

TE Verg Bescheid 2013/8/2 N/0054-BVA/02/2013-23

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 02.08.2013

Norm

BVergG 2006 §3:

BVergG 2006 §6

BVergG 2006 §8 Abs1

BVergG 2006 §9 Abs2

BVergG 2006 §12 Abs1 Z2

BVergG 2006 §12 Abs1 Z3

BVergG 2006 §13 Abs1

BVergG 2006 §13 Abs2

BVergG 2006 §13 Abs3

BVergG 2006 §13 Abs4

BVergG 2006 §14 Abs2

BVergG 2006 §46

BVergG 2006 §79 Abs1

BVergG 2006 §318

BVergG 2006 §319 Abs1

BVergG 2006 §345 Abs17 Z2

BVergG 2006 §345 Abs17 Z3

BVergG 1997 §11 Abs3

B-VG Art 14 b

1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 6 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 8 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 9 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 12 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

3. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

4. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 12 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

3. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 13 gültig von 01.01.2008 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 13 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 13 gültig von 01.01.2008 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 13 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 13 gültig von 01.01.2008 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 13 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 13 gültig von 01.01.2008 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 13 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 14 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 14 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 14 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. BVergG 2006 § 46 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 46 gültig von 05.03.2010 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 46 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 79 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 79 gültig von 05.03.2010 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 79 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 318 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 318 gültig von 20.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 84/2007
6. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.02.2006 bis 19.11.2007
1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.02.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 345 gültig von 12.07.2013 bis 26.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 345 gültig von 24.05.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2012
4. BVergG 2006 § 345 gültig von 17.02.2012 bis 23.05.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
5. BVergG 2006 § 345 gültig von 05.03.2010 bis 17.02.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
6. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2008
7. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
8. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.02.2006 bis 26.11.2007
1. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.02.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 345 gültig von 12.07.2013 bis 26.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 345 gültig von 24.05.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2012
4. BVergG 2006 § 345 gültig von 17.02.2012 bis 23.05.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
5. BVergG 2006 § 345 gültig von 05.03.2010 bis 17.02.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
6. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2008
7. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
8. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.02.2006 bis 26.11.2007
1. B-VG Art. 14 heute
2. B-VG Art. 14 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. B-VG Art. 14 gültig von 01.08.2014 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013

4. B-VG Art. 14 gültig von 03.08.2013 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013
5. B-VG Art. 14 gültig von 10.06.2005 bis 02.08.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 31/2005
6. B-VG Art. 14 gültig von 01.01.2004 bis 09.06.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
7. B-VG Art. 14 gültig von 28.04.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 316/1975
8. B-VG Art. 14 gültig von 01.01.1975 bis 27.04.1975 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974
9. B-VG Art. 14 gültig von 18.07.1962 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 215/1962
10. B-VG Art. 14 gültig von 19.12.1945 bis 17.07.1962 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
11. B-VG Art. 14 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 2, Mag. Viktoria Mugli-Maschek, sowie Mag. Georg Konetzky 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. 128/2013, betreffend die Auftragsvergabe "Bau- und Entsorgungsleistungen sowie Errichtung und Betrieb der Sicherung im Zuge der Sanierung der Altlast N66 ,Wienersdorfer Dachpappenfabrik", des Auftraggebers ABO Asphalt-Bau Oeynhausen GmbH, Triesterstraße 2-10, 2512 Wienersdorf-Oeynhausen, vertreten durch Kiener Consult ZT GmbH, Stadtplatz 37, 3400 Klosterneuburg, diese vertreten durch X***, über den Antrag der Bewerbergemeinschaft bestehend aus A***, und B***, vertreten durch Y***, vom 7. Juni 2013, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 2, Mag. Viktoria Mugli-Maschek, sowie Mag. Georg Konetzky als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Hagen Pleile als Mitglied der Auftragnehmerseite, im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, Bundesvergabegesetz 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 128 aus 2013,, betreffend die Auftragsvergabe "Bau- und Entsorgungsleistungen sowie Errichtung und Betrieb der Sicherung im Zuge der Sanierung der Altlast N66 ,Wienersdorfer Dachpappenfabrik", des Auftraggebers ABO Asphalt-Bau Oeynhausen GmbH, Triesterstraße 2-10, 2512 Wienersdorf-Oeynhausen, vertreten durch Kiener Consult ZT GmbH, Stadtplatz 37, 3400 Klosterneuburg, diese vertreten durch X***, über den Antrag der Bewerbergemeinschaft bestehend aus A***, und B***, vertreten durch Y***, vom 7. Juni 2013, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Die Anträge auf Nichtigerklärung der "Nicht-Zulassung zur Teilnahme vom 29.5.2013", in eventu Nichtigerklärung des "gegenständlichen Vergabeverfahrens", werden zurückgewiesen.

II.römisch zwei.

Der Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren durch den Auftraggeber wird abgewiesen.

Begründung

Die Ausschreibungsbekanntmachung zum gegenständlichen Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich erfolgte im Amtsblatt der Wiener Zeitung am 15.4.2013, unter der Referenznummer L- 525435-345. Der gegenständliche Auftrag soll im Rahmen eines nicht offenen Verfahrens vergeben werden. Die Frist für die Abgabe der Teilnahmeanträge war mit 30.4.2013, 12:00 Uhr, festgelegt. Gemäß Punkt 18 der Bewerbungsunterlagen sind nur die fünf am besten bewerteten Bewerber zur Angebotsabgabe einzuladen.

Nach Abgabe eines Teilnahmeantrages wurde der Bewerbergemeinschaft bestehend aus A***, und B***, nunmehr vertreten durch Y*** (in der Folge Antragstellerin) mit E-Mail vom 29.5.2013 mitgeteilt, nicht zur Angebotsabgabe zugelassen zu werden.

Gegen diese Nichtzulassung zur Angebotsabgabe richten sich die mit Schriftsatz vom 7. Juni 2013 vorliegend eingebrachten Anträge. Begehrt wird "das Bundesvergabeamt möge 2. die Nicht-Zulassung zur Teilnahme vom 29.5.2013 für nichtig erklären; 3, in eventu: das gegenständliche Vergabeverfahren für nichtig erklären;" und "4. der Auftraggeberin den Ersatz der Pauschalgebühren zu Händen der Rechtsvertreterin der Antragstellerin binnen 14 Tagen auferlegen" sowie die Durchführung einer mündlichen Verhandlung.

Begründend brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor wie folgt:

Anwendbarkeit des BVergG / Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liege sowohl im sachlichen als auch im persönlichen Anwendungsbereich des BVergG.

Bei der laut nationaler Bekanntmachung und laut Einladung zur Abgabe eines Teilnahmeantrags als Bauauftrag im Unterschwellenbereich zu vergebenden Leistung handle es sich in sachlicher Hinsicht nur um einen Teil des Gesamtprojekts "Sanierung der Altlast N66". Die Antragstellerin gehe davon aus, dass der Gesamtwert der Leistungen im Zusammenhang mit dem Sanierungsprojekt zumindest EUR 5.000.000,00 betrage. Dies lasse sich durch Einsichtnahme in den Förderakt der Republik Österreich bzw der KPC aufklären. Bei Berechnung des geschätzten Auftragswertes nach Maßgabe von § 13 BVergG und der ständigen Judikatur (vgl. VwGH 22.6.2011, 2011/04/0116; VwGH 8.10.2010, 2007/04/0188), erreiche der Gesamtauftragswert desBei der laut nationaler Bekanntmachung und laut Einladung zur Abgabe eines Teilnahmeantrags als Bauauftrag im Unterschwellenbereich zu vergebenden Leistung handle es sich in sachlicher Hinsicht nur um einen Teil des Gesamtprojekts "Sanierung der Altlast N66". Die Antragstellerin gehe davon aus, dass der Gesamtwert der Leistungen im Zusammenhang mit dem Sanierungsprojekt zumindest EUR 5.000.000,00 betrage. Dies lasse sich durch Einsichtnahme in den Förderakt der Republik Österreich bzw der KPC aufklären. Bei Berechnung des geschätzten Auftragswertes nach Maßgabe von Paragraph 13, BVergG und der ständigen Judikatur vergleiche VwGH 22.6.2011, 2011/04/0116; VwGH 8.10.2010, 2007/04/0188), erreiche der Gesamtauftragswert des

gegenständlichen Sanierungsprojekts den Schwellenwert für Bauaufträge gemäß § 12 Abs 1 Z 3 BVergG.gegenständlichen Sanierungsprojekts den Schwellenwert für Bauaufträge gemäß Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG.

Auch die Voraussetzungen gemäß § 3 Abs 2 BVergG betreffend den persönlichen Anwendungsbereich seien im gegenständlichen Fall erfüllt. Der Auftraggeber erhalte für die Durchführung der Sanierung der Altlast N66 eine Subvention in Höhe von mehr als 50 % von der Kommunalkredit Austria AG, die mehrheitlich von der Republik Österreich (Bund) gehalten werde. Die Subventionierung erfolge daher durch einen öffentlichen Auftraggeber.Auch die Voraussetzungen gemäß Paragraph 3, Absatz 2, BVergG betreffend den persönlichen Anwendungsbereich seien im gegenständlichen Fall erfüllt. Der Auftraggeber erhalte für die Durchführung der Sanierung der Altlast N66 eine Subvention in Höhe von mehr als 50 % von der Kommunalkredit Austria AG, die mehrheitlich von der Republik Österreich (Bund) gehalten werde. Die Subventionierung erfolge daher durch einen öffentlichen Auftraggeber.

Der gegenständliche Auftrag umfasse Tiefbauarbeiten im Sinne des Anhanges 1 zum BVergG. Es handle sich um klassische Erdbewegungsarbeiten, nämlich den Aushub von insgesamt ca 20.000 m3 an Erdmaterial inklusive von dessen Entsorgung und die anschließende Verfüllung der Baugrube.

Sollte sich eine Anwendbarkeit des BVergG nicht aus § 3 Abs 2 BVergG ergeben, seien die Bestimmungen des BVergG trotzdem auf die gegenständliche Auftragsvergabe weitgehend anwendbar. Grundlage der Ausschreibung seien die Bestimmungen des Umweltförderungsgesetzes (UFG) und die gemäß §§ 13 und 29ff UFG erlassenen Förderungsrichtlinien des Bundesministeriums für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt- und Wasserwirtschaft (BMLFUW). Gemäß § 4 Abs 1 Z 6 der Förderrichtlinien sei die Einhaltung des BVergG Voraussetzung für die Gewährung einer Förderung. Soweit Maßnahmen nicht in den Geltungsbereich des BVergG fallen würden, seien zumindest die Bestimmungen hinsichtlich Art und Wahl des Vergabeverfahrens und hinsichtlich der Durchführung von Vergabeverfahren einzuhalten. Die gegenständliche Ausschreibung unterliege daher in Bezug auf die Durchführung des Vergabeverfahrens, unter die auch die Zulassung bzw. Nicht-Zulassung zur Teilnahme falle, dem Anwendungsbereich des BVergG.Sollte sich eine Anwendbarkeit des BVergG nicht aus Paragraph 3, Absatz 2, BVergG ergeben, seien die Bestimmungen des BVergG trotzdem auf die gegenständliche Auftragsvergabe weitgehend anwendbar. Grundlage der Ausschreibung seien die Bestimmungen des Umweltförderungsgesetzes (UFG) und die gemäß Paragraphen 13 und 29 f, f UFG erlassenen Förderungsrichtlinien des Bundesministeriums für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt- und Wasserwirtschaft (BMLFUW). Gemäß Paragraph 4, Absatz eins, Ziffer 6, der Förderrichtlinien sei die Einhaltung des BVergG Voraussetzung für die Gewährung einer Förderung. Soweit Maßnahmen nicht in den Geltungsbereich des BVergG fallen würden, seien zumindest die Bestimmungen hinsichtlich

Art und Wahl des Vergabeverfahrens und hinsichtlich der Durchführung von Vergabeverfahren einzuhalten. Die gegenständliche Ausschreibung unterliege daher in Bezug auf die Durchführung des Vergabeverfahrens, unter die auch die Zulassung bzw. Nicht-Zulassung zur Teilnahme falle, dem Anwendungsbereich des BVergG.

Auch sei das Bundesvergabeamt für die gegenständliche Ausschreibung entweder nach den Bestimmungen von Art 14b Abs 2 Z 1 lit e oder lit g B-VG zuständig. Auch sei das Bundesvergabeamt für die gegenständliche Ausschreibung entweder nach den Bestimmungen von Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera e, oder Litera g, B-VG zuständig.

Der Fall einer Vergabe durch einen Rechtsträger, der gemäß § 3 Abs 2 BVergG aufgrund einer Subvention des Auftrags im Ausmaß von über 50 % in den Anwendungsbereich des BVergG falle, werde zwar in Art 14b B-VG nicht ausdrücklich der Bundes- oder Landesvollziehung zugewiesen, doch sehe Art 14b Abs 2 Z 1 lit e B-VG eine Bundeszuständigkeit insbesondere dann vor, wenn es sich um eine Vergabe von Aufträgen durch einen nicht in Art 14b Abs 2 Z 1 lit a bis d und Z 2 B-VG genannten Rechtsträger handle, welcher vom Bund finanziert werde und der Finanzierungsanteil des Bundes zumindest gleich groß sei, wie ein möglicher Finanzierungsanteil der Länder (sublit aa) oder der Rechtsträger hinsichtlich seiner Leitung der Aufsicht des Bundes unterliege und die Vergabe nicht unter Art 14b Abs 2 Z 1 lit e sublit aa oder Z 2 lit e B-VG falle (sublit bb). Obwohl es sich in diesem Fall um ein privates Unternehmen, welches grundsätzlich weder von einem anderen öffentlichen Auftraggeber finanziert werde oder in Bezug auf seine Leitung dessen Aufsicht unterliege - sodass die Antragstellerin nicht davon ausgehe, der gegenständliche Sachverhalt falle unter Art 14b Abs 2 Z 1 lit e sublit aa bzw bb B-VG - sei es denkbar, dass sich die in der genannten Bestimmung geforderte Finanzierung bzw Aufsicht über die Leitung auf einen speziellen Auftrag beziehe. Beim gegenständlichen Auftrag liege sowohl eine überwiegende Finanzierung durch die Republik Österreich, vertreten durch den Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft im Rahmen von Förderungen gemäß den Förderungsrichtlinien, als auch eine Aufsicht der Förderstelle vor. Das Projekt werde zu mehr als 50 % durch eine Förderung des BMLFUW subventioniert bzw finanziert und laut Punkt 3.1 der Unterlagen des Auftraggebers habe dieser den Auftrag in Abstimmung mit der Förderstelle zu vergeben. Diese "Abstimmung" impliziere - in Bezug auf den gegenständlichen Auftrag - eine ausgeprägte Aufsichtsbefugnis der Förderstelle über den Auftraggeber. Gehe man davon aus, dass die gegenständliche Subvention des Auftrags zu mehr als 50 % eine "Finanzierung" im Sinne des Art 14b Abs 2 Z 1 lit e sublit aa B-VG darstelle, oder der Auftraggeber aufgrund der Abstimmungspflicht in seiner Leitung im Sinne der sublit bb der Aufsicht des Bundes unterliege, sei das Bundesvergabeamt gemäß Art 14b Abs 2 Z 1 lit e sublit aa bzw bb B-VG zur Entscheidung über den

Der Fall einer Vergabe durch einen Rechtsträger, der gemäß Paragraph 3, Absatz 2, BVergG aufgrund einer Subvention des Auftrags im Ausmaß von über 50 % in den Anwendungsbereich des BVergG falle, werde zwar in Artikel 14 b, B-VG nicht ausdrücklich der Bundes- oder Landesvollziehung zugewiesen, doch sehe Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera e, B-VG eine Bundeszuständigkeit insbesondere dann vor, wenn es sich um eine Vergabe von Aufträgen durch einen nicht in Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera a bis d und Ziffer 2, B-VG genannten Rechtsträger handle, welcher vom Bund finanziert werde und der Finanzierungsanteil des Bundes zumindest gleich groß sei, wie ein möglicher Finanzierungsanteil der Länder (Sub-Litera, a, a,) oder der Rechtsträger hinsichtlich seiner Leitung der Aufsicht des Bundes unterliege und die Vergabe nicht unter Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera e, Sub-Litera, a, a, oder Ziffer 2, Litera e, B-VG falle (Sub-Litera, b, b,). Obwohl es sich in diesem Fall um ein privates Unternehmen, welches grundsätzlich weder von einem anderen öffentlichen Auftraggeber finanziert werde oder in Bezug auf seine Leitung dessen Aufsicht unterliege - sodass die Antragstellerin nicht davon ausgehe, der gegenständliche Sachverhalt falle unter Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera e, Sub-Litera, a, a, bzw bb B-VG - sei es denkbar, dass sich die in der genannten Bestimmung geforderte Finanzierung bzw Aufsicht über die Leitung auf einen speziellen Auftrag beziehe. Beim gegenständlichen Auftrag liege sowohl eine überwiegende Finanzierung durch die Republik Österreich, vertreten durch den Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft im Rahmen von Förderungen gemäß den Förderungsrichtlinien, als auch eine Aufsicht der Förderstelle vor. Das Projekt werde zu mehr als 50 % durch eine Förderung des BMLFUW subventioniert bzw finanziert und laut Punkt 3.1 der Unterlagen des Auftraggebers habe dieser den Auftrag in Abstimmung mit der Förderstelle zu vergeben. Diese "Abstimmung" impliziere - in Bezug auf den gegenständlichen Auftrag - eine ausgeprägte Aufsichtsbefugnis der Förderstelle über den Auftraggeber. Gehe man davon aus, dass die gegenständliche Subvention des Auftrags zu mehr als 50 % eine "Finanzierung" im Sinne des Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera e, Sub-Litera, a, a, B-VG darstelle, oder der Auftraggeber aufgrund der Abstimmungspflicht in seiner Leitung im Sinne der Sub-Litera, b, b, der Aufsicht des Bundes unterliege, sei das Bundesvergabeamt gemäß Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera e, Sub-Litera, a, a, bzw bb B-VG zur Entscheidung über den

gegenständlichen Nachprüfungsantrag zuständig.

Komme hingegen die Anwendung von Art 14b Abs 2 Z 1 lit e B-VG auf den gegenständlichen Sachverhalt nicht in Betracht, sei die Generalklausel des Art 14b Abs 2 Z 1 lit g B-VG heranzuziehen, wonach sämtliche Vergabeangelegenheiten, die nicht explizit dem Bund oder den Ländern zugewiesen seien, dem Vollzugsbereich des Bundes zufallen. Da die Vergabe von Aufträgen durch einen Rechtsträger, der gemäß § 3 Abs 2 BVergG aufgrund einer Subvention des Auftrags im Ausmaß von über 50 % in den Anwendungsbereich des BVergG falle, (abgesehen von der möglichen Anwendbarkeit des Art 14b Abs 2 Z 1 lit e sublit aa bzw bb B-VG) unter keinen anderen Tatbestand des Art 14b B-VG falle, ergebe sich letztlich die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes aus Art 14b Abs 2 Z 1 lit g B-VG. In einem nahezu gleich gelagerten Sanierungsverfahren, welches ebenfalls zu mehr als 50 % von der Österreichischen Kommunalkredit AG subventioniert worden sei, habe das BVA seine Zuständigkeit bereits ausgesprochen (BVA 9.2.1999 zu N-3/99-12).

Komme hingegen die Anwendung von Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera e, B-VG auf den gegenständlichen Sachverhalt nicht in Betracht, sei die Generalklausel des Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera g, B-VG heranzuziehen, wonach sämtliche Vergabeangelegenheiten, die nicht explizit dem Bund oder den Ländern zugewiesen seien, dem Vollzugsbereich des Bundes zufallen. Da die Vergabe von Aufträgen durch einen Rechtsträger, der gemäß Paragraph 3, Absatz 2, BVergG aufgrund einer Subvention des Auftrags im Ausmaß von über 50 % in den Anwendungsbereich des BVergG falle, (abgesehen von der möglichen Anwendbarkeit des Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera e, Sub-Litera, a, a, bzw bb B-VG) unter keinen anderen Tatbestand des Artikel 14 b, B-VG falle, ergebe sich letztlich die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes aus Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera g, B-VG. In einem nahezu gleich gelagerten Sanierungsverfahren, welches ebenfalls zu mehr als 50 % von der Österreichischen Kommunalkredit AG subventioniert worden sei, habe das BVA seine Zuständigkeit bereits ausgesprochen (BVA 9.2.1999 zu N-3/99-12).

Rechtswidrige Teilnahme ausgeschlossener Unternehmen am

Vergabeverfahren

Die Antragstellerin gehe davon aus, dass auch die Gesellschafterinnen des Auftraggebers bzw mit diesen verbundene Unternehmen zumindest teilweise Teilnahmeanträge im gegenständlichen Vergabeverfahren gestellt haben und in weiterer Folge zur Angebotslegung zugelassen worden seien. Als potentielle Bewerber kämen im gegenständlichen Vergabeverfahren die C***, die D*** und die E*** in Betracht. Diese Bauunternehmungen sowie mit diesen konzernverbundenen Unternehmen seien jedenfalls als mit dem Auftraggeber verbundene Unternehmen im Sinne des § 20 Abs 5 BVergG anzusehen. Im Zweifel gelten gemäß § 228 UGB Anteile an einer Kapitalgesellschaft, die insgesamt ein Fünftel, also 20 % des Nennkapitals dieser Gesellschaft erreichten, als Beteiligung. Die C***, die D***, die E*** und die F*** seien am Auftraggeber jeweils mit 22,5% beteiligt. Deren Teilnahme bzw die Teilnahme von Gesellschafterinnen oder deren Muttergesellschaften (wie zB Unternehmen der G***) sei daher gemäß § 20 Abs 5 BVergG unzulässig.

