

TE Verg Bescheid 2007/3/23 N/0015-BVA/05/2007-32

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 23.03.2007

Norm

BVergG 2006 §1 Abs1 Z1

BVergG 2006 §1 Abs1 Z3

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitaa

BVergG 2006 §19 Abs1

BVergG 2006 §70

BVergG 2006 §70 Abs4

BVergG 2006 §122

BVergG 2006 §125

BVergG 2006 §126 Abs1

BVergG 2006 §126 Abs2

BVergG 2006 §128 Abs1

BVergG 2006 §129 Abs2

BVergG 2006 §130 Abs1

BVergG 2006 §303 Abs1

BVergG 2006 §304 Abs1

BVergG 2006 §312 Abs1

BVergG 2006 §312 Abs2

BVergG 2006 §318

BVergG 2006 §319 Abs1

BVergG 2006 §319 Abs2

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §321 Abs1 Z5

BVergG 2006 §322 Abs1

BVergG 2006 §323 Abs4

BVergG 2006 §324 Abs2

BVergG 2006 §324 Abs3

1. BVergG 2006 § 1 gültig von 01.01.2008 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 1 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 1 gültig von 01.01.2008 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 1 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
 3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 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 § 70 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 70 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 70 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 122 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 § 126 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 126 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. BVergG 2006 § 126 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 126 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. BVergG 2006 § 128 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 128 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 130 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 303 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2013 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 128/2013
1. BVergG 2006 § 304 gültig von 12.07.2013 bis 31.12.2013 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 128/2013
 2. BVergG 2006 § 304 gültig von 01.02.2006 bis 11.07.2013
1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

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

1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

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

1. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 322 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 323 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 323 gültig von 12.07.2013 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 323 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
4. BVergG 2006 § 323 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 324 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 324 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 324 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 324 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 324 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 324 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

Text

Bescheid

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 5, Mag. Bernhard Ditz sowie Mag. Georg Konetzky als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Theodor Taurer als Mitglied der Auftragnehmerseite, im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "S 06 Semmering Schnellstraße Fahrbahninstandsetzung und Brückensanierung, km 73,70 - km 70,40 RFB Seebenstein" entschieden:

Spruch:

I.römisch eins.

Dem Antrag der A***, vertreten durch X***, Mariahilferstraße 1b/17, 1060 Wien vom 22. Februar 2007

"das Bundesvergabeamt möge die uns mit Schreiben vom 15.2.2007 bekannt gegebene Ausscheidung unseres Angebots betreffend des Vergabeverfahren S 06 Semmering Schnellstraße, Fahrbahninstandsetzung und Brückensanierung km 73,70 - km 70,40 RFB Seebenstein für nichtig erklären"

wird stattgegeben.

Die der A*** mit Telefax vom 15. Februar 2007 im Vergabeverfahren

"S 06 Semmering Schnellstraße, Fahrbahninstandsetzung und Brückensanierung km 73,70 - km 70,40 RFB Seebenstein" mitgeteilte Entscheidung des Auftraggebers, ihr Angebot auszuschneiden, wird für nichtig erklärt.

II.römisch zwei.

Dem Antrag der A***, vertreten durch X*** vom 22. Februar 2007 "das Bundesvergabeamt möge für den Fall, dass im gegenständlichen Vergabeverfahren eine Zuschlagsentscheidung bereits getroffen wurde, die diesbezügliche Zuschlagsentscheidung für nichtig erklären" wird stattgegeben.

Die vom Auftraggeber den Bietern im Vergabeverfahren "S 06 Semmering Schnellstraße, Fahrbahninstandsetzung und Brückensanierung km 73,70 - km 70,40 RFB Seebenstein" mit Telefaxen vom 22. Februar 2007 mitgeteilte Zuschlagsentscheidung wird für nichtig erklärt.

III.römisch drei.

Der Antrag der A***, vertreten durch X*** vom 22. Februar 2007 "das Bundesvergabeamt möge den im Vergabeverfahren S 06 Semmering Schnellstraße, Fahrbahninstandsetzung und Brückensanierung km 73,70 - km 70,40 RFB Seebenstein an uns mit Telefax vom 16.1.2007 (uns zugegangen um 17:25 Uhr) erteilten Auftrag zur Übermittlung diverser Unterlagen für nichtig erklären wird abgewiesen.

IV.römisch vier.

Dem Antrag der A***, vertreten durch X*** vom 22. Februar 2007 "das Bundesvergabeamt möge der Autobahn- und Schnellstraßen Finanzierungs-Aktiengesellschaft auftragen, die von uns bezahlte Pauschalgebühr in Höhe von EUR 5.000.-- binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu Händen unseres Rechtsvertreters X*** ersetzen" wird insoweit stattgegeben, als die Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs- Aktiengesellschaft, Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien als Auftraggeber im Vergabeverfahren "S 06 Semmering Schnellstraße, Fahrbahninstandsetzung und Brückensanierung km 73,70 - km 70,40 RFB Seebenstein" der A*** binnen 14 Tage bei sonstiger Exekution zu Händen ihres Rechtsvertreters X***, die bezahlten Pauschalgebühren des Nachprüfungsverfahrens vor dem Bundesvergabeamt zu N/0015- BVA/05/2007 in Höhe von EUR 5.000.-- zu ersetzen hat.

Begründung

Mit Schriftsatz vom 22. Februar 2007 beantragte die A*** (im Weiteren: Antragstellerin), vertreten durch X***, wie im Spruch dieses Bescheides wiedergegeben. Ergänzt wurde das Antragsbegehren durch einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, welchem mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 28. Februar 2007, N/0015- BVA/05/2006-EV13, stattgegeben wurde.

Das Nachprüfungsbegehren wird in Schriftsätzen vom 22. Februar 2007 und vom 10. März 2007 sowie in der mündlichen Verhandlung am 15. März 2007 im Wesentlichsten zusammengefasst damit begründet, dass das Angebot der Antragstellerin zu Unrecht ausgeschieden worden wäre. Der Angebotsöffnung habe entnommen werden können, dass die Antragstellerin das billigste Angebot gelegt habe. Weiters habe sie die unter dem Kriterium "Qualität" zu bewertende Bauzeitverkürzung angeboten, sodass sie mit ihrem Angebot nicht nur Billigst- sondern auch Bestbieterin sei. Ihr sei somit der Zuschlag zu erteilen. Im Zuge der Angebotsprüfung sei sie am 16. Jänner 2007 aufgefordert worden, bis zum 23. Jänner 2007, 12.00 Uhr Eignungsnachweise gemäß den §§ 70 ff Bundesvergabegesetz 2006, BGBl. I Nr. 17/2006 (im Weiteren: BVergG) vorzulegen; dies ohne Konkretisierung, welche Unterlagen konkret gefordert werden würden. In weiterer Folge habe sie fristgerecht alle geforderten Nachweise für ihre Unternehmensgruppe sowie die geforderten Subunternehmer-Angebote bzw. Erklärungen vorgelegt. Auch habe sie in einem Bietergespräch bzw. in einem weiteren Schreiben vom 6. Februar 2007 alle noch offenen Fragen des Auftraggebers beantwortet. Insgesamt wären 488 Seiten Unterlagen nachgereicht worden. Zudem würden die Nachweise der Befugnis und der Zuverlässigkeit bzw. der Leistungsnachweis der Antragstellerin und all ihrer Subunternehmer durch Eintragungen im Auftragnehmerkataster Österreich (ANKÖ) gemäß § 70 Abs. 4 BVergG nachgewiesen werden. Die vom Auftragnehmer

vorgegebene Frist zur Vorlage der geforderten Unterlagen sei zu kurz bemessen gewesen bzw. es sei nicht klar erkennbar gewesen, welche Eignungsnachweise nachzubringen wären. Zum Vorwurf, der angebotene Gesamtpreis sei wegen zwei Leistungspositionen nicht plausibel zusammengesetzt, sei hinzuweisen, dass beide Positionen gemeinsam nur knapp 1 % des Gesamtpreises ihres Angebotes betragen würden sowie dass der vom Auftraggeber der Kostenschätzung zugrunde liegende Gesamtpreis unter dem angebotenen Gesamtpreis in ihrem Angebot liege. Da ihr Angebot bei der Zuschlagsentscheidung und -erteilung zu berücksichtigen sei, sei die bereits getroffene Zuschlagsentscheidung ebenfalls für nichtig zu erklären. Das Nachprüfungsbegehren wird in Schriftsätzen vom 22. Februar 2007 und vom 10. März 2007 sowie in der mündlichen Verhandlung am 15. März 2007 im Wesentlichen zusammengefasst damit begründet, dass das Angebot der Antragstellerin zu Unrecht ausgeschieden worden wäre. Der Angebotsöffnung habe entnommen werden können, dass die Antragstellerin das billigste Angebot gelegt habe. Weiters habe sie die unter dem Kriterium "Qualität" zu bewertende Bauzeitverkürzung angeboten, sodass sie mit ihrem Angebot nicht nur Billigst- sondern auch Bestbieterin sei. Ihr sei somit der Zuschlag zu erteilen. Im Zuge der Angebotsprüfung sei sie am 16. Jänner 2007 aufgefordert worden, bis zum 23. Jänner 2007, 12.00 Uhr Eignungsnachweise gemäß den Paragraphen 70, ff Bundesvergabegesetz 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, (im Weiteren: BVergG) vorzulegen; dies ohne Konkretisierung, welche Unterlagen konkret gefordert werden würden. In weiterer Folge habe sie fristgerecht alle geforderten Nachweise für ihre Unternehmensgruppe sowie die geforderten Subunternehmer-Angebote bzw. Erklärungen vorgelegt. Auch habe sie in einem Bietergespräch bzw. in einem weiteren Schreiben vom 6. Februar 2007 alle noch offenen Fragen des Auftraggebers beantwortet. Insgesamt wären 488 Seiten Unterlagen nachgereicht worden. Zudem würden die Nachweise der Befugnis und der Zuverlässigkeit bzw. der Leistungsnachweis der Antragstellerin und all ihrer Subunternehmer durch Eintragungen im Auftragnehmerkataster Österreich (ANKÖ) gemäß Paragraph 70, Absatz 4, BVergG nachgewiesen werden. Die vom Auftragnehmer vorgegebene Frist zur Vorlage der geforderten Unterlagen sei zu kurz bemessen gewesen bzw. es sei nicht klar erkennbar gewesen, welche Eignungsnachweise nachzubringen wären. Zum Vorwurf, der angebotene Gesamtpreis sei wegen zwei Leistungspositionen nicht plausibel zusammengesetzt, sei hinzuweisen, dass beide Positionen gemeinsam nur knapp 1 % des Gesamtpreises ihres Angebotes betragen würden sowie dass der vom Auftraggeber der Kostenschätzung zugrunde liegende Gesamtpreis unter dem angebotenen Gesamtpreis in ihrem Angebot liege. Da ihr Angebot bei der Zuschlagsentscheidung und -erteilung zu berücksichtigen sei, sei die bereits getroffene Zuschlagsentscheidung ebenfalls für nichtig zu erklären.

