

# TE Verg Bescheid 2006/2/11 15N- 128/05-34

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 11.02.2006

## Norm

- BVergG 2002 §3 Abs1 Z1  
BVergG 2002 §7 Abs1 Z1  
BVergG 2002 §9 Abs1 Z3  
BVergG 2002 §20 Z4  
BVergG 2002 §20 Z13 litb  
BVergG 2002 §20 Z13 lita sublitaa  
BVergG 2002 §52 Abs5  
BVergG 2002 §83 Abs2  
BVergG 2002 §91 Abs2 Z2  
BVergG 2002 §98 Z1  
BVergG 2002 §98 Z8  
BVergG 2002 §105 Abs3  
BVergG 2002 §135 Abs2  
BVergG 2002 §162 Abs2  
BVergG 2002 §163 Abs1  
BVergG 2002 §165 Abs2  
BVergG 2002 §166  
BVergG 2002 §167  
BVergG 2002 §169 Abs2 Z1 lita  
BVergG 2002 §169 Abs2 Z1 litc  
BVergG 2002 §177 Abs5  
B-VG Art.14b Abs2 Z1 lita  
AVG §74 Abs2
1. B-VG Art. 14b heute
  2. B-VG Art. 14b gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
  3. B-VG Art. 14b gültig von 01.07.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
  4. B-VG Art. 14b gültig von 01.01.2003 bis 30.06.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2002
1. AVG § 74 heute
2. AVG § 74 gültig ab 01.01.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 5/2008
  3. AVG § 74 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.2007

## Text

## BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senats 15, Mag. Gerhard Prünster, und MMag. Dr. Annemarie Mille als Mitglied der Auftragnehmerseite und SC Dr. Hans Günter Gruber als Mitglied der Auftraggeberseite, wie folgt entschieden:

## SPRUCH

I.römisch eins.

Im Nachprüfungsverfahren gemäß § 162 Abs. 2 Bundesvergabegesetz 2002 (BVerG), BGBl I Nr. 99/2002, betreffend das Vergabeverfahren "Generalsanierung der Hallenvorfelder samt Betankungsflächen und Entwässerung; Objekt A-3425 Langenlebar, Fliegerhorst Brumowski", des Auftraggebers Republik Österreich (Bund), vertreten durch den Bundesminister für Landesverteidigung, Rossauer Lände 1, 1090 Wien, wird dem Antrag der A\*\*\* Aktiengesellschaft, vertreten durch X\*\*\* Rechtsanwälte GmbH, vom 12. Dezember 2005, "das Bundesvergabeamt möge die Entscheidung des Auftraggebers, der Firma B\*\*\* GmbH den Zuschlag erteilen zu wollen (Zuschlagsentscheidung) für nichtig erklären", stattgegeben. Im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 162, Absatz 2, Bundesvergabegesetz 2002 (BVerG), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 99 aus 2002,, betreffend das Vergabeverfahren "Generalsanierung der Hallenvorfelder samt Betankungsflächen und Entwässerung; Objekt A-3425 Langenlebar, Fliegerhorst Brumowski", des Auftraggebers Republik Österreich (Bund), vertreten durch den Bundesminister für Landesverteidigung, Rossauer Lände 1, 1090 Wien, wird dem Antrag der A\*\*\* Aktiengesellschaft, vertreten durch X\*\*\* Rechtsanwälte GmbH, vom 12. Dezember 2005, "das Bundesvergabeamt möge die Entscheidung des Auftraggebers, der Firma B\*\*\* GmbH den Zuschlag erteilen zu wollen (Zuschlagsentscheidung) für nichtig erklären", stattgegeben.

Die Zuschlagsentscheidung vom 30.11.2005 wird für nichtig erklärt.

Rechtsgrundlage: §§ 162 Abs. 2 iVm 163 Abs. Abs. 1, 52 Abs. 5, 91 Abs. 2 Z 2 und 98 Z 1 und 8 BVerG  
Rechtsgrundlage: Paragraphen 162, Absatz 2, in Verbindung mit 163 Abs. Absatz eins, 52, Absatz 5, 91, Absatz 2, Ziffer 2 und 98 Ziffer eins und 8 BVerG

II.römisch zwei.

Im Nachprüfungsverfahren gemäß § 162 Abs. 2 Bundesvergabegesetz 2002 (BVerG), BGBl I Nr. 99/2002, betreffend das Vergabeverfahren "Generalsanierung der Hallenvorfelder samt Betankungsflächen und Entwässerung; Objekt A-3425 Langenlebar, Fliegerhorst Brumowski", des Auftraggebers Republik Österreich (Bund), vertreten durch den Bundesminister für Landesverteidigung, Rossauer Lände 1. 1090 Wien, wird dem Antrag der A\*\*\* Aktiengesellschaft, vertreten durch X\*\*\* Rechtsanwälte GmbH, vom 12. Dezember 2005, das Bundesvergabeamt möge dem Auftraggeber auftragen, uns die Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag von EUR 5.000,-- und für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung in Höhe von EUR 5.000,-- zu ersetzen", stattgegeben. Im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 162, Absatz 2, Bundesvergabegesetz 2002 (BVerG), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 99 aus 2002,, betreffend das Vergabeverfahren "Generalsanierung der Hallenvorfelder samt Betankungsflächen und Entwässerung; Objekt A-3425 Langenlebar, Fliegerhorst Brumowski", des Auftraggebers Republik Österreich (Bund), vertreten durch den Bundesminister für Landesverteidigung, Rossauer Lände 1. 1090 Wien, wird dem Antrag der A\*\*\* Aktiengesellschaft, vertreten durch X\*\*\* Rechtsanwälte GmbH, vom 12. Dezember 2005, das Bundesvergabeamt möge dem Auftraggeber auftragen, uns die Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag von EUR 5.000,-- und für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung in Höhe von EUR 5.000,-- zu ersetzen", stattgegeben.

Der Auftraggeber Republik Österreich Bund, vertreten durch den Bundesminister für Landesverteidigung ist verpflichtet, der A\*\*\* AG, den Betrag in Höhe von Euro 10.000,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Rechtsgrundlage: § 177 Abs. 5 BVerG und § 74 Abs. 2 AVG  
Rechtsgrundlage: Paragraph 177, Absatz 5, BVerG und Paragraph 74, Absatz 2, AVG

III.römisch drei.

Im Nachprüfungsverfahren gemäß § 162 Abs. 2 Bundesvergabegesetz 2002 (BVerG), BGBl I Nr. 99/2002, betreffend das Vergabeverfahren "Generalsanierung der Hallenvorfelder samt Betankungsflächen und Entwässerung; Objekt A-3425 Langenlebar, Fliegerhorst Brumowski", des Auftraggebers Republik Österreich (Bund), vertreten durch den

Bundesminister für Landesverteidigung, Rossauer Lände 1, 1090 Wien, wird den Anträgen der C\*\*\* GmbH, 4463 vertreten durch RA Y\*\*\*, vom 14. Dezember 2005, "das Bundesvergabeamt möge die uns mit Schreiben der Antragsgegnerin vom 30.11.2005 bekannt gegebene Zuschlagsentscheidung zugunsten der B\*\*\* sowie die damit verbundene Entscheidung, das Angebot der Firma B\*\*\* GmbH nicht auszuschneiden, für nichtig erklären", stattgegeben. Im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 162, Absatz 2, Bundesvergabegesetz 2002 (BVerG), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 99 aus 2002,, betreffend das Vergabeverfahren "Generalsanierung der Hallenvorfelder samt Betankungsflächen und Entwässerung; Objekt A-3425 Langenlebar, Fliegerhorst Brumowski", des Auftraggebers Republik Österreich (Bund), vertreten durch den Bundesminister für Landesverteidigung, Rossauer Lände 1, 1090 Wien, wird den Anträgen der C\*\*\* GmbH, 4463 vertreten durch RA Y\*\*\*, vom 14. Dezember 2005, "das Bundesvergabeamt möge die uns mit Schreiben der Antragsgegnerin vom 30.11.2005 bekannt gegebene Zuschlagsentscheidung zugunsten der B\*\*\* sowie die damit verbundene Entscheidung, das Angebot der Firma B\*\*\* GmbH nicht auszuschneiden, für nichtig erklären", stattgegeben.

Die Zuschlagsentscheidung vom 30.11.2005 und die damit verbundene Entscheidung des Auftraggebers, das Angebot der B\*\*\* GmbH nicht auszuschneiden, wird für nichtig erklärt.

Rechtsgrundlage: §§ 162 Abs. 2 iVm 163 Abs. 1, 52 Abs. 5, 83 Abs. 2, 91 Abs. 2 Z 2 und 98 Z 8 BVerG  
Rechtsgrundlage: Paragraphen 162, Absatz 2, in Verbindung mit 163 Absatz eins, 52, Absatz 5, 83, Absatz 2, 91, Absatz 2, Ziffer 2 und 98 Ziffer 8, BVerG

IV.römisch vier.

Im Nachprüfungsverfahren gemäß § 162 Abs. 2 Bundesvergabegesetz 2002 (BVerG), BGBl I Nr. 99/2002, betreffend das Vergabeverfahren "Generalsanierung der Hallenvorfelder samt Betankungsflächen und Entwässerung; Objekt A-3425 Langenlebar, Fliegerhorst Brumowski", des Auftraggebers Republik Österreich (Bund), vertreten durch den Bundesminister für Landesverteidigung, Rossauer Lände 1, 1090 Wien, wird dem Antrag der C\*\*\* GmbH, vertreten durch RA Y\*\*\* vom 14. Dezember 2005, "das Bundesvergabeamt möge der Antragsgegnerin auftragen, die von uns bezahlte Pauschalgebühr in der Höhe von EUR 5.000.-- binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu Handen unseres Rechtsvertreters, RA Y\*\*\* zu ersetzen", stattgegeben. Der Auftraggeber Republik Österreich Bund, vertreten durch den Bundesminister für Landesverteidigung ist verpflichtet, der C\*\*\* GmbH, zu Handen ihres Rechtsvertreters den Betrag in Höhe von Euro 5.000.-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen. Im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 162, Absatz 2, Bundesvergabegesetz 2002 (BVerG), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 99 aus 2002,, betreffend das Vergabeverfahren "Generalsanierung der Hallenvorfelder samt Betankungsflächen und Entwässerung; Objekt A-3425 Langenlebar, Fliegerhorst Brumowski", des Auftraggebers Republik Österreich (Bund), vertreten durch den Bundesminister für Landesverteidigung, Rossauer Lände 1, 1090 Wien, wird dem Antrag der C\*\*\* GmbH, vertreten durch RA Y\*\*\* vom 14. Dezember 2005, "das Bundesvergabeamt möge der Antragsgegnerin auftragen, die von uns bezahlte Pauschalgebühr in der Höhe von EUR 5.000.-- binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu Handen unseres Rechtsvertreters, RA Y\*\*\* zu ersetzen", stattgegeben. Der Auftraggeber Republik Österreich Bund, vertreten durch den Bundesminister für Landesverteidigung ist verpflichtet, der C\*\*\* GmbH, zu Handen ihres Rechtsvertreters den Betrag in Höhe von Euro 5.000.-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Rechtsgrundlage: § 177 Abs. 5 BVerG und § 74 Abs. 2 AVG  
Rechtsgrundlage: Paragraph 177, Absatz 5, BVerG und Paragraph 74, Absatz 2, AVG

V.römisch fünf.

Im Nachprüfungsverfahren gemäß § 162 Abs. 2 Bundesvergabegesetz 2002 (BVerG), BGBl I Nr. 99/2002, betreffend das Vergabeverfahren "Generalsanierung der Hallenvorfelder samt Betankungsflächen und Entwässerung; Objekt A-3425 Langenlebar, Fliegerhorst Brumowski", des Auftraggebers Republik Österreich (Bund), vertreten durch den Bundesminister für Landesverteidigung, Rossauer Lände 1, 1090 Wien, wird der Antrag der B\*\*\* Baugesellschaft mbH, (Anm.: Teilnahmeantragstellerin), vertreten durch Z\*\*\*, RechtsanwaltsGmbH, vom 20. Dezember 2005, "das Bundesvergabeamt wolle den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin (Anm.: A\*\*\*AG), zurück-, in eventu abweisen", abgewiesen. Im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 162, Absatz 2, Bundesvergabegesetz 2002 (BVerG), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 99 aus 2002,, betreffend das Vergabeverfahren "Generalsanierung der Hallenvorfelder samt Betankungsflächen und Entwässerung; Objekt A-3425 Langenlebar, Fliegerhorst Brumowski", des Auftraggebers Republik Österreich (Bund), vertreten durch den Bundesminister für Landesverteidigung, Rossauer Lände 1, 1090

Wien, wird der Antrag der B\*\*\* Baugesellschaft mbH, Anmerkung, Teilnahmeantragstellerin), vertreten durch Z\*\*\*, RechtsanwaltsGmbH, vom 20. Dezember 2005, "das Bundesvergabeamt wolle den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin Anmerkung, A\*\*\*AG), zurück-, in eventu abweisen", abgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 162 Abs. 2 iVm 163 Abs. 1, 52 Abs. 5, 91 Abs. 2 Z 2 und 98 Z 8 BVergG  
Rechtsgrundlage: Paragraphen 162, Absatz 2, in Verbindung mit 163 Absatz eins, 52, Absatz 5, 91, Absatz 2, Ziffer 2 und 98 Ziffer 8, BVergG

VI.römisch sechs.

Im Nachprüfungsverfahren gemäß § 162 Abs. 2 Bundesvergabegesetz 2002 (BVergG), BGBl I Nr. 99/2002, betreffend das Vergabeverfahren "Generalsanierung der Hallenvorfelder samt Betankungsflächen und Entwässerung; Objekt A-3425 Langenlebarn, Fliegerhorst Brumowski", des Auftraggebers Republik Österreich (Bund), vertreten durch den Bundesminister für Landesverteidigung, Rossauer Lände 1, 1090 Wien, wird der Antrag der B\*\*\* Baugesellschaft mbH, (Anm.: Teilnahmeantragstellerin), vertreten durch Z\*\*\* RechtsanwaltsGmbH, vom 20. Dezember 2005, "das Bundesvergabeamt wolle der Antragstellerin (Anm.: A\*\*\* AG) den Ersatz der Pauschalgebühren in Höhe von EUR 2.500.-- binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution auferlegen", abgewiesen. Im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 162, Absatz 2, Bundesvergabegesetz 2002 (BVergG), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 99 aus 2002,, betreffend das Vergabeverfahren "Generalsanierung der Hallenvorfelder samt Betankungsflächen und Entwässerung; Objekt A-3425 Langenlebarn, Fliegerhorst Brumowski", des Auftraggebers Republik Österreich (Bund), vertreten durch den Bundesminister für Landesverteidigung, Rossauer Lände 1, 1090 Wien, wird der Antrag der B\*\*\* Baugesellschaft mbH, Anmerkung, Teilnahmeantragstellerin), vertreten durch Z\*\*\* RechtsanwaltsGmbH, vom 20. Dezember 2005, "das Bundesvergabeamt wolle der Antragstellerin Anmerkung, A\*\*\* AG) den Ersatz der Pauschalgebühren in Höhe von EUR 2.500.-- binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution auferlegen", abgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 177 Abs. 5 BVergG und § 74 Abs. 2 AVGR  
Rechtsgrundlage: Paragraph 177, Absatz 5, BVergG und Paragraph 74, Absatz 2, AVG

#### BEGRÜNDUNG

Die A\*\*\* Aktiengesellschaft, p.a. Niederlassung Krems, Hafenstraße 64, 3500 Krems, vertreten durch X\*\*\* Rechtsanwälte GmbH (i.d.F. Antragstellerin), beantragte mit Schriftsatz vom 12. Dezember 2005 die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung und den Ersatz der Pauschalgebühren. Diese Anträge wurden mit einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung verbunden. Die A\*\*\* Aktiengesellschaft, p.a. Niederlassung Krems, Hafenstraße 64, 3500 Krems, vertreten durch X\*\*\* Rechtsanwälte GmbH in der Fassung Antragstellerin), beantragte mit Schriftsatz vom 12. Dezember 2005 die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung und den Ersatz der Pauschalgebühren. Diese Anträge wurden mit einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung verbunden.

Die Antragstellerin brachte im Wesentlichen vor, dass es sich bei der ausgeschriebenen Leistung um einen Bauauftrag im Oberschwellenbereich handle, der in einem offenen Verfahren vergeben werden solle. Auftraggeber sei die Republik Österreich, vertreten durch den Bundesminister für Landesverteidigung, dieser vertreten durch die Heeresgebäudeverwaltung Langenlebarn.

Die Antragstellerin habe zeitgerecht ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt. Ihr Interesse am Vertragsabschluss sei daher evident. Mit Schreiben vom 30. November 2005 habe der Auftraggeber bekannt gegeben, dass der Zuschlag der B\*\*\* GmbH, erteilt werden solle.

Diese Zuschlagsentscheidung verletze die Antragstellerin in ihrem Recht darauf, dass nicht geeignete Bieter ausgeschieden würden, im Recht auf Ausscheiden solcher Angebote, in denen die wesentlichen Teilleistungen, welche die Bieter an Subunternehmer weiter zu geben beabsichtigen, sowie die dafür vorgesehenen Subunternehmer nicht benannt seien, im Recht auf Ausscheiden von Angeboten, welche eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufweisen würden, im Recht auf Durchführung des Vergabeverfahrens gemäß den Bestimmungen des BVergG und insgesamt im Recht auf Einhaltung des Vergaberechtsregimes.

Das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Angebot der B\*\*\* GmbH wäre auszuschneiden gewesen, da diese nach den Recherchen der Antragstellerin über keine geeigneten Referenzprojekte verfüge. Dies entspreche auch dem Branchenwissen. Das einzige Mal, dass die präsuntive Zuschlagsempfängerin eine Betondecke in vergleichbarem Umfang hergestellt habe, sei eine Betondecke am Flughafen Wien/Schwechat gewesen. Diese sei jedoch bis zum

heutigen Tag noch "nicht abgenommen" worden, sodass die gemäß Ausschreibung geforderte "Durchführung mit Erfolg" bis dato nicht gegeben sei. Betreffend die Herstellung von Asphaltdecken habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin nur Bauvorhaben in der Größenordnung von maximal 15.000 bis 20.000 m<sup>2</sup> ausgeführt. Dies sei aber im Umfang mit dem gegenständlichen Auftrag (Anm.: 64.000 m<sup>2</sup>) nicht vergleichbar. Es kämen nur solche Referenzen in Betracht, die sowohl die Herstellung einer Betondecke als auch die Herstellung einer Asphaltdecke in ähnlichem Umfang umfassen würden. Der Auftraggeber hätte das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gemäß § 98 Z 8 BVergG ausscheiden müssen, da die geforderten 5 Referenzprojekte nicht erbracht worden seien. Das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Angebot der B\*\*\* GmbH wäre auszuschneiden gewesen, da diese nach den Recherchen der Antragstellerin über keine geeigneten Referenzprojekte verfüge. Dies entspreche auch dem Branchenwissen. Das einzige Mal, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin eine Betondecke in vergleichbarem Umfang hergestellt habe, sei eine Betondecke am Flughafen Wien/Schwechat gewesen. Diese sei jedoch bis zum heutigen Tag noch "nicht abgenommen" worden, sodass die gemäß Ausschreibung geforderte "Durchführung mit Erfolg" bis dato nicht gegeben sei. Betreffend die Herstellung von Asphaltdecken habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin nur Bauvorhaben in der Größenordnung von maximal 15.000 bis 20.000 m<sup>2</sup> ausgeführt. Dies sei aber im Umfang mit dem gegenständlichen Auftrag (Anmerkung, 64.000 m<sup>2</sup>) nicht vergleichbar. Es kämen nur solche Referenzen in Betracht, die sowohl die Herstellung einer Betondecke als auch die Herstellung einer Asphaltdecke in ähnlichem Umfang umfassen würden. Der Auftraggeber hätte das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gemäß Paragraph 98, Ziffer 8, BVergG ausscheiden müssen, da die geforderten 5 Referenzprojekte nicht erbracht worden seien.

