

TE Verg Bescheid 2010/11/30 N/0037-BVA/13/2010-108

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 30.11.2010

Norm

BVergG 2006 §328

1. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 328 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 13

MR Mag. Thomas Gruber sowie Mag. Maria Ulmer als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Matthias Wohlgemuth als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "Naturversuch Bad Deutsch Altenburg" des Auftraggebers

via donau - Österreichische Wasserstraßen GmbH, vertreten durch die vergebende Stelle X***, aufgrund der Anträge der Bietergemeinschaft A***, vertreten durch Rechtsanwälte Y***, vom 30. April 2010 wie folgt entschieden:

I.römisch eins.

Dem Antrag "das Bundesvergabeamt möge die Zuschlagsentscheidung vom 20. April 2010 im Verhandlungsverfahren Naturversuch Bad Deutsch Altenburg für nichtig erklären", wird gemäß § 312 BVergG 2006 Dem Antrag "das Bundesvergabeamt möge die Zuschlagsentscheidung vom 20. April 2010 im Verhandlungsverfahren Naturversuch Bad Deutsch Altenburg für nichtig erklären", wird gemäß Paragraph 312, BVergG 2006

stattgegeben. Die Zuschlagsentscheidung vom 20. April 2010 wird für nichtig erklärt.

II.römisch zwei.

Dem Antrag "das Bundesvergabeamt möge die Antragsgegnerin verpflichten, der Antragstellerin die von ihr entrichteten Pauschalgebühren gem § 319 BVergG binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu Handen der Antragstellervertreter zu ersetzen" wird stattgegeben. Dem Antrag "das Bundesvergabeamt möge die Antragsgegnerin verpflichten, der Antragstellerin die von ihr entrichteten Pauschalgebühren gem Paragraph 319, BVergG binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu Handen der Antragstellervertreter zu ersetzen" wird stattgegeben.

Die via donau - Österreichische Wasserstraßen GmbH ist gem § 319 BVergG 2006, verpflichtet, der Antragstellerin die Pauschalgebühr in Höhe von € 7.782,- (€ 5.188,- für den Nachprüfungsantrag und € 2.594,- für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung) binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Bescheides bei sonstiger Exekution zu

Handen der Antragstellervertreterin zu bezahlen. Die via donau - Österreichische Wasserstraßen GmbH ist gem. Paragraph 319, BVerfG 2006, verpflichtet, der Antragstellerin die Pauschalgebühr in Höhe von € 7.782,- (€ 5.188,- für den Nachprüfungsantrag und € 2.594,- für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung) binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Bescheides bei sonstiger Exekution zu Handen der Antragstellervertreterin zu bezahlen.

Begründung

1. 1.Ziffer eins

Vorbringen der Parteien, Gutachten

Die Antragstellerin stellte mit Schriftsatz vom 30. April 2010 (beim BVA am selben Tag eingelangt) das im Spruch ersichtliche Begehren sowie den Antrag auf Akteneinsicht.

Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass die Auftraggeberin wasserbauliche Arbeiten für einen Naturversuch im Abschnitt zwischen Stromkilometer 1887,5 und 1884,5 der Donau querab Bad Deutsch Altenburg ausgeschrieben habe. Für die im Oberschwellenbereich gelegene Ausschreibung habe die Antragsgegnerin die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger öffentlicher Bekanntmachung gewählt. Die Antragstellerin habe

fristgerecht ein Angebot gelegt. Mit Schreiben vom 29. Juli 2009 sei der Antragstellerin die Zuschlagsentscheidung zugunsten der B, (im Folgenden kurz: BIEGE C***) bestehend aus den Unternehmen D*** (im Folgenden kurz: E***), F*** (im Folgenden kurz: G***), H*** (im Folgenden kurz: I***) und J*** (im Folgenden kurz: K***) mitgeteilt worden. Mit Bescheid des BVA vom 18.9.2009, N/0084-BVA/13/2009 sei diese Zuschlagsentscheidung für nichtig erklärt worden. Mit Schreiben vom 20. April 2010 sei der Antragstellerin neuerlich eine Zuschlagsentscheidung zugunsten der BIEGE C*** mitgeteilt worden. Gegen diese Zuschlagsentscheidung richte sich der nunmehrige Nachprüfungsantrag. Die Antragstellerin habe ein Interesse an der Erlangung des Auftrages. Durch Rechtswidrigkeiten des Auftraggebers sei ein Schaden entstanden. An Vergabeverstößen zählt die Antragstellerin zusammengefasst folgende auf:

1. 1.Ziffer eins

Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei wegen eines Verstoßes gegen Vergabegrundsätze in kartellrechtlicher Hinsicht auszuschneiden gewesen. Es sei davon auszugehen, dass der BIEGE C*** hinsichtlich der ausgeschrieben Leistungen eine marktbeherrschende Stellung zukomme. Die wettbewerbsverfälschende Bildung einer BIEGE aus den vier beinahe exklusiv tätigen

Unternehmen auf diesem Gebiet sei beträchtlich, weil nur zwei BIEGEN im gegenständlichen Vergabeverfahren ein Letztangebot gelegt hätten. Andere Bieter seien offenbar nicht in der Lage, ohne Kooperation mit einem der vier Mitglieder der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ein Angebot zu legen. Die Bildung einer BIEGE durch die präsumtive Zuschlagsempfängerin stelle eine kartellrechtswidrige Vereinbarung dar.

1. 2.Ziffer 2

Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei auszuschneiden, weil es zumindest in den folgenden zwei Punkten nicht den Ausschreibungsbestimmungen entspreche:

2.1 ausschreibungswidriges Angebot eines minderwertigeren Bauvlies-Materials

2.2 ausschreibungswidriges Einrechnen einer Verwertung des im Eigentum des Auftraggebers stehenden Materials

1. 3.Ziffer 3

Die Auftraggeberin habe eine unzulässige nachträgliche Gewichtung der Zuschlagskriterien vorgenommen. Die Antragstellerin werde durch diese unzulässige

nachträgliche Gewichtung benachteiligt.

1. 4.Ziffer 4

Es habe eine unzulässige Verwertung mehrerer

Einbauverfahren stattgefunden.

Mit Schreiben vom 4. Mai 2010 brachte die Auftraggeberin im Wesentlichen vor, dass Auftraggeber im gegenständlichen Vergabeverfahren "Naturversuch Bad Deutsch Altenburg" die via donau - Österreichische Wasserstraßen GmbH sei. Es handle sich um einen Bauauftrag im Oberschwellenbereich mit einem geschätzten Auftragswert von rund € 11.100.000,-

welcher im Wege eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung nach dem Bestbieterprinzip durchgeführt werde. Die Zuschlagsentscheidung sei mit Schreiben vom 20. April 2010 zu Gunsten der BIEGE C***, bestehend aus dem Federführer D*** und den weiteren Mitgliedern der Bietergemeinschaft H***, J*** und F***. Das Angebot der Antragstellerin sei nicht ausgeschrieben worden und es sei kein Widerruf erfolgt.

Mit Bescheid des Bundesvergabebeamtes vom 7. Mai 2010, N/0037-BVA/13/2010-27, wurde der Auftraggeberin die Erteilung des Zuschlages für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis zum 11. Juni 2010 untersagt.

Mit Schreiben vom 10. Mai 2010 brachte die Auftraggeberin im Wesentlichen vor, dass die Bildung der BIEGE C*** für die Erbringung der ausgeschriebenen Leistung erforderlich war. Es obliege nicht der Auftraggeberin eine Prüfung durchzuführen, ob ein Kartell im Sinn des Kartellgesetzes

vorliege. Vielmehr bestehe hier eine gesetzliche

Zuständigkeit der Bundeswettbewerbsbehörde.

Mit Schreiben der Antragstellerin vom 13. Mai 2010 brachte diese im Wesentlichen vor, dass die Mitglieder der BIEGE C*** sehr wohl über ausreichende Kapazitäten verfügen würden und sich daher keinesfalls zu einer 4er BIEGE zusammenschließen hätten müssen. Es bestünde auch die Möglichkeit von Dritten die erforderlichen Geräte anzumieten.

Mit Schreiben der BIEGE C*** vom 14. Mai 2010 brachte diese im Wesentlichen vor, dass die Bildung einer Bietergemeinschaft bestehend aus vier Mitgliedern absolut erforderlich sei. Keine der BIEGE Mitglieder wäre alleine oder zu zweit in der Lage gewesen, am gegenständlichen Vergabeverfahren teilzunehmen. Diese Situation sei dieselbe zu Beginn des Vergabeverfahrens und im nunmehrigen

Zeitpunkt.

Am 17. Mai 2010 fand im Bundesvergabeamt eine mündliche Verhandlung statt.

Mit Bescheid des Bundesvergabebeamtes vom 21. Mai 2010, N/0037-BVA/13/2010-49, wurde L*** (im Folgenden kurz: Prof. M***) zum nichtamtlichen Sachverständigen bestellt.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 7. Juni 2010 hat diese angeregt, diverse Fragen an den Sachverständigen zu stellen.

Mit Bescheid des Bundesvergabebeamtes vom 10. Juni 2010, N/0037-BVA/13/2010-52, wurde der Auftraggeberin die Erteilung des Zuschlages für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt.

Mit Schreiben der Antragstellerin vom 16. Juni 2010 hat diese zu den von der Auftraggeberin in ihrem Schreiben vom 17. Juni 2010 vorgeschlagenen Fragen an den Sachverständigen Stellung genommen.

Mit Schreiben des Bundesvergabebeamtes vom 16. August 2010, N/0037-BVA/13/2010-77, wurde der Sachverständige Prof. M*** um die Beantwortung folgender Fragen ersucht: "Verfügen die 4 Mitglieder der BIEGE C*** jeweils allein oder zu zweit oder zu dritt über ausreichende Kapazitäten zur Durchführung des Auftrages? Es wird ersucht, diese Frage unter Berücksichtigung von 2 Aspekten zu beantworten: Einmal ohne und ein anderes Mal mit Berücksichtigung der derzeitigen Möglichkeiten, am Markt entsprechende Leistungen von Dritten zuzukaufen."

Mit Schreiben vom 16. September 2010 hat der Sachverständige Prof. M*** ein Gutachten vorgelegt. Die Punkte 8.1 und 8.2 des Gutachtens lauten wie folgt:

"8.1 Beantwortung der Teilfrage 1

Nach Ermittlung der notwendigen Kapazitäten zur Erbringung des Leistungsziels wurde basierend auf Eigenangaben der BIEGE C*** aus gutachterlicher Sicht die tatsächlich verfügbare Kapazität der einzelnen Partner der B*** ermittelt, um die erste Teilfrage des BVA zu beantworten:

"Verfügen die 4 Mitglieder der BIEGE C*** jeweils allein oder zu zweit oder zu dritt über ausreichende Kapazitäten zur Durchführung des Auftrages?

Diese Frage wird unter dem Aspekt beantwortet, dass am Markt keine Kapazitäten für die auszuführenden Leistungen beschafft werden können.

Auf Grundlage der zur Verfügung gestellten Unterlagen kann geschlossen werden, dass kein BIEGE-Mitglied alleine über ausreichende Kapazitäten verfügt, den Auftrag durchzuführen. Auch eine Kombination einzelner Bieter verschafft ihnen nicht die für den Auftrag notwendigen Kapazitäten.

Das BIEGE-Mitglied E*** verfügt als einziger über

Kapazitäten bei der hydrografischen Vermessung; somit wäre er ohnehin in einer solchen Konstellation zwingendes BIEGE-Mitglied.

8.2 Beantwortung der Teilfrage 2

Auf Basis der Kenntnis der einzelnen Geräte der Partner der B*** wird die zweite Teilfrage des BVA beantwortet, indem auch am Markt verfügbare Ressourcen Berücksichtigung finden. Aus Sicht des Unterzeichners können nachfolgende Leistungen am Markt beschafft werden:

* Hydrografische Vermessung einschließlich

Vermessungsschiff

* Herstellung des Kiesmaterials für die GSV der Fraktion

40/70 mm

* Transport des Kiesmaterials für die GSV der Fraktion

40/70 mm

* Miete von Klappschuten

* Miete eines Umschlagpontons

Aus der Kenntnis, dass oben genannte Leistungen am freien Markt zu beschaffen sind, ergeben sich nun folgende Möglichkeiten von Bietergemeinschaften, die auch in der Lage wären, mit eigenen Kapazitäten und derer Dritter den Auftrag durchzuführen.

Mögliche Bieter oder Bietergemeinschaften

I*** wäre unter Hinzuziehung seiner eigenen genannten Reservekapazitäten und Kapazitäten Dritter in der Lage, den Auftrag alleine abzuwickeln. Mögliche Engpässe bei den Transporteinheiten für die Materialanlieferung zur Baustelle und Materialverklappung können gegebenenfalls am Markt beschafft werden. Der Bieter I*** müsste die Vermessungsleistungen ebenfalls am Markt einkaufen.

Zudem ist jede Kombination mit I*** und jedwedem der 3 anderen Unternehmen der BIEGE C*** möglich.

Speziell eine Konstellation zwischen I*** und G*** würde die Abhängigkeit vom freien Markt im Bereich der Klappschuten eliminieren. Eine Bietergemeinschaft zwischen I*** und K*** wäre im Stande, den Antransport des GSV-Materials in Eigenregie zu bewerkstelligen. I*** und E*** könnten ihrerseits bei der Biegebildung auf eine externe Vermessungsleistung verzichten.

K***, G*** und E*** wären unter Berücksichtigung ihrer genannten Reservekapazitäten und der Hinzuziehung von Sub- oder Fremdleistungen für Klappschuten in der Lage, den Auftrag abzuwickeln.

K*** und G*** wären inkl. ihrer genannten Reservekapazitäten sowie dem zusätzlichen Einsatz von einem Motorschiff und Klappschuten sowie der Hinzuziehung der hydrografische Vermessung in der Lage, den Auftrag abzuwickeln. Die Anmietung eines Umschlagpontons ist aus Sicht des Unterzeichners am Markt ebenfalls möglich.

Unter den oben genannten Kombinationen sind auch mögliche Bildungen von Bietergemeinschaften mit 3 Unternehmen möglich. Diese sind eine Kombination aus I***, G*** und K*** oder I***, G*** und E***.

Nach den obigen Kombinationen könnten I*** einerseits und andererseits eine Bietergemeinschaft bestehend aus E***, G*** und K***, konkurrierende Angebote abgeben.

Weiters ist es einer Bietergemeinschaft, bestehend aus I*** und E*** einerseits und andererseits einer Bietergemeinschaft, bestehend aus G*** und K*** möglich, konkurrierende Angebote abzugeben."

Mit Schreiben der Antragstellerin vom 6. Oktober 2010 brachte diese im Wesentlichen vor, dass die in Aussicht

genommene Zuschlagsempfängerin gemäß § 129 Absgenommene Zuschlagsempfängerin gemäß Paragraph 129, Abs 1 Z 7 BVergG auszuschneiden gewesen sei, da sie trotz Aufforderung zur Aufklärung eine unvollständige oder widersprüchliche Aufklärung gegeben habe, was dem Nichtbeheben eines Mangels gleichzusetzen sei.¹ Ziffer 7, BVergG auszuschneiden gewesen sei, da sie trotz Aufforderung zur Aufklärung eine unvollständige oder widersprüchliche Aufklärung gegeben habe, was dem Nichtbeheben eines Mangels gleichzusetzen sei.

Mit Schreiben der BIEGE C*** vom 7. Oktober 2010 hat diese eine Stellungnahme zum Sachverständigengutachten vom 16. September 2010 abgegeben. Der wesentliche Inhalt dieser Stellungnahme wird im Folgenden zitiert.

Am 11. Oktober 2010 hat im Bundesvergabeamt eine mündliche Verhandlung stattgefunden. Dabei wurde unter anderem folgendes protokolliert:

"Das weitere Protokoll wird gegliedert nach dem Schriftsatz der BIEGE C*** vom 7.10.2010 und es wird die dort vorgenommene Nummerierung und litera Bezeichnung übernommen. Die BIEGE C*** hat in ihrem Schriftsatz vom 7.10.2010 vorgebracht:

"2. a) Keine Berücksichtigung des Zeitraums laut

Ausschreibung

Laut Ausschreibung kann sich der Zeitraum der Bauleistung jederzeit ändern. Der Bauzeitplan in der Ausschreibung war ungenau bzw. ließ alles offen. Der Bieter musste jederzeit garantieren, dass die Bauleistung durchgeführt werden konnte, auch wenn sich der Bauzeitraum ändern sollte. Dieser Aspekt blieb im Sachverständigengutachten vollkommen unberücksichtigt, spielt jedoch gerade betreffend die Frage der Beschaffbarkeit am Markt eine wesentliche Rolle, da diese Unsicherheit in zeitlicher Hinsicht die Zahl an möglichen Vermietern drastisch reduziert und die Preise bei allfällig verbliebenen um ein Vielfaches erhöhen würde."

N*** gibt dazu ergänzend an, dass die Formulierung in Punkt 2a auch wenn sich der Bauzeitraum ändern sollte (der Zeitraum der Bauausführung) damit gemeint ist, dass laut Ausschreibung der Auftraggeber sich vorbehalten hat, den Bauzeitraum jederzeit ändern zu können und sich daraus eine langfristige Bereitschaftszeit etwaiger Vertragspartner ergeben würde.

O*** gibt dazu ergänzend an, dass die Ausschreibung lediglich einen vorgesehenen Baubeginn und eine vorgesehene Ausführungszeit und einen Bauablauf nennt. Der tatsächliche Einsatzzeitbeginn und Einsatzzeitablauf bleibt damit zeitlich unbestimmt. Dies wurde im Gutachten nicht berücksichtigt. Daraus ergibt sich, dass mögliche zugekaufte Leistungen bei Lieferanten über einen heute noch gar nicht bestimmbaren Zeitraum bereitgehalten werden müssten im Sinne einer garantierten Bereitschaft und derartige garantierte Bereitschaftszeiten zu wirtschaftlich vernünftigen

Konditionen nicht einzukaufen sind. Derartige lange Bereitschaftszeiten von zugekauften Leistungen wären nur zu unverhältnismäßigen Preisen zukaufbar. Der Auftraggeber hat sich laut Ausschreibungsunterlagen vorbehalten: "mit der Bauausführung ist binnen 14 Tagen zu beginnen." Damit verbunden ist auch ein Risiko des jeweiligen Bieters auf Zahlung einer Pönale.

P*** gibt dazu an, dass wir entsprechend unserer

Rechtsansicht im Rahmen unserer Angebotsprüfung geprüft haben ob die Bildung einer Arbeitsgemeinschaft aus Sicht des Zeitpunktes der Erstangebotsabgabe (August 2008) für die gesamte Dauer einer möglichen Leistungserfüllung erforderlich sein könnte, da der Bieter bzw. Bietergemeinschaft eben für diesen Zeitraum die Leistungserfüllung schuldet. Dem Auftrag des Bundesvergabeamtes an den Sachverständigen liegt eine andere Rechtsansicht zu Grunde.

Q*** gibt dazu an, dass der Einwand der mitbeteiligten Partei im Hinblick auf das Schreiben der mitbeteiligten Partei vom 27.10.2009 nicht nachvollziehbar erscheint. In diesem Schreiben hat die mitbeteiligte Partei selbst die Anmietung von Fremdgeräten als Teil ihrer Kapazitätsplanung ausgewiesen.

R*** gibt dazu an, dass der Bauherr durch seinen Bauzeitplan den Bauablauf sehr wohl exakt vorgegeben hat. Die Maßnahmen für den Naturversuch müssen in 2 Winterperioden erfolgen, wobei vor der Sohlstabilisierung der Bühnenumbau ausgeführt werden muss. Dieser Bühnenumbau erfolgt größtenteils mit landgebundenen Geräten, welche ohne Schwierigkeiten von vielen Firmen in Österreich innerhalb von 14 Tagen abrufbar sind.

N*** gibt zum Vorwurf der Antragstellerin an, dass die mitbeteiligte Partei selbst in ihrem Schreiben vom 27.10.2009 die Anmietung von Fremdgeräten angeführt hätte, dass zwischen 2 verschiedenen Arten von Leistungen (auch nach dem Gutachten von Prof M***) zu unterscheiden ist, nämlich einerseits zwischen sogenannten "anderen Leistungen" und andererseits in Leistungen des reinen Flussbaues. Eine Subvergabe von reinen Flussbauarbeiten ist nicht möglich. Die Aussagen vom 27.10.2009 bezogen sich auf die sogenannten anderen Leistungen.

M*** führt dazu aus, dass auf Grundlage der zur Verfügung stehenden Unterlagen insbesondere den BVBs vom 6.3.2009 unter Punkt 32 auf verschiedene zeitliche Randbedingungen und Verknüpfungen verwiesen wird. Ergänzt und aufbauend auf dem technischen Bericht können aus baubetrieblicher Sicht gewisse Randbedingungen für die termingerechte Abwicklung des Bauvorhabens abgeleitet werden.

