

TE Verg Bescheid 2004/7/9 08N-54/04-84

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 09.07.2004

Norm

ABGB §869

ABGB §914

ABGB §863

AVG §13

BVergG 2002 §3

BVergG 2002 §20

BVergG 2002 §21

BVergG 2002 §69

BVergG 2002 §88

BVergG 2002 §94

BVergG 2002 §96

BVergG 2002 §97

BVergG 2002 §99

BVergG 2002 §154

BVergG 2002 §162

BVergG 2002 §163

BVergG 2002 §165

BVergG 2002 §166

BVergG 2002 §167

BVergG 2002 §174 Abs1

1. ABGB § 869 heute

2. ABGB § 869 gültig ab 01.01.1812

1. ABGB § 914 heute

2. ABGB § 914 gültig ab 01.01.1917 zuletzt geändert durch RGBl. Nr. 69/1916

1. ABGB § 863 heute

2. ABGB § 863 gültig ab 01.01.1917 zuletzt geändert durch RGBl. Nr. 69/1916

1. AVG § 13 heute

2. AVG § 13 gültig ab 15.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 57/2018

3. AVG § 13 gültig von 01.01.2012 bis 14.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2011

4. AVG § 13 gültig von 01.01.2011 bis 31.12.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 5/2008

5. AVG § 13 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 5/2008
6. AVG § 13 gültig von 01.07.2004 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2004
7. AVG § 13 gültig von 01.03.2004 bis 30.06.2004 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2004
8. AVG § 13 gültig von 20.04.2002 bis 29.02.2004 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 65/2002
9. AVG § 13 gültig von 01.01.2002 bis 19.04.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 137/2001
10. AVG § 13 gültig von 01.01.1999 bis 31.12.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 158/1998
11. AVG § 13 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.1998

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat am 9.7.2004. durch den Vorsitzenden des Senats 8, Mag. Reinhard Grasböck, gemäß § 154 Abs. 1 Z 1 BVergG über den Antrag, "das Bundesvergabeamt möge die Entscheidungen der Antragsgegnerin vom 26.5.2004 der Bietergemeinschaft C***/D*** den Zuschlag erteilen zu wollen für nichtig erklären" der "Antragstellerin" A*** Bau GmbH, diese vertreten durch X*** Rechtsanwälte; über den diesbezüglichen Gegenantrag der "Auftraggeberin" Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft, diese im Vergabeverfahren und im Nachprüfungsverfahren vertreten durch die vergebende Stelle Alpen Straßen Aktiengesellschaft, Rennweg 10a, 6021 Innsbruck, auch diesem Antrag der Antragstellerin auf Nichtigerklärung nicht stattzugeben; und über den weiteren Gegenantrag der in einer Bietergemeinschaft verbundenen und durch die Y*** Rechtsanwaltspartnerschaft vertretenen C*** einerseits und der D*** andererseits, diese Bietergemeinschaft an diesem Nachprüfungsverfahren teilnehmen zu lassen und den Nichtigerklärungsantrag abzuweisen, wie folgt

Das Bundesvergabeamt hat am 9.7.2004. durch den Vorsitzenden des Senats 8, Mag. Reinhard Grasböck, gemäß Paragraph 154, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG über den Antrag, "das Bundesvergabeamt möge die Entscheidungen der Antragsgegnerin vom 26.5.2004 der Bietergemeinschaft C***/D*** den Zuschlag erteilen zu wollen für nichtig erklären" der "Antragstellerin" A*** Bau GmbH, diese vertreten durch X*** Rechtsanwälte; über den diesbezüglichen Gegenantrag der "Auftraggeberin" Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft, diese im Vergabeverfahren und im Nachprüfungsverfahren vertreten durch die vergebende Stelle Alpen Straßen Aktiengesellschaft, Rennweg 10a, 6021 Innsbruck, auch diesem Antrag der Antragstellerin auf Nichtigerklärung nicht stattzugeben; und über den weiteren Gegenantrag der in einer Bietergemeinschaft verbundenen und durch die Y*** Rechtsanwaltspartnerschaft vertretenen C*** einerseits und der D*** andererseits, diese Bietergemeinschaft an diesem Nachprüfungsverfahren teilnehmen zu lassen und den Nichtigerklärungsantrag abzuweisen, wie folgt

entschieden: Spruch Dem Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung wird stattgegeben. Die mit 24.5.2004 datierte und am 26.5.2004 per Telefax an die Nachprüfungswerberin bekannt gegebene Zuschlagsentscheidung, womit die Alpen Straßen Aktiengesellschaft die Absicht mitteilte, das Bauvorhaben "A 12 Inntal Autobahn, Abschnitt km 102,00 - km 103,50, Lärmschutz Oberhofen" an den Best- und Billigstbieter Bietergemeinschaft C***/D***, Innsbruck, mit dem Alternativangebot inklusive Bauzeitverkürzung und einer Auftragssumme von € 648.123,13 netto zu vergeben, wird für nichtig erklärt. Rechtsgrundlagen: §§ 3, 20, 21, 69, 88, 94, 96, 97, 99, 154, 162, 163, 165, 166, 167 und 174 Abs 1 Bundesvergabegesetz 2002 BGBl. I 99/2002 (BVergG) Begründung

entschieden: Spruch Dem Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung wird stattgegeben. Die mit 24.5.2004 datierte und am 26.5.2004 per Telefax an die Nachprüfungswerberin bekannt gegebene Zuschlagsentscheidung, womit die Alpen Straßen Aktiengesellschaft die Absicht mitteilte, das Bauvorhaben "A 12 Inntal Autobahn, Abschnitt km 102,00 - km 103,50, Lärmschutz Oberhofen" an den Best- und Billigstbieter Bietergemeinschaft C***/D***, Innsbruck, mit dem Alternativangebot inklusive Bauzeitverkürzung und einer Auftragssumme von € 648.123,13 netto zu vergeben, wird für nichtig erklärt. Rechtsgrundlagen: Paragraphen 3, 20, 21, 69, 88, 94, 96, 97, 99, 154, 162, 163, 165, 166, 167 und 174 Absatz eins, Bundesvergabegesetz 2002 Bundesgesetzblatt Teil eins, 99 aus 2002, (BVergG) Begründung

A) Sachverhalt und Verfahrensgang Die Alpen Straßen

Aktiengesellschaft (= "vergebende Stelle" oder "Auftraggebervertreterin") schrieb als vergebende Stelle namens der Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (= "Auftraggeberin" oder auch "Antragsgegnerin" bzw "ASFINAG") im Unterschwellenbereich unter der Kurzbezeichnung "Lärmschutz Oberhofen" die Lieferung sowie Montage von Lärmschutzwänden und das Herstellen eines Lärmschutzdamms an der Südseite der A 12, Inntalautobahn, im Gemeindegebiet von Oberhofen in einem offenen Verfahren aus. Das gegenständliche

Bauvorhaben ist in Nordtirol situiert. Der Leistungsschwerpunkt des gegenständlichen öffentlichen Auftrags liegt in Bauleistungen zur Schallabdämmung, wie sie in Anhang I zum BVergG genannt sind. Die Auftraggeberin bezeichnete den Auftrag als Bauauftrag (siehe die vorgelegte Vergabebekanntmachung - Druckvorschau) bzw spricht in den sonstigen Ausschreibungsbestandteilen mehrfach von Bauleistungen bzw auch Bauvorhaben. In der Zuschlagsentscheidung wird von der Vergabe eines Bauvorhabens gesprochen. Die Ausschreibung erfolgte im April 2004. Die Ausschreibung blieb innerhalb der Frist des § 169 BVergG beim Bundesvergabeamt unangefochten. Die "Antragstellerin" A*** Bau GmbH (= Nachprüfungswerberin) bezahlte - ohne Verbesserungsauftrag - für deren Anträge gemäß § 163 Abs 1 BVergG sowie gemäß § 171 BVergG Pauschalgebühren für Vergabeverfahren betreffend einen Bauauftrag im Unterschwellenbereich; der diesbezügliche Einzahlungsbeleg wurde bereits mit dem Nachprüfungsantrag mitgeschickt; genauso wie die "Teilnahmeantragsteller" C*** einerseits und D*** andererseits (im Folgenden auch: "die Bietergemeinschaft" oder "die Bietergemeinschaftler (-innen)") ihre Teilnahmeantragsgebühr in Höhe der dafür bei Bauaufträgen vorgesehenen Gebühr einbezahlten. Der Preisanteil der beizuschaffenden Lärmschutzelemente ist auch im Verhältnis zu den Gesamtangebotssummen von untergeordneter Bedeutung (Zeuge DI G*** in OZ 68, Seite 16). Sämtliche Bieter erhielten zur Angebotserstellung Ausschreibungsunterlagen. Diese bestanden aus einem gebundenem Konvolut von zwei von den Bietern auszufüllenden Blättern samt einem 129 Seiten starken "Projektleistungsverzeichnis" (insgesamt also: die Ausschreibungsunterlage), in welches dann als Anhang noch 3 Seiten als "Vorschreibungen ASFINAG" und eine Leerseite eingebunden waren, auch noch aus einem "Sicherheits- und Gesundheitsschutzplan gemäß § 7 Bauarbeitenkoordinationsgesetz"; Aktiengesellschaft (= "vergebende Stelle" oder "Auftraggebervertreterin") schrieb als vergebende Stelle namens der Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (= "Auftraggeberin" oder auch "Antragsgegnerin" bzw "ASFINAG") im Unterschwellenbereich unter der Kurzbezeichnung "Lärmschutz Oberhofen" die Lieferung sowie Montage von Lärmschutzwänden und das Herstellen eines Lärmschutzdamms an der Südseite der A 12, Inntalautobahn, im Gemeindegebiet von Oberhofen in einem offenen Verfahren aus. Das gegenständliche Bauvorhaben ist in Nordtirol situiert. Der Leistungsschwerpunkt des gegenständlichen öffentlichen Auftrags liegt in Bauleistungen zur Schallabdämmung, wie sie in Anhang römisch eins zum BVergG genannt sind. Die Auftraggeberin bezeichnete den Auftrag als Bauauftrag (siehe die vorgelegte Vergabebekanntmachung - Druckvorschau) bzw spricht in den sonstigen Ausschreibungsbestandteilen mehrfach von Bauleistungen bzw auch Bauvorhaben. In der Zuschlagsentscheidung wird von der Vergabe eines Bauvorhabens gesprochen. Die Ausschreibung erfolgte im April 2004. Die Ausschreibung blieb innerhalb der Frist des Paragraph 169, BVergG beim Bundesvergabeamt unangefochten. Die "Antragstellerin" A*** Bau GmbH (= Nachprüfungswerberin) bezahlte - ohne Verbesserungsauftrag - für deren Anträge gemäß Paragraph 163, Absatz eins, BVergG sowie gemäß Paragraph 171, BVergG Pauschalgebühren für Vergabeverfahren betreffend einen Bauauftrag im Unterschwellenbereich; der diesbezügliche Einzahlungsbeleg wurde bereits mit dem Nachprüfungsantrag mitgeschickt; genauso wie die "Teilnahmeantragsteller" C*** einerseits und D*** andererseits (im Folgenden auch: "die Bietergemeinschaft" oder "die Bietergemeinschaftler (-innen)") ihre Teilnahmeantragsgebühr in Höhe der dafür bei Bauaufträgen vorgesehenen Gebühr einbezahlten. Der Preisanteil der beizuschaffenden Lärmschutzelemente ist auch im Verhältnis zu den Gesamtangebotssummen von untergeordneter Bedeutung (Zeuge DI G*** in OZ 68, Seite 16). Sämtliche Bieter erhielten zur Angebotserstellung Ausschreibungsunterlagen. Diese bestanden aus einem gebundenem Konvolut von zwei von den Bietern auszufüllenden Blättern samt einem 129 Seiten starken "Projektleistungsverzeichnis" (insgesamt also: die Ausschreibungsunterlage), in welches dann als Anhang noch 3 Seiten als "Vorschreibungen ASFINAG" und eine Leerseite eingebunden waren, auch noch aus einem "Sicherheits- und Gesundheitsschutzplan gemäß Paragraph 7, Bauarbeitenkoordinationsgesetz";

aus einer "Lärmtechnischen Untersuchung 2002 Lärmschutz Oberhofen" und insbesondere auch aus einem geotechnischen Gutachten des Zivilingenieurs für Bauwesen Dr. Z***. In der letztgenannten Urkunde wird auf Seite 4 zusammenfassend festgestellt, dass der Boden für eine Stahlrammung bei Einhaltung gewisser Rahmenbedingungen geeignet wäre. Mit diesem Gutachten werden daher objektiv nach dem Verständnis der dazu vernommenen Zeugen die von der Bietergemeinschaft und auch von der Nachprüfungswerberin angebotenen Alternativen als geeignet dargetan (Ing. F*** und DI E*** laut OZ 68) Beginnend auf Seite 21 des Konvoluts:

"Projektleistungsverzeichnis" werden besondere Ausschreibungsbedingungen für Alternativangebote festgeschrieben.

Dort ist insbesondere festgelegt: "Wird durch ein Alternativangebot das der Bauausschreibung zu Grunde liegende Gründungskonzept geändert, muss dieses durch einen geotechnischen Gutachter des Bieters belegt werden, welches

dem Angebot beizulegen ist." Damit verlangte diese eigentliche Ausschreibungsunterlage trotz der missverständlichen Formulierung - es war damit objektiv redlich das Gutachten eines Gutachters als Beleg gefordert - für jedes Alternativangebot formal ein eigenes geotechnisches Gutachten, sofern das Gründungskonzept der Ausschreibung - Ortbetonpfähle - geändert würde. Das zitierte geotechnische Gutachten, welches die Bieter mit den sonstigen Ausschreibungsunterlagen von der Auftraggeberin erhielten, ist in Zusammenhang mit Seite 57 des "Projektleistungsverzeichnisses" einerseits und den Alternativangeboten der Nachprüfungswerberin andererseits und der Bietergemeinschaft wiederum andererseits zu sehen. Auf besagter Seite 57 werden nämlich als Gründung bzw Fundierung Ortbetonpfähle vorgesehen, in welche dann die Lärmschutzwandelemente montiert werden. Bei der Alternative (der Bietergemeinschaft und auch der Nachprüfungswerberin werden (grob beschrieben) an Stelle der Ortbetonpfähle Stahlrohrrammpfähle verwendet (Zeuge Ing. F*** auf Seite 11 in OZ 68). Die vergebende Stelle hatte diese Art von Alternative bereits auf Seite 60 des Projektleistungsverzeichnisses als Alternative vorgedacht und dabei gewisse Mindestanforderungen für eine derartige Alternative festgelegt. Sowohl die Nachprüfungswerberin als auch die Bietergemeinschaft boten als Alternative eine Gründung mit Stahlrohrrammpfählen an, ohne dabei das in Seite 21 des Projektleistungsverzeichnisses verlangte Gutachten beizulegen. Dieser Mangel behinderte jedoch die Bearbeitung der Angebote dieser beiden Bieter namens der Auftraggeberin nicht, da - wie sich insbesondere aus den Aussagen der Zeugen Ing. F*** einerseits und DI E*** andererseits (jeweils laut OZ 68) ergibt - das formal auf Seite 21 des bestandfest gewordenen Projektleistungsverzeichnisses für die Alternative verlangte geotechnische Gutachten genau ein solches ist, das die vergebende Stelle bereits den Ausschreibungsunterlagen für die Bieter beigegeben hatte, nämlich das genannte Gutachten Dr. Z***. Die Bieter hätten dieses Gutachten, das sie von der vergebenden Stelle erhalten hatten, ihrem jeweiligen Alternativangebot wieder beilegen müssen. Namens der Auftraggeberin wurde diesbezüglich auch kein Angebotsverbesserungsverfahren wegen Unvollständigkeit durchgeführt. Die Nachprüfungswerberin und die Bietergemeinschaft wurden von der Auftraggeberin (oder deren Vertretern) im Vergabeverfahren nicht ausgeschieden, insbesondere auch nicht deshalb, weil ein derartiges Gutachten nicht beigelegt worden wäre. (Zeuge DI E*** in OZ 68). Tatsachen, die die Pflicht zum Ausscheiden der Nachprüfungswerberin begründen würden, sind im Nachprüfungsverfahren auch sonst nicht hervorgekommen. Am 6.5.2004 endete um 10.00 Uhr die Frist für die Angebotsabgabe. 7 Unternehmer bzw Bietergemeinschaften reichten zumindest ein Angebot ein. Um 10.00 Uhr begann - den handschriftlichen Festhaltungen auf diesem Submissionsprotokoll folgend - in den Räumlichkeiten der Auftraggebervertreterin die Angebotseröffnung. Namens der Auftraggebervertreterin leitete Herr DI E*** die Angebotseröffnung. Frau H***, eine weitere Mitarbeiterin der Auftraggebervertreterin, verfasste die als Submissionsprotokoll bezeichnete Niederschrift über die Angebotseröffnung. Herr DI I*** war als weiterer Mitarbeiter der vergebenden Stelle bei diesen Vorgängen anwesend, denen auch der extern von der vergebenden Stelle beauftragte Angebotsprüfer DI Dr. J*** beiwohnte. Namens der Nachprüfungswerberin war deren Mitarbeiter Hubert I*** bei der Angebotseröffnung anwesend. Die für den Zuschlag in Aussicht genommene Bietergemeinschaft wurde durch Frau L*** repräsentiert, die als Angestellte bei der Bietergemeinschaft C*** AG beschäftigt ist. Aus den eingelangten Angeboten wurden unstrittig von Herrn DI E*** zumindest verlesen: Name und Anschrift des Bieters, dies nach der Reihenfolge des Einlangens der Angebote;

weitere der Angebotspreis netto mit den berücksichtigten Nachlässen; sämtliche Begleitschreiben im Text vollinhaltlich; alle Bestandteile des jeweiligen Angebotes nach Kennzeichnung, wobei hier die Teile des Angebots kurz beschrieben wurden;

zB bei der Bietergemeinschaft 7 Teile, wie in der rechten Spalte des Submissionsprotokolls ersichtlich (Zeuge DI E*** laut OZ 68).

Bei der Nachprüfungswerberin wurde daher genau so wie bei der

Bieterin Hoch- & Tiefbau Ges.m.b.H. M*** durch die Verlesung eines

Begleitschreibens jeweils jedenfalls auch ausdrücklich verlesen,

dass diese beiden Unternehmen für deren Alternativangebote eine

Bauzeitverkürzung von drei Wochen anbieten würden. Das Unternehmen

N*** GMBH bot zwei Alternativen an und führte im Begleitbrief an

die vergebende Stelle ua aus: "Als Ergänzung zu Ihrer

Ausschreibung bieten wir Ihnen folgende Alternativen an. Auch für die Alternativen gilt die angegebene Bauzeitverkürzung." Bei der für den Zuschlag in Aussicht genommenen Bietergemeinschaft, also den Teilnahmeantragstellern wurde zwar das Begleitschreiben zum Haupt- und Alternativangebot verlesen, jedoch weder für deren Haupt- noch für deren Alternativangebot eine bestimmte Bauzeitverkürzung. Das an die vergebende Stelle adressierte Begleitschreiben dieser Bietergemeinschaft, datiert mit dem 6.5.2004, lautet in den wesentlichen Teilen: "..... Die Firmen C*** AG und D*** haben zur Angebotslegung und Durchführung der Arbeiten beim Bauvorhaben "A 12 Lärmschutz Oberhofen" eine Bietergemeinschaft gebildet. Im Auftragsfalle zu einer Arbeitsgemeinschaft zusammen. Die C*** AG übernimmt die technische Geschäftsführung. Die Bietergemeinschaft C*** AG und D*** bietet zum o. a. Bauvorhaben folgende Ausführungsvariante an: Anstatt einer Tiefgründung mittels Ortbetonpfählen werden Stahlrammpfähle ausgeführt sowie der Achsabstand der Pfähle und Lärmschutzwandsteher von 4 auf 5 m erweitert. Die Bietergemeinschaft sichert im Auftragsfall eine sach- und fachgerechte Ausführung der Arbeiten zu." Das Submissionsprotokoll besteht aus einem Deckblatt, einer Teilnehmer - Unterschriftenliste, aus einem "Abgabeverzeichnis Ausschreibungsunterlagen" und aus insbesondere vier weiteren Blättern, auf denen jeweils maximal zwei Unternehmen hinsichtlich deren Angeboten (Hauptangebot und allfällige Alternativen) mit den Preisen laut deren Haupt- und Alternativangeboten; mit Anmerkungen zu allfälligen Nachlässen und mit der Anzahl und Kurzbeschreibung der Angebotsbestandteile beschrieben werden. In der Fußzeile dieser formularmäßig aufbereiteten vier Blätter findet sich jeweils nachstehender Text: "Der Bieter bestätigt mit der Unterfertigung des Submissionsprotokolls, dass alle wesentlichen Punkte seines Angebotes, welche vom Angebotsöffner zu verlesen sind, auch tatsächlich verlesen wurden." Zu diesen vier Blättern aus der Niederschrift über die Angebotseröffnung ist ergänzend festzustellen, dass in der rechten Spalte "Vermerke" zur Bietergemeinschaft auf einen Begleitbrief und eine Alternative; beim Unternehmen O*** auf eine Alternative und einen Begleitbrief; bei der Nachprüfungswerberin auf eine Alternative und einen Begleitbrief; beim Unternehmen N*** auf einen Begleitbrief; sowie beim Unternehmen M*** Hoch- und Tiefbau auf eine Alternative und einen Begleitbrief hingewiesen wird. Aus der mittleren Spalte des Protokolls ergibt sich, dass das Unternehmen N*** zwei Alternativen angeboten hat. Sogar wurden insgesamt fünf Begleitbriefe von anbietenden Unternehmen am 6.5.2004 verlesen. Im Begleitbrief des Unternehmens O*** wird im Begleitbrief insb von deren Alternativangebot geschrieben, eine Bauzeitverkürzung wird dort nicht thematisiert, wobei dieses Unternehmen beim Hauptangebot eine Bauzeitverkürzung von weniger als 7 Tagen in das Titelblatt des Hauptangebots eingefüllt hatte. Das erste dieser vier Blätter mit der genannte Fußzeile, auf

dem das Angebot der Bietergemeinschaft wie beschrieben festgehalten ist, trägt neben Unterschriften bzw Paraphen anderer Personen einen Schriftzug, der auf "L***" hindeutet. Das mit "Teilnehmer - Unterschriftenliste" individualisierbare Blatt trägt in der Zeile C*** jedenfalls neben der Namensspalte mit dem Wort "L***" den individuellen Schriftzug "L***", so dass auf Tatsachenebene von einer Unterfertigung durch die C*** - Mitarbeiterin auszugehen ist. Bei der Nachprüfungswerberin wurde als Preis für das Alternativangebot ein Nettopreis von EUR 665.802,63 verlesen. Bei der Bietergemeinschaft wurde für deren Alternativangebot ein Nettopreis von EUR 648.123,13 verlesen. Dazu ist nunmehr in Hinblick auf § 174 Abs 1 Z 2 BVergG an dieser Stelle überdies festzustellen wie folgt: Auf den Seiten 22f des "Projektleistungsverzeichnisses" finden sich unter Punkt 1.40 mit der Überschrift "Wahl des Angebotes für den Zuschlag" jene Ausschreibungsbedingungen, die die Bestbieterermittlung regeln. Diese Passage lautet: 1.40 Wahl des Angebotes für den Zuschlag Den Zuschlag erhält jenes Angebot, das bei der Wertung aller technischen und wirtschaftlichen Gesichtspunkte am besten entspricht. Zur Beurteilung der Angebote für das gegenständliche Bauvorhaben werden gemäß der ihnen zuerkannten Bedeutung folgende Bewertungskriterien in der nachstehend angeführten Reihenfolge herangezogen: Die Zuschlagskriterien sind: * Der Angebotspreis wird mit 97% bewertet. * Die Bauzeit wird mit 3% bewertet, d.h., eine dem Angebot zu Grunde liegende verkürzte Bauzeit wird besser bewertet:sowie beim Unternehmen M*** Hoch- und Tiefbau auf eine Alternative und einen Begleitbrief hingewiesen wird. Aus der mittleren Spalte des Protokolls ergibt sich, dass das Unternehmen N*** zwei Alternativen angeboten hat. Sohin wurden insgesamt fünf Begleitbriefe von anbotlegenden Unternehmen am 6.5.2004 verlesen. Im Begleitbrief des Unternehmens O*** wird im Begleitbrief insb von deren Alternativangebot geschrieben, eine Bauzeitverkürzung wird dort nicht thematisiert, wobei dieses Unternehmen beim Hauptangebot eine Bauzeitverkürzung von weniger als 7 Tagen in das Titelblatt des Hauptangebots eingefüllt hatte. Das erste dieser vier Blätter mit der genannte Fußzeile, auf dem das Angebot der Bietergemeinschaft wie beschrieben festgehalten ist, trägt neben Unterschriften bzw Paraphen anderer Personen einen Schriftzug, der auf "L***" hindeutet. Das mit "Teilnehmer - Unterschriftenliste" individualisierbare Blatt trägt in der Zeile C*** jedenfalls neben der Namensspalte mit dem Wort "L***" den individuellen Schriftzug "L***", so dass auf Tatsachenebene von einer Unterfertigung durch die C*** - Mitarbeiterin auszugehen ist. Bei der Nachprüfungswerberin wurde als Preis für das Alternativangebot ein Nettopreis von EUR 665.802,63 verlesen. Bei der Bietergemeinschaft wurde für deren Alternativangebot ein Nettopreis von EUR 648.123,13 verlesen. Dazu ist nunmehr in Hinblick auf Paragraph 174, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG an dieser Stelle überdies festzustellen wie folgt: Auf den Seiten 22f des "Projektleistungsverzeichnisses" finden sich unter Punkt 1.40 mit der Überschrift "Wahl des Angebotes für den Zuschlag" jene Ausschreibungsbedingungen, die die Bestbieterermittlung regeln. Diese Passage lautet: 1.40 Wahl des Angebotes für den Zuschlag Den Zuschlag erhält jenes Angebot, das bei der Wertung aller technischen und wirtschaftlichen Gesichtspunkte am besten entspricht. Zur Beurteilung der Angebote für das gegenständliche Bauvorhaben werden gemäß der ihnen zuerkannten Bedeutung folgende Bewertungskriterien in der nachstehend angeführten Reihenfolge herangezogen: Die Zuschlagskriterien sind: * Der Angebotspreis wird mit 97% bewertet. * Die Bauzeit wird mit 3% bewertet, d.h., eine dem Angebot zu Grunde liegende verkürzte Bauzeit wird besser bewertet:

Bauzeit lt. LV 0 Punkte -Verkürzung um 1 Woche 1 Punkt -Verkürzung um 2 Wochen 2 Punkte -Verkürzung um 3 Wochen 3 Punkte Es wird nur max. eine Bauzeitverkürzung von 3 Wochen als Zuschlagskriterium zur ausgeschriebenen Bauzeit zugelassen. Der Nachweis der dem Anbot zu Grunde liegenden verkürzten Bauzeit muss in einem Rahmenbauzeitplan ersichtlich sein und zum Anbot angegeben werden. Maßgebend ist der Fertigstellungstermin "Unbehinderter Verkehr". Faktor für den Preis= niedrigste Angebotssumme (netto) x 0,97 Angebotssumme (netto) des betrachteten Bieters Faktor für die Bauzeit-Verkürzung = Punkteanzahl des betrachteten Bieters x 0,03 Maximale erreichbare Punktezahl = 3

Der größte erreichbare Gesamtfaktor ist 1;

werden die Faktoren (am Titelblatt, unterhalb der Angebotssumme befindend) nicht ausgefüllt, so wird angenommen, dass diese Faktoren vom Bieter nicht in Anspruch genommen werden. Bestbieter ist der Bieter, der nach Auswertung der Bieterangaben am nächsten zum Gesamtfaktor 1 liegt. Bei sonst gleichwertigen Angeboten erfolgt auch eine Wertung hinsichtlich der Ausbildung von Lehrlingen gemäß den Besonderen Hinweisen zu den Rechtlichen Vertragsbedingungen, Pkt. 1.42 usw. Damit in Zusammenhang ist festzustellen, dass das Projektleistungsverzeichnis auf Seite 68 unter Punkt 3.3. einen Rahmenbauzeitplan enthält. Dieser Rahmenbauzeitplan sieht einen Baubeginn am 2.8.2004 vor. Als Fertigstellungstermin mit der Definition: "unbehinderter Verkehr" ist dort Freitag, der 5.11.2004

vorgesehen. Als Endfertigstellungstermin ist dort die Baustellenräumung mit Freitag, 12.11.2004 terminisiert. Mit anderen Worten konnte ein Bieter durch rechtsverbindliches Anbot einer Bauzeitverkürzung bei diesem Zuschlagskriterium den maximalen Faktor von 0,03 erreichen, wenn er zumindest eine dreiwöchige Bauzeitverkürzung anbot. Im Verfahren ist zentral strittig geworden, ob von der für den Zuschlag in Aussicht genommenen Bietergemeinschaft rechtsverbindlich eine Bauzeitverkürzung für deren Alternativangebot im Ausmaß von 3 Wochen angeboten wurde, die überdies bei der Bestbieterermittlung weiter berücksichtigt werden darf. Der Faktor für den Preis errechnet sich bei der Nachprüfungswerberin für deren Alternativangebot, das im übrigen nach dem Preis der Bietergemeinschaft für deren Alternativangebot der zweitbilligste Angebotspreis insgesamt war, durch die Division des Alternativangebotspreises der Bietergemeinschaft als dem absolut niedrigsten Angebotspreis durch den eigenen Alternativangebotspreis der Nachprüfungswerberin, wobei dann der Quotient mit 0,97 zu multiplizieren ist. In Zahlen bedeutet dies für den Preisfaktor der Nachprüfungswerberin:

$[(648.123,13/665.802,63) \times 0,97] = 0.944242945$ Bei der Bietergemeinschaft errechnet sich der Preisfaktor durch die Division des eigenen Alternativangebotspreises mit demselben, wobei dann der Quotient mit 0,97 zu multiplizieren ist: In Zahlen bedeutet dies für den Preisfaktor der Bietergemeinschaft:

$[(648.123,13/648.123,13) \times 0,97] = 0,97$ Wie weiters aus der oben dargestellten Formel für den "Faktor für die Bauzeitverkürzung" ersichtlich ist, kann ein Bieter beim Bauzeitverkürzungskriterium maximal 3 Punkte für maximal berücksichtigte drei Wochen lukrieren, die dann in der Division die Zahl 1 ergeben. Multipliziert mit 0,03 laut Formel kann daher ein Bieter einen maximalen Bauzeitfaktor von 0.03 erzielen. Entsprechend den unstrittigen Verfahrensergebnissen hat die Nachprüfungswerberin für deren Alternativangebot eine Bauzeitverkürzung von 3 Wochen angeboten, wobei diese Bauzeitverkürzung bei der Angebotseröffnung unstrittig eben für deren Alternativangebot verlesen wurde. Dies ergibt durch eine Addition des Preisfaktors der Nachprüfungswerberin mit deren Bauzeitfaktor in Zahlen:

$0,944242945 + 0.03 = 0,974242945 = \text{Gesamtfaktor der Nachprüfungswerberin}$ Unter Beachtung dieses Bewertungsergebnisses hinsichtlich der Nachprüfungswerberin hängt sohin der Erfolg des Nachprüfungsantrags gemäß § 174 Abs 1 Z 2 BVergG mitunter davon ab, ob bei der Bietergemeinschaft bei der Gesamtfaktorermittlung für das Alternativangebot der Bietergemeinschaft zu deren Gunsten bei deren Alternativangebot eine Bauzeitverkürzung von 3 Wochen zu berücksichtigen ist oder nicht. Hätte man bei der Bietergemeinschaft bei der Gesamtfaktorermittlung von einem dabei zu berücksichtigenden Faktor für die Bauzeitverkürzung von 0,03 für nach Auffassung der Bietergemeinschaft und der Auftraggeberin angebotene 3 Wochen Verkürzung auszugehen, ergäbe die Summe aus dem Preisfaktor 0,97 mit dem Bauzeitverkürzungsfaktor 0,03 den größtmöglichen Gesamtfaktor 1 laut Ausschreibung. Das Alternativangebot der Bietergemeinschaft wäre als Bestangebot zu ermitteln, falls es rechtens in die Bestbieterermittlung gemäß § 99 BVergG einzubeziehen wäre (vorausgesetzt also die Bietergemeinschaft wäre nicht auszuschließen, und deren Alternativangebot wäre nicht auszuschneiden). Kommt man wie in diesem Bescheid zum Ergebnis, dass zu Gunsten der Bietergemeinschaft aus in der rechtlichen Beurteilung darzulegenden Gründen für das Alternativangebot der Bietergemeinschaft keine Bauzeitverkürzung berücksichtigt werden darf, errechnet sich der Gesamtfaktor für die betrachtete Bietergemeinschaft allein aus dem Faktor für den angebotenen Preis, was in Zahlen den relevanten Gesamtfaktor von 0.97 ergibt. Ein Vergleich der zu berücksichtigenden Gesamtfaktoren ergibt daher, dass die Bietergemeinschaft einen geringeren Gesamtfaktor als die Nachprüfungswerberin vorweisen könnte, sofern man eben zu Lasten der Bietergemeinschaft davon auszugehen hat, dass zu deren Gunsten keine Bauzeitverkürzung bei der Bestbieterermittlung angesetzt werden darf. Tatsachenmäßig kommt es daher zum Bietersturz, wenn man mit den Behauptungen des Nachprüfungsantrags davon ausgeht, dass zu Gunsten der Bietergemeinschaft beim Alternativangebot der Bietergemeinschaft keine Bauzeitverkürzung zu berücksichtigen ist, bei der Nachprüfungswerberin aber jedenfalls eine solche von drei Wochen. Zurückkehrend zur Angebotseröffnung und dem sonst relevanten Geschehen vor und nach dieser Angebotseröffnung ist weiters festzustellen: Bei den am 6.5.2004 innerhalb der Abgabefrist eingelangten Angebote verwendeten die Nachprüfungswerberin und die Bietergemeinschaft für deren jeweiliges Hauptangebot das von der Auftraggeberin bezogene "Projektleistungsverzeichnis" und fügten auf dem dafür vorgesehenen Deckblatt, das auf Seite 23 in Punkt 1.40 als Titelblatt bezeichnet wird, die Nettoangebotssumme, den als Mehrwertsteuerbetrag bezeichneten Umsatzsteuerbetrag von 20% und die sich daraus ergebende Brutto - Angebotssumme ein. Sowohl bei der Nachprüfungswerberin als auch bei der für den Zuschlag in Aussicht genommenen Bietergemeinschaft sind in einer Zeile unterhalb der "Angebotssumme brutto" in einer Zeile mit

der Bezeichnung "Faktor Bauzeitverkürzung (vom Bieter auszufüllen)" handschriftliche Eintragungen in dem dafür vorgesehenen Leerfeld vorhanden. In dem Hauptangebot der Nachprüfungswerberin findet sich in gleicher Schriftart und gleicher Schriftfarbe auf dem mit 4.5.2004 datierten Angebotsdeckblatt in der für die angebotene Bauzeitverkürzung vorgesehen Zeile der Eintrag : "3 Wochen". Das Hauptangebot der Nachprüfungswerberin ist sodann von deren selbständig vertretungsbefugtem Geschäftsführer leserlich unterschrieben. Die Nachprüfungswerberin hat zudem für deren Alternativangebot ein gleichartiges Deckblatt wie für das Hauptangebot verwendet und dort gleichfalls drei Wochen als Bauzeitverkürzung eingetragen. Das Deckblatt dieses Alternativangebotes wurde genauso wie der Begleitbrief der Nachprüfungswerberin vom Geschäftsführer derselben unterschrieben. Beim Hauptangebot der Bietergemeinschaft findet sich auf dem Deckblatt folgender handschriftlicher, großteils kursiv geschriebener Eintrag: "3 Punkte -entspricht- 3 Wochen". Unterfertigt wurde das Deckblatt der Bietergemeinschaft für die Bietergemeinschaftlerin D*** von Herrn Ing F***. Dieser kann seinen Arbeitgeber nach einem amtlich eingeholten Firmenbuchauszug (= $OZ0,944242945 + 0.03 = 0,974242945$ = Gesamtfaktor der Nachprüfungswerberin Unter Beachtung dieses Bewertungsergebnisses hinsichtlich der Nachprüfungswerberin hängt sohin der Erfolg des Nachprüfungsantrags gemäß Paragraph 174, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG mitunter davon ab, ob bei der Bietergemeinschaft bei der Gesamtfaktorermittlung für das Alternativangebot der Bietergemeinschaft zu deren Gunsten bei deren Alternativangebot eine Bauzeitverkürzung von 3 Wochen zu berücksichtigen ist oder nicht. Hätte man bei der Bietergemeinschaft bei der Gesamtfaktorermittlung von einem dabei zu berücksichtigenden Faktor für die Bauzeitverkürzung von 0,03 für nach Auffassung der Bietergemeinschaft und der Auftraggeberin angebotene 3 Wochen Verkürzung auszugehen, ergäbe die Summe aus dem Preisfaktor 0,97 mit dem Bauzeitverkürzungsfaktor 0,03 den größtmöglichen Gesamtfaktor 1 laut Ausschreibung. Das Alternativangebot der Bietergemeinschaft wäre als Bestangebot zu ermitteln, falls es rechtens in die Bestbieterermittlung gemäß Paragraph 99, BVergG einzubeziehen wäre (vorausgesetzt also die Bietergemeinschaft wäre nicht auszuschließen, und deren Alternativangebot wäre nicht auszuschneiden). Kommt man wie in diesem Bescheid zum Ergebnis, dass zu Gunsten der Bietergemeinschaft aus in der rechtlichen Beurteilung darzulegenden Gründen für das Alternativangebot der Bietergemeinschaft keine Bauzeitverkürzung berücksichtigt werden darf, errechnet sich der Gesamtfaktor für die betrachtete Bietergemeinschaft allein aus dem Faktor für den angebotenen Preis, was in Zahlen den relevanten Gesamtfaktor von 0,97 ergibt. Ein Vergleich der zu berücksichtigenden Gesamtfaktoren ergibt daher, dass die Bietergemeinschaft einen geringeren Gesamtfaktor als die Nachprüfungswerberin vorweisen könnte, sofern man eben zu Lasten der Bietergemeinschaft davon auszugehen hat, dass zu deren Gunsten keine Bauzeitverkürzung bei der Bestbieterermittlung angesetzt werden darf. Tatsachenmäßig kommt es daher zum Bietersturz, wenn man mit den Behauptungen des Nachprüfungsantrags davon ausgeht, dass zu Gunsten der Bietergemeinschaft beim Alternativangebot der Bietergemeinschaft keine Bauzeitverkürzung zu berücksichtigen ist, bei der Nachprüfungswerberin aber jedenfalls eine solche von drei Wochen. Zurückkehrend zur Angebotseröffnung und dem sonst relevanten Geschehen vor und nach dieser Angebotseröffnung ist weiters festzustellen: Bei den am 6.5.2004 innerhalb der Abgabefrist eingelangten Angebote verwendeten die Nachprüfungswerberin und die Bietergemeinschaft für deren jeweiliges Hauptangebot das von der Auftraggeberin bezogene "Projektleistungsverzeichnis" und fügten auf dem dafür vorgesehenen Deckblatt, das auf Seite 23 in Punkt 1.40 als Titelblatt bezeichnet wird, die Nettoangebotssumme, den als Mehrwertsteuerbetrag bezeichneten Umsatzsteuerbetrag von 20% und die sich daraus ergebende Brutto - Angebotssumme ein. Sowohl bei der Nachprüfungswerberin als auch bei der für den Zuschlag in Aussicht genommenen Bietergemeinschaft sind in einer Zeile unterhalb der "Angebotssumme brutto" in einer Zeile mit der Bezeichnung "Faktor Bauzeitverkürzung (vom Bieter auszufüllen)" handschriftliche Eintragungen in dem dafür vorgesehenen Leerfeld vorhanden. In dem Hauptangebot der Nachprüfungswerberin findet sich in gleicher Schriftart und gleicher Schriftfarbe auf dem mit 4.5.2004 datierten Angebotsdeckblatt in der für die angebotene Bauzeitverkürzung vorgesehen Zeile der Eintrag : "3 Wochen". Das Hauptangebot der Nachprüfungswerberin ist sodann von deren selbständig vertretungsbefugtem Geschäftsführer leserlich unterschrieben. Die Nachprüfungswerberin hat zudem für deren Alternativangebot ein gleichartiges Deckblatt wie für das Hauptangebot verwendet und dort gleichfalls drei Wochen als Bauzeitverkürzung eingetragen. Das Deckblatt dieses Alternativangebotes wurde genauso wie der Begleitbrief der Nachprüfungswerberin vom Geschäftsführer derselben unterschrieben. Beim Hauptangebot der Bietergemeinschaft findet sich auf dem Deckblatt folgender handschriftlicher, großteils kursiv geschriebener Eintrag: "3 Punkte -entspricht- 3 Wochen". Unterfertigt wurde das Deckblatt der Bietergemeinschaft für die Bietergemeinschaftlerin D*** von Herrn Ing F***. Dieser kann seinen Arbeitgeber nach einem amtlich eingeholten Firmenbuchauszug (= OZ

1. 34)Ziffer 34

nur gemeinsam mit einem weiteren Gesamtprokuristen oder gemeinsam mit einem Vorstandsmitglied der D*** Aktiengesellschaft vertreten. Der entsprechende Teil des Firmenbuchauszugs wurde an die Parteien mit der Ladung zur mündlichen Verhandlung mit ausgeschickt. Dabei wurde als Verhandlungsthema ua auch die Frage der rechtsgültigen Fertigung gemäß § 19 AVG mitgeteilt Die Bietergemeinschaft (in OZ 44 sowie in der Verhandlung am 29.6.2004 insbesondere durch Urkundenvorlage) und auch die Auftraggeberin brachten im Nachprüfungsverfahren dazu vor, dass Herr Ing. F*** über seine Gesamtprokura hinaus eine zusätzliche eine darüber hinausgehende Vollmacht besitze, auf Grund welcher er die D*** Aktiengesellschaft rechtsverbindlich allein vertreten könne; zumindest wären aber auf Grund von bereits durch Herrn F*** allein gefertigten Angeboten namens seines Unternehmens tatsächlich Bauaufträge abgewickelt worden. Er habe zumindest eine Duldungs- bzw. Anscheinsvollmacht für die D*** Aktiengesellschaft. Trotz einer Aufforderung des Bundesvergabeamts mit OZ 55 legte jedoch die Bietergemeinschaft keine Urkunde über die (Handlungs-)Vollmacht des Herrn Ing. F*** im Original vor. Während der als Zeuge vernommene Rechtsanwaltsanwärter DI. Mag. P***- dieser wurde von Ing F*** als Zeuge zu diesem Vollmachtsthema benannt und beantragte zudem selbst seine Einvernahme - dies mit dem Verlieren der verlangten Vollmachtsurkunde begründete, ging Ing. F*** in seiner Zeugenaussage von einer mündlich erteilten Vollmacht durch den Vorstandsvorsitzenden der D*** Aktiengesellschaft bzw durch eine Vollmachtserteilung durch den Vorstandsvorsitzenden und einen anderen Gesamtprokuristen, nämlich den Niederlassungsleiter der Tiroler Niederlassung aus. Er würde grundsätzlich immer allein unterschreiben; nur gemeinsam mit einem weiteren Gesamtprokuristen oder gemeinsam mit einem Vorstandsmitglied der D*** Aktiengesellschaft vertreten. Der entsprechende Teil des Firmenbuchauszugs wurde an die Parteien mit der Ladung zur mündlichen Verhandlung mit ausgeschickt. Dabei wurde als Verhandlungsthema ua auch die Frage der rechtsgültigen Fertigung gemäß Paragraph 19, AVG mitgeteilt Die Bietergemeinschaft (in OZ 44 sowie in der Verhandlung am 29.6.2004 insbesondere durch Urkundenvorlage) und auch die Auftraggeberin brachten im Nachprüfungsverfahren dazu vor, dass Herr Ing. F*** über seine Gesamtprokura hinaus eine zusätzliche eine darüber hinausgehende Vollmacht besitze, auf Grund welcher er die D*** Aktiengesellschaft rechtsverbindlich allein vertreten könne; zumindest wären aber auf Grund von bereits durch Herrn F*** allein gefertigten Angeboten namens seines Unternehmens tatsächlich Bauaufträge abgewickelt worden. Er habe zumindest eine Duldungs- bzw. Anscheinsvollmacht für die D*** Aktiengesellschaft. Trotz einer Aufforderung des Bundesvergabeamts mit OZ 55 legte jedoch die Bietergemeinschaft keine Urkunde über die (Handlungs-)Vollmacht des Herrn Ing. F*** im Original vor. Während der als Zeuge vernommene Rechtsanwaltsanwärter DI. Mag. P***- dieser wurde von Ing F*** als Zeuge zu diesem Vollmachtsthema benannt und beantragte zudem selbst seine Einvernahme - dies mit dem Verlieren der verlangten Vollmachtsurkunde begründete, ging Ing. F*** in seiner Zeugenaussage von einer mündlich erteilten Vollmacht durch den Vorstandsvorsitzenden der D*** Aktiengesellschaft bzw durch eine Vollmachtserteilung durch den Vorstandsvorsitzenden und einen anderen Gesamtprokuristen, nämlich den Niederlassungsleiter der Tiroler Niederlassung aus. Er würde grundsätzlich immer allein unterschreiben;

nur beim Erfordernis einer firmenmäßigen Fertigung würde er mit einem zweiten Gesamtvertreter unterschreiben. Im Übrigen wäre auch eine Vollmachtsurkunde in Verstoß geraten. Der die Vertretung der Bietergemeinschaft in der Verhandlung wahrnehmende Rechtsanwaltsanwärter erörterte darüber hinaus, dass noch zu seiner Zeit als Niederlassungsleiter der D*** in Tirol über die Gesamtprokuren hinaus Handlungsvollmachten ua an Herrn Ing F*** ausgestellt wurden, um die rechtsgültige Vertretbarkeit der D*** in Tirol sicherzustellen. Diese Handlungsvollmachten würden zur selbständigen Vertretung berechtigen. Auf Seiten der C*** AG war das Deckblatt des Hauptangebots durch Herrn Q*** unterschrieben. Dieser Baumeister und Ingenieur im Dienststand der C*** hat nach den Beweisergebnissen kraft einer sonstigen, nicht im Firmenbuch ersichtlichen Vollmacht Alleinzeichnungsbefugnis für ein Angebot, wie von der Bietergemeinschaft gelegt. Zum Beweis dieser Vollmacht legte die Bietergemeinschaft die Kopie einer mit 12.12.2002 datierten Urkunde vor. Das Original dieser Vollmachtsurkunde wurde wiederum entgegen der Aufforderung OZ 55 nicht vorgelegt. Die Unterschriften auf dieser Urkunde konnten mangels Wissen um die offenbar gemeinsam Unterfertigenden keinem Namen und damit keinem Funktionsträger bei der C*** AG zugeordnet werden. Die Auftraggeberin hatte während des Vergabeverfahrens keinen Zweifel an der rechtsgültigen Vertretung der Bietergemeinschaft und hielt diesen Standpunkt im Nachprüfungsverfahren unter Hinweis auf bislang mit derartigen Fertigungen bereits abgewickelte Bauvorhaben, also insbesondere auch mit der Begründung der Vollmacht kraft