Die Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs- AG, Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien (im Weiteren ASFINAG oder Auftraggeber) legte die Unterlagen des Vergabeverfahrens vor und führte in Stellungnahmen vom 26. Februar und 2. März 2007 sowie in der mündlichen Verhandlung am 15. März 2007 im Wesentlichen zusammenfassend aus, dass das Vergabeverfahren vergaberechtskonform durchgeführt worden sei. Das Angebot der Antragstellerin sei ausgeschieden worden, da die Antragstellerin in der Ausschreibung und im BVergG 2006 geforderte Nachweise gemäß § 108 Abs. 1 Z 2 iVm §§ 70 BVergG trotz Aufforderung zur Nachreichung nicht fristgerecht vorgelegt habe. Zudem sei das Angebot auch deshalb auszuschneiden, da es durch die angebotenen Preise in der Leistungsposition 02039903010 und in der Position 02039903020 eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufweise. Zudem gebe es einen weiteren Ausscheidungsgrund, der sich im angebotenen Preis der Antragstellerin in der Position 02011501ZZZ wieder finde. Die Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs- AG, Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien (im Weiteren ASFINAG oder Auftraggeber) legte die Unterlagen des Vergabeverfahrens vor und führte in Stellungnahmen vom 26. Februar und 2. März 2007 sowie in der mündlichen Verhandlung am 15. März 2007 im Wesentlichen zusammenfassend aus, dass das Vergabeverfahren vergaberechtskonform durchgeführt worden sei. Das Angebot der Antragstellerin sei ausgeschieden worden, da die Antragstellerin in der Ausschreibung und im BVergG 2006 geforderte Nachweise gemäß Paragraph 108, Absatz eins, Ziffer 2, in Verbindung mit Paragraphen 70, BVergG trotz Aufforderung zur Nachreichung nicht fristgerecht vorgelegt habe. Zudem sei das Angebot auch deshalb auszuschneiden, da es durch die angebotenen Preise in der Leistungsposition 02039903010 und in der Position 02039903020 eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufweise. Zudem gebe es einen weiteren Ausscheidungsgrund, der sich im angebotenen Preis der Antragstellerin in der Position 02011501ZZZ wieder finde.

Die beabsichtigte Zuschlagsempfängerin (Bietergemeinschaft bestehend aus B***, vertreten durch Y***) erhob am 12. März 2007 gemäß § 324 Abs. 3 BVergG rechtzeitig begründete Einwendungen. Ihren Antrag auf Ab- bzw. Zurückweisung des Antragsbegehrens der Antragstellerin begründet sie in einem Schriftsatz vom 9. März 2007 sowie in der mündlichen Verhandlung am 15. März 2007 im Wesentlichen zusammengefasst damit, dass die

Ausschreibungsunterlagen klar festlegten, was ein Angebot zu enthalten habe. Die ASFINAG sei am 16. Jänner 2007 dem vergaberechtlichen Gebot eines ausreichend klar formulierten Mängelbehebungsauftrages nachgekommen. Die Antragstellerin habe in der gesetzten Frist - so wie sie selbst - die angeforderten Dokumente nicht vollständig bzw. ausschreibungskonform vorgelegt. Ein Hinweis auf ANKÖ-Bestätigungen sei durch die Ausschreibung ausgeschlossen worden. Zudem verfüge die ASFINAG über keinen Zugang zum ANKÖ. Das Argument, zu einem Preis zu stehen sei kein Argument, das einen unplausiblen Preis zu rechtfertigen vermöge. Die in den Positionen 02039903010 und 02039903020 angesetzten Preise der Antragstellerin seien offenkundig außergewöhnlich niedrig angesetzt worden, in Aufklärungsgespräch nicht aufgeklärt worden, nicht betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar und somit sei ihr Angebot auch aus diesem Grund auszuschneiden. Die beabsichtigte Zuschlagsempfängerin (Bietergemeinschaft bestehend aus B***, vertreten durch Y***) erhob am 12. März 2007 gemäß Paragraph 324, Absatz 3, BVergG rechtzeitig begründete Einwendungen. Ihren Antrag auf Ab- bzw. Zurückweisung des Antragsbegehrens der Antragstellerin begründet sie in einem Schriftsatz vom 9. März 2007 sowie in der mündlichen Verhandlung am 15. März 2007 im Wesentlichsten zusammengefasst damit, dass die Ausschreibungsunterlagen klar festlegten, was ein Angebot zu enthalten habe. Die ASFINAG sei am 16. Jänner 2007 dem vergaberechtlichen Gebot eines ausreichend klar formulierten Mängelbehebungsauftrages nachgekommen. Die Antragstellerin habe in der gesetzten Frist - so wie sie selbst - die angeforderten Dokumente nicht vollständig bzw. ausschreibungskonform vorgelegt. Ein Hinweis auf ANKÖ-Bestätigungen sei durch die Ausschreibung ausgeschlossen worden. Zudem verfüge die ASFINAG über keinen Zugang zum ANKÖ. Das Argument, zu einem Preis zu stehen sei kein Argument, das einen unplausiblen Preis zu rechtfertigen vermöge. Die in den Positionen 02039903010 und 02039903020 angesetzten Preise der Antragstellerin seien offenkundig außergewöhnlich niedrig angesetzt worden, in Aufklärungsgespräch nicht aufgeklärt worden, nicht betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar und somit sei ihr Angebot auch aus diesem Grund auszuschneiden.

Auf der Grundlage der Schriftsätze der Antragstellerin vom 22. Februar 2007 (OZ 1 = OZ 2 = OZ 3) und vom 10. März 2007 (OZ 19 = OZ 22 = OZ 23), der Schriftsätze des Auftraggebers vom 26. Februar 2007 (OZ 6) und vom 2. März 2007 (OZ 14), den vom Auftraggeber vorgelegten Unterlagen des Vergabeverfahrens (OZ 12), der Stellungnahme der präsuntiven Zuschlagsempfängerin vom 9. März 2007 (OZ 16) sowie dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung vom 15. März 2007 (OZ 27) wurde nachfolgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Am 30. November 2006 wurde im offenen Verfahren die Ausschreibung betreffend "S 6 Semmering Schnellstraße, St. Marein bis Kapfenberg, km 73,7 - 70,4 RFB Seebenstein, Fahrbahninstandsetzung und Brückensanierung" im Amtsblatt zur Wiener Zeitung / Rubrik:

Amtlicher Lieferungsanzeiger veröffentlicht. Unter "B.1 Ausschreibungsgrundlagen" der Ausschreibungsunterlagen werden die Zuschlagskriterien mit

"Gesamtpreis 95 %

Qualität (Verkürzung der Ausführungsdauer) 5 %"

bezeichnet.

In „B.1 Ausschreibungsgrundlagen“ wird auf Seite 2 hingewiesen, dass zum Nachweis der Eignung und der Leistungsfähigkeit, sowie zur Deklaration der Subunternehmer vom Bieter die gemäß §§ 70, 83, 108 ff BVergG (es wird irrtümlich auf ein "BVergG 2005" verwiesen) verlangten Nachweise beizubringen sind. Diese Nachweise sind vom Bieter auch für die allfällig beigezogenen Subunternehmer vorzulegen. In „B.1 Ausschreibungsgrundlagen“ wird auf Seite 2 hingewiesen, dass zum Nachweis der Eignung und der Leistungsfähigkeit, sowie zur Deklaration der Subunternehmer vom Bieter die gemäß Paragraphen 70, 83, 108, ff BVergG (es wird irrtümlich auf ein "BVergG 2005" verwiesen) verlangten Nachweise beizubringen sind. Diese Nachweise sind vom Bieter auch für die allfällig beigezogenen Subunternehmer vorzulegen.

Weiters wird auf den Seiten 12 und 13 der Ausschreibungsunterlage "B.1 Ausschreibungsgrundlagen" folgendes angeführt:

"1,304 Eignungskriterien, Zuschlagskriterien, auftragsbezogen

1,304.1 Eignungskriterien

1,304.1.1 Allgemeines

Zur Angebotsabgabe berechtigt und zur Vergabe zugelassen werden nur jene Unternehmen, die über die notwendige Eignung (Mindestqualifikation) verfügen und bei denen kein Ausschlussgrund gemäß § 68 BVergG vorliegt. Zur Überprüfung der Eignung werden vom Bieter bzw. Subunternehmer die nachstehenden Nachweise gemäß den §§ 70 ff BVergG verlangt. Zur Angebotsabgabe berechtigt und zur Vergabe zugelassen werden nur jene Unternehmen, die über die notwendige Eignung (Mindestqualifikation) verfügen und bei denen kein Ausschlussgrund gemäß Paragraph 68, BVergG vorliegt. Zur Überprüfung der Eignung werden vom Bieter bzw. Subunternehmer die nachstehenden Nachweise gemäß den Paragraphen 70, ff BVergG verlangt.

Das Alter der geforderten Nachweise darf 6 Monate vor Angebotsabgabe nicht überschreiten.

Ausdrücklich wird darauf hingewiesen, dass für den AG derzeit die mögliche Nachweiserbringung betreffend Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit gemäß § 70 Abs 4 BVergG im Wege des Auftragnehmerkataster Österreich (ANKÖ) als nicht ausreichend qualifiziert wird. Ein Verweis des Bieters auf den ANKÖ zur Nachweiserbringung der Eignung entbindet diesen keinesfalls von der in den Ausschreibungsbestimmungen geforderten tatsächlichen (physischen) Beibringung der erforderlichen Nachweise. Ausdrücklich wird darauf hingewiesen, dass für den AG derzeit die mögliche Nachweiserbringung betreffend Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit gemäß Paragraph 70, Absatz 4, BVergG im Wege des Auftragnehmerkataster Österreich (ANKÖ) als nicht ausreichend qualifiziert wird. Ein Verweis des Bieters auf den ANKÖ zur Nachweiserbringung der Eignung entbindet diesen keinesfalls von der in den Ausschreibungsbestimmungen geforderten tatsächlichen (physischen) Beibringung der erforderlichen Nachweise.

Für den Nachweis der Eignung ist die Abgabe einer Kopie bei der Angebotsabgabe ausreichend. Über Verlangen des Auftraggebers ist der Nachweis mittels einer beglaubigten Abschrift zu führen.

Nur bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 78 BVergG sieht der Auftraggeber vom Nachweis der Befugnis, der Zuverlässigkeit und der Leistungsfähigkeit ab. Nur bei Vorliegen der Voraussetzungen des Paragraph 78, BVergG sieht der Auftraggeber vom Nachweis der Befugnis, der Zuverlässigkeit und der Leistungsfähigkeit ab.

Folgende Nachweise gemäß §§ 70 ff BVergG 2006 werden vom AG verlangt. Folgende Nachweise gemäß Paragraphen 70, ff BVergG 2006 werden vom AG verlangt:

1,304.1.2 Nachweis der Befugnis gemäß § 71 BVergG Nachweiserbringung gem. BVergG (insbesondere §§ 69, 70, 71) und, dass der Bieter nach Maßgabe der Rechtsvorschriften seines Herkunftslandes in einem in Anhang VII angeführten Berufs- oder Handelsregister eingetragen ist oder eine der in Anhang VII genannten Bescheinigungen oder eidesstattlichen Erklärungen besitzt und erforderlichenfalls einen entsprechenden Anerkennungs- oder Gleichhaltungsbescheid (erforderlichenfalls gem. §§ 373 c und 373 d GewO 1994, BGBl. Nr. 194, in der jeweils geltenden Fassung usw. (siehe § 20 BVergG 2006) ordnungsgemäß beantragt hat. 1,304.1.2 Nachweis der Befugnis gemäß Paragraph 71, BVergG Nachweiserbringung gem. BVergG (insbesondere Paragraphen 69, 70, 71,) und, dass der Bieter nach Maßgabe der Rechtsvorschriften seines Herkunftslandes in einem in Anhang römisch sieben angeführten Berufs- oder Handelsregister eingetragen ist oder eine der in Anhang römisch sieben genannten Bescheinigungen oder eidesstattlichen Erklärungen besitzt und erforderlichenfalls einen entsprechenden Anerkennungs- oder Gleichhaltungsbescheid (erforderlichenfalls gem. Paragraphen 373, c und 373 d GewO 1994, Bundesgesetzblatt Nr. 194, in der jeweils geltenden Fassung usw. (siehe Paragraph 20, BVergG 2006) ordnungsgemäß beantragt hat.

