

TE Verg Bescheid 2005/8/3 17N-62/05-29

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 03.08.2005

Norm

BVergG 2002 §98 Z1

BVergG 2002 §98 Z3

BVergG 2002 §98 Z5

BVergG 2002 §98 Z8

BVergG 2002 §177 Abs5

AVG §74 Abs2

BVergG 2002 §21 Abs1

BVergG 2002 §70 Abs1

BVergG 2002 §70 Abs2

BVergG 2002 §81 Abs1

BVergG 2002 §82 Abs1

BVergG 2002 §83 Abs1 Z2

BVergG 2002 §83 Abs1 Z6

BVergG 2002 §91 Abs1

BVergG 2002 §91 Abs3

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 Vorsitzenden, Generalanwalt i.R. Dr. Peter Reindl als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Manfred Müllner als Mitglied der Auftragnehmerseite in dem Nachprüfungsverfahren gemäß § 162 Abs. 2 BVergG betreffend das Vergabeverfahren "S1 Wiener Außenring Schnellstraße, Vösendorf-Schwechat, Verkehrsleittechnik" der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs- Aktiengesellschaft (ASFINAG) vertreten durch die ASFINAG Bau Management GmbH wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch den Senat 17, bestehend aus Mag. Hubert Reisner als Vorsitzenden, Generalanwalt i.R. Dr. Peter Reindl als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Manfred Müllner als Mitglied der Auftragnehmerseite in dem Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 162, Absatz 2, BVergG betreffend das

Vergabeverfahren "S1 Wiener Außenring Schnellstraße, Vösendorf-Schwechat, Verkehrsleittechnik" der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs- Aktiengesellschaft (ASFINAG) vertreten durch die ASFINAG Bau Management GmbH wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Dem Antrag der Bietergemeinschaft bestehend aus A*** und B*** vertreten durch X***, Rechtsanwälte, "das Bundesvergabeamt wolle nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung die am 2.6.2005 bekannt gemachte Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin zugunsten des Angebotes der Bietergemeinschaft C*** - D*** - E*** für nichtig erklären und die Auftraggeberin zum Ersatz der Pauschalgebühr von Euro 5.000,-- zuhanden des Rechtsvertreters binnen vierzehn Tagen bei sonstiger Exekution zu verhalten", wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 98 Z 5 und 8 Bundesvergabegesetz 2002 Rechtsgrundlage: Paragraph 98, Ziffer 5 und 8 Bundesvergabegesetz 2002 -

BVergG, BGBl I Nr. 99/2002 idF BGBl II Nr. 56/2005 BVergG, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 99 aus 2002, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 56 aus 2005,

II.römisch zwei.

Der Antrag der Bietergemeinschaft 1. C***, 2. D***, 3. E*** vertreten durch D***, "das Bundesvergabeamt möge der Hauptantragstellerin auftragen, uns die für den Teilnahmeantrag gem. § 177 Abs. 1 BVergG entstandenen Pauschalgebühren binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen", wird stattgegeben. Der Antrag der Bietergemeinschaft 1. C***, 2. D***, 3. E*** vertreten durch D***, "das Bundesvergabeamt möge der Hauptantragstellerin auftragen, uns die für den Teilnahmeantrag gem. Paragraph 177, Absatz eins, BVergG entstandenen Pauschalgebühren binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen", wird stattgegeben.

Die Bietergemeinschaft bestehend aus A*** und B*** vertreten durch X***, Rechtsanwälte, ist verpflichtet, der Bietergemeinschaft 1. C***, 2. D***, 3. E*** vertreten durch D*** die entrichtete Pauschalgebühr von Euro 2.500,-- binnen vierzehn Tagen ab Zustellung 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

Die Bietergemeinschaft bestehend aus A*** und B*** vertreten durch X***, Rechtsanwälte, in der Folge Antragstellerin genannt, brachte am 16. Juni 2005 den gegenständlichen Nachprüfungsantrag ein. Darin beantragte sie die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung und den Ersatz der Pauschalgebühr in der Höhe von Euro 5.000,-- zuhanden des Rechtsvertreters binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution. Dieser Nachprüfungsantrag betrifft das Vergabeverfahren "S1 Wiener Außenring Schnellstraße, Vösendorf-Schwechat, Verkehrsleittechnik" der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) vertreten durch die ASFINAG Bau Management GmbH, in der Folge Auftraggeberin genannt. Das Angebot der Antragstellerin sei wegen des Fehlens von K4- Blättern, einer nicht ordnungs- bzw. normgemäßen Kalkulation der Preise und des Vorliegens von unzulässigen Umlagerungen - Unterpreisen, eines unplausiblen Gesamtpreises, des Nichteinhaltens der ÖNORM B 2061 bei der Preisermittlung von Bauleistungen und der mangelnden Eignung der Subunternehmerin "F***" ausgeschieden worden. Die Antragstellerin erachtet sich durch die angefochtene Zuschlagsentscheidung in ihren Rechten auf Gleichbehandlung, auf ein faires Vergabeverfahren, auf Erteilung des Zuschlages zugunsten ihres Angebotes, Nichtausscheiden ihres Angebotes, hilfsweise in ihren Rechten auf Widerruf des gegenständlichen Vergabeverfahrens, auf Ausscheiden sämtlicher Angebote und ihrem Recht auf neuerliche Teilnahme an einem rechtsrichtigen Vergabeverfahren verletzt. Darüber hinaus erachtet sich die Antragstellerin in ihrem Recht auf unverzügliche Bekanntgabe der Gründe der mitgeteilten Zuschlagsentscheidung verletzt. Begründend führte sie an, dass sie ein um mehr als zwei Millionen Euro günstigeres Angebot als die nunmehr in Aussicht genommene Bestbieterin gelegt habe. Auch nach dem Prüfbericht entspreche das Angebot dem Amtsentwurf vollständig. K4-Blätter seien lediglich für in Eigenleistung zu erbringende Materialien, also Bauleistungen im engeren Sinne vorzulegen. Der gegenständliche Auftrag sehe die Herstellung von Verkehrs- und Leittechnik vor. Eigentliche Bauarbeiten seien in geringem Ausmaß zu erbringen. Diese werden durch Subunternehmer erbracht. Bei der Verkehrs- und Leittechnik werden überdies

Anlieferungskosten, Schwund und Zuschlagskosten nicht gesondert kalkuliert, sondern seien Teil der im Teil K7-Blatt ausgewiesenen Einkaufspreise. Das Verlangen der Vorlage von K4- Blättern stehe daher in einem unauflösbaren Widerspruch zur Vergabe des gegenständlichen Auftrages zu Liefer- und Montageleistungen im Bereich der Verkehrs- und Leittechnik. Die Antragstellerin könne im vorliegenden Fall überhaupt keine Angaben machen, wie sie im Formblatt K4 vorgesehen seien, weil sie die Bauleistungen im eigentlichen Sinne nachweislich durch einen Subunternehmer zu erbringen beabsichtige. Die Ausschreibungsunterlagen seien nach den Auslegungsregeln der §§ 914f ABGB auszulegen. Daraus ergebe sich, dass das Angebot trotz Nichtvorlage des K4-Blattes im Sinne der Ausschreibungsunterlagen vollständig sei. Sollte doch die Vorlage notwendig sein, handle es sich um einen behebbaren Mangel. Dies sei durch Vorlage von zwei Gutachten dargelegt. Der Auftraggeber könne keine zusätzlichen Ausscheidensgründe in der Ausschreibung festlegen. Ebenso wären die Angebote jener Bieter auszuschneiden, die unvollständige K4-Blätter vorgelegt haben. Die Ausschreibungsunterlagen sähen gesonderte Leistungspositionen für Wartung und Inspektion bzw. Instandsetzung vor. Diese sollen erst nach Ablauf der Gewährleistung zur Auszahlung gelangen, jedoch seien die bedungenen Leistungen auch innerhalb der Gewährleistungsfrist zu erbringen. Daher sei mit einer Bezahlung dieser Leistungen in der Position "Wartung/Inspektion" erst nach Ablauf der Gewährleistungsfrist zu rechnen. Instandhaltungsleistungen infolge von Drittschäden sollen ohnehin gesondert entgolten werden. Die Leistungen der Instandhaltung seien daher nicht als Kostenfaktor der zu errichtenden oder der zu erbringenden Leistungen, sondern in einer eigenen Position zu kalkulieren. Zum Los 4 finde sich der Kalkulationshinweis, dass die Kosten für die Wartung, Inspektion und Instandsetzung in der Zeit der Gewährleistung in die Einheitspreise einzurechnen seien. Damit seien die Einheitspreise der Wartung und Instandsetzung zu verstehen. Die reine Gewährleistung sei durch die Einheitspreise der einzelnen Positionen abgedeckt. Auch bewege sich der Preis für die Instandhaltung im Angebot der Antragstellerin im Rahmen der Preise der anderen Bieter. Im Bietergespräch sei die Frage nach der Kalkulation der Instandhaltungskosten ohne Vorbereitung gestellt worden. Insgesamt habe die Antragstellerin ein kostendeckend kalkuliertes Angebot gelegt. Die Auftraggeberin schließe aus einer Äußerung der Antragstellerin im Aufklärungsgespräch wonach eine "seriöse Kalkulation der Instandhaltungskosten nicht möglich" sei, auf eine Unplausibilität des Gesamtpreises. Im Rahmen einer vertieften Angebotsprüfung wäre die Auftraggeberin gezwungen gewesen, eine angemessene Frist zur schriftlichen Aufklärung einzuräumen. Wenn eine plausible und seriöse Kalkulation nicht möglich gewesen sein sollte, wären auch die Angebote aller anderen Bieter zwangsläufig unplausibel kalkuliert. Da die Antragstellerin ihr Wagnis mit 0% beziffert habe, sehe die Auftraggeberin einen unbehebaren Mangel und einen Verstoß gegen die ÖNORM B 2061. Es mache keinen Unterschied, ob nicht direkt zurechenbare Kosten als Gewinn oder als Wagnis bezeichnet werden, sofern solche Kosten im Angebotspreis Deckung finden. Die F*** sei zur Herstellung von Stahl und Stahlerzeugnissen und deren Lieferung und Montage befugt. Im gegenständlichen Angebot sei lediglich vorgesehen, dass sie die Stahlprodukte anliefern, während die Montage durch die G*** erfolge. Es seien dafür keine besonderen Befugnisse erforderlich. Die Auftraggeberin habe die Gründe für die Zuschlagsentscheidung nicht unverzüglich bekannt gegeben. Das Ausscheiden sei daher zu Unrecht erfolgt. Der Antragstellerin entstehe ein Schaden in Form von entgangenem Gewinn bzw. Deckungsbeitrag einschließlich der Regiegemeinkosten von ca. Euro 610.000,--, frustrierten Kosten der Angebotslegung in der Höhe von ca. Euro 105.000,-- sowie dem Verlust eines Referenzprojektes. Die Bietergemeinschaft bestehend aus A*** und B*** vertreten durch X***, Rechtsanwälte, in der Folge Antragstellerin genannt, brachte am 16. Juni 2005 den gegenständlichen Nachprüfungsantrag ein. Darin beantragte sie die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung und den Ersatz der Pauschalgebühr in der Höhe von Euro 5.000,-- zuhanden des Rechtsvertreters binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution. Dieser Nachprüfungsantrag betrifft das Vergabeverfahren "S1 Wiener Außenring Schnellstraße, Vösendorf-Schwechat, Verkehrsleittechnik" der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) vertreten durch die ASFINAG Bau Management GmbH, in der Folge Auftraggeberin genannt. Das Angebot der Antragstellerin sei wegen des Fehlens von K4- Blättern, einer nicht ordnungs- bzw. normgemäßen Kalkulation der Preise und des Vorliegens von unzulässigen Umlagerungen - Unterpreisen, eines unplausiblen Gesamtpreises, des Nichteinhaltens der ÖNORM B 2061 bei der Preisermittlung von Bauleistungen und der mangelnden Eignung der Subunternehmerin "F****" ausgeschieden worden. Die Antragstellerin erachtet sich durch die angefochtene Zuschlagsentscheidung in ihren Rechten auf Gleichbehandlung, auf ein faires Vergabeverfahren, auf Erteilung des Zuschlages zugunsten ihres Angebotes, Nichtausscheiden ihres Angebotes, hilfsweise in ihren Rechten auf Widerruf des gegenständlichen Vergabeverfahrens, auf Ausscheiden sämtlicher Angebote und ihrem Recht auf neuerliche Teilnahme an einem rechtsrichtigen Vergabeverfahren verletzt. Darüber

