

TE Verg Bescheid 2010/11/23 N/0087-BVA/14/2010-22

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 23.11.2010

Norm

BVergG 2006 §70 Abs1

BVergG 2006 §122

1. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 70 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 122 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 14, Mag. Ilse Lesniak und Dr. Friedrich Resel als Mitglied der Auftraggeberseite und DI Joachim Kleiner als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs. 2 Z 2 Bundesvergabegesetz 2006, BGBl I Nr. 17/2006, zuletzt geändert durch BGBl I Nr. 15/2010 (BVergG), betreffend das Vergabeverfahren "Herstellung, Lieferung und Wartung eines Polizei-Einsatzbootes für den Bodensee in Vorarlberg" des Auftraggebers Republik Österreich (Bund), vertreten durch die Bundesministerin für Inneres, Minoritenplatz 9, Postfach 100, 1014 Wien, diese vertreten durch X***, über die Anträge der A***, vertreten durch Y***, beim Bundesvergabeamt eingelangt und verbessert eingebracht am 8.10.2010, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 14, Mag. Ilse Lesniak und Dr. Friedrich Resel als Mitglied der Auftraggeberseite und DI Joachim Kleiner als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, Bundesvergabegesetz 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, zuletzt geändert durch Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, (BVergG), betreffend das Vergabeverfahren "Herstellung, Lieferung und Wartung eines Polizei-Einsatzbootes für den Bodensee in Vorarlberg" des Auftraggebers Republik Österreich (Bund), vertreten durch die Bundesministerin für Inneres, Minoritenplatz 9, Postfach 100, 1014 Wien, diese vertreten durch X***, über die Anträge der A***, vertreten durch Y***, beim Bundesvergabeamt eingelangt und verbessert eingebracht am 8.10.2010, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Der Antrag, "die Entscheidung 'Verständigung über die Auswahlentscheidung und Nicht-Zulassung zur Angebotslegung' der Auftraggeberin vom 28.9.2010, die Antragstellerin im Vergabeverfahren nicht zur Angebotslegung zuzulassen (Nicht-Zulassung zur Teilnahme), für nichtig zu erklären", wird abgewiesen.

II.römisch zwei.

Der Antrag, "der Auftraggeberin aufzutragen, der Antragstellerin die entrichteten Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung binnen 14 Tagen zu Händen ihres Rechtsvertreters bei sonstiger Exekution zu bezahlen", wird abgewiesen.

Begründung

1. 1.Ziffer eins

Entscheidungsrelevanter Sachverhalt:

Die gegenständliche Auftragsvergabe wird als zweistufiges Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich durchgeführt. Es handelt sich um einen Lieferauftrag, der nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden soll.

Das Vergabeverfahren wurde im Supplement zum Amtsblatt der EG EU-weit und national im Amtlichen Lieferanzeiger bekannt gemacht.

Auftraggeber ist die Republik Österreich (Bund), vertreten durch die Bundesministerin für Inneres. Als vergebende Stelle fungiert die Abteilung I/6 des BMI.

Auftragsgegenstand ist die Herstellung, Lieferung und Wartung eines Polizeieinsatzbootes für den Bodensee einschließlich Wartungsleistungen, Ersatzteilversorgung für 30 Jahre, Ersts Schulung des Einsatzpersonals; vgl. im Detail Pkt. 1.3. der Teilnahmebedingungen. Auftragsgegenstand ist die Herstellung, Lieferung und Wartung eines Polizeieinsatzbootes für den Bodensee einschließlich Wartungsleistungen, Ersatzteilversorgung für 30 Jahre, Ersts Schulung des Einsatzpersonals; vergleiche im Detail Pkt. 1.3. der Teilnahmebedingungen.

Die ursprünglich mit 2.7.2010 festgelegte Bewerbungsfrist (Frist zur Abgabe von Teilnahmeanträgen) endete nach einer Verlängerung am 13.7.2010.

Insgesamt gaben sechs Bewerber, darunter die A*** Teilnahmeanträge ab.

Mit ihrem Teilnahmeantrag vom 30.6.2010 legte die A*** insgesamt sieben Referenzen vor. (Unter Gesamtreferenz sind die komplette Lieferung und Herstellung eines Gesamtbootes und nicht lediglich Teilleistungen zu verstehen). Vier der sieben Referenzen lagen unter dem in den Teilnahmebedingungen für Referenzaufträge festgesetzten Mindestauftragswert von Euro 500.000 inkl. USt und wurden vom Auftraggeber nicht weiter in Prüfung gezogen. Bei den verbleibenden drei Referenzen handelt es sich um einen Verdränger (das Forschungsboot Komoran, Referenz Nr. 1 und um drei große Katamarane (Halbgleiter), die Passagierschiffe N*** und O***, Referenz Nr. 2 und das Passagierschiff P***, Referenz Nr. 5. Die drei Katamarane sind baugleiche Schiffe und unterscheiden sich lediglich in der "Bistrobestuhlung von P***" voneinander (siehe Formblatt 3 zum Teilnahmeantrag des Antragstellers und Herr B*** mündliche Verhandlung, Verhandlungsschrift Seite 18).

Die Prüfung der technischen Leistungsfähigkeit (Referenzen) der Bewerber erfolgte durch vier Personen mit entsprechender Qualifikation. Die sonstige Eignungsprüfung erfolgte ebenso durch drei hiezu fachlich befähigte Personen. Der Teil der Prüfungsniederschrift über die Referenzprüfung wurde von den vier technischen Prüfern und von zwei der drei Personen, die die allgemeine Eignungsprüfung durchgeführt haben, unterfertigt.

Mit Schreiben vom 21.7.2010 ersuchte der Auftraggeber die A*** um genaue Angaben zur Bauweise des Bootes Q***, um die Vergleichbarkeit mit dem leistungsgegenständlichen Einsatzboot prüfen zu können.

Mit Schreiben vom 27.7.2010 teilte die A*** zu ihrer Referenz "Q***" Folgendes mit: "Der Schiffskörper ist in Längsspanantenbauweise unter Verwendung von Längsstringern und Querrahmen hergestellt. Auf Grund der relativ niedrigen Arbeitsgeschwindigkeit wurde das Schiff in Rundspantbauweise geplant und ausgeführt, um ein möglichst ausgeglichenes und ruhiges Seegangsverhalten zu erreichen."

Mit Schreiben vom 28.9.2010 ("Verständigung über die Auswahlentscheidung und Nicht-Zulassung zur Angebotslegung") teilte der Auftraggeber der A*** Folgendes mit:

"Sehr geehrte Damen und Herren!

Das Bundesministerium für Inneres dankt für Ihr Interesse am Verhandlungsverfahren "Polizei-Einsatzboot für den Bodensee in Vorarlberg", GZ, BMI-RS1200/0051-1/6/2010" - Wir geben Ihnen hiermit gemäß BVergG 2006 bekannt, dass die Prüfung und Bewertung Ihres Teilnahmeantrages anhand der Auswahlkriterien zu folgendem Ergebnis geführt hat:

Die Bewertungskommission hat nach eingehender Prüfung festgestellt, dass die von Ihnen vorgelegten Referenzen nicht wie gefordert mit dem Ausschreibungsgegenstand vergleichbar sind. Der Auftraggeber bedauert, Sie daher nicht für die 2. Stufe des Vergabeverfahrens zulassen zu können,

Prüfkriterium gemäß Punkt 7 der Teilnahmebedingungen war die Bedingung, dass Referenzen in folgenden Punkten mit dem Ausschreibungsgegenstand vergleichbar sein müssen:

- -Strichaufzählung
Motorboote; Herstellung und Lieferung von Motorbooten mit dem Ausschreibungsgegenstand vergleichbar in
- -Strichaufzählung
Größe
- -Strichaufzählung
Bauweise
- -Strichaufzählung
Material

und dabei insbesondere folgende Eigenschaften aufweisen; ganzjähriger Einsatz auf Binnengewässern oder Meer, Mindestauftragswert EUR 500.000,-- inkl. USt.

Der Auftraggeber kann aufgrund der Festlegungen in den Teilnahmebedingungen nur Referenzaufträge berücksichtigen, die diese Merkmale erfüllen, Abweichungen von diesen Prüfkriterien hinsichtlich der Bauweise (z.B. Verdränger), der Größe sowie des geforderten Baumaterials Aluminium oder eines gleichwertigen Materials müssen damit zur Nichtanerkennung als Referenz führen. Bei den von Ihnen vorgelegten Referenzen handelt es sich um Fahrzeuge, die offensichtlich für den Einsatz auf Flüssen und Seen konzipiert wurden, sie sind aber hinsichtlich ihrer Einsatzverwendung nicht mit dem Einsatzspektrum der Ausschreibung vergleichbar. Von ihrer technischen Auslegung her handelt es sich um Passagierschiffe und Berufsfahrzeuge für spezielle Zwecke.

Die erste Referenz "Q****" ist ein Verdrängerfahrzeug mit Z-Antrieb. In der Ausschreibung wurde jedoch ein Halbgleiter, der eine entsprechende Rumpfform verlangt und ein Wellenantrieb gefordert.

Bei den Referenzen Nr. 2 und 5 "N****", "O****" und "P****" handelt es sich um große Katamarane für Passagierdienste auf Seen. Eine Vergleichbarkeit zu dem in der Ausschreibung geforderten Fahrzeug ist insbesondere deshalb nicht gegeben, da die Bauweise als Fahrgastschiff mit Doppelrumpf nicht dem ausgeschriebenen Polizeiboot (Einrumpfschiff) entspricht.

Die übrigen Referenzen (3, 4, 6 und 7) erfüllen aufgrund des geringen Auftragswerts die geforderten Mindestauftragssummen nicht und wurden daher nicht weiter geprüft. Die Referenz Nr. 5 wurde, wie Sie dem oben angeführten Ergebnis entnehmen können natürlich näher geprüft, wir ersuchen das diesbezügliche Versehen in unserem letzten Schreiben, in dem aufgrund eines Schreibfehlers statt der Referenz 6 die Referenz 5 genannt wurde, zu entschuldigen.

In Punkt 7 der Teilnahmebedingungen ist gefordert, dass von den Bewerbern mindestens zwei Referenzaufträge nachzuweisen sind, die den festgelegten Anforderungen entsprechen. Die Fahrzeuge, die als Referenz eingereicht wurden, stellen keine vergleichbaren Fahrzeuge im Sinne der Anforderungen der Ausschreibung an Referenzen dar. Die Referenzen konnten daher auch nicht gewertet werden."

Mit Schriftsatz vom 7.10.2010, verbessert eingebracht am 8.10.2010, brachte die A****, vertreten durch Y**** (in der Folge Antragsteller), einen Nachprüfungsantrag beim Bundesvergabeamt ein und begehrte wie im Spruchpunkt I wiedergegeben. Weiters wurde ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt, dem mit Bescheid des BVA vom 12.10.2010, N/0087-BVA/14/2010-EV9, stattgegeben und dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Fortsetzung des Vergabeverfahrens untersagt wurde. Weiters wurden Anträge auf Auferlegung der Pauschalgebühren an den Auftraggeber (siehe Spruchpunkt II), auf Durchführung einer mündlichen

Verhandlung und auf Akteneinsicht gestellt. Mit Schriftsatz vom 7.10.2010, verbessert eingebracht am 8.10.2010, brachte die A***, vertreten durch Y*** (in der Folge Antragsteller), einen Nachprüfungsantrag beim Bundesvergabeamt ein und begehrte wie im Spruchpunkt römisch eins wiedergegeben. Weiters wurde ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt, dem mit Bescheid des BVA vom 12.10.2010, N/0087-BVA/14/2010-EV9, stattgegeben und dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Fortsetzung des Vergabeverfahrens untersagt wurde. Weiters wurden Anträge auf Auferlegung der Pauschalgebühren an den Auftraggeber (siehe Spruchpunkt römisch zwei), auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung und auf Akteneinsicht gestellt.

In seinem Schriftsatz vom 7.10.2010 brachte der Antragsteller im Wesentlichen vor:

Der Auftraggeber (Bundesministerin für Inneres), Abteilung I/6, habe mit EU-weiter Bekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 27.5.2010 ein Verhandlungsverfahren zur Vergabe eines Lieferauftrages im Oberschwellenbereich betreffend "Herstellung, Lieferung und Wartung eines Polizei-Einsatzbootes für den Bodensee in Vorarlberg" eingeleitet.

Das Vergabeverfahren sei im Wesentlichen im Dokument "Teilnahmebedingungen" geregelt, worin die Abteilung I/6 des Bundesministeriums für Inneres als vergebende Stelle angegeben sei.

Als Termin für die Einreichung der Teilnahmeanträge sei der 2.7.2010 festgelegt worden.

Gemäß den Teilnahmebedingungen werde eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen öffentlich zur Einreichung von Teilnahmeanträgen aufgefordert. Von den geeigneten Bewerbern würden jene drei Bewerber ausgewählt werden, die laut Pkt. 12.2. der Teilnahmebedingungen bei den Auswahlkriterien am besten bewertet würden.

Zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit seien Referenzen zu legen.

Dabei sei in Pkt. 7 der Teilnahmebedingungen Folgendes festgelegt worden:

"Die Referenzaufträge müssen, um mit dem gegenständlichen Projekt vergleichbar zu sein, jedenfalls folgende Leistungen/Merkmale enthalten/aufweisen:

Abgeschlossene Herstellung und Lieferung von Motorbooten die mit dem Ausschreibungsgegenstand in Größe, Bauweise und Material vergleichbar sind und dabei insbesondere folgende Eigenschaften aufweisen: ganzjähriger Einsatz auf Binnengewässern oder Meer, Mindestauftragswert: EUR 500.000,-- inkl. USt.

Der Bewerber hat mindestens zwei Referenzaufträge, die den im vorigen Absatz genannten Anforderungen entsprechen, nachzuweisen.

Weiters sind den Referenzen Bilder der Referenzboote anzuschließen."

Der Antragsteller habe sich am Vergabeverfahren beteiligt und einen Teilnahmeantrag gelegt. Insgesamt habe er sieben Referenzprojekte eingereicht und dem Teilnahmeantrag auch Bilder der Referenzboote angeschlossen.

Da der Antragsteller geeignet sei, wäre er zur 2. Stufe des Vergabeverfahrens zuzulassen gewesen.

