

TE Verg Bescheid 2005/8/5 17N-64/05-24

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 05.08.2005

Norm

BVergG 2002 §98 Z5

BVergG 2002 §98 Z8

BVergG 2002 §177 Abs5

AVG §74 Abs2

BVergG 2002 §21 Abs1

BVergG 2002 §70

BVergG 2002 §81 Abs1

BVergG 2002 §81 Abs1

BVergG 2002 §83 Abs1 Z2

BVergG 2002 §83 Abs1 Z6

BVergG 2002 §91

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 Senat 17 bestehend aus Mag. Hubert Reisner als Vorsitzendem, Generalanwalt i.R. Dr. Peter Reindl als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Theodor Taurer als Mitglied der Auftragnehmerseite in dem Nachprüfungsverfahren gemäß § 162 Abs. 2 BVergG 2002 betreffend das Vergabeverfahren "S5 Stockerauer Schnellstraße, Baulos Kollersdorf-Jettsdorf, vierspuriger Ausbau" Das Bundesvergabeamt hat durch den Senat 17 bestehend aus Mag. Hubert Reisner als Vorsitzendem, Generalanwalt i.R. Dr. Peter Reindl als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Theodor Taurer als Mitglied der Auftragnehmerseite in dem Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 162, Absatz 2, BVergG 2002 betreffend das Vergabeverfahren "S5 Stockerauer Schnellstraße, Baulos Kollersdorf-Jettsdorf, vierspuriger Ausbau"

der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) vertreten durch das Amt der NÖ Landesregierung, Gruppe Straße, Abteilung Autobahnen- und Schnellstraßen, Projektmanagement Donauma, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Der Antrag der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A***, 2. B***, vertreten durch X*** Rechtsanwälte GmbH, das Bundesvergabeamt möge "die Entscheidung der Antragsgegnerin der "Arbeitsgemeinschaft C*** - D*** - E*** - F***" den Zuschlag erteilen zu wollen, für nichtig erklären", und "die Entscheidung der Antragsgegnerin die Angebote der Antragstellerin auszuschneiden, für nichtig erklären", wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 98 Z 5 und 8 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraph 98, Ziffer 5 und 8 BVergG

II.römisch zwei.

Der Antrag der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A***, 2. B***, vertreten durch X*** Rechtsanwälte GmbH, das Bundesvergabeamt möge "aufgrund des Erkenntnisses des VwGH vom 6.4.2005, 2004/04/0091, gem § 74 AVG aussprechen, dass die von der Antragstellerin ordnungsgemäß entrichtete Pauschalgebühr in Höhe von Euro 5.000,-- (Beilage ./E) für den Nachprüfungsantrag von der Antragsgegnerin gemäß § 177 Abs. 5 BVergG zu ersetzen ist", wird abgewiesen. Der Antrag der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A***, 2. B***, vertreten durch X*** Rechtsanwälte GmbH, das Bundesvergabeamt möge "aufgrund des Erkenntnisses des VwGH vom 6.4.2005, 2004/04/0091, gem Paragraph 74, AVG aussprechen, dass die von der Antragstellerin ordnungsgemäß entrichtete Pauschalgebühr in Höhe von Euro 5.000,-- (Beilage ./E) für den Nachprüfungsantrag von der Antragsgegnerin gemäß Paragraph 177, Absatz 5, BVergG zu ersetzen ist", wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 177 Abs. 5 BVergG, § 74 Abs. 2 Allgemeines
Rechtsgrundlage: Paragraph 177, Absatz 5, BVergG, Paragraph 74, Absatz 2, Allgemeines

Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 - AVG, BGBl Nr. 51/1991 idF BGBl I Nr. 10/2004
Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 - AVG, Bundesgesetzblatt Nr. 51 aus 1991, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2004,

III.römisch drei.

Dem Antrag der Bietergemeinschaft 1. C***, 2. D***, 3. E***, 4. F***, vertreten durch Y*** Rechtsanwälte GmbH, das Bundesvergabeamt möge "der Antragsgegnerin auftragen, der Antragstellerin zu Händen ihres ausgewiesenen Vertreters die für den Teilnahmeantrag gemäß § 177 Abs 1 BVergG entrichtete Pauschalgebühr in der Höhe von EUR 2.500,-- binnen 2 Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen", wird stattgegeben. Dem Antrag der Bietergemeinschaft 1. C***, 2. D***, 3. E***, 4. F***, vertreten durch Y*** Rechtsanwälte GmbH, das Bundesvergabeamt möge "der Antragsgegnerin auftragen, der Antragstellerin zu Händen ihres ausgewiesenen Vertreters die für den Teilnahmeantrag gemäß Paragraph 177, Absatz eins, BVergG entrichtete Pauschalgebühr in der Höhe von EUR 2.500,-- binnen 2 Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen", wird stattgegeben.

Die Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A***, 2. B***, vertreten durch X*** Rechtsanwälte GmbH ist verpflichtet der Bietergemeinschaft 1. C***, 2. D***, 3. E***, 4. F***, vertreten durch Y*** Rechtsanwälte GmbH die entrichtete Pauschalgebühr in der Höhe von Euro 2.500,-- binnen vierzehn Tagen ab Zustellung zu Händen ihres ausgewiesenen Vertreters dieses Bescheides zu ersetzen.

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

Begründung

1. 1.Ziffer eins

Vorbringen der Parteien

Die Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A***, 2. B*** vertreten durch X*** Rechtsanwälte GmbH, in der Folge Antragstellerin, genannt, brachte am 21. Juni 2005 den gegenständlichen Nachprüfungsantrag ein. Sie beantragte darin die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, die Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung betreffend ihr Angebot, die Ausnahme einzelner Teile ihres Angebotes von der Akteneinsicht sowie den Kostenersatz. Darüber hinaus beantragte sie die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sowie den Kostenersatz für die dafür entrichtete Pauschalgebühr. Diese Anträge betreffen das Vergabeverfahren "S5 Stockerauer Schnellstraße, Baulos Kollersdorf-Jettsdorf, vierspuriger Ausbau" der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) vertreten durch das Amt der NÖ Landesregierung, Gruppe Straße, Abteilung Autobahnen- und Schnellstraßen, Projektmanagement Donauraum, in der Folge Auftraggeberin genannt. Die Antragstellerin begründete ihren Nachprüfungsantrag damit, dass die vorgelegten K4-Blätter der ÖNORM B 2061 entsprochen haben und

vollständig gewesen seien. Die Subunternehmerliste habe zwar zunächst Subunternehmer und Lieferanten "vermischt". Da die Subunternehmer in ihrem Fall nicht die fehlende Eignung ersetzen sollten, wären sie daher nicht bei sonstigem Ausscheiden zwingend mit der Angebotsabgabe zu benennen gewesen. Es sei keine mangelhafte Aufklärung einzelner Positionen erfolgt. In der Position 01011210A "Zeitgebundene Kosten" sei eine entsprechende Aufklärung erfolgt. Auch in den übrigen für die Ausscheidensentscheidung herangezogenen Positionen sei die Aufklärung der Antragstellerin auch nicht nur ansatzweise berücksichtigt worden. Die Angebote der Mitbewerberin seien auszuschneiden, da es sich dabei um ein Alternativangebot handle und die Ausschreibungsunterlagen keine Kriterien für die Gleichwertigkeit von Alternativangeboten enthielten. Bei der Angebotsöffnung seien nicht die geforderten Unterlagen verlesen worden, insbesondere ein Grobablauf- und Bauzeitplan, wie auch die abzugebenden K4-Blätter. Es sei nicht verlesen worden, worin der alternative Leistungsvorschlag der Mitbewerberin überhaupt bestehe. Insgesamt sei die Ausschreibung zu widerrufen, da über die gegenständlichen Arbeiten bereits im Jahr 2004 eine mittlerweile widerrufene Ausschreibung stattgefunden habe und sich die ausgeschriebenen Massen gegenüber dieser stark geändert haben. Mit den derzeit ausgeschriebenen Massen könne nicht das Auslangen gefunden werden. Schließlich sei der Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bieter gemäß § 21 Abs. 1 BVergG verletzt worden, da die Antragstellerin aus Gründen ausgeschieden worden sei, die bei anderen Bietern ebenso vorliegen. Die Antragstellerin erachte sich durch die Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung in ihrem subjektiven Recht auf Zuschlagserteilung wie auf Unterlassung der Zuschlagsentscheidung zugunsten eines auszuschneidenden und nicht zu berücksichtigen Alternativangebotes der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin, wie auch hilfsweise in ihrem Recht auf Widerruf der gegenständlichen Ausschreibung und neuerlichen Teilnahme an einem rechtsrichtigen Vergabeverfahren verletzt. Aufgrund der Ergreifung aller Schritte liege ein hinreichendes begründetes Interesse der Antragstellerin am Vertragsabschluss vor. Die Antragstellerin erleide einen in der Beilage näher spezifizierten Schaden durch entgangenem Gewinn und Deckungsbeitrag. Es seien bereits jetzt Projektkosten und Rechtsberatungskosten in Höhe von etwa Euro 76.470,-- angefallen. Ebenso liege der Schaden im Verlust eines Referenzprojektes. Die Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A***, 2. B*** vertreten durch X*** Rechtsanwälte GmbH, in der Folge Antragstellerin, genannt, brachte am 21. Juni 2005 den gegenständlichen Nachprüfungsantrag ein. Sie beantragte darin die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, die Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung betreffend ihr Angebot, die Ausnahme einzelner Teile ihres Angebotes von der Akteneinsicht sowie den Kostenersatz. Darüber hinaus beantragte sie die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sowie den Kostenersatz für die dafür entrichtete Pauschalgebühr. Diese Anträge betreffen das Vergabeverfahren "S5 Stockerauer Schnellstraße, Baulos Kollersdorf-Jettsdorf, vierspuriger Ausbau" der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) vertreten durch das Amt der NÖ Landesregierung, Gruppe Straße, Abteilung Autobahnen- und Schnellstraßen, Projektmanagement Donaauraum, in der Folge Auftraggeberin genannt. Die Antragstellerin begründete ihren Nachprüfungsantrag damit, dass die vorgelegten K4-Blätter der ÖNORM B 2061 entsprochen haben und vollständig gewesen seien. Die Subunternehmerliste habe zwar zunächst Subunternehmer und Lieferanten "vermischt". Da die Subunternehmer in ihrem Fall nicht die fehlende Eignung ersetzen sollten, wären sie daher nicht bei sonstigem Ausscheiden zwingend mit der Angebotsabgabe zu benennen gewesen. Es sei keine mangelhafte Aufklärung einzelner Positionen erfolgt. In der Position 01011210A "Zeitgebundene Kosten" sei eine entsprechende Aufklärung erfolgt. Auch in den übrigen für die Ausscheidensentscheidung herangezogenen Positionen sei die Aufklärung der Antragstellerin auch nicht nur ansatzweise berücksichtigt worden. Die Angebote der Mitbewerberin seien auszuschneiden, da es sich dabei um ein Alternativangebot handle und die Ausschreibungsunterlagen keine Kriterien für die Gleichwertigkeit von Alternativangeboten enthielten. Bei der Angebotsöffnung seien nicht die geforderten Unterlagen verlesen worden, insbesondere ein Grobablauf- und Bauzeitplan, wie auch die abzugebenden K4-Blätter. Es sei nicht verlesen worden, worin der alternative Leistungsvorschlag der Mitbewerberin überhaupt bestehe. Insgesamt sei die Ausschreibung zu widerrufen, da über die gegenständlichen Arbeiten bereits im Jahr 2004 eine mittlerweile widerrufene Ausschreibung stattgefunden habe und sich die ausgeschriebenen Massen gegenüber dieser stark geändert haben. Mit den derzeit ausgeschriebenen Massen könne nicht das Auslangen gefunden werden. Schließlich sei der Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bieter gemäß Paragraph 21, Absatz eins, BVergG verletzt worden, da die Antragstellerin aus Gründen ausgeschieden worden sei, die bei anderen Bietern ebenso vorliegen. Die Antragstellerin erachte sich durch die Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung in ihrem subjektiven Recht auf Zuschlagserteilung wie auf Unterlassung der Zuschlagsentscheidung zugunsten eines auszuschneidenden und nicht zu berücksichtigen Alternativangebotes der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin, wie auch hilfsweise in ihrem

Recht auf Widerruf der gegenständlichen Ausschreibung und neuerlichen Teilnahme an einem rechtsrichtigen Vergabeverfahren verletzt. Aufgrund der Ergreifung aller Schritte liege ein hinreichendes begründetes Interesse der Antragstellerin am Vertragsabschluss vor. Die Antragstellerin erleide einen in der Beilage näher spezifizierten Schaden durch entgangenem Gewinn und Deckungsbeitrag. Es seien bereits jetzt Projektkosten und Rechtsberatungskosten in Höhe von etwa Euro 76.470,-- angefallen. Ebenso liege der Schaden im Verlust eines Referenzprojektes.