hinaus erachtet sich die Antragstellerin in ihrem Recht auf unverzügliche Bekanntgabe der Gründe der mitgeteilten Zuschlagsentscheidung verletzt. Begründend führte sie an, dass sie ein um mehr als zwei Millionen Euro günstigeres Angebot als die nunmehr in Aussicht genommene Bestbieterin gelegt habe. Auch nach dem Prüfbericht entspreche das Angebot dem Amtsentwurf vollständig. K4-Blätter seien lediglich für in Eigenleistung zu erbringende Materialien, also Bauleistungen im engeren Sinne vorzulegen. Der gegenständliche Auftrag sehe die Herstellung von Verkehrs- und Leittechnik vor. Eigentliche Bauarbeiten seien in geringem Ausmaß zu erbringen. Diese werden durch Subunternehmer erbracht. Bei der Verkehrs- und Leittechnik werden überdies Anlieferungskosten, Schwund und Zuschlagskosten nicht gesondert kalkuliert, sondern seien Teil der im Teil K7-Blatt ausgewiesenen Einkaufspreise. Das Verlangen der Vorlage von K4-Blättern stehe daher in einem unauflösbaren Widerspruch zur Vergabe des gegenständlichen Auftrages zu Liefer- und Montageleistungen im Bereich der Verkehrs- und Leittechnik. Die Antragstellerin könne im vorliegenden Fall überhaupt keine Angaben machen, wie sie im Formblatt K4 vorgesehen seien, weil sie die Bauleistungen im eigentlichen Sinne nachweislich durch einen Subunternehmer zu erbringen beabsichtige. Die Ausschreibungsunterlagen seien nach den Auslegungsregeln der Paragraphen 914 f, ABGB auszulegen. Daraus ergebe sich, dass das Angebot trotz Nichtvorlage des K4-Blattes im Sinne der Ausschreibungsunterlagen vollständig sei. Sollte doch die Vorlage notwendig sein, handle es sich um einen behebbaren Mangel. Dies sei durch Vorlage von zwei Gutachten dargelegt. Der Auftraggeber könne keine zusätzlichen Ausscheidensgründe in der Ausschreibung festlegen. Ebenso wären die Angebote jener Bieter auszuschneiden, die unvollständige K4-Blätter vorgelegt haben. Die Ausschreibungsunterlagen sähen gesonderte Leistungspositionen für Wartung und Inspektion bzw. Instandsetzung vor. Diese sollen erst nach Ablauf der Gewährleistung zur Auszahlung gelangen, jedoch seien die bedungenen Leistungen auch innerhalb der Gewährleistungsfrist zu erbringen. Daher sei mit einer Bezahlung dieser Leistungen in der Position "Wartung/Inspektion" erst nach Ablauf der Gewährleistungsfrist zu rechnen. Instandhaltungsleistungen infolge von Drittschäden sollen ohnehin gesondert entgolten werden. Die Leistungen der Instandhaltung seien daher nicht als Kostenfaktor der zu errichtenden oder der zu erbringenden Leistungen, sondern in einer eigenen Position zu kalkulieren. Zum Los 4 finde sich der Kalkulationshinweis, dass die Kosten für die Wartung, Inspektion und Instandsetzung in der Zeit der Gewährleistung in die Einheitspreise einzurechnen seien. Damit seien die Einheitspreise der Wartung und Instandsetzung zu verstehen. Die reine Gewährleistung sei durch die Einheitspreise der einzelnen Positionen abgedeckt. Auch bewege sich der Preis für die Instandhaltung im Angebot der Antragstellerin im Rahmen der Preise der anderen Bieter. Im Bietergespräch sei die Frage nach der Kalkulation der Instandhaltungskosten ohne Vorbereitung gestellt worden. Insgesamt habe die Antragstellerin ein kostendeckend kalkuliertes Angebot gelegt. Die Auftraggeberin schließe aus einer Äußerung der Antragstellerin im Aufklärungsgespräch wonach eine "seriöse Kalkulation der Instandhaltungskosten nicht möglich" sei, auf eine Unplausibilität des Gesamtpreises. Im Rahmen einer vertieften Angebotsprüfung wäre die Auftraggeberin gezwungen gewesen, eine angemessene Frist zur schriftlichen Aufklärung einzuräumen. Wenn eine plausible und seriöse Kalkulation nicht möglich gewesen sein sollte, wären auch die Angebote aller anderen Bieter zwangsläufig unplausibel kalkuliert. Da die Antragstellerin ihr Wagnis mit 0% beziffert habe, sehe die Auftraggeberin einen unbehebaren Mangel und einen Verstoß gegen die ÖNORM B 2061. Es mache keinen Unterschied, ob nicht direkt zurechenbare Kosten als Gewinn oder als Wagnis bezeichnet werden, sofern solche Kosten im Angebotspreis Deckung finden. Die F*** sei zur Herstellung von Stahl und Stahlerzeugnissen und deren Lieferung und Montage befugt. Im gegenständlichen Angebot sei lediglich vorgesehen, dass sie die Stahlprodukte anliefern, während die Montage durch die G*** erfolge. Es seien dafür keine besonderen Befugnisse erforderlich. Die Auftraggeberin habe die Gründe für die Zuschlagsentscheidung nicht unverzüglich bekannt gegeben. Das Ausscheiden sei daher zu Unrecht erfolgt. Der Antragstellerin entstehe ein Schaden in Form von entgangenem Gewinn bzw. Deckungsbeitrag einschließlich der Regiegemeinkosten von ca. Euro 610.000,--, frustrierten Kosten der Angebotslegung in der Höhe von ca. Euro 105.000,-- sowie dem Verlust eines Referenzprojektes.

Die Auftraggeberin erstattete mit Telefax vom 21. Juni 2005 eine Stellungnahme. Darin trat sie der Erlassung einer einstweiligen Verfügung nicht entgegen und beantragte, die Gebührenentscheidung bis zur Entscheidung über die Hauptsache auszusetzen. Weiters brachte sie vor, dass es sich sehr wohl um einen Bauauftrag iSd § 3 BVerGG handle. Im Übrigen trat sie dem Vorbringen des Nachprüfungsantrages entgegen. Insbesondere führte sie aus, dass die geforderten K4-Blätter nicht mit dem Angebot abgegeben worden seien und das Angebot der Antragstellerin daher zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung unvollständig und auszuschneiden sei. Im Aufklärungsgespräch vom 25. April 2005 habe die Antragstellerin kundgetan, dass sie wesentliche Kostenanteile, nämlich die Kosten der Instandhaltungsleistungen während der Gewährleistungsfrist, auf andere als in der Ausschreibung vorgesehenen

Positionen "umgelegt" habe. Darüber hinaus habe sie diese Umlage auf optional zu beauftragende Leistungen getätigt. Weiters ergebe sich für die Bietergemeinschaft bei der Umlage auf optional zu beauftragende Leistungen bei der Ermittlung des Bestbieters der Vorteil, dass die Kosten für die Instandhaltung während der Gewährleistung in diesem Fall nur zu 50 % in die Ermittlung des Preises eingingen und somit ein Vorteil für den Bieter sei, welcher einer Spekulation gleichkomme. Die Bietergemeinschaft habe diese Mängel weder im Aufklärungsgespräch vom 25. April 2005 noch in der ihr zugestandenen Nachfrist zur schriftlichen Stellungnahme über die ausführlichen Ausführungen hinaus, ordnungsgemäß bzw. nachvollziehbar aufklären können. Es sei das Angebot auszuschneiden. In dem genannten Aufklärungsgespräch habe die Antragstellerin kundgetan, dass sie die gegenständlichen Kosten und Preise für die Wartung während der Gewährleistungs- bzw. verlängerten Gewährleistungsfrist nicht seriös kalkulieren habe können bzw. dies nicht möglich sei. Dies sei ein Verstoß gegen die Rügepflicht. Damit habe sie selbst dokumentiert, dass ihr Angebot über keine plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises verfüge und somit gegen § 98 Z 3 BVergG verstoße. Aus diesem Grund sei das Angebot auszuschneiden. In dem Aufklärungsgespräch sei aufgezeigt worden, dass ein unternehmerisches Risiko während der Gewährleistungs- bzw. verlängerten Gewährleistungsfrist vorliege. Die Antragstellerin habe auf den mit dem Angebot abgegebenen K3-Blatt in der Zeile "Wagnis" auf sämtliche Zuschlagsträger 0 % ausgewiesen. Das Angebot sei daher nicht ordnungsgemäß nach der vertragsgegenständlichen ÖNORM B 2061 kalkuliert worden, sodass es nach § 98 Z 5 und 8 BVergG auszuschneiden sei. Die Subunternehmerin F*** habe keine Berechtigung zur Ausübung des Gewerbes in Österreich in Zusammenhang mit den Übergangsbestimmungen des EU-Vertrages nachgewiesen, zumal keine österreichischen Arbeitnehmer beschäftigt seien. Die Weitergabe von Leistungen an unbefugte Subunternehmer sei unzulässig. Daher sei das Angebot auszuschneiden. Darüber hinaus ergebe sich aus der Auftraggeberin erstattete mit Telefax vom 21. Juni 2005 eine Stellungnahme. Darin trat sie der Erlassung einer einstweiligen Verfügung nicht entgegen und beantragte, die Gebührenentscheidung bis zur Entscheidung über die Hauptsache auszusetzen. Weiters brachte sie vor, dass es sich sehr wohl um einen Bauauftrag iSd Paragraph 3, BVergG handle. Im Übrigen trat sie dem Vorbringen des Nachprüfungsantrages entgegen. Insbesondere führte sie aus, dass die geforderten K4-Blätter nicht mit dem Angebot abgegeben worden seien und das Angebot der Antragstellerin daher zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung unvollständig und auszuschneiden sei. Im Aufklärungsgespräch vom 25. April 2005 habe die Antragstellerin kundgetan, dass sie wesentliche Kostenanteile, nämlich die Kosten der Instandhaltungsleistungen während der Gewährleistungsfrist, auf andere als in der Ausschreibung vorgesehenen Positionen "umgelegt" habe. Darüber hinaus habe sie diese Umlage auf optional zu beauftragende Leistungen getätigt. Weiters ergebe sich für die Bietergemeinschaft bei der Umlage auf optional zu beauftragende Leistungen bei der Ermittlung des Bestbieters der Vorteil, dass die Kosten für die Instandhaltung während der Gewährleistung in diesem Fall nur zu 50 % in die Ermittlung des Preises eingingen und somit ein Vorteil für den Bieter sei, welcher einer Spekulation gleichkomme. Die Bietergemeinschaft habe diese Mängel weder im Aufklärungsgespräch vom 25. April 2005 noch in der ihr zugestandenen Nachfrist zur schriftlichen Stellungnahme über die ausführlichen Ausführungen hinaus, ordnungsgemäß bzw. nachvollziehbar aufklären können. Es sei das Angebot auszuschneiden. In dem genannten Aufklärungsgespräch habe die Antragstellerin kundgetan, dass sie die gegenständlichen Kosten und Preise für die Wartung während der Gewährleistungs- bzw. verlängerten Gewährleistungsfrist nicht seriös kalkulieren habe können bzw. dies nicht möglich sei. Dies sei ein Verstoß gegen die Rügepflicht. Damit habe sie selbst dokumentiert, dass ihr Angebot über keine plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises verfüge und somit gegen Paragraph 98, Ziffer 3, BVergG verstoße. Aus diesem Grund sei das Angebot auszuschneiden. In dem Aufklärungsgespräch sei aufgezeigt worden, dass ein unternehmerisches Risiko während der Gewährleistungs- bzw. verlängerten Gewährleistungsfrist vorliege. Die Antragstellerin habe auf den mit dem Angebot abgegebenen K3-Blatt in der Zeile "Wagnis" auf sämtliche Zuschlagsträger 0 % ausgewiesen. Das Angebot sei daher nicht ordnungsgemäß nach der vertragsgegenständlichen ÖNORM B 2061 kalkuliert worden, sodass es nach Paragraph 98, Ziffer 5 und 8 BVergG auszuschneiden sei. Die Subunternehmerin F*** habe keine Berechtigung zur Ausübung des Gewerbes in Österreich in Zusammenhang mit den Übergangsbestimmungen des EU-Vertrages nachgewiesen, zumal keine österreichischen Arbeitnehmer beschäftigt seien. Die Weitergabe von Leistungen an unbefugte Subunternehmer sei unzulässig. Daher sei das Angebot auszuschneiden. Darüber hinaus ergebe sich aus

dem Nachprüfungsantrag, dass die F*** offensichtlich keine Subunternehmerin sondern eine Lieferantin sei, was in Widerspruch zu der Subunternehmerdeklaration stehe. Zur Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung sei die Antragstellerin nicht legitimiert, da sie ausgeschieden worden sei. Der Antrag sei daher aus diesem Grunde

zurückzuweisen. Im Übrigen beantragte die Antragstellerin die Ab- in eventu die Zurückweisung des Nachprüfungsantrages.

Am 22. Juni 2005 replizierte die Antragstellerin und entgegnete hinsichtlich der Antragslegitimation, dass die Zuschlagsentscheidung durch eine rechtswidrige Ausscheidensentscheidung "infiziert" sei. Der Antrag sei daher zulässig, zumal es sich bei der Ausscheidensentscheidung nicht um eine gesondert anfechtbare Entscheidung handle.

Am 23. Juni 2005 brachte die Bietergemeinschaft 1. C***,

1. 2.Ziffer 2

D***, 3. E***, vertreten durch D***, in der Folge Teilnahmeantragstellerin genannt, einen Teilnahmeantrag ein. Sie sei die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin. Sie machte die mangelnde Antragslegitimation der Antragstellerin geltend und verwies auf die Stellungnahme der Auftraggeberin. Sie beantragte die Teilnahme an dem mit Antrag vom 16. Juni 2005 eingeleiteten Nachprüfungsverfahren, die Zurück- in eventu Abweisung des Antrags auf Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung und die Zurück-, in eventu Abweisung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

Am 24. Juni 2005 brachte die Auftraggeberin eine mit Hinweis auf den Sachverhalt betitelte Stellungnahme ein. Darin hielt sie zur Replik der Antragstellerin vom 22. Juni 2005 fest, dass die Feststellung der Antragstellerin, dass keine nach außen hin erkennbaren Ausscheidungen seitens der ASFINAG getroffen worden seien, unrichtig sei. Richtig sei vielmehr, dass der Antragstellerin alle Ausscheidensgründe rechtzeitig mitgeteilt worden seien.