S*** gibt dazu an, dass es laut Gutachten Leistungen gibt, die zur wassergebundenen Herstellung der Bühnen erforderlich sind und nicht am Markt beschafft werden können. Damit sind wir einverstanden.

S*** gibt an, dass dem Gutachten von Prof M*** zugestimmt wird, wenn dieser davon ausgeht, dass landgebundene Arbeiten am Markt beschafft werden können. Unsere Kritik geht dahin, dass bei den Arbeiten mit Subunternehmern diese kurzfristig ihre Leistung zur Verfügung stellen müssten, was wiederum zu einer Verteuerung des Projektes führen würde.

M*** gibt dazu an, dass er in seinem Gutachten bewusst zwischen landgebundenen und wassergebunden Tätigkeiten differenziert habe. Speziell der Bühnenumbau ist abhängig von dem jeweils anzutreffenden Wasserstand der Donau, sodass beispielsweise auch in den Angaben der T*** beispielsweise ein wassergebundenes Gerät hierfür angegeben wurde. Im Bezug auf die landgestützten Tätigkeiten kann von einer relativ einfachen Verfügbarkeit auch durch Subunternehmer

ausgegangen werden. In Bezug auf die wassergestützten Tätigkeiten haben sich die Bieter mit Hilfe der Angebotsunterlagen des Auftraggebers (BVB, LV, technischer Bericht und ähnliches) ein Bild über die terminliche und damit auch kapazitiven Abwicklung der Baustelle zu machen. Dies ist bei der Erstellung des Angebotes zu

berücksichtigen. Aus Sicht des Gutachters sind die den Bietern zur Verfügung gestellten Unterlagen der vergebenden Stelle in diesem Sinne "kalkulierbar". Aus diesem Grund obliegt es auch dem jeweiligen Bieter gegebenenfalls Anfragen für Subunternehmer, Lieferleistung oder reine Frächterleistungen für wassergebunden Transporte am Markt anzufragen und nach den Vorgaben des Auftraggebers (Leistungsziel) zu verhandeln.

N*** fragt den Sachverständigen: Sind rechtlich verbindliche Angebote, die alle notwendigen Angebotsbestandteile (Preis, Hauptleistung, Leistungszeitraum, allfällige Bereitschaft) zu einem Zeitpunkt vor Angebotsabgabe trotz der in Punkt 31 BVB vorgesehen jederzeitigen Abänderungsmöglichkeit des Bauzeitplanens sowie der Unbestimmbarkeit des Baubeginns dennoch am Markt erhältlich (zu wirtschaftlich nachvollziehbaren und vernünftigen Konditionen)?

M*** antwortet darauf: Die in der Fragestellung suggerierten Unbestimmtheiten in Bezug auf Leistungszeitraum und allfällige Bereitschaft müssen auf Grundlage der Angebotsunterlagen konkretisiert werden, sodass mit Hilfe des zu erstellenden Bauzeitenplanes insbesondere der Leistungszeitraum eingegrenzt werden kann. Nach Recherchen und Befragungen des Gutachters ist es möglich für allfällige Subunternehmer- und Lieferantenleistungen verbindliche Angebote in der Vergabephase einzuholen zu wirtschaftlich vernünftigen Konditionen. Diese Erkenntnis stammt aus telefonischen Anfragen meinerseits an Subunternehmer und Lieferanten, ob diese in der Lage sind die abgefragte Leistung anzubieten.

U*** gibt dazu an, dass mit diesen Anfragen nicht berücksichtigt wurde, dass eine Kalkulation nur auf Basis von rechtlich verbindlichen und finanziell und

wirtschaftlich erfolgsversprechenden Angeboten seitens der Drittlieferanten sinnvoll ist.

Q*** gibt dazu an, dass die Argumentation der mitbeteiligte Partei nicht berücksichtigt, dass der Sachverständige zum jetzigen Zeitpunkt keine Angebote von Subunternehmern einholen kann, die den damaligen Angebot der mitbeteiligte Partei zu Grunde gelegt hätte werden können. Wenn die mitbeteiligte Partei bezweifelt, dass Subunternehmer ihre Subunternehmerangebote aufgrund des Bauzeitrahmes

kalkulieren könnten, beweist dies lediglich, dass das eigene Angebot der mitbeteiligten Partei offensichtlich auf bloßen Annahmen beruht und daher offensichtlich ebenfalls nicht kalkuliert wurde.

Die BIEGE C*** hat im Schreiben vom 7.10.2010 folgendes

vorgebracht:

"2 b) Falsche Zuordnung von Pontons zur Firma I***

I*** hat betreffend der Anzahl der vorhandenen Baggerpontons gemäß Beilage ./5 zum Schreiben vom 05.10.2009 angegeben:

"1(+1)". Daraus ergibt sich, dass I*** zwei Baggerpontons zur Verfügung stehen. Der Sachverständige geht hingegen in seiner Tabelle auf Seite 53 des Gutachtens davon aus, dass der Firma I*** insgesamt drei Baggerpontons zur Verfügung stehen würden. Dies ist daher explizit falsch. Aus der Tabelle des Sachverständigen in seinem Gutachten auf Seite 34 f geht hervor, dass zumindest drei Baggerstelzenpontons beim Bieter vorhanden sein müssen, die nicht am Markt angemietet werden. Schon daraus ergibt sich also, dass die Firma I***, die in Wirklichkeit nur über zwei Baggerpontons verfügt, alleine nicht befähigt gewesen wäre, sich an der gegenständlichen Ausschreibung zu beteiligen."

N*** gibt dazu an, dass klargestellt wird, dass für die Firma I*** wie schon im Ressourcenplan (Beilage 5 zum Schreiben vom 27.10.2009) 2 Baggerstelzenpontons zur Verfügung stehen, wobei einer davon als Reserve vorgesehen ist. Die Angaben in meinem Schreiben vom 5.10.2009, wonach 3 Baggerstelzenpontons zur Verfügung stehen sind falsch. Die Angaben in meinem Schreiben vom 27.10.2009 wonach 3 Baggerstelzenpontons zur Verfügung stehen sind ebenfalls falsch. Es handelt sich dabei lediglich um einen Tippfehler. M*** gibt dazu an, dass sich aufgrund dieser neuen

Information und der Tatsache, dass sich im Regelfall Baggerstelzenpontons am freien Markt nicht anmieten lassen, die Firma I*** alleine nicht über die ausreichenden Kapazitäten in Bezug auf diese Baggerstelzenpontons verfügt, um den Auftrag durchzuführen.

Q*** gibt dazu an, dass die mitbeteiligte Partei trotz mehrfacher Aufforderung durch die Auftraggeberin

offensichtlich unrichtige Angaben zu ihren Kapazitäten getätigt hat und zwar sowohl in ihrem Schreiben vom 5.10.2009 als auch im Schreiben vom 27.10.2009. Weiteres hat die mitbeteiligte Partei im Schreiben vom 27.10.2009 angegeben, dass sie für die Durchführung des Auftrages auf Subunternehmerleistungen zurückgreifen würde. Subunternehmer hat sie jedoch in ihrem Angebot nicht genannt. Allein aus diesen Gründen ist die mitbeteiligte Partei auszuscheiden. N*** gibt dazu an, dass die mitbeteiligte Partei einen Subunternehmer für Kampfmittelerkundung im Angebot benannt hat. Für Arbeiten am Johler Arm und Johler Haufen wurden keine Subunternehmerleistungen vorgesehen. Wenn in der Beilage 2 im Schreiben vom 5.10.2009 von "externen

Vorgängen" die Rede ist, so sind damit im Sinne des Sachverständigen Leistungen gemeint, die nicht zum wesentlichen Leistungsziel GSV gehören.

Auf Vorhalt durch den Sachverständigen M***, dass in der Beilage 02 im Schreiben vom 5.10.2009 keine Kapazitäten der BIEGE C*** explizit benannt sind, kann daraus geschlossen werden, dass es sich hierbei jedoch um externe sprich Subunternehmerleistung handelt, denn Beilage 02 weist konkrete eigene Geräte den jeweiligen Tätigkeiten zu. O*** gibt dazu an, dass es sich bei den Arbeiten am Johler Arm überwiegend um landgebundene Arbeiten und Tätigkeiten handelt. Für die im Vergleich zu landgebundenen Arbeiten im geringen Umfang anfallenden wassergebundenen Arbeiten im wesentlichen Abtransport und Verklappung von Überschussskies hat die BIEGE C*** unter anderem die in Beilage 05 zum gleichen Schreiben angegebenen Kapazitätsreserve von 2 selbstfahrenden Hydroklappschuten vorgesehen. Es ist nicht ausgeschlossen, dass irgendein LKW Unternehmer für uns dort Materialien verführt.

M*** gibt dazu an, dass in der Beilage 02 des Schreibens vom 5.10.2009 keine Kapazitäten für die wasserbezogenen Leistungen am Johler Arm angegeben wurden. Der Einwand der Bietergemeinschaft, dass diese Leistungen lediglich mit Gerätereserven abgearbeitet werden ist aus baubetrieblicher Sicht nicht nachvollziehbar, weil der Bauzeitenplan des Auftraggebers dem Angebot und dem Vertrag zu Grunde liegt. Die Verhandlung wird um 12:00 Uhr unterbrochen.

Herr V*** verlässt um 12:00 Uhr die Verhandlung.

Die Verhandlung wird um 13:10 Uhr wieder aufgenommen. N*** gibt an, dass der Johler Arm sich nicht am sogenannten "kritischen Weg" befindet, dass das Volumen und die Schwierigkeiten nur einen untergeordneten Teil der

Hauptleistung ausmachen und dass weiters kein zeitlicher Zwang besteht. Aus diesen Gründen ist dieser Teil sehr wohl mit Reserveleistungen zu bewerkstelligen.

M*** verweist ergänzend zu seinen Ausführungen auf Punkt

6.5. des Gutachtens, in dem die dem Johler Arm zugehörigen Positionen des Leistungsverzeichnisses aufgeführt sind. In der Summe handelt es sich dabei um ca. 40.000 Kubikmeter zu verführendes Material, welches ausschließlich mittels Schiffen bewerkstelligt werden kann. Aus diesem Grund hat der Gutachter auch Gerätekapazitäten dafür vorgesehen. Die BIEGE C*** hat im Schreiben vom 7.10.2010 folgendes vorgebracht:

1. "2c)Ziffer 2 c

Zu den angeführten Geräten

Der Sachverständige vergleicht ausschließlich, den von den Bietern als "operativ vorgesehenen" Gerätebedarf mit dem von ihm ermittelten "operativ erforderlichen" Gerätebedarf. Diesen operativ erforderlichen Gerätebedarf reduziert der Sachverständige streng rechnerisch um diejenigen Leistungen, die er auf dem Markt für beschaffbar hält (Gutachten Seite 55, Punkt 8.2). Dabei sind jedoch einige Angaben und Schlussfolgerungen des Sachverständigen nicht korrekt: Auf Seite 52 seines Gutachtens geht der Sachverständige von falschen Zahlen aus.

• Selbstfahrende Hydroklappschuten

Die Bietergemeinschaft gab in Beilage ./5 in ihrem Schreiben vom 05.10.2009 an, dass vier selbstfahrende Klappschuten als Basisbedarf und zwei weitere selbstfahrende Klappschuten als Kapazitätsreserve und in Abhängigkeit der Anordnung des Auftraggebers bzgl. Transportweiten bis 30 km, somit insgesamt sechs selbstfahrende Klappschuten notwendig sind. Dies ergibt sich auch aus Beilage ./2 zum Schreiben der mitbeteiligten Partei vom 05.10.2009. Die vorn

Sachverständigen angegebenen vier selbstfahrenden

Klappschuten decken nur den Basisbedarf. Aufgrund des Versuchscharakters der gegenständlichen Ausschreibung, deren genauer Umfang nicht einschätzbar ist, Kapazitätsreserven an Klappschuten jedoch als absolut notwendig anzusehen."

M*** gibt dazu an, dass dem entgegenzuhalten ist, dass er in der Ermittlung der notwendigen Gerätekapazitäten von den ausgeschriebenen Mengen (siehe LV) sowie den im technischen Bericht angegebenen Zeiträumen ausgegangen ist. Unter Berücksichtigung von den örtlichen Gegebenheiten (wie beispielsweise Wasserstand, Treibeis usw.) habe ich mir entsprechende Leistungen der Leitgeräte (Baggerstelzenpontons) ermittelt und habe darauf aufbauend die zugehörigen Hydroklappschuten gemäß den ausgeschriebenen Mengen und Entfernungen zur Verklappung ermittelt. Der Vorwurf, ich hätte damit zu wenig Hydroklappschuten in Einsatz gebracht, kann durch das vor wenigen Minuten vorgebrachte Scheinargument, dass beispielsweise der Johler Arm mit Reservekapazitäten abgewickelt werden kann begegnet werden, denn hierzu habe ich in meinem Gutachten insgesamt 2 Hydroklappschuten vorgesehen.

U*** gibt dazu an, dass die von der Bietergemeinschaft kalkulierte Anzahl der Klappschuten auch auf deren Erfahrungswerte stark abstellen und insbesondere unter Bedachtnahme auf Pönalstrafzahlungen einem entsprechend große Kapazität als notwendig beurteilen, um die Leistung garantieren zu können.

Die BIEGE C*** hat im Schreiben vom 7.10.2010 folgendes vorgebracht:

"• Schubboote

Die mitbeteiligte Partei gab in Beilage ./5 zu ihrem Schreiben vom 05.10.2009 an, dass sie drei Schubboote als Basisbedarf sowie ein Schubboot als Kapazitätsreserve unter den Transport aus Wallsee, sohin insgesamt vier Schubboote mit mehr als 1200 PS benötigte. Auch hier lässt der Sachverständige das als Kapazitätsreserve vorgesehene weitere Schubboot außer Acht und geht von drei Schubbooten aus. Aufgrund des Versuchscharakters der gegenständlichen Ausschreibung, deren genauer Umfang nicht einschätzbar ist, Kapazitätsreserven an Schubbooten jedoch als absolut notwendig anzusehen."

M*** gibt dazu an, dass der unter Punkt Schubboote auf Seite 4 aufgeführte Einwand zum Gutachten voraussetzt, dass die Kapazitäten an Schubbooten für den Materialantransport des GSV Materials fremdbeschafft werden können. In meinem Gutachten habe ich bewusst diese Kapazitäten zum Antransport des GSV Materials nicht berücksichtigt, da diese einerseits nach den Recherchen des Sachverständigen am Markt beschafft werden können und andererseits es vom jeweiligen Bieter abhängig ist welche Transportentfernungen dazu notwendig sind. Aus diesem Grund bleiben die Schubboote sowie die Transporteinheiten für die Schubleichter unberücksichtigt. S*** gibt dazu an, dass die Kritik der BIEGE C*** darin besteht, dass entgegen den Annahmen des Gutachters die benötigten 4 Schubboote für den

Antransport des GSV Materials mit geeigneten Personal nicht am Markt zu wirtschaftlich vertretbaren Bedingungen beschafft werden können.

Die BIEGE C*** hat im Schreiben vom 7.10.2010 folgendes vorgebracht:

"• Transporteinheiten Schubleichter

Auch in diesem Fall geht der Sachverständige nur von den vier als Basisbedarf angegebenen Schubleichtern aus und ignoriert auch hier die aufgrund des Versuchscharakters der Ausschreibung unumgänglichen als Kapazitätsreserven angeführten weiteren vier Schubleichter, die jedoch für die Einbauvarianten mit Entladung aus Barges und für den Transport aus Wallsee notwendig sind."

M*** gibt dazu an, dass der unter Punkt Schubleichter auf Seite 5 aufgeführte Einwand zum Gutachten voraussetzt, dass die Kapazitäten an Schubbooten und Schubleichtern für den Materialantransport des GSV Materials fremdbeschafft werden können. In meinem Gutachten habe ich bewusst diese Kapazitäten zum Antransport des GSV Materials nicht berücksichtigt, da diese einerseits nach den Recherchen des Sachverständigen am Markt beschafft werden können und andererseits es vom jeweiligen Bieter abhängig ist welche Transportentfernungen dazu notwendig sind. Aus diesem Grund bleiben die Schubboote sowie die Transporteinheiten für die Schubleichter unberücksichtigt.

O*** gibt dazu an, dass die Transportkapazitäten abhängig sind von den Bezugsquelle des Materials, von denen 2 vorgesehen sind.

Die BIEGE C*** hat im Schreiben vom 7.10.2010 folgendes vorgebracht:

"Auch die vom Sachverständigen erstellte Tabelle auf Seite 53 seines Gutachtens weist einige Widersprüchlichkeiten und Ungereimtheiten aus.

• Baggerstelzenpontons

Dass die Fa. I*** entgegen der Annahme des Sachverständigen nur über zwei und nicht drei Pontons verfügt, wurde bereits oben unter b) ausgeführt."

Die Parteien verweisen auf die oben im Protokoll zu Punkt 2b gemachten Ausführungen.

Die BIEGE C*** hat im Schreiben vom 7.10.2010 folgendes vorgebracht:

"Transporteinheiten für Verklappung (selbstfahrend)

Aus Beilage ./2 und .5 des Schreibens der mitbeteiligten Partei vom 05.10.2009 ist eindeutig ersichtlich, dass in ihrem Konzept ausschließlich selbstfahrende Klappschuten zum Einsatz kommen sollen. Der Sachverständige führt in seiner Tabelle auf Seite 53 des Gutachtens jedoch auch nicht selbstfahrende Transporteinheiten für die Verklappung (Transportschuten) an, die er den selbstfahrenden

Klappschuten baubetrieblich und zahlenmäßig gleichstellt. Da jedoch der Sachverständige selbst das Verklappen von gebaggerten Kies und von Grobkies als Leistungen bezeichnet, die er als zwingend erforderliche Eigenleistungen ansieht, ist eine solche Änderung des von der Bietergemeinschaft disponierten und kalkulierten Equipment von selbstfahrenden auf nicht selbstfahrende Klappschuten als unzulässig anzusehen. Außerdem lässt das Gutachten unberücksichtigt, dass für jede nicht selbstfahrende Klappschute ein

zusätzliches Schubboot auf der Baustelle erforderlich wäre, was bedeutet, dass für die vorn Sachverständigen angesetzten vier (+2) nicht selbstfahrenden Klappschuten zusätzliche vier (+2) Schubboote notwendig wären."

M*** gibt dazu an, dass aus baubetrieblicher Sicht selbstfahrende Hydroklappschuten und Klappschuten mit Schubboot gleichgesetzt werden können. Vor dem Hintergrund der Fragestellung des BVA wurde die zu erbringende Leistung der via donau folglich in Teilleistungen gegliedert. Aus Sicht des Unterzeichners ist das Einbringen der GSV eine originäre Tätigkeit des Auftragnehmers. Hingegen ist beispielsweise der Abtransport von Material aus dem GSV-Feld und von Material aus dem Johler Arm respektive dem Buhnenumbau eine Tätigkeit, die nicht solche hohen Anforderungen erfordert. Diese Leistung ist aus Sicht des Gutachters durchaus mit angemieteten Hydraulikkappschuten zu bewerkstelligen.

S*** gibt dazu an, dass zum Zeitpunkt unsere Angebotserstellung keine geeigneten Klappschuten am Markt zur Verfügung standen.

U*** gibt dazu an, dass darüber hinaus ein Zukauf der Leistung aufgrund des geforderten Präzisionsgrades der Einbringung des Kiesmaterials in einer gleichmäßigen Deckungsschicht untunlich und nur mit entsprechend geschultem Personal wirtschaftlich durchführbar ist, welches Personal bei den Gesellschaften der Bietergemeinschaft vorhanden ist. Das Nacharbeiten durch Verziehen und Abglätten ist im Verhältnis zum vorher Gesagten ineffizient und unwirtschaftlich und hätte daher nicht zum Erfolg des Angebotes geführt.

Die BIEGE C*** hat im Schreiben vom 7.10.2010 folgendes vorgebracht:

"Mehrzweckleichter

Die Bietergemeinschaft hat in Beilagen ./2 und ./5 zu ihrem Schreiben vom 05.10.2009 explizit angeführt, dass solche Mehrzweckleichter nicht vorgesehen sind. Der Sachverständige hingegen geht von "0+1" solcher Mehrzweckleichter aus, also davon, dass ein solcher vorhanden ist."

N*** gibt an, dass diese Kritik am Gutachten betreffend Mehrzweckleichter nicht mehr aufrecht erhalten wird. Q*** gibt an, dass offensichtlich in diesem Punkt widersprüchliche Angaben von der BIEGE C*** gemacht wurden. Die BIEGE C*** hat im Schreiben vom 7.10.2010 folgendes vorgebracht:

1. "2d)Ziffer 2 d

Zu den vom Sachverständigen angeführten Kombinationen im einzelnen

- I*** als Einzelanbieter sowie Dreier-Kombinationen

Wie bereits angeführt, verfügt die Firma I*** nur über zwei und nicht über drei Pontons. Da der Sachverständige in seiner Tabelle auf Seite 34 selbst 3 Pontons als eigene Mindestkapazität ansieht, um selbst ein Angebot legen zu können, ist I*** somit nicht in der Lage, alleine ein Angebot zu legen. Da I*** aber damit nicht als möglicher Einzelbieter in Frage kommt, scheidet auch die Möglichkeit einer 3er-BIEGE insofern aus, als dann immer einer der an der BIEGE der mitbeteiligten Partei beteiligten Unternehmen übrig bleiben würde, und an der Ausschreibung nicht teilnehmen könnte.

