel, da die Wettbewerbsstellung des präsumtiven Zuschlagsempfängers nachträglich eine Verbesserung erfahren würde. Die vorgenommene erste Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen sei nur durch separate Unterfertigung zum

Gegenstand des Angebotes erhoben worden. Der präsumtive Zuschlagsempfänger habe gegen § 106 Abs 3 BVergG 2006 verstoßen, wonach sich ein Angebot auf die ausgeschriebene Gesamtleistung erstrecken müsse. Dem stehe auch nicht die Bestimmung des § 79 Abs 7 BVergG 2006 entgegen, da im konkreten Einzelfall etwas Abweichendes dazu festgelegt worden sei. Ungeachtet dessen seien beim Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers die Berichtigungen 1 - 3 nicht angeschlossen gewesen. Der präsumtive Zuschlagsempfänger habe daher insbesondere die leistungsrelevante erste Berichtigung der Ausschreibung nicht - wie dies durch Pkt. B1 1,202 der Ausschreibungsunterlagen verlangt gewesen sei - berücksichtigt, sodass sein Angebot als unvollständiges Angebot gemäß den Ausschreibungsunterlagen und Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 auszuschneiden gewesen wäre. Es handle sich auch um keinen behebbaren Mangel, da die Wettbewerbsstellung des präsumtiven Zuschlagsempfängers nachträglich eine Verbesserung erfahren würde. Die vorgenommene erste Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen sei nur durch separate Unterfertigung zum Gegenstand des Angebotes erhoben worden. Der präsumtive Zuschlagsempfänger habe gegen Paragraph 106, Absatz 3, BVergG 2006 verstoßen, wonach sich ein Angebot auf die ausgeschriebene Gesamtleistung erstrecken müsse. Dem stehe auch nicht die Bestimmung des Paragraph 79, Absatz 7, BVergG 2006 entgegen, da im konkreten Einzelfall etwas Abweichendes dazu festgelegt worden sei.

Unzutreffend sei die vom Auftraggeber und präsumtiven Zuschlagsempfänger vertretene Rechtsansicht, dass jede Änderung der Ausschreibung automatisch integrierender Bestandteil der Ausschreibung sei. Dagegen spreche der Wortlaut des Punktes B. 1,202 der bestandfest gewordenen Ausschreibungsunterlagen und eine systematische und teleologische Interpretation der Festlegung in der 4. Berichtigung, wonach die 1. Berichtigung dem Angebot unterschrieben beigelegt werde. Anders als in der vom präsumtiven Zuschlagsempfänger zitierten Judikatur des BVA gehe es in der gegenständlichen Fallkonstellation nicht um eine zusätzlich geforderte Unterfertigung, sondern habe die Beilage der unterfertigten Urkunde erst zur Folge, dass der Inhalt der zu unterfertigenden Urkunde Bestandteil des Angebots werde. Mit der Unterfertigung der 4 und 5 Berichtigung würden auch nicht konkludent frühere Berichtigungen akzeptiert. Gegen eine solche Interpretation würden nicht nur § 863 ABGB sondern auch das im gesamten Vergaberecht geltende Schriftformerfordernis sprechen. Der Antragsteller gehe auch davon aus, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger keinen Subunternehmer für die durchzuführenden Straßenmarkierungsarbeiten namhaft gemacht habe und auch selbst über keine entsprechende Befugnis gemäß § 94 Z 47 GewO verfüge. Die E***, ein Unternehmen mit Sitz in Deutschland, habe weder einen Bescheid iSv § 373c GewO 1994 noch einen entsprechenden Anerkennungsantrag vor Ablauf der Angebotsfrist eingebracht, sodass das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers gemäß § 129 Abs 1 Z 3 und Z 11 BVergG 2006 auszuschneiden gewesen wäre. Der Antragsteller hingegen habe im Hinblick darauf, dass er nicht über die erforderliche Befugnis iSv § 94 Z 47 GewO 1994 verfüge, als Subunternehmer die F*** namhaft gemacht. Unzutreffend sei die vom Auftraggeber und präsumtiven Zuschlagsempfänger vertretene Rechtsansicht, dass jede Änderung der Ausschreibung automatisch integrierender Bestandteil der Ausschreibung sei. Dagegen spreche der Wortlaut des Punktes B. 1,202 der bestandfest gewordenen Ausschreibungsunterlagen und eine systematische und teleologische Interpretation der Festlegung in der 4. Berichtigung, wonach die 1. Berichtigung dem Angebot unterschrieben beigelegt werde. Anders als in der vom präsumtiven Zuschlagsempfänger zitierten Judikatur des BVA gehe es in der gegenständlichen Fallkonstellation nicht um eine zusätzlich geforderte Unterfertigung, sondern habe die Beilage der unterfertigten Urkunde erst zur Folge, dass der Inhalt der zu unterfertigenden Urkunde Bestandteil des Angebots werde. Mit der Unterfertigung der 4 und 5 Berichtigung würden auch nicht konkludent frühere Berichtigungen akzeptiert. Gegen eine solche Interpretation würden nicht nur Paragraph 863, ABGB sondern auch das im gesamten Vergaberecht geltende Schriftformerfordernis sprechen. Der Antragsteller gehe auch davon aus, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger keinen Subunternehmer für die durchzuführenden Straßenmarkierungsarbeiten namhaft gemacht habe und auch selbst über keine entsprechende Befugnis gemäß Paragraph 94, Ziffer 47, GewO verfüge. Die E***, ein Unternehmen mit Sitz in Deutschland, habe weder einen Bescheid iSv Paragraph 373 c, GewO 1994 noch einen entsprechenden Anerkennungsantrag vor Ablauf der Angebotsfrist eingebracht, sodass das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3 und Ziffer 11, BVergG 2006 auszuschneiden gewesen wäre. Der Antragsteller hingegen habe im Hinblick darauf, dass er nicht über die erforderliche Befugnis iSv Paragraph 94, Ziffer 47, GewO 1994 verfüge, als Subunternehmer die F*** namhaft gemacht.

Darüber hinaus weise das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers eine nicht nachvollziehbare Zusammensetzung des Gesamtpreises auf. Auffallend sei, dass das favorisierte Angebot um nahezu Euro 3.303.444,--

niedriger sei, als jenes des Antragstellers. Es sei davon auszugehen, dass das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers in sämtlichen relevanten wesentlichen Positionen zu niedrige Einheitspreise aufweise, die im Zuge einer vertieften Angebotsprüfung aufzuklären gewesen wären. Der präsumtive Zuschlagsempfänger spekuliere damit, dass bestimmte in einzelnen Positionen vorgesehene Mengen nicht zur Ausführung gelangen würden. Es liege der Verdacht nahe, dass massive Preisumlagerungen stattgefunden hätten, die betriebswirtschaftlich weder erklärbar noch nachvollziehbar seien.

Mangels Kenntnis der Zusammensetzung des Gesamtpreises des Angebotes des präsumtiven Zuschlagsempfängers könne auch kein detailliertes Vorbringen erstattet werden. Alle Anzeichen würden jedoch dafür sprechen, dass den Anforderungen gemäß § 125 Abs 4 Z 1 und 2 BVergG 2006 nicht entsprochen werde. Es liege auch die Annahme nahe, dass eine Aufklärung gemäß § 125 Abs 3 und 5 leg. cit. sowie gemäß § 127 Abs 1 BVergG 2006 unzulässiger Weise erfolgt sei. Mit einer bewussten Nichtunterfertigung der ersten Berichtigung würde auch ein weiterer Spekulationsspielraum eröffnet werden. Das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers wäre daher auch gemäß § 129 Abs 1 Z 3 BVergG 2006 auszuschneiden gewesen. Mangels Kenntnis der Zusammensetzung des Gesamtpreises des Angebotes des präsumtiven Zuschlagsempfängers könne auch kein detailliertes Vorbringen erstattet werden. Alle Anzeichen würden jedoch dafür sprechen, dass den Anforderungen gemäß Paragraph 125, Absatz 4, Ziffer eins und 2 BVergG 2006 nicht entsprochen werde. Es liege auch die Annahme nahe, dass eine Aufklärung gemäß Paragraph 125, Absatz 3 und 5 leg. cit. sowie gemäß Paragraph 127, Absatz eins, BVergG 2006 unzulässiger Weise erfolgt sei. Mit einer bewussten Nichtunterfertigung der ersten Berichtigung würde auch ein weiterer Spekulationsspielraum eröffnet werden. Das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers wäre daher auch gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG 2006 auszuschneiden gewesen.

Bei Entgang des Auftrages drohe dem Antragsteller ein Schaden in Form des Erfüllungsinteresses, der mit Euro 3.242.830,20 (11,732% der Nettoangebotssumme) beziffert werde. Beim gegenständlichen Bauvorhaben handle es sich außerdem um ein wichtiges Referenzprojekt, das werbewirksam bei anderen öffentlichen Bauvorhaben in Erscheinung trete, sodass dem Antragsteller auch bei Nichterteilung des Auftrages ein Imageschaden zu entstehen drohe.

Der Antragsteller sei durch die angefochtene Entscheidung in seinem Recht auf Erteilung des Zuschlages an sein Angebot sowie im Recht auf Durchführung eines gesetzmäßigen Vergabeverfahrens, im Recht auf Transparenz der Zuschlagsentscheidung und auf Gleichbehandlung aller Bieter verletzt. Im Hinblick auf den bezifferten zu lukrierenden Gewinn und die Bedeutung des Referenzprojektes habe der Antragsteller ein massives Interesse am Vertragsabschluss.

Mit Schriftsatz vom 11.12.2006 gab der Auftraggeber bekannt, dass der geschätzte Auftragswert des gegenständlichen Verfahrens netto Euro 32.381.994,75 betrage. Ein Zuschlag sei bisher nicht erteilt worden. Auch sei das Vergabeverfahren nicht widerrufen worden. Die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung sei gemäß § 131 BVergG 2006 am 23.11.2006 mittels Telefax erfolgt. Mit Schriftsatz vom 11.12.2006 gab der Auftraggeber bekannt, dass der geschätzte Auftragswert des gegenständlichen Verfahrens netto Euro 32.381.994,75 betrage. Ein Zuschlag sei bisher nicht erteilt worden. Auch sei das Vergabeverfahren nicht widerrufen worden. Die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung sei gemäß Paragraph 131, BVergG 2006 am 23.11.2006 mittels Telefax erfolgt.