Mit Schriftsatz vom 30. Juni 2005 nahm die Antragstellerin erneut Stellung. Sie brachte darin vor, dass sie erst in der Bekanntgabe der Gründe für die Nichtberücksichtigung des Angebotes erfahren habe, dass sie für den Zuschlag nicht in Betracht komme, da ihr Angebot auszuschneiden gewesen sei. Das Androhen des Ausscheidens sei noch nicht das Ausscheiden. Die Antragstellerin sei daher nicht ausgeschieden worden. Der Wartungsvertrag sei keinesfalls optional, sondern zwingend zu beauftragen gewesen. Die Antragstellerin sei im Bietergespräch von dem Tagesordnungspunkt "Kalkulation" überrascht worden. Die Vorlage von K4-Blättern für Leistungen der Haustechnik sei nicht möglich. Der Begriff der Bauleistungen in der ÖNORM B 2110 bzw. B 2117 Punkt 3.1 werde durchaus differenziert verwendet. Bei den ausgeschriebenen Leistungen handle es sich nicht um Bauleistungen im engeren Sinne. Demnach sei der Schluss verfehlt, dass die ÖNORM B 2061 für sämtliche Bauleistungen Anwendung finde. Die Erstellung von K4-Blättern für Leistungen der Haustechnik sei wegen des Umfangs und des großen Anteils an zugekauften Teilen nicht erforderlich und schlichtweg unmöglich. K4-Blätter sollten Aufschluss über vom Auftragnehmer selbst hergestellte, nicht jedoch von ihm zugekaufte Materialien geben. Die Antragstellerin lasse die einzelnen Bauteile auf der Baustelle anliefern. Dadurch fielen keine Risiken wie Schwund etc. an. Für Bauleistungen im engeren Sinne beschäftige die Antragstellerin einen Subunternehmer. Für Subunternehmerleistungen sei es nicht möglich, K4-Blätter vorzulegen. Kein Bieter habe für alle im Leistungsverzeichnis geforderten Materialien die im K4-Blatt vorgeschriebenen Angaben gemacht. Bei gebotenem Ausscheiden aller Angebote erwachse aber der Antragstellerin durch die Möglichkeit, an einem neuen Vergabeverfahren nach Widerruf teilzunehmen, ein Schaden, sodass sie trotz Ausscheidens ihres Angebotes antragslegitimiert bleibe. Die abgegebenen K4-Blätter wiesen den geforderten Erklärungsinhalt auf. Die mit "0" ausgewiesenen Preise entsprächen der Realität, da verschiedene von der Antragstellerin nicht hergestellte Materialien frei Baustelle geliefert würden und sie keine Kosten für Schwund, Transport oder sonstige Manipulationskosten zu tragen habe. Die Antragstellerin habe alle geforderten K4-Blätter vorgelegt. Die ungarische F*** sei keine Subunternehmerin, sondern eine Lieferantin. Die angelieferten Stahlteile werden von den österreichischen Unternehmen G*** und H*** montiert. Die Antragstellerin habe nicht falsch kalkuliert. Die Auftraggeberin nenne keinen einzigen Preis, der ob seiner Höhe unplausibel oder unangemessen hoch sei. Die Vorwürfe beziehen sich auf die Methodik oder das Verfahren zur Kalkulation. In § 98 Z 3 BVergG gehe es nicht um eine der ÖNORM B 2061 entsprechende Kalkulation, sondern darum, dass wesentliche Leistungspositionen und der Gesamtpreis plausibel zusammengesetzt seien. Die Auftraggeberin verkenne den objektiven Inhalt der Ausschreibung. In der EU-weiten Bekanntmachung sei keine Option bekannt gemacht worden. Die Instandhaltungspreise seien entsprechend den Vorgaben der Ausschreibung kalkuliert. Die Kosten der Gewährleistung seien in die einzelnen Leistungspositionen eingerechnet und nicht gesondert ausgepreist. Sie seien durch den veranschlagten "Gewinn" abgedeckt. Die Kosten der Instandsetzung für die Behebung von durch äußere Einflüsse verursachte Schäden werden auch während der Gewährleistungsfrist nach jeweiligem Aufwand bezahlt. Instandsetzungskosten für Schäden, die nicht Folge äußerer Gewalteinwirkung seien und während der Gewährleistungsfrist auftreten, seien durch die Gewährleistung abgedeckt.

Eine Umlagerung sei nicht erfolgt. Es gelte - wie bei der Gewährleistung - die berechnete Annahme, dass es infolge der hochwertig eingesetzten Produkte der Antragstellerin zu keinen Gewährleistungs- und Instandsetzungsfolgen komme. Sollte es doch dazu kommen, sei die Antragstellerin durch entsprechende Regressregelungen gegenüber ihren Sublieferanten abgedeckt. Ein gesonderter Wagniszuschlag sei nicht erforderlich gewesen. Die beauftragte Wartungs-/Inspektionspauschale solle erst nach Ablauf der Gewährleistungsfrist zur Auszahlung gelangen. Die Auftraggeberin habe offensichtlich bewusst ein langes Zahlungsziel für Wartung und Inspektion vorgegeben. Die Antragstellerin habe nicht die gesamte Instandhaltung auf optional ausgeschriebene Leistungen umgelegt. Die Instandhaltung sei nicht optional ausgeschrieben gewesen. Die Kosten der Gewährleistung/Instandhaltung für Schäden ohne äußeren Einfluss seien während der Gewährleistung im Herstelleraufwand einkalkuliert. Auch in Bezug auf die Instandhaltungspreise sei das Angebot der Antragstellerin vor dem Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin, jedoch im Rahmen der übrigen Instandhaltungspreise gelegen. Kritik an der Ausschreibung während eines Aufklärungsgesprächs sei kein Ausscheidungstatbestand. Die ÖNORM B 2061 lasse die Kalkulation von Risiken auch unter "Gewinn" zu. Mit Schriftsatz vom 30. Juni 2005 nahm die Antragstellerin erneut Stellung. Sie brachte darin vor, dass sie erst in der Bekanntgabe der Gründe für die Nichtberücksichtigung des Angebotes erfahren habe, dass sie für den Zuschlag nicht in Betracht komme, da ihr Angebot auszuschneiden gewesen sei. Das Androhen des Ausscheidens sei noch nicht das Ausscheiden. Die Antragstellerin sei daher nicht ausgeschieden worden. Der Wartungsvertrag sei keinesfalls optional, sondern zwingend zu beauftragen gewesen. Die Antragstellerin sei im Bietergespräch von dem Tagesordnungspunkt "Kalkulation" überrascht worden. Die Vorlage von K4-Blättern für Leistungen der Haustechnik sei nicht möglich. Der Begriff der Bauleistungen in der ÖNORM B 2110 bzw. B 2117 Punkt 3.1 werde durchaus differenziert verwendet. Bei den ausgeschriebenen Leistungen handle es sich nicht um Bauleistungen im engeren Sinne. Demnach sei der Schluss verfehlt, dass die ÖNORM B 2061 für sämtliche Bauleistungen Anwendung finde. Die Erstellung von K4-Blättern für Leistungen der Haustechnik sei wegen des Umfangs und des großen Anteils an zugekauften Teilen nicht erforderlich und schlichtweg unmöglich. K4-Blätter sollten Aufschluss über vom Auftragnehmer selbst hergestellte, nicht jedoch von ihm zugekaufte Materialien geben. Die Antragstellerin lasse die einzelnen Bauteile auf der Baustelle anliefern. Dadurch fielen keine Risiken wie Schwund etc. an. Für Bauleistungen im engeren Sinne beschäftige die Antragstellerin einen Subunternehmer. Für Subunternehmerleistungen sei es nicht möglich, K4-Blätter vorzulegen. Kein Bieter habe für alle im Leistungsverzeichnis geforderten Materialien die im K4-Blatt vorgeschriebenen Angaben gemacht. Bei gebotenem Ausscheiden aller Angebote erwachse aber der Antragstellerin durch die Möglichkeit, an einem neuen Vergabeverfahren nach Widerruf teilzunehmen, ein Schaden, sodass sie trotz Ausscheidens ihres Angebotes antragslegitimiert bleibe. Die abgegebenen K4-Blätter wiesen den geforderten Erklärungsinhalt auf. Die mit "0" ausgewiesenen Preise entsprächen der Realität, da verschiedene von der Antragstellerin nicht hergestellte Materialien frei Baustelle geliefert würden und sie keine Kosten für Schwund, Transport oder sonstige Manipulationskosten zu tragen habe. Die Antragstellerin habe alle geforderten K4-Blätter vorgelegt. Die ungarische F*** sei keine Subunternehmerin, sondern eine Lieferantin. Die angelieferten Stahlteile werden von den österreichischen Unternehmen G*** und H*** montiert. Die Antragstellerin habe nicht falsch kalkuliert. Die Auftraggeberin nenne keinen einzigen Preis, der ob seiner Höhe unplausibel oder unangemessen hoch sei. Die Vorwürfe beziehen sich auf die Methodik oder das Verfahren zur Kalkulation. In Paragraph 98, Ziffer 3, BVergG gehe es nicht um eine der ÖNORM B 2061 entsprechende Kalkulation, sondern darum, dass wesentliche Leistungspositionen und der Gesamtpreis plausibel zusammengesetzt seien. Die Auftraggeberin verkenne den objektiven Inhalt der Ausschreibung. In der EU-weiten Bekanntmachung sei keine Option bekannt gemacht worden. Die Instandhaltungspreise seien entsprechend den Vorgaben der Ausschreibung kalkuliert. Die Kosten der Gewährleistung seien in die einzelnen Leistungspositionen eingerechnet und nicht gesondert ausgepreist. Sie seien durch den veranschlagten "Gewinn" abgedeckt. Die Kosten der Instandsetzung für die Behebung von durch äußere Einflüsse verursachte Schäden werden auch während der Gewährleistungsfrist nach jeweiligem Aufwand bezahlt. Instandsetzungskosten für Schäden, die nicht Folge äußerer Gewalteinwirkung seien und während der Gewährleistungsfrist auftreten, seien durch die Gewährleistung abgedeckt. Eine Umlagerung sei nicht erfolgt. Es gelte - wie bei der Gewährleistung - die berechnete Annahme, dass es infolge der hochwertig eingesetzten Produkte der Antragstellerin zu keinen Gewährleistungs- und Instandsetzungsfolgen komme. Sollte es doch dazu kommen, sei die Antragstellerin durch entsprechende Regressregelungen gegenüber ihren Sublieferanten abgedeckt. Ein gesonderter Wagniszuschlag sei nicht erforderlich gewesen. Die beauftragte Wartungs-/Inspektionspauschale solle erst nach Ablauf der Gewährleistungsfrist zur Auszahlung gelangen. Die Auftraggeberin habe offensichtlich bewusst ein langes

Zahlungsziel für Wartung und Inspektion vorgegeben. Die Antragstellerin habe nicht die gesamte Instandhaltung als optional ausgeschriebene Leistungen umgelegt. Die Instandhaltung sei nicht optional ausgeschrieben gewesen. Die Kosten der Gewährleistung/Instandhaltung für Schäden ohne äußeren Einfluss seien während der Gewährleistung im Herstelleraufwand einkalkuliert. Auch in Bezug auf die Instandhaltungspreise sei das Angebot der Antragstellerin vor dem Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin, jedoch im Rahmen der übrigen Instandhaltungspreise gelegen. Kritik an der Ausschreibung während eines Aufklärungsgesprächs sei kein Ausscheidungstatbestand. Die ÖNORM B 2061 lasse die Kalkulation von Risiken auch unter "Gewinn" zu.

Die Teilnahmeantragstellerin übermittelte am 7. Juli 2005 eine Stellungnahme ein. Darin brachte sie vor, dass sie das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin für korrekt und gesetzmäßig halte. Eine Option sei nicht in der Bekanntmachung der Ausschreibung anzugeben. Wenn die Antragstellerin meine, die Ausschreibung weiche in unzulässiger Form von der Bekanntmachung ab, hätte sie die Ausschreibung anfechten müssen. In den Ausschreibungsunterlagen sei angegeben, dass die Instandhaltungsleistungen optional beauftragt werden könnten. Die Nichtvorlage von K4-Blättern sei nach der Ausschreibung ein unbehebbarer Mangel. Die Definition der "Bauleistungen" beinhalte nach ÖNORM B 2110 und B 2117 eindeutig Leistungen der Haustechnik. Da die ÖNORM B 2061 nach ihrem Punkt 1 eindeutig "das Verfahren der Preisermittlung von Bauleistungen (gemäß ÖNORM B 2110 oder B 2117)" regle, gebe es keinen Interpretationsspielraum. Das Verfahren sei auf die Prüfung des Ausscheidens des Angebotes der Hauptantragstellerin zu beschränken. Die Aufklärung, dass die F*** nicht als Subunternehmerin sondern als Lieferantin zum Einsatz kommen solle, bewirke eine substantielle Verbesserung der Wettbewerbsstellung der Antragstellerin, da das Angebot bei Nennung als Subunternehmer auszuscheiden, als Lieferantin jedoch nicht auszuscheiden sei. In der Ausschreibung sei eine bestimmte Kalkulationsmethode vorgeschrieben gewesen. Die Frage der plausiblen Preiszusammensetzung sei anhand der in der Ausschreibung vorgegebenen Kalkulationsmethode zu prüfen. Es könne nicht jeder Bieter seine eigene Kalkulationsmethode wählen. Die Kalkulation der Gewährleistung in "Gewinn" widerspreche Punkt 5.6 der ÖNORM B 2061, wonach das Gewährleistungswagnis in den Wagniszuschlag einzurechnen sei. Die Annahme, dass es nicht zu Gewährleistungsfällen komme, stelle eine unplausible Erklärung des Gesamtpreises dar. Dass die Preisumlagerungen in die einzelnen Leistungspositionen keine spekulativen Preise zur Folge haben, sei unrichtig. Die Einrechnung der Gewährleistung in die einzelnen Leistungspositionen erhöhe die einzelne Leistungsposition und führe zu einer höheren Abrechnungssumme. Dies bedeute eine spekulative Preisumlagerung. Die Lösung der Antragstellerin, eine subjektiv unkalkulierbare Position einfach mit Null auszureisen, sei ohne jeden Zweifel betriebswirtschaftlich unplausibel und nicht nachvollziehbar. Die ÖNORM B 2061 lasse die Kalkulation von Risiken unter "Gewinn" nicht zu. Punkt 5.7 der ÖNORM B 2061 sage lediglich aus, dass aus dem Gewinn "ein etwa ungedecktes Wagnis", also ein Wagnis, das nicht kalkuliert, d. h. vom Bieter nicht erkannt wurde, zu bestreiten sei. Die ÖNORM B 2061 erlaube aber nicht, von vornherein Wagnisse unter "Gewinn" zu kalkulieren. Die Verpflichtung zu einer derartigen Kalkulation ergebe sich aus der Ausschreibung.

Am 13. Juli 2005 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt statt. Die Antragstellerin brachte vor, dass im Sinne der Gleichbehandlung aller Bieter die Frage behandelt werden müsse, dass die Angebote aller anderen Bieter, die keine vollständigen K4-Blätter vorgelegt haben, ebenfalls ausgeschieden werden müssen. Sie gab weiters an, dass alle verwendeten Materialien im Angebot zugekauft seien. Alle jene Materialien, bei denen als Lieferer die A*** in den K4-Blättern eingetragen sei, werden vom Lager in Graz auf die Baustelle verbracht. Sie seien nicht selbst hergestellt. Eine gewisse Menge an Komponenten liege ständig auf Lager. Die Einordnung der F*** als Lieferantin ändere den Anteil der Subunternehmerin G***/H*** am Gesamtauftragswert nicht.

1. 2.Ziffer 2 Sachverhalt

Die Auftraggeberin errichtet die S1 Wiener Außenring Schnellstraße im Bereich zwischen Vösendorf und Schwechat. Im Zuge dieses Gesamtvorhabens gelangt die Verkehrs- und Leittechnik zur Ausschreibung. Der Auftrag besteht aus den Losen 1 Verkehrstechnik, 2 Leittechnik, 3 Wartung und 4 VBA. Die Ausschreibung wurde im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 30. Dezember 2004, 2004/S 254-220076, und im Amtlichen Lieferungsanzeiger vom 30. Dezember 2004, EU220076-2004, veröffentlicht. Diese Bekanntmachung wurde am 22. Dezember 2004 abgesandt. Die Art des Bauauftrages war mit der Erbringung einer Bauleistung, gleichgültig mit welchen Mitteln, gemäß dem vom Auftraggeber genannten Erfordernissen bezeichnet. In der Bekanntmachung der Ausschreibung war unter Punkt II.2.2 "Optionen. Beschreibung und Angabe des Zeitpunktes, zu dem sie wahrgenommen werden können",

nichts eingetragen. Die Auftragsdauer sollte von 18. Oktober 2005 bis 28. Oktober 2007 dauern. Die Ausschreibung erfolgte im offenen Verfahren. Schlusstermin für den Eingang der Angebote war der 15. Februar 2005, 14.00 Uhr. Zu diesem Zeitpunkt sollte in den Räumlichkeiten der vergebenden Stelle, ÖSAG, die Angebotsöffnung erfolgen. (Unterlagen des Vergabeverfahrens, amtliche Einschau unter ted.publications.eu.int und unter www.auftrag.at) Die Auftraggeberin errichtet die S1 Wiener Außenring Schnellstraße im Bereich zwischen Vösendorf und Schwechat. Im Zuge dieses Gesamtvorhabens gelangt die Verkehrs- und Leittechnik zur Ausschreibung. Der Auftrag besteht aus den Losen 1 Verkehrstechnik, 2 Leittechnik, 3 Wartung und 4 VBA. Die Ausschreibung wurde im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 30. Dezember 2004, 2004/S 254-220076, und im Amtlichen Lieferungsanzeiger vom 30. Dezember 2004, EU220076-2004, veröffentlicht. Diese Bekanntmachung wurde am 22. Dezember 2004 abgesandt. Die Art des Bauauftrages war mit der Erbringung einer Bauleistung, gleichgültig mit welchen Mitteln, gemäß dem vom Auftraggeber genannten Erfordernissen bezeichnet. In der Bekanntmachung der Ausschreibung war unter Punkt römisch zwei.2.2 "Optionen. Beschreibung und Angabe des Zeitpunktes, zu dem sie wahrgenommen werden können", nichts eingetragen. Die Auftragsdauer sollte von 18. Oktober 2005 bis 28. Oktober 2007 dauern. Die Ausschreibung erfolgte im offenen Verfahren. Schlusstermin für den Eingang der Angebote war der 15. Februar 2005, 14.00 Uhr. Zu diesem Zeitpunkt sollte in den Räumlichkeiten der vergebenden Stelle, ÖSAG, die Angebotsöffnung erfolgen. (Unterlagen des Vergabeverfahrens, amtliche Einschau unter ted.publications.eu.int und unter www.auftrag.at)

Die Zuschlagskriterien betragen Gesamtpreis zu 94 % und Qualität zu 6 %. Der geschätzte Gesamtauftragswert des gegenständlichen Bauprojektes beträgt Euro 434,2 Mio. ohne USt. Der geschätzte Auftragswert beträgt für die Errichtung der Anlage

Euro 16.383.800,-- und für die Instandhaltung nach dem Ende der Gewährleistung Euro 1.480.000,--, in Summe Euro 17.763.800,-- jeweils ohne USt. (Unterlagen des Vergabeverfahrens, Auskunft der Auftraggeberin)

Mit Schreiben vom 8. Februar 2005 nahm die vergebende Stelle ASFINAG Bau Management GmbH Klarstellungen, Ergänzungen und Berichtigungen zur Ausschreibung vor und verlängerte die Angebotsfrist bis 8. März 2005, 14.00 Uhr. Mit Schreiben vom 1. März 2005 nahm die vergebende Stelle weitere Klarstellungen, Ergänzungen und Berichtigungen zur Ausschreibung vor und verlängerte die Angebotsfrist bis 15. März 2005, 14.00 Uhr. Mit der dritten Berichtigung verlängerte sie die Angebotsfrist auf 17. März 2005, 14.00 Uhr. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Punkt 1,207 in Teil B.1 der Ausschreibungsunterlagen lautet:

"1,207 Art des Zuschlages

Der Zuschlag zur gegenständlichen Bauausschreibung wird dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Punkt 1,209 in Teil B.1 der Ausschreibungsunterlagen lautet:

"1,209 Erstellung der Preise

Die Kalkulation aller angebotenen Preise und deren Aufgliederung hat den Bestimmungen der ÖNORM B 2061 vom 01.09.1999 unter Berücksichtigung der diesbezüglichen Festlegungen in der Ausschreibung zu entsprechen. [...]"

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Punkt 1,210 in Teil B.1 der Ausschreibungsunterlagen lautet:

"T1,210 Form und Einreichung der AngeboteT

Alle Angebote und - sofern zulässig - Alternativangebote sind im Sinne der §§ 82 und 84 (1) BVergG 2002 in Papierform, unter Anschluss der in Teil B 8 geforderten Unterlagen, in einem verschlossenen Umschlag mit dem beiliegenden Adressaufkleber gekennzeichnet in zweifacher Ausfertigung (Original in einem A4 Ringordner auf Papier und eine Kopie davon) einzureichen. [...]" (Unterlagen des Vergabeverfahrens) Alle Angebote und - sofern zulässig - Alternativangebote sind im Sinne der Paragraphen 82 und 84 (1) BVergG 2002 in Papierform, unter Anschluss der in Teil B 8 geforderten Unterlagen, in einem verschlossenen Umschlag mit dem beiliegenden Adressaufkleber gekennzeichnet in zweifacher Ausfertigung (Original in einem A4 Ringordner auf Papier und eine Kopie davon) einzureichen. [...]" (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Punkt 1,305 der in Teil B.1 der Ausschreibungsunterlagen lautet:

"1,305 Zuschlagskriterien, auftragsbezogen

Für die Prüfung und Beurteilung der Angebote gelten die Vorgaben des Bundesvergabegesetzes - BVergG. Zur Beurteilung der Angebote werden neben dem Preis auch die Qualität der vom Bieter zu erbringenden, ausgeschriebenen Leistungen herangezogen. Im Zuge der Angebotsprüfung wird nach den Angaben des Bieters wie folgt bewertet:

Gesamtpreis: 94%

Qualität: 6%

[...]

Ermittlung Preis des Bieters

Bewertung der Instandhaltung:

Alle Positionen der Instandhaltung aller Lose fließen, unabhängig einer angebotenen Verlängerung der Gewährleistungsfrist lediglich zu 50% in die Bestbieterermittlung ein.

Preis des Bieters = Angebotspreis - (Leistungsgruppensummen, Instandhaltung aller Lose x 0,5)

Ermittlung des Faktors Preis

Die Preisfaktoren der Bieter errechnen sich aus folgenden Formeln:

Faktor Preis = (Preis des Billigstbieters : Preis des Bieters) x 94%

Ermittlung des Gesamtfaktors

Gesamtfaktor = Faktor Preis + Faktor Qualität

Der Bieter mit dem höchsten Gesamtfaktor erscheint als Bestbieter."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Punkt 1 der Instandhaltungsbestimmungen in Teil B.5. der Ausschreibungsunterlagen lautet:

"1 Allgemeines

Die folgenden Instandhaltungsbestimmungen gelten für die Regelung der Instandhaltung im Rahmen des Vertragsverhältnisses zwischen ASFINAG als Auftraggeber einerseits und dem Auftragnehmer (erfolgreichen Bieter) andererseits.

Der Auftragnehmer übernimmt die Instandhaltung der von ihm erbrachten Leistungen. Die Instandhaltung umfasst die vorbeugende regelmäßige Inspektion und Wartung der Anlagenteile sowie die Instandsetzung bei Störungen und Schäden auf Anforderung des Auftraggeber oder selbständig durch den AN soweit es sich nicht um Haftungsverpflichtungen des Auftraggebers handelt. Die Arbeiten dienen der Erhaltung bzw. Wiederherstellung der Betriebsbereitschaft (gemäß Verfügbarkeitsverpflichtung Punkt 3.3).

Die Instandhaltungsleistungen können optional dergestalt beauftragt werden, dass der AG berechtigt ist, entweder nur die Wartung/Inspektion oder diese gemeinsam mit der Instandsetzung zu beauftragen.

Die Beauftragung durch den AG erfolgt optional bis spätestens 6 Monate vor Ablauf der jeweiligen Gewährleistungsfrist (Schlussfeststellung).

Während der Gewährleistung sind die Leistungen der Instandhaltung durch den Leistungsumfang des Hauptauftrages mit umfasst, aus diesem abzugelten und nach diesen vertraglichen Regelungen für die Instandhaltung durchzuführen.

Die Nichteinhaltung der Verfügbarkeitskriterien begründet in diesem Zeitraum jedenfalls einen gewährleistungspflichtigen nicht geringfügigen Mangel."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Punkt 3 in Teil B.5 der Ausschreibungsunterlagen lautet:

"3 Leistungsumfang

Ziel des Instandhaltungsvertrages ist die Sicherstellung der Verfügbarkeit, sowie der Substanz- und Werterhalt der betreuten Anlagen wie im gegenständlichen Vertrag beschrieben. Die Leistungen der Instandhaltung umfassen die Inspektion und Wartung (siehe Punkt 3.1), Instandsetzung (Störungsbeseitigung) sowie die Softwarepflege auf Anforderung des AG oder selbständig durch den AN an allen Anlagen, welche aufgrund des Herstellungsvertrages errichtet wurden. Weiters sind die Instandhaltungsplanung und -steuerung sowie Nebenleistungen wie Verkehrssicherung zu erbringen.

Die Leistungen des AN erstrecken sich auch auf die Instandhaltung von geänderten oder ergänzten Anlagen oder Anlageteilen, sofern die Änderungen oder Ergänzungen am AN selbst durchgeführt wurden. Das Instandhaltungsentgelt wird in diesem Fall gemäß Punkt 8.3.2 angepasst."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Punkt 6.2 in Teil B.6 der Ausschreibungsunterlagen lautet:

"T6.2 Besondere rechtliche Vertragsbestimmungen der ÖSAGT

Anmerkung: Nachfolgende Punkte sind als vorrangige Ergänzung zu den in Punkt 6,1 angeführten Vertragsbestimmungen (ONORM B 2117) zu verstehen. Die zugehörigen Bezugspunkte sind jeweils angeführt. Bei Fehlen von Bezugspunkten handelt es sich um freie Zusatzbestimmungen des Auftraggebers (AG).