Die Antragstellerin gehe davon aus, dass auch die Gesellschafterinnen des Auftraggebers bzw mit diesen verbundene Unternehmen zumindest teilweise Teilnahmeanträge im gegenständlichen Vergabeverfahren gestellt haben und in weiterer Folge zur Angebotslegung zugelassen worden seien. Als potentielle Bewerber kämen im gegenständlichen Vergabeverfahren die C***, die D*** und die E*** in Betracht. Diese Bauunternehmungen sowie mit diesen konzernverbundenen Unternehmen seien jedenfalls als mit dem Auftraggeber verbundene Unternehmen im Sinne des Paragraph 20, Absatz 5, BVergG anzusehen. Im Zweifel gelten gemäß Paragraph 228, UGB Anteile an einer Kapitalgesellschaft, die insgesamt ein Fünftel, also 20 % des Nennkapitals dieser Gesellschaft erreichten, als Beteiligung. Die C***, die D***, die E*** und die F*** seien am Auftraggeber jeweils mit 22,5% beteiligt. Deren Teilnahme bzw die Teilnahme von Gesellschafterinnen oder deren Muttergesellschaften (wie zB Unternehmen der G***) sei daher gemäß Paragraph 20, Absatz 5, BVergG unzulässig.

Durch die Teilnahme von mit dem Auftraggeber verbundenen Unternehmen werde -entgegen § 20 Abs 5 BVergG, welcher einen freien und lauten Wettbewerb sowie die Gleichbehandlung sämtlicher Bewerber bzw Bieter garantieren solle - ein solcher freier und lauterer Wettbewerb verunmöglicht. Der Auftraggeber habe die Teilnahmeunterlagen erstellt, er sei daher unmittelbar an der Erarbeitung der Unterlagen beteiligt gewesen. Durch die Verbindung mit dem Auftraggeber, hätten die mit ihm verbundenen Unternehmen einen unzulässigen Wettbewerbsvorteil (vgl VfGH 20.6.2001, B 1 560/00; BVA. 12.4.2002, N-128/01-72). Diese Verbundenheit indiziere die Möglichkeit einer Einflussnahme auf die Erstellung der Unterlagen. Die Unternehmen könnten die Ausschreibung derart beeinflussen, dass sie selbst ein besseres Bewertungsergebnis erzielten, als die übrigen Mitbewerber. Von

einem begründeten Ausnahmefall, wie zum Beispiel dem gänzlichen Fehlen geeigneter Unternehmen am Markt, könne hier keine Rede sein, weshalb diese Bauunternehmen vom gegenständlichen Vergabeverfahren auszuschließen seien. Durch die Teilnahme von mit dem Auftraggeber verbundenen Unternehmen werde -entgegen Paragraph 20, Absatz 5, BVergG, welcher einen freien und lauterer Wettbewerb sowie die Gleichbehandlung sämtlicher Bewerber bzw Bieter garantieren solle - ein solcher freier und lauterer Wettbewerb verunmöglicht. Der Auftraggeber habe die Teilnahmeunterlagen erstellt, er sei daher unmittelbar an der Erarbeitung der Unterlagen beteiligt gewesen. Durch die Verbindung mit dem Auftraggeber, hätten die mit ihm verbundenen Unternehmen einen unzulässigen Wettbewerbsvorteil vergleiche VfGH 20.6.2001, B 1 560/00; BVA. 12.4.2002, N-128/01-72). Diese Verbundenheit indiziere die Möglichkeit einer Einflussnahme auf die Erstellung der Unterlagen. Die Unternehmen könnten die Ausschreibung derart beeinflussen, dass sie selbst ein besseres Bewertungsergebnis erzielen, als die übrigen Mitbewerber. Von einem begründeten Ausnahmefall, wie zum Beispiel dem gänzlichen Fehlen geeigneter Unternehmen am Markt, könne hier keine Rede sein, weshalb diese Bauunternehmen vom gegenständlichen Vergabeverfahren auszuschließen seien.

Aufgrund ihrer Marktkenntnis gehe die Antragstellerin davon aus, dass sie aufgrund ihres guten Bewertungsergebnisses des Teilnahmeantrages im Falle eines Unterbleibens der Teilnahme von Gesellschafterinnen des Auftraggebers bzw von mit diesen verbundenen Unternehmen als eines von fünf nicht mit dem Auftraggeber verbundenen Unternehmen zur Angebotslegung zugelassen worden wäre.

Selbst unter der Annahme, dass die Beteiligung der mit dem Auftraggeber verbundenen Unternehmen am Vergabeverfahren nicht gegen § 20 Abs 5 BVergG verstoße, verletze deren Teilnahme das Prinzip des freien und lauterer Wettbewerbs sowie das Gleichbehandlungsgebot. Das Wesen des Wettbewerbs sei es bei der Vergabe von Aufträgen eine möglichst große Zahl von Bewerbern gegeneinander in Konkurrenz zu bringen, um ein möglichst günstiges Angebot für den Auftraggeber zu erzielen (BVA 2.10.2001, N-80/01-19). Es sei nicht glaubwürdig, dass die Gesellschafter des Auftraggebers im gegenständlichen Fall zueinander im vollen Wettbewerb stünden, zumal ihnen die Vorteile des Auftraggebers als Gesellschafter wieder zu Gute kämen. Der Kreis der tatsächlich zueinander im Wettbewerb stehenden Bieter werde dadurch wesentlich eingeschränkt und die große Zahl der in derselben Branche tätigen Gesellschafter des Auftraggebers verschärfe noch diese Situation. Zur Gewährleistung eines echten, freien und lauterer Wettbewerbs in der zweiten Stufe des Vergabeverfahrens, seien wenigstens fünf nicht mit der Auftraggeberin verbundene Unternehmen einzuladen. Selbst unter der Annahme, dass die Beteiligung der mit dem Auftraggeber verbundenen Unternehmen am Vergabeverfahren nicht gegen Paragraph 20, Absatz 5, BVergG verstoße, verletze deren Teilnahme das Prinzip des freien und lauterer Wettbewerbs sowie das Gleichbehandlungsgebot. Das Wesen des Wettbewerbs sei es bei der Vergabe von Aufträgen eine möglichst große Zahl von Bewerbern gegeneinander in Konkurrenz zu bringen, um ein möglichst günstiges Angebot für den Auftraggeber zu erzielen (BVA 2.10.2001, N-80/01-19). Es sei nicht glaubwürdig, dass die Gesellschafter des Auftraggebers im gegenständlichen Fall zueinander im vollen Wettbewerb stünden, zumal ihnen die Vorteile des Auftraggebers als Gesellschafter wieder zu Gute kämen. Der Kreis der tatsächlich zueinander im Wettbewerb stehenden Bieter werde dadurch wesentlich eingeschränkt und die große Zahl der in derselben Branche tätigen Gesellschafter des Auftraggebers verschärfe noch diese Situation. Zur Gewährleistung eines echten, freien und lauterer Wettbewerbs in der zweiten Stufe des Vergabeverfahrens, seien wenigstens fünf nicht mit der Auftraggeberin verbundene Unternehmen einzuladen.

Die Begrenzung auf nur fünf Teilnehmer in der zweiten Stufe bei gleichzeitiger Zulassung der Teilnahme von mit dem Auftraggeber verbundenen Unternehmen verstoße gegen das Wettbewerbsprinzip gemäß § 19 Abs 1 BVergG. Würden zumindest acht Unternehmer, jedenfalls fünf nicht mit dem Auftraggeber verbundene Unternehmen in die zweite Stufe eingeladen werden, wäre die Antragstellerin zur Teilnahme zugelassen worden. Ihr Teilnahmeantrag hätte sich unter den fünf Angeboten mit den besten Bewertungen befunden. Die Begrenzung auf nur fünf Teilnehmer in der zweiten Stufe bei gleichzeitiger Zulassung der Teilnahme von mit dem Auftraggeber verbundenen Unternehmen verstoße gegen das Wettbewerbsprinzip gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG. Würden zumindest acht Unternehmer, jedenfalls fünf nicht mit dem Auftraggeber verbundene Unternehmen in die zweite Stufe eingeladen werden, wäre die Antragstellerin zur Teilnahme zugelassen worden. Ihr Teilnahmeantrag hätte sich unter den fünf Angeboten mit den besten Bewertungen befunden.

Mangelhafte Begründung der Teilnahmeausschlussentscheidung

Der Auftraggeber habe die mit E-Mail vom 29.5.2013 erfolgte Entscheidung über die Nicht-Zulassung der

Antragstellerin zur 2. Stufe des Vergabeverfahrens nicht ausreichend konkret begründet. Auch sei der Auftraggeber der an die vergebende Stelle gerichteten Aufforderung der Antragstellerin vom 5.6.2013, den behaupteten "Mangel beim Basis-Referenzprojekt", nämlich "zu geringe Punkteanzahl bei den Referenzprojekten /

Zertifizierungen" konkret zu benennen und die Punktebewertung samt Begründung betreffend den Teilnahmeantrag der Antragstellerin und aller vor ihr liegenden Teilnahmeanträge offen zu legen, nicht nachgekommen. Eine Überprüfung der Richtigkeit der "Begründung der Nicht-Zulassung" bzw des Bewertungsergebnisses sei daher für die Antragstellerin nicht möglich.

Auch seien angebliche Mängel in den vorgelegten Referenzen der Antragstellerin nicht im Sinne des § 126 Abs 1 BVergG vorgehalten worden. Sie habe keine Gelegenheit gehabt, Unklarheiten aufzuklären und allenfalls verbesserbare Mängel zu verbessern. Auch seien angebliche Mängel in den vorgelegten Referenzen der Antragstellerin nicht im Sinne des Paragraph 126, Absatz eins, BVergG vorgehalten worden. Sie habe keine Gelegenheit gehabt, Unklarheiten aufzuklären und allenfalls verbesserbare Mängel zu verbessern.

Gemäß § 103 Abs 7 BVergG habe der Auftraggeber die nicht zur Angebotsabgabe aufgeforderten Bewerber von der Entscheidung unverzüglich nach Abschluss der Auswahl unter Bekanntgabe der Gründe für die Nicht-Zulassung zu verständigen. Die Gründe der Nicht-Zulassung seien nur dann nicht bekannt zu geben, wenn die Bekanntgabe dieser Informationen öffentlichen Interessen oder den berechtigten Geschäftsinteressen von Unternehmern widersprechen oder dem freien und lauterem Wettbewerb schaden würden. Offensichtlich treffe dieser Fall gegenständlich nicht zu. Die Mitteilung der Nicht-Zulassung zur Teilnahme ohne Angabe der näheren Gründe verstoße gegen § 103 Abs 7 BVergG. Gemäß Paragraph 103, Absatz 7, BVergG habe der Auftraggeber die nicht zur Angebotsabgabe aufgeforderten Bewerber von der Entscheidung unverzüglich nach Abschluss der Auswahl unter Bekanntgabe der Gründe für die Nicht-Zulassung zu verständigen. Die Gründe der Nicht-Zulassung seien nur dann nicht bekannt zu geben, wenn die Bekanntgabe dieser Informationen öffentlichen Interessen oder den berechtigten Geschäftsinteressen von Unternehmern widersprechen oder dem freien und lauterem Wettbewerb schaden würden. Offensichtlich treffe dieser Fall gegenständlich nicht zu. Die Mitteilung der Nicht-Zulassung zur Teilnahme ohne Angabe der näheren Gründe verstoße gegen Paragraph 103, Absatz 7, BVergG.

Unrichtige Bewertung des Basis-Referenzprojekts und weiterer

Referenzen

Obwohl der Antragstellerin mangels Begründung eine eingehende Prüfung der Entscheidung der Nicht-Zulassung nicht möglich sei, gehe sie aufgrund ihrer Marktkennntnis und ihrer Erfahrungen aus bisherigen Vergabeverfahren davon aus, dass sie im Kriterium "Referenzprojekte" ein - im Vergleich zu ihren Mitbewerbern - so gutes Ergebnis erzielen hätte müssen, dass ihr Angebot bei richtiger Beurteilung unter den fünf Angeboten mit den meisten Punkten liegen müsste. Die Referenzprojekte der Antragstellerin seien unrichtig bewertet worden. Bei einer richtigen Bewertung wäre die Antragstellerin zur Angebotsabgabe zuzulassen.

Durch diese rechtswidrige Entscheidung des Auftraggebers, die Antragstellerin nicht zur 2. Stufe zuzulassen, erachte sich die Antragstellerin in ihren Rechten auf Teilnahme an einem gesetzmäßigen Vergabeverfahren, auf Zulassung in die zweite Stufe und eventualiter in ihrem Recht auf Widerruf der gegenständlichen Ausschreibung und Beteiligung an einem neuen, gesetzeskonformen Vergabeverfahren verletzt. Die Mitglieder der Antragstellerin seien seit vielen Jahren erfolgreich im Bereich Bau- und Entsorgungsleistungen, Sanierung sowie in vielen verwandten Bereichen tätig. Wenn die Antragstellerin rechtswidriger Weise nicht zur Teilnahme am gegenständlichen Vergabeverfahren zugelassen werde, wäre der bisher getätigte Aufwand im Vertrauen auf die Teilnahme am Vergabeverfahren, insbesondere für die Ausarbeitung des Teilnahmeantrags sowie der bisherigen Rechtsberatungs- und Rechtsverfolgungskosten in Höhe von gesamt EUR 35.000,00 frustriert. Ein zusätzlicher Schaden für die beiden Mitglieder der Antragstellerin resultiere aus dem Verlust der Chance auf den gegenständlichen Auftrag sowie eines notwendigen Referenzprojektes.

Mit Schriftsätzen vom 13. und 14. Juni 2013 erteilte der Auftraggeber allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Er habe die Kiener Consult ZT GmbH, Stadtplatz 37, 3400 Klosterneuburg, (idF vergebende Stelle) mit der Durchführung dieses Vergabeverfahren betraut. Es handle sich um einen Bauauftrag im Unterschwellenbereich, welcher in einem nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung nach dem Bestbieterprinzip vergeben werde. Fünf von den insgesamt sieben Bewerbern bzw. Bewerbergemeinschaften seien mit E-Mail vom 29.5.2013 darüber informiert

worden, dass sie zur 2. Stufe des Vergabeverfahrens zugelassen würden. Diese für die 2. Stufe präqualifizierten Bieter seien am 11.6.2013 per E-Mail über das Ruhen des Vergabeverfahrens infolge der beim Bundesvergabeamt gestellten zwei Nachprüfungsanträge informiert worden. Eine Aufforderung zur Angebotsabgabe habe nicht stattgefunden. Eine Widerrufsentscheidung bzw ein Widerruf seien nicht ergangen, der Zuschlag sei nicht erteilt worden. Mit Schriftsätzen vom 13. und 14. Juni 2013 erteilte der Auftraggeber allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Er habe die Kiener Consult ZT GmbH, Stadtplatz 37, 3400 Klosterneuburg, in der Fassung vergebende Stelle) mit der Durchführung dieses Vergabeverfahrens betraut. Es handle sich um einen Bauauftrag im Unterschwellenbereich, welcher in einem nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung nach dem Bestbieterprinzip vergeben werde. Fünf von den insgesamt sieben Bewerbern bzw. Bewerbergemeinschaften seien mit E-Mail vom 29.5.2013 darüber informiert worden, dass sie zur 2. Stufe des Vergabeverfahrens zugelassen würden. Diese für die 2. Stufe präqualifizierten Bieter seien am 11.6.2013 per E-Mail über das Ruhen des Vergabeverfahrens infolge der beim Bundesvergabeamt gestellten zwei Nachprüfungsanträge informiert worden. Eine Aufforderung zur Angebotsabgabe habe nicht stattgefunden. Eine Widerrufsentscheidung bzw ein Widerruf seien nicht ergangen, der Zuschlag sei nicht erteilt worden.

In Erwiderung des Vorbringens der Antragstellerin brachte der Auftraggeber mit Stellungnahme vom 17. Juni 2013 im Wesentlichen vor:

Keine Anwendbarkeit des BVergG / Unzuständigkeit des Bundesvergabeamtes

§ 3 Abs. 2 BVergG erweitere den persönlichen Geltungsbereich des BVergG nur dann auf private Förderungsnehmer, wenn der zu vergebende Bauauftrag mit einem geschätzten Auftragswert von mindestens EUR 5.000.000,00 ohne Ust (§ 12 Abs 1 BVergG) dem Oberschwellenbereich zuzuordnen sei. Der für das gegenständliche Bauvorhaben ermittelte geschätzte Auftragswert zum Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens betrage EUR 4.302.919,00 ohne Ust. Dem Förderungsprojekt sei zuvor noch ein früher ermittelter Auftragswert in Höhe von EUR 3.920.320,00 ohne Ust zu Grunde gelegen. Es handle sich dabei um die Gesamtprojektkosten. Da somit nicht alle Voraussetzungen des § 3 Abs. 2 BVergG vorlägen, sei das BVergG nicht anwendbar bzw das Bundesvergabeamt unzuständig. Paragraph 3, Absatz 2, BVergG erweitere den persönlichen Geltungsbereich des BVergG nur dann auf private Förderungsnehmer, wenn der zu vergebende Bauauftrag mit einem geschätzten Auftragswert von mindestens EUR 5.000.000,00 ohne Ust (Paragraph 12, Absatz eins, BVergG) dem Oberschwellenbereich zuzuordnen sei. Der für das gegenständliche Bauvorhaben ermittelte geschätzte Auftragswert zum Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens betrage EUR 4.302.919,00 ohne Ust. Dem Förderungsprojekt sei zuvor noch ein früher ermittelter Auftragswert in Höhe von EUR 3.920.320,00 ohne Ust zu Grunde gelegen. Es handle sich dabei um die Gesamtprojektkosten. Da somit nicht alle Voraussetzungen des Paragraph 3, Absatz 2, BVergG vorlägen, sei das BVergG nicht anwendbar bzw das Bundesvergabeamt unzuständig.

Mangels Verordnungscharakter könne § 4 Abs. 1 Z 6 der Förderungsrichtlinien 2008 keine ex lege Anwendbarkeit des BVergG und damit die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes begründen. Diese Bestimmung tue das auch nicht, denn sie spreche von Maßnahmen, die - wie die hier zu vergebenden Leistungen im Unterschwellenbereich - nicht "in den Geltungsbereich des Bundesvergabegesetzes 2006 idgF fallen". Sie lege lediglich die Voraussetzungen für die Gewährung der Förderung fest. Nur wenn der Förderungsnehmer sich an das BVergG halte, werde die Förderung auch tatsächlich ausbezahlt, andernfalls erhalte er keine Förderung bzw werde diese vom Förderungsgeber zurückgefordert. Es handle sich um einen Regelungsgegenstand des privatrechtlich zu schließenden Förderungsvertrages (vgl. Förderungsvertrag, Pkt. 1.3). Eine solche Selbstbindung begründe keine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes (BVA 3.6.1996, N- 41/96-4; 26.3.2003, 17N-21/03-19). Gemäß § 6 Abs. 2 AVG könne durch Parteienvereinbarungen die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes nicht begründet werden. Mangels Verordnungscharakter könne Paragraph 4, Absatz eins, Ziffer 6, der Förderungsrichtlinien 2008 keine ex lege Anwendbarkeit des BVergG und damit die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes begründen. Diese Bestimmung tue das auch nicht, denn sie spreche von Maßnahmen, die - wie die hier zu vergebenden Leistungen im Unterschwellenbereich - nicht "in den Geltungsbereich des Bundesvergabegesetzes 2006 idgF fallen". Sie lege lediglich die Voraussetzungen für die Gewährung der Förderung fest. Nur wenn der Förderungsnehmer sich an das BVergG halte, werde die Förderung auch tatsächlich ausbezahlt, andernfalls erhalte er keine Förderung bzw werde diese vom Förderungsgeber zurückgefordert. Es handle sich um einen Regelungsgegenstand des privatrechtlich zu schließenden

Förderungsvertrages vergleiche Förderungsvertrag, Pkt. 1.3). Eine solche Selbstbindung begründe keine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes (BVA 3.6.1996, N- 41/96-4; 26.3.2003, 17N-21/03-19). Gemäß Paragraph 6, Absatz 2, AVG könne durch Parteienvereinbarungen die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes nicht begründet werden.

Selbst wenn das Bundesvergabeamt seine Zuständigkeit bejahen sollte, wäre der Nachprüfungsantrag verspätet. Aufgrund des geschätzten Auftragswertes bewege sich der Auftraggeber im Unterschwellenbereich. Die Frist für Nachprüfungsanträge im Unterschwellenbereich betrage gemäß § 321 Abs. 2 BVergG sieben Tage. Die angefochtene Entscheidung sei bei der Antragstellerin am 29.5.2013 eingelangt, so dass der Nachprüfungsantrag spätestens am 5.6.2013 beim Bundesvergabeamt hätte eingebracht werden müssen. Der vorliegende Antrag sei erst am 7.6.2013 gestellt worden. Selbst wenn das Bundesvergabeamt seine Zuständigkeit bejahen sollte, wäre der Nachprüfungsantrag verspätet. Aufgrund des geschätzten Auftragswertes bewege sich der Auftraggeber im Unterschwellenbereich. Die Frist für Nachprüfungsanträge im Unterschwellenbereich betrage gemäß Paragraph 321, Absatz 2, BVergG sieben Tage. Die angefochtene Entscheidung sei bei der Antragstellerin am 29.5.2013 eingelangt, so dass der Nachprüfungsantrag spätestens am 5.6.2013 beim Bundesvergabeamt hätte eingebracht werden müssen. Der vorliegende Antrag sei erst am 7.6.2013 gestellt worden.

Abgestimmtes Verhalten zweier Nachprüfungswerber

Dem Bundesvergabeamt liege ein weiterer weitestgehend inhaltsgleicher Nachprüfungsantrag vor. Nur mit diesem zweiten Nachprüfungsantrag sei auch ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung verbunden gewesen. Dieser Umstand lege die Vermutung nahe, dass sich die Nachprüfungswerberinnen untereinander inhaltlich abgestimmt und Gebühren gespart hätten. Mit einer derartigen Abstimmung sei zwangsläufig eine Verletzung der - auch die Bewerber - treffenden Geheimhaltungspflichten verbunden. Damit liege eine wettbewerbswidrige Abrede gemäß § 129 Abs. 1 Z 8 BVergG vor. Diese Bewerber seien von einer Teilnahme am Vergabeverfahren und Einladung zur Angebotsabgabe ausgeschlossen. Dem Bundesvergabeamt liege ein weiterer weitestgehend inhaltsgleicher Nachprüfungsantrag vor. Nur mit diesem zweiten Nachprüfungsantrag sei auch ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung verbunden gewesen. Dieser Umstand lege die Vermutung nahe, dass sich die Nachprüfungswerberinnen untereinander inhaltlich abgestimmt und Gebühren gespart hätten. Mit einer derartigen Abstimmung sei zwangsläufig eine Verletzung der - auch die Bewerber - treffenden Geheimhaltungspflichten verbunden. Damit liege eine wettbewerbswidrige Abrede gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG vor. Diese Bewerber seien von einer Teilnahme am Vergabeverfahren und Einladung zur Angebotsabgabe ausgeschlossen.