Am 24. Juni 2005 legte die Auftraggeberin die Unterlagen des Vergabeverfahrens vor, erteilte die erbetenen Auskünfte und brachte in dem beiliegenden Schriftsatz vom 22. Juni 2005 zu dem gegenständlichen Nachprüfungsantrag vor, dass die Formblätter K3 und K4 ab einem Angebotspreis von über Euro 300.000,-- jedenfalls dem Angebot anzuschließen seien. Die Antragstellerin habe ihrem Angebot nur zwölf K4-Blätter angeschlossen. Eine Beschränkung der K4-Blätter auf einzelne Positionen sei in der Ausschreibung nicht enthalten. Darüber hinaus habe die Antragstellerin nur für drei von siebzehn in der Materialpreisliste angeführten Materialien K4-Blätter vorgelegt. Diese seien nach der - mittlerweile präkludierten - Ausschreibung zwingend vorzulegen gewesen. Im Angebot nannte sie eine Reihe von Subunternehmen. Nach dem Aufklärungsgespräch vom 17. Februar 2005 habe sie im Schreiben vom 21. Februar 2005 eine andere Liste von Subunternehmen für den Straßenbau genannt. Ursprünglich habe sie im Leistungsteil Brückenbau gar keine Subunternehmer genannt. In dem Schreiben nach dem Aufklärungsgespräch habe sie dafür Subunternehmer genannt, ohne den Anteil des Leistungsumfanges anzugeben. Im Aufklärungsgespräch vom 30. März 2005 sei sie der Ansicht gewesen, dass sie in der Subunternehmernennung vom 21. Februar 2005 sowohl für Straßen- als auch für Brückenbau die definierten Subunternehmer bekannt gegeben habe und damit ihre Verpflichtung erfüllt habe. Der Mangel sei nicht behebbbar. Die Antragstellerin sei hinsichtlich ihrer technischen Leistungsfähigkeit auf den Einsatz von Subunternehmern angewiesen. Es sei auch nicht erkennbar gewesen und im Aufklärungsgespräch nie dargelegt worden, dass es sich bei den namhaft gemachten Subunternehmern um Lieferanten handle. Die Antragstellerin wäre entsprechend den Ausschreibungsbestimmungen verpflichtet gewesen, bereits im Angebot anzugeben, welche Teile des Auftrages im Wege von Subaufträgen an Dritte weitergegeben werden. Dieser Verpflichtung sei sie nicht nachgekommen. Bei den zeitgebundenen Kosten der Baustelle habe sie angegeben, dass die Kalkulation nur den Aufwand Personal umfasse, nicht jedoch begründet, warum diese Kosten nur für einen Zeitraum von 18 Monaten kalkuliert worden seien, die Bauzeit aber 20 Monate betrage. Auch die Positionen "Aushub für Bodenauswechslung", "Wegschaffen von Boden" und "Schüttmaterial, liefern, verdichtbar", "Aushub für Bodenauswechslung und Verfuhr" seien nicht ausreichend aufgeklärt worden. Da das Angebot auszuschneiden sei, drohe der Antragstellerin kein Schaden und sie sei nicht antragslegitimiert. Die Preise der Alternativangebote der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin seien verlesen worden. Dies genüge den Vorgaben des Bundesvergabegesetzes. Die Ausschreibung enthalte ausreichende Kriterien für die Vergleichbarkeit von Alternativangeboten. Bei der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin seien alle in der Ausschreibung geforderten Unterlagen vorgelegen. Es liege kein Widerrufsgrund vor. Die vorgebrachte Rechtswidrigkeit liege offensichtlich nicht vor. Es könne der Antragstellerin kein Schaden entstehen.

Am 27. Juni 2005 brachte die Bietergemeinschaft 1. C***, 2. D***,

1. 3.Ziffer 3

E***, 4. F***, vertreten durch Y*** Rechtsanwälte GmbH,

in der Folge Teilnahmeantragstellerin genannt, einen Teilnahmeantrag ein. Darin beantragte sie die Teilnahme an dem gegenständlichen Nachprüfungsverfahren sowie die Zurück-, in eventu Abweisung des Antrages auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung sowie der sonstigen Anträge der Antragstellerin. Schließlich stellte sie den Antrag auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühr sowie Anträge auf Akteneinsicht und Ausnahme von Teilen ihres Angebotes von der Akteneinsicht. Sie brachte im Wesentlichen vor, dass ihr bei rechtsrichtiger Beurteilung der Anträge der Zuschlag zu erteilen sei. Sie werde bei einer Entscheidung des Bundesvergabeamtes im Sinne des Nachprüfungsantrages in ihrem Recht auf Zuschlagserteilung, in ihrem Recht auf Ausscheiden mangelhafter Angebote bzw. in ihrem Recht auf Beteiligung an einem ordnungsgemäßen Vergabeverfahren mit ordnungsgemäßer Bestbieterermittlung bzw. ordnungsgemäßer Beauftragung und somit ordnungsgemäßer Beendigung der Vergabeverfahrens verletzt. Ihr entstünde ein Schaden in Höhe des entgangenen Gewinns, der Pauschalgebühren, der Kosten der Angebotserstellung sowie der Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung im Nachprüfungsverfahren sowie der Verlust eines wichtigen Referenzprojektes für künftige Vergabeverfahren. Das Interesse am Vertragsabschluss habe sie durch Abgabe eines ausschreibungskonformen Haupt- und mehrerer Alternativangebote eindeutig dargelegt.

Am 28. Juni 2005 erließ das Bundesvergabeamt eine einstweilige Verfügung und untersagte der Auftraggeberin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis 21. August 2005, den Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren zu erteilen. Weiters gab es dem Antrag auf Kostenersatz statt.

Am 11. Juli 2005 bracht die Antragstellerin eine Stellungnahme ein. Darin führte sie aus, dass die Ausscheidensentscheidung der Auftraggeberin betreffend ihr Angebot rechtswidrig sei und, sollte das Bundesvergabeamt die Ausscheidensentscheidung für rechtskonform erachten, das Vergabeverfahren zu widerrufen sei, da infolge Massenfehler die Vergabeabsicht der Auftraggeberin nicht bestehen könne und zufolge der Ungleichbehandlung der Antragstellerin gegenüber der Teilnahmeantragstellerin unter Verstoß gegen § 21 Abs. 1 BVergG eine Beendigung des Vergabeverfahrens durch Zuschlagserteilung unmöglich werde. Zur Überprüfung, ob die Teilnahmeantragstellerin ihrem Alternativangebot 7 alle K4-Blätter angeschlossen habe, stellt die Antragstellerin den Antrag auf Akteneinsicht in das Angebot der Teilnahmeantragstellerin. Hinsichtlich der fehlenden Subunternehmerliste verwies die Antragstellerin darauf, dass die fehlende Benennung von Subunternehmern nur dann zum sofortigen Ausscheiden führe, wenn diese zur Substitution der Eignung herangezogen würden. Dies sei jedoch nicht der Fall. Es sei keine mangelhafte Aufklärung erfolgt. Die Auftraggeberin wolle die erstattete Aufklärung nicht erkennen. Der Ausscheidenstatbestand nach § 98 Z 5 BVergG sei nicht erfüllt. Aufgrund des Fehlens von Mindestanforderungen für Alternativen sei das Alternativangebot der Teilnahmeantragstellerin auszuschneiden. Es sei nicht erkennbar, worin der alternative Leistungsvorschlag der Teilnahmeantragstellerin bestehe. Bei der Angebotsöffnung seien die zwingend beizulegenden Unterlagen nicht verlesen worden. Dies stelle einen unbehebbarer Mangel dar, der die Zuschlagsentscheidung mit Rechtswidrigkeit belaste. Es werde von Amts wegen zu überprüfen sein, ob sämtliche für Alternativangebote geforderten Unterlagen wie insbesondere ein Grob Ablauf- und Bauzeitplan und die abzugebenden K4-Blätter bei der Angebotsöffnung dem Angebot beigelegt seien. Die Zuschlagsentscheidung sei weiters rechtswidrig, weil die Ausschreibung wegen der Massenfehler zu widerrufen sei. Schließlich sei die Antragstellerin nicht als Antragsgegnerin der Teilnahmeantragstellerin zu qualifizieren. Ein Ersatz der Pauschalgebühr durch sie sei daher nicht möglich.

Am 11. Juli 2005 bracht die Antragstellerin eine Stellungnahme ein. Darin führte sie aus, dass die Ausscheidensentscheidung der Auftraggeberin betreffend ihr Angebot rechtswidrig sei und, sollte das Bundesvergabeamt die Ausscheidensentscheidung für rechtskonform erachten, das Vergabeverfahren zu widerrufen sei, da infolge Massenfehler die Vergabeabsicht der Auftraggeberin nicht bestehen könne und zufolge der Ungleichbehandlung der Antragstellerin gegenüber der Teilnahmeantragstellerin unter Verstoß gegen Paragraph 21, Absatz eins, BVergG eine Beendigung des Vergabeverfahrens durch Zuschlagserteilung unmöglich werde. Zur Überprüfung, ob die Teilnahmeantragstellerin ihrem Alternativangebot 7 alle K4-Blätter angeschlossen habe, stellt die Antragstellerin den Antrag auf Akteneinsicht in das Angebot der Teilnahmeantragstellerin. Hinsichtlich der fehlenden Subunternehmerliste verwies die Antragstellerin darauf, dass die fehlende Benennung von Subunternehmern nur dann zum sofortigen Ausscheiden führe, wenn diese zur Substitution der Eignung herangezogen würden. Dies sei jedoch nicht der Fall. Es sei keine mangelhafte Aufklärung erfolgt. Die Auftraggeberin wolle die erstattete Aufklärung nicht erkennen. Der Ausscheidenstatbestand nach Paragraph 98, Ziffer 5, BVergG sei nicht erfüllt. Aufgrund des Fehlens von Mindestanforderungen für Alternativen sei das Alternativangebot der Teilnahmeantragstellerin auszuschneiden. Es sei nicht erkennbar, worin der alternative Leistungsvorschlag der Teilnahmeantragstellerin bestehe. Bei der Angebotsöffnung seien die zwingend beizulegenden Unterlagen nicht verlesen worden. Dies stelle einen unbehebbarer Mangel dar, der die Zuschlagsentscheidung mit Rechtswidrigkeit belaste. Es werde von Amts wegen zu überprüfen sein, ob sämtliche für Alternativangebote geforderten Unterlagen wie insbesondere ein Grob Ablauf- und Bauzeitplan und die abzugebenden K4-Blätter bei der Angebotsöffnung dem Angebot beigelegt seien. Die Zuschlagsentscheidung sei weiters rechtswidrig, weil die Ausschreibung wegen der Massenfehler zu widerrufen sei. Schließlich sei die Antragstellerin nicht als Antragsgegnerin der Teilnahmeantragstellerin zu qualifizieren. Ein Ersatz der Pauschalgebühr durch sie sei daher nicht möglich.

Am 20. Juli 2005 brachte die Teilnahmeantragstellerin eine Stellungnahme ein. Darin führte sie unter Verweis auf VwGH 18.5.2005, 2004/04/0094, aus, dass der Antragstellerin Antragsbefugnis lediglich im Hinblick auf die sie betreffende Ausscheidensentscheidung zukomme. Aus anwaltlicher Vorsicht werde dennoch auf die Vorwürfe betreffend das Angebot der Teilnahmeantragstellerin eingegangen. Die vollständigen K4- Blätter seien aufgrund der Festlegungen der Ausschreibung dem Angebot beizulegen. Das Angebot sei ungeachtet der Nachforderung der K4-Blätter auszuschneiden. Die Einsicht in das Angebot der Teilnahmeantragstellerin sei unzulässig. Im Angebot seien alle Subunternehmer anzugeben. Das "Nachschieben" von Subunternehmern - wie es die Antragstellerin getan habe - sei

unzulässig. Das Verbot, nach Angebotsöffnung Subunternehmer namhaft zu machen, betreffe nicht nur jene Fälle, in denen Subunternehmer zur Substitution der Befugnis hergezogen würden. Befugnis, technische Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit zur Erbringung der vorgesehenen Teilleistung seien schließlich vom Auftraggeber im offenen Verfahren zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung zu prüfen. Diese Prüfung müsse unbeschadet der Rolle des Subunternehmers in dem Angebot durchgeführt werden. Das "Nachschieben" von Subunternehmern führe ohne Mängelbehebungsversuch zum Ausscheiden des Angebotes nach § 98# Z 8 BVergG. Am 20. Juli 2005 brachte die Teilnahmeantragstellerin eine Stellungnahme ein. Darin führte sie unter Verweis auf VwGH 18.5.2005, 2004/04/0094, aus, dass der Antragstellerin Antragsbefugnis lediglich im Hinblick auf die sie betreffende Ausscheidensentscheidung zukomme. Aus anwaltlicher Vorsicht werde dennoch auf die Vorwürfe betreffend das Angebot der Teilnahmeantragstellerin eingegangen. Die vollständigen K4- Blätter seien aufgrund der Festlegungen der Ausschreibung dem Angebot beizulegen. Das Angebot sei ungeachtet der Nachforderung der K4-Blätter auszuschneiden. Die Einsicht in das Angebot der Teilnahmeantragstellerin sei unzulässig. Im Angebot seien alle Subunternehmer anzugeben. Das "Nachschieben" von Subunternehmern - wie es die Antragstellerin getan habe - sei unzulässig. Das Verbot, nach Angebotsöffnung Subunternehmer namhaft zu machen, betreffe nicht nur jene Fälle, in denen Subunternehmer zur Substitution der Befugnis hergezogen würden. Befugnis, technische Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit zur Erbringung der vorgesehenen Teilleistung seien schließlich vom Auftraggeber im offenen Verfahren zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung zu prüfen. Diese Prüfung müsse unbeschadet der Rolle des Subunternehmers in dem Angebot durchgeführt werden. Das "Nachschieben" von Subunternehmern führe ohne Mängelbehebungsversuch zum Ausscheiden des Angebotes nach Paragraph 98 #, Ziffer 8, BVergG.