Ferner gilt folgende Rangordnung der rechtlichen Vertragsbestandteile in absteigender Reihenfolge:

1. 1.)eins,
Schlussbrief
2. 2.)2,
Die Vertragsbestimmungen der Ausschreibung
3. 3.)3,
Bei Widersprüchen gelten die Ausschreibungskapitel in folgender Reihenfolge B8, B7, B6, B5, B4, B3, B2, B1
4. 4.)4,
Sämtliche Verweise (Hinweise) in den Leistungspositionstexten sind nachrangig zum Bauvertrag.
5. 5.)5,
ÖNORM B 2117
6. 6.)6,
Allgemein Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB)"

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

In der Leistungsgruppe 20 "Instandhaltung" in Teil B.7, Los 3 ist die Wartung und Inspektion bzw. Instandhaltung gemäß B.5 Instandhaltungsbestimmungen ausgeschrieben. Es finden sich sowohl für die Prozessleittechnik als auch für die Videotechnik für jedes der Betriebsjahre 1 bis 7 nach Ende der Gewährleistungsfrist je eine Leistungsposition für Wartung und Inspektion sowie für Instandsetzung. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Punkt 8,3 in Teil B.8 der Ausschreibungsunterlagen lautet:

"T8.3 Wesentliche Unterlagen zum Angebot

8,301 Wir schließen hier folgende, angekreuzte, wesentliche Unterlagen zum ausschreibungsgemäßen Angebot (getrennt für ÖSAG-Entwurf und, falls angeboten, für die ÖSAG-Variante) bei, andernfalls das Angebot ausgeschieden wird.

Nachstehende Auszählung ist keine taxative Aufzählung der Ausscheidenstatbestände.

T8/1) Angekreuzte, oder gesetzlich geforderte wesentliche Unterlagen, die mit dem Angebot abzugeben sind (sofortige Ausscheidenssanktion):

[...]

X 8/1.5 Kalkulationsformblätter K 7 als sachgemäße und vollständige Preisaufgliederung bzw. Herleitung der jeweiligen einzelnen Position für alle wesentlichen Positionen gemäß B8-2.1. (gebunden oder geheftet)römisch zehn 8/1.5 Kalkulationsformblätter K 7 als sachgemäße und vollständige Preisaufgliederung bzw. Herleitung der jeweiligen

einzelnen Position für alle wesentlichen Positionen gemäß B8-2.1. (gebunden oder geheftet)

X 8/1.6 bei alternativen Angeboten: Kalkulationsformblätter K7 als sachgemäße und vollständige Preisaufgliederung bzw. Herleitung der jeweiligen einzelnen Position für alle wesentlichen Positionen über 3% gemäß B1 (gebunden oder geheftet)
römisch zehn 8/1.6 bei alternativen Angeboten: Kalkulationsformblätter K7 als sachgemäße und vollständige Preisaufgliederung bzw. Herleitung der jeweiligen einzelnen Position für alle wesentlichen Positionen über 3% gemäß B1 (gebunden oder geheftet)

X 8/1.7 Kalkulationsformblätter K 3 römisch zehn 8/1.7 Kalkulationsformblätter K 3

X 8/1.8 Kalkulationsformblätter K 4 römisch zehn 8/1.8 Kalkulationsformblätter K 4

X 8/1.9 Subunternehmererklärung gemäß § 83 BVergG unter Verwendung des Anhanges B 8 - 3.7 römisch zehn 8/1.9 Subunternehmererklärung gemäß Paragraph 83, BVergG unter Verwendung des Anhanges B 8 - 3.7

8/2 Weiters sind zusätzlich folgende, angekreuzte wesentliche Unterlagen gemeinsam mit dem Angebot abzugeben (sofortige Ausscheidenssanktion); soweit nicht angekreuzt, sind die entsprechenden Unterlagen nach Aufforderung innerhalb von 7 Kalendertagen nachzureichen ("nachträgliche" Ausscheidenssanktion)

[...]

8/3 Auf Anforderung innerhalb 7 Kalendertagen nachzureichende

Unterlagen ("nachträgliche" Ausscheidenssanktion):

8/3.1 Kalkulationsformblätter K 7 für alle übrigen Positionen

[...]

8/3.6 Verlangte Nachweise gem. den §§ 53, 54, 56 und 57 BVergG
8/3.6 Verlangte Nachweise gem. den Paragraphen 53, 54, 56 und 57 BVergG

2002 (Anhang B8-3.6)

[...]

8/3.9 Sonstige Unterlagen

[...]

8/3.15 Auflistung der angebotenen Materialien mit Angabe des Fabrikates, der Type, des Ursprungslandes etc.

[...]

8.302 Für die Beurteilung von Alternativangeboten sind die oben angekreuzten oder gesetzlich geforderten Unterlagen ebenfalls mit dem Alternativangebot abzugeben, andernfalls das Angebot ausgeschieden wird (behebbarer Fehler siehe B1). Alle anderen Unterlagen sind, bei sonstiger Angebotsausscheidung iSd §98 Ziff 5 BVergG 2002, auf Anforderung innerhalb von 7 Kalendertagen nach zu reichen."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Am 17. März 2005 fand von 14.00 Uhr bis 16.20 Uhr die Angebotsöffnung in den Räumlichkeiten der Auftraggeberin statt. Fünf Bieter und Bietergemeinschaften legten Angebote. Die Teilnahmeantragstellerin legte neben ihrem Hauptangebot vier Alternativangebote. Die Antragstellerin legte ein Hauptangebot mit einem Gesamtangebotspreis von Euro 12.361.647,35 ohne USt. Im Protokoll zur Angebotsöffnung ist festgehalten, dass diesem Angebot keine K4-Blätter beilagen. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die formale Prüfung des Angebotes der Antragstellerin ergab, dass es aufgrund der Nichtabgabe der K4-Blätter unvollständig ausgearbeitet und daher formal nicht korrekt ist. Ebenso wenig wurde eine Kopie des Originalangebotes, wie gefordert, abgegeben. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Mit Telefax vom 22. März 2005 forderte die Auftraggeberin die Antragstellerin unter Androhung des Ausscheidens zur Aufklärung hinsichtlich des Fehlens der K4-Blätter bis 30. März 2005 auf. Mit Schreiben vom 30. März 2005 übermittelte die Antragstellerin der Auftraggeberin eine Stellungnahme unter Anschluss einer rechtlichen Stellungnahme des nunmehrigen Vertreters der Antragstellerin sowie K4-Blätter. In der Stellungnahme wurde ausgeführt, dass K4-Blätter nur für Bauleistungen im eigentlichen Sinn erforderlich seien, nicht jedoch wenn der Bieter diese durch

Subunternehmer auszuführen beabsichtige. Die Auftraggeberin hätte auch alle anderen Bieter auszuschneiden, deren Angebote unvollständige oder gar keine K4-Blätter vorgelegt haben. Mit Telefax vom 31. März 2005 bestätigte die Auftraggeberin den Erhalt der K4-Blätter und hielt ausdrücklich fest, dass der unbehebbarer wesentlicher Mangel des Angebotes der Antragstellerin damit nicht behoben sei. Mit Telefax vom 22. April 2004 forderte die Auftraggeberin von der Antragstellerin Unterlagen entsprechend der Ausschreibung nach. Mit Telefax vom selben Tag lud sie zum Bietergespräch vom 25. April 2005, 16.00 Uhr, in den Räumlichkeiten der Auftraggeberin ein. Diese Einladung enthielt eine Tagesordnung und eine Reihe formaler, vorzubereitender Fragen zur Kalkulation sowohl hinsichtlich einzelner Positionen als auch anderer kalkulatorischer Ansätze, technische Fragen betreffend die angebotenen Produkte sowie weitere Details der beabsichtigten Durchführung des Auftrages. Die Auftraggeberin verwies in dieser Einladung darauf, dass der angeführte Fragenkatalog keinen Anspruch auf Vollständigkeit erhebe und sich die vergebende Stelle vorbehalte, auch während des Gespräches weitere Fragen zu stellen. Mit einem weiteren Telefax vom selben Tag forderte die Auftraggeberin gemäß § 94 BVergG um Aufklärung zu den fehlenden K4-Blättern auf. Am 25. April 2005 fand in den Räumlichkeiten der Auftraggeberin ein Bietergespräch statt. In dem Bietergespräch wurden die Subunternehmer, die Kalkulation der Instandhaltung, das K3-Blatt, die Kalkulation des Risikos der Gewährleistung, die Einhaltung der ÖNORM B 2061, der ungewöhnlich niedrige Gesamtzuschlag, weitere Fragen der Kalkulation sowie technische Fragen zu Los 4 erörtert. Die Antragstellerin übergab eine schriftliche Fragebeantwortung. Sie gab an, dass sie die Instandhaltungskosten auf die Instandhaltungspositionen ab dem ersten Jahr nach Ablauf der vertraglichen Gewährleistung und Verlängerung, aufgrund der angebotenen Verlängerung der Gewährleistung ab dem siebenten Jahr. Dies gelte genauso für die in der Gewährleistung anfallenden Kosten für die Wartung. Eine seriöse Kalkulation über so viele Jahre sei nicht möglich. Die Auftraggeberin forderte die Antragstellerin unter Androhung des Ausscheidens zur Aufklärung hinsichtlich des Fehlens der K4-Blätter bis 30. März 2005 auf. Mit Schreiben vom 30. März 2005 übermittelte die Antragstellerin der Auftraggeberin eine Stellungnahme unter Anschluss einer rechtlichen Stellungnahme des nunmehrigen Vertreters der Antragstellerin sowie K4-Blätter. In der Stellungnahme wurde ausgeführt, dass K4-Blätter nur für Bauleistungen im eigentlichen Sinn erforderlich seien, nicht jedoch wenn der Bieter diese durch Subunternehmer auszuführen beabsichtige. Die Auftraggeberin hätte auch alle anderen Bieter auszuschneiden, deren Angebote unvollständige oder gar keine K4-Blätter vorgelegt haben. Mit Telefax vom 31. März 2005 bestätigte die Auftraggeberin den Erhalt der K4-Blätter und hielt ausdrücklich fest, dass der unbehebbarer wesentlicher Mangel des Angebotes der Antragstellerin damit nicht behoben sei. Mit Telefax vom 22. April 2004 forderte die Auftraggeberin von der Antragstellerin Unterlagen entsprechend der Ausschreibung nach. Mit Telefax vom selben Tag lud sie zum Bietergespräch vom 25. April 2005, 16.00 Uhr, in den Räumlichkeiten der Auftraggeberin ein. Diese Einladung enthielt eine Tagesordnung und eine Reihe formaler, vorzubereitender Fragen zur Kalkulation sowohl hinsichtlich einzelner Positionen als auch anderer kalkulatorischer Ansätze, technische Fragen betreffend die angebotenen Produkte sowie weitere Details der beabsichtigten Durchführung des Auftrages. Die Auftraggeberin verwies in dieser Einladung darauf, dass der angeführte Fragenkatalog keinen Anspruch auf Vollständigkeit erhebe und sich die vergebende Stelle vorbehalte, auch während des Gespräches weitere Fragen zu stellen. Mit einem weiteren Telefax vom selben Tag forderte die Auftraggeberin gemäß Paragraph 94, BVergG um Aufklärung zu den fehlenden K4-Blättern auf. Am 25. April 2005 fand in den Räumlichkeiten der Auftraggeberin ein Bietergespräch statt. In dem Bietergespräch wurden die Subunternehmer, die Kalkulation der Instandhaltung, das K3-Blatt, die Kalkulation des Risikos der Gewährleistung, die Einhaltung der ÖNORM B 2061, der ungewöhnlich niedrige Gesamtzuschlag, weitere Fragen der Kalkulation sowie technische Fragen zu Los 4 erörtert. Die Antragstellerin übergab eine schriftliche Fragebeantwortung. Sie gab an, dass sie die Instandhaltungskosten auf die Instandhaltungspositionen ab dem ersten Jahr nach Ablauf der vertraglichen Gewährleistung und Verlängerung, aufgrund der angebotenen Verlängerung der Gewährleistung ab dem siebenten Jahr. Dies gelte genauso für die in der Gewährleistung anfallenden Kosten für die Wartung. Eine seriöse Kalkulation über so viele Jahre sei nicht möglich. Die Antragstellerin gab weiter an, dass sie die Kosten der reinen Gewährleistung auf sämtliche Kosten ihres Angebotes umgelegt habe. Dies sei im K3-Blatt ersichtlich. Es sei das unternehmerische Risiko der Antragstellerin, wenn sie letztlich ihre Wartung während der Gewährleistungs- bzw. verlängerten Gewährleistungsfrist nicht bezahlt bekomme. Alle vier Positionen des Gesamtzuschlages seien im Gewinn kalkuliert. Das Projekt sei für die Antragstellerin ungeheuer strategisch wichtig, was zur knappen Kalkulation geführt habe. Insbesondere wolle sie in das Spektrum VBA vordringen. Mit Schreiben vom 26. April 2005 forderte die Auftraggeberin die Antragstellerin unter Androhung des Ausscheidens zur Aufklärung sämtlicher erforderlicher Befugnisse auf. Mit Schreiben vom 29. April 2005 übermittelte