Am 21.7.2010 sei der Antragsteller mit Schreiben des Auftraggebers um Aufklärungen zu seinem Teilnahmeantrag ersucht worden. Mit Schreiben vom 27.7.2010 habe der Antragsteller die entsprechenden Informationen erteilt. Insbesondere habe der Antragsteller dabei die Vergleichbarkeit des Referenzprojektes Nr. 1, Forschungsboot für den Bodensee "Q***", dargestellt. Auch habe er darauf hingewiesen, dass es sich bei der Nichtberücksichtigung des Referenzprojektes Nr. 5, Bodensee Katamaran "P***" um ein Versehen handeln müsse, zumal der Auftragswert bei Euro 2,7 Mio liege und die zumindest geforderten Euro 500.000,-- damit bei Weitem überschritten würden.

Am 28.9.2010 sei der Antragsteller von der vergebenden Stelle mit der "Verständigung über die Auswahlentscheidung und Nicht-Zulassung zur Angebotslegung (Auswahlentscheidung)" von der Nichtanerkennung seiner Referenzen in Kenntnis gesetzt worden. (Im Anschluss daran gab der Antragsteller den vorstehend wiedergegebenen Originalwortlaut des zit. Schreibens des Auftraggebers vom 28.9.2010 wieder).

Nachvollziehbare Informationen über die Gründe, warum keine einzige der vom Antragsteller eingereichten Referenzen den Teilnahmebedingungen entsprechen sollte, seien somit nicht preisgegeben worden. Insbesondere sei nicht bekannt gegeben worden, aus welchem Grund genau die eingereichten Referenzprojekte mit dem Ausschreibungsgegenstand in Größe, Bauweise und Material nicht vergleichbar sein sollten.

Auch sei dem Antragsteller die Niederschrift über die Teilnahmeantragsprüfung nicht übermittelt und somit nicht offen gelegt worden.

Aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz folge eine Verpflichtung des Auftraggebers zur Transparenz, da ansonsten die Vergabekontrollbehörde nicht überprüfen könne, ob der Gleichbehandlungsgrundsatz tatsächlich eingehalten worden sei.

Im konkreten Fall sei der Auftraggeber von seinen eigenen Festlegungen in den bestandsfest gewordenen Teilnahmebedingungen mehrfach abgewichen.

So sei vom Auftraggeber etwa in Pkt. 7 der Teilnahmebedingungen festgelegt worden:

"Die Referenzaufträge müssen, um mit dem gegenständlichen Projekt vergleichbar zu sein, jedenfalls folgende Leistungen/Merkmale enthalten/aufweisen:

Abgeschlossene Herstellung und Lieferung von Motorbooten die mit dem Ausschreibungsgegenstand in Größe, Bauweise und Material vergleichbar sind und dabei insbesondere folgende Eigenschaften aufweisen: ganzjähriger Einsatz auf Binnengewässern oder Meer, Mindestauftragswert: EUR 500.000,-- inkl. USt."

Hiermit habe der Auftraggeber im Zusammenhang mit den Referenzen aber gerade keine Mindestkriterien festgelegt. Als alleinige Voraussetzung für die Berücksichtigung eines Referenzprojektes werde ausschließlich auf die Vergleichbarkeit (mit dem gegenständlichen Projekt) abgestellt, wobei sich die Vergleichbarkeit ausschließlich auf die Größe, die Bauweise und das Material beziehe. Andere Parameter (d.h. Vergleichsmaßstäbe) seien in den Teilnahmebedingungen nicht festgelegt worden. Auch seien keine Vorgaben für die Vergleichbarkeit gemacht, also nicht im Detail festgelegt worden, ab wann eine Referenz als vergleichbar gelte.

Der Antragsteller sei ein auf dem Gebiet der Planung und Herstellung von Booten führendes Unternehmen und aufgrund der besonders hohen Qualität seiner Arbeiten seit mehr als 90 Jahren im In- und Ausland erfolgreich tätig. Unter anderem stelle der Antragsteller seit Jahrzehnten Polizeiboote her. Erst in den letzten Monaten habe er etwa ein Angebot für die Herstellung eines Polizeibootes XXX in Deutschland) gelegt. Der Auftragsgegenstand der Ausschreibung für das "Polizeiboot XXX" sei mit dem gegenständlichen Auftragsgegenstand im Wesentlichen ident. Der Antragsteller sei ein auf dem Gebiet der Planung und Herstellung von Booten führendes Unternehmen und aufgrund der besonders hohen Qualität seiner Arbeiten seit mehr als 90 Jahren im In- und Ausland erfolgreich tätig. Unter anderem stelle der Antragsteller seit Jahrzehnten Polizeiboote her. Erst in den letzten Monaten habe er etwa ein Angebot für die Herstellung eines Polizeibootes römisch 30 in Deutschland) gelegt. Der Auftragsgegenstand der Ausschreibung für das "Polizeiboot XXX" sei mit dem gegenständlichen Auftragsgegenstand im Wesentlichen ident.

Der Antragsteller sei die einzige Werft XXX, die neben der Herstellung auch die ausschreibungsgegenständliche Wartung des Polizeibootes erbringen könne. Der Antragsteller sei die einzige Werft römisch 30, die neben der Herstellung auch die ausschreibungsgegenständliche Wartung des Polizeibootes erbringen könne.

Würde dem Antrag auf Nichtigerklärung der Nichtzulassung zur Teilnahme nicht stattgegeben, könnte der Antragsteller kein Angebot legen und in weiterer Folge den Zuschlag nicht erhalten. Dem Antragsteller würde damit der aus dem Auftrag zu lukrierende Gewinn entgehen, wobei von einer Gewinnspanne von rund 7,5 % vom Gesamtpreis auszugehen sei. Weiters drohe ein Schaden aus den diesfalls frustrierten Kosten der Legung des Teilnahmeantrages in Höhe von rund Euro 1.600,--. Weiters seien für die Rechtsvertretung bereits Kosten aufgelaufen. Daneben drohe der Verlust eines maßgeblichen Referenzprojektes.

Die Entscheidung des Auftraggebers, die vom Antragsteller vorgelegten Referenzen als nicht vergleichbar zu werten, sei in keiner Weise nachvollziehbar.

Entgegen der eigenen Festlegung in den Teilnahmebedingungen habe der Auftraggeber bei der Eignungsprüfung nicht auf die Vergleichbarkeit der Referenzprojekte des Antragstellers mit dem ausschreibungsgegenständlichen Projekt abgestellt. Vielmehr habe er die oben genannten Parameter (Größe, Bauweise, Material) als ohne Abweichung zu erfüllende Mindestbedingungen für die Bewertung der vom Antragsteller eingereichten Referenzprojekte herangezogen. In der Auswahlentscheidung führe der Auftraggeber in diesem Zusammenhang nämlich aus:

"Der Auftraggeber kann aufgrund der Festlegungen in den Teilnahmebedingungen nur Referenzaufträge berücksichtigen, die diese Merkmale erfüllen, Abweichungen von diesen Prüfkriterien hinsichtlich der Bauweise (z.B.

Verdränger), der Größe sowie des geforderten Baumaterials Aluminium oder eines gleichwertigen Materials müssen damit zur Nichtanerkennung als Referenz führen."

Im offenkundigen Widerspruch zu Pkt. 7 der Teilnahmebedingungen habe der Auftraggeber daher auf ein Erfüllen dieser Merkmale sowie auf ein Nichtabweichen von den Prüfkriterien abgestellt. Eine Vergleichbarkeit indiziere gerade das Vorliegen von Gemeinsamkeiten oder Unterschieden. Mit einem Vergleich würden zwei Objekte mit spezieller Hinsicht auf ihr gegenseitiges Verhältnis betrachtet. Mit der Begründung des Auftraggebers in der Auswahlentscheidung, dass die Referenzprojekte aufgrund von Abweichungen und einem Nichterfüllen nicht berücksichtigt werden könnten, verstoße der Auftraggeber offenkundig gegen die Festlegungen in den Teilnahmebedingungen. Auch aus diesem Grund sei die Auswahlentscheidung rechtswidrig.

Des Weiteren habe der Auftraggeber Kriterien herangezogen, die in den Teilnahmebedingungen gar nicht festgelegt worden seien. Der Auftraggeber führe für die Nichtanerkennung der Referenzprojekte des Antragstellers in der Auswahlentscheidung ins Treffen, dass die in den vorgelegten Referenzen genannten Fahrzeuge "offensichtlich für den Einsatz auf Flüssen und Seen konzipiert worden seien". Dass für einen See konzipierte Boote nicht mit dem ausschreibungsgegenständlichen Projekt (einem Polizeiboot für den Bodensee), vergleichbar sein sollten, sei dabei keinesfalls nachvollziehbar. Auch würden die Teilnahmebedingungen in Pkt. 1.3.2. festlegen, dass ein Einsatz auf Binnengewässern oder dem Meer möglich sein müsse. Dass es sich beim Bodensee um ein Binnengewässer sowie einen See handle, sei wohl unstrittig.

Aber auch ein für einen Fluss konzipiertes Fahrzeug wäre selbstverständlich mit einem für einen See konzipierten Fahrzeug vergleichbar. Auch aus diesem Grund sei die Auswahlentscheidung rechtswidrig.

Im Rahmen der Prüfung des vom Antragsteller eingereichten Referenzprojektes Nr. 1, "Q***" sei vom Auftraggeber in der Auswahlentscheidung ins Treffen geführt worden, dass in der Ausschreibung ein Halbgleiter, der eine entsprechende Rumpfform verlange und ein Wellenantrieb gefordert worden seien. Dies sei unrichtig. Nicht nachvollziehbar sei, wo in den Teilnahmebedingungen ein Halbgleiter gefordert gewesen sei.

Aber selbst wenn ein solcher Halbgleiter gefordert gewesen wäre, wären die vom Antragsteller gelegten Referenzprojekte selbstverständlich mit einem Halbgleiter vergleichbar. Dies gelte im konkreten Fall vor allem für den Rumpf der Projektreferenz Nr. 1, "Q***". Der Rumpf dieses Verdrängungsschiffes sei mit dem ausschreibungsgegenständlichen Polizeiboot jedenfalls vergleichbar.

Beim Referenzprojekt Nr. 2, "N***" und "O***" sowie dem Referenzprojekt Nr. 5, "P***", handle es sich um Fahrzeuge mit einem sog. "low-wash-Rumpf". Durch die relativ steilen Vorstöße, die moderate V-Aufkrümmung, den sog. S-Schlag im Heckbereich sowie die Knickspantbauweise seien diese Referenzen jedenfalls als sog. Halbgleiter zu qualifizieren. Verkürzt dargestellt seien Gleiter durch ihre Rumpfkonstruktion dazu geeignet, sich mittels eines (starken) Antriebes gegen den Wasserwiderstand aus dem Wasser zu erheben und auf dem Wasser zu gleiten. Hierdurch befinde sich also der überwiegende Teil der Fahrzeugmasse oberhalb der Wasserlinie. In der Folge hebe sich der Rumpf aus dem Wasser, wobei sich der Widerstand des Bootes im Wasser - durch die Bugwelle - reduziere. Bei weiterer Erhöhung der Geschwindigkeit beginne auch das Heck auf der Welle zu gleiten.

Dass es sich bei diesen Referenzprojekten (d.h. dem Referenzprojekt Nr. 2, "N***" und "O***" sowie dem Referenzprojekt Nr. 5, "P***") um sog. Halbgleiter handle, gehe auch eindeutig aus der sog. Froude-Zahl hervor. Die Froude-Zahl stelle ein Maß für das Verhältnis von Trägheitskräften zu Schwerkraften innerhalb eines hydrodynamischen Systems dar. Nach wissenschaftlicher Erkenntnis handle es sich bei einer Froude-Zahl zwischen 0,6 und 0,85 um einen sog. Halbgleiter. Da die Froude-Zahl für die Rümpfe der Referenzprojekte (bei einer Geschwindigkeit von rund 26 Knoten) 0,736 betrage (d.h. sich innerhalb einer Bandbreite von 0,6 und 0,85 befinde), liege jeweils ein Halbgleiter vor.

Hieraus folge, dass im Falle, dass aufgrund der Teilnahmebedingungen ein Halbgleiter überhaupt gefordert gewesen sei - was bestritten werde - das Referenzprojekt Nr. 1, "Q***", jedenfalls mit einem Halbgleiter vergleichbar sei. Dies gelte umso mehr für das Referenzprojekt Nr. 2, "N***" und "O***" sowie für das Referenzprojekt Nr. 5, "P***", da es sich hierbei in jedem Fall um Halbgleiter handle.

Im Zusammenhang mit der Projektreferenz Nr. 2, "N***" und "O***" sowie der Projektreferenz Nr. 5, "P***" führe der Auftraggeber in seiner Auswahlentscheidung auch aus, dass "die Bauweise als Fahrgastschiff mit Doppelrumpf nicht

dem ausgeschriebenen Polizeiboot (Einrumpfschiff)" entspreche. Nicht nachvollziehbar sei, wo in den Teilnahmebedingungen ein Einrumpfschiff gefordert werde. Unklar sei mangels ausdrücklicher Erklärung in den Teilnahmebedingungen auch, aus welchem Grund ein Zweirumpfschiff nicht vergleichbar sein solle. Richtig sei vielmehr, dass es selbstverständlich auch Polizeiboote als Zweirumpfschiffe gebe.

Mit der Begründung, dass die Projektreferenz Nr. 2, "N****" und "O****" sowie die Projektreferenz Nr. 5, "P****" nicht berücksichtigt würden, da es sich hierbei nicht um Einrumpfschiffe handle, verstoße der Auftraggeber gegen seine eigenen Festlegungen in der Ausschreibungsunterlage.

Aber selbst wenn ein Einrumpfschiff gefordert gewesen wäre, seien die vom Antragsteller gelegten Referenzprojekte selbstverständlich mit einem Einrumpfschiff vergleichbar. Dies eben wegen der sehr guten Eigenschaften beider Rümpfe (d.h. jedes Rumpfes für sich).

Weiters habe der Auftraggeber die Vorgaben in den Teilnahmebedingungen der Prüfung der Referenzprojekte des Antragstellers unrichtig zugrunde gelegt.

Im Zusammenhang mit dem Referenzprojekt Nr. 1, "Q****", sei vom Auftraggeber in der Auswahlentscheidung festgestellt worden, dass es sich hierbei um ein "Verdrängerfahrzeug mit Z-Antrieb" handle, jedoch ein "Wellenantrieb" gefordert gewesen sei.