Am 21. Juli 2005 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt statt. Die Antragstellerin brachte darin vor, dass die Teilnahmeantragstellerin nur hinsichtlich des Straßenbaues, nicht jedoch hinsichtlich des Brückenbaues die F*** als Subunternehmerin namhaft gemacht habe. Es liege daher eine unzulässige Nachnominierung vor. Die Materialbezugsquellenliste und die K4-Blätter seien daher unvollständig. Das Angebot der Teilnahmeantragstellerin sei daher auszuschneiden. Der Teilnahmeantragstellerin komme daher keine Antragslegitimation zu. Die Auftraggeberin brachte vor, dass K7-Blätter nach den Festlegungen der Ausschreibung dem Angebot nicht zwingend beizulegen gewesen seien. Die Anmerkung im Protokoll über die Angebotsöffnung, dass Kalkulationsformblätter angeschlossen seien, beziehe sich auf K3- und K4-Blätter. Es genüge ein Bauzeitplan, weil zwischen den Amtsentwürfen A und B kein Unterschied in der Bauzeit vorliege. Die Antragstellerin brachte vor, dass sehr wohl ein Unterschied zwischen den Amtsentwürfen A und B bestehe, da bei der zementstabilisierten Tragschicht und den darauf aufbauenden Asphalttschichten Witterungseinflüsse zu berücksichtigen seien. Die Teilnahmeantragstellerin brachte vor, dass bei Alternativangeboten das allfällige Fehlen eines Grobablaufes oder Bauzeitplanes als behebbarer Mangel zu qualifizieren sei. Die Antragstellerin bestritt, dass es sich um einen behebbaren Mangel handle. Sei es ein behebbarer Mangel, sei er nicht behoben worden. Alle K4-Blätter wiesen den geforderten Inhalt auf. Die Auftraggeberin brachte vor, dass die dem Angebot der Antragstellerin beiliegenden K3-Blätter nicht den geforderten Inhalt aufwiesen. Die Antragstellerin brachte vor, dass üblicherweise die Materialliste mit den K4-Blättern gleichzusetzen sei. Die gegenständliche Ausschreibung sei in diesem Punkt widersprüchlich. Die Auftraggeberin brachte vor, dass dem Angebot der Antragstellerin keine Geräteleiste und keine Materialpreisliste angeschlossen gewesen seien. Die Antragstellerin brachte vor, dass sie bei den zeitgebunden Kosten der Baustelle mit 18 Monaten das Auslangen finde. Eine Bauzeitverkürzung sei angeboten. Die Auftraggeberin brachte vor, dass im Rahmen einer Bauzeitverlängerung etwa in Folge von Behinderungen oder bei der Beauftragung zusätzlicher Leistungen, die Pauschale Grundlage für die Ermittlung der zusätzlichen Kosten sei. Die Antragstellerin regte eine Berichtigung der Parteienbezeichnung an. Die Antragstellerin und die Teilnahmeantragstellerin wandten sich dagegen.

1. 2.Ziffer 2 Sachverhalt

Die Auftraggeberin baut die S 5 Stockerauer Schnellstraße 4-spurig aus. Gegenstand der Ausschreibung sind Arbeiten zur Errichtung des 4-spurigen Ausbaus im Baulos Kollersdorf-Jettsdorf. Der Auftrag hat einen geschätzten Auftragswert von Euro 18,5 Mio. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die Ausschreibung erfolgt im beschleunigten offenen Verfahren nach den Bestimmungen für den Oberschwellenbereich. Die Vorinformation für den gegenständlichen Auftrag wurde im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 12. November 2004 zur Zahl 2004/S221-190463 sowie im Lieferungsanzeiger vom

13. November 2004 zur Zahl L190263 bekannt gemacht. Die Ausschreibung selbst wurde im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 5. Jänner 2005 zur Zahl 2005/S3-002539 und unter www.auftrag.at am selben Tag zur Zahl EU2539-2005 bekannt gemacht (amtliche Nachschau unter www.auftrag.at und ted.publications.eu.int; Unterlagen des Vergabeverfahrens).

Als Beschreibung/Gegenstand des Auftrages sind Bauarbeiten für Fernstraßen genannt. Die Ausschreibung enthält zwei Ausführungsvarianten, Variante A, Bautype 1, Frostschuttschicht, mechanisch stabilisierte Tragschicht und Variante B, Bautype 4, zementstabilisierte Tragschicht im Zentralmischverfahren (ZMV). Die Ausschreibungsunterlagen waren ab 10. Jänner 2005 erhältlich. Der Schlusstermin für den Eingang der Angebote war der 4. Februar 2005, 10.00 Uhr. Die Angebotsöffnung war für 4. Februar 2005, 10.30 Uhr in den Räumen des Amtes der Niederösterreichischen Landesregierung in St. Pölten vorgesehen. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die Bindungsfrist der Angebote betrug drei Monate ab dem Schlusstermin für den Eingang der Angebote. Der Baubeginn war für Mai 2005 vorgesehen. (Bekanntmachung der Ausschreibung, Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Punkt 1.6.2 der Angebotsbedingungen lautet:

"1.6.2 Bestandteile des Angebotes

Folgende Unterlagen sind jedenfalls als Angebot einzureichen:

- -Strichaufzählung
manuell ausgefülltes Leistungsverzeichnis oder
- -Strichaufzählung
automationsunterstützt ausgepreistes und rechtsgültig gefertigtes Kurzleistungsverzeichnis samt rechtsgültig gefertigter Langtextleistungsbeschreibung
- -Strichaufzählung
Enthält das Angebot eine Materialbezugsquellenliste und eine Geräteliste, so sind diese vollständig auszufüllen.
- -Strichaufzählung
Dem Angebot sind ab einem Angebotspreis von über
Euro 300.000,-- die Formblätter K3 und K4 anzuschließen.
- -Strichaufzählung
Für die in die engere Wahl der Vergabe einbezogene Angebote sind über Aufforderung innerhalb von 7 Tagen folgende Unterlagen 3-fach nachzureichen:
- -Strichaufzählung
Die Formblätter K3, K4, sofern sie nicht bereits vorliegen, sowie K6, K7 und K8.
- -Strichaufzählung
Die vorgeschriebene Preisaufgliederung hat in Form und Inhalt der ÖNORM B 2061 zu entsprechen."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Punkt 7.21 der Bauprozessspezifischen Vertragsbestimmungen

Straßenbau lautet:

"7.21 Subunternehmer

Ergänzend zu den Angebots- und Vergabebedingungen: Die vorgesehenen Subunternehmer sind im Angebot zu benennen. Subunternehmer dürfen ohne die Zustimmung des Auftraggebers nicht ausgewechselt werden.

Der Auftraggeber behält sich die Ablehnung einzelner Subunternehmer ohne Angabe von Gründen ausdrücklich vor."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Punkt 7.32 der Bauprozessspezifischen Vertragsbestimmungen Straßenbau lautet:

"7.32 Bauzeitplan

Für das gegenständliche Bauvorhaben sind vom Auftragnehmer Bauzeitpläne vorzulegen, wobei die Kosten hierfür in die Positionen "Zeitgebundene Kosten" einzurechnen sind:

- -Strichaufzählung
Grobablauf- und Bauzeitplan in Form eines Balkendiagrammes als Beilage zum Angebot. Als wesentliche

Vorgänge sind nicht nur die Haupt- und Obergruppen zu betrachten, sondern alle Vorgänge, die einer Verknüpfung unterliegen. Sollten die Zeitabläufe nicht eindeutig erkennbar sein, so hat auf Anordnung des Auftraggebers eine Erweiterung und Verdichtung zu erfolgen.

- -Strichaufzählung

Bei der Baueinleitung ist ein dem Auftrag angepasster Bauablauf- und Baizeitplan vorzulegen.

- -Strichaufzählung

Während der Bautätigkeit sind alle 8 Wochen aktualisierte Ablauf- und Baizeitplänen unaufgefordert vorzulegen, die eine zeitliche und leistungsmäßige Soll - Ist Gegenüberstellung enthalten.

Eine EDV-mäßige Verarbeitung erscheint sinnvoll, wird jedoch nicht zwingend vorgeschrieben. Bei EDV-mäßiger Verarbeitung sind zu den Ausdrucken in Farbe die entsprechenden Dateien im MS-Projekt-Format auf Diskette zu liefern."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Punkte 7.33 und 7.34 der Baulosspezifischen Vertragsbestimmungen Straßenbau lauten:

"7.33 Termine, Pönale

Die Bauzeit beträgt 20 Monate (Mai 2005 - Dezember 2006) Voraussichtlicher Baubeginn ist der 2. Mai 2005.

Voraussichtliches

Bauende ist der 29. Dezember 2006

Wenn eine Bauzeitverkürzung zur Fertigstellung der "wesentlichen Arbeiten" angeboten wird, wird als Zwischentermin (siehe Punkt 7.9) der 31. August 2006 festgelegt. [...]

7.34 Wesentliche Arbeiten

Die S 5 muss ungehindert und unbeschränkt auf dem voll ausgebauten Querschnitt befahrbar sein (definitiver Straßenausbau, vollständige Straßenausrüstung und Bodenmarkierung, keine Verkehrs- und Geschwindigkeitsbeschränkungen, Lichtwellenleiter- und Energiekabel betriebsfähig hergestellt).

Es dürfen nur Arbeiten im Bereich der Begleitwege und solche, die ohne Behinderung des Verkehrs auf der S 5 möglich sind, offen sein. Daraus entstehende Erschwernisse wie z.B. Arbeiten an den Böschungen von den Begleitwegen aus werden nicht vergütet."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Punkt 8.31 der Baulosspezifischen Vertragsbestimmungen Brückenbau lautet:

"8.31 Subunternehmer, Hersteller und Erzeuger

Der AN hat vor der Auftragsvergabe alle wesentlichen Subunternehmer, Hersteller und Erzeuger, wie z.B. Pfahlhersteller, Betonlieferant, Baustahllieferant, Mischgutlieferant, Leitschienen- und Geländerhersteller, Lärmschutzwand- und Lärmschutzsteherlieferant usw. schriftlich bekanntzugeben. Dieses Firmenschreiben ist Vertragsbestandteil. Eine nachträgliche Änderung ist nur in besonderen Fällen, wie z. B. bei Insolvenzverfahren oder Lieferschwierigkeiten über schriftliche Genehmigung des AG zulässig. Subunternehmer, Hersteller und Erzeuger, welche in der Vergangenheit technisch, fachlich oder bewusst unzureichende Lieferungen und Leistungen erbracht haben, werden vom AG generell abgelehnt. Der AG behält sich vor, Subunternehmer, Hersteller und Erzeuger auch ohne Angaben von Gründen abzulehnen."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die Angebotsöffnung fand 4. Februar 2005, 10.34 Uhr bis 11.11 Uhr, in den Räumen des Amtes der Niederösterreichischen Landesregierung in St. Pölten statt. Insgesamt gaben drei Bieter- und Arbeitsgemeinschaften Angebote ab. Das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin enthält für die Variante A einen Angebotspreis von Euro 16.753.396,58 und für die Variante B einen Angebotspreis von Euro 16.662.406,58 jeweils ohne USt. Die Teilnahmeantragstellerin gab neben einem Hauptangebot sieben Alternativangebote ab. Das Hauptangebot der Teilnahmeantragstellerin hat für die Variante A einen Angebotspreis von Euro 17.653.112,04 und für die Variante B einen Angebotspreis von Euro 17.419.342,04 jeweils ohne USt. Bei dem Angebot der Antragstellerin ist

im Protokoll über die Angebotsöffnung festgehalten, dass die geforderten Unterlagen über Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit sowie der Bauzeitplan für Amtsentwurf A und B dem Angebot beilagen. Der Materialbezugsquellennachweis fehlte. Beschreibung und Regelblätter des Leitschienensystems lagen nicht bei. K-Blätter lagen bei. Als Anmerkung findet sich, dass am Deckblatt das Feld für Bieterangaben überklebt ist. Bei der Teilnahmeantragstellerin ist festgehalten, dass die geforderten Unterlagen über Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit, ein Bauzeitplan für "A", eine Massenaufstellung bei den Alternativen sowie Beschreibung und Regelblätter des Leitschienensystems dem Angebot beilagen. Ein Bauzeitplan fehlte bei den Alternativen. (Protokoll über die Angebotsöffnung vom 4. Februar 2005)