Der Befugnisnachweis eines Subunternehmers ist vom Bieter im Falle einer beabsichtigten Weitergabe von Teilleistungen an Subunternehmer in gleicher Weise wie für den Bieter selbst, für diese Teilleistungen zu erbringen.

1,304.1.3 Nachweis der allgemeinen beruflichen Zuverlässigkeit gem. § 72 BVergG 1,304.1.3 Nachweis der allgemeinen beruflichen Zuverlässigkeit gem. Paragraph 72, BVergG

1. 1. Ziffer eins

Nachweis, dass kein Konkursverfahren oder kein gerichtliches Ausgleichsverfahren eingeleitet oder die Eröffnung eines Konkursverfahrens nicht mangels hinreichendem Vermögen abgewiesen wurde unter Beachtung der Ausnahmebestimmungen des § 68 Abs 3. Nachweis, dass kein Konkursverfahren oder kein gerichtliches Ausgleichsverfahren eingeleitet oder die Eröffnung eines Konkursverfahrens nicht mangels hinreichendem Vermögen abgewiesen wurde unter Beachtung der Ausnahmebestimmungen des Paragraph 68, Absatz 3,

Dieser Nachweis kann entweder durch eine Bestätigung des zuständigen Gerichts, einem Firmenbuchauszug oder einer gleichwertigen Bescheinigung einer Gerichts- oder Verwaltungsbehörde des Herkunftslandes des Unternehmens, aus der hervorgeht, dass die Anforderungen erfüllt sind, nachgewiesen werden.

1. 2.Ziffer 2

Nachweis der zuständigen Sozialversicherungsanstalt über die Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge in Österreich oder nach den Vorschriften des Landes, in dem sie niedergelassen sind, (Bescheinigung, dass keine Beitragsrückstände bestehen oder letztgültiger Kontoauszug der zuständigen Sozialversicherungsanstalt).

1. 3.Ziffer 3

Nachweis der zuständigen Behörde über die Zahlung der Steuern und Abgaben in Österreich oder nach den Vorschriften des Landes, in dem sie niedergelassen sind. Hier kann die letztgültige Lastschriftanzeige der zuständigen

Finanzbehörde oder ein gleichwertiges Dokument des Herkunftslandes des Unternehmens, aus dem hervorgeht, dass diese Anforderungen erfüllt sind, beigebracht werden.

1. 4.Ziffer 4

Nachweis, dass gegen die Geschäftsführung kein rechtskräftiges Urteil ergangen ist, das die berufliche Zuverlässigkeit des Bieters in Frage stellt. Hier kann eine Strafregisterbescheinigung oder eine gleichwertige Bescheinigung einer Gerichts- oder Verwaltungsbehörde des Herkunftslandes des Unternehmens, aus dem hervorgeht, dass diese Anforderungen erfüllt sind, beigebracht werden.

1,304.1.4 Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit

gem. § 74 BVergGgem. Paragraph 74, BVergG

Dieser Nachweis ist zu erbringen durch:

1. a)Litera a

eine Bankerklärung (Bonitätsauskunft) sowie

2. b)Litera b

eine Erklärung des Unternehmers über den spartenspezifischen Umsatz betreffend die Ausführung von Bauarbeiten der letzten 3 Geschäftsjahre oder für einen kürzeren Zeitraum, falls das Unternehmen noch nicht so lange besteht, mindestens jedoch 1 Jahr.

1,304.1.5 Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit gem. § 751,304.1.5 Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit gem. Paragraph 75

BVergG

Eine Erklärung, aus der hervorgeht, über welche Ausstattung, welche Baugeräte und welche technische Ausrüstung der Unternehmer für die Ausführung des Bauvorhabens verfügen wird.

In den Ausschreibungsunterlagen wird unter "B.8 Erklärung des Bieters" auf Seite 6 folgendes angeführt:

"8,302 Auf Anforderung nachzureichende Unterlagen sind innerhalb 7 Kalendertagen als integrierender Bestandteil des Angebotes ("nachträgliche" Ausscheidenssanktion"), soweit sie nicht bereits mit dem Angebot als dessen Bestandteil mit abgegeben wurden, nachzureichen:

...

8.3.2.19 Verlangte Nachweise gem. den §§ 70 ff BVergG 2006 (Teil B1)8.3.2.19 Verlangte Nachweise gem. den Paragraphen 70, ff BVergG 2006 (Teil B1)

..."

Das Ausschreibungsdokument "B.8 Erklärung des Bieters" sieht weiters vor, dass der Bieter auf den Seiten 14 und 15 dieses Dokuments allfällige Subunternehmer anzugeben hat.

Auf Seite 66 des Ausschreibungsdokumentes "B.7 Beschreibung der Leistung §§ 95 ff BVergG 2006" wird unter Position "9903 Baustofflieferungen und Fremdleistungen" zur "Hauptgruppe 02 Fahrbahninstandsetzung km 73,7 - km 70,4, Obergruppe 03 Regiearbeiten" folgendes angeführt:Auf Seite 66 des Ausschreibungsdokumentes "B.7 Beschreibung

der Leistung Paragraphen 95, ff BVergG 2006" wird unter Position "9903 Baustofflieferungen und Fremdleistungen" zur "Hauptgruppe 02 Fahrbahninstandsetzung km 73,7 - km 70,4, Obergruppe 03 Regiearbeiten" folgendes angeführt:

"0.1

Die Ausschreibung und Verrechnung erfolgt nach Verrechnungseinheiten (VE). Die VE entspricht dem Rechnungsbetrag einer Währungseinheit (ohne MwSt.), welche vom Auftraggeber als Ausgabe für die Lieferung von Baustoffen frei Verwendungsstelle im Zuge von Regiearbeiten bzw. für Fremdleistungen aufgewendet wird. Die Verrechnungsmenge stellt die Summe aller Rechnungsbeträge (Netto) für Baustofflieferungen und Fremdleistungen dar. Vom Bieter ist jener Preis anzugeben, um den der Auftragnehmer eine solche Lieferung bzw. Leistung im Betrag von einer Währungseinheit anbietet.

Dieser Preis enthält somit auch die entsprechenden Zuschläge (z.B. beträgt der anzubietende Einheitspreis bei einem 5-prozentigen Zuschlag 1,05 je VE).

9903010 Baustofflieferungen u. Fremdleistungen

.....50.000,00 VE

9903020 Z Fremdleistungen

Fremdleistungen im Zuge von Regiearbeiten. Die VE entspricht dem Rechnungsbetrag (ohne Ust) von EUR 1,- einschließlich allfälliger

Zuschläge

.....30.000,00 VE....."

Als Ende der Angebotsfrist wurde der 21. Dezember 2006, 11.00 Uhr bekannt gegeben.

Sowohl die nunmehrige Antragstellerin als auch die beabsichtigte Zuschlagsempfängerin haben fristgerecht ein Angebot abgegeben, welche bei der Angebotsöffnung am 21. Dezember 2006 (das entsprechende Angebotsöffnungsprotokoll wurde offensichtlich irrtümlich mit 14. Dezember 2006 datiert) behandelt wurden.

Für das Angebot der Antragstellerin wurde ein Gesamtangebotspreis vor Prüfung von EUR 3.858.341,98 verlesen, während für das Angebot der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin ein Gesamtangebotspreis von EUR 4.320.789,97 verlesen wurde. Einzig im Angebot der Antragstellerin wurde eine Bauzeitverkürzung um 10 Tage angeboten. Im Protokoll der Angebotsöffnung sind auch die vom Auftraggeber geschätzten Nettoauftragskosten in Höhe von EUR 3.476.000.-- festgehalten.

Aus den vom Auftraggeber vorgelegten Unterlagen kann entnommen werden, dass im Angebot der Antragstellerin sechs Subunternehmer (C***, D***, E***, F***, G*** sowie H***) angeführt sind. Für diese Subunternehmer sind dem ursprünglich eingebrachten Angebot der Antragstellerin keine Nachweise im Sinne des Punktes "1,304 Eignungskriterien, Zuschlagskriterien, auftragsbezogen" der Ausschreibungsunterlage "B.1 Ausschreibungsgrundlagen" beigelegt. Für die Antragstellerin selbst wurden Ablichtungen eines Gewerbescheines, eines Firmenbuchauszuges, einer Bescheinigung des Bezirksgerichtes Leibnitz betreffend Freiheit von Exekutionen, einer Strafregisterbescheinigung betreffend Ing. Thomas Vollmann, einer Mitteilung der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse, einer Mitteilung der Steiermärkischen Gebietskrankenkasse, einer Bonitätsauskunft der Raiffeisenbank Leibnitz, einer Bescheinigung des Finanzamtes Deutschlandsberg Leibnitz Voitsberg und einer Referenzliste beigelegt.

Im Leistungsverzeichnis wurde von der Antragstellerin auf Seite 13 hinsichtlich der Positionen 02039903010 und 02039903020 Verrechnungskoeffizienten von 0,50 angeboten. Das ergibt bei der Position 02039903010 einen Positionspreis von angebotenen EUR 25.000.-- und bei der Position 02039903020 einen angebotenen Positionspreis von EUR 15.000.--.

Im Zuge der Angebotsprüfung erging an die Antragstellerin mit Telefax vom 16. Jänner 2007 folgende Aufforderung:

"Bezug nehmend auf die im Betreff genannte Ausschreibung, fordern wir sie gemäß Teil B8 Punkt 8,302 auf, die nachfolgend angeführten Nachweise bis spätestens Montag den 23.01.2007 12:00 Uhr im Baubüro Guggenbach, Pulverwerksiedlung 161c, Übelbach, abzugeben:

.....

8.3.2.19 Verlangte Nachweise gem. den §§ 70 BVergG 2006 (Teil B1)
3.2.19 Verlangte Nachweise gem. den Paragraphen 70, BVergG 2006 (Teil B1)

Für das Unternehmen und aller Subunternehmer nicht älter als 6 Monate

.....

Das Alter der Nachweise darf 6 Monate vor Angebotsabgabe nicht überschreiten!

Ausdrücklich wird darauf hingewiesen, dass für den AG derzeit die mögliche Nachweiserbringung betreffend Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit gemäß § 52 Abs. 4 BVergG 2002 im Wege des Auftragnehmerkataster Österreich (ANKÖ) als nicht ausreichend qualifiziert wird. Ein Verweis des Bieters auf den ANKÖ zur Nachweiserbringung der Eignung entbindet diesen keinesfalls von der in den Ausschreibungsbestimmungen geforderten tatsächlichen (physischen) Beibringung der erforderlichen Nachweise."Ausdrücklich wird darauf hingewiesen, dass für den AG derzeit die mögliche Nachweiserbringung betreffend Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit gemäß Paragraph 52, Absatz 4, BVergG 2002 im Wege des Auftragnehmerkataster Österreich (ANKÖ) als nicht ausreichend qualifiziert wird. Ein Verweis des Bieters auf den ANKÖ zur Nachweiserbringung der Eignung entbindet diesen keinesfalls von der in den Ausschreibungsbestimmungen geforderten tatsächlichen (physischen) Beibringung der erforderlichen Nachweise."