die Antragstellerin zwei Rechtsgutachten zu dieser Frage. Im Nachhang zu dem Bietergespräch übermittelte die Antragstellerin mit Schreiben vom 29. April 2005 weitere Unterlagen und Stellungnahmen. Mit Schreiben vom 24. Mai 2005 forderte die Auftraggeberin die Antragstellerin unter Androhung des Ausscheidens zur Bekanntgabe des Firmenwortlautes bis 31. Mai 2005 auf. Mit Schreiben vom 31. Mai 2005 gab die Antragstellerin den Firmenwortlaut bekannt und nahm im Nachhang zu dem Bietergespräch zu ihrer Kalkulation Stellung. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Mit Telefax vom 2. Juni 2005 gab die Auftraggeberin allen Bietern die Zuschlagsentscheidung zugunsten der Bietergemeinschaft C***/D***/E*** bekannt. Mit Telefax vom 2. Juni 2005, 20.51 Uhr, forderte die Antragstellerin die Auftraggeberin zur Bekanntgabe der Gründe für die Nichtberücksichtigung ihres Angebotes sowie der Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes auf. Mit Telefax vom 10. Juni 2005 teilte die Auftraggeberin die Bewertung des für den Zuschlag in Aussicht genommenen Angebotes mit. Weiters gab sie bekannt, dass das Angebot der Antragstellerin wegen der Nichtabgabe der K4-Blätter, der nicht ordnungs- bzw. nicht normgemäßen Kalkulation der Preise bzw. unzulässigen Umlagerungen, als Unterpreis gewertet, der von der Antragstellerin unterstellten Unmöglichkeit einer seriösen Kalkulation der Kosten für die Wartung, als unplausibler Gesamtpreis gewertet, sowie wegen der Nichteinhaltung der ÖNORM B 2061 "Preisermittlung für Bauleistungen" sowie der mangelnden Eignung des Subunternehmers F*** nach § 98 Z 1, 3, 5 und 8 BVergG 2002 auszuschneiden sei. (Unterlagen des Vergabeverfahrens) Mit Telefax vom 2. Juni 2005 gab die Auftraggeberin allen Bietern die Zuschlagsentscheidung zugunsten der Bietergemeinschaft C***/D***/E*** bekannt. Mit Telefax vom 2. Juni 2005, 20.51 Uhr, forderte die Antragstellerin die Auftraggeberin zur Bekanntgabe der Gründe für die Nichtberücksichtigung ihres Angebotes sowie der Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes auf. Mit Telefax vom 10. Juni 2005 teilte die Auftraggeberin die Bewertung des für den Zuschlag in Aussicht genommenen Angebotes mit. Weiters gab sie bekannt, dass das Angebot der Antragstellerin wegen der Nichtabgabe der K4-Blätter, der nicht ordnungs- bzw. nicht normgemäßen Kalkulation der Preise bzw. unzulässigen Umlagerungen, als Unterpreis gewertet, der von der Antragstellerin unterstellten Unmöglichkeit einer seriösen Kalkulation der Kosten für die Wartung, als unplausibler Gesamtpreis gewertet, sowie wegen der Nichteinhaltung der ÖNORM B 2061 "Preisermittlung für Bauleistungen" sowie der mangelnden Eignung des Subunternehmers F*** nach Paragraph 98, Ziffer eins, 3, 5 und 8 BVergG 2002 auszuschneiden sei. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Am 16. Juni 2005 brachte die Antragstellerin den gegenständlichen Nachprüfungsantrag ein und bezahlte die Pauschalgebühren in der Höhe von Euro 10.000,--. Die Teilnahmeantragstellerin bezahlte Pauschalgebühren in der Höhe von Euro 2.500,--. (Akt des Nachprüfungsverfahrens)

Der Zuschlag wurde bisher nicht erteilt. Das Vergabeverfahren wurde nicht widerrufen. (Stellungnahme der Auftraggeberin)

Die getroffenen Feststellungen stützen sich auf die jeweils in Klammern genannten Beweismittel. Zweifel an deren Echtheit traten nicht auf. Ebenso wenig traten Zweifel an deren Richtigkeit auf, weshalb die obigen Feststellungen zu treffen waren.

3. Rechtliche Würdigung

3.1 Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes

Der gegenständliche Auftrag wurde als Bauauftrag umschrieben. Er umfasst zu einem geringeren Anteil Baumeisterarbeiten, hauptsächlich jedoch Stahlbauarbeiten und elektrotechnische Arbeiten. Es handelt sich dabei um Tätigkeiten nach Untergruppen 500.1, 502.1, 503.5, 503.6 nach Anhang I des Bundesvergabegesetzes. Der gegenständliche Auftrag ist ein Bauauftrag nach § 3 Abs. 1 BVergG. Der gegenständliche Auftrag wurde als Bauauftrag umschrieben. Er umfasst zu einem geringeren Anteil Baumeisterarbeiten, hauptsächlich jedoch Stahlbauarbeiten und elektrotechnische Arbeiten. Es handelt sich dabei um Tätigkeiten nach Untergruppen 500.1, 502.1, 503.5, 503.6 nach Anhang römisch eins des Bundesvergabegesetzes. Der gegenständliche Auftrag ist ein Bauauftrag nach Paragraph 3, Absatz eins, BVergG.

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 die ASFINAG Baumanagement GmbH im Vollmachtsnamen der ASFINAG durch. Sie fungiert daher als vergebende Stelle iSd § 20 Z 36 BVergG. Das gegenständliche Vergabeverfahren führt die ASFINAG Baumanagement GmbH im Vollmachtsnamen der ASFINAG durch. Sie fungiert daher als vergebende Stelle iSd Paragraph 20, Ziffer 36, BVergG.

Der geschätzte Wert des gegenständlichen Gesamtauftrages 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 Gesamtauftrages 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

Bis zur Zuschlagserteilung ist das Bundesvergabeamt zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hierzu ergangenen Verordnungen zuständig

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

Der Antragstellerin wurde die Zuschlagsentscheidung am 2. Juni 2005 mitgeteilt. Sie brachte den Nachprüfungsantrag am 16. Juni 2005 ein. Er ist daher rechtzeitig. Die Verständigung der Auftraggeberin erfolgte per Telefax vor Einbringung des Nachprüfungsantrages. Er enthält alle nach § 166 Abs. 1 erforderlichen Angaben. Ein Grund für seine Unzulässigkeit nach § 166 Abs. 2 BVergG liegt nicht vor. Wie in dem Antrag zu Recht ausgeführt ist, ist es Aufgabe des Bieters, eine gesondert anfechtbare Entscheidung zu bekämpfen. Das Ausscheiden ist in diesem Sinne keine gesondert anfechtbare Entscheidung und nur ausnahmsweise selbstständig anfechtbar (VwGH 28.1.2004, 2003/04/0134). Wurde jedoch ein Bieter zu Unrecht ausgeschieden, so belastet dies auch die Zuschlagsentscheidung mit Rechtswidrigkeit und das Ausscheiden ist zusammen mit dieser anzufechten (Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Bundesvergabe-gesetz 2002 [2005] § 162 Rz 123). Andererseits ist der Verfahrensgegenstand auf die Frage des Vorliegens von Ausscheidensgründen beschränkt, wenn solche betreffend den Nachprüfungs-werber vorliegen, da das Nachprüfungsverfahren ausschließlich der Durchsetzung subjektiver Rechte des Bieters dient (VwGH 18.5.2005, 2004/04/0094). Der Antragstellerin wurde die Zuschlagsentscheidung am 2. Juni 2005 mitgeteilt. Sie brachte den

Nachprüfungsantrag am 16. Juni 2005 ein. Er ist daher rechtzeitig. Die Verständigung der Auftraggeberin erfolgte per Telefax vor Einbringung des Nachprüfungsantrages. Er enthält alle nach Paragraph 166, Absatz eins, erforderlichen Angaben. Ein Grund für seine Unzulässigkeit nach Paragraph 166, Absatz 2, BVergG liegt nicht vor. Wie in dem Antrag zu Recht ausgeführt ist, ist es Aufgabe des Bieters, eine gesondert anfechtbare Entscheidung zu bekämpfen. Das Ausscheiden ist in diesem Sinne keine gesondert anfechtbare Entscheidung und nur ausnahmsweise selbstständig anfechtbar (VwGH 28.1.2004, 2003/04/0134). Wurde jedoch ein Bieter zu Unrecht ausgeschieden, so belastet dies auch die Zuschlagsentscheidung mit Rechtswidrigkeit und das Ausscheiden ist zusammen mit dieser anzufechten (Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 [2005] Paragraph 162, Rz 123). Andererseits ist der Verfahrensgegenstand auf die Frage des Vorliegens von Ausscheidensgründen beschränkt, wenn solche betreffend den Nachprüfungswerber vorliegen, da das Nachprüfungsverfahren ausschließlich der Durchsetzung subjektiver Rechte des Bieters dient (VwGH 18.5.2005, 2004/04/0094).

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 § 170 Abs. 2 BVergG ist daher ein Nachprüfungsverfahren nach § 163 BVergG einzuleiten. 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.

3.3. Parteien des Verfahrens

Nach § 165 Abs. 2 BVergG kommt einem Teilnahmeantragsteller Parteistellung im Verfahren zur Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung zu. Die rechtlichen Interessen der Erstteilnahmeantragstellerin sind in ihrer Rolle als in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin durch die Entscheidung des Bundesvergabebeamten zweifellos berührt. Der Teilnahmeantrag wurde fristgerecht eingebracht. Die Frage der Nichtigkeitsklärung 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. Nach Paragraph 165, Absatz 2, BVergG kommt einem Teilnahmeantragsteller Parteistellung im Verfahren zur Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung zu. Die rechtlichen Interessen der Erstteilnahmeantragstellerin sind in ihrer Rolle als in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin durch die Entscheidung des Bundesvergabebeamten zweifellos berührt. Der Teilnahmeantrag wurde fristgerecht eingebracht. Die Frage der Nichtigkeitsklärung 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.

3.4. Inhaltliche Beurteilung

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. 1. Ziffer eins
Angebote von Bieter, bei welchen die Befugnis oder die finanzielle, wirtschaftliche oder technische Leistungsfähigkeit oder die Zuverlässigkeit nicht gegeben ist;
2. 3. Ziffer 3
Angebote, die eine - gegebenenfalls durch eine vertiefte Angebotsprüfung festgestellte - nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises (zB spekulative Preisgestaltung) aufweisen;
3. 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;
4. 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;

Das Angebot der Antragstellerin wurde vor der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung nicht förmlich ausgeschieden. Es wurde der Antragstellerin jedoch im Schreiben nach § 100 Abs. 4 BVergG vom 10. Juni 2005 Gründe für die "Nichtberücksichtigung/Ausscheidung" des Angebotes mitgeteilt. Dieses wurde mit der Nichtabgabe der Kalkulationsformblätter K4 mit dem Angebot begründet, wodurch die Ausscheidensgründe nach § 98 Z 5 und 8 BVergG verwirklicht seien. Weiters seien entgegen den Bestimmungen der Ausschreibung bzw. der ÖNORM B 2061 in unzulässiger Weise Umlagerungen von Kosten bzw. Preisen durchgeführt worden, wodurch die Ausscheidensgründe nach § 98 Z 3, 5 und 8 BVergG verwirklicht seien. Da die Antragstellerin im Aufklärungsgespräch angegeben habe, dass eine seriöse Kalkulation nicht möglich sei und daher zumindest wesentliche Teile des Angebotes zwangsläufig unplausibel seien, werde das Angebot gemäß § 98 Z 3, 5 und 8 BVergG ausgeschieden. Da das Angebot der Antragstellerin das Risiko der Gewährleistung nicht entsprechend der ÖNORM B 2061 unter "Wagnis", sondern unter

"Gewinn" kalkuliert habe, wie es nach § 98 Z 5 und 8 BVergG ausgeschieden. Der Subunternehmer "F****" weise nicht die erforderliche Eignung auf, weshalb das Angebot gemäß § 98 Z 1, 5 und 8 BVergG ausgeschieden werde. Das Angebot der Antragstellerin wurde vor der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung nicht förmlich ausgeschieden. Es wurde der Antragstellerin jedoch im Schreiben nach Paragraph 100, Absatz 4, BVergG vom 10. Juni 2005 Gründe für die "Nichtberücksichtigung/Ausscheidung" des Angebotes mitgeteilt. Dieses wurde mit der Nichtabgabe der Kalkulationsformblätter K4 mit dem Angebot begründet, wodurch die Ausscheidensgründe nach Paragraph 98, Ziffer 5 und 8 BVergG verwirklicht seien. Weiters seien entgegen den Bestimmungen der Ausschreibung bzw. der ÖNORM B 2061 in unzulässiger Weise Umlagerungen von Kosten bzw. Preisen durchgeführt worden, wodurch die Ausscheidensgründe nach Paragraph 98, Ziffer 3, 5 und 8 BVergG verwirklicht seien. Da die Antragstellerin im Aufklärungsgespräch angegeben habe, dass eine seriöse Kalkulation nicht möglich sei und daher zumindest wesentliche Teile des Angebotes zwangsläufig unplausibel seien, werde das Angebot gemäß Paragraph 98, Ziffer 3, 5 und 8 BVergG ausgeschieden. Da das Angebot der Antragstellerin das Risiko der Gewährleistung nicht entsprechend der ÖNORM B 2061 unter "Wagnis", sonder unter "Gewinn" kalkuliert habe, wie es nach Paragraph 98, Ziffer 5 und 8 BVergG ausgeschieden. Der Subunternehmer "F****" weise nicht die erforderliche Eignung auf, weshalb das Angebot gemäß Paragraph 98, Ziffer eins, 5 und 8 BVergG ausgeschieden werde.