In dem bei der Angebotsöffnung vorliegenden Angebot der Antragstellerin waren Subunternehmer für den Straßenbau, nicht jedoch für den Brückenbau genannt. Es waren ein K2- ein K3- und ein K3A-Blatt, K4-Blätter für zwölf Materialien, sowie K7- Blätter angeschlossen. Aus dem K7-Blatt ergibt sich, dass die der Position 01011110A "Einrichten der Baustelle" die Miete für das Baubüro und der Überwachungsvertrag Labor für 18 Monate kalkuliert sind. In Position 010111210 "Zeitgebundene Kosten (Bauzeit)" sind die laufenden Personal-Baustellenkosten für 18 Monate kalkuliert. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Am 17. Februar 2005 fand ein Aufklärungsgespräch mit der Antragstellerin statt. Darin wurden der Standort der Mischanlage und die Transportzeiten zur Baustelle erörtert. Weiters erläuterte die Antragstellerin die Subunternehmer und gab an, dass vor Leistungserbringung die Subunternehmer bekannt gegeben werden. Sie übergab einen Bezugsquellennachweis, eine Materialpreisliste und eine Geräteliste. Hinsichtlich der fehlenden Beschreibung des angebotenen Leitschienensystems inklusive Regelblättern wurde ihr eine Nachfrist bis 21. Februar 2005 gewährt. Zu den K4-Blättern ist festgehalten, dass die Angabe von zwölf Positionen unzureichend ist. Die Nachreichung einer detaillierten Liste bis 21. Februar 2005 wurde vereinbart. Auf den Vorhalt, dass im Grobbauzeitplan Leistungen von 2. Mai 2005 bis 31. August 2006 angeführt sind und das Bauende auch bei Annahme einer Bauzeitverkürzung mit 29. Dezember 2006 definiert ist, gab die Antragstellerin an, dass im zum Zeitpunkt des

Bietergespräches vorliegenden Bauzeitplan nur die Leistungen für die wesentlichen Bauarbeiten auf der S 5 enthalten seien und die Gesamtfertigstellung mit 29. Dezember 2006 vorgesehen sei. Die Nachreichung eines Bauzeitplanes mit sämtlichen Bauleistungen wurde bis 21. Februar 2005, eines detaillierten Bauzeitplanes bis Ende jener Woche in Aussicht gestellt. Die Erklärung der Aufteilung in Bauphasen 2a und 2b wurde ebenso zugesagt. Es ist festgehalten, dass sich sämtliche zeitliche Angaben und Einschränkungen der Antragstellerin in allen Positionen auf das Bauende 29. Dezember 2006 bzw. auf eine Baudauer von 20 Monaten beziehen. Weiters wurden Bieterlücken und wesentliche Positionen erörtert. Bei der Miete für das Baubüro und den Anteilen aus den zeitgebundenen Kosten der Baustelle ist festgehalten, dass diese trotz einer Bauzeit von 20 Monaten nur für 18 Monate kalkuliert sind. Nach Übergabe des Bezugsquellennachweises, der K6- und K7- Blätter für alle Positionen wurden einige ausgewählte Positionen erörtert. (Protokoll über das Bietergespräch vom 17. Februar 2005)

Mit Schreiben vom 21. Februar 2005 reichte die Antragstellerin K4- und K7-Blätter, Ergänzungen der Bieterlückentexte und der Subunternehmer, Beschreibungen des Leitschienensystems und des Wildschutzzauns und einen Grobzeitplan nach. Daraus ergibt sich, dass die Miete für das Baubüro, der Überwachungsvertrag Labor und die laufenden Personal-Baustellenkosten für 18 Monate kalkuliert sind. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

In der Niederschrift über die Angebotsprüfung vom 22. Februar 2005 wurde das Angebot der Antragstellerin zur Amtsvariante B für den Zuschlag vorgeschlagen. Mit E-Mail vom 23. Februar 2005 wurde die Zuschlagsentscheidung zugunsten der nunmehrigen Antragstellerin, Variante B, allen Bietern bekannt gegeben. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Am 7. März 2005 brachte die nunmehrige Teilnahmeantragstellerin einen Nachprüfungsantrag gegen die Zuschlagsentscheidung vom 23. Februar 2005 ein. Am 15. März 2005 widerrief die Auftraggeberin die Zuschlagsentscheidung vom 23. Februar 2005 und verständigte alle Bieter davon. (Verfahrensakt des Bundesvergabeamtes zur Zahl 17N-12/05)

Am 30. März 2005 fand ein neuerliches Bietergespräch mit der Antragstellerin bei der ASFINAG Baumanagement GmbH statt. Darin wurden die Befugnis der Antragstellerin, das Überkleben des ursprünglichen Bieterfeldes auf dem Angebotsdeckblatt, die Subunternehmernennung erst vor Leistungsbeginn, die Vorlage von nur zwölf K4-Blättern mit dem Angebot, das mangelhafte Ausfüllen der Bieterlücken, verschiedene von der Auftraggeberin vorgehaltene Über-

und Unterpreise, Kalkulationsfehler sowie allfällige Unklarheiten hinsichtlich der Auftraggeber - Ausschreibung besprochen. Mit Telefax vom 5. April 2005 erteilte die nunmehr rechtsfreundlich vertretene Antragstellerin im Nachhang zu dem Bietergespräch vom 30. März 2005 Aufklärung. Darin erteilte sie Auskunft zur Gewerbeberechtigung der Antragstellerin. Sie gab die Handelsregisternummer der Kirchner International GmbH und die beabsichtigte Verwendung der Mischanlage der A*** in Lilienfeld bekannt. Weiters wurde die Subunternehmerliste erörtert. Zu den K4-Blättern gab die Antragstellerin an, dass diese den Anforderungen der ÖNORM B 2061 und der Ausschreibungsunterlagen entsprechen. Es seien sämtliche Materialpreise deklariert worden. Diese ergeben sich im Detail aus den mit dem Angebot abgegebenen K7-Blättern. Seien für den Auftraggeber diese Aufschlüsselungen nicht ausreichend, so sei eine zusammenfassende Abbildung und Darstellung der auch in den K7-Blättern enthaltenen Materialpreise im Rahmen einer präzisen K4-Blatt Darstellung möglich. Eine solche sei vom Auftraggeber gefordert und auch beigebracht worden. Aus diesem Grund sei aus Sicht der Antragstellerin nicht von einer Mangelhaftigkeit der K4-Blätter auszugehen, da die nachgereichten Positionen lediglich eine zusammenfassende Aufstellung der bereits mit dem Angebot abgegebenen Kalkulationsgrundlagen darstellten. Die Bieterlücken seien vollständig ausgefüllt. Es handle sich nicht um Bieterlücke iSd § 75 Abs. 9 BVergG. Aufgrund der detaillierten Ausschreibung sei die zu erbringende Leistung schon klar und eindeutig vorgegeben, sodass der Bieter an die Qualität der ausgeschriebenen Leistung gebunden sei. Weiters wurde Aufklärung zur Kalkulation einer Reihe vorgehaltener Positionen erteilt. Bei der Ausschreibung bestehen keine Kalkulationsfehler und keine Unklarheiten (Unterlagen des Vergabeverfahrens) Am 30. März 2005 fand ein neuerliches Bietergespräch mit der Antragstellerin bei der ASFINAG Baumanagement GmbH statt. Darin wurden die Befugnis der Antragstellerin, das Überkleben des ursprünglichen Bieterfeldes auf dem Angebotsdeckblatt, die Subunternehmernennung erst vor Leistungsbeginn, die Vorlage von nur zwölf K4-Blättern mit dem Angebot, das mangelhafte Ausfüllen der Bieterlücken, verschiedene von der Auftraggeberin vorgehaltene Über- und Unterpreise, Kalkulationsfehler sowie allfällige Unklarheiten hinsichtlich der Auftraggeber - Ausschreibung besprochen. Mit Telefax vom 5. April 2005 erteilte die nunmehr rechtsfreundlich vertretene Antragstellerin im Nachhang zu dem Bietergespräch vom 30. März 2005 Aufklärung. Darin erteilte sie Auskunft zur Gewerbeberechtigung der Antragstellerin. Sie gab die Handelsregisternummer der Kirchner International GmbH und die beabsichtigte Verwendung der Mischanlage der A*** in Lilienfeld bekannt. Weiters wurde die Subunternehmerliste erörtert. Zu den K4-Blättern gab die Antragstellerin an, dass diese den Anforderungen der ÖNORM B 2061 und der Ausschreibungsunterlagen entsprechen. Es seien sämtliche Materialpreise deklariert worden. Diese ergeben sich im Detail aus den mit dem Angebot abgegebenen K7-Blättern. Seien für den Auftraggeber diese Aufschlüsselungen nicht ausreichend, so sei eine zusammenfassende Abbildung und Darstellung der auch in den K7-Blättern enthaltenen Materialpreise im Rahmen einer präzisen K4-Blatt Darstellung möglich. Eine solche sei vom Auftraggeber gefordert und auch beigebracht worden. Aus diesem Grund sei aus Sicht der Antragstellerin nicht von einer Mangelhaftigkeit der K4-Blätter auszugehen, da die nachgereichten Positionen lediglich eine zusammenfassende Aufstellung der bereits mit dem Angebot abgegebenen Kalkulationsgrundlagen darstellten. Die Bieterlücken seien vollständig ausgefüllt. Es handle sich nicht um Bieterlücke iSd Paragraph 75, Absatz 9, BVergG. Aufgrund der detaillierten Ausschreibung sei die zu erbringende Leistung schon klar und eindeutig vorgegeben, sodass der Bieter an die Qualität der ausgeschriebenen Leistung gebunden sei. Weiters wurde Aufklärung zur Kalkulation einer Reihe vorgehaltener Positionen erteilt. Bei der Ausschreibung bestehen keine Kalkulationsfehler und keine Unklarheiten (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Im Aktenvermerk der ASFINAG Baumanagement GmbH vom 11. April 2005 ist festgehalten, dass das Angebot der Antragstellerin auszuscheiden sei. In Position 01011210A "Zeitgebundene Kosten"

seien - nur für den Aufwand Personal - Kosten nur für einen Zeitraum von 18 Monaten kalkuliert worden, obwohl die Bauzeit 20 Monate betrage. Eine Begründung sei nicht geboten worden. Preise in verschiedenen anderen Positionen seien ebenfalls nicht

aufgeklärt

worden. Das Fehlen der K4-Blätter stelle auf Grundlage der Ausschreibungsunterlagen einen unbehebbarer Mangel dar. Die Subunternehmangaben seien in Widerspruch zu den Vorgaben der Ausschreibungsunterlagen. Das Angebot sei nach § 98 Z 5 und 8 BVergG auszuscheiden. (Unterlagen des Vergabeverfahrens) worden. Das Fehlen der K4-Blätter stelle auf Grundlage der Ausschreibungsunterlagen einen unbehebbarer Mangel dar. Die Subunternehmangaben seien in Widerspruch zu den Vorgaben der Ausschreibungsunterlagen. Das Angebot sei nach Paragraph 98, Ziffer 5 und 8 BVergG auszuscheiden. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Mit Telefax vom 13. April 2005 forderte die Auftraggeberin die Teilnahmeantragstellerin zur Vorlage von K-Blättern und zur Aufklärung verschiedener Positionen binnen sieben Tagen aufgefordert. Mit Schreiben vom 20. April 2005 übermittelte die Teilnahmeantragstellerin die angeforderten Unterlagen und erteilte Aufklärung zu den angesprochenen Positionen. Mit Schreiben vom 28. April 2005 stimmte die Teilnahmeantragstellerin der Verlängerung der Zuschlagsfrist bis 4. Juni 2005 zu. Mit Telefax vom 27. April 2005 stimmte die Antragstellerin der Verlängerung der Zuschlagsfrist um einen Monat zu. Mit Telefax vom 18. Mai 2005 forderte die Auftraggeberin die Teilnahmeantragstellerin auf, den Subunternehmer für den Leistungsteil "Leitschienen - Brückenbau" bekannt zu geben und die Abänderung des K7-Blattes für die Position "Schüttmaterial beistellen" aufzuklären. Mit Schreiben vom 24. Mai 2005 klärte die Teilnahmeantragstellerin dahingehend auf, dass für den Bereich der "Leitschienen" kein Subunternehmer zum Einsatz komme, sondern es sich um einen Lieferanten handle. Das nachgereichte K7-Blatt unterscheide sich nicht in der Kalkulation, sondern sei lediglich detaillierter. Mit Schreiben vom 30. Mai 2005 stimmte die Teilnahmeantragstellerin der Verlängerung der Zuschlagsfrist bis 4. Juli 2005 zu. Mit Telefax vom 1. Juni 2005 stimmte die Antragstellerin der Verlängerung der Zuschlagsfrist um einen Monat zu. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Am 7. Juni 2005 gab die Auftraggeberin die gegenständliche Zuschlagsentscheidung zugunsten der Teilnahmeantragstellerin, Alternative 7, allen Bietern per Telefax bekannt. Mit Schreiben vom 7. Juni 2005 forderte die Antragstellerin die Auftraggeberin zur Auskunft nach § 100 Abs. 3 BVergG auf. Mit Telfax vom 8. Juni 2005 forderte die drittgereichte Bieterin zur Bekanntgabe nach § 100 Abs. 3 BVergG auf. Mit Telefax vom 9. Juni 2005 erteilte die Auftraggeberin der Antragstellerin und der drittgereichten Bieterin die Auskünfte. (Unterlagen des Vergabeverfahrens) Am 7. Juni 2005 gab die Auftraggeberin die gegenständliche Zuschlagsentscheidung zugunsten der Teilnahmeantragstellerin, Alternative 7, allen Bietern per Telefax bekannt. Mit Schreiben vom 7. Juni 2005 forderte die Antragstellerin die Auftraggeberin zur Auskunft nach Paragraph 100, Absatz 3, BVergG auf. Mit Telfax vom 8. Juni 2005 forderte die drittgereichte Bieterin zur Bekanntgabe nach Paragraph 100, Absatz 3, BVergG auf. Mit Telefax vom 9. Juni 2005 erteilte die Auftraggeberin der Antragstellerin und der drittgereichten Bieterin die Auskünfte. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Das Vergabeverfahren wurde nicht widerrufen. Der Auftrag wurde nicht erteilt. (Auskunft der Auftraggeberin)