Weiters habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin die an Subunternehmer zu vergebenden Leistungsteile sowie die Subunternehmer nicht genannt. Die B\*\*\* könne die Betondecke im Ausmaß von 10.000 m<sup>2</sup> nicht selbst ausführen, da sie weder über den dafür erforderlichen Betondeckenfertiger noch über das notwendige qualifizierte Personal verfüge. Dennoch habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin für diese Leistung keinen Subunternehmer namhaft gemacht. Auch die Teile, die durch Subunternehmer erbracht würden, seien nicht angegeben worden. In der Folge habe naturgemäß auch die Eignung der Subunternehmer nicht geprüft werden können. Gemäß den Ausschreibungsunterlagen seien die Bieter zur unaufgeforderten Bekanntgabe von Subunternehmen gehalten. Gemäß Punkt 1.2.1. der Ausschreibungsunterlagen seien Angebote auszuschneiden, wenn die dem Angebot beizulegenden Unterlagen fehlen würden. Ein Subunternehmer müsse spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung namentlich feststehen. Da für die Herstellung der Betondecke nicht spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung ein Subunternehmen namhaft gemacht worden sei, weise das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin einen nicht behebbaren Mangel auf. Der Auftraggeber wäre verpflichtet gewesen, dieses Angebot auszuschneiden.

Weiters wurde vorgebracht, dass in der Ausschreibung ausdrücklich die Herstellung einer zementstabilisierenden Tragschicht im Zentralmischverfahren gefordert gewesen sei. Die Antragstellerin gehe davon aus, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin das (kostengünstigere) Baumischverfahren in dieser Position kalkuliert und angeboten habe. Falls dies den Tatsachen entspreche, sei das Angebot als den Ausschreibungsbestimmungen widersprechend, auszuschneiden. Falls hingegen doch das Zentralmischverfahren angeboten worden sei, liege eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises in Form eines Unterpreises in dieser Position vor. Auch in diesem Fall wäre das Angebot auszuschneiden gewesen. Bei rechtsrichtiger Vorgangsweise hätte das Angebot der Antragstellerin - welches derzeit an 4. Stelle gereiht sei - als Bestangebot ermittelt werden müssen.

Festzuhalten sei weiters, dass auch das Angebot des zweitgereihten Bieters, der C\*\*\* GmbH, auszuschneiden sei. Auch diese verfüge nicht über einen Betondeckenfertiger samt qualifiziertem Personal und habe ebenfalls keine entsprechenden Subunternehmer namhaft gemacht. Schließlich sei auch das Angebot der drittgereihten Bietergemeinschaft D\*\*\*- E\*\*\*, als spekulatives Angebot auszuschneiden. Diese Bietergemeinschaft habe das Baumischverfahren an Stelle des vorgeschriebenen Zentralmischverfahrens kalkuliert und angeboten.

Im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt am 30.1.2006 ergänzte die Antragstellerin, dass die Referenz "Flughafen Wien/Schwechat" der B\*\*\* GmbH auch deshalb nicht gewertet werden könne, weil die Betondecke von einem Subauftragnehmer, nämlich von der Fa. F\*\*\* aus Deutschland, hergestellt worden sei. Auch die Herstellung der Asphaltdecke sei an einen Subauftragnehmer, die Firmen D\*\*\* und E\*\*\*, vergeben worden. Es seien also die maßgeblichen Teile des Auftrages an Subunternehmer vergeben worden. Das vorgelegte Protokoll betreffend die Referenz 3 der B\*\*\* sei ein Protokoll über die Teilabnahme und keine Fertigstellungsmeldung. Außerdem betreffe

es offensichtlich nur Asphaltierungsmaßnahmen und keine Betonierarbeiten. Die zweite Seite zu dieser Urkunde enthalte bloß einen Auszug aus dem Baubesprechungsprotokoll, woraus aber ein erfolgreicher Abschluss des Referenzprojektes - wie in der Ausschreibung gefordert - nicht abgeleitet werden könne. Auch Mengenangaben seien daraus nicht ersichtlich. Auch aus der vorgelegten Urkunde zur Referenz 2 gehe keine Größenordnung in m<sup>2</sup> hervor und lasse sich auch keine erfolgreiche Durchführung der Arbeiten ableiten. Auch betreffend der Urkunde zur Referenz 1 handle es sich nur um einen Ausschnitt aus dem Baubesprechungsprotokoll. Die Übernahme und damit der erfolgreiche Abschluss dieser Referenz können daraus ebenfalls nicht abgeleitet werden. Im Übrigen beziehe sich auch diese Urkunde nur auf Asphaltierungsarbeiten, Mengenangaben seien auch hier nicht ersichtlich. Somit sei auch diese Referenz nicht geeignet, die Vorgaben in Pkt. 1.2.1 der Ausschreibungsunterlagen zu erfüllen.

Weiters erklärte die Antragstellerin, dass die geforderte Eignung zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vollständig erfüllt sein müsse, was bei ihrem Angebot auch der Fall gewesen sei. Es sei ausreichend, wenn die Nachweise im Nachhinein über Aufforderung des Auftraggebers vorgelegt würden.

Weiters wurde ausgeführt, dass die Antragstellerin hinsichtlich der Betonarbeiten im Rahmen der "Österreichischen Betondecken ARGE" über drei Betondeckenfertiger verfügen könne. An dieser ARGE sei sie im Ausmaß von 30 - 50% (je nach Zeitpunkt) beteiligt. Die weiteren Mitglieder dieser ARGE, die eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts sei, seien die G\*\*\* und die H\*\*\* GmbH. Aus der Rechtsnatur einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts ergebe sich, dass die Antragstellerin über die Betondeckenfertiger verfügungsberechtigt sei. Es handle sich hierbei nicht um ein Subauftragsverhältnis; aus diesem Grund sei es auch nicht erforderlich gewesen, im Angebot einen Subunternehmer anzugeben. Zum Zeitpunkt der Angebotslegung habe die Antragstellerin jedenfalls über eine verbindliche Verfügungsberechtigung hinsichtlich der Betondeckenfertiger verfügt. Eine entsprechende Urkunde darüber sei aber mit dem Angebot nicht vorgelegt worden. Es gebe aber eine Bestätigung des technischen Geschäftsführers der ARGE vom 24.1.2006, dass deren Ressourcen den ARGE-Mitgliedern jederzeit zur Verfügung stünden. Dieses wurde nicht mit dem Angebot abgegeben. Dieses Recht habe jedenfalls bereits am 8.11.2005 bestanden. Die ARGE sei vom Auftragsvolumen und vom Zeitpunkt des Auftrages informiert gewesen. Schließlich habe es auch für die interne Verrechnung ein schriftliches Angebot der Österr. Betondecken ARGE an die Antragstellerin gegeben. Auch dieses Schriftstück sei nicht mit dem Angebot vorgelegt worden. Nicht ausgeschlossen werden könne, dass es zu zeitlichen Überschneidungen kommen könnte.

Die Antragstellerin erklärte weiters, dass sich aus der Bestimmung im Leistungsverzeichnis HG OG LG PosNr. 00 00.1113C "Technische Ausstattung", nicht zwingend ableiten lasse, dass Bieter auszuschneiden seien, wenn sie zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe die Erklärungen hinsichtlich der Verfügungsberechtigung über die Geräte und Maschinen nicht abgegeben hätten. Eine solche Auslegung dieser Bestimmung wäre für die Bieter unzumutbar und jedenfalls nicht aus dem objektiven Erklärungswert ablesbar. Wenn überhaupt, handle es sich um einen behebbaren Mangel. Es sei so, dass auch die D\*\*\* (Anm.: drittgereicht) hinsichtlich des Betondeckenfertigers nicht alleine verfügungsberechtigt sei. Der Betondeckenfertiger sei ebenfalls nur im Rahmen einer ARGE, nämlich der ARGE D\*\*\*/J\*\*\*, verfügbar. Keiner der Bieter habe eine verbindliche Zusage über die Verfügbarkeit eines Betondeckenfertigers zum Zeitpunkt der ausgeschriebenen Arbeiten vorgelegt. Daher wäre die Ausschreibung zwingend zu widerrufen. Die Antragstellerin erachte sich somit im Recht auf Widerruf der Ausschreibung verletzt und habe in diesem Falle jedenfalls Parteistellung.

Auch sei es in wesentlichen Positionen nicht zu einer vertieften Angebotsprüfung gekommen. Das Angebot der B\*\*\* GmbH wäre aufgrund mangelnder Referenzen auszuschneiden gewesen. Die Zuschlagsentscheidung sei nichtig zu erklären.

In einer Stellungnahme der Antragstellerin vom 6.2.2006 wurde zu den Zeugenaussagen der Vertreter der J\*\*\* (siehe hiezu weiter unten) vorgebracht, dass die Aussage des DI K\*\*\*, dass der Einsatz des Zentralmischverfahrens nicht zwingend teurer sei als das Baumischverfahren, jedem Fachwissen und jeder Erfahrung im Bauwesen widerspreche. Wenn man davon ausgehe, dass die Preisdifferenz in den Pos. 010513i und j bis zu 45% betrage und weiters, dass die C\*\*\* in einem Alternativangebot das Baumischverfahren um ca. 250.000 Euro billiger angeboten hätten als das Zentralmischverfahren, sei die Aussage des Zeugen DI L\*\*\*, dass sich daraus weder eine Unterpreisigkeit noch ein spekulativer Gesamtpreis ableiten ließen, unverständlich.

Die Aussagen der beiden Zeugen in Bezug auf die Referenzen der B\*\*\* würden die Behauptungen der Antragstellerin

bestätigen. Die Fertigung der Betondecke am Flughafen Wien/Schwechat sei als Subauftrag an die Firma F\*\*\* vergeben worden. Da B\*\*\* in ihrem Angebot keine Subunternehmer angegeben habe und auch keine Bestätigung dafür, dass sie für die Ausführung des Auftrages auf die technischen/personellen Ressourcen der Firma F\*\*\* greifen könne, sei die Referenz der Herstellung der Betondecke am Flughafen Wien/Schwechat nicht verwertbar. Die J\*\*\* sei bei der Bewertung der Referenzen im Widerspruch zur Bestimmung des Pkt. 1.2.1 der Ausschreibung vorgegangen. DI L\*\*\* habe nämlich erklärt, dass für die Referenz nicht so sehr gezählt habe, ob der Unternehmer selbst betoniert bzw. asphaltiert habe, sondern ob er die technische Leitung erfolgreich durchgeführt habe. Da die B\*\*\* GmbH offensichtlich keine einzige Referenz vorweisen könne, bei der sie selbst eine Betondecke hergestellt habe und da sie sich auf die Referenz der Firma F\*\*\* nicht berufen könne, sei ihr Angebot auszuschneiden. Es widerspräche jeder Logik, wenn ein Unternehmer, der sich ausdrücklich verpflichtet hätte, selbst eine Betondecke herzustellen, schon deshalb über die erforderliche technische Erfahrung verfügen würde, weil er einmal eine dritte Firma, über deren Ressourcen er nicht verfüge, mit der Herstellung einer Betondecke beauftragt habe.

Wenn DI K\*\*\* angebe, dass Pkt. 1.2.1 der Ausschreibung so zu verstehen sei, dass eine Referenz entweder die Betondecken- oder die Asphaltdeckenherstellung zu beinhalten habe, so finde dies im objektiven Erklärungswert dieser Bestimmung keine Deckung. Für die Herstellung von Betondecken seien eigene Maschinen, eigenes Personal und eigenes Know-how erforderlich. Es sei daher davon auszugehen, dass der Verfasser der Ausschreibung für die Herstellung von Beton- und Asphaltdecken zwingend Referenzen für Beton- und Asphaltdecken verlangt habe.

Beim ersten Auftrag des Projekts "Flughafen Wien/Schwechat", der Vorfelderweiterung West Phase 3, sei eine Betondecke von ca. 8.000 m<sup>2</sup> zu errichten gewesen. Diese sei von der Firma F\*\*\* als Subauftragnehmer der ARGE B\*\*\*/M\*\*\* errichtet worden. Weiters sei eine Asphaltdecke von ca. 21.000 m<sup>2</sup> zu errichten gewesen, die von den Firmen N\*\*\*, E\*\*\* sowie D\*\*\* als Subunternehmer geliefert und hergestellt worden seien. Beim zweiten Auftrag, Kollektor Nordost, seien bloß ca. 4.500 m<sup>2</sup> zu asphaltieren gewesen. Diese Asphaltarbeiten habe die E\*\*\* als Subauftragnehmer der B\*\*\* GmbH ausgeführt. Dieser Auftrag habe jedenfalls keine Betondecke umfasst. Der dritte Auftrag habe eine Asphaltdecke von ca. 100.000 m<sup>2</sup> umfasst. Davon habe die E\*\*\* als Subunternehmer der B\*\*\* GmbH bisher ca. 50.000 m<sup>2</sup> hergestellt. Dieses Gewerk sei also noch nicht fertig, eine Abnahme noch nicht erfolgt. Auch dieser Auftrag habe keine Betondecke umfasst. Die Ausführungen des DI L\*\*\*, wonach diese Leistungen zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung des gegenständlichen Verfahrens bereits abgenommen worden seien, stünden im Widerspruch zu den Ausschreibungsunterlagen für die Aufträge "Flughafen Wien/Schwechat". Es sei nämlich eine Gesamtabnahme vorgeschrieben gewesen.

Im Rahmen der drei oben genannten Aufträge seien am Flughafen Wien/Schwechat also in Summe ca. 8.000 m<sup>2</sup> Betondecke und ca. 75.000 m<sup>2</sup> Asphaltdecke hergestellt worden. Dies jeweils von Subunternehmen der B\*\*\* und nicht von dieser selbst. Die Anforderungen, die der Auftraggeber selbst in der Ausschreibung an die technische Leistungsfähigkeit gestellt habe, gingen zu mindest quantitativ weit über den Umfang hinaus, den die Arbeiten am Flughafen Wien/Schwechat erfordert hätten.

In einer Stellungnahme vom 15. Dezember 2005 hat der Auftraggeber mitgeteilt, dass der gegenständliche Auftrag von der Republik Österreich, vertreten durch den Bundesminister für Landesverteidigung ausgeschrieben worden sei. Vergebende Stelle sei die Heeresbauverwaltung Ost, eine nachgeordnete Dienststelle des BMLV. Der geschätzte Auftragswert betrage Euro 7.096.381.-- netto. Das Vorhaben sei Teil eines größeren Gesamtvorhabens; der Auftragswert sämtlicher Lose belaufe sich auf geschätzte Euro 7.308.333,34 netto. Die Zuschlagsentscheidung sei allen Bietern nachweislich per Telefax am 30. November 2005 bekannt gegeben worden. Das Verfahren sei nicht widerrufen, der Zuschlag noch nicht erteilt worden.

In einer weiteren Stellungnahme vom 16. Dezember 2005 hat der Auftraggeber in der Sache ausgeführt, dass sich die Antragstellerin in ihrem Antrag auf Informationen von Angeboten der anderen Bieter beziehe. Weder der Auftraggeber noch die vergebende Stelle hätten diese Informationen veröffentlicht noch der Antragstellerin übermittelt. Die Antragstellerin sei möglicher Weise zu Unrecht in den Besitz dieser Informationen gelangt. Sie müsse im Ermittlungsverfahren darlegen, woher diese detaillierten Informationen stammten.

Nach Öffnung der Angebote am 8. November 2005 seien diese zur Prüfung an die J\*\*\* Ziviltechniker GmbH übergeben worden. Die Angebotsprüfung habe ergeben, dass die B\*\*\* GmbH Billigstbieterin sei und für die Durchführung der ausgeschriebenen Leistungen vorgeschlagen werde. Aufgrund dieser Empfehlung des Prüfers habe der Auftraggeber

die Zuschlagsentscheidung, lautend auf das Angebot der B\*\*\* GmbH, getroffen. Sämtliche Bieter seien am 30. November 2005 per Telefax von der Zuschlagsentscheidung verständigt worden.

Zum Vorbringen des Ausscheidens der B\*\*\* GmbH:

Das gesamte diesbezügliche Vorbringen der Antragstellerin bestehe nur aus Behauptungen, welche nicht den Tatsachen entsprächen. Wie sich aus dem Prüfbericht des Ziviltechnikerbüros J\*\*\* eindeutig ergebe, verfüge die B\*\*\* GmbH sehr wohl über die gemäß der Ausschreibung geforderten Referenzen.

Wenn die Antragstellerin weiters vorbringe, dass die B\*\*\* GmbH nicht über einen Betondeckenfertiger verfüge und daher hierfür Subunternehmer benennen hätte müssen, sei dem entgegen zu halten, dass sich aus deren Angebot entnehmen lasse, dass sie den benötigten Betondeckenfertiger anmieten werde. Dies sei branchenüblich und handle es sich hierbei nicht um einen Subunternehmer, sondern um einen Zulieferer. Baumaschinen- und Geräteverleiher seien in der Regel keine Subunternehmer und seien diese daher im Angebot nicht bekannt zu geben.

Nicht nachvollziehbar sei auch die Behauptung der Antragstellerin, dass die B\*\*\* GmbH ein - den Ausschreibungsbedingungen widersprechendes - Betonmischverfahren angeboten habe. Dies werde lediglich aus dem Angebotspreis des Angebotes der B\*\*\* GmbH geschlossen. Ein möglicherweise gegebener Unterpreis sei jedenfalls nicht dermaßen hoch, dass dadurch ein spekulatives Angebot gelegt worden sei. Da es sich um ein Billigstbieterverfahren handle, sei nur das billigste Angebot, jenes der B\*\*\* GmbH, auf seine Vollständigkeit und Richtigkeit geprüft worden. Das unabhängige Prüfungsbüro habe bescheinigt, dass die B\*\*\* GmbH ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt habe. Eine vertiefende Prüfung der anderen Angebote sei nicht durchgeführt worden. Sollte es zutreffen, dass die Antragstellerin unrechtmäßig an die sehr detaillierten Informationen betreffend die Angebote von Mitbieterinnen gekommen sei, wäre ihr Angebot gemäß § 98 Z 9 BVergG auszuscheiden. Damit würde der Antragstellerin die Antragslegitimation verloren gehen. Es werde daher beantragt, das Bundesvergabeamt möge feststellen, dass das Angebot der Antragstellerin gemäß § 98 Z 8 BVergG auszuscheiden gewesen wäre. Im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt hat der Auftraggeber ergänzend vorgebracht, dass es sich bei der J\*\*\* um einen unabhängigen Sachverständigen handle, dessen Beauftragung ausgeschrieben worden sei. Die J\*\*\* sei auch bei der Ausschreibung Flughafen Wien/Schwechat Generalplaner gewesen. Dies sei dem Auftraggeber bekannt gewesen. J\*\*\* habe für und mit dem Auftraggeber die Ausschreibung erstellt, die entsprechenden Planungen durchgeführt und die vertiefte Prüfung des Billigstangebotes durchgeführt. Nicht nachvollziehbar sei auch die Behauptung der Antragstellerin, dass die B\*\*\* GmbH ein - den Ausschreibungsbedingungen widersprechendes - Betonmischverfahren angeboten habe. Dies werde lediglich aus dem Angebotspreis des Angebotes der B\*\*\* GmbH geschlossen. Ein möglicherweise gegebener Unterpreis sei jedenfalls nicht dermaßen hoch, dass dadurch ein spekulatives Angebot gelegt worden sei. Da es sich um ein Billigstbieterverfahren handle, sei nur das billigste Angebot, jenes der B\*\*\* GmbH, auf seine Vollständigkeit und Richtigkeit geprüft worden. Das unabhängige Prüfungsbüro habe bescheinigt, dass die B\*\*\* GmbH ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt habe. Eine vertiefende Prüfung der anderen Angebote sei nicht durchgeführt worden. Sollte es zutreffen, dass die Antragstellerin unrechtmäßig an die sehr detaillierten Informationen betreffend die Angebote von Mitbieterinnen gekommen sei, wäre ihr Angebot gemäß Paragraph 98, Ziffer 9, BVergG auszuscheiden. Damit würde der Antragstellerin die Antragslegitimation verloren gehen. Es werde daher beantragt, das Bundesvergabeamt möge feststellen, dass das Angebot der Antragstellerin gemäß Paragraph 98, Ziffer 8, BVergG auszuscheiden gewesen wäre. Im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt hat der Auftraggeber ergänzend vorgebracht, dass es sich bei der J\*\*\* um einen unabhängigen Sachverständigen handle, dessen Beauftragung ausgeschrieben worden sei. Die J\*\*\* sei auch bei der Ausschreibung Flughafen Wien/Schwechat Generalplaner gewesen. Dies sei dem Auftraggeber bekannt gewesen. J\*\*\* habe für und mit dem Auftraggeber die Ausschreibung erstellt, die entsprechenden Planungen durchgeführt und die vertiefte Prüfung des Billigstangebotes durchgeführt.