Zunächst sei es schlicht falsch, dass für die Bewertung der Projektreferenzen auch die Antriebsanlage von Relevanz sei. Gemäß Pkt. 7 der Teilnahmebedingungen müssten die Referenzprojekte ausschließlich mit dem Ausschreibungsgegenstand im Hinblick auf Größe, Bauweise und Material vergleichbar sein. Die Antriebsart falle unter keinen dieser drei Parameter. Auch seien diese drei Parameter in den ersten drei Unterebenen von Pkt. 1.3.3. der Teilnahmebedingungen geregelt (vgl. Seite 7 und 8 der Teilnahmebedingungen). Die Antriebsanlage sei daher für die Vergleichbarkeit überhaupt nicht heranzuziehen (vgl. Seite 11 der Teilnahmebedingungen). Daher verstoße der Auftraggeber mit dem Vorwand, die Referenz "Q****" sei aufgrund ihres sogenannten Z-Antriebs nicht berücksichtigt worden, da ein Wellenantrieb gefordert worden sei, gegen seine eigenen Festlegungen in den Teilnahmebedingungen. Zunächst sei es schlicht falsch, dass für die Bewertung der Projektreferenzen auch die Antriebsanlage von Relevanz sei. Gemäß Pkt. 7 der Teilnahmebedingungen müssten die Referenzprojekte ausschließlich mit dem Ausschreibungsgegenstand im Hinblick auf Größe, Bauweise und Material vergleichbar sein. Die Antriebsart falle unter keinen dieser drei Parameter. Auch seien diese drei Parameter in den ersten drei Unterebenen von Pkt. 1.3.3. der Teilnahmebedingungen geregelt (vergleiche Seite 7 und 8 der Teilnahmebedingungen). Die Antriebsanlage sei daher für die Vergleichbarkeit überhaupt nicht heranzuziehen (vergleiche Seite 11 der Teilnahmebedingungen). Daher verstoße der Auftraggeber mit dem Vorwand, die Referenz "Q****" sei aufgrund ihres sogenannten Z-Antriebs nicht berücksichtigt worden, da ein Wellenantrieb gefordert worden sei, gegen seine eigenen Festlegungen in den Teilnahmebedingungen.

Bezeichnend sei in diesem Zusammenhang vor allem, dass es sich bei einem sogenannten Z-Antrieb um einen Wellenantrieb handle. "Wellenantrieb" sei der Überbegriff, ein Z-Antrieb (Synonym für zB. einen Schottelantrieb), sei eine spezielle Art eines Wellenantriebs. (Beim Z-Antrieb sei die Welle in verschiedene Teilwellen geteilt, wobei diese in Form eines "Z" angeordnet seien).

Die Ausführungen des Auftraggebers im Zusammenhang mit dem Z-Antrieb würden an den fachlichen Voraussetzungen der Bewertungskommission, die laut der Auswahlentscheidung die Referenzen geprüft habe, zweifeln lassen.

Aus all dem folge, dass die durch die Bewertungskommission erfolgte Bewertung der Referenzprojekte des Antragstellers und in weiterer Folge auch die Auswahlentscheidung und Nichtzulassung zur Teilnahme rechtswidrig seien.

Hätte der Auftraggeber tatsächlich auf eine Vergleichbarkeit der Referenzprojekte des Antragstellers mit dem ausschreibungsgegenständlichen Projekt abgestellt, hätte er zum Schluss kommen müssen, dass die Referenzprojekte im Hinblick auf Größe, Bauweise und Material inhaltlich vergleichbar seien und daher jedenfalls zu berücksichtigen gewesen wären.

Entsprechend Pkt. 12.2. der Teilnahmebedingungen wären den Referenzprojekten des Antragstellers somit auch die entsprechenden Bewertungspunkte im Rahmen der Auswahlkriterien zuzuerkennen gewesen. So hätte der

Antragsteller für das Referenzprojekt Nr. 2, "N***" und "O***" und Referenzprojekt Nr. 5, "P***", jeweils die Maximalpunktzahl von 10 erhalten müssen. Das Referenzprojekt Nr. 1, "Q***", wäre mit 5 Punkten zu bewerten gewesen. In weiterer Folge wäre der Antragsteller unter die besten drei Bewerber zu reihen und daher zur 2. Stufe des Vergabeverfahrens einzuladen gewesen.

Da der Auftraggeber die Referenzprojekte des Antragstellers entgegen seinen Festlegungen in den Teilnahmebedingungen nicht gewertet und nicht dementsprechend bepunktet habe, liege ein offenkundiger Verstoß gegen die Vorgaben in den Teilnahmebedingungen vor. Die Bewerberauswahl und damit die Nichtzulassung des Antragstellers zur Angebotsstufe seien rechtswidrig.

Die Auswahl der Bewerber für die 2. Stufe erfolge (neben dem Vorliegen von Befugnis und Zuverlässigkeit) ausschließlich über die für die Referenzen vergebenen Punkte.

Gemäß § 122 BVergG sei ein öffentlicher Auftraggeber verpflichtet, die Angebotsbewertung nur solchen Personen zu übertragen, welche die fachlichen Voraussetzungen hierfür erfüllen würden. Gemäß Paragraph 122, BVergG sei ein öffentlicher Auftraggeber verpflichtet, die Angebotsbewertung nur solchen Personen zu übertragen, welche die fachlichen Voraussetzungen hierfür erfüllen würden.

Der Grundsatz der fachkundigen Besetzung der Bewertungskommission müsse selbstverständlich auch dann gelten, wenn eine derartige Kommission nicht die Angebote selbst bewerte, sondern die Eignung bzw. Bewertung der Bewerber anhand der festgelegten Auswahlkriterien vornehme, d.h. eine Auswahlentscheidung treffe und über die (Nicht)Zulassung zur Teilnahme entscheide. Auch in diesem Fall müsse die notwendige Fachkunde bei den Mitgliedern der Bewertungskommission vorliegen.

An die Beurteilung der Fachkenntnisse der Kommissionsmitglieder sei jedenfalls ein strenger Maßstab anzulegen. Dies habe auch für die Mitglieder von Prüfungs- und Bewertungskommissionen zu gelten. Wie oben ausgeführt, seien bei der Prüfung der Referenzprojekte des Antragstellers diverse Fehler unterlaufen. So sei etwa anstatt auf die Vergleichbarkeit von Referenzen auf das Vorliegen von (in den Teilnahmebedingungen gar nicht festgelegten) Mindestbedingungen abgestellt worden, seien Kriterien heran gezogen worden, die in den Teilnahmebedingungen nicht festgelegt worden seien (etwa das Vorliegen eines Halbgleiters oder eines Einrumpfschiffes), sei ein Fahrzeug mit dem Einsatzgebiet Bodensee nicht für einen See bzw. ein Binnengewässer anerkannt sowie ein Z-Antrieb nicht als Wellenantrieb gewertet worden.

Dies führe zur Annahme, dass die Prüfung der Referenzprojekte des Antragstellers vom Auftraggeber wohl nicht solchen Personen übertragen worden sei, die die fachlichen Voraussetzungen hierfür erfüllen würden.

Der Auftraggeber nahm mit Schriftsatz vom 15.10.2010 zum Nachprüfungsantrag Stellung wie folgt:

In den Punkten 1.3.1., 1.3.2. und 1.3.3. der Teilnahmebedingungen seien im Detail der Einsatzbereich, der Verwendungszweck und die Anforderungen an das Einsatzboot definiert.

Unter anderem habe der Auftraggeber in Pkt. 1.3.3. "Anforderungen an das Einsatzboot" einleitend klar festgehalten, dass der Auftrag ein fabrikneues, vollständiges, gebrauchsfertiges Polizeidienstboot mit allen, dem heutigen Stand der Technik entsprechenden schiffbaulichen, maschinellen, elektrischen und elektronischen Einrichtungs- und Ausrüstungsgegenständen umfasse, die für ein Boot dieser Größe und den geforderten Einsatzbereich nötig seien. Aus den Anforderungen gehe klar hervor, dass es sich bei dem zu liefernden Boot in mehrfacher Hinsicht um ein Spezialboot handle, das speziellen Einsatzzwecken diene und daher mit einem "normalen" Passagierschiff nicht vergleichbar sei.

Gemäß § 19 Abs. 1 BVergG dürfe die Vergabe eines Auftrages nur an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen erfolgen. Zur technischen Leistungsfähigkeit seien in Pkt. 7 der Teilnahmebedingungen die Referenzanforderungen festgelegt: Der Bewerber habe seine Erfahrung durch Bekanntgabe von Referenzen bei der Realisierung von Leistungen, die in Art und Umfang mit dem ausgeschriebenen Leistungsgegenstand vergleichbar seien, innerhalb der letzten 10 Jahre nachzuweisen. Die Referenzaufträge müssten, um mit dem gegenständlichen Projekt vergleichbar zu sein, jedenfalls folgende Leistungen/Merkmale enthalten/aufweisen: Abgeschlossene Herstellung und Lieferung von Motorbooten die mit dem Ausschreibungsgegenstand in Größe, Bauweise und Material vergleichbar sind und dabei insbesondere folgende Eigenschaften aufweisen: Ganzjähriger Einsatz auf Binnengewässern oder Meer, Mindestauftragswert: EUR 500.000

inkl. USt. Gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG dürfe die Vergabe eines Auftrages nur an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen erfolgen. Zur technischen Leistungsfähigkeit seien in Pkt. 7 der Teilnahmebedingungen die Referenzanforderungen festgelegt: Der Bewerber habe seine Erfahrung durch Bekanntgabe von Referenzen bei der Realisierung von Leistungen, die in Art und Umfang mit dem ausgeschriebenen Leistungsgegenstand vergleichbar seien, innerhalb der letzten 10 Jahre nachzuweisen. Die Referenzaufträge müssten, um mit dem gegenständlichen Projekt vergleichbar zu sein, jedenfalls folgende Leistungen/Merkmale enthalten/aufweisen: Abgeschlossene Herstellung und Lieferung von Motorbooten die mit dem Ausschreibungsgegenstand in Größe, Bauweise und Material vergleichbar sind und dabei insbesondere folgende Eigenschaften aufweisen: Ganzjähriger Einsatz auf Binnengewässern oder Meer, Mindestauftragswert: EUR 500.000 inkl. USt.

Ein Bewerber habe mindestens zwei Referenzaufträge, die den genannten Anforderungen entsprechen würden, nachzuweisen.

Ausschreibungsunterlagen seien nach ständiger Spruchpraxis der Vergabekontrollbehörden iSd§ 914 ABGB so auszulegen, wie sie ein sachkundiger Bieter unter Berücksichtigung aller Umstände redlicher Weise verstehen müsse. Für einen verständigen, sachkundigen Bieter ergebe sich klar, dass zum Nachweis seiner technischen Leistungsfähigkeit nur solche Referenzprojekte genügen würden, welche sich auf die Herstellung und Lieferung eines dem ausgeschriebenen Polizeieinsatzboot vergleichbaren Bootes beziehen würden und damit nicht nur im Hinblick auf die Länge und Größe, sondern selbstverständlich auch im Hinblick auf den Einsatz- und Verwendungszweck vergleichbar seien. Ausschreibungsunterlagen seien nach ständiger Spruchpraxis der Vergabekontrollbehörden iSd Paragraph 914, ABGB so auszulegen, wie sie ein sachkundiger Bieter unter Berücksichtigung aller Umstände redlicher Weise verstehen müsse. Für einen verständigen, sachkundigen Bieter ergebe sich klar, dass zum Nachweis seiner technischen Leistungsfähigkeit nur solche Referenzprojekte genügen würden, welche sich auf die Herstellung und Lieferung eines dem ausgeschriebenen Polizeieinsatzboot vergleichbaren Bootes beziehen würden und damit nicht nur im Hinblick auf die Länge und Größe, sondern selbstverständlich auch im Hinblick auf den Einsatz- und Verwendungszweck vergleichbar seien.

Es gebe bei Motorbooten zwei grundlegende Konstruktionsprinzipien:

Verdränger und Gleiter. Ein Verdränger befinde sich zu jeder Zeit mit dem kompletten Unterwasserschiff im Wasser und verdränge dieses. Das Gegenteil seien Gleiter, die sich mit zunehmender Geschwindigkeit aus dem Wasser heben und auf dem Wasser zu gleiten beginnen würden. Dies sei allerdings nur bei einer bestimmten Rumpfform möglich und erfordere eine Bootsgröße und vor allem eine dem Bootsgewicht angemessene starke Antriebsleistung. Dies sei schon in der Planung der Rumpf- und Antriebskonstruktion, der Beladung und des Einsatzzweckes zu berücksichtigen, da sich am fertigen Boot diese Eigenschaft nicht mehr ändern lasse. Die Höchstgeschwindigkeit eines Verdrängers sei wesentlich geringer als die eines Gleiters und konstruktionsbedingt mit der Rumpfgeschwindigkeit begrenzt, die sich aus der Länge der Wasserlinie ergebe. Die Formel zur Berechnung der Rumpfgeschwindigkeit laute: Wurzel aus der Wasserlinienlänge in Metern $\times 4,5$ = Geschwindigkeit in km/h. Bei einer Wasserlinie von 21 Metern betrage die Höchstgeschwindigkeit eines Verdrängers 20,62 km/h. Gleiter könnten dagegen ein Vielfaches ihrer Rumpfgeschwindigkeit erreichen. Für Rettungs- und Polizeieinsätze seien Verdränger auf Grund ihrer geringen Geschwindigkeit schlicht ungeeignet. Dementsprechend sehe die Ausschreibung eine Mindestgeschwindigkeit von 37 km/h vor.

Es liege in der Natur der Sache, dass ein Forschungsschiff oder ein herkömmliches Passagierschiff nicht mit einem Polizei-Einsatzboot vergleichbar sei, da die Anforderungen an derartige Schiffstypen von Grund auf unterschiedlich seien. Keine der vom Antragsteller vorgelegten Referenzen sei wie gefordert, mit dem Ausschreibungsgegenstand "Polizei-Einsatzboot" gemäß den in den Teilnahmebedingungen festgelegten Anforderungen vergleichbar gewesen.

Zur Referenz Nr. 1, "Q***":

Dabei handle es sich um ein als Verdrängerfahrzeug konstruiertes Forschungsschiff, das laut Angabe des Antragstellers eine Höchstgeschwindigkeit von 20 km/h und damit die geforderte Mindestgeschwindigkeit von 37 km/h nicht einmal annähernd erreiche. Damit sei der Q*** mit dem Ausschreibungsgegenstand nicht vergleichbar.

Zu den Referenzen Nr. 2, "N***" und "O***" und Referenz Nr. 5, "P***":

Hierbei handle es sich um Katamarane für die Passagierschifffahrt, die eine Passagierkapazität von über 180 Personen aufweisen würden. Diese Schiffe seien mit einem Polizei-Einsatzboot nicht annähernd vergleichbar, weil die Bauweise als Fahrgastschiff mit Doppelrumpf nicht mit den in den Teilnahmebedingungen geforderten Anforderungen vergleichbar sei.