Die Antragstellerin und die Teilnahmeantragstellerin bezahlten Pauschalgebühren in der Höhe von Euro 10.000,- bzw. Euro 2.500,-. (Verfahrensakt des Bundesvergabeamtes)

Dieser Sachverhalt ergibt sich aus den jeweils in Klammern genannte Beweismitteln. Diese sind die Originalunterlagen des Vergabeverfahrens, amtliche Bekanntmachungen und Verfahrensakten des Bundesvergabeamtes, sodass an ihrer Richtigkeit und Vollständigkeit kein Zweifel besteht. Widersprüche traten nicht auf.

3. Rechtliche Würdigung

3.1 Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes

Der gegenständliche Auftrag wurde als Bauauftrag ausgeschrieben. Es handelt sich um Straßen- und Brückenbauarbeiten. Diese sind Bautätigkeiten entsprechend Position 502.3, Brücken-, Tunnel- und Schachtbau, Grundbohrungen sowie 502.5 Straßenbau (einschließlich spezialisierter Bau von Flugplätzen und Landebahnen) nach Anhang I zum BVergG. Nach § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG handelt es sich daher um einen Bauauftrag. Der gegenständliche Auftrag wurde als Bauauftrag ausgeschrieben. Es handelt sich um Straßen- und Brückenbauarbeiten. Diese sind Bautätigkeiten entsprechend Position 502.3, Brücken-, Tunnel- und Schachtbau, Grundbohrungen sowie 502.5 Straßenbau (einschließlich spezialisierter Bau von Flugplätzen und Landebahnen) nach Anhang römisch eins zum BVergG. Nach Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG handelt es sich daher um einen Bauauftrag.

Auftraggeberin ist die ASFINAG. Als Unternehmensgegenstand ist nach Art. II § 2 Abs. 1 ASFINAG - Gesetz BGBl Nr. 591/1982 idF BGBl I Nr. 174/2004, im Wesentlichen die Finanzierung, die Planung, der Bau und die Erhaltung des Hochrangigen Straßennetzes in Österreich einschließlich der dazu notwendigen und zweckdienlichen Infrastruktur, die Einhebung von Mauten und Benützungsgebühren von den Nutzern dieser Straßen sowie die Bedienung der von ihr gemäß Art. II § 5 des ASFINAG - Gesetzes zur Erfüllung des Gesellschaftszweckes eingegangenen Verbindlichkeiten. Sie ist eine Aktiengesellschaft und ist unter FN 92191a im Firmenbuch eingetragen. Sie genießt daher Rechtspersönlichkeit. Ihre Anteile sind gemäß Art. II § 1 ASFINAG - Gesetz zu 100% dem Bund vorbehalten. Gemäß Art. II § 9 Abs. 2 ASFINAG - Gesetz sind der ASFINAG umfangreiche Auskunftspflichten gegenüber dem Bund auferlegt. Es handelt sich bei der

ASFINAG daher um eine öffentliche Einrichtung iSv § 7 Abs. 1 Z 2 BVergG. Aufgrund der Eigentumsverhältnisse fällt sie nach Art. 14b Abs. 2 lit. d B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes iSd § 135 Abs. 2 BVergG, sodass eine Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten gegeben ist. Auftraggeberin ist die ASFINAG. Als Unternehmensgegenstand ist nach Artikel römisch zwei, Paragraph 2, Absatz eins, ASFINAG - Gesetz, Bundesgesetzblatt Nr. 591 aus 1982, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 174 aus 2004,, im Wesentlichen die Finanzierung, die Planung, der Bau und die Erhaltung des Hochrangigen Straßennetzes in Österreich einschließlich der dazu notwendigen und zweckdienlichen Infrastruktur, die Einhebung von Mauten und Benützungsgebühren von den Nutzern dieser Straßen sowie die Bedienung der von ihr gemäß Artikel römisch zwei, Paragraph 5, des ASFINAG - Gesetzes zur Erfüllung des Gesellschaftszweckes eingegangenen Verbindlichkeiten. Sie ist eine Aktiengesellschaft und ist unter FN 92191a im Firmenbuch eingetragen. Sie genießt daher Rechtspersönlichkeit. Ihre Anteile sind gemäß Artikel römisch zwei, Paragraph eins, ASFINAG - Gesetz zu 100% dem Bund vorbehalten. Gemäß Artikel römisch zwei, Paragraph 9, Absatz 2, ASFINAG - Gesetz sind der ASFINAG umfangreiche Auskunftspflichten gegenüber dem Bund auferlegt. Es handelt sich bei der ASFINAG daher um eine öffentliche Einrichtung iSv Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG. Aufgrund der Eigentumsverhältnisse fällt sie nach Artikel 14 b, Absatz 2, Litera d, B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes iSd Paragraph 135, Absatz 2, BVergG, sodass eine Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten gegeben ist.

Das gegenständliche Vergabeverfahren führt das Amt der Niederösterreichischen Landesregierung im Auftrag und im Namen der ASFINAG. Es fungiert daher als vergebende Stelle iSd § 20 Z 36 BVergG. Das gegenständliche Vergabeverfahren führt das Amt der Niederösterreichischen Landesregierung im Auftrag und im Namen der ASFINAG. Es fungiert daher als vergebende Stelle iSd Paragraph 20, Ziffer 36, BVergG.

Der geschätzte Wert des gegenständlichen Auftrages überschreitet den Schwellenwert nach § 9 Abs. 1 Z 3 BVergG bei weitem. Daher sind auf das gegenständliche Vergabeverfahren die Regelungen für den Oberschwellenbereich nach § 16 Abs. 1 BVergG anzuwenden. Der geschätzte Wert des gegenständlichen Auftrages überschreitet den Schwellenwert nach Paragraph 9, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG bei weitem. Daher sind auf das gegenständliche Vergabeverfahren die Regelungen für den Oberschwellenbereich nach Paragraph 16, Absatz eins, BVergG anzuwenden.

3.2 Zulässigkeit des Antrages

Gemäß § 162 Abs. 2 BVergG ist das Bundesvergabeamt bis zur Zuschlagserteilung zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hiezu 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 hiezu 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.

Der Antragstellerin wurde die Zuschlagsentscheidung am 7. Juni 2005 mitgeteilt. Sie brachte den gegenständlichen Nachprüfungsantrag am 21. Juni 2005 ein. Er ist daher rechtzeitig. Er erfüllt auch die übrigen Voraussetzungen nach § 166 Abs. 1 BVergG. Ein Grund für die Unzulässigkeit des Antrages nach § 166 Abs. 2 BVergG liegt nicht vor. Der Inhalt des Antrages lässt nicht erkennen, dass die behauptete Rechtsverletzung keinen Einfluss auf das weitere Vergabeverfahren hat. Ganz im Gegenteil ist bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin ein anderes Ergebnis des Vergabeverfahrens, nämlich die Auswahl der Antragstellerin als Zuschlagempfängerin zu erwarten. Nach § 170 Abs. 2 BVergG ist daher ein Nachprüfungsverfahren nach § 163 BVergG einzuleiten und wurde durch die Verständigung der Auftraggeberin bereits eingeleitet. Die inhaltliche Beurteilung des Vorbringens der Antragstellerin ist jedoch nicht Gegenstand der einstweiligen Verfügung, sondern dem Hauptverfahren vorbehalten. Gerade die Prüfung der von der Auftraggeberin herangezogenen Ausscheidensgründe ist Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens, weshalb sie nicht zur Aberkennung der Antragslegitimation der Antragstellerin führen können. Der Antragstellerin wurde die Zuschlagsentscheidung am 7. Juni 2005 mitgeteilt. Sie brachte den gegenständlichen Nachprüfungsantrag am 21. Juni 2005 ein. Er ist daher rechtzeitig. Er erfüllt auch die übrigen Voraussetzungen nach Paragraph 166, Absatz eins, BVergG. Ein Grund für die Unzulässigkeit des Antrages nach Paragraph 166, Absatz 2, BVergG liegt nicht vor. Der Inhalt des Antrages lässt nicht erkennen, dass die behauptete

Rechtsverletzung keinen Einfluss auf das weitere Vergabeverfahren hat. Ganz im Gegenteil ist bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin ein anderes Ergebnis des Vergabeverfahrens, nämlich die Auswahl der Antragstellerin als Zuschlagsempfängerin zu erwarten. Nach Paragraph 170, Absatz 2, BVergG ist daher ein Nachprüfungsverfahren nach Paragraph 163, BVergG einzuleiten und wurde durch die Verständigung der Auftraggeberin bereits eingeleitet. Die inhaltliche Beurteilung des Vorbringens der Antragstellerin ist jedoch nicht Gegenstand der einstweiligen Verfügung, sondern dem Hauptverfahren vorbehalten. Gerade die Prüfung der von der Auftraggeberin herangezogenen Ausscheidensgründe ist Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens, weshalb sie nicht zur Aberkennung der Antragslegitimation der Antragstellerin führen können.

3.3. Parteien des Verfahrens

Nach § 165 Abs. 2 BVergG kommt einem Teilnahmeantragsteller Parteistellung im Verfahren zur Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung zu. Die rechtlichen Interessen der Teilnahmeantragstellerin sind in ihrer Rolle als in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin durch die Entscheidung des Bundesvergabebeamtes zweifellos berührt. Der Teilnahmeantrag wurde fristgerecht eingebracht. Die Frage der Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung ist für die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin jedenfalls von entscheidender Bedeutung dafür, ob sie den Auftrag erhält. Der Teilnahmeantrag enthält alle Angaben nach § 168 Abs. 1 BVergG. Ein Grund für die Unzulässigkeit des Teilnahmeantrages nach § 168 Abs. 2 BVergG liegt nicht vor. Der Teilnahmeantragstellerin kommt daher Parteistellung im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren zu. Nach Paragraph 165, Absatz 2, BVergG kommt einem Teilnahmeantragsteller Parteistellung im Verfahren zur Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung zu. Die rechtlichen Interessen der Teilnahmeantragstellerin sind in ihrer Rolle als in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin durch die Entscheidung des Bundesvergabebeamtes zweifellos berührt. Der Teilnahmeantrag wurde fristgerecht eingebracht. Die Frage der Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung ist für die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin jedenfalls von entscheidender Bedeutung dafür, ob sie den Auftrag erhält. Der Teilnahmeantrag enthält alle Angaben nach Paragraph 168, Absatz eins, BVergG. Ein Grund für die Unzulässigkeit des Teilnahmeantrages nach Paragraph 168, Absatz 2, BVergG liegt nicht vor. Der Teilnahmeantragstellerin kommt daher Parteistellung im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren zu.

3.4 Inhaltliche Beurteilung - Spruch Punkt I 3.4 Inhaltliche Beurteilung - Spruch Punkt römisch eins.

Nach § 21 Abs. 1 BVergG sind Aufträge über Leistungen nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu vergeben. Nach Paragraph 21, Absatz eins, BVergG sind Aufträge über Leistungen nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu vergeben.