- Kombination I***-E***

Nach den Ermittlungen des Sachverständigen könnte die Firma E*** den Bedarf der Firma I*** nur in geringem Umfang reduzieren, alles andere müsste durch die Firma I*** in einer Bietergemeinschaft mit E*** auf dem Markt beschafft werden. Aber auch dieser Kombination würde es aufgrund der nur zweifach vorhandenen Stelzenbaggerpontons der Firma I*** an den vom Sachverständigen explizit als notwendige Eigenleistungen angesehenen drei Pontons fehlen. Somit wäre schon aus diesem Grund diese Kombination nicht fähig, sich sinnvollerweise an der Ausschreibung zu beteiligen. Abgesehen davon wären in einer solchen Kombination sämtliche Kapazitätsreserven aufgebraucht, was ein erhebliches Ausführungsrisiko sowohl für die Bieter als auch für den Auftraggeber bedeuten würde.

- Kombination G***-K***

In dieser Kombination müssten alle Leistungsbereiche mit Ausnahme der drei Stelzenpontons auf dem Markt beschafft werden. Der Anteil der zu beschaffenden Fremdleistung würde den Anteil der Eigenleistungen weit überwiegen. Sämtliche Kapazitätsreserven wären aufgebraucht, was wiederum ein erhebliches Ausführungsrisiko für Bieter und Auftraggeber bedeuten würde."

M*** gibt dazu an, dass unter der Prämisse, dass von Seiten I*** lediglich eine verfügbare Kapazität von 2 Baggerstelzenpontons zur Verfügung stünde, ist eine Erreichung des Leistungsziels im Rahmen der vorgelegten Unterlagen in der Ausschreibung für I*** als alleiniger Bieter aus kapazitativen Gründen nicht möglich. Hierzu ist es notwendig, ein drittes Baggerstelzenponton einzusetzen, welches entweder durch Bildung einer Arbeitsgemeinschaft, Einsetzen eines Subunternehmers und nur im Ausnahmefall durch Fremdanmietung zu gewährleisten ist. Der Sachverständige verweist bei der Ermittlung der Kapazitäten an Baggerstelzenpontons auf die Eigenangaben der T*** und kommt zu dem Ergebnis, dass dort 3 Einheiten vorhanden sind. In Kombination wäre unter der Voraussetzung, dass I*** lediglich 2 Baggerstelzenpontons besäße, eine Einbindung von der Firma G*** oder/und K*** notwendig. Hingegen könnte eine Arbeitsgemeinschaft aus G*** und K*** in Bezug auf die Baggerstelzenpontons ein eigenständiges Angebot legen. Die 4 Mitglieder der BIEGE C*** könnten unter dieser Annahme nicht 2 konkurrierende Angebote legen, es sei denn, es könnten am Markt Leistungen wie beispielsweise das Nivellieren des eingebrachten Kieses als Subunternehmerleistungen vergeben werden, respektive es kann ein Baggerstelzenponton angemietet werden. Diese Frage wurde im Rahmen des Gutachtens nicht explizit erörtert, weil sie sich aufgrund der Annahmen von 3 Baggerstelzenpontons der Firma I*** nicht gestellt hat. Es ist nur im Ausnahmefall möglich Baggerstelzenpontons anzumieten.

Die BIEGE C*** hat im Schreiben vom 7.10.2010 folgendes vorgebracht:

1. "3.Ziffer 3

Freie Wahl der Materialquellen, des dazugehörigen Transport- sowie des Einbaukonzepts

In weiteren Punkten geht der Sachverständige von einer falschen bzw einseitigen Prämisse aus. Dies betrifft die Wahl

der Materialquellen, des Transportkonzeptes und des Konzeptes betreffend den Einbau des Grobkies durch die Bieter. In Erinnerung gerufen werden darf, dass die Zuschlagskriterien für die gegenständliche Ausschreibung einerseits der Preis (70%) und andererseits die "Granulometrische Sohlverbesserung" (22%) und der "Antransport des Grobkies" (8%) darstellen.

1. a. Litera a

Freie Wahl der Materialquellen und des Transportkonzeptes (Zuschlagskriterium "Antransport des Grobkies")

Der Sachverständige zitiert in seinem Gutachten auf Seite 18 selbst, dass es der Auftraggeber den Bietern freistellt, geeignete Quellen zu suchen um das Material für die GSV zu liefern. Wie der Sachverständige weiters ausführt, wird im Zuge des Verhandlungsverfahren eine entsprechende

Vereinbarung über die Transportlogistik getroffen, mit welcher das Transportkonzept der Bietergemeinschaft im Verhandlungsverfahren auch gesondert bewertet wird. Es steht somit außer Zweifel, dass der Auftraggeber den Bietern die freie Wahl der Materialquellen überlassen hat. Aus dieser freien Wahl der Materialquellen bestimmt sich jedoch auch das dazugehörige Transportkonzept.

Der Sachverständige ignoriert jedoch in der Folge diese freie Wahl der Materialquellen. In seinem Gutachten in der Anmerkung zur Tabelle auf Seite 34 stellt der Sachverständige auf Seite 35 fest, dass er keine exakte Angabe über die notwendige Anzahl der Transportmittel treffen kann, weil dies davon abhängt wo der Grobkies herkommt, was ja eigentlich intendiert, dass er davon ausgeht, dass - wie in der Ausschreibung vorgesehen - das Material je nach Bieterkonzept von den verschiedensten Quellen herbeigeschafft werden kann. Vielmehr stellt der Sachverständige in der Folge fest, dass er diese Leistungen (Material und Anlieferung) auch bei den folgenden Betrachtungen nicht berücksichtige, weil diese auf dem Markt beschafft werden könnten. Dies bedeutet im Ergebnis, dass es vom Sachverständigen keine Aussagen zu den erforderlichen Transportgeräten gibt. Gerade die Berücksichtigung der Transportmittel unter Augenmerk auf die vom Bieter gewählte Materialquelle ist aber ein wesentlicher Faktor, um die Notwendigkeit der einzelnen Geräte zu rechtfertigen. Den ausdrücklichen Wunsch des Auftraggebers, alternative Transportkonzepte zu entwickeln, der sich im Zuschlagskriterium "Antransport des Grobkies" widerspiegelt, ignoriert der Sachverständige in seinen Betrachtungen. Vielmehr geht er von einer Beschaffung des Grobkieses aus dem Einzugsbereich der Baustelle in Bad Deutsch Altenburg aus. Außerdem reduziert der Sachverständige den kalkulatorischen Spielraum aller anderen Bieter außer der Antragstellerin dahingehend, dass er behauptet, dass solche Leistungen auf dem Markt beschafft werden müssen, nur weil sie möglicherweise auf dem Markt beschaffbar wären. Dass eine solche Beschaffung in einem konkreten Konzept möglicherweise aber keinen Sinn machen könnte, bleibt vom Sachverständigen unberücksichtigt. Wollte man dem folgen, hieße das, dass die Bieter konzeptionell eingeschränkt werden würden, was aber eindeutig der Ausschreibung und dem dahinter liegenden Zweck widerspricht.

Der Sachverständige hat aber auch unberücksichtigt gelassen, dass die mitbeteiligte Partei mehrere Einbauvarianten angeboten hatte und nach zwei von drei dieser Anbauvarianten auch Transportbargen benötigt werden, die direkt an der Einbaustelle entladen würden.

Nach dem Transportkonzept der mitbeteiligten Partei werden vier Schubboote und bis acht Transportgeräte/Schubleichter und ein Umschlagponton benötigt. Unter den beim Naturversuch vorgegebenen Rahmenbedingungen ist dieser Transportbetrieb nicht oder wenn überhaupt nicht wirtschaftlich zu beschaffen. Anders wäre dies nur, wenn man die Beschaffung des Materials aus dem Wiener Raum wählt, wie dies die Antragstellerin getan hat. Dies ist jedoch nicht gefordert:

Wo das Material beschafft wird, wurde den Bietern jedoch explizit freigestellt."

M*** führt dazu aus, dass die unter Punkt 3 des Schriftsatzes vom 7.10.2010 benannten Punkte sich mit den Ausführungen des Gutachtens decken, da der Gutachter keine Kapazitäten für den Antransport des GSV Materiales in das Baufeld berücksichtigt hat, da die Entscheidung der Materialquelle dem jeweiligen Bieter obliegt. Bezüglich der Auseinandersetzung mit den verschiedenen Einbauvarianten wird auf den Vergabeakt und insbesondere auf die zweite Stufe des Vergabeverfahrens verwiesen. In telefonischen Anfragen wurde dem Gutachter bestätigt, dass die reine Frachtleistung für das GSV Material für das gegenständliche Bauvorhaben angeboten werden kann. Die Entladung erfolgt bauseits.

N*** fragt den Sachverständigen, ob folgende Grundlagen die einzigen Grundlagen für seine Aussage, dass die Transportleistungen inkl. der Umschlagleistungen am Markt verfügbar wären, sind:

1. 1. Ziffer eins

Liste aus dem Internet mit insgesamt 13 Operators

2. 2.Ziffer 2

Notizen mit Telefonaten mit insgesamt 3 Operators (davon einer aus Deutschland und zwei aus Österreich)

3. 3.Ziffer 3

Ablehnung eines Angebotes durch 2 Operators (einer aus Österreich einer aus Deutschland) und Verweis auf I*** und K***

4. 4.Ziffer 4

Erklärung des verbleibenden österreichischen Operators (AI*** Wien) "das er über Schubboote und Schiffe verfügt" und das solche Leistungen bei Vorlauf grundsätzlich disponierbar sind" und

5. 5.Ziffer 5

Erklärung eines Vertreters des Hafens in Bratislava, dass er schon Gespräche geführt habe wegen des Bauvorhabens "Naturversuch"?

M*** gibt dazu an, dass die Liste von der Homepage der via Donau der schnellste Weg, im Rahmen der Fragebeantwortung war, um Frachtleistung anfragen zu können. Von dieser Liste habe ich die deutschen und österreichischen Operators angerufen. Die im Akt befindlichen Protokolle beinhalten jedoch nur die Verweise auf geeignete Unternehmen und solche, die diese Leistung anbieten. Ergänzend gibt der Sachverständige an, dass die Unternehmungen Väh und MSG in Würzburg sowie Multinaut in Wien derartige Frachtleistungen nicht ausführen. AI*** hat bestätigt, dass diese Leistung von ihnen durchgeführt werden könne. Die Aussage des Hafens in Bratislava hat mich weiteres darin bestätigt, dass die Leistung Transportieren GSV Material am Markt beschaffbar ist. U*** fragt den Sachverständigen, ob die relevante Leistung der Lieferung samt Umschlagung des GSV Materials in der Niederwasserperiode im Winter unter den angegebenen technischen Bedingungen machbar ist und zwar in der Menge von 170.000 Tonnen laut Bauzeitplan?

M*** gibt dazu an, dass diese Fragestellung an die entsprechenden Lieferanten gestellt wurde, deren Antworten wie oben zitiert niedergelegt wurden. Weitere Recherchen zu dieser Frage gab es nicht.

Die BIEGE C*** hat im Schreiben vom 7.10.2010 folgendes vorgebracht:

1. "3b.Ziffer 3 b

Freie Konzeptwahl für den Einbau des Grobkies (Zuschlagskriterium " Granulometrische Sohlverbesserung"). Der Sachverständige führt in seinem Gutachten auf Seite 25 aus, dass beide Bietergruppen den Einbau der GSV nach dem vom Bauherren vorgeschlagenen technischen Bericht Konzept des Auftraggebers (Verklappung mit Klappschuten)

beabsichtigen durchzuführen. Diese Annahme des Sachverständigen ist schlichtweg falsch. Die mitbeteiligte Partei hat nämlich drei Einbauvarianten präsentiert und vorgesehen.

- Umschlagen von Grobkies aus den Großraumbargen, mit denen der Antransport des Grobkies erfolgt in Klappschuten, wobei der Ort abhängig von Wasserständen und Einbauort ist.
- Entladen des Grobkies aus den Großraumbargen, mit denen der Antransport des Grobkies erfolgt.
- Entnahme des Grobkies durch Selbstlader und Ablage auf der Sohle, dann Planieren mit GPS-gesteuertem Schwimmbagger auf Stelzenponten.

Damit ist auch die Aussage des Sachverständigen in seinem Gutachten auf Seite 29, dass Klappschuten unbedingt notwendig wären, falsch, denn dies entspricht nur dem vom Bauherren im technischen Bericht vorgeschlagenen Einbaukonzept, nicht jedoch den alternativen Einbaumethoden der mitbeteiligten Partei. Außerdem soll ja gerade der Versuch erst zeigen, ob der Einbau überhaupt und wenn ja mit Klappschuten funktioniert oder nicht.

Der Sachverständige hingegen ermittelt die sogenannten "benötigten Gerätekonstellationen" (Gutachten Seite 28) ausschließlich auf der Grundlage des im technischen Berichtes des Auftraggebers vorgeschlagenen Einbausystems und ignoriert die anderen von der mitbeteiligten Partei vorgesehenen Konzepte.

Der Sachverständige ignoriert also einerseits die Tatsache, dass nach dem Konzept der mitbeteiligten Partei der Grobkies nicht aus dem Bereich der Baustelle sondern aus einem anderen Gebiet herangeführt werden soll. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die mitbeteiligte Partei dafür - weil ein längerer Transportweg gewählt wurde - ohnehin mit weniger Punkten in der Bewertung zum Zuschlagskriterium "Antransport des Grobkieses" bewertet wurde. Diese geringere Punkteanzahl wurde jedoch letztlich wieder ausgeglichen. Zum anderen lässt der Sachverständige unberücksichtigt, dass es verschiedene Methoden für den Einbau der GSV gibt (und nicht nur jene mit Klappschuten). Aufgrund dieser Reduzierung des Sachverständigen auf das von der Antragstellerin gewählte Konzept

wird auch der Wunsch und das Ziel des Auftraggebers nach möglichst verschiedenen Ausführungsvarianten nicht berücksichtigt. Gerade wenn der Auftraggeber ganz explizit verschiedene Konzepte in der Ausschreibung angeboten haben möchte, kann nicht davon ausgegangen werden, dass nur ein bestimmtes Konzept angeboten werden darf. Eine Nichtberücksichtigung der unterschiedlichen Konzepte der einzelnen Bietergruppen - sei es bei Wahl der Materialquelle, sei es beim Transport- oder beim Einbaukonzept - macht jedoch die Ergebnisse des Gutachtens nicht nachvollziehbar."

M*** gibt dazu an, dass er die ermittelten Gerätekombination zur Erbringung des Bausolls aus den Vergabeunterlagen ermittelt hat. Die daraus ermittelten Kapazitäten sind im Gutachten dargelegt.

N*** bringt vor, dass der Sachverständige in seiner Antwort nicht auf die Frage eingegangen ist, warum er die von der mitbeteiligten Partei vorgesehenen Konzepte nicht berücksichtigt hat, insbesondere dass der Grobkies nicht aus dem Bereich der Baustelle, sondern aus einem anderen Gebiet herangeführt werden sollte und dass es verschiedene Methoden für den Einbau der GSV gibt, auch solche ohne Klappschuten wie dies von der mitbeteiligten Partei auch vorgeschlagen war.

M*** gibt dazu an, dass er bei der Erstellung des Gutachtens die angegebenen Gerätekapazitäten der T*** angeschaut und analysiert hat und hierbei festgestellt hat, dass das gewählte Bauverfahren dem Vorschlag des technischen Berichtes entspreche. Aus diesem Grund wurden die Kapazitäten vom Gutachter auf Basis des technischen Berichtes selbst ermittelt und mit denen der ARGE verglichen. Hierbei wurden keinerlei Unterschiede festgestellt. Zum gleichen Ergebnis des angebotenen Konzeptes kommt auf die Angebotsprüfung der vergebenden Stelle.

Die Verhandlung wird unterbrochen um 15:47 Uhr.

Die Verhandlung wird um 16:05 Uhr wieder aufgenommen. Die BIEGE C*** hat im Schreiben vom 7.10.2010 folgendes vorgebracht:

1. "4.Ziffer 4

Personal

Völlig unberücksichtigt lässt das Gutachten die Frage von geeigneten Personal. Einzig in Punkt 6.2 auf Seite 29 seines Gutachtens führt der Sachverständige an, dass die seiner Meinung nach auf dem Markt anmietbaren Klappschuten, die einschließlich Personal angemietet werden können, einem erhöhten Überwachungsaufwand unterliegen würden. Dies ist einigermaßen unnachvollziehbar, da dies bedeuten würde, dass mangelnde Qualifikation des Personals durch erhöhten Überwachungsaufwand ausgleichbar wäre. Dies ist gerade bei den im Naturversuch vorliegenden, sehr komplexen Tätigkeiten sicherlich nicht der Fall.

Die Überwachung wäre mit erhöhten Kosten verbunden und wenn - wovon auszugehen ist - nicht genügend qualifiziertes Personal vorhanden - wären zur Überwachung weitere qualifizierte Personen notwendig, wodurch sie aber die Sinnhaftigkeit stellt, diese Dienstleistung am Markt nachzufragen und nicht gleich eigenes qualifiziertes Personal eines BIEGE-Partners einzusetzen.

Der Sachverständige hätte vielmehr die Frage des Personals anhand mehrerer Kriterien miteinbeziehen müssen, beispielsweise

- Qualifikation des Personals
- Sprachliche Fähigkeit des Personals
- Kenntnis der Wasserstraße

So sind beispielsweise 95% der Kapitäne sogenannte Streckenfahrer, was bedeutet, dass sie bloß den Fluss, in diesem Fall die Donau, hinauf und wieder hinunterfahren. Nur 5% der Kapitäne arbeiten im Werksverkehr, was bedeutet, dass sie zum Teil komplizierte Rangiermanöver durchführen müssen. Nur diese 5% der Kapitäne kommen überhaupt in Frage, weil ein reiner Streckenfahrer gar nicht über die Erfahrung der im Naturversuch notwendigen Manöver verfügen würde, dafür ist eine mehrjährige Erfahrung im Werksverkehr notwendig."

M*** bringt dazu vor, dass er bei der Betrachtung des eingesetzten Personals der T*** aufgrund der Angebotsprüfung und den Ausführungen der Kanzlei X*** überprüft hat und in seinem Schriftsatz nicht weiter darauf eingegangen ist, weil die von der BIEGE C*** angegebenen Personalkapazitäten und deren Qualifikation zu einer Überbestimmung geführt hat. Dem letzten Absatz unter Punkt 4. Personal wird zugestimmt. S*** gibt dazu an, dass aus wirtschaftlichen

Überlegungen die Bedienung von gemietetem Gerät durch eigenes Personal nicht machbar ist.

Q*** merkt zur Behauptung an, dass die Anmietung von Gerätschaften unter Einschulung von Personal nicht wirtschaftlich wäre, wohl nur eine Schutzbehauptung sei, weil die mitbeteiligte Partei zuvor schon zugestanden hat, dass sie in anderen Fällen sehr wohl Geräte angemietet hat. Die BIEGE C*** hat im Schreiben vom 7.10.2010 folgendes vorgebracht:

1. "5.Ziffer 5

Beschaffbarkeit der Transportmittel am Markt

1. a.Litera a

Widersprüche im Gutachten

Der Sachverständige hält zwar in seinen Tabelle auf den Seiten 34 und 51 im Gutachten eine eigene Umschlageinrichtung sowie sechs eigene Klappschuten für unverzichtbar, führt jedoch in Punkt 6.6.1 auf Seite 33 an, dass nach seinen Recherchen die Möglichkeit bestünde, wassergebundene Umschlageinrichtungen zu beschaffen. Ebenso führt der Sachverständige in Punkt 8.2 auf Seite 55 seines Gutachtens an, dass auch Klappschuten und Umschlagpontons durch Miete am Markt beschafft werden könnten. Hier besteht also ein Widerspruch innerhalb des Gutachtens. Als Schlussfolgerung aus dem Gutachten würde sich somit ergeben, dass wer drei eigene Baggerpontons zur Verfügung hat, ein Angebot als Einzelbieter abgeben könnte. Dass dies bei keinem der Mitglieder der mitbeteiligten Partei - auch nicht bei der Fa. I*** - der Fall ist, wurde bereits ausgeführt. An mehreren Stellen führt der Sachverständige an, dass Transportmittel am Markt "beschaffbar" wären. Der Sachverständige bleibt dabei jedoch höchst ungenau. Er definiert weder den Ort noch die Zeit, wo bzw. wann diese Transportmittel beschafft werden könnten. Der Sachverständige übersieht, dass man für manche dieser Transportmittel in ganz Europa suchen müsste. Eine Anmietung wäre damit mit sehr hohen Kosten verbunden, Was den Zeithorizont betrifft, so bleibt völlig unberücksichtigt, dass nicht alle Transportmittel jederzeit beschaffbar sind und schon gar nicht auf eine eher unbestimmten Zeit die sich aber aus der Festlegung des Auftraggebers, den Zeitraum jederzeit ändern zu können (siehe vorne Punkt 1) berücksichtigt. Damit bleibt aber auch unberücksichtigt, dass die Kosten für eine allfällige Miete nicht vorhersehbar sind, weil kein Unternehmen zusichern würde, seine Geräte über so lange Zeit zur Verfügung zu halten, sie also nicht anderwertig einsetzen oder vermieten zu können.. Daraus folgt, dass - wenn überhaupt - eine Beschaffung nur zu überhöhten Preisen (zwei- bis dreifacher Mietpreis) überhaupt möglich und darüber hinaus mit einem hohen Ausfallsrisiko verbunden wäre. Dies müsste man mit Garantieerklärungen seitens der Vertragspartner abfedern, was allerdings einen noch höheren Preis bedeuten würde. Darüber hinaus lässt der Sachverständige unberücksichtigt, dass manche Geräte überhaupt nicht zu den in der Ausschreibung vorgegebenen Bedingungen beschaffbar sind. Nur dass ein bestimmtes Gerät oder Schiff theoretisch am Markt "beschaffbar" wäre, bedeutet noch lange nicht, dass es für den konkreten - in vielerlei Hinsicht aufgrund des Versuchscharakters noch unklaren - Auftrag zur Verfügung zu wirtschaftlich sinnvollen Konditionen stünde.