Mit Schreiben vom 22. Jänner 2007 wurde von der Antragstellerin ein umfassendes Unterlagenkonvolut vorgelegt. Hinsichtlich der Aufforderung vom 16. Jänner 2007 betreffend verlangter Nachweise gem. den §§ 70 ff BVergG 2006 (Teil B1) wurde von der Antragstellerin folgendes ausgeführt: Mit Schreiben vom 22. Jänner 2007 wurde von der Antragstellerin ein umfassendes Unterlagenkonvolut vorgelegt. Hinsichtlich der Aufforderung vom 16. Jänner 2007 betreffend verlangter Nachweise gem. den Paragraphen 70, ff BVergG 2006 (Teil B1) wurde von der Antragstellerin folgendes ausgeführt:

"Wunschgemäß erfolgt durch die physische Beibringung nachstehend angeführter Unterlagen des HU der Nachweis betreffend Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit der A*** gemäß § 52 Abs. 4 BVergG 2002:" Wunschgemäß erfolgt durch die physische Beibringung nachstehend angeführter Unterlagen des HU der Nachweis betreffend Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit der A*** gemäß Paragraph 52, Absatz 4, BVergG 2002:

Gewerbeschein vom 17.08.1999

Unbedenklichkeitsbescheinigung Steiermärkische Gebietskrankenkasse vom 17.01.2007

Unbedenklichkeitsbescheinigung Bauarbeiter-Urlaubs & Abfertigungskasse, Landesstelle Steiermark vom 18.01.2007
Bestätigung Bezirksgericht Leibnitz vom 17.01.2007
Bescheinigung Finanzamt Leibnitz, Abgabensicherung vom 17.01.2007
Letztgültiger Auszug Finanzamt Leibnitz vom 27.12.2006
Strafregisterbescheinigung Stadtgemeinde Leibnitz, GF Ing. Thomas Vollmann vom 18.01.2007

Strafregisterbescheinigung Stadtgemeinde Leibnitz, Prok. Ing. Franz

Vollmann vom 20.11.2006

Bonitätsauskunft Raiffeisenbank Leibnitz vom 22.01.2007

Bestätigung M*** betr. Betriebshaftversicherung vom 23.01.2007

Firmenbuchauszug A***

Firmenbuchauszug J***

Firmenbuchauszug K***

Firmenbuchauszug L***

...

Beschäftigtenstand und Umsatzaufstellung der letzten 3 Jahre inkl. lfd.

Geschäftsjahr A***

...

Maschinen- und Geräteverzeichnis A***

...

Die Auswahl der Subunternehmer erfolgte lt. den bereits im Zuge

der Offenlegung übermittelten ANKÖ-Bestätigungen."

Am 1. Februar 2007 fand bei der vergebenden Stelle ein Bietergespräch statt. Im Protokoll dieses Gesprächs wurde eingangs festgehalten, dass der Bieter das Recht habe, im Nachhang zum Bietergespräch schriftliche Stellungnahmen zu Fragen bis 8. Februar 2007 (offensichtlich irrtümlich wurde das Jahr mit "2006" angegeben) 10:00 Uhr beim Auftraggeber nachzureichen. Es wurde hingewiesen, dass die Fragen im Bietergespräch für eine allfällige Ausscheidung des Angebotes relevant sein könnten und auf der Grundlage dieser Fragen bzw. der zugestandenen Äußerungen allfällige Ausscheidungen vorgenommen werden würden. Im Zuge des Bietergespräches wurde als Nr. 15 hinsichtlich des Themenbereiches "Eignungskriterien gemäß BVergG 2006" folgende Frage gestellt:

"Der AG hat mit Schreiben vom 16.01.2007 den Bieter aufgefordert Eignungsnachweise gemäß BVergG 2006 für sich und alle Subunternehmer über ihre technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit zu erbringen. Mit 23.01.2007 (offensichtlich irrtümlich wurde "2006" verwendet) wurden Eignungsnachweise von Unternehmen übermittelt, die nicht in der Subunternehmerliste des Angebots genannt wurden. Vielmehr wurden Eignungsnachweise diverser anderer Unternehmen vorgelegt. Klären Sie diesen Umstand auf!"

Weitere Fragen zu allenfalls nicht vorgelegten oder unzureichend vorgelegten Unterlagen betreffend §§ 70 ff BVergG wurden im Bietergespräch am 1. Februar 2007 nicht gestellt. Weitere Fragen zu allenfalls nicht vorgelegten oder unzureichend vorgelegten Unterlagen betreffend Paragraphen 70, ff BVergG wurden im Bietergespräch am 1. Februar 2007 nicht gestellt.

Die Antragstellerin wurde im Zuge des Bietergespräches aufgefordert den niedrigen Preis in den Positionen 02039903010 sowie 02039903020 aufzuklären. Die Antragstellerin wies lt. Protokoll darauf hin, dass sie sich der angebotenen Beabschlagung der Verrechnungseinheiten bewusst sei. Der Auftraggeber gab sich mit diesen Antworten zufrieden und hielt im Protokoll fest, dass auf ausdrückliches Befragen aller Beteiligten derzeit keine weiteren Fragen offen wären.

Mit Schreiben vom 6. Februar 2007, eingelangt beim Auftraggeber am 8. Februar 2007 stellte die Antragstellerin fest, dass mit Schreiben vom 22. Jänner 2007 lediglich zum Ausdruck gebracht hätte werden sollen, dass die Antragstellerin über weitere Unternehmungen verfügen würde. Damit hätte dargelegt werden sollen, dass im Zuge einer ordnungsgemäßen Kalkulation mehrere Angebote eingeholt worden wären. Gleichzeitig wurden diesem Schreiben Eignungsnachweise namhaft gemachter Subunternehmer beigelegt. Zur rechnerischen Prüfung der „niedrigen“ Preise wurde ausgeführt, dass diese nochmals überprüft worden wären. Sämtliche Preise wären kostendeckend kalkuliert worden. Es handle sich um angemessene, betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbare Preise. Die Kalkulation ihres Angebotes sei als Gesamtkalkulation zu betrachten. Eine punktuelle Betrachtung einzelner Positionen könne durchaus zu Abweichungen gegenüber entsprechenden Positionspreisen von Mitbewerbern führen.

Den vom Auftraggeber vorgelegten Verfahrensunterlagen kann entnommen werden, dass mit der Prüfung der Angebote die I*** betraut wurde. Diesbezüglich findet sich in den Verfahrensunterlagen eine „Prüfmatrix für den Nachweis der Ausschreibungsreife und als Ausschreibungs- und Angebotsprüfung“. Dabei kommen die Prüfer zum Ergebnis, dass das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden ist, weil der Nachweis bzgl. Befugnis und der besonderen beruflichen Zuverlässigkeit gem. § 73 (BVergG) für die angegebenen Subunternehmer nicht fristgerecht eingelangt sei. Der Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit der Subunternehmer sei nicht fristgerecht eingelangt. In der Prüfmatrix oder auch im darauf aufbauenden Vergabebericht vom 12. Februar 2006 findet sich bezüglich des Angebotes der Antragstellerin kein Hinweis auf eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises. Im Vergabebericht wird hingewiesen, dass das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden ist. Als Begründung wird lediglich angeführt, dass bei der Prüfung der nachzureichenden Unterlagen festgestellt worden sei, dass nur die Eignungsnachweise der Antragstellerin mit einem Ausstellungsdatum jünger als sechs Monate übermittelt worden wären, jedoch kein einziger der nachgeforderten Eignungsnachweise für die in der Subunternehmererklärung angegebenen Subunternehmer. Den vom Auftraggeber vorgelegten Verfahrensunterlagen kann entnommen werden,

dass mit der Prüfung der Angebote die I*** betraut wurde. Diesbezüglich findet sich in den Verfahrensunterlagen eine „Prüfmatrix für den Nachweis der Ausschreibungsreife und als Ausschreibungs- und Angebotsprüfung“. Dabei kommen die Prüfer zum Ergebnis, dass das Angebot der Antragstellerin auszuscheiden ist, weil der Nachweis bzgl. Befugnis und der besonderen beruflichen Zuverlässigkeit gem. Paragraph 73, (BVerG) für die angegebenen Subunternehmer nicht fristgerecht eingelangt sei. Der Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit der Subunternehmer sei nicht fristgerecht eingelangt. In der Prüfmatrix oder auch im darauf aufbauenden Vergabebericht vom 12. Februar 2006 findet sich bezüglich des Angebotes der Antragstellerin kein Hinweis auf eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises. Im Vergabebericht wird hingewiesen, dass das Angebot der Antragstellerin auszuscheiden ist. Als Begründung wird lediglich angeführt, dass bei der Prüfung der nachzureichenden Unterlagen festgestellt worden sei, dass nur die Eignungsnachweise der Antragstellerin mit einem Ausstellungsdatum jünger als sechs Monate übermittelt worden wären, jedoch kein einziger der nachgeforderten Eignungsnachweise für die in der Subunternehmererklärung angegebenen Subunternehmer.

Mit Schreiben vom 12. Februar wurde die Antragstellerin vom Auftraggeber in Kenntnis gesetzt, dass er beabsichtige das Angebot der Antragstellerin auszuscheiden. Begründet wurde diese beabsichtigte Entscheidung damit, dass unter Hinweis auf § 129 Abs. 2 BVerG geforderte Eignungsnachweise nicht vollständig und fristgerecht übermittelt worden wären. Zudem sei das Angebot gemäß § 129 Abs. 1 Z 3 BVerG wegen nicht plausibler Preiszusammenstellung der Positionen 02039903010 und 02039903020 auszuscheiden. Mit Schreiben vom 12. Februar wurde die Antragstellerin vom Auftraggeber in Kenntnis gesetzt, dass er beabsichtige das Angebot der Antragstellerin auszuscheiden. Begründet wurde diese beabsichtigte Entscheidung damit, dass unter Hinweis auf Paragraph 129, Absatz 2, BVerG geforderte Eignungsnachweise nicht vollständig und fristgerecht übermittelt worden wären. Zudem sei das Angebot gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVerG wegen nicht plausibler Preiszusammenstellung der Positionen 02039903010 und 02039903020 auszuscheiden.

In einer Stellungnahme vom 12. Februar 2007 forderte die Antragstellerin, damals vertreten durch Z*** den Auftraggeber auf bekannt zu geben, welche geforderten Eignungsnachweise nicht vollständig übermittelt worden wären. Zusätzlich wies sie hin, dass es sich bei den beiden Positionen zusammen einen Auftragsanteil von rd. 1 % des Gesamtangebotspreises handle. Daher könne keinesfalls ein nicht plausibler Gesamtpreis vorliegen. Vielmehr seien die Preiszusammenstellung und die damit in Zusammenhang stehende erteilte Auskunft vergaberechtskonform.

Mit Schreiben vom 13. Februar 2007 teilte der Auftraggeber in Beantwortung des Antragstellerschreibens vom 12. Februar 2007 folgendes mit:

"...

Sie wurden am 16.01.2007 per Fax dazu aufgefordert unter anderem die laut Ausschreibung gemäß Teil B8 Punkt 8.3.2 8.3.2.19 geforderten Eignungsnachweise gem. den §§ 70 ff BVerG 2006 (Teil B1) für das Unternehmen und aller Subunternehmer nicht älter als 6 Monate bis 23.01.2007, 12:00 Uhr abzugeben. Gemäß Punkt 8.3.2 sind die nachzureichenden Unterlagen binnen 7 Tagen bei nachträglicher Ausscheidenssanktion vom Bieter nachzureichen. Sie wurden am 16.01.2007 per Fax dazu aufgefordert unter anderem die laut Ausschreibung gemäß Teil B8 Punkt 8.3.2 8.3.2.19 geforderten Eignungsnachweise gem. den Paragraphen 70, ff BVerG 2006 (Teil B1) für das Unternehmen und aller Subunternehmer nicht älter als 6 Monate bis 23.01.2007, 12:00 Uhr abzugeben. Gemäß Punkt 8.3.2 sind die nachzureichenden Unterlagen binnen 7 Tagen bei nachträglicher Ausscheidenssanktion vom Bieter nachzureichen.