äußeren Tatbestands aufrecht. Der Zeuge DI E***, der nach dem Eindruck und den Verfahrensergebnissen der mündlichen Verhandlung als zentrale Person bei der Auftraggebervertreterin für dieses Vergabeverfahren zu betrachten ist - dieser entband (mit dem Ergebnis einer entsprechenden Zeugenaussage) die Zeugen Dres J*** und K*** nach deren Belehrung gemäß § 49 AVG von deren Verschwiegenheitspflicht gemäß § 15 ZTG, leitete die Angebotseröffnung, ordnete die Überprüfung des Vergabevorschlags der externen Angebotsprüfer an, grenzte mit den externen Angebotsprüfern deren Prüfungsauftrag ein und veranlasste schlussendlich die Unterfertigung der ausgeschickten Zuschlagsentscheidung durch den Vorstand der Auftraggebervertreterin - führte aus, dass er überdies vom Tiroler Niederlassungsleiter der D*** von der Alleinvertretungsbefugnis des Ing. F*** bei Angeboten, wie streitgegenständlich, wisse. Sonst bei der Bietergemeinschaft bei der Angebotslegung erforderliche Fertigungen wurden gleichfalls durch Ing. F*** und Herrn Ing. Q*** vorgenommen, insbesondere auch bei jenen Unterlagen, die das Alternativangebot der Bietergemeinschaft ausmachen (sollen). Die Bietergemeinschaft beriet sich am 5.5.2004 über die Angebotslegung. Neben Ing. F*** namens der D*** waren seitens der C*** dabei inhaltlich die Herren DI G*** und dessen Mitarbeiter Baumeister Ing Q*** eingebunden. Am 6.5.2004 machte Frau L*** in den Räumlichkeiten der C*** die Summe der zu unterfertigenden Unterlagen fertig und trug insbesondere den Nettopreis, den Umsatzsteuerbetrag und den Bruttopreis in das Titelblatt des Hauptangebots ein. Herr DI G*** war am 6.5.2004 bei dieser Fertigstellung der "Angebote" nicht anwesend. Herr Ing. Q*** fügte schlussendlich am 6.5.2004 auf dem Titelblatt des Projektleistungsverzeichnisses (= des Hauptangebotes) in der bis dahin leeren Spalte für die Bietergemeinschaft die Bauzeitverkürzung - wie oben beschrieben - ein, nachdem er zuvor darüber nochmals mit DI G*** telefonisch Rücksprache gehalten hat. Dieser Eintrag einer Bauzeitverkürzung auf dem Titelblatt beim Hauptangebot war auch vom Willen des Ing. F*** getragen. Die Bietergemeinschaft stellte deren Angebotsunterlagen erst am 6.5.2004 in der Früh derart fertig, wie sie abgegeben wurden, wobei das Angebot der Bietergemeinschaft als erstes in das Eingangsverzeichnis der Angebote dieses Vergabeverfahrens eingetragen ist. Als Zeitpunkt des Einlangens ist auf einem vorgelegten Teil des Briefumschlags handschriftlich 8.30 Uhr vermerkt. Dieses Hauptangebot wurde von der Auftraggeberin mit den Unterlagen des Vergabeverfahrens vorgelegt. Es ist handschriftlich mit 1.1 nummeriert. Als Begleitschreiben zu den Angeboten der Bietergemeinschaft wurde das oben bereits beschriebene Begleitschreiben von der Bietergemeinschaft verfasst. Dieses trägt in den vorgelegten Unterlagen die Nummer 1.2. Mit der Nummer 1.3 wurde das offenbar auch von Ing. F*** und Ing. Q*** gefertigte "Leistungsverzeichnis Angebot" vorgelegt. Dabei handelt es sich um das Leistungsverzeichnis für das Hauptangebot der Bietergemeinschaft, das, soweit es den Verfahrensergebnissen entspricht, nach den Vorgaben der Ausschreibung erstellt worden ist. Insbesondere sind darin Ortbetonpfähle als Position enthalten. Das Unterlagenkonvolut mit der Nummer 1.3 korrespondiert vom Aufbau her teilweise den Seiten 87 bis 129 des Projektleistungsverzeichnisses. Die Preise für bestimmte Leistungsgruppen auf Seite 129 entsprechen den Nettopreisen der als "Seite 7" nummerierten (letzten) Seite des Unterlagenkonvoluts nur beim Erfordernis einer firmenmäßigen Fertigung würde er mit einem zweiten Gesamtvertreter unterschreiben. Im Übrigen wäre auch eine Vollmachtsurkunde in Verstoß geraten. Der die Vertretung der Bietergemeinschaft in der Verhandlung wahrnehmende Rechtsanwaltsanwärter erörterte darüber hinaus, dass noch zu seiner Zeit als Niederlassungsleiter der D*** in Tirol über die Gesamtprokuren hinaus Handlungsvollmachten ua an Herrn Ing F*** ausgestellt wurden, um die rechtsgültige Vertretbarkeit der D*** in Tirol sicherzustellen. Diese Handlungsvollmachten würden zur selbständigen Vertretung berechtigen. Auf Seiten der C*** AG war das Deckblatt des Hauptangebots durch Herrn Q*** unterschrieben. Dieser Baumeister und Ingenieur im Dienststand der C*** hat nach den Beweisergebnissen kraft einer sonstigen, nicht im Firmenbuch ersichtlichen Vollmacht Alleinzeichnungsbefugnis für ein Angebot, wie von der Bietergemeinschaft gelegt. Zum Beweis dieser Vollmacht legte die Bietergemeinschaft die Kopie einer mit 12.12.2002 datierten Urkunde vor. Das Original dieser Vollmachtsurkunde wurde wiederum entgegen der Aufforderung OZ 55 nicht vorgelegt. Die Unterschriften auf dieser Urkunde konnten mangels Wissen um die offenbar gemeinsam Unterfertigenden keinem Namen und damit keinem Funktionsträger bei der C*** AG zugeordnet werden. Die Auftraggeberin hatte während des Vergabeverfahrens keinen Zweifel an der rechtsgültigen Vertretung der Bietergemeinschaft und hielt diesen Standpunkt im Nachprüfungsverfahren unter Hinweis auf bislang mit derartigen Fertigungen bereits abgewickelte Bauvorhaben, also insbesondere auch mit der Begründung der Vollmacht kraft äußeren Tatbestands aufrecht. Der Zeuge DI E***, der nach dem Eindruck und den Verfahrensergebnissen der mündlichen Verhandlung als zentrale Person bei der Auftraggebervertreterin für dieses Vergabeverfahren zu betrachten ist - dieser entband (mit dem Ergebnis einer entsprechenden Zeugenaussage) die Zeugen Dres J*** und K*** nach deren Belehrung gemäß Paragraph 49, AVG von deren Verschwiegenheitspflicht gemäß Paragraph 15, ZTG,

leitete die Angebotseröffnung, ordnete die Überprüfung des Vergabevorschlags der externen Angebotsprüfer an, grenzte mit den externen Angebotsprüfern deren Prüfungsauftrag ein und veranlasste schlussendlich die Unterfertigung der ausgeschickten Zuschlagsentscheidung durch den Vorstand der Auftraggebervertreterin - führte aus, dass er überdies vom Tiroler Niederlassungsleiter der D*** von der Alleinvertretungsbefugnis des Ing. F*** bei Angeboten, wie streitgegenständlich, wisse. Sonst bei der Bietergemeinschaft bei der Angebotslegung erforderliche Fertigungen wurden gleichfalls durch Ing. F*** und Herrn Ing. Q*** vorgenommen, insbesondere auch bei jenen Unterlagen, die das Alternativangebot der Bietergemeinschaft ausmachen (sollen). Die Bietergemeinschaft beriet sich am 5.5.2004 über die Angebotslegung. Neben Ing. F*** namens der D*** waren seitens der C*** dabei inhaltlich die Herren DI G*** und dessen Mitarbeiter Baumeister Ing Q*** eingebunden. Am 6.5.2004 machte Frau L*** in den Räumlichkeiten der C*** die Summe der zu unterfertigenden Unterlagen fertig und trug insbesondere den Nettopreis, den Umsatzsteuerbetrag und den Bruttopreis in das Titelblatt des Hauptangebots ein. Herr DI G*** war am 6.5.2004 bei dieser Fertigstellung der "Angebote" nicht anwesend. Herr Ing. Q*** fügte schlussendlich am 6.5.2004 auf dem Titelblatt des Projektleistungsverzeichnisses (= des Hauptangebotes) in der bis dahin leeren Spalte für die Bietergemeinschaft die Bauzeitverkürzung - wie oben beschrieben - ein, nachdem er zuvor darüber nochmals mit DI G*** telefonisch Rücksprache gehalten hat. Dieser Eintrag einer Bauzeitverkürzung auf dem Titelblatt beim Hauptangebot war auch vom Willen des Ing. F*** getragen. Die Bietergemeinschaft stellte deren Angebotsunterlagen erst am 6.5.2004 in der Früh derart fertig, wie sie abgegeben wurden, wobei das Angebot der Bietergemeinschaft als erstes in das Eingangsverzeichnis der Angebote dieses Vergabeverfahrens eingetragen ist. Als Zeitpunkt des Einlangens ist auf einem vorgelegten Teil des Briefumschlags handschriftlich 8.30 Uhr vermerkt. Dieses Hauptangebot wurde von der Auftraggeberin mit den Unterlagen des Vergabeverfahrens vorgelegt. Es ist handschriftlich mit 1.1 nummeriert. Als Begleitschreiben zu den Angeboten der Bietergemeinschaft wurde das oben bereits beschriebene Begleitschreiben von der Bietergemeinschaft verfasst. Dieses trägt in den vorgelegten Unterlagen die Nummer 1.2. Mit der Nummer 1.3 wurde das offenbar auch von Ing. F*** und Ing. Q*** gefertigte "Leistungsverzeichnis Angebot" vorgelegt. Dabei handelt es sich um das Leistungsverzeichnis für das Hauptangebot der Bietergemeinschaft, das, soweit es den Verfahrensergebnissen entspricht, nach den Vorgaben der Ausschreibung erstellt worden ist. Insbesondere sind darin Ortbetonpfähle als Position enthalten. Das Unterlagenkonvolut mit der Nummer 1.3 korrespondiert vom Aufbau her teilweise den Seiten 87 bis 129 des Projektleistungsverzeichnisses. Die Preise für bestimmte Leistungsgruppen auf Seite 129 entsprechen den Nettopreisen der als "Seite 7" nummerierten (letzten) Seite des Unterlagenkonvoluts 1.3. Daraus und auch aus den Erörterungen des Herrn DI E*** (zu den Bestandteilen des Alternativangebots der Bietergemeinschaft) ergibt sich, dass das Urkundenkonvolut 1.3 das gesondert unterfertigte Leistungsverzeichnis der Bietergemeinschaft für das Angebot der ausgeschriebenen Lärmschutzlösung ist. So deckt sich der Netto - Angebotspreis auf dem Titelblatt des Projektleistungsverzeichnisses mit der LV - Summe auf Seite 129 des Projektleistungsverzeichnisses mit dem Gesamtpreis auf dem ersten Blatt des Konvoluts 1.3 und weiters mit dem "Gesamtpreis in EUR" auf der "Seite 7" des Konvoluts 1.3. Immer ist dort die Zahl 708.060, 84 zu finden. Damit ist zusammenfassend festzustellen, dass das Projektleistungsverzeichnis 1.1 eine Einheit mit dem Konvolut 1.3. darstellt. Die Bietergemeinschaft legte damit ihr Angebot, dass der Ausschreibung entsprechen soll. In einem Urkundenkonvolut mit der Nummerierung 1.4, welches aus einem Deckblatt und vier weiteren Seiten besteht, findet sich auf dem Deckblatt insbesondere auch der Begriff: "Alternativangebot". Danach werden ein Gesamtpreis für das Alternativangebot von 648.123,13 EUR, ein entsprechender Mehrwertsteuerbetrag und der sich ergebende Bruttobetrag ua als "Zivilrechtlicher Preis" ausgewiesen. Diese Zahlen auf dem Deckblatt entsprechen den so bezeichneten Zahlen auf "Seite 4" des Konvoluts 1.4. Diese "Seite 4" ist mit "Zusammenstellung" überschrieben. In weiterer Folge wird auf in einer linken Spalte auf eine OG 01 01 und in der mittleren Spalte auf den Amtsentwurf abgestellt, um in einer rechten Spalte den Angebotspreis für das ausschreibungsgemäße Angebot abzustellen, also auf EUR 708.060,84. Daraufhin werden als OG 01 02 Entfallende Positionen mit einem Gesamtbetrag von EUR 426.180,12 genannt. Folgend werden dann als OG 01 03 hinzukommende Positionen mit einem Betrag von EUR 366.242, 41 angeführt. Schlussendlich wird dann in einer weiteren Zeile als HG 01 eine "Alternative Lärmschutz A 12 Oberhofen" mit dem bekannten Alternativangebotspreis der Bietergemeinschaft von EUR 648.123,13 angeführt. Danach wird diese Zahl als Gesamtpreis nochmals genannt, der Umsatzsteuerbetrag ausgewiesen und schlussendlich der Bruttopreis für die Alternative ausgeworfen. Zusammenfassend machen das Konvolut 1.4 und der im oben wiedergegebenen Begleitschreiben mit der Nummerierung 1.2 vorhandene Text: "Die Bietergemeinschaft C*** AG und D*** bietet zum o. a. Bauvorhaben folgende Ausführungsvariante an: Anstatt einer Tiefgründung mittels Ortbetonpfählen werden

Stahlrammpfähle ausgeführt sowie der Achsabstand der Pfähle und Lärmschutzwandsteher von 4 auf 5 m erweitert." urkundenmäßig das Alternativangebot der Bietergemeinschaft aus. Herr DI E***, der am 29.6.2004 nicht nur als Zeuge vernommen wurde, sondern zusätzlich -teilweise alternativ mit Frau Mag S*** - kraft einer entsprechenden Vollmacht die Vertretung der Auftraggebervertreterin und sohin auch der Auftraggeberin wahrnahm, brachte am 29.6.2004 vor, dass die Konvolute 1.2;

1.4 und 1.6 gemeinsam mit dem Amtsentwurf das Alternativangebot ausmachen würden. Das Konvolut 1.6 besteht aus 15 Seiten, die links oben mit "Preisermittlung - K7" bezeichnet werden. Auf der

15. Seite dieses Konvoluts ist der Nettoangebotspreis für das Hauptangebot der Bietergemeinschaft mit netto EUR 708.060,84 ersichtlich. Auf Seite 10 finden sich die Begriffe "Tiefgründung" und "Ortbetonpfähle". Diese Begriffe haben nach den Verfahrensergebnissen aber gerade nichts mit dem Alternativangebot der Bietergemeinschaft ("Tiefgründung mit Stahlrammpfählen") zu tun. Das Konvolut 1.6 dient daher entgegen diesem Vorbringen nicht zur näheren Konkretisierung des Inhalts des Alternativangebots; es verbleiben dazu als Urkunden die Urkunde 1.2 und das Konvolut

1.4 und allenfalls das (größtenteils) ausgefüllte Projektleistungsverzeichnis 1.1 (, was letztendlich eine Frage der rechtlichen Beurteilung ist). Am 17.5.2004 fand ein Aufklärungsgespräch mit DI G*** statt, bei dem der Genannte nach dessen eigenen Ausführungen die Bietergemeinschaft vertrat. Aus dem Mitarbeiterstand der Auftraggebervertreterin waren Herr DI E*** und der seit 3.5.2004 bei der Auftraggebervertreterin beschäftigte DI I*** anwesend. Beim Bieteraufklärungsgespräch waren weiters der von der vergebenden Stelle beauftragte externe Angebotsprüfer DI Dr. J*** und dessen Subunternehmer DI Dr. K*** anwesend. Zweiterer hatte bis auf die Angelegenheiten "Statik" und "Lärmschutz" die Angebotsprüfung als Subunternehmer durchgeführt, soweit nicht seitens der vergebenden Stelle eine Prüfung abgelehnt wurde (zB hinsichtlich Befugnis, finanzieller und wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit oder gemäß § 55 BVergG; 1.4 und allenfalls das (größtenteils) ausgefüllte Projektleistungsverzeichnis 1.1 (, was letztendlich eine Frage der rechtlichen Beurteilung ist). Am 17.5.2004 fand ein Aufklärungsgespräch mit DI G*** statt, bei dem der Genannte nach dessen eigenen Ausführungen die Bietergemeinschaft vertrat. Aus dem Mitarbeiterstand der Auftraggebervertreterin waren Herr DI E*** und der seit 3.5.2004 bei der Auftraggebervertreterin beschäftigte DI I*** anwesend. Beim Bieteraufklärungsgespräch waren weiters der von der vergebenden Stelle beauftragte externe Angebotsprüfer DI Dr. J*** und dessen Subunternehmer DI Dr. K*** anwesend. Zweiterer hatte bis auf die Angelegenheiten "Statik" und "Lärmschutz" die Angebotsprüfung als Subunternehmer durchgeführt, soweit nicht seitens der vergebenden Stelle eine Prüfung abgelehnt wurde (zB hinsichtlich Befugnis, finanzieller und wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit oder gemäß Paragraph 55, BVergG;

Aussage Dr K*** auf Seite 36 in OZ 68). Herr Dr. J*** verfasste eine Niederschrift über dieses Aufklärungsgespräch in seiner EDV. Diese nicht unterschriebene Niederschrift wurde dem Bundesvergabeamt seitens der vergebenden Stelle als Anhang F zu dem Prüfbericht Dris J*** vorgelegt. Seitens der Bietergemeinschaft wurde in der Verhandlung die Kopie einer handschriftlichen Notiz der Antworten des Herrn DI G*** gelegentlich der Einvernahme desselben als Zeugen vorgelegt, um damit die Identität der von ihm als eigenen Antworten notierten Antworten mit dem nicht unterschriebenen EDV - Ausdruck zu beweisen. Die Entsprechung der Antworten des DI G*** laut handschriftlichen Aufzeichnungen mit dem EDV - Ausdruck seiner Antworten ergibt sich aus den Beilagen zum Verhandlungsprotokoll und dem zur Verhandlungsvorbereitung ausgeschickten EDV - Ausdruck;

versandt mit OZ 59. Die handschriftlichen Aufzeichnungen tragen fünf Paraphen bzw Unterschriften, die insbesondere auch unter Beachtung der geringfügigen Niederschriftskorrektur in OZ 74 des Verwaltungsakts (Einwendungen gemäß § 14 Abs 7 AVG) durch DI G*** als Schriftzüge der auf dem EDV - Ausdruck ersichtlichen Teilnehmer individualisierbar sind. Im Vergabeakt befinden sich neben einem Deckblatt mit den Teilnehmern dieses Aufklärungsgesprächs zwei weitere Blätter. Die Seite 2/3 dieses "Anhangs F" trägt die Überschrift: "Anfragen". In 14 Gliederungspunkten, teilweise mit Unterpunkten, werden Themen aufgelistet, die entweder hinsichtlich des Angebots der Bietergemeinschaft fragwürdig erscheinen oder aber auf nach Auffassung des Prüfers fehlende Unterlagen erwähnen. Punkt 8. lautet: "Die angebotene Bauzeitverkürzung gilt für Amtsentwurf und Alternativentwurf." Die Seite 3/3 ist mit Antworten überschrieben.versandt mit OZ 59. Die handschriftlichen Aufzeichnungen tragen fünf Paraphen bzw Unterschriften, die insbesondere auch unter Beachtung der geringfügigen Niederschriftskorrektur in OZ 74 des Verwaltungsakts (Einwendungen gemäß Paragraph 14, Absatz 7, AVG) durch DI G*** als Schriftzüge der auf dem EDV - Ausdruck ersichtlichen Teilnehmer individualisierbar sind. Im Vergabeakt befinden sich neben einem Deckblatt mit den

Teilnehmern dieses Aufklärungsgesprächs zwei weitere Blätter. Die Seite 2/3 dieses "Anhangs F" trägt die Überschrift: "Anfragen". In 14 Gliederungspunkten, teilweise mit Unterpunkten, werden Themen aufgelistet, die entweder hinsichtlich des Angebots der Bietergemeinschaft fragwürdig erscheinen oder aber auf nach Auffassung des Prüfers fehlende Unterlagen erwähnen. Punkt 8. lautet: "Die angebotene Bauzeitverkürzung gilt für Amtsentwurf und Alternativentwurf." Die Seite 3/3 ist mit Antworten überschrieben.

Dort findet sich die Passage: "ad 8. Da das Alternativangebot ausschließlich eine geänderte Ausführung der Gründung darstellt, gelten uneingeschränkt selbstredend alle anderen Rahmenbedingungen des Amtsentwurfs." Der Angebotsprüfer Dr. J*** hatte die von Dr. K*** vorbereiteten Fragen ca 4 bis 5 Tage vor dem 17.5.2004 bereits an das Büro der STRABAG in Innsbruck übermittelt und übersandte diese Themenliste "Fragen" am 17.5.2004 um ca 11.46 Uhr nochmals per Telefax an DI G***, um das Aufklärungsgespräch vorzubereiten (Aussagen DI J*** am 29.6.2004 und das dazu vorhandene Telefax - Protokoll in Kopie, welches gleichfalls der OZ 68 beigeclammert ist). Dieses Aufklärungsgespräch fand am 17.5.2004 nach 16.30 Uhr statt. Die Bietergemeinschaft brachte am 29.6.2004 in der Verhandlung vor, dass die Bauzeitverkürzung aus der gewählten Alternative für einen Techniker evident wäre; und dass es für das Alternativangebot kein Deckblatt geben könne, weil ein solches nicht vorgesehen ist. Durch die Junktimierung der Alternative mit dem Amtsentwurf wäre die Willenserklärung der Bietergemeinschaft eindeutig im Sinne des Angebots einer Bauzeitverkürzung bei der Alternative. Die Nachprüfungswerberin bestritt diese Evidenz des Angebots einer dreiwöchigen Bauzeitverkürzung beim Alternativangebot der Bietergemeinschaft. Insbesondere auch zum Thema "Anbot der Bauzeitverkürzung beim Alternativangebot der Bietergemeinschaft" und diesbezügliches "Aufklärungsgespräch" gaben die nachstehenden Zeugen zusammengefasst Folgendes an: Der beim Aufklärungsgespräch nicht anwesende Ing. F***, welcher das Angebot seitens der D*** gezeichnet hatte: Er habe namens seines Unternehmens gemeinsam mit den Mitarbeitern der C*** das Angebot am 5.5.2004 und am 6.5.2004 fertig gemacht. Auf Vorhalt der Passage auf Seite 21 des Projektleistungsverzeichnisses: "Form und Inhalt von

Alternativangeboten: Alternativangebote sind inhaltlich und formal in gleicher Weise wie das ausschreibungsgemäße Hauptangebot auszuarbeiten und vorzulegen, d.h. sie müssen ein vollständig ausgepreistes Leistungsverzeichnis mit allen geforderten Preisaufgliederungen und Preiszusammenstellungen enthalten."

führte dieser Zeuge aus, dass diese Passage nach deren Auffassung sinngemäß eingehalten worden wäre, da die Alternative unter Bezugnahme auf den Amtsentwurf erstellt worden wäre. Auf Vorhalt der Passage auf Seite 22 der Ausschreibungsunterlage: "Der Nachweis der dem Anbot zu Grunde liegenden verkürzten Bauzeit muss in einem Rahmenbauzeitplan ersichtlich sein und zum Anbot angegeben werden. Maßgebend ist der Fertigstellungstermin "Unbehinderter Verkehr". gab dieser Zeuge gefragt nach dem dort geforderten Rahmenbauzeitplan an, dass der Auftraggeber hier eine Bauzeitverkürzung hinterfragt, dass dadurch (also durch diese Ausschreibungspassage mit Sonderregelungen für Alternativangebote) aber seines Erachtens keine zusätzlichen Unterlagen verlangt werden. Auf Vorhalt der Ausschreibungspassage auf Seite 23 der Ausschreibungsunterlage: "Der größte erreichbare Gesamtfaktor ist 1;

werden die Faktoren (am Titelblatt, unterhalb der Angebotssumme befindend) nicht ausgefüllt, so wird angenommen, dass diese Faktoren vom Bieter nicht in Anspruch genommen werden. Bestbieter ist der Bieter, der nach Auswertung der Bieterangaben am nächsten zum Gesamtfaktor 1 liegt." gab dieser Zeuge weiters an, dass Bezug nehmend auf das Alternativangebot aus deren Sicht der Amtsentwurf eben als Ausgangsbasis für die Alternative herangezogen worden wäre. Aus deren Sicht sollte klar sein, dass die angebotene Bauzeitverkürzung auch die angebotene Bauzeitverkürzung gelte. Er wisse von einem Bieteraufklärungsgespräch am 17.5.2004, nicht aber, ob dort die Bauzeitverkürzung ein Thema war. Diesem Zeugen wurde vom Vertreter der Nachprüfungswerberin der Satz auf Seite 21 der Ausschreibungsunterlage vorgehalten, wonach die Detailprojektierungskosten für Alternativangebote in einer gesonderten Position auszuwerfen sind. Der Zeuge verneinte die Einhaltung dieser Bestimmung mit einer weitergehenden Begründung (Seite 9 in OZ 68). Dem Alternativangebot wäre auch kein auf Seite 21 geforderter Gleichwertigkeitsnachweis beigelegt worden, weil die dabei angebotene Alternative der Fundierung Stand der Technik wäre. Dieser Zeuge gab (auf Seite 10 in OZ 68) auch an, dass die Bauzeitverkürzung am Titelblatt des Hauptangebots am 6.5.2004 erst unmittelbar vor dem Kopieren und daher vor der Angebotsabgabe eingetragen wurde. Er wisse auch nicht, ob jemals ein Rahmenzeitplan verlangt und danach abgeliefert wurde. Der Zeuge DI G*** sagte am 29.6.2004 im Wesentlichen aus: Die Bauzeitverkürzung sei am 6.5.2004 eingetragen worden, nachdem Herr Ing. Q*** mit ihm telefoniert habe. Er wäre für das Angebot bei der C*** verantwortlich gewesen. Für ihn wäre klar gewesen, dass er

beim Aufklärungsgespräch am 17.5.2004 die Bietergemeinschaft zu vertreten hatte, da die C*** Federführer in der Bietergemeinschaft wäre. Am 17.5.2004 wurde das Thema der Bauzeitverkürzung angesprochen. Die 4 Personen (aus der Auftraggebersphäre) stellten die auf der Seite "Anfragen" ersichtlichen Fragen. Damit gestand der Zeuge eine Hinterfragung des Anbots einer Bauzeitverkürzung beim Alternativangebot der Bietergemeinschaft in diesem Bieteraufklärungsgespräch durch die Auftraggeberseite zu. Nach Vorhalt der Passage auf Seite 23 zur Ermittlung des Gesamtfaktors und der Frage nach dem rechtsverbindlichen Angebot einer Bauzeitverkürzung bei der Alternative der Bietergemeinschaft gab dieser Zeuge weiters an, dass dies der Fall wäre. Die Alternative sei ohne das Deckblatt (des Hauptangebots) nichts wert, dieses Deckblatt sei für ihn integrierender Bestandteil der Alternative. Nach dem Vorhalt des fehlenden Rahmenbauzeitplans gemäß der Seite 22 der Ausschreibung "Rahmenbauzeitplan bei verkürzt angebotener Bauzeit" vermeinte dieser Zeuge, dass man auf Grund der angebotenen Bauzeitverkürzung bei der Alternative ohnehin durch Rückrechnung von drei Wochen von dem auf Seite 68 der Ausschreibung (Amtsentwurf) vorgesehenen Rahmenzeitplan die auf Seite 22 der Ausschreibung geforderte Information erschließen könnte. Gefragt nach einem allfälligen Verlangen namens des Auftraggebers, schriftlich Unklarheiten des Angebots aufzuklären (Seite 15 in OZ 68) verneinte dieser Zeuge zunächst das Vorliegen eines derartigen Verlangens zur schriftlichen Aufklärung, und verwies danach auf das Bietergespräch vom 17.5.2004. Er würde das unterschriebene Protokoll über das Bietergespräch als schriftliche Aufklärung werten. Auf Befragen durch den Vertreter der Nachprüfungswerberin gab dieser Zeuge einerseits an, dass der das Anbot namens der C*** fertigende Ing. Q*** einerseits am 6.5.2004 bis zum Telefonat mit ihm nicht wusste, ob überhaupt eine Bauzeitverkürzung anzubieten wäre, dass aber Herr Q*** keine Frage betreffend Bauzeitverkürzung explizit beim Alternativangebot gestellt wurde, weil bei der Alternative die Einschränkung um 3 Wochen evident machbar ist. Auf Befragen durch den Vertreter der Bietergemeinschaft strich dieser Zeuge insbesondere nochmals hervor, dass das Anbot einer Bauzeitverkürzung bei der Alternative schlüssig sei, weil die Fundierung beim Amtsentwurf aufwendiger ist. Der Zeuge gab dann auf nochmaliges Befragen insbesondere durch den Vertreter der Nachprüfungswerberin, ob irgendwo seitens der Bietergemeinschaft schriftlich eine Bauzeitverkürzung für das Alternativangebot angeboten worden wäre, bekannt, dass durch den Zusammenhang des Urkundenkonvoluts 1.4 mit dem Amtsentwurf das Angebot der Bauzeitverkürzung (für ihn) schlüssig wäre. Auf die richtungsgleiche Frage, ob die sonstigen Faktoren (für die Bestbieterermittlung) genau so angeboten seien wie der Preis, antwortete dieser Zeuge, dass er nicht mit jedem Angebot erklären müsse, dass die Erde rund sei. Der weiters vernommene Zeuge DI I*** ist seit 3.5.2004 als Mitarbeiter bei der Auftraggebervertreterin beschäftigt. Er verrichtete bei der Angebotseröffnung unterstützende Tätigkeiten für seinen Vorgesetzten DI E***. Er war mit der Erstellung eines Prüfberichts innerhalb der Auftraggebervertreterin nach Erhalt des externen Angebotsprüfungsberichts hierarchisch unterhalb seines Vorgesetzten DI E*** befasst, wobei dieser interne Prüfbericht vom Vorstand der Auftraggebervertreterin bis zum Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung nicht unterschrieben wurde, und auch nicht nach Aussenden der Zuschlagsentscheidung, nachdem bei der Auftraggebervertreterin die Verständigung des Bundesvergabeamts gemäß § 171 Abs 7 BVergG einlangte. Dieser Zeuge war weiters beim Aufklärungsgespräch am 17.5.2004 anwesend. Er sagte zu den hier interessierenden Themen aus: Er würde die Ausschreibungsunterlage kennen. Der Text der Ausschreibungsunterlage wäre durch die Dres J*** und K*** erstellt worden. Herr Dr. K*** hat am 17.5.2004 im Bieteraufklärungsgespräch die Frage betreffend Gültigkeit der Bauzeitverkürzung beim Alternativangebot gestellt. Er kenne keinen Rahmenbauzeitplan für eine verkürzte Bauzeit bei dem Alternativangebot der Bietergemeinschaft. Die Bauzeitverkürzung wäre ja angeboten. (Nach Vorhalt der Seite 23 der Angebotsunterlage:) Er ginge davon aus, dass die Bietergemeinschaft für deren Alternativangebot 3 Punkte zu erhalten hätte, da dieses auf dem Hauptangebot aufbaut. Er könne nicht sagen, ob die Ausschreibungsunterlage jemals von einem Bieter beanstandet worden wäre, da er erst seit 3.5.2004 bei der Auftraggebervertreterin beschäftigt wäre. Die auf Seite 21 der Ausschreibungsunterlage verlangte Form wäre von der Bietergemeinschaft eingehalten worden. Dieser Zeuge bestätigte das bereits weiter oben beschriebene Geschehen bei der Angebotseröffnung und führte dazu insbesondere auch aus, dass eine Bauzeitverkürzung nur bei zwei Bietern deshalb verlesen wurde, weil diese in einem Begleitschreiben ausdrücklich festgehalten war, und weil die Begleitschreiben zu den Angeboten verlesen worden wären. Es hätte keinen Einspruch auf die Frage von DI E*** gegeben, ob alles Wesentliche verlesen worden wäre. Nach dieser Frage wurde die (in dieser Sachverhaltsschilderung bereits erwähnte) Teilnehmerliste über die Teilnahme an der Angebotseröffnung unterschrieben. Auf Befragen durch Mag. S***, einer juristischen Angestellten der Auftraggebervertreterin, welche die Vertretung derselben und daher auch der Auftraggeberin in der Verhandlung wahrnahm, unterstrich der Zeuge nochmals, dass für ihn aus dem Aufbau des Urkundenkonvoluts 1.4 dergestalt, dass

zuerst der Amtsentwurf erwähnt und danach Positionen abgezogen wurden, um danach andere hinzuzufügen, die Weitergeltung der sonstigen Bestimmungen des Hauptangebots schlüssig wäre. Der Zeuge DI E*** war bei der Vernehmung der gerade näher in ihren Aussagen beschriebenen Zeugen als Parteienvertreter der Auftraggeberseite anwesend. Er war materiell die führende Persönlichkeit, die die Vorgangsweise in diesem Vergabeverfahren innerhalb der Auftraggebervertreterin bestimmte. Er ist hinsichtlich der vergaberechtlichen Erfordernisse bei der Behandlung von Angeboten als praxiserfahrene Person zu beschreiben. Er führte als Zeuge aus: Es sei richtig, dass Herrn DI G*** die Festhaltung mitgeteilt wurde, dass die Angebotene Bauzeitverkürzung auch für den Alternativentwurf gelte. Es wären gewisse Formalismen einzuhalten. Beim Aufklärungsgespräch würden grundsätzlich aufklärungsbedürftige Belange hinterfragt. Das abgehaltene Bietergespräch gelte als schriftliche Aufklärung zum Angebot. Die Bauzeitverkürzung wäre mangels Erwähnung im Begleitschreiben bei der Bietergemeinschaft nicht verlesen worden. Die Bauzeitverkürzung sei ein wesentlicher Aspekt für die Angebotsprüfung, weil Zuschlagskriterium. Selbstverständlich würden die Zuschlagskriterien auch für die Alternativangebote gelten. Auf Grund des bisherigen rechtsgeschäftlichen Kontakts mit den Gesellschafterinnen der Bietergemeinschaft würde er von der rechtsgültigen Fertigung der Angebotsunterlagen Bei der Alternative wäre eine Bauzeitverkürzung eindeutig und unmissverständlich aus dem Urkundenkonvolut 1.4 ersichtlich durch die Bietergemeinschaft ausgehen. Auf Befragen der bei dieser Vernehmung anwesenden Vertreterin der Nachprüfungswerberin führte der Zeuge fortgesetzt aus, dass der Auftraggebervertreterin klar gewesen wäre, dass eine Bauzeitverkürzung bei der Alternative der Bietergemeinschaft angeboten gewesen wäre; werden die Faktoren (am Titelblatt, unterhalb der Angebotssumme befindend) nicht ausgefüllt, so wird angenommen, dass diese Faktoren vom Bieter nicht in Anspruch genommen werden. Bestbieter ist der Bieter, der nach Auswertung der Bieterangaben am nächsten zum Gesamtfaktor 1 liegt." gab dieser Zeuge weiters an, dass Bezug nehmend auf das Alternativangebot aus deren Sicht der Amtsentwurf eben als Ausgangsbasis für die Alternative herangezogen worden wäre. Aus deren Sicht sollte klar sein, dass die angebotene Bauzeitverkürzung auch die angebotene Bauzeitverkürzung gelte. Er wisse von einem Bieteraufklärungsgespräch am 17.5.2004, nicht aber, ob dort die Bauzeitverkürzung ein Thema war. Diesem Zeugen wurde vom Vertreter der Nachprüfungswerberin der Satz auf Seite 21 der Ausschreibungsunterlage vorgehalten, wonach die Detailprojektierungskosten für Alternativangebote in einer gesonderten Position auszuwerfen sind. Der Zeuge verneinte die Einhaltung dieser Bestimmung mit einer weitergehenden Begründung (Seite 9 in OZ 68). Dem Alternativangebot wäre auch kein auf Seite 21 geforderter Gleichwertigkeitsnachweis beigelegt worden, weil die dabei angebotene Alternative der Fundierung Stand der Technik wäre. Dieser Zeuge gab (auf Seite 10 in OZ 68) auch an, dass die Bauzeitverkürzung am Titelblatt des Hauptangebots am 6.5.2004 erst unmittelbar vor dem Kopieren und daher vor der Angebotsabgabe eingetragen wurde. Er wisse auch nicht, ob jemals ein Rahmenzeitplan verlangt und danach abgeliefert wurde. Der Zeuge DI G*** sagte am 29.6.2004 im Wesentlichen aus: Die Bauzeitverkürzung sei am 6.5.2004 eingetragen worden, nachdem Herr Ing. Q*** mit ihm telefoniert habe. Er wäre für das Angebot bei der C*** verantwortlich gewesen. Für ihn wäre klar gewesen, dass er beim Aufklärungsgespräch am 17.5.2004 die Bietergemeinschaft zu vertreten hatte, da die C*** Federführer in der Bietergemeinschaft wäre. Am 17.5.2004 wurde das Thema der Bauzeitverkürzung angesprochen. Die 4 Personen (aus der Auftraggebersphäre) stellten die auf der Seite "Anfragen" ersichtlichen Fragen. Damit gestand der Zeuge eine Hinterfragung des Anbots einer Bauzeitverkürzung beim Alternativangebot der Bietergemeinschaft in diesem Bieteraufklärungsgespräch durch die Auftraggeberseite zu. Nach Vorhalt der Passage auf Seite 23 zur Ermittlung des Gesamtfaktors und der Frage nach dem rechtsverbindlichen Angebot einer Bauzeitverkürzung bei der Alternative der Bietergemeinschaft gab dieser Zeuge weiters an, dass dies der Fall wäre. Die Alternative sei ohne das Deckblatt (des Hauptangebots) nichts wert, dieses Deckblatt sei für ihn integrierender Bestandteil der Alternative. Nach dem Vorhalt des fehlenden Rahmenbauzeitplans gemäß der Seite 22 der Ausschreibung "Rahmenbauzeitplan bei verkürzt angebotener Bauzeit" vermeinte dieser Zeuge, dass man auf Grund der angebotenen Bauzeitverkürzung bei der Alternative ohnehin durch Rückrechnung von drei Wochen von dem auf Seite 68 der Ausschreibung (Amtsentwurf) vorgesehenen Rahmenzeitplan die auf Seite 22 der Ausschreibung geforderte Information erschließen könnte. Gefragt nach einem allfälligen Verlangen namens des Auftraggebers, schriftlich Unklarheiten des Angebots aufzuklären (Seite 15 in OZ 68) verneinte dieser Zeuge zunächst das Vorliegen eines derartigen Verlangens zur schriftlichen Aufklärung, und verwies danach auf das Bietergespräch vom 17.5.2004. Er würde das unterschriebene Protokoll über das Bietergespräch als schriftliche Aufklärung werten. Auf Befragen durch den Vertreter der Nachprüfungswerberin gab dieser Zeuge einerseits an, dass der das Anbot namens der C*** fertigende Ing. Q*** einerseits am 6.5.2004 bis zum Telefonat mit ihm nicht wusste, ob überhaupt eine Bauzeitverkürzung anzubieten wäre, dass aber Herr Q*** keine

Frage betreffend Bauzeitverkürzung explizit beim Alternativangebot gestellt wurde, weil bei der Alternative die Einschränkung um 3 Wochen evident machbar ist. Auf Befragen durch den Vertreter der Bietergemeinschaft strich dieser Zeuge insbesondere nochmals hervor, dass das Anbot einer Bauzeitverkürzung bei der Alternative schlüssig sei, weil die Fundierung beim Amtsentwurf aufwendiger ist. Der Zeuge gab dann auf nochmaliges Befragen insbesondere durch den Vertreter der Nachprüfungswerberin, ob irgendwo seitens der Bietergemeinschaft schriftlich eine Bauzeitverkürzung für das Alternativangebot angeboten worden wäre, bekannt, dass durch den Zusammenhang des Urkundenkonvoluts 1.4 mit dem Amtsentwurf das Angebot der Bauzeitverkürzung (für ihn) schlüssig wäre. Auf die richtungsgleiche Frage, ob die sonstigen Faktoren (für die Bestbieterermittlung) genau so angeboten seien wie der Preis, antwortete dieser Zeuge, dass er nicht mit jedem Angebot erklären müsse, dass die Erde rund sei. Der weiters vernommene Zeuge DI I*** ist seit 3.5.2004 als Mitarbeiter bei der Auftraggebervertreterin beschäftigt. Er verrichtete bei der Angebotseröffnung unterstützende Tätigkeiten für seinen Vorgesetzten DI E***. Er war mit der Erstellung eines Prüfberichts innerhalb der Auftraggebervertreterin nach Erhalt des externen Angebotsprüfungsberichts hierarchisch unterhalb seines Vorgesetzten DI E*** befasst, wobei dieser interne Prüfbericht vom Vorstand der Auftraggebervertreterin bis zum Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung nicht unterschrieben wurde, und auch nicht nach Aussenden der Zuschlagsentscheidung, nachdem bei der Auftraggebervertreterin die Verständigung des Bundesvergabeamts gemäß Paragraph 171, Absatz 7, BVergG einlangte. Dieser Zeuge war weiters beim Aufklärungsgespräch am 17.5.2004 anwesend. Er sagte zu den hier interessierenden Themen aus: Er würde die Ausschreibungsunterlage kennen. Der Text der Ausschreibungsunterlage wäre durch die Dres J*** und K*** erstellt worden. Herr Dr. K*** hat am 17.5.2004 im Bieteraufklärungsgespräch die Frage betreffend Gültigkeit der Bauzeitverkürzung beim Alternativangebot gestellt. Er kenne keinen Rahmenbauzeitplan für eine verkürzte Bauzeit bei dem Alternativangebot der Bietergemeinschaft. Die Bauzeitverkürzung wäre ja angeboten. (Nach Vorhalt der Seite 23 der Angebotsunterlage:) Er ginge davon aus, dass die Bietergemeinschaft für deren Alternativangebot 3 Punkte zu erhalten hätte, da dieses auf dem Hauptangebot aufbaut. Er könne nicht sagen, ob die Ausschreibungsunterlage jemals von einem Bieter beanstandet worden wäre, da er erst seit 3.5.2004 bei der Auftraggebervertreterin beschäftigt wäre. Die auf Seite 21 der Ausschreibungsunterlage verlangte Form wäre von der Bietergemeinschaft eingehalten worden. Dieser Zeuge bestätigte das bereits weiter oben beschriebene Geschehen bei der Angebotseröffnung und führte dazu insbesondere auch aus, dass eine Bauzeitverkürzung nur bei zwei Bietern deshalb verlesen wurde, weil diese in einem Begleitschreiben ausdrücklich festgehalten war, und weil die Begleitschreiben zu den Angeboten verlesen worden wären. Es hätte keinen Einspruch auf die Frage von DI E*** gegeben, ob alles Wesentliche verlesen worden wäre. Nach dieser Frage wurde die (in dieser Sachverhaltsschilderung bereits erwähnte) Teilnehmerliste über die Teilnahme an der Angebotseröffnung unterschrieben. Auf Befragen durch Mag. S***, einer juristischen Angestellten der Auftraggebervertreterin, welche die Vertretung derselben und daher auch der Auftraggeberin in der Verhandlung wahrnahm, unterstrich der Zeuge nochmals, dass für ihn aus dem Aufbau des Urkundenkonvoluts 1.4 dergestalt, dass zuerst der Amtsentwurf erwähnt und danach Positionen abgezogen wurden, um danach andere hinzuzufügen, die Weitergeltung der sonstigen Bestimmungen des Hauptangebots schlüssig wäre. Der Zeuge DI E*** war bei der Vernehmung der gerade näher in ihren Aussagen beschriebenen Zeugen als Parteienvertreter der Auftraggeberseite anwesend. Er war materiell die führende Persönlichkeit, die die Vorgangsweise in diesem Vergabeverfahren innerhalb der Auftraggebervertreterin bestimmte. Er ist hinsichtlich der vergaberechtlichen Erfordernisse bei der Behandlung von Angeboten als praxiserfahrene Person zu beschreiben. Er führte als Zeuge aus: Es sei richtig, dass Herrn DI G*** die Festhaltung mitgeteilt wurde, dass die Angebotene Bauzeitverkürzung auch für den Alternativentwurf gelte. Es wären gewisse Formalismen einzuhalten. Beim Aufklärungsgespräch würden grundsätzlich aufklärungsbedürftige Belange hinterfragt. Das abgehaltene Bietergespräch gelte als schriftliche Aufklärung zum Angebot. Die Bauzeitverkürzung wäre mangels Erwähnung im Begleitschreiben bei der Bietergemeinschaft nicht verlesen worden. Die Bauzeitverkürzung sei ein wesentlicher Aspekt für die Angebotsprüfung, weil Zuschlagskriterium. Selbstverständlich würden die Zuschlagskriterien auch für die Alternativangebote gelten. Auf Grund des bisherigen rechtsgeschäftlichen Kontakts mit den Gesellschafterinnen der Bietergemeinschaft würde er von der rechtsgültigen Fertigung der Angebotsunterlagen Bei der Alternative wäre eine Bauzeitverkürzung eindeutig und unmissverständlich aus dem Urkundenkonvolut 1.4 ersichtlich durch die Bietergemeinschaft ausgehen. Auf Befragen der bei dieser Vernehmung anwesenden Vertreterin der Nachprüfungswerberin führte der Zeuge fortgesetzt aus, dass der Auftraggebervertreterin klar gewesen wäre, dass eine Bauzeitverkürzung bei der Alternative der Bietergemeinschaft angeboten gewesen wäre;

dass aber betreffend Bauzeitverkürzung negative Erfahrungen bestünden, dass die Bauzeitverkürzung zentral für die Bestbieterermittlung gewesen wäre, dass der Angebotsprüfer die Festhaltung mit der Bauzeitverkürzung am 17.5.2004 geschrieben hätte;

dass die Vorhaltung betreffend Bauzeitverkürzung zur Absicherung erfolgt wäre;

dass auch intern hinterfragt würde, ob für den Bieter die Ausschreibung unmissverständlich wäre, und dass dieses Hinterfragen eine Vorsichtsmaßnahme gewesen wäre. Die Angebotseröffnung wurde durch diesen Zeugen, wie im Wesentlichen bereits geschildert, wiedergegeben. Über Befragen durch den Vertreter der Bietergemeinschaft führte der Zeuge aus, dass das Alternativangebot der Bietergemeinschaft nichts Kompliziertes gewesen wäre. Das Gutachten Dr. Z***, das den Bietern bekannt war, machte ein eigenes geotechnisches Gutachten seitens der Bieter nicht mehr notwendig, falls Stahlrammpfähle angeboten würden. Über ergänzendes Befragen durch den Verhandlungsleiter gab dieser Zeuge dann noch an, dass die Bauzeitverkürzung keine technische Veränderung des Hauptangebotes wäre, dass die Bauzeitverkürzung weder die wirtschaftliche noch die technische Leistungsfähigkeit betreffe, dass aber die Bauzeitverkürzung seines Erachtens ein Aspekt der Gleichwertigkeit wäre, würde die Bauzeitverkürzung der Alternative geringer als die des Hauptangebots sein, wäre das Alternativangebot mangels Gleichwertigkeit nicht zu werten. Dieser Zeuge merkte nach Durchsicht des Niederschriftsteils betreffend seine Einvernahme schriftlich auf dem diesbezüglichen EDV - Ausdruck an, dass bei der Alternative auch eine größere Bauzeitverkürzung möglich wäre. Der externe Angebotsprüfer Dr. J*** gestand zu Beginn seiner Einvernahme zu, dass im Bieteraufklärungsgespräch nach dem Anbieten einer Bauzeitverkürzung bei der Alternative der Bietergemeinschaft gefragt worden wäre, dass die eine pro - Forma

- -Strichaufzählung

Frage gewesen wäre, und dass man auch nicht fragen hätte müssen, weil dies ohnehin klar gewesen sei. Zur richtungsgleichen Frage unter Vorhalt der Seite 23 der Ausschreibungsunterlage, ob die drei Punkte (bei der Alternative) der Bietergemeinschaft klar nachvollziehbar wäre, bejahte dies dieser Zeuge, ersuchte aber zur Begründung seinen Subunternehmer zu befragen, der dies geprüft hätte. Dieser Zeuge gab nach dem Durchsehen und anlässlich des Retournierens des ihn betreffenden Niederschriftsteils ergänzend an, dass er die "Anfragen", die am 17.5.2004 an die Bietergemeinschaft gestellt worden waren, ca 4 bis 5 Tage vor dem 17.5.2004 bereits per Post an die C*** geschickt gehabt hätte, und am 17.5.2004 nochmals per Telefax. Er überlegte in seiner ergänzenden Aussage, ob er die Nachprüfungswerberin nunmehr schlechter bewerten würde, weil deren Geschäftsführer bei ihm das Angebot einer Bauzeitverkürzung durch die Bietergemeinschaft für deren Alternative während der Angebotsprüfungsphase erfragen wollte. Er gab aber bei seiner zweiten ergänzenden Einvernahme anlässlich der Retournierung des Niederschriftsteils betreffend seine erste ergänzende Einvernahme an, dass er nunmehr glaube, dass der Geschäftsführer der Nachprüfungswerberin ihn nach dem Aussenden der Zuschlagsentscheidung, also nach dem Aussenden der Zuschlagsentscheidung angerufen hätte, den ansonsten hätte dieser ja nichts von der angebotenen Bauzeitverkürzung wissen können. Der Zeuge Dr. K*** war als Subunternehmer Dr. J*** in dessen Aufgaben für die Auftraggebervertreterin eingebunden. Dieser bestätigte vorerst, dass am 17.5.2004 im Bieteraufklärungsgespräch die Feststellung getroffen worden wäre, dass die Bauzeitverkürzung auch für das Alternativangebot der Bietergemeinschaft gilt. Dies sei festgestellt worden, weil die Nachprüfungswerberin nach den der Auftraggebervertreterinnensphäre vorliegenden Informationen diesbezüglich Zweifel angekündigt gehabt hätte. Die Nachprüfungswerberin hätte hier (nach dem Sinn dieser Zeugenaussage) vor dem 17.5.2004 bei Dr. J*** angerufen. Der Zeuge wisse aber nicht, wer namens der Nachprüfungswerberin angerufen gehabt hätte. Nach dieser Aussage, die teilweise einen Widerspruch zur Schilderung Dr. J*** indiziert, bestätigte der Zeuge die vorherige Übermittlung einer schriftlichen Anfrage an die Bietergemeinschaft. Er meinte damit das mit "Anfragen" überschriebene Blatt, wie weiter oben bereits erwähnt, worin ua auch auf fehlende Unterlagen zum Angebot der Bietergemeinschaft hingewiesen wurde. Durch diese Übermittlung der "Diskussionspunkte" des Aufklärungsgesprächs vor dem Aufklärungsgespräch, nach Aussagen von Dr. J*** ca 4- 5 Tage vor dem 17.5.2004, ist es nach den gemachten Zeugenaussagen nicht auszuschließen, dass damit der Bietergemeinschaft über die im Projektleistungsverzeichnis (= Ausschreibungsunterlage) auf dem dritten Blatt, das mit "Seite 1" bezeichnet ist, festgelegten Frist von 5 Tagen hinaus faktisch längere Zeit zur Vorbereitung der Nachreichung fehlender Unterlagen eingeräumt wurde, als die Auftraggeberin in der eigenen Ausschreibung dafür - unangefochten

- -Strichaufzählung

vorgesehen hat, dies insbesondere dann, wenn man die 5 - Tages - Frist erst ab 17.5.2004 zu laufen beginnen lassen möchte. Nach der Niederschrift über das Bieteraufklärungsgespräch am 17.5.2004 fehlten nämlich bei der Bietergemeinschaft zB diverse in Punkt 10. bezeichnete Unterlagen. In dem Vorabfax vom 17.5.2004 an DI G***, welches nach dessen eigener Aussage ident mit dem von Dr. J*** zuvor ausgeschickten Brief sein soll, steht nämlich einleitend geschrieben: " "Sehr geehrter Herr Dr. G***! Zu dem von Ihnen am 6.5.2004 abgegebenen Angebot zum Lärmschutz Oberhofen findet am Montag, 17.5.2004, um 16.30 Uhr ein Bietergespräch mit Ihnen statt. Die folgenden Fragen werden dabei angesprochen werden." Jedenfalls erfolgte mit diesem Telefax vom 17.5.2004 und dem zuvor ausgeschickten Brief gleichen Inhalts eine Kontaktaufnahme mit der Bietergemeinschaft durch die Sphäre der Auftraggeberin, die nicht als Verlangen nach schriftlicher Aufklärung zu werten ist. Es wurden damit lediglich ausdrücklich als solche bezeichnete "Fragen" für den 17.5.2004 angekündigt. Überdies ist ausdrücklich festzustellen, dass dieser Brief von vor dem 17.5.2004 dem Bundesvergabeamt genauso wenig vorgelegt wurde wie zB der von DI E*** am 29.6.2004 erwähnte interne Prüfbericht vom 25. bzw 26.5.2004, den dann der Vorstand der vergebenden Stelle nicht unterfertigt hat. Diese Aussagen der Zeugen aus der Sphäre der Auftraggeberin (DI E***, DI I***, Dr. K*** und Dr. J***) zusammenfassend ist daher in freier Beweiswürdigung zum Thema: "Aufklärungsgespräch am 17.5.2004 mit Herrn DI G****" festzustellen, in der Sphäre der Auftraggeberin zumindest eine Restunsicherheit darüber bestand, ob die Bietergemeinschaft für deren Alternativangebot eine Bauzeitverkürzung von drei Wochen angeboten hatte. Durch die Hinterfragung des Anbots einer Bauzeitverkürzung beim Alternativangebot am 17.5.2004, die als solche von keinem Zeugen bestritten wurde, wurde damit für den Vertreter der Bietergemeinschaft die Möglichkeit eröffnet, das Anbot einer Bauzeitverkürzung für das Alternativangebot der Bietergemeinschaft zu bejahen oder zu verneinen. Damit wurde von Repräsentanten der Auftraggeberin nach dem Zeitpunkt der Angebotsabgabe ein Gespräch, sohin eine Erörterung mit einem Bieter über den Inhalt seines Alternativangebots geführt, die es diesem objektiv ermöglichte, nachträglich den eigenen Angebotsinhalt zu bestimmen. Herr DI G*** antwortete nach den vorliegenden handschriftlichen Aufzeichnungen dahin, dass das Alternativangebot ausschließlich eine geänderte Ausführung der Gründung darstellt, und dass uneingeschränkt selbstredend alle anderen Rahmenbedingungen des Amtsentwurfs gelten. Die Bietergemeinschaft war am 6.5.2004 bei der Angebotseröffnung durch die Mitarbeiterin der C*** Ca*** L*** vertreten, und wurde von DI E*** auch als Teilnehmerin zugelassen. Durch die Verlesung der Preise und insbesondere auch der Bauzeitverkürzung beim Alternativangebot der Nachprüfungswerberin war die Sphäre der Bietergemeinschaft daher seit 6.5.2004 in Kenntnis davon, dass die Nachprüfungswerberin eine Bauzeitverkürzung von drei Wochen bei deren Alternativangebot angeboten hatte. Der Zeuge Hu*** R***, ein Angestellter der Nachprüfungswerberin, bestätigte am 29.6.2004 in dessen Aussage im Wesentlichen die Aussagen der anderen Zeugen zur Thematik des Ablaufs des Bieteraufklärungsgesprächs. Er gab überdies an, dass die Angestellte der C***, die bei der Angebotseröffnung anwesend war, auf seine Rückfrage hin ihm gesagt hätte, dass nach dem Wissen dieser Sekretärin seitens der Bietergemeinschaft keine Bauzeitverkürzung angeboten worden wäre. Die vergebende Stelle hatte zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung keine Auskünfte über die beiden Gesellschafterinnen der Bietergemeinschaft gemäß § 55 Abs 1 BVergG eingeholt, die nicht älter als 6 Monate gewesen wären und die die Unbescholtenheit iS des § 28b AuslBG bewiesen hätten. Die vergebende Stelle legte aber in der Verhandlung am 29. 6 2004 diesbezüglich ältere Unbescholtenheitsbestätigungen gemäß § 55 Abs 1 BVergG vor und überdies eine Anforderung betreffend die Bietergemeinschaftlerin C*** vom 2.6.2004 sowie schlussendlich eine Auskunft betreffend beide Bietergemeinschaftlerinnen vom 28.6.2004, wonach keine gemäß §28b Abs 2 AuslBG zu berücksichtigenden Bestrafungen vorliegen würden. In dieser Auskunft vom 28.6.2004 wurde allerdings auf eine "Zweigniederlassung Innsbruck" der C*** AG und auf eine "Niederlassung Tirol der D*** abgestellt;vorgesehen hat, dies insbesondere dann, wenn man die 5 - Tages - Frist erst ab 17.5.2004 zu laufen beginnen lassen möchte. Nach der Niederschrift über das Bieteraufklärungsgespräch am 17.5.2004 fehlten nämlich bei der Bietergemeinschaft zB diverse in Punkt 10. bezeichnete Unterlagen. In dem Vorabfax vom 17.5.2004 an DI G***, welches nach dessen eigener Aussage ident mit dem von Dr. J*** zuvor ausgeschickten Brief sein soll, steht nämlich einleitend geschrieben: " "Sehr geehrter Herr Dr. G***! Zu dem von Ihnen am 6.5.2004 abgegebenen Angebot zum Lärmschutz Oberhofen findet am Montag, 17.5.2004, um 16.30 Uhr ein Bietergespräch mit Ihnen statt. Die folgenden Fragen werden dabei angesprochen werden." Jedenfalls erfolgte mit diesem Telefax vom 17.5.2004 und dem zuvor ausgeschickten

Brief gleichen Inhalts eine Kontaktaufnahme mit der Bietergemeinschaft durch die Sphäre der Auftraggeberin, die nicht als Verlangen nach schriftlicher Aufklärung zu werten ist. Es wurden damit lediglich ausdrücklich als solche bezeichnete "Fragen" für den 17.5.2004 angekündigt. Überdies ist ausdrücklich festzustellen, dass dieser Brief von vor dem 17.5.2004 dem Bundesvergabeamt genauso wenig vorgelegt wurde wie zB der von DI E*** am 29.6.2004 erwähnte interne Prüfbericht vom 25. bzw 26.5.2004, den dann der Vorstand der vergebenden Stelle nicht unterfertigt hat. Diese Aussagen der Zeugen aus der Sphäre der Auftraggeberin (DI E***, DI I***, Dr. K*** und Dr. J***) zusammenfassend ist daher in freier Beweiswürdigung zum Thema: "Aufklärungsgespräch am 17.5.2004 mit Herrn DI G***" festzustellen, in der Sphäre der Auftraggeberin zumindest eine Restunsicherheit darüber bestand, ob die Bietergemeinschaft für deren Alternativangebot eine Bauzeitverkürzung von drei Wochen angeboten hatte. Durch die Hinterfragung des Anbots einer Bauzeitverkürzung beim Alternativangebot am 17.5.2004, die als solche von keinem Zeugen bestritten wurde, wurde damit für den Vertreter der Bietergemeinschaft die Möglichkeit eröffnet, das Anbot einer Bauzeitverkürzung für das Alternativangebot der Bietergemeinschaft zu bejahen oder zu verneinen. Damit wurde von Repräsentanten der Auftraggeberin nach dem Zeitpunkt der Angebotsabgabe ein Gespräch, sohin eine Erörterung mit einem Bieter über den Inhalt seines Alternativangebots geführt, die es diesem objektiv ermöglichte, nachträglich den eigenen Angebotsinhalt zu bestimmen. Herr DI G*** antwortete nach den vorliegenden handschriftlichen Aufzeichnungen dahin, dass das Alternativangebot ausschließlich eine geänderte Ausführung der Gründung darstellt, und dass uneingeschränkt selbstredend alle anderen Rahmenbedingungen des Amtsentwurfs gelten. Die Bietergemeinschaft war am 6.5.2004 bei der Angebotseröffnung durch die Mitarbeiterin der C*** Ca*** L*** vertreten, und wurde von DI E*** auch als Teilnehmerin zugelassen. Durch die Verlesung der Preise und insbesondere auch der Bauzeitverkürzung beim Alternativangebot der Nachprüfungswerberin war die Sphäre der Bietergemeinschaft daher seit 6.5.2004 in Kenntnis davon, dass die Nachprüfungswerberin eine Bauzeitverkürzung von drei Wochen bei deren Alternativangebot angeboten hatte. Der Zeuge Hu*** R***, ein Angestellter der Nachprüfungswerberin, bestätigte am 29.6.2004 in dessen Aussage im Wesentlichen die Aussagen der anderen Zeugen zur Thematik des Ablaufs des Bieteraufklärungsgesprächs. Er gab überdies an, dass die Angestellte der C***, die bei der Angebotseröffnung anwesend war, auf seine Rückfrage hin ihm gesagt hätte, dass nach dem Wissen dieser Sekretärin seitens der Bietergemeinschaft keine Bauzeitverkürzung angeboten worden wäre. Die vergebende Stelle hatte zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung keine Auskünfte über die beiden Gesellschafterinnen der Bietergemeinschaft gemäß Paragraph 55, Absatz eins, BVergG eingeholt, die nicht älter als 6 Monate gewesen wären und die die Unbescholtenheit iS des Paragraph 28 b, AuslBG bewiesen hätten. Die vergebende Stelle legte aber in der Verhandlung am 29. 6 2004 diesbezüglich ältere Unbescholtenheitsbestätigungen gemäß Paragraph 55, Absatz eins, BVergG vor und überdies eine Anforderung betreffend die Bietergemeinschaftlerin C*** vom 2.6.2004 sowie schlussendlich eine Auskunft betreffend beide Bietergemeinschaftlerinnen vom 28.6.2004, wonach keine gemäß §28b Absatz 2, AuslBG zu berücksichtigenden Bestrafungen vorliegen würden. In dieser Auskunft vom 28.6.2004 wurde allerdings auf eine "Zweigniederlassung Innsbruck" der C*** AG und auf eine "Niederlassung Tirol der D*** abgestellt; und nicht jeweils auf den gesamten Rechtsträger. Der Nachprüfungsantrag und der damit verbundene EV - Antrag langten beim Bundesvergabeamt am 9.6.2004 zweimal samt Beilagen ein, wobei tatsächlich wegen der ersichtlichen Telefax - Sendeunterbrechung sowie wegen der identen Schriftsätze nur von einem Nachprüfungs- und EV-Antrag ausgegangen wurde. Die Antragstellerin hatte vor Antragseinbringung sowohl die Auftraggeberin als auch die Auftraggebervertreterin von der Einbringung des Nachprüfungsantrags verständigt. Aus dem Nachprüfungsantrag und dort insbesondere aus der Sachverhaltsschilderung (Seite 3 in OZ 1) war unzweifelhaft ersichtlich, dass die Nachprüfungswerberin die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Bietergemeinschaft anfechten wollte, welche von der Auftraggebervertreterin am 26.5.2004 per Telefax ausgesandt worden war; deshalb hinderte auch das Begehren auf Nichtigerklärung von "Entscheidungen der Antragsgegnerin" den ersichtlichen Bescheidspruch nicht, zumal auch die Verfahrensgegner der Nachprüfungswerberin keinerlei Zweifel an der Erkennbarkeit des Antragsziels der Nachprüfungswerberin äußerten. Die Zuschlagsentscheidung wurde unstrittig am 26.5.2004 per Telefax ausgesandt, auch wenn sie mit 24.5.2004 datiert ist. Der externe Prüfbericht über die Angebote langte bei der vergebenden Stelle am 25.5.2004 ein. Das Aussenddatum wurde zB auch durch den Zeugen DI E*** mit Mittwoch, 26.5.2004 entsprechend dem Vorbringen der Nachprüfungswerberin bestätigt, sodass die Überreichung des Nachprüfungsantrags am Mittwoch, 9.6.2004

fristgerecht innerhalb von 14 Tagen erfolgte. Der Nachprüfungsantrag samt EV -Antrag auf Untersagung der Erteilung des Zuschlags wurde am 9.6.2004 vom Bundesvergabebeamten sowohl an die Auftraggeberin als auch an die Auftraggebervertreterin gemäß § 171 Abs 7 BVergG zugestellt. Am 16.6.2004 wurde der Auftraggeberin bescheidmäßig die Erteilung des Zuschlags in diesem Vergabeverfahren bis zum Ablauf des 9.7.2004 untersagt. Der Zuschlag ist damit noch nicht erteilt. Bei der Bietergemeinschaft wurden insbesondere auf den Schriftsatzdeckblättern der Bietergemeinschaftseingaben neben den Firmennamen der Gemeinschaftler bei der C*** eine "T***" und bei der D*** Aktiengesellschaft die "Niederlassung U***" zitiert. Weder eine Betriebsstätte noch eine Zweigniederlassung sind für sich parteifähig. Aus dem Inhalt des Teilnahmeantrags OZ 16 und den sonstigen Eingaben namens dieser Bietergemeinschaft war aber unzweifelhaft, dass diese Eingaben namens der C*** AG einerseits und der D*** Aktiengesellschaft andererseits verfasst wurden, und dass sich diese beiden Rechtsträger zu einer Bietergemeinschaft verbunden hatten. Dies wurde auch im Verfahren von niemandem bezweifelt. Die Auftraggeberin wurde sowohl im Vergabeverfahren als auch im Nachprüfungsverfahren von der Auftraggebervertreterin vertreten, mit OZ 35 gab die Auftraggeberin auch ausdrücklich eine an die Auftraggebervertreterin gemäß § 9 Abs 3 Zustellgesetz erteilte Zustellvollmacht bekannt. Inhaltlich rügte die Nachprüfungswerberin in ihrem Nachprüfungsantrag als rechtswidrig, dass zu Gunsten der Bietergemeinschaft keine Bauzeitverkürzung von drei Wochen bei der Angebotsbewertung berücksichtigt hätte werden dürfen, weil eine derartige Bauzeitverkürzung bei der Angebotsöffnung nicht verlesen worden wäre, während bei zwei anderen Bietern eine Bauzeitverkürzung verlesen worden wäre. Damit wäre auch gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz gemäß § 21 BVergG verstoßen worden. Nach der ständigen Spruchpraxis würde die Nichtverlesung der Bauzeitverkürzung eine Zuschlagserteilung an die Bietergemeinschaft verhindern, wobei auf § 88 Abs 5 Z 3 BVergG verwiesen wurde. Im Übrigen wäre mangels Verlesung auch anzunehmen, dass im Alternativangebot der Bietergemeinschaft keine Bauzeitverkürzung angeboten worden wäre. Die Auftraggeberin hätte damit auch gegen § 99 BVergG verstoßen. Eine allfällig für das Hauptangebot der Bietergemeinschaft angebotene Bauzeitverkürzung könne rechtens insb auf Grund der Ausschreibungsunterlage nicht für das Alternativangebot der Bietergemeinschaft berücksichtigt werden. Allfällig diesbezügliche Unklarheiten wären nicht gemäß § 94 Abs 1 BVergG nachträglich sanierbar. Eine nachträgliche Erklärung würde überdies auch gegen die §§ 96 und 97 BVergG verstoßen. Als (drohende) Schäden machte die Nachprüfungswerberin bereits angefallene Projektkosten, einen drohenden Gewinnentgang bzw Entgang eines Deckungsbeitrags und den drohenden Entgang eines Referenzprojektes geltend. Das Interesse am Vertragsabschluss wäre durch die Angebotslegung und durch das vergaberechtliche Rechtsmittel bewiesen. Die Rechtswidrigkeitsbehauptungen wurden durch die anderen Parteien bestritten. Jedenfalls droht der Nachprüfungswerberin der Auftragsentgang, sohin ein vergaberechtlich relevanter Schaden, noch dazu wo eine Spanne für Gewinn bzw Deckungsbeitrag notorisch nicht verneint werden kann. Die Antragstellerin gab als Beschwerdepunkt ua an, dass sie durch die rechtswidrige Zuschlagserteilung in ihrem Recht auf rechtskonforme Durchführung eines Vergabeverfahrens verletzt würde. Sie junktimierte dabei durch das Wort "daher" auf Seite 8 des Nachprüfungsantrags diesen weiten Beschwerdepunkt mit den bei den Rechtswidrigkeitsbehauptungen genannten konkreten Normen der §§ 21, 94 Abs 1, 96, 97 und 99 BVergG. Überdies sah sich die Antragstellerin in ihrem Recht auf Zuschlagserteilung verletzt. Amtsweg gemäß §§ 37 und 39 AVG wurde die Frage der rechtsgültigen Fertigung der Angebote der Bietergemeinschaft im Nachprüfungsverfahren aufgegriffen, da diese allenfalls spruchrelevanten Tatsachengrundlagen der Nachprüfungswerberin zum Zeitpunkt des Nachprüfungsantrags rechtens gar nicht bekannt sein konnten. Überdies wurden auf Basis der Behauptungen des Nachprüfungsantrags Ermittlungen dahingehend angestellt, ob es nach den aktuellen Erkenntnismöglichkeiten überprüfbar wäre, ob zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe tatsächlich bereits eine Bauzeitverkürzung auf dem Deckblatt des Hauptangebots der Bietergemeinschaft eingefügt gewesen ist. Diese Ermittlungsschritte wurden in diesem Verfahren schlussendlich nicht mehr weiter verfolgt, nachdem einerseits die Erkenntnismöglichkeiten teilweise bekannt waren, andererseits andere Tatsachenkenntnisse dies in diesem Verfahren nicht mehr entscheidungserheblich erscheinen ließen und überdies in der mündlichen Verhandlung durch die vernommenen Zeugen der Verdacht der vorsätzlichen Beweismittelmanipulation im großen und ganzen entkräftet werden konnte. B) Beweismittel, Beweiswürdigung: Die Sachverhaltsschilderung und der geschilderte Verfahrensgang ergeben sich aus dem Akteninhalt und dort insbesondere aus den bezogenen Aktenbestandteilen. Die Feststellung, dass bei der vergebenden Stelle jedenfalls eine Restunsicherheit darüber bestand, ob namens der Bietergemeinschaft eine

Bauzeitverkürzung angeboten wurde, ergibt sich aus den Aussagen der Zeugen DI E***, Dr. J*** und Dr. K***. Der Zeuge DI E*** bestätigte die Erörterung dieses Themas am 17.5. Er bewertete die Bauzeitverkürzung als wichtigen Aspekt. Diese "Festhaltung" sei getroffen worden, weil man mit Bauzeitverkürzungen schon negative Erfahrungen gemacht habe. Der Zeuge Dr. K*** begründete die Fragestellung insbesondere auch damit, dass seitens der A*** Bau GmbH Zweifel am Anbot einer Bauzeitverkürzung seitens der Bietergemeinschaft für deren Alternative vor dem 17.5.2004 angemeldet worden waren. Der Zeuge Dr. J***, der letztendlich zur Vorbereitung des Gesprächs am 17.5.2004 die Fragen zumindest zweimal vorab an die Bietergemeinschaft zur Gesprächsvorbereitung schickte, begründete die zentrale Erörterung mit "einer pro - forma - Frage zur Vergewisserung. Dies alles dokumentiert eindeutig eine vorhandene Restunsicherheit, die dann zur objektiv stattgefundenen Erörterung am 17.5.2004 führte. Die teilweise in die andere Richtung weisenden Aussagen dieser Zeugen und des DI I***, der bei der vergebenden Stelle nur untergeordnet tätig war, haben die Überzeugung im Sinne des § 45 Abs 2 AVG herbeigeführt, dass die Zeugen zwar um jeden Preis eine falsche Zeugenaussage vermeiden wollten; dass sie das niederschriftsmäßig dokumentierte Aufklärungsgespräch und die damit dokumentierte eigene Unklarheit über den Inhalt des Alternativangebots natürlich nicht in Abrede stellen konnten, dass sie aber auch nicht durch ihre eigenen Aussagen Gefahr laufen wollten, damit eigene, ihnen allenfalls vorwerfbare Fehler zuzugestehen. Dies ergibt sich aus den teilweise ausweichenden Antworten der Zeugen, wobei der Zeuge Dr. J*** einen verunsicherten Eindruck machte; deshalb hinderte auch das Begehren auf Nichtigerklärung von "Entscheidungen der Antragsgegnerin" den ersichtlichen Bescheidspruch nicht, zumal auch die Verfahrensgegner der Nachprüfungswerberin keinerlei Zweifel an der Erkennbarkeit des Antragsziels der Nachprüfungswerberin äußerten. Die Zuschlagsentscheidung wurde unstrittig am 26.5.2004 per Telefax ausgesandt, auch wenn sie mit 24.5.2004 datiert ist. Der externe Prüfbericht über die Angebote langte bei der vergebenden Stelle am 25.5.2004 ein. Das Aussenddatum wurde zB auch durch den Zeugen DI E*** mit Mittwoch, 26.5.2004 entsprechend dem Vorbringen der Nachprüfungswerberin bestätigt, sodass die Überreichung des Nachprüfungsantrags am Mittwoch, 9.6.2004 fristgerecht innerhalb von 14 Tagen erfolgte. Der Nachprüfungsantrag samt EV -Antrag auf Untersagung der Erteilung des Zuschlags wurde am 9.6.2004 vom Bundesvergabeamt sowohl an die Auftraggeberin als auch an die Auftraggebervertreterin gemäß Paragraph 171 A, b, s, 7 BVergG zugestellt. Am 16.6.2004 wurde der Auftraggeberin bescheidmäßig die Erteilung des Zuschlags in diesem Vergabeverfahren bis zum Ablauf des 9.7.2004 untersagt. Der Zuschlag ist damit noch nicht erteilt. Bei der Bietergemeinschaft wurden insbesondere auf den Schriftsatzdeckblättern der Bietergemeinschaftseingaben neben den Firmennamen der Gemeinschaftler bei der C*** eine "T***" und bei der D*** Aktiengesellschaft die "Niederlassung U***" zitiert. Weder eine Betriebsstätte noch eine Zweigniederlassung sind für sich parteifähig. Aus dem Inhalt des Teilnahmeantrags OZ 16 und den sonstigen Eingaben namens dieser Bietergemeinschaft war aber unzweifelhaft, dass diese Eingaben namens der C*** AG einerseits und der D*** Aktiengesellschaft andererseits verfasst wurden, und dass sich diese beiden Rechtsträger zu einer Bietergemeinschaft verbunden hatten. Dies wurde auch im Verfahren von niemandem bezweifelt. Die Auftraggeberin wurde sowohl im Vergabeverfahren als auch im Nachprüfungsverfahren von der Auftraggebervertreterin vertreten, mit OZ 35 gab die Auftraggeberin auch ausdrücklich eine an die Auftraggebervertreterin gemäß Paragraph 9, Absatz 3, Zustellgesetz erteilte Zustellvollmacht bekannt. Inhaltlich rügte die Nachprüfungswerberin in ihrem Nachprüfungsantrag als rechtswidrig, dass zu Gunsten der Bietergemeinschaft keine Bauzeitverkürzung von drei Wochen bei der Angebotsbewertung berücksichtigt hätte werden dürfen, weil eine derartige Bauzeitverkürzung bei der Angebotsöffnung nicht verlesen worden wäre, während bei zwei anderen Bietern eine Bauzeitverkürzung verlesen worden wäre. Damit wäre auch gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz gemäß Paragraph 21, BVergG verstoßen worden. Nach der ständigen Spruchpraxis würde die Nichtverlesung der Bauzeitverkürzung eine Zuschlagserteilung an die Bietergemeinschaft verhindern, wobei auf Paragraph 88, Absatz 5, Ziffer 3, BVergG verwiesen wurde. Im Übrigen wäre mangels Verlesung auch anzunehmen, dass im Alternativangebot der Bietergemeinschaft keine Bauzeitverkürzung angeboten worden wäre. Die Auftraggeberin hätte damit auch gegen Paragraph 99, BVergG verstoßen. Eine allfällig für das Hauptangebot der Bietergemeinschaft angebotene Bauzeitverkürzung könne rechtens insb auf Grund der Ausschreibungsunterlage nicht für das Alternativangebot der Bietergemeinschaft berücksichtigt werden. Allfällig diesbezügliche Unklarheiten wären nicht gemäß Paragraph 94, Absatz eins, BVergG nachträglich sanierbar. Eine nachträgliche Erklärung würde überdies auch gegen die Paragraphen 96 und 97 BVergG verstoßen. Als (drohende) Schäden machte die Nachprüfungswerberin

bereits angefallene Projektkosten, einen drohenden Gewinnentgang bzw Entgang eines Deckungsbeitrags und den drohenden Entgang eines Referenzprojektes geltend. Das Interesse am Vertragsabschluss wäre durch die Angebotslegung und durch das vergaberechtliche Rechtsmittel bewiesen. Die Rechtswidrigkeitsbehauptungen wurden durch die anderen Parteien bestritten. Jedenfalls droht der Nachprüfungswerberin der Auftragsentgang, sohin ein vergaberechtlich relevanter Schaden, noch dazu wo eine Spanne für Gewinn bzw Deckungsbeitrag notorisch nicht verneint werden kann. Die Antragstellerin gab als Beschwerdepunkt ua an, dass sie durch die rechtswidrige Zuschlagserteilung in ihrem Recht auf rechtskonforme Durchführung eines Vergabeverfahrens verletzt würde. Sie junktimierte dabei durch das Wort "daher" auf Seite 8 des Nachprüfungsantrags diesen weiten Beschwerdepunkt mit den bei den Rechtswidrigkeitsbehauptungen genannten konkreten Normen der Paragraphen 21, 94, Absatz eins, 96, 97 und 99 BVergG. Überdies sah sich die Antragstellerin in ihrem Recht auf Zuschlagserteilung verletzt. Amtswegig gemäß Paragraphen 37 und 39 AVG wurde die Frage der rechtsgültigen Fertigung der Angebote der Bietergemeinschaft im Nachprüfungsverfahren aufgegriffen, da diese allenfalls spruchrelevanten Tatsachengrundlagen der Nachprüfungswerberin zum Zeitpunkt des Nachprüfungsantrags rechtens gar nicht bekannt sein konnten. Überdies wurden auf Basis der Behauptungen des Nachprüfungsantrags Ermittlungen dahingehend angestellt, ob es nach den aktuellen Erkenntnismöglichkeiten überprüfbar wäre, ob zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe tatsächlich bereits eine Bauzeitverkürzung auf dem Deckblatt des Hauptangebots der Bietergemeinschaft eingefügt gewesen ist. Diese Ermittlungsschritte wurden in diesem Verfahren schlussendlich nicht mehr weiter verfolgt, nachdem einerseits die Erkenntnismöglichkeiten teilweise bekannt waren, andererseits andere Tatsachenkenntnisse dies in diesem Verfahren nicht mehr entscheidungserheblich erscheinen ließen und überdies in der mündlichen Verhandlung durch die vernommenen Zeugen der Verdacht der vorsätzlichen Beweismittelmanipulation im großen und ganzen entkräftet werden konnte. B) Beweismittel, Beweiswürdigung: Die Sachverhaltsschilderung und der geschilderte Verfahrensgang ergeben sich aus dem Akteninhalt und dort insbesondere aus den bezogenen Aktenbestandteilen. Die Feststellung, dass bei der vergebenden Stelle jedenfalls eine Restunsicherheit darüber bestand, ob namens der Bietergemeinschaft eine Bauzeitverkürzung angeboten wurde, ergibt sich aus den Aussagen der Zeugen DI E***, Dr. J*** und Dr. K***. Der Zeuge DI E*** bestätigte die Erörterung dieses Themas am 17.5. Er bewertete die Bauzeitverkürzung als wichtigen Aspekt. Diese "Festhaltung" sei getroffen worden, weil man mit Bauzeitverkürzungen schon negative Erfahrungen gemacht habe. Der Zeuge Dr. K*** begründete die Fragestellung insbesondere auch damit, dass seitens der A*** Bau GmbH Zweifel am Anbot einer Bauzeitverkürzung seitens der Bietergemeinschaft für deren Alternative vor dem 17.5.2004 angemeldet worden waren. Der Zeuge Dr. J***, der letztendlich zur Vorbereitung des Gesprächs am 17.5.2004 die Fragen zumindest zweimal vorab an die Bietergemeinschaft zur Gesprächsvorbereitung schickte, begründete die zentrale Erörterung mit "einer pro - forma - Frage zur Vergewisserung. Dies alles dokumentiert eindeutig eine vorhanden Restunsicherheit, die dann zur objektiv stattgefundenen Erörterung am 17.5.2004 führte. Die teilweise in die andere Richtung weisenden Aussagen dieser Zeugen und des DI I***, der bei der vergebenden Stelle nur untergeordnet tätig war, haben die Überzeugung im Sinne des Paragraph 45, Absatz 2, AVG herbeigeführt, dass die Zeugen zwar um jeden Preis eine falsche Zeugenaussage vermeiden wollten; dass sie das niederschriftsmäßig dokumentierte Aufklärungsgespräch und die damit dokumentierte eigene Unklarheit über den Inhalt des Alternativangebots natürlich nicht in Abrede stellen konnten, dass sie aber auch nicht durch ihre eigenen Aussagen Gefahr laufen wollten, damit eigene, ihnen allenfalls vorwerfbare Fehler zuzugestehen. Dies ergibt sich aus den teilweise ausweichenden Antworten der Zeugen, wobei der Zeuge Dr. J*** einen verunsicherten Eindruck machte;

und zB beim Vorhalt der Passage auf Seite 23 der Ausschreibung zur Ermittlung des Gesamtfaktors einerseits bei seiner Verantwortung blieb, andererseits aber diesbezüglich zur näheren Begründung um Einvernahme seines Subunternehmers bat (Seite 34 in OZ 68). Der vergaberechtserfahrene Zeuge DI E***, der für die Zuschlagsentscheidung innerhalb der vergebenden Stelle vorstandsunmittelbar tätig war, war im übrigen bei den vorangehenden Zeugeneinvernahmen als Parteienvertreter anwesend und wusste daher, in welche Richtung die Ermittlungen des Bundesvergabeamts gingen, was notorisch häufig zu einer subjektiv nicht vorwerfbaren Vermischung der eigenen historischen Beweggründe bzw Wahrnehmungen mit dem zu vertretenden Prozesstandpunkt führt. Auf dessen wiedergegebene Aussagen, dass das Alternativangebot für ihn ohnehin das Anbot einer Bauzeitverkürzung bedeutet hätte, dass aber dennoch die Festhaltung bzw Vorhaltung zur

Absicherung erfolgte (Seite 31 in OZ 68). Zu der insbesondere vom Zeugen DI G*** aufgestellten Behauptung der Evidenz einer kürzeren Bauzeit, als auf Seite 68 der Ausschreibungsunterlage ersichtlich, ist auszuführen wie folgt. Es wurde weder vorgebracht noch ist es Inhalt einer Zeugenaussage, dass es - dennoch notorisch - durch eine längere Bauzeit (im Vergleich zu einer kürzeren Bauzeit) für ein Bauvorhaben den jeweils Bauausführenden ermöglicht wird, die eigenen unternehmerischen Kapazitäten nicht derart konzentriert bei einem Bauvorhaben einsetzen zu müssen. Daher wird durch eine längere Bauzeitspanne, auch wenn man das Bauvorhaben schneller fertig stellen könnte, der jeweils eigene unternehmerische Handlungsspielraum vergrößert. Die Besserstellung eines Angebots mit kürzerer Bauzeit bei Zuschlagskriterien prämiert daher typisch auch den Willen des Anbietenden, seine Kapazitäten mehr auf das in Frage stehende Bauvorhaben zu konzentrieren. Daher ist auf Tatsachenebene nicht zwingend von einer schnelleren Machbarkeit eines Vorhabens in jedem Fall auf das evidente Anbieten einer Bauzeitverkürzung - in welchem Ausmaß immer - zu schließen.

C) Rechtliche Beurteilung:

Formell: Die Antragstellerin stellte am 9.6.2004 einen Antrag auf Nichtigerklärung der im Spruch bezeichneten Zuschlagsentscheidung. Der Parteiwille war objektiv erkennbar auf die Nichtigerklärung dieser Zuschlagsentscheidung gerichtet, so dass der Plural "Entscheidungen" im Begehren des Nachprüfungsantrags den getätigten Abspruch nicht hinderte - § 13 AVG. Durch die Junktimierung des Rechts auf rechtskonforme Durchführung eines Vergabeverfahrens mit den Gründen der Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung waren jene subjektiven Rechte jedenfalls erkennbar, die die Antragstellerin als verletzt erachtete, sofern man nicht ohnehin ein Recht auf Zuschlagserteilung oder ein Recht auf rechtskonformes Vergabeverfahren zuzugestehen hat. § 21 BVergG begründet ein subjektives Recht auf Bietergleichbehandlung, durch § 94 wird das Recht des Bieters geschützt, dass andere Bieter nur unter den dort vorgesehenen Voraussetzungen ihr Angebot sanieren dürfen; die §§ 96 Abs 1 und 97 begründen nach Maßgabe der näheren Bedingungen dieser Normen das Recht des Bieters auf Unterlassung von Gesprächen mit anderen Bietern, in denen faktisch der ursprünglich objektiv redlich erkennbare Angebotsinhalt abgeändert wird bzw zumindest iS der für den anderen Bieter besseren Variante ausgelegt wird; und § 99 schreibt jedenfalls auch vor, dass im Interesse der Fairness und Gleichbehandlung die nicht ausgeschiedenen Angebote gemäß den Angaben in der Ausschreibung zu bewerten sind und nach diesen Vorgaben der Bestbieter zu ermitteln ist, der für den Zuschlag auszuwählen wäre. Es wird hier ein Recht auf Einhaltung der Ausschreibung durch den Auftraggeber normiert. Insgesamt wurden von den Verfahrensgegnern keine Gründe für die Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrags behauptet. Solche sind nach entsprechender Prüfung auch nicht offenbar geworden. Der Zuschlag wurde nach den vorliegenden Tatsachen bislang noch nicht erteilt, zumal am 16.6.2004 die Zuschlagserteilung bis zum Ablauf des 9.7.2004 untersagt wurde (§ 879 ABGB). Auf Grund der im Sachverhalt geschilderten Tatsachen wurde gegenständlich ein Bauauftrag gemäß § 3 BVergG iVm dessen Anhang I, Klasse 50, Gruppe 503, Untergruppe und Position 503.4 ausgeschrieben. Die Ausschreibung erfolgte namens der ASFINAG im Unterschwellenbereich. Die ASFINAG ist ein öffentlicher Auftraggeber, bei dem gemäß der Geschäftsverteilung des Bundesvergabeamts mit Wirksamkeit ab 1.1.2004 bei Vergabeverfahren betreffend Bauaufträge in Nordtirol und diese betreffende Nachprüfungsverfahren im Unterschwellenbereich gemäß § 154 BVergG der Vorsitzende des Senats 8 des Bundesvergabeamts tätig zu werden hat. Die vom ersten Vertreter dieses Vorsitzenden vorgenommenen Zustellungen am 9. und 11.6.2004 führten gemäß § 4 Abs 3 des Allgemeinen Teils dieser Geschäftsverteilung nicht zu einer Perpetuierung der Zuständigkeit dieses Vertreters. Der § 165 Abs 2 BVergG definiert den Bieter als teilnahmeantragsbefugt. Auch Bietergemeinschaften sind Bieter - § 20 Z 10 BVergG. Gegenständlich stellten die beiden Gesellschafter der für den Zuschlag in Aussicht genommenen Bietergemeinschaft einen Teilnahmeantrag. Da der Begriff "Bietergemeinschaft" hier als Sammelbezeichnung (Duden, Grammatik der deutschen Sprache⁶, 213f) für die in der Bietergemeinschaft verbundenen Unternehmer verstanden wird, und die Gesellschafter dieser Bietergemeinschaft im Übrigen aus den Eingaben eindeutig erkennbar waren, war der Teilnahmeantrag deshalb nicht zurückzuweisen; und zB beim Vorhalt der Passage auf Seite 23 der Ausschreibung zur Ermittlung des Gesamtfaktors einerseits bei seiner Verantwortung blieb, andererseits aber diesbezüglich zur näheren Begründung um Einvernahme seines Subunternehmers bat (Seite 34 in OZ 68). Der vergaberechtserfahrene Zeuge DI E***, der für die Zuschlagsentscheidung innerhalb der vergebenden Stelle vorstandsunmittelbar tätig war, war im übrigen bei den vorangehenden Zeugeneinvernahmen als Parteienvertreter anwesend und wusste daher, in welche Richtung die Ermittlungen des Bundesvergabeamts gingen, was notorisch häufig zu einer subjektiv nicht vorwerfbaren Vermischung der eigenen historischen Beweggründe bzw Wahrnehmungen mit dem

zu vertretenden Prozesstandpunkt führt. Auf dessen wiedergegebene Aussagen, dass das Alternativangebot für ihn ohnehin das Anbot einer Bauzeitverkürzung bedeutet hätte, dass aber dennoch die Festhaltung bzw Vorhaltung zur Absicherung erfolgte (Seite 31 in OZ 68). Zu der insbesondere vom Zeugen DI G*** aufgestellten Behauptung der Evidenz einer kürzeren Bauzeit, als auf Seite 68 der Ausschreibungsunterlage ersichtlich, ist auszuführen wie folgt. Es wurde weder vorgebracht noch ist es Inhalt einer Zeugenaussage, dass es - dennoch notorisch - durch eine längere Bauzeit (im Vergleich zu einer kürzeren Bauzeit) für ein Bauvorhaben den jeweils Bauausführenden ermöglicht wird, die eigenen unternehmerischen Kapazitäten nicht derart konzentriert bei einem Bauvorhaben einsetzen zu müssen. Daher wird durch eine längere Bauzeitspanne, auch wenn man das Bauvorhaben schneller fertig stellen könnte, der jeweils eigene unternehmerische Handlungsspielraum vergrößert. Die Besserstellung eines Angebots mit kürzerer Bauzeit bei Zuschlagskriterien prämiiert daher typisch auch den Willen des Anbietenden, seine Kapazitäten mehr auf das in Frage stehende Bauvorhaben zu konzentrieren. Daher ist auf Tatsachenebene nicht zwingend von einer schnelleren Machbarkeit eines Vorhabens in jedem Fall auf das evidente Anbieten einer Bauzeitverkürzung - in welchem Ausmaß immer - zu schließen. C) Rechtliche Beurteilung: Formell: Die Antragstellerin stellte am 9.6.2004 einen Antrag auf Nichtigerklärung der im Spruch bezeichneten Zuschlagsentscheidung. Der Parteiwille war objektiv erkennbar auf die Nichtigerklärung dieser Zuschlagsentscheidung gerichtet, so dass der Plural "Entscheidungen" im Begehren des Nachprüfungsantrags den getätigten Abspruch nicht hinderte - Paragraph 13, AVG. Durch die Junktimierung des Rechts auf rechtskonforme Durchführung eines Vergabeverfahrens mit den Gründen der Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung waren jene subjektiven Rechte jedenfalls erkennbar, die die Antragstellerin als verletzt erachtete, sofern man nicht ohnehin ein Recht auf Zuschlagserteilung oder eine Recht auf rechtskonformes Vergabeverfahren zuzugestehen hat. Paragraph 21, BVergG begründet ein subjektives Recht auf Bietergleichbehandlung, durch Paragraph 94, wird das Recht des Bieters geschützt, dass andere Bieter nur unter den dort vorgesehenen Voraussetzungen ihr Angebot sanieren dürfen; die Paragraphen 96, Absatz eins und 97 begründen nach Maßgabe der näheren Bedingungen dieser Normen das Recht des Bieters auf Unterlassung von Gesprächen mit anderen Bietern, in denen faktisch der ursprünglich objektiv redlich erkennbare Angebotsinhalt abgeändert wird bzw zumindest is der für den anderen Bieter besseren Variante ausgelegt wird; und Paragraph 99, schreibt jedenfalls auch vor, dass im Interesse der Fairness und Gleichbehandlung die nicht ausgeschiedenen Angebote gemäß den Angaben in der Ausschreibung zu bewerten sind und nach diesen Vorgaben der Bestbieter zu ermitteln ist, der für den Zuschlag auszuwählen wäre. Es wird hier ein Recht auf Einhaltung der Ausschreibung durch den Auftraggeber normiert. Insgesamt wurden von den Verfahrensgegnern keine Gründe für die Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrags behauptet. Solche sind nach entsprechender Prüfung auch nicht offenbar geworden. Der Zuschlag wurde nach den vorliegenden Tatsachen bislang noch nicht erteilt, zumal am 16.6.2004 die Zuschlagserteilung bis zum Ablauf des 9.7.2004 untersagt wurde (Paragraph 879, ABGB). Auf Grund der im Sachverhalt geschilderten Tatsachen wurde gegenständlich ein Bauauftrag gemäß Paragraph 3, BVergG in Verbindung mit dessen Anhang römisch eins, Klasse 50, Gruppe 503, Untergruppe und Position 503.4 ausgeschrieben. Die Ausschreibung erfolgte namens der ASFINAG im Unterschwellenbereich. Die ASFINAG ist ein öffentlicher Auftraggeber, bei dem gemäß der Geschäftsverteilung des Bundesvergabeamts mit Wirksamkeit ab 1.1.2004 bei Vergabeverfahren betreffend Bauaufträge in Nordtirol und diese betreffende Nachprüfungsverfahren im Unterschwellenbereich gemäß Paragraph 154, BVergG der Vorsitzende des Senats 8 des Bundesvergabeamts tätig zu werden hat. Die vom ersten Vertreter dieses Vorsitzenden vorgenommenen Zustellungen am 9. und 11.6.2004 führten gemäß Paragraph 4, Absatz 3, des Allgemeinen Teils dieser Geschäftsverteilung nicht zu einer Perpetuierung der Zuständigkeit dieses Vertreters. Der Paragraph 165, Absatz 2, BVergG definiert den Bieter als teilnahmeantragsbefugt. Auch Bietergemeinschaften sind Bieter - Paragraph 20, Ziffer 10, BVergG. Gegenständlich stellten die beiden Gesellschafter der für den Zuschlag in Aussicht genommenen Bietergemeinschaft einen Teilnahmeantrag. Da der Begriff "Bietergemeinschaft" hier als Sammelbezeichnung (Duden, Grammatik der deutschen Sprache⁶, 213f) für die in der Bietergemeinschaft verbundenen Unternehmer verstanden wird, und die Gesellschafter dieser Bietergemeinschaft im Übrigen aus den Eingaben eindeutig erkennbar waren, war der Teilnahmeantrag deshalb nicht zurückzuweisen; vielmehr wurden die Bietergemeinschaftsmitglieder als teilnahmeantragsbefugt angesehen, wobei überdies sämtliche Bietergemeinschaftsmitgliederinnen als Antragstellerinnen auftraten - §§ 1188, 1201 ABGB. Der Teilnahmeantrag der für den Zuschlag beabsichtigten Zuschlagsempfängerin enthielt alle zwingenden Inhalte, die

man nach dem Gesetzeszweck von einer derartigen Bietergemeinschaft, die die Zuschlagsentscheidung verteidigt, verlangen kann. Der § 167 ist nämlich im vorliegenden Fall um Abs 1 Z 3 und Z 4 sowie um Abs 2 Z 1 teleologisch zu reduzieren, da man von der Bietergemeinschaft nach dem Gleichheitsgrundsatz gemäß Art 2 StGG nicht verlangen kann, gegen ihren eigenen Standpunkt zu argumentieren. Die Bietergemeinschaft stellte einen Antrag auf Zulassung und Teilnahme als Partei, dem faktisch entsprochen wurde, und über den implizit durch die meritorische Entscheidung über den Antrag auf Nichtigerklärung und den diesbezüglichen Abweisungsantrag dieser Bietergemeinschaft mit abgesprochen wurde. Die Parteistellung der Bietergemeinschaftlerinnen blieb im Verfahren ohnehin unstrittig. Auch die Angabe einer T*** bei der Bietergemeinschaftlerin C*** AG und die Angabe der Niederlassung U*** bei der D*** Aktiengesellschaft teilweise in den Schriftsätzen namens dieser Bietergemeinschaft hinderte gemäß § 13 AVG nicht, die hinter diesen Bezeichnungen stehenden Rechtsträger eindeutig zu erkennen. Aus den Schriftsatzinhalten und auch aus den Unterlagen des Vergabeverfahrens waren diese Rechtsträger eindeutig erkennbar, auch wenn Betriebsstätten und Zweigniederlassungen nicht parteifähig sind. Siehe zB die Seite 2 der OZ 16. Die Zuschlagsentscheidung war für die Nachprüfungswerberin und auch für die sonstigen Parteien derart eindeutig, dass jedenfalls keine Zweifel an den Mitgliedern der für den Zuschlag in Aussicht genommenen Bietergemeinschaft bestanden. Deren Gesellschafter waren für alle beteiligten eindeutig individualisierbar. Die im Nachprüfungsantrag bekämpfte Absichtserklärung gemäß § 20 Z 42 BVergG, welche vom Vorstand der vergebenden Stelle gefertigt ist, stellte daher gemäß den §§ 863, 914f ABGB einen tauglichen Anfechtungsgegenstand dar. Über den namens der Bietergemeinschaft im Verfahren gestellten Antrag auf Einvernahme von Zeugen im Rechtshilfeweg war nicht bescheidmäßig abzusprechen, da der Senatsvorsitzende diesen Antrag gemäß § 172 BVergG bei seinen Verfahrensanordnungen entsprechend zu berücksichtigen hatte. In der Sache: Unstrittig steht fest, dass bei zwei Bietern, darunter bei der Nachprüfungswerberin, für deren Alternativangebote jeweils eine Bauzeitverkürzung von 3 Wochen bei der Angebotseröffnung am 6.5.2004 durch den Repräsentanten der vergebenden Stelle verlesen wurde. Unstrittig ist auch, dass die Bietergemeinschaft zwar ein Begleitschreiben verfasste, darin aber nicht auf eine Bauzeitverkürzung für das eigene Alternativangebot im Ausmaß von 3 Wochen hingewiesen hat; vielmehr wurden die Bietergemeinschaftlerinnen als teilnahmeantragsbefugt angesehen, wobei überdies sämtliche Bietergemeinschaftlerinnen als Antragstellerinnen auftraten - Paragraphen 1188, 1201, ABGB. Der Teilnahmeantrag der für den Zuschlag beabsichtigten Zuschlagsempfängerin enthielt alle zwingenden Inhalte, die man nach dem Gesetzeszweck von einer derartigen Bietergemeinschaft, die die Zuschlagsentscheidung verteidigt, verlangen kann. Der Paragraph 167, ist nämlich im vorliegenden Fall um Absatz eins, Ziffer 3 und Ziffer 4, sowie um Absatz 2, Ziffer eins, teleologisch zu reduzieren, da man von der Bietergemeinschaft nach dem Gleichheitsgrundsatz gemäß Artikel 2, StGG nicht verlangen kann, gegen ihren eigenen Standpunkt zu argumentieren. Die Bietergemeinschaft stellte einen Antrag auf Zulassung und Teilnahme als Partei, dem faktisch entsprochen wurde, und über den implizit durch die meritorische Entscheidung über den Antrag auf Nichtigerklärung und den diesbezüglichen Abweisungsantrag dieser Bietergemeinschaft mit abgesprochen wurde. Die Parteistellung der Bietergemeinschaftlerinnen blieb im Verfahren ohnehin unstrittig. Auch die Angabe einer T*** bei der Bietergemeinschaftlerin C*** AG und die Angabe der Niederlassung U*** bei der D*** Aktiengesellschaft teilweise in den Schriftsätzen namens dieser Bietergemeinschaft hinderte gemäß Paragraph 13, AVG nicht, die hinter diesen Bezeichnungen stehenden Rechtsträger eindeutig zu erkennen. Aus den Schriftsatzinhalten und auch aus den Unterlagen des Vergabeverfahrens waren diese Rechtsträger eindeutig erkennbar, auch wenn Betriebsstätten und Zweigniederlassungen nicht parteifähig sind. Siehe zB die Seite 2 der OZ 16. Die Zuschlagsentscheidung war für die Nachprüfungswerberin und auch für die sonstigen Parteien derart eindeutig, dass jedenfalls keine Zweifel an den Mitgliedern der für den Zuschlag in Aussicht genommenen Bietergemeinschaft bestanden. Deren Gesellschafter waren für alle beteiligten eindeutig individualisierbar. Die im Nachprüfungsantrag bekämpfte Absichtserklärung gemäß Paragraph 20, Ziffer 42, BVergG, welche vom Vorstand der vergebenden Stelle gefertigt ist, stellte daher gemäß den Paragraphen 863, 914 f, ABGB einen tauglichen Anfechtungsgegenstand dar. Über den namens der Bietergemeinschaft im Verfahren gestellten Antrag auf Einvernahme von Zeugen im Rechtshilfeweg war nicht bescheidmäßig abzusprechen, da der Senatsvorsitzende diesen Antrag gemäß Paragraph 172, BVergG bei seinen Verfahrensanordnungen entsprechend zu berücksichtigen hatte. In der Sache: Unstrittig steht fest, dass bei zwei Bietern, darunter bei der Nachprüfungswerberin, für deren Alternativangebote jeweils eine Bauzeitverkürzung von 3 Wochen bei der Angebotseröffnung am 6.5.2004 durch den Repräsentanten

der vergebenden Stelle verlesen wurde. Unstrittig ist auch, dass die Bietergemeinschaft zwar ein Begleitschreiben verfasste, darin aber nicht auf eine Bauzeitverkürzung für das eigene Alternativangebot im Ausmaß von 3 Wochen hingewiesen hat;

und dass bei der Bietergemeinschaft insbesondere auch für deren Alternativangebot keine Bauzeitverkürzung verlesen wurde. Gemäß § 88 Abs 5 Z 3 BVerG, dessen Text auf Punkt 4.2.6. der Ö-Norm A 2050, Ausgabe 1.1.1993, zurückgehen dürfte (, wobei dieser Ö-Norm -Text auch vor dem BVerG (BGBl I 99/2002) durch eine Verordnung der Bundesregierung Nr. 17/1994 Bedeutung hatte,) sind wesentliche Vorbehalte und Erklärungen der Bieter bei der Angebotseröffnung zu verlesen. Der Einleitungssatz sieht dies ausdrücklich differenzierend sowohl für (ausschreibungskonform gewollte) Angebote als auch für Alternativangebote vor. Während der Gesetzgeber in § 88 Abs 5 Z 2 beim Preis auf den Prototyp eines Zuschlagskriteriums verweisen konnte, der verlesen werden muss, war es dem Gesetzgeber naturgemäß nicht möglich, sämtliche Angaben von Bietern zu Zuschlagskriterien oder auch sonst vorkommende Bietererklärungen auch nur abstrakt zu definieren, die als wesentliche Erklärungen zu verlesen sind. Unbestreitbar ist, dass das für den Bieter verbindliche Anbieten einer Bauzeitverkürzung von drei Wochen eine Willenserklärung eines Bieters ist. Ob eine derartige Willenserklärung vorliegt, ist nach den gegebenen Tatsachen und daraufhin nach den Beurteilungsgrundsätzen der §§ 869, 863 und 914f ABGB und auch unter Beachtung der §§ 21, 88, 94, 96f BVerG zu beurteilen. Darüber hinaus stellt sich gegenständlich die Frage der "Wesentlichkeit der Erklärung" im Sinne des § 88 Abs 5 Z 3. Unter "wesentlich" ist synonym "wichtig" oder "bedeutungsvoll" jeweils für eine bestimmte Sache zu verstehen (siehe dazu zB Duden, Die sinn- und sachverwandten Wörter² Seite 818 mwN). Nach Schwartz, Bundesvergabe-gesetz (2003) § 88, Rz 8 sind wesentliche Erklärungen wohl solche, mit denen von den Ausschreibungsunterlagen abgewichen wird. Gegenständlich weicht die - behauptet - angebotene Bauzeitverkürzung von Seite 68 der Ausschreibungsunterlage ab. Ein Bieter, dessen Angebot missverständlich ist, hat die Möglichkeit, dies bei der Angebotseröffnung zu rügen, wenn zB ein von ihm nicht angebotener Preis verlesen wurde, eine nachträgliche Erklärung ist unzulässig. Ebenso muss daher eine Nichtverlesung von Bestandteilen eines Angebots sofort gerügt werden, ansonsten sind die betreffenden Teile bei der Vergabe nicht zu beachten. Nach Sachs/Hahnl, BVerGSg (2004) Rz 15.2 und der dort ersichtlichen Entscheidung sind alle für die Angebotsbewertung maßgeblichen Angebotsteile, va Preise zu verlesen. Dies ist aus Gründen der Fairness und Transparenz geboten. Der Bieter hat eine seines Erachtens vorkommende Unrichtigkeit noch während der Angebotseröffnung zu rügen, um deren Berücksichtigung in seinem Sinn zu sichern. Eine nachträgliche Klarstellung ist nach dieser Fundstelle nicht möglich. Der Gesetzgeber hat mit § 88 Abs 5 BVerG auf gesetzlicher Ebene eine Verlesungspflicht für den Preis einerseits und für sonstige wesentliche Vorbehalte und Erklärungen andererseits festgeschrieben, wobei Preis und sonstige wesentliche Erklärungen gleichgestellt sind. Mit wesentlichen Erklärungen ist aber nicht gemeint, dass man per se immer alle Begleitschreiben verlesen muss, wenn darin zB nur auf das gelegte Angebot verwiesen wird und weiters die sach- und fachgerechte Auftragsausführung im Auftragsfalle betont wird. Der Gesetzgeber verlangt damit vom Verlesenden, dass er vorab beurteilt, was nach den Umständen des Einzelfalls eine wesentliche Erklärung, und daher zu verlesen ist. DI E*** hat am 29.6.2004 selbst ausgeführt, dass der Bauzeitverkürzung gegenständlich besondere Bedeutung zukomme. Dies ist durch die in der Sachverhaltsschilderung dargestellte Berechnung des Gesamtfaktors der Nachprüfungswerberin einerseits und der Bietergemeinschaft andererseits auch im Sinne der Möglichkeit eines Bietersturzes bewiesen. Durch das Wissen von Frau L*** um das Anbot einer Bauzeitverkürzung von 3 Wochen durch die Nachprüfungswerberin bei deren Alternativangebot war spätestens ab diesem Zeitpunkt der Verlesung innerhalb der Bietergemeinschaft das Tatsachenwissen präsent, dass die Bietergemeinschaft insbesondere dann eine realistische Chance auf Beauftragung mit dem Alternativangebot hätte, wenn für deren Alternativangebot gleichfalls eine Bauzeitverkürzung angeboten wäre; die Wesentlichkeit der Erklärung des Anbots einer Bauzeitverkürzung bei der Alternative durch die Bietergemeinschaft war jedenfalls ab dann gemäß dem Gleichbehandlungsgrundsatz gegeben. Frau L*** wurde unstrittig bei der Angebotseröffnung als Vertreterin der Bietergemeinschaft zugelassen und unterfertigte die Anwesenheitsliste mit der Bestätigung, dass alles Wesentliche verlesen worden wäre, wobei bei der Angebotseröffnung nur Bieter teilnahmeberechtigt sind. Sie war daher zumindest kraft äußeren Tatbestands als Vertreterin der Bietergemeinschaft zu werten. Würde man deren Befugnis zur Vertretung der Bietergemeinschaft bestreiten, ändert dies dann nichts daran, dass sie dann rechtswidrig gemäß § 88 an der Angebotseröffnung teilgenommen hätte und Tatsachen erfuhr, die für die Wettbewerbsstellung der Bietergemeinschaft wesentlich waren. Bei der festgestellten Restunsicherheit des Bietergemeinschaftsangebots betreffend Alternative, sprich der objektiven Unklarheit, ob dort eine Bauzeitverkürzung angeboten wurde, begründete dann diese rechtswidrige Teilnahme die Möglichkeit einer

anderen Vergabeentscheidung, da ab dann in der Sphäre der Bietergemeinschaft klar war, welches eigene Angebot man bräuchte. Unter Berücksichtigung der Umstände des gegenständlichen Falles, dass bei zwei Unternehmern die Bauzeitverkürzung beim Alternativangebot verlesen wurde, und dass das Anbieten einer Bauzeitverkürzung gegenständlich für die Angebotsbewertung besonders bedeutsam erscheint, hätte die Nichtverlesung einer allenfalls bei der Bietergemeinschaft beim Alternativangebot angebotenen Bauzeitverkürzung jedenfalls von Frau L*** gerügt werden müssen, um diese dadurch auch unter dem Aspekt des Gleichbehandlungsgrundsatzes jedenfalls wesentliche Erklärung dann weiter im Vergabeverfahren berücksichtigen zu können. Mangels Verlesung ist daher davon auszugehen, dass eine Bauzeitverkürzung beim Alternativangebot der Bietergemeinschaft, so sie tatsächlich angeboten wurde, im vorliegenden Fall jedenfalls vergaberechtlich unbeachtlich ist. Diese Rechtsfolge ist bei einer Verletzung des § 88 Abs 5 Z 3 durch die Grundsätze der Fairness und der Transparenz geboten, da ansonsten der § 88 Abs 5 Z 3 BVergG zu einer wirkungslosen Ordnungsvorschrift degradiert würde. Dies wurde aber vom Bundesvergabeamt in Bezug auf den gemäß § 88 Abs 5 Z 2 zu verlesenden Preis bereits mehrfach im Sinne der hier vertretenen Auslegung verneint. Die sonstigen wesentlichen Erklärungen sind dem Preis hinsichtlich der Pflicht zur Verlesung gleichgestellt. Die vergebende Stelle durfte daher gegenständlich nicht zu Gunsten der Bietergemeinschaft von einer beim Alternativangebot angebotenen Bauzeitverkürzung ausgehen, da diese Erklärung des Anbots einer Bauzeitverkürzung für das Alternativangebot als im gegenständlichen Fall wesentliche Erklärung für deren vergaberechtliche Beachtlichkeit dazu verlesen hätte werden müssen. Ohne beachtliches Anbot einer Bauzeitverkürzung durch die Bietergemeinschaft bei deren Alternative ist auf Grund des ermittelten Gesamtfaktors der Nachprüfungswerberin von mehr als 0,97 im Vergleich zu genau 0,97 bei der Bietergemeinschaft ein Bietersturz gemäß § 174 Abs 1 Z 2 BVergG indiziert, der die Rechtsfolge der Nichtigerklärung trägt. Unbeschadet der obigen Ausführungen ist festzuhalten: Die Bietergemeinschaft hat keinen Rahmenbauzeitplan mit deren Alternativangebot abgegeben, aus dem die verkürzte Bauzeit dargestellt ist. Ein Alternativangebot ist ein anderes Angebot als dasjenige Angebot, dass vom Bieter entsprechend der Ausschreibung verlangt wird. Es ist für sich ein eigenes Angebot. Verlangt nunmehr die Ausschreibungsunterlage auf Seite 22 einen Rahmenbauzeitplan zum Nachweis einer allenfalls verkürzten Bauzeit, der mit dem Anbot abzugeben ist, wird damit für einen objektiv redlichen Erklärungsempfänger eindeutig verlangt, dass je Angebot, egal ob es sich dabei um ein Angebot entsprechend der Ausschreibung oder um ein Alternativangebot handelt, jeweils immer eine gesonderte rechtsverbindliche Erklärung vorliegen muss, aus der hervorgeht, inwieweit die Bauzeit für das jeweilige Anbot verkürzt wird. Die einzige Erklärung, die die Bietergemeinschaft als Anbot einer Bauzeitverkürzung für sich mit vertretbaren Argumenten reklamieren kann, ist diejenige auf dem Deckblatt des Hauptangebots, wobei dort die drei Wochen genau unter dem Preis des Hauptangebotspreises stehen. Damit ist aber nur für das Hauptangebot eine Erklärung vorhanden, mit der der Forderung der Seite 22 der Ausschreibungsunterlage genüge getan wird. Die zitierte Passage auf Seite 22 will eben nach einer objektiv redlichen Auslegung sicherstellen, dass eindeutig und durch Urkunden dokumentiert klar ist, ob eine Bauzeitverkürzung bei irgendeinem Angebot angeboten wurde. Fehlt eine derartige unzweideutige Urkunde, darf man rechtens nicht vom Anbot einer Bauzeitverkürzung ausgehen. Die Zuschreibung einer Bauzeitverkürzung als angeboten beim Alternativangebot der Bietergemeinschaft verstieß daher gegen die Festlegung eines gesonderten Bauzeitplans für eine Bauzeitverkürzung je Angebot. Ohne Erfüllung dieser Festlegung durfte die Auftraggeberin die Bietergemeinschaft bei deren Alternativangebot nicht mit der Annahme einer Bauzeitverkürzung von drei Wochen in die Bestbieterermittlung einbeziehen. Dieser Verstoß der rechtswidrigen Annahme einer Bauzeitverkürzung ist wiederum von wesentlichem Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens gewesen. Der Auftraggeberin ist auch anzulasten, dass sie die Seite 23 ihrer Ausschreibungsunterlage nicht entsprechend beachtet hat. Dort wird die Vermutung festgeschrieben, dass mangels eines Titelblattes bei einem konkreten Angebot, in welches eine Bauzeitverkürzung eingefügt worden wäre, davon ausgegangen wird, dass eben dann durch diesen Bieter für dieses Angebot keine Verbesserung der Bewertung für dieses Angebot angestrebt wird. Mit anderen Worten wird dort die Vermutung aufgestellt, dass mangels Eintrags einer Bauzeitverkürzung in einem entsprechenden Titelblatt keine Bauzeitverkürzung angeboten wäre. Die Auftraggeberin hat diese Vermutung im Verfahren auch nicht als für sie durch entsprechende andere Urkunden als widerlegt beweisen können, wurden doch am 17.5.2004 wegen einer zumindest bestehenden Restunsicherheit über die Frage des Anbots einer Bauzeitverkürzung ein (ohnehin - wie zu zeigen sein wird - unzulässiges) Aufklärungsgespräch geführt. Ohne Gewissheit über ein derartiges Anbot mit Bauzeitverkürzung und ohne zulässige Aufklärungen durfte die Auftraggeberin wiederum keinen Faktor 0,03 zu Gunsten des Alternativangebots der Bietergemeinschaft berücksichtigen. Diese so unzulässige Annahme des Anbots einer

Bauzeitverkürzung war wie gesagt von wesentlichem Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens. § 869 ABGB normiert, dass Willenserklärungen bestimmt und verständlich sein müssen. Dazu reicht, dass der Inhalt aus der Erklärung selbst und dem bereits vorhandenen Zusatzwissen für den objektiv redlichen Anerklärten bestimmbar ist. Der Aufbau des Alternativangebots durch die Bietergemeinschaft wurde in der Sachverhaltsschilderung beschrieben. Unbeschadet der Frage der rechtsgültigen Fertigung ergibt sich aus den Begleitschreiben mit der Nummerierung 1.2, dass die Bietergemeinschaft eine Alternative mit Stahlrammpfählen anbieten will. Das Konvolut 1.4 besteht aus einem Deckblatt und vier weiteren Blättern, in denen zwar ausgehend vom Leistungsverzeichnis des Amtsentwurfs (Projektleistungsverzeichnis bzw Leistungsverzeichnis des Hauptangebots der Bietergemeinschaft) Leistungspositionen des Hauptangebots abgezogen und andere dazugefügt werden, um so auf den Alternativangebotspreis zu kommen. Tatsache ist aber dabei, dass in dem Pendant zu diesem Leistungsverzeichnis des Alternativangebots beim Hauptangebot, nämlich beim Konvolut 1.3 die Leistungsverzeichnispositionen genau so wiederum mit Preisen versehen sind, um in dem Konvolut 1.3. dann zum Hauptangebotspreis zu kommen. Das Deckblatt des Konvoluts und dass bei der Bietergemeinschaft insbesondere auch für deren Alternativangebot keine Bauzeitverkürzung verlesen wurde. Gemäß Paragraph 88, Absatz 5, Ziffer 3, BVergG, dessen Text auf Punkt 4.2.6. der Ö-Norm A 2050, Ausgabe 1.1.1993, zurückgehen dürfte (, wobei dieser Ö-Norm -Text auch vor dem BVergG Bundesgesetzblatt Teil eins, 99 aus 2002,) durch eine Verordnung der Bundesregierung Nr. 17 aus 1994, Bedeutung hatte,) sind wesentliche Vorbehalte und Erklärungen der Bieter bei der Angebotseröffnung zu verlesen. Der Einleitungssatz sieht dies ausdrücklich differenzierend sowohl für (ausschreibungskonform gewollte) Angebote als auch für Alternativangebote vor. Während der Gesetzgeber in Paragraph 88, Absatz 5, Ziffer 2, beim Preis auf den Prototyp eines Zuschlagskriteriums verweisen konnte, der verlesen werden muss, war es dem Gesetzgeber naturgemäß nicht möglich, sämtliche Angaben von Bieter zu Zuschlagskriterien oder auch sonst vorkommende Bietererklärungen auch nur abstrakt zu definieren, die als wesentliche Erklärungen zu verlesen sind. Unbestreitbar ist, dass das für den Bieter verbindliche Anbieten einer Bauzeitverkürzung von drei Wochen eine Willenserklärung eines Bieters ist. Ob eine derartige Willenserklärung vorliegt, ist nach den gegebenen Tatsachen und daraufhin nach den Beurteilungsgrundsätzen der Paragraphen 869, 863 und 914 f ABGB und auch unter Beachtung der Paragraphen 21, 88, 94, 96 f, BVergG zu beurteilen. Darüber hinaus stellt sich gegenständlich die Frage der "Wesentlichkeit der Erklärung" im Sinne des Paragraph 88, Absatz 5, Ziffer 3, Unter "wesentlich" ist synonym "wichtig" oder "bedeutungsvoll" jeweils für eine bestimmte Sache zu verstehen (siehe dazu zB Duden, Die sinn- und sachverwandten Wörter² Seite 818 mwN). Nach Schwartz, Bundesvergabegesetz (2003) Paragraph 88,, Rz 8 sind wesentliche Erklärungen wohl solche, mit denen von den Ausschreibungsunterlagen abgewichen wird. Gegenständlich weicht die - behauptet - angebotene Bauzeitverkürzung von Seite 68 der Ausschreibungsunterlage ab. Ein Bieter, dessen Angebot missverständlich ist, hat die Möglichkeit, dies bei der Angebotseröffnung zu rügen, wenn zB ein von ihm nicht angebotener Preis verlesen wurde, eine nachträgliche Erklärung ist unzulässig. Ebenso muss daher eine Nichtverlesung von Bestandteilen eines Angebots sofort gerügt werden, ansonsten sind die betreffenden Teile bei der Vergabe nicht zu beachten. Nach Sachs/Hahnl, BVergSlg (2004) Rz 15.2 und der dort ersichtlichen Entscheidung sind alle für die Angebotsbewertung maßgeblichen Angebotsteile, va Preise zu verlesen. Dies ist aus Gründen der Fairness und Transparenz geboten. Der Bieter hat eine seines Erachtens vorkommende Unrichtigkeit noch während der Angebotseröffnung zu rügen, um deren Berücksichtigung in seinem Sinn zu sichern. Eine nachträgliche Klarstellung ist nach dieser Fundstelle nicht möglich. Der Gesetzgeber hat mit Paragraph 88, Absatz 5, BVergG auf gesetzlicher Ebene eine Verlesungspflicht für den Preis einerseits und für sonstige wesentliche Vorbehalte und Erklärungen andererseits festgeschrieben, wobei Preis und sonstige wesentliche Erklärungen gleichgestellt sind. Mit wesentlichen Erklärungen ist aber nicht gemeint, dass man per se immer alle Begleitschreiben verlesen muss, wenn darin zB nur auf das gelegte Angebot verwiesen wird und weiters die sach- und fachgerechte Auftragsausführung im Auftragsfalle betont wird. Der Gesetzgeber verlangt damit vom Verlesenden, dass er vorab beurteilt, was nach den Umständen des Einzelfalls eine wesentliche Erklärung, und daher zu verlesen ist. DI E*** hat am 29.6.2004 selbst ausgeführt, dass der Bauzeitverkürzung gegenständlich besondere Bedeutung zukomme. Dies ist durch die in der Sachverhaltsschilderung dargestellte Berechnung des Gesamtfaktors der Nachprüfungswerberin einerseits und der Bietergemeinschaft andererseits auch im Sinne der Möglichkeit eines Bietersturzes bewiesen. Durch das Wissen von Frau L*** um das Anbot einer Bauzeitverkürzung von 3 Wochen durch die Nachprüfungswerberin bei deren Alternativangebot war spätestens ab diesem Zeitpunkt der Verlesung innerhalb der Bietergemeinschaft das Tatsachenwissen präsent, dass die Bietergemeinschaft insbesondere dann eine realistische Chance auf Beauftragung mit dem Alternativangebot hätte, wenn für deren Alternativangebot gleichfalls

eine Bauzeitverkürzung angeboten wäre; die Wesentlichkeit der Erklärung des Anbots einer Bauzeitverkürzung bei der Alternative durch die Bietergemeinschaft war jedenfalls ab dann gemäß dem Gleichbehandlungsgrundsatz gegeben. Frau L*** wurde unstrittig bei der Angebotseröffnung als Vertreterin der Bietergemeinschaft zugelassen und unterfertigte die Anwesenheitsliste mit der Bestätigung, dass alles Wesentliche verlesen worden wäre, wobei bei der Angebotseröffnung nur Bieter teilnahmeberechtigt sind. Sie war daher zumindest kraft äußeren Tatbestands als Vertreterin der Bietergemeinschaft zu werten. Würde man deren Befugnis zur Vertretung der Bietergemeinschaft bestreiten, ändert dies dann nichts daran, dass sie dann rechtswidrig gemäß Paragraph 88, an der Angebotseröffnung teilgenommen hätte und Tatsachen erfuhr, die für die Wettbewerbsstellung der Bietergemeinschaft wesentlich waren. Bei der festgestellten Restunsicherheit des Bietergemeinschaftsangebots betreffend Alternative, sprich der objektiven Unklarheit, ob dort eine Bauzeitverkürzung angeboten wurde, begründete dann diese rechtswidrige Teilnahme die Möglichkeit einer anderen Vergabeentscheidung, da ab dann in der Sphäre der Bietergemeinschaft klar war, welches eigene Angebot man bräuchte. Unter Berücksichtigung der Umstände des gegenständlichen Falles, dass bei zwei Unternehmern die Bauzeitverkürzung beim Alternativangebot verlesen wurde, und dass das Anbieten einer Bauzeitverkürzung gegenständlich für die Angebotsbewertung besonders bedeutsam erscheint, hätte die Nichtverlesung einer allenfalls bei der Bietergemeinschaft beim Alternativangebot angebotenen Bauzeitverkürzung jedenfalls von Frau L*** gerügt werden müssen, um diese dadurch auch unter dem Aspekt des Gleichbehandlungsgrundsatzes jedenfalls wesentliche Erklärung dann weiter im Vergabeverfahren berücksichtigen zu können. Mangels Verlesung ist daher davon auszugehen, dass eine Bauzeitverkürzung beim Alternativangebot der Bietergemeinschaft, so sie tatsächlich angeboten wurde, im vorliegenden Fall jedenfalls vergaberechtlich unbeachtlich ist. Diese Rechtsfolge ist bei einer Verletzung des Paragraph 88, Absatz 5, Ziffer 3, durch die Grundsätze der Fairness und der Transparenz geboten, da ansonsten der Paragraph 88, Absatz 5, Ziffer 3, BVergG zu einer wirkungslosen Ordnungsvorschrift degradiert würde. Dies wurde aber vom Bundesvergabeamt in Bezug auf den gemäß Paragraph 88, Absatz 5, Ziffer 2, zu verlesenden Preis bereits mehrfach im Sinne der hier vertretenen Auslegung verneint. Die sonstigen wesentlichen Erklärungen sind dem Preis hinsichtlich der Pflicht zur Verlesung gleichgestellt. Die vergebende Stelle durfte daher gegenständlich nicht zu Gunsten der Bietergemeinschaft von einer beim Alternativangebot angebotenen Bauzeitverkürzung ausgehen, da diese Erklärung des Anbots einer Bauzeitverkürzung für das Alternativangebot als im gegenständlichen Fall wesentliche Erklärung für deren vergaberechtliche Beachtlichkeit dazu verlesen hätte werden müssen. Ohne beachtliches Anbot einer Bauzeitverkürzung durch die Bietergemeinschaft bei deren Alternative ist auf Grund des ermittelten Gesamtfaktors der Nachprüfungswerberin von mehr als 0,97 im Vergleich zu genau 0,97 bei der Bietergemeinschaft ein Bietersturz gemäß Paragraph 174, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG indiziert, der die Rechtsfolge der Nichtigerklärung trägt. Unbeschadet der obigen Ausführungen ist festzuhalten: Die Bietergemeinschaft hat keinen Rahmenbauzeitplan mit deren Alternativangebot abgegeben, aus dem die verkürzte Bauzeit dargestellt ist. Ein Alternativangebot ist ein anderes Angebot als dasjenige Angebot, dass vom Bieter entsprechend der Ausschreibung verlangt wird. Es ist für sich ein eigenes Angebot. Verlangt nunmehr die Ausschreibungsunterlage auf Seite 22 einen Rahmenbauzeitplan zum Nachweis einer allenfalls verkürzten Bauzeit, der mit dem Anbot abzugeben ist, wird damit für einen objektiv redlichen Erklärungsempfänger eindeutig verlangt, dass je Angebot, egal ob es sich dabei um ein Angebot entsprechend der Ausschreibung oder um ein Alternativangebot handelt, jeweils immer eine gesonderte rechtsverbindliche Erklärung vorliegen muss, aus der hervorgeht, inwieweit die Bauzeit für das jeweilige Anbot verkürzt wird. Die einzige Erklärung, die die Bietergemeinschaft als Anbot einer Bauzeitverkürzung für sich mit vertretbaren Argumenten reklamieren kann, ist diejenige auf dem Deckblatt des Hauptangebots, wobei dort die drei Wochen genau unter dem Preis des Hauptangebotspreises stehen. Damit ist aber nur für das Hauptangebot eine Erklärung vorhanden, mit der der Forderung der Seite 22 der Ausschreibungsunterlage genüge getan wird. Die zitierte Passage auf Seite 22 will eben nach einer objektiv redlichen Auslegung sicherstellen, dass eindeutig und durch Urkunden dokumentiert klar ist, ob eine Bauzeitverkürzung bei irgendeinem Angebot angeboten wurde. Fehlt eine derartige unzweideutige Urkunde, darf man rechtens nicht vom Anbot einer Bauzeitverkürzung ausgehen. Die Zuschreibung einer Bauzeitverkürzung als angeboten beim Alternativangebot der Bietergemeinschaft verstieß daher gegen die Festlegung eines gesonderten Bauzeitplans für eine Bauzeitverkürzung je Angebot. Ohne Erfüllung dieser Festlegung durfte die Auftraggeberin die Bietergemeinschaft bei deren Alternativangebot nicht mit der Annahme einer Bauzeitverkürzung von drei Wochen in die Bestbieterermittlung einbeziehen. Dieser Verstoß der rechtswidrigen Annahme einer Bauzeitverkürzung ist wiederum von wesentlichem Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens gewesen. Der Auftraggeberin ist auch anzulasten, dass sie die Seite

23 ihrer Ausschreibungsunterlage nicht entsprechend beachtet hat. Dort wird die Vermutung festgeschrieben, dass mangels eines Titelblattes bei einem konkreten Angebot, in welches eine Bauzeitverkürzung eingefügt worden wäre, davon ausgegangen wird, dass eben dann durch diesen Bieter für dieses Angebot keine Verbesserung der Bewertung für dieses Angebot angestrebt wird. Mit anderen Worten wird dort die Vermutung aufgestellt, dass mangels Eintrags einer Bauzeitverkürzung in einem entsprechenden Titelblatt keine Bauzeitverkürzung angeboten wäre. Die Auftraggeberin hat diese Vermutung im Verfahren auch nicht als für sie durch entsprechende andere Urkunden als widerlegt beweisen können, wurden doch am 17.5.2004 wegen einer zumindest bestehenden Restunsicherheit über die Frage des Anbots einer Bauzeitverkürzung ein (ohnehin - wie zu zeigen sein wird - unzulässiges) Aufklärungsgespräch geführt. Ohne Gewissheit über ein derartiges Anbot mit Bauzeitverkürzung und ohne zulässige Aufklärungen durfte die Auftraggeberin wiederum keinen Faktor 0,03 zu Gunsten des Alternativangebots der Bietergemeinschaft berücksichtigen. Diese so unzulässige Annahme des Anbots einer Bauzeitverkürzung war wie gesagt von wesentlichem Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens. Paragraph 869, ABGB normiert, dass Willenserklärungen bestimmt und verständlich sein müssen. Dazu reicht, dass der Inhalt aus der Erklärung selbst und dem bereits vorhandenen Zusatzwissen für den objektiv redlichen Anerklärten bestimmbar ist. Der Aufbau des Alternativangebots durch die Bietergemeinschaft wurde in der Sachverhaltsschilderung beschrieben. Unbeschadet der Frage der rechtsgültigen Fertigung ergibt sich aus den Begleitschreiben mit der Nummerierung 1.2, dass die Bietergemeinschaft eine Alternative mit Stahlrammpfählen anbieten will. Das Konvolut 1.4 besteht aus einem Deckblatt und vier weiteren Blättern, in denen zwar ausgehend vom Leistungsverzeichnis des Amtsentwurfs (Projektleistungsverzeichnis bzw Leistungsverzeichnis des Hauptangebots der Bietergemeinschaft) Leistungspositionen des Hauptangebots abgezogen und andere dazugefügt werden, um so auf den Alternativangebotspreis zu kommen. Tatsache ist aber dabei, dass in dem Pendant zu diesem Leistungsverzeichnis des Alternativangebots beim Hauptangebot, nämlich beim Konvolut 1.3 die Leistungsverzeichnispositionen genau so wiederum mit Preisen versehen sind, um in dem Konvolut 1.3. dann zum Hauptangebotspreis zu kommen. Das Deckblatt des Konvoluts 1.3 entspricht dem Deckblatt des Konvoluts 1.4 von dessen Strukturierung. Im Konvolut 1.3 ist nirgends von einer Bauzeitverkürzung die Rede. Drei Bieter erachteten es als notwendig, ausgehend von der Ausschreibungsunterlage der Auftraggeberin ausdrücklich zumindest in einem Begleitbrief zu erklären, dass die Bauzeitverkürzung für das bzw die jeweiligen Alternativangebote angeboten wird. Die Nachprüfungswerberin fertigte jedenfalls auch ein eigenes Titelblatt für deren Alternativangebot an, um darin explizit auch eine Bauzeitverkürzung für die Alternative einzufügen. Diese Umstände weisen darauf hin, dass nicht alle aus den beteiligten Verkehrskreisen eine Bewertung der von der Bietergemeinschaft verfassten Urkunden an den Tag legen, wie sie nunmehr von der Bietergemeinschaft und der Auftraggeberin als ohnehin klar darzulegen versucht wird. Die Bietergemeinschaft hat eben weder in einem Begleitschreiben noch in einer sonstigen Urkunde Anhaltspunkte dafür geliefert, dass sie verbindlich auch für deren Alternativangebot eine Bauzeitverkürzung angeboten hätte. Die Bietergemeinschaft fertigte nämlich weder einen Rahmenbauzeitplan gemäß Seite 22 noch ein eigenes Titelblatt gemäß Seite 23 für deren Alternativangebot an, um damit entsprechend dem erkennbaren Ziel der Ausschreibung mit Urkunden zu dokumentieren, dass klar und unmissverständlich auch für die Alternative eine Bauzeitverkürzung angeboten ist. Auf dem Titelblatt des Hauptangebots der Bietergemeinschaft findet sich unter der "Angebotssumme brutto" der Eintrag ua einer Bauzeitverkürzung von 3 Wochen bei der Bietergemeinschaft, so dass auf dem Titelblatt zB dieses Angebots ersichtlich ist und nach dem objektiv erkennbaren Zweck dieser Strukturierung dieses Titelblatts durch die Auftraggeberin auf einen Blick erkennbar sein soll, was bei einem gelegten Hauptangebot als bewertungsrelevant heranzuziehen ist. Eine derart aussagekräftige Urkunde fehlt für das Alternativangebot der Bietergemeinschaft jedenfalls. Die Auftraggeberin bzw deren Repräsentanten durften daher gemäß §§ 869, 863 und 914f ABGB nicht davon ausgehen, dass die Bietergemeinschaft mit der Urkunde 1.2 und dem Konvolut 1.4 eine Bauzeitverkürzung für die Alternative angeboten hatte. Als objektiv redliche Erklärungsempfänger hätten sie gerade aus dem Umstand, dass diesbezüglich bei der Bietergemeinschaft eine zusätzliche Erklärung fehlt, zu Lasten der Bietergemeinschaft davon auszugehen gehabt, dass eben dieser Bieter bei seiner Alternative keine Bauzeitverkürzung angeboten hatte. Hier hilft auch nicht, dass man mit DI E*** den Aspekt der Notwendigkeit der Gleichwertigkeit eines Alternativangebots einbringt. Entgegen der Aussage dieses Zeugen und Parteienvertreters ist nämlich die Frage der Gleichwertigkeit des Alternativangebots gemäß § 69 BVergG und entsprechend der Seite 21 der Ausschreibungsunterlage immer in Bezug auf die Ausschreibung zu prüfen, und nicht in Bezug auf das jeweils eigene Hauptangebot des Bieters. Ausgeschrieben wurde das Bauvorhaben ohne Bauzeitverkürzung. Daher war das Alternativangebot, dass keine Bauzeitverkürzung enthält, der ausgeschriebenen

Leistung insoweit gleichwertig. Diese Auslegung der beim Angebot der Bietergemeinschaft vorhandenen Urkunden entsprechend den Grundsätzen der Vertrauensheorie gemäß dem ABGB führt aber dazu, dass die Auftraggeberin mangels einer solchen Auslegung zu Unrecht eine Bauzeitverkürzung bei der Bietergemeinschaft bei ihrer Bewertung gemäß § 99 BVergG berücksichtigt hat. Dies ist wie dargelegt von wesentlichem Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens. Zuletzt ist noch der Verstoß der Auftraggeberin gegen die §§ 94, 96 und 97 BVergG zu erörtern. Die Repräsentanten der Auftraggeberin konnten wie gesagt auf Tatsachenebene nicht bestreiten, dass eine Restunsicherheit über das Angebot einer Bauzeitverkürzung beim Alternativangebot der Bietergemeinschaft bestand. Zugestanden wurde einhellig, dass über diesen Aspekt am 17.5.2004 im Bieteraufklärungsgespräch gesprochen wurde. Für die Auftraggeberin bestand die ergebnisrelevante Unklarheit, ob seitens der Bietergemeinschaft eine Bauzeitverkürzung von drei Wochen für deren Alternativangebot angeboten war, auch wenn diese Unklarheit nach dem Maßstab des objektiv redlichen Erklärungsempfängers eigentlich nicht bestehen durfte, sondern eben das Alternativangebot mangels eindeutig erschießbaren Anbots einer Bauzeitverkürzung durch die Bietergemeinschaft als objektiv nicht vorhanden zu werten war. Aufklärungsverlangen zur Beseitigung von Unklarheiten sind aber nach § 94 Abs 2 BVergG unzulässig, wenn die durch die Aufklärungen verursachte weitere Vorgangsweise gegen die Grundsätze der in dieser Bestimmung zitierten Normen verstoßen. Genannt sind dort neben § 21 Abs 1 BVergG auch die §§ 96f BVergG. 1.3 entspricht dem Deckblatt des Konvoluts 1.4 von dessen Strukturierung. Im Konvolut 1.3 ist nirgends von einer Bauzeitverkürzung die Rede. Drei Bieter erachteten es als notwendig, ausgehend von der Ausschreibungsunterlage der Auftraggeberin ausdrücklich zumindest in einem Begleitbrief zu erklären, dass die Bauzeitverkürzung für das bzw die jeweiligen Alternativangebote angeboten wird. Die Nachprüfungswerberin fertigte jedenfalls auch ein eigenes Titelblatt für deren Alternativangebot an, um darin explizit auch eine Bauzeitverkürzung für die Alternative einzufügen. Diese Umstände weisen darauf hin, dass nicht alle aus den beteiligten Verkehrskreisen eine Bewertung der von der Bietergemeinschaft verfassten Urkunden an den Tag legen, wie sie nunmehr von der Bietergemeinschaft und der Auftraggeberin als ohnehin klar darzulegen versucht wird. Die Bietergemeinschaft hat eben weder in einem Begleitschreiben noch in einer sonstigen Urkunde Anhaltspunkte dafür geliefert, dass sie verbindlich auch für deren Alternativangebot eine Bauzeitverkürzung angeboten hätte. Die Bietergemeinschaft fertigte nämlich weder einen Rahmenbauzeitplan gemäß Seite 22 noch ein eigenes Titelblatt gemäß Seite 23 für deren Alternativangebot an, um damit entsprechend dem erkennbaren Ziel der Ausschreibung mit Urkunden zu dokumentieren, dass klar und unmissverständlich auch für die Alternative eine Bauzeitverkürzung angeboten ist. Auf dem Titelblatt des Hauptangebots der Bietergemeinschaft findet sich unter der "Angebotssumme brutto" der Eintrag ua einer Bauzeitverkürzung von 3 Wochen bei der Bietergemeinschaft, so dass auf dem Titelblatt zB dieses Angebots ersichtlich ist und nach dem objektiv erkennbaren Zweck dieser Strukturierung dieses Titelblatts durch die Auftraggeberin auf einen Blick erkennbar sein soll, was bei einem gelegten Hauptangebot als bewertungsrelevant heranzuziehen ist. Eine derart aussagekräftige Urkunde fehlt für das Alternativangebot der Bietergemeinschaft jedenfalls. Die Auftraggeberin bzw deren Repräsentanten durften daher gemäß Paragraphen 869, 863 und 914 f ABGB nicht davon ausgehen, dass die Bietergemeinschaft mit der Urkunde 1.2 und dem Konvolut 1.4 eine Bauzeitverkürzung für die Alternative angeboten hatte. Als objektiv redliche Erklärungsempfänger hätten sie gerade aus dem Umstand, dass diesbezüglich bei der Bietergemeinschaft eine zusätzliche Erklärung fehlt, zu Lasten der Bietergemeinschaft davon auszugehen gehabt, dass eben dieser Bieter bei seiner Alternative keine Bauzeitverkürzung angeboten hatte. Hier hilft auch nicht, dass man mit DI E*** den Aspekt der Notwendigkeit der Gleichwertigkeit eines Alternativangebots einbringt. Entgegen der Aussage dieses Zeugen und Parteienvertreters ist nämlich die Frage der Gleichwertigkeit des Alternativangebots gemäß Paragraph 69, BVergG und entsprechend der Seite 21 der Ausschreibungsunterlage immer in Bezug auf die Ausschreibung zu prüfen, und nicht in Bezug auf das jeweils eigene Hauptangebot des Bieters. Ausgeschrieben wurde das Bauvorhaben ohne Bauzeitverkürzung. Daher war das Alternativangebot, dass keine Bauzeitverkürzung enthält, der ausgeschriebenen Leistung insoweit gleichwertig. Diese Auslegung der beim Angebot der Bietergemeinschaft vorhandenen Urkunden entsprechend den Grundsätzen der Vertrauensheorie gemäß dem ABGB führt aber dazu, dass die Auftraggeberin mangels einer solchen Auslegung zu Unrecht eine Bauzeitverkürzung bei der Bietergemeinschaft bei ihrer Bewertung gemäß Paragraph 99, BVergG berücksichtigt hat. Dies ist wie dargelegt von wesentlichem Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens. Zuletzt ist noch der Verstoß der Auftraggeberin gegen die Paragraphen 94, 96 und 97 BVergG zu erörtern. Die Repräsentanten der Auftraggeberin konnten wie gesagt auf Tatsachenebene nicht bestreiten, dass eine Restunsicherheit über das Angebot einer Bauzeitverkürzung beim Alternativangebot der Bietergemeinschaft bestand. Zugestanden wurde einhellig, dass über diesen Aspekt am

17.5.2004 im Bieteraufklärungsgespräch gesprochen wurde. Für die Auftraggeberin bestand die ergebnisrelevante Unklarheit, ob seitens der Bietergemeinschaft eine Bauzeitverkürzung von drei Wochen für deren Alternativangebot angeboten war, auch wenn diese Unklarheit nach dem Maßstab des objektiv redlichen Erklärungsempfängers eigentlich nicht bestehen durfte, sondern eben das Alternativangebot mangels eindeutig erschließbaren Anbots einer Bauzeitverkürzung durch die Bietergemeinschaft als objektiv nicht vorhanden zu werten war. Aufklärungsverlangen zur Beseitigung von Unklarheiten sind aber nach Paragraph 94, Absatz 2, BVergG unzulässig, wenn die durch die Aufklärungen verursachte weitere Vorgangsweise gegen die Grundsätze der in dieser Bestimmung zitierten Normen verstoßen. Genannt sind dort neben Paragraph 21, Absatz eins, BVergG auch die Paragraphen 96 f, BVergG.

§ 96 Abs 1 BVergG verbietet im auch hier betrachteten offenen Verfahren Verhandlungen mit Bietern über eine Angebotsänderung. Nach den oben aufgezeigten Überlegungen hatte die Auftraggeberin als objektiv redlicher Adressat der Erklärung der Bietergemeinschaft betreffend das Alternativangebot dasselbe derart zu verstehen, dass darin keine Bauzeitverkürzung angeboten war. Sohin wurde am 17.5.2004 in Wahrheit über eine Angebotsänderung gesprochen, die die Bietergemeinschaft bei Berücksichtigung dieser Angebotsänderung mit dem Novum "Es werden auch für die Alternative 3 Wochen Bauzeitverkürzung angeboten." in der Angebotsbewertung ab dann als Bestbieter erscheinen lässt. Dieser Verstoß gegen § 96 Abs 1 BVergG war von wesentlichem Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens. Überdies hat die Auftraggeberin mit ihrem Aufklärungsgespräch am 17.5.2004 auch gegen § 97 Abs 1 BVergG verstoßen. Mit dieser Bestimmung, soweit hier interessierend, wären nur Aufklärungsgespräche über die Gleichwertigkeit von Alternativangeboten zulässig. Da sich die Frage der Gleichwertigkeit von Alternativangeboten nur in Bezug auf die Frage der Gleichwertigkeit des Alternativangebots im Vergleich zur ausgeschriebenen Leistung stellt - dies ergibt sich eindeutig aus § 69 BVergG und der Passage auf Seite 21 der Ausschreibung: "Alternativangebote müssen eine der ausgeschriebenen Leistung zumindest gleichwertige Leistung sicherstellen. Dies gilt insbesondere in Bezug auf die Ausführungsdauer,....." - und auf Seite 68 der Ausschreibungsunterlage keine Bauzeitverkürzung vorgesehen war, sondern vielmehr die Höchstdauer des Bauvorhabens festgelegt war, durfte unter dem Aspekt des § 97 Abs 1 BVergG am 17.5.2004 keine Erörterung der Bauzeitverkürzung beim Alternativangebot mit der Begründung stattfinden, es würden Fragen der Gleichwertigkeit des Alternativangebots erörtert. Sonstige Rechtfertigungsargumente für die Abhaltung des Aufklärungsgesprächs am 17.5. 2004 im Rahmen des § 97 Abs 1 BVergG wurden von den Verfahrensgegnern der Nachprüfungswerberin nicht einmal ansatzweise angeführt und sind auch sonst nicht ersichtlich. § 97 Abs 2 BVergG erlaubt bei Alternativangeboten nur Erörterungen, die gewisse geringfügige technische Änderungen und damit zusammenhängende minimale Preisänderungen betreffen. Eine Erörterung des Aspekts, ob eine Bauzeitverkürzung angeboten wurde, ist damit aber ebenfalls nicht zulässig, ohne dass noch überlegt werden müsste, ob der § 21 Abs 1 BVergG eine Erörterung in diesem Umfang nicht dennoch unzulässig macht. Das Gespräch am 17.5.2004, mit dem mit DI G*** als dem zuständigen Repräsentanten der Bietergemeinschaft daher über das Angebot der Bauzeitverkürzung beim Alternativangebot der Bietergemeinschaft gesprochen wurde, war daher gemäß § 97 BVergG unzulässig. Die Auftraggeberin hat daher ihre Zuschlagsentscheidung auch mit einer Rechtswidrigkeit gemäß § 97 BVergG behaftet. Diese Rechtswidrigkeit ist wiederum von wesentlichem Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens, denn ohne diese unzulässige Erörterung am 17.5.2004 hätte die Bietergemeinschaft keine Gelegenheit mehr gehabt, ihre Willenserklärung betreffend die Frage des Anbots einer Bauzeitverkürzung dahingehend zu ändern bzw zumindest klarzustellen, dass eine Bauzeitverkürzung angeboten würde. Eine Änderung ist aber gemäß § 96 Abs 1 BVergG unzulässig, eine Klarstellung einer Unklarheit in einem gemäß § 97 BVergG verbotenen Aufklärungsgespräch ist gemäß § 94 Abs 2 BVergG verboten. Beides ist zur Wahrung des gemäß § 21 Abs 1 BVergG geschützten fairen Parallelwettbewerbs verboten. Dass ein Gespräch, das gegen § 96 Abs 1 BVergG verstößt und mit dem nachträglich eine Bauzeitverkürzung angeboten wird, von wesentlichem Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens ist, wurde bereits aufgezeigt. Mit einem Verstoß gegen das Erörterungsverbot gemäß § 97 BVergG wurde nach der Überzeugung des erkennenden Senatsvorsitzenden der Bietergemeinschaft die Möglichkeit eingeräumt, eine Angebotsänderung in Richtung des Anbots einer Bauzeitverkürzung beim Alternativangebot zu bewirken, zumindest aber die Möglichkeit, eine Unklarheit des eigenen Alternativangebots im eigenen Sinn und im Sinne der Verbesserung der eigenen Wettbewerbssituation zu beeinflussen. Ersteres ist selbstredend von wesentlichem Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens. Zweiteres war zumindest geeignet, die Möglichkeit eines anderen Ausgangs des Vergabeverfahrens im Vergleich zur Situation ohne diese unzulässige Erörterung zu bewirken, was aber für die Erfüllung des § 174 Abs 1 Z 2 BVergG hinreicht. Die Zuschlagsentscheidung war daher aufzuheben, ohne dass weitere Ermittlungsschritte notwendig waren, und ohne

dass zum Beispiel weiter geprüft hätte werden müssen, ob eine allfällige Rechtswidrigkeit gemäß § 55 Abs 1 BVergG vorliegt, die gemäß § 174 Abs 1 Z 2 BVergG zu beachten wäre; bzw ob die laut der Zeugenaussage des Ing F*** nicht vorgelegten Detailkalkulationen (Seite 9 in OZ 68) oder die bislang für die Alternative der Bietergemeinschaft gleichfalls entgegen dem präkludierten Ausschreibungstext fehlenden Gleichwertigkeitsnachweise für die Alternative (Seite 10 in OZ 68) eine vorherige Verbesserung durch die Auftraggeberin notwendig machen würden, bevor dieser dann die Zuschlagsentscheidung im Falle einer Verbesserungsfähigkeit und darauf aufbauend eines tatsächlichen Angebotsverbesserungsverfahrens treffen könnte. Es brauchte daher unter dem Aspekt der Gleichwertigkeit zB auch nicht mehr gemäß § 37 AVG untersucht und erörtert zu werden, ob zur Frage der Windbeständigkeit der angebotenen Alternative gemäß Seite 60 der Ausschreibungsunterlage eine weitere Ermittlungstätigkeit notwendig ist. Paragraph 96, Absatz eins, BVergG verbietet im auch hier betrachteten offenen Verfahren Verhandlungen mit Bietern über eine Angebotsänderung. Nach den oben aufgezeigten Überlegungen hatte die Auftraggeberin als objektiv redlicher Adressat der Erklärung der Bietergemeinschaft betreffend das Alternativangebot dasselbe derart zu verstehen, dass darin keine Bauzeitverkürzung angeboten war. Sohin wurde am 17.5.2004 in Wahrheit über eine Angebotsänderung gesprochen, die die Bietergemeinschaft bei Berücksichtigung dieser Angebotsänderung mit dem Novum "Es werden auch für die Alternative 3 Wochen Bauzeitverkürzung angeboten." in der Angebotsbewertung ab dann als Bestbieter erscheinen lässt. Dieser Verstoß gegen Paragraph 96, Absatz eins, BVergG war von wesentlichem Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens. Überdies hat die Auftraggeberin mit ihrem Aufklärungsgespräch am 17.5.2004 auch gegen Paragraph 97, Absatz eins, BVergG verstoßen. Mit dieser Bestimmung, soweit hier interessierend, wären nur Aufklärungsgespräche über die Gleichwertigkeit von Alternativangeboten zulässig. Da sich die Frage der Gleichwertigkeit von Alternativangeboten nur in Bezug auf die Frage der Gleichwertigkeit des Alternativangebots im Vergleich zur ausgeschriebenen Leistung stellt - dies ergibt sich eindeutig aus Paragraph 69, BVergG und der Passage auf Seite 21 der Ausschreibung: "Alternativangebote müssen eine der ausgeschriebenen Leistung zumindest gleichwertige Leistung sicherstellen. Dies gilt insbesondere in Bezug auf die Ausführungsdauer,....." - und auf Seite 68 der Ausschreibungsunterlage keine Bauzeitverkürzung vorgesehen war, sondern vielmehr die Höchstdauer des Bauvorhabens festgelegt war, durfte unter dem Aspekt des Paragraph 97, Absatz eins, BVergG am 17.5.2004 keine Erörterung der Bauzeitverkürzung beim Alternativangebot mit der Begründung stattfinden, es würden Fragen der Gleichwertigkeit des Alternativangebots erörtert. Sonstige Rechtfertigungsargumente für die Abhaltung des Aufklärungsgesprächs am 17.5. 2004 im Rahmen des Paragraph 97, Absatz eins, BVergG wurden von den Verfahrensgegnern der Nachprüfungswerberin nicht einmal ansatzweise angeführt und sind auch sonst nicht ersichtlich. Paragraph 97, Absatz 2, BVergG erlaubt bei Alternativangeboten nur Erörterungen, die gewisse geringfügige technische Änderungen und damit zusammenhängende minimale Preisänderungen betreffen. Eine Erörterung des Aspekts, ob eine Bauzeitverkürzung angeboten wurde, ist damit aber ebenfalls nicht zulässig, ohne dass noch überlegt werden müsste, ob der Paragraph 21, Absatz eins, BVergG eine Erörterung in diesem Umfang nicht dennoch unzulässig macht. Das Gespräch am 17.5.2004, mit dem mit DI G*** als dem zuständigen Repräsentanten der Bietergemeinschaft daher über das Angebot der Bauzeitverkürzung beim Alternativangebot der Bietergemeinschaft gesprochen wurde, war daher gemäß Paragraph 97, BVergG unzulässig. Die Auftraggeberin hat daher ihre Zuschlagsentscheidung auch mit einer Rechtswidrigkeit gemäß Paragraph 97, BVergG behaftet. Diese Rechtswidrigkeit ist wiederum von wesentlichem Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens, denn ohne diese unzulässige Erörterung am 17.5.2004 hätte die Bietergemeinschaft keine Gelegenheit mehr gehabt, ihre Willenserklärung betreffend die Frage des Anbots einer Bauzeitverkürzung dahingehend zu ändern bzw zumindest klarzustellen, dass eine Bauzeitverkürzung angeboten würde. Eine Änderung ist aber gemäß Paragraph 96, Absatz eins, BVergG unzulässig, eine Klarstellung einer Unklarheit in einem gemäß Paragraph 97, BVergG verbotenen Aufklärungsgespräch ist gemäß Paragraph 94, Absatz 2, BVergG verboten. Beides ist zur Wahrung des gemäß Paragraph 21, Absatz eins, BVergG geschützten fairen Parallelwettbewerbs verboten. Dass ein Gespräch, das gegen Paragraph 96, Absatz eins, BVergG verstößt und mit dem nachträglich eine Bauzeitverkürzung angeboten wird, von wesentlichem Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens ist, wurde bereits aufgezeigt. Mit einem Verstoß gegen das Erörterungsverbot gemäß Paragraph 97, BVergG wurde nach der Überzeugung des erkennenden Senatsvorsitzenden der Bietergemeinschaft die Möglichkeit eingeräumt, eine Angebotsänderung in Richtung des Anbots einer Bauzeitverkürzung beim Alternativangebot zu bewirken, zumindest aber die Möglichkeit, eine Unklarheit des eigenen Alternativangebots im eigenen Sinn und im Sinne der Verbesserung der eigenen Wettbewerbssituation zu beeinflussen. Ersteres ist selbstredend von wesentlichem Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens. Zweiteres war zumindest geeignet,

die Möglichkeit eines anderen Ausgangs des Vergabeverfahrens im Vergleich zur Situation ohne diese unzulässige Erörterung zu bewirken, was aber für die Erfüllung des Paragraph 174, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG hinreicht. Die Zuschlagsentscheidung war daher aufzuheben, ohne dass weitere Ermittlungsschritte notwendig waren, und ohne dass zum Beispiel weiter geprüft hätte werden müssen, ob eine allfällige Rechtswidrigkeit gemäß Paragraph 55, Absatz eins, BVergG vorliegt, die gemäß Paragraph 174, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG zu beachten wäre; bzw ob die laut der Zeugenaussage des Ing F*** nicht vorgelegten Detailkalkulationen (Seite 9 in OZ 68) oder die bislang für die Alternative der Bietergemeinschaft gleichfalls entgegen dem präkludierten Ausschreibungstext fehlenden Gleichwertigkeitsnachweise für die Alternative (Seite 10 in OZ 68) eine vorherige Verbesserung durch die Auftraggeberin notwendig machen würden, bevor dieser dann die Zuschlagsentscheidung im Falle einer Verbesserungsfähigkeit und darauf aufbauend eines tatsächlichen Angebotsverbesserungsverfahrens treffen könnte. Es brauchte daher unter dem Aspekt der Gleichwertigkeit zB auch nicht mehr gemäß Paragraph 37, AVG untersucht und erörtert zu werden, ob zur Frage der Windbeständigkeit der angebotenen Alternative gemäß Seite 60 der Ausschreibungsunterlage eine weitere Ermittlungstätigkeit notwendig ist.

Zuletzt aktualisiert am

25.07.2008

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