Keine Teilnahme ausgeschlossener Unternehmen am Vergabeverfahren Da der Auftrag dem Unterschwellenbereich zuzuordnen sei, seien gemäß § 4 Abs 1 Z 6 der Förderungsrichtlinien 2008 die Bestimmungen gemäß § 20 Abs. 5 BVergG nicht verbindlich einzuhalten. Im vorliegenden Fall liege jedoch ein begründeter Ausnahmefall im Sinne von § 20 Abs. 5 letzter Halbsatz BVergG vor, sodass mit dem Auftraggeber verbundene Unternehmen ohnedies nicht von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen seien. Auch habe der über die Beteiligungsstruktur informierte Fördergeber der Teilnahme von Gesellschaftern des Auftraggebers ausdrücklich zugestimmt. Keine Teilnahme ausgeschlossener Unternehmen am Vergabeverfahren Da der Auftrag dem Unterschwellenbereich zuzuordnen sei, seien gemäß Paragraph 4, Absatz eins, Ziffer 6, der Förderungsrichtlinien 2008 die Bestimmungen gemäß Paragraph 20, Absatz 5, BVergG nicht verbindlich einzuhalten. Im vorliegenden Fall liege jedoch ein begründeter Ausnahmefall im Sinne von Paragraph 20, Absatz 5, letzter Halbsatz BVergG vor, sodass mit dem Auftraggeber verbundene Unternehmen ohnedies nicht von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen seien. Auch habe der über die Beteiligungsstruktur informierte Fördergeber der Teilnahme von Gesellschaftern des Auftraggebers ausdrücklich zugestimmt.

Es liege eine andere Marktsituation vor, als von der Antragstellerin offenbar angenommen. Die Festlegung des Auftraggebers, fünf Bewerber zur Angebotsabgabe einzuladen, erfolge in Abstimmung mit dem Fördergeber. Der Fördergeber erachte die Einholung von fünf Angeboten zum Zwecke der Gewährleistung eines hinreichenden Wettbewerbs für erforderlich. Da lediglich sieben Unternehmen im gegenständlichen Vergabeverfahren einen Teilnahmeantrag abgegeben hätten, würden ohne die Teilnahmeanträge der drei betroffenen und von der Antragstellerin genannten Bewerber, nur mehr vier

Teilnahmebewerber im Verfahren verbleiben. Schon ohne Berücksichtigung von nicht geeigneten Bewerbern, hätte daher die Forderung des Fördergebers, einen hinreichenden Wettbewerb zu gewährleisten, nicht erfüllt werden

können. Im Hinblick auf dieses Risiko - der Fördergeber stelle die Förderung ein oder fordere sie zurück - hätte also der Auftraggeber das Vergabeverfahren schon widerrufen müssen.

Es reiche nicht aus, dass allgemein betrachtet eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs vorliegen könne. Nach der jüngsten EuGH-Rechtsprechung sei konkret zu prüfen, ob es zu einer Wettbewerbsbeschränkung gekommen sei. Im vorliegenden Fall sei das zu verneinen. Keiner der genannten Konzerne habe einen beherrschenden Einfluss auf den Auftraggeber, in dessen Geschäftsführung keine Personengleichheit mit den Geschäftsführungen der Bewerber bestehe. Auch gebe es nachweislich keine Gesellschafterweisungen im Hinblick auf das Sanierungsvorhaben, für das auch keiner der betroffenen Bewerber alleine die erforderliche Mehrheit habe. Für eine wettbewerbswidrige Absprache gebe es keine konkreten Anhaltspunkte.

Keine mangelhafte Begründung der Teilnahmeausschlussentscheidung / Keine unrichtige Bewertung

§ 103 Abs 7 BVergG verlange im Gegensatz zu § 131 Abs 1 BVergG keine vergleichende Gegenüberstellung der Bewerber als Inhaltsanforderung an die Bekanntgabe der Gründe über die Nicht-Zulassung. Diese Differenzierung im Gesetz sei nicht sinnlos, sondern gewähre einen größeren Spielraum bei einem niedrigeren Maßstab (vgl. BVA 3.4.2007, N/0018-BVA/10/2007-029). Der Auftraggeber sei lediglich privatrechtlich zur Einhaltung des BVergG gegenüber dem Fördergeber verpflichtet. Das BVergG erachte diese Verpflichtung bei subventionierten Aufträgen im Unterschwellenbereich für nicht erforderlich. Die Anforderungen an einen privaten Auftraggeber, der sich privatrechtlich zur "Einhaltung" des BVergG verpflichtet habe, dürfe daher nicht überzogen werden. Der von der Antragstellerin dem § 103 Abs. 7 BVergG unterstellte Inhalt sei, wenn schon nicht unrichtig, dann doch jedenfalls überzogen. Paragraph 103, Absatz 7, BVergG verlange im Gegensatz zu Paragraph 131, Absatz eins, BVergG keine vergleichende Gegenüberstellung der Bewerber als Inhaltsanforderung an die Bekanntgabe der Gründe über die Nicht-Zulassung. Diese Differenzierung im Gesetz sei nicht sinnlos, sondern gewähre einen größeren Spielraum bei einem niedrigeren Maßstab vergleiche BVA 3.4.2007, N/0018-BVA/10/2007-029). Der Auftraggeber sei lediglich privatrechtlich zur Einhaltung des BVergG gegenüber dem Fördergeber verpflichtet. Das BVergG erachte diese Verpflichtung bei subventionierten Aufträgen im Unterschwellenbereich für nicht erforderlich. Die Anforderungen an einen privaten Auftraggeber, der sich privatrechtlich zur "Einhaltung" des BVergG verpflichtet habe, dürfe daher nicht überzogen werden. Der von der Antragstellerin dem Paragraph 103, Absatz 7, BVergG unterstellte Inhalt sei, wenn schon nicht unrichtig, dann doch jedenfalls überzogen.

Die vom Auftraggeber mit Schreiben vom 29.5.2013 gewählte Begründung sei für dieses Verfahrensstadium im Hinblick auf die Textierung des § 103 Abs. 7 BVergG und unter Berücksichtigung der Modalität der Punktevergabe im konkreten Fall jedenfalls ausreichend. Jeder Bewerber könne sich selbst anhand der bekannt gegebenen Punkteanzahl ausrechnen, wie viele Punkte seine Referenzprojekte bei Vorliegen der Voraussetzungen erzielen, ohne dass bei diesen Bewertungsschritten eine vergleichende Bewertung mit einem anderen Bewerber stattfinde. Der Vergleich unter den Bewerbern finde allein auf Basis der jeweils in Summe erreichten Punkte statt. Die vom Auftraggeber mit Schreiben vom 29.5.2013 gewählte Begründung sei für dieses Verfahrensstadium im Hinblick auf die Textierung des Paragraph 103, Absatz 7, BVergG und unter Berücksichtigung der Modalität der Punktevergabe im konkreten Fall jedenfalls ausreichend. Jeder Bewerber könne sich selbst anhand der bekannt gegebenen Punkteanzahl ausrechnen, wie viele Punkte seine Referenzprojekte bei Vorliegen der Voraussetzungen erzielen, ohne dass bei diesen Bewertungsschritten eine vergleichende Bewertung mit einem anderen Bewerber stattfinde. Der Vergleich unter den Bewerbern finde allein auf Basis der jeweils in Summe erreichten Punkte statt.

Die Antragstellerin habe die erforderlichen Punkte nicht erzielt, um zu den besten Fünf zu gehören. Ihr Basis-Referenzprojekt sei mangelhaft, weil die A*** als Mitglied der bauausführenden ARGE nur 50 % Anteil und als Mitglied der beauftragten ARGE nur 25 % Anteil gehabt habe, sodass das Referenzprojekt für die Zurechnung zur A*** und damit zu antragstellenden Bewerbergemeinschaft zu "verwässert" gewesen sei. Weiters hätten sich Zweifel an der rechtsgültigen Unterfertigung des Formblattes für das Referenzprojekt ergeben.

Betreffend die Frage des geschätzten Auftragswertes im gegenständlichen Vergabeverfahren legte der Auftraggeber einen "Einreichkatalog der Maßnahmen mit Kostenschätzung in EUR (exkl. MWSt)", datiert mit 22.09.2010 (iF 1. Kostenschätzung 2010) und einen weiteren "Einreichkatalog der Maßnahmen mit

Kostenschätzung in EUR (exkl. MWSt), datiert mit 28.06.2012 (iF 2. Kostenschätzung 2012) vor.

Die 1. Kostenschätzung 2010 des Auftraggebers lautet auf insgesamt EUR 3.920.320,00. Dieser Einreichkatalog habe

laut Auftraggeber als Basis für die Einreichung der Förderung gedient. In der 2. Kostenschätzung 2012 betragen die Gesamtprojektkosten inkl. Altlastenbeitrag EUR 4.302.919,00. Dazu gab der Auftraggeber an, der erste Einreichkatalog sei aufgrund weiterer und genauerer Untersuchungen mit Stand Juni 2012 nochmals überarbeitet und diese genaueren Masse seien ausgeschrieben worden.

Mit Replik vom 9.7.2013 brachte die Antragstellerin ergänzend vor:

Zuständigkeit des Bundesvergabebeamtes

Zum geschätzten Auftragswert seien gemäß § 14 Abs 2 Satz 1 BVergG bereits bauseits beauftragte und ausgeführte Bodenaufschlüsse, Probenahmen und Beurteilungsnachweise gemäß den Anforderungen der Deponieverordnung 2008 (chemische Analysen) sowie Planungsleistungen hinzuzurechnen. Zum geschätzten Auftragswert seien gemäß Paragraph 14, Absatz 2, Satz 1 BVergG bereits bauseits beauftragte und ausgeführte Bodenaufschlüsse, Probenahmen und Beurteilungsnachweise gemäß den Anforderungen der Deponieverordnung 2008 (chemische Analysen) sowie Planungsleistungen hinzuzurechnen.

Der Umstand, dass die im Fördervertrag vereinbarte Anwendbarkeit des BVergG keine Zuständigkeit des Bundesvergabebeamtes begründen könne, ändere nichts daran, dass die Anwendbarkeit der Bestimmung des BVergG auf das gegenständliche Vergabeverfahren auch durch den Förderungsvertrag begründet hätte werden können und worden seien (sic ?).

Es handle sich um keinen verspäteten Antrag. Auf das im Oberschwellenbereich liegende gegenständliche Vergabeverfahren seien die Fristen für den Oberschwellenbereich anzuwenden.

Abgestimmte Verhaltensweise zweier Nachprüfungswerber

Dieser Ausscheidensgrund von gegen den Grundsatz des Wettbewerbes verstoßenden Abreden im Sinne des § 129 Abs 1 Z 8 BVergG könne schon deshalb nicht vorliegen, weil es noch keine Angebote der Bieter gebe. Dieser Vorwurf sei unbegründet. Dieser Ausscheidensgrund von gegen den Grundsatz des Wettbewerbes verstoßenden Abreden im Sinne des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG könne schon deshalb nicht vorliegen, weil es noch keine Angebote der Bieter gebe. Dieser Vorwurf sei unbegründet.

Teilnahme ausgeschlossener Unternehmen im Vergabeverfahren

Der Umstand, dass die Kommunalkredit einer Teilnahme von Gesellschaftern des Auftraggebers am Vergabewettbewerb zugestimmt haben solle, bedeute noch nicht, sie sei damit einverstanden, dass auch dritte, mit dem Auftraggeber nicht verbundene Unternehmen, am Vergabewettbewerb teilnehmen. Entscheidend sei das Entstehen von echtem Wettbewerb. Vor allem wenn vergleichsweise wenige Wettbewerber am Vergabewettbewerb teilnehmen, sei von Bedeutung, dass diese in der Lage seien, einen unabhängigen und echten Wettbewerb zu begründen.

Wenn in einem Vergabeverfahren weniger oder genau so viele Teilnahmeanträge einlangen wie Unternehmer in die zweite Stufe einzuladen seien, sei ein Vergabeverfahren nicht zu widerrufen. In einem solchen Fall seien notwendigerweise alle geeigneten Teilnahmeantragsteller in die zweite Stufe einzuladen. Eine Bieterauswahl komme dann nicht in Betracht.

Die Behauptung des Auftraggebers, keiner seiner Gesellschafter habe beherrschenden Einfluss auf ihn, werde bestritten. Der Auftraggeber könne nur entweder in der alleinigen Kontrolle eines einzigen Gesellschafters oder in der gemeinsamen Kontrolle mehrerer Gesellschafter stehen. Auch die gemeinsame Kontrolle begründe sowohl im Sinne eines konzentrativen Gemeinschaftsunternehmens (§ 7 Abs 2 KartG) als auch im Sinne der Judikatur des EuGH zur Inhouse-Vergabe [EuGH 19.7.2012, C- 182/11 und C-183/11, Econord SpA, ZVB 2013/35 (Anm. Hamerl)] einen beherrschenden Einfluss. Die Behauptung des Auftraggebers, keiner seiner Gesellschafter habe beherrschenden Einfluss auf ihn, werde bestritten. Der Auftraggeber könne nur entweder in der alleinigen Kontrolle eines einzigen Gesellschafters oder in der gemeinsamen Kontrolle mehrerer Gesellschafter stehen. Auch die gemeinsame Kontrolle begründe sowohl im Sinne eines konzentrativen Gemeinschaftsunternehmens (Paragraph 7, Absatz 2, KartG) als auch im Sinne der Judikatur des EuGH zur Inhouse-Vergabe [EuGH 19.7.2012, C- 182/11 und C-183/11, Econord SpA, ZVB 2013/35 Anmerkung Hamerl)] einen beherrschenden Einfluss.

Mangelhafte Begründung der Teilnahmeausschlussentscheidung

Der Auftraggeber versuche unzulässiger Weise in seiner Stellungnahme vom 17.6.2013 die fehlende Begründung für seine Entscheidung, die Antragstellerin nicht zur 2. Stufe des Vergabeverfahrens zuzulassen, nachzuschieben. Auch die nun gegebene Begründung sei unzureichend und unberechtigt. Entscheidend für das Basis-Referenzprojekt sei, wer den Erdaushub mit kontaminierten Materialien in der Masse von mind. 8.000 t tatsächlich durchgeführt habe (siehe Punkt 15.4.1.1 der Teilnahmeunterlagen). Das Referenzprojekt "XXXXXXXXXXXX" über insgesamt 269.200 t, mit einem Abrechnungsanteil von EUR 4.557.767,51 und 26.500 t kontaminierten Materialien, sei von der bauausführenden Zweier-ARGE H*** erbracht worden. Wie aus der vorgelegten Bestätigung ersichtlich, seien die A*** zu 50 % an dieser ARGE beteiligt gewesen. Diese Referenz weise daher für die Antragstellerin die Erbringung von 13.250 t aus und hätte als Basis-Referenz anerkannt werden müssen.

Die Unterschrift sei die des XXXXXX, Geschäftsführer der Gesamt-ARGE. Die Gesamt-ARGE habe die gegenständliche Leistung beauftragt und abgenommen. Zweifel an deren Rechtsgültigkeit seien unbegründet. Das BVergG fordere keine rechtsgültige Unterfertigung für Referenzbestätigungen, es genüge die Bestätigung durch den zuständigen Sachbearbeiter. Diesbezügliche Zweifel hätte der Auftraggeber der Antragstellerin vorhalten und ihr Gelegenheit geben müssen, die Rechtsgültigkeit der Unterfertigung zB durch Nachreichen einer entsprechenden Vollmacht unter Beweis zu stellen.

Sowohl § 103 Abs 7 BVergG als auch § 131 Abs 1 BVergG verlangten ausdrücklich die Bekanntgabe der Gründe der Nichtzulassung bzw. - im Falle von § 131 Abs 1 BVergG - die Gründe für die Ablehnung des Angebots. Der Wortlaut beider Bestimmungen unterscheide sich nur insofern, als im Fall des § 131 Abs 1 BVergG auf bereits vorliegende Angebote Bezug genommen werden müsse. Ob bei der Bekanntgabe der Gründe eine vergleichende Bewertung offen zu legen sei, hänge von den verwendeten Auswahl- bzw. Zuschlagskriterien ab. Um die Entscheidung des Auftraggebers, die eigenen Referenzen für weniger attraktiv und passend zu halten als die Referenzen eines Mitbewerbers, beurteilen zu können, sei es unumgänglich, neben der eigenen auch die Bewertung des (allenfalls anonymisierten) Mitbewerbers zu kennen. Andernfalls könne ein Bieter diese Entscheidung nicht ganzheitlich nachvollziehen und gegebenenfalls bekämpfen. Sowohl Paragraph 103, Absatz 7, BVergG als auch Paragraph 131, Absatz eins, BVergG verlangten ausdrücklich die Bekanntgabe der Gründe der Nichtzulassung bzw. - im Falle von Paragraph 131, Absatz eins, BVergG - die Gründe für die Ablehnung des Angebots. Der Wortlaut beider Bestimmungen unterscheide sich nur insofern, als im Fall des Paragraph 131, Absatz eins, BVergG auf bereits vorliegende Angebote Bezug genommen werden müsse. Ob bei der Bekanntgabe der Gründe eine vergleichende Bewertung offen zu legen sei, hänge von den verwendeten Auswahl- bzw. Zuschlagskriterien ab. Um die Entscheidung des Auftraggebers, die eigenen Referenzen für weniger attraktiv und passend zu halten als die Referenzen eines Mitbewerbers, beurteilen zu können, sei es unumgänglich, neben der eigenen auch die Bewertung des (allenfalls anonymisierten) Mitbewerbers zu kennen. Andernfalls könne ein Bieter diese Entscheidung nicht ganzheitlich nachvollziehen und gegebenenfalls bekämpfen.

§ 103 Abs 7 BVergG dürfe nicht unterstellt werden, völlig sinnlos zu sein. Dies wäre aber der Fall, wäre die vergleichende Bewertung der vorliegenden Teilnahmeanträge bzw. Angebote nicht bekannt zu gegeben und der Rechtsschutz liefe ins Leere. Paragraph 103, Absatz 7, BVergG dürfe nicht unterstellt werden, völlig sinnlos zu sein. Dies wäre aber der Fall, wäre die vergleichende Bewertung der vorliegenden Teilnahmeanträge bzw. Angebote nicht bekannt zu gegeben und der Rechtsschutz liefe ins Leere.

Mit Schriftsatz vom 12.7.2013 teilte der Auftraggeber mit, die

1. 1.Ziffer eins

Kostenschätzung 2010 habe die P*** im Auftrag des Auftraggebers in Aufbereitung des Förderverfahrens bei der Kommunalkredit Public Consulting GmbH (KPC) erstellt. Diese Kostenschätzung sei von der KPC und im BMLFUW geprüft und für in Ordnung befunden worden. Die nach Beauftragung der W*** mit der chemischen Abgrenzung und Analytik vorgelegene, konkretisierte Massenaufstellung, habe zur aktualisierten 2. Kostenschätzung 2012 geführt. Der Auftraggeber habe diese letzten Schritte zur Fertigstellung der Kostenschätzung selbst ausgeführt. Als Bauunternehmen sei der Auftraggeber zur Kalkulation selbst ausreichend befähigt und befugt. Die an der Kostenschätzung unmittelbar beteiligten Personen seitens der P*** bzw des Auftraggebers stünden jedoch erst ab 29.7.2013 für eine Auskunft gegenüber dem Bundesvergabeamt zur Verfügung.

Zur Ermittlung des Sachverhaltes im Bezug auf die Errechnung des geschätzten Auftragswertes durch den

Auftraggeber im Zuge der Klärung der Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes, wurde dieses Nachprüfungsverfahren im Interesse der Zweckmäßigkeit, Raschheit, Einfachheit und Kostenersparnis gemäß § 39 Abs 2 AVG mit dem weiteren, ebenfalls dem Senat 2 zugeteilten und im Bezug auf diesen konkreten Teil der Sachverhaltsermittlung vergleichbaren Nachprüfungsverfahren, GZ N/0057-BVA/02/2013, zur Durchführung einer mündlichen Verhandlung verbunden. Zur Ermittlung des Sachverhaltes im Bezug auf die Errechnung des geschätzten Auftragswertes durch den Auftraggeber im Zuge der Klärung der Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes, wurde dieses Nachprüfungsverfahren im Interesse der Zweckmäßigkeit, Raschheit, Einfachheit und Kostenersparnis gemäß Paragraph 39, Absatz 2, AVG mit dem weiteren, ebenfalls dem Senat 2 zugeteilten und im Bezug auf diesen konkreten Teil der Sachverhaltsermittlung vergleichbaren Nachprüfungsverfahren, GZ N/0057-BVA/02/2013, zur Durchführung einer mündlichen Verhandlung verbunden.

In der auf Antrag des Auftraggebers auf den 29. Juli 2013 vertagten mündlichen Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt, gab der Auftraggeber zu diesem Thema an, DI L*** (P***), Ing. M*** (ABO) und Ing. N*** (ABO) könnten zum Thema "Ermittlung des geschätzten Auftragswertes" betreffend den vorliegenden Auftrag Auskunft erteilen. DI L*** (P***) und Ing. M*** (ABO) erklärten sich weiters bereit, als Zeuge einvernommen zu werden.

Zum vorliegenden Auftrag führte der Geschäftsführer des Auftraggebers insbesondere aus, es handle sich um die Sanierung der ehemaligen Fläche der Dachpappenfabrik. Dort solle ein Recyclingplatz installiert werden. Der Auftraggeber habe sich dafür zunächst an die P*** gewandt, die im April 2010 eine Gefahrenanalyse durchgeführt habe. Nach Gesprächen mit der KPC betreffend die Förderung dieses Sanierungsvorhabens sei eine weitere genauere Untersuchung der Bodenverhältnisse vorgenommen worden, welche zu einer genaueren Abschätzung der Kosten geführt habe. Die 1. Kostenschätzung basiere auf dieser Gefährdungsabschätzung und trage das Datum 22.9.2010. Die 2. Kostenschätzung vom 28.6.2012, in welcher die Massenänderung berücksichtigt worden, jedoch keine Preisgleitung eingeflossen sei, basiere ebenfalls auf den Preisen des an die KPC gerichteten Einreichkatalogs vom September 2010.