Die verlangten Nachweise gemäß den §§ 70 ff 2006 und B1 sind Die verlangten Nachweise gemäß den Paragraphen 70, ff 2006 und B1 sind:

Pkt 1,304.1.2 iVm § 71 BVerG 2006, Nachweis der Befugnis Pkt 1,304.1.2 in Verbindung mit Paragraph 71, BVerG 2006, Nachweis der Befugnis:

Handelsregistrauszug

Pkt 1,304.1.3 iVm § 72 BVerG 2006, Nachweis der allgemeinen beruflichen Zuverlässigkeit: Auszug Sozialversicherung, Auszug Finanzamt, Nachweis dass kein Konkursverfahren anhängig ist, Strafregistrauszug der Geschäftsführung Pkt 1,304.1.3 in Verbindung mit Paragraph 72, BVerG 2006, Nachweis der allgemeinen beruflichen Zuverlässigkeit: Auszug Sozialversicherung, Auszug Finanzamt, Nachweis dass kein Konkursverfahren anhängig ist, Strafregistrauszug der Geschäftsführung

Pkt 1,304.1.4 iVm § 74 BVergG 2006, Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit: Bonitätsauskunft, Umsatzerklärung spartenspezifisch der letzten 3 Jahre Pkt 1,304.1.5 iVm § 75 BVergG 2006, Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit: Ausstattungs- und Geräteliste Pkt 1,304.1.4 in Verbindung mit Paragraph 74, BVergG 2006, Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit: Bonitätsauskunft, Umsatzerklärung spartenspezifisch der letzten 3 Jahre Pkt 1,304.1.5 in Verbindung mit Paragraph 75, BVergG 2006, Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit: Ausstattungs- und Geräteliste

Von ihnen wurden lediglich die geforderten Nachweise ihres Unternehmens A*** und Firmenbuchauszüge von diversen Firmen, die nicht von ihnen in der Subunternehmererklärung angeführt wurden, nachgereicht.

Für die von ihnen im Zuge der Angebotslegung genannten Subunternehmer wurden keine Nachweise gemäß BVergG 2006 und B1, sondern lediglich Subunternehmerverträge nachgereicht.

Die im Teil B 8 Punkt 8,302 angeführten nachzureichenden Unterlagen sind ein wesentlicher Bestandteil der Angebotsunterlagen und sind ebenfalls bei Nichteinhaltung der Vollständigkeit sowie der Nachbringungsfrist mit nachträglichen Ausscheidenssanktionen behaftet (siehe dazu Punkt 8,302). ..."

Schließlich wurde mit Telefax vom 15. Februar 2007 um 14:41 Uhr die Ausscheidensentscheidung ihres Angebotes an die Antragstellerin mitgeteilt. Den Verfahrensunterlagen kann auch ein "Vergabevermerk" vom 15. Februar 2006 entnommen werden. Darin wird auf der zweiten Seite ausgeführt, dass das Hauptangebot des Bieters A*** gemäß den Ausschreibungsgrundlagen Teil B 8 Pkt. 8,302 wegen nicht fristgerechter Erbringung der Eignungsnachweise der genannten Subunternehmer ausgeschieden wird. Ein Hinweis auf einen weiteren Ausscheidensgrund oder die Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung mit dem Ergebnis, dass dem Angebot der Antragstellerin ein nicht plausibel zusammengesetzter Gesamtpreis zugrunde liegt, kann diesem Vergabevermerk nicht entnommen werden. Im letzten Satz dieses Vergabevermerks wird dargelegt, dass es sich um einen "unbehebbarer Mangel handelt, der nicht saniert werden kann".

Die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin wurde allen im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern am 15. Februar 2007 per Telefax bekannt gegeben.

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin langte am 22. Februar 2007 ein. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin wurde vom Bundesvergabeamt am 26. Februar 2007 vom Einlangen des Nachprüfungsantrages verständigt und erhob mit Schriftsatz vom 9. März 2007, eingelangt im Bundesvergabeamt zu Beginn der Amtsstunden des Bundesvergabeamtes am 12. März 2007 begründete Einwendungen gemäß § 324 Abs. 3 BVergG. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin langte am 22. Februar 2007 ein. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin wurde vom Bundesvergabeamt am 26. Februar 2007 vom Einlangen des Nachprüfungsantrages verständigt und erhob mit Schriftsatz vom 9. März 2007, eingelangt im Bundesvergabeamt zu Beginn der Amtsstunden des Bundesvergabeamtes am 12. März 2007 begründete Einwendungen gemäß Paragraph 324, Absatz 3, BVergG.

Dem vorliegenden Sachverhalt liegt folgende Beweiswürdigung zugrunde:

Der wiedergegebene Sachverhalt ergibt sich aus den widerspruchsfreien Angaben der Verfahrensparteien und findet volle Deckung in den vom Auftraggeber vorgelegten Verfahrensunterlagen. Übereinstimmend und somit glaubwürdig wurde von der Antragstellerin und dem Auftraggeber bzw. von der vergebenden Stelle in der mündlichen Verhandlung am 15. März 2007 der Ablauf des Bietergespräches vom 1. Februar 2007 wiedergegeben. Unbestritten sowohl vom Auftraggeber und von der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin blieb die Angabe der Antragstellerin, dass in ihrem Angebot ein Gewinnaufschlag von ca. 12 % enthalten ist.

Nicht nachvollziehbar ist die Behauptung des Auftraggebers, es habe eine vertiefte Angebotsprüfung stattgefunden. Hierzu finden sich in den vorgelegten Verfahrensunterlagen - im Besonderen in der Niederschrift über die Prüfung bzw. im Vergabevermerk - keine nachvollziehbaren Hinweise. Nachvollziehbar ist der Hinweis des Auftraggebers im Zuge der Vorbereitung des Bietergespräches, im Bietergespräch sowie im Nachprüfungsverfahren vor dem Bundesvergabeamt, dass einzelne Positionen im Angebot der Antragstellerin einen im Vergleich mit den Mitbewerbern niedrigen Einzelpreis aufweisen. Der Auftraggeber bzw. die vergebende Stelle hat sich jedoch mit der Antwort der Antragstellerin, dass sie sich der angebotenen Beabschlagung bewusst sei, begnügt. Sie hat diesen Umstand weder

weiter hinterfragt noch im Zuge einer vertieften Angebotsprüfung geprüft, ob diese Positionen allenfalls betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sind. Dies umso mehr als ihre eigene Angebotskalkulation ca. 10 % unter dem von der Antragstellerin als Billigstbieterin angebotenen Gesamtpreis liegt.

Sofern der Auftraggeber in der mündlichen Verhandlung am 15. März ausgeführt hat, es bestehe noch ein weiterer Ausscheidensgrund, der in der Ausscheidensentscheidung nicht angeführt worden sei, finden sich in den Verfahrensunterlagen, im Besonderen im Prüfbericht oder im Vergabevermerk, keinerlei Hinweise.

Der vorliegende Sachverhalt ist rechtlich wie folgt zu beurteilen:

Zur Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Antragsvoraussetzungen bzw, Parteistellung

Gemäß § 312 Abs. 1 BVergG ist das Bundesvergabeamt nach Maßgabe der Bestimmungen des 2. Abschnittes des 1. Hauptstückes des 4. Teiles des BVergG auf Antrag zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren, zur Erlassung einstweiliger Verfügungen und zur Durchführung von Feststellungsverfahren zuständig. Gemäß Paragraph 312, Absatz eins, BVergG ist das Bundesvergabeamt nach Maßgabe der Bestimmungen des 2. Abschnittes des 1. Hauptstückes des 4. Teiles des BVergG auf Antrag zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren, zur Erlassung einstweiliger Verfügungen und zur Durchführung von Feststellungsverfahren zuständig.

Da in der gegenständlichen Vergabeangelegenheit eine Zuschlagserteilung (noch) nicht erfolgte, ist das Bundesvergabeamt gemäß § 312 Abs. 2 BVergG zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen das BVergG und die hierzu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht zuständig. Da in der gegenständlichen Vergabeangelegenheit eine Zuschlagserteilung (noch) nicht erfolgte, ist das Bundesvergabeamt gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen das BVergG und die hierzu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht zuständig.

1. 1. Ziffer eins
zur Erlassung einstweiliger Verfügungen sowie
2. 2. Ziffer 2
zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte.

An der Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Entscheidung über das gegenständliche Nachprüfungsbegehren bestehen keine Zweifel, zumal der Beschaffungsvorgang durch den öffentlichen Auftraggeber ASFINAG zweifelsfrei unter den Regelungsgegenstand des § 1 Abs. 1 Z 1 BVergG und das Nachprüfungsverfahren unter den Regelungsgegenstand des § 1 Abs. 1 Z 3 BVergG fällt. Das Bundesvergabegesetz und damit auch der Rechtsschutz des 4. Teiles des BVergG gelangen zur Anwendung; es besteht die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes, wobei dieses gemäß § 303 Abs. 1 iVm § 304 Abs. 1 BVergG im Senat 5, dem diese Angelegenheit gemäß der Geschäftsverteilung des Bundesvergabeamtes vom Vorsitzenden zugewiesen wurde, tätig wird. An der Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Entscheidung über das gegenständliche Nachprüfungsbegehren bestehen keine Zweifel, zumal der Beschaffungsvorgang durch den öffentlichen Auftraggeber ASFINAG zweifelsfrei unter den Regelungsgegenstand des Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG und das Nachprüfungsverfahren unter den Regelungsgegenstand des Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG fällt. Das Bundesvergabegesetz und damit auch der Rechtsschutz des 4. Teiles des BVergG gelangen zur Anwendung; es besteht die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes, wobei dieses gemäß Paragraph 303, Absatz eins, in Verbindung mit Paragraph 304, Absatz eins, BVergG im Senat 5, dem diese Angelegenheit gemäß der Geschäftsverteilung des Bundesvergabeamtes vom Vorsitzenden zugewiesen wurde, tätig wird.

Für die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens sieht § 320 Abs. 1 BVergG vor, dass ein Unternehmer bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen kann, sofern. Für die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens sieht Paragraph 320, Absatz eins, BVergG vor, dass ein Unternehmer bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen kann, sofern

1. 1. Ziffer eins

er ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG unterliegenden Vertrages behauptet, und

2. 2.Ziffer 2

ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Hiezu wird vom entscheidenden Senat ausgeführt, dass bislang weder eine Zuschlagserteilung noch eine Widerrufserklärung vorliegt. Sowohl die Ausscheidensentscheidung als auch die Zuschlagsentscheidung vom 15. Februar 2007 sind gesondert anfechtbare Entscheidungen gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG. Das Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG unterliegenden Vertrages hat die Antragstellerin glaubhaft dokumentiert, indem sie im Vergabeverfahren ein Angebot abgegeben hat und letztlich auch den gegenständlichen Nachprüfungsantrag gestellt hat und die hierfür erforderliche Pauschalgebühr zur Einzahlung gebracht hat. Somit war das Nachprüfungsverfahren einzuleiten. Hiezu wird vom entscheidenden Senat ausgeführt, dass bislang weder eine Zuschlagserteilung noch eine Widerrufserklärung vorliegt. Sowohl die Ausscheidensentscheidung als auch die Zuschlagsentscheidung vom 15. Februar 2007 sind gesondert anfechtbare Entscheidungen gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG. Das Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG unterliegenden Vertrages hat die Antragstellerin glaubhaft dokumentiert, indem sie im Vergabeverfahren ein Angebot abgegeben hat und letztlich auch den gegenständlichen Nachprüfungsantrag gestellt hat und die hierfür erforderliche Pauschalgebühr zur Einzahlung gebracht hat. Somit war das Nachprüfungsverfahren einzuleiten.

Der Nachprüfungsantrag ist unter Beachtung von § 321 Abs. 1 Z 5 BVergG fristgerecht. Der Nachprüfungsantrag ist unter Beachtung von Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG fristgerecht.

Auch die sonstigen Antragsvoraussetzungen des § 322 Abs. 1 BVergG sind erfüllt; die Pauschalgebühren wurden ordnungsgemäß entrichtet. Auch die sonstigen Antragsvoraussetzungen des Paragraph 322, Absatz eins, BVergG sind erfüllt; die Pauschalgebühren wurden ordnungsgemäß entrichtet.