Nach § 70 Abs. 1 BVergG sind in den Ausschreibungsunterlagen Bestimmungen über die Zulässigkeit von Subunternehmerleistungen zu treffen. Die Weitergabe des gesamten Auftrages ist unzulässig, ausgenommen hiervon sind Kaufverträge sowie die Weitergabe an verbundene Unternehmen. Der Auftragnehmer hat wesentliche Teile jener Arbeiten, die in seine Befugnis fallen - für Baumeisterleistungen sind als Basis dieser Beurteilung die dem Baumeister gemäß § 202 GewO 1994, BGBl. Nr. 194, in der jeweils geltenden Fassung, allein vorbehaltenen ausführenden Tätigkeiten heranzuziehen - selbst auszuführen. Die Weitergabe von Teilen der Leistung ist überdies nur insoweit zulässig, als der Subunternehmer die für die Ausführung seines Teiles erforderliche Befugnis, die zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit des Bieters erforderliche technische Leistungsfähigkeit sowie die besondere berufliche Zuverlässigkeit gemäß § 55 besitzt. Nach Paragraph 70, Absatz eins, BVergG sind in den Ausschreibungsunterlagen Bestimmungen über die Zulässigkeit von Subunternehmerleistungen zu treffen. Die Weitergabe des gesamten Auftrages ist unzulässig, ausgenommen hiervon sind Kaufverträge sowie die Weitergabe an verbundene Unternehmen. Der Auftragnehmer hat wesentliche Teile jener Arbeiten, die in seine Befugnis fallen - für Baumeisterleistungen sind als Basis dieser Beurteilung die dem Baumeister gemäß Paragraph 202, GewO 1994, Bundesgesetzblatt Nr. 194, in der jeweils geltenden Fassung, allein vorbehaltenen ausführenden Tätigkeiten heranzuziehen - selbst auszuführen. Die Weitergabe von Teilen der Leistung ist überdies nur insoweit zulässig, als der Subunternehmer die für die Ausführung seines Teiles erforderliche Befugnis, die zum Nachweis der technischen

Leistungsfähigkeit des Bieters erforderliche technische Leistungsfähigkeit sowie die besondere berufliche Zuverlässigkeit gemäß Paragraph 55, besitzt.

Nach § 70 Abs. 2 BVergG hat der Bieter in seinem Angebot den Teil des Auftrages anzugeben, den er möglicherweise im Wege von Subaufträgen an Dritte zu vergeben beabsichtigt. Die Haftung des Auftragnehmers wird durch diese Angabe nicht berührt. Nach Paragraph 70, Absatz 2, BVergG hat der Bieter in seinem Angebot den Teil des Auftrages anzugeben, den er möglicherweise im Wege von Subaufträgen an Dritte zu vergeben beabsichtigt. Die Haftung des Auftragnehmers wird durch diese Angabe nicht berührt.

Nach § 81 Abs. 1 BVergG hat sich der Bieter, sofern nicht ein Verhandlungsverfahren durchgeführt wird, bei der Erstellung des Angebotes an die Ausschreibungsunterlagen zu halten. Der vorgeschriebene Text der Ausschreibungsunterlagen darf weder geändert noch ergänzt werden. Nach Paragraph 81, Absatz eins, BVergG hat sich der Bieter, sofern nicht ein Verhandlungsverfahren durchgeführt wird, bei der Erstellung des Angebotes an die Ausschreibungsunterlagen zu halten. Der vorgeschriebene Text der Ausschreibungsunterlagen darf weder geändert noch ergänzt werden.

Nach § 82 Abs. 1 BVergG müssen Angebote die in den Ausschreibungsunterlagen vorgeschriebene Form aufweisen. Bei einem Datenträgeraustausch ist die Abgabe eines automationsunterstützt erstellten, ausgepreisten, ausgedruckten und rechtsgültig unterfertigten Kurzleistungsverzeichnisses dann zulässig, wenn zugleich auch die vom Auftraggeber erstellte Beschreibung der Leistung vom Bieter rechtsgültig unterfertigt abgegeben wird. Nach Paragraph 82, Absatz eins, BVergG müssen Angebote die in den Ausschreibungsunterlagen vorgeschriebene Form aufweisen. Bei einem Datenträgeraustausch ist die Abgabe eines automationsunterstützt erstellten, ausgepreisten, ausgedruckten und rechtsgültig unterfertigten Kurzleistungsverzeichnisses dann zulässig, wenn zugleich auch die vom Auftraggeber erstellte Beschreibung der Leistung vom Bieter rechtsgültig unterfertigt abgegeben wird.

Nach § 83 Abs. 1 BVergG muss jedes Angebot insbesondere enthalten. Nach Paragraph 83, Absatz eins, BVergG muss jedes Angebot insbesondere enthalten:

1. 2. Ziffer 2

Bekanntgabe jener wesentlichen Teilleistungen, die der Bieter an Subunternehmer weiterzugeben beabsichtigt. Dabei sind die jeweils in Frage kommenden Unternehmer, an die Teile der Leistung weiterzugeben beabsichtigt ist, bzw. die allenfalls bereits ausgewählten Unternehmer zu nennen. Die Nennung mehrerer Subunternehmer je Leistungsteil ist möglich;

2. 6. Ziffer 6

sonstige für die Beurteilung des Angebotes geforderte oder vom Bieter für notwendig erachtete Erläuterungen, besondere Erklärungen oder Vorbehalte; ferner die Aufzählung der dem Angebot beigeschlossenen Unterlagen, jener Nachweise, die gemäß den §§ 53, 54, 56 und 57 verlangt wurden, sowie jener Unterlagen, die gesondert eingereicht werden (zB Proben, Muster); sonstige für die Beurteilung des Angebotes geforderte oder vom Bieter für notwendig erachtete Erläuterungen, besondere Erklärungen oder Vorbehalte; ferner die Aufzählung der dem Angebot beigeschlossenen Unterlagen, jener Nachweise, die gemäß den Paragraphen 53, 54, 56 und 57 verlangt wurden, sowie jener Unterlagen, die gesondert eingereicht werden (zB Proben, Muster);

Nach § 91 Abs. 1 BVergG hat die Prüfung der Angebote in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Kriterien zu erfolgen. Nach Paragraph 91, Absatz eins, BVergG hat die Prüfung der Angebote in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Kriterien zu erfolgen.

Nach § 91 Abs. 2 BVergG ist im Einzelnen zu prüfen. Nach Paragraph 91, Absatz 2, BVergG ist im Einzelnen zu prüfen,

1. 1. Ziffer eins

ob den in § 21 Abs. 1 BVergG angeführten Grundsätzen entsprochen wurde; ob den in Paragraph 21, Absatz eins, BVergG angeführten Grundsätzen entsprochen wurde;

2. 2. Ziffer 2

die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Bieters;

3. 3. Ziffer 3

ob das Angebot rechnerisch richtig ist;

4. 4. Ziffer 4

die Angemessenheit der Preise;

5. 5.Ziffer 5

ob das Angebot den sonstigen Bestimmungen der Ausschreibung entspricht, insbesondere ob es formrichtig und vollständig ist.

Nach § 91 Abs. 3 BVergG ist, soweit ein Angebot die Weitergabe von Teilleistungen an Subunternehmer vorsieht, jedenfalls zu prüfen, ob die angegebenen Subunternehmer die erforderliche Befugnis, die zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit des Bieters erforderliche technische Leistungsfähigkeit sowie die besondere berufliche Zuverlässigkeit gemäß § 55 BVergG zur Erbringung der vorgesehenen Teilleistungen besitzen. Nach Paragraph 91, Absatz 3, BVergG ist, soweit ein Angebot die Weitergabe von Teilleistungen an Subunternehmer vorsieht, jedenfalls zu prüfen, ob die angegebenen Subunternehmer die erforderliche Befugnis, die zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit des Bieters erforderliche technische Leistungsfähigkeit sowie die besondere berufliche Zuverlässigkeit gemäß Paragraph 55, BVergG zur Erbringung der vorgesehenen Teilleistungen besitzen.

Nach § 98 BVergG hat die vergebende Stelle vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auf Grund des Ergebnisses der Prüfung die folgenden Angebote auszuschneiden: Nach Paragraph 98, BVergG hat die vergebende Stelle vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auf Grund des Ergebnisses der Prüfung die folgenden Angebote auszuschneiden:

1. 5.Ziffer 5

Angebote von Bieter, die es unterlassen haben, innerhalb der ihnen gestellten Frist die verlangten Aufklärungen zu geben oder deren Aufklärung einer nachvollziehbaren Begründung entbehrt;

2. 8.Ziffer 8

den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote sowie nicht gleichwertige Alternativangebote, fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn die Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind, ferner Teil- und Alternativangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden;

Die Ausschreibung wurde innerhalb der Frist des § 169 Abs. 1 Z 1 lit. a BVergG nicht angefochten. Sie ist daher bestandsfest geworden. Sie ist wegen des in § 21 Abs. 1 BVergG festgelegten Grundsatzes der Gleichbehandlung aller Bieter Grundlage der Prüfung und Bewertung der Angebote (z.B. BVA 5.6.2003, 12N-33/03-15 mwN). Die Ausschreibung wurde innerhalb der Frist des Paragraph 169, Absatz eins, Ziffer eins, Litera a, BVergG nicht angefochten. Sie ist daher bestandsfest geworden. Sie ist wegen des in Paragraph 21, Absatz eins, BVergG festgelegten Grundsatzes der Gleichbehandlung aller Bieter Grundlage der Prüfung und Bewertung der Angebote (z.B. BVA 5.6.2003, 12N-33/03-15 mwN).

Das Angebot der Antragstellerin wurde ausgeschieden. Da das Nachprüfungsverfahren ausschließlich der Durchsetzung subjektiver Rechte des Bieters und nicht einer objektiven Rechtmäßigkeitskontrolle des Vergabeverfahrens dient (VfGH 10.12.2001, B 405/99; Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 [2005] § 162 Rz 69 ff), ist vorerst die Rechtmäßigkeit des Ausscheidens des Angebotes der Antragstellerin zu prüfen. Erweist sich dabei, dass das Ausscheiden zu Recht erfolgte, sind allfällige Verstöße des Auftraggebers gegen Vergabevorschriften für die Rechtsposition der Antragstellerin ohne Belang (VwGH 18.5.2005, 2004/04/0094). Das Angebot der Antragstellerin wurde ausgeschieden. Da das Nachprüfungsverfahren ausschließlich der Durchsetzung subjektiver Rechte des Bieters und nicht einer objektiven Rechtmäßigkeitskontrolle des Vergabeverfahrens dient (VfGH 10.12.2001, B 405/99; Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 [2005] Paragraph 162, Rz 69 ff), ist vorerst die Rechtmäßigkeit des Ausscheidens des Angebotes der Antragstellerin zu prüfen. Erweist sich dabei, dass das Ausscheiden zu Recht erfolgte, sind allfällige Verstöße des Auftraggebers gegen Vergabevorschriften für die Rechtsposition der Antragstellerin ohne Belang (VwGH 18.5.2005, 2004/04/0094).

Eine Ausnahme kann möglicherweise nur dann bestehen, wenn alle Angebote auszuschneiden wären (BVA 26.4.2004, 12N-2/04-55 [verstärkter Senat]). Da jedoch das Angebot der dritten Bieterin nicht ausgeschieden wurde und Ausscheidensgründe nicht hervortraten, kommt es für die Zuschlagserteilung selbst bei Ausscheiden des Angebotes der Teilnahmeantragstellerin in Betracht. Da allerdings die Zuschlagsfrist seitens dieser Bieterin nicht verlängert wurde, ist es nicht mehr bindend. Es ist jedoch nach wie vor ein gültiges Angebot. Eine Zuschlagserteilung wäre nach der Regelung des § 101 zweiter Satz BVergG rechtlich noch immer möglich. Die Rechtsfolge des Widerrufs wegen

Ausscheidens aller Angebote nach § 105 Abs. 3 BVerfG träte nicht ein. Eine Ausnahme kann möglicherweise nur dann bestehen, wenn alle Angebote auszuschneiden wären (BVA 26.4.2004, 12N-2/04-55 [verstärkter Senat]). Da jedoch das Angebot der dritten Bieterin nicht ausgeschieden wurde und Ausscheidensgründe nicht hervortraten, kommt es für die Zuschlagserteilung selbst bei Ausscheiden des Angebotes der Teilnahmeantragstellerin in Betracht. Da allerdings die Zuschlagsfrist seitens dieser Bieterin nicht verlängert wurde, ist es nicht mehr bindend. Es ist jedoch nach wie vor ein gültiges Angebot. Eine Zuschlagserteilung wäre nach der Regelung des Paragraph 101, zweiter Satz BVerfG rechtlich noch immer möglich. Die Rechtsfolge des Widerrufs wegen Ausscheidens aller Angebote nach Paragraph 105, Absatz 3, BVerfG träte nicht ein.

Die Auftraggeberin begründet das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin mit einer Kalkulation der zeitgebundenen Kosten in Position 01011210A mit 18 Monaten statt der 20 Monate ausschreibungsgemäßer Bauzeit, der Kalkulation in den Positionen 03024330B "Aushub für Bodenauswechslung wegschaffen", 03024450A "Wegschaffen von Boden", 03024540A 0B "Schüttmaterial liefern verdichtbar", "03024330A "Aushub für Bodenauswechslung und Verfuhr". Weitere Ausscheidensgründe waren der unvollständige Anschluss von K4-Blättern und die mangelhafte Angabe der vorgesehenen Subunternehmern.