Zum Leistungsverzeichnis, Pkt. 1.2.1, sei festzuhalten, dass diese Bestimmung so zu verstehen sei, dass Referenzen entweder für Betondecken oder für Asphaltdecken vorgelegt werden müssten. Nicht jedoch sei diese Bestimmung so zu verstehen, dass eine Referenz sowohl Betondecken als auch Asphaltdecken umfassen müsse. Auch die A\*\*\* scheine bei den von ihr vorgelegten Referenzprojekten nie als alleiniger Auftragnehmer auf, sondern habe lediglich als Teil einer ARGE fungiert. Sie habe auch keine einzige Referenz betreffend der alleinigen Herstellung einer Betondecke vorgelegt; hinsichtlich der alleinigen Herstellung einer Asphaltdecke habe die A\*\*\* nur vier Referenzen vorgelegt. Auch

habe sie bei keinem ihrer Referenzprojekte eine erfolgreiche Abnahme nachgewiesen. Schon aus diesem Grund wäre deren Angebot auszuschneiden.

Weiters wäre das Angebot der A\*\*\* auch auszuschneiden gewesen, da diese zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung nicht über eine schriftliche verbindliche Verfügungsberechtigung hinsichtlich eines Betondeckenfertigers verfügt habe.

Auch das Angebot der zweitgereihten C\*\*\* wäre auszuschneiden gewesen, da auch diese zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung keine schriftliche verbindliche Zusage der Österr. Betondecken ARGE (hinsichtlich des Zurverfügungstehens eines Betondeckenfertigers) gehabt habe. Die Ausscheidenssanktion ergebe sich aus LV PosNr. 00 00.1113 C. Auch ihr würde es daher an der Antragslegitimation fehlen. Richtig sei hingegen, dass seitens J\*\*\* keine Aufklärung betreffend die Positionen 01 05 1310I und j (Anm.: Zentralmischverfahren bzw. Baumischverfahren) verlangt worden sei. Eine Aufklärung iSd § 93 Abs. 5 BVergG müsse aber nur dann erfolgen, wenn in den Angeboten Mängel festgestellt würden. Auch das Angebot der zweitgereihten C\*\*\* wäre auszuschneiden gewesen, da auch diese zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung keine schriftliche verbindliche Zusage der Österr. Betondecken ARGE (hinsichtlich des Zurverfügungstehens eines Betondeckenfertigers) gehabt habe. Die Ausscheidenssanktion ergebe sich aus LV PosNr. 00 00.1113 C. Auch ihr würde es daher an der Antragslegitimation fehlen. Richtig sei hingegen, dass seitens J\*\*\* keine Aufklärung betreffend die Positionen 01 05 1310I und j Anmerkung, Zentralmischverfahren bzw. Baumischverfahren) verlangt worden sei. Eine Aufklärung iSd Paragraph 93, Absatz 5, BVergG müsse aber nur dann erfolgen, wenn in den Angeboten Mängel festgestellt würden.

Im Übrigen würden die Ausführungen des Auftraggebers zum Nachprüfungsverfahren der A\*\*\* auch zum Vorbringen im Nachprüfungsverfahren der C\*\*\* erhoben.

Mit Schriftsatz vom 20.12.2005 hat die B\*\*\* GmbH, vertreten durch Z\*\*\* RAe GmbH, einen Antrag auf Teilnahme am Nachprüfungsverfahren eingebracht. Sie führte hiezu im Wesentlichen aus, dass sie frist- und formgerecht ein Angebot mit einem Nettoangebotspreis von Euro 7,096.381,53 gelegt habe. Die Angebotseröffnung am 8.11.2005 habe ergeben, dass ihr Angebot das preislich günstigste Angebot sei. Die Antragstellerin (Anm.: die A\*\*\*) sei mit einem Angebotspreis von netto Euro 7,700.077,25 an vierter Stelle gereiht gewesen. Preislich vor dem Angebot der A\*\*\* würden die Angebote der C\*\*\* (Hauptangebot und eine Alternative) und der Bietergemeinschaft D\*\*\*/E\*\*\* rangieren. Mit Schriftsatz vom 20.12.2005 hat die B\*\*\* GmbH, vertreten durch Z\*\*\* RAe GmbH, einen Antrag auf Teilnahme am Nachprüfungsverfahren eingebracht. Sie führte hiezu im Wesentlichen aus, dass sie frist- und formgerecht ein Angebot mit einem Nettoangebotspreis von Euro 7,096.381,53 gelegt habe. Die Angebotseröffnung am 8.11.2005 habe ergeben, dass ihr Angebot das preislich günstigste Angebot sei. Die Antragstellerin Anmerkung, die A\*\*\*) sei mit einem Angebotspreis von netto Euro 7,700.077,25 an vierter Stelle gereiht gewesen. Preislich vor dem Angebot der A\*\*\* würden die Angebote der C\*\*\* (Hauptangebot und eine Alternative) und der Bietergemeinschaft D\*\*\*/E\*\*\* rangieren.

Mit Schreiben vom 30.11.2005 sei ihr (Anm.: B\*\*\* GmbH) die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten ihres Angebots übermittelt worden. Ihr Interesse am Vertragsabschluss sei evident. Im Falle der Stattgabe des Nachprüfungsantrages würde die Teilnahmeantragstellerin in ihrem Recht auf Zuschlagserteilung, allenfalls in ihrem Recht auf Nichtausscheidung ihres Angebotes verletzt. Weiters erachte sie sich in ihrem Recht auf Ausscheidung des Angebots des Mitbewerbers A\*\*\* verletzt. Mit Schreiben vom 30.11.2005 sei ihr Anmerkung, B\*\*\* GmbH) die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten ihres Angebots übermittelt worden. Ihr Interesse am Vertragsabschluss sei evident. Im Falle der Stattgabe des Nachprüfungsantrages würde die Teilnahmeantragstellerin in ihrem Recht auf Zuschlagserteilung, allenfalls in ihrem Recht auf Nichtausscheidung ihres Angebotes verletzt. Weiters erachte sie sich in ihrem Recht auf Ausscheidung des Angebots des Mitbewerbers A\*\*\* verletzt.

Weiters brachte die B\*\*\* vor, dass die von der Antragstellerin geltend gemachten Rechtswidrigkeiten nicht vorlägen. Auch fehle der Antragstellerin die Antragslegitimation, da sie als viertgereichte keinesfalls "zum Zug kommen könne". Dass der zweitgereichte Bieter bzw. die drittgereichte Bietergemeinschaft ausgeschieden würden oder auszuschneiden seien, werde ausdrücklich bestritten. Wenn die A\*\*\* geltend mache, dass die Teilnahmeantragstellerin keine geeigneten Referenzen vorweisen könne, so sei dies unzutreffend. Die B\*\*\* GmbH führe ca. 300.000 m<sup>2</sup> Asphaltflächen pro Jahr aus und habe auch die entsprechenden Referenzen vorgelegt. An Betondecken habe sie

zuletzt die Betondecke für den Flughafen Wien/Schwechat ausgeführt. Dabei habe es sich um einen Auftrag mit einem unvergleichlich höheren Schwierigkeitsgrad als beim gegenständlichen Auftrag gehandelt. Die Abnahme dieser Leistung sei am 30.9.2005 um 15.00 Uhr erfolgt.

Weiters sei anzumerken, dass in der Ausschreibung nicht verlangt gewesen sei, dass in einem Projekt eine Asphaltdecke und eine Betondecke gefertigt hätten werden müssen. Beim Referenzprojekt 2 (Anm.: Flughafen Wien/Schwechat) sei sogar - was nicht einmal verlangt gewesen sei - der Nachweis über die Errichtung von Beton- und Asphaltdecken in einem Projekt erbracht worden. Die technische Leistungsfähigkeit der Teilnahmeantragstellerin stehe jedenfalls zweifelsfrei fest. Weiters sei anzumerken, dass in der Ausschreibung nicht verlangt gewesen sei, dass in einem Projekt eine Asphaltdecke und eine Betondecke gefertigt hätten werden müssen. Beim Referenzprojekt 2 (Anmerkung, Flughafen Wien/Schwechat) sei sogar - was nicht einmal verlangt gewesen sei - der Nachweis über die Errichtung von Beton- und Asphaltdecken in einem Projekt erbracht worden. Die technische Leistungsfähigkeit der Teilnahmeantragstellerin stehe jedenfalls zweifelsfrei fest.

Wenn die Antragstellerin vorbringe, dass B\*\*\* GmbH bezüglich des Betondeckenfertigers keine Subunternehmer genannt habe und auch nicht die Teile, die durch Subunternehmer erbracht würden, angegeben habe, so handle es sich hiebei über ein Wissen, das der Geheimhaltung unterliege. Dies lasse nur den Schluss zu, dass die Antragstellerin sich unlauterer Methoden zur Erlangung eines ungerechtfertigten Wettbewerbsvorteiles bediene, sodass deren Antragslegitimation nicht mehr gegeben sei. Weiters sei hiezu anzumerken, dass die B\*\*\* GmbH die diesbezügliche Leistung selbst und in eigener Verantwortung ausführen werde, sodass die Benennung eines Subunternehmers hiefür nicht erforderlich sei. Ihr stünde ein entsprechender Betondeckenfertiger und qualifiziertes Personal zur Verfügung. Darüber hinaus habe sie im Bereich des Flughafenbaus innerhalb der letzten zwei Jahre Tiefbauarbeiten im Umfang von Euro 17,9 Mio. ausgeführt.

Die Teilnahmeantragstellerin habe eine ausschreibungskonforme Durchführung der Arbeiten angeboten. Der angebotene Preis sei ausreichend und kostendeckend kalkuliert. Die Ausführung werde - entgegen den Behauptungen der Antragstellerin - nach dem in der Ausschreibung geforderten Zentralmischverfahren erfolgen. In einer Stellungnahme vom 23.12.2005 hat die B\*\*\* GmbH weiters vorgebracht, dass die C\*\*\* statt eines Nachprüfungsantrages (Anm.: GZ 15N-129/05) einen Teilnahmeantrag (Anm.: zu GZ 15N-128/05) hätten stellen müssen. Es handle sich um dasselbe Vergabeverfahren, zu dem die A\*\*\* bereits einen Nachprüfungsantrag gestellt habe. Da ein weiterer Nachprüfungsantrag aber nach der Judikatur unzulässig sei, sei der Antrag der C\*\*\* zurückzuweisen. Die Teilnahmeantragstellerin habe eine ausschreibungskonforme Durchführung der Arbeiten angeboten. Der angebotene Preis sei ausreichend und kostendeckend kalkuliert. Die Ausführung werde - entgegen den Behauptungen der Antragstellerin - nach dem in der Ausschreibung geforderten Zentralmischverfahren erfolgen. In einer Stellungnahme vom 23.12.2005 hat die B\*\*\* GmbH weiters vorgebracht, dass die C\*\*\* statt eines Nachprüfungsantrages (Anmerkung, GZ 15N-129/05) einen Teilnahmeantrag (Anmerkung, zu GZ 15N-128/05) hätten stellen müssen. Es handle sich um dasselbe Vergabeverfahren, zu dem die A\*\*\* bereits einen Nachprüfungsantrag gestellt habe. Da ein weiterer Nachprüfungsantrag aber nach der Judikatur unzulässig sei, sei der Antrag der C\*\*\* zurückzuweisen.

Weiters sei festzuhalten, dass gemäß Ausschreibung, Punkt 1.2.11., Alternativangebote ausgeschlossen seien. Das von der C\*\*\* gelegte Alternativangebot sei daher auszuschneiden und komme ihr hinsichtlich dieses Angebotes somit keinesfalls eine Antragslegitimation zu. Zum angeblich unplausiblen Gesamtpreis ihres Angebotes hat die B\*\*\* vorgebracht, dass dieses Vorbringen lediglich auf Vermutungen basiere und unrichtig sei. Die Tatsache, dass der Angebotspreis der C\*\*\* um 7,39% höher sei, stelle für sich alleine keinen Grund dar, die Preisangemessenheit in Frage zu stellen. Diese Preisdifferenz sei nicht ungewöhnlich. Nur wenn der Angebotspreis im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrig erscheine müsse, der Auftraggeber Aufklärung über die entsprechenden Positionen verlangen und gegebenenfalls vertieft prüfen. Nach der Literatur bestehe eine Pflicht zur Prüfung der Preisplausibilität erst ab einer Differenz von mehr als 10%. Ein Vergleich mit den Preisen der Konkurrenzangebote sei unzulässig. Die B\*\*\* habe deshalb einen günstigen Preis anbieten können, da sie über eine schlanke Kostenstruktur verfüge; auch sei es irrelevant, ob der Angebotspreis einen positiven Deckungsbeitrag liefere oder nicht. Der angebotene Preis sei ausreichend und kostendeckend kalkuliert. Alle direkt zuordenbaren Kosten seien im Preis aller wesentlichen Positionen enthalten.

Entgegen den Behauptungen der C\*\*\* habe die B\*\*\* das geforderte Zentralmischverfahren und nicht das

Baumischverfahren angeboten und kalkuliert. Es sei vielmehr so, dass die C\*\*\* die Kalkulation ihres Angebotspreises nicht ordnungsgemäß durchgeführt habe. Deren Angebot wäre daher gemäß § 98 Z 3 BVergG auszuschneiden gewesen und komme ihr somit keine Antragslegitimation zu. Entgegen den Behauptungen der C\*\*\* habe die B\*\*\* das geforderte Zentralmischverfahren und nicht das Baumischverfahren angeboten und kalkuliert. Es sei vielmehr so, dass die C\*\*\* die Kalkulation ihres Angebotspreises nicht ordnungsgemäß durchgeführt habe. Deren Angebot wäre daher gemäß Paragraph 98, Ziffer 3, BVergG auszuschneiden gewesen und komme ihr somit keine Antragslegitimation zu.

Im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt am 30.1.2006 führte die B\*\*\* GmbH weiter aus, dass die Referenzen der Aufträge "Flughafen Wien/Schwechat" anerkannt werden müssten, da sie trotz der Subvergaben wesentliche Teile der Leistung selbst erbracht habe. Aus der vorgelegten Referenz 1, Flughafen Wien/Schwechat, ergebe sich klar, dass mit 24.3.2004 der erste Teilabschnitt fertig gestellt und abgenommen worden sei. Am 24.5.2005 sei der zweite Teilabschnitt fertig gestellt und abgenommen worden. Die Gesamtfläche - betreffend Asphaltdecken - habe 64.565 m<sup>2</sup> betragen. Jeder der drei vorgelegten Referenzen zum Flughafen Wien/Schwechat liege eine eigene Zuschlagsentscheidung zugrunde; es habe sich also um drei gesonderte Aufträge gehandelt. Alle diese Aufträge seien bereits abgeschlossen, die Rollfelder in Betrieb genommen und die Leistungen auch bereits abgerechnet. Die tatsächliche Inbetriebnahme der Flächen sei als "Abnahme" und als erfolgreiche Durchführung anzusehen.

Da J\*\*\* selbst beim Projekt Flughafen Wien/Schwechat tätig gewesen sei und daher die erfolgreiche Durchführung der Arbeiten durch die B\*\*\* kenne, sei eine vertiefte Prüfung des Angebotes der B\*\*\* nicht notwendig gewesen.

Hinsichtlich des Betondeckenfertigers brachte die B\*\*\* vor, dass sie diesbezüglich eine Kooperationsvereinbarung mit einem Bauunternehmen (mit Sitz in der EU, aber nicht in Österreich) habe. Dieses habe ihr die Vermietung des Betondeckenfertigers für das gegenständliche Bauvorhaben ausdrücklich zugesagt. Dieses Schreiben sei dem Angebot jedoch nicht beigelegt gewesen. Bei der Behauptung der C\*\*\*, dass auch die (Anm.: drittgereichte) Bietergemeinschaft D\*\*\*/E\*\*\* nicht unmittelbar über einen Betondeckenfertiger verfügen könne, handle es sich um eine reine Spekulation. Diese Bietergemeinschaft erfülle die Ausschreibungsbestimmungen und wäre daher auch nicht auszuschneiden. Zusammenfassend führte B\*\*\* aus, dass der Nachprüfungsantrag der C\*\*\* zurückzuweisen sei, weil sie keinen Nachweis über die Verfügbarkeit eines Betondeckenfertigers vorgelegt habe. Auch der Antrag der A\*\*\* sei zurückzuweisen, weil diese preislich an aussichtsloser Stelle liege und kein Grund hervorgekommen sei, warum das Angebot der BG D\*\*\* AG/E\*\*\* ausgeschieden hätte werden müssen. Zu den Referenzen habe das Verfahren ergeben, dass nicht jede Referenz Beton- und Asphaltdecken umfassen müsse, sondern dass nur insgesamt beide Bereiche abgedeckt werden müssten. Ein Grund für die wesentlich günstigeren Preise der B\*\*\* betreffend die Pos. 0105 1310 I und j (Zentralmischverfahren) sei, dass sie über eine Betonmischanlage in nur 5km Entfernung zur gegenständlichen Baustelle verfüge. Hinsichtlich des Betondeckenfertigers brachte die B\*\*\* vor, dass sie diesbezüglich eine Kooperationsvereinbarung mit einem Bauunternehmen (mit Sitz in der EU, aber nicht in Österreich) habe. Dieses habe ihr die Vermietung des Betondeckenfertigers für das gegenständliche Bauvorhaben ausdrücklich zugesagt. Dieses Schreiben sei dem Angebot jedoch nicht beigelegt gewesen. Bei der Behauptung der C\*\*\*, dass auch die Anmerkung, drittgereichte) Bietergemeinschaft D\*\*\*/E\*\*\* nicht unmittelbar über einen Betondeckenfertiger verfügen könne, handle es sich um eine reine Spekulation. Diese Bietergemeinschaft erfülle die Ausschreibungsbestimmungen und wäre daher auch nicht auszuschneiden. Zusammenfassend führte B\*\*\* aus, dass der Nachprüfungsantrag der C\*\*\* zurückzuweisen sei, weil sie keinen Nachweis über die Verfügbarkeit eines Betondeckenfertigers vorgelegt habe. Auch der Antrag der A\*\*\* sei zurückzuweisen, weil diese preislich an aussichtsloser Stelle liege und kein Grund hervorgekommen sei, warum das Angebot der BG D\*\*\* AG/E\*\*\* ausgeschieden hätte werden müssen. Zu den Referenzen habe das Verfahren ergeben, dass nicht jede Referenz Beton- und Asphaltdecken umfassen müsse, sondern dass nur insgesamt beide Bereiche abgedeckt werden müssten. Ein Grund für die wesentlich günstigeren Preise der B\*\*\* betreffend die Pos. 0105 1310 römisch eins und j (Zentralmischverfahren) sei, dass sie über eine Betonmischanlage in nur 5km Entfernung zur gegenständlichen Baustelle verfüge.