Das Gutachten müsste also auch den Begriff der "Beschaffbarkeit" genauer definieren und differenzieren, insbesondere unter zeitlichen und örtlichen Aspekten."

M*** gibt dazu an, dass bezüglich der Ausführungen unter Punkt 5a der Sachverständige vollumfänglich auf die bereits geführte Diskussion zum Thema Anzahl der Stelzenpontons der Firma I***, Beschaffung von Transportmitteln sowie

"verbindlich eingeholte Angebote" verweist.

N*** ersucht den Sachverständigen um eine konkrete Antwort, insbesondere zu den Punkten des Begriffes der Beschaffbarkeit, betreffend des Zeithorizontes, des örtlichen Aspektes (Suche in ganz Europa), der nicht Vorhersehbarkeit der Miete aufgrund der Zeitraumänderungen und der Tatsache, dass manche Geräte überhaupt nicht am Markt beschaffbar sind, sowie dass manche Leistungen mit einem hohen Ausfallsrisiko verbunden wären.

M*** gibt an, dass er wie oben bereits beschrieben in seinen eigenen Recherchen bei einschlägigen Fachunternehmen und Lieferanten die Randbedingungen des gegenständlichen Bauprojektes geschildert hat. Darauf aufbauend wurden die Telefonate und Recherchen geführt, sodass der Sachverständige zu den von ihm im Gutachten getätigten Aussagen kommt.

N*** verweist nochmal auf seinen Antrag im Schreiben vom 7.10.2010.

Die Verhandlung wird kurz auf Wunsch der BIEGE C*** um 16:31

Uhr unterbrochen.

Die Verhandlung wird um 16:36 wieder aufgenommen.

U*** gibt an, dass der Einwurf eines Marktanteiles von 99% der mitbeteiligten Parteien nicht zutreffend ist und ohne Grundlage vorliegt, da zu den ausgeschriebenen Leistungen mindestens 13 Mitbewerber aus 6 Staaten oder mehr Staaten konkurrieren könnten, insbesondere Österreich AM*** und Alpine sowie Mitbewerber aus Deutschland, Niederlande, Slowakei, Ungarn und Rumänien um nur die wichtigsten zu nennen.

Die BIEGE C*** hat im Schreiben vom 7.10.2010 folgendes vorgebracht:

"5 b. Kriterien für Angebote von Dritten

Ganz allgemein erscheint es nicht sonderlich seriös und könnte sich dies kein Bieter in einem Vergabeverfahren leisten, einfach irgendwelche Transportleistungen am Markt nachzufragen und seinem Angebot zugrunde zu legen. Vielmehr müsste zuvor eine große Zahl an Kriterien aufgestellt werden, an denen konkrete Angebote Dritter zu messen sind. Ein solcher Kriterienkatalog könnte sich in etwa wie folgt darstellen:

Kriterien zur Beschaffung von Schubbooten

(1) Ist das jeweilige Angebot rechtlich verbindlich?" M*** gibt dazu an, dass diese Frage eine Rechtsfrage ist, die vom Sachverständigen nicht beantwortet werden kann. N*** fragt den Sachverständigen, ob bei den vom Sachverständigen recherchierten Angeboten Preis und Leistungsinhalt abgefragt wurden?

M*** gibt dazu an, dass auf Grundlage der Fragestellung des BVA nach den Leistungsinhalt, also nach der generellen Möglichkeit gefragt wurde, aber nicht nach dem Preis.

"(2) Wie lange fühlt sich der Vertragspartner gebunden?" M*** gibt dazu an, dass diese Frage eine Rechtsfrage ist, die vom Sachverständigen nicht beantwortet werden kann.

"(3) Sind die angebotenen Geräte immer und jederzeit verfügbar (incl. Kapazitätsreserven und Ersatzgeräten)?" M*** gibt dazu an, dass die angefragten Kapazitäten auf Basis des technischen Berichtes verfügbar sind. Den jeweiligen Anbietern wurde vor deren Angebot der Inhalt des technischen Berichtes zur Kenntnis gebracht.

"(4) Hat die Festlegung des Auftraggebers, dass es keinen verbindlichen Ausführungsbeginn und keine verbindliche Ausführungszeit gibt, Auswirkungen

- auf die Gültigkeit des Angebotes des Dritten?
- auf die Verfügbarkeit der angebotenen Geräte?"

M*** gibt dazu an, dass er auf Basis des technischen Berichtes seine Anfragen erstellt hat.

"(5) Handelt es sich bei den angebotenen Schubbooten um Eigen- oder Fremdgeräte?"

M*** gibt dazu an, dass es sich hierbei um eigene Geräte der jeweiligen Anbieter handelt.

"(6) Darf der Anbieter mit den angebotenen Schubbooten innerhalb Österreichs Transporte durchführen (Kabotage)?" M*** gibt dazu an, dass nach Angaben der Anbieter ein Verkehr in Österreich möglich ist. Die Frage einer Beschäftigungsbewilligung des ausländischen Personals und/oder Kabotage wurde von mir nicht geprüft.

"(7) Haben die vorgesehenen Binnenschiffer Erfahrung im Baustellenverkehr? (s.o. Punkt 4. - Personal)"

M*** gibt dazu an, dass explizit der Mitarbeiter des Hafens Bratislava angibt, über baustellenerfahrendes Personal zu verfügen.

"(8) Können Leistungsverluste beim Transport infolge niedriger Wasserstände, zur Vermeidung von Störungen beim Baufortschritt, unmittelbar kompensiert werden durch zusätzlich vorhandene Barge und erforderlichenfalls zugehörige Schubboote (Kapazitätsreserven)?"

M*** gibt dazu an, dass insbesondere der Hafen Bratislava nach eigenen Aussagen über entsprechende Kapazitäten verfügt. In dem Telefonat wurde auch aufgrund der Leistungszeiträume in den Niedrigwasserperioden über Teilladungen gesprochen. Das Unternehmen "Hafen Bratislava" in meinem Telefonaktenvermerk ist ident mit dem Unternehmen der Beilage G1 der Antragstellerin.

U*** stellt namens der mitbeteiligten Partei den Antrag, auf Ladung des Herrn W*** sowie des Herrn Z*** vom "Hafen Bratislava" sowie der von Herrn Prof M*** namhaft zu machenden Disponentin der AI*** (siehe Aktenvermerk des SV vom 13.9.2010) zum Beweis dafür ob die angefragten

Leistungen entsprechend den Ausschreibungsbedingungen tatsächlich verfügbar und zu wirtschaftlich vernünftigen Konditionen zukaufbar sind.

"(9) Bejahendenfalls, hat das Auswirkungen auf die Kosten der Transportleistung?"

M*** gibt dazu an, dass er mögliche Auswirkungen auf die Kosten der Transportleistung nicht erfragt hat.

"(10) Bejahendenfalls, welche?"

M*** verweist auf die Antwort auf Frage 9.

"(11) Welchen Tiefgang haben die angebotenen Schubboote?" M*** gibt dazu an, dass der angegebenen Tiefgang der Schubboote beträgt zwischen 80 cm und 1m 40cm je nach Leistung und zu verschiebender Tonnage.

N*** gibt dazu an, dass aus Sicht der mitbeteiligten Partei Schubboote mit einem Tiefgang von 80cm für diesen Auftrag nicht geeignet sind und solche auch nicht bekannt sind.

"(12) Sind diese in der Lage, auch bei Niedrigwasser die Strecke durch die Wachau und die Strecke zwischen Wien und Bratislava zu befahren?"

M*** gibt dazu an, dass diese Frage von mir nicht an die angefragten Unternehmen gestellt wurde.

S*** gibt dazu an, dass damit aus der Sicht der mitbeteiligten Partei kein möglicher Einsatz dokumentiert ist.

"(13) Wie viele Barges können bei MW+1,5m gleichzeitig transportiert werden?"

M*** gibt dazu an, dass diese Frage von mir nicht an die angefragten Unternehmen gestellt wurde.

S*** gibt dazu an, dass damit aus der Sicht der mitbeteiligten Partei kein möglicher Einsatz dokumentiert ist.

"(14) Mit wie vielen Barges sind die Schiffe in der Lage im Bereich des Naturversuchs zu wenden?"

M*** gibt dazu an, dass diese Frage von mir nicht an die angefragten Unternehmen gestellt wurde.

S*** gibt dazu an, dass damit aus der Sicht der mitbeteiligten Partei kein möglicher Einsatz dokumentiert ist.

"(15) Sind die Schiffe ausgerüstet für Fahrten bei Nebel und bei Dunkelheit?"

M*** gibt dazu an, dass diese Frage von mir nicht an die angefragten Unternehmen gestellt wurde.

S*** gibt dazu an, dass aus der Sicht der mitbeteiligten Partei diese Frage zwingend notwendig ist um die Eignung festzustellen.

"(16) Sind die Schiffe so besetzt, dass jederzeit ein 24- Stunden Betrieb möglich ist?"

M*** gibt dazu an, dass diese Frage von mir nicht an die angefragten Unternehmen gestellt wurde.

S*** gibt dazu an, dass aus der Sicht der mitbeteiligten Partei diese Frage zwingend notwendig ist um die Eignung festzustellen.

"(17) Gibt es gleichwertige Kapazitätsreserven, wenn ja wie viele?"

M*** gibt dazu an, dass nach Eigenaussage des "Hafens Bratislava" über ausreichende Kapazitäten auch über das angefragte Maß hinaus verfügt würde.

"(18) Welche Möglichkeiten gibt es, Kapazitätsreserven zu mobilisieren, zB

1. a.Litera a
um bei Ausfall eines Schubbootes oder bei zusätzlichem baubetrieblichem Bedarf ein gleichwertiges Ersatzboot auf die Baustelle zu bringen?
2. b.Litera b
Wie lange dauert die betriebsbereite Einrichtung eines Ersatzbootes"

M*** gibt dazu an, dass er explizit diese Frage nicht gestellt hat, weil bei der gutachterlichen Ermittlung der erforderlichen Gerätekapazitäten mögliche Reserven bereits berücksichtigt wurden.

"(19) Wie beteiligt sich der Schubbootvercharterer am wirtschaftlichen Schaden, der der Baustelle infolge Leistungsverlust und Bauablaufstörungen, der durch

verspätetes Eintreffen, durch Ausfall v. Schubbooten oder durch mangelhafte Leistung des Schubbootes bzw. des Personals entsteht?"

M*** gibt dazu an, dass er diese Frage nicht an die Unternehmer gestellt hat, da dies eine innervertragliche Fragestellung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer darstellt.

S*** gibt dazu an, dass aus der Sicht der mitbeteiligten Partei diese Frage zwingend notwendig ist um die Eignung festzustellen.

"(20) Beteiligt sich der Vercharterer an der vom Bieter bei Verzug zu leistenden Pönale, und wenn ja, in welchem Umfang?"

M*** gibt dazu an, dass er diese Frage nicht an die Unternehmer gestellt hat, da dies eine innervertragliche Fragestellung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer darstellt.

S*** gibt dazu an, dass aus der Sicht der mitbeteiligten Partei diese Frage zwingend notwendig ist um die Eignung festzustellen.

"(21) Ist der Vercharterer tragfähig versichert, und wenn ja, in welcher Höhe

- für Schäden, die sein Schubboot an anderen Geräten oder Sachen verursacht?
- für wirtschaftliche Schäden jeglicher Art, die infolge mangelhafter

Leistung dem Bieter entstehen

? z.B. aus Pönale gern. BVB (27+29)

? z.B. aus ‚Gefahr und Haftung‘ für teilweise oder

vollständig fertig gestellte Teile des Bauwerks

? z.B. für Mehrkosten des Bieters aus baubetrieblichen

Behinderungen?"

M*** gibt dazu an, dass er diese Frage nicht an die Unternehmer gestellt hat, da dies eine innervertragliche Fragestellung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer darstellt.

S*** gibt dazu an, dass aus der Sicht der mitbeteiligten Partei diese Frage zwingend notwendig ist um die Eignung festzustellen.

"(22) Welche Sicherheit leistet der Schubbootvercharterer dem Bieter dafür, wenn er seine vertraglichen Pflichten nicht erfüllen kann oder will? Ist beispielsweise eine Auftragserfüllungsbürgschaft einer österreichischen Bank möglich?"

M*** gibt dazu an, dass er diese Frage nicht an die Unternehmer gestellt hat, da dies eine innervertragliche Fragestellung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer darstellt.

S*** gibt dazu an, dass aus der Sicht der mitbeteiligten Partei diese Frage zwingend notwendig ist um die Eignung festzustellen.

"(23) Wie erfolgt die Abrechnung für ein Schubboot?

1. a.Litera a

nach Einsatzstunden (€/Std). ?

2. b.Litera b

nach Einsatztagen (€/Tag) ?

3. c.Litera c

nach transportierter Menge (€/Tonne)?

4. d.Litera d

Wie erfolgt die Ermittlung der abzurechnenden Menge

- nach Wiegescheinen des Kieslieferanten?
- nach Wiegung am Umschlag von Land auf Schiff durch Baggerwaage?
- nach Eichmaß der Barge?
- nach eingebauter Menge gern. Abrechnung zwischen Bieter und Auftraggeber gern. Echolotaufnahme in der Sohle?

5. e.Litera e

Wie erfolgt gegebenenfalls die Umrechnung von Tonnen auf in m³?"

M*** gibt dazu an, dass mit den angefragten Unternehmen verschiedene Vergütungsmodelle besprochen wurden. Konkrete Preise wurden jedoch nicht besprochen.

S*** gibt dazu an, dass aus der Sicht der mitbeteiligten Partei diese Frage zwingend notwendig ist um die Eignung festzustellen.

"(24) Wie sind die Kosten für ein Schubboot zusammengesetzt und gestaffelt

a, im Basispreis enthaltene Regel einsatzzeit (Std/Tag)?

1. b.Litera b

Basispreis für Regelarbeitszeit (€/Tag) ?

2. c.Litera c

Zuschläge für Mehrstunden ab Regeleinsatzzeit (€/Std) ?

3. d.Litera d

Zuschläge für 24Std.- Betrieb (€/Std) ?

4. e.Litera e

Zuschläge für Einsatz an Sonn- und Feiertagen (€/Std) ?" M*** gibt dazu an, dass mit den angefragten Unternehmen verschiedene Vergütungsmodelle besprochen wurden. Konkrete Preise wurden jedoch nicht besprochen.

S*** gibt dazu an, dass aus der Sicht der mitbeteiligten Partei diese Frage zwingend notwendig ist um die Eignung festzustellen.

"(25) Wie sind die Kosten für ein Schubboot an arbeitsfreien Tagen, z.B. Samstage, Sonntage, Feiertage, Winterpause, etc ?"

M*** gibt dazu an, dass die Frage nicht gestellt wurde weil sie für die Beantwortung der Fragestellung des BVA nicht relevant ist.

S*** gibt dazu an, dass aus der Sicht der mitbeteiligten Partei diese Frage zwingend notwendig ist um die Eignung festzustellen.

"(26) Wie hoch sind die Kosten für ein Schubboot wenn kein Einsatz erforderlich ist, z.B Wasserstände über MW+1,5m, kein Materialbedarf auf der Baustelle infolge

Bauablaufstörung, Material nicht verfügbar infolge Produktionsproblemen etc.?"

M*** gibt dazu an, dass die Frage nicht gestellt wurde, weil sie für die Beantwortung der Fragestellung des BVA nicht relevant ist.

S*** gibt dazu an, dass aus der Sicht der mitbeteiligten Partei diese Frage zwingend notwendig ist um die Eignung festzustellen.

"(27) Gern. Ausschreibung BVB (44) sind Stillstandskosten infolge hoher Wasserstände bis 1 Woche in die Einheitspreise einzurechnen;

- Entfallen für Zeiten, in denen der Auftraggeber keine Stillstandskosten vergütet auch die Kosten für die Schubboote?
- Wenn nein, wie lange sind Schubboote in Zeiten ohne Einsatz kostenfrei?"

M*** gibt dazu an, dass die Frage nicht gestellt wurde, weil sie für die Beantwortung der Fragestellung des BVA nicht relevant ist.

S*** gibt dazu an, dass aus der Sicht der mitbeteiligten Partei diese Frage zwingend notwendig ist um die Eignung festzustellen.

"(28) Gern. BVB (23) gelten die Preise als Festpreise bis 1 Jahr nach dem letzten Angebot;

- Ab wann gilt das verbindliche Angebot (zeitliche Übereinstimmung mit dem Angebot des Bieters an den Auftraggeber)?

- Wie lange gilt das verbindliche Angebot grundsätzlich?

- Wie lange gelten die angebotenen Preise als

Festpreise?"

M*** gibt dazu an, dass die Frage nicht gestellt wurde, weil sie für die Beantwortung der Fragestellung des BVA nicht relevant ist.

S*** gibt dazu an, dass aus der Sicht der mitbeteiligten Partei diese Frage zwingend notwendig ist, um die Eignung festzustellen.

"(29) Gelten die angebotenen Preise für die gesamte Bauzeit (= BA1 + BA2) ?"

M*** gibt dazu an, dass er die Anfragen gemäß den Angaben des technischen Berichtes vorgenommen hat. Demnach sind BA1 und BA2 in den Anfragen inkludiert.

S*** gibt dazu an, dass aus der Sicht der mitbeteiligten Partei diese Frage zwingend notwendig ist um die Eignung festzustellen.

"(30) Wie wirken sich insbes. Erhöhungen beim Marktpreis für Treibstoff aus ?"

M*** gibt dazu an, dass die Frage nicht gestellt wurde, weil sie für die Beantwortung der Fragestellung des BVA nicht relevant ist.

S*** gibt dazu an, dass aus der Sicht der mitbeteiligten Partei diese Frage zwingend notwendig ist um die Eignung festzustellen.

"(31) Welche Kosten entstehen für die Anfahrt und Abfahrt des Schubbootes?"

M*** gibt dazu an, dass die Frage nicht gestellt wurde, weil sie für die Beantwortung der Fragestellung des BVA nicht relevant ist.

S*** gibt dazu an, dass aus der Sicht der mitbeteiligten Partei diese Frage zwingend notwendig ist, um die Eignung festzustellen.

"(32) Welche Kosten entstehen für die Schubschiffe in der 4 - 5 monatigen Bauunterbrechung zwischen dem BA1 und dem BA2?"

M*** gibt dazu an, dass die Frage nicht gestellt wurde, weil sie für die Beantwortung der Fragestellung des BVA nicht relevant ist.

S*** gibt dazu an, dass aus der Sicht der mitbeteiligten Partei diese Frage zwingend notwendig ist, um die Eignung festzustellen.

"(33) Ist das Schubboot auch in der Lage, eine Klappschute seitlich zu manövrieren?"

M*** gibt dazu an, dass die Frage nicht gestellt wurde, weil sie für die Beantwortung der Fragestellung des BVA nicht relevant ist.

S*** gibt dazu an, dass aus der Sicht der mitbeteiligten Partei diese Frage zwingend notwendig ist, um die Eignung festzustellen.

"(34) Hat die Schiffsbesatzung Erfahrung bei Arbeiten mit Klappschuten?"

M*** gibt dazu an, dass die Frage nicht gestellt wurde, weil sie für die Beantwortung der Fragestellung des BVA nicht relevant ist.

S*** gibt dazu an, dass aus der Sicht der mitbeteiligten Partei diese Frage zwingend notwendig ist, um die Eignung festzustellen.

"(35) Ist die Schiffsbesatzung deutschsprachig?"