"Insbesondere bei einem Gegensatz zu Formalvorgaben der Ausschreibung erscheint ein kategorischer Ausschluss jeglicher Verbesserungsmöglichkeit angesichts der Ausführungen des VwGH als nicht vertretbar." (Fink/Schiefer in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht2 [2005] 403)

Verbesserbar sind nach Aicher (Aicher, Wettbewerbsrechtliche und wettbewerbspolitische Überlegungen zur Regierungsvorlage eines Vergabegesetzes, in Korinek/Rill, Zur Reform des Vergaberechtes [1985] 111) nur jene Mängel, "die nicht nach Angebotsöffnung zu einer Veränderung der Wettbewerbsstellung der Bieter führen". Kropik betrachtet die Behebung eines Mangels nur dann als zulässig, wenn ein zivilrechtliches Angebot vorliegt, sowie durch die Mängelbehebung weder Wert noch Preis der angebotenen Leistung modifiziert und die zur Leistungserbringung aufzuwendenden Kosten nur in einem unwesentlichen Ausmaß geändert werden. Die zwingenden Ausschlussbestimmungen sind einzuhalten, der ursprüngliche Angebotswille darf nicht verloren gehen, die Vergabegrundsätze dürfen nicht verletzt werden und die Mängelbehebung muss eindeutig, transparent und nachvollziehbar sein (Kropik, Mängel im Angebot [2001] 66). Schramm geht nur dann von einem behebbaren Mangel aus, wenn zwar eine Wert- oder Preisänderung eintritt, es jedoch zu keiner Veränderung der Wettbewerbsstellung kommt (Schramm, Zum Ausscheiden von Angeboten, in Schramm/Aicher, Vergaberecht und PPP [2004] 45). Der VwGH hat ausgesprochen, dass "bei der Abgrenzung zwischen behebbaren und unbehebbaren Mängeln darauf abzustellen [ist], ob durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbieterinnen materiell verbessert würde". Eine andere Sicht könnte nur dann geboten sein, "wenn durch eine Mängelbehebung eine "wenn auch nur mittelbare" materielle Verbesserung der Wettbewerbsstellung insofern eintreten würde, als damit nicht alle Bieter nach der Veröffentlichung der Bekanntmachung über denselben Zeitraum verfügen würden, um ihre Angebote auszuarbeiten", oder ein derartiger formaler Mangel vorliegt, "dass dem Auftraggeber eine Bearbeitung nicht zugemutet werden könne" (VwGH 25.2.2004,

2003/04/0186 = RPA 2004/92 [Latzenhofer] = ZVB 2004, 189

[Gruber] = RdW 2004/317, 345 [Öhler]). "Ein behebbarer Mangel

liegt daher dann vor, wenn es durch die Mängelbehebung zu keiner Änderung der Bewertung unter den Zuschlagskriterien kommt, auch wenn mit der Mängelbehebung eine Wert- oder Preisänderung verbunden ist. Dies deckt sich mit der Rsp des VwGH, der darauf abstellt, ob durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbieterinnen (wenn auch nur mittelbar) materiell verbessert würde." (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 [2005] § 98 Rz 153) liegt daher dann vor, wenn es durch die Mängelbehebung zu keiner Änderung der Bewertung unter den Zuschlagskriterien kommt, auch wenn mit der Mängelbehebung eine Wert- oder Preisänderung verbunden ist. Dies deckt sich mit der Rsp des VwGH, der darauf abstellt, ob durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbieterinnen (wenn auch nur mittelbar) materiell verbessert würde." (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 [2005] Paragraph 98, Rz 153)

In der Ausschreibung sind die Kalkulationsformblätter K3 und K4 bei Angeboten mit einem Angebotspreis über Euro 300.000,-- verlangt. Dieser ist bei der gegenständlichen Ausschreibung bei Weitem überschritten. Die

Kalkulationsformblätter K3 und K4 waren daher der Ausschreibung anzuschließen. Die Antragstellerin schloss lediglich zwölf Kalkulationsformblätter K4 ihrem Angebot an. Nachgereicht wurden 18 K4-Blätter. Darin sind lediglich drei der 17 in der Materialpreisliste erfassten Materialien enthalten. In der Aufklärung gab sie an, dass die Materialpreise den K7- Blättern zu entnehmen seien. Dass K4- und K7-Blätter dem Auftraggeber unterschiedliche Angaben vermitteln und die Vorlage von K7-Blättern nicht die Vorlage von K4-Blättern zu ersetzen vermag, ergibt sich aus dem Inhalt nach der ÖNORM B 2061 und entspricht der Rechtsprechung des BVA (BVA 11.5.2005, 17N-23/05-40). Weiters ist anzuführen, dass K4-Blätter für die verwendeten Materialien, K7-Blätter jedoch zur Preisherleitung in den einzelnen Positionen dienen. Sie sind daher auch aus diesem Grund nicht vergleichbar, da einzelne Materialien wie Beton in verschiedenen Positionen verwendet werden können. Dies trifft bei der vorliegenden Ausschreibung ganz besonders zu, da der Leistungsteil Brückenbau in einzelne Leistungsverzeichnisse für jedes Brückenobjekt aufgeteilt ist.

Die Anforderung von K4-Blättern ohne genauere Angabe der Materialien ist so zu verstehen, dass diese für alle Materialien, die zumindest ausdrücklich anzuführen waren und die in nennenswerten Mengen verwendet werden sollten, vorzulegen waren. Dies unterließ die Antragstellerin. Darin liegt ein Mangel. Eine derartige Mängelbehebung hätte auf die Wettbewerbsstellung der Antragstellerin keinen Einfluss, da sich die Reihung der Angebote nicht verändert hätte (VwGH 29.6.2005, 2005/04/0024 mwN). Die Aufklärung durch Nachreichen von K4- Blättern wäre daher zwar grundsätzlich zur Verbesserung geeignet. Allerdings erfolgte sie ungenügend. Der Mangel wurde daher nicht behoben.

Wenn sich die Antragstellerin darauf beruft, dass die Materialpreisliste und die K4-Blätter gleichbedeutend seien, übersieht sie dabei, dass K4-Blätter in der ÖNORM B 2061 festgelegt sind. Auch legt die Ausschreibung in Punkt 1.6.2 der Angebotsbedingungen fest, dass die geforderte Preisaufgliederung in Form und Inhalt der ÖNORM B 2061 zu entsprechen hat. Daraus ergibt sich, welchen Inhalt K4-Blätter haben. Dass sowohl die Materialpreisliste als auch K4-Blätter Materialpreise darstellen, ist zutreffend. Dass die Materialpreisliste nicht den in der ÖNORM B 2061 für K4-Blätter festgelegten Inhalt aufweist, ist ebenfalls erkennbar. Die vorgelegte Materialpreisliste mag daher unter Zugrundelegung der Bestimmungen der Ausschreibung nicht die K4-Blätter zu ersetzen. Das Angebot war daher unvollständig. Eine entsprechende Aufklärung oder Behebung der Mängel erfolgte nicht. Die Ausscheidensgründe nach § 98 Z 5 und 8 BVergG sind verwirklicht. Wenn sich die Antragstellerin darauf beruft, dass die Materialpreisliste und die K4-Blätter gleichbedeutend seien, übersieht sie dabei, dass K4-Blätter in der ÖNORM B 2061 festgelegt sind. Auch legt die Ausschreibung in Punkt 1.6.2 der Angebotsbedingungen fest, dass die geforderte Preisaufgliederung in Form und Inhalt der ÖNORM B 2061 zu entsprechen hat. Daraus ergibt sich, welchen Inhalt K4-Blätter haben. Dass sowohl die Materialpreisliste als auch K4-Blätter Materialpreise darstellen, ist zutreffend. Dass die Materialpreisliste nicht den in der ÖNORM B 2061 für K4-Blätter festgelegten Inhalt aufweist, ist ebenfalls erkennbar. Die vorgelegte Materialpreisliste mag daher unter Zugrundelegung der Bestimmungen der Ausschreibung nicht die K4-Blätter zu ersetzen. Das Angebot war daher unvollständig. Eine entsprechende Aufklärung oder Behebung der Mängel erfolgte nicht. Die Ausscheidensgründe nach Paragraph 98, Ziffer 5 und 8 BVergG sind verwirklicht.

Subunternehmer für den Leistungsteil Straßenbau sind im bei der Angebotsöffnung vorliegenden Angebot der Antragstellerin genannt. Für den Leistungsteil Brückenbau sind darin keine Subunternehmer genannt. Die Subunternehmererklärung im abgegebenen Angebot waren offensichtlich für die Auftraggeberin aufklärungsbedürftig. In der Aufklärung gab die Antragstellerin vorerst an, die Subunternehmer vor Beginn der Ausführungsarbeiten zu nennen. Diese Vorgangsweise verunmöglicht die Prüfpflichten der Auftraggeberin nach § 91 Abs. 3 BVergG und die Ausübung des ausschreibungsgemäßen Ablehnungsrechtes der Auftraggeberin. Mit Schreiben vom 21. Februar 2005 leistete die Antragstellerin Aufklärung und legte eine geänderte Liste an Subunternehmern für den Straßenbau und erstmals eine Liste der Subunternehmer für den Brückenbau vor. Im Leistungsteil Straßenbau finden sich zuvor nicht genannte Subunternehmer für Leistungsteile, die im ursprünglichen Angebot als Eigenleistung der Antragstellerin genannt waren, z.B. Asphaltierung. Der Anteil der Subunternehmerleistungen am Gesamtauftrag blieb aber gleich. Diese Aufklärung ist unschlüssig, da die Teile der Leistung, die durch Subunternehmer ausgeführt werden sollten, größere Teile der Leistung umfassen, aber der angegebene prozentuelle Anteil der durch Subunternehmer auszuführenden Leistungen an der Gesamtleistung gleich geblieben ist. Dies widerspricht den Denkgesetzen. Das "Nachschieben" von Subunternehmern im Leistungsteil Brückenbau betrifft wesentliche Leistungen des Brückenbaus. Ein prozentueller Anteil an der Gesamtleistung Brückenbau ist nicht angegeben. Die Subunternehmererklärung in der vorliegenden Form verhindert daher die Berechnung des Anteils der Subunternehmerleistungen an der

Gesamtleistung im Leistungsteil Brückenbau. Die Differenzierung in Subunternehmer, die der Substitution der Befugnis dienen und solche, die lediglich Teile des Auftrages aus Kostengründen ausführen, kann dem Gesetz nicht entnommen werden. Insbesondere besteht in beiden Fällen eine gleichartige Prüfpflicht des Auftraggebers, sodass diese im Angebot genannt werden müssen. Schließlich fordern dies §§ 70 Abs. 2 und 83 Abs. 1 BVergG. Insbesondere zur Überprüfung des Grundsatzes des § 70 Abs. 1 BVergG, dass der Auftragnehmer wesentliche Teile jener Arbeiten, die in seine Befugnis fallen, selbst auszuführen hat, benötigt der Auftraggeber diese Angaben. Das "Nachschieben" von Subunternehmern ist daher unzulässig. Die gegebene Aufklärung ist unschlüssig und widerspricht dem BVergG. Die Ausscheidensgründe nach § 98 Z 5 und 8 BVergG liegen daher vor. Subunternehmer für den Leistungsteil Straßenbau sind im bei der Angebotsöffnung vorliegenden Angebot der Antragstellerin genannt. Für den Leistungsteil Brückenbau sind darin keine Subunternehmer genannt. Die Subunternehmererklärung im abgegebenen Angebot waren offensichtlich für die Auftraggeberin aufklärungsbedürftig. In der Aufklärung gab die Antragstellerin vorerst an, die Subunternehmer vor Beginn der Ausführungsarbeiten zu nennen. Diese Vorgangsweise verunmöglicht die Prüfpflichten der Auftraggeberin nach Paragraph 91, Absatz 3, BVergG und die Ausübung des ausschreibungsgemäßen Ablehnungsrechtes der Auftraggeberin. Mit Schreiben vom 21. Februar 2005 leistete die Antragstellerin Aufklärung und legte eine geänderte Liste an Subunternehmern für den Straßenbau und erstmals eine Liste der Subunternehmer für den Brückenbau vor. Im Leistungsteil Straßenbau finden sich zuvor nicht genannte Subunternehmer für Leistungsteile, die im ursprünglichen Angebot als Eigenleistung der Antragstellerin genannt waren, z.B. Asphaltierung. Der Anteil der Subunternehmerleistungen am Gesamtauftrag blieb aber gleich. Diese Aufklärung ist unschlüssig, da die Teile der Leistung, die durch Subunternehmer ausgeführt werden sollten, größere Teile der Leistung umfassen, aber der angegebene prozentuelle Anteil der durch Subunternehmer auszuführenden Leistungen an der Gesamtleistung gleich geblieben ist. Dies widerspricht den Denkgesetzen. Das "Nachschieben" von Subunternehmern im Leistungsteil Brückenbau betrifft wesentliche Leistungen des Brückenbaus. Ein prozentueller Anteil an der Gesamtleistung Brückenbau ist nicht angegeben. Die Subunternehmererklärung in der vorliegenden Form verhindert daher die Berechnung des Anteils der Subunternehmerleistungen an der Gesamtleistung im Leistungsteil Brückenbau. Die Differenzierung in Subunternehmer, die der Substitution der Befugnis dienen und solche, die lediglich Teile des Auftrages aus Kostengründen ausführen, kann dem Gesetz nicht entnommen werden. Insbesondere besteht in beiden Fällen eine gleichartige Prüfpflicht des Auftraggebers, sodass diese im Angebot genannt werden müssen. Schließlich fordern dies Paragraphen 70, Absatz 2 und 83 Absatz eins, BVergG. Insbesondere zur Überprüfung des Grundsatzes des Paragraph 70, Absatz eins, BVergG, dass der Auftragnehmer wesentliche Teile jener Arbeiten, die in seine Befugnis fallen, selbst auszuführen hat, benötigt der Auftraggeber diese Angaben. Das "Nachschieben" von Subunternehmern ist daher unzulässig. Die gegebene Aufklärung ist unschlüssig und widerspricht dem BVergG. Die Ausscheidensgründe nach Paragraph 98, Ziffer 5 und 8 BVergG liegen daher vor.