Mit Schriftsatz vom 14. Dezember 2005, eingelangt beim Bundesvergabeamt am 16. Dezember 2005, hat die C\*\*\* GmbH, vertreten durch RA Y\*\*\*, einen Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 30.11.2005 betreffend die Generalsanierung der Hallenvorfelder des Objektes A-3425 Langenlebar, Fliegerhorst Brumowski, und der damit verbundenen Entscheidung, das Angebot der erstgereichten B\*\*\* GmbH nicht auszuschneiden, eingebracht. Auch ein Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühr wurde gestellt. Sie brachte hiezu im Wesentlichen vor, dass sie durch

die angefochtene Entscheidung in ihrem Recht auf Zuschlagsentscheidung und Zuschlagserteilung zugunsten ihres Angebotes, im Recht auf Ausscheidung des Mitbewerbers wegen mangelnder Leistungsfähigkeit, ausschreibungswidrigen Angebots und/oder Preisunangemessenheit, im Recht auf Beachtung der Ausschreibungsunterlagen, im Recht auf korrekte Bestbieterermittlung und im Recht auf Beachtung des Grundsatzes des fairen und lauten Wettbewerbs und der Gleichbehandlung, verletzt sei.

Die C\*\*\* GmbH habe fristgerecht ein ausschreibungskonformes Hauptangebot mit einem Nettoangebotspreis in Höhe von Euro 7.621.058,55 gelegt. Daneben sei als technische Alternative die Errichtung der Tragschicht im Baumischverfahren angeboten worden; der Angebotspreis dieser Alternative habe Euro 7.362.181,67 betragen.

Am 30.11.2005 sei die Zuschlagsentscheidung, lautend auf das Angebot der B\*\*\* GmbH, bekannt gegeben worden. In Folge der Bekanntgabe der Gründe für die Zuschlagsentscheidung habe die C\*\*\* eigene Recherchen betrieben. Aufgrund dieser Recherchen sei sie zu folgenden Feststellungen gelangt:

Die B\*\*\* GmbH sei kein spezialisiertes Tiefbauunternehmen. Gefordert worden seien einschlägige Referenzen im Bereich "Asphaltierung und Betonierung". Über Referenzen der geforderten Größenordnung im Bereich Asphaltierung und Betonierung verfüge die B\*\*\* jedoch nicht. Diese seien nur beim Bau des höherrangigen Straßennetzes erreichbar, welche jedoch bisher von der B\*\*\* GmbH nicht durchgeführt worden seien. Wegen der fehlenden Leistungsfähigkeit wäre deren Angebot daher auszuschneiden und der C\*\*\* der Zuschlag zu erteilen gewesen. Insbesondere im Bereich der Herstellung der Betondecken verfüge die B\*\*\* GmbH nicht über die geforderten Referenzen. Ein einziges vergleichbares Referenzprojekt, der Flughafen Wien/Schwechat, sei bis zum heutigen Tag noch "nicht abgenommen" worden. Dieses Projekt könne daher nicht als Referenz dienen. Die bisher von B\*\*\* durchgeführten Bauvorhaben seien dem Umfang nach nicht mit dem gegenständlichen Vorhaben vergleichbar. Es sei also davon auszugehen, dass die B\*\*\* GmbH nicht über geeignete Referenzprojekte verfüge.

Weiters wurde vorgebracht, dass das Angebot der B\*\*\* GmbH um 7,39% billiger sei als das Hauptangebot der C\*\*\*. Der preisliche Abstand zwischen dem (zweitgereihten) Angebot und dem letztgereihten Angebot betrage hingegen nur 4,95%. Im Hinblick darauf, dass die C\*\*\* äußerst knapp kalkuliert habe und mit allen übrigen Mitbewerbern (Anmerkung außer jenem der B\*\*\* GmbH) in einem engen Preisband liege, während die präsumtive Zuschlagsempfängerin ein erheblich billigeres Angebot gelegt habe, sei deren Angebot unplausibel/unangemessen niedrig und daher nach § 98 Z 3 BVergG auszuschneiden. Auch ein Vergleich der Preise mit Erfahrungswert in vergleichbaren Projekten und den Marktverhältnissen zeige, dass die B\*\*\* GmbH ein Angebot gelegt habe, das nicht geeignet sei, alle Kosten abzudecken. Der Angebotspreis der B\*\*\* GmbH lasse sich nicht einmal durch einen Deckungsbeitrag in Höhe von "0" rechtfertigen. Die Auftraggeberin wäre verpflichtet gewesen, die Angemessenheit der Preise der B\*\*\* GmbH zu prüfen; und zwar auch vertieft zu den einzelnen Leistungspositionen und im Vergleich zu den jeweiligen Angebotspreisen der Mitbewerber. Eine vertiefte Angebotsprüfung zu den wesentlichen Positionen hätte der Auftraggeberin zeigen müssen, dass das Angebot der B\*\*\* GmbH nicht nur in punkto Gesamtpreis unangemessen niedrig und spekulativ, sondern auch in zahlreichen wesentlichen Positionen unangemessen niedrig sei. Die erhebliche Differenz lasse sich wohl damit begründen, dass die B\*\*\* GmbH offenbar nicht das Zentralmischverfahren, sondern das Baumischverfahren angeboten habe. Allein in dieser Position sei eine Preisdifferenz von 3,64% möglich. Ein Vergleich in der Leistungsposition 01 05.13 mit den von der C\*\*\* angebotenen Preisen könne zeigen, ob die B\*\*\* GmbH ein Zentralmischverfahren angeboten habe oder nicht. Diese Leistungsposition sei als wesentliche Leistungsposition gekennzeichnet. Wenn der Preis der B\*\*\* GmbH in dieser Position vom Positionspreis im Amtsentwurf der Antragstellerin erheblich abweiche, wäre deren Angebot wegen eines unangemessenen Preises in einer wesentlichen Preisposition auszuschneiden. Weiters wurde vorgebracht, dass das Angebot der B\*\*\* GmbH um 7,39% billiger sei als das Hauptangebot der C\*\*\*. Der preisliche Abstand zwischen dem (zweitgereihten) Angebot und dem letztgereihten Angebot betrage hingegen nur 4,95%. Im Hinblick darauf, dass die C\*\*\* äußerst knapp kalkuliert habe und mit allen übrigen Mitbewerbern (Anmerkung außer jenem der B\*\*\* GmbH) in einem engen Preisband liege, während die präsumtive Zuschlagsempfängerin ein erheblich billigeres Angebot gelegt habe, sei deren Angebot unplausibel/unangemessen niedrig und daher nach Paragraph 98, Ziffer 3, BVergG auszuschneiden. Auch ein Vergleich der Preise mit Erfahrungswert in vergleichbaren Projekten und den Marktverhältnissen zeige, dass die B\*\*\* GmbH ein Angebot gelegt habe, das nicht geeignet sei, alle Kosten abzudecken. Der Angebotspreis der B\*\*\* GmbH lasse sich nicht einmal durch einen Deckungsbeitrag in Höhe von "0" rechtfertigen. Die Auftraggeberin wäre verpflichtet gewesen, die Angemessenheit der Preise der B\*\*\* GmbH zu prüfen;

und zwar auch vertieft zu den einzelnen Leistungspositionen und im Vergleich zu den jeweiligen Angebotspreisen der Mitbewerber. Eine vertiefte Angebotsprüfung zu den wesentlichen Positionen hätte der Auftraggeberin zeigen müssen, dass das Angebot der B\*\*\* GmbH nicht nur in punkto Gesamtpreis unangemessen niedrig und spekulativ, sondern auch in zahlreichen wesentlichen Positionen unangemessen niedrig sei. Die erhebliche Differenz lasse sich wohl damit begründen, dass die B\*\*\* GmbH offenbar nicht das Zentralmischverfahren, sondern das Baumischverfahren angeboten habe. Allein in dieser Position sei eine Preisdifferenz von 3,64% möglich. Ein Vergleich in der Leistungsposition 01 05.13 mit den von der C\*\*\* angebotenen Preisen könne zeigen, ob die B\*\*\* GmbH ein Zentralmischverfahren angeboten habe oder nicht. Diese Leistungsposition sei als wesentliche Leistungsposition gekennzeichnet. Wenn der Preis der B\*\*\* GmbH in dieser Position vom Positionspreis im Amtsentwurf der Antragstellerin erheblich abweiche, wäre deren Angebot wegen eines unangemessenen Preises in einer wesentlichen Preisposition auszuschneiden.

Das Angebot der B\*\*\* GmbH sei also wegen offenkundig unangemessenem Gesamtpreis gemäß § 98 Z 3 BVergG und einem mutmaßlich unangemessenen Preis in der Leistungsposition 01 05.13 gemäß § 98 Z 3 BVergG sowie wegen Widerspruch zu den Ausschreibungsunterlagen gemäß § 98 Z 8 BVergG auszuschneiden. Dadurch, dass die B\*\*\* GmbH mit größter Wahrscheinlichkeit nicht das ausgeschriebene Zentralmischverfahren angeboten habe, habe es unzulässigerweise einen wesentlichen Kalkulationsvorteil erzielt. Alternativangebote seien ausgeschlossen gewesen. Nach Ausscheiden des Angebots der B\*\*\* GmbH wäre unserem Hauptangebot der Zuschlag zu erteilen. In einer Replik der C\*\*\* vom 9.1.2006 auf die Stellungnahme der B\*\*\* vom 23.12.2005, wurde zur Rechtsfrage der Zulässigkeit zweier Nachprüfungsverfahren hinsichtlich derselben Zuschlagsentscheidung vorgebracht, dass es rechtlich sehr wohl möglich sei, zwei separate Nachprüfungsanträge zu stellen; der zeitlich zweite Nachprüfungswerber sei nicht bloß auf einen Teilnahmeantrag verwiesen. Es sei unzumutbar, das rechtliche Schicksal eines Antrages auf Nichtigklärung an die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags eines Mitbewerbers zu binden. Die Antragstellerin wollte einen eigenständigen - vom rechtlichen Schicksal des Nichtigklärungsantrages des Mitbieters losgelösten - Antrag auf Nichtigklärung stellen. Der Antrag sei von ihr auch entsprechend (Anm.: EUR 5.000.--) vergebührt worden. Im Sinne der Verfahrensökonomie könne das Bundesvergabeamt die zwei Nachprüfungsverfahren gemäß § 39 Abs 2 AVG verbinden. Die Antragstellerin halte ihre Anträge vom 14.12.2005 aufrecht und ergänze diese - falls zwei Nachprüfungsverfahren ob ein und derselben Zuschlagsentscheidung entgegen ihrer Ansicht unzulässig sein sollten - um einen Teilnahmeantrag. Das Angebot der B\*\*\* GmbH sei also wegen offenkundig unangemessenem Gesamtpreis gemäß Paragraph 98, Ziffer 3, BVergG und einem mutmaßlich unangemessenen Preis in der Leistungsposition 01 05.13 gemäß Paragraph 98, Ziffer 3, BVergG sowie wegen Widerspruch zu den Ausschreibungsunterlagen gemäß Paragraph 98, Ziffer 8, BVergG auszuschneiden. Dadurch, dass die B\*\*\* GmbH mit größter Wahrscheinlichkeit nicht das ausgeschriebene Zentralmischverfahren angeboten habe, habe es unzulässigerweise einen wesentlichen Kalkulationsvorteil erzielt. Alternativangebote seien ausgeschlossen gewesen. Nach Ausscheiden des Angebots der B\*\*\* GmbH wäre unserem Hauptangebot der Zuschlag zu erteilen. In einer Replik der C\*\*\* vom 9.1.2006 auf die Stellungnahme der B\*\*\* vom 23.12.2005, wurde zur Rechtsfrage der Zulässigkeit zweier Nachprüfungsverfahren hinsichtlich derselben Zuschlagsentscheidung vorgebracht, dass es rechtlich sehr wohl möglich sei, zwei separate Nachprüfungsanträge zu stellen; der zeitlich zweite Nachprüfungswerber sei nicht bloß auf einen Teilnahmeantrag verwiesen. Es sei unzumutbar, das rechtliche Schicksal eines Antrages auf Nichtigklärung an die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags eines Mitbewerbers zu binden. Die Antragstellerin wollte einen eigenständigen - vom rechtlichen Schicksal des Nichtigklärungsantrages des Mitbieters losgelösten - Antrag auf Nichtigklärung stellen. Der Antrag sei von ihr auch entsprechend Anmerkung, EUR 5.000.--) vergebührt worden. Im Sinne der Verfahrensökonomie könne das Bundesvergabeamt die zwei Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 39, Absatz 2, AVG verbinden. Die Antragstellerin halte ihre Anträge vom 14.12.2005 aufrecht und ergänze diese - falls zwei Nachprüfungsverfahren ob ein und derselben Zuschlagsentscheidung entgegen ihrer Ansicht unzulässig sein sollten - um einen Teilnahmeantrag.

Im Zuge der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt am 30.1.2006 hat die C\*\*\* darauf hingewiesen, dass die B\*\*\* GmbH betreffend Betondeckenfertigung keinen Subunternehmer angegeben habe. Ergänzt wurde, dass betreffend die Referenzen Flughafen Wien/Schwechat offenbar nur Asphaltierungsarbeiten geleistet worden seien. Bei den im Zuge der mündlichen Verhandlung von B\*\*\* zur Bescheinigung der Referenz vorgelegten "Urkunden" handle es sich nur um Bescheinigungen, dass die Arbeiten abgeschlossen seien. Diese würden jedoch nicht als Teil- oder Endabnahmen die erfolgreiche Projektdurchführung nachweisen. Der Auftraggeber wäre verpflichtet gewesen, die von

B\*\*\* mit dem Angebot vorgelegten Referenzen zu prüfen und sich Bestätigungen vorlegen zu lassen, wie das unter Pkt. 1.2.1 Leistungsverzeichnis vorgesehen sei. Schon dadurch, dass offenbar eine solche Aufforderung zur Aufklärung nicht erfolgte, sei die bekämpfte Zuschlagsentscheidung rechtswidrig.

Die C\*\*\* selbst habe im Angebot als Subunternehmer betreffend die Herstellung der Betondecke die R\*\*\*-ARGE (R\*\*\*) genannt. Aus der Tatsache, dass C\*\*\* als Subunternehmer zur Herstellung der Betondecke konkret angegeben hat "R\*\*\*-ARGE bzw. GLW" (Anm.: gleichwertig) sei nicht zu schließen, dass zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe keine schriftliche verbindliche Zusage eines Vermieters eines Betondeckenfertigers vorgelegen habe. Zum Zeitpunkt vor Angebotsabgabe habe zumindest die mündliche Zusage des technischen Geschäftsführers der R\*\*\*-ARGE bestanden, dass die R\*\*\*-ARGE für das gegenständliche Bauvorhaben den Betondeckenfertiger zu diesem Zeitpunkt zur Verfügung stelle. Dies betreffe auch das geschulte Personal. Die Formulierung "oder gleichwertig" bedeute, dass dem Auftraggeber eine Alternative angeboten worden sei, falls die R\*\*\*-ARGE vom Auftraggeber nicht akzeptiert worden wäre. Laut Ausschreibung sei nicht gefordert gewesen, dass zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe ein verbindlicher Nachweis betreffend des zur Verfügungstehens eines Betondeckenfertigers vorhanden sein müsse. Auf Aufforderung seitens des Auftraggebers hätte die C\*\*\* den Nachweis gerne vorgelegt. Die C\*\*\* selbst habe im Angebot als Subunternehmer betreffend die Herstellung der Betondecke die R\*\*\*-ARGE (R\*\*\*) genannt. Aus der Tatsache, dass C\*\*\* als Subunternehmer zur Herstellung der Betondecke konkret angegeben hat "R\*\*\*-ARGE bzw. GLW" (Anmerkung, gleichwertig) sei nicht zu schließen, dass zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe keine schriftliche verbindliche Zusage eines Vermieters eines Betondeckenfertigers vorgelegen habe. Zum Zeitpunkt vor Angebotsabgabe habe zumindest die mündliche Zusage des technischen Geschäftsführers der R\*\*\*-ARGE bestanden, dass die R\*\*\*-ARGE für das gegenständliche Bauvorhaben den Betondeckenfertiger zu diesem Zeitpunkt zur Verfügung stelle. Dies betreffe auch das geschulte Personal. Die Formulierung "oder gleichwertig" bedeute, dass dem Auftraggeber eine Alternative angeboten worden sei, falls die R\*\*\*-ARGE vom Auftraggeber nicht akzeptiert worden wäre. Laut Ausschreibung sei nicht gefordert gewesen, dass zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe ein verbindlicher Nachweis betreffend des zur Verfügungstehens eines Betondeckenfertigers vorhanden sein müsse. Auf Aufforderung seitens des Auftraggebers hätte die C\*\*\* den Nachweis gerne vorgelegt.

Aus den Ausschreibungsunterlagen ergebe sich ihrer Ansicht nach nicht, dass Bieter auszuscheiden seien, wenn sie die Erklärungen hinsichtlich der Verfügungsberechtigung über Geräte und Maschinen nicht mit dem Angebot abgegeben hätten. Es handle sich hierbei - wenn überhaupt - um einen behebbaren Mangel. In diesem Sinne habe der Auftraggeber das Angebot der C\*\*\* auch nicht ausgeschieden. Wollte man tatsächlich eine solch strenge Auslegung verfolgen, hätten sämtliche Angebote ausgeschieden werden müssen. Keiner der Bieter habe nämlich zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe eine derartige Erklärung abgegeben. In der Folge wäre die Ausschreibung zu widerrufen; in diesem Fall hätte die C\*\*\* auch die Antragslegitimation.

Abschließend wurde vorgebracht, dass das Nachprüfungsverfahren gezeigt habe, dass der Auftraggeber bzw. die J\*\*\* keine dem Bundesvergabegesetz entsprechende Angebotsprüfung durchgeführt habe. Insbesondere seien die Referenzen der B\*\*\* GmbH nicht geprüft worden und sei auch das Vorliegen einer schriftlichen Erklärung hinsichtlich des Zurverfügungstehens eines Betondeckenfertigers nicht geprüft bzw. eine solche nicht nachgefordert worden. Auch die Angebotspreise, insbesondere zu den Pos. 0105 1310, seien nicht kritisch hinterfragt worden. Die Zuschlagsentscheidung sei daher wegen der fehlerhaften Angebotsprüfung für nichtig zu erklären. Am 1.2.2006 wurden, außerhalb der mündlichen Verhandlung, Herr DI K\*\*\* und Herr DI L\*\*\*, beide J\*\*\* Ziviltechnikergesellschaft mbH, vom erkennenden Senat als Zeugen befragt.