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die Zuständigkeit des Senates 5 des Bundesvergabeamtes zur Entscheidung in der gegenständlichen Angelegenheit gegeben ist und die Antragstellerin sämtliche Antragsvoraussetzungen erfüllt.

Gemäß § 324 Abs. 2 BVergG ist insbesondere im Falle der Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung der für den Zuschlag in Aussicht genommene Bieter Partei des Nachprüfungsverfahrens. Gemäß § 324 Abs. 3 BVergG verliert der in einer Zuschlagsentscheidung für den Zuschlag in Aussicht genommene Bieter seine Parteistellung, wenn er seine begründeten Einwendungen gegen die von der Antragstellerin begehrte Entscheidung nicht binnen zwei Wochen ab Zustellung der persönlichen Verständigung über die Einleitung des Nachprüfungsverfahrens (§ 323 Abs. 4 BVergG) erhebt. Da die beabsichtigte Zuschlagsempfängerin begründete Einwendungen gegen die von der Antragstellerin begehrte Entscheidung innerhalb der zweiwöchigen Frist ab Zustellung der persönlichen Verständigung über die Einleitung des Nachprüfungsverfahrens erhoben hat, ist sie Partei im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren. Gemäß Paragraph 324, Absatz 2, BVergG ist insbesondere im Falle der Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung der für den Zuschlag in Aussicht genommene Bieter Partei des Nachprüfungsverfahrens. Gemäß Paragraph 324, Absatz 3, BVergG verliert der in einer Zuschlagsentscheidung für den Zuschlag in Aussicht genommene Bieter seine Parteistellung, wenn er seine begründeten Einwendungen gegen die von der Antragstellerin begehrte Entscheidung nicht binnen zwei Wochen ab Zustellung der persönlichen Verständigung über die Einleitung des Nachprüfungsverfahrens (Paragraph 323, Absatz 4, BVergG) erhebt. Da die beabsichtigte Zuschlagsempfängerin begründete Einwendungen gegen die von der Antragstellerin begehrte Entscheidung innerhalb der zweiwöchigen Frist ab Zustellung der persönlichen Verständigung über die Einleitung des Nachprüfungsverfahrens erhoben hat, ist sie Partei im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren.

Zu den von der Antragstellerin vorgetragenen Gründen hinsichtlich einer Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung (Spruchpunkt I des Bescheides) Zu den von der Antragstellerin vorgetragenen Gründen hinsichtlich einer Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung (Spruchpunkt römisch eins des Bescheides)

Wie vom Auftraggeber richtig vorgebracht wurde, muss beim Vorliegen auch nur eines einzigen Ausscheidensgrundes ein Angebot in einem Vergabeverfahren ausgeschieden werden. Voraussetzung ist jedoch, dass auch tatsächlich ein Ausscheidungsgrund vorliegt. Der Auftraggeber hat der Ausscheidensentscheidung vom 15. Februar 2007 zwei Ausscheidensgründe zugrunde gelegt. Zu diesen "Ausscheidensgründen" wird noch ausführlich Stellung genommen.

Darüber hinaus hat er in der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt einen weiteren Ausscheidensgrund behauptet, der in den vom Auftraggeber vorgelegten Unterlagen, insbesondere in der Niederschrift über die Prüfung des Angebotes der Antragstellerin nicht aufscheint. Der Auftraggeber hat es somit offensichtlich unterlassen diesen behaupteten zusätzlichen Ausscheidensgrund im Zuge der Angebotsprüfung zu prüfen. Gemäß § 128 Abs. 1 BVergG ist nämlich über die Prüfung der Angebote und ihr Ergebnis eine Niederschrift zu verfassen, in welcher alle für die Beurteilung der Angebote wesentlichen Umstände festzuhalten sind. Nicht bezweifelt werden kann, dass das Vorliegen eines Ausscheidensgrundes ein Prüfungsergebnis ist, das einen solchen wesentlichen Umstand im Sinne des § 128 Abs. 1 BVergG darstellt. Wenn nunmehr der Auftraggeber die Aussage tätigt, dass ein Angebot auch aus einem dritten Grund auszuschneiden ist und sich darauf berufen will, hat er diese Aussage auf eine diesbezügliche vergaberechtskonform abgeschlossene Angebotsprüfung zu stützen. Aus den vorgelegten Unterlagen lässt sich jedoch eine diesbezüglich abgeschlossene Angebotsprüfung nicht erkennen. Vielmehr muss der zur Entscheidung berufene Senat des Bundesvergabeamtes zur Auffassung gelangen, dass die Angebotsprüfung (noch) nicht abgeschlossen ist. Wie vom Auftraggeber richtig vorgebracht wurde, muss beim Vorliegen auch nur eines einzigen Ausscheidensgrundes ein Angebot in einem Vergabeverfahren ausgeschieden werden. Voraussetzung ist jedoch, dass auch tatsächlich ein Ausscheidensgrund vorliegt. Der Auftraggeber hat der Ausscheidensentscheidung vom 15. Februar 2007 zwei Ausscheidensgründe zugrunde gelegt. Zu diesen "Ausscheidensgründen" wird noch ausführlich Stellung genommen. Darüber hinaus hat er in der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt einen weiteren Ausscheidensgrund behauptet, der in den vom Auftraggeber vorgelegten Unterlagen, insbesondere in der Niederschrift über die Prüfung des Angebotes der Antragstellerin nicht aufscheint. Der Auftraggeber hat es somit offensichtlich unterlassen diesen behaupteten zusätzlichen Ausscheidensgrund im Zuge der Angebotsprüfung zu prüfen. Gemäß Paragraph 128, Absatz eins, BVergG ist nämlich über die Prüfung der Angebote und ihr Ergebnis eine Niederschrift zu verfassen, in welcher alle für die Beurteilung der Angebote wesentlichen Umstände festzuhalten sind. Nicht bezweifelt werden kann, dass das Vorliegen eines Ausscheidensgrundes ein Prüfungsergebnis ist, das einen solchen wesentlichen Umstand im Sinne des Paragraph 128, Absatz eins, BVergG darstellt. Wenn nunmehr der Auftraggeber die Aussage tätigt, dass ein Angebot auch aus einem dritten Grund auszuschneiden ist und sich darauf berufen will, hat er diese Aussage auf eine diesbezügliche vergaberechtskonform abgeschlossene Angebotsprüfung zu stützen. Aus den vorgelegten Unterlagen lässt sich jedoch eine diesbezüglich abgeschlossene Angebotsprüfung nicht erkennen. Vielmehr muss der zur Entscheidung berufene Senat des Bundesvergabeamtes zur Auffassung gelangen, dass die Angebotsprüfung (noch) nicht abgeschlossen ist.

Der Senat stellte sich nunmehr die Frage, ob das Bundesvergabeamt im Zuge eines Nachprüfungsverfahrens eine vom Auftraggeber nicht oder nicht vollständig durchgeführte Angebotsprüfung durchführen oder abschließen darf bzw. muss. Die Prüfung der Angebote wird gemeinsam mit den Regelungen über das Ausscheiden von Angeboten im

1. 2.Ziffer 2

Teil, 9. Unterabschnitt "Das Zuschlagsverfahren", 3. Unterabschnitt "Prüfung der Angebote und Ausscheiden von Angeboten" des BVergG in den §§ 122 bis 129 geregelt. In diesen Bestimmungen werden dem Auftraggeber zahlreiche Rechte und Pflichten auferlegt. Das Bundesvergabeamt bzw. der zuständige Senat in einem Nachprüfungsverfahren ist jedoch nicht Auftraggeber im Sinne der §§ 122 bis 129 BVergG. Seine Befugnisse sind in § 312 BVergG geregelt. Er ist - neben der Erlassung von einstweiligen Verfügungen und der Durchführung von Feststellungsverfahren - nur zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren zuständig. Aus Abs. 2 des § 312 BVergG folgt, dass er nur zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte zuständig ist. Aus keiner Bestimmung des BVergG lässt sich aber entnehmen oder ableiten, dass das Bundesvergabeamt im Zuge eines Nachprüfungsverfahrens eine nicht vollständig abgeschlossene oder nicht durchgeführte Angebotsprüfung abschließen oder durchführen darf. Seine Aufgabe ist das Nachprüfen von Auftraggeberentscheidungen. Nachprüfen setzt jedoch voraus, dass zuvor geprüft wurde. Der Auftraggeber hat jedoch einen behaupteten dritten Ausscheidensgrund nicht geprüft, sodass eine diesbezügliche Nachprüfung eines solchen Ausscheidensgrundes nicht vorgenommen werden kann und die diesbezügliche Behauptung des Auftraggebers als nicht nachvollziehbar zu qualifizieren ist. Zudem gebieten es auch die Grundsätze des Vergabeverfahrens des § 19 Abs. 1 iVm § 125 und 126 BVergG, dass bei einer scheinbaren Mangelhaftigkeit eines Angebotes der Bieter die Möglichkeit erhält im Zuge des Vergabeverfahrens bei der Angebotsprüfung noch vor Zuschlagsentscheidung zum Vorwurf der Mangelhaftigkeit des Angebotes gehört zu werden. Teil, 9. Unterabschnitt "Das

Zuschlagsverfahren", 3. Unterabschnitt "Prüfung der Angebote und Ausscheiden von Angeboten" des BVergG in den Paragraphen 122 bis 129 geregelt. In diesen Bestimmungen werden dem Auftraggeber zahlreiche Rechte und Pflichten auferlegt. Das Bundesvergabeamt bzw. der zuständige Senat in einem Nachprüfungsverfahren ist jedoch nicht Auftraggeber im Sinne der Paragraphen 122 bis 129 BVergG. Seine Befugnisse sind in Paragraph 312, BVergG geregelt. Er ist - neben der Erlassung von einstweiligen Verfügungen und der Durchführung von Feststellungsverfahren - nur zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren zuständig. Aus Absatz 2, des Paragraph 312, BVergG folgt, dass er nur zur Nichtigserklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte zuständig ist. Aus keiner Bestimmung des BVergG lässt sich aber entnehmen oder ableiten, dass das Bundesvergabeamt im Zuge eines Nachprüfungsverfahrens eine nicht vollständig abgeschlossene oder nicht durchgeführte Angebotsprüfung abschließen oder durchführen darf. Seine Aufgabe ist das Nachprüfen von Auftraggeberentscheidungen. Nachprüfen setzt jedoch voraus, dass zuvor geprüft wurde. Der Auftraggeber hat jedoch einen behaupteten dritten Ausscheidungsgrund nicht geprüft, sodass eine diesbezügliche Nachprüfung eines solchen Ausscheidungsgrundes nicht vorgenommen werden kann und die diesbezügliche Behauptung des Auftraggebers als nicht nachvollziehbar zu qualifizieren ist. Zudem gebieten es auch die Grundsätze des Vergabeverfahrens des Paragraph 19, Absatz eins, in Verbindung mit Paragraph 125 und 126 BVergG, dass bei einer scheinbaren Mangelhaftigkeit eines Angebotes der Bieter die Möglichkeit erhält im Zuge des Vergabeverfahrens bei der Angebotsprüfung noch vor Zuschlagsentscheidung zum Vorwurf der Mangelhaftigkeit des Angebotes gehört zu werden.

Dem Bundesvergabeamt als Nachprüfungsbehörde ist es somit verwehrt gleichsam als Auftraggeber die nicht abschließend durchgeführte Angebotsprüfung hinsichtlich nur allfällig behaupteter Ausscheidungsgründe durchzuführen. Würde man zur gegenteiligen Auffassung gelangen, würde das bedeuten, dass in einem Vergabeverfahren eine Prüfung der Angebote durch einen Auftraggeber entweder gar nicht oder nur sehr eingeschränkt erfolgen müsste, da im Streitfall eine ordnungsgemäße Prüfung jedenfalls durch die Nachprüfungsbehörde vorzunehmen wäre, die dann gleichsam als Erfüllungsgehilfe für den Auftraggeber tätig werden würde.