Zur Frage, ob auch die Kosten für Deponie- und Entsorgungsleistungen in korrekter Höhe in die Kostenschätzung Eingang gefunden hätten, gab der Auftraggeber an, die 1. Kostenschätzung sei von der T*** erstellt worden. Ein "Schönrechnen" wäre schon im Hinblick darauf, dass die T*** das Projekt zunächst selbst durchführen und ein Angebot legen haben wollen, sinnlos gewesen. Erst später, als sich die Förderungen für Eigenprojekte massiv geändert hätten, sodass eine Nachweisführung aus Sicht der T*** nicht mehr möglich gewesen sei, sei diese nicht mehr als Förderungswerber aufgetreten. Dann sei der Auftraggeber als Eigentümer der Fläche selbst in das Projekt eingestiegen und trete daher auch erst in der erweiterten 2. Kostenschätzung vom Juni 2012 gegenüber der KPC als Förderungswerber auf.

Auf Vorhalt der Antragstellerinnen, bestätigte der Auftraggeber zunächst, dass im Jänner 2012 eine Erhöhung des ALSAG-Beitrages (dieser beziehe sich lediglich auf die Deponierung und die Behandlung des zu entsorgenden Materials) um ca. 15% stattgefunden habe. Diese Erhöhung habe in der 2.

Kostenschätzung keine Berücksichtigung gefunden.

DI L*** (idF 1. Zeuge) gab an, er habe das Studium der Kulturtechnik und Wasserwirtschaft abgeschlossen. Während des Studiums habe er über ca. 4 Jahre in einem Ziviltechnikerbüro für Kulturtechnik und Wasserwirtschaft, bei DI XXXX, gearbeitet. Er sei dort mit Planung und Bauaufsicht in den Bereichen Vermessung, Fluss-, Klär- und Kanalanlagen befasst gewesen. Nach dem Studium habe er sich ein halbes Jahr mit Planungen, Bauaufsicht und Ausschreibungen in den Bereichen Straßen-, Güterwege-, Fluss- und Siedlungswasserbau bei einem anderen Ingenieurbüro in Wr. Neustadt befasst. Dann sei er wieder zu DI Redl zurückgekehrt und habe neben Planungen und Detailplanungen auch zahlreiche Ausschreibungen betreut. Seit mittlerweile 12 Jahren arbeite er für die P***. Sein Hauptaufgabengebiet sei Altlastensanierung. Die P*** sei von der mittlerweile in der G*** aufgegangenen T*** beauftragt worden, das gegenständliche Projekt technisch und finanziell aufzusetzen. Er sei der Kostenstellenverantwortliche gewesen. Ursprünglich habe es sich um ein Eigenprojekt der T*** gehandelt, wobei die T*** von der ABO und der 2. Liegenschaftseigentümerin, F***, dazu berechtigt worden sei, dieses Projekt durchzuführen. Das Projekt habe die Durchführung der Gefährdungsabschätzung inkl. Voruntersuchungen (Erkundungsbohrungen Probenahmen, Feststoffanalysen und Grundwasseruntersuchungen), die Erstellung der Variantenstudie, die Einreich- und Detailplanung sowie der Erstellung der Ausschreibung umfasst. Dass es sich um eine Altlast handle, sei erst auf Basis dieser Voruntersuchungen hervorgekommen. (vgl. Kostenschätzung, Pkt. Gefährdungsabschätzung). Sein Auftrag habe

aber infolge der Änderung der Förderbedingungen mit der Erstellung der Einreichplanung geendet. Derzeit leite er die Abteilung Projektierung und erstelle jährlich 1 - 2 Einreichplanungen samt Variantenstudien. DI L*** in der Fassung 1. Zeuge) gab an, er habe das Studium der Kulturtechnik und Wasserwirtschaft abgeschlossen. Während des Studiums habe er über ca. 4 Jahre in einem Ziviltechnikerbüro für Kulturtechnik und Wasserwirtschaft, bei DI römisch 40, gearbeitet. Er sei dort mit Planung und Bauaufsicht in den Bereichen Vermessung, Fluss-, Klär- und Kanalanlagen befasst gewesen. Nach dem Studium habe er sich ein halbes Jahr mit Planungen, Bauaufsicht und Ausschreibungen in den Bereichen Straßen-, Güterwege-, Fluss- und Siedlungswasserbau bei einem anderen Ingenieurbüro in Wr. Neustadt befasst. Dann sei er wieder zu DI Redl zurückgekehrt und habe neben Planungen und Detailplanungen auch zahlreiche Ausschreibungen betreut. Seit mittlerweile 12 Jahren arbeite er für die P***. Sein Hauptaufgabengebiet sei Altlastensanierung. Die P*** sei von der mittlerweile in der G*** aufgegangenen T*** beauftragt worden, das gegenständliche Projekt technisch und finanziell aufzusetzen. Er sei der Kostenstellenverantwortliche gewesen. Ursprünglich habe es sich um ein Eigenprojekt der T*** gehandelt, wobei die T*** von der ABO und der 2. Liegenschaftseigentümerin, F***, dazu berechtigt worden sei, dieses Projekt durchzuführen. Das Projekt habe die Durchführung der Gefährdungsabschätzung inkl. Voruntersuchungen (Erkundungsbohrungen Probenahmen, Feststoffanalysen und Grundwasseruntersuchungen), die Erstellung der Variantenstudie, die Einreich- und Detailplanung sowie der Erstellung der Ausschreibung umfasst. Dass es sich um eine Altlast handle, sei erst auf Basis dieser Voruntersuchungen hervorgekommen. vergleiche Kostenschätzung, Pkt. Gefährdungsabschätzung). Sein Auftrag habe aber infolge der Änderung der Förderbedingungen mit der Erstellung der Einreichplanung geendet. Derzeit leite er die Abteilung Projektierung und erstelle jährlich 1 - 2 Einreichplanungen samt Variantenstudien.

Bei Variantenstudien werde eine Kosten/Nutzen-Analyse durchgeführt. Die KPC, deren Prüfung sich auch auf technische und wirtschaftliche Details beziehe, schlage jene Variante zur Förderung vor, die die höchste Punktezahl erreiche. Im vorliegenden Fall, dessen Bewertung zu etwa 80 % vom Preis abhängig sei, liege ein Teil der Sanierung unter der B17, weshalb sowohl eine ausschließliche Sicherungs-, als auch eine ausschließliche Räumungsvariante verworfen worden seien.

Die Kostenschätzung als Basis für das Förderungsansuchen habe der 1. Zeuge im Wesentlichen allein vorgenommen. Für Details habe er Kollegen im Unternehmen kontaktiert. Die Kostenschätzung sei, bevor sie nach außen gegeben worden sei, auch der Bereichsleitung vorgelegt worden. Sie gliedere sich, wie bei Förderungen vorgegeben, in die Kategorien A - G. Die Kategorie A beinhalte die Eigenleistungen und sei von einem Ziviltechnikerbüro (DI XXXXX) überprüft worden. Basis für die gegenständliche Kostenschätzung sei eine weitere, gleichzeitig stattgefundene Altlastensanierung der Borfabrik in Wien 22, mit der Bezeichnung "W23". Der 1. Zeuge habe die Werte aus dieser Kostenschätzung deshalb als Grundlage für die Kalkulation der Kostenschätzung im gegenständlichen Projekt verwendet, weil es sich dabei um einen ähnlichen Fall von Räumung und Sicherung, wenn auch mit einem größeren Volumen, handle.

In der 1. Kostenschätzung sei in der Kategorie A für die berechneten Eigenleistungen ein Abschlag von 2,5 %

berücksichtigt worden. Obwohl bei der ursprünglichen Kalkulation überwiegend Eigenleistungen kalkuliert worden seien, mache es für einen Auftraggeber keinen Sinn, die Kosten niedrig zu halten, denn ein Förderwerber würde immer darauf achten, die Kosten möglichst hoch zu halten, um entsprechende Fördermittel zu lukrieren. Zum Vorhalt, begrenzte Fördermittel könnten zu einer entsprechend geringen Kalkulation führen, gab der 1. Zeuge an, dass es sich beim vorliegenden Projekt um ein, im Vergleich zum Gesamtfördervolumen von etwa EUR 50 Mio, kleines Projekt handle. Er schließe aus, dass es aufgrund mangelnder Fördermittel zu keiner Förderung käme.

Auf Vorhalt gab der 1. Zeuge weiters an, die Entsorgung der nicht förderungsfähigen Baurestmassen, sei nicht in der Kostenkalkulation für Entsorgung enthalten. Diese seien als Wiederverfüllmaterial bei den Wiederherstellungsarbeiten kalkuliert worden (vgl. Kostenschätzung, Erd- und Abbrucharbeiten, Pos. 11). Er gehe von einer 100% Auf Vorhalt gab der 1. Zeuge weiters an, die Entsorgung der nicht förderungsfähigen Baurestmassen, sei nicht in der Kostenkalkulation für Entsorgung enthalten. Diese seien als Wiederverfüllmaterial bei den Wiederherstellungsarbeiten kalkuliert worden vergleiche Kostenschätzung, Erd- und Abbrucharbeiten, Pos. 11). Er gehe von einer 100%

Wiederverfüllung der Baurestmasse aus, denn die Kostenpauschale für den Abbruch des Schlotess inkl. Entsorgung sei in der Pos. 3 kalkuliert worden. Zum Einwand von Antragstellerinnenseite, nach deren Erfahrungen befänden sich bei derartigen Projekten erhebliche Mengen an zu entsorgender Baurestmasse auch im Boden, führte der 1. Zeuge aus,

aufgrund der durchgeführten mehreren Erkundungskampagnen, schließe er solche Reste aus.

Zu möglichen Kostensteigerungen in den letzten Jahren, gab der

1. 1.Ziffer eins

Zeuge an, bei den Bauleistungen gehe er von einer jährlichen Steigerung der Kosten von ca. 3-5% aus. Der Baukostenindex sei dafür maßgeblich. Infolge neuer Technologien (zB. Bodenwäsche, vermehrte Verbrennung) werde immer weniger Material deponiert, sodass bei den Entsorgungsleistungen die Entwicklung eher gegenläufig sei. Seines Wissens nach habe es in den letzten 3 Jahren keine besonderen Ausreißer nach oben oder unten gegeben.

Zu den Betriebskosten für die Wasserhaltung führte der 1. Zeuge aus, diese seien für 5 Jahre kalkuliert worden.

Zur Kalkulation der Entsorgungskosten führte der 1. Zeuge aus, es handle sich dabei um Marktpreise und nicht um Eigenkosten ohne Gewinn und Wagnis. Er habe die Entsorgungspreise auf Basis der im Projekt "W23" geprüften Preise geschätzt. Zum Einwand, bei den Preisen des Sanierungsprojektes "W23" könne es sich um keine Marktpreise handeln, denn da es sich um ein Eigenprojekt handle, fehle der Unternehmer- bzw Gesamtzuschlag, verwies er ergänzend darauf, dass es sich bei den Entsorgungskosten schon deshalb um Kalkulationspreise inkl. aller Zuschläge handle, weil diese Preise von einem unabhängigen Ziviltechniker (O***) geprüft worden seien. Bei der Kalkulation der Preise für die Eigenleistungen handle es sich um eine klassische Baukalkulation mittels K7-Blättern, wobei der Prüfer (O***) diese Kalkulation im Rahmen eines Gutachtens mit Marktpreisen vergleiche. Für einen Kalkulanten sei es unerheblich, ob es sich um Eigen- oder Fremdleistungen handle. Wesentliche sei, dass die Kostenschätzung sämtliche Kosten eines Projektes erfasse.

Die Frage, ob es sich bei dem im gegenständlichen Projekt angesetzten Preisen um solche der P*** handle, beantwortete der

1. 1.Ziffer eins

Zeuge mit "Ja". Zum Projekt "W23" gab er weiters an, dass nicht sämtliche Leistungen in diesem Projekt, obwohl es sich um ein Eigenprojekt gehandelt habe, von der P*** erbracht worden seien. Auch Preise für Fremdleistungen seien kalkuliert worden, wobei bei diesen Fremdleistungen auch Leistungen von Unternehmungen der G*** enthalten gewesen seien.

Auf die Frage, ob in der 1. Kostenschätzung Toleranzen - DI

Rainer Stempkowski sehe in seinem Artikel "Risiko - & Kostenprognose-Modell" solche in Höhe von ca. 20 - 30% vor - berücksichtigt worden seien, gab der 1. Zeuge an, dass für Unvorhergesehenes 5 % eingerechnet worden seien. Toleranzen in dieser Höhe seien nicht berücksichtigt worden, denn die Kostenentwicklung in den letzten Jahren sei absehbar gewesen. Maßstab dafür sei insbesondere auch der Tiefbaupreisindex.

Auf Nachfrage gab der 1. Zeuge weiters an, dass es seines Wissens keinen entsprechenden Kostenindex für Entsorgungsleistungen gebe.

Der als Zeuge vernommene Ing. M*** (idF 2. Zeuge) gab an, er habe die 5-jährige HTL für Tiefbau abgeschlossen und sei seit mittlerweile 23 Jahren im Tiefbau tätig. Zunächst sei er mit städtischem Tiefbau (vor allem Kanal-, Leitungs- und Straßenbau) betraut gewesen und ca. 10 Jahre lang habe er sich hauptsächlich mit Erdbau beschäftigt. Seit ungefähr 6 - 7 Jahren arbeite er für den Auftraggeber und habe Bauleitungen über. Kleine zusätzliche Leistungen, die im Zuge von Bauarbeiten anfallen würden, würden von ihm als Bauleiter regelmäßig selbst kalkuliert. Mit Sanierungsprojekten habe er nur im kleinen Rahmen zB. bei "Öl-Schäden" zu tun gehabt, nicht jedoch mit einem Sanierungsprojekt in diesem Umfang. Der als Zeuge vernommene Ing. M*** in der Fassung 2. Zeuge) gab an, er habe die 5-jährige HTL für Tiefbau abgeschlossen und sei seit mittlerweile 23 Jahren im Tiefbau tätig. Zunächst sei er mit städtischem Tiefbau (vor allem Kanal-, Leitungs- und Straßenbau) betraut gewesen und ca. 10 Jahre lang habe er sich hauptsächlich mit Erdbau beschäftigt. Seit ungefähr 6 - 7 Jahren arbeite er für den Auftraggeber und habe Bauleitungen über. Kleine zusätzliche Leistungen, die im Zuge von Bauarbeiten anfallen würden, würden von ihm als Bauleiter regelmäßig selbst kalkuliert. Mit Sanierungsprojekten habe er nur im kleinen Rahmen zB. bei "Öl-Schäden" zu tun gehabt, nicht jedoch mit einem Sanierungsprojekt in diesem Umfang.

Bei der gegenständlichen Kostenschätzung sei der 2. Zeuge für die Einrechnung der veränderten Massen verantwortlich gewesen. Nachdem eine weitere Bodenbeprobung und "Chemie" durch W*** durchgeführt worden sei,

habe er die in einem Konvolut an ihn übergebenen Ergebnisse in die Kostenschätzung eingearbeitet. Nach der neuen Untersuchung habe es neue Massen an zu entsorgenden Materialien, gegliedert nach verschiedenen Deponieklassen, gegeben. Diese seien von ihm in der vorhandenen Excel-Tabelle der 1. Kostenschätzung eingepflegt worden.

Auf Befragen bekräftigte der 2. Zeuge, dass er zum Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens im April 2013 nicht weiter mit der Kostenschätzung befasst gewesen sei. Ob auch andere Personen damit beschäftigt worden seien, wisse er nicht. Seine Arbeit habe sich allein darauf beschränkt, die geänderten Massen in der Excel-Tabelle zu berücksichtigen.

Zu den Arbeiten der W*** gab der 2. Zeuge an, dass es sich dabei um keine Massenschätzung, sondern um eine Neuberechnung der Massen, basierend auf den weiteren Bohrungen gehandelt habe. Von W*** seien die Massen kategorisiert worden. Beurteilungen der Baurestmassen, insbesondere im Hinblick auf deren Verwendbarkeit zur Wiederverfüllung, seien kein Thema gewesen.

Für den Auftraggeber, gab dessen Geschäftsführer zu seiner Person an, er habe die 5-jährige HTL für Tiefbau abgeschlossen und sei gewerberechtlicher Geschäftsführer. Der Auftraggeber beschäftige sich hauptsächlich mit Straßenbau und Recycling von Baurestmassen. Er persönlich habe seit 35 Jahren laufend, insbesondere mit Erdbauarbeiten zu tun. Verschiedenste Kontaminierungen seien daher für ihn tägliches Geschäft. Selbst mache er keine Kalkulationen, sondern er habe einen der beiden Kalkulanten des Auftraggebers beauftragt, die vorliegende 1. Kostenschätzung, ergänzt um die Massenvermehrung, mittels anderer vergleichbarer durch den Auftraggeber selbst durchgeführte Projekte auf Plausibilität zu überprüfen. Der Auftraggeber führe laufend qualitativ vergleichbare Sanierungsprojekte durch. Diese Projekte seien jedoch von der Größenordnung viel kleiner. Der Auftraggeber sei in den letzten 5 Jahren zB schon mit LKW-Unfällen und Ölaustritten oder einem Flugzeugunfall mit Kontaminierungen konfrontiert gewesen.

Zur verfahrensgegenständlichen Kostenschätzung gab der Geschäftsführer an, er persönlich habe auf Basis von den vom Kalkulanten vorgelegten Unterlagen die Überprüfung der Preise in der Kostenschätzung vorgenommen. In der ihm vorgelegten Excel-Tabelle seien die Anpassungen im Bezug auf den Entfall des Abschlages für Eigenleistungen bereits enthalten gewesen. Wer diese Veränderungen vorgenommen habe, könne er nicht sagen. Von Seiten des Auftraggebers, seien die zuvor im Zuge der 1. Kostenschätzung ermittelten Einheitspreise nicht verändert worden.

Auf Befragen gab der Geschäftsführer weiters an, er könne keine genauen Angaben über die Massen, die bei den von ihm genannten Vergleichsprojekten bearbeitet worden seien, machen. Der Auftraggeber habe bei diesen Projekten die Behandlung und Deponierung der kontaminierten Materialien nicht selbst vorgenommen, sondern sich Angebote von Dritt-Firmen eingeholt. Eine Dritt-Firma sei dann damit beauftragt worden. Die Preise, die zu Vergleichszwecken herangezogen worden seien, seien eben diese Preise der Dritt-Firmen gewesen.

Zur Frage der Vergleichbarkeit der Kontaminierungen, in den von ihm herangezogenen Projekten, ergänzte der Geschäftsführer, könne er keine Einzelangaben machen.

Die anwesende weitere Antragstellerin des für die mündliche Verhandlung verbundenen Rechtsschutzverfahrens, GZ N/0057- BVA/0272013, bestritt, dass Kontaminierungen durch Flugzeuge oder LKW's mit solchen aus dem Betrieb einer Dachpappenfabrik vergleichbar seien. Es liege keine Kostenschätzung iSv § 13 BVergG vorliege. Die 1. Kostenkalkulation stamme vom September 2010, obwohl die Ausschreibung erst im März 2013 stattgefunden habe. Die 2. Kostenschätzung aus 2012 stelle nur eine Hochrechnung auf Basis neuer Massen dar. Entgegen § 13 Abs. 3 BVergG sei die Kostenschätzung im gegenständlichen Fall weder durch den Auftraggeber selbst, noch durch einen von ihm beauftragten Dritten durchgeführt worden, sondern nur übernommen worden. Die anwesende weitere Antragstellerin des für die mündliche Verhandlung verbundenen Rechtsschutzverfahrens, GZ N/0057- BVA/0272013, bestritt, dass Kontaminierungen durch Flugzeuge oder LKW's mit solchen aus dem Betrieb einer Dachpappenfabrik vergleichbar seien. Es liege keine Kostenschätzung iSv Paragraph 13, BVergG vorliege. Die 1. Kostenkalkulation stamme vom September 2010, obwohl die Ausschreibung erst im März 2013 stattgefunden habe. Die 2. Kostenschätzung aus 2012 stelle nur eine Hochrechnung auf Basis neuer Massen dar. Entgegen Paragraph 13, Absatz 3, BVergG sei die Kostenschätzung im gegenständlichen Fall weder durch den Auftraggeber selbst, noch durch einen von ihm beauftragten Dritten durchgeführt worden, sondern nur übernommen worden.

Die Antragstellerin schloss sich diesem Vorbringen

vollinhaltlich an. Der geschätzte Auftragswert sei nicht gesetzeskonform gemäß § 13 Abs. 3 BVergG ermittelt worden. Die Kostenschätzung sei zum maßgeblichen Zeitpunkt, der Einleitung eines Vergabeverfahrens, von keinem Sachkundigen iSd Gesetzes vorgenommen worden. Sie beruhe auf Preisen, die ein Eigenprojekt der P*** betroffen habe, wobei die P*** eine mit dem Auftraggeber konzernverbundene Gesellschaft sei. Es fehle an der Preisgleitung nach dem Tiefbaupreisindex und an einer Aktualisierung des ALSAG-Beitrages.vollinhaltlich an. Der geschätzte Auftragswert sei nicht gesetzeskonform gemäß Paragraph 13, Absatz 3, BVergG ermittelt worden. Die Kostenschätzung sei zum maßgeblichen Zeitpunkt, der Einleitung eines Vergabeverfahrens, von keinem Sachkundigen iSd Gesetzes vorgenommen worden. Sie beruhe auf Preisen, die ein Eigenprojekt der P*** betroffen habe, wobei die P*** eine mit dem Auftraggeber konzernverbundene Gesellschaft sei. Es fehle an der Preisgleitung nach dem Tiefbaupreisindex und an einer Aktualisierung des ALSAG-Beitrages.