Die Bauzeit ist in der Ausschreibung mit 20 Monaten angegeben. Die Antragstellerin hat in der Position "Zeitgebundene Kosten" Personal nur für 18 Monate kalkuliert. Dies betrifft wesentliches Personal wie den Bauleiter, die nach der Ausschreibung während der gesamten Baudauer zur Verfügung stehen müssen. Die Aufklärung lautete nur dahingehend, dass lediglich Personalkosten kalkuliert worden seien. Dies ist aus dem K7- Blatt ersichtlich. Auch in den nachgereichten K7-Blättern findet sich die Kalkulation mit 18 Monaten. Auf den Umstand, dass diese lediglich für 18 Monate kalkuliert wurden, ging sie in der mündlichen Verhandlung dahingehend ein, dass eine Bauzeitverkürzung angeboten worden sei. Diese verkürzt jedoch die Bauzeit für in der Ausschreibung näher definierte Arbeiten nach der Ausschreibung auf 16 Monate, verändert jedoch den Fertigstellungszeitpunkt für alle Arbeiten nicht. Die Gesamtbaudauer beträgt daher weiterhin 20 Monate. Diese Aufklärung ist daher nicht nachvollziehbar. Der Positionspreis

ist daher nicht nachvollziehbar kalkuliert, zumal davon Lohnkosten Personal erfasst sind, das während der gesamten Baudauer zur Verfügung stehen muss. Bei einer Verlängerung der Angebotsdauer ist der in dieser Position angebotene Pauschalpreis weiteren Forderungen der Antragstellerin zugrunde zu legen. Wird nun dieser Pauschalpreis durch die angebotenen 18 Monate dividiert, ergibt sich ein höherer Preis als bei Division durch die ausschreibungskonformen 20 Monate. Es liegt daher ein Widerspruch zu den Vorgaben der Ausschreibung vor. Das Angebot ist mangelhaft. Eine nachvollziehbare Aufklärung wurde nicht erteilt. Die Ausscheidensgründe nach § 98 Z 5 und 8 BVergG sind daher verwirklicht. ist daher nicht nachvollziehbar kalkuliert, zumal davon Lohnkosten Personal erfasst sind, das während der gesamten Baudauer zur Verfügung stehen muss. Bei einer Verlängerung der Angebotsdauer ist der in dieser Position angebotene Pauschalpreis weiteren Forderungen der Antragstellerin zugrunde zu legen. Wird nun dieser

Pauschalpreis durch die angebotenen 18 Monate dividiert, ergibt sich ein höherer Preis als bei Division durch die ausschreibungskonformen 20 Monate. Es liegt daher ein Widerspruch zu den Vorgaben der Ausschreibung vor. Das Angebot ist mangelhaft. Eine nachvollziehbare Aufklärung wurde nicht erteilt. Die Ausscheidensgründe nach Paragraph 98, Ziffer 5 und 8 BVergG sind daher verwirklicht.

Die Kalkulation der Positionen 03024330B "Aushub für Bodenauswechslung wegschaffen", 03024450A "Wegschaffen von Boden", 03024540A 0B "Schüttmaterial liefern verdichtbar", "03024330A "Aushub für Bodenauswechslung und Verfuhr" beruht auf der Annahme, dass eine bestimmte Bodenqualität zur Verfügung steht. Teilweise beruht sie auch auf der Annahme, dass das Material verkauft oder als Eigenbedarf weiter verwendet werden kann. Die Zusicherung des angebotenen Preises auch bei Wegfall der Annahmen ändert nichts an den Annahmen der Kalkulation. Bei der Annahme, dass das anfallende Material weiterverkauft werden kann, handelt es sich daher um einen Widerspruch zur Ausschreibung, da das Material im Eigentum der Republik verbleibt und nicht in das Eigentum des Auftragnehmers übergeht. Da dieser Mangel die Preisbildung beeinflusst, hat er Einfluss auf die Wettbewerbsstellung. Eine Aufklärung, die die Preisbildung im Sinne der Ausschreibung erklärt hätte, ist nicht erfolgt. Die Zusicherung, dass die Antragstellerin zu den angebotenen Preisen stehe, vermag keine solche Aufklärung darzustellen. Die Ausscheidensgründe nach § 98 Z 5 und 8 BVergG sind daher verwirklicht. Die Kalkulation der Positionen 03024330B "Aushub für Bodenauswechslung wegschaffen", 03024450A "Wegschaffen von Boden", 03024540A 0B "Schüttmaterial liefern verdichtbar", "03024330A "Aushub für Bodenauswechslung und Verfuhr" beruht auf der Annahme, dass eine bestimmte Bodenqualität zur Verfügung steht. Teilweise beruht sie auch auf der Annahme, dass das Material verkauft oder als Eigenbedarf weiter verwendet werden kann. Die Zusicherung des angebotenen Preises auch bei Wegfall der Annahmen ändert nichts an den Annahmen der Kalkulation. Bei der Annahme, dass das anfallende Material weiterverkauft werden kann, handelt es sich daher um einen Widerspruch zur Ausschreibung, da das Material im Eigentum der Republik verbleibt und nicht in das Eigentum des Auftragnehmers übergeht. Da dieser Mangel die Preisbildung beeinflusst, hat er Einfluss auf die Wettbewerbsstellung. Eine Aufklärung, die die Preisbildung im Sinne der Ausschreibung erklärt hätte, ist nicht erfolgt. Die Zusicherung, dass die Antragstellerin zu den angebotenen Preisen stehe, vermag keine solche Aufklärung darzustellen. Die Ausscheidensgründe nach Paragraph 98, Ziffer 5 und 8 BVergG sind daher verwirklicht.

Da das Angebot der Antragstellerin zu Recht ausgeschieden wurde, fehlt ihr hinsichtlich des allfälligen Ausscheidens des Angebotes der Teilnahmeantragstellerin die Antragslegitimation (VwGH 18.5.2005, 2004/04/0094). Auf das diesbezügliche Vorbringen war daher nicht einzugehen.

Nach § 59 Abs. 1 AVG gelten mit der Erledigung des verfahrenseinleitenden Nachprüfungsantrages alle Einwendungen und Gegenanträge als miterledigt. Nach Paragraph 59, Absatz eins, AVG gelten mit der Erledigung des verfahrenseinleitenden Nachprüfungsantrages alle Einwendungen und Gegenanträge als miterledigt.

3.5 Zum Ersatz der Pauschalgebühr - Spruch Punkte II. und III. 3.5 Zum Ersatz der Pauschalgebühr - Spruch Punkte römisch zwei. und römisch drei.

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

Nach § 74 Abs. 2 AVG bestimmen die Verwaltungsvorschriften, inwiefern einem Beteiligten ein Kostenersatzanspruch gegen einen anderen Beteiligten zusteht. Der Kostenersatzanspruch ist so zeitgerecht zu stellen, dass der Ausspruch über die Kosten in den Bescheid aufgenommen werden kann. Die Höhe der zu ersetzenden Kosten wird von der Behörde bestimmt und kann von dieser auch in einem Bauschbetrag festgesetzt werden. Nach Paragraph 74, Absatz 2, AVG bestimmen die Verwaltungsvorschriften, inwiefern einem Beteiligten ein Kostenersatzanspruch gegen einen anderen Beteiligten zusteht. Der Kostenersatzanspruch ist so zeitgerecht zu stellen, dass der Ausspruch über die Kosten in den Bescheid aufgenommen werden kann. Die Höhe der zu ersetzenden Kosten wird von der Behörde bestimmt und kann von dieser auch in einem Bauschbetrag festgesetzt werden.

§ 177 Abs. 5 BVergG stellt nun eine solche Verwaltungsvorschrift dar (VwGH 6.4.2005, 2004/04/0091, 0092; BVA 13.5.2005, 04N-17/05-19 [verstärkter Senat]; BVA 17.5.2005, 04N-17/05-50; BVA 20.5.2005, 17N-23/05-42; Thienel/

Bratschovsky, Gebührenersatz nach § 177 Abs. 5 BVergG - wirklich bei Gericht einzuklagen?, ZVB 2004, 102 ff). Daher ist das Bundesvergabeamt für die Entscheidung über den Ersatz der Pauschalgebühr zuständig. Aus § 74 Abs. 2 AVG ergibt sich, dass diese Entscheidung möglichst in dem Bescheid zu treffen ist, in dem über den Antrag entschieden wird, für den die Kosten entstanden sind. Daher ist das für die Entscheidung über die einstweilige Verfügung zuständige Organ auch zuständig, über den Ersatz der für die einstweilige Verfügung entrichteten Pauschalgebühr abzusprechen. Paragraph 177, Absatz 5, BVergG stellt nun eine solche Verwaltungsvorschrift dar (VwGH 6.4.2005, 2004/04/0091, 0092; BVA 13.5.2005, 04N-17/05-19 [verstärkter Senat]; BVA 17.5.2005, 04N-17/05-50; BVA 20.5.2005, 17N-23/05-42; Thienel/ Bratschovsky, Gebührenersatz nach Paragraph 177, Absatz 5, BVergG - wirklich bei Gericht einzuklagen?, ZVB 2004, 102 ff). Daher ist das Bundesvergabeamt für die Entscheidung über den Ersatz der Pauschalgebühr zuständig. Aus Paragraph 74, Absatz 2, AVG ergibt sich, dass diese Entscheidung möglichst in dem Bescheid zu treffen ist, in dem über den Antrag entschieden wird, für den die Kosten entstanden sind. Daher ist das für die Entscheidung über die einstweilige Verfügung zuständige Organ auch zuständig, über den Ersatz der für die einstweilige Verfügung entrichteten Pauschalgebühr abzusprechen.

Die Antragstellerin hat die Pauschalgebühr in der Höhe Euro 5.000,-- für den Nachprüfungsantrag tatsächlich bezahlt. Sie hat den Antrag auf Ersatz der Gebühren zusammen mit dem Nachprüfungsantrag, damit rechtzeitig gestellt. Das Bundesvergabeamt wies den Nachprüfungsantrag ab. Sie hat daher nicht obsiegt. Ein Ersatz der Pauschalgebühr findet daher nicht statt.

Die Teilnahmeantragstellerin hat den Kostenersatz in ihrem Teilnahmeantrag und damit rechtzeitig begehrt. Die Pauschalgebühr wurde auch tatsächlich entrichtet. Ihrem Begehren, den Nachprüfungsantrag zurück-, in eventu abzuweisen gab das Bundesvergabeamt statt. Sie hat somit obsiegt. Aus § 177 Abs. 5 BVergG ergibt sich aus der undifferenzierten Verwendung des Wortes Antragsgegner, dass damit keineswegs eine Einschränkung auf den Auftraggeber zu verstehen ist, sondern im Sinne eines streitigen Verfahrens eben derjenige, gegen der Antrag gerichtet ist. Als Antragsgegnerin ist daher in Zusammenhang mit § 177 Abs. 5 BVergG die Antragstellerin des Nachprüfungsantrages anzusehen. Die Teilnahmeantragstellerin hat den Kostenersatz in ihrem Teilnahmeantrag und damit rechtzeitig begehrt. Die Pauschalgebühr wurde auch tatsächlich entrichtet. Ihrem Begehren, den Nachprüfungsantrag zurück-, in eventu abzuweisen gab das Bundesvergabeamt statt. Sie hat somit obsiegt. Aus Paragraph 177, Absatz 5, BVergG ergibt sich aus der undifferenzierten Verwendung des Wortes Antragsgegner, dass damit keineswegs eine Einschränkung auf den Auftraggeber zu verstehen ist, sondern im Sinne eines streitigen Verfahrens eben derjenige, gegen der Antrag gerichtet ist. Als Antragsgegnerin ist daher in Zusammenhang mit Paragraph 177, Absatz 5, BVergG die Antragstellerin des Nachprüfungsantrages anzusehen.

Dokumentnummer

VERGT_20050805_17N_64_05_24_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