M*** gibt dazu an, dass die Frage nicht gestellt wurde, weil sie für die Beantwortung der Fragestellung des BVA nicht relevant ist.

S*** gibt dazu an, dass aus der Sicht der mitbeteiligten Partei diese Frage zwingend notwendig ist, um die Eignung festzustellen.

Die Verhandlung wird um 17:50 Uhr unterbrochen.

Die Verhandlung wird um 18:00 Uhr wieder aufgenommen. Der Sachverständige gibt an, dass er betreffend Schubleichter/Bargen sowie Klappschuten keine anderen Anfragen an weitere Marktteilnehmer gestellt hat und daher zu den analogen Fragen zu den Schubleichtern/Bargen bzw. Klappschuten analoge Antworten wie zu den Schubbooten geben kann und die entsprechend analogen Fragen auch nicht an die Marktteilnehmer gestellt hat.

S*** gibt an, dass zur Beurteilung der Eignung der Geräte diese Fragestellungen/Recherchen betreffend technischer und wirtschaftlicher Eignung zwingend erforderlich gewesen wären. Im Hinblick auf die vorher genannte Stellungnahme des Sachverständigen wird auf die Beantwortung der 32 Fragen betreffend Schubleichter/Bargen und der 42 Fragen betreffend Klappschuten laut Schreiben vom 7.10.2010 verzichtet.

M*** gibt an, dass er die unter Punkt 5c des Schreibens vom 7.10.2010 genannten Angebote (1) Slovenska plavba = Beilage

./KK = G1 sowie (2) Fa. AJ*** = Beilage ./LL = H1 sowie (3)

DANUBE GROUP = Beilage ./MM = I1 sowie (4) Slovenska plavba = Beilage ./U1 sowie (5) Reederei Ed Line = Beilage ./V1

sowie (6) DANUBE GROUP = Beilage ./W1 zwar zur Kenntnis genommen hat, aber in seinem Gutachten nicht verwendet hat.

Zur Fragestellung des BVA haben daher ausschließlich die persönlichen Recherchen des Gutachters in das Gutachten Eingang gefunden. Wenn ich daher in meinem Gutachten auf eingeholte Angebote verweise, beziehe ich mich dabei auf die von mir eingeholten Recherchen.

N*** stellt namens der mitbeteiligten Partei den Antrag aufgrund der Tatsache, dass die mitbeteiligte Partei der Meinung ist, dass die vom Sachverständigen seinem Gutachten zu Grunde gelegten Recherchen bei weitem nicht ausreichend sind, um die Frage, ob die Mitglieder der mitbeteiligten Partei alleine oder in welcher Kombination auch immer anbieten hätten können bzw. am Markt zu wirtschaftlich sinnvollen Preisen Leistungen beziehen hätten können, den Sachverständigen zu beauftragen ein entsprechendes Zusatzgutachten zu erstellen und dies in der Fragenstellung an den Sachverständigen entsprechend detailliert zu berücksichtigen; in eventu beantragt die mitbeteiligte Partei ein zweites Gutachten zu eben diese detaillierten Fragen einzuholen und schlägt dafür den von allen Parteien in der Verhandlung im Mai 2010 vorgeschlagenen AA*** vor. Q*** bringt vor, dass für den Fall, dass das BVA die Ergänzung des Sachverständigengutachtens beauftragt angeregt wird, den Sachverständigen auch dahingehend zu befragen, ob am Markt Subunternehmerleistungen anzukaufen sind, sodass unter Berücksichtigung der heutigen Aufklärung der mitbeteiligten Partei wonach I*** nur über 2 Baggerstelzenpontons verfüge, I*** alleine in der Lage gewesen wäre den Auftrag durchzuführen.

N*** legt ein Angebot der Firma AB*** vom 11.10.2010 und ein Angebot der ABIEGE C*** vom 11.10.2010 vor.

N*** stellt den Antrag, zur Findung der materiellen Wahrheit der mitbeteiligten Partei eine ausreichende Frist einzuräumen, um weitere Angebote einholen zu können bzw. darlegen zu können, dass solche Angebote am Markt

nicht bzw. nur zu wirtschaftlich unverhältnismäßigen Preisen möglich sind. Die mitbeteiligte Partei ist bisher davon ausgegangen, dass dem Sachverständigengutachten selbst entsprechende rechtsverbindliche Angebote zu Grunde gelegt wären. Dass dem nicht so ist, hat sich zunächst verdachtsweise erst mit Übermittlung der Telefonnotizen am 7.10.2010 durch das BVA ergeben und wurde letztlich erst heute in der mündlichen Verhandlung bestätigt.

N*** präzisiert nach Rücksprache, dass eine Frist bis 21.10.2010 für den im obigen Absatz gestellten Antrag beantragt wird.

P*** gibt an, dass einer Frist bis 21.10.2010 im Sinne des obigen Absatzes zugestimmt wird.

AD*** gewährt der mitbeteiligten Partei eine Frist bis 21.10.2010 für die Vorlage der entsprechenden Dokumente im Sinne des oben genannten Antrages.

N*** stellt noch den Antrag, der Sachverständige möge zu den vorzulegenden Schriftstücken und zu den bereits vorgelegten Schriftstücken Stellung nehmen."

Mit Schreiben der Antragstellerin vom 18. Oktober 2010 gab diese bekannt, dass ihr für das Herunterschiffen der wassergebundenen Geräte zur Durchführung des Auftrages Kosten in Höhe von ca. € 400.000,-- entstehen würden. Für den Antransport werde eine Dauer von ca 4 Wochen

veranschlagt.

Mit Schreiben der BIEGE C*** vom 21. Oktober 2010 legte diese eine "Stellungnahme zu Ausschreibung,

Vergabeverfahren, BVA-Verfahren sowie Gutachten des SV M*** betreffend das Bauvorhaben "Naturversuch Bad Deutsch Altenburg"" von AE*** (im Folgenden kurz: AF***) vom 21. Oktober 2010 vor. Die Zusammenfassung daraus lautet:

"Zusammenfassung

Im Hinblick auf eine ARGENT-Bildung ist festzuhalten, dass eine solche Bildung dann kartellrechtlich unbedenklich erscheint, wenn eine selbstständige Teilnahme an der Ausschreibung für die beteiligten Unternehmen wirtschaftlich nicht zweckmäßig und kaufmännisch nicht vernünftig wäre. Sachverständiger M*** hat bei seiner Recherche und der Beurteilung von zukaufbaren Ressourcen am freien Markt in seinem Gutachten einige wesentliche Aspekte, die dem oben angeführten Leitsatz entsprechen würden, nicht beachtet.

Diese sind:

- * Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit der Subunternehmer wie in der Ausschreibung gefordert
- * Preisrecherchen, um zu beurteilen, ob ein Fremdleistungseinsatz überhaupt wirtschaftlich vertretbar ist * Anfrage bei den Subunternehmern offensichtlich ohne konkrete Spezifizierung der Randbedingungen und Erfordernisse des Projektes
- * Die Anfragen beziehen sich auf den Zeitpunkt September 2010 und berücksichtigen nicht die Marktgegebenheiten zum Zeitpunkt 2008/2009
- * Verfügbarkeit im auftragserforderlichen Ausmaß
- * Sinnvolle und nachvollziehbare unternehmensstrategische Entscheidungen zur Beauftragung/Nichtbeauftragung von Subunternehmern

Das Gutachten von SV M*** zeigt daher Schwächen in der Erhebung der am Markt verfügbaren Kapazitäten, sodass eine eindeutige Schlussfolgerung, ob tatsächlich 2008/2009 Kapazitäten zur Verfügung gestanden wären, nicht möglich ist. Das Gutachten von SV M*** zeigt daher Schwächen in der Erhebung der am Markt verfügbaren Kapazitäten, sodass eine eindeutige Schlussfolgerung, ob tatsächlich 2008 aus 2009, Kapazitäten zur Verfügung gestanden wären, nicht möglich ist.

SV M*** hat sich nur mit der Frage der Gerätere Ressourcen beschäftigt. Im Hinblick auf die gesamtheitliche Beurteilung, ob ein Zusammenschluss der Unternehmer zulässig ist, sind allerdings weitere Kriterien zu beachten. Diese sind insbesondere:

- * Optimale Erfüllung der Auswahlkriterien, um die Chance auf Beteiligung am Wettbewerb sicherzustellen

* Optimale Erfüllung der Zuschlagskriterien, um die Chance auf Zuschlagserteilung zu erhöhen sowie

* Angebotsstrategische Entscheidungen der Unternehmer zB zur Umsatzplanung, um einen nachhaltigen wirtschaftlichen Erfolg zu erzielen.

Auch wenn man - trotz der oben aufgezählten Mängel im GA M*** - von dessen Ergebnis ausgeht und es mit den weiteren nicht vernachlässigbaren Kriterien ergänzt, so kommt der unterfertigte Gutachter zu dem Ergebnis, dass ausschließlich die Beteiligung aller vier Mitglieder im Rahmen einer gemeinsamen Bietergemeinschaft wirtschaftlich zweckmäßig und kaufmännisch vernünftig ist. Eine Beteiligung einzelner Mitglieder der BieGe oder einer anderen als der vorliegenden Kombination aus den vier Unternehmen würde eine wettbewerbliche und kaufmännische Schlechterstellung bedeuten."

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 2. November 2010 legte diese eine "aktualisierte Auflistung der Baggeraufträge an der Donau per dato" vor. Daraus ist ersichtlich, dass die 4 Mitglieder der BIEGE C*** über 99 % aller flussbaulichen Arbeiten an der Donau in Österreich im Auftrag der via donau - Österreichische Wasserstraßen Gesellschaft mbH seit ihrem Bestehen (somit seit 1.1.2005, siehe § 4 WasserstraßenG) durchgeführt haben. Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 2. November 2010 legte diese eine "aktualisierte Auflistung der Baggeraufträge an der Donau per dato" vor. Daraus ist ersichtlich, dass die 4 Mitglieder der BIEGE C*** über 99 % aller flussbaulichen Arbeiten an der Donau in Österreich im Auftrag der via donau - Österreichische Wasserstraßen Gesellschaft mbH seit ihrem Bestehen (somit seit 1.1.2005, siehe Paragraph 4, WasserstraßenG) durchgeführt haben.

Mit Schreiben vom M*** vom 10. November 2010 legte dieser eine ergänzende Stellungnahme vor. Darin wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass die Kosten für den Antransport der wassergebundenen Gerätschaften der BIEGE AG*** von Hamburg nach Wien € 446.940,- betragen würden.

Die Punkte 4 bis 6 aus diesem Schreiben lauten wie folgt:

"4 Zur Vorlage des Schreibens AI***

Mit Schreiben der AH*** vom 21.10.2010 wird ein Fax der AI*** (Wien) vom 14.10.2010 an die Fa. E*** vorgelegt. Demnach ist die AI*** nicht im Besitz von eigenen Schuten für den Schottertransport auf der Donau. Im Schreiben der AH*** (S. 5) wird hierin ein Widerspruch zum Gutachten vom 16.09.2010 gesehen.

Dieser Widerspruch besteht aus Sicht des Unterzeichners nicht, denn in dem vorgelegten Fax der AI*** bestätigt das angefragte Unternehmen, dass es für den Fall einer Beauftragung in der Lage wäre, entsprechende Fahrzeuge anzumieten und zur Verfügung zu stellen.

Vor dem Hintergrund der Fragestellung des BVA ist hiermit ein weiteres Indiz dafür gegeben, dass solche Leistungen am Markt zu beschaffen sind.

5 Zum Gutachten Prof. AF***

Mit Schreiben der AH*** vom 21.10.2010 wird eine Stellungnahme von Herrn Prof. AF*** vorgelegt.

Der SV AF*** wurde von der BIEGE C*** beauftragt, einerseits Stellung zu dem Gutachten M*** vom 16.09.2010 als auch zu dem derzeitigen Stand des Vergabeverfahrens der via donau aus bauwirtschaftlicher und gesamtheitlicher Sicht zu nehmen (AF***, S. 4):

"Der Gutachter wurde von der B*** (bestehend aus den Firmen E***, I***, G*** und K***) - im Folgenden kurz BieGe - beauftragt, zum derzeitigen Stand (21.10.2010) des Verfahrens beim Bundesvergabeamt (N/0037-BVA/13/2010-91) aus bauwirtschaftlicher Sicht Stellung zu nehmen. Insbesondere ist aus gesamtheitlicher Sicht zu klären, ob auch eine Teilmenge der Mitglieder der BieGe Chance auf eine gleich erfolgreiche Beteiligung am Wettbewerb gehabt hätte wie der Zusammenschluss der vier Unternehmer zur BIEGE C***."

Der Hinweis im Auftrag des Koll. AF*** auf eine "gesamtheitliche Sicht" führt in der Folge seiner

Ausführungen zu einer Reihe an scheinbaren Kritikpunkten am Gutachten M***, da dieser auf Grundlage der Fragestellung des BVA eine andere Aufgabenstellung zu bearbeiten hatte. Die Fragestellung des BVA orientiert sich ja gerade an der Erarbeitung der Möglichkeit, in scheinbar "vermachteten Anbieterstrukturen" für mehr Wettbewerb zu sorgen. Die Widersprüchlichkeit in der Aufgabenstellung der beiden Gutachten M*** und AF*** wird insbesondere auf Seite 5 AF*** deutlich, indem er ausführt:

"Es erscheint wichtig, bereits an dieser Stelle

festzuhalten, dass die Beurteilung von SV M*** sich ausschließlich auf die Kapazitäten bzw. Ressourcen der BieGe-Mitglieder bezieht, jedoch

- * wesentliche Kriterien der Ausschreibung wie Eignungs-, Auswahl- und Zuschlagskriterien sowie die Besonderen Vertragsbestimmungen (BVB),

- * baubetriebswirtschaftliche Aspekte sowie

- * Fragen der Risikoaufteilung

welche allesamt ebenfalls relevant für die Beurteilung der Zulässigkeit einer ARGE- Bildung sind, im Gutachten M*** keine Berücksichtigung finden."

So wird im Gutachten AF*** mehrfach ausgeführt, dass im Gutachten M*** wirtschaftliche und vergaberechtliche Faktoren keine Rolle spielen würden.

Hierzu sei nochmals auf die Fragestellung des BVA

hingewiesen, in der ausschließlich nach der Möglichkeit gefragt wurde, geeignete Kapazitäten am Markt zu beschaffen. Hierbei handelt es sich um eine Fragestellung nach den eigenen sowie möglichen Ressourcen von Dritten.

Bezug nehmend auf die Frage, ob die Fa. I*** letztendlich über 2 oder 3 Stelzenpontons verfügt, sei auf das Gutachten vom 16.09.2010 und die Verhandlung vom 11.10.2010 verwiesen. Hier wurden in der Angabe der Anzahl an eigenen

Stelzenpontons von der BIEGE C*** widersprüchliche Aussagen getätigt. Auch in der Verhandlung am 11.10.2010 konnte diese Frage nicht eindeutig geklärt werden. AF*** führt dazu aus:

"In der Verhandlung am 11.10.2010 wurde allerdings die Annahme des SV M***, Fa. I*** würde über drei zuordenbare Stelzenpontons verfügen, auf zwei korrigiert. Dadurch gelangt SV M*** zu dem Ergebnis, dass I*** alleine nicht über die ausreichende Kapazitäten verfügt, um den Auftrag durchführen zu können (Verhandlungsschrift Seite 8)."

Aus Sicht des Gutachters erscheinen die widersprüchlichen Aussagen der BIEGE C***, ob sie über 2 oder 3 Stelzenpontons verfügen, wenig glaubwürdig, da trotz der wiederholten Aufforderung der vergebenden Stelle zwei Schriftsätze (27.10.2009 und 05.10.2009) insgesamt 3 Baggerstelzenpontons der Fa. I*** belegen.

Weiters führt AF*** auf S. 8 aus:

"Ebenfalls nicht oder nicht ausreichend beurteilt wurden bauwirtschaftliche und rechtliche Voraussetzungen von möglichen Subunternehmer bzw. Lieferanten (siehe Fragen 18- 22 der BieGe an SV M***, Verhandlungsschrift Seiten 30f). In vielen dieser Fälle handelt es sich um die Überbindung von Vertragsbestimmungen und Risiken aus dem zukünftigen Vertrag der BieGe mit dem AG an potenzielle Subunternehmer bzw. Lieferanten. Eine solche Überbindung von Risiken ist aus dem Blickwinkel der BieGe in vielen Fällen unabdingbar, da anderenfalls das rechtliche und dadurch finanzielle Risiko sehr hoch wäre. Überhaupt lässt SV M*** die Berücksichtigung der BVB vermissen."

Mit Blick auf das fortgeschrittene Vergabeverfahren sei

darauf hingewiesen, dass im Rahmen des bisherigen

Verfahrens, der Hearings sowie der vertieften

Angebotsprüfung sämtliche weiteren Gesichtspunkte bereits vom BVA berücksichtigt wurden und daher in der Fragestellung für das Gutachten keine Bedeutung mehr haben. Es oblag nicht dem Auftrag des Gutachters, ein komplettes Vergabeverfahren durchzuführen, sondern lediglich die beiden konkreten Fragestellungen zu beantworten.

Im Hinblick auf den Betrachtungszeitraum führt AF*** auf S.

9 aus:

"Weiters muss darauf hingewiesen werden, dass zur Beurteilung der Marktgegebenheiten auf den Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe (§ 69 Z 3 BVerG in der Novelle 2007) Rücksicht genommen werden muss. Unter diesen Marktgegebenheiten des Jahres 2008 und nicht den Gegebenheiten des Jahres 2010 haben sich die vier"

muss darauf hingewiesen werden, dass zur Beurteilung der Marktgegebenheiten auf den Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe (Paragraph 69, Ziffer 3, BVergG in der Novelle 2007) Rücksicht genommen werden muss. Unter diesen Marktgegebenheiten des Jahres 2008 und nicht den Gegebenheiten des Jahres 2010 haben sich die vier

Unternehmen zum Zusammenschluss entschlossen. Es findet sich in den handschriftlichen Notizen von SV M*** mit der Fa. AJ*** aus den Niederlanden die Anmerkung: "lässt derzeit 2 Schuten in der Slowakei bauen. Sind in 6 Wochen fertig". Damit wird offenkundig, dass Kapazitäten abgefragt wurden, die für die Beurteilung des Zusammenschlusses der BieGe im Jahr 2008 irrelevant sind."

Gemäß den Ausführungen in diesem Zusammenhang ist festzustellen, dass die Beauftragung des Gutachtens AF*** von einer anderen Aufgabenstellung ausgeht. So hat sich der Gutachter M*** lediglich an der Fragestellung des BVA orientiert.

Zu der Frage der Wirtschaftlichkeit von Subunternehmerleistungen äußert sich AF*** auf S. 10 wie folgt:

"5.2 Zur Wirtschaftlichkeit des Einsatzes von

Subunternehmern

Zusätzlich erforderlich gewesen wäre ein Vergleich der Angebote (sofern solche überhaupt vorliegen) der möglichen Subunternehmer bzw. Lieferanten mit den von der BieGe angebotenen Preisen. Ein solcher Vergleich könnte nämlich zu dem Ergebnis führen, dass zugekaufte Leistungen teurer als Eigenleistungen sind, insbesondere unter Berücksichtigung des Gesamtzuschlages sowie eines Risikozuschlages für Subunternehmer. Dies würde zu einer Verschlechterung der Wettbewerbssituation für die BieGe bzw. deren Mitglieder führen, wodurch ebenfalls eine Substitution von

Eigenleistung durch Fremdleistung aus betriebswirtschaftlicher Sicht als nicht sinnvoll zu qualifizieren ist."

Auch hier war es nicht Gegenstand der Fragestellung des BVA, die Kosten der möglicher Subunternehmerleistungen zu berücksichtigen, denn ist es ja gerade das Bestreben des Vergaberechts, für ein möglichst hohes Maß an Wettbewerb zu sorgen, was beispielsweise im gegenständlichen Fall durch die Einschaltung von Subunternehmern erzielt werden kann. Unternehmensstrategische Entscheidungen (AF***, S. 11) können bei der Fragestellung des BVA nicht Eingang finden, somit waren diese im Gutachten M*** auch nicht zu berücksichtigen.

"Know-How-Transfer: Subunternehmen und Lieferanten (zB. Schlüsselgerätebeistellung) tragen grundsätzlich geringere Risiken gegenüber ihrem Auftraggeber als die BieGe zu ihrem AG. Gleichzeitig erwerben sie Erfahrung und Know-How, was für die Zukunft eine für die BieGe-Mitglieder verschärfte Konkurrenz bedeuten würde. Das BVergG sieht keine

Verpflichtung zur Weitergabe von Leistungen an

Subunternehmen vor. Ein Unternehmen kann sich (§ 79 Abs 1 BVergG), muss sich aber nicht auf fremde Ressourcen stützen. Sind sie notwendig, besteht optional zur SU-Einbindung der Zusammenschluss zu einer Bietergemeinschaft." Subunternehmen vor. Ein Unternehmen kann sich (Paragraph 79, Absatz eins, BVergG), muss sich aber nicht auf fremde Ressourcen stützen. Sind sie notwendig, besteht optional zur SU-Einbindung der Zusammenschluss zu einer Bietergemeinschaft."

Hier ist eher die Frage zu stellen, ob nicht bewusst die Ausschaltung von Beauftragungen von Teilleistungen die möglicherweise vermachteten Anbieterstrukturen manifestiert. Ein "Mehr" an Wettbewerb kann beispielsweise durch den Einsatz von Subunternehmern erzielt werden. Eventuell kann es aus Sicht des BVA geradezu erwünscht sein, hierdurch für mehr Wettbewerb zu sorgen.

Die Frage der Risikotragung spielt bei den Ausführungen AF***'s eine entscheidende Rolle (S. 11 f):

"Wegen der (bis dato ungeklärten) Risiken und Auswirkungen auf den Angebotspreis der BieGe aufgrund einer möglichen Beauftragung von Subunternehmern bzw. Lieferanten würde sich der Angebotspreis einer (dadurch allenfalls dezimierten BieGe) höchstwahrscheinlich beträchtlich erhöhen - wenn ein wirtschaftliches Angebot überhaupt aus Risikoüberlegungen möglich wäre - wodurch sich die BieGe ihrer Chancen auf Auftragserteilung berauben würde. Dass dies wirtschaftlich ebenfalls nicht zweckmäßig und nicht kaufmännisch nicht vernünftig wäre, braucht nicht weiter erläutert zu werden."

Durch eine gezielte Biege-Bildung führt dies aus

kaufmännischer Sicht zu einem eingeschränkten Markt mit einem begrenzten Bieterkreis, der folglich auch weniger Wettbewerb ausgesetzt ist. Demnach können beispielsweise technische Risiken durch höhere Angebotspreise abgefangen werden. Eine gezielte Biege-Bildung führt bei einem begrenzten Anbietermarkt unweigerlich zu höheren Margen und damit höheren Vergabepreisen aus Sicht des Auftraggebers. 6 Zur Person des Sachverständigen M***

Im Schreiben der AH*** vom 21.10.2010 werden bezüglich der unbefangenen Tätigkeit des Unterzeichners Zweifel geäußert. Hierzu werden allerdings auch unrichtige Darstellungen verwendet, indem behauptet wird, dass der Sachverständige "bis vor 3 Jahren bei der Fa. AK*** tätig war". Hierzu ist anzumerken, dass das Angestelltenverhältnis des Unterzeichners bei der Fa. AK*** im April 2005 endete, also einem Zeitpunkt vor der endgültigen Übernahme der AL*** durch die AM***. Aus dieser Zeit bestehen zur AM*** keinerlei Kontakt.

Zudem möchte der Unterzeichner darauf hinweisen, dass zu der Fa. AM*** derzeit keine privatwirtschaftlichen Verbindungen bestehen. So wurde lediglich im Jahre 2007 eine Schlichtung zwischen einem großen österreichischen Auftraggeber und einer ARGE mit AM***-Beteiligung beauftragt.

Im Rahmen der Eigenschaft als Professor und Organisator verschiedener Veranstaltungen der TU Graz (Baurechtsseminar in Bad Blumau, BIT-Bau, Baubetriebssymposium) und Mitherausgeber der Zeitschrift bau aktuell bestehen selbstverständlich zu vielen Firmen und zahlreichen Auftraggebern Kontakte. So ist die Liste der Vortragenden, Referenten und Sponsoren in den jeweiligen Tagungsbänden und der Zeitschrift abgedruckt.

Der Vorwurf einer "mangelnden wasserbaulichen Fachkenntnis" kann ebenfalls widersprochen werden, denn im Rahmen der Tätigkeit bei AK*** sowie aus der gutachterlichen Tätigkeit an der TU Darmstadt und der TU Graz wurden vom Unterzeichner einige wasserbauliche Projekte abgewickelt."

Mit Schreiben der BIEGE C*** vom 18. November 2010 brachte diese im Wesentlichen vor, dass bei diversen derzeit laufenden Vergabeverfahren der Auftraggeberin keines der Mitglieder der BIEGE C*** den Zuschlag erhalten werde. Daraus könne man schließen, dass die Arbeiten an der Donau nicht ausschließlich von den Mitgliedern der BIEGE C*** durchgeführt würden. Weiters legte die BIEGE C*** eine "Stellungnahme zum Ergänzungsgutachten von Prof. M*** vom 10.11.2010 sowie zum Schriftsatz der Bietergemeinschaft AG*** vom 27.10.2010 zum Gutachten vom 21.10.2010 betreffend des Vergabeverfahrens (sic!) zum Bauvorhaben "Naturversuch Bad Deutsch Altenburg"" von Prof. AF*** vom 17. November 2010 vor. Die Punkte 5 bis 7 daraus lauten:

"5 Stellungnahme zum Ergänzungsgutachten von SV M*** vom 10.11.2010

5.1 Zur Gerätekostenermittlung

Bezugnehmend auf die Gerätekostenermittlung von SV M*** (Kapitel 3) erscheint zunächst unschlüssig, weshalb der Antransport von Klappschuten von Hamburg nach Wien notwendig sein soll, wenn SV M*** in seinem Gutachten vom 16.09.2010 zu dem Ergebnis gelangt, dass Klappschuten und Motorschubschiffe (MSS) aus seiner Sicht am Markt beschafft, also gemietet werden können (Seiten 51 und 55 des Gutachtens von SV M***). Könnte man sich den Antransport von

Klappschuten und MSS ersparen (bzw deren Transportentfernung drastisch reduzieren), so wäre es möglich, die drei erforderlichen Stelzenpontons einschließlich der Bagger3 mit einem einzigen Schubverband - anstatt drei - also auch mit nur einem MSS anzutransportieren.

Allein dadurch würden sich die von SV M*** ermittelten Kosten in der Höhe von ca. € 447.000,- erheblich verringern, da insbesondere die Motorschubschiffe inkl. Bedienung und Treibstoff der wesentliche Kostenfaktor sind. Ohne zunächst die weiteren Kalkulationsgrundlagen von SV M*** zu

beurteilen, würden sich dadurch die Kosten folgendermaßen darstellen:

$1 \times 403 \text{ (MSS)} + 3 \times 32 \text{ (Stelzenponton)} + 3 \times 68 \text{ (Bagger)} = 703 \text{ pro Stunde}$
 $\text{€ } 703 \times 260 \text{ Stunden} = 182.780$, das sind ca. 40% der von M*** ermittelten Kosten
Zusätzlich muss man beachten, dass die von SV M*** in Ansatz gebrachten Treibstoff- und Betriebsstoffe in der Höhe von € 220 pro Stunde für das MSS mit einer Nennleistung von 1000 kW als wesentlich zu hoch zu qualifizieren sind. Unter der realistischen Annahme, dass dieses im Durchschnitt mit der halben Nennleistung betrieben wird, und Zugrundelegung eines Verbrauches von 0,20 je kW und Betriebsstunde und der tatsächlichen Treibstoffkosten käme man auf erheblich weniger als die Hälfte dieses Betrages:

500 kW x 0,20 1/kW/Std x 0,60 /l4 € 601 Std.

Weiters wurde von SV M*** nicht beachtet, dass die Werte für Abschreibung und Verzinsung bei einer Nutzung von mehr als den Werten der ÖBGL., zugrundeliegenden 170 Stunden pro Monat (hier: 260 Stunden in vier Wochen) erheblich zu reduzieren sind. Es gilt diesbezüglich Punkt 8.3 der Vorbemerkungen zur ÖBGL, wonach bei Überstunden größeren Umfangs (das ist hier der Fall) oder bei Schichtbetrieb der verringerte Anteil an Zinsaufwand zu berücksichtigen ist. Nicht nachvollziehbar ist weiters, woraus SV M*** überhaupt die Kosten für das Motorschubschiff mit 1.000 kW sowie den Bagger mit 400 kW ableitet. In der ÖBGL scheinen nur Kosten für Motorschubschiffe bis 300 kW sowie Bagger bis zu 300 kW vor.

Die Beurteilung der Kostenermittlung von SV M*** zusammenfassend kommt der unterfertigte Gutachter zu dem Ergebnis, dass insbesondere unter Berücksichtigung der von SV M*** in seinem Erstgutachten argumentierten Verfügbarkeit von Klappschuten und Motorschubschiffen vor Ort die Kosten für den Antransport von Baggerpontons und Bagger von Hamburg nach Wien wesentlich geringer sind als von ihm ermittelt. Nur unter Beachtung des Umstandes der Verfügbarkeit am Markt - wie von M*** bereits argumentiert - gelangt man bereits zu einer Reduktion der von M*** ermittelten Kosten um ca. 60%, Korrigiert man weiters die unplausiblen Annahmen von M*** (Treibstoffkosten, nicht abgeminderte Kosten für die Verzinsung trotz erheblich ausgedehnter Einsatzzeiten), so gelangt man zu dem Ergebnis, dass die realistischen Kosten sich ca. um 2/3 unter dem von SV M*** errechneten Niveau bewegen müssen, und somit etwa € 150.000,- betragen.

5.2 Zur Stellungnahme von SV M*** zum Gutachten vom 21.10.2010

Aus der Stellungnahme von SV M*** zum Gutachten des Unterfertigten vom 21.10.2010 ist abzuleiten, dass der Gutachtensauftrag an SV M*** innerhalb sehr eng gezogener Grenzen liegt. Der unterfertigte Gutachter hat deutlich gemacht, dass allein die Beantwortung der an SV M*** gerichteten Frage jedenfalls nicht zur Beurteilung

ausreicht, ob die diesbezügliche ARGE-Bildung zulässig ist. Zu den Ausführungen von SV M*** auf Seite 12 ist

festzuhalten, dass, auch unter der Prämisse den Wettbewerb zu fördern, kein Unternehmer bzw. keine BieGe dazu

angehalten werden kann, einen Subunternehmer beizuziehen, der die Leistung teurer als ein BieGe-Partner erbringt und/oder ein höheres Risiko für den Hauptauftragnehmer bedeutet (siehe Ausführungen oben in Abschnitt 4).

Dass eine BieGe-Bildung bei einem begrenzten Anbietermarkt unweigerlich zu höheren Margen und damit höheren Vergabepreisen führe - wie SV M*** auf Seite 12 ausführt - muss bereits bei Auftreten von zwei konkurrierenden Bietern, wenn diese in hartem Wettbewerb zueinander stehen - wie dies offenbar im Fall zwischen BieGe und der Bietergemeinschaft AG*** der Fall ist - nicht mehr zutreffen.

SV M*** wurde gemäß der Aufgabenstellung vom BVA

aufgefordert, zum Gutachten des Unterfertigten Stellung zu nehmen. Dieser Auftrag des BVA wurde nicht weiter eingeschränkt. Unter diesem Hintergrund erscheint es bemerkenswert, dass SV M*** die Ausführungen des

unterfertigten Gutachters weder in Frage stellt, noch als unrichtig, noch als im vorliegenden Verfahren inadäquat oder irrelevant beurteilt. Es darf daraus geschlossen werden, dass sich SV M*** zwar nur der ihm vom BVA gestellten Fragestellung gewidmet hat, jedoch zur Beurteilung, ob die vorliegende BieGe-Bildung zulässig ist, eine erheblich weitgehendere Befassung mit der Materie erforderlich ist.

6 Zusammenfassung

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der unterfertigte Gutachter auch unter Berücksichtigung der hier zusätzlich behandelten Schriftstücke vollinhaltlich am Ergebnis des Gutachtens vom 21.10.2010 festhält.

Jedenfalls bedarf es zur Beurteilung, ob die vorliegende BieGe-Bildung tatsächlich unzulässig ist, einer Behandlung von Beantwortung von erheblich mehr Aspekten als von SV M*** in dessen Gutachten sowie Ergänzungsgutachten erfasst. Insbesondere sind die Auswahlkriterien und Zuschlagskriterien für die weitere Beurteilung relevant. Die Feststellungen der Antragstellerin, sie seien irrelevant bzw. noch gar nicht bekannt gewesen, entbehren jeder Grundlage. Auch die Diskussion, ob der BieGe zwei oder drei Stelzenpontons zur Verfügung stehen, ist ein Scheingefecht, weil im Erstgutachten vom 21.10.2010 ohnehin vom für die BieGe schlechteren Szenarium (3 Pontons) ausgegangen wurde. Es

erscheint bemerkenswert, dass SV M***, der zur Stellungnahme zum Gutachten des Unterfertigten aufgefordert wurde, die Ausführungen des unterfertigten Gutachters vom 21.10.2010 weder in Frage stellt, noch als unrichtig, noch als im vorliegenden Verfahren inadäquat oder irrelevant beurteilt.

7 Schlussbemerkung

Die gutachterliche Stellungnahme besteht aus 12 Seiten.

Das Gutachten ist gemäß BGBl. 207/1949, 106/1953, Das Gutachten ist gemäß BGBl. 207 aus 1949,, 106 aus 1953,,

i. d.F.111/1963, urheberrechtlich geschützt. Das Gutachten beruht auf den derzeitigen Faktenkenntnissen des Gutachters. Sollte ein neuer oder geänderter Sachverhalt, der für den Gutachter zum Zeitpunkt der Erstellung des Gutachtens nicht bekannt war, bekannt werden, so behält sich der Gutachter vor sein Gutachten entsprechend zu ändern.i. d.F.111 aus 1963,, urheberrechtlich geschützt. Das Gutachten beruht auf den derzeitigen Faktenkenntnissen des Gutachters. Sollte ein neuer oder geänderter Sachverhalt, der für den Gutachter zum Zeitpunkt der Erstellung des Gutachtens nicht bekannt war, bekannt werden, so behält sich der Gutachter vor sein Gutachten entsprechend zu ändern.

Es wird darauf hingewiesen, dass auf Grund der Komplexität der Materie nicht dafür gehaftet werden kann, dass mit dem Ergebnis des Gutachtens einer allfälligen Gerichts- oder Vergabekontrollentscheidung entsprochen werden kann (siehe Allgemeine Geschäftsbedingungen der AN***).

Diese Stellungnahme erfolgte in elektronischer

Ausfertigung."

Darüber hat das Bundesvergabeamt erwogen:

1. 2.Ziffer 2

Sachverhalt (schlüssiges Beweismittel)

Die via donau - Österreichische Wasserstraßen GmbH hat zur Beschaffung des "Naturversuch Bad Deutsch Altenburg" einen Bauauftrag im Wege eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung nach dem Bestbieterprinzip mit einem geschätzten Auftragswert von rund € 11.100.000,- ohne USt - somit im Oberschwellenbereich - ausgeschrieben. Die Antragstellerin hat ein Angebot gelegt. Aufgrund des Nachprüfungsantrages der Antragstellerin vom 12. August 2009 wurde die Zuschlagsentscheidung zugunsten der BIEGE BIEGE C*** vom 29. Juli 2009 mit Bescheid des BVA vom 18. September 2009, N/0084-BVA/13/2009-41, für nichtig erklärt. Die Auftraggeberin hat mit Schreiben vom 20. April 2010 eine Zuschlagsentscheidung zugunsten der BIEGE C*** bestehend aus E***, I***, G*** und K*** getroffen. Eine Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin erfolgte nicht. (Schreiben des Auftraggebers vom 4. Mai 2010)

1. 3.Ziffer 3

Zur Person des Sachverständigen Prof. M***

Die BIEGE C*** hat vorgebracht, dass Zweifel bezüglich der Unbefangenheit und der fachlichen Eignung des Sachverständigen Prof. M*** bestünden.

Dem ist - wie auch schon der Sachverständige Prof. M*** in

seiner ergänzenden Stellungnahme vom 10.11.2010 schlüssig und nachvollziehbar ausführte - zu entgegnen, dass hier von der BIEGE C*** unrichtige Darstellungen verwendet wurden indem behauptet wurde, dass der Sachverständige "bis vor 3 Jahren bei der Fa. AK*** tätig war". Hierzu ist anzumerken, dass das Angestelltenverhältnis des Sachverständigen Prof. M*** bei der Fa. AK*** im April 2005 endete, also einem Zeitpunkt vor der endgültigen Übernahme der AL*** durch die AM***. Aus dieser Zeit bestehen von Seiten des Sachverständigen zur AM*** keinerlei Kontakt. Zudem hat der Sachverständige darauf hinweisen, dass bei ihm zu der Fa. AM*** derzeit keine privatwirtschaftlichen Verbindungen bestehen. So wurde lediglich im Jahre 2007 eine Schlichtung zwischen einem großen österreichischen Auftraggeber und einer ARGE mit AM***-Beteiligung beauftragt. Im Rahmen der Eigenschaft als Professor und Organisator verschiedener Veranstaltungen der TU Graz (Baurechtsseminar in Bad Blumau, BIT-Bau, Baubetriebssymposium) und Mitherausgeber der Zeitschrift bau aktuell bestehen von Seiten des Sachverständigen selbstverständlich zu vielen Firmen und zahlreichen Auftraggebern Kontakte. So ist die Liste der Vortragenden, Referenten und Sponsoren in den jeweiligen Tagungsbänden und der Zeitschrift abgedruckt. Dem Vorwurf einer

"mangelnden wasserbaulichen Fachkenntnis" kann ebenfalls widersprochen werden, denn im Rahmen der Tätigkeit bei AK*** sowie aus der gutachterlichen Tätigkeit an der TU Darmstadt und der TU Graz wurden vom Sachverständigen einige wasserbauliche Projekte abgewickelt. Die Unbefangenheit sowie die fachliche Eignung des Sachverständigen Prof. M*** sind somit gegeben.

1. 4.Ziffer 4

Zur vorgebrachten wettbewerbswidrigen Abrede der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin

Die Antragstellerin hat zusammengefasst vorgebracht, dass die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin eine kartellrechtswidrige Bietergemeinschaft gebildet habe, da die 4 Mitglieder der BIEGE C*** praktisch die einzigen Unternehmen seien, die in den vergangenen Jahren in Österreich und Deutschland wesentliche und vergleichbare Nassbaggerungen mit Bodentransport auf dem Wasserweg durchgeführt hätten. Deshalb wäre die BIEGE C*** auszuscheiden gewesen.

Die Auftraggeberin hat dazu im Wesentlichen ausgeführt, dass die Bildung der BIEGE C*** für die Erbringung der ausgeschriebenen Leistung erforderlich war.

Die BIEGE C*** hat dazu im Wesentlichen ausgeführt, dass die Bildung einer Bietergemeinschaft bestehend aus vier Mitgliedern absolut erforderlich gewesen sei. Keine der BIEGE Mitglieder wäre alleine oder zu zweit in der Lage gewesen, am gegenständlichen Vergabeverfahren teilzunehmen.

Das Bundesvergabeamt hat den Sachverständigen Prof. M*** um die Beantwortung folgender Fragen ersucht: "Verfügen die 4 Mitglieder der BIEGE C*** jeweils allein oder zu zweit oder zu dritt über ausreichende Kapazitäten zur Durchführung des Auftrages? Es wird ersucht, diese Frage unter

Berücksichtigung von 2 Aspekten zu beantworten: Einmal ohne und ein anderes Mal mit Berücksichtigung der derzeitigen Möglichkeiten, am Markt entsprechende Leistungen von Dritten zuzukaufen."

Der Sachverständige Prof. M*** hat dies zusammengefasst in einem schlüssigen und nachvollziehbaren Gutachten vom 16. September 2010 sowie in einer schlüssigen und

nachvollziehbaren ergänzenden Stellungnahme vom 10. November 2010 so beantwortet, dass ohne Berücksichtigung der derzeitigen Möglichkeiten, am Markt entsprechende

Leistungen von Dritten zuzukaufen, die 4 Mitglieder der BIEGE C*** jeweils allein oder zu zweit oder zu dritt nicht über ausreichende Kapazitäten zur Durchführung des Auftrages verfügen. Berücksichtigt man jedoch die derzeitigen Möglichkeiten, am Markt entsprechende Leistungen von Dritten zuzukaufen, so kommt der Sachverständige zu dem Schluss, dass es I*** einerseits und einer BIEGE bestehend aus E***, G*** und K*** andererseits, sowie einer BIEGE bestehend aus I*** und E*** einerseits und einer BIEGE bestehend aus G*** und K*** andererseits möglich wäre, konkurrierende Angebote abzugeben.

1. 4.Ziffer 4

1. a)Litera a

Rechtsgrundlagen

§ 19 Abs 1 BVergG 2006 lautet: Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 lautet:

(1) Vergabeverfahren sind nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

§ 129 Abs 1 BVergG 2006 lautet auszugsweise: Paragraph 129, Absatz eins, BVergG 2006 lautet auszugsweise:

(1) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der Auftraggeber auf Grund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuscheiden:

1. 8.Ziffer 8

Angebote von Bieter, die mit anderen Unternehmern für den Auftraggeber nachteilige, gegen die guten Sitten oder gegen den Grundsatz des Wettbewerbes verstoßende Abreden getroffen haben;

Aicher führt in Wettbewerbsrechtliche und wettbewerbspolitische Überlegungen zur Regierungsvorlage eines

Vergabegesetzes, in Korinek/Rill, Zur Reform des Vergaberechts (1985) 113ff, wie folgt aus:

"Das ist freilich nur die eine Seite der Medaille. Denn der Zweck des Vergabeverfahrens, bei der Vergabe von Aufträgen eine möglichst große Zahl von Bewerbern gegeneinander in Konkurrenz zu bringen, um dadurch den Preis zu beeinflussen und ein günstiges Angebot zu erzielen, kann nur verwirklicht werden, wenn auch auf der Marktgegenseite die Funktionsbedingungen für die Entfaltung eines freien Wettbewerbs gegeben sind. Auf einem vermachteten oder durch Absprachen geregelten oder sonst abgestimmten Anbietermarkt, auf dem die Angebote nicht unabhängig voneinander erstellt werden, kann ein noch so korrektes, auf die Gleichbehandlung der Bieter peinlichst achtendes Vergabeverfahren nicht eine Konkurrenzsituation organisieren, die den Angebotspreis günstig zu beeinflussen in der Lage wäre, ja es ist sogar zu befürchten, dass die Publizitätswirkung der Ausschreibung je nach Marktstruktur gerade rechtzeitig einen schon vorher vereinbarten Abspracheprozess in Gang bringt.

Das die begrüßenswerte Intention der Vergabevorschriften, Wirtschaftlichkeitsdefizite der öffentlichen Auftragsvergabe qua organisierten Parallelwettbewerb der Bieter

auszugleichen, unbedingt einer kartellrechtlichen

Absicherung bedarf, die verhindern muss, dass auf der Anbieterseite der Wettbewerbsmechanismus außer Kraft gesetzt wird, habe ich an anderer Stelle ausführlich dargelegt. Dort habe ich auch den Nachweis geführt, dass das österreichische Kartellrecht in der Lage ist, diese Aufgabe zu K***n, wenn man es ernst nimmt.

Die Leistungsfähigkeit des Vergabegesetzgebers ist in diesem Bereich dagegen beschränkt. An ihn ist nur die Forderung zu richten, künstliche Marktzugangsbeschränkungen bei der Ausschreibung zu vermeiden und nicht einem Transparenzfetischismus zu erliegen, der zu Wettbewerbsverzerrungen und zu Marktinformationen führt, der die Vermachtungstendenzen einzelner Anbieterzeilmärkte verstärkt. Zudem sind diejenigen Instrumente vorzukehren, die es den vergebenden Stellen ermöglichen, Submissionsangeboten und wettbewerbsbeschränkendem Bieterverhalten entsprechend zu begegnen."

Aus den Ausführungen von Aicher kann abgeleitet werden, dass dann für den Auftraggeber nachteilige gegen den Grundsatz des Wettbewerbes verstoßende Abreden iSd § 129 Abs 1 Z 8 BVergG 2006 vorliegen, wenn bei der Vergabe von Aufträgen nicht eine möglichst große Zahl von Bewerbern gegeneinander in Konkurrenz gebracht wird um ein günstiges Angebot zu erzielen, sondern auf einem vermachteten oder durch Absprachen geregelten Anbietermarkt, auf dem die Angebote nicht unabhängig voneinander erstellt werden, es zu Wettbewerbsverzerrungen und wettbewerbsbeschränkendem Bieterverhalten kommt. Aus den Ausführungen von Aicher kann abgeleitet werden, dass dann für den Auftraggeber nachteilige gegen den Grundsatz des Wettbewerbes verstoßende Abreden iSd Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG 2006 vorliegen, wenn bei der Vergabe von Aufträgen nicht eine möglichst große Zahl von Bewerbern gegeneinander in Konkurrenz gebracht wird um ein günstiges Angebot zu erzielen, sondern auf einem vermachteten oder durch Absprachen geregelten Anbietermarkt, auf dem die Angebote nicht unabhängig voneinander erstellt werden, es zu Wettbewerbsverzerrungen und wettbewerbsbeschränkendem Bieterverhalten kommt.

1. 4.Ziffer 4

1. b)Litera b

Der vermachtete Anbietermarkt

Zu untersuchen ist nun, ob durch die Bildung der BIEGE C*** solche für den Auftraggeber nachteilige gegen den Grundsatz des Wettbewerbes verstoßende Abreden iSd § 129 Abs 1 Z 8 BVergG 2006 getroffen wurden. Aufgrund der Ermittlungen des BVA hat sich gezeigt, dass die 4 Mitglieder der BIEGE C*** über 99 % aller flussbaulichen Arbeiten an der Donau in Österreich im Auftrag der via donau - Österreichische Wasserstraßen Gesellschaft mbH seit ihrem Bestehen (somit seit 1.1.2005, siehe § 4 WasserstraßenG) durchgeführt haben. Die 4 Mitglieder der BIEGE C*** tragen daher aufgrund ihrer gemeinsamen äußerst starken Marktstellung eine besondere Verantwortung dafür, dass sie durch ihr Verhalten einen wirksamen und unverfälschten Wettbewerb nicht zu untersuchen ist nun, ob durch die Bildung der BIEGE C*** solche für den Auftraggeber nachteilige gegen den Grundsatz des Wettbewerbes verstoßende Abreden iSd Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG 2006 getroffen wurden. Aufgrund der Ermittlungen des BVA hat sich gezeigt, dass die 4 Mitglieder der BIEGE C*** über 99 % aller flussbaulichen Arbeiten an der Donau in Österreich im Auftrag der via donau - Österreichische Wasserstraßen Gesellschaft mbH seit ihrem Bestehen (somit seit

1.1.2005, siehe Paragraph 4, WasserstraßenG) durchgeführt haben. Die 4 Mitglieder der BIEGE C*** tragen daher aufgrund ihrer gemeinsamen äußerst starken Marktstellung eine besondere Verantwortung dafür, dass sie durch ihr Verhalten einen wirksamen und unverfälschten Wettbewerb nicht

beeinträchtigen (vgl. EuGH 9.11.1981, Rs 322/81, Michelin, Rz 57). Sie haben daher zur Zielerreichung (etwa zur Angebotslegung) eine Vorgangsweise zu wählen, die zur geringsten Beeinträchtigung des Wettbewerbs führt. Wie der Sachverständige Prof. M*** schlüssig und nachvollziehbar ausgeführt hat, wären die vier Mitglieder der BIEGE C*** in der Lage gewesen, konkurrierende Angebote abzugeben. Stimmen sich aber gerade diese 4 Unternehmen, die in den letzten (mehr als) 5 Jahren über 99 % aller einschlägigen Arbeiten im Auftrag der Auftraggeberin durchgeführt haben durch die Bildung und Aufrechterhaltung einer BIEGE ab, obwohl die Bildung dieser BIEGE zur Abgabe eines Angebotes nicht unbedingt erforderlich gewesen wäre, zeigt dies, dass es sich um einen vermarkteten und durch Absprachen geregelten Anbietermarkt im Sinne von Aicher handelt und dass hier zur Angebotslegung nicht die Vorgangsweise gewählt wurde, die zur geringsten Beeinträchtigung des Wettbewerbs führt. Deshalb handelt es sich bei der Bildung und Aufrechterhaltung dieser BIEGE um eine für den Auftraggeber nachteilige gegen den Grundsatz des Wettbewerbes verstoßende Abrede iSd § 129 Abs 1 Z 8 BVergG 2006. Das Angebot der BIEGE C*** wäre daher schon deshalb gem. § 129 Abs 1 Z 8 BVergG 2006 auszuschneiden gewesen. beeinträchtigen vergleiche EuGH 9.11.1981, Rs 322/81, Michelin, Rz 57). Sie haben daher zur Zielerreichung (etwa zur Angebotslegung) eine Vorgangsweise zu wählen, die zur geringsten Beeinträchtigung des Wettbewerbs führt. Wie der Sachverständige Prof. M*** schlüssig und nachvollziehbar ausgeführt hat, wären die vier Mitglieder der BIEGE C*** in der Lage gewesen, konkurrierende Angebote abzugeben. Stimmen sich aber gerade diese 4 Unternehmen, die in den letzten (mehr als) 5 Jahren über 99 % aller einschlägigen Arbeiten im Auftrag der Auftraggeberin durchgeführt haben durch die Bildung und Aufrechterhaltung einer BIEGE ab, obwohl die Bildung dieser BIEGE zur Abgabe eines Angebotes nicht unbedingt erforderlich gewesen wäre, zeigt dies, dass es sich um einen vermarkteten und durch Absprachen geregelten Anbietermarkt im Sinne von Aicher handelt und dass hier zur Angebotslegung nicht die Vorgangsweise gewählt wurde, die zur geringsten Beeinträchtigung des Wettbewerbs führt. Deshalb handelt es sich bei der Bildung und Aufrechterhaltung dieser BIEGE um eine für den Auftraggeber nachteilige gegen den Grundsatz des Wettbewerbes verstoßende Abrede iSd Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG 2006. Das Angebot der BIEGE C*** wäre daher schon deshalb gem. Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG 2006 auszuschneiden gewesen.

1. 4.Ziffer 4

1. c)Litera c

Die Marktzutrittsschranke

Zu berücksichtigen ist weiters, dass - wie der Sachverständige Prof. M*** schlüssig und nachvollziehbar ausgeführt hat - die Kosten der Antragstellerin für den Antransport der wassergebundenen Gerätschaften € 446.940,-

ausmachen. Nimmt man diese Zahl kostet der Antragstellerin AM*** der Marktzutritt etwa 4% des geschätzten

Auftragswertes. Geht man von den von der Antragstellerin angegebenen Kosten von ca € 400.000,- aus und setzt man diese in Verhältnis zu ihrem Angebotsgesamtpreis, so kostet der Antragstellerin der Marktzutritt etwa 3% ihres Angebotsgesamtpreises. Die Kosten des Marktzutritts der neben der BIEGE C*** einzigen im Vergabeverfahren

verbliebenen Bieterin liegen je nach Berechnungsart somit bei 3-4%. Diese Kosten sind angesichts der im Durchschnitt geringen Margen in der Bauwirtschaft (siehe: KMU Forschung

Austria: Die österreichische Bauwirtschaft - Zahlen, Daten,

Fakten 2009, Band 2: Bilanzkennzahlen, Tabelle 3, Kosten- und Leistungsstruktur im Bauwesen, Baugewerbe und Bauindustrie, Bilanzjahr 2007/08: Ergebnis der gewöhnlichen

Geschäftstätigkeit im Durchschnitt: Bauwesen: 2,57%,

Baugewerbe: 2,11%, Bauindustrie: 2,23%) und angesichts der EBIT Marge in % des Umsatzes der AM*** von 2,9% (2006), 3,2% (2007), 2,2% (2008) 2,3% (2009) und -0,2% (Halbjahr 2010) (siehe Ertragskennzahlen 2006 bis 2009 sowie Halbjahresbericht 2010 auf der Homepage der AM***) eine erhebliche Marktzutrittsschranke, die den Zugang

potentieller Konkurrenten zum Markt erschweren oder gar verhindern kann. Die 4 Mitglieder der BIEGE C*** tragen daher aufgrund ihrer gemeinsamen äußerst starken

Marktstellung unter Berücksichtigung einer erheblichen Marktzutrittsschranke umso mehr eine besondere Verantwortung dafür, dass sie durch ihr Verhalten einen wirksamen und unverfälschten Wettbewerb nicht beeinträchtigen (vgl. EuGH 9.11.1981, Rs 322/81, Michelin, Rz 57 sowie EuGH 14.2.1978, Rs 27/76, United Brands, Rz 121/124). Sie haben daher zur Zielerreichung (etwa zur Angebotslegung) eine Vorgangsweise zu wählen, die zur geringsten Beeinträchtigung des Wettbewerbs führt. Stimmen sich aber gerade diese 4 Unternehmen, die in den letzten (mehr als) 5 Jahren über 99 % aller einschlägigen Arbeiten im Auftrag der Auftraggeberin durchgeführt haben auf einem Markt mit einer erheblichen Marktzutrittsschranke durch die Bildung und Aufrechterhaltung einer BIEGE ab, obwohl die Bildung dieser BIEGE zur Abgabe eines Angebotes nicht unbedingt

erforderlich gewesen wäre, zeigt dies, dass es sich um einen vermarkteten und durch Absprachen geregelten Anbietermarkt im Sinne von Aicher handelt und dass hier zur Angebotslegung nicht die Vorgangsweise gewählt wurde, die zur geringsten Beeinträchtigung des Wettbewerbs führt. Deshalb handelt es sich bei der Bildung und Aufrechterhaltung dieser BIEGE umso mehr um eine für den Auftraggeber nachteilige gegen den Grundsatz des Wettbewerbes verstoßende Abrede iSd § 129 Abs 1 Z 8 BVergG 2006, die zum Ausscheiden des Angebotes führen hätte sollen. erforderlich gewesen wäre, zeigt dies, dass es sich um einen vermarkteten und durch Absprachen geregelten Anbietermarkt im Sinne von Aicher handelt und dass hier zur Angebotslegung nicht die Vorgangsweise gewählt wurde, die zur geringsten Beeinträchtigung des Wettbewerbs führt. Deshalb handelt es sich bei der Bildung und Aufrechterhaltung dieser BIEGE umso mehr um eine für den Auftraggeber nachteilige gegen den Grundsatz des Wettbewerbes verstoßende Abrede iSd Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG 2006, die zum Ausscheiden des Angebotes führen hätte sollen.

Da diese Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens iSd § 325 BVergG 2006 von wesentlichem Einfluss ist, war die Zuschlagsentscheidung vom 20. April 2010 für nichtig zu erklären. Da diese Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens iSd Paragraph 325, BVergG 2006 von wesentlichem Einfluss ist, war die Zuschlagsentscheidung vom 20. April 2010 für nichtig zu erklären.

1. 4. Ziffer 4

1. d) Litera d

Zum Vorbringen der BIEGE C***

Die BIEGE C*** hat vorgebracht, dass die Beurteilung des Sachverständigen Prof. M*** sich ausschließlich auf die Kapazitäten bzw. Ressourcen der BIEGE Mitglieder beziehen würde, jedoch wesentliche Kriterien der Ausschreibung wie Eignungs-, Auswahl- und Zuschlagskriterien sowie die Besonderen Vertragsbestimmungen (BVB), baubetriebswirtschaftliche Aspekte sowie Fragen der Risikoaufteilung, welche allesamt ebenfalls relevant für die Beurteilung der Zulässigkeit einer ARGE- Bildung seien, im Gutachten M*** keine Berücksichtigung finden würden. Hierzu ist auf die Fragestellung an den Sachverständigen hinzuweisen, in der ausschließlich nach der Möglichkeit gefragt wurde, geeignete Kapazitäten am Markt zu beschaffen. Es ist für einen Sachverständigen im gegebenen Rahmen nicht möglich - wie dies offenbar der BIEGE C*** vorschwebt - ein (fiktives) Vergabeverfahren durchzuführen. Das Bundesvergabeamt hat vielmehr ein wirksames und rasches Nachprüfungsverfahren sicherzustellen (Th. Gruber in Gruber/Gruber/Sachs, Europäisches Vergaberecht (2005) 489; sowie EuGH 19.6.2003, C-249/01, Hackermüller, Rz 22). Diesem Zweck würde es zuwiderlaufen, wenn die Nachprüfungsbehörde verpflichtet wäre, einen Sachverständigen zu beauftragen, ein (fiktives) Vergabeverfahren durchzuführen (vgl. dazu VwGH 18.3.2009, 2007/04/0095). Auch liegt es in der Natur der Sache, dass ein Sachverständiger nicht am Markt wie ein Auftraggeber auftreten kann. Daher reicht es aus, wenn auf sachverständiger Ebene schlüssig und nachvollziehbar die zu beweisenden Tatsachen plausibel gemacht werden. Die BIEGE C*** hat vorgebracht, dass die Beurteilung des Sachverständigen Prof. M*** sich ausschließlich auf die Kapazitäten bzw. Ressourcen der BIEGE Mitglieder beziehen

würde, jedoch wesentliche Kriterien der Ausschreibung wie Eignungs-, Auswahl- und Zuschlagskriterien sowie die Besonderen Vertragsbestimmungen (BVB), baubetriebswirtschaftliche Aspekte sowie Fragen der Risikoaufteilung, welche allesamt ebenfalls relevant für die Beurteilung der Zulässigkeit einer ARGE- Bildung seien, im Gutachten M*** keine Berücksichtigung finden würden. Hierzu ist auf die Fragestellung an den Sachverständigen hinzuweisen, in der ausschließlich nach der Möglichkeit gefragt wurde, geeignete Kapazitäten am Markt zu beschaffen. Es ist für einen Sachverständigen im gegebenen Rahmen nicht möglich - wie dies offenbar der BIEGE C*** vorschwebt - ein (fiktives) Vergabeverfahren durchzuführen. Das Bundesvergabeamt hat vielmehr ein wirksames und rasches Nachprüfungsverfahren sicherzustellen (Th. Gruber in Gruber/Gruber/Sachs, Europäisches Vergaberecht (2005) 489; sowie EuGH 19.6.2003, C-249/01, Hackermüller, Rz 22). Diesem Zweck würde es zuwiderlaufen, wenn die Nachprüfungsbehörde verpflichtet wäre, einen Sachverständigen zu beauftragen, ein (fiktives) Vergabeverfahren durchzuführen vergleiche dazu VwGH 18.3.2009, 2007/04/0095). Auch liegt es in der Natur der Sache, dass ein Sachverständiger nicht am Markt wie ein Auftraggeber auftreten kann. Daher reicht es aus, wenn auf sachverständiger Ebene schlüssig und nachvollziehbar die zu beweisenden Tatsachen plausibel gemacht werden.

Zur Frage, ob I*** letztendlich über 2 oder 3

Stelzenpontons verfügt, ist zunächst auf das Schreiben der BIEGE C*** vom 5. Oktober 2009 zu verweisen. In diesem Schreiben (Seite 8) wurde über Befragen durch die Auftraggeberin, welche Baugeräte wann und differenzierend ob diese Geräte für den unbedingten operativen Einsatz oder für die Ausfallsicherheit eingesetzt werden angegeben, dass I*** einen Baggerstelzenponton für den unbedingten operativen Einsatz und 2 Baggerstelzenpontons für die Ausfallsicherheit - somit insgesamt 3 Baggerstelzenpontons - vorsehen würde. In Beilage 5 zu diesem Schreiben wird angegeben, dass I*** "verfügbar für gegenständlichen Auftrag" 1 (+1) Baggerstelzenpontons - somit insgesamt 2 Baggerstelzenpontons - habe. Nachdem das Schreiben der BIEGE C*** vom 5. Oktober 2009 aus der Sicht der Auftraggeberin offenbar widersprüchlich war, was gemäß den schlüssigen und nachvollziehbaren Ausführungen des Sachverständigen Prof. M*** in seinem Gutachten Punkt 7.5 auch tatsächlich der Fall ist, ersuchte die Auftraggeberin die BIEGE C*** mit Schreiben vom 13. Oktober 2009 nochmals um Aufklärung. Die BIEGE C*** teilte daraufhin mit Schreiben vom 27. Oktober 2009 (Seite 8) der Auftraggeberin mit, dass I*** gemäß dem Schreiben der BIEGE C*** vom 5. Oktober 2009 über 3 Baggerstelzenpontons verfüge und dass die Angaben in der mündlichen Verhandlung im BVA vom 7.9.2009, I*** verfüge über 6 Baggerstelzenpontons, nur eine "grobe Darstellung" gewesen sei, die nun richtiggestellt werde. Wie auch schon der Sachverständige Prof. M*** in schlüssiger und nachvollziehbarer Weise in seinem Gutachten vom 16. September 2010 und in seiner ergänzenden Stellungnahme vom 10. November 2010 dargelegt hat, erscheint es nicht glaubwürdig anzunehmen, dass I*** nur über 2 für den gegenständlichen Auftrag verfügbare Baggerstelzenpontons verfügt, da die BIEGE C*** mehrfach und auch zuletzt - angesprochen auf Widersprüchlichkeiten in ihren Angaben - in ihrem Schreiben vom 27. Oktober 2009 (Seite 8) dargelegt hat, dass sie (zumindest) über 3 für den gegenständlichen Auftrag verfügbare Baggerstelzenpontons verfügt. Dass die BIEGE C*** nach Kenntnis des Sachverständigengutachtens von Prof M*** nur mehr über 2 für den gegenständlichen Auftrag verfügbare Baggerstelzenpontons verfügen will, ist durch den Umstand erklärlich, dass dann entsprechend dem Gutachten konkurrierende Angebote der Mitglieder der BIEGE C*** eventuell nicht mehr möglich wären. Es ist jedoch weder glaubwürdig noch zulässig, wenn in einem Vergabeverfahren ursprünglich widersprüchliche Erklärungen nach einer Klarstellung (Schreiben vom 27. Oktober 2009 (Seite 8)) je nachdem wie es dem Bieter günstiger erscheint wieder geändert werden. Es ist daher davon auszugehen, dass die BIEGE C*** über 3 für den gegenständlichen Auftrag verfügbare Baggerstelzenpontons verfügt.

Die BIEGE C*** hat vorgebracht, dass bauwirtschaftliche und rechtliche Voraussetzungen von möglichen Subunternehmern bzw. Lieferanten im Gutachten nicht oder nicht ausreichend beurteilt worden seien (siehe Fragen 18-22 der BieGe an SV M***, Verhandlungsschrift Seiten 30f).

Dem ist - wie auch schon der Sachverständige Prof. M*** in

seiner ergänzenden Stellungnahme vom 10.11.2010 schlüssig und nachvollziehbar ausführte - zu entgegnen, dass es für einen Sachverständigen im gegebenen Rahmen nicht möglich ist - wie dies offenbar der BIEGE C*** vorschwebt - ein (fiktives) Vergabeverfahren durchzuführen. Das Bundesvergabeamt hat vielmehr ein wirksames und rasches Nachprüfungsverfahren sicherzustellen (Th. Gruber in Gruber/Gruber/Sachs, Europäisches Vergaberecht (2005) 489; sowie EuGH 19.6.2003, C-249/01, Hackermüller, Rz 22). Diesem Zweck würde es zuwiderlaufen, wenn die Nachprüfungsbehörde verpflichtet wäre, einen Sachverständigen zu beauftragen, ein (fiktives) Vergabeverfahren

durchzuführen (vgl. dazu VwGH 18.3.2009, 2007/04/0095). Auch liegt es in der Natur der Sache, dass ein Sachverständiger nicht am Markt wie ein Auftraggeber auftreten kann. Daher reicht es aus, wenn auf sachverständiger Ebene schlüssig und nachvollziehbar die zu beweisenden Tatsachen plausibel gemacht werden. seiner ergänzenden Stellungnahme vom 10.11.2010 schlüssig und nachvollziehbar ausführte - zu entgegnen, dass es für einen Sachverständigen im gegebenen Rahmen nicht möglich ist - wie dies offenbar der BIEGE C*** vorschwebt - ein (fiktives) Vergabeverfahren durchzuführen. Das Bundesvergabeamt hat vielmehr ein wirksames und rasches Nachprüfungsverfahren sicherzustellen (Th. Gruber in Gruber/Gruber/Sachs, Europäisches Vergaberecht (2005) 489; sowie EuGH 19.6.2003, C-249/01, Hackermüller, Rz 22). Diesem Zweck würde es zuwiderlaufen, wenn die Nachprüfungsbehörde verpflichtet wäre, einen Sachverständigen zu beauftragen, ein (fiktives) Vergabeverfahren durchzuführen (vergleiche dazu VwGH 18.3.2009, 2007/04/0095). Auch liegt es in der Natur der Sache, dass ein Sachverständiger nicht am Markt wie ein Auftraggeber auftreten kann. Daher reicht es aus, wenn auf sachverständiger Ebene schlüssig und nachvollziehbar die zu beweisenden Tatsachen plausibel gemacht werden.

Die BIEGE C*** hat vorgebracht, dass zur Beurteilung der Marktgegebenheiten auf den Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe (§ 69 Z 3 BVergG in der Novelle 2007) Rücksicht genommen werden müsse. Unter diesen Marktgegebenheiten des Jahres 2008 und nicht den Gegebenheiten des Jahres 2010 hätten sich die vier Die BIEGE C*** hat vorgebracht, dass zur Beurteilung der Marktgegebenheiten auf den Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe (Paragraph 69, Ziffer 3, BVergG in der Novelle 2007) Rücksicht genommen werden müsse. Unter diesen Marktgegebenheiten des Jahres 2008 und nicht den Gegebenheiten des Jahres 2010 hätten sich die vier

Unternehmen zum Zusammenschluss entschlossen.

Dem ist zu entgegnen, dass in der Fragestellung des BVA an den Sachverständigen bewusst auf die "derzeitigen Möglichkeiten, am Markt entsprechende Leistungen von Dritten zuzukaufen" abgestellt wurde. Dies deshalb, weil die Bieter im gegenständlichen Vergabeverfahren laufend die Geltung ihrer Angebote gegenüber dem Auftraggeber verlängern, wodurch es mit jeder Verlängerung wieder zu einem aktuellen Angebot wird und damit die aktuelle Marktsituation

entscheidend ist.

Die BIEGE C*** hat vorgebracht, dass es zusätzlich

erforderlich gewesen wäre, einen Vergleich der Angebote (sofern solche überhaupt vorliegen würden) der möglichen Subunternehmer bzw. Lieferanten mit den von der BIEGE angebotenen Preisen zu machen. Ein solcher Vergleich hätte nämlich zu dem Ergebnis führen können, dass zugekaufte Leistungen teurer als Eigenleistungen seien, insbesondere unter Berücksichtigung des Gesamtzuschlages sowie eines Risikozuschlages für Subunternehmer. Dies würde zu einer Verschlechterung der Wettbewerbssituation für die BIEGE bzw. deren Mitglieder führen, wodurch ebenfalls eine Substitution von Eigenleistung durch Fremdleistung aus betriebswirtschaftlicher Sicht als nicht sinnvoll zu qualifizieren sei.

Dem ist - wie auch schon der Sachverständige Prof. M*** in seiner ergänzenden Stellungnahme vom 10.11.2010 schlüssig und nachvollziehbar ausführte - zu entgegnen, dass es nicht Gegenstand der Fragestellung des BVA war, die Kosten der möglicher Subunternehmerleistungen zu berücksichtigen, denn es ist ja gerade das Bestreben des Vergaberechts, für ein möglichst hohes Maß an Wettbewerb zu sorgen, was

beispielsweise im gegenständlichen Fall durch die Einschaltung von Subunternehmern erzielt werden kann. Weiters ist es für einen Sachverständigen im gegebenen Rahmen nicht möglich - wie dies offenbar der BIEGE C*** vorschwebt - ein (fiktives) Vergabeverfahren durchzuführen. Das Bundesvergabeamt hat vielmehr ein wirksames und rasches Nachprüfungsverfahren sicherzustellen (Th. Gruber in Gruber/Gruber/Sachs, Europäisches Vergaberecht (2005) 489; sowie EuGH 19.6.2003, C-249/01, Hackermüller, Rz 22). Diesem Zweck würde es zuwiderlaufen, wenn die Nachprüfungsbehörde verpflichtet wäre, einen Sachverständigen zu beauftragen, ein (fiktives) Vergabeverfahren durchzuführen (vgl. dazu VwGH 18.3.2009, 2007/04/0095). Auch liegt es in der Natur der Sache, dass ein Sachverständiger nicht am Markt wie ein Auftraggeber auftreten kann. Daher reicht es aus, wenn auf sachverständiger Ebene schlüssig und nachvollziehbar die zu beweisenden Tatsachen plausibel gemacht werden. beispielsweise im gegenständlichen Fall durch die Einschaltung von Subunternehmern erzielt werden kann. Weiters ist es für einen Sachverständigen im gegebenen Rahmen nicht möglich - wie dies offenbar der BIEGE C*** vorschwebt - ein (fiktives) Vergabeverfahren durchzuführen. Das Bundesvergabeamt hat vielmehr ein wirksames und rasches

Nachprüfungsverfahren sicherzustellen (Th. Gruber in Gruber/Gruber/Sachs, Europäisches Vergaberecht (2005) 489; sowie EuGH 19.6.2003, C-249/01, Hackermüller, Rz 22). Diesem Zweck würde es zuwiderlaufen, wenn die Nachprüfungsbehörde verpflichtet wäre, einen Sachverständigen zu beauftragen, ein (fiktives) Vergabeverfahren durchzuführen vergleiche dazu VwGH 18.3.2009, 2007/04/0095). Auch liegt es in der Natur der Sache, dass ein Sachverständiger nicht am Markt wie ein Auftraggeber auftreten kann. Daher reicht es aus, wenn auf sachverständiger Ebene schlüssig und nachvollziehbar die zu beweisenden Tatsachen plausibel gemacht werden.

Die BIEGE C*** hat vorgebracht, dass Subunternehmen und Lieferanten (zB. Schlüsselgerätbeistellung) grundsätzlich geringere Risiken gegenüber ihrem Auftraggeber als die BIEGE zu ihrem Auftraggeber tragen würden. Gleichzeitig würden sie Erfahrung und Know-how erwerben, was für die Zukunft eine für die BIEGE-Mitglieder verschärfte Konkurrenz bedeuten würde. Das BVergG sehe keine Verpflichtung zur Weitergabe von Leistungen an Subunternehmen vor. Ein Unternehmen könne sich (§ 79 Abs 1 BVergG), müsse sich aber nicht auf fremde Ressourcen stützen. Die BIEGE C*** hat vorgebracht, dass Subunternehmen und Lieferanten (zB. Schlüsselgerätbeistellung) grundsätzlich geringere Risiken gegenüber ihrem Auftraggeber als die BIEGE zu ihrem Auftraggeber tragen würden. Gleichzeitig würden sie Erfahrung und Know-how erwerben, was für die Zukunft eine für die BIEGE-Mitglieder verschärfte Konkurrenz bedeuten würde. Das BVergG sehe keine Verpflichtung zur Weitergabe von Leistungen an Subunternehmen vor. Ein Unternehmen könne sich (Paragraph 79, Absatz eins, BVergG), müsse sich aber nicht auf fremde Ressourcen stützen.

Dem ist - wie auch schon der Sachverständige Prof. M*** in

seiner ergänzenden Stellungnahme vom 10.11.2010 schlüssig und nachvollziehbar ausführte - zu entgegnen, dass hier eher die Frage zu stellen ist, ob nicht bewusst die Ausschaltung von Beauftragungen von Teilleistungen an außenstehende Dritte die vermachteten Anbieterstrukturen manifestiert. Diese Frage ist aus den oben angeführten Gründen zu bejahen und es ist für die vermachteten Anbieterstrukturen

bezeichnend, dass durch die BIEGE C*** ein Know-how-Erwerb durch die 4 Mitglieder der BIEGE C*** untereinander offenbar als unproblematisch, ein solcher durch außenstehende Dritte aber als problematisch angesehen wird. Ein "Mehr" an Wettbewerb kann nämlich in diesem Fall durch den Einsatz von Subunternehmern erzielt werden. Es wäre im gegenständlichen Fall geradezu erwünscht, wenn hierdurch für mehr Wettbewerb gesorgt werden würde.

Die BIEGE C*** hat vorgebracht, dass wegen der (bis dato ungeklärten) Risiken und Auswirkungen auf den Angebotspreis der BIEGE aufgrund einer möglichen Beauftragung von Subunternehmern bzw. Lieferanten sich der Angebotspreis einer (dadurch allenfalls dezimierten BIEGE) höchstwahrscheinlich beträchtlich erhöhen würde - wenn ein wirtschaftliches Angebot überhaupt aus Risikoüberlegungen möglich wäre - wodurch sich die BIEGE ihrer Chancen auf Auftragserteilung berauben würde. Dass dies wirtschaftlich ebenfalls nicht zweckmäßig und kaufmännisch nicht vernünftig sei, brauche nicht weiters erläutert zu werden.

Dem ist - wie auch schon der Sachverständige Prof. M*** in

seiner ergänzenden Stellungnahme vom 10.11.2010 schlüssig und nachvollziehbar ausführte - zu entgegnen, dass unter den Umständen dieses Falles eine gezielte BIEGE-Bildung zu einem eingeschränkten Markt mit einem begrenzten Bieterkreis führt, der folglich auch weniger Wettbewerb ausgesetzt ist. Demnach können beispielsweise technische Risiken durch höhere Angebotspreise abgefangen werden. Unter den Umständen dieses Falles führt eine gezielte BIEGE-Bildung bei einem begrenzten Anbietermarkt unweigerlich zu höheren Margen und damit höheren Preisen für den Auftraggeber. So gesehen kann es in der Situation der BIEGE C*** durchaus "kaufmännisch vernünftig" sein, eine Beauftragung von Subunternehmern oder außenstehenden Dritten zu unterlassen, da dadurch der Gewinn der BIEGE C*** aufgrund des kaum vorhandenen Wettbewerbes maximiert werden kann. Gerade eine solche Situation wie im gegenständlichen Fall gilt es jedoch iSd § 129 Abs 1 Z 8 BVergG 2006 zu verhindern. seiner ergänzenden Stellungnahme vom 10.11.2010 schlüssig und nachvollziehbar ausführte - zu entgegnen, dass unter den Umständen dieses Falles eine gezielte BIEGE-Bildung zu einem eingeschränkten Markt mit einem begrenzten Bieterkreis führt, der folglich auch weniger Wettbewerb ausgesetzt ist. Demnach können beispielsweise technische Risiken durch höhere Angebotspreise abgefangen werden. Unter den Umständen dieses Falles führt eine gezielte BIEGE-Bildung bei einem begrenzten Anbietermarkt unweigerlich zu höheren Margen und damit höheren Preisen für den Auftraggeber. So gesehen kann es in der Situation der BIEGE C*** durchaus "kaufmännisch vernünftig" sein, eine Beauftragung von Subunternehmern

oder außenstehenden Dritten zu unterlassen, da dadurch der Gewinn der BIEGE C*** aufgrund des kaum vorhandenen Wettbewerbes maximiert werden kann. Gerade eine solche Situation wie im gegenständlichen Fall gilt es jedoch iSd Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG 2006 zu verhindern.

Die BIEGE C*** hat vorgebracht, dass bei diversen derzeit laufenden Vergabeverfahren der Auftraggeberin keines der Mitglieder der BIEGE C*** den Zuschlag erhalten werde. Daraus könne man schließen, dass die Arbeiten an der Donau nicht ausschließlich von den Mitgliedern der BIEGE C*** durchgeführt würden.

Dem ist zu entgegnen, dass die Frage wer bei diversen derzeit laufenden Vergabeverfahren der Auftraggeberin den Zuschlag erhalten wird, derzeit nicht verlässlich

beantwortet werden kann und daher reine Spekulation ist. Diese Argumentation der BIEGE C*** geht daher ins Leere. Auch würde sich selbst wenn man annehmen würde, dass das Vorbringen der BIEGE C*** richtig wäre, im Ergebnis wenig ändern, da noch immer der weit überwiegende Teil der Aufträge der Auftraggeberin seit 2005 von den Mitgliedern der der BIEGE C*** durchgeführt worden ist.

Die BIEGE C*** hat vorgebracht, dass die Gerätekostenermittlung des Sachverständigen Prof. M*** falsch sei. Die realistischen Kosten würden laut Zusatzgutachten Prof. AF*** vom 17.11.2010, Punkt 5.1, um 2/3 geringer sein und bei etwa € 150.000,-- liegen. Dem ist zu entgegnen, dass Prof. AF*** bei seiner Berechnung offensichtlich von falschen Voraussetzungen ausgeht. Er geht nämlich in seiner Stellungnahme vom 17.11.2010 davon aus, dass der Antransport von Klappschuten und Motorschubschiffen erspart (bzw deren Transportentfernung drastisch reduziert) werden könnte, weil diese gemietet werden könnten und berücksichtigt daher diese Kosten nicht bzw. zu gering. Diese Annahme ist aber falsch, weil sich bei der Antragstellerin die Frage, ob sie eine gegen den Grundsatz des Wettbewerbes verstoßende Abrede getroffen hat nicht stellt, weil die Antragstellerin unter gänzlich anderen Voraussetzungen am Markt anbietet als die BIEGE C***. Daher sind die genannten Kosten - wie von Prof M*** schlüssig und nachvollziehbar berechnet - zu berücksichtigen. Weiters bringt Prof. AF*** vor, dass von Prof. M*** nicht beachtet worden sei, dass die Werte für Abschreibung und Verzinsung bei einer Nutzung von mehr als den Werten der ÖBGL, zugrundeliegenden 170 Stunden pro Monat (hier: 260 Stunden in vier Wochen) erheblich zu reduzieren seien. Diese Argumentation ist nicht schlüssig und nachvollziehbar weil sie übersieht, dass Prof M*** in seiner Stellungnahme vom 10.11.2010 auf Seite 4 letzter Absatz festhält, dass für die Abschreibung und Verzinsung aus der Erfahrung ein Ansatz von 50% der laut ÖBGL vorgesehenen Werte gewählt worden ist. Somit geht Prof M*** diesbezüglich von einer Reduzierung von 50% aus, was wohl eine erhebliche Reduzierung darstellt. Die Gerätekostenermittlung von Prof. AF*** ist somit (im Gegensatz zur Gerätekostenermittlung von Prof M***) unschlüssig und nicht nachvollziehbar.

Im Übrigen, und dies trifft generell auf die "Gutachten" bzw Stellungnahmen von Prof. AF*** zu, kommt diesen nur eine sehr eingeschränkte Beweiskraft zu, weil er selbst in seiner "Schlussbemerkung" stets festhält, "dass auf Grund der Komplexität der Materie nicht dafür gehaftet werden kann, dass mit dem Ergebnis des Gutachtens einer allfälligen Gerichts- oder Vergabekontrollentscheidung entsprochen werden kann." Ist dem Sachverständigen aber die Materie zu komplex um eine verlässliche Aussage in einem Vergabekontrollverfahren zu treffen, kommt seinen

"Gutachten" bzw Stellungnahmen nur eine sehr eingeschränkte Beweiskraft zu. Weiters kommt den "Gutachten" bzw Stellungnahmen von Prof. AF*** nur eine sehr eingeschränkte Beweiskraft zu, weil er Antworten auf Fragen gibt, die sich so nicht stellen. So beantwortet er etwa - wie schon oben ausgeführt - die Frage der Gerätekostenermittlung ohne Berücksichtigung des wesentlichen Antransportes von Klappschuten und Motorschubschiffen oder er beantwortet die (sich ebenfalls nicht stellende) Frage, ob "auch eine Teilmenge der Mitglieder der BIEGE Chance auf eine gleich erfolgreiche Beteiligung am Wettbewerb gehabt hätte wie der Zusammenschluss der vier Unternehmer zur BIEGE C***" (siehe Punkt 1 Gutachtensauftrag, der Stellungnahme von Prof AF*** vom 21.10.2010). Antworten auf sich nicht stellende Fragen sind aber Antworten die unter anderen Voraussetzungen und Bedingungen gegeben werden, weshalb sie hier nicht

verwertbar sind. Schlüssige und nachvollziehbare Antworten zu den vom BVA (an den Sachverständigen Prof M***)

gestellten Fragen lassen sich aus den oben genannten Gründen den "Gutachten" bzw Stellungnahmen von Prof AF*** somit nicht entnehmen. Zu den vom Bundesvergabeamt gestellten Fragen wurde somit mit den "Gutachten" bzw Stellungnahmen von Prof AF*** und auch sonst aus den oben genannten Gründen dem Gutachten von Prof M*** nicht auf gleicher fachlicher Ebene entgegengetreten.

Aufgrund des aufgezeigten Ergebnisses erübrigte sich ein Eingehen auf die weiteren von der Antragstellerin gerügten Rechtswidrigkeiten.

Betont wird, dass die Ausführungen dieses Bescheides auf den konkreten und besonderen Einzelfall bezogen sind und keinesfalls bedeuten, dass BIEGEn generell gegen den Grundsatz des Wettbewerbes verstoßende Abreden darstellen.

1. 5.Ziffer 5

Gebührenersatz durch den Auftraggeber

§ 319 Abs 1 und 2 BVergG 2006, BGBl. I Nr. 17/2006 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007, lautet: Paragraph 319, Absatz eins und 2 BVergG 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, zuletzt geändert durch Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007,, lautet:

"§ 319. (1) Der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller hat Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird."

(1) Der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller hat Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird.

(2) Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung besteht nur dann, wenn

1. 1.Ziffer eins

dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag)

stattgegeben wird und

1. 2.Ziffer 2

dem Antrag auf einstweilige Verfügung

stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde."

Die Antragstellerin hat an Pauschalgebühr € 7.782,- (€

5.188,-- für den Nachprüfungsantrag und € 2.594,-- für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung) entrichtet. Da sowohl dem Antrag auf einstweilige Verfügung (mit Bescheid des BVA vom 17. Mai 2010, N/0037-BVA/13/2010- 27 sowie vom 10. Juni 2010, N/0037-BVA/13/2010-52) als auch nunmehr dem Hauptantrag stattgegeben wurde, war gemäß § 319 BVergG 2006 dem Auftraggeber der Gebührenersatz 5.188,-- für den Nachprüfungsantrag und € 2.594,-- für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung) entrichtet. Da sowohl dem Antrag auf einstweilige Verfügung (mit Bescheid des BVA vom 17. Mai 2010, N/0037-BVA/13/2010- 27 sowie vom 10. Juni 2010, N/0037-BVA/13/2010-52) als auch nunmehr dem Hauptantrag stattgegeben wurde, war gemäß Paragraph 319, BVergG 2006 dem Auftraggeber der Gebührenersatz

aufzuerlegen.

Aicher, J. in: "Zur Reform des Vergaberechts", Korinek, Rill (1985): "Wettbewerbs- und wettbewerbspolitische Überlegungen zur Regierungsvorlage eines Vergabegesetzes." S. 113, Band

1. 10.Ziffer 10

Zuletzt aktualisiert am

09.02.2011

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