Der Auftraggeber brachte ergänzend vor, dass im vorliegenden Projekt weder Eigenleistungen, noch Materialbeistellungen vorgesehen seien. Diese würden aber auch nichts an der Vollständigkeit der Auftragswertschätzung verändern. Beide Antragstellerinnen würden die Auftragswertschätzung und die Angebotskalkulation aufgrund konstruktiver Leistungsverzeichnisse verwechseln. Der Auftraggeber habe sich sowohl bei der Kostenschätzung als auch bei der chemischen Analyse und der Masseermittlung externer Sachverständiger bedient. So wie er sich auch jetzt für die Ausschreibung eines unabhängigen Ziviltechnikerbüros bediene. Aufgrund der mehrfach geprüften 1. Kostenschätzung der P***, der sachverständigen Masseermittlung durch W*** und angesichts der bekannten Preisindizes gebe es keinen Anlass, die Kostenschätzung zu wiederholen. Größere Abweichungen als das ohnehin

berücksichtigte Unvorhergesehene, seien aufgrund der umfangreichen Untersuchungen Vorort nicht zu erwarten. Auch die Preisgleitung und der ALSAG-Beitrag würden zu keiner Überschreitung des Schwellenwertes führen.

Mit E-Mail vom 30.7.2013 legte der Auftraggeber den von der O*** im Zuge der begleitenden Kontrolle des Projektes "W23" erstellten, insgesamt 28 A4-Seiten umfassenden Prüfbericht vom 15.5.2009 inklusive sämtlicher Beilagen betreffend das zu diesem Projekt gelegte Angebot der P*** sowie einen, diesen Prüfbericht zusammenfassenden Aktenvermerk vom 18.5.2009 vor. Soweit für den vorliegenden Fall von Bedeutung wird das Ergebnis des Prüfberichts im Aktenvermerk wie folgt angeben:

"[...] sind die getroffenen Kalkulationsansätze (Gesamtzuschlag, Lohnansätze, Geräteansätze, Leistungsansätze, etc.) und damit die Einheitspreise sowie die Angebotspreise insgesamt als angemessen zu bewerten. Die Angebote sind insgesamt wettbewerbsfähig und marktkonform."

Mit E-Mail vom 31.7.2013 legte der Auftraggeber weitere Unterlagen zur Schätzung des geschätzten Auftragswertes des vorliegenden Projektes vor und zwar:

- -Strichaufzählung
Aktenvermerk des DI S*** im Auftrag und gefertigt von der vergebende Stelle vom 31.7.2013, (idF Aktenvermerk vom 31.7.2013) Aktenvermerk des DI S*** im Auftrag und gefertigt von der vergebende Stelle vom 31.7.2013, in der Fassung Aktenvermerk vom 31.7.2013)
- -Strichaufzählung
"Einreichkatalog der Maßnahmen mit Kostenschätzung in EUR (exkl. MWSt), Altlast: Altstandort Wienersdorfer

Dachpappenfabrik, Förderungswerber: ABO Asphalt-Bau Oeynhausen GmbH, 14.04.2013", (idF 3. Kostenschätzung 04/2013) Dachpappenfabrik, Förderungswerber: ABO Asphalt-Bau Oeynhausen GmbH, 14.04.2013", in der Fassung 3. Kostenschätzung 04 aus 2013,)

- -Strichaufzählung
Auszug der Statistik Austria, erstellt am 10.5.2013 über die "Ergebnisse im Überblick: Baupreisindex für den Hoch- und Tiefbau, Basisjahr 2010", (idF BPI Hoch- und Tiefbau 2010-2013) Auszug der Statistik Austria, erstellt am 10.5.2013 über die "Ergebnisse im Überblick: Baupreisindex für den Hoch- und Tiefbau, Basisjahr 2010", in der Fassung BPI Hoch- und Tiefbau 2010-2013)
- -Strichaufzählung
Lebenslauf DI S*** vom 28.1.2013

Der Aktenvermerk vom 31.7.2013 lautet wie folgt:

"Betreff: Sanierung Altlast N66 "Wienersdorfer Dachpappefabrik"

Nachprüfungsverfahren N/0054 und N/0057 beim BVA

Datum: 31.7.2013

Allgemeines:

Das Ziviltechnikerbüro `Kiener Consult ZT GmbH`, Stadtplatz 37, 3400 Klosterneuburg wurde im Februar 2013 mit der Durchführung der `Ausschreibung der Bau- und Entsorgungsleistungen für die Sanierung der Altlast

N66` von der Fa. ABO

Asphaltbau Oyenhausen GmbH beauftragt.

Diese Leistungen wurden intern an den ehemals langjährigen Mitarbeiter und jetzt selbstständigen Planer, DI S*** vergeben, welcher seit 1998 die Befugnis als Ziviltechniker für Kulturtechnik und Wasserwirtschaft besitzt und seit 2007 am gleichen Standort (Stadtplatz 37) ein Technisches Büro für Kulturtechnik und Wasserwirtschaft betreibt.

Auftragswertschätzung zum April 2013:

Die vorliegenden Kostenschätzung aus 2010 und deren lediglich massenmäßig überarbeitete Kostenschätzung 2012 sollen auf den Zeitpunkt des Beginns des Vergabeverfahrens (14.4.2013) und zum heutigen Tage mittels Baupreisindex hochgerechnet werden. Von der Statistik Austria wird quartalsweise der `Baupreisindex für Hoch- und Tiefbau`, Basisjahr 2010 veröffentlicht. Der aktuelle Ausdruck (Stand 10.5.2013, erhoben am 30.7.2013) liegt bei.

Eine Hochrechnung zum aktuellen Zeitpunkt ist nicht möglich, da die Werte des Baupreisindex immer im Nachhinein von der Statistik Austria bekannt gegeben werden (können). Zum heutigen Tage liegt lediglich der Baupreisindex für das erste Quartal 2013 vor (siehe auch den beiliegenden Ausdruck).

Hochrechnung zum Zeitpunkt `Beginn des Vergabeverfahrens`:

Verwendet wurde die Spalte des `sonstigen Tiefbaues`

Preisindex 3tes Quartal 2010: 101,00

Preisindex 1tes Quartal 2013: 106,70

Damit ergibt sich eine gesamte Preisgleitung (ohne Aufteilung in Lohn- und Sonstiges) von $100,00 / 101,00 \times 106,70 = 105,64 = 5,64\%$.

Damit wurden der gesamte Katalog inkl. Ingenieurleistungen, also auch die schon erbrachten Vorleistungen hochgerechnet. Damit liegt die vorliegende Auftragswertschätzung auf der `sicheren, d. h. hohen Seite`.

Der Bereich `Entsorgung` ist auch im o.a. Baupreisindex enthalten, wenngleich nicht in dem Umfang wie dieser im gegenständlichen Projekt vorliegt. Nachdem die Entsorgungspreise in den letzten beiden Jahren generell gesunken sind und beim vorliegenden Projekt ein überdurchschnittlich hoher Anteil an Entsorgungsleistung am Gesamtprojekt vorliegt, kann davon ausgegangen werden, dass die vorliegende Auftragswertschätzung auch aus dieser Sichtweise auf der `sicheren, d.h. hohen Seite` liegt.

In der vorliegenden Detailschärfe ist eine Rundung von 5% zum einen üblich und zum anderen von der Förderstelle der KPC mit max. 5% nach oben begrenzt.

Ebenso aktualisiert wurden die ALSAG-Beiträge welche sich per Gesetz am 1.1.2012 geändert haben.

Preisangemessenheit:

Die 2010 in der Kostenschätzung verwendeten `Blockpreise` sind in sich nachvollziehbar und entsprechen dem ortsüblichen Niveau. Für ein Ausschreibungsergebnis 2013 wird ein ähnliches Preisniveau wie in der Kostenschätzung 2010 bzw. 2012 erwartet, da zur Zeit eine ungünstige Marktsituation für die Bieter vorherrscht, dies zeigt auch die aktuelle Preisentwicklung des Baupreisindex von IV/2012 bis I/2013, welche sinkende Preise ausweist.

Unsere aktuellen Erfahrungen aus laufenden Anbotsergebnissen bestätigen diesen Trend, deshalb ist die vorliegende Kostenwertschätzung als angemessen auf der sicheren Seite zu bewerten.

[...]

verfasst, am 30.7.2013

DI S***

im Auftrag von Kiener Consult ZT GmbH"

In der 3. Kostenschätzung 04/2013 stellt sich der geschätzte Auftragswert für das vorliegende Projekt zum 14.4.2013, soweit für die vorliegende Entscheidung von Relevanz wie folgt dar: In der 3. Kostenschätzung 04 aus 2013, stellt sich der geschätzte Auftragswert für das vorliegende Projekt zum 14.4.2013, soweit für die vorliegende Entscheidung von Relevanz wie folgt dar:

"Einreichkatalog der Maßnahmen mit Kostenschätzung in EUR (exkl. MWSt)

Altlast: Altstandort Wienersdorfer Dachpappenfabrik

Förderungswerber: ABO Asphalt-Bau Oeynhausen GmbH 14.04.2013 VARIANTE R2a `Räumung West + Sperrbrunnen Ost`

Preisbasis = Einreichkatalog v Sept. 2010

I) `Investitionskosten` Pos-Summe

A. Vorleistungen

Summe A XXXXX

B. Herstellung und Durchführung

Erd- und Abbrucharbeiten XXXXX

Wasserhaltung (Sperrbrunnen)

Summe Wasserhaltung XXXXX

Abtransport u. Entsorgung

Entsorgung-Aushub

Wiederherstellungsarbeiten XXXXX

Summe B XXXXX

C. Nebenleistungen

Ingenieurleistungen

Ablösen, Entschädigungen

Summe C XXXXX

D. Unvorhergesehenes und Rundung XXXXX

Gesamtinvestitionen A bis D Summe IK A-D XXXXX

II. `Betriebskosten`

E Laufende Sicherungs- oder Sanierungsmaßnahmen (Betriebskosten) /

Beweissicherungsmaßnahmen

Summe E, der Betriebskosten für 1 Jahr XXXXX

F. Unvorhergesehenes und Rundung

Summe F, Unvorhergesehenes, für 1 Jahr XXXXXX

Gesamtbetriebskosten E und F

Summe E+F, Betriebskosten für 1 Jahr XXXXX

Förderfähige Betriebskosten (max. 5 Jahre) für 5 Jahre XXXXX

Gesamtprojektkosten A bis F (ohne ALSAG) XXXXX

Preisgleitung (lt. beiliegendem Überblick `Baupreisindex` der Statistik Austria

Basis III Quartal 2010 (`sonstiger Tiefbau`) 101,00

Basis I Quartal 2013 (`sonstiger Tiefbau`) 106,70

Steigerung III/2010 bis I/2013 105,64

Basiswert 2010 XXXXX

Steigerung 5,64% XXXXX

Gesamtprojektskosten A bis F (ohne ALSAG) Stand April 2013 XXXXX

G. ALSAG-Beitrag, aktuelle ALSAG-Beiträge ab 1.1.2012

Summe ALSAG-Beiträge 14.820 to € 303.780 XXXXX

Gesamtkosten inkl. Altlastenbeitrag A bis G XXXXX

Der bei dieser Kostenschätzung berücksichtigte BPI Hoch- und Tiefbau 2010-2013 weist die Preissteigerung für die Jahre 2010 bis 2013 aus wie folgt:

"Ergebnisse im Überblick: Baupreisindex für den Hoch- und Tiefbau, Basisjahr 2010"

Jahr/Quartal Hoch- und Tiefbau Sonstiger Tiefbau

Ø 2012 105,8 106,4

Ø 2011 103,2 103,8

Ø 2010 100,0 100,0

2013 I. 106,7 106,7

2012 IV. 106,4 107,4

III. 106,0 106,6

II. 105,9 106,3

I. 104,9 105,1

2011 IV. 103,8 104,4

III. 103,5 104,3

II. 103,0 103,5

I. 102,3 103,0

2010 IV. 101,3 102,0

III. 100,5 101,0

II. 99,6 99,1

I. 98,6 97,1

"

Dem von DI S*** vorgelegten Lebenslauf ist zu entnehmen, dass er nach Abschluss des Studiums für Kulturtechnik und Wasserwirtschaft im Jahre 1998 die Ziviltechnikerprüfung für Kulturtechnik und Wasserwirtschaft ablegt hat. Nach diversen Beschäftigungen neben dem Studium ist er zunächst bei einem Zivilingenieur für Bauwesen in Wien und danach bei der vergebenden Stelle beschäftigt gewesen. 1996 ist die J***, J***, Technisches Büro für Kulturtechnik und Wasserwirtschaft gegründet worden. Zum Nachweis seiner bisherigen Arbeiten ist diesem Lebenslauf eine mehrseitige Aufstellung diverser Referenzen samt zugehörigen Kontaktangaben angeschlossen. Es handelt sich dabei insbesondere um Einreichungen, Planungen und Bauaufsicht sowie Ausschreibungen in den Bereichen Kanal- und Wasserleitungsanlagen, Einbauten-umlegungen sowie die Räumung bzw Sicherung von 3 Altlasten in der Trasse der S1. Bei diesen Projekten ist der Genannte von 1995 bis 2007 als eigenverantwortlicher, leitender Angestellter und ab 2007 als Subunternehmer der vergebenden Stelle tätig geworden.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

1. 1.Ziffer eins
Rechtslage

Das Bundesvergabegesetz 2006 idF der Novelle BGBl I Nr. 10/2012 wurde mit BGBl I Nr. 128/2013, kundgemacht am 11.7.2013, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind - mit Ausnahme der in der genannten Novelle in § 345 Abs. 17 Z 3 angeführten Bestimmungen - mit dem der Kundmachung folgenden Tag, somit am 12.7.2013, in Kraft getreten. Gemäß § 345 Abs. 17 Z 2 BVergG idgF sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Novelle bereits eingeleiteten Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes BGBl I Nr 128/2013 beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren sind nach der bisherigen Rechtslage fortzuführen. Hinsichtlich der Vergabeverfahren, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits beendet sind, richtet sich die Durchführung von Feststellungsverfahren nach der bisherigen Rechtslage. Das Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2012, wurde mit Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 128 aus 2013,, kundgemacht am 11.7.2013, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind - mit Ausnahme der in der genannten Novelle in Paragraph 345, Absatz 17, Ziffer 3, angeführten Bestimmungen - mit dem der Kundmachung folgenden Tag, somit am 12.7.2013, in Kraft getreten. Gemäß Paragraph 345, Absatz 17, Ziffer 2, BVergG idgF sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Novelle bereits eingeleiteten Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 128 aus 2013, beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren sind nach der bisherigen Rechtslage fortzuführen. Hinsichtlich der Vergabeverfahren, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits beendet sind, richtet sich die Durchführung von Feststellungsverfahren nach der bisherigen Rechtslage.

Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt für die Prüfung des dem gegenständlichen Nachprüfungsantrag zugrundeliegenden Vergabeverfahrens, das vor dem 12.7.2013 eingeleitet worden ist, die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle BGBl I Nr 10/2012 (BVergG) heranzuziehen hat. Da das gegenständliche, beim Bundesvergabeamt unter der Aktenzahl N/0054-BVA/02/2013 am 7.6.2013 protokollierte Nachprüfungsverfahren vor dem 12.7.2013 anhängig gemacht wurde, sind für dieses Nachprüfungsverfahren ebenfalls die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle BGBl I Nr 10/2012 maßgeblich. Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt für die Prüfung des dem gegenständlichen Nachprüfungsantrag zugrundeliegenden Vergabeverfahrens, das vor dem 12.7.2013 eingeleitet worden ist, die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 10 aus 2012, (BVergG) heranzuziehen hat. Da das gegenständliche, beim Bundesvergabeamt unter der Aktenzahl N/0054-BVA/02/2013 am 7.6.2013 protokollierte Nachprüfungsverfahren vor dem 12.7.2013 anhängig gemacht wurde, sind für dieses Nachprüfungsverfahren ebenfalls die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 10 aus 2012, maßgeblich.

1. 2.Ziffer 2
Spruchpunkt I.Spruchpunkt römisch eins.

Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes

Maßstab für die Beurteilung, ob es sich beim Auftraggeber dieses Vergabeverfahrens um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des BVergG handelt, ist § 3 BVergG. Maßstab für die Beurteilung, ob es sich beim Auftraggeber dieses Vergabeverfahrens um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des BVergG handelt, ist Paragraph 3, BVergG.

Gemäß § 3. Abs 1 BVergG gilt dieses Bundesgesetz mit Ausnahme seines 3. Teiles für die Vergabeverfahren von öffentlichen Auftraggebern, das sind Gemäß Paragraph 3, Absatz eins, BVergG gilt dieses Bundesgesetz mit Ausnahme seines 3. Teiles für die Vergabeverfahren von öffentlichen Auftraggebern, das sind

1. 1.Ziffer eins
der Bund, die Länder, die Gemeinden und Gemeindeverbände sowie
2. 2.Ziffer 2
Einrichtungen, die
 1. a) Litera a
zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse
die nicht gewerblicher Art sind, und

liegende Aufgaben zu erfüllen,

2. b) Litera b

zumindest teilrechtsfähig sind und

3. c) Litera c

überwiegend von Auftraggebern gemäß Z 1 oder anderen Einrichtungen im Sinne der Z 2 finanziert werden oder die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch letztere unterliegen oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die von Auftraggebern gemäß Z 1 oder anderen Einrichtungen im Sinne der Z 2 ernannt worden sind, überwiegend von Auftraggebern gemäß Ziffer eins, oder anderen Einrichtungen im Sinne der Ziffer 2, finanziert werden oder die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch letztere unterliegen oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die von Auftraggebern gemäß Ziffer eins, oder anderen Einrichtungen im Sinne der Ziffer 2, ernannt worden sind,

3. Ziffer 3

Verbände, die aus einem oder mehreren Auftraggebern gemäß Z 1 oder 2 bestehen. Verbände, die aus einem oder mehreren Auftraggebern gemäß Ziffer eins, oder 2 bestehen.

Gemäß § 3 Abs 2 BVergG gelten, wenn Auftraggeber im Oberschwellenbereich einer Einrichtung, die kein Auftraggeber im Sinne des Abs. 1 ist, Bauaufträge über Tiefbauarbeiten im Sinne des Anhangs I oder Bauaufträge im Sinne des Anhangs II oder in Verbindung mit solchen Bauaufträgen vergebene Dienstleistungsaufträge zu mehr als 50 vH direkt. Gemäß Paragraph 3, Absatz 2, BVergG gelten, wenn Auftraggeber im Oberschwellenbereich einer Einrichtung, die kein Auftraggeber im Sinne des Absatz eins, ist, Bauaufträge über Tiefbauarbeiten im Sinne des Anhangs römisch eins oder Bauaufträge im Sinne des Anhangs römisch zwei oder in Verbindung mit solchen Bauaufträgen vergebene Dienstleistungsaufträge zu mehr als 50 vH direkt

subventionieren, bei der Vergabe dieser Bau- und Dienstleistungsaufträge die Bestimmungen des 1., 2. und des 4. bis 6. Teiles dieses Bundesgesetzes.

Bei der ABO Asphalt-Bau Oeynhausen GmbH handelt es sich um keinen öffentlichen Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 BVergG. Es ist daher zu prüfen, ob im vorliegenden Fall die Voraussetzungen gemäß § 3 Abs 2 leg cit. erfüllt sind. Bei der ABO Asphalt-Bau Oeynhausen GmbH handelt es sich um keinen öffentlichen Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, BVergG. Es ist daher zu prüfen, ob im vorliegenden Fall die Voraussetzungen gemäß Paragraph 3, Absatz 2, leg cit. erfüllt sind.

Auftragsgegenstand ist die Sanierung der Altlast N66 "Wienersdorfer Dachpappenfabrik". Für diesen Leistungsgegenstand wird vom Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft (BMLFUW), dieser vertreten durch die KPC, eine Förderung an Investitions- und vorläufigen Betriebskosten in Höhe von 80 vH sowie für den vorläufigen Altlastenbeitrag in Höhe von 100 vH gewährt. Die Berechnung der Subvention basiert auf der vom Auftraggeber dazu vorgelegten 1. Kostenschätzung 2010, in Höhe von EUR 3.920.320,00 netto (vgl. OZ 4). Eine Erhöhung der förderungsfähigen Netto-Kosten um höchstens 15 % maximal jedoch 1 Mio EUR Barwert wird laut Fördervertrag im Zuge der Endabrechnung in begründeten Fällen anerkannt (vgl. OZ 3, Fördervertrag vom 19.7.2012, Pkt. 2). Das gegenständliche Projekt, dem zunächst eine weitere, 2. Kostenschätzung 2012 in der Höhe von EUR 4.302.919,00 netto und mittlerweile eine 3. Kostenschätzung 04/2013 in der Höhe von EUR 4.568.973,00 netto (vgl. OZ 20) zu Grunde gelegt wurde, wird daher im Sinne von § 3 Abs 2 BVergG jedenfalls zu mehr als 50 % direkt von öffentlichen Auftraggebern im Sinne des BVergG subventioniert. Auftragsgegenstand ist die Sanierung der Altlast N66 "Wienersdorfer Dachpappenfabrik". Für diesen Leistungsgegenstand wird vom Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft (BMLFUW), dieser vertreten durch die KPC, eine Förderung an Investitions- und vorläufigen Betriebskosten in Höhe von 80 vH sowie für den vorläufigen Altlastenbeitrag in Höhe von 100 vH gewährt. Die Berechnung der Subvention basiert auf der vom Auftraggeber dazu vorgelegten 1. Kostenschätzung 2010, in Höhe von EUR 3.920.320,00 netto (vergleiche OZ 4). Eine Erhöhung der förderungsfähigen Netto-Kosten um höchstens 15 % maximal jedoch 1 Mio EUR Barwert wird laut Fördervertrag im Zuge der Endabrechnung in begründeten Fällen anerkannt (vergleiche OZ 3, Fördervertrag vom 19.7.2012, Pkt. 2). Das gegenständliche Projekt, dem zunächst eine weitere, 2. Kostenschätzung 2012 in der Höhe von EUR 4.302.919,00 netto und mittlerweile eine 3. Kostenschätzung 04 aus 2013, in der Höhe von EUR 4.568.973,00 netto (vergleiche OZ 20) zu Grunde gelegt wurde, wird daher im Sinne von Paragraph 3, Absatz 2, BVergG jedenfalls zu mehr als 50 % direkt von öffentlichen Auftraggebern im Sinne des BVergG subventioniert.