DI K\*\*\* gab an, dass laut Ausschreibung ein Zentralmischverfahren anzubieten gewesen sei. In der Regel sei zwar das Zentralmischverfahren teurer als das Baumischverfahren, dies sei jedoch nicht zwingend so. Bei der Prüfung der K 7-Blätter der B\*\*\* GmbH sei kein Hinweis darauf gefunden wurde, dass diese an Stelle des geforderten Zentralmischverfahrens das Baumischverfahren angeboten und kalkuliert hätte. Dies wäre aus den K 7-Blättern ersichtlich gewesen, wo im Falle des Baumischverfahrens die hierfür erforderlichen Spezialgeräte (zB eine Zementfräse) angeführt hätten werden müssen. Eine Zentralmischanlage hätte im K 7-Blatt nicht eigens ausgepreist werden müssen. Aus dem angebotenen Preis in den Pos. 01 05,1310I bzw. 1310J sei nicht zwingend abzuleiten und zu ersehen, ob hier ein Baumischverfahren oder ein Zentralmischverfahren kalkuliert worden sei. Seiner Ansicht nach sei in sämtlichen Angeboten das geforderte Zentralmischverfahren angeboten worden.

DI L\*\*\* ergänzte, dass es kalkulatorisch keinen Sinn mache, bei den gegenständlich ausgeschriebenen Mengen des

Projektes Flughafen Langenlebarn, eine eigene Zentralmischanlage vor Ort zu errichten. Weiters erklärte DI L\*\*\*, dass sich aus der Preisdifferenz in den Positionen 1310I und 1310J nicht ableiten lasse, dass die B\*\*\* einen Unterpreis angeboten hätte. Die Schwankungsbreite, wie sie gegenständlich vorliege, komme im Tiefbau öfter vor. Die J\*\*\* habe diesbezüglich keine Aufklärung von den Bieterinnen verlangt. Auch ein spekulativer Gesamtpreis sei nicht erkennbar gewesen. Bei den gegenständlichen Positionen handle es sich um wesentliche Positionen und seien diese - (nur) beim Angebot der B\*\*\* GmbH - vertieft geprüft worden.

Laut Angaben des DI K\*\*\* sei die Ausschreibungsbestimmung, Pkt. 1.2.1., so zu verstehen, dass eine Referenz entweder die Betondeckenherstellung oder die Asphaltdeckenherstellung zu beinhalten habe. Es sei nicht so, dass eine Referenz sowohl Betondecken als auch Asphaltdeckenherstellung umfassen müsse. Dies sei auch vom Prüfer so verstanden worden und hätten diesbezüglich keine Anfragen von Bieterinnen vorgelegen. Es seien jedenfalls keine Referenzen als ungeeignet ausgeschieden worden. Die Arbeiten am Flughafen Wien/Schwechat seien zwar flächenmäßig etwas geringer als die gegenständlichen Arbeiten am Flughafen Langenlebarn gewesen, jedoch technisch und terminlich (Zeitdruck) anspruchsvoller. Die entsprechende Referenz der B\*\*\* habe der Prüfer aus seiner Arbeit am Flughafen Wien-Schwechat gekannt.

DI K\*\*\* bestätigte auch, dass die Herstellung der Betondecke am Flughafen Wien/Schwechat unter der Leitung der B\*\*\* GmbH mit einem angemieteten Betondeckenfertiger von der Fa. F\*\*\* durchgeführt worden sei. Er gehe davon aus, dass auch das Schlüsselpersonal von der Fa. F\*\*\* stamme. Die Referenz sei für jenes Unternehmen anerkannt worden, welches die technische Leitung des Projekts inne gehabt habe, nicht für jene, die die Arbeit als Subauftragnehmer tatsächlich durchgeführt habe. DI L\*\*\* ergänzte hiezu, dass für die Referenz nicht so sehr gezählt habe, ob der Unternehmer selbst betoniert bzw. asphaltiert habe, sondern ob er die technische Leitung erfolgreich durchgeführt habe. Zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung (Anm. 8.11.2005) sei die Leistung (Anm. Flughafen Schwechat) jedenfalls bereits abgenommen gewesen. Dies betreffe die gesamte Betondecke und den Großteil der Asphaltflächen. DI K\*\*\* und DI L\*\*\* erklärten über Befragen übereinstimmend, dass im Rahmen der Angebotsprüfung bei keinem der Angebote konkret geprüft worden sei, ob der benötigte Betondeckenfertiger zum Zeitpunkt der Leistungserbringung auch tatsächlich verfügbar sei. Eine schriftliche verbindliche Zusage eines Vermieters habe nicht vorgelegen; zumindest sei eine solche jedenfalls nicht mit den Angeboten abgegeben worden. Die tatsächliche Verfügbarkeit des Betondeckenfertigers im Zeitpunkt der Leistungserbringung sei nicht vertieft geprüft worden. Auch das Schreiben der O\*\*\* vom 3.11.2005 (Anm.: vorgelegt von B\*\*\* in der mündlichen Verhandlung) sei nach der Erinnerung des DI K\*\*\* dem Angebot der B\*\*\* nicht beigelegt. DI L\*\*\* ergänzte, dass der Tatsache, ob der benötigte Betondeckenfertiger tatsächlich verfügbar sei, wäre daher weniger Bedeutung beigemessen worden. DI K\*\*\* bestätigte auch, dass die Herstellung der Betondecke am Flughafen Wien/Schwechat unter der Leitung der B\*\*\* GmbH mit einem angemieteten Betondeckenfertiger von der Fa. F\*\*\* durchgeführt worden sei. Er gehe davon aus, dass auch das Schlüsselpersonal von der Fa. F\*\*\* stamme. Die Referenz sei für jenes Unternehmen anerkannt worden, welches die technische Leitung des Projekts inne gehabt habe, nicht für jene, die die Arbeit als Subauftragnehmer tatsächlich durchgeführt habe. DI L\*\*\* ergänzte hiezu, dass für die Referenz nicht so sehr gezählt habe, ob der Unternehmer selbst betoniert bzw. asphaltiert habe, sondern ob er die technische Leitung erfolgreich durchgeführt habe. Zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung Anmerkung 8.11.2005) sei die Leistung Anmerkung Flughafen Schwechat) jedenfalls bereits abgenommen gewesen. Dies betreffe die gesamte Betondecke und den Großteil der Asphaltflächen. DI K\*\*\* und DI L\*\*\* erklärten über Befragen übereinstimmend, dass im Rahmen der Angebotsprüfung bei keinem der Angebote konkret geprüft worden sei, ob der benötigte Betondeckenfertiger zum Zeitpunkt der Leistungserbringung auch tatsächlich verfügbar sei. Eine schriftliche verbindliche Zusage eines Vermieters habe nicht vorgelegen; zumindest sei eine solche jedenfalls nicht mit den Angeboten abgegeben worden. Die tatsächliche Verfügbarkeit des Betondeckenfertigers im Zeitpunkt der Leistungserbringung sei nicht vertieft geprüft worden. Auch das Schreiben der O\*\*\* vom 3.11.2005 Anmerkung, vorgelegt von B\*\*\* in der mündlichen Verhandlung) sei nach der Erinnerung des DI K\*\*\* dem Angebot der B\*\*\* nicht beigelegt. DI L\*\*\* ergänzte, dass der Tatsache, ob der benötigte Betondeckenfertiger tatsächlich verfügbar sei, wäre daher weniger Bedeutung beigemessen worden.

Aufgrund der Vorbringen der A\*\*\* AG, der C\*\*\* GmbH, der B\*\*\* GmbH, des Auftraggebers, der vorgelegten Unterlagen des Vergabeverfahrens, den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung und der Zeugeneinvernahme der Vertreter der J\*\*\*, wurde folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt festgestellt:

Die Republik Österreich (Bund), vertreten durch den Bundesminister für Landesverteidigung, hat betreffend die

Generalunternehmerleistungen Generalsanierung der Hallenvorfelder samt Betankungsflächen und Entwässerung am 20.5.2005 zu L218938 eine Vorinformation veröffentlicht. Die Vergabebekanntmachung des Auftrags erfolgte zu L253705 am 15.10.2005. Vergebende Stelle ist die Heeresgebäudeverwaltung Langenlebarn. Diese hat sich bei der Erstellung der Ausschreibungsunterlagen und der Angebotsprüfung der J\*\*\* Ziviltechnikergesellschaft mbH bedient.

Es handelt sich um ein offenes Verfahren betreffend einen Bauauftrag im Oberschwellenbereich. Der geschätzte Auftragswert des nachprüfungsgegenständlichen Vorhabens beträgt Euro 7.096.381.-- netto. Gegenstand des Auftrags sind der Neubau bzw. die Erneuerung von Vorfeld- und Rollwegflächen am Fliegerhorst Brumowski in Langenlebarn.

Einziges Zuschlagskriterium ist der niedrigste Preis (Punkt 1.2.2. der Vorbemerkungen). Alternativangebote sind daher nicht zugelassen. Schlusstermin für den Eingang der Angebote war der 8. November 2005, am selben Tag hat auch die Angebotsöffnung stattgefunden. Es sind insgesamt 6 Angebote eingelangt. Auf Basis der Angebotssummen hat sich (ohne Alternative der C\*\*\*) nachstehende Reihung ergeben:

1. 1)Ziffer eins  
B\*\*\* GmbH: Euro 7.096.381,53
2. 2)Ziffer 2  
C\*\*\* (Hauptangebot): Euro 7.621.058,55
3. 3)Ziffer 3  
BG D\*\*\*/E\*\*\*: Euro 7.680.091,84
4. 4)Ziffer 4  
A\*\*\* AG: Euro 7.700.077,25
5. 5)Ziffer 5  
BG G\*\*\*/P\*\*\*: Euro 7.928.672,78
6. 6)Ziffer 6  
H\*\*\*: Euro 7.971.801,72

Die Alternative der C\*\*\* wurde ausgeschieden. Sämtliche verbliebene Angebote waren laut Niederschrift über die Angebotsprüfung ordnungsgemäß unterfertigt und rechnerisch richtig. Es wurde in der Folge nur das Angebot der B\*\*\* als das preislich günstigste Angebot weiter geprüft und einer vollständigen vertieften Angebotsprüfung unterzogen. Die Leistungsfähigkeit wurde (Anm.: nach den Angaben des Prüfers) erbracht. Nach Angaben des Prüfers wurden die K 7-Blätter darauf geprüft, ob alle direkt zuordenbaren Kosten enthalten sind. Auch die Preise der wesentlichen Positionen sind (angeblich) mit dem Kostenanschlag des Generalplaners verglichen und auf Auffälligkeiten überprüft worden (vgl. Prüfbericht Seite 7, Punkt 6.2). Die B\*\*\* hat demnach einen um 19,4% günstigeren Preis angeboten als prognostiziert. Dies resultiert aus niedrigeren Kosten u.a. in der Pos. 01 05 13.10j (Zementstabilisierende Tragschicht). Bei der Überprüfung konnten laut Prüfer keine Hinweise auf Spekulationen oder Bieterabsprachen gefunden werden (siehe Prüfungsprotokoll Seite 9, Punkt 7). Ein Reihungssturz sei nicht zu erwarten.

Die Alternative der C\*\*\* wurde ausgeschieden. Sämtliche verbliebene Angebote waren laut Niederschrift über die Angebotsprüfung ordnungsgemäß unterfertigt und rechnerisch richtig. Es wurde in der Folge nur das Angebot der B\*\*\* als das preislich günstigste Angebot weiter geprüft und einer vollständigen vertieften Angebotsprüfung unterzogen. Die Leistungsfähigkeit wurde Anmerkung, nach den Angaben des Prüfers) erbracht. Nach Angaben des Prüfers wurden die K 7-Blätter darauf geprüft, ob alle direkt zuordenbaren Kosten enthalten sind. Auch die Preise der wesentlichen Positionen sind (angeblich) mit dem Kostenanschlag des Generalplaners verglichen und auf Auffälligkeiten überprüft worden vergleiche Prüfbericht Seite 7, Punkt 6.2). Die B\*\*\* hat demnach einen um 19,4% günstigeren Preis angeboten als prognostiziert. Dies resultiert aus niedrigeren Kosten u.a. in der Pos. 01 05 13.10j (Zementstabilisierende Tragschicht). Bei der Überprüfung konnten laut Prüfer keine Hinweise auf Spekulationen oder Bieterabsprachen gefunden werden (siehe Prüfungsprotokoll Seite 9, Punkt 7). Ein Reihungssturz sei nicht zu erwarten.

Relevante Ausschreibungsbestimmungen:

Subunternehmerbekanntgabe:

Punkt 15.7. des Angebotsschreibens lautet: "Bekanntgabe, bestimmte Teile der Leistung durch Subunternehmer iSd § 70 BVergG ausführen zu lassen, samt Subunternehmerverzeichnis inkl. deren Leistungsnachweise". Punkt 15.7. des Angebotsschreibens lautet: "Bekanntgabe, bestimmte Teile der Leistung durch Subunternehmer iSd Paragraph 70, BVergG ausführen zu lassen, samt Subunternehmerverzeichnis inkl. deren Leistungsnachweise".

Die A\*\*\* (viertgeriht) hat in ihrem Angebotsschreiben den Punkt

15.7. gestrichen. Damit hat sie zum Ausdruck gebracht, die ausgeschriebenen Leistungen selbst erbringen zu wollen und zu können.

Die C\*\*\* (zweitgereiht) hat in ihrem Angebotsschreiben in Punkt

15.7. die Zahl 1 eingetragen und damit bekannt gegeben, dass sie sich bei der Leistungserbringung eines Subunternehmers bedienen werde. Laut der beiliegenden Subunternehmerliste vom 7.11.2005 beabsichtigte sie jedoch 3 Leistungsteile durch Subunternehmer ausführen zu lassen, u.z. Elektroarbeiten: Fa. Elektro Qu\*\*\* oder Glw., Betondecke: Fa. R\*\*\* oder Glw., Markierung: Fa. S\*\*\* oder Glw (Anm.: gemeint: oder gleichwertige). 15.7. die Zahl 1 eingetragen und damit bekannt gegeben, dass sie sich bei der Leistungserbringung eines Subunternehmers bedienen werde. Laut der beiliegenden Subunternehmerliste vom 7.11.2005 beabsichtigte sie jedoch 3 Leistungsteile durch Subunternehmer ausführen zu lassen, u.z. Elektroarbeiten: Fa. Elektro Qu\*\*\* oder Glw., Betondecke: Fa. R\*\*\* oder Glw., Markierung: Fa. S\*\*\* oder Glw Anmerkung, gemeint: oder gleichwertige).

Die BG D\*\*\*/E\*\*\* (drittgereiht) hat in ihrem Angebotsschreiben in Punkt 15.7. die Zahl 1 eingetragen und damit bekannt gegeben, dass sich bei der Leistungserbringung eines Subunternehmers bedienen werde. Es handelt sich hierbei um Elektroarbeiten, für die die Fa. Qu\*\*\* Elektroinstallationsgesellschaft mbH vorgesehen war. Die B\*\*\* (erstgereiht) hat in ihrem Angebotsschreiben in Punkt 15.7. die Zahl 3 eingetragen und damit bekannt gegeben, dass sich bei der Leistungserbringung dreier Subunternehmer bedienen wolle. Laut Subunternehmerliste hat sie jedoch 5 Leistungsteile angegeben, die sie nicht selbst zu Erbringen beabsichtigt. Dies sind: Kampfmittel, Fugenverguß und Bohrungen, Geometer, Materialprüfungen und Kamerabefahrung.

Die Bietergemeinschaft G\*\*\*/P\*\*\* (fünftgereiht) hat in ihrem Angebotsschreiben in Punkt 15.7. die Zahl 5 eingetragen und damit bekannt gegeben, dass sich bei der Leistungserbringung fünf Subunternehmern bedienen werde. In der Subunternehmerliste finden sich jedoch nur 2 Teilbereiche, die subvergeben werden sollen:

Markierungen und Elektroinstallationsarbeiten.

Die H\*\*\* (sechsgereiht) hat in ihrem Angebotsschreiben in Punkt

15.7. die Zahl 1 eingetragen und damit bekannt gegeben, dass sich bei der Leistungserbringung eines Subunternehmers bedienen werde. Dies betraf laut Subunternehmerliste die Bereiche Elektroarbeiten und Markierungsarbeiten.

Es hat also nur die C\*\*\* in ihrem Angebot angegeben, dass sie sich zur Herstellung der Betondecke eines Subunternehmers bedienen werde. Die übrigen Bieter haben für den Leistungsteil "Herstellung der Betondecke" keinen Subunternehmer bekannt gegeben.

Referenzen:

Punkt 1.2.1. der Vorbemerkungen zur Ausschreibung lautet: Bei der Auftragsvergabe können nur solche Firmen berücksichtigt werden, welche gleichartige Arbeiten (Herstellung von Betondecken und Asphaltdecken inkl. Unterbau) ähnlichen Umfangs in den letzten 5 Jahren bereits mit Erfolg durchgeführt haben. Bieter, welche einen derartigen Nachweis nicht erbringen können, werden bei der Vergabe nicht berücksichtigt und ausgeschieden.

Die A\*\*\* hat eine Referenzliste mit 8 abgeschlossenen Referenzprojekten abgegeben. Bei 4 der vorgelegten Referenzprojekten war auch eine Betondecke zu errichten. Die Betondecken wurden jeweils von der R\*\*\* (Anm. R\*\*\*-ARGE) hergestellt. Die A\*\*\* hat die Arbeiten jeweils im Rahmen von ARGes durchgeführt. Nur 4 der genannten Referenzen wurden in den letzten 5 Jahren durchgeführt; eine davon wurde nicht positiv abgenommen. An Projekten in Durchführung wurden 7 Referenzen vorgelegt; bei einem dieser Projekte war eine Betondecke zu errichten. Diese Betondecke wurde von der R\*\*\* (Anm. R\*\*\*-ARGE) hergestellt. Inwiefern und in welchem Umfang sie selbst in den Referenzprojekten Betondecken bzw. Asphaltdecken errichtet hat, geht aus den Unterlagen nicht hervor. Die C\*\*\* hat eine Referenzliste betreffend Asphaltdecken (8 Referenzen) und betreffend Betondecken (2 Referenzen) vorgelegt. Sie betreffen alle die letzten 5 Jahre. Wer die Arbeiten konkret durchgeführt hat, ist daraus jedoch nicht ersichtlich. Die BG D\*\*\*/E\*\*\* hat eine Referenzliste betreffend Asphaltdecken (34 Referenzen) vorgelegt. 15 Projekte davon wurden im geforderten Zeitraum erbracht. Die errichteten Flächen in m<sup>2</sup> und wer die Arbeiten tatsächlich durchgeführt hat, geht daraus jedoch nicht hervor. Betreffend Betondecken wurden 19 Referenzen vorgelegt. 8 davon wurden im geforderten Zeitraum erbracht. Die errichteten Flächen in m<sup>2</sup> und wer die Arbeiten tatsächlich durchgeführt hat, geht daraus jedoch nicht hervor. Die von Pittl & Brauswetter vorgelegten Referenzen umfassten jedenfalls ausreichend

"Betondeckenherstellung". Die A\*\*\* hat eine Referenzliste mit 8 abgeschlossenen Referenzprojekten abgegeben. Bei 4 der vorgelegten Referenzprojekten war auch eine Betondecke zu errichten. Die Betondecken wurden jeweils von der R\*\*\* Anmerkung R\*\*\*-ARGE) hergestellt. Die A\*\*\* hat die Arbeiten jeweils im Rahmen von ARGes durchgeführt. Nur 4 der genannten Referenzen wurden in den letzten 5 Jahren durchgeführt; eine davon wurde nicht positiv abgenommen. An Projekten in Durchführung wurden 7 Referenzen vorgelegt; bei einem dieser Projekte war eine Betondecke zu errichten. Diese Betondecke wurde von der R\*\*\* (Anm. R\*\*\*-ARGE) hergestellt. Inwiefern und in welchem Umfang sie selbst in den Referenzprojekten Betondecken bzw. Asphaltdecken errichtet hat, geht aus den Unterlagen nicht hervor. Die C\*\*\* hat eine Referenzliste betreffend Asphaltdecken (8 Referenzen) und betreffend Betondecken (2 Referenzen) vorgelegt. Sie betreffen alle die letzten 5 Jahre. Wer die Arbeiten konkret durchgeführt hat, ist daraus jedoch nicht ersichtlich. Die BG D\*\*\*/E\*\*\* hat eine Referenzliste betreffend Asphaltdecken (34 Referenzen) vorgelegt. 15 Projekte davon wurden im geforderten Zeitraum erbracht. Die errichteten Flächen in m<sup>2</sup> und wer die Arbeiten tatsächlich durchgeführt hat, geht daraus jedoch nicht hervor. Betreffend Betondecken wurden 19 Referenzen vorgelegt. 8 davon wurden im geforderten Zeitraum erbracht. Die errichteten Flächen in m<sup>2</sup> und wer die Arbeiten tatsächlich durchgeführt hat, geht daraus jedoch nicht hervor. Die von Pittl & Brauswetter vorgelegten Referenzen umfassten jedenfalls ausreichend "Betondeckenherstellung".

Die B\*\*\* hat dem Angebot eine Referenzliste betreffend 3 Projekte des Flughafens Wien/Schwechat und 2 Straßenbauprojekten beigelegt. Der Durchführungszeitraum des Referenzprojektes 1 (Entwässerung Pistensystem 16/34 und Sanierung der Rollwege E+P) war mit 1.3.2004 bis Nov. 2005 angegeben. Gegenstand war u.a. Asphaltanierung von ca. 110.000 m<sup>2</sup>. Der Errichter geht daraus nicht hervor. Die Durchführung erfolgte laut Referenz nicht im Rahmen einer ARGE: Eine "Abnahme" der Leistung ist nicht vermerkt. Die Referenz 2 (Baumeisterarbeiten für die Errichtung der Vorfelderweiterung West Phase 3) hat einen Baubeginn mit 2.5.2005 und einen Fertigstellungstermin Dez. 05 angegeben. Es wurden, im Rahmen einer ARGE (80%), u.a. ca. 18.000 m<sup>2</sup> Betondecken und Asphaltarbeiten durchgeführt. Bei Referenz 3 (Neubau Kollektor Nord/Ost) waren ca.

2.200 m<sup>2</sup> Beton und ca. 8.000 m<sup>2</sup> Asphalt durchzuführen. Baubeginn war der 9.12.2004, als Fertigstellungstermin ist Nov. 05 genannt. Ob das Projekt im Rahmen einer ARGE durchgeführt und bereits abgenommen war, geht daraus nicht hervor.

Die Betondecke ist vom Subauftragnehmer, Fa. F\*\*\*, errichtet worden (vgl. hierzu die unwidersprochen gebliebenen Angaben der Antragstellerin und der als Zeugen einvernommenen Mitarbeiter der J\*\*\*); die Asphaltdecke wurde vom Subauftragnehmer BG D\*\*\*/E\*\*\* errichtet. Es sind also maßgebliche Leistungsteile nicht selbst erbracht worden. Trotzdem wurden die Referenzen "Flughafen Wien/Schwechat" vom Prüfbüro J\*\*\* als solche der Antragstellerin anerkannt. Dies auch deshalb, da die J\*\*\* die Antragstellerin von den Arbeiten am Flughafen Wien/Schwechat gekannt hat (Anm.: die J\*\*\* war dort Generalplaner). Die Referenz wurde für jenes Unternehmen anerkannt, das die technische Leitung des Projektes innehatte, nicht für jenes, das die Arbeiten (Errichtung der Betondecke) tatsächlich durchgeführt hat (vgl. die diesbezüglichen Aussagen des Zeugen DI K\*\*\* am 1.2.2006). Die Referenz 1 betraf Asphaltdecken im Ausmaß von 64.565 m<sup>2</sup>. Der erste Teilabschnitt wurde am 24.3.2004, der zweite Teilabschnitt am 24.5.2005 fertig gestellt. Dies geht aus den von der Teilnahmeantragstellerin im Rahmen der mündlichen Verhandlung vorgelegten Baubesprechungsprotokollen hervor. Ob diese auch eine "Abnahme der Leistung darstellen, konnte nicht geklärt werden). Die BG G\*\*\*/P\*\*\* haben ebenfalls umfangreiche Referenzlisten vorgelegt, jeweils betreffend Straßenbau. Die Betondecke ist vom Subauftragnehmer, Fa. F\*\*\*, errichtet worden vergleiche hierzu die unwidersprochen gebliebenen Angaben der Antragstellerin und der als Zeugen einvernommenen Mitarbeiter der J\*\*\*); die Asphaltdecke wurde vom Subauftragnehmer BG D\*\*\*/E\*\*\* errichtet. Es sind also maßgebliche Leistungsteile nicht selbst erbracht worden. Trotzdem wurden die Referenzen "Flughafen Wien/Schwechat" vom Prüfbüro J\*\*\* als solche der Antragstellerin anerkannt. Dies auch deshalb, da die J\*\*\* die Antragstellerin von den Arbeiten am Flughafen Wien/Schwechat gekannt hat Anmerkung, die J\*\*\* war dort Generalplaner). Die Referenz wurde für jenes Unternehmen anerkannt, das die technische Leitung des Projektes innehatte, nicht für jenes, das die Arbeiten (Errichtung der Betondecke) tatsächlich durchgeführt hat vergleiche die diesbezüglichen Aussagen des Zeugen DI K\*\*\* am 1.2.2006). Die Referenz 1 betraf Asphaltdecken im Ausmaß von 64.565 m<sup>2</sup>. Der erste Teilabschnitt wurde am 24.3.2004, der zweite Teilabschnitt am 24.5.2005 fertig gestellt. Dies geht aus den von der Teilnahmeantragstellerin im Rahmen der mündlichen Verhandlung

vorgelegten Baubesprechungsprotokollen hervor. Ob diese auch eine "Abnahme der Leistung darstellen, konnte nicht geklärt werden). Die BG G\*\*\*/P\*\*\* haben ebenfalls umfangreiche Referenzlisten vorgelegt, jeweils betreffend Straßenbau.

Die H\*\*\* hat eine Referenzliste betreffend 5 Projekte vorgelegt. Eine davon betraf die Arbeiten Vorfelderweiterung NO Flughafen Wien/Schwechat/Phase 2A. Das Projekt ist noch nicht beendet. Auftragnehmer war hier die BG H\*\*\*/D\*\*\*/G\*\*\*. Die H\*\*\* hat hier die technische Geschäftsführung, die Bauleitung und den Hauptpolier gestellt. Welcher Partner der BG die Asphaltierung und die Betonierarbeiten durchführt, geht nicht hervor. Auch die übrigen 4 Referenzen betreffen das Projekt Flughafen Wien/Schwechat. Eine Aufforderung zur Aufklärung der vorgelegten Referenzen ist seitens des Prüfbüros J\*\*\* nicht erfolgt. Auch wurden keine Bestätigung betreffend die Referenzen verlangt. Die J\*\*\* hat die von B\*\*\* vorgelegten Referenzen sohin nicht vertieft geprüft.

Betondeckenfertiger:

HG OG LGPosNr. 00 00.1113C "Technische Ausstattung" des Leistungsverzeichnisses lautet: Angaben über die technische Ausstattung, wie Betriebsanlagen, Geräte, Maschinen, über die der Unternehmer verfügt oder bei der Leistung verfügen wird. Die A\*\*\* hat ihrem Angebot keine Geräteliste beigelegt und auch keine schriftliche verbindliche Erklärung, dass sie zum Zeitpunkt der Auftragsdurchführung über einen solchen verfügen wird. Auch ein schriftliches Angebot der R\*\*\*-ARGE an die A\*\*\* betr. die interne Verrechnung der Zurverfügungstellung eines Betondeckenfertigers (Anm. welches im Rahmen der mündlichen Verhandlung vorgelegt wurde) war dem Angebot nicht angeschlossen. Die A\*\*\* verfügt selbst über keinen Betondeckenfertiger. Sie ist (lediglich) Mitgesellschafterin der R\*\*\*-ARGE, welche über drei Betondeckenfertiger verfügt. Die C\*\*\* hat ihrem Angebot eine Geräteliste beigelegt. Aus dieser ergibt sich, dass sie selbst über keinen Betondeckenfertiger verfügt. Sie hat ihrem Angebot eine Subunternehmerliste beigelegt, in der sie die R\*\*\*-ARGE (oder Glw.) als Subunternehmer für die Betonierung genannt hat. HG OG LGPosNr. 00 00.1113C "Technische Ausstattung" des Leistungsverzeichnisses lautet: Angaben über die technische Ausstattung, wie Betriebsanlagen, Geräte, Maschinen, über die der Unternehmer verfügt oder bei der Leistung verfügen wird. Die A\*\*\* hat ihrem Angebot keine Geräteliste beigelegt und auch keine schriftliche verbindliche Erklärung, dass sie zum Zeitpunkt der Auftragsdurchführung über einen solchen verfügen wird. Auch ein schriftliches Angebot der R\*\*\*-ARGE an die A\*\*\* betr. die interne Verrechnung der Zurverfügungstellung eines Betondeckenfertigers Anmerkung welches im Rahmen der mündlichen Verhandlung vorgelegt wurde) war dem Angebot nicht angeschlossen. Die A\*\*\* verfügt selbst über keinen Betondeckenfertiger. Sie ist (lediglich) Mitgesellschafterin der R\*\*\*-ARGE, welche über drei Betondeckenfertiger verfügt. Die C\*\*\* hat ihrem Angebot eine Geräteliste beigelegt. Aus dieser ergibt sich, dass sie selbst über keinen Betondeckenfertiger verfügt. Sie hat ihrem Angebot eine Subunternehmerliste beigelegt, in der sie die R\*\*\*-ARGE (oder Glw.) als Subunternehmer für die Betonierung genannt hat.

Die BG D\*\*\*/E\*\*\* hat ihrem Angebot keine Geräteliste beigelegt und auch keine schriftliche verbindliche Erklärung, dass sie zum Zeitpunkt der Auftragsdurchführung über einen solchen verfügen wird. Nach den glaubhaften Angaben der Mitbewerber und der Vertreter des Prüfbüros J\*\*\* ist die D\*\*\* Mitgesellschafterin der ARGE D\*\*\*/I\*\*\*, die über Betondeckenfertiger verfügt.

Die B\*\*\* hat ihrem Angebot eine Geräteliste beigelegt. Aus dieser ergibt sich, dass sie selbst nicht über einen Betondeckenfertiger verfügt. Nicht beigelegt war dem Angebot eine schriftliche verbindliche Erklärung, dass sie zum Zeitpunkt der Auftragsdurchführung über einen Betondeckenfertiger verfügen wird. Sie hat lediglich ihrem Teilnahmeantrag vom 20.12.2005 ein Schriftstück der O\*\*\* Bauunternehmung GmbH & CO KG, vom 3.11.2005 angeschlossen. Darin bestätigt die O\*\*\* GmbH ihre Zusage betreffend der Vermietung eines Betondeckenfertigers für das Projekt Flughafen Langenlebar sowie gegebenenfalls die Einschulung des Personals bzw. die Zurverfügungstellung eines geschulten Personals. Auch dieses Schreiben vom 3.11.2005 war jedoch dem Angebot nicht beigelegt. Die BG G\*\*\*/P\*\*\* hat ihrem Angebot keine Geräteliste beigelegt und auch keine schriftliche verbindliche Erklärung, dass sie zum Zeitpunkt der Auftragsdurchführung über einen solchen verfügen wird. Die H\*\*\* hat ihrem Angebot eine "Equipment List" beigelegt. Dies widerspricht der LGPosNr. 00 00.1503A, die als vereinbarte Geschäftssprache Deutsch festlegt. Eine schriftliche verbindliche Erklärung, dass sie zum Zeitpunkt der Auftragsdurchführung über einen Betondeckenfertiger verfügen wird, war dem Angebot nicht beigelegt.

Seitens der J\*\*\* ist im Rahmen der Angebotsprüfung bei keinem der Angebote konkret geprüft worden, ob der

Betondeckenfertiger zum Zeitpunkt der Leistungserbringung auch tatsächlich verfügbar ist bzw. verfügbar sein wird. Nach den Angaben der Zeugen K\*\*\* und L\*\*\* hat keiner der Bieter zusammen mit dem Angebot eine schriftliche verbindliche Zusage hinsichtlich des Zurverfügungstehens eines Betondeckenfertigers vorgelegt. Dieses "Thema" wurde seitens J\*\*\* auch beim Angebot der B\*\*\* nicht vertieft geprüft.

Zentralmischverfahren:

HG OG LGPosNr. 01 05.1310, "Zementstabilisierte Tragschichten", lautet: Zementstabilisierte Tragschicht im Zentralmischverfahren.....[].

Daraus ergibt sich, dass hier das Zementmischverfahren und nicht das billigere und qualitativ nicht so hochwertige Baumischverfahren zu kalkulieren und anzubieten war. Es gibt in dieser Pos. (01 05.1310I und 1310j) große Preisunterschiede:

Preis A\*\*\*: Euro 60.085,-- und Euro 458.526,40

Preis C\*\*\*: Euro 51.318,50 und Euro 391.924,80

Preis BG D\*\*\*/E\*\*\*: Euro 49.151,50 und Euro 379.757,20

Preis B\*\*\*: 35.066.-- und Euro 271.529,60

Preis BG G\*\*\*/P\*\*\*: Euro 61.267.-- und Euro 473.255,60 Preis H\*\*\*: Euro 57.524.-- und Euro 383.599,60

Seitens der J\*\*\* ist keine Aufklärung betreffend die LG PosNr. 01 05.1310I und j erfolgt (vgl. die diesbezüglichen Angaben der Auftraggebervertreterin und des Zeugen DI L\*\*\*). Seitens der J\*\*\* ist keine Aufklärung betreffend die LG PosNr. 01 05.1310I und j erfolgt vergleiche die diesbezüglichen Angaben der Auftraggebervertreterin und des Zeugen DI L\*\*\*).

Der Vergabevorschlag der J\*\*\* lautete auf das Angebot der B\*\*\* GmbH. Am 30. November 2005 ist sämtlichen Bietern mittels Telefax bekannt gegeben worden, dass beabsichtigt ist, den Zuschlag der Firma B\*\*\* GmbH zu einer Bruttoangebotssumme von Euro 8.515.857,84 zu erteilen. Da es sich um dasselbe Vergabeverfahren handelt wurden die beiden Nachprüfungsverfahren zu GZ 15N-128/05 und zu GZ 15N-129/05 gemäß § 39 Abs. 2 AVG zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden. Der Vergabevorschlag der J\*\*\* lautete auf das Angebot der B\*\*\* GmbH. Am 30. November 2005 ist sämtlichen Bietern mittels Telefax bekannt gegeben worden, dass beabsichtigt ist, den Zuschlag der Firma B\*\*\* GmbH zu einer Bruttoangebotssumme von Euro 8.515.857,84 zu erteilen. Da es sich um dasselbe Vergabeverfahren handelt wurden die beiden Nachprüfungsverfahren zu GZ 15N-128/05 und zu GZ 15N-129/05 gemäß Paragraph 39, Absatz 2, AVG zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden.

Dieser Sachverhalt ergibt sich aus den vorgelegten Unterlagen, unbedenklichen Urkunden, behördlicher Einsichtnahme in [www.auftrag.at](http://www.auftrag.at) sowie aus dem Parteivorbringen.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

I. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit der Anträge römisch eins. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit der Anträge:

Die Republik Österreich (Bund), vertreten durch den Bundesminister für Landesverteidigung, ist öffentlicher Auftraggeber iSd § 7 Abs. 1 Z 1 BVergG, der nach § 135 Abs. 2 BVergG iVm Art. 14b Abs. 2 Z 1 lit.a B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes fällt. Dem Vergabeverfahren liegt ein Bauauftrag iSd § 3 Abs. 1 BVergG zugrunde. Der geschätzte Auftragswert beträgt laut Angaben des Auftraggebers Euro 7.096.381.-- (ohne USt) und ist somit gemäß § 9 Abs 1 Z 3 leg.cit. dem Oberschwellenbereich zuzuordnen. Der Zuschlag wurde noch nicht erteilt, das Verfahren nicht widerrufen. Das Bundesvergabeamt ist daher zur Nachprüfung zuständig. Die Zuschlagsentscheidung wurde der den Bietern nachweislich am 30. November 2005 mittels Telefax bekannt gegeben. Die A\*\*\* AG hat am 12. Dezember 2005 einen Antrag auf Nachprüfung gemäß § 162 Abs 2 BVergG und daher rechtzeitig unter Einhaltung der Frist des § 169 Abs. 1 Z 1 lit. c BVergG beim Bundesvergabeamt eingebracht. Die C\*\*\* GmbH hat am 14. Dezember 2005 einen Antrag auf Nachprüfung gemäß § 162 Abs 2 BVergG und daher rechtzeitig unter Einhaltung der Frist des § 169 Abs. 1 Z 1 lit. c BVergG beim Bundesvergabeamt eingebracht. Die B\*\*\* hat am 20.12.2005 einen Teilnahmeantrag gemäß § 167 BVergG (Anm. zu GZ 15N-128/05) gestellt. Die Mitteilung, dass ein Nachprüfungsverfahren anhängig gemacht wurde, ist ihr am 13.12.2005 zugegangen. Der Antrag wurde daher rechtzeitig unter Einhaltung der Frist des § 165 Abs. 2 BVergG gestellt. Alle Anträge erfüllen auch die sonstigen gesetzlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen der § 166 bzw. 167