Aus diesem Schreiben ergibt sich, dass das Angebot der Antragstellerin ausgeschieden wurde (BVA 22.12.2004, 17N-125/04-27), zumal das BVergG 2002 anders als das BVergG 1997 keine ausdrückliche Verpflichtung des Auftraggebers mehr vorsieht, das Ausscheiden von Angeboten vor der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung bekannt zu geben. Da das Nachprüfungsverfahren ausschließlich der Durchsetzung subjektiver Rechte des Bieters und nicht einer objektiven Rechtmäßigkeitskontrolle des Vergabeverfahrens dient (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 (VwGH 18.5.2005, 2004/04/0094). Aus diesem Schreiben ergibt sich, dass das Angebot der Antragstellerin ausgeschieden wurde (BVA 22.12.2004, 17N-125/04-27), zumal das BVergG 2002 anders als das BVergG 1997 keine ausdrückliche Verpflichtung des Auftraggebers mehr vorsieht, das Ausscheiden von Angeboten vor der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung bekannt zu geben. Da das Nachprüfungsverfahren ausschließlich der Durchsetzung subjektiver Rechte des Bieters und nicht einer objektiven Rechtmäßigkeitskontrolle des Vergabeverfahrens dient (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 (VwGH 18.5.2005, 2004/04/0094).

Die Antragstellerin gab unstrittig mit ihrem Angebot keine K4- Blätter ab. Die Ausschreibung legt in Punkt 8/1.8 in Teil B.8 fest, dass K4-Blätter bei sonstigem Ausscheiden zusammen mit dem Angebot abzugeben sind. Alle anderen Bieter gaben K4-Blätter zusammen mit ihrem Angebot ab. Grundsätzlich steht es dem Auftraggeber nicht zu, über den taxativen Katalog des § 98 BVergG hinaus selbst Ausscheidensgründe festzulegen. Wird die Ausschreibung allerdings nicht angefochten, wird sie bestandsfest. Im Sinne der Gleichbehandlung aller Bieter ist die Auftraggeberin nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes bei der Angebotsprüfung und -bewertung an ihre eigenen Festlegungen gebunden (z.B. BVA 20.3.2003, 12N-10/03-11). Es sind daher nach der gegenständlichen Ausschreibung K4-Blätter bei sonstigem Ausscheiden dem Angebot anzuschließen. Die Antragstellerin gab unstrittig mit ihrem Angebot keine K4- Blätter ab. Die Ausschreibung legt in Punkt 8/1.8 in Teil B.8 fest, dass K4-Blätter bei sonstigem Ausscheiden zusammen mit dem Angebot abzugeben sind. Alle anderen Bieter gaben K4-Blätter zusammen mit ihrem Angebot ab. Grundsätzlich steht es dem Auftraggeber nicht zu, über den taxativen Katalog des Paragraph 98, BVergG hinaus selbst Ausscheidensgründe festzulegen. Wird die Ausschreibung allerdings nicht angefochten, wird sie bestandsfest. Im Sinne der Gleichbehandlung aller Bieter ist die Auftraggeberin nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes bei der Angebotsprüfung und -bewertung an ihre eigenen Festlegungen gebunden (z.B. BVA 20.3.2003, 12N-10/03-11). Es sind daher nach der gegenständlichen Ausschreibung K4-Blätter bei sonstigem Ausscheiden dem Angebot anzuschließen.

Wenn die Antragstellerin aus der Begriffsbestimmung der Bauleistung in der ÖNORM B 2117 ebenso wie in der ÖNORM B 2110 davon ausgeht, dass es Bauleistungen im engeren Sinn und davon unterschiedliche Leistungen der Haustechnik gibt, ist auszuführen, dass Punkt 3 der ÖNORM B 2061 hinsichtlich zusätzlicher Begriffsbestimmungen auf die ÖNORMen B 2110 und B 2117 verweist. Die ÖNORM B 2061 enthält keine eigene Definition der Bauleistungen. Punkt 3.1 erster Absatz der ÖNORM B 2110 und gleichlautend Punkt 3.1 erster Absatz der ÖNORM B 2117 erfassen

unter dem Begriff der Bauleistungen auch Leistungen der Haustechnik und definieren diese im zweiten Absatz lediglich näher. Daraus ergibt sich, dass auch Leistungen der Haustechnik - ungeachtet einiger Sonderregelungen in den ÖNORMen B 2110 und B 2117 - Bauleistungen im Sinne der ÖNORM B 2061 sind. Dies ergibt sich aus daraus, dass die ÖNORM B 2061 keine Sonderregelungen für Leistungen der Haustechnik im Unterschied zu anderen Bauleistungen kennt. Die ausgeschriebenen Leistungen sind daher auch im Sinne der Festlegungen der ÖNORM B 2061 für die Herleitung von Preisen als Bauleistungen anzusehen. Für eine von anderen Bauleistungen unterschiedliche Behandlung der Leistungen der Haustechnik besteht daher bei Anwendung der ÖNORM B 2061 kein Raum.

Punkt 3.3 der ÖNORM B 2061 legt Baumaterialien als Materialien, die bleibende Bestandteile des Bauwerkes werden, fest. Auf die Herkunft, insbesondere die Herstellung der Materialien stellt diese Begriffsbestimmung nicht ab. Manche bei Bauvorhaben häufig verwendete Materialien, etwa Zement, werden - ebenso wie elektrotechnische Komponenten in der gegenständlichen Ausschreibung - regelmäßig von Baufirmen nicht selbst hergestellt, sondern zugekauft. In diesem Sinne gehen die K4- Blätter von einem "Lieferer" aus. Dass dieser ein von dem Bauunternehmen Dritter sein kann, ergibt sich nicht zuletzt daraus, dass neben dem Einkaufspreis auch der Transport zur Baustelle, den wiederum ein anderer gegenüber dem Bauunternehmen Dritter durchführen kann, als getrennter Kostenanteil in K4- Blättern auszuweisen ist. Somit sind - entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin - alle Materialien erfasst, die bleibende Bestandteile des herzustellenden Bauwerkes werden. Dazu zählen zweifellos auch die Komponenten der Elektrotechnik, da sie fest eingebaut und für den Betrieb erforderlich sind. Auch wenn sie - wie die Antragstellerin vorbringt - frei Baustelle geliefert werden, können Materialkosten und ein Materialpreis dafür angegeben werden.

Entsprechend den Festlegungen in Punkt 13.1.1 der ÖNORM B 2061 sind das Ergebnis jeder Preisermittlung die Einheits- und Pauschalpreise. Die Preisermittlung kann sowohl auf dem Weg einer Kosten- als auch einer Preiskalkulation geschehen. Nach Punkt 13.1.2 der ÖNORM B 2061 werden bei der Kostenkalkulation zunächst aus den Kosten und den Kostenkomponenten die Einheits- und Pauschalkosten der Einzelleistung ermittelt und anschließend durch Hinzurechnung des Gesamtzuschlages die Einheits- und Pauschalpreise gebildet. Nach Punkt 13.1.3 der ÖNORM B 2061 wird bei der Preiskalkulation schon zu allen Kosten und Kostenkomponenten der Gesamtzuschlag hinzugerechnet. So werden Preise und Preiskomponenten gebildet. Mit ihrer Hilfe werden die Einheits- und Pauschalpreise errechnet. Nach Punkt 13.2.1 der ÖNORM B 2061 ist u.a. das Formblatt K4 für Materialpreise vorgesehen. Nach Punkt 13.2.2 (3) der ÖNORM B 2061 wird zur Ermittlung der Materialkosten bzw. der Materialpreise das Formblatt K4 verwendet. Nach Punkt 13.2.3 der ÖNORM B 2061 sind die Kalkulationsformblätter gemäß Punkt 13.2.1 zu verwenden, wenn vom Auftraggeber die Vorlage der Preisermittlung oder von Teilen derselben bedungen wird.

Das K4-Blatt enthält Spalten für die Materialbezeichnung, Lieferer und Ort, Einheit, Preis ab Lieferer, Antransport zum Bau, Materialkosten frei Bau als Summe der beiden vorgehenden Spalten, Ladearbeiten und Manipulation unterteilt in Stunden pro Einheit und Betrag pro Einheit, Verlust unterteilt in Prozent und Betrag pro Einheit, Materialkosten und Materialpreis. Die letzten beiden Spalten sind in Lohn, Sonstiges und Gesamt unterteilt. Die Materialkosten sind die dem Bieter erwachsenden Kosten, der Materialpreis die Kosten zuzüglich des Gesamtzuschlages. Das Kalkulationsformblatt K7 enthält die Aufgliederung der Einheitspreise einzelner Positionen in die Anteile Lohn und Sonstiges sowie den Betrag des Einheitspreises. Nur die letzten drei Spalten der K4-Blätter entsprechen dem Inhalt der K7-Blätter. Das Kalkulationsformblatt K4 war für alle verwendeten Materialien vorzulegen, das Kalkulationsformblatt K7 nur für wesentliche Positionen. Die Angaben im K4-Blatt ermöglichen dem Auftraggeber die Kontrolle der Preisherleitung, auch wenn verschiedene dieser Kostenanteile im Einzelfall nicht anfallen mögen. Im Unterschied zu K7-Blättern, die als Mittel zur Preisermittlung auf einzelne Positionen bezogen sind und den Gesamtzuschlag beinhalten, sind K4-Blätter nicht auf einzelne Positionen sondern auf eingesetzte Materialien bezogen. Letztere können in unterschiedlichen Positionen verwendet werden. Die von der Auftraggeberin durch die Vorlage von K4-Blättern geforderte Information findet sich gerade nicht in K3- und K7-Blättern (BVA 11.5.2005, 17N-23/05-40). Dass es - ungeachtet des Inhaltes einzelner Einträge darin - auch der Antragstellerin ebenso wie allen anderen Bietern möglich gewesen wäre, K4-Blätter für die zu verwendenden Materialien dem Angebot beizulegen, zeigt sich anhand der Nachreichung der K4-Blätter. In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass die Antragstellerin die einzige Bieterin war, die ihrem Angebot keine K4-Blätter beilegte. Die gegebene Aufklärung, dass K4-Blätter für Leistungen der Haustechnik iSd ÖNORM B 2110 oder B 2117 nicht beizulegen seien, da es sich dabei nicht um Bauleistungen im engeren Sinne handle, mag angesichts der Festlegungen der ÖNORMen nicht zu überzeugen. Dass bei einzelnen

Materialien keine Transportkosten anfallen, mag vorkommen, wenn sie frei Baustelle von einem dritten "Lieferer" geliefert werden. Dass bei keinem eingesetzten Material Manipulationsaufwand entsteht und Verlust zu befürchten ist, ist in dieser Allgemeinheit nicht nachvollziehbar.

Da K4-Blätter zusammen mit dem Angebot abzugeben gewesen wären, die Antragstellerin dies unterließ und nicht entsprechend aufklären konnte, ist ihr Angebot unvollständig. Die Ausscheidensgründe nach § 98 Z 5 und 8 BVergG liegen vor. Da K4-Blätter zusammen mit dem Angebot abzugeben gewesen wären, die Antragstellerin dies unterließ und nicht entsprechend aufklären konnte, ist ihr Angebot unvollständig. Die Ausscheidensgründe nach Paragraph 98, Ziffer 5 und 8 BVergG liegen vor.

Die Antragstellerin geht davon aus, dass die Kosten für Wartung/Überprüfung erst nach Ende der Gewährleistungsfrist ausgezahlt werden, auch wenn sie bereits innerhalb der Gewährleistungsfrist anfallen. Sie geht weiters davon aus, dass die Ausschreibung keine optional zu beauftragende Leistung enthält.

Die Auftraggeberin sieht darin eine Umlage dieser Kosten auf optional zu beauftragende Leistungen. Sie gibt an, dass sich bei Ermittlung des Bestbieters ein Vorteil derart ergibt, dass die Kosten für die Instandhaltung während der Gewährleistungsfrist nur zu 50 % in die Ermittlung des Preises eingehen. Dies stellt nach Ansicht der Auftraggeberin einen Vorteil für den Bieter dar, der einer Spekulation gleichkommt.

Aus dem Text der Ausschreibung ergibt sich nun, dass im Leistungsverzeichnis kein Unterschied zwischen zwingend und optional zu beauftragenden Leistungen gemacht wird. Im Leistungsverzeichnis des Loses 3, das die Instandhaltungsleistungen beinhaltet, sind die Leistungen der Instandhaltung nach Ende der Gewährleistungsfrist in die Gesamtsumme einzurechnen. Die optionale Beauftragung der Instandsetzung nach Ende der Gewährleistungsfrist ergibt sich lediglich aus Punkt 1 der Instandhaltungsbestimmungen in Teil B.5 der Ausschreibungsbedingungen. Darin ist auch festgelegt, dass während der Gewährleistung die Leistungen der Instandhaltung durch den Leistungsumfang des Hauptauftrages mit umfasst, aus diesem abzugelten und nach diesen vertraglichen Regelungen für die Instandhaltung durchzuführen sind. ergibt sich allerdings auch, dass die Kosten für die Instandsetzung innerhalb der Gewährleistungsfrist bei der Erstellung der Preise in den einzelnen Positionen zu berücksichtigen sind. Die Kosten der Instandhaltung innerhalb der Gewährleistungsfrist sind daher nicht in die in gesonderten Leistungspositionen anzubietenden Instandhaltungsleistungen in der Leistungsgruppe 20 "Instandhaltung" in Los 3, Teil B.7 der Ausschreibungsunterlagen einzurechnen. Diese Leistungsgruppe betrifft daher ausschließlich die Instandhaltungsleistungen nach Ablauf der Gewährleistungsfrist.