Zu klären bleibt, ob auch die weiteren Voraussetzungen, die § 3 Abs 2 BVergG normiert, im vorliegenden Fall ebenfalls gegeben sind. Nach dem klaren und unmissverständlichen Wortlaut dieser Bestimmung sind nur Tiefbauaufträge iSd Anhanges I oder Bauaufträge iSd Anhanges II sowie Dienstleistungsaufträge, die mit solchen Bauaufträgen jeweils in Zusammenhang stehen, vom Anwendungsbereich des BVergG erfasst. Das Kriterium des Zusammenhangs des zu vergebenden Dienstleistungsauftrages mit einem hier relevanten Bauauftrag ist im Sinne der Gegenstandsbezogenheit der betroffenen Projekte erfüllt, wenn die Dienstleistung eine gewisse sachliche und zeitliche Verbindung zum betreffenden Bauvorhaben aufweist. Eine sachliche Verbindung besteht, wenn die Leistungen inhaltlich aufeinander bezogen sind. Sie kann aber auch angenommen werden, wenn der Projektorganisation zufolge ein einheitliches Vorhaben vorliegt. Von einem zeitlichen Zusammenhang wird selbst bei geringfügigen zeitlichen Abständen zwischen Bau- und Dienstleistungsvergabe noch auszugehen sein, wohingegen erhebliche zeitliche Diskrepanzen auf eine isolierte Auftragsvergabe hindeuten (vgl. M. Holoubek/ C. Fuchs in Schramm/Aicher/ Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2006 Kommentar2 2012, § 3 Rz 98ff.) Zu klären bleibt, ob auch die weiteren Voraussetzungen, die Paragraph 3, Absatz 2, BVergG normiert, im vorliegenden Fall ebenfalls gegeben sind. Nach dem klaren und unmissverständlichen Wortlaut dieser Bestimmung sind nur Tiefbauaufträge iSd Anhanges römisch eins oder Bauaufträge iSd Anhanges römisch zwei sowie Dienstleistungsaufträge, die mit solchen Bauaufträgen jeweils in Zusammenhang stehen, vom Anwendungsbereich des BVergG erfasst. Das Kriterium des Zusammenhangs des zu vergebenden Dienstleistungsauftrages mit einem hier relevanten Bauauftrag ist im Sinne der Gegenstandsbezogenheit der betroffenen Projekte erfüllt, wenn die Dienstleistung eine gewisse sachliche und zeitliche Verbindung zum betreffenden Bauvorhaben aufweist. Eine sachliche Verbindung besteht, wenn die Leistungen inhaltlich aufeinander bezogen sind. Sie kann aber auch angenommen werden, wenn der Projektorganisation zufolge ein einheitliches Vorhaben vorliegt. Von einem zeitlichen Zusammenhang wird selbst bei geringfügigen zeitlichen Abständen zwischen Bau- und Dienstleistungsvergabe noch auszugehen sein, wohingegen erhebliche zeitliche Diskrepanzen auf eine isolierte Auftragsvergabe hindeuten vergleiche M. Holoubek/ C. Fuchs in Schramm/Aicher/ Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2006 Kommentar2 2012, Paragraph 3, Rz 98ff.)

Ausgeschrieben wurde ein Bauauftrag. Die dafür erforderlichen Maßnahmen gliedern sich bei der "Räumung Teilbereich West; Kernbereich" grob in den Aushub der kontaminierten Bereiche mit einer Aushubkubatur von ca. 20.000 m3 inklusive externer Entsorgung der ausgehobenen kontaminierten Materialien und Wiederverfüllung der Baugrube sowie bei der "Sicherung Teilbereich Ost; Abstrom" in die Errichtung und den Betrieb einer aus Sperrbrunnen, Reinigungsanlage und Versickerung bestehenden Sicherung [vgl. Bekanntmachung der Ausschreibung, II.2.1) Gesamtmenge bzw. Umfang des Auftrags (einschließlich aller Lose und Optionen, falls zutreffend); "Unterlagen des AG für die öffentliche Erkundung des Bewerberkreises zur Durchführung der Bau- und Entsorgungsleistungen sowie Errichtung und Betrieb der Sicherung im Zuge der Sanierung der Altlast N66 'Wienersdorfer Dachpappenfabrik' (iF Bewerbungsunterlagen AG), Vorbemerkung sowie Pkt 11, Kurzbeschreibung der zur Vergabe beabsichtigten Leistungen]. Ausgeschrieben wurde ein Bauauftrag. Die dafür erforderlichen Maßnahmen gliedern sich bei der "Räumung Teilbereich West; Kernbereich" grob in den Aushub der kontaminierten Bereiche mit einer Aushubkubatur von ca. 20.000 m3 inklusive externer Entsorgung der ausgehobenen kontaminierten Materialien und Wiederverfüllung der Baugrube sowie bei der "Sicherung Teilbereich Ost; Abstrom" in die Errichtung und den Betrieb einer aus Sperrbrunnen, Reinigungsanlage und Versickerung bestehenden Sicherung [vgl. Bekanntmachung der Ausschreibung, römisch zwei.2.1) Gesamtmenge bzw. Umfang des Auftrags (einschließlich aller Lose und Optionen, falls zutreffend); "Unterlagen des AG für die öffentliche Erkundung des Bewerberkreises zur Durchführung der Bau- und Entsorgungsleistungen sowie Errichtung und Betrieb der Sicherung im Zuge der Sanierung der Altlast N66 'Wienersdorfer Dachpappenfabrik' (iF Bewerbungsunterlagen AG), Vorbemerkung sowie Pkt 11, Kurzbeschreibung der zur Vergabe beabsichtigten Leistungen].

Vergeben werden demnach jedenfalls und insoweit auch unstrittig Tiefbauleistungen iSd Anhanges I und zwar der NACE Gruppen 45.1 - Erdbewegungsarbeiten (zB Erdbewegungen: Aushub von ca. 20.000 t kontaminierte Materialien und Wiederverfüllung der Baugrube), Vergeben werden demnach jedenfalls und insoweit auch unstrittig Tiefbauleistungen iSd Anhanges römisch eins und zwar der NACE Gruppen 45.1 - Erdbewegungsarbeiten (zB Erdbewegungen: Aushub von ca. 20.000 t kontaminierte Materialien und Wiederverfüllung der Baugrube),

45.12 - Test- und Suchbohrungen (zB Test-, Such- und Kernbohrungen für bauliche, geophysikalische, geologische oder ähnliche Zwecke: Rasterbeprobung durch W***) und 45.25 - Spezialbau und sonstiger Tiefbau (Spezielle Tätigkeiten im

Hoch- und Tiefbau, die besondere Fachkenntnisse bzw Ausrüstungen erfordern wie Brunnen- und Schachtbau: Errichtung eines Sperrbrunnens). Damit im sachlichen und zeitlichen Zusammenhang stehen verschiedene Dienstleistungen, wie zB der Abtransport und die Entsorgung des zuvor ausgehobenen kontaminierten Materials. Diese Dienstleistungen beziehen sich sowohl inhaltlich auf die oben genannten Tiefbauarbeiten iSd Anhanges I - den zuvor erfolgten Aushub des kontaminierten Bodens -, als auch sind sie Teil des einheitlichen Vorhabens "Sanierung der Altlast 'Wienersdorfer Dachpappenfabrik'" (sachlicher Zusammenhang). Auch am zeitlichen Zusammenhang der hier in einem Auftrag, gemeinsam mit den Tiefbauarbeiten iSd des Anhanges I zu vergebenden Dienstleistungen besteht kein Zweifel. 45.12 - Test- und Suchbohrungen (zB Test-, Such- und Kernbohrungen für bauliche, geophysikalische, geologische oder ähnliche Zwecke: Rasterbeprobung durch W***) und 45.25 - Spezialbau und sonstiger Tiefbau (Spezielle Tätigkeiten im Hoch- und Tiefbau, die besondere Fachkenntnisse bzw Ausrüstungen erfordern wie Brunnen- und Schachtbau: Errichtung eines Sperrbrunnens). Damit im sachlichen und zeitlichen Zusammenhang stehen verschiedene Dienstleistungen, wie zB der Abtransport und die Entsorgung des zuvor ausgehobenen kontaminierten Materials. Diese Dienstleistungen beziehen sich sowohl inhaltlich auf die oben genannten Tiefbauarbeiten iSd Anhanges römisch eins - den zuvor erfolgten Aushub des kontaminierten Bodens -, als auch sind sie Teil des einheitlichen Vorhabens "Sanierung der Altlast 'Wienersdorfer Dachpappenfabrik'" (sachlicher Zusammenhang). Auch am zeitlichen Zusammenhang der hier in einem Auftrag, gemeinsam mit den Tiefbauarbeiten iSd des Anhanges römisch eins zu vergebenden Dienstleistungen besteht kein Zweifel.

Das gegenständliche Vergabeverfahren wurde vom Auftraggeber am 15.4.2013 bekannt gemacht. Zum Zeitpunkt der Absendung der Bekanntmachung im April 2013 lag eine weitere Kostenschätzung, erstellt im Juni 2012 vor. Die Gesamtprojektkosten inkl Altlastenbeitrag belaufen sich darin auf EUR 4.302.919,00 netto. Diese 2. Kostenschätzung 2012 ist nach den insoferne nachvollziehbaren und auch in der mündlichen Verhandlung unbestritten gebliebenen Angaben des Auftraggebers die Basis für die im April 2013 erfolgte Bekanntmachung der gegenständlichen Ausschreibung.

Gemäß § 13 Abs 1 BVergG ist Grundlage für die Berechnung des geschätzten Auftragswertes eines öffentlichen Auftrages der Gesamtwert ohne Umsatzsteuer, der vom Auftraggeber. Gemäß Paragraph 13, Absatz eins, BVergG ist Grundlage für die Berechnung des geschätzten Auftragswertes eines öffentlichen Auftrages der Gesamtwert ohne Umsatzsteuer, der vom Auftraggeber

voraussichtlich zu zahlen ist. Bei dieser Berechnung ist der geschätzte Gesamtwert aller der zum Vorhaben gehörigen Leistungen einschließlich aller Optionen und etwaiger Vertragsverlängerungen zu berücksichtigen. Sieht der Auftraggeber Prämien oder Zahlungen an Bewerber oder Bieter vor, hat er diese bei der Berechnung des geschätzten Auftragswertes gemäß § 13 Abs 2 leg cit zu berücksichtigen. voraussichtlich zu zahlen ist. Bei dieser Berechnung ist der geschätzte Gesamtwert aller der zum Vorhaben gehörigen Leistungen einschließlich aller Optionen und etwaiger Vertragsverlängerungen zu berücksichtigen. Sieht der Auftraggeber Prämien oder Zahlungen an Bewerber oder Bieter vor, hat er diese bei der Berechnung des geschätzten Auftragswertes gemäß Paragraph 13, Absatz 2, leg cit zu berücksichtigen.

Gemäß § 13 Abs 3 leg cit ist der geschätzte Auftragswert der auszuschreibenden Leistung ohne Umsatzsteuer vom Auftraggeber vor der Durchführung des Vergabeverfahrens sachkundig zu ermitteln. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Ermittlung ist der Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens durch den Auftraggeber. Bei Vergabeverfahren mit vorheriger Bekanntmachung ist dies der Zeitpunkt der Absendung der Bekanntmachung gemäß § 46, bei Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung die erste nach außen in Erscheinung tretende Festlegung. Die Wahl der angewandten Berechnungsmethode darf gemäß § 13 Abs 4 leg cit nicht den Zweck verfolgen, die Anwendung der Vorschriften dieses Bundesgesetzes zu umgehen. Gemäß Paragraph 13, Absatz 3, leg cit ist der geschätzte Auftragswert der auszuschreibenden Leistung ohne Umsatzsteuer vom Auftraggeber vor der Durchführung des Vergabeverfahrens sachkundig zu ermitteln. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Ermittlung ist der Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens durch den Auftraggeber. Bei Vergabeverfahren mit vorheriger Bekanntmachung ist dies der Zeitpunkt der Absendung der Bekanntmachung gemäß Paragraph 46,, bei Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung die erste nach außen in Erscheinung tretende Festlegung. Die Wahl der angewandten Berechnungsmethode darf gemäß Paragraph 13, Absatz 4, leg cit nicht den Zweck verfolgen, die Anwendung der Vorschriften dieses Bundesgesetzes zu umgehen.

Gemäß § 14 Abs 2 BVergG ist bei der Berechnung des geschätzten Auftragswertes von Bauaufträgen oder

Baukonzessionsverträgen neben dem Auftragswert der Bauleistungen auch der geschätzte Gesamtwert aller für die Ausführung der Bauleistungen erforderlichen Waren einzubeziehen, die dem Unternehmer vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt werden. Der Wert von Waren oder Dienstleistungen, die für die Ausführung eines bestimmten Bauauftrages nicht erforderlich sind, darf zum Wert dieses Auftrages insbesondere nicht mit der Folge hinzugefügt werden, dass die Vorschriften dieses Bundesgesetzes für die Beschaffung dieser Waren oder Dienstleistungen umgangen werden. Gemäß Paragraph 14, Absatz 2, BVergG ist bei der Berechnung des geschätzten Auftragswertes von Bauaufträgen oder Baukonzessionsverträgen neben dem Auftragswert der Bauleistungen auch der geschätzte Gesamtwert aller für die Ausführung der Bauleistungen erforderlichen Waren einzubeziehen, die dem Unternehmer vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt werden. Der Wert von Waren oder Dienstleistungen, die für die Ausführung eines bestimmten Bauauftrages nicht erforderlich sind, darf zum Wert dieses Auftrages insbesondere nicht mit der Folge hinzugefügt werden, dass die Vorschriften dieses Bundesgesetzes für die Beschaffung dieser Waren oder Dienstleistungen umgangen werden.

Der geschätzte Auftragswert ist jener Wert, den ein umsichtiger und sachkundiger öffentlicher Auftraggeber, unter Umständen nach sorgfältiger Prüfung des relevanten Marktsegmentes (zB durch Prüfung verschiedener Firmenkataloge) und im Einklang mit den Erfordernissen betriebswirtschaftlicher Finanzplanung, bei der Anschaffung der vergabegegenständlichen Leistung veranschlagen würde. Ist der Auftraggeber dazu nicht im Stande, so hat er entsprechend sachkundige Dritte beizuziehen (EBRV 1171 Blg Nr. XXII.GP 34). Der geschätzte Auftragswert ist jener Wert, den ein umsichtiger und sachkundiger öffentlicher Auftraggeber, unter Umständen nach sorgfältiger Prüfung des relevanten Marktsegmentes (zB durch Prüfung verschiedener Firmenkataloge) und im Einklang mit den Erfordernissen betriebswirtschaftlicher Finanzplanung, bei der Anschaffung der vergabegegenständlichen Leistung veranschlagen würde. Ist der Auftraggeber dazu nicht im Stande, so hat er entsprechend sachkundige Dritte beizuziehen (EBRV 1171 Blg Nr. römisch 22 .Gesetzgebungsperiode 34).

Nach den nachvollziehbaren Angaben des Auftraggebers wurden im Zusammenhang mit der Schätzung des Wertes des gegenständlichen Auftrags zunächst DI L*** (P***, 1. Zeuge), Ing. N*** (ABO) und Ing. M*** (ABO, 2. Zeuge) tätig. Zuletzt wurde die 2. Kostenschätzung 2012 von DI S*** im Auftrag der vergebenden Stelle auf den Zeitpunkt des Beginns des Vergabeverfahrens hochgerechnet (siehe dazu unten).

Der 1. Zeuge und DI S*** verfügen über ein abgeschlossenes Studium der Kulturtechnik und Wasserwirtschaft und sind bereits seit mehrere Jahren mit (Detail)-Planungen, Bauaufsichten, Einreichungen und Ausschreibungen befasst. Der 1. Zeuge war insbesondere in den Bereichen Vermessung, Fluss-, Klär- und Kanalanlagen sowie Siedlungswasserbau tätig. Seit 12 Jahren zählt die Altlastensanierung zu seinem Hauptaufgabengebiet und er erstellt jährlich 1 bis 2 Einreichplanungen samt Variantenstudien. Zu den von DI S*** betreuten Projekten zählten insbesondere Kanal- und Wasserleistungsanlagen, Einbautenumlegungen sowie die Räumung bzw Sicherung von Altlasten.

Diese Personen sind daher infolge ihrer Ausbildung und ihrer einschlägigen Berufserfahrung ohne Zweifel befähigt, eine Kostenschätzung wie die gegenständliche sachkundig vorzunehmen.

Im vorliegenden Fall legte der 1. Zeuge der 1. Kostenschätzung die Werte aus einem weiteren Altlastensanierungsprojekt zu Grunde. Dieses Projekt, mit der Bezeichnung "W23" betreffend die Sanierung einer Borfabrik, fand zeitgleich zur Auftragswertschätzung im September 2010 statt. Das Projekt "W23" ist mit dem vorliegenden Auftrag - bei beiden Projekten geht es um die Sanierung von Kontaminationen durch Räumung und Sicherung - inhaltlich vergleichbar. Auch in Bezug auf die herangezogenen Werte bzw Preise ist jedenfalls ein ausreichender zeitlicher Zusammenhang gegeben.

Die Gliederung der ausgeschriebenen Leistungen in der 1. Kostenschätzung, orientiert an den Vorgaben für Förderansuchen, in die Kategorien A bis G ist nachvollziehbar und spiegelt sich hinsichtlich Inhalt und Umfang in den den Bietern vom Auftraggeber überlassenen Bewerbungsunterlagen wider. Punkt I) Investitionskosten beinhaltet A Vorleistungen, B Herstellung und Durchführung, C Nebenleistungen sowie D Unvorhergesehenes und Rundung. Punkt II) Betriebskosten besteht aus E Laufende Sicherungs- oder Sanierungsmaßnahmen (Betriebskosten) / Beweissicherungsmaßnahmen, F Unvorhergesehenes und Rundung und G den ALSAG-Beitrag. Die Gliederung der ausgeschriebenen Leistungen in der 1. Kostenschätzung, orientiert an den Vorgaben für Förderansuchen, in die Kategorien A bis G ist nachvollziehbar und spiegelt sich hinsichtlich Inhalt und Umfang in den den Bietern vom

Auftraggeber überlassenen Bewerbungsunterlagen wider. Punkt römisch eins) Investitionskosten beinhaltet A Vorleistungen, B Herstellung und Durchführung, C Nebenleistungen sowie D Unvorhergesehenes und Rundung. Punkt römisch zwei) Betriebskosten besteht aus E Laufende Sicherungs- oder Sanierungsmaßnahmen (Betriebskosten) / Beweissicherungsmaßnahmen, F Unvorhergesehenes und Rundung und G den ALSAG-Beitrag.

Plausibel legte der 1. Zeuge in der mündlichen Verhandlung dazu ergänzend dar, dass in der 1. Kostenschätzung bei den Eigenleistungen, da es sich zu diesem Zeitpunkt noch um ein eigenes Projekt des Förderwerbers P*** gehandelt hatte, bei dem überwiegend Eigenleistungen in Ansatz gebracht worden sind, ein Abschlag von 2,5 % vorgenommen wurde. Den Vorhalt von Antragstellerinnenseite im Bezug auf die Erlangung von Fördermitteln, sei ein Förderwerber bestrebt, die Kosten, insbesondere wenn es sich um Eigenleistungen handle, möglichst gering zu halten, entkräfteten der Auftraggeber und der 1. Zeuge übereinstimmend und überzeugend, indem sie darauf hinwiesen, dass jeder Förderwerber schon um seine eigenen Kosten nach Erlangen der Förderung auf ein Minimum zu reduzieren, im Einreichkatalog für die Förderung jedenfalls sämtliche Kosten und diese auch in angemessener Höhe ausweisen werde. Schließlich erfolgte die Beantragung der Fördermittel noch im ersten Kalenderhalbjahr, weshalb der Auftraggeber durchaus auch noch mit einem ausreichend dotierten "Fördertopf" beim BMLFU rechnen konnte.

Auch die von der Antragstellerin in Frage gestellte Einrechnung von bereits vor der gegenständlichen Ausschreibung beauftragten Vorleistungen gemäß § 14 Abs 2 BVergG als Fremdleistungen in die Kostenschätzung hat stattgefunden. Der erste Teil der dem Bundesvergabeamt als Excel-Tabelle vorliegenden Kostenschätzung dieses Vorhabens beinhaltet die geschätzten Kosten für verschiedene zum Teil bereits ausgeführte Fremdleistungen, nämlich insbesondere die bereits erfolgte Gefährdungsabschätzung, die bereits für das Einreichprojekt erstellte Sanierungsvariantenstudie, das Einreichprojekt selbst und die Bewilligungsverfahren, die Detailplanung, als auch diverse geotechnische Detailerkundungen und chemischen Analysen [vgl. OZ 4, 2. Kostenschätzung 2012, I. Investitionskosten, A]. Auch die von der Antragstellerin in Frage gestellte Einrechnung von bereits vor der gegenständlichen Ausschreibung beauftragten Vorleistungen gemäß Paragraph 14, Absatz 2, BVergG als Fremdleistungen in die Kostenschätzung hat stattgefunden. Der erste Teil der dem Bundesvergabeamt als Excel-Tabelle vorliegenden Kostenschätzung dieses Vorhabens beinhaltet die geschätzten Kosten für verschiedene zum Teil bereits ausgeführte Fremdleistungen, nämlich insbesondere die bereits erfolgte Gefährdungsabschätzung, die bereits für das Einreichprojekt erstellte Sanierungsvariantenstudie, das Einreichprojekt selbst und die Bewilligungsverfahren, die Detailplanung, als auch diverse geotechnische Detailerkundungen und chemischen Analysen [vgl. OZ 4, 2. Kostenschätzung 2012, römisch eins. Investitionskosten, A

Vorleistungen, Pos 1-8: Gefährdungsabschätzung,

Sanierungsvariantenstudie, Einreichprojekt und Bewilligungsverfahren, Detailplanung, Detailerkundung (Geotechn., Analytik ONR-RL...), Ausschreibung / LV erstellen,...]. Zudem wurde dieser auch aus Eigenleistungen bestehende Teil der Schätzung der Investitionskosten - worauf der 1. Zeuge in der mündlichen Verhandlung ausdrücklich und unbestritten hingewiesen hat - durch ein drittes, vom damaligen Förderwerber hinzugezogenes Ziviltechnikerbüro einer Überprüfung unterzogen.