Begründend wurde darin sowie in weiteren Schriftsätzen vom 15.12.2006 und 3.1.2007 im Wesentlichen vorgebracht, dass aus den Ausschreibungsbedingungen in Teil B 1.1,202 die Verpflichtung der Bieter festgelegt sei, diese Änderungen/Berichtigungen bei sonstigem Ausscheiden zu berücksichtigen. Aus der genannten Ausschreibungsbestimmung gehe klar hervor, dass die Berichtigungen weder rechtsgültig zu unterfertigen noch gemeinsam mit dem Angebot bei sonstigem sofortigen Ausscheiden abzugeben wären. Eine Bestätigung, dass Änderungen/Berichtigungen einen integrierenden Bestandteil der Ausschreibung darstellen würden und in seinem Angebot berücksichtigt worden seien, sei durch den präsumtiven Zuschlagsempfänger erfolgt. Aus dem Text der ersten Berichtigung ergebe sich jedenfalls nicht, dass die Berichtigung vom Bieter gemeinsam mit dem Angebot bei sonstigem sofortigen Ausscheiden abzugeben sei. Es sei ein Anliegen des Auftraggebers, dass allfällige Berichtigungen nicht "übersehen" werden, da aufgrund einer konzerninternen Regelung die Berichtigungen in gleicher Weise wie die Ausschreibung bekannt gemacht und nicht an die Bewerber direkt übermittelt werden würden. Eine so genannte "Bieterliste" werde nämlich nicht vom Auftraggeber geführt. Ein eigener Berücksichtigungsakt, der von den Bietern vorzunehmen sei, sei aus dem Wortlaut der Ausschreibungsbedingungen nicht abzuleiten. Ein solcher sei auch aufgrund der gesetzlichen Formulierung in § 108 Abs 2 BVergG 2006 sinnwidrig. Daraus ergebe sich, dass mit der

Abgabe eines Angebotes der Bieter erkläre, die Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen zu kennen und daran gebunden zu sein. Eine darüber hinausgehende gesonderte Erklärung zur Einhaltung der Gesetzesbestimmungen sei daher nicht erforderlich. Begründend wurde darin sowie in weiteren Schriftsätzen vom 15.12.2006 und 3.1.2007 im Wesentlichen vorgebracht, dass aus den Ausschreibungsbedingungen in Teil B 1.1, 202 die Verpflichtung der Bieter festgelegt sei, diese Änderungen/Berichtigungen bei sonstigem Ausscheiden zu berücksichtigen. Aus der genannten Ausschreibungsbestimmung gehe klar hervor, dass die Berichtigungen weder rechtsgültig zu unterfertigen noch gemeinsam mit dem Angebot bei sonstigem sofortigen Ausscheiden abzugeben wären. Eine Bestätigung, dass Änderungen/Berichtigungen einen integrierenden Bestandteil der Ausschreibung darstellen würden und in seinem Angebot berücksichtigt worden seien, sei durch den präsumtiven Zuschlagsempfänger erfolgt. Aus dem Text der ersten Berichtigung ergebe sich jedenfalls nicht, dass die Berichtigung vom Bieter gemeinsam mit dem Angebot bei sonstigem sofortigen Ausscheiden abzugeben sei. Es sei ein Anliegen des Auftraggebers, dass allfällige Berichtigungen nicht "übersehen" werden, da aufgrund einer konzerninternen Regelung die Berichtigungen in gleicher Weise wie die Ausschreibung bekannt gemacht und nicht an die Bewerber direkt übermittelt werden würden. Eine so genannte "Bieterliste" werde nämlich nicht vom Auftraggeber geführt. Ein eigener Berücksichtigungsakt, der von den Bietern vorzunehmen sei, sei aus dem Wortlaut der Ausschreibungsbedingungen nicht abzuleiten. Ein solcher sei auch aufgrund der gesetzlichen Formulierung in Paragraph 108, Absatz 2, BVergG 2006 sinnwidrig. Daraus ergebe sich, dass mit der Abgabe eines Angebotes der Bieter erkläre, die Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen zu kennen und daran gebunden zu sein. Eine darüber hinausgehende gesonderte Erklärung zur Einhaltung der Gesetzesbestimmungen sei daher nicht erforderlich.

Mit der Schlusserklärung erkläre außerdem der Bieter nochmals, sämtliche in den Beilagen B 1 - B 8 vom Auftraggeber festgelegten Bedingungen ohne Einschränkungen anzuerkennen und zu bestätigen, alle geforderten Unterlagen ausschreibungsgemäß hergestellt und in den Beilagen beigelegt zu haben. Eine solche rechtsgültige Fertigung sei in der Schlusserklärung durch den präsumtiven Zuschlagsempfänger erfolgt. Die vom Auftraggeber in den Berichtigungen geforderte Unterfertigung sei unter dem Aspekt der Selbstkontrolle der Bieter zu beurteilen. Die vom Antragsteller vertretene Ansicht, das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers sei aufgrund der unterlassenen Unterzeichnung der Berichtigungen 1 und 3 auszuschneiden gewesen, sei unrichtig. Entgegen den Darstellungen des Antragstellers habe der präsumtive Zuschlagsempfänger zur Durchführung von Straßenmarkierungsarbeiten einen befugten Subunternehmer gegenüber dem Auftraggeber im Angebot genannt. Die E*** verfüge darüber hinaus über zwei Anerkennungsbescheide für Hrn. S*** und den Geschäftsführer der E***, Hrn. M***. Dazu wurden die Anerkennungsbescheide gemäß § 373c GewO 1994 für Hrn. T***, für das Baumeistergewerbe, eingeschränkt auf ausführende Tätigkeiten und jener für Hrn. M***, für das Baumeistergewerbe eingeschränkt auf ausführende Tätigkeiten, vorgelegt. Mit der Schlusserklärung erkläre außerdem der Bieter nochmals, sämtliche in den Beilagen B 1 - B 8 vom Auftraggeber festgelegten Bedingungen ohne Einschränkungen anzuerkennen und zu bestätigen, alle geforderten Unterlagen ausschreibungsgemäß hergestellt und in den Beilagen beigelegt zu haben. Eine solche rechtsgültige Fertigung sei in der Schlusserklärung durch den präsumtiven Zuschlagsempfänger erfolgt. Die vom Auftraggeber in den Berichtigungen geforderte Unterfertigung sei unter dem Aspekt der Selbstkontrolle der Bieter zu beurteilen. Die vom Antragsteller vertretene Ansicht, das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers sei aufgrund der unterlassenen Unterzeichnung der Berichtigungen 1 und 3 auszuschneiden gewesen, sei unrichtig. Entgegen den Darstellungen des Antragstellers habe der präsumtive Zuschlagsempfänger zur Durchführung von Straßenmarkierungsarbeiten einen befugten Subunternehmer gegenüber dem Auftraggeber im Angebot genannt. Die E*** verfüge darüber hinaus über zwei Anerkennungsbescheide für Hrn. S*** und den Geschäftsführer der E***, Hrn. M***. Dazu wurden die Anerkennungsbescheide gemäß Paragraph 373 c, GewO 1994 für Hrn. T***, für das Baumeistergewerbe, eingeschränkt auf ausführende Tätigkeiten und jener für Hrn. M***, für das Baumeistergewerbe eingeschränkt auf ausführende Tätigkeiten, vorgelegt.

Befremdend erscheine es, dass der Antragsteller über interne Kenntnisse des Angebotes des präsumtiven Zuschlagsempfängers hinsichtlich der Straßenbau- und Brückeninstandsetzungsarbeiten verfüge, obwohl diesbezügliche Summen weder im Bieterprotokoll vermerkt noch in der Anbotsöffnung verlesen worden seien. Nach Ansicht des Auftraggebers liege diesbezüglich eine massive Wettbewerbsverletzung vor. Eine nicht nachvollziehbare Zusammensetzung der Gesamtpreise könne der Auftraggeber nicht erkennen und es hätten die diesbezüglich abgehaltenen Bietergespräche und die vertiefte Angebotsprüfung auch keine solche ergeben. Die vom präsumtiven Zuschlagsempfänger angegebenen Preise seien aus Sicht des Auftraggebers betriebswirtschaftlich erklär- und

nachvollziehbar. Die Ausführungen des Antragstellers würden jeglicher Grundlage entbehren und nur auf Behauptungen aufbauen.

Mit Schriftsatz vom 15.12.2006 brachte der präsumtive Zuschlagsempfänger begründete Einwendungen vor. Im Wesentlichen wurde darin sowie in einem weiteren Schriftsatz vom 8.1.2007 ausgeführt, dass zwar der Auftraggeber in der vierten Berichtigung ebenso wie in der fünften Berichtigung festgelegt habe, dass auch die Berichtigungen 1 - 3 bzw. 1- 4 dem Angebot unterschrieben beizulegen seien, diese Festlegungen würden jedoch nicht auf einen unbehebbarer Angebotsmangel schließen lassen. Dies ergebe sich auch nicht aus den ursprünglichen Ausschreibungsunterlagen.

Unter B. 8,301 der Ausschreibung, in dem zugleich mit dem Angebot abzugebende Unterlagen bei sonstigem Ausscheiden festgelegt seien, würden auch nicht die Berichtigungen aufscheinen. Auch aus Punkt B.1,202 der Ausschreibungsunterlagen würde sich nicht die Verpflichtung ergeben, Berichtigungen ausdrücklich zu unterfertigen, da ohnehin mit der Schlusserklärung zu Punkt B.8,6 der Ausschreibungsunterlagen erklärt werde, sämtliche in den Beilagen B 1 - B 8 vom Auftraggeber festgelegten Bedingungen ohne Einschränkung anzuerkennen und zu bestätigen, alle geforderten Unterlagen ausschreibungsgemäß hergestellt und in den Beilagen B.7 und B.8 beigelegt zu haben. Eine Unterfertigung der Schlusserklärung sei durch den präsumtiven Zuschlagsempfänger erfolgt. Die Unterfertigung von Berichtigungen mache zwar aus zivilrechtlichen Erwägungen - etwa zu Beweis Zwecken - Sinn. Aus der fehlenden Unterfertigung der Berichtigung könne aber nicht der Schluss gezogen werden, dass der Bieter diese Berichtigung nicht akzeptiert hätte.