BVergG. Bei der Zuschlagsentscheidung handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Auftraggeberentscheidung (vgl. § 20 Z 13 lit. a sublit. aa BVergG), sodass die Anträge zulässig sind. Beim (Nicht-)Ausscheiden handelt es sich um eine nur verbunden anfechtbare Entscheidung gemäß § 20 Z 13 lit. b BVergG. Da sie zusammen mit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung angefochten wurde, ist auch dieser Antrag zulässig. Zur Antragslegitimation der Antragsteller betreffend Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung: Die Republik Österreich (Bund), vertreten durch den Bundesminister für Landesverteidigung, ist öffentlicher Auftraggeber iSd Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG, der nach Paragraph 135, Absatz 2, BVergG in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera a, B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes fällt. Dem Vergabeverfahren liegt ein Bauauftrag iSd Paragraph 3, Absatz eins, BVergG zugrunde. Der geschätzte Auftragswert beträgt laut Angaben des Auftraggebers Euro 7.096.381.-- (ohne USt) und ist somit gemäß Paragraph 9, Absatz eins, Ziffer 3, leg.cit. dem Oberschwellenbereich zuzuordnen. Der Zuschlag wurde noch nicht erteilt, das Verfahren nicht widerrufen. Das Bundesvergabeamt ist daher zur Nachprüfung zuständig. Die Zuschlagsentscheidung wurde der den Bietern nachweislich am 30. November 2005 mittels Telefax bekannt gegeben. Die A\*\*\* AG hat am 12. Dezember 2005 einen Antrag auf Nachprüfung gemäß Paragraph 162, Absatz 2, BVergG und daher rechtzeitig unter Einhaltung der Frist des Paragraph 169, Absatz eins, Ziffer eins, Litera c, BVergG beim Bundesvergabeamt eingebracht. Die C\*\*\* GmbH hat am 14. Dezember 2005 einen Antrag auf Nachprüfung gemäß Paragraph 162, Absatz 2, BVergG und daher rechtzeitig unter Einhaltung der Frist des Paragraph 169, Absatz eins, Ziffer eins, Litera c, BVergG beim Bundesvergabeamt eingebracht. Die B\*\*\* hat am 20.12.2005 einen Teilnahmeantrag gemäß Paragraph 167, BVergG Anmerkung zu GZ 15N-128/05) gestellt. Die Mitteilung, dass ein Nachprüfungsverfahren anhängig gemacht wurde, ist ihr am 13.12.2005 zugegangen. Der Antrag wurde daher rechtzeitig unter Einhaltung der Frist des Paragraph 165, Absatz 2, BVergG gestellt. Alle Anträge erfüllen auch die sonstigen gesetzlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen der Paragraph 166, bzw. 167 BVergG. Bei der Zuschlagsentscheidung handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Auftraggeberentscheidung vergleiche Paragraph 20, Ziffer 13, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG), sodass die Anträge zulässig sind. Beim (Nicht-)Ausscheiden handelt es sich um eine nur verbunden anfechtbare Entscheidung gemäß Paragraph 20, Ziffer 13, Litera b, BVergG. Da sie zusammen mit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung angefochten wurde, ist auch dieser Antrag zulässig. Zur Antragslegitimation der Antragsteller betreffend Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung:

Da - wie noch darzulegen ist - die Angebote der Antragsteller (Anm. A\*\* AG, C\*\*\* GmbH und B\*\*\* GmbH) auszuschneiden gewesen wären, erscheint es fraglich, ob den Antragstellern durch eine rechtswidrige Zuschlagsentscheidung überhaupt ein Schaden iSd § 163 Abs. 2 BVergG entstehen kann, da sie ja für eine Zuschlagseteilung im gegenständlichen Vergabeverfahren gar nicht in Betracht zu ziehen sind. Wenn es dem Angebot des Antragstellers schon an der grundsätzlichen Eignung mangelt, für den Zuschlag überhaupt in Betracht gezogen zu werden, so ist die Antragslegitimation zu verneinen (vgl. VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050; BVA vom 26.4.2004, 12N-2/04-55 u.v.a.m.). Da - wie noch darzulegen ist - die Angebote der Antragsteller Anmerkung A\*\* AG, C\*\*\* GmbH und B\*\*\* GmbH) auszuschneiden gewesen wären, erscheint es fraglich, ob den Antragstellern durch eine rechtswidrige Zuschlagsentscheidung überhaupt ein Schaden iSd Paragraph 163, Absatz 2, BVergG entstehen kann, da sie ja für eine Zuschlagseteilung im gegenständlichen Vergabeverfahren gar nicht in Betracht zu ziehen sind. Wenn es dem Angebot des Antragstellers schon an der grundsätzlichen Eignung mangelt, für den Zuschlag überhaupt in Betracht gezogen zu werden, so ist die Antragslegitimation zu verneinen vergleiche VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050; BVA vom 26.4.2004, 12N-2/04-55 u.v.a.m.).

In den gegenständlichen (zur gemeinsamen Entscheidung verbundenen) Nachprüfungsverfahren ist jedoch auf eine besondere Konstellation hinzuweisen:

Es sind insgesamt 6 Angebote eingelangt, von denen keines ausgeschieden wurde. Die zweitgereichte Bieterin (C\*\*\*) und die viertgereichte (A\*\*\* AG) haben die Zuschlagsentscheidung bekämpft. Die drittgereichte (BG D\*\*\*/E\*\*\*), die fünftgereichte (BG G\*\*\*/P\*\*\*) sowie die sechstgereichte Bieterin (H\*\*\*) haben die Zuschlagsentscheidung nicht bekämpft. Sollten jedoch alle im Vergabeverfahren verbliebenen Angebote auszuschneiden sein, würde dies die Antragslegitimation der Antragsteller sehr wohl beeinflussen. Falls der Auftraggeber spruchgemäß zur Ausscheidung sämtlicher Angebote verpflichtet würde, würde der ex-lege-Widerruf des § 105 Abs. 3 BVergG eintreten. Die ständige Rechtsprechung des BVA geht davon aus, dass im Falle eines gebotenen Widerrufs einem Unternehmer dahingehend ein Schaden droht, dass er sich bei Unterlassen des gebotenen Widerrufs an einer neuen Ausschreibung nicht mehr beteiligen könnte (Sachs/Hahnl, BVergSlg (2004) Rz 21.26 und 21.32). Wird jedoch die Rechtswidrigkeit der

Entscheidung, den Auftrag nicht zu widerrufen, behauptet, kommt es diesbezüglich nicht auf die Möglichkeit der Zuschlagserteilung im konkreten Vergabeverfahren an, sondern vielmehr darauf, ob der Antragsteller im Falle eines auf den Widerruf zu erwartenden neuerlichen Vergabeverfahrens die Möglichkeit hätte, in diesem nachfolgenden Vergabeverfahren den Zuschlag zu erlangen. Eine andere Sichtweise würde nämlich unterstellen, dass die Bieter kein subjektives Recht auf Durchsetzung eines gesetzlich gebotenen Widerrufs hätten. In einem solchen Fall kann nämlich denkmöglicher Weise ein drohender Schaden - der durch die allfällige Nichtigklärung der angefochtenen Entscheidung abgewendet werden soll - nur im Entfall der Möglichkeit des Erhalts des Zuschlages im Folgeverfahren bestehen (BVA 20.4.2001, N-43/01-20, N-46/01-18). Die Möglichkeit, sich in einem neuerlichen Vergabeverfahren für den Zuschlag bewerben zu können, ist jedenfalls als "vermögenswerte Chance" anzusehen (BVA 11.5.2001, N-52/01-12). Das BA bejaht somit - trotz Verwirklichung eines Ausscheidensgrundes - das Vorliegen der Antragslegitimation, wenn die behauptete Rechtswidrigkeit einen Widerruf der Ausschreibung nach sich ziehen müsste (Fink, Die Antragslegitimation nach dem BVergG, in Business Circle, Vergaberecht und Beschaffungspraxis - Seminarunterlage, 146). Es macht nämlich für die Beurteilung des Schadensbegriffes und in der Folge der Beurteilung der Antragslegitimation keinen Unterschied, ob der Widerruf aufgrund § 105 Abs. 1 oder des § 105 Abs. 3 BVergG erfolgt. In beiden Fällen besteht nämlich der in § 163 Abs. 1 BVergG geforderte "drohende Schaden" im Entfall der Möglichkeit des Erhalts des Zuschlages im Folgeverfahren. Dass die im konkreten Vergabeverfahren ausgeschriebenen Leistungen nach einem (ex-lege-)Widerruf neuerlich ausgeschrieben werden, ist aufgrund der Aussagen des Auftraggebers jedenfalls zu erwarten (Anm.: ansonsten müssten die in Langenlebern stationierten Hubschrauber verlegt werden). In diesem Zusammenhang ist auch auf § 20 Z 4 BVergG zu verweisen, wonach Vergabeverfahren nur dann durchzuführen sind, wenn die Absicht besteht, die Leistungen auch tatsächlich zur Vergabe zu bringen. Es sind insgesamt 6 Angebote eingelangt, von denen keines ausgeschieden wurde. Die zweitgereiht Bieterin (C\*\*\*) und die viertgereiht (A\*\*\* AG) haben die Zuschlagsentscheidung bekämpft. Die drittgereichte (BG D\*\*\*/E\*\*\*), die fünftgereichte (BG G\*\*\*/P\*\*\*) sowie die sechstgereichte Bieterin (H\*\*\*) haben die Zuschlagsentscheidung nicht bekämpft. Sollten jedoch alle im Vergabeverfahren verbliebenen Angebote auszuschneiden sein, würde dies die Antragslegitimation der Antragsteller sehr wohl beeinflussen. Falls der Auftraggeber spruchgemäß zur Ausscheidung sämtlicher Angebote verpflichtet würde, würde der ex-lege-Widerruf des Paragraph 105, Absatz 3, BVergG eintreten. Die ständige Rechtsprechung des BVA geht davon aus, dass im Falle eines gebotenen Widerrufs einem Unternehmer dahingehend ein Schaden droht, dass er sich bei Unterlassen des gebotenen Widerrufs an einer neuen Ausschreibung nicht mehr beteiligen könnte (Sachs/Hahnl, BVergSlg (2004) Rz 21.26 und 21.32). Wird jedoch die Rechtswidrigkeit der Entscheidung, den Auftrag nicht zu widerrufen, behauptet, kommt es diesbezüglich nicht auf die Möglichkeit der Zuschlagserteilung im konkreten Vergabeverfahren an, sondern vielmehr darauf, ob der Antragsteller im Falle eines auf den Widerruf zu erwartenden neuerlichen Vergabeverfahrens die Möglichkeit hätte, in diesem nachfolgenden Vergabeverfahren den Zuschlag zu erlangen. Eine andere Sichtweise würde nämlich unterstellen, dass die Bieter kein subjektives Recht auf Durchsetzung eines gesetzlich gebotenen Widerrufs hätten. In einem solchen Fall kann nämlich denkmöglicher Weise ein drohender Schaden - der durch die allfällige Nichtigklärung der angefochtenen Entscheidung abgewendet werden soll - nur im Entfall der Möglichkeit des Erhalts des Zuschlages im Folgeverfahren bestehen (BVA 20.4.2001, N-43/01-20, N-46/01-18). Die Möglichkeit, sich in einem neuerlichen Vergabeverfahren für den Zuschlag bewerben zu können, ist jedenfalls als "vermögenswerte Chance" anzusehen (BVA 11.5.2001, N-52/01-12). Das BA bejaht somit - trotz Verwirklichung eines Ausscheidensgrundes - das Vorliegen der Antragslegitimation, wenn die behauptete Rechtswidrigkeit einen Widerruf der Ausschreibung nach sich ziehen müsste (Fink, Die Antragslegitimation nach dem BVergG, in Business Circle, Vergaberecht und Beschaffungspraxis - Seminarunterlage, 146). Es macht nämlich für die Beurteilung des Schadensbegriffes und in der Folge der Beurteilung der Antragslegitimation keinen Unterschied, ob der Widerruf aufgrund Paragraph 105, Absatz eins, oder des Paragraph 105, Absatz 3, BVergG erfolgt. In beiden Fällen besteht nämlich der in Paragraph 163, Absatz eins, BVergG geforderte "drohende Schaden" im Entfall der Möglichkeit des Erhalts des Zuschlages im Folgeverfahren. Dass die im konkreten Vergabeverfahren ausgeschriebenen Leistungen nach einem (ex-lege-)Widerruf neuerlich ausgeschrieben werden, ist aufgrund der Aussagen des Auftraggebers jedenfalls zu erwarten (Anmerkung, ansonsten müssten die in Langenlebern stationierten Hubschrauber verlegt werden). In diesem Zusammenhang ist auch auf Paragraph 20, Ziffer 4, BVergG zu verweisen, wonach Vergabeverfahren nur dann durchzuführen sind, wenn die Absicht besteht, die Leistungen auch tatsächlich zur Vergabe zu bringen.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass den Antragstellern in der konkreten Konstellation Antragslegitimation für die

Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung zukommt, da - wie noch darzustellen sein wird - die Angebote sämtlicher Bieter auszuschneiden gewesen wären. Ein anderes Ergebnis würde dem gemeinschaftsrechtlich gebotenen effektiven Rechtsschutz zuwiderlaufen (siehe zu alldem auch BVA 26.4.2004, 12n-2/04-55, verstärkter Senat; ZVB 2004/62, Huber-Matauschek und Etlinger).

Weiters ist hiezu festzuhalten, dass es dem BVA nicht grundsätzlich verwährt ist, das Vorliegen von Ausscheidensgründen auf Seiten weiterer Bieter zu überprüfen. Eine derartige Prüfung ist auch nicht generell präkludiert. Bei der Prüfung der Antragslegitimation eines Antragstellers findet auch keine Erweiterung des Antrags- oder Verfahrensgegenstandes oder eine objektive Rechtmäßigkeitskontrolle statt, wenn dies - wie vorliegend - von den geltend gemachten Beschwerdepunkten umfasst ist (vgl. BVA 6.4.2005, 6N-4/05-31). Da - wie unten dargestellt wird - die Ausschreibung im Hinblick auf das Ausscheiden sämtlicher Bieter als widerrufen gilt (vgl. § 105 Abs. 3 BVergG), liegt die Schadenseignung iSd § 163 Abs. 1 BVergG vor. Die Antragsteller haben also Antragslegitimation. Weiters ist hiezu festzuhalten, dass es dem BVA nicht grundsätzlich verwährt ist, das Vorliegen von Ausscheidensgründen auf Seiten weiterer Bieter zu überprüfen. Eine derartige Prüfung ist auch nicht generell präkludiert. Bei der Prüfung der Antragslegitimation eines Antragstellers findet auch keine Erweiterung des Antrags- oder Verfahrensgegenstandes oder eine objektive Rechtmäßigkeitskontrolle statt, wenn dies - wie vorliegend - von den geltend gemachten Beschwerdepunkten umfasst ist (vergleiche BVA 6.4.2005, 6N-4/05-31). Da - wie unten dargestellt wird - die Ausschreibung im Hinblick auf das Ausscheiden sämtlicher Bieter als widerrufen gilt (vergleiche Paragraph 105, Absatz 3, BVergG), liegt die Schadenseignung iSd Paragraph 163, Absatz eins, BVergG vor. Die Antragsteller haben also Antragslegitimation.

II. Inhaltliche Beurteilung des Antrages:römisch zwei. Inhaltliche Beurteilung des Antrages:

zu Spruchpunkt I.:zu Spruchpunkt römisch eins.:

Gemäß § 162 Abs. 2 BVergG ist das Bundesvergabeamt bis zur Zuschlagserteilung zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hierzu ergangenen Verordnungen zuständig. Gemäß Paragraph 162, Absatz 2, BVergG ist das Bundesvergabeamt bis zur Zuschlagserteilung zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hierzu ergangenen Verordnungen zuständig.

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

Gemäß § 163 Abs. 1 BVergG kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Gemäß Paragraph 163, Absatz eins, BVergG kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Bei einem offenen Verfahren müssen gemäß § 52 Abs. 5 BVergG die Befugnis, die Leistungsfähigkeit und die Zuverlässigkeit des Bieters spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen. Zur technischen Leistungsfähigkeit gehört auch das Vorhandensein oder die Verfügungsberechtigung über die zur Auftragsdurchführung erforderlichen Maschinen und Geräte. Der Bieter muss also - u.z. zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung - nachweisen, dass er über die erforderlichen Geräte und Maschinen verfügt bzw. dass er verfügungsberechtigt ist. Der Nachweis hierüber ist mit dem Angebot beizubringen, etwa indem eine schriftliche verbindliche Erklärung eines Vermieters der Geräte bzw. Maschinen vorgelegt wird. Der Auftraggeber bzw. der von ihm bestellte Prüfer haben im Rahmen der Angebotsprüfung u.a. zu prüfen, ob der Bieter über die für den Auftrag erforderliche technische Leistungsfähigkeit verfügt. Es genügt hierbei nicht, sich "darauf zu verlassen", dass der Bieter über die konkret benötigte Maschine zum Auftragszeitpunkt "schon verfügen werde". Dies etwa, weil er frühere Aufträge erfolgreich durchgeführt hat. Tatsache ist, dass die J\*\*\* die technische Leistungsfähigkeit der B\*\*\* nicht

(genau) geprüft hat. Nach den Aussagen der Vertreter von J\*\*\* im Rahmen einer Zeugeneinvernahme vor dem BVA angegeben haben, dass "bei keinem der Angebote konkret geprüft wurde, ob der benötigte Betondeckenfertiger zum Zeitpunkt der Leistungserbringung auch tatsächlich verfügbar ist. Eine schriftliche verbindliche Zusage eines Vermieters ist mit den Angeboten nicht abgegeben worden". Aufgrund der daraus resultierenden "Zweifel" an der technischen Leistungsfähigkeit, wäre J\*\*\* verpflichtet gewesen, diesbezüglich Aufklärung vom Bieter zu verlangen. Dies jedenfalls (Anm.: wegen des gewählten Billigstbieterprinzips) beim Angebot des erstgereihten Bieters, der B\*\*\* GmbH. Bei einem offenen Verfahren müssen gemäß Paragraph 52, Absatz 5, BVergG die Befugnis, die Leistungsfähigkeit und die Zuverlässigkeit des Bieters spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen. Zur technischen Leistungsfähigkeit gehört auch das Vorhandensein oder die Verfügungsberechtigung über die zur Auftragsdurchführung erforderlichen Maschinen und Geräte. Der Bieter muss also - u.z. zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung - nachweisen, dass er über die erforderlichen Geräte und Maschinen verfügt bzw. dass er verfügungsberechtigt ist. Der Nachweis hierüber ist mit dem Angebot beizubringen, etwa indem eine schriftliche verbindliche Erklärung eines Vermieters der Geräte bzw. Maschinen vorgelegt wird. Der Auftraggeber bzw. der von ihm bestellter Prüfer haben im Rahmen der Angebotsprüfung u.a. zu prüfen, ob der Bieter über die für den Auftrag erforderliche technische Leistungsfähigkeit verfügt. Es genügt hierbei nicht, sich "darauf zu verlassen", dass der Bieter über die konkret benötigte Maschine zum Auftragszeitpunkt "schon verfügen werde". Dies etwa, weil er frühere Aufträge erfolgreich durchgeführt hat. Tatsache ist, dass die J\*\*\* die technische Leistungsfähigkeit der B\*\*\* nicht (genau) geprüft hat. Nach den Aussagen der Vertreter von J\*\*\* im Rahmen einer Zeugeneinvernahme vor dem BVA angegeben haben, dass "bei keinem der Angebote konkret geprüft wurde, ob der benötigte Betondeckenfertiger zum Zeitpunkt der Leistungserbringung auch tatsächlich verfügbar ist. Eine schriftliche verbindliche Zusage eines Vermieters ist mit den Angeboten nicht abgegeben worden". Aufgrund der daraus resultierenden "Zweifel" an der technischen Leistungsfähigkeit, wäre J\*\*\* verpflichtet gewesen, diesbezüglich Aufklärung vom Bieter zu verlangen. Dies jedenfalls Anmerkung, wegen des gewählten Billigstbieterprinzips) beim Angebot des erstgereihten Bieters, der B\*\*\* GmbH.