Ähnlich stellt sich die Situation bezüglich der Preise für das Projekt "W23" dar, welche als Basis für die gegenständliche Auftragswertschätzung vom September 2010, ua also auch für die Entsorgungsleistungen herangezogen wurden. Auch bei diesen Preisen, die sich, wie die Antragstellerin vorbringt, ebenso auf Eigenleistungen beziehen, handelt es sich nach den glaubhaften Aussagen des 1. Zeugen um Kalkulationspreise inklusive aller Zuschläge. Bestätigt wird das in dem, dem Bundesvergabeamt vollständig vorliegenden Prüfbericht der begleitenden Kontrolle des Projektes "W23" samt zugehörigem Aktenvermerk. In diesen Unterlagen bestätigt die damit beauftragte Ziviltechnikergesellschaft ausdrücklich, dass es sich bei den Angebotspreisen des Projektes "W23" um marktkonforme handelt und die Kalkulationsansätze für ua den Gesamtzuschlag angemessen sind (vgl. OZ 18). Ähnlich stellt sich die Situation bezüglich der Preise für das Projekt "W23" dar, welche als Basis für die gegenständliche Auftragswertschätzung vom September 2010, ua also auch für die Entsorgungsleistungen herangezogen wurden. Auch bei diesen Preisen, die sich, wie die Antragstellerin vorbringt, ebenso auf Eigenleistungen beziehen, handelt es sich nach den glaubhaften Aussagen des 1. Zeugen um Kalkulationspreise inklusive aller Zuschläge. Bestätigt wird das in dem, dem Bundesvergabeamt vollständig vorliegenden Prüfbericht der begleitenden Kontrolle des Projektes "W23" samt zugehörigem Aktenvermerk. In diesen Unterlagen bestätigt die damit beauftragte Ziviltechnikergesellschaft ausdrücklich, dass es sich bei den Angebotspreisen des Projektes "W23" um marktkonforme handelt und die Kalkulationsansätze für ua den

Gesamtzuschlag angemessen sind (vergleiche OZ 18).

Der Einwand der Antragstellerin, das Volumen an Baurestmasse sei bei derartigen Projekten im Vorfeld nicht ausreichend bestimmbar, weshalb die kalkulierte Wiederverfüllung zu 100% nicht nachvollziehbar sei, vermag nicht zu überzeugen. Zum einen gab es, wie auch nicht nur der 1. Zeuge betonte, mehrfache Bodenerkundungen, sodass Reste an Baurestmasse auszuschließen sind. Zum anderen liegt es in der Natur jeder Schätzung, also auch der Schätzung der Massen und Volumina für die Ermittlung des geschätzten Auftragswertes dieses Projektes, dass es sich nur um, wenn auch möglichst genaue Annahmen handelt. Bei den demzufolge geschätzten und daher niemals exakten Werten sind daher entsprechende Aufschläge und Rundungen zu berücksichtigen. Im Hinblick auf die tatsächlich stattgefundene Preisentwicklung (siehe dazu unten) ist die im vorliegenden Fall erfolgte Einrechnung eines 5% Aufschlages in die Auftragswertschätzung als durchaus angemessen zu bewerten. Eine Berücksichtigung von Toleranzen in der Höhe, wie von der weiteren Antragstellerin gefordert, wären hingegen überzogen.

In diesem Sinne wurde der geschätzte Auftragswert durch den 1. Zeugen in der 1. Kostenschätzung vom September 2010 zunächst durchaus sachgerecht und vollständig iSv § 13 BVergG ermittelt. In diesem Sinne wurde der geschätzte Auftragswert durch den 1. Zeugen in der 1. Kostenschätzung vom September 2010 zunächst durchaus sachgerecht und vollständig iSv Paragraph 13, BVergG ermittelt.

In weiterer Folge befassten sich im Juni 2012 in Vorbereitung der dann im April 2013 tatsächlich erfolgten gegenständlichen Ausschreibung die Mitarbeiter des nunmehrigen Auftraggebers mit dieser 1. Kostenschätzung und erstellten die 2. Kostenschätzung 2012. Wie dieser 2. Kostenschätzung 2012 zu entnehmen ist, trat zu diesem Zeitpunkt der nunmehrige Auftraggeber des gegenständlichen Auftrages gegenüber der KPC als Förderwerber auf.

Nach den insoweit übereinstimmenden und unbestrittenen Aussagen in der mündlichen Verhandlung des Geschäftsführers des Auftraggebers und des 2. Zeugen, aktualisierte zunächst der 2. Zeuge die als Excel-Tabelle vorhandene 1. Kostenschätzung, indem er die von W*** ermittelten und den verschiedene

Deponiekategorien zugeordneten neuen Massen an Materialien in diese bereits vom 1. Zeugen erstellte Excel-Tabelle einpflegte. Inhaltlich setzte sich der 2. Zeuge nach seinen eigenen Angaben mit der Schätzung des Auftragswertes nicht weiter auseinander. Im Bezug auf seine Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Ermittlung des geschätzten Auftragswertes sind seine Fach- und Sachkunde iSv § 13 BVergG als ausreichend anzusehen. Er verfügt über eine 5-jährige Ausbildung für Tiefbau an einer Höheren Technischen Lehranstalt und eine 23-jährige Berufserfahrung auf diesem Sachgebiet. Zu seinen Tätigkeiten als Bauleiter gehören, wenn auch im Vergleich zum gegenständlichen Projekt nur in geringen Umfang, regelmäßig Kalkulationen diverser Bauarbeiten. Deponiekategorien zugeordneten neuen Massen an Materialien in diese bereits vom 1. Zeugen erstellte Excel-Tabelle einpflegte. Inhaltlich setzte sich der 2. Zeuge nach seinen eigenen Angaben mit der Schätzung des Auftragswertes nicht weiter auseinander. Im Bezug auf seine Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Ermittlung des geschätzten Auftragswertes sind seine Fach- und Sachkunde iSv Paragraph 13, BVergG als ausreichend anzusehen. Er verfügt über eine 5-jährige Ausbildung für Tiefbau an einer Höheren Technischen Lehranstalt und eine 23-jährige Berufserfahrung auf diesem Sachgebiet. Zu seinen Tätigkeiten als Bauleiter gehören, wenn auch im Vergleich zum gegenständlichen Projekt nur in geringen Umfang, regelmäßig Kalkulationen diverser Bauarbeiten.

Dann wurde die vom 2. Zeugen überarbeitete 2. Kostenschätzung 2012 (in die zu diesem Zeitpunkt, wie aus der Excel-Tabelle ausdrücklich ersichtlich wird, der zuvor berücksichtigte Abschlag von XXX% für Eigenleistungen für die nunmehr vorliegenden und demzufolge zu kalkulierenden Fremdleistungen wieder aufgeschlagen worden war; vgl. OZ 4, 2. Kostenschätzung, Spalte "EL/FL*", Kennzeichnung: "FL", Spalte "Abschlag", Kennzeichnung "0,0%") vom Geschäftsführer des Auftraggebers nochmals kontrolliert. Diese 2. Kostenschätzung 2012 beruht jedoch, wie der 2. Zeuge und der Geschäftsführer des Auftraggebers ausdrücklich zugestanden, auf den vom Auftraggeber nicht veränderten Positions- bzw. Einheitspreisen, die der 1. Zeuge im Zuge der 1. Kostenschätzung im September 2010 kalkuliert hatte. Dann wurde die vom 2. Zeugen überarbeitete 2. Kostenschätzung 2012 (in die zu diesem Zeitpunkt, wie aus der Excel-Tabelle ausdrücklich ersichtlich wird, der zuvor berücksichtigte Abschlag von XXX% für Eigenleistungen für die nunmehr vorliegenden und demzufolge zu kalkulierenden Fremdleistungen wieder aufgeschlagen worden war; vergleiche OZ 4, 2. Kostenschätzung, Spalte "EL/FL*", Kennzeichnung: "FL", Spalte "Abschlag", Kennzeichnung "0,0%") vom Geschäftsführer des Auftraggebers nochmals kontrolliert. Diese 2. Kostenschätzung 2012 beruht jedoch, wie der 2.

Zeuge und der Geschäftsführer des Auftraggebers ausdrücklich zugestanden, auf den vom Auftraggeber nicht veränderten Positions- bzw Einheitspreisen, die der 1. Zeuge im Zuge der 1. Kostenschätzung im September 2010 kalkuliert hatte.

Befragt zu den Kostensteigerungen in den letzten 3 Jahren gab der 1. Zeuge in der mündlichen Verhandlung von den Antragstellerinnen unbestritten geblieben glaubwürdig an, er gehe von einer jährlichen Kostensteigerung von ca. 3-5% für diesen Zeitraum aus. Seines Wissens habe es zwischen 2010 und 2013 keine besonderen Schwankungen gegeben. Für die Berechnung der Preisgleitung bei den Baukosten sei der Baukosten- bzw Tiefbaupreisindex maßgeblich Seines Wissens sei die Entwicklung bei den Entsorgungsleistungen eher gegenläufig.

Am 31.7.2013 legte nunmehr der Auftraggeber eine weitere, 3. Kostenschätzung 04/2013, erstellt am 30.7.2013 von DI S*** im Auftrag der vergebenden Stelle, vor. Seine ausreichende Sach- und Fachkunde zur Erstellung von Kostenschätzungen bzw zur Ermittlung des geschätzten Auftragswertes beim gegenständlichen Auftrag ist wie zuvor bereits dargestellt gegeben. Am 31.7.2013 legte nunmehr der Auftraggeber eine weitere, 3. Kostenschätzung 04 aus 2013,, erstellt am 30.7.2013 von DI S*** im Auftrag der vergebenden Stelle, vor. Seine ausreichende Sach- und Fachkunde zur Erstellung von Kostenschätzungen bzw zur Ermittlung des geschätzten Auftragswertes beim gegenständlichen Auftrag ist wie zuvor bereits dargestellt gegeben.

DI S*** überarbeitet die 2. Kostenschätzung insoweit, als er sie unter Zuhilfenahme des von der Statistik Austria quartalsmäßig veröffentlichten BPI Hoch- und Tiefbau 2010-2013 vom September 2010 auf den Zeitpunkt des Beginns des Vergabeverfahrens im April 2013 hochrechnete. Nach seinen sachverständigen und mit den Aussagen des 2. Zeugen in der mündlichen Verhandlung übereinstimmenden Angaben, sind die Entsorgungspreise in den letzten beiden Jahren gesunken. Der BPI Hoch- und Tiefbau enthält auch den Bereich "Entsorgung", wenn auch in geringem Umfang. Dessen Heranziehung auf den gesamten Katalog der ausgeschriebenen Leistungen, bei welchen die Entsorgungsleistungen vergleichsweise zu dessen Berücksichtigung im Index einen überdurchschnittlich hohen Anteil ausmachen, führt dazu, dass die zeitlich aktualisierte, nunmehr vorliegende Auftragswertschätzung April 2013 auf der "sicheren, d.h. hohen Seite" liegt. Berücksichtigung fand in dieser 3. Kostenschätzung 04/2013 aber auch, wie von den Antragstellerinnen in der mündlichen Verhandlung aufgezeigt, die am 1.1.2012 bereits erfolgte Erhöhung des ALSAG-Beitrages. Die von DI S*** unter Berücksichtigung der laut BPI Hoch- und Tiefbau 2010-2013 seit dem 3. Quartal 2010 und bis zum 1. Quartal 2013 ausgewiesenen Steigerung von 5,64% ermittelten Gesamtprojektkosten belaufen sich auf EUR 4.265.193,00 netto. Mit den bereits zum 1.1.2012 erhöhten ALSAG-Beiträge betragen die geschätzten Gesamtprojektkosten insgesamt EUR 4.568.973,00 netto. DI S*** überarbeitet die 2. Kostenschätzung insoweit, als er sie unter Zuhilfenahme des von der Statistik Austria quartalsmäßig veröffentlichten BPI Hoch- und Tiefbau 2010-2013 vom September 2010 auf den Zeitpunkt des Beginns des Vergabeverfahrens im April 2013 hochrechnete. Nach seinen sachverständigen und mit den Aussagen des 2. Zeugen in der mündlichen Verhandlung übereinstimmenden Angaben, sind die Entsorgungspreise in den letzten beiden Jahren gesunken. Der BPI Hoch- und Tiefbau enthält auch den Bereich "Entsorgung", wenn auch in geringem Umfang. Dessen Heranziehung auf den gesamten Katalog der ausgeschriebenen Leistungen, bei welchen die Entsorgungsleistungen vergleichsweise zu dessen Berücksichtigung im Index einen überdurchschnittlich hohen Anteil ausmachen, führt dazu, dass die zeitlich aktualisierte, nunmehr vorliegende Auftragswertschätzung April 2013 auf der "sicheren, d.h. hohen Seite" liegt. Berücksichtigung fand in dieser 3. Kostenschätzung 04 aus 2013, aber auch, wie von den Antragstellerinnen in der mündlichen Verhandlung aufgezeigt, die am 1.1.2012 bereits erfolgte Erhöhung des ALSAG-Beitrages. Die von DI S*** unter Berücksichtigung der laut BPI Hoch- und Tiefbau 2010-2013 seit dem 3. Quartal 2010 und bis zum 1. Quartal 2013 ausgewiesenen Steigerung von 5,64% ermittelten Gesamtprojektkosten belaufen sich auf EUR 4.265.193,00 netto. Mit den bereits zum 1.1.2012 erhöhten ALSAG-Beiträge betragen die geschätzten Gesamtprojektkosten insgesamt EUR 4.568.973,00 netto.

Wenn die Antragstellerin vorbringt, die Ermittlung des geschätzten Auftragswertes durch den Auftraggeber oder durch von ihm beauftragte sachkundige Personen, habe nicht, wie in § 13 Abs 3 BVergG vorgesehen, vor der Durchführung des Vergabeverfahrens bzw der Absendung der Bekanntmachung gemäß § 46 BVergG im April 2013 in diesem als nicht offenes geführten Vergabeverfahren stattgefunden, übersieht sie, dass auch eine iSv § 13 Abs 3 BVergG rechtszeitige Aktualisierung des bereits im September 2010 sachkundig ermittelten geschätzten Auftragswertes zu keinem anderen Ergebnis in diesem Rechtsschutzverfahren geführt hätte. Die deutsche Vergaberechtsjudikatur verlangt bei einer frühzeitigen Kostenermittlung nur dann eine Aktualisierung der Preise, wenn die Überschreitung des Schwellenwertes zweifelhaft ist und legt dabei einen weniger strenger Maßstab ab (vgl. J. Budischowsky in

Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2006 Kommentar2 2012, § 3 Rz 16 unter Hinweis OLG Celle, 19.8.2009, 13 Verg 4/09 und OLG Stuttgart 12.8.2002, 2 Verg 9/02 etc.). Im vorliegenden Fall verfehlt - wie im Folgenden dargelegt - sowohl der zunächst im Jahr 2010 ermittelte, als der nunmehr durch den Auftraggeber auf den Zeitpunkt der Ausschreibung im April 2013 aktualisierte sachkundig und nachvollziehbar geschätzte Auftragswert von EUR 4.568.973,00 netto, die für die Beurteilung bei dieser Auftragsvergabe maßgeblichen Schwellenwerte. Wenn die Antragstellerin vorbringt, die Ermittlung des geschätzten Auftragswertes durch den Auftraggeber oder durch von ihm beauftragte sachkundige Personen, habe nicht, wie in Paragraph 13, Absatz 3, BVergG vorgesehen, vor der Durchführung des Vergabeverfahrens bzw der Absendung der Bekanntmachung gemäß Paragraph 46, BVergG im April 2013 in diesem als nicht offenes geführten Vergabeverfahren stattgefunden, übersieht sie, dass auch eine iSv Paragraph 13, Absatz 3, BVergG rechtszeitige Aktualisierung des bereits im September 2010 sachkundig ermittelten geschätzten Auftragswertes zu keinem anderen Ergebnis in diesem Rechtsschutzverfahren geführt hätte. Die deutsche Vergaberechtsjudikatur verlangt bei einer frühzeitigen Kostenermittlung nur dann eine Aktualisierung der Preise, wenn die Überschreitung des Schwellenwertes zweifelhaft ist und legt dabei einen weniger strenger Maßstab ab vergleiche J. Budischowsky in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2006 Kommentar2 2012, Paragraph 3, Rz 16 unter Hinweis OLG Celle, 19.8.2009, 13 Verg 4/09 und OLG Stuttgart 12.8.2002, 2 Verg 9/02 etc.). Im vorliegenden Fall verfehlt - wie im Folgenden dargelegt - sowohl der zunächst im Jahr 2010 ermittelte, als der nunmehr durch den Auftraggeber auf den Zeitpunkt der Ausschreibung im April 2013 aktualisierte sachkundig und nachvollziehbar geschätzte Auftragswert von EUR 4.568.973,00 netto, die für die Beurteilung bei dieser Auftragsvergabe maßgeblichen Schwellenwerte.

§ 3 Abs 2 BVergG setzt Art. 8 der Vergaberichtlinie 2004 um. Die Bestimmungen dieser Richtlinie finden gemäß Art 8 der RL 2004/18/EG Anwendung auf die Vergabe von Paragraph 3, Absatz 2, BVergG setzt Artikel 8, der Vergaberichtlinie 2004 um. Die Bestimmungen dieser Richtlinie finden gemäß Artikel 8, der RL 2004/18/EG Anwendung auf die Vergabe von

1. a) Litera a

Bauaufträgen, die zu mehr als 50 % von öffentlichen Auftraggebern direkt subventioniert werden und deren geschätzter Wert netto ohne MwSt mindestens 5 000 000 EUR beträgt, wenn diese Bauaufträge Tiefbauarbeiten im Sinne des Anhanges I betreffen; Bauaufträgen, die zu mehr als 50 % von öffentlichen Auftraggebern direkt subventioniert werden und deren geschätzter Wert netto ohne MwSt mindestens 5 000 000 EUR beträgt, wenn diese Bauaufträge Tiefbauarbeiten im Sinne des Anhanges römisch eins betreffen;

2. b) Litera b

Dienstleistungsaufträgen, die zu mehr als 50 % von öffentlichen Auftraggebern direkt subventioniert werden und deren geschätzter Wert ohne MwSt mindestens 200 000 EUR beträgt.

Nach dem Wortlaut von Art 8 Unterabschnitt 1 lit b der VergabeRL (vgl. arg "Bauaufträge im Sinne des Buchstaben a") ist das Überschreiten des jeweils relevanten Schwellenwerts sowohl hinsichtlich der zu vergebenden Bauaufträge als auch hinsichtlich der mit diesen verbundenen Dienstleistungsaufträge vorausgesetzt. Daher ist selbst bei Dienstleistungsaufträgen, die für sich bereits im Oberschwellenbereich liegen, die Anwendung der Vergabebestimmungen ausdrücklich davon abhängig, dass auch der mit der Dienstleistung im Zusammenhang stehende Bauauftrag oberhalb des für Bauaufträge maßgeblichen Schwellenwertes liegt (vgl. M. Holoubek/ C. Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2006 Kommentar2 2012, § 3 Rz 104, sog. Doppelte Schwellenwertbegrenzung). Nach dem Wortlaut von Artikel 8, Unterabschnitt 1 Litera b, der VergabeRL vergleiche arg "Bauaufträge im Sinne des Buchstaben a") ist das Überschreiten des jeweils relevanten Schwellenwerts sowohl hinsichtlich der zu vergebenden Bauaufträge als auch hinsichtlich der mit diesen verbundenen Dienstleistungsaufträge vorausgesetzt. Daher ist selbst bei Dienstleistungsaufträgen, die für sich bereits im Oberschwellenbereich liegen, die Anwendung der Vergabebestimmungen ausdrücklich davon abhängig, dass auch der mit der Dienstleistung im Zusammenhang stehende Bauauftrag oberhalb des für Bauaufträge maßgeblichen Schwellenwertes liegt vergleiche M. Holoubek/ C. Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2006 Kommentar2 2012, Paragraph 3, Rz 104, sog. Doppelte Schwellenwertbegrenzung).

Gemäß § 12 Abs 1 Z 2 BVergG erfolgen Verfahren von Auftraggebern zur Vergabe von Aufträgen im Oberschwellenbereich, wenn der geschätzte Auftragswert bei allen übrigen Liefer- und Dienstleistungsaufträgen mindestens 200 000 € beträgt. Gemäß § 12 Abs 1 Z 3 BVergG erfolgen Verfahren von Auftraggebern zur Vergabe von

Aufträgen im Oberschwellenbereich, wenn der geschätzte Auftragswert bei öffentlichen Bauaufträgen und Baukonzessionsverträgen mindestens 5 000 000 € beträgt. Gemäß Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG erfolgen Verfahren von Auftraggebern zur Vergabe von Aufträgen im Oberschwellenbereich, wenn der geschätzte Auftragswert bei allen übrigen Liefer- und Dienstleistungsaufträgen mindestens 200 000 € beträgt. Gemäß Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG erfolgen Verfahren von Auftraggebern zur Vergabe von Aufträgen im Oberschwellenbereich, wenn der geschätzte Auftragswert bei öffentlichen Bauaufträgen und Baukonzessionsverträgen mindestens 5 000 000 € beträgt.

In der Bekanntmachung der Ausschreibung zum gegenständlichen Vergabeverfahren ist der Auftraggeber zwar seiner Verpflichtung gemäß § 79 Abs 1 BVergG nachgekommen und hat Angaben darüber gemacht, ob es sich um ein Vergabeverfahren im Unter- oder Oberschwellenbereich handelt. Laut der von ihm veranlassten Bekanntmachung handelt es sich um ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich, wobei eine Aufteilung in Lose nicht vorgesehen ist. Dies trifft jedoch nicht zu. In der Bekanntmachung der Ausschreibung zum gegenständlichen Vergabeverfahren ist der Auftraggeber zwar seiner Verpflichtung gemäß Paragraph 79, Absatz eins, BVergG nachgekommen und hat Angaben darüber gemacht, ob es sich um ein Vergabeverfahren im Unter- oder Oberschwellenbereich handelt. Laut der von ihm veranlassten Bekanntmachung handelt es sich um ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich, wobei eine Aufteilung in Lose nicht vorgesehen ist. Dies trifft jedoch nicht zu.