Die Referenzen Nr. 3, 4, 6 und 7 würden auf Grund des geringen Auftragswertes die geforderten Mindestauftragssummen nicht erfüllen.

Der Antragsteller habe kein einziges Polizei-Einsatzboot, sonstiges Einsatzboot oder auch nur annähernd vergleichbares Boot als Referenz vorweisen können, was ein Blick auf die beigelegten Fotos belege. Das Ausscheiden des Antragstellers sei somit zu Recht erfolgt. Der Auftraggeber sei von seinen Teilnahmebedingungen weder abgewichen noch habe er neue Kriterien bei der Bewertung angelegt.

Der Antragsteller wäre auf Grund der laut seinem Antrag gemäß Pkt. 12.2. "Bewertung der Teilnahmeanträge" zu vergebenden Punktezahl nicht unter die besten drei Teilnahmeanträge gereiht worden, sodass er in keinem Fall zur zweiten Stufe des Verfahrens zuzulassen gewesen wäre. Selbst bei Vorliegen der aufgezeigten Verstöße hätten diese somit keinen Einfluss auf den Ausgang des Verfahrens gehabt und zu keiner Zulassung des Antragstellers zur zweiten Stufe des Verfahrens geführt, weshalb diese für den Ausgang des Vergabeverfahrens nicht von wesentlichem Einfluss seien.

In einer Replik vom 27.10.2010 zur Stellungnahme des Auftraggebers vom 15.10.2010 brachte der Antragsteller zusammengefasst vor:

Die vom Auftraggeber ins Treffen geführten Voraussetzungen für die Nichtzulassung des Antragstellers zur Angebotsstufe würden nicht vorliegen. Der Auftraggeber gestehe in seiner Stellungnahme mehrfach selbst den Verstoß gegen seine eigenen Festlegungen in den Teilnahmebedingungen ein. Zudem entbehre die Auswahlentscheidung jeglicher Nachvollziehbarkeit. Diese sei im Zeitpunkt ihrer Erlassung auch nicht hinreichend begründet gewesen. Die fachlich nicht korrekte Zusammensetzung der Bewertungskommission habe der Auftraggeber nicht einmal bestritten.

Der Auftraggeber führe in der Prüfniederschrift als Parameter für die Vergleichbarkeit neben Größe, Bauweise und Material auch den Parameter "Motorboote; Herstellung und Lieferung von Motorbooten mit dem Ausschreibungsgegenstand vergleichbar, Halbgleiter auf Grund der geforderten Geschwindigkeit", an.

Nicht nachvollziehbar sei, wo in den Teilnahmebedingungen ein Halbgleiter auf Grund der geforderten Geschwindigkeit gefordert sei. Unklar sei mangels ausdrücklicher Erklärung in den Teilnahmebedingungen auch, warum ein Halbgleiter (Anmerkung: gemeint wohl Verdränger) nicht vergleichbar sein solle.

Insbesondere sei auch nicht festgelegt worden, dass im Zusammenhang mit der Bootsgröße Abweichungen von deutlich mehr als 30 % dazu führen würden, dass eine Projektreferenz nicht mehr gewertet werde. Wenn auf Grund der Teilnahmebedingungen überhaupt ein Halbgleiter gefordert gewesen wäre - was bestritten werde - wäre das Referenzprojekt Nr. 1, "Q***", jedenfalls mit einem Halbgleiter vergleichbar. Schlicht falsch sei auch, dass es sich bei einem Z-Antrieb um keinen Wellenantrieb handle.

Den Referenzprojekten Nr. 2, "N***" und "O***" sowie dem Referenzprojekt Nr. 5, "P***", mangle es laut Niederschrift an der Vergleichbarkeit, da die Bauweise mit Doppelrumpf nicht dem ausgeschriebenen Polizeiboot entspreche. Auch würde die Bootsgröße mehr als 30 % über der geforderten Länge von 21 Metern liegen. Ferner wären die Aufbauten in der Bauweise nicht vergleichbar.

Nicht nachvollziehbar sei, wo in den Teilnahmebedingungen ein Einrumpfschiff gefordert werde. Unklar sei mangels ausdrücklicher Erklärung in den Teilnahmebedingungen auch, warum ein Zweirumpfschiff nicht vergleichbar sein solle. Auch sei nicht festgelegt worden, dass im Zusammenhang mit der Bootsgröße Abweichungen von deutlich mehr als 30 % dazu führen würden, dass eine Projektreferenz nicht gewertet werde.

Vor allem sei die Bauweise der Aufbauten ausdrücklich nicht als Parameter für die Vergleichbarkeit festgelegt worden, denn bei der Bauart werde laut Pkt. 1.3.3. der Teilnahmebedingungen alleine auf eine Knickspant-Bauweise mit Längsbändern und Querspanten sowie eine Doppelruderanlage abgestellt.

Der Auftraggeber habe bei der Bewertung der Referenzprojekte des Antragstellers sohin in den

Teilnahmebedingungen gar nicht festgelegte Kriterien herangezogen. Auch seien diverse Vergleichsmaßstäbe als ohne Abweichung zu erfüllende Mindestbedingungen herangezogen worden. Daher sei auch die Auswahlentscheidung unzureichend begründet und daher nichtig.

Die Begründungspflicht für Zuschlags- und Widerrufsentscheidungen müsse auch für Auswahlentscheidungen gelten. Alleine entscheidend sei, dass einem Unternehmer die tatsächlichen exakten Gründe für eine Entscheidung für die Auswahlentscheidung im Zeitpunkt der Erlassung dieser Entscheidung bekannt seien. Der Auftraggeber habe es jedoch unterlassen, dem Antragsteller nachvollziehbare Argumente für die Nicht-Zulassung zur Teilnahme mitzuteilen. Die Auswahlentscheidung und die Nicht-Zulassung zur Teilnahme seien daher bereits aus formalen Gründen rechtswidrig. Eine unzureichende Begründung könne auch durch ein "Nachschieben" von Gründen nicht mehr saniert werden. Die Festlegungen in den Teilnahmebedingungen seien widersprüchlich, da sich gemäß Pkt. 7 die Vergleichbarkeit auf Größe, Bauweise und Material beziehe, für die Bepunktung gemäß der Auswahlkriterien des Pkt. 12.2. der Teilnahmebedingungen jedoch ausschließlich das Material des Referenz-Bootes relevant sein solle. Die Auswahlkriterien würden keine objektiv nachvollziehbare Entscheidung ermöglichen, sodass ein zwingender Widerrufsgrund vorliege. Zudem sei die hier rechtswidrige Wahl des Verhandlungsverfahrens (der Ausnahmetatbestand des § 29 Abs. 1 Z 2 BVergG, Unmöglichkeit der globalen Preisgestaltung, liege nicht vor) ein zwingender Widerrufsgrund. Die Begründungspflicht für Zuschlags- und Widerrufsentscheidungen müsse auch für Auswahlentscheidungen gelten. Alleine entscheidend sei, dass einem Unternehmer die tatsächlichen exakten Gründe für eine Entscheidung für die Auswahlentscheidung im Zeitpunkt der Erlassung dieser Entscheidung bekannt seien. Der Auftraggeber habe es jedoch unterlassen, dem Antragsteller nachvollziehbare Argumente für die Nicht-Zulassung zur Teilnahme mitzuteilen. Die Auswahlentscheidung und die Nicht-Zulassung zur Teilnahme seien daher bereits aus formalen Gründen rechtswidrig. Eine unzureichende Begründung könne auch durch ein "Nachschieben" von Gründen nicht mehr saniert werden. Die Festlegungen in den Teilnahmebedingungen seien widersprüchlich, da sich gemäß Pkt. 7 die Vergleichbarkeit auf Größe, Bauweise und Material beziehe, für die Bepunktung gemäß der Auswahlkriterien des Pkt. 12.2. der Teilnahmebedingungen jedoch ausschließlich das Material des Referenz-Bootes relevant sein solle. Die Auswahlkriterien würden keine objektiv nachvollziehbare Entscheidung ermöglichen, sodass ein zwingender Widerrufsgrund vorliege. Zudem sei die hier rechtswidrige Wahl des Verhandlungsverfahrens (der Ausnahmetatbestand des Paragraph 29, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG, Unmöglichkeit der globalen Preisgestaltung, liege nicht vor) ein zwingender Widerrufsgrund.

Bei den Referenzprojekten des Antragstellers handle es sich gerade um Spezialboote für den Einsatz am Bodensee und daher um keine "normalen" Passgierschiffe, die jedenfalls mit dem ausschreibungsgegenständlichen Polizeiboot vergleichbar seien. Damit habe der Antragsteller - wie in Pkt. 7 der Teilnahmeunterlagen gefordert - nachgewiesen, dass er in der Lage sei, die ausgeschriebenen Leistungen zu erbringen.

Die Bundespolizei Deutschland setze am Bodensee Polizeiboote ein, welche Verdränger seien. Hiermit bestätige der Auftraggeber offenkundig seine fehlende Kenntnis betreffend den Ausschreibungsgegenstand.

Für die Bewertung der Projektreferenzen sei die Mindestgeschwindigkeit völlig irrelevant. Vergleichsmaßstäbe seien allein Größe, Bauweise und Material des Schiffes, sodass die Heranziehung der Geschwindigkeit als Parameter eindeutig rechtswidrig sei.

Ohnedies hätte der Auftraggeber die genaue Bauweise (etwa Verdränger, Gleiter oder Halbgleiter) erst in den Ausschreibungsunterlagen festzulegen.

Selbstverständlich sei auch die Größe der gegenständlichen Referenzprojekte (Anm.: Katamaran) jedenfalls vergleichbar. Hier befinde man sich in einem Divergenzbereich von lediglich rund 10 Metern. Selbstverständlich sei auch die Größe der gegenständlichen Referenzprojekte (Anmerkung, Katamaran) jedenfalls vergleichbar. Hier befinde man sich in einem Divergenzbereich von lediglich rund 10 Metern.

Der Antragsteller hätte für das Referenzprojekt Nr. 2, "N****" und "O****" und Referenzprojekt Nr. 5, "P****", jeweils die Maximalpunktzahl von 10 erhalten müssen, die Referenz Nr.1, "Q****", wäre mit 5 Punkten zu bewerten gewesen. Bei vergaberechtskonformer Bewertung wäre der Antragsteller unter die besten drei Bewerber und damit zur 2. Verfahrensstufe einzuladen gewesen. Die Vergabeverstöße seien daher von wesentlichem Einfluss auf das Vergabeverfahren.

Mit Schriftsatz vom 2.11.2010, beim BVA eingelangt am 3.11.2010, erstattete der Auftraggeber eine weitere Äußerung:

Zu beurteilen sei, ob die Entscheidung des Auftraggebers, das Angebot des Antragstellers auszuschneiden, gemessen an den konkreten Vorgaben der Ausschreibung betreffend die technische Leistungsfähigkeit zu Recht erfolgt sei. Ob der hier geforderte Eignungsnachweis durch den Gegenstand des Auftrages gerechtfertigt sei, sei vom Bundesvergabeamt nicht zu beurteilen. Folge man der Betrachtung des Antragstellers, wonach es allein auf die Bauweise, die Größe oder das Material des Bootes ankomme, hätte auch ein Segelboot als Referenz genügt, solange dieses nur vergleichbar groß oder aus einem vergleichbaren Material gebaut sei. Von jedem verständigen Bieter könne erwartet werden, dass er erkenne, dass sich der Inhalt der verlangten Referenzen am Leistungsinhalt orientiere.

Die Mindestgeschwindigkeit von 37 km/h spiele eine wesentliche Rolle. Selbst ohne diese explizite Festschreibung einer Mindestgeschwindigkeit von 37 km/h verstünde es sich von selbst, dass dem Einsatzzweck nur ein Boot mit einer höheren Einsatzgeschwindigkeit gerecht werde. Damit würden Verdränger auf Grund ihrer Bauart von vornherein als ungeeignet ausscheiden, da diese nicht über die erforderliche Geschwindigkeit verfügen und damit nicht als Einsatzboot in Frage kommen würden.

Die Forderung nach einem Einrumpfschiff ergebe sich klar aus den Vorgaben der vorgesehenen Raumaufteilung. Die Raumaufteilung eines Fahrgastschiffes weiche signifikant von der vom Auftraggeber vorgegebenen Raumaufteilung für das Polizei-Einsatzboot ab.

Eine Widersprüchlichkeit der Teilnahmeunterlagen im Hinblick auf die Bewertung liege nicht vor. Zudem habe der Antragsteller die Anfechtungsfrist gemäß § 321 Abs. 1 BVergG verstreichen lassen. Die Auswahlkriterien würden eine objektiv nachvollziehbare Auswahlentscheidung ermöglichen. Eine Widersprüchlichkeit der Teilnahmeunterlagen im Hinblick auf die Bewertung liege nicht vor. Zudem habe der Antragsteller die Anfechtungsfrist gemäß Paragraph 321, Absatz eins, BVergG verstreichen lassen. Die Auswahlkriterien würden eine objektiv nachvollziehbare Auswahlentscheidung ermöglichen.

Die Wahl des Vergabeverfahrens sei zu Recht erfolgt und zudem bestandsfest geworden. Neben der Lieferung des Einsatzbootes umfasse der Leistungsgegenstand nämlich zahlreiche weitere, teilweise in weiter Zukunft zu erbringende Leistungen, wie insbesondere Wartungsleistungen oder die Ersatzteilversorgung für 30 Jahre, die eine vorherige globale Preisgestaltung nicht zulassen würden.

Die vom Auftraggeber eingesetzte Bewertungskommission habe aus folgenden, hinreichend erfahrenen und sachkundigen Personen, bestanden:

K*** sei Mitarbeiter des Referates "Fahrzeugwesen" des BMI. Er sei beim Auftraggeber für Fahrzeuge aller Art technisch zuständig und verfüge über entsprechende technische Kenntnisse und Erfahrungen.

D*** sei erster Polizeihauptkommissar und Leiter der Wasserschutzpolizeizentrale Bayern. Er sei von 1999 bis 2006 Leiter des Sachbereiches "Technik" der damaligen Wasserschutzpolizei - Direktion Bayern gewesen. Er habe die Wasserschutzpolizeischule Hamburg, unter anderem im Bereich Schifftechnik und den Motorenlehrgang bei der Firma C*** und eine interne Technikerausbildung von 1996 bis 1999 absolviert. Er verfüge über das Befähigungszeugnis zum Führen von Dienstbooten der Bayerischen Wasserschutzpolizei. Er verfüge über langjährige Berufserfahrung mit Booten, habe zahlreiche Leistungsbeschreibungen für die Beschaffung von Booten und auch Polizeibooten erstellt, sei vielfach in die Abnahme von Booten eingebunden gewesen, habe Verhandlungen in Bootswerften geführt und kenne den Markt sowie auch die technischen Anforderungen sehr genau. Herr D*** sei ein ausgewiesener Experte.

E*** sei stellvertretender Bezirkspolizeikommandant von Bregenz. Ihm obliege die Koordination des Projektes im Auftrag des Landespolizeikommandos Vorarlberg.

Abteilungsinspektor F*** sei Leiter der Polizeiinspektion Hart, in deren Zuständigkeitsbereich das zu beschaffende Boot stationiert werden solle. Er verfüge über langjährige Erfahrung im Praxisbetrieb von Polizeibooten und sei Inhaber des Bodenseeschiffahrtspatentes Kategorie A/D (Motorboot/Segelboot).

G*** sei Vergabebjuristin des Auftraggebers und verfüge über langjährige Erfahrung im Zusammenhang mit Vergabeverfahren.

Amtsdirktorin H*** sei Mitarbeiterin der Beschaffungsabteilung des Auftraggebers und verfüge ebenso über langjährige Erfahrung im Zusammenhang mit Vergabeverfahren.

Die vom Auftraggeber eingesetzte Kommission erfülle die Anforderungen. Sie sei aus einschlägig erfahrenen

Technikern, Vergabekjuristen und Vertretern der Bedarfsträger zusammengesetzt, sodass eine fachkundige Bewertung unter Beachtung vergaberechtlicher Vorgaben sichergestellt gewesen sei. Der Vorwurf, die Mitglieder der Kommission seien zu einer objektiven Auswahlentscheidung fachlich nicht in der Lage, gehe ins Leere.

Am 3.11.2010 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesvergabebeamt statt, in der die Parteien im Wesentlichen vorbrachten:

1. 1.Ziffer eins

Allgemeines:

Der Dienstleistungsanteil am gegenständlichen Auftragsvorhaben (Wartung, Ersteinschulung des Personals) wurde vom Auftraggeber als im nicht überwiegenden Anteil liegend, bezeichnet.

Zum in den Teilnahmebedingungen verwendeten Begriff der "Gesamtreferenz" vertraten Auftraggeber und Antragsteller dasselbe Verständnis, dass es sich hierbei um die komplette Lieferung und Herstellung eines Gesamtbootes und nicht bloß um Teilleistungen zu handeln habe.

1. 2.Ziffer 2

Zu den Referenzen:

- -Strichaufzählung

Zur Bauweise eines Schiffes und zur Referenz Nr. 1 (Q***):

Der Auftraggeber (Herr D***) führte aus, dass die Bauweise eines Schiffes etwa nach Rumpfformen (Gleiter-Verdränger, mit Unterform Halbgleiter) eingeteilt werden könne. Bei Standardpolizeibooten würde üblicherweise der Halbgleiter als Bauweise gewählt. Es gebe zwar auch Polizeiboote als Verdränger, jedoch nur dann, wenn der Geschwindigkeitsaspekt nicht im Vordergrund stünde.

Beim Verdränger bleibe die Eintauchung des Rumpfes im Wasser ständig gleich. Der Verdränger "sei in seinem Wellensystem gefangen" und in der Geschwindigkeit durch seine Rumpfgeschwindigkeit beschränkt. Die Höchstgeschwindigkeit eines Verdrängers in km/h sei mit der Formel Wurzel aus Wasserlänge in Metern x 4,5 zu ermitteln. Der Antragsteller (Herr B***) bestätigte dies.

Herr D*** erläuterte weiter, dass sich der Gleiter mit zunehmender Geschwindigkeit aus seinem Wellensystem heraus hebe, dann auf der Wasseroberfläche gleite und schneller als seine Rumpfgeschwindigkeit fahren könne. Der Halbgleiter sei ein "Mittelding". Der Halbgleiter könne sich teilweise, jedoch nicht ganz aus dem Wasser heben. Das Heck hebe sich etwas an, bleibe aber grundsätzlich im Wasser. Der Halbgleiter könne schneller als seine Rumpfgeschwindigkeit fahren. Es gebe beim Halbgleiter Rumpfe, die eher nach dem Prinzip eines Gleiters und Rumpfe, die eher nach dem Prinzip eines Verdrängers, gebaut seien.

Die geforderte Halbgleitereigenschaft ergebe sich jedenfalls aus der in den Teilnahmebedingungen festgeschriebenen zu erreichenden und zu haltenden Mindestgeschwindigkeit des ausgeschriebenen Polizeibootes von 37 km/h in Verbindung mit der vorgegebenen Länge von ca. 21 Metern. Daraus folge, dass kein Verdränger angeboten werden könne. Ein Verdränger in dieser Länge könne aufgrund seiner Rumpfgeschwindigkeit von 20 km/h die verlangten 37 km/h (auch mit stärkerer Motorisierung) nicht erreichen. Der Verdränger schiebe die Welle vor sich her und könne sich aufgrund seiner Rumpfform nicht auf die Welle schieben. Der Rumpf eines Verdrängers könne zwar modifiziert werden, dann handle es sich jedoch bereits um einen Halbgleiter.

Herr B*** replizierte, dass grundsätzlich zwei Themenkomplexe, die Bauweise und die Eigenschaften eines Schiffes, zu unterscheiden seien. Es gebe verschiedene Fahrzustände, sodass Herrn D*** insofern bezüglich seiner Ausführungen zur Rumpfform (Halbgleiter, Gleiter, Verdränger) Recht zu geben sei. Die Übergänge zwischen den verschiedenen Rumpfformen seien fließend. In der Stahlschiffbaugeschichte gebe es zwei Hauptformen, nämlich die Querspantbauweise und die Längsspantbauweise. Die Querspan- und die Längsspantbauweise seien sowohl für Gleiter als auch für Verdränger verwendbar. Im Metallschiffbau sei derzeit die Längsspantbauweise Standard. Dabei seien die in Rahmen und Schotten eingebundenen Längsspannten die haupttragende Struktur. Bei reiner Querspantbauweise gebe es keine Längsspannten, da gebe es deutlich mehr Querspannten oder Rahmen.

Der Rumpf sei praktisch die Außenhaut, die Hülle eines Schiffes. Für die Hülle eines Schiffes gebe es verschiedenste Materialien, die auf verschiedene Weise verarbeitet werden könnten (durch Verformen, Biegen, Schneiden). Je nach

Wahl der Verarbeitungsart seien Knickspantbauweise und Rundspantbauweise zu unterscheiden. Bei Booten, wie dem hier Geforderten, würde heutzutage im Allgemeinen die Knickspantbauweise vorliegen. Die Außenhaut eines Knickspanter werde durch Knicke charakterisiert. Unter Bauweise verstehe er 1. die Längs- oder Querspantbauweise und 2. (nachgeordnet), die Knick- oder Rundspantbauweise. Laut Teilnahmebedingungen werde für das ausgeschriebene Boot eine Knickspantbauweise verlangt.

Der Antragstellervertreter wendete ein, dass die Nichtberücksichtigung der Referenzen des Antragstellers in der Auswahlentscheidung nicht mit der Bauart, sondern allein mit dem Fahrzustand (Gleiter, Verdränger) erfolgt und damit gegen die Teilnahmebedingungen verstoßen worden sei.

Herr D*** stimmte den Ausführungen von Herrn B*** zur Einteilung in Längsspanten und Querspanten einerseits und Rundspantern und Knickspantern andererseits, zu, traf jedoch die Feststellung, dass mit der Aussage von Herrn B***, dass ein Boot als Rund- oder Knickspanter gebaut werden könne, gleichzeitig eine bestimmte Rumpfform und damit Bauweise vorgegeben sei. Der Auffassung von Herrn B***, dass die Bauweise nichts mit der Rumpfform zu tun habe, könne er nicht folgen. Üblicherweise würden Halbgleiter, jedenfalls im Polizeibootbau, als Knickspanter gebaut werden. Damit sei klar, dass, wenn über die Bauweise eines Bootes gesprochen werde, gleichzeitig damit auch über die Rumpfform gesprochen werde. Mit der Vorgabe einer bestimmten Spantbauweise werde auch eine bestimmte Rumpfform und damit Bauweise vorgegeben. Dies ergebe sich auch zwingend aus den Ausführungen von Herrn B***, worin er auf Rundspant- /Knickspantbauweise hinsichtlich der Bauweise verweise. Auch ein Verdränger könne als Knickspanter gebaut werden, allerdings nicht mit der für das ausgeschriebene Polizeiboot verlangten Geschwindigkeit. Der Verdränger würde als langsames Schiff häufig als Rundspanter gebaut. Die in den Teilnahmebedingungen für das Polizeiboot geforderte Knickspantbauweise sei ein Indiz für einen Halbgleiter.

Auf Frage der Vorsitzenden, woraus ungeachtet der Tatsache, dass für das ausgeschriebene Boot eine Mindestgeschwindigkeit von 37 km/h verlangt werde und ein Verdränger in der ausgeschriebenen Länge von 21 Metern diese Geschwindigkeit nicht erreichen könne, zu schließen sei, dass kein Halbgleiter anzubieten sei bzw. auch ein Verdränger angeboten werden könne, gab Herr B*** an, dass er dies aus den Teilnahmebedingungen (Bauart, Knickspantbauweise mit Längsbändern und Querspanten) ableite. "Durch Vorgabe von unheimlich viel Energie könne ein Verdrängerrumpf zum Gleiten gebracht werden".

Herr D*** bezeichnete dies als rein theoretische Erörterung, da in Folge des unheimlich großen Energieaufwandes die Kombination (Gleiterfordernis und Verdränger) in der Praxis nicht gewählt werde, was jedem "vom Fach" klar sei. Freiwillig, also bewusst werde ein Verdränger mittels seiner Motorleistung jedenfalls nicht über seine Rumpfgeschwindigkeit gebracht. Dies könne allerdings etwa im Seegang, wenn das Schiff in das Wellental fahre, passieren.

Herr B*** bestätigte dies.

Herr B*** verwies darauf, dass die seinem Schriftsatz angeschlossenen Bilder zu Polizeibooten von ca. 21 Metern Länge als Verdränger konstruiert seien und 40 km/h erreichen könnten.

Herr D*** hielt dem entgegen, dass es sich hierbei um das alte Polizeiboot der WSP Lindau und somit um einen typischen Halbgleiter handle, der in Teilen als Verdränger gebaut sei, wobei das Achterschiff zur Erzielung von Gleiteigenschaften flach gebaut worden sei.

Herr B*** wiederholte, dass Rumpfform und Geschwindigkeit mit der Bauweise nichts zu tun hätten.

Herr D*** führte an, dass sich das Fahrverhalten wesentlich ändern würde, würde ein Verdränger in der besagten Länge - unter unvernünftig hohem Energieeinsatz - tatsächlich 40 km/h erreichen. Es würde sich eventuell die Steuerfähigkeit ändern, die Wasserströmungen am Rumpf wären unterschiedlich. Dies seien rein theoretische Überlegungen, da dies in der Praxis als wirtschaftlich unvernünftig nicht gemacht werde.

Zum Antrieb gab Herr B*** an, dass der "Q***", wie auch dessen Beiboot, über einen Z-Antrieb verfügen würde. Unter Z-Antrieb sei das zu verstehen, was in seinem Schriftsatz als Schottelantrieb beschrieben worden sei.

Herr D*** entgegnete, dass ein Z-Antrieb selbstverständlich über Wellen verfüge, jedoch im Schiffsbau jedermann klar sei, dass ein Wellenantrieb etwas anderes, nämlich kein Z-Antrieb sei.

Herr B*** bemerkte dazu, dass er darunter einen Festpropellerantrieb verstehe, worunter Herr D*** einen Wellenantrieb verstehe.

Herr D*** resümierte, dass dies bestätigen würde, dass das Verständnis des Herrn B*** zum Wellenantrieb dasselbe wie sein Verständnis sei.

Das Halbleitererfordernis sei - so Herr D*** - auch aus dem Verwendungszweck als Polizeiboot, das im Einsatzfall rasch zur Stelle zu sein habe, ableitbar.

Zur Doppelruderanlage erklärte Herr D***, dass dies bedeute, dass es zwei Motoren gebe und dass ein Wellenantrieb und kein Z-Antrieb im Sinne des Verständnisses von Herrn B*** verlangt würden.

Herr B*** entgegnete, dass der Schottelantrieb Wellenantrieb und Ruderanlage in Einem vereine.

Herr D*** stellte dies außer Streit, wies allerdings darauf hin, dass dies der Ausschreibung widerspreche, wonach Wellenanlage und Doppelruderanlage getrennt voneinander gefordert seien. Bei der vereinten Konstruktion handle es sich um eine völlig andere Konstruktion für Antriebs- und Ruderanlagen, die mit dem Ausgeschriebenen nicht vergleichbar sei. Antriebs- und Ruderanlage seien getrennt gewollt und daher auch bewusst so ausgeschrieben worden.

Herr B*** räumte ein, dass Antriebs- und Ruderanlage zwar tatsächlich getrennt voneinander ausgeschrieben worden seien, seine Konstruktion dem jedoch technisch vergleichbar sei, da jeder Schiffsantrieb aus den gleichen Schiffsbauteilen bestehe.

Herr D*** widersprach dem, da beim Schottelantrieb das Ruderblatt nicht vorhanden sei, sodass beim Z-Antrieb durch das fehlende Ruderblatt auch die Steuerfähigkeit im Falle eines Motorausfalles weg falle.

Der Antragstellervertreter bemerkte, dass selbst wenn der Antrieb ein Vergleichskriterium wäre, die Vergleichbarkeit erfüllt wäre und beantragte zur Klärung dieser Frage die Bestellung eines Sachverständigen.

- -Strichaufzählung

Zu den Referenzen Nr. 2 (N*** und O***), (Katamarane):

Herr D*** erklärte, dass es jedenfalls im Behördenbereich keinen Katamaran von 21 Metern Länge und 5,3 Metern Breite gebe, da das ausgeschriebene Längen- und Breitenverhältnis 1:4 üblicherweise bei Katamaranen nicht bestehe.

Zu den Anhaltspunkten für einen Katamaran in den Teilnahmebedingungen nannte Herr D*** die ausgeschriebene Raumaufteilung, die bei einem Katamaran nicht erreichbar wäre. Es sei ein Motorenraum bzw. ein Maschinenraum ausgeschrieben, beim Katamaran müsste man jedoch in jedem Schwimmer (Rumpf) einen Motor unterbringen. Wie und ob es technisch möglich wäre, einen Katamaran mit einem Maschinenraum zu konstruieren, wären Vermutungen. In der Praxis verhalte es sich so, dass ein Katamaran - wie auch die Referenzboote des Antragstellers - nicht einen, sondern zwei Maschinenräume habe.

Der Antragstellervertreter entgegnete, dass die Raumaufteilung kein Vergleichsmaßstab sei.

Unter Verweis auf seine Ausführungen zur Bauweise eines Schiffes vertrat Herr B*** die Auffassung, dass die Bauweise eines Schiffes mit den Rümpfen nichts zu tun habe.

Herr D*** ergänzte im Bezug auf die Raumaufteilung, dass unter dem Unterpunkt "Raumaufteilung" in den Teilnahmebedingungen neben dem Motorenraum auch Vorpiek und Achterpiek jeweils im Singular genannt seien und es diese beim Katamaran jeweils in doppelter Ausführung gebe.

Der Antragstellervertreter entgegnete, dass die exakte Raumaufteilung erst in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt würde.

Herr D*** verneinte dies und wies darauf hin, dass mit der Vorgabe einer bestimmten Raumaufteilung in der ersten Stufe des Vergabeverfahrens davon in der zweiten Stufe des Vergabeverfahrens nicht mehr abgewichen werden könne. Die Anzahl von Vorpieks, Achterpieks und Motorenraum sei in den Teilnahmebedingungen unveränderbar jeweils mit der Einzahl festgelegt. Eine spätere Abänderung auf eine "doppelte" Ausführung in den Ausschreibungsunterlagen würde bedeuten, dass ein völlig anderes Schiff gebaut würde. In der ersten Stufe als geeignet befundene Bieter müssten in der zweiten Verfahrensstufe ausgeschlossen werden, wenn diese dann zum Bau eines Katamarans gar nicht in der Lage sein sollten.

Der Antragstellervertreter hielt fest, dass in den Teilnahmeantragsunterlagen kein Doppelrumpfschiff gefordert sei und dass in der Auswahlentscheidung nicht nachvollziehbar dargelegt worden sei, weshalb ein Doppelrumpfschiff mit einem Einrumpfschiff nicht vergleichbar sein solle.

Herr D*** erläuterte, dass ein Doppelrumpfschiff ein anderes Fahr- und Seegangsverhalten als ein Einrumpfschiff habe und dies seines Wissens nach in Fachkreisen unumstritten sei. Ein Katamaran würde sich aufgrund seiner größeren Breite im Fahrverhalten einschließlich Wendigkeit und Manövrierfähigkeit anders als ein Einrumpfschiff verhalten. Bei einem in Bewegung befindlichen Zweischraubenschiff habe (anders als im Stillstand) das Verhältnis von Länge und Breite Einfluss auf dessen Wendekreis. Wendekreis wie auch Raumaufteilung seien für den konkreten Verwendungszweck als Polizeieinsatzboot von Bedeutung. Es sei deshalb bewusst ein Einrumpfschiff ausgeschrieben worden. Ein Zweirumpfschiff benötige zunächst auf jeden Fall mehr Platz als ein Einrumpfschiff und auch das Fahrverhalten beim Wenden sei anders als jenes eines Einrumpfschiffes.

Der Antragstellervertreter hielt fest, dass das Fahrverhalten nicht als Vergleichsmaßstab in den Teilnahmebedingungen festgelegt worden sei.

Der um 13.15 Uhr in den Verhandlungssaal gebetene Herr F***, Polizeiinspektion Hart, Seedienst, gab an, dass er das zu beschaffende Polizeiboot steuern werde und auch das derzeit noch im Einsatz befindliche, durch das neue Boot zu ersetzende Polizeiboot, steuere. Er sei Leiter der Außenstelle. Er habe das Bodenseeschiffahrtspatent sei 1991 und sei schon auf verschiedensten Booten, jedoch auf keinem Einsatzboot als Katamaran gefahren und habe auch noch kein Katamaraneinsatzboot gesehen oder von der Existenz eines solchen gehört.

Dass die Referenzkatamarane 48 km/h fahren würden, stellte Herr D*** nicht in Abrede. Herr D*** erklärte dies damit, dass es sich um Halbgleiter handle.

Herr D*** erläuterte, dass Länge und Breite des ausgeschriebenen Einsatzbootes im Hinblick auf die gewünschte Raumaufteilung und Seetüchtigkeit festgelegt worden seien.

Herr F*** ergänzte, dass die verlangten Maße in etwa den Maßen des derzeit im Einsatz befindlichen Polizeibootes entsprechen würden, die Breite allerdings um 1,5 m auf 5,3 m erweitert worden sei, um eine bessere Seetüchtigkeit zu erzielen. Im Vorfeld sei hierzu bei der I***, ein Gutachten zur Seetüchtigkeit eines Bootes mit den nun ausgeschriebenen Maßen in Auftrag gegeben worden. Aus diesem Gutachten gehe eindeutig hervor, dass die Verbreiterung auf 5,3 Meter die gewünschte Verbesserung im Seegangverhalten mit sich bringen werde. Die nunmehr festgelegten Maße seien dem Auftraggeber aufgrund der vom Seeforschungsinstitut gesammelten Wellen- und Winddaten des Bodensees von der I*** empfohlen worden.

Herr D*** hielt fest, dass für ein Schiff im Einsatzgebiet des Bodensees allgemein eine Länge von 22 bis 24 Metern als ideal gelte. Hierzu gebe es bereits ein Gutachten aus dem Jahre 1977 der Schiffsbauversuchsanstalt Duisburg zu einem damals von der Bodanwerft gebauten bayerischen Einsatzboot.

Die Anforderungen an die Einsatzbedingungen eines Einsatzbootes seien auf extreme Wetterlagen abgestimmt, was beim Passagierschiff nicht der Fall sei, da dieses bei extremen Wetterlagen nicht mehr auslaufe.

Herr B*** widersprach dem unter Berufung darauf, dass die Rümpfe der Referenzschiffe sogar nach höheren Anforderungen (nach dem germanischen LLOYD) zertifiziert und abgenommen seien.

Im Zusammenhang mit der Festlegung einer maximal zulässigen Größenabweichung von 30 Prozent von der ausgeschriebenen Größe in der Prüfniederschrift erklärte Herr D***, dass sich diese Grenze aus der erwähnten Ideallänge für den Bodensee von 20 bis 24 Metern ergebe. Alle Referenzen von Bewerbern, die innerhalb dieser Bandbreite gelegen wären, seien im Hinblick auf den Größenaspekt akzeptiert worden.

Der Antragstellervertreter wendete ein, dass die 30%-Marke in den Teilnahmebedingungen nicht festgelegt worden sei.

Übereinstimmend wurde im Protokoll festgehalten, dass ein sachverständiger Bieter wisse, was unter den in den Teilnahmebedingungen aufscheinenden Anforderungen an die Vergleichbarkeit von Bauweise, Größe und Material zu verstehen sei.

Herr D*** gab zu Protokoll, dass sich die drei Katamarane, wie im Formblatt 3 zum Teilnahmeantrag angegeben, nur hinsichtlich der "Bistrobestuhlung von P***" voneinander unterscheiden würden. Es handle sich um baugleiche Schiffe.

1. 3.Ziffer 3

Zur Bewertungskommission:

Der Auftraggeber stellte fest, dass mit der Prüfung der allgemeinen Leistungsfähigkeit Frau G***, Frau H*** und Frau J*** befasst gewesen seien und verwies hiezu auf den Vergabeakt.

Zur Prüfung der technischen Leistungsfähigkeit (Referenzen) sei technischer Sachverstand zugezogen worden. Herr D***, Herr F*** (unter dem Gesichtspunkt des zukünftigen Bootsführers und einsatztaktischen Verantwortlichen) und Herr K***. Zu Ausbildung und beruflichem Werdegang dieser Personen verwies der Auftraggeber im Detail auf die Ausführungen seines Schriftsatzes vom 2.11.2010, Seite 9.

Hinsichtlich einer Frage im Bezug auf eine konkrete Referenz eines Bewerbers sei laut Frau L*** (Auftraggeber) Herr M*** befasst worden, da dieser bereits bei einer Parallelausschreibung für ein Polizeiboot in Linz in einer Beraterfunktion für den Auftraggeber tätig gewesen sei.

Herr D***, Herr F*** und Herr K*** bestätigten, dass die Bewertung nach vorheriger Diskussion einstimmig beschlossen worden sei.

Der Antragstellervertreter wendete ein, dass an der Bewertungskommission auch eine Juristin sowie eine weitere Nichttechnikerin teilgenommen und abgestimmt hätten, womit die fachliche Kompetenz im Hinblick auf die Prüfung der technischen Leistungsfähigkeit bestritten werde.

Der Auftraggebervertreter replizierte, dass die "nichttechnischen" Mitglieder der Kommission hinsichtlich der Referenzen nicht abgestimmt hätten und die technische Leistungsfähigkeit allein von technischer Seite bewertet worden sei. Unabhängig davon hätten auch diese Personen das Protokoll unterschrieben. Selbst ein - ohnehin nicht erfolgtes - Mitstimmen dieser Personen hätte zu keiner anderen Entscheidung geführt.

Frau H*** wie Frau Mag. G*** gaben zu Protokoll, dass sie das Bewertungsprotokoll unterschrieben hätten, da sie das gesamte Vergabeverfahren als Juristin bzw. Referentin begleiten würden. An der technischen Beurteilung bzw. Bewertung hätten sie nicht teilgenommen und diesbezüglich auch nicht mitgestimmt.

Herr D*** bestätigte, dass die Techniker den Nichttechnikern lediglich Verständnisfragen beantwortet hätten. Die Techniker seien sich in der Bewertung einig gewesen. Hätte es unterschiedliche Meinungen gegeben, wären diese im Protokoll festgehalten worden und hätte dies einer weiter gehenden Behandlung bedurft.

Der Antragstellervertreter bemerkte, dass es aufgrund der getätigten Aussagen keine Trennung der inhaltlichen und formalen Prüfung der Referenzen gegeben habe.

Der Auftraggebervertreter bestritt dies.

Allgemein zur Vorgangsweise in Bewertungskommissionen gab Frau Mag. L*** an, dass Vertreter der Beschaffungsabteilung bei jeder Kommissionssitzung einer technischen Prüfung anwesend seien, um die Einhaltung der Bedingungen und die Prüfung im Sinne dieser Bedingungen sicher zu stellen. Inhaltliche Stellungnahmen würden von diesen Personen jedoch nicht abgegeben werden.

Frau H*** und Frau Mag. G***, Herr D*** und Herr Ing. K*** bestätigten, dass auch im konkreten Fall so vorgegangen worden sei.

Die beschriebene Vorgangsweise (Anwesenheit von Angehörigen der Vergabeabteilung bei technischen Abstimmungen) werde, so Herr D*** auch in Deutschland gepflogen.

Frau Mag. L*** ergänzte, dass durch die Anwesenheit der Nichttechniker bei der gegenständlichen Kommissionssitzung lediglich die vergaberechtskonforme Vorgangsweise überprüft worden sei. Obzwar diese Personen nicht mitgestimmt hätten, werde der Anteil der Anwesenden der Vergabeabteilung stets so gehalten, dass Fachabteilungen und Bedarfsträger nicht überstimmt werden könnten.

Zu dem vom Auftraggebervertreter dem Antragstellervertreter vor Beginn der mündlichen Verhandlung ausgehändigten Schriftsatz des Auftraggebers vom 2.11.2010 gab der Antragstellervertreter an, dass das Vorbringen vollinhaltlich bestritten werde.

Im Anschluss an die mündliche Verhandlung übermittelte der Antragsteller mit Schriftsatz vom 3.11.2010 eine weitere Stellungnahme, mit der er im Wesentlichen unter Wiederholung seines bisherigen Vorbringens nochmals das Vorbringen des Auftraggebers in seiner Stellungnahme vom 2.11.2010 und dessen Vorbringen in der mündlichen Verhandlung bestritt.

1. 2.Ziffer 2

Rechtliche Beurteilung:

A) Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages:

Die Republik Österreich, (Bund) vertreten durch die Bundesministerin für Inneres, ist öffentlicher Auftraggeber iSd § 3 Abs 1 Z 1 BVergG. Der geschätzte Auftragswert wurde vom Auftraggeber mit Euro 1 Million (exkl. USt) bekanntgegeben. Die Republik Österreich, (Bund) vertreten durch die Bundesministerin für Inneres, ist öffentlicher Auftraggeber iSd Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG. Der geschätzte Auftragswert wurde vom Auftraggeber mit Euro 1 Million (exkl. USt) bekanntgegeben.

Bei der gegenständlichen Auftragsvergabe handelt es sich um einen Lieferauftrag im Oberschwellenbereich (§§ 5, 12 Abs 1 Z 1 BVergG), der in einem Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung (§ 25 Abs 5 BVergG) vergeben werden soll. Ein vorhandener Dienstleistungsanteil am Auftrag, die Wartung und die Ersteinweisung des Personals, liegt im nicht überwiegenden Anteil des Gesamtauftragswertes vor und ist daher ohne Einfluss auf die Einstufung des Auftrages als Lieferauftrag, vgl. § 9 Abs 1 BVergG. Bei der gegenständlichen Auftragsvergabe handelt es sich um einen Lieferauftrag im Oberschwellenbereich (Paragraphen 5, 12, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG), der in einem Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung (Paragraph 25, Absatz 5, BVergG) vergeben werden soll. Ein vorhandener Dienstleistungsanteil am Auftrag, die Wartung und die Ersteinweisung des Personals, liegt im nicht überwiegenden Anteil des Gesamtauftragswertes vor und ist daher ohne Einfluss auf die Einstufung des Auftrages als Lieferauftrag, vergleiche Paragraph 9, Absatz eins, BVergG.

Der Zuschlag wurde noch nicht erteilt, das Vergabeverfahren nicht widerrufen. Das Bundesvergabeamt ist daher zur Behandlung des Antrages zuständig.

B) Zu den Anträgen im Einzelnen:

1. a) Litera a

Zu Spruchpunkt I:

- -Strichaufzählung

Allgemeines:

Gemäß § 19 Abs 1 BVergG sind Vergabeverfahren 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. Gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG sind Vergabeverfahren 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.

Gemäß § 69 Z 3 BVergG müssen Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit beim Verhandlungsverfahren grundsätzlich spätestens zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe vorliegen. Gemäß Paragraph 69, Ziffer 3, BVergG müssen Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit beim Verhandlungsverfahren grundsätzlich spätestens zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe vorliegen.

Gemäß § 70 Abs 1 1. Satz BVergG hat der Auftraggeber festzulegen, mit welchen Nachweisen gemäß den §§ 71 bis 75 BVergG Unternehmer, die an einem Vergabeverfahren teilnehmen, ihre 1. berufliche Befugnis, 2. berufliche

Zuverlässigkeit, 3. finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, sowie 4. technische Leistungsfähigkeit zu belegen haben. Gemäß Paragraph 70, Absatz eins, 1. Satz BVergG hat der Auftraggeber festzulegen, mit welchen Nachweisen gemäß den Paragraphen 71 bis 75 BVergG Unternehmer, die an einem Vergabeverfahren teilnehmen, ihre 1. berufliche Befugnis, 2. berufliche Zuverlässigkeit, 3. finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, sowie 4. technische Leistungsfähigkeit zu belegen haben.

Gemäß § 75 Abs 5 Z 1 BVergG kann als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit bei Lieferaufträgen eine Liste der wesentlichen in den letzten drei Jahren erbrachten Lieferungen verlangt werden. Gemäß Paragraph 75, Absatz 5, Ziffer eins, BVergG kann als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit bei Lieferaufträgen eine Liste der wesentlichen in den letzten drei Jahren erbrachten Lieferungen verlangt werden.

Hinsichtlich der Anforderungen an die technische Leistungsfähigkeit wird in Punkt 7 der Teilnahmebedingungen normiert:

1. "7. Ziffer 7

Technische Leistungsfähigkeit

Der Bewerber muss die für die Erbringung der gegenständlichen Leistung erforderliche technische Leistungsfähigkeit besitzen und nachweisen, dass er in der Lage ist, die ausgeschriebenen Leistungen zu erbringen.

Folgende Nachweise werden für die technische Leistungsfähigkeit festgelegt:

- -Strichaufzählung

Der Bewerber hat seine Erfahrung durch Bekanntgabe von Referenzen bei der Realisierung von Leistungen, die in Art und Umfang mit dem ausgeschriebenen Leistungsgegenstand vergleichbar ist, innerhalb der letzten 10 Jahre nachzuweisen.

Die Referenzen müssen jedenfalls folgende Angaben enthalten:

- -Strichaufzählung

Name und Sitz des Referenzauftraggebers sowie Name der Auskunftsperson;

[...]

- sonstige in Formular-Beilage ./3 abgefragte Angaben.

Die Referenzaufträge müssen, um mit dem gegenständlichen Projekt vergleichbar zu sein, jedenfalls folgende Leistungen/Merkmale enthalten/aufweisen:

Abgeschlossene Herstellung und Lieferung von Motorbooten die mit dem Ausschreibungsgegenstand in Größe, Bauweise und Material vergleichbar sind und dabei insbesondere folgende Eigenschaften aufweisen: ganzjähriger Einsatz auf Binnengewässern oder Meer, Mindestauftragswert: EUR 500.000 inkl. USt.

Der Bewerber hat mindestens zwei Referenzaufträge, die den im vorigen Absatz genannten Anforderungen entsprechen, nachzuweisen.

Weiters sind den Referenzen Bilder der Referenzboote anzuschließen ..."

Pkt. 12.2., Bewertung der Teilnahmeanträge (Auswahlkriterien), lautet:

"Maximal können je Bewerber vier Gesamtreferenzen vorgelegt werden, die die Aufgabenbereiche Herstellung und Lieferung umfassen.

Dabei zählt jede Referenz für Lieferung und Fertigung von Aluminium-Motorbooten 10 Punkte. Für Lieferung und Fertigung von Motorbooten aus gleichwertigen Materialien (wobei die Gleichwertigkeit vom Bewerber nachzuweisen ist) werden 5 Punkte vergeben. Höchstens können somit 40 Punkte erreicht werden.

Die Bewerber werden entsprechend der erreichten Punkteanzahl gereiht. Die besten drei Bewerber werden in der zweiten Stufe des Vergabeverfahrens zur Angebotsabgabe eingeladen. Erreichen mehr als drei Bewerber dieselbe Punktezahl oder mehrere Bewerber, die auf dem ersten, zweiten oder dritten Rang des Auswahlverfahrens zu liegen kommen, dieselbe Punktezahl, so können auch mehr als drei Bewerber zur zweiten Stufe eingeladen werden."

Die Teilnahmebedingungen sind mangels Anfechtung innerhalb der Frist des § 321 BVergG in ihrer Gesamtheit - somit einschließlich der getroffenen Verfahrenswahl eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung, der

Auswahlkriterien und der Referenzanforderungen - bestandsfest geworden (vgl. etwa VwGH 19.11.2008, 2007/04/0018, 0019 und BVA 28.10.2010, N/0078- BVA/09/2010-33 uva). Die Teilnahmebedingungen sind mangels Anfechtung innerhalb der Frist des Paragraph 321, BVergG in ihrer Gesamtheit - somit einschließlich der getroffenen Verfahrenswahl eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung, der Auswahlkriterien und der Referenzanforderungen - bestandsfest geworden vergleiche etwa VwGH 19.11.2008, 2007/04/0018, 0019 und BVA 28.10.2010, N/0078- BVA/09/2010-33 uva).

Was die getroffene Verfahrenswahl betrifft, ist zudem darauf hinzuweisen, dass der Auftraggeber, hat er sich einmal für einen bestimmten Verfahrenstypus entschieden, verpflichtet ist, das Verfahren gemäß den für diese Verfahrensart geltenden Bestimmungen zu Ende zu führen (vgl. EuGH 25.4.1996, Rs C-87/94 Wallonische Busse, Rz 35f sowie BVA 12.5.2009, N/0026-BVA/02/2009-15). Was die getroffene Verfahrenswahl betrifft, ist zudem darauf hinzuweisen, dass der Auftraggeber, hat er sich einmal für einen bestimmten Verfahrenstypus entschieden, verpflichtet ist, das Verfahren gemäß den für diese Verfahrensart geltenden Bestimmungen zu Ende zu führen vergleiche EuGH 25.4.1996, Rs C-87/94 Wallonische Busse, Rz 35f sowie BVA 12.5.2009, N/0026-BVA/02/2009-15).

Aufgrund der eingetretenen Präklusion sind daher sowohl die Bewerber - hinsichtlich der Gestaltung ihrer Teilnahmeanträge - als auch der Auftraggeber - hinsichtlich der Bewertung der Teilnahmeanträge und der Auswahl der Bewerber - an die in den Teilnahmeunterlagen festgelegten Bedingungen gebunden.

Die Ermittlung der zur zweiten Verfahrensstufe zuzulassenden Bewerber ist aufgrund der Auswahlkriterien des Pkt. 12.2. der Teilnahmebedingungen problemlos und für die Nachprüfungsbehörde objektiv nachvollziehbar möglich: Jeder potenzielle Bewerber weiß von vornherein, dass für die Vergleichbarkeit der Referenzen die Größe, Bauart und das Material des Referenzbootes mit dem ausgeschriebenen Polizeiboot maßgebend sind, also jedenfalls vorliegen müssen, Punkte allerdings nur für den Materialaspekt vergeben werden sollen. Dabei sollen jeweils 10 Punkte vergeben werden, sofern das Referenzboot das gleiche Material aufweist wie das ausgeschriebene Boot (Aluminium) und jeweils 5 Punkte, sofern das Material des Referenzbootes dem Material des ausgeschriebenen Bootes "nur" vergleichbar ist. Ein Widerspruch, wie vom Antragsteller behauptet, der darin liegen sollte, dass nur das Material, nicht aber Bauweise und Größe des Referenzbootes bepunktet würden, liegt nicht vor.

Was die Referenzanforderungen im Einzelnen betrifft, so wird in Pkt. 7 der Teilnahmebedingungen eingangs geregelt, dass sich die Referenzen auf in Art und Umfang mit dem ausgeschriebenen Leistungsgegenstand vergleichbare Leistungen zu beziehen haben. In weiterer Folge wird dieses zunächst allgemein gehaltene Vergleichbarkeitserfordernis insofern näher konkretisiert, als die gebotene Vergleichbarkeit der Referenzmotorboote mit dem Ausschreibungsgegenstand in Größe, Bauweise und Material normiert wird.

Nach dem für die Auslegung von Ausschreibungsbestimmungen maßgeblichen objektiven Erklärungswert (vgl. VwGH 16.2.2005, 2004/04/0030; BVA 28.10.2010, N/0078-BVA/09/2010-33 uva) wünscht der Auftraggeber also Referenzprojekte, die dem konkreten Ausschreibungsobjekt in Bezug auf Größe, Bauweise und Material vergleichbar sind. Dies gibt keinen Anlass zur Beanstandung, zumal es grundsätzlich in der Dispositionsfreiheit des Auftraggebers liegt, die Referenzanforderungen zu regeln, solange ein sachlicher Zusammenhang mit dem ausgeschriebenen Leistungsgegenstand besteht (vgl. BVA 21.10.2009, N/0099-BVA/14/2009-29). Nach dem für die Auslegung von Ausschreibungsbestimmungen maßgeblichen objektiven Erklärungswert vergleiche VwGH 16.2.2005, 2004/04/0030; BVA 28.10.2010, N/0078-BVA/09/2010-33 uva) wünscht der Auftraggeber also Referenzprojekte, die dem konkreten Ausschreibungsobjekt in Bezug auf Größe, Bauweise und Material vergleichbar sind. Dies gibt keinen Anlass zur Beanstandung, zumal es grundsätzlich in der Dispositionsfreiheit des Auftraggebers liegt, die Referenzanforderungen zu regeln, solange ein sachlicher Zusammenhang mit dem ausgeschriebenen Leistungsgegenstand besteht vergleiche BVA 21.10.2009, N/0099-BVA/14/2009-29).

Die Anforderungen an das Einsatzboot werden in Pkt. 1.3.3. der Teilnahmebedingungen geregelt:

"1.3.3. Anforderungen an das Einsatzboot

Der Auftrag umfasst ein fabrikneues, vollständiges, gebrauchsfertiges Polizeidienstboot mit allen, dem heutigen Stand der Technik entsprechenden schiffbaulichen, maschinellen, elektrischen und elektronischen Einrichtungs- und Ausrüstungsgegenständen, die für ein Boot dieser Größe und den geforderten Einsatzbereich nötig sind.

Baugröße

- -Strichaufzählung
Länge über alles (mit Arbeitsplattform) ca. 21m
- -Strichaufzählung
Breite über alles ca. 5,300 m (im Verhältnis angepasst)
- -Strichaufzählung
Größter Tiefgang angepasst an die Bedingungen der Bodenseeschifffahrt bis max. 1,350 m
- -Strichaufzählung
Höchster Festpunkt über
- -Strichaufzählung
der Wasserlinie ca. 5,80 m (inkl. Radarantenne)
- -Strichaufzählung
Tragfähigkeit bei Freibord Tiefgang ca. 4 t

Bauart und Schiffsform

- -Strichaufzählung
Knicksant-Bauweise mit Längsbändern und Querspanten
- -Strichaufzählung
Doppelruderanlage

Rumpfmateriel und Aufbaumateriel:

- -Strichaufzählung
Es dürfen nur umweltverträgliche Materialien verwendet werden. Der gesamte Bootskörper, einschließlich des Decks und des Aufbaues, wird aus seewasserbeständigem Aluminium in Alustar AA 5059 H111 und AlMg 4,5 Mn hergestellt.

Antrieb und Geschwindigkeit

- -Strichaufzählung
Zwei dieselmechanisch angetriebene Fünfblatt-Festpropeller
- -Strichaufzählung
bei normaler Beladung, 2-Mann-Besatzung, halb gefüllten Tanks, in ruhigem Wasser, gegen Wind nicht über 3 Beaufort, bei voller Motorenleistung nach DIN ISO 3046-1 muss das Boot eine Geschwindigkeit von min. 37 km/h erreichen und halten können.

Gesetzliche und behördliche Vorschriften

[...]

Zeichnungen und Pläne

[...]

Raumaufteilung

- -Strichaufzählung
Steuerhaus
- -Strichaufzählung
Vorpiek
- -Strichaufzählung
Vorkajüte
- -Strichaufzählung
Mehrzweckraum (unter dem Steuerhaus)
- -Strichaufzählung
Wasch-WC-Raum
- -Strichaufzählung
Motorenraum (Maschinenraum)
- -Strichaufzählung

Achterpiek

Eisverstärkung/Schutz vor Treibholz

[...]

Ausbau und Ausrüstung

[...]

Nautische Geräte

[...]

Antriebsanlage

- -Strichaufzählung
Doppelmotoranlage, vom Fahrstand aus bedienbar
- -Strichaufzählung
Motoren: 2 Dieselmotoren mit ausreichender Leistung (Es ist mit einer Betriebsstundenleistung von bis zu 2000 Stunden jährlich pro Motor zu rechnen). Es ist sicherzustellen, dass Motoren verwendet werden, für die der Werkskundendienst innerhalb kürzester Zeit die Wartung oder Reparaturen durchführen kann.
- -Strichaufzählung
Zweikreiskühlsystem
- -Strichaufzählung
Die Steuerung der Motoren erfolgt elektrisch
- -Strichaufzählung
Zwei Bootswendegetriebe
- -Strichaufzählung
Wellenanlage
- -Strichaufzählung
Zwei 5-flügelige Propeller
- -Strichaufzählung
Drehschwingungsberechnung
- -Strichaufzählung
Abgasanlage
- -Strichaufzählung
Bugstrahlanlage

Elektrische Anlage

[...]

Heizungsanlage

[...]

Lüftungsanlage

Klimaanlage

Lenzanlage

Nachrichtentechnik

[...]

Explosions-Schutz-Einrichtung

Vorkehrungen für Installation(en) zusätzliche Ausstattung

[...]

Schulung

- Ersts Schulung des Einsatzpersonals."

In der Niederschrift des Auftraggebers über die Prüfung der Referenzen der Bewerber vom 27.9.2010 ist bei jedem Bewerber gleichlautend vermerkt:

"Prüfkriterium gemäß Punkt 7 der Teilnahmebedingungen war die Bedingung, dass Referenzen mit dem Ausschreibungsgegenstand vergleichbar sein müssen in den Punkten:

- -Strichaufzählung
Motorboote; Herstellung und Lieferung von Motorbooten mit dem Ausschreibungsgegenstand vergleichbar.
Halbgleiter aufgrund der geforderten Geschwindigkeit in
- -Strichaufzählung
Größe
- -Strichaufzählung
Bauweise
- -Strichaufzählung
Material

Abweichungen von diesen Prüfkriterien hinsichtlich der Bauweise (z.B. Verdränger, Bauweise des Bootes als Fahrgastschiff mit gänzlich anderen Anforderungen wie für ein Polizeiboot), der Größe (Abweichungen von deutlich mehr als 30 %) sowie des geforderten Baumaterials Aluminium oder einem gleichwertigen Material führen damit zur Nichtanerkennung als Referenz".

Konkret zu den Referenzen des Antragstellers (Bewerber Nr. 5) wird in der Prüfniederschrift Folgendes ausgeführt:

"Überprüft wurden folgende Referenzen:

Forschungsschiff "Q****"

(Referenz Nr. 1)

Gemäß der Beschreibung handelt es sich dabei um ein Boot für Forschungsaufgaben auf Seen, das in seiner Länge der Ausschreibung entspricht. Damit ist eine Einsatzfähigkeit auch in einem dem ausschreibungsgegenständlichen Einsatzgebiet (Bodensee) vergleichbaren Einsatzgebiet ganzjährig gegeben. Charakteristisch für diesen Entwurf sind der Tiefgang (1,20 m) und die Länge von 22,40 m. Es verdrängt 75 t und erreicht eine Geschwindigkeit von knapp 20 km/h. Als Bootsbaumaterial ist Stahl angegeben.

Eine Vergleichbarkeit zu dem in der Ausschreibung geforderten Fahrzeug für das BMI ist nicht gegeben, da das Fahrzeug auf Grund seines Gewichts als Verdränger (das Fahrzeug kann nicht mehr als eine Rumpfgeschwindigkeit von ca. 20 km/h erreichen) gebaut ist. Der Antrieb, der, neben der Bauweise als Verdränger, auch die Rumpfform beeinflusst, ist als Z-Antrieb und nicht, wie in der Ausschreibung gefordert, als Wellenantrieb ausgeführt. In der Ausschreibung wird ein Halbgleiter, der eine entsprechende Rumpfform bedingt, verlangt. Die geforderte Geschwindigkeit von 38 - 40 km/h wäre mit der Bauweise als Verdränger nicht erreichbar"

[...]

Katamarane "N****", "O****" und "P****"

(Referenzen Nr. 2 und 5)

Gemäß der Beschreibung handelt es sich dabei um große Katamarane für Passagierdienste auf Seen. Eine Einsatzfähigkeit in einem dem ausschreibungsgegenständlichen Einsatzgebiet (Bodensee) vergleichbaren Einsatzgebiet wäre ganzjährig gegeben.

Charakteristisch für diesen Entwurf sind die Katamaranbauweise (statt einem Schiffsrumpf zwei Rümpfe mit einem Verbindungsdeck, auf dem sich die Aufbauten befinden) und die Geschwindigkeit von ca. 40 km/h. Als Bootsbaumaterial wird Aluminium angegeben.

Eine Vergleichbarkeit zu dem in der Ausschreibung geforderten Fahrzeug für das BMI ist nicht gegeben, da die Bauweise als Fahrgastschiff mit Doppelrumpf nicht dem ausgeschriebenen Polizeiboot entspricht. Eine Raumaufteilung wie für ein Polizeiboot vorgesehen, wäre damit nicht möglich. Die Größe der Fahrzeuge liegt deutlich über der geforderten Länge von ca. 21 m (mehr als 30%). Die Aufbauten sind in der Bauweise mit einem Passagierschiff, nicht mit einem Polizeiboot vergleichbar.

[...]

Fischerboot

(Referenz Nr. 3)

Auftragswert: ca. 70.000 Euro; Auftragswert ist damit zu gering. Die Referenz wird nicht weiter geprüft.

Spezialeinsatzboot "R***"

(Referenz Nr. 4)

Auftragswert: ca. 200.000 Euro; Auftragswert ist damit zu gering. Auf Grund der Größe von 6,85 m und der abweichenden Bauweise als offenes Boot ist die Referenz nicht vergleichbar.

Polizeistreifenboot

(Referenz Nr. 6)

Auftragswert: ca. 85.700 Euro; Auftragswert ist damit zu gering. Es wurde auch kein fertiges Polizeiboot abgeliefert, sondern nur die Konstruktion und Bauaufsicht übernommen. Als Referenz kann nur ein im eigenen Betrieb gebautes Boot herangezogen werden. Die Referenz wird nicht weiter geprüft.

BWV Arbeitsboot "S***"

(Referenz Nr. 7)

Auftragswert: ca. 273.200 Euro; Auftragswert ist damit zu gering. Die Referenz wird nicht weiter geprüft.

Gesamtbeurteilung:

Bei den vorgelegten Referenzfahrzeugen handelt es sich um Fahrzeuge, die ersichtlich für den Einsatz auf Flüssen und Seen konzipiert wurden.

Sie sind hinsichtlich ihrer Einsatzverwendung nicht mit den Anforderungen an das Einsatzspektrum der Ausschreibung vergleichbar.

Von ihrer technischen Auslegung her handelt es sich um Passagierschiffe und Berufsfahrzeuge für spezielle Zwecke. Eine Konstruktion als Einrumpfschiff in der Ausführung als Halbgleiter ist bei den Referenzen, die zur Beurteilung herangezogen werden konnten, nicht gegeben. Die Fahrzeuge entsprechen nicht den Anforderungen der Ausschreibung und stellen daher keine vergleichbaren Fahrzeuge im Sinne der Anforderungen der Ausschreibung an Referenzen dar. Die Referenzen konnten folglich nicht gewertet werden.

Da 4 der 7 vom Antragsteller vorgelegten Referenzen bereits mangels Erfüllung des in den Teilnahmebedingungen vorgegebenen Referenzmindestauftragswertes als taugliche Referenzen von vornherein nicht in Betracht kamen, wurden diese vom Auftraggeber nicht weiter in Prüfung gezogen".

Vier der sieben Referenzen des Antragstellers scheiden mangels Erfüllung des Referenzmindestauftragswertes als in Frage kommende Referenzen von vornherein aus. Es verbleiben daher drei vom Auftraggeber im Detail geprüfte Referenzen des Antragstellers, die einer Beurteilung durch das Bundesvergabeamt zu unterziehen sind: Die Referenz Nr. 1, das Forschungsschiff "Q***" und die Referenzen Nr. 2 und Nr. 5, die Passagierkatamarane "N***" bzw "O***" und "P***".

- -Strichaufzählung

Zur Referenz Nr. 1 (Q***):

Beim Forschungsschiff Q*** handelt es sich um ein Schiff des Verdrängertyps.

Der Antragsteller vertritt allgemein die Auffassung, dass die Rumpfform eines Schiffes mit dessen Bauweise nichts zu tun habe, sondern bloß einen Fahrzustand beschreiben solle. Dieser Auffassung vermag sich der erkennende Senat des Bundesvergabeamtes nicht anzuschließen.

Die Begriffe "Gleiter", "Verdränger" und "Halbgleiter" mögen zwar insofern einen Fahrzustand beschreiben, als entsprechende Boote gleiten, verdrängen bzw. halbgleiten. Der Antragsteller übersieht jedoch, dass diese Fahreigenschaften bzw. Fahrzustände eines Schiffes gerade Ausfluss seiner Rumpfform sind und eine bestimmte Rumpfform voraussetzen. Ein bestimmter Fahrzustand, wie konkret das Halbgleiten, bedingt eine entsprechende

Rumpfform. Damit ist aber die Rumpfform eines Schiffes seiner Bauweise zuzuordnen. Ist also von der Rumpfform eines Schiffes die Rede, spricht man gleichzeitig damit zwangsläufig auch über seine Bauweise. Dies vermochte der Auftraggeber (Herr D***), in der mündlichen Verhandlung plausibel und nachvollziehbar darzulegen, sodass davon auszugehen ist, dass die Bauweise eines Schiffes nach seiner Rumpfform (Gleiter, Halbgleiter, Verdränger) eingeteilt werden kann.

Dem steht auch das Vorbringen des Antragstellers (Herr B***), dass die Übergänge zwischen den verschiedenen Rumpfformen fließend sein mögen, nicht entgegen. Vielmehr steht dies mit den Ausführungen von Herrn D*** im Einklang, wonach die Rumpfform eines Halbgleiters eher nach dem Prinzip eines Gleiters oder eher nach dem Prinzip eines Verdrängers gebaut sein kann. Ist der Rumpf eines "Verdrängers" insoweit modifiziert, dass sich das Schiff mit seinem Heck teilweise aus dem Wasser heben und schneller als seine Rumpfgeschwindigkeit fahren kann, liegt ein Halbgleiterrumpf vor, sodass ein entsprechendes Schiff als sogenannter Halbgleiter zu qualifizieren ist. In diesem Sinne ist auch das vom Antragsteller ins Treffen geführte alte Polizeiboot der WSP Lindau, das ca. 21 Meter lang ist und eine Geschwindigkeit von 40 km/h erreicht, als Halbgleiter zu qualifizieren (vgl. Herr D***, mündliche Verhandlung). Dem steht auch das Vorbringen des Antragstellers (Herr B***), dass die Übergänge zwischen den verschiedenen Rumpfformen fließend sein mögen, nicht entgegen. Vielmehr steht dies mit den Ausführungen von Herrn D*** im Einklang, wonach die Rumpfform eines Halbgleiters eher nach dem Prinzip eines Gleiters oder eher nach dem Prinzip eines Verdrängers gebaut sein kann. Ist der Rumpf eines "Verdrängers" insoweit modifiziert, dass sich das Schiff mit seinem Heck teilweise aus dem Wasser heben und schneller als seine Rumpfgeschwindigkeit fahren kann, liegt ein Halbgleiterrumpf vor, sodass ein entsprechendes Schiff als sogenannter Halbgleiter zu qualifizieren ist. In diesem Sinne ist auch das vom Antragsteller ins Treffen geführte alte Polizeiboot der WSP Lindau, das ca. 21 Meter lang ist und eine Geschwindigkeit von 40 km/h erreicht, als Halbgleiter zu qualifizieren vergleiche Herr D***, mündliche Verhandlung).

All dies dürfte in Wahrheit wohl auch dem Antragsteller bewusst sein. So hat der Antragsteller - jedenfalls bis zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung - die Zurechenbarkeit der Rumpfform zur Bauweise eines Schiffes offenbar ohnehin nicht in Zweifel gezogen. Noch in seinem Schriftsatz vom 27.10.2010 ist in unmittelbarem Zusammenhang mit der Bauweise eines Schiffes nämlich ausdrücklich vom Verdränger, Gleiter oder Halbgleiter die Rede. Vgl. Seite 9, Pkt. 4.1.4: "...Aber ohnedies hätte die Auftraggeberin die genaue Bauweise (etwa Verdränger, Gleiter oder Halbgleiter) erst in den

Ausschreibungsunterlagen ... festzulegen". Auch in der mündlichen

Verhandlung spricht der Antragsteller (Herr B***) vom Halbgleiterrumpf, Vollgleiterrumpf und Verdrängerrumpf (Seite 5, dritter Absatz Verhandlungsschrift), und zwar durchaus im Sinne einer bislang vorgenommenen Zuordnung zur Bauweise eines Schiffes.

Indem Herr B*** den Ausführungen von Herrn D*** zu den möglichen Fahrzuständen eines Schiffes zustimmt ("Es gibt verschiedene Fahrzustände, insofern sei Herrn D*** Recht zu geben"), stellt er schließlich selbst den Zusammenhang zwischen der Fahrweise eines Schiffes und seiner Rumpfform und damit seiner Bauweise her. Herr B*** gibt dadurch zu erkennen, dass er das Verständnis des Auftraggebers in inhaltlicher Hinsicht letztlich teilt, sodass sich "Auffassungsunterschiede" als Unterschiede in der Wahl der Terminologie darstellen und darauf reduzieren lassen.

Dass es sich beim ausgeschriebenen Polizeiboot um ein Boot in der Bauweise eines Halbgleiters und um keinen Verdränger handelt, ergibt sich ohne Zweifel bereits aus der in den Teilnahmebedingungen verlangten Mindestgeschwindigkeit von 37 km/h (vgl. Pkt. 1.3.3., Unterpunkt "Antrieb und Geschwindigkeit") in Verbindung mit der vorgegebenen Schiffslänge von ca. 21 Metern (vgl. Pkt. 1.3.3., Unterpunkt "Baugröße"). Dass es sich beim ausgeschriebenen Polizeiboot um ein Boot in der Bauweise eines Halbgleiters und um keinen Verdränger handelt, ergibt sich ohne Zweifel bereits aus der in den Teilnahmebedingungen verlangten Mindestgeschwindigkeit von 37 km/h vergleiche Pkt. 1.3.3., Unterpunkt "Antrieb und Geschwindigkeit") in Verbindung mit der vorgegebenen Schiffslänge von ca. 21 Metern vergleiche Pkt. 1.3.3., Unterpunkt "Baugröße").

Die Eintauchung des Rumpfes im Wasser bleibt beim Verdränger ständig gleich. Der Verdränger schiebt die Welle vor sich her und kann sich aufgrund seiner Rumpfform nicht auf die Welle schieben. Aus diesem Grund ist die maximal erreichbare Geschwindigkeit eines Verdrängers unbestrittener Maßen mit seiner Rumpfgeschwindigkeit begrenzt. Wie

in der mündlichen Verhandlung weiters unbestritten festgehalten wurde, errechnet sich die Rumpfgeschwindigkeit eines Verdrängers in km/h aus der Formel Wurzel aus Wasserlinienlänge in Metern $\times 4,5$, sodass ein Verdränger von 21 Metern Länge aufgrund seiner sich daraus ergebenden Rumpfgeschwindigkeit von ca. 20 km/h die in der Ausschreibung verlangte Mindestgeschwindigkeit von 37 km/h nicht einmal annähernd erreichen kann. Dementsprechend hat der Antragsteller im Formblatt 3 seines Teilnahmeantrages für den "Q***", der eine Länge von 22,4 Metern aufweist, auch eine Höchstgeschwindigkeit von nur 20 km/h angegeben.

Einigkeit bestand in der mündlichen Verhandlung auch darüber, dass ein Verdrängerrumpf nur rein theoretisch, nämlich durch unverhältnismäßigen, wirtschaftlich unvernünftigen Energieeinsatz zum Gleiten gebracht werden kann ("durch Vorgabe von unheimlich viel Energie", Herr B***). Dies würde außerdem zu Auswirkungen auf das Fahrverhalten, wie unterschiedlichen Wasserströmungen am Rumpf und eventuell geänderter Steