



GZ: N/0090-BVA/02/2011-33

B E S C H E I D

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 2, Mag. Viktoria Mugli-Maschek sowie Dr. Martin Janda als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Hagen Pleile als Mitglied der Auftragnehmerseite, im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs. 2 Z 2 Bundesvergabegesetz 2006, BGBl I Nr. 17/2006, in der Fassung BGBl I Nr. 15/2010 (BVergG), betreffend die Auftragsvergabe "Renaturierung der Lutz BA 01 von km 0,00 bis km 1,60" des Auftraggebers Lutzverband Ludesch-Thüringen-Bludesch, Hauptstraße 20, 6712 Thüringen, vertreten durch Z***, beide vertreten durch X***, über den Antrag der "ARGE A****", vertreten durch Y***, vom 13. September 2011, wie folgt entschieden:

S p r u c h

I .

Der Antrag, "das Bundesvergabeamt möge die Zuschlagsentscheidung des Lutzverbandes Ludesch-Thüringen-Bludesch vom 07.09.2011, Projekt Nr. 2007.005, den Zuschlag im Vergabeverfahren `Renaturierung der Lutz BA 01 von km 0,00 bis km 1,60` der B***, zu erteilen, wegen Rechtswidrigkeit für nichtig erklären", wird **zurückgewiesen**.

II.

Der Antrag, auf Verpflichtung des Auftraggebers zum Ersatz der von den Antragstellerinnen für den Antrag auf Nachprüfung und für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichteten Pauschalgebühren binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution, wird **abgewiesen**.

B e g r ü n d u n g

Die Veröffentlichung der Bekanntmachung zur Auftragsvergabe "Renaturierung der Lutz BA 01 von km 0,00 bis km 1,60", des Auftraggebers Lutzverband Ludesch-Thüringen-Bludesch, Hauptstraße 20, 6712 Thüringen, vertreten durch Z***, nunmehr beide vertreten durch X***, erfolgte national am 29.7.2011 im Lieferanzeiger zur Wiener Zeitung unter L-493793-1725 sowie in der Druckausgabe im Amtsblatt für das Land Vorarlberg, Nr. 30 am 30.7.2011 unter der Rubrik "Öffentliche Ausschreibungen" und am 1.8.2011 elektronisch unter CM-494161.

Laut Bekanntmachung handelt es sich um einen Bauauftrag, der in einem offenen Verfahren an den Billigstbieter vergeben werden soll. Unter Punkt VI.4) "Nachprüfungsverfahren/Rechtsbehelfe", Unterpunkt VI.4.1) "Zuständige Stelle für Nachprüfungsverfahren" wird der "Unabhängige Verwaltungssenat des Landes Vorarlberg" genannt. Die Eintragung in Unterpunkt VI.4.2) "Zuständige Stelle für Schlichtungsverfahren (falls zutreffend)" lautet auf "Schlichtungsstelle des Landes Vorarlberg".

Im Angebotsschreiben der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung, Teil B Allgemeines ist unter Punkt B 9 festgelegt wie folgt:

"B 9 *Der Bieter hat in seinem Angebot jene **Subunternehmen** bekannt zu geben, deren technische oder finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit für den Nachweis der Leistungsfähigkeit des Bieters erforderlich ist und die erforderlichen Nachweise beizulegen.*

Außerdem hat er jene wesentlichen Teile des Auftrages bekannt zu geben, die er jedenfalls oder möglicherweise als Subaufträge zu vergeben beabsichtigt. Die in Frage kommenden Subunternehmen sind unter Nachweis ihrer Befugnis bekannt zu geben.

Für Leistungen, für die der Bieter keine Befugnis besitzt, sind verpflichtend befugte Subunternehmer namhaft zu machen. Diese bekannt gegebenen Subunternehmer gelten als verbindlich. Änderungen betreffend solcher Subunternehmerleistungen bedürfen der schriftlichen Genehmigung des Auftraggebers.

...
E ANGEBOTSPREISE, INHALTSVERZEICHNIS, FERTIGUNG

...
Inhaltsverzeichnis:

Diesem Angebotsschreiben sind folgende Beilagen angeschlossen (vom Bieter ist die Blattanzahl - beim Datenträger die Anzahl - anzugeben oder das Kästchen zu streichen!).

...	Leistungsverzeichnis (oder Kurz-Leistungsverzeichnis ⁺)
	bei Datenträgeraustausch: Datenträger
	ausgefülltes Verzeichnis der Bieterlücken
	bei Baumeisterarbeiten: Kalkulationsformblatt K3, K4 und K7
	Bekanntgabe von Subunternehmern
	Begleitschreiben
	Abänderungsangebot(e) ⁺
	Alternativangebot(e) ⁺

Sonstiges:

Ich (wir) erkläre(n), dass die im Inhaltsverzeichnis angeführten Beilagen **Bestandteile des Angebotes** sind und im Auftragsfall zum Inhalt des Leistungsvertrages werden.

Ich (wir) erkläre(n), dass mein (unser) Angebot auf Grundlage der Rechtsvorschriften, der der Ausschreibung zugrundeliegenden ÖNORMEN und der Angebotsunterlagen erstellt wurde."

Im gleichfalls zu den Ausschreibungsunterlagen zählenden Leistungsverzeichnis ist in der Leistungsgruppe (LG) 29 "PRÜFMASSNAHMEN" auszugsweise festgelegt wie folgt:

"15 Verdichtungskontrolle

1502 Prüfung der Zusammendrückbarkeit

des Untergrundes der Frostschuttschichten, Dammschüttungen und des Unterbauplanums, sofern die Schichten nicht bituminös- oder zementgebunden sind, mit einem Lastplattendruckversuch.

Die Prüfung muß durch eine autorisierte Prüfanstalt oder einem Ziviltechniker und entsprechend der RVS erfolgen.

Das Beistellen aller Geräte, die Dokumentation als Drucksetzungslinie und die Auswertung der Prüfung sind einzurechnen. Für die Beistellung eines LKWs ist eine Aufpreisposition vorgesehen.

Das Aufstellen und Demontieren wird je Aufschlußpunkt einmal vergütet desweiteren können nur jene Laufmeter Sondierungen in Rechnung gestellt werden, deren Ergebnis den Anforderungen entspricht.

1502A	An- u.Abtransp.,Geräte Zusammendrückbarkeit	2,00	PA
	Lo..... So..... EH.....	€.....	
1502B	Aufst./Demont.Geräte Zusammendrückbarkeit	4,00	ST
	Lo..... So..... EH.....	€.....	
1502C	Durchführung Lastplattendruckversuch	4,00	ST
	Lo..... So..... EH.....	€.....	

Summe LG: PRÜFMASSNAHMEN	€
---------------------------------	----------------

"

Mit Schriftsatz vom 13.9.2011 beehrte die "ARGE A****", vertreten durch Y***, (idF **Antragstellerin**), die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung wie im Spruchteil I wiedergegeben. Weiters stellte sie Anträge auf Verpflichtung des Auftraggebers zum Ersatz der von den Antragstellerinnen für den Antrag auf Nachprüfung und für den

Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichteten Pauschalgebühren binnen 14 Tagen und auf Akteneinsicht.

Dem zeitgleich gestellten Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde mit Bescheid des Bundesvergabebeamten vom 19.9.2011, N/0090-BVA/02/2011-EV14, stattgegeben und dem Auftraggeber untersagt, für die Dauer des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens, im streitgegenständlichen Vergabeverfahren den Zuschlag zu erteilen.

Inhaltlich führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus, die Zuschlagsentscheidung sei mit Rechtswidrigkeit belastet.

Aufgrund der anlässlich der Angebotsöffnung am 26.8.2011 verlesenen Angebotspreise, sei die Antragstellerin mit einem Angebotspreis von EUR 1.749.931,20 netto hinter der nunmehrigen präsumtiven Zuschlagsempfängerin mit einem Angebotspreis von EUR 1.274.871,36 netto gereiht worden. Aus den Umsatzzahlen der letzten 3 Jahre ergebe sich, dass es der präsumtiven Zuschlagsempfängerin - einem erst im Jahre 2008 gegründeten Unternehmen mit 20 Dienstnehmern - an der für die Vergabe erforderliche finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit für das ausgeschriebene Projekt mangle. *Gölles* führe in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2002, Kommentar (2004), § 56 Rz 12, aus, dass Auftraggeber gut beraten wären, wenn sie eine in Relation zum Auftragsgegenstand adäquate Mindestumsatzgröße forderten. Es genüge, wenn der Jahresumsatz des Unternehmens das 3 bis 5-fache des jährlichen Leistungswertes des Ausschreibungsprojektes betrage. Diese Orientierungshilfe sei bei der aktuellen Regelung zum Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit im klassischen Bereich gemäß § 74 Abs. 1 Z 5 BVergG zu beachten. Der Jahresumsatz im Jahr 2010 der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, die nicht nur im Tiefbau, sondern auch in sonstigen Sparten wie Immobilien, Hochbau und Alpinbau tätig sei, entspreche jedenfalls nicht dem 3-fachen Leistungswert des Ausschreibungsprojektes unter Zugrundelegung eines Angebotes mit einem angemessenen Einheitspreis. Dem gegenständlichen Auftragswert sei nur jener Umsatz gegenüber zu stellen, den die präsumtive Zuschlagsempfängerin in der Sparte Tiefbau erwirtschaftete. Darüber hinaus werde die mangelnde

Leistungsfähigkeit auch durch die Bilanzauszüge, die Kapitalausstattung und das Anlagevermögen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin untermauert. So stelle die Relation des Haftkapitals zum Auftragswert von weniger als 2,5% ein erhebliches Risiko für den Auftraggeber dar. Daraus folge, dass das nach den Bestimmungen des BVergG angestrebte Ziel der ordnungsgemäßen Erbringung der nachgefragten Leistung mit Zuschlagserteilung an die präsumtive Zuschlagsempfängerin gerade nicht zu erreichen sein werde. Da die geforderte finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht gegeben sei, wäre ihr Angebot gemäß § 129 Abs. 1 Z 2 BVergG auszuscheiden gewesen.

Die Antragstellerin gehe davon aus, dass der wesentliche Preisunterschied zwischen ihrem Angebot und jenem der präsumtiven Zuschlagsempfängerin in der Position 320302 E Liefern Kalkbruchsteine n. Wahl AN Kl. V-VI, begründet sei. Keine der sonstigen Positionen sei "ziffernmäßig in der Lage", einen derart hohen Unterschied im Preis der Gesamtangebote zu begründen. Beim von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotenen Einheitspreis für das Liefern von Kalkbruchsteinen müsse ein offenkundiges Missverhältnis zwischen Preis und Leistung bestehen, da der angebotene Gesamtpreis vom marktüblichen Preis grob abweiche. Die Ausschreibungsunterlagen würden zwingend die Lieferung von Kalkbruchsteinen vorsehen. Der relevante Marktpreis für Kalkbruchsteine bei einer Gewinnungsstelle in Vorarlberg belaufe sich auf EUR 23,00 netto bis EUR 26,00 netto pro Tonne. Habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin auch noch eine Gewinnungsstelle außerhalb von Vorarlberg gewählt, würde sich der Einheitspreis aufgrund der hohen Transportkosten deutlich erhöhen. Da der nicht plausible Teilpreis für das Liefern von Kalkbruchsteinen zur nicht plausiblen Zusammensetzung des von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotenen Gesamtpreises führe und demnach eine spekulative Preisgestaltung vorliege, wäre der Auftraggeber verpflichtet gewesen, das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gemäß § 129 Abs. 1 Z 3 BVergG auszuscheiden.

Schon allein die unterlassene oder zumindest fehlerhafte Angebotsprüfung führe zur Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung. Der angebotene Preis sei nur durch die beabsichtigte Lieferung anderer als in der Ausschreibung vorgegebener Steine erklärbar. Habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin anstelle von Kalkbruchsteinen

etwa Granitsteine angeboten, so wäre das Angebot auch aus diesem Grund auszuschneiden, da es im Widerspruch zu den Ausschreibungsunterlagen des Auftraggebers stünde. Darüber hinaus habe der Auftraggeber weder Abänderungsangebote noch Alternativangebote zugelassen.

Zur Zuständigkeit des Bundesvergabebeamtes führte die Antragstellerin insbesondere aus, sie gehe - wenngleich der Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen angeführt habe, dass das Vergaberechtschutzgesetz des Landes gelte und das "Land Vorarlberg - Abt. Wasserwirtschaft" zuständige Vergabekontrollbehörde sei - davon aus, dass es sich beim Lutzverband Ludesch-Thüringen-Bludesch um einen Wasserverband im Sinne der §§ 87 Wasserrechtsgesetz und somit um einen Auftraggeber im Sinne des § 2 Z 8 BVergG handle. Weiters werde nach ungesicherten Informationen das Vorhaben zu 60 % aus Bundesmitteln gefördert.

Die Antragstellerin habe ihr Angebot ausschreibungskonform, vollständig, mängelfrei und fristgerecht am vorgesehenen Abgabeort abgegeben. Durch das im Widerspruch zu den Bestimmungen des BVergG nicht erfolgte Ausscheiden des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, sei die Antragstellerin in ihrem Recht verletzt, den Auftrag als Billigstbieterin zu erhalten. Die Antragstellerin hätte als Billigstbieterin für die Zuschlagsentscheidung vorgesehen werden müssen. Sie habe somit ein Interesse daran, dass der Vertrag bzw Auftrag mit ihr abgeschlossen werde. Sollte sie den Zuschlag nicht erhalten, drohe ihr ein erheblicher finanzieller Verlust in Form des entgangenen Gewinns sowie des Deckungsbeitrages von rund EUR 150.000,00 netto. Darüber hinaus seien ihr bereits Kosten für die Angebotserstellung in Höhe von zumindest EUR 5.000,00 entstanden.

Mit E-Mail vom 14.9.2011 übermittelte die vergebende Stelle dem Bundesvergabebeamten die Satzung des Auftraggebers samt Anerkennungsbescheid des Landeshauptmanns für Vorarlberg gemäß § 88 Abs. 1 lit a WRG vom 13.10.2009.

Mit Schriftsätzen vom 16.9.2011 und 22.9.2011 machte der **Auftraggeber**, vertreten durch X***, allgemeine Angaben zur verfahrensgegenständlichen Auftragsvergabe. Der geschätzte Auftragswert liege deutlich im Unterschwellenbereich, es handle sich um einen Bauauftrag, der in einem offenen Verfahren gemäß § 25 Abs 2 BVergG

nach dem Billigstbieterprinzip vergeben werde. Eine Unterteilung in Lose sei nicht vorgesehen. Innerhalb der Angebotsfrist seien insgesamt 10 Angebote abgegeben worden. Nach Anlegen eines Preisspiegels habe der Auftraggeber das Angebot der preislich erstgereihten Bieterin, der aktuellen präsumtiven Zuschlagsempfängerin einer umfassenden Prüfung unterzogen. Am 6.9.2011 habe im Rahmen der vertieften Angebotsprüfung ein Bietergespräch stattgefunden. Nach den dabei von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zu allen vom Auftraggeber als wesentlich und aufklärungsbedürftig erachteten Positionen abgegebenen Erklärungen, seien die Preise in deren Angebot insgesamt betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar.

Der Antragstellerin fehle es an den Antragsvoraussetzungen. Dem Nachprüfungsantrag sei eine ausdrückliche Bezeichnung subjektiver Rechte iSv § 322 Abs 1 Z 5 BVergG, in denen sich die Antragstellerin verletzt erachte, nicht zu entnehmen.

Nach Punkt B 9 des Angebotsschreibens habe der Bieter für Leistungen, für die er keine Befugnis besitze, verpflichtend befugte Subunternehmer namhaft zu machen. Laut Position 1502 des Leistungsverzeichnisses sei zur Verdichtungskontrolle in der LG 29 festgelegt, dass die Prüfung durch eine autorisierte Prüfanstalt oder einen Ziviltechniker und entsprechend der RVS erfolgen müsse. Diese ausdrücklich geforderte (Sonder-) Befugnis eines Ziviltechnikers, erfordere die Nominierung eines Subunternehmers mit einer entsprechenden Ziviltechniker Befugnis (vgl. BVA 30.4.2011, N/0021-BVA/10/2009-28). Obwohl kein Mitglied der Antragstellerin über diese Befugnis verfüge, sei im Angebot der Antragstellerin keine Subunternehmer nominiert. Die fehlende Nominierung eines verpflichtend erforderlichen Subunternehmers stelle einen unbehebbarer Angebotsmangel dar, der zwingend zum Ausscheiden des Angebotes führe (VwGH 29.5.2002, 2002/04/0023).

Weiters brachte der Auftraggeber den "Verdacht" zum Ausdruck, der Zusammenschluss von Unternehmen, die jeweils für sich in der Lage gewesen wären, die ausgeschriebenen Leistungen selbst zu erbringen - wie bei der Antragstellerin -, stünde nicht im Einklang mit dem kartellrechtlichen Vorschriften. Aufgrund des deutlich im Unterschwellenbereich liegenden Auftragswertes, sei jedes der 3 Mitglieder der Antragstellerin mit beträchtlichen Marktanteilen, insbesondere bei Tiefbauleistungen im Raum Vorarlberg, und den daher vorhandenen Ressourcen

bzw Kapazitäten in der Lage selbstständig am Vergabeverfahren teilzunehmen. Die vorliegende Bildung einer Bietergemeinschaft sei, nach den Informationen des Auftraggebers, weder durch den Ausnahmetatbestand gemäß § 2 Abs. 1 Kartellgesetz, noch durch den Ausnahmetatbestand eines Bagatellkartells gemäß § 2 Abs. 2 Z 1 Kartellgesetz gerechtfertigt.

Der Unternehmenszusammenschluss auf Seiten der Antragstellerin sei aus vergaberechtlicher Sicht grundsätzlich nur dann gerechtfertigt, wenn dadurch der Wettbewerb in einem Vergabeverfahren vergrößert werde. Eine Bietergemeinschaft sei vom Kartellverbot nur dann nicht erfasst, wenn erst der Zusammenschluss ein zusätzliches Angebot bei der Ausschreibung ermögliche (vgl. VKS Wien 18.10.2007, VKS-4093/07). Hier werde der Wettbewerb insofern eingeschränkt, als von den 3 "großen" Anbietern des Vorarlberger Marktes, infolge des Zusammenfindens zu einer Arbeitsgemeinschaft, nicht 3 wettbewerbsfähige Angebote, sondern nur 1 Angebot abgegeben werde. Ohne Bildung der Bietergemeinschaft durch die Antragstellerin stelle sich der Preiswettbewerb völlig anders dar, sodass die vorliegende Bietergemeinschaft auch aus vergaberechtlicher Sicht nicht gerechtfertigt sei. Dieses Auslegungsverständnis werde dadurch bestätigt, dass die Antragstellerin eine Bietergemeinschaft von Unternehmen von gleichartigen Fachrichtungen darstelle, was den Wettbewerb nahezu zwangsläufig beschränke, weil deren Mitglieder keine einander konkurrenzierenden Angebote abgeben könnten (vgl. *Eilmansberger/Holoubek*, Der öffentliche Auftraggeber als Kartellbehörde? ÖZW 2008, 2). Durch die Bildung der Bietergemeinschaft werde der Markt zumindest um 2 Angebote verkürzt, was den Ausscheidensgrund gemäß § 129 Abs. 1 Z 8 BVergG darstelle.

Erschwerend komme hinzu, dass zwei von den drei, von der Antragstellerin im Angebot als Gewinnungsstätten, genannte Steinbrüche gesellschaftsrechtlich oder zumindest personell mit Mitgliedern der antragstellenden Bietergemeinschaft verbunden seien. Aufgrund dieser Verflechtungen bestehe für die Antragstellerin die Möglichkeit den vergaberechtlichen Wettbewerb für die ausgeschriebenen Bauleistungen unmittelbar zu beeinflussen. Sie könne maßgebliche Kalkulationsgrundlagen, auf die andere Bieter angewiesen seien, über die Preise der anzubietenden Kalksteine mitbestimmen.

Das inhaltliche Vorbringen der Antragstellerin sei unbegründet und gehe ins Leere, denn in den Ausschreibungsunterlagen seien keine Mindestanforderungen für die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit festgelegt worden. Aufgrund dieser fehlenden, unzweifelhaft bereits bestandsfest gewordenen Festlegungen, sei es vergaberechtlich unzulässig, das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin im Rahmen der Angebotsprüfung wegen fehlender finanzieller und wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit auszuschließen. Zudem seien die Jahresumsätze der präsumtiven Zuschlagsempfängerin für 2008 bis 2010 nicht so niedrig, um eine fehlende finanzielle oder wirtschaftliche Leistungsfähigkeit anzunehmen.

Mit Schriftsatz vom 22.9.2011 erhob die **präsumtive Zuschlagsempfängerin** begründete Einwendungen gegen das vorliegende Nachprüfungsbegehren.

Die vorliegende Ausschreibung enthalte ein klares Zuschlagskriterium, den Preis. Darüber hinausgehende Nachweise seien in den Ausschreibungsunterlagen nicht verlangt. Sie habe ein formgültiges und vollständiges, in einer vertieften Angebotsprüfung erläutertes und geprüftes Angebot gelegt und habe ein rechtliches Interesse an der Zuschlagserteilung und am Zustandekommen des Leistungsvertrages. Bei diesem Auftrag eines öffentlichen Auftraggebers mit Sitz in Vorarlberg handle es sich um ein wichtiges Referenzvorhaben.

Da die Antragstellerin keinen inhaltlichen Konnex zwischen den in der Ausschreibung gegebenen Voraussetzungen und den von ihr zitierten gesetzlichen Bestimmungen herstelle, seien ihre Ausführungen zur angeblich mangelnden wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der präsumtiven Zuschlagsempfängerin obsolet. Dies gelte auch für die sonstigen Gründe, die zur Beschreibung des Beschwerdepunktes vorgetragen worden seien. In der Ausschreibung seien keine Nachweise iSd § 74 Abs. 1 BVergG verlangt. Bei der Aufnahme der Nachweise in der Ausschreibung handle es sich um eine KANN-Bestimmung, aus der sich weder eine Verpflichtung des Auftraggebers ableiten lasse, diese Nachweise abzuverlangen, noch Regelungen in der Ausschreibung zu treffen, die eine zahlenmäßige Fixierung vorsehen (vgl. BVA 25.9.2007, N/0078-BVA/14/2007).

Der Gesamtpreis des Angebotes der präsumentiven Zuschlagsempfängerin setze sich plausibel zusammen, es gebe keine "spekulativen" Preisbildungselemente. Sie habe die Preise betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar kalkuliert. Im Vergaberecht gebe es kein allgemeines Preisbildungsgebot. Bestimmte, besondere Motivationen, wie z.B. die Eroberung des neuen Marktes oder von Marktanteilen spielten bei der Preisbestimmung keine unbeträchtliche Rolle. Einem Bieter sei es in einem solchen Fall nicht untersagt, die aus seiner Sicht tatsächlichen Marktpreise anzubieten.

Mit ergänzender Stellungnahme vom 4.10.2011 teilte der **Auftraggeber** mit, er habe das vorliegende Nachprüfungsverfahren zum Anlass genommen, auch das Angebot der Antragstellerin einer vertieften Angebotsprüfung zu unterziehen. Das dazu an die Antragstellerin gerichteten Ersuchen vom 19.9.2011 des Auftraggebers lautet auszugsweise wie folgt:

"Renaturierung der Lutz, BA 01, Baumeisterarbeiten - Aufklärungsersuchen

...

Im Namen des Lutzverbandes Ludesch - Thüringen - Bludesch als Auftraggeber des österreichweiten offenen Vergabeverfahrens teilen wir mit, dass das Angebot Ihrer ARGE nochmals geprüft wurde. Diese Prüfung gemäß § 125 Abs. 1 und 2 BVergG hat gezeigt, dass einzelne Einheitspreise insbesondere aufgrund vergleichbarer Erfahrungswerte, von in diesem Vergabeverfahren vorliegenden Unterlagen und von den jeweils relevanten Marktverhältnissen unangemessen niedrig im Sinne des § 125 Abs. 3 Z 2 und 3 BVergG erscheinen. Sollte sich dieses vorläufige Ergebnis bestätigen, weisen wir ausdrücklich darauf hin, dass dann ein Ausscheidensgrund gemäß § 129 Abs. 1 Z 3 BVergG erfüllt wäre.

Vor diesem Hintergrund wird hiermit Ihre ARGE gemäß § 125 Abs. 4 und 5 BVergG im Rahmen einer vertieften Angebotsprüfung aufgefordert, die Kalkulation der folgenden unangemessen niedrig erscheinenden Einheitspreise zu erläutern und dadurch die betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit vollständig und abschließend nachzuweisen: ...

*Im Namen des Auftraggebers ersuchen wir, die oben in Punkt 4 angegebenen Erklärungen und Nachweise vollständig unter dem Titel "Aufklärung zum Angebot der ARGE A****" bis längstens **26.9.2011, 12:00 Uhr (Einlangen)**, an die Z*** per E-Mail oder per Fax (05523 / 53837-40) zu senden. Das Risiko des rechtzeitigen und vollständigen Eingangs der Aufklärung trägt - bei sonstigem Ausschluss vorn Vergabeverfahren - die Bietergemeinschaft."*

In dem vom Auftraggeber ebenfalls dem BVA vorgelegten Schreiben der Antragstellerin beantwortet diese das Aufklärungsersuchen mit Fax und E-Mail vom 26.9.2011 im Wesentlichen, indem sie die Preisgestaltung zu den vom Auftraggeber hinterfragten Preispositionen erläuterte und insbesondere ausführte:

*"6.1 Sämtliche Preise sind - unter Berücksichtigung der von der ARGE A*** gewählten, oben aufgezeigten Bearbeitungsabläufe und unter Berücksichtigung des jeweils daraus resultierenden Aufwandes - betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar. Im Übrigen handelt es sich bei jenen Positionen, die der Auftraggeber im Nachhinein einer vertieften Prüfung unterziehen will, um keine „wesentlichen“ Positionen. § 125 Absatz 4 Z 1 BVergG, der zB die Möglichkeit der*

Prüfung, ob im Preis alle direkt zuordenbare Personal-, Material-, Geräte-, Fremdleistungs- und Kapitalkosten enthalten sind und ob die Aufwands- und Verbrauchsansätze nachvollziehbar sind, vorsieht, bezieht sich ausdrücklich nur auf "wesentliche" Positionen.

- 6.2 *Das Angebot der ARGE A*** weist einen plausibel zusammengesetzten Gesamtpreis auf. Der Ausscheidungsgrund gemäß § 129 Absatz 1 Z 3 BVergG, wonach Angebote, die eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufweisen, auszuschneiden sind, ist daher nicht erfüllt.*

*Bei der vergaberechtlichen Preisangemessenheit geht es nämlich allein darum, dass der Gesamtpreis plausibel zusammengesetzt ist. Zwar erfasst die Wortfolge "nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises" auch das Vorliegen nicht plausibler Teilpreise bei wesentlichen Positionen, da diese zu einer nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises führen. Das liegt aus zwei Gründen hier nicht vor. Sämtliche Preise des Angebotes der ARGE A*** sind betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar. Darüber hinaus bilden die gegenständlichen Positionen - wie bereits oben dargelegt - keine wesentlichen Positionen. Weder wurden sie vom Auftraggeber (§ 79 Absatz 4 BVergG) in den Ausschreibungsunterlagen als „wesentlich geltende Positionen“ angegeben, noch sind sie solche. Darüber hinaus hat die ARGE A*** ihr Angebot ausschreibungskonform, vollständig, mängelfrei und fristgerecht abgegeben und ist daher auch kein sonstiger im BVergG verankerter Ausscheidungsgrund erfüllt.*

Zusammenfassend bestätigen wir, dass sämtliche Positionen des Leistungsverzeichnisses gemäß ÖNORM B 2061 kalkuliert wurden und die Ausführung aller Positionen zu den angebotenen Einheitspreisen im ausgeschriebenen Umfang ohne Qualitätseinbußen erfolgt. Wir bestätigen weiters, dass alle Positionen ordnungsgemäß kalkuliert wurden und sich der Gesamtpreis unseres Angebotes plausibel zusammensetzt, angemessen und kostendeckend ist und kein Kalkulationsfehler vorliegt."

Hiezu brachte der Auftraggeber im Wesentlichen vor, diese Aufklärung sei unvollständig. Die Antragstellerin habe darauf verzichtet, die ausdrücklich geforderten "Nachweise" vorzulegen. Deshalb könne in keiner Weise nachvollzogen werden, ob in den ungewöhnlich niedrigen Einheitspreisen zumindest "alle direkt zuordenbaren Personal-, Material-, Geräte-, Fremdleistungs- und Kapitalkosten" enthalten seien. Da auch die ausdrücklich hinterfragten "Aufwand- und Verbrauchsansätze" von der Antragstellerin gänzlich unbeantwortet gelassen worden seien, sei infolge fehlender Nachweise in keiner Weise nachvollziehbar, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe die ungewöhnlich niedrigen Einheitspreise nachvollziehbare "Aufwands- und Verbrauchsansätze" enthielten.

Wegen der im Angebot der Antragstellerin enthaltenen mehrfachen Preisumlagerungen, liege eine spekulative Preisgestaltung vor. Die Antragstellerin habe die Einhaltung der ÖNORM B 2061 für die Kalkulation sämtlicher Positionen des Leistungsverzeichnisses ausdrücklich bestätigt. Preisumlagerungen von einer Position in eine andere stünden im Widerspruch zu den Bestimmungen der ÖNORM B 2061 und führten zum Ausscheiden des Angebotes (vgl. BVA 21.4.2011, N/0020-BVA/09/2011-28).

Mit Schriftsätzen vom 19.10.2011 replizierte die **Antragstellerin** auf die Vorbringen des Auftraggebers und der präsumentiven Zuschlagsempfängerin. Zu den vom Auftraggeber behaupteten Ausscheidensgründen, ihr eignes Angebot betreffend, führte sie im Wesentlichen aus, der Auftraggeber räume schon durch die nach Zuschlagsentscheidung gesetzten, elementaren Prüfungsschritte zB in Form des Aufklärungsersuchens vom 19.9.2011 und die aufgestellten Behauptungen von Ausscheidensgründen ein, vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung die gemäß § 123 Abs 2 BVergG durchzuführende Prüfung aller für die Zuschlagsentscheidung in Betracht kommenden Angebote (zu welchen auch das an 2. Stelle gereichte und nicht ausgeschiedene Angebot der Antragstellerin zähle) nicht vollständig abgeschlossen zu haben. Allein deshalb sei die angefochtene Zuschlagsentscheidung rechtswidrig (BVA 10.12.2008, N/0138-BVA/08/2008-57; BVA 28.11.2008, N/0131-BVA/12/2008 - 57 etc.).

Das Bundesvergabeamt sei nicht dazu berufen, anstelle des Auftraggebers die Prüfung der Angebote zu vervollständigen, zu ergänzen und zu Ende zu führen (BVA 7. 5. 2007, N/0006-BVA/14/2007-85; BVA 20.6.2006, N/0032-BVA/12/2006-19). Es widerspräche dem Grundsatz der Prozessökonomie, wenn die Nachprüfungsbehörde im Laufe des Rechtsschutzverfahrens das Angebot der Antragstellerin auf vom Auftraggeber neue vorgebrachte, vermeintliche Ausscheidensgründe prüfen müsste. Diese Ausscheidungsgründe seien zum Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung nicht leicht aus dem Vergabeakt erkennbar gewesen (VwGH 18.3.2009, 2007/04/0095). Um mit Schriftsatz vom 4.10.2011 weitere Ausscheidensgründe aufzustellen, habe es elementarer Prüfungsschritte durch den Auftraggeber bedurft bzw wären diese sonstigen Ausscheidungsgründe ohne das Heranziehen eines Sachverständigen inhaltlich nicht beurteilbar. Gemäß BVergG diene das Nachprüfungsverfahren nicht der Kontrolle der objektiven Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens, sondern allein der Durchsetzung der Rechte der Antragstellerin.

Zur Namhaftmachung von Subunternehmern führte die Antragstellerin insbesondere aus, dass bei der Beurteilung, ob ein vom Auftragnehmer beigezogenes Unternehmen die Eigenschaft eines Subunternehmers erfülle oder nicht, darauf abzustellen sei, welche Art von Leistung konkret durch das beigezogene

Unternehmen erbracht werde. Der Ausschreibungsgegenstand betreffe einen Bauauftrag und umfasse Baumeisterarbeiten für die Renaturierung der Lutz von km 0,00 bis km 0,60. Bei den Maßnahmen handle es sich um die Ausweitung mit Strukturierungsmaßnahmen, die Ausbildung der Buhnen, den Objektschutz des Bahnkörpers, die Ausbildung der Sohlrampe und ökologische Begleitmaßnahmen. Bei der im Leistungsverzeichnis unter LG 29 (Prüfmaßnahmen), Position 1502 festgelegten Verdichtungskontrolle handle es sich um keine Subunternehmertätigkeit, sondern um eine echte Prüf- und Kontrolltätigkeit. Wie das Wort "Verdichtungskontrolle" impliziere, handle es sich um die Kontrolle der von der Antragstellerin (im Falle der Zuschlagserteilung) erbrachten Leistungen und nicht um die Ausführung eines Teiles der vom Auftraggeber an die Antragstellerin im Falle der Zuschlagserteilung übertragenen Leistung. Nur die Weitergabe der Ausführung eines Teiles der ausgeschriebenen Leistungen an diese Prüfanstalt oder an diesen Ziviltechniker entspreche dem "Wesen" eines Subunternehmersverhältnisses. Die Prüfanstalt bzw ein Ziviltechniker werde jedoch jene Arbeiten, die ausschließlich von der Antragstellerin ausgeführt werden würden, kontrollieren. Die Prüfanstalt bzw der Ziviltechniker sei analog der Judikatur des Bundesvergabeamtes (12.5.2009, N/0022-BVA/11/2009-27; 3.2.2009, N/0171-BVA/04/2008-23) zu den "Zulieferern" oder "Hilfsunternehmern" zu zählen, sie erfüllten nicht die Eigenschaft eines Subunternehmers. Stelle man auf den Begriff des Subunternehmers ab (vgl. Pkt. 3.14 ONORM B 2110), sei die Prüfanstalt bzw der Ziviltechniker, die letztlich die Verdichtungskontrolle durchzuführen hätten, nicht als namhaft zu machende Subunternehmer im Sinne der Bestimmungen des BVergG zu qualifizieren.

Aufgrund der Ausschreibungsbestimmungen sei die Antragstellerin verpflichtet, die Verdichtungskontrolle durch einen Dritten, eine autorisierte Prüfanstalt oder einen Ziviltechniker, durchführen zu lassen. Im Falle der Zuschlagserteilung werde die Antragstellerin diese Verdichtungskontrolle - wie dann vertraglich vereinbart - selbstverständlich durch eine unabhängige, autorisierte Prüfanstalt oder einen unabhängigen Ziviltechniker vornehmen lassen. Die Antragstellerin habe die Position 291502 in diesem Sinne kalkuliert. Teil der ausgeschriebenen Leistung sei jedoch nicht die Durchführung der Verdichtungskontrolle "an sich", sondern der Auftraggeber wolle, dass die von der Antragstellerin ausgeführte Leistung durch einen unabhängigen Dritten kontrolliert werde. Es sei denkunmöglich, die Ausschreibungs-

bestimmungen so auszulegen, dass die Antragstellerin bei vorliegender Befugnis berechtigt wäre, "sich selbst zu kontrollieren".

Die vom Auftraggeber erwähnte Judikatur (BVA 30.4.2011, N/0021-BVA/10/2009-28; 26.6.2009, N/0056-BVA/13/2009-24) sei nicht einschlägig. In beiden Fällen bilde die Erstellung von Bestandsplänen zur Darstellung der tatsächlich ausgeführten Baumaßnahmen einen Teil der ausgeschriebenen Leistungen, die von den Bietern entweder bei vorliegender Befugnis selbst auszuführen oder im Falle mangelnder Befugnis an andere befugte Unternehmer zur Erfüllung weiterzugeben seien.

Selbst wenn die Durchführung der Verdichtungskontrolle eine Subunternehmerleistung darstelle und diese durch die Bieter selbst durchzuführen sei - was die Antragstellerin ausdrücklich bestreite - sei der Baumeister gemäß § 99 GewO berechtigt, die Arbeiten anderer Gewerbe im Rahmen seiner Bauführung zu übernehmen, zu planen, zu berechnen und zu leiten. § 32 GewO räume ihm umfassenden Nebenrechte ein. Er dürfe zB Vollendungsarbeiten, die an sich zum Gewerbeumfang eines anderen Gewerbes gehörten, im Sinne "fachübergreifender Leistungen" vornehmen, Gesamtaufträge übernehmen und einfache Tätigkeiten von reglementierten Gewerben ausüben, deren fachgemäße Ausübung den sonst vorgeschriebenen Befähigungsnachweis erfordere. Auch die Antragstellerin wäre demnach befugt, die Verdichtungskontrolle selbst durchzuführen und nicht verpflichtet einen Subunternehmer namhaft zu machen.

Nach dem Angebotsschreiben, Punkt 9 B, bleibe der Zeitpunkt der Namhaftmachung von Subunternehmern offen. Nach Punkt C 1 des Angebotsschreibens werde die ÖNORM B 2110, Ausgabe 1.1.2009 Vertragsbestandteil. Die Antragstellerin werde wie in Punkt 6.2.2 ÖNORM B 2110 vorgesehen, wenn Teile der Leistung von Subunternehmern auszuführen seien, diese dem Auftraggeber auf dessen Verlangen rechtzeitig bekanntgeben. Im Angebot selbst sei die Antragstellerin jedoch nicht zur Namhaftmachung verpflichtet gewesen.

Bei Nachreichung der Namhaftmachung eines Subunternehmers sei jedenfalls eine materielle Verbesserung der Wettbewerbsstellung der Antragstellerin gegenüber den sonstigen Mitbietern ausgeschlossen. Die fehlende Namhaftmachung stelle daher

einen verbesserbaren Mangel und keinen Ausscheidensgrund dar.

Weiters trat die Antragstellerin ausführlich den Ausführungen des Auftraggebers betreffend die kartell- bzw vergabrechtswidrige Bildung einer Arbeitsgemeinschaft und der nicht plausiblen Kalkulation von Teil- und Gesamtpreisen entgegen.

Mit Schriftsatz vom 21.10.2011 nahm die **präsumtive Zuschlagsempfängerin** zunächst zur mangelnden Antragslegitimation der Antragstellerin unter Hinweis auf die verwaltungsgerichtliche Judikatur Stellung und legte insbesondere dar, dass ihre Eignung zum Zeitpunkt der Angebotslegung vorgelegen habe und sie in hohem Umfang über die technische und wirtschaftliche, aber auch über ausreichende finanzielle Leistungsfähigkeit verfüge.

In der **mündlichen Verhandlung** vom 24.10.2011 forderte die Senatsvorsitzende die Antragstellerin auf, dem Senat zu erläutern, wie und insbesondere von wem, die in der Ausschreibung verlangte "Verdichtungskontrolle" (vgl. Leistungsverzeichnis, Position 291502) laut ihrem Angebot vom 25.8.2011 vorgenommen werden solle. Hiezu führte der Vertreter der Antragstellerin aus, die Verdichtungskontrolle sei Teil der ausgeschriebenen Leistung. Bei diesen Prüfmaßnahmen handle es sich um Arbeiten die nicht von der Antragstellerin selbst, sondern durch einen Dritten zu erledigen seien. Im Falle der Auftragserteilung an die Antragstellerin würden diese Maßnahmen durch einen Dritten (autorisierte Prüfanstalt oder Ziviltechniker) durchgeführt. Es handle sich um eine Kontrolle der zuvor von der Antragstellerin durchgeführten Arbeiten.

Die Antragstellerin gehe daher davon aus, dass es sich bei dieser "Prüfanstalt" um keinen Subunternehmer, sondern vielmehr um einen Zulieferer oder Hilfsunternehmer in analoger Anwendung der Judikatur des BVA handle. Sie werde, sollte der Zuschlag an sie vergeben werden, diese Verpflichtung laut Ausschreibung selbstverständlich wahrnehmen. Der Zeitpunkt der Namhaftmachung für diese Kontrollinstanz sei jedoch in der Ausschreibung nicht festgelegt. Sie werde eine solche autorisierte Prüfanstalt oder einen Ziviltechniker rechtzeitig bekannt geben.

In diesem Sinne sei die Argumentation des Auftraggebers, kein Mitglied der ARGE verfüge über eine Eignung zur Durchführung der genannten Prüfmaßnahmen, verfehlt. Die Ausschreibung setze ausdrücklich voraus, dass es sich um eine dritte, von der Antragstellerin verschiedene Prüfanstalt handeln müsse.

Auf Frage des Auftraggebervers, wie sich die Antragstellerin die Verpflichtung dieser Prüfinstanz vorstelle, wenn sie von der Antragstellerin erst nach Zuschlagserteilung nominiert werde, antwortete der Antragstellerinnenvertreter: Es handle sich um eine zivilrechtliche Angelegenheit. Diese Prüfinstanz werde nach Zuschlagserteilung mittels Vertrag von der Antragstellerin zur Durchführung der ausgeschriebenen Prüfmaßnahmen beauftragt. Das ändere nichts daran, dass sich die Antragstellerin im Falle der Zuschlagserteilung gegenüber dem Auftraggeber obligatorisch verpflichten würde diese Leistungen (Prüfmaßnahmen) durch einen Dritten erbringen zu lassen. Da es sich um keinen Subunternehmer, sondern um einen Hilfsunternehmer handle, bedürfe es keiner weiteren Verpflichtung der Prüfinstanz durch die Antragstellerin vor Zuschlagserteilung.

Der Vertreter des Auftraggebers wies darauf hin, dass sämtliche vergabespezifische Eignungsvoraussetzungen sowie ein erforderlicher Subunternehmer gemäß § 69 Z 1 BVergG spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe bzw. Angebotsöffnung bekannt zu geben seien. § 69 Z 1 BVergG beantworte auch die Frage, bis zu welchem Zeitpunkt ein erforderlicher Subunternehmer bekannt zu geben sei.

Der Antragstellerinnenvertreter erwiderte, dass der Umstand, dass es sich um eine autorisierte Prüfanstalt bzw. einen Ziviltechniker zu handeln habe, dazu führe, dass deren Eignung nicht nachzuweisen sei.

Die Senatsvorsitzende wies im Sinne der VwGH-Judikatur (vgl. VwGH 12.5.2011, ZI. 2007/04/0012) darauf hin, dass das Angebot der Antragstellerin unter dem Aspekt von Punkt B 9 des Angebotsschreibens in Verbindung mit Position 291502 des Leistungsverzeichnisses ausschreibungswidrig und demnach gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG auszuscheiden wäre und gab der Antragstellerin Gelegenheit, sich zu diesem Ausscheidensgrund zu äußern. Der Antragstellerinnenvertreter gab an, auf sein bisheriges Vorbringen zu verweisen und verzichtete auf eine weitere

Stellungnahme zum Ausscheidensgrund gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG. Weiters gab die Antragstellerin zu Protokoll: Sie werde weder jetzt, noch in weiterer Folge schriftlich hiezu neue Argumente vorbringen.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

1. Zu Spruchpunkt I

1. 1. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes:

Der Lutzverband Ludesch-Thüringen-Bludesch ist ein Wasserverband, der auf der Grundlage der §§ 87 ff WRG 1959 i.d.g.F gegründet wurde. Es handelt sich somit um eine Körperschaft öffentlichen Rechts, die zu dem Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind. Vereinszweck ist die Instandhaltung der bestehenden sowie die Errichtung, Erneuerung und Instandhaltung der erforderlichen zusätzlichen Schutz- und Regulierungsbauten im Verbandsgebiet einschließlich der Aufbringung der hierfür erforderlichen Mittel, soweit diese nicht vom Bund oder Land zur Verfügung gestellt werden. Aufsichtsbehörde ist der Landeshauptmann als Organ der mittelbaren Bundesverwaltung (vgl. OZ 7, Bescheid des Amtes der Vorarlberger Landesregierung, v. 13.10.2009 samt Satzung des Lutzverbandes Ludesch-Thüringen-Bludesch). Der Lutzverband Ludesch-Thüringen-Bludesch ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG und ist somit die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes gegeben.

Der gegenständliche Auftrag, ein Bauauftrag gemäß § 4 BVergG, wird in einem offenen Verfahren an den Billigstbieter vergeben. Das Verfahren ist dem Unterschwellenbereich zuzuordnen.

Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung wurde innerhalb der Fristen des § 321 BVergG eingebracht. Er erfüllt die formalen Voraussetzungen des § 322 BVergG und ist insoweit zulässig. Das Verfahren befindet sich nach erfolgter Zuschlagsentscheidung. Es wurde weder ein Zuschlag erteilt, noch eine Widerrufsentscheidung getroffen oder das Vergabeverfahren widerrufen. Das Bundesvergabeamt ist daher zur Behandlung der Anträge zuständig.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat mit Schriftsatz vom 22.9.2011 begründete Einwendungen erhoben. Ihr kommt Parteistellung gemäß § 324 Abs 3 BVergG zu.

1.2. Inhaltliche Beurteilung des Antrages:

Nach ständiger Judikatur des VwGH (18.3.2009, 2007/04/0095; 28.5.2008, 2007/04/0232 und 0233 mwN; ebenso BVA 16.6.2009, N/0030-BVA/04/2009-41) ist das Bundesvergabeamt bei hinreichend konkreten Einwänden einer Verfahrenspartei - auch des Auftraggebers, der den Bieter nicht selbst ausgeschieden hat (!) - verpflichtet, im Rahmen der Überprüfung, ob der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder droht, auch zu prüfen, ob das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden gewesen wäre. Dabei hat die Nachprüfungsbehörde nur solche Ausscheidensgründe aufzugreifen, die schon auf Grund der Akten des Vergabeverfahrens ersichtlich sind und wozu die Heranziehung eines Sachverständigen nicht erforderlich ist (vgl auch VwGH 1.3.2005, 2003/04/0199; BVA 29.7.2009, N/0061-BVA/04/2009-32).

Ein Bieter, dem es nicht gelingt, auf Grund einer ordnungsgemäß zustande gekommenen Ausschreibung (diese ist verfahrensgegenständlich mangels rechtzeitiger Anfechtung bestandfest geworden) ein für den Zuschlag geeignetes Angebot zu legen, ist auch dann nicht schutzwürdig, wenn er geltend machen kann, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin auszuschneiden gewesen wären (vgl. VwGH 11.11.2009, 2009/04/0240). Entgegen der von der Antragstellerin geäußerten Meinung, der Auftraggeber habe die Angebotsprüfung nicht abgeschlossen, steht dieses Ergebnis, im Einklang mit der gemeinschaftsrechtlich gebotenen Effektivität des Rechtsschutzes sowie mit der europäischen Judikatur, also insbesondere auch mit dem Gleichheitsgebot (vgl. EUGH vom 19.6.2003, Rs C-249/01, *Hackermüller*).

Gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG ist das Bundesvergabeamt zur Prüfung angefochtener Entscheidungen des Auftraggebers ausschließlich "im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte" zuständig. Die Antragstellerin hat die Nachprüfung der vom Auftraggeber am 7.9.2011 bekannt gegebenen Zuschlagsentscheidung begehrt. Der Umstand, dass die Antragstellerin vom Auftraggeber nicht vorweg ausgeschieden wurde, ändert nichts an der

Verpflichtung der Nachprüfungsbehörde, bei der Prüfung der Zulässigkeit eines Nachprüfungsverfahrens zur Sicherung eines wirksamen und raschen Nachprüfungsverfahrens einen von ihr erkannten und vom Auftraggeber nicht aufgegriffenen Ausscheidungsgrund heranzuziehen. Dass dem Bundesvergabeamt keine Zuständigkeit zukommt, Angebote auszuschneiden, ändert nichts daran, dass das Bundesvergabeamt die Zulässigkeit von Anträgen zu prüfen hat (vgl. BVA 11.11.2009, N/0105-BVA/04/2009-39). Zudem besteht auch nach der Judikatur des VfGH kein subjektives Recht auf objektive Richtigkeit von Auftraggeberentscheidungen (vgl. *M. Möslinger-Gehmayr in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, § 322 Rz 48).

Vom Auftraggeber wurden solche im Rahmen der Antragslegitimation zu prüfende Ausscheidungsgründe, welche schon auf Grund der Akten des Vergabeverfahrens ersichtlich sind, vorgebracht.

In den Ausschreibungsunterlagen ist die Durchführung von "*Prüfmassnahmen*" festgelegt und zwar, "*muß*" eine "*Verdichtungskontrolle*" in Form der "*Prüfung der Zusammendrückbarkeit*" "*durch eine autorisierte Prüfanstalt oder einem Ziviltechniker erfolgen*" (vgl. Leistungsverzeichnis, LG 29, Position 1502).

Die allgemeinen, für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der §§ 914 ff ABGB sind auch im Vergaberecht anzuwenden (vgl. *Rummel*, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus einer Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind nicht danach zu beurteilen, was der Erklärende sagen wollte oder was der Erklärungsempfänger darunter verstanden hat, sondern danach, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgebend (vgl. VfGH

vom 29.3.2006, Zlen. 2004/04/0144, 0156, 0157 und dem folgend in ständiger Rechtssprechung das BVA 28.7.2006, N/0048-BVA/14/2006-28, BVA 23.11.2006, N/0083-BVA/15/2006-23, BVA 27.11.2006, F/0001-BVA/14/2006-44, BVA 17.4.2009, N/0152-BVA/02/2008-31 uva.).

Mangels Anfechtung innerhalb der Frist des § 321 BVergG ist die Ausschreibung in ihrer Gesamtheit bestandfest geworden (vgl. dazu VwGH 14.11.2007, 2006/04/0233; 11.10.2007, 2006/04/0112; ebenso BVA 23.6.2006, N/0036-BVA/02/2006-22; 19.10.2006, N/0072-BVA/08/2006-65 u.a.). Demnach haben sich nicht nur die Bieter (bei ihrer Angebotserstellung), sondern hat sich insbesondere auch der Auftraggeber bei der Angebotsprüfung an diese Ausschreibung in ihrer bestandfest gewordenen Fassung zu halten (vgl. VwGH 1.3.2007, 2005/04/0239; 28.3.2007, 2005/04/0200; 27.6.2007, 2005/04/0234; ebenso BVA 18.1.2008, N/0118-BVA/04/2007-36; 20.3.2007, N/0012-BVA/07/2007-63; BVA 11.2.2008, N/0006-BVA/04/2008-24 uva.).

Zunächst macht die Formulierung (arg. "durch eine autorisierte Prüfanstalt oder einen Ziviltechniker erfolgen") für einen redlichen Erklärungsempfänger, so auch für die Antragstellerin, klar erkennbar, dass die Maßnahmen "*Prüfung der Zusammendrückbarkeit*" nicht durch die Antragstellerin, sondern vielmehr durch eine autorisierte Prüfanstalt oder einen Ziviltechniker vorzunehmen sind.

Mit dem Vorbringen, die autorisierte Prüfanstalt oder der Ziviltechniker erfülle, indem sie von der Antragstellerin erbrachte Leistungen einer Kontrolle unterziehen, was eine "echte" Prüf- und Kontrolltätigkeit darstelle, nicht die Eigenschaft eines Subunternehmers, sie seien daher analog zur Rechtsprechung des Bundesvergabebeamtes zu den "Zulieferern" oder "Hilfsunternehmen" zu zählen, wird die Frage aufgeworfen, ob der von der Antragstellerin verschiedene Dritte - im Vergleich zur ausgeschriebenen Leistung - "nur" in Hilfsfunktion tätig wird. Hauptmerkmal der Abgrenzung zwischen einem Sub- und einem Hilfsunternehmer ist, dass ein Hilfsunternehmer selbst keine Teile der zu vergebenden Leistung erbringt. Bei der Frage, ob bereits ein Teil der ausgeschriebenen Leistung erbracht oder lediglich eine Hilfsfunktion ausgeübt wird, ist immer auf den vom Auftraggeber konkret vorgegebenen Leistungsgegenstand abzustellen (vgl. *Zellhofer/Schramm, Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2006, Kommentar², § 83 Rz 12). Durch die vom Auftraggeber im Leistungsverzeichnis, LG 29, Position 1502

konkret vorgenommene eindeutige Beschreibung des Leistungsgegenstandes (siehe zuvor) wird für einen redlichen Erklärungsempfänger unmissverständlich klargestellt, dass die von einer autorisierten Prüfanstalt oder einem Ziviltechniker durchzuführenden Prüfmaßnahmen, Bestandteil der ausgeschriebenen Bauleistung sind. Selbst die Antragstellerin gab in der mündlichen Verhandlung ausdrücklich an, die Verdichtungskontrolle sei "Teil der ausgeschriebenen Leistung".

Weiters ging die Antragstellerin folgerichtig davon aus, dass sie, im Falle der Zuschlagserteilung gegenüber dem Auftraggeber obligatorisch verpflichtet werde, diese Prüfmaßnahmen durch einen Dritten erbringen zu lassen. Diese nur zwischen dem Auftragnehmer und dessen Subunternehmer erforderliche Bindung kommt auch in der von der Antragstellerin ins Treffen geführten ÖNORM 2110, unter Punkt 3.14 vorgenommenen allgemeine Definition des Subunternehmers zum Ausdruck (vgl. Subunternehmer bzw. Nachunternehmer ist ein "*Unternehmer, der Teile der an den Auftragnehmer (AN) übertragenen Leistungen ausführt und vertraglich an den AN gebunden ist*"). Demzufolge wird, das zuvor auf der konkreten Ausschreibung basierende, zweifelsfreie und letztlich auch von der Antragstellerin anerkannte Ergebnis: die Verdichtungskontrolle in Form der Prüfung der Zusammendrückbarkeit zählt zur ausgeschriebenen Bauleistung, bestätigt.

Keine Deckung im Wortlaut der Festlegungen im Leistungsverzeichnis findet die Meinung der Antragstellerin, die autorisierte Prüfanstalt bzw der Ziviltechniker habe nicht die Verdichtungskontrolle "an sich" durchzuführen. Nach den Festlegungen in der LG 29, Position 1502, hat die Prüfung der Zusammendrückbarkeit mittels "*Lastplattendruckversuch*" zu erfolgen. Bei diesem Versuch kommt ein sog. "Plattendruckgerät" und schweres Gerät (Bagger, LKW, und ähnliches) als Gegengewicht, zum Einsatz. Untersucht wird die Einstufung der Eignung des Materials, wobei sowohl der absolute Wert des für eine bestimmte Verformung notwendigen Drucks, als auch das Verhältnis der bei aufeinanderfolgenden Durchgängen bestimmten Druckwerte maßgeblich sind (vgl. Plattendruckversuch, unter <http://de.wikipedia.org/wiki/Plattendruckversuch> und <http://www.geotechnik-mainz.de/aktuell-lastplattendruckversuch>). Selbst wenn es sich dabei, wie die Antragstellerin betont, um eine Kontrolltätigkeit handelt, beinhaltet diese Untersuchung diverse von der autorisierten Prüfanstalt oder dem Ziviltechniker, in

seiner Funktion als Subunternehmer des Auftragnehmers zu erbringende Arbeiten zur Abklärung der Festigkeit des von der Antragstellerin zuvor aufgetragenen Materials unter Einsatz von diversem Gerät.

Gemäß § 108 Abs 1 BVergG muss jedes Angebot insbesondere enthalten: "2. ... Die in Frage kommenden Subunternehmer."

Zur Bekanntgabe von Subunternehmern ist unter Punkt B 9 im Angebotsschreiben allgemein festgelegt:

*"Der Bieter hat in seinem Angebot jene **Subunternehmen** bekannt zu geben, deren technische oder finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit für den Nachweis der Leistungsfähigkeit des Bieters erforderlich ist und die erforderlichen Nachweise beizulegen.*

Außerdem hat er jene wesentlichen Teile des Auftrages bekannt zu geben, die er jedenfalls oder möglicherweise als Subaufträge zu vergeben beabsichtigt. Die in Frage kommenden Subunternehmen sind unter Nachweis ihrer Befugnis bekannt zu geben.

Für Leistungen, für die der Bieter keine Befugnis besitzt, sind verpflichtend befugte Subunternehmer namhaft zu machen. Diese bekannt gegebenen Subunternehmer gelten als verbindlich. Änderungen betreffend solcher Subunternehmerleistungen bedürfen der schriftlichen Genehmigung des Auftraggebers."

Nach dem objektiven Erklärungswert dieser im Angebotsschreiben, Punkt B 9, im Einklang mit § 108 Abs 1 Z 2 leg cit vom Auftraggeber getroffenen bestandfesten Vorgaben zur "verpflichtenden" Bekanntgabe von Subunternehmern in Verbindung mit den oben dargestellten Festlegungen über den Leistungsgegenstand "Verdichtungskontrolle", wonach ein Bestandteil der ausgeschriebenen Leistung von einer somit als Subunternehmer zu qualifizierenden autorisierten Prüfanstalt bzw einem Ziviltechniker zu erbringen ist, war aus Sicht eines durchschnittlich fachkundigen Bieters und damit auch für die Antragstellerin, bei Anwendung der üblichen Sorgfalt davon auszugehen, dass das Angebot nach diesen Vorgaben in der Ausschreibung zu erstellen ist. Sie hatte also entweder die von ihr im Falle der Zuschlagserteilung heranzuziehende autorisierte Prüfanstalt oder den Ziviltechniker verpflichtend bereits im Angebot bekannt zu geben.

Entgegen diesen zwingenden Ausschreibungsfestlegungen wurde jedoch von der Antragstellerin in ihrem, dem Bundesvergabeamt vorliegenden Angebot, keine autorisierte Prüfanstalt oder ein Ziviltechniker zur Durchführung der Leistung "Verdichtungskontrolle" namhaft gemacht. Das Kästchen "Bekanntgabe von

Subunternehmern" im Inhaltsverzeichnis über die dem Angebot angeschlossenen Beilagen, enthält keinerlei Eintrag (vgl. OZ 4, Angebot der Antragstellerin vom 25.8.2011, Angebotsschreiben).

Maßgeblich für die Beurteilung jedes Angebotes ist ausschließlich der Zeitpunkt der Angebotsöffnung. Der Angebotsinhalt muss so wie er zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung zu Tage getreten ist, unverändert bleiben und der Angebotsbewertung zugrunde gelegt werden. Im offenen Verfahren ist die Phase des Wettbewerbs im Zeitpunkt des Ablaufs der Angebotsfrist beendet (vgl. 23.2.2011, N/0003-BVA/02/2011-19).

Aufgrund des objektiven Erklärungswertes des Angebotes der Antragstellerin war für den Auftraggeber klar und unmissverständlich ersichtlich, dass im Angebot der Antragstellerin kein Subunternehmer genannt wurde. Eine aufklärungsbedürftige Unklarheit, die ein Aufklärungsverfahren gemäß § 126 Abs. 1 BVergG auszulösen gehabt hätte, lag nicht vor. Entgegen der Meinung der Antragstellerin handelt es sich bei der fehlenden Nennung einer autorisierten Prüfanstalt bzw eines Ziviltechnikers als Subunternehmer auch nicht um einen behebbaren Mangel. Ließe der Auftraggeber oder das Bundesvergabeamt eine nach Angebotsöffnung nachträgliche erfolgte Namhaftmachung eines Subunternehmers zu, käme es zu einer materiellen Verbesserung der Wettbewerbsstellung der Antragstellerin gegenüber den übrigen Bietern, für die die Festlegungen in der Ausschreibung den Maßstab zur Angebotslegung bildeten.

Zudem würde die Nennung von Subunternehmern nach Angebotsöffnung eine Änderung des Angebotsinhaltes darstellen. Jede Angebotsänderung nach Angebotsöffnung steht jedoch im offenen Verfahren nicht im Einklang mit dem in § 101 Abs 4 BVergG verankerten Verhandlungsverbot (vgl. BVA 26.3.2007, N/102-BVA704/2006-83; 6.10.2009, N/0086-BVA/02/2009-32 ua.). Das strikte Verhandlungsverbot des § 101 Abs 4 leg cit stellt eine Konkretisierung der Gebote der Gleichbehandlung und des Wettbewerbs in § 19 Abs 1 BVergG dar. Weder einem solchen "Nachtragsangebot", noch einem Angebot, in welchem ein Auftragnehmer die autorisierte Prüfanstalt bzw den Ziviltechniker erst nach Auftragserteilung namhaft macht, darf der Auftraggeber den Zuschlag erteilen.

Auch der grundsätzlich zutreffende Hinweis der Antragstellerin, als Baumeister gemäß § 99 GewO räume ihr § 32 GewO umfassende Nebenrechte ein, wonach sie selbst befugt wäre, die Verdichtungskontrolle ohne Beschäftigung eines Subunternehmers durchzuführen, ändert nichts an den bestandfesten Vorgaben in der Ausschreibung, die die Durchführung der Verdichtungskontrolle ausdrücklich einem dritten, vom Auftragnehmer verschiedenen, Unternehmen zuweisen.

Es steht nicht in der Disposition des Auftraggebers von Ausscheidenstatbeständen nach seinem Ermessen Gebrauch zu machen. Die Bindung der für eine Zuschlagserteilung in Frage kommenden Angebote an die Ausschreibung ist für die Gleichbehandlung der Bieter iSd § 19 Abs. 1 BVergG entscheidend [vgl dazu EuGH 25.4.1996, RS C 87/94 (Wallonische Busse, RZ 89, wonach eine Abweichung von in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen eine Verletzung wesentlicher Grundsätze des Vergabeverfahrens darstellt)]. Allein deshalb, weil der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für den Zuschlag von einem formalen Ausscheiden eines Angebotes Abstand genommen hat, wird ein auszuscheidendes Angebot nicht zu einem zulässigen Angebot, dem der Zuschlag erteilt werden kann (vgl VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050; ebenso BVA 20.6.2007, N/0050-BVA/04/2007-41 und N/0051-BVA/04/2007-47; 26.3.2007, N/0102-BVA/04/2006-83; 23.7.2004, 14F-09/03-18; 23.7.2004, 14N-64/03-22; 28.1.2005, 04N-131/04-38 u.a.).

Die Thematik der "Nominierung einer autorisierten Prüfanstalt oder eines Ziviltechnikers als Subunternehmer bereits im Angebot" im Sinne der bestandfesten Ausschreibungsbestimmungen (Punkt B 9, Angebotsschreiben in Zusammenschau LG 29, Position 1502, Leistungsverzeichnis) wurde in der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt thematisiert. Die Antragstellerin wurde in der mündlichen Verhandlung von der Behörde darauf hingewiesen, dass ihr Angebot den Ausscheidenstatbestand des § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG, ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot, verwirkliche. Das diesbezügliche Vorbringen des Auftraggebers vom 21.9.2011 (vgl. OZ 17) wurde der Antragstellerin am 27.9.2011 per Faxmitteilung erstmals zur Kenntnis gebracht. Nachdem sie sich hierzu mit Schriftsatz vom 19.10.2011 (vgl. OZ 28) erstmals äußerte, erhielt die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung erneut Gelegenheit, die Stichhaltigkeit

der ihr vom Bundesvergabebeamten vorgehaltenen Ausschreibungswidrigkeit ihres Angebotes anzuzweifeln und dazu Stellung zu nehmen. Auf Nachfrage durch die Behörde verzichtete die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung auf eine weitere, schriftliche Stellungnahme zu diesem Thema ausdrücklich (vgl. VwGH 12.5.2011, Zl. 2007/04/0012).

Mangelt es dem Angebot der Antragstellerin wegen Ausschreibungswidrigkeit an der grundsätzlichen Eignung gemäß den Bestimmungen des BVergG und den hierzu ergangenen Verordnungen für den Zuschlag in Betracht gezogen zu werden, so ist gemäß § 320 Abs 1 BVergG die Antragslegitimation zu verneinen.

Auf die übrigen, insbesondere vom Auftraggeber behaupteten Ausscheidensgründe war daher ebenso wenig weiter einzugehen, wie auf die von der Antragstellerin dazu eingelangten Vorbringen.

2. Zu Spruchpunkt II.

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

Da – wie sich aus Spruchpunkt I ergibt - der Nachprüfungsantrag vom 13.9.2011 zurückgewiesen wurde und daher auch kein "teilweises Obsiegen" der Antragstellerin iSv § 319 Abs 1 BVergG vorliegt, ist der diesbezügliche Antrag, soweit er sich auf den Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag bezieht, abzuweisen. Ebenso ist der Antrag der Antragstellerin, soweit er sich auf Ersatz der Pauschalgebühr für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom 13.9.2011 bezieht, gemäß § 319 Abs. 2 BVergG abzuweisen. Zwar wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit Bescheid vom 19.9.2011, N/0090-BVA/02/2011-EV14, stattgegeben, der Nachprüfungsantrag wurde jedoch gemäß § 320 Abs. 1 leg. cit. unter Spruchpunkt I abgewiesen.

Wien, am 28. Oktober 2011
Die Vorsitzende des Senates 2:
Mag. Viktoria Mugli-Maschek