Zudem habe der präsumtive Zuschlagsempfänger mit den Unterfertigungen der Berichtigung 4 und 5 konkludent die früheren Berichtigungen akzeptiert, zumal in Kenntnisnahme der vierten Berichtigung davon ausgegangen werden musste, dass eine erste bis dritte Berichtigung bereits erfolgt sei. Außerdem habe der präsumtive Zuschlagsempfänger sein Angebot am letzten Tag der mit der dritten Berichtigung erstreckten Angebotsfrist abgegeben und damit auch diese genauso wie die erste Berichtigung akzeptiert. Mit der gegenteiligen Annahme würde dem präsumtiven Zuschlagsempfänger ein rechtswidriges Verhalten im Sinne einer unzulässigen Änderung des Ausschreibungstextes gemäß § 106 Abs 1 BVergG 2006 unterstellt. Für eine solche Annahme bestehe jedoch kein Hinweis. Aber auch aus der gesetzlichen Anordnung in § 108 Abs 2 BVergG 2006 habe der präsumtive Zuschlagsempfänger erklärt, die Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen zu kennen. Diese Kenntnis umfasse zweifellos auch die gemäß § 90 Abs 1 BVergG 2006 ordnungsgemäß durchgeführten Berichtigungen. Zudem habe der präsumtive Zuschlagsempfänger mit den Unterfertigungen der Berichtigung 4 und 5 konkludent die früheren Berichtigungen akzeptiert, zumal in Kenntnisnahme der vierten Berichtigung davon ausgegangen werden musste, dass eine erste bis dritte Berichtigung bereits erfolgt sei. Außerdem habe der präsumtive Zuschlagsempfänger sein Angebot am letzten Tag der mit der dritten Berichtigung erstreckten Angebotsfrist abgegeben und damit auch diese genauso wie die erste Berichtigung akzeptiert. Mit der gegenteiligen Annahme würde dem präsumtiven Zuschlagsempfänger ein rechtswidriges Verhalten im Sinne einer unzulässigen Änderung des Ausschreibungstextes gemäß Paragraph 106, Absatz eins, BVergG 2006 unterstellt. Für eine solche Annahme bestehe jedoch kein Hinweis. Aber auch aus der gesetzlichen Anordnung in Paragraph 108, Absatz 2, BVergG 2006 habe der präsumtive Zuschlagsempfänger erklärt, die Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen zu kennen. Diese Kenntnis umfasse zweifellos auch die gemäß Paragraph 90, Absatz eins, BVergG 2006 ordnungsgemäß durchgeführten Berichtigungen.

Entgegen der Ansicht des Antragstellers stelle die fehlende Unterfertigung einer Berichtigung einen behebbaren Mangel dar. Auch die höchstgerichtliche Judikatur schließe aus der fehlenden Unterfertigung nicht, dass der Bieter den Inhalt des Formblattes nicht zum Bestandteil seines Angebotes machen wolle. Gemäß § 79 Abs 7 BVergG 2006 sei in den Ausschreibungsunterlagen grundsätzlich nur eine Stelle für eine rechtsgültige Unterfertigung des Angebotes durch den Bieter vorzusehen. Eine Unterfertigung von Berichtigungen könne nur als Beweis für die Kenntnisnahme der Berichtigung durch den Bieter betrachtet werden. Davon sei auch der Auftraggeber ausgegangen. Nach Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes stelle eine fehlende Unterfertigung eines Formblattes einen behebbaren Angebotsmangel dar. Bei § 108 Abs 2 BVergG 2006 handle es sich um eine Fiktion des Gesetzes, dass jeder Bieter die Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen kenne und die Leistung zu diesen Bestimmungen erbringe. Eine gesonderte, vom Bieter unterfertigte Erklärung sei hierfür nicht erforderlich. Von einem unbehebbarer Mangel wäre nur bei einer materiellen Verbesserung der Wettbewerbsstellung gegenüber seinen Mitbieter auszugehen. Eine solche liege jedoch nicht im Fall der nachträglichen Unterfertigung einer Berichtigung vor. Der präsumtive Zuschlagsempfänger habe den behebbaren

Mangel durch nachträgliche Unterfertigung der ersten und dritten Berichtigung ordnungsgemäß behoben. Entgegen der Ansicht des Antragstellers stelle die fehlende Unterfertigung einer Berichtigung einen behebbaren Mangel dar. Auch die höchstgerichtliche Judikatur schließe aus der fehlenden Unterfertigung nicht, dass der Bieter den Inhalt des Formblattes nicht zum Bestandteil seines Angebotes machen wolle. Gemäß Paragraph 79, Absatz 7, BVergG 2006 sei in den Ausschreibungsunterlagen grundsätzlich nur eine Stelle für eine rechtsgültige Unterfertigung des Angebotes durch den Bieter vorzusehen. Eine Unterfertigung von Berichtigungen könne nur als Beweis für die Kenntnisnahme der Berichtigung durch den Bieter betrachtet werden. Davon sei auch der Auftraggeber ausgegangen. Nach Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes stelle eine fehlende Unterfertigung eines Formblattes einen behebbaren Angebotsmangel dar. Bei Paragraph 108, Absatz 2, BVergG 2006 handle es sich um eine Fiktion des Gesetzes, dass jeder Bieter die Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen kenne und die Leistung zu diesen Bestimmungen erbringe. Eine gesonderte, vom Bieter unterfertigte Erklärung sei hierfür nicht erforderlich. Von einem unbehebbar Mangel wäre nur bei einer materiellen Verbesserung der Wettbewerbsstellung gegenüber seinen Mitbieter auszugehen. Eine solche liege jedoch nicht im Fall der nachträglichen Unterfertigung einer Berichtigung vor. Der präsumtive Zuschlagsempfänger habe den behebbaren Mangel durch nachträgliche Unterfertigung der ersten und dritten Berichtigung ordnungsgemäß behoben.

Entgegen den Darstellungen des Antragstellers verfüge die E*** für einen Geschäftsführer und einen leitenden Angestellten des Unternehmens über einen Anerkennungsbescheid gemäß § 373c GewO 1994. Überdies sei dem Auftraggeber die Befugnis der im ANKÖ geführten E*** bekannt. Entgegen den Darstellungen des Antragstellers verfüge die E*** für einen Geschäftsführer und einen leitenden Angestellten des Unternehmens über einen Anerkennungsbescheid gemäß Paragraph 373 c, GewO 1994. Überdies sei dem Auftraggeber die Befugnis der im ANKÖ geführten E*** bekannt.

Zur angeblich nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises bringe der Antragsteller unsubstantiierte Ausführungen vor. Konkrete Angaben dazu würden fehlen, wobei die Informationen des Antragstellers bemerkenswert seien, dass das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers hinsichtlich der Straßenbauarbeiten um ca. Euro 7 Mio. niedriger sei als jenes des Antragstellers. Die Tatsache alleine, dass das Angebot der mitbeteiligten Partei um Euro 3,3 Mio. niedriger sei als jenes des Antragstellers sei nicht einmal ein Indiz für eine angebliche Preisspekulation des präsumtiven Zuschlagsempfängers. Genauso überzeugend könnte argumentiert werden, dass nicht der präsumtive Zuschlagsempfänger sondern der Antragsteller selbst spekulativ und jedenfalls teilweise zu überhöhten Preisen angeboten habe. Das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers sei vom Auftraggeber vertieft geprüft worden und allfällige Aufklärungen zu einzelnen Preispositionen zufrieden stellend erfolgt. Es bestehe kein Anlass, einen Sachverständigen mit der Überprüfung der plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises zu beauftragen.

Mit Bescheid vom 17.1.2007, N/0102-BVA/04/2006-31, wurde Herr DI U*** zum nichtamtlichen Sachverständigen bestellt. In seinem Gutachten vom 28.2.2007 führte er zu den an ihn gerichteten Fragen wie folgt aus:

".....

4.1. Sind im Angebotspreis der Bietergemeinschaft D*** + E*** beim anzubietenden Leistungsteil "Straßeninstandsetzung" alle Positionen der Ausschreibung inkl Berücksichtigung der ersten Berichtigung der Ausschreibung zu den Lärmschutzwänden aus Holzelementen im Angebot enthalten?

Gemäß Preisspiegel wurden von den Bietern alle Positionen der Leistungsteile 01 STRASSENBAU STRASSENINSTANDSETZUNG, 02 BRÜCKENINSTANDSETZUNG sowie 03 LÄRMSCHUTZERNEUERUNG BRÜCKEN angeboten. Dies gilt auch für die von der ersten Berichtigung betroffenen Positionen 03 07 25.08002 Z, 03 08 25.08002 Z, 03 09 25.08002 Z und 03 10 25.08002 Z STAKETENELEMENTE sowie 03 01 25.08230 Z und 03 04 25.08230 Z ZUSCHLAG TRAPEZFÖRMIGE ELEM. des Leistungsteiles 03 LÄRMSCHUTZERNEUERUNG BRÜCKEN.

4.2. Ist die Kalkulation der genannten Bietergemeinschaft beim anzubietenden Leistungsteil "Straßeninstandsetzung" betriebswirtschaftlich erklärbar und nachvollziehbar?

.....

4.2.2 Gesamtbild

Da die durchschnittliche Wochenarbeitszeit des K3-Blattes 48 Stunden überschreitet, handelt es sich um ein arbeitsrechtlich nicht zulässiges Angebot.

Unter zusätzlicher Berücksichtigung der nur oberflächlich aufgeklärten und aus den vorliegenden Unterlagen nicht nachvollziehbaren Kosten ist der Gesamtpreis nach ÖNORM B 2061 als nicht vollkostendeckend zu beurteilen.

Unter Betrachtung der Teilkosten sind die variablen Kosten der Materialien im K4-Blatt sehr "günstig" mit einem nicht nachvollziehbarem Wiederaufbereitungsanteil, die Fixkosten der Geräte im K6-Blatt z.T. stark abgemindert.

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

Bei vom Auftraggeber als wesentlich gekennzeichneten Positionen sind, wie oben nach dem Aufklärungsgespräch der Angebotsprüfung und dem Vergabebericht des Auftraggebers zusammengefasst, nicht immer alle nach der Zuschlagskalkulation direkt zuordenbaren Kosten enthalten. Daher sind wesentliche Positionen nicht kostendeckend, da die variablen Kosten enthalten sein müssen.

4.3 Ist die Kalkulation der genannten Bietergemeinschaft bei der anzubietenden Gesamtleistung betriebswirtschaftlich erklärbar und nachvollziehbar?

Da es sich um eine Gesamtausschreibung ohne zulässige Teilangebote handelt, gelten die Ausführungen zu 4.2 sinngemäß."

Mit Schriftsatz vom 7.3.2007 nahm der Antragsteller zum Gutachten Stellung. Daraus gehe hervor, dass zum einen das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers entgegen den Ausschreibungsbestimmungen die geltende arbeits- und sozialrechtliche Vorschriften nicht beachte, zum anderen bei als wesentlich gekennzeichneten Positionen nicht immer alle nach der Zuschlagskalkulation direkt zurechenbaren Kosten enthalten seien. Wesentliche Positionen seien daher nicht kostendeckend. Damit erweise sich das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers darüber hinaus als spekulativ, sodass es zwingend auszuschneiden und dem Antragsteller der Zuschlag zu erteilen wäre. Die Kosten für den Sachverständigen wären nicht vom Antragsteller sondern vom Auftraggeber und präsumtiven Zuschlagsempfänger zu begleichen.

Der präsumtive Zuschlagsempfänger brachte zum Gutachten im Schriftsatz vom 8.3.2007 in Wesentlichen vor, dass ein schwerer Verfahrensfehler schon darin liege, dass keine Gelegenheit gegeben worden sei, zur Formulierung der an den Gutachter gestellten Fragen Stellung zu nehmen. Im Gutachten werde ignoriert, dass an die Kalkulationsform der Vollkostenrechnung bei öffentlichen Ausschreibungen im Oberschwellenbereich nur marktbeherrschende Unternehmen gemäß dem unmittelbar anwendbaren Art. 82 EGV gebunden seien. Im Unterschied zum Antragsteller sei der präsumtive Zuschlagsempfänger als europäischer Bieter jedoch nicht als marktbeherrschend einzustufen. Ein nicht österreichischer Unternehmer dürfe nicht durch Anwendung nationaler Normen diskriminiert und an der Teilnahme am Straßenbaumarkt gehindert werden. Er könnte daher Markteinführungsrabatte gewähren. Das den Prüfmaßstab der Vollkostenkalkulation zugrundeliegende Gutachten gehe daher von falschen Prämissen aus und sei schon aus diesem Grunde nicht verwertbar. Hinzu komme, dass der Prüfmaßstab Vollkosten oder Grenzkosten nicht konsequent durchgehalten worden seien, sodass auch in dieser Hinsicht das Gutachten unschlüssig sei. Da im Gutachten darauf hingewiesen werde, dass im Unterschied zu der richtig kalkulierte Mengen- und Wertansätze zugrunde legenden ÖNORM B 2061 die vorliegende Ausschreibung nicht von richtigen Mengen- und Wertansätzen ausgehe, würde auch die strikte Anwendung der genannten ÖNORM B 2061 ad absurdum geführt. Vielmehr würde dies auf einen Widerrufgrund hinauslaufen, andernfalls auch aus diesem Grund das Gutachten unschlüssig sei. Die Feststellung im Gutachten, dass das vorgelegt K3-Blatt im Widerspruch zu § 84 BVergG 2006 liege, könne sich nicht gegen das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers richten, sondern sei Normadressat der genannten Norm nur der Auftraggeber. In B 1 Unterpunkt 1,214 der Ausschreibung werde lediglich eine Verpflichtungsübernahme, nämlich die Vorschriften internationaler Arbeitsorganisationen und die in Österreich geltenden arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften einzuhalten, aufgrund faktischen Verhaltens geregelt. Diese Verpflichtung sei auf den Zeitraum der Vertragserfüllung gerichtet. Mit der Angebotslegung sei der präsumtive Zuschlagsempfänger dieser Regelung unterworfen. Aus dem K3-Blatt gehe in keiner Weise hervor, dass die Absicht zur Missachtung der gesetzlichen Wochenarbeitszeit gemäß dem Arbeitszeitgesetz bestehe oder diese nicht eingehalten werde. Im K3-Blatt sei keine namentliche Zuweisung bestimmter Arbeitszeiten an einzelne Mitarbeiter vorgesehen. Abgesehen davon, dass es sich um eine Rechtsfrage handle, sei das Gutachten auch aus diesem Grunde unschlüssig und unbegründet.

Der Gutachter habe darüber hinaus bei der Feststellung zum Lohnkostenanteil von etwas mehr als einem Drittel, die nicht entsprechend den arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften und der anzuwendenden ÖNORM B 2061 ermittelt worden seien, mit Analogieschluss auf die Facharbeiter, Arbeiter und Maschinisten von einem in dieser Tiefe nie erklärbaren Einheitspreis nicht einmal einen Befund aufgenommen. Auch in diesem Punkt sei das Gutachten unschlüssig und nicht nachvollziehbar. Eine vertiefte Prüfung in Form einer Anfrage sei nicht erfolgt. Verbunden sei außerdem damit die Unterstellung, dass Mitarbeiter unter dem Kollektivlohn bezahlt würden. Dieser Darlegung werde auch entgegengetreten. Wenn der Gutachter die Anzahl hinsichtlich der Zusammensetzung der Mannschaft als aufklärungsbedürftig darstelle, ergebe sich die Frage, warum dies nicht im Rahmen der Befundaufnahme erfolgt sei. Das Gutachten scheine überhaupt nur auf der Akteneinsicht zu basieren. Zur Befundaufnahme hätten geeignete Schritte gesetzt werden müssen. Bei der Kritik an überkollektivvertraglichen Mehrlohn und Mehrarbeit habe der Gutachter offensichtlich nicht das für Berger Bau zumindest teilweise auch relevante Personalstatut und die auf deren Mitarbeiter anzuwendenden Kollektivverträge korrekt beurteilt. E*** habe die Gesetze ihres Herkunftslandes einzuhalten. Abgesehen davon, dass möglicher Weise die für E*** anzuwendenden Lohnnebenkosten nicht berücksichtigt worden seien, könnten um 0,05 % überhöht kalkulierte Lohnnebenkosten in keiner Weise einen Ausscheidensgrund darstellen. E*** müsse auch nicht als nicht marktbeherrschendes Unternehmen Gemeinkosten kalkulieren und verrechnen. Der präsumtive Zuschlagsempfänger brachte zum Gutachten im Schriftsatz vom 8.3.2007 in Wesentlichen vor, dass ein schwerer Verfahrensfehler schon darin liege, dass keine Gelegenheit gegeben worden sei, zur Formulierung der an den Gutachter gestellten Fragen Stellung zu nehmen. Im Gutachten werde ignoriert, dass an die Kalkulationsform der Vollkostenrechnung bei öffentlichen Ausschreibungen im Oberschwelkenbereich nur marktbeherrschende Unternehmen gemäß dem unmittelbar anwendbaren Artikel 82, EGV gebunden seien. Im Unterschied zum Antragsteller sei der präsumtive Zuschlagsempfänger als europäischer Bieter jedoch nicht als marktbeherrschend einzustufen. Ein nicht österreichischer Unternehmer dürfe nicht durch Anwendung nationaler Normen diskriminiert und an der Teilnahme am Straßenbaumarkt gehindert werden. Er könnte daher Markteinführungsrabatte gewähren. Das den Prüfmaßstab der Vollkostenkalkulation zugrundeliegende Gutachten gehe daher von falschen Prämissen aus und sei schon aus diesem Grunde nicht verwertbar. Hinzu komme, dass der Prüfmaßstab Vollkosten oder Grenzkosten nicht konsequent durchgehalten worden seien, sodass auch in dieser Hinsicht das Gutachten unschlüssig sei. Da im Gutachten darauf hingewiesen werde, dass im Unterschied zu der richtig kalkulierte Mengen- und Wertansätze zugrunde legenden ÖNORM B 2061 die vorliegende Ausschreibung nicht von richtigen Mengen- und Wertansätzen ausgehe, würde auch die strikte Anwendung der genannten ÖNORM B 2061 ad absurdum geführt. Vielmehr würde dies auf einen Widerrufgrund hinauslaufen, andernfalls auch aus diesem Grund das Gutachten unschlüssig sei. Die Feststellung im Gutachten, dass das vorgelegt K3-Blatt im Widerspruch zu Paragraph 84, BVergG 2006 liege, könne sich nicht gegen das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers richten, sondern sei Normadressat der genannten Norm nur der Auftraggeber. In B 1 Unterpunkt 1,214 der Ausschreibung werde lediglich eine Verpflichtungsübernahme, nämlich die Vorschriften internationaler Arbeitsorganisationen und die in Österreich geltenden arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften einzuhalten, aufgrund faktischen Verhaltens geregelt. Diese Verpflichtung sei auf den Zeitraum der Vertragserfüllung gerichtet. Mit der Angebotslegung sei der präsumtive Zuschlagsempfänger dieser Regelung unterworfen. Aus dem K3-Blatt gehe in keiner Weise hervor, dass die Absicht zur Missachtung der gesetzlichen Wochenarbeitszeit gemäß dem Arbeitszeitgesetz bestehe oder diese nicht eingehalten werde. Im K3-Blatt sei keine namentliche Zuweisung bestimmter Arbeitszeiten an einzelne Mitarbeiter vorgesehen. Abgesehen davon, dass es sich um eine Rechtsfrage handle, sei das Gutachten auch aus diesem Grunde unschlüssig und unbegründet. Der Gutachter habe darüber hinaus bei der Feststellung zum Lohnkostenanteil von etwas mehr als einem Drittel, die nicht entsprechend den arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften und der anzuwendenden ÖNORM B 2061 ermittelt worden seien, mit Analogieschluss auf die Facharbeiter, Arbeiter und Maschinisten von einem in dieser Tiefe nie erklärbaren Einheitspreis nicht einmal einen Befund aufgenommen. Auch in diesem Punkt sei das Gutachten unschlüssig und nicht nachvollziehbar. Eine vertiefte Prüfung in Form einer Anfrage sei nicht erfolgt. Verbunden sei außerdem damit die Unterstellung, dass Mitarbeiter unter dem Kollektivlohn bezahlt würden. Dieser Darlegung werde auch entgegengetreten. Wenn der Gutachter die Anzahl hinsichtlich der Zusammensetzung der Mannschaft als aufklärungsbedürftig darstelle, ergebe sich die Frage, warum dies nicht im Rahmen der Befundaufnahme erfolgt sei. Das Gutachten scheine überhaupt nur auf der Akteneinsicht zu basieren. Zur Befundaufnahme hätten geeignete Schritte gesetzt werden müssen. Bei der Kritik an überkollektivvertraglichen Mehrlohn und Mehrarbeit habe der Gutachter offensichtlich nicht das für Berger Bau zumindest teilweise auch

relevante Personalstatut und die auf deren Mitarbeiter anzuwendenden Kollektivverträge korrekt beurteilt. E*** habe die Gesetze ihres Herkunftslandes einzuhalten. Abgesehen davon, dass möglicher Weise die für E*** anzuwendenden Lohnnebenkosten nicht berücksichtigt worden seien, könnten um 0,05 % überhöht kalkulierte Lohnnebenkosten in keiner Weise einen Ausscheidensgrund darstellen. E*** müsse auch nicht als nicht marktbeherrschendes Unternehmen Gemeinkosten kalkulieren und verrechnen.

Bei der Feststellung, dass ohne Vorliegen der K5-Blätter Gewinne und Zuschläge aus Betonabbruch nicht nachvollziehbar seien und die Verwendung von Neumaterial für den Unterbeton zu den angebotenen Preisen nicht glaubwürdig/plausibel sei, verkenne der Gutachter, dass es der Firma E*** freistehe, Kostenvorteile und Markteinführungsrabatte an einen österreichischen Auftraggeber weiterzugeben. Bezüglich der Kritik zur Geräteliste, wonach nicht die Neuwerte zugrunde gelegt worden seien, werde darauf hingewiesen, dass dazu kein Befund aufgenommen worden sei und dies auch nicht der Fall sei.

Die Feststellungen zu den K7-Blättern, wonach für Subleistungen diesbezügliche Subpreise eingesetzt worden seien und als Subleistung (Fremdkalkulation) ausgewiesen worden seien, sei nicht nachvollziehbar. E*** würde es auch frei stehen, ohne Gewinne und sogar nicht kostendeckend anzubieten. Der Gutachter hätte die tatsächliche Kostensituation von E*** beurteilen müssen. Die Heranziehung von irgendwelchen österreichischen Normen und Kalkulationsprogrammen könne nicht der tatsächlichen Kostensituation von Berger Bau gerecht werden.

Das Ausschreiben von falschen Mengen oder Massen könne nicht einem Bieter angelastet werden. Der Gutachter sei sich selbst nicht im Klaren darüber, ob er nun als Maßstab Vollkosten- oder Grenzkostendeckung unterstellen solle. Dies mache das Gutachten vollends unschlüssig. Die Gutachtensthese, dass bei wesentlich gekennzeichneten Positionen nicht immer alle nach der Zuschlagskalkulation direkt zuordenbaren Kosten enthalten seien, sei unrichtig und unschlüssig. Es würde auch nicht dargelegt, welche Kosten fehlen würden.

Die Antwort unter Punkt 4.3. sei nicht nachvollziehbar, da die Frage der betriebswirtschaftlichen Erklärbarkeit nicht von der Zulässigkeit von Teilangeboten abhängt. Es werde beantragt, den Gutachter zur nächsten Verhandlung zu laden. Auf Grund des Sachverständigengutachtens liege kein Grund für das Ausscheiden des Angebotes des präsumtiven Zuschlagsempfängers vor.

Mit Schriftsatz vom 12.3.2007 nahm der Auftraggeber zum Gutachten Stellung. Das Gutachten lasse betriebswirtschaftliche Kennzahlen und die als Vergleichsbasis für die Schlussfolgerung der "Unterpreisigkeit" herangezogenen Preise vermissen. Dies gelte beispielsweise für die Position 01 01 03 0908 A Z "Schotterbankett 0/32mm", bei der die Aussage der "Unterpreisigkeit" ohne Beleg durch Zahlen bzw Preise getroffen worden sei. Das Gutachten sei deshalb nicht nachvollziehbar und mangelhaft.

Auch sei aus der Angebotskalkulation nicht ersichtlich, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger gegen kollektivvertragsrechtliche Vorschriften verstoße. Der Gutachter übersehe, dass beim Kalkulationsansatz nicht zwischen ein, zwei oder mehreren physischen Personen unterschieden sondern eben nur der "Mann-Bedarf" mengenmäßig "neutral" angesetzt werde, sodass das Gutachten auch in dieser Hinsicht nicht nachvollziehbar sei. Aus der Kalkulation sei eine direkte Zuordnung der einzelnen Arbeiterinnen und Arbeiter zu den tatsächlich auch geleisteten Tagen, Wochen oder Monaten nicht möglich. Die Partien würden entsprechend den Bestimmungen des Arbeits- und Sozialrechtes wechseln. Überdies handle es sich um eine reine Rechtsfrage. Unschlüssigkeit werde dem Gutachten auch bei den Ausführungen zur Preisermittlung vorgehalten, zumal es ebenfalls Aufgabe des Sachverständigen gewesen wäre, eine entsprechende Befundung vorzunehmen, diese zu erwähnen und zu dokumentieren. Das Ausschreiben falscher Mengen oder Massen könnte nicht dem Auftragnehmer angelastet werden und habe dies nicht das Ausscheiden eines Angebotes zur Konsequenz.

Die ÖNORM B 2061 betrachte die Baukalkulation neben dem System der Vollkosten- auch unter dem Aspekt der Teilkostenrechnung. Angemessen sei ein Preis, der der hierdurch abgebotenen Leistung adäquat sei. Unangemessen seien Preise, sofern Leistung und Preis (Gegenleistung) im Ungleichgewicht seien. Die Judikatur fordere, dass das Missverhältnis zwischen Preis und Leistung "offensichtlich" sein müsse. Für Bauleistungen liege die Grenze der Bandbreite gem. 3.1.1 max, +/- 15 Prozent unter bzw über einem vollkostendeckenden Gesamtpreis.

Die Feststellungen des Gutachters unter Punkt 4.2.1 und 4.2.2. trafen zwar im Wesentlichen die Kernaussagen der Voll- bzw Teilkostenrechnung, seien jedoch in zwei Punkten teilweise unrichtig bzw unvollständig. Eine pauschale Feststellung, dass die Geschäftsgemeinkosten fixe Kosten wären, sei in dieser Allgemeinheit nicht zutreffend. Zwischen

den Begrifflichkeiten der Norm bzw der Voll- bzw Teilkostenrechnung bestünden komplexe Zusammenhänge.

Entgegen den Darstellungen des Gutachters seien die K3-Blätter sehr wohl geprüft worden. Die Gesamtzuschläge des präsumtiven Zuschlagsempfängers seien zwar als sehr gering (5% bzw 8%) beurteilt worden, jedoch würden sie in der üblichen Bandbreite von 3,0% bis 24,7 % liegen. Die geringe personelle Ausstattung erscheine auf Grund von Erfahrungswerten durchaus leistbar. Die Feststellung zu den um 0,05 % "zuviel" kalkulierten "Lohnnebenkosten" würde aber auch an der sicherlich erforderlichen "Gesamtsicht und Verhältnismäßigkeit" begründete Zweifel entstehen lassen. Die Ausführung, dass "andere lohngebundene Kosten" "unzulässig richtig" seien, sei grammatikalisch bzw inhaltlich nicht nachvollziehbar und verständlich. Sollte von zu niedrigen anderen lohngebundenen Kosten ausgegangen werden, sei auf andere vergebene Aufträge zu verweisen, wonach die Bandbreite zwischen 5 % und 24,65 % liege. Es könnte im Rahmen der Kalkulation sein, dass abweichend von der allgemeinen Vorgabe der ÖNORM B 2061 die Geschäftsgemeinkosten (Zentralregie) nur aus fixen Kosten bestünden. Unter diesem Gesichtspunkt in Verbindung mit Überlegungen zur Teilkostenrechnung sei die Behauptung des Gutachters bezüglich des niedrigen Gesamtzuschlages nicht nachvollziehbar und werde zurückgewiesen.

Da gemäß Punkt 7.203.7.1. der Ausschreibung die Gewinnung der Zuschläge aus dem Betonabbruch für den Unterbeton zulässig sei, erscheine auch die angebotene Höhe des tatsächlich niedrigen Einheitspreises plausibel.

Entgegen den Darstellungen im Gutachten habe auch eine Prüfung des K6-Blattes stattgefunden. Dem Bieter obliege es, von der Vollkostenrechnung abzugehen. Zwar könnte auf die Abschreibung und Verzinsung von Geräten als Kostenbestandteil im Rahmen der betriebswirtschaftlichen Überlegungen im Zuge der Angebotslegung verzichtet werden. Der präsumtive Zuschlagsempfänger habe jedoch mit 30 % angesetzt. Selbst im Sinne einer Vollkostenrechnung sei nicht von einem "Unterpreis" auszugehen. Es handle sich bei den von ihm angebotenen Preisen nicht um die vom Gutachter vielfach vermuteten Kampfpreise. Dies gelte auch für die angebotenen Reparaturanteile (40%).

Da es für Angebote keine "Einheits-Kalkulation" gebe, sei auch die Ansicht des Gutachters nicht vorstellbar, dass unterschiedliche Subunternehmer für nahezu idente Leistungen unterschiedliche Preise anbieten würden. Dass durch Bieteraufklärung eindeutig eine "unzulässige Umlage" von variablen Kosten erklärt worden sei, und deshalb die Position 0101020802V unterpreisig sei, könne nicht nachvollzogen werden. Die Kalkulationnorm ÖNORM B 2061 sehe unter Punkt 5.2.3. selbst die Möglichkeit vor, Ziviltechniker in den zeitgebundenen Baustellengemeinkosten zu kalkulieren. Der Grundsatz, dass sämtliche den (Leistungs-)Positionen direkt zuordenbaren Kosten auch direkt zuzuordnen seien, stehe in keinem Widerspruch zu der Bieteraufklärung. Anteile eines Ziviltechnikers, welche in direktem Zusammenhang mit der gegenständlichen Leistungsposition stünden (Pos. 0101020802V), in diese einzukalkulieren und die anderen Kosten, welche normgemäß in die zeitgebundenen Gemeinkosten der Baustelle einzukalkulieren seien, seien eben in diese einzukalkulieren. Es komme zu Synergien. Von einer unzulässigen Umlage - wie im Gutachten ausgeführt - könne nicht gesprochen werden, sodass auch keine Unterpreisigkeit vorliegen könne.

Auch die Kalkulationmethode beim Fräsen sei eine durchaus gängige. Allfällige Wertgewinne und eine Materialbewertung seien zu berücksichtigen. Eine Preisangemessenheit liege daher vor. Auch die Leistungsansätze bei den kalkulierten Geräten seien plausibel.

Die Meinung des Gutachters, dass wesentliche Positionen nicht kostendeckend kalkuliert worden seien, werde unter Berücksichtigung der zulässigen Teilkostenrechnung und dem Gewähren von Skonti - solange dies betriebswirtschaftlich vertretbar sei - zwecks Markteintritts, nicht geteilt. Es werde die Ladung des Gutachters zur mündlichen Verhandlung beantragt, um eine entsprechend Gutachtenserörterung vorzunehmen und das Gutachten zu ergänzen.

In der mündlichen Verhandlung am 14.3.2007 wurde den anwesenden Parteien eine vom bestellten Gutachter zur zweischicht-Betondecke erstellte Vorlage vorgelegt. In dieser hat der Gutachter auf Basis der Angaben, die im Vergabebericht enthalten sind, zu den Materialkosten zum Unterbeton an Hand eines K5-Blattes zum Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers eine Rechnung erstellt. Der Gutachter führte dazu aus, dass sich daraus ein Fehlbetrag bzw Unterpreis von zumindest Euro 767.000,00 beim Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers ergebe. Dem hielt der präsumtive Zuschlagsempfänger entgegen, dass auf Grund von Art 57 Abs 1 lit b der RL 2004/17/EG außergewöhnlich günstige Produktionsbedingungen zu berücksichtigen seien. Es sei vom Gutachter außer Acht gelassen worden, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger über einen eigenen Zementproduktionsbetrieb

verfüge. Im vom präsumtiven Zuschlagsempfänger erstellten K5- Blatt, welches allerdings vom Auftraggeber nicht angefordert worden sei und auch keine Veranlassung bestanden habe, diesem ein solches vorzulegen, wären die tatsächlichen Produktionskosten berücksichtigt worden. In der mündlichen Verhandlung am 14.3.2007 wurde den anwesenden Parteien eine vom bestellten Gutachter zur zweischicht-Betondecke erstellte Vorlage vorgelegt. In dieser hat der Gutachter auf Basis der Angaben, die im Vergabebericht enthalten sind, zu den Materialkosten zum Unterbeton an Hand eines K5-Blattes zum Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers eine Rechnung erstellt. Der Gutachter führte dazu aus, dass sich daraus ein Fehlbetrag bzw Unterpreis von zumindest Euro 767.000,00 beim Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers ergebe. Dem hielt der präsumtive Zuschlagsempfänger entgegen, dass auf Grund von Artikel 57, Absatz eins, Litera b, der RL 2004/17/EG außergewöhnlich günstige Produktionsbedingungen zu berücksichtigen seien. Es sei vom Gutachter außer Acht gelassen worden, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger über einen eigenen Zementproduktionsbetrieb verfüge. Im vom präsumtiven Zuschlagsempfänger erstellten K5- Blatt, welches allerdings vom Auftraggeber nicht angefordert worden sei und auch keine Veranlassung bestanden habe, diesem ein solches vorzulegen, wären die tatsächlichen Produktionskosten berücksichtigt worden.

Dazu hielt der Gutachter fest, dass es in den vorliegenden K4- Blättern keinen Zementansatz mit den behaupteten günstigen Bezugsquellen gebe und außerdem keine Verknüpfung zur vorliegenden Kalkulation gegeben sei.

Nach Durchsicht des vom Auftraggeber vorgelegten Vergabeaktes wurde festgestellt, dass das K5-Blatt nicht vorliegt. Zum Vorhalt des Gutachters, laut Vergabebericht auf Seite 30, müsse der Unterbeton mindestens Euro 39,50 betragen, führte der Auftraggeber aus, dass es sich um die Aussage der begleitenden Kontrolle handle, die für den Auftraggeber keineswegs für die Entscheidung relevant sei. Relevant seien vielmehr die Erklärungen des präsumtiven Zuschlagsempfängers, sowie die Prüfung der Preisangemessenheit im Sinne des Vergabegesetzes. Das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers sei hinreichend geprüft und plausibel aufgeklärt worden, sodass die Absicht bestehe, dem präsumtiven Zuschlagsempfänger den Zuschlag zu erteilen.

Auf Aufforderung des Bundesvergabeamtes gab der präsumtive Zuschlagsempfänger mit Schriftsatz vom 15.3.2007 seinen Zementproduktionsbetrieb, nämlich V***, bekannt. Ebenso wurden das vom Bundesvergabeamt angeforderten K5-Blatt für den Unterbeton und die Vereinbarung über die Abnahme von unbelastetem Bodenaushub vorgelegt. Mit Schriftsatz vom 16.3.2007 wurde das K5-Blatt für den Oberbeton vorgelegt.

In der mündlichen Verhandlung vom 20.3.2007 bestätigte der Auftraggeber, mit der Prüfung der Angebote die R*** beauftragt zu haben. Der Aufforderung zur Nachreichung von Material- bzw Systemnachweisen bzw Prüfungszeugnissen für den Zement für die Betondeckenherstellung, für Straßenbaubitumen, Zuschlagsstoffe für Betonherstellung usw sei der präsumtive Zuschlagsempfänger fristgerecht nachgekommen. Der präsumtive Zuschlagsempfänger habe ein Angebot mit den dazugehörigen Nachweisen für die Subunternehmer und den dazugehörigen Material- bzw Systemeignungsnachweisen bzw Prüfungszeugnissen für den Zement für die Betondeckenherstellung, für den Straßenbaubitumen usw gelegt.

Auch der präsumtive Zuschlagsempfänger bestätigte, ein Angebot mit den dazugehörigen Nachweisen für die Subunternehmer und den dazugehörigen Material- bzw Systemeignungsnachweisen bzw Prüfungszeugnissen für den Zement für die Betondeckenherstellung, für den Straßenbaubitumen usw gelegt zu haben.

Zu den K4-Formblättern führte der Gutachter aus, dass in der Spalte 2 neben der Materialbezeichnung auch der Lieferant und Ort der verwendeten Materialien anzugeben seien. Diese würden jedoch im Formblatt K4 des präsumtiven Zuschlagsempfängers fehlen. Aus der Kalkulation des Angebotes des präsumtiven Zuschlagsempfängers sei der eigene Zementproduktionsbetrieb nicht ersichtlich. Dem hielt der präsumtive Zuschlagsempfänger entgegen, dass sich weder aus dem Bundesvergabegesetz noch aus der gegenständlichen Ausschreibung ergebe, dass Geschäftsgeheimnisse zwingend offenzulegen wären. Falls dies als Mangel qualifiziert werden würde, wäre dieser als verbesserbar einzustufen.

Der Auftraggeber wies außerdem darauf hin, dass es nicht üblich und praxisfremd wäre, entsprechende Ausführungen zum Lieferanten und der Produktionsstätte in den K-Blättern zu machen. Die K5- Blätter seien ohnehin "nachreichungsfähige Blätter", die auch nach der Angebotsöffnung vorgelegt werden könnten. Die fehlenden Angaben in den K4-Blättern seien für den Auftraggeber kein Problem und daher unbeachtlich. Der Auftraggeber bestätigte, dass die angebotenen Preise des präsumtiven Zuschlagsempfängers beim Abschnitt Straßenbau sehr niedrig seien. Im

Rahmen des Bietergespräches am 30.10.2006 sei die Kalkulation zur zweischicht-Betondecke unter Punkt II Thema 2 (Kalkulation) Frage 10 angesprochen und für den Auftraggeber vom präsumtiven Zuschlagsempfänger hinreichend aufgeklärt worden. Die betriebswirtschaftliche Nachvollziehbarkeit und Erklärbarkeit sei jedoch dargelegt worden. Der angebotene Preis sei nach Ansicht des Auftraggebers marktkonform. Der Auftraggeber habe sich auch an die Prinzipien der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit zu halten. Der Auftraggeber wies außerdem darauf hin, dass es nicht üblich und praxisfremd wäre, entsprechende Ausführungen zum Lieferanten und der Produktionsstätte in den K-Blättern zu machen. Die K5- Blätter seien ohnehin "nachreichungsfähige Blätter", die auch nach der Angebotsöffnung vorgelegt werden könnten. Die fehlenden Angaben in den K4-Blättern seien für den Auftraggeber kein Problem und daher unbeachtlich. Der Auftraggeber bestätigte, dass die angebotenen Preise des präsumtiven Zuschlagsempfängers beim Abschnitt Straßenbau sehr niedrig seien. Im Rahmen des Bietergespräches am 30.10.2006 sei die Kalkulation zur zweischicht-Betondecke unter Punkt römisch zwei Thema 2 (Kalkulation) Frage 10 angesprochen und für den Auftraggeber vom präsumtiven Zuschlagsempfänger hinreichend aufgeklärt worden. Die betriebswirtschaftliche Nachvollziehbarkeit und Erklärbarkeit sei jedoch dargelegt worden. Der angebotene Preis sei nach Ansicht des Auftraggebers marktkonform. Der Auftraggeber habe sich auch an die Prinzipien der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit zu halten.

Der präsumtive Zuschlagsempfänger unterstrich, dass der Sachverständige österreichische Normen nicht diskriminierend zur Prüfung heranziehen dürfe. Die Preiskalkulation sei ausschließlich auf Plausibilität und Nachvollziehbarkeit unter Beachtung des entsprechenden gesetzlichen Normengerüsts zu überprüfen. Der präsumtive Zuschlagsempfänger habe aber ohnehin die Ö-NORMEN eingehalten.

Auf die Frage, ob das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers auch dann als betriebswirtschaftlich nachvollziehbar und erklärbar zu bezeichnen wäre, wenn der Zement nicht aus dem eigenen Zementbetriebswerk verwendet werden würde, wertete der Sachverständige in diesem Fall das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers als betriebswirtschaftlich nicht nachvollziehbar. Dies wurde auch vom präsumtiven Zuschlagsempfänger bestätigt.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

I. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages römisch eins. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages:

Die ASFINAG ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 (vgl. BVA 10.5.2006, N/0021-BVA/14/2006-13; 29.8.2006, N/0071-BVA/04/2006-EV15 u.a.). Die ASFINAG ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 vergleiche BVA 10.5.2006, N/0021-BVA/14/2006-13; 29.8.2006, N/0071-BVA/04/2006-EV15 u.a.).

Der gegenständliche Auftrag ist als Bauauftrag iSv § 4 BVergG 2006 zu qualifizieren. Mit einem geschätzten Auftragswert von Euro 32.381.994,75 (exkl USt) ist der einschlägige Schwellenwert überschritten und das Verfahren dem Oberschwellenbereich zuzuordnen. Der gegenständliche Auftrag ist als Bauauftrag iSv Paragraph 4, BVergG 2006 zu qualifizieren. Mit einem geschätzten Auftragswert von Euro 32.381.994,75 (exkl USt) ist der einschlägige Schwellenwert überschritten und das Verfahren dem Oberschwellenbereich zuzuordnen.

Im gegenständlichen Verfahren ist weder ein Zuschlag erteilt noch das Verfahren widerrufen worden. Der Antragsteller hat ein Hauptangebot und Alternativangebote gelegt. Der gegenständliche Nachprüfungsantrag entspricht den formalen Voraussetzungen des § 322 Abs. 1 BVergG 2006 und ist daher insoweit zulässig. An Pauschalgebühren wurden für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Euro 10.000,- Im gegenständlichen Verfahren ist weder ein Zuschlag erteilt noch das Verfahren widerrufen worden. Der Antragsteller hat ein Hauptangebot und Alternativangebote gelegt. Der gegenständliche Nachprüfungsantrag entspricht den formalen Voraussetzungen des Paragraph 322, Absatz eins, BVergG 2006 und ist daher insoweit zulässig. An Pauschalgebühren wurden für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Euro 10.000,-

entrichtet.

Der präsumtive Zuschlagsempfänger hat gemäß § 324 Abs 3 BVergG 2006 rechtzeitig begründete Einwendungen gegen die vom Antragsteller begehrten Entscheidungen erhoben, sodass ihm Parteistellung gemäß § 324 Abs. 3

BVergG 2006 zukommt. Der präsuntive Zuschlagsempfänger hat gemäß Paragraph 324, Absatz 3, BVergG 2006 rechtzeitig begründete Einwendungen gegen die vom Antragsteller begehrten Entscheidungen erhoben, sodass ihm Parteistellung gemäß Paragraph 324, Absatz 3, BVergG 2006 zukommt.

II. Zu Spruchpunkt I. römisch zwei. Zu Spruchpunkt römisch eins.

1. 1. Ziffer eins

Befähigungsnachweis und Anerkennungsnachweis:

Der präsuntive Zuschlagsempfänger hat entgegen den Darstellungen des Antragstellers als Subunternehmer für Straßenmarkierungsarbeiten die F*** im Angebot im Anhang B8-V "Verzeichnis der Subunternehmer" namhaft gemacht, für den auch ein entsprechender Befähigungsnachweis gelegt wurde. Ebenso liegt ein Anerkennungsbescheid gemäß § 373c GewO 1994 für das Baumeistergewerbe für ausführende Arbeiten für den einzelvertretungsbefugten Geschäftsführer der E***, Herrn M***, vor. Der präsuntive Zuschlagsempfänger hat entgegen den Darstellungen des Antragstellers als Subunternehmer für Straßenmarkierungsarbeiten die F*** im Angebot im Anhang B8-V "Verzeichnis der Subunternehmer" namhaft gemacht, für den auch ein entsprechender Befähigungsnachweis gelegt wurde. Ebenso liegt ein Anerkennungsbescheid gemäß Paragraph 373 c, GewO 1994 für das Baumeistergewerbe für ausführende Arbeiten für den einzelvertretungsbefugten Geschäftsführer der E***, Herrn M***, vor.

1. 2. Ziffer 2

Fehlende Unterfertigung der Berichtigung 1 und 3:

Unter Pkt. B1 Unterpunkt 1,202 verpflichtete sich der Bieter Änderungen/Bekanntmachungen bei seiner Angebotslegung als integrierender Bestandteil der Ausschreibung zu berücksichtigen, ansonsten sein Angebot ausgeschieden werde. Mit der Unterzeichnung des Angebotes bestätigte der präsuntive Zuschlagsempfänger in der Folge, die Änderungen/Bekanntmachungen in seinem Angebot berücksichtigt zu haben.

Die Beantwortung der Frage, ob die fehlende Unterzeichnung der Berichtigungen 1 und 3 als behebbarer Formalmangel zu beurteilen ist, hängt davon ab, ob diese Behebung nach Angebotsöffnung zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung der Bieter führen würde. Bei der Abgrenzung zwischen behebbarem und unbehebbarer Mangel ist darauf abzustellen, ob durch die Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbewerbern materiell verbessert würde. In diesem Sinn wurde das Fehlen der firmenmäßigen Fertigung eines ohnehin rechtsgültig unterfertigten Angebotes (VwGH 26.2.2003, 2001/04/0037), die Namhaftmachung von mehreren Vertretern einer Bietergemeinschaft anstelle des in den Ausschreibungsunterlagen geforderten einzigen Vertreters (VwGH 25.2.2004, 2003/04/0186) oder das Fehlen eines Formblattes, das von einem Bieter nicht abänderbare Ausschreibungsbedingungen enthält (VwGH 29.6.2005, 2005/04/0024) als behebbare Mängel, das Angebot mit einer kürzeren als der von den Ausschreibungsunterlagen geforderten Mindestgewährleistungsfrist jedoch als unbehebbarer Mangel (vgl. VwGH 16.2.2005, 2004/04/0030) gewertet. Die Beantwortung der Frage, ob die fehlende Unterzeichnung der Berichtigungen 1 und 3 als behebbarer Formalmangel zu beurteilen ist, hängt davon ab, ob diese Behebung nach Angebotsöffnung zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung der Bieter führen würde. Bei der Abgrenzung zwischen behebbarem und unbehebbarer Mangel ist darauf abzustellen, ob durch die Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbewerbern materiell verbessert würde. In diesem Sinn wurde das Fehlen der firmenmäßigen Fertigung eines ohnehin rechtsgültig unterfertigten Angebotes (VwGH 26.2.2003, 2001/04/0037), die Namhaftmachung von mehreren Vertretern einer Bietergemeinschaft anstelle des in den Ausschreibungsunterlagen geforderten einzigen Vertreters (VwGH 25.2.2004, 2003/04/0186) oder das Fehlen eines Formblattes, das von einem Bieter nicht abänderbare Ausschreibungsbedingungen enthält (VwGH 29.6.2005, 2005/04/0024) als behebbare Mängel, das Angebot mit einer kürzeren als der von den Ausschreibungsunterlagen geforderten Mindestgewährleistungsfrist jedoch als unbehebbarer Mangel vergleiche VwGH 16.2.2005, 2004/04/0030) gewertet.

Der Antragsteller hat aber bereits ohnehin mit der Unterzeichnung seines Angebotes die Berücksichtigung der Änderungen/Bekanntmachungen bestätigt, sodass davon auszugehen ist, dass es sich bei den fehlenden Unterzeichnungen der Berichtigungen 1 und 3 um einen Formmangel handelt, der einer Behebung zugänglich ist. In diesem Fall würde sich auch die Wettbewerbsstellung des präsuntiven Zuschlagsempfängers gegenüber seinem Mitbewerber nicht materiell verbessern. Der Aufforderung zur Unterzeichnung der genannten Berichtigungen durch den Auftraggeber kam der präsuntive Zuschlagsempfänger auch nach.

1. 3.Ziffer 3

Angebot des präsuntiven Zuschlagsempfängers:

3.1. Ausschreibungsbestimmungen und nachgereichte Unterlagen des präsuntiven Zuschlagsempfängers:

Wie sich aus den Ausschreibungsunterlagen unter Punkt 8,3 (wesentliche Unterlagen zum Angebot) unter Punkt 8,302 ergibt, sind auf Aufforderung des Auftraggebers nachzureichende Unterlagen innerhalb von 7 Kalendertagen als integrierender Bestandteil des Angebotes (nachträgliche Ausscheidenssanktion) nachzureichen, soweit sie nicht bereits mit dem Angebot als dessen Bestandteil mit abgegeben wurden. Zu diesen auf Aufforderung nachzureichenden Unterlagen zählen unter Punkt

8.3.2.8 sämtliche Material- bzw. Systemeignungsnachweise bzw. Prüfzeugnisse. Darunter fällt auch jenes für den Zement. Aufgrund der Aufforderung des Auftraggebers vom 26.9.2006, nämlich unter anderem sämtliche Material bzw. Systemnachweise bzw. Prüfzeugnisse für den Zement, insbesondere für die Betondeckenherstellung nachzureichen, legte der präsuntive Zuschlagsempfänger einen Prüfbericht für den Zement vor, in dem als Auftraggeber die O***, aufschien und unter der Rubrik "Herstellerwerk" die Q*** angeführt war. Die Probeentnahme erfolgte im Herstellerwerk aus Silo 6. Darüber hinaus wurde ein Nachweis für Betonausgangsstoffe, abgegeben zur Erstprüfung nach der Ö-Norm B4710-1 vom präsuntiven Zuschlagsempfänger nachgereicht. Unter den Rubriken Zement Nr. 1, Nr. 2, Nr. 3 und 4 ist beim anzuführenden Herstellerwerk jeweils "Q***" angeführt.

Diese nachgereichten Nachweise des präsuntiven Zuschlagsempfängers sind gemäß Punkt 8,302 als integrierter Bestandteil seines Angebotes zu werten. Im Zusammenhalt mit den übereinstimmenden Aussagen des Auftraggebers und des präsuntiven Zuschlagsempfängers in der mündlichen Verhandlung vom 20.3.2007, nämlich dass der präsuntive Zuschlagsempfänger ein Angebot mit den dazugehörigen Material- bzw. Systemnachweisen bzw. Prüfungszeugnissen für den Zement für die Bodendeckenherstellung gelegt habe, ergibt sich, dass der präsuntive Zuschlagsempfänger ein Angebot mit Zement des Zementherstellwerkes O*** gelegt hat.

3.2. Vertiefte Angebotsprüfung beim Angebot des präsuntiven Zuschlagsempfängers - eigener Zementproduktionsbetrieb V***:

Unter anderem auf Grund von niedrigen Einheitspreisen in den als wesentlich zu beurteilenden Positionen zur zweischicht-Betondecke im Angebot des präsuntiven Zuschlagsempfängers führte der Auftraggeber gemäß § 125 Abs 3 BVergG 2006 am 30.10.2006 eine Aufklärung im Rahmen eines Bietergesprächs durch, der eine schriftliche Aufklärung am 8.11.2006 folgte, bei der insbesondere der niedrige Ansatz Unterbeton bei der zweischicht-Betondecke angesprochen wurde. Unter anderem auf Grund von niedrigen Einheitspreisen in den als wesentlich zu beurteilenden Positionen zur zweischicht-Betondecke im Angebot des präsuntiven Zuschlagsempfängers führte der Auftraggeber gemäß Paragraph 125, Absatz 3, BVergG 2006 am 30.10.2006 eine Aufklärung im Rahmen eines Bietergesprächs durch, der eine schriftliche Aufklärung am 8.11.2006 folgte, bei der insbesondere der niedrige Ansatz Unterbeton bei der zweischicht-Betondecke angesprochen wurde.

Beim Bietergespräch erschöpfte sich die Erklärung des präsuntiven Zuschlagsempfängers darin, Material und Mannschaft für den Zeitraum festgelegt zu haben und die kalkulierten Gesamtkosten zu gleichen Teilen auf alle Positionen heruntergebrochen zu haben. Als Neumaterial für die Unterbetonherstellung nur Sand zu nehmen und die restlichen Zuschläge - bei entsprechender Eignung gemäß RVS, aus dem Betonabbruch zu gewinnen, andernfalls den gesamten Unterbeton mit Neumaterial zu den gebotenen Preisen herzustellen und einzubauen. Die Beantwortung der schriftlichen Anfragen des Auftraggebers zur Berücksichtigung sämtlicher Zusatzstoffe (wie Sand, Fließmittel, Zement, Luftporenmittel usw) sowie sonstigen Kosten in der Kalkulation zum Unterbeton, wurden lapidar mit der in der Kalkulation erfolgten Berücksichtigung aller erforderlichen Lieferungen und Leistungen für eine sach- und fachgerechte vollständige Herstellung der ausgeschriebenen Leistung beantwortet. Zur Kalkulation für die Aufbereitung der alten Betondecke wurde vom präsuntiven Zuschlagsempfänger lediglich angeführt, dass die Kosten für die Aufbereitung des Betonabbruches in den Positionen der zweischicht-Betondecke enthalten seien.

Der präsuntive Zuschlagsempfänger hat dazu keine näheren Erläuterungen gemacht, keine allfällige Nachweisen vorgelegt oder etwa auf günstige Produktionsbedingungen hingewiesen. Erst im Zuge der mündlichen Verhandlung am 14.3.2007 hat der präsuntive Zuschlagsempfänger nach Vorhalt eines Fehlbetrages von mindestens Euro 767.000,- beim Unterbeton durch den Gutachter darauf hingewiesen, dass vom Gutachter die außergewöhnlich günstigen Produktionsbedingungen des präsuntiven Zuschlagsempfängers auf Grund des eigenen Zementbetriebes keine

Berücksichtigung gefunden hätten. Diesen eigenen Zementproduktionsbetrieb benannte der präsumtive Zuschlagsempfänger in der Folge erst nach Aufforderung durch das Bundesvergabeamt am 15.3.2007 mit V***.

Der nunmehr vom präsumtiven Zuschlagsempfänger benannte eigene Produktionsbetrieb unterscheidet sich jedoch von dem Herstellerwerk für den Zement Q***, das im Angebot präsumtiven Zuschlagsempfänger aufscheint und für das die als integrierter Angebotsbestandteil zu wertenden Nachweise gelegt wurden. Wie sich aus den obigen Ausführungen ergibt, bezog sich das vom präsumtiven Zuschlagsempfänger gelegte Angebot hinsichtlich des Zementes auf das Zementherstellerwerk Q***.

Mit dem nunmehrigen Hinweis auf die, auf den eigenen Zementproduktionsbetrieb V*** zurückzuführenden, außergewöhnlich günstigen Produktionsbedingungen für den Zement ändert zum einen der präsumtive Zuschlagsempfänger sein Angebot. Im offenen Verfahren darf jedoch gemäß § 101 Abs 4 BVergG 2006 nicht über Angebotsänderungen verhandelt werden (vgl BVA 19.1.2006, 04N- 134/05-17). Mit dem nunmehrigen Hinweis auf die, auf den eigenen Zementproduktionsbetrieb V*** zurückzuführenden, außergewöhnlich günstigen Produktionsbedingungen für den Zement ändert zum einen der präsumtive Zuschlagsempfänger sein Angebot. Im offenen Verfahren darf jedoch gemäß Paragraph 101, Absatz 4, BVergG 2006 nicht über Angebotsänderungen verhandelt werden (vergleiche BVA 19.1.2006, 04N- 134/05-17).

Zum anderen konnte der präsumtive Zuschlagsempfänger mit dieser Erklärung nicht den niedrigen Einheitspreis bei der zweischicht-Betondecke im Hinblick auf den Unterbeton in seinem Angebot plausibel und nachvollziehbar erklären. Es fehlt somit auch an der betriebswirtschaftlichen Erklärbarkeit und Nachvollziehbarkeit. Dessen Fehlen wurde auch in der mündlichen Verhandlung vom 20.3.2007 mit der Ausführung des Gutachters bestätigt, wonach das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers dann nicht betriebswirtschaftlich nachvollziehbar zu beurteilen ist, wenn der Zement nicht aus dem eigenen Zementherzeugungsbetrieb verwendet werden würde. Diese Aussage des Gutachters wurde vom präsumtiven Zuschlagsempfänger bestätigt.

Gemäß § 129 Abs 1 Z 3 BVergG 2006 hat der Auftraggeber auf Grund des Ergebnisses der Prüfung vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung Angebote auszuschneiden, die eine - durch eine vertiefte Angebotsprüfung festgestellte - nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufweisen. Wie sich aus den Materialien des BVergG 2006 zu § 129 Abs 1 Z 3 BVergG 2006 ergibt, ist durch die Wortfolge "nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises" auch das Vorliegen nicht plausibler Teilpreise (§ 125 Abs 3 Z 2 BVergG 2006) erfasst, da diese zu einer nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises führen (vgl 1171 BlgNr XXII GP, 85). Unter § 129 Abs 1 Z 3 BVergG 2006 sind damit auch jene Angebote zu subsumieren, die zu niedrige Einheitspreise in wesentlichen Positionen aufweisen. Dies trifft auf Grund der obigen Ausführungen auf das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers bei der zweischicht-Betondecke zu. Das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers wäre daher auszuschneiden gewesen. Gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG 2006 hat der Auftraggeber auf Grund des Ergebnisses der Prüfung vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung Angebote auszuschneiden, die eine - durch eine vertiefte Angebotsprüfung festgestellte - nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufweisen. Wie sich aus den Materialien des BVergG 2006 zu Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG 2006 ergibt, ist durch die Wortfolge "nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises" auch das Vorliegen nicht plausibler Teilpreise (Paragraph 125, Absatz 3, Ziffer 2, BVergG 2006) erfasst, da diese zu einer nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises führen (vergleiche 1171 BlgNr römisch 22 GP, 85). Unter Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG 2006 sind damit auch jene Angebote zu subsumieren, die zu niedrige Einheitspreise in wesentlichen Positionen aufweisen. Dies trifft auf Grund der obigen Ausführungen auf das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers bei der zweischicht-Betondecke zu. Das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers wäre daher auszuschneiden gewesen.

Es steht nicht in der Disposition der Auftraggeber von Ausscheidenstatbeständen nach ihren Ermessen Gebrauch zu machen. Die Bindung der für eine Zuschlagserteilung in Frage kommenden Angebote an die Ausschreibung ist für die Gleichbehandlung der Bieter iSd § 19 Abs. 1 BVergG 2006 entscheidend [vgl dazu EuGH 25.4.1996, RS C 87/94 (Wallonische Busse, RZ 89, wonach eine Abweichung von in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen eine Verletzung wesentlicher Grundsätze des Vergabeverfahrens darstellt)]. Allein deshalb, weil der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für den Zuschlag von einem formalen Ausscheiden eines Angebotes Abstand genommen hat, wird ein auszuschneidendes Angebot nicht zu einem zulässigen Angebot, dem der Zuschlag erteilt werden kann (vgl VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050, ebenso BVA 23.7.2004, 14F-09/03-18; 23.7.2004, 14N-64/03-22, 28.1.2005, 04N- 131/04-38 u.a.). Es steht nicht in der Disposition der Auftraggeber von Ausscheidenstatbeständen nach ihren Ermessen Gebrauch

zu machen. Die Bindung der für eine Zuschlagserteilung in Frage kommenden Angebote an die Ausschreibung ist für die Gleichbehandlung der Bieter iSd Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 entscheidend [vgl dazu EuGH 25.4.1996, RS C 87/94 (Wallonische Busse, RZ 89, wonach eine Abweichung von in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen eine Verletzung wesentlicher Grundsätze des Vergabeverfahrens darstellt)]. Allein deshalb, weil der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für den Zuschlag von einem formalen Ausscheiden eines Angebotes Abstand genommen hat, wird ein auszuschheidendes Angebot nicht zu einem zulässigen Angebot, dem der Zuschlag erteilt werden kann (vergleiche VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050, ebenso BVA 23.7.2004, 14F-09/03-18; 23.7.2004, 14N-64/03-22, 28.1.2005, 04N- 131/04-38 u.a.).

3.3. Rechtsverletzung und Wesentlichkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens

Da die angefochtene Zuschlagsentscheidung den Antragsteller in den von ihm geltend gemachten Rechten verletzt und - wie oben aufgezeigt - mit Rechtswidrigkeiten behaftet ist, die für den Ausgang des Vergabeverfahrens gemäß § 325 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 von wesentlichem Einfluss sind (vgl dazu VwGH 20.12.2005, 2004/04/0130; 24.2.2006, 2004/04/0127, BVA 2.3.2006, 04N-03/06- 42, 4.11.2004, 07N-95/04-19 u.a.), ist die angefochtene Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären. Da die angefochtene Zuschlagsentscheidung den Antragsteller in den von ihm geltend gemachten Rechten verletzt und - wie oben aufgezeigt - mit Rechtswidrigkeiten behaftet ist, die für den Ausgang des Vergabeverfahrens gemäß Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 von wesentlichem Einfluss sind (vergleiche dazu VwGH 20.12.2005, 2004/04/0130; 24.2.2006, 2004/04/0127, BVA 2.3.2006, 04N-03/06- 42, 4.11.2004, 07N-95/04-19 u.a.), ist die angefochtene Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären.

4. Zu Spruchpunkt II.4. Zu Spruchpunkt römisch zwei.

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

Da - wie sich aus Spruchpunkt I ergibt - dem Nachprüfungsantrag vom 7.12.2006 zur Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung stattgegeben wurde und somit ein "teilweises Obsiegen" des Antragstellers iSv § 319 Abs. 1 BVergG 2006 vorliegt, ist dem diesbezüglichen Antrag, soweit er sich auf den Ersatz der Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs. 1 BVergG 2006 bezieht, stattzugeben. Da - wie sich aus Spruchpunkt römisch eins ergibt - dem Nachprüfungsantrag vom 7.12.2006 zur Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung stattgegeben wurde und somit ein "teilweises Obsiegen" des Antragstellers iSv Paragraph 319, Absatz eins, BVergG 2006 vorliegt, ist dem diesbezüglichen Antrag, soweit er sich auf den Ersatz der Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006 bezieht, stattzugeben.

Ebenso ist dem Antrag des Antragstellers, soweit er sich auf Ersatz der Pauschalgebühr für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bezieht, gemäß § 319 Abs. 2 BVergG 2006 stattzugeben. Ihm wurde mit Bescheid vom 14.12.2006, N/0102- BVA/06-EV8, zwar nur teilweise stattgegeben, wobei mit Bescheid vom 17.1.2007, N/0102- BVA/04/2006-36, eine Erstreckung erfolgte. Das zweite kumulativ zu erfüllende Tatbestandselement gemäß § 319 Abs 2 Z 2 leg. cit. (Stattgeben des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung) ist aber ebenso in jenen Fällen erfüllt, in denen dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung teilweise stattgegeben wurde (vgl BVA 7.8.2006, N/0051-BVA/04/2006- 22; 4.10.2006, N/0069-BVA/04/2006-28). Ebenso ist dem Antrag des Antragstellers, soweit er sich auf Ersatz der Pauschalgebühr für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bezieht, gemäß Paragraph 319, Absatz 2, BVergG 2006 stattzugeben. Ihm wurde mit Bescheid vom 14.12.2006, N/0102- BVA/06-EV8, zwar nur teilweise stattgegeben, wobei mit Bescheid vom 17.1.2007, N/0102-BVA/04/2006-36, eine Erstreckung erfolgte. Das

zweite kumulativ zu erfüllende Tatbestandselement gemäß Paragraph 319, Absatz 2, Ziffer 2, leg. cit. (Stattgeben des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung) ist aber ebenso in jenen Fällen erfüllt, in denen dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung teilweise stattgegeben wurde vergleiche BVA 7.8.2006, N/0051-BVA/04/2006- 22; 4.10.2006, N/0069-BVA/04/2006-28).

Dokumentnummer

VERGT_20070326_N_0102_BVA_04_2006_83_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