Sofern sich der Auftraggeber auf den Ausscheidungsgrund des § 129 Abs. 2 BVergG stützt, bringt er vor, die Antragstellerin habe es unterlassen, innerhalb der ihr gestellten Frist die verlangten Aufklärungen zu geben. Dazu wird vom Senat unter Hinweis auf die Ausschreibungsunterlagen hingewiesen, dass jedem Bieter, der den Auftrag erhalten möchte, klar sein musste, dass er die auf den Seiten 12 und 13 der Ausschreibungsunterlage "B.1 Ausschreibungsgrundlagen" unter den Punkten 1,304.1.2., 1,304.1.3., 1,304.1.4. und 1,304.1.5. enthaltenen Nachweise letztlich beizubringen hat. Nicht hinreichend klar war jedoch, ob diese Unterlagen bereits bei der Abgabe des Angebotes im Angebot enthalten sein müssen oder sollen. Der erkennende Senat jedenfalls kam zur Auffassung, dass insbesondere aus Seite 6 der Ausschreibungsunterlage "B.8 Erklärung des Bieters" aus dem Punkt 8,302 iVm Pkt 8.3.2.19 geschlossen werden kann, dass die verlangten Nachweise gem. den §§ 70 ff BVergG (Verweis auf Ausschreibungsunterlage B 1) erst auf Aufforderung (durch den Auftraggeber) nachzureichen bzw. vorzulegen sind. Der Auftraggeber hat auch - da im Angebot der Antragstellerin Nachweise fehlten bzw. älter als sechs Monate waren, ausschreibungskonform am 16. Jänner 2007 von der Antragstellerin Unterlagen angefordert. Der Auftraggeber hat jedoch hinsichtlich der Eignungsnachweise nur unter Bezugnahme auf die gesamte Ausschreibungsgrundlage "B.1 Ausschreibungsgrundlagen" sowie auf Punkt 8.3.2.19 der Ausschreibungsunterlage "B.8 Erklärung des Bieters" "verlangte Nachweise gem. den §§ 70 BVergG 2006 (Teil B1) Für das Unternehmen und aller Subunternehmer nicht älter als 6 Monate" unter Fristsetzung bis 23. Jänner 2007, 12.00 Uhr zur Nachreichung aufgefordert. Er hat in dieser Aufforderung nicht hingewiesen, welche Unterlagen konkret vorzulegen sind. Er hat auch nicht - wie erst im Schreiben an die Antragstellerin vom 13. Februar 2007 - sich auf konkrete Ausschreibungsbestimmungen, aus denen erkennbar ist, welche Unterlagen für welches Unternehmen ganz konkret gemeint sind, bezogen. Eine Bezugnahme auf §§ 70 ff BVergG lässt offen, ob darunter ein, zwei, drei oder mehr Bestimmungen des BVergG verstanden werden können. Ebenfalls war für die Antragstellerin nicht klar erkennbar, ob die im ursprünglichen Angebot bereits enthaltenen Nachweise für ihr eigenes Unternehmen ausreichend sind, anerkannt werden oder ebenfalls zu ergänzen sind. Sofern sich der Auftraggeber auf den Ausscheidungsgrund des Paragraph 129, Absatz 2, BVergG stützt, bringt er vor, die Antragstellerin habe es unterlassen, innerhalb der ihr gestellten Frist die verlangten Aufklärungen zu geben. Dazu wird vom Senat unter Hinweis auf die Ausschreibungsunterlagen hingewiesen, dass jedem Bieter, der den Auftrag erhalten

möchte, klar sein musste, dass er die auf den Seiten 12 und 13 der Ausschreibungsunterlage "B.1 Ausschreibungsgrundlagen" unter den Punkten 1,304.1.2., 1,304.1.3., 1,304.1.4. und 1,304.1.5 enthaltenen Nachweise letztlich beizubringen hat. Nicht hinreichend klar war jedoch, ob diese Unterlagen bereits bei der Abgabe des Angebotes im Angebot enthalten sein müssen oder sollen. Der erkennende Senat jedenfalls kam zur Auffassung, dass insbesondere aus Seite 6 der Ausschreibungsunterlage "B.8 Erklärung des Bieters" aus dem Punkt 8,302 in Verbindung mit Pkt 8.3.2.19 geschlossen werden kann, dass die verlangten Nachweise gem. den Paragraphen 70, ff BVergG (Verweis auf Ausschreibungsunterlage B 1) erst auf Aufforderung (durch den Auftraggeber) nachzureichen bzw. vorzulegen sind. Der Auftraggeber hat auch - da im Angebot der Antragstellerin Nachweise fehlten bzw. älter als sechs Monate waren, ausschreibungskonform am 16. Jänner 2007 von der Antragstellerin Unterlagen angefordert. Der Auftraggeber hat jedoch hinsichtlich der Eignungsnachweise nur unter Bezugnahme auf die gesamte Ausschreibungsgrundlage "B.1 Ausschreibungsgrundlagen" sowie auf Punkt 8.3.2.19 der Ausschreibungsunterlage "B.8 Erklärung des Bieters" "verlangte Nachweise gem. den Paragraphen 70, BVergG 2006 (Teil B1) Für das Unternehmen und aller Subunternehmer nicht älter als 6 Monate" unter Fristsetzung bis 23. Jänner 2007, 12.00 Uhr zur Nachreichung aufgefordert. Er hat in dieser Aufforderung nicht hingewiesen, welche Unterlagen konkret vorzulegen sind. Er hat auch nicht - wie erst im Schreiben an die Antragstellerin vom 13. Februar 2007 - sich auf konkrete Ausschreibungsbestimmungen, aus denen erkennbar ist, welche Unterlagen für welches Unternehmen ganz konkret gemeint sind, bezogen. Eine Bezugnahme auf Paragraphen 70, ff BVergG lässt offen, ob darunter ein, zwei, drei oder mehr Bestimmungen des BVergG verstanden werden können. Ebenfalls war für die Antragstellerin nicht klar erkennbar, ob die im ursprünglichen Angebot bereits enthaltenen Nachweise für ihr eigenes Unternehmen ausreichend sind, anerkannt werden oder ebenfalls zu ergänzen sind.

Unter Berücksichtigung der von Aicher [Aicher, Wettbewerbsrechtliche und wettbewerbspolitische Überlegungen zur Regierungsvorlage eines Vergabegesetzes, in: Korinek/Rill, Zur Reform des Vergaberechts (1985), 411 f] entwickelten und vom Bundesvergabeamt übernommenen Lehrmeinung, wonach Mängel als behebbar zu qualifizieren sind, die nach Angebotsöffnung zu keiner Änderung der Wettbewerbsstellung der Bieter führen können, können Angebote, in denen nicht alle geforderten Nachweise gemäß § 70 - 75 BVergG ordnungsgemäß und vollständig beigelegt sind, nicht sofort vom Auftraggeber ausgeschieden werden (vgl. bspw. BVA vom 4. Februar 2004, 17N-49/00-40 oder BVA vom 17. März 2006, N/0007- BVA/05/2006-54). Es liegt diesbezüglich ein verbesserungsfähiger Mangel vor. Der Auftraggeber hat die Verpflichtung unter Setzung einer angemessenen Frist zur Verbesserung bzw. zur vollständigen Nachreichung der erforderlichen Unterlagen aufzufordern. Voraussetzung eines ordnungsgemäßen Verbesserungsauftrages ist jedoch, die klare Formulierung des Mängelbehebungsauftrages (vgl. BVA vom 5. August 2005, 04N-70/05-26 oder BVA vom 22. Dezember 2005, 11N-117/05-12). Da die Antragstellerin ihrem Angebot ursprünglich bereits Eignungsnachweise beigelegt hat, war für einen objektiv beurteilenden Betrachter nicht erkennbar, welche Nachweise nachzubringen sind bzw. ob die bereits vorgelegten Nachweise anerkannt werden oder zu aktualisieren sind. Der Auftraggeber hat es jedoch unterlassen einen diesbezüglichen klaren und eindeutigen Mängelbehebungsauftrag an die Antragstellerin zu übermitteln. Ein Hinweis auf „ §§ 70 ff BVergG oder Teil B1“ wird vom Bundesvergabeamt als unzureichend erachtet. Aus einem ordnungsgemäß lautenden Mängelbehebungsauftrag muss klar und zweifelsfrei erkennbar sein, welche Unterlagen für wen ganz konkret vorzulegen sind. Erst wenn einem solchen klaren Mängelbehebungsauftrag keine Folge geleistet wird, ist das entsprechende Angebot auszuschneiden. Mangels eines ordnungsgemäßen Mängelbehebungsauftrages unter Setzung einer angemessenen Erfüllungsfrist innerhalb derer die Antragstellerin dem Auftrag hätte nachkommen können, gelangt der Ausscheidensgrund der nicht vollständigen und fristgerechten Übermittlung der geforderten Eignungsnachweise nicht zur Anwendung. Unter Berücksichtigung der von Aicher [Aicher, Wettbewerbsrechtliche und wettbewerbspolitische Überlegungen zur Regierungsvorlage eines Vergabegesetzes, in: Korinek/Rill, Zur Reform des Vergaberechts (1985), 411 f] entwickelten und vom Bundesvergabeamt übernommenen Lehrmeinung, wonach Mängel als behebbar zu qualifizieren sind, die nach Angebotsöffnung zu keiner Änderung der Wettbewerbsstellung der Bieter führen können, können Angebote, in denen nicht alle geforderten Nachweise gemäß Paragraph 70, - 75 BVergG ordnungsgemäß und vollständig beigelegt sind, nicht sofort vom Auftraggeber ausgeschieden werden vergleiche bspw. BVA vom 4. Februar 2004, 17N-49/00-40 oder BVA vom 17. März 2006, N/0007- BVA/05/2006-54). Es liegt diesbezüglich ein verbesserungsfähiger Mangel vor. Der Auftraggeber hat die Verpflichtung unter Setzung einer angemessenen Frist zur Verbesserung bzw. zur vollständigen Nachreichung der erforderlichen Unterlagen aufzufordern. Voraussetzung eines ordnungsgemäßen Verbesserungsauftrages ist jedoch, die klare Formulierung des Mängelbehebungsauftrages vergleiche BVA vom 5.

August 2005, 04N-70/05-26 oder BVA vom 22. Dezember 2005, 11N-117/05-12). Da die Antragstellerin ihrem Angebot ursprünglich bereits Eignungsnachweise beigelegt hat, war für einen objektiv beurteilenden Betrachter nicht erkennbar, welche Nachweise nachzubringen sind bzw. ob die bereits vorgelegten Nachweise anerkannt werden oder zu aktualisieren sind. Der Auftraggeber hat es jedoch unterlassen einen diesbezüglichen klaren und eindeutigen Mängelbehebungsauftrag an die Antragstellerin zu übermitteln. Ein Hinweis auf „ Paragraphen 70, ff BVergG oder Teil B1“ wird vom Bundesvergabeamt als unzureichend erachtet. Aus einem ordnungsgemäß lautenden Mängelbehebungsauftrag muss klar und zweifelsfrei erkennbar sein, welche Unterlagen für wen ganz konkret vorzulegen sind. Erst wenn einem solchen klaren Mängelbehebungsauftrag keine Folge geleistet wird, ist das entsprechende Angebot auszuschneiden. Mangels eines ordnungsgemäßen Mängelbehebungsauftrages unter Setzung einer angemessenen Erfüllungsfrist innerhalb derer die Antragstellerin dem Auftrag hätte nachkommen können, gelangt der Ausscheidensgrund der nicht vollständigen und fristgerechten Übermittlung der geforderten Eignungsnachweise nicht zur Anwendung.

Der zweite vom Auftraggeber seiner Ausscheidensentscheidung zugrunde gelegte Ausscheidensgrund befasst sich mit zwei angebotenen Preispositionen im Leistungsverzeichnis des Angebotes der Antragstellerin. Abgesehen von der Heranziehung als Argument für die Ausscheidensentscheidung finden sich in den vom Auftraggeber vorgelegten Verfahrensunterlagen nur zwei Fragen im Rahmen des Bietergespräches am 1. Februar 2007, die sich mit diesen beiden Preispositionen beschäftigen. Die Antwort, die die Antragstellerin gegeben hat, ist klar und verständlich. Im Hinblick darauf, dass der Auftraggeber diese beiden angebotenen Preise mit einer Gesamtsumme von EUR 40.000.-- dafür heranzieht, um das Angebot - das eine durch eine vertiefte Angebotsprüfung festgestellte nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufweist - auszuschneiden, ließe jedoch erwarten, dass sich der Auftraggeber im Zuge der Angebotsprüfung mit dem Vorliegen einer möglicherweise spekulativen Preisgestaltung zumindest ansatzweise auseinandersetzt. Tatsache ist jedoch, dass abgesehen von den erwähnten beiden Fragen im Zuge des Bietergespräches die Verfahrensunterlagen und insbesondere die Prüfung des Angebotes der Antragstellerin weder eine vertiefte Angebotsprüfung erkennen lassen noch sich mit dieser für den Ausgang des Vergabeverfahrens sehr wichtigen Sachfrage beschäftigen. Der Auftraggeber vermochte auch in der mündlichen Verhandlung am 15. März 2007 dem Senat nicht zu erklären, wo sich im Prüfbericht Hinweise auf die behauptete nicht plausible Preiszusammenstellung bzw. nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises wieder finden. Er behalf sich mit dem Hinweis, dass die Antragstellerin mit Telefax vom 12. März 2007 aufgefordert worden sei, auch zu diesem Ausscheidensgrund Stellung zu nehmen.

Gemäß § 129 Abs. 1 Z 3 hat vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung der Auftraggeber auf Grund des Ergebnisses der Prüfung Angebote, die eine - durch eine vertiefte Angebotsprüfung festgestellte - nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufweisen, auszuschneiden. Gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, hat vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung der Auftraggeber auf Grund des Ergebnisses der Prüfung Angebote, die eine - durch eine vertiefte Angebotsprüfung festgestellte - nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufweisen, auszuschneiden.

Aus dieser Bestimmung ist zu entnehmen, dass dieser Ausscheidensgrund Ergebnis der Prüfung des entsprechenden Angebotes sein muss, wobei eine vertiefte Angebotsprüfung durchzuführen ist. Den Verfahrensunterlagen - im Besonderen dem Prüfbericht und dem Vergabebericht kann nicht entnommen werden, dass eine vertiefte Angebotsprüfung stattgefunden hat. Insbesondere hat sich die Prüfung nicht mit der Frage auseinandergesetzt, ob die angebotenen Preise in den Positionen 02039903010 und 02039903020 unter Berücksichtigung der Gesamtangebotssumme der Antragstellerin mit einem Gewinnaufschlag von

ca. 12 % und unter Berücksichtigung der vom Auftraggeber dem Vergabeverfahren zugrunde gelegten Kostenschätzung im Sinne des § 125 Abs. 4 BVergG betriebswirtschaftlich erklärbar und nachvollziehbar sind. ca. 12 % und unter Berücksichtigung der vom Auftraggeber dem Vergabeverfahren zugrunde gelegten Kostenschätzung im Sinne des Paragraph 125, Absatz 4, BVergG betriebswirtschaftlich erklärbar und nachvollziehbar sind.

Zusammengefasst wird vom Senat hinsichtlich der vom Auftraggeber angewendeten Ausscheidensbegründung des Angebotes der Antragstellerin festgehalten, dass die Nachprüfung der Ausscheidensentscheidung ergeben hat, dass zumindest derzeit noch kein Ausscheidensgrund verwirklicht ist. Die dafür vom Auftraggeber vorgetragene Begründung ist nicht nachvollziehbar. Einerseits mangelt es an einem klar formulierten Mangelbehebungsauftrag hinsichtlich der Vorlage der Eignungsnachweise, andererseits muss im Hinblick auf auffällige Preispositionen im

Angebot der Antragstellerin eine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt werden. Die gemäß § 122 ff BVergG durchzuführende Prüfung des Angebotes der Antragstellerin ist noch nicht abgeschlossen. Logische Konsequenz ist die Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung, da nicht ausgeschlossen werden kann, dass Ergebnis der weiteren Prüfung im Zuge des Vergabeverfahrens ist, dass dem Angebot der Antragstellerin der Zuschlag zu erteilen ist. Zusammengefasst wird vom Senat hinsichtlich der vom Auftraggeber angewendeten Ausscheidensbegründung des Angebotes der Antragstellerin festgehalten, dass die Nachprüfung der Ausscheidensentscheidung ergeben hat, dass zumindest derzeit noch kein Ausscheidensgrund verwirklicht ist. Die dafür vom Auftraggeber vorgetragene Begründung ist nicht nachvollziehbar. Einerseits mangelt es an einem klar formulierten Mangelbehebungsauftrag hinsichtlich der Vorlage der Eignungsnachweise, andererseits muss im Hinblick auf auffällige Preispositionen im Angebot der Antragstellerin eine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt werden. Die gemäß Paragraph 122, ff BVergG durchzuführende Prüfung des Angebotes der Antragstellerin ist noch nicht abgeschlossen. Logische Konsequenz ist die Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung, da nicht ausgeschlossen werden kann, dass Ergebnis der weiteren Prüfung im Zuge des Vergabeverfahrens ist, dass dem Angebot der Antragstellerin der Zuschlag zu erteilen ist.

zu Spruchpunkt II:

Wie abschließend in der Begründung zu Spruchpunkt I dieses Bescheides angeführt wird, kann nicht ausgeschlossen werden, dass dem Angebot der Antragstellerin als bestem Angebot der Zuschlag zu erteilen sein wird. Da sich durch die Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung des Angebotes der Antragstellerin das Vergabeverfahren im Verfahrensabschnitt "Prüfung der Angebote" befindet, war auch die bereits getroffene Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären. Gemäß § 130 Abs. 1 BVergG ist der Zuschlag gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot, das nach dem Ausscheiden übrig bleibt, zu erteilen. Dafür kommt nach derzeitigem Verfahrensstand insbesondere unter Berücksichtigung der Zuschlagskriterien auch das Angebot der Antragstellerin in Betracht. Die Zuschlagsentscheidung ist die abschließende Auftraggeberentscheidung mit der die Phase der Prüfung der Angebote formal abgeschlossen wird. Voraussetzung der Zuschlagsentscheidung ist jedoch eine abgeschlossene vergaberechtskonforme Angebotsprüfung. Wie abschließend in der Begründung zu Spruchpunkt römisch eins dieses Bescheides angeführt wird, kann nicht ausgeschlossen werden, dass dem Angebot der Antragstellerin als bestem Angebot der Zuschlag zu erteilen sein wird. Da sich durch die Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung des Angebotes der Antragstellerin das Vergabeverfahren im Verfahrensabschnitt "Prüfung der Angebote" befindet, war auch die bereits getroffene Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären. Gemäß Paragraph 130, Absatz eins, BVergG ist der Zuschlag gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot, das nach dem Ausscheiden übrig bleibt, zu erteilen. Dafür kommt nach derzeitigem Verfahrensstand insbesondere unter Berücksichtigung der Zuschlagskriterien auch das Angebot der Antragstellerin in Betracht. Die Zuschlagsentscheidung ist die abschließende Auftraggeberentscheidung mit der die Phase der Prüfung der Angebote formal abgeschlossen wird. Voraussetzung der Zuschlagsentscheidung ist jedoch eine abgeschlossene vergaberechtskonforme Angebotsprüfung.

zu Spruchpunkt III:

Der unter diesem Spruchpunkt von der Antragstellerin gestellte Antrag ist für den zur Entscheidung berufenen Senat nicht nachvollziehbar. Der Auftraggeber hat nämlich wie auch in den bestandsfest gewordenen Ausschreibungsunterlagen unter Ausschreibungsunterlage "B 8 Erklärung des Bieters" unter Punkt

8.302 angekündigt die Antragstellerin aufgefordert, Unterlagen nachzureichen. Es war Aufgabe des Auftraggebers auch das Angebot der Antragstellerin zu prüfen und zur Vorlage von nicht oder nur unzureichend im Angebot enthaltenen wesentlichen Angebotsunterlagen im Rahmen eines Mängelbehebungsauftrages aufzufordern. Diese Aufforderung steht auch im Einklang mit § 126 Abs. 1 und 2 BVergG. Der erkennende Senat vermag insbesondere dadurch keine Verletzung der Grundsätze der §§ 19 Abs. 1 und 127 BVergG zu erkennen, sodass der Antrag auf Nichtigerklärung des erteilten Auftrages zur Übermittlung diverser Unterlagen vom 16. Jänner 2007 abzuweisen war. 8.302 angekündigt die Antragstellerin aufgefordert, Unterlagen nachzureichen. Es war Aufgabe des Auftraggebers auch das Angebot der Antragstellerin zu prüfen und zur Vorlage von nicht oder nur unzureichend im Angebot enthaltenen wesentlichen Angebotsunterlagen im Rahmen eines Mängelbehebungsauftrages aufzufordern. Diese Aufforderung steht auch im Einklang mit Paragraph 126, Absatz eins und 2 BVergG. Der erkennende Senat vermag insbesondere dadurch keine Verletzung der Grundsätze der Paragraphen 19, Absatz eins und 127 BVergG zu

erkennen, sodass der Antrag auf Nichtigerklärung des erteilten Auftrages zur Übermittlung diverser Unterlagen vom 16. Jänner 2007 abzuweisen war.

zu Spruchpunkt IV.: zu Spruchpunkt römisch vier.:

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

Gemäß § 319 Abs. 2 BVergG besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung nur dann, wenn Gemäß Paragraph 319, Absatz 2, BVergG besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung nur dann, wenn

1. 1. Ziffer eins
dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und
2. 2. Ziffer 2
dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde.

Wie sich aus Spruchpunkt I und II dieses Bescheides ergibt, hat die Antragstellerin zumindest teilweise obsiegt. Dem auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung sowie der Zuschlagsentscheidung gerichteten Nachprüfungsbegehren wurde statt gegeben. Wie sich aus Spruchpunkt römisch eins und römisch zwei dieses Bescheides ergibt, hat die Antragstellerin zumindest teilweise obsiegt. Dem auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung sowie der Zuschlagsentscheidung gerichteten Nachprüfungsbegehren wurde statt gegeben.

Da auch dem auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gerichteten Antragsbegehren mit Bescheid des Bundesvergabebeamten vom 28. Februar 2007, N/0015-BVA/05/2006-EV13, stattgegeben wurde, war auch gemäß § 319 Abs. 1 und 2 BVergG dem Begehren auf Ersatz der ordnungsgemäß entrichteten Pauschalgebühren stattzugeben. Da auch dem auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gerichteten Antragsbegehren mit Bescheid des Bundesvergabebeamten vom 28. Februar 2007, N/0015-BVA/05/2006-EV13, stattgegeben wurde, war auch gemäß Paragraph 319, Absatz eins und 2 BVergG dem Begehren auf Ersatz der ordnungsgemäß entrichteten Pauschalgebühren stattzugeben.

Schlagworte

Prüfbefugnis des Bundesvergabebeamten, nicht abgeschlossene Prüfung, Verbesserungsauftrag, Nachforderung, nachträglicher Ausscheidensgrund

Dokumentnummer

VERGT_20070323_N_0015_BVA_05_2007_32_00

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