Die B\*\*\* hat ihrem Angebot eine Geräteliste beigelegt, aus der sich ergibt, dass sie nicht selbst über einen Betondeckenfertiger verfügt. Nicht beigelegt war eine schriftliche verbindliche Erklärung, die belegen würde, dass sie im Zeitpunkt der Auftragsdurchführung die Verfügungsberechtigung hinsichtlich eines Betondeckenfertigers haben wird. Auch ein Subunternehmer zur Durchführung der Betonierarbeiten wurde im Angebot nicht angegeben. Da die technische Leistungsfähigkeit also zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe nicht (nachweislich) gegeben war, hätte deren Angebot gemäß § 98 Z 1 bzw. 8 BVergG ausgeschieden werden müssen. In der Folge hätte das Angebot der zweitgereihten - der C\*\*\* - auf die technische Leistungsfähigkeit überprüft werden müssen. Diese hatte ihrem Angebot eine Geräteliste beigelegt, aus der sich ergibt, dass sie selbst nicht über einen Betondeckenfertiger verfügt. Es wäre also zu prüfen gewesen, ob sie die mangelnde technische Leistungsfähigkeit zu substituieren gedachte. In der dem Angebot der C\*\*\* beigelegten Subunternehmerliste ergibt sich, dass sie sich hinsichtlich der Errichtung der Betondecke eines Subunternehmers bedienen wolle. Sie hat angegeben: "Betondecke: Fa. R\*\*\* oder Glw." Die B\*\*\* hat ihrem Angebot eine Geräteliste beigelegt, aus der sich ergibt, dass sie nicht selbst über einen Betondeckenfertiger verfügt. Nicht beigelegt war eine schriftliche verbindliche Erklärung, die belegen würde, dass sie im Zeitpunkt der Auftragsdurchführung die Verfügungsberechtigung hinsichtlich eines Betondeckenfertigers haben wird. Auch ein Subunternehmer zur Durchführung der Betonierarbeiten wurde im Angebot nicht angegeben. Da die technische Leistungsfähigkeit also zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe nicht (nachweislich) gegeben war, hätte deren Angebot gemäß Paragraph 98, Ziffer eins, bzw. 8 BVergG ausgeschieden werden müssen. In der Folge hätte das Angebot der zweitgereihten - der C\*\*\* - auf die technische Leistungsfähigkeit überprüft werden müssen. Diese hatte ihrem Angebot eine Geräteliste beigelegt, aus der sich ergibt, dass sie selbst nicht über einen Betondeckenfertiger verfügt. Es wäre also zu prüfen gewesen, ob sie die mangelnde technische Leistungsfähigkeit zu substituieren gedachte. In der dem Angebot der C\*\*\* beigelegten Subunternehmerliste ergibt sich, dass sie sich hinsichtlich der Errichtung der Betondecke eines Subunternehmers bedienen wolle. Sie hat angegeben: "Betondecke: Fa. R\*\*\* oder Glw."

Zu fragen wäre nun, ob sich aus der gewählten Formulierung eine dem Vergaberecht entsprechende tatsächliche Substituierung der Arbeiten ableiten lässt. Der Zusatz "oder Glw." (Anm. bedeutet: oder gleichwertige) kann nach Ansicht des erkennenden Senats nur bedeuten, dass zum Zeitpunkt der Vorlage des Subunternehmers (Zeitpunkt der Angebotsabgabe) eine verbindliche Zusage der R\*\*\*-ARGE zur Durchführung der Betonierarbeiten nicht vorgelegen ist. Im gegenteiligen Fall wäre der Zusatz "oder Glw," nicht erforderlich gewesen. Da somit die vorgelegte

Subunternehmerbekanntgabe nicht verbindlich die Durchführung der konkreten Arbeit belegt und der Auftraggeber auch das Vorliegen der Befugnis und Leistungsfähigkeit - mangels konkreter, verbindlicher und ausschließlicher Nennung eines Subunternehmers nicht prüfen konnte, wäre auch das Angebot der C\*\*\* als mangelhaftes Angebot gemäß § 98 Z 8 BVergG auszuscheiden gewesen. Zu fragen wäre nun, ob sich aus der gewählten Formulierung eine dem Vergaberecht entsprechende tatsächliche Substituierung der Arbeiten ableiten lässt. Der Zusatz "oder Glw." (Anmerkung bedeutet: oder gleichwertige) kann nach Ansicht des erkennenden Senats nur bedeuten, dass zum Zeitpunkt der Vorlage des Subunternehmers (Zeitpunkt der Angebotsabgabe) eine verbindliche Zusage der R\*\*\*-ARGE zur Durchführung der Betonierarbeiten nicht vorgelegen ist. Im gegenteiligen Fall wäre der Zusatz "oder Glw." nicht erforderlich gewesen. Da somit die vorgelegte Subunternehmerbekanntgabe nicht verbindlich die Durchführung der konkreten Arbeit belegt und der Auftraggeber auch das Vorliegen der Befugnis und Leistungsfähigkeit - mangels konkreter, verbindlicher und ausschließlicher Nennung eines Subunternehmers nicht prüfen konnte, wäre auch das Angebot der C\*\*\* als mangelhaftes Angebot gemäß Paragraph 98, Ziffer 8, BVergG auszuscheiden gewesen.

Auch dem Angebot der drittgereichten BG D\*\*\*/E\*\*\* war keine Geräteliste und keine schriftliche verbindliche Erklärung beigelegt, die belegen würde, dass sie im Zeitpunkt der Auftragsdurchführung über eine Betondeckenfertigers verfügen wird. Auch deren Angebot wäre sohin nach § 98 Z 1 bzw. 8 BVergG auszuscheiden gewesen. Dasselbe gilt auch für das Angebot der viertgereichten (A\*\*\*), der fünftgereichten (BG G\*\*\*/P\*\*\*) und des sechstgereichten (H\*\*\*). Daraus ergibt sich, dass sämtliche Angebote mangels Vorliegens der technischen Leistungsfähigkeit zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung auszuscheiden gewesen wären. Dies ist nur deshalb nicht erfolgt, da die Angebotsprüfung nicht entsprechend den Vorgaben des BVergG durchgeführt wurde. Aus dem oben gesagten ergibt sich, dass die Antragsteller (und somit auch die A\*\*\*) Antragslegitimation hatten. Auf die übrigen Vorbringen betreffend allfällige mangelhaften Referenzen und das eventuelle Anbieten des Baumischverfahrens an Stelle des geforderten Zentralmischverfahrens war nicht mehr einzugehen. Sie können dahingestellt bleiben. Auch dem Angebot der drittgereichten BG D\*\*\*/E\*\*\* war keine Geräteliste und keine schriftliche verbindliche Erklärung beigelegt, die belegen würde, dass sie im Zeitpunkt der Auftragsdurchführung über eine Betondeckenfertigers verfügen wird. Auch deren Angebot wäre sohin nach Paragraph Paragraph 98, Ziffer eins, bzw. 8 BVergG auszuscheiden gewesen. Dasselbe gilt auch für das Angebot der viertgereichten (A\*\*\*), der fünftgereichten (BG G\*\*\*/P\*\*\*) und des sechstgereichten (H\*\*\*). Daraus ergibt sich, dass sämtliche Angebote mangels Vorliegens der technischen Leistungsfähigkeit zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung auszuscheiden gewesen wären. Dies ist nur deshalb nicht erfolgt, da die Angebotsprüfung nicht entsprechend den Vorgaben des BVergG durchgeführt wurde. Aus dem oben gesagten ergibt sich, dass die Antragsteller (und somit auch die A\*\*\*) Antragslegitimation hatten. Auf die übrigen Vorbringen betreffend allfällige mangelhaften Referenzen und das eventuelle Anbieten des Baumischverfahrens an Stelle des geforderten Zentralmischverfahrens war nicht mehr einzugehen. Sie können dahingestellt bleiben.

Zu Spruchpunkt II.: Zu Spruchpunkt römisch zwei.:

Gemäß § 74 Abs. 2 erster Satz AVG bestimmen die Verwaltungsvorschriften, inwiefern einem Beteiligten - abweichend von der allgemeinen Regelung des Abs. 1, wonach jeder Beteiligte seine Kosten selbst zu tragen hat - ein Kostenersatzanspruch gegen einen anderen Beteiligten zusteht. Bei § 177 Abs. 5 BVergG 2002 handelt es sich um eine Verwaltungsvorschrift iSd. § 74 Abs. 2 AVG, nach der einem Beteiligten (dem auch nur teilweise obsiegenden Antragsteller im Nachprüfungsverfahren), ein Kostenersatzanspruch (Anspruch auf Ersatz der entrichteten Gebühren) gegen einen anderen Beteiligten (den Antragsgegner, das ist regelmäßig der Auftraggeber), zusteht. Gemäß Paragraph 74, Absatz 2, erster Satz AVG bestimmen die Verwaltungsvorschriften, inwiefern einem Beteiligten - abweichend von der allgemeinen Regelung des Absatz eins., wonach jeder Beteiligte seine Kosten selbst zu tragen hat - ein Kostenersatzanspruch gegen einen anderen Beteiligten zusteht. Bei Paragraph 177, Absatz 5, BVergG 2002 handelt es sich um eine Verwaltungsvorschrift iSd. Paragraph 74, Absatz 2, AVG, nach der einem Beteiligten (dem auch nur teilweise obsiegenden Antragsteller im Nachprüfungsverfahren), ein Kostenersatzanspruch (Anspruch auf Ersatz der entrichteten Gebühren) gegen einen anderen Beteiligten (den Antragsgegner, das ist regelmäßig der Auftraggeber), zusteht.

Aus dieser Bestimmung ergibt sich, dass die für die Hauptsache zuständige Behörde - in der Regel in dem die Hauptsache erledigenden Bescheid - auch über den gemäß § 74 Abs. 2 AVG in den Verwaltungsvorschriften normierten Kostenersatzanspruch eines Beteiligten gegen einen anderen Beteiligten zu entscheiden hat, ohne dass es hierzu einer ausdrücklichen Normierung der Kompetenz für diese Kostenentscheidung im jeweiligen Materiengesetz bedarf (vgl.

VwGH 6.4.2005, 2004/04/0091, 0092; Thienel/Bratschovsky Gebührenersatz nach § 177 Abs. 5 BVergG - wirklich bei Gericht einzuklagen?, ZVB 2004, 102ff; BVA 13.5.2005, 04N-17/05-49, 17.5.2005, 04N-17/05-50; 19.5.2005, 06N-33/05-22; 20.5.2005, 17N- 23/05-42 ua.). Aus dieser Bestimmung ergibt sich, dass die für die Hauptsache zuständige Behörde - in der Regel in dem die Hauptsache erledigenden Bescheid - auch über den gemäß Paragraph 74, Absatz 2, AVG in den Verwaltungsvorschriften normierten Kostenersatzanspruch eines Beteiligten gegen einen anderen Beteiligten zu entscheiden hat, ohne dass es hierzu einer ausdrücklichen Normierung der Kompetenz für diese Kostenentscheidung im jeweiligen Materiengesetz bedarf vergleiche VwGH 6.4.2005, 2004/04/0091, 0092; Thienel/Bratschovsky Gebührenersatz nach Paragraph 177, Absatz 5, BVergG - wirklich bei Gericht einzuklagen?, ZVB 2004, 102ff; BVA 13.5.2005, 04N-17/05-49, 17.5.2005, 04N-17/05-50; 19.5.2005, 06N-33/05-22; 20.5.2005, 17N- 23/05-42 ua.).

Gemäß § 177 Abs. 5 BVergG hat der vor dem Bundesvergabebeamten, wenn auch nur teilweise obsiegende, Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Abs. 1 oder 3 entrichteten Gebühren durch den Antragsgegner. Gemäß Paragraph 177, Absatz 5, BVergG hat der vor dem Bundesvergabebeamten, wenn auch nur teilweise obsiegende, Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Absatz eins, oder 3 entrichteten Gebühren durch den Antragsgegner.

Für den von der A\*\*\* AG am 12.12.2005 eingebrachten Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde von der Antragstellerin nachweislich eine Pauschalgebühr in Höhe von Euro 5.000.-- entrichtet. Mit Bescheid des BVA vom 19.12.2005, GZ 15N- 127/05-8, wurde dem Antrag der Antragstellerin stattgegeben und dem Auftraggeber bis längstens 12.2.2006 untersagt, im gegenständlichen Verfahren den Zuschlag zu erteilen. Sohin ist jedenfalls von einem "teilweisen Obsiegen" der Antragstellerin iSd § 177 Abs. 5 BVergG auszugehen und war der Auftraggeber zum Ersatz der Pauschalgebühr in Höhe von Euro 5.000.-- zu verpflichten. Für den von der A\*\*\* AG am 12.12.2005 eingebrachten Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde von der Antragstellerin nachweislich eine Pauschalgebühr in Höhe von Euro 5.000.-- entrichtet. Mit Bescheid des BVA vom 19.12.2005, GZ 15N- 127/05-8, wurde dem Antrag der Antragstellerin stattgegeben und dem Auftraggeber bis längstens 12.2.2006 untersagt, im gegenständlichen Verfahren den Zuschlag zu erteilen. Sohin ist jedenfalls von einem "teilweisen Obsiegen" der Antragstellerin iSd Paragraph 177, Absatz 5, BVergG auszugehen und war der Auftraggeber zum Ersatz der Pauschalgebühr in Höhe von Euro 5.000.-- zu verpflichten.

Dem Antrag der Antragstellerin vom 12.12.2005 auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, für den die Antragstellerin nachweislich eine Pauschalgebühr in Höhe von Euro 5.000.-- entrichtet hat, wurde mit Spruchpunkt I. des gegenständlichen Bescheides stattgegeben. Es kann daher auch diesbezüglich von einem "zumindest teilweisen Obsiegen" der Antragstellerin im Sinne von § 177 Abs. 5 leg.cit gesprochen werden, weshalb spruchgemäß zu entscheiden war. Dem Antrag der Antragstellerin vom 12.12.2005 auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, für den die Antragstellerin nachweislich eine Pauschalgebühr in Höhe von Euro 5.000.-- entrichtet hat, wurde mit Spruchpunkt römisch eins. des gegenständlichen Bescheides stattgegeben. Es kann daher auch diesbezüglich von einem "zumindest teilweisen Obsiegen" der Antragstellerin im Sinne von Paragraph 177, Absatz 5, leg.cit gesprochen werden, weshalb spruchgemäß zu entscheiden war.

Zu Spruchpunkt III.: Zu Spruchpunkt römisch drei.:

Siehe hierzu die Begründung zu Spruchpunkt I. Siehe hierzu die Begründung zu Spruchpunkt römisch eins.

Zu Spruchpunkt IV.: Zu Spruchpunkt römisch vier.:

Siehe hierzu die Begründung zu Spruchpunkt II. Siehe hierzu die Begründung zu Spruchpunkt römisch zwei.

Zu Spruchpunkt V.: Zu Spruchpunkt römisch fünf.:

Aus den Spruchpunkten I. und III. resultiert, dass der Antrag der Aus den Spruchpunkten römisch eins. und römisch drei. resultiert, dass der Antrag der

B\*\*\* - gerichtet auf die Zurück-, in eventu Abweisung des Antrages

der A\*\*\* AG - abzuweisen war.

Zu Spruchpunkt VI.: Zu Spruchpunkt römisch sechs.:

Gemäß § 74 Abs. 2 erster Satz AVG bestimmen die Verwaltungsvorschriften, inwiefern einem Beteiligten - abweichend von der allgemeinen Regelung des Abs. 1, wonach jeder Beteiligte seine Kosten selbst zu tragen hat - ein Kostenersatzanspruch gegen einen anderen Beteiligten zusteht. Bei § 177 Abs. 5 BVergG 2002 handelt es sich um eine

Verwaltungsvorschrift iSd. § 74 Abs. 2 AVG, nach der einem Beteiligten (dem auch nur teilweise obsiegenden Antragsteller im Nachprüfungsverfahren), ein Kostenersatzanspruch (Anspruch auf Ersatz der entrichteten Gebühren) gegen einen anderen Beteiligten (den Antragsgegner, das ist regelmäßig der Auftraggeber), zusteht. Gemäß Paragraph 74, Absatz 2, erster Satz AVG bestimmen die Verwaltungsvorschriften, inwiefern einem Beteiligten - abweichend von der allgemeinen Regelung des Absatz eins., wonach jeder Beteiligte seine Kosten selbst zu tragen hat - ein Kostenersatzanspruch gegen einen anderen Beteiligten zusteht. Bei Paragraph 177, Absatz 5, BVergG 2002 handelt es sich um eine Verwaltungsvorschrift iSd. Paragraph 74, Absatz 2, AVG, nach der einem Beteiligten (dem auch nur teilweise obsiegenden Antragsteller im Nachprüfungsverfahren), ein Kostenersatzanspruch (Anspruch auf Ersatz der entrichteten Gebühren) gegen einen anderen Beteiligten (den Antragsgegner, das ist regelmäßig der Auftraggeber), zusteht.

Aus dieser Bestimmung ergibt sich, dass die für die Hauptsache zuständige Behörde - in der Regel in dem die Hauptsache erledigenden Bescheid - auch über den gemäß § 74 Abs. 2 AVG in den Verwaltungsvorschriften normierten Kostenersatzanspruch eines Beteiligten gegen einen anderen Beteiligten zu entscheiden hat, ohne dass es hierzu einer ausdrücklichen Normierung der Kompetenz für diese Kostenentscheidung im jeweiligen Materiengesetz bedarf (vgl. VwGH 6.4.2005, 2004/04/0091, 0092; Thienel/Bratschovsky Gebührenersatz nach § 177 Abs. 5 BVergG - wirklich bei Gericht einzuklagen?, ZVB 2004, 102ff; BVA 13.5.2005, 04N-17/05-49, 17.5.2005, 04N-17/05-50; 19.5.2005, 06N-33/05-22; 20.5.2005, 17N- 23/05-42 ua.). Aus dieser Bestimmung ergibt sich, dass die für die Hauptsache zuständige Behörde - in der Regel in dem die Hauptsache erledigenden Bescheid - auch über den gemäß Paragraph 74, Absatz 2, AVG in den Verwaltungsvorschriften normierten Kostenersatzanspruch eines Beteiligten gegen einen anderen Beteiligten zu entscheiden hat, ohne dass es hierzu einer ausdrücklichen Normierung der Kompetenz für diese Kostenentscheidung im jeweiligen Materiengesetz bedarf vergleiche VwGH 6.4.2005, 2004/04/0091, 0092; Thienel/Bratschovsky Gebührenersatz nach Paragraph 177, Absatz 5, BVergG - wirklich bei Gericht einzuklagen?, ZVB 2004, 102ff; BVA 13.5.2005, 04N-17/05-49, 17.5.2005, 04N-17/05-50; 19.5.2005, 06N-33/05-22; 20.5.2005, 17N- 23/05-42 ua.).

Gemäß § 177 Abs. 5 BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende, Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Abs. 1 oder 3 entrichteten Gebühren durch den Antragsgegner. Gemäß Paragraph 177, Absatz 5, BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende, Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Absatz eins, oder 3 entrichteten Gebühren durch den Antragsgegner.

Für den von der B\*\*\* am 20.12.2005 eingebrachten Teilnahmeantrag wurde eine Pauschalgebühr in Höhe von Euro 2.500.-- entrichtet. Mit dem gegenständlichen Bescheid des BVA ist der Antrag der Teilnahmeantragstellerin abgewiesen worden. Sohin ist jedenfalls nicht von einem "teilweisen Obsiegen" der Antragstellerin iSd § 177 Abs. 5 BVergG auszugehen, weshalb spruchgemäß zu entscheiden war. Für den von der B\*\*\* am 20.12.2005 eingebrachten Teilnahmeantrag wurde eine Pauschalgebühr in Höhe von Euro 2.500.-- entrichtet. Mit dem gegenständlichen Bescheid des BVA ist der Antrag der Teilnahmeantragstellerin abgewiesen worden. Sohin ist jedenfalls nicht von einem "teilweisen Obsiegen" der Antragstellerin iSd Paragraph 177, Absatz 5, BVergG auszugehen, weshalb spruchgemäß zu entscheiden war.

#### **Dokumentnummer**

VERGT\_20060211\_15N\_128\_05\_34\_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](http://www.jusline.at)