Aus den Erläuterungen im Aufklärungsgespräch ergibt sich nun, dass die Antragstellerin die Kosten für die Wartung und die Instandsetzung innerhalb der ersten sechs Betriebsjahre in die dafür gesondert ausgeschriebenen Kosten ab dem siebenten Betriebsjahr kalkuliert hat. Damit hat sie den kalkulatorischen Vorgaben der Ausschreibung widersprochen, wonach die Kosten der Inspektion und Wartung sowie der Instandhaltung innerhalb der gesetzlichen und der verlängerten Gewährleistungsfrist in den einzelnen Leistungspositionen zu kalkulieren sind.

Aus den Zuschlagskriterien ergibt sich nun, dass die Kosten der Instandhaltung nur zur Hälfte in den der Bewertung zugrunde liegenden Angebotspreis einfließen. Das Verschieben von Kosten in den Teil des Leistungsverzeichnisses, der nur zur Hälfte in die Angebotsbewertung einfließt, vermag daher dem Bieter Vorteile bei der Angebotsbewertung zu verschaffen, die in Widerspruch zu den Vorgaben der Ausschreibung stehen.

Diese Kalkulation steht in Widerspruch zu den Festlegungen der Ausschreibung. Dieser Widerspruch beeinträchtigt die Vergleichbarkeit der Angebote. Die gegebene Aufklärung konnte diesen Widerspruch nicht erklären. Die Ausscheidensgründe der § 98 Z 3, 5 und 8 BVergG liegen daher vor. Diese Kalkulation steht in Widerspruch zu den Festlegungen der Ausschreibung. Dieser Widerspruch beeinträchtigt die Vergleichbarkeit der Angebote. Die gegebene Aufklärung konnte diesen Widerspruch nicht erklären. Die Ausscheidensgründe der Paragraph 98, Ziffer 3, 5 und 8 BVergG liegen daher vor.

Allein aus der Behauptung der Antragstellerin, dass Kosten für die Wartung für einen derart langen Zeitraum nicht seriös kalkuliert werden können, schließt die Auftraggeberin auf eine Unplausibilität der Preiszusammensetzung. Die Antragstellerin habe es unterlassen, diesbezüglich im Sinne des § 81 Abs. 5 BVergG zu rügen oder eine Aufklärung zu verlangen. Die Aufklärung im Bietergespräch sei nicht nachvollziehbar und unvollständig. Allein aus der Behauptung der Antragstellerin, dass Kosten für die Wartung für einen derart langen Zeitraum nicht seriös kalkuliert werden können, schließt die Auftraggeberin auf eine Unplausibilität der Preiszusammensetzung. Die Antragstellerin habe es

unterlassen, diesbezüglich im Sinne des Paragraph 81, Absatz 5, BVergG zu rügen oder eine Aufklärung zu verlangen. Die Aufklärung im Bietergespräch sei nicht nachvollziehbar und unvollständig.

Die unplausible Preiszusammensetzung lässt sich jedoch nicht alleine aus einer Äußerung der Antragstellerin erschließen, sondern bedarf einer näheren Überprüfung der angebotenen Preise. Offensichtlich fand eine solche für das Angebot der Antragstellerin jedoch nicht statt. Andererseits ist der Auftraggeberin zuzubilligen, dass die vertiefte Angebotsprüfung nur ein Mittel für die Überprüfung einer unplausiblen

Preiszusammensetzung darstellt (BVA 20.6.2003, 17N-46/03-34) und Indizien für eine unplausible Preiszusammensetzung liefern kann. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass ein Zeitraum von 16 Jahren kaum vorhersehbar ist und eine Kalkulation für einen derart langen Zeitraum auf einer Reihe schwer überprüfbarer Annahmen beruhen muss. Sie beinhaltet daher für den Auftragnehmer verschiedene kalkulatorisch zu berücksichtigende Unsicherheiten. Schließlich bewegt sich das Angebot der Antragstellerin im Rahmen der Angebote aller anderen Bieter. Dies ist bei der Preisprüfung zu berücksichtigen. Eine über die Aussage der Antragstellerin im Bietergespräch getätigte Aussage hinausgehende Preisprüfung fand augenscheinlich nicht statt. Damit unterlässt es die Auftraggeberin, die angebotenen Preise in der gebotenen Art inhaltlich zu überprüfen. Die von der Auftraggeberin herangezogenen Ausscheidensgründe nach § 98 Z 3, 5 und 8 BVergG liegen diesbezüglich nicht vor. Preiszusammensetzung darstellt (BVA 20.6.2003, 17N-46/03-34) und Indizien für eine unplausible Preiszusammensetzung liefern kann. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass ein Zeitraum von 16 Jahren kaum vorhersehbar ist und eine Kalkulation für einen derart langen Zeitraum auf einer Reihe schwer überprüfbarer Annahmen beruhen muss. Sie beinhaltet daher für den Auftragnehmer verschiedene kalkulatorisch zu berücksichtigende Unsicherheiten. Schließlich bewegt sich das Angebot der Antragstellerin im Rahmen der Angebote aller anderen Bieter. Dies ist bei der Preisprüfung zu berücksichtigen. Eine über die Aussage der Antragstellerin im Bietergespräch getätigte Aussage hinausgehende Preisprüfung fand augenscheinlich nicht statt. Damit unterlässt es die Auftraggeberin, die angebotenen Preise in der gebotenen Art inhaltlich zu überprüfen. Die von der Auftraggeberin herangezogenen Ausscheidensgründe nach Paragraph 98, Ziffer 3, 5 und 8 BVergG liegen diesbezüglich nicht vor.

Die Auftraggeberin schied das Angebot der Antragstellerin auch deshalb aus, weil es im K3-Blatt in der Zeile P "Wagnis" einen Zuschlag von 0 % vorsieht und das Risiko der Gewährleistung nicht als "Wagnis", sondern als "Gewinn" kalkuliert ist. Nach Punkt 1,209 in Teil B.1 der Ausschreibungsunterlagen hat die Erstellung der Preise entsprechend der ÖNORM B 2061 und den - dieser vorgehenden - Festlegungen der Ausschreibung zu erfolgen.

Punkt 3.20 der ÖNORM B 2061 definiert Wagnis als Gefahr eines Verlustes oder einer Fehlentscheidung.

Nach Punkt 5.6 der ÖNORM B 2061 "Wagnis" ist zu den für die Leistungserbringung erforderlichen Kosten ein entsprechender Wagniszuschlag hinzuzurechnen. Der Wagniszuschlag lässt sich nur erfahrungsgemäß und vergleichsweise abschätzen. Er ist unter Berücksichtigung der in der Ausschreibung bzw. im Angebot vorgesehenen Risikoverteilung und unter Bedachtnahme auf Art und Größe des Bauvorhabens, örtliche Lage, Jahreszeit und sonstige Umstände der Bauausführung festzulegen. Der Wagniszuschlag deckt neben dem allgemeinen Unternehmerwagnis, das sich aus dem Betrieb des Unternehmens ergibt, die leistungsbezogenen Wagnisse, z.B. das Kalkulationswagnis, das Ausführungswagnis, das Gewährleistungswagnis. Besondere für die Baustelle entfallende Wagnisse, die über die üblichen Wagnisse hinausgehen, sind gesondert zu berücksichtigen. Wird ein Wagnis durch Versicherung gedeckt, so gehört die Prämie zu den sonstigen Kosten der Baustelle; ein allfälliger Selbstbehalt ist zu berücksichtigen.

Nach Punkt 5.7 der ÖNORM B 2061 "Gewinn" wird zu den für die Leistungserbringung erforderlichen Kosten in entsprechender Anteil für Gewinn als Zuschlag in die Kalkulation eingebracht. Aus ihm ist auch ein etwa ungedecktes Wagnis zu bestreiten.

Wagnisse die in irgendeiner Art vorhersehbar sind, sollten durch den Wagniszuschlag erfasst sein. Dies ergibt sich aus der beispielhaften Aufzählung der zu berücksichtigenden Wagnisse in Punkt 5.6 der ÖNORM B 2061. Die Aufklärung der Antragstellerin, dass durch den Einsatz hochwertiger Produkte Gewährleistungsfälle ausgeschlossen seien, widerspricht jeder Lebenserfahrung. Auch ein Regress gegenüber einem Lieferanten kann nur zugekaufte Materialien, nicht jedoch selbst hergestellte Materialien oder andere Eigenleistungen erfassen. Aus der Nennung des Gewährleistungswagnisses als Wagnis ergibt sich, dass dieses nicht vom Gewinn abgedeckt werden soll. Vielmehr sind vom Gewinn subsidiär jene Wagnisse zu bestreiten, die nicht anderwärtig gedeckt sind. Vorhersehbare Wagnisse sind vielmehr durch den Wagniszuschlag abzudecken. Nur nicht vorhersehbare Wagnisse sind vom Gewinn zu bestreiten.

Daher stellt eine Deckung des Gewährleistungsrisikos durch den Gewinnzuschlag einen Verstoß gegen die Kalkulationsvorschriften der - nach Punkt 1,209 in Teil B.1 der Ausschreibungsunterlagen bei der Preisermittlung zwingend zu berücksichtigenden - ÖNORM B 2061 dar. Das Angebot steht in Widerspruch zu den Vorgaben der Ausschreibung. Dieser Widerspruch konnte auch im Zuge der Aufklärung nicht schlüssig und nachvollziehbar erklärt werden. Die Ausscheidensgründe nach § 98 Z 5 und 8 BVergG sind verwirklicht. Wagnisse, die in irgendeiner Art vorhersehbar sind, sollten durch den Wagniszuschlag erfasst sein. Dies ergibt sich aus der beispielhaften Aufzählung der zu berücksichtigenden Wagnisse in Punkt 5.6 der ÖNORM B 2061. Die Aufklärung der Antragstellerin, dass durch den Einsatz hochwertiger Produkte Gewährleistungsfälle ausgeschlossen seien, widerspricht jeder Lebenserfahrung. Auch ein Regress gegenüber einem Lieferanten kann nur zugekaufte Materialien, nicht jedoch selbst hergestellte Materialien oder andere Eigenleistungen erfassen. Aus der Nennung des Gewährleistungswagnisses als Wagnis ergibt sich, dass dieses nicht vom Gewinn abgedeckt werden soll. Vielmehr sind vom Gewinn subsidiär jene Wagnisse zu bestreiten, die nicht anderwärtig gedeckt sind. Vorhersehbare Wagnisse sind vielmehr durch den Wagniszuschlag abzudecken. Nur nicht vorhersehbare Wagnisse sind vom Gewinn zu bestreiten. Daher stellt eine Deckung des Gewährleistungsrisikos durch den Gewinnzuschlag einen Verstoß gegen die Kalkulationsvorschriften der - nach Punkt 1,209 in Teil B.1 der Ausschreibungsunterlagen bei der Preisermittlung zwingend zu berücksichtigenden - ÖNORM B 2061 dar. Das Angebot steht in Widerspruch zu den Vorgaben der Ausschreibung. Dieser Widerspruch konnte auch im Zuge der Aufklärung nicht schlüssig und nachvollziehbar erklärt werden. Die Ausscheidensgründe nach Paragraph 98, Ziffer 5 und 8 BVergG sind verwirklicht.

Die "F****" besitzt unstrittig keine Gewerbeberechtigung für ausführende Tätigkeiten in Österreich. Ebenso unstrittig ist, dass sie im Angebot der Antragstellerin für die Zulieferung von Stahlteilen vorgesehen und - auch von der Antragstellerin zugestanden - fälschlicherweise in der Liste der Subunternehmer genannt ist. Die Antragstellerin leistete entsprechende Aufklärung.

Es ist daher davon auszugehen, dass die dem Angebot beigelegte Subunternehmerliste mangelhaft war.

Aus den genannten Gründen erfolgte das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin zu Recht.

Gemäß § 59 Abs. 1 AVG sind die Gegenanträge als mit dem Spruch in der Hauptsache miterledigt anzusehen. Gemäß Paragraph 59, Absatz eins, AVG sind die Gegenanträge als mit dem Spruch in der Hauptsache miterledigt anzusehen.

3.5. Zum Ersatz der Pauschalgebühr

Nach § 177 Abs. 5 BVergG hat der vor dem Bundesvergabebeamten 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 Bundesvergabebeamten 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. 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.

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

Die Teilnahmeantragstellerin hat den Kostenersatz in ihrem Teilnahmeantrag wie im Spruch unter II. wiedergegeben 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. Als Antragsgegnerin ist in Zusammenhang mit § 177 Abs. 5 BVergG die Antragstellerin des Nachprüfungsantrages anzusehen. Die Teilnahmeantragstellerin hat den Kostenersatz in ihrem Teilnahmeantrag wie im Spruch unter römisch zwei. wiedergegeben 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. Als Antragsgegnerin ist in Zusammenhang mit Paragraph 177, Absatz 5, BVergG die Antragstellerin des Nachprüfungsantrages anzusehen.

Dokumentnummer

VERGT_20050803_17N_62_05_29_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