Der vorliegende Auftrag besteht nicht ausschließlich aus Bauleistungen, sondern die Einordnung der zu vergebenden Leistungen nach ihrer Art in Bau- und Dienstleistungen verdeutlicht, dass lediglich Bauleistungen in einer Größenordnung von ca EUR 1,1 Mio zu vergeben sind. Dazu zählen neben den Erd- und Abbrucharbeiten (geschätzter Auftragswert 2010 EUR XXXXX), jedenfalls die Arbeiten in Zusammenhang mit der Wasserhaltung (geschätzter Auftragswert 2010 EUR XXXXX für die Bohrung und den Aushub Sperr- und Schluckbrunnens sowie den Bau der Brunnenanlage samt technische Ausrüstung) und schließlich die Wiederherstellungsarbeiten (geschätzter Auftragswert 2010 EUR XXXXX). Auch die vergebende Stelle, ist wie dem E-Mail Verkehr zwischen ihr und der KPC zu entnehmen ist, noch vor der Erhöhung der Massen zu einem vergleichbaren Ergebnis gekommen [vgl. OZ 3, Unterlagen des Vergabeverfahrens, Ordner 1, E-Mail DI S*** vom 20.2.2012: "aufgrund der Kostenschätzung (lt. Katalog unter 1.000.000,--)"]. Wenngleich also zum vorliegenden Auftrag der "Sanierung der Altlast N66 `Wienersdorfer Dachpappenfabrik" auch insbesondere Tiefbauleistungen nach Anhang I zum BVergG erforderlich sind, bleibt selbst bei der gebotenen Hinzurechnung der Preissteigerung seit 2010 in Höhe von 5,64% der geschätzte Auftragswert des gegenständlichen Projektes für die ausgeschriebenen Bauleistungen jedenfalls deutlich unter dem Schwellenwert für Bauaufträge im Oberschwellenbereich von EUR 5 Millionen. Schon aus diesem Grund ist die ABO Asphalt-Bau Oeynhausen GmbH im Bezug auf dieses Vorhaben nicht als öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs 2 BVergG zu qualifizieren. Der vorliegende Auftrag besteht nicht ausschließlich aus Bauleistungen, sondern die Einordnung der zu vergebenden Leistungen nach ihrer Art in Bau- und Dienstleistungen verdeutlicht, dass lediglich Bauleistungen in einer Größenordnung von ca EUR 1,1 Mio zu vergeben sind. Dazu zählen neben den Erd- und Abbrucharbeiten (geschätzter Auftragswert 2010 EUR XXXXX), jedenfalls die Arbeiten in Zusammenhang mit der Wasserhaltung (geschätzter Auftragswert 2010 EUR XXXXX für die Bohrung und den Aushub Sperr- und Schluckbrunnens sowie den Bau der Brunnenanlage samt technische Ausrüstung) und schließlich die Wiederherstellungsarbeiten (geschätzter Auftragswert 2010 EUR XXXXX). Auch die vergebende Stelle, ist wie dem E-Mail Verkehr zwischen ihr und der KPC zu entnehmen ist, noch vor der Erhöhung der Massen zu einem vergleichbaren Ergebnis gekommen [vgl. OZ 3, Unterlagen des Vergabeverfahrens, Ordner 1, E-Mail DI S*** vom 20.2.2012: "aufgrund der Kostenschätzung (lt. Katalog unter 1.000.000,--)"]. Wenngleich also zum vorliegenden Auftrag der "Sanierung der Altlast N66 `Wienersdorfer Dachpappenfabrik" auch insbesondere Tiefbauleistungen nach Anhang römisch eins zum BVergG erforderlich sind, bleibt selbst bei der gebotenen Hinzurechnung der Preissteigerung seit 2010 in Höhe von 5,64% der geschätzte Auftragswert des gegenständlichen Projektes für die ausgeschriebenen Bauleistungen jedenfalls deutlich unter dem Schwellenwert für Bauaufträge im Oberschwellenbereich von EUR 5 Millionen. Schon aus diesem Grund ist die ABO Asphalt-Bau Oeynhausen GmbH im Bezug auf dieses Vorhaben nicht als öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz 2, BVergG zu qualifizieren.

Das vorliegende vom Auftraggeber als einheitliches, ausgeschriebene Beschaffungsvorhaben beinhaltet aber auch, neben den genannten Elementen eines Bauauftrages unter dem Schwellenwert, solche eines Dienstleistungsauftrages.

Gemäß § 9 Abs 2 BVergG gelten entgeltliche Aufträge, die sowohl Dienstleistungen als auch Bauleistungen als

Nebenarbeiten im Verhältnis zum Hauptauftragsgegenstand umfassen, als Dienstleistungen. Gemäß Paragraph 9, Absatz 2, BVergG gelten entgeltliche Aufträge, die sowohl Dienstleistungen als auch Bauleistungen als Nebenarbeiten im Verhältnis zum Hauptauftragsgegenstand umfassen, als Dienstleistungen.

Ziel die "Sanierung der Altlast N66" ist nach den vorliegenden Unterlagen und den Angaben des Auftraggebers in der mündlichen Verhandlung der Aushub, Abtransport und die Entsorgung der kontaminierten Materialien samt Reinigung der Wässer im kontaminierten Bereich. Aus funktionaler Sicht handelt es sich daher gemäß § 9 Abs 2 leg cit um keinen Bauauftrag, sondern vielmehr um einen Dienstleistungsauftrag gemäß § 6 BVergG. Die Baumaßnahmen sind Mittel zum Zweck dieser Sanierung (vgl. BVA 12.7.2006, N/0041-BVA/07/2006-49). Ziel die "Sanierung der Altlast N66" ist nach den vorliegenden Unterlagen und den Angaben des Auftraggebers in der mündlichen Verhandlung der Aushub, Abtransport und die Entsorgung der kontaminierten Materialien samt Reinigung der Wässer im kontaminierten Bereich. Aus funktionaler Sicht handelt es sich daher gemäß Paragraph 9, Absatz 2, leg cit um keinen Bauauftrag, sondern vielmehr um einen Dienstleistungsauftrag gemäß Paragraph 6, BVergG. Die Baumaßnahmen sind Mittel zum Zweck dieser Sanierung vergleiche BVA 12.7.2006, N/0041-BVA/07/2006-49).

Trotzdem der geschätzte Auftragswert der - im Vergleich zu den Bauleistungen auch eine quantitativ klar untergeordnete Rolle spielenden - Dienstleistungen schon für sich den Schwellenwert gemäß § 12 Abs 1 Z 2 BVergG sehr deutlich überschreitet und - infolge der vom Auftraggeber für dieses Projekt gewählten Gesamtausschreibung - iSv § 9 Abs 2 BVergG nicht nur dieser Auftrag als einheitliches Vorhaben, sondern auch aufgrund des geschätzten Auftragswertes von mehr als EUR 4.000.000,- insgesamt als Dienstleistung im Oberschwellenbereich zu qualifizieren ist, kommt wegen Fehlens eines Bauauftrages im Oberschwellenbereich eine Anwendung der Bestimmungen des 1., 2. und 4. bis 6. Teiles des BVergG auf den verfahrensgegenständlichen Auftrag gemäß § 3 Abs 2 BVergG nicht in Betracht. Trotzdem der geschätzte Auftragswert der - im Vergleich zu den Bauleistungen auch eine quantitativ klar untergeordnete Rolle spielenden - Dienstleistungen schon für sich den Schwellenwert gemäß Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG sehr deutlich überschreitet und - infolge der vom Auftraggeber für dieses Projekt gewählten Gesamtausschreibung - iSv Paragraph 9, Absatz 2, BVergG nicht nur dieser Auftrag als einheitliches Vorhaben, sondern auch aufgrund des geschätzten Auftragswertes von mehr als EUR 4.000.000,- insgesamt als Dienstleistung im Oberschwellenbereich zu qualifizieren ist, kommt wegen Fehlens eines Bauauftrages im Oberschwellenbereich eine Anwendung der Bestimmungen des 1., 2. und 4. bis 6. Teiles des BVergG auf den verfahrensgegenständlichen Auftrag gemäß Paragraph 3, Absatz 2, BVergG nicht in Betracht.

Auf das nicht konkretisierte Vorbringen der Antragstellerin, es handle sich in sachlicher Hinsicht bei der ausgeschriebenen Leistung nur um einen Teil des Gesamtprojektes "Sanierung der Altlast N66" und der Schwellenwert für Bauaufträge sei überschritten, war aufgrund dieses Ergebnisses nicht weiter einzugehen. Auch konnte sich der erkennende Senat bei Durchsicht der Bewerbungsunterlagen (vgl. OZ 3, Bewerbungsunterlagen, Pkt 10 Kurzbeschreibung der Altlast N66 "Wienersdorfer Dachpappenfabrik", Pkt 11 Kurzbeschreibung der zur Vergabe beabsichtigten Leistungen), davon überzeugen, dass die dort verzeichneten Leistungen sowohl von ihrem Inhalt als auch von ihrem Umfang her betrachtet durchaus nachvollziehbar Eingang in den Katalog der Kostenschätzung und damit dem vom Auftraggeber geschätzten Auftragswert gefunden haben. Auf das nicht konkretisierte Vorbringen der Antragstellerin, es handle sich in sachlicher Hinsicht bei der ausgeschriebenen Leistung nur um einen Teil des Gesamtprojektes "Sanierung der Altlast N66" und der Schwellenwert für Bauaufträge sei überschritten, war aufgrund dieses Ergebnisses nicht weiter einzugehen. Auch konnte sich der erkennende Senat bei Durchsicht der Bewerbungsunterlagen vergleiche OZ 3, Bewerbungsunterlagen, Pkt 10 Kurzbeschreibung der Altlast N66 "Wienersdorfer Dachpappenfabrik", Pkt 11 Kurzbeschreibung der zur Vergabe beabsichtigten Leistungen), davon überzeugen, dass die dort verzeichneten Leistungen sowohl von ihrem Inhalt als auch von ihrem Umfang her betrachtet durchaus nachvollziehbar Eingang in den Katalog der Kostenschätzung und damit dem vom Auftraggeber geschätzten Auftragswert gefunden haben.

Wenn die Antragstellerin die Anwendung des Bundesvergabegesetzes auf den vorliegenden Auftrag auf die Förderungsrichtlinien des BMLFUW zu stützen versucht, übersieht sie, dass die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes gemäß § 6 Abs 2 BVergG durch eine Vereinbarung von Parteien weder begründet noch verändert werden kann. Selbst eine in der Ausschreibung festgelegte Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes kann für sich genommen keine Zuständigkeit der belangten Behörde begründen, weil sich die Anwendbarkeit des BVergG 2006 an sich sowie die Zuständigkeit der Vergabekontrollbehörden einer gestaltenden Festlegung durch die Auftraggeberin

entziehen und eine solche Festlegung auch nicht bestandfest werden kann (vgl. VwGH 8.11.2012, 2010/04/0128; 17.04.2012, 2008/04/2012). Die privatrechtliche Bindung des Auftraggebers als Förderungswerber gegenüber dem Förderungsgeber Bund, vertreten durch den Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft zur Einhaltung der Regelungen des BVergG bei der gegenständlichen Auftragsvergabe als Voraussetzung zur Gewährung einer staatlichen Förderung für dieses Projekt, bildet somit keine Grundlage für die Anwendung des BVergG. Wenn die Antragstellerin die Anwendung des Bundesvergabegesetzes auf den vorliegenden Auftrag auf die Förderungsrichtlinien des BMLFUW zu stützen versucht, übersieht sie, dass die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes gemäß Paragraph 6, Absatz 2, BVergG durch eine Vereinbarung von Parteien weder begründet noch verändert werden kann. Selbst eine in der Ausschreibung festgelegte Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes kann für sich genommen keine Zuständigkeit der belangten Behörde begründen, weil sich die Anwendbarkeit des BVergG 2006 an sich sowie die Zuständigkeit der Vergabekontrollbehörden einer gestaltenden Festlegung durch die Auftraggeberin entziehen und eine solche Festlegung auch nicht bestandfest werden kann (vergleiche VwGH 8.11.2012, 2010/04/0128; 17.04.2012, 2008/04/2012). Die privatrechtliche Bindung des Auftraggebers als Förderungswerber gegenüber dem Förderungsgeber Bund, vertreten durch den Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft zur Einhaltung der Regelungen des BVergG bei der gegenständlichen Auftragsvergabe als Voraussetzung zur Gewährung einer staatlichen Förderung für dieses Projekt, bildet somit keine Grundlage für die Anwendung des BVergG.

Vergleichbar dazu stellt sich die Situation auch hinsichtlich der von der Antragstellerin behaupteten Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes gemäß Art 14 b Abs 2 B-VG dar. Nach dem Konzept des BVergG in Verbindung mit der Regelung des B-VG legt das B-VG einerseits abstrakt fest, welche Rechtsträger als Auftraggeber in den jeweiligen Vollzugsbereich der Gebietskörperschaft (Bund / Land) fallen können und andererseits definiert das BVergG, ob es sich beim konkreten Auftraggeber um einen öffentlichen oder einen Sektorenauftraggeber handelt. Aus diesem Konzept folgt aber auch, dass der Umfang, der durch das BVergG erfassten Auftraggeber gegenüber der offenen und auf Kompetenzebene gefassten Aufzählung der Auftraggeber in Art 14b B-VG eingeschränkter ist. § 3 BVergG enthält also nur einen Teil der von Art 14b B-VG erfassten Auftraggeber (vgl. EB 1171 BlgNR 22. GP). Für die von der Antragstellerin "angedachte" Interpretation der Art 14b Abs 2 Z 1 lit e bzw g B-VG bleibt daher schon aus diesem Grund kein Raum. Vergleichbar dazu stellt sich die Situation auch hinsichtlich der von der Antragstellerin behaupteten Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes gemäß Artikel 14, b Absatz 2, B-VG dar. Nach dem Konzept des BVergG in Verbindung mit der Regelung des B-VG legt das B-VG einerseits abstrakt fest, welche Rechtsträger als Auftraggeber in den jeweiligen Vollzugsbereich der Gebietskörperschaft (Bund / Land) fallen können und andererseits definiert das BVergG, ob es sich beim konkreten Auftraggeber um einen öffentlichen oder einen Sektorenauftraggeber handelt. Aus diesem Konzept folgt aber auch, dass der Umfang, der durch das BVergG erfassten Auftraggeber gegenüber der offenen und auf Kompetenzebene gefassten Aufzählung der Auftraggeber in Artikel 14 b, B-VG eingeschränkter ist. Paragraph 3, BVergG enthält also nur einen Teil der von Artikel 14 b, B-VG erfassten Auftraggeber (vergleiche EB 1171 BlgNR 22. Gesetzgebungsperiode). Für die von der Antragstellerin "angedachte" Interpretation der Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera e, bzw g B-VG bleibt daher schon aus diesem Grund kein Raum.

Zudem bestätigt dieses Ergebnis der Wortlaut der genannten Verfassungsbestimmung. Weder beziehen sich die in Art 14 b Abs 2 Z 1 lit e sublit aa) bis cc) B-VG geforderten Voraussetzungen - wie die Antragstellerin andeutet - auf einen bestimmten Auftrag. Zudem bestätigt dieses Ergebnis der Wortlaut der genannten Verfassungsbestimmung. Weder beziehen sich die in Artikel 14, b Absatz 2, Ziffer eins, Litera e, Sub-Litera, a, a,) bis cc) B-VG geforderten Voraussetzungen - wie die Antragstellerin andeutet - auf einen bestimmten Auftrag,

sondern vielmehr auf den jeweiligen Auftraggeber (arg. "... durch

... nicht genannte Rechtsträger"). Noch bildet die abstrakte

Aufteilung der Vollzugszuständigkeit in Art 14 b B-VG bzw insbesondere die Zuständigkeit des Bundes gemäß Art 14 b Abs 2 Z 1 lit g B-VG eine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes im vorliegenden Fall. Diese "Auffangkompetenz" korrespondiert mit Art 14 b Abs 2 Z 1 B-VG, dem keine vollständige Aufzählung bundesgesetzlich zu bindender Auftraggeber zu entnehmen ist, während Art 14 b Abs 2 Z 2 B-VG in einer Liste von Auftraggebern den Kreis möglicher Adressaten der in Abs 3 bezogenen Landesnachprüfungsgesetze abschließend festlegt. Aus Art 14 b Abs 2 Z 1 lit g deshalb den Schluss zu ziehen, es werde - wie die Antragstellerin behauptet - der Gesetzgeber dazu ermächtigt, jedweden Rechtsträger zum Adressaten vergaberechtlicher Regelungen zu machen, ist verfehlt (S. Denk in

Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2006 Kommentar² 2012, Art 14b Rz 21). Verfehlt ist auch der von der Antragstellerin in diesem Zusammenhang erfolgte Verweis auf die ältere Rechtsprechung des BVA, da die für die Beurteilung der Zuständigkeit des BVA damals maßgebliche Bestimmung des § 11 Abs 3 BVergG 1997, BGBl I 56/1997 - im Gegensatz zum aktuell beachtlichen § 3 Abs 2 BVergG - für Bauaufträge keinen Schwellenwert vorsah. Der Gesetzgeber hat vielmehr die Vergabe von überwiegend öffentlich finanzierten Aufträgen durch Private ohne Verpflichtung zur Anwendung des BVergG für Aufträge im Unterschwellenbereich bewusst in Kauf genommen (vgl. VwGH 12.12.2007, 2006/04/0179 zu inhaltlich dem § 3 Abs 2 BVergG vergleichbaren § 8 Abs 1 BVergG 2002). Aufteilung der Vollzugszuständigkeit in Artikel 14, b B-VG bzw insbesondere die Zuständigkeit des Bundes gemäß Artikel 14, b Absatz 2, Ziffer eins, Litera g, B-VG eine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes im vorliegenden Fall. Diese "Auffangkompetenz" korrespondiert mit Artikel 14, b Absatz 2, Ziffer eins, B-VG, dem keine vollständige Aufzählung bundesgesetzlich zu bindender Auftraggeber zu entnehmen ist, während Artikel 14, b Absatz 2, Ziffer 2, B-VG in einer Liste von Auftraggebern den Kreis möglicher Adressaten der in Absatz 3, bezogenen Landesnachprüfungsgesetze abschließend festlegt. Aus Artikel 14, b Absatz 2, Ziffer eins, Litera g, deshalb den Schluss zu ziehen, es werde - wie die Antragstellerin behauptet - der Gesetzgeber dazu ermächtigt, jedweden Rechtsträger zum Adressaten vergaberechtlicher Regelungen zu machen, ist verfehlt (S. Denk in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2006 Kommentar² 2012, Artikel 14 b, Rz 21). Verfehlt ist auch der von der Antragstellerin in diesem Zusammenhang erfolgte Verweis auf die ältere Rechtsprechung des BVA, da die für die Beurteilung der Zuständigkeit des BVA damals maßgebliche Bestimmung des Paragraph 11, Absatz 3, BVergG 1997, Bundesgesetzblatt Teil eins, 56 aus 1997, - im Gegensatz zum aktuell beachtlichen Paragraph 3, Absatz 2, BVergG - für Bauaufträge keinen Schwellenwert vorsah. Der Gesetzgeber hat vielmehr die Vergabe von überwiegend öffentlich finanzierten Aufträgen durch Private ohne Verpflichtung zur Anwendung des BVergG für Aufträge im Unterschwellenbereich bewusst in Kauf genommen (vergleiche VwGH 12.12.2007, 2006/04/0179 zu inhaltlich dem Paragraph 3, Absatz 2, BVergG vergleichbaren Paragraph 8, Absatz eins, BVergG 2002).

Zudem ist dieses, wenn auch diesbezüglich zu rügende und nicht vergaberechtskonforme Verhalten des Auftraggebers für den Ausgang der vorliegenden Auftragsvergabe ohne wesentlichen Einfluss.

Schlussfolgerung

Da es sich - wie sich aus den obigen Ausführungen ergibt - im vorliegenden Fall nicht wie in § 3 Abs 2 BVergG gefordert um einen Tiefbauauftrag laut Anhang I zum BVergG im Oberschwellenbereich handelt, unterliegt der "private" Auftraggeber, ABO Asphalt-Bau Oeynhausen GmbH, betreffend die gegenständliche Beschaffung nicht dem vergaberechtlichen Rechtsschutz. Das Bundesvergabeamt ist zur Nachprüfung der gegenständlichen Auftragsvergabe und insbesondere zur Nachprüfung der angefochtenen Entscheidung der Nichtzulassung zur 2. Stufe dieses Vergabeverfahrens nicht zuständig. Auf das weitere inhaltliche Vorbringen war demnach nicht mehr einzugehen. Da es sich - wie sich aus den obigen Ausführungen ergibt - im vorliegenden Fall nicht wie in Paragraph 3, Absatz 2, BVergG gefordert um einen Tiefbauauftrag laut Anhang römisch eins zum BVergG im Oberschwellenbereich handelt, unterliegt der "private" Auftraggeber, ABO Asphalt-Bau Oeynhausen GmbH, betreffend die gegenständliche Beschaffung nicht dem vergaberechtlichen Rechtsschutz. Das Bundesvergabeamt ist zur Nachprüfung der gegenständlichen Auftragsvergabe und insbesondere zur Nachprüfung der angefochtenen Entscheidung der Nichtzulassung zur 2. Stufe dieses Vergabeverfahrens nicht zuständig. Auf das weitere inhaltliche Vorbringen war demnach nicht mehr einzugehen.

1. 2.Ziffer 2

Spruchpunkt II.Spruchpunkt römisch zwei.

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

Da - wie sich aus Spruchpunkt I ergibt - der Nachprüfungsantrag zurückgewiesen wurde und daher auch kein

"teilweises Obsiegen" der Antragstellerin iSv § 319 Abs 1 BVergG vorliegt, ist der diesbezügliche Antrag abzuweisen. Da - wie sich aus Spruchpunkt römisch eins ergibt - der Nachprüfungsantrag zurückgewiesen wurde und daher auch kein "teilweises Obsiegen" der Antragstellerin iSv Paragraph 319, Absatz eins, BVergG vorliegt, ist der diesbezügliche Antrag abzuweisen.

Schlagworte

Tiefbauarbeiten nach Anhang I, Dienstleistungen, Subventionen, Doppelte Schwellenwertbegrenzung für private Auftraggeber;

Zuletzt aktualisiert am

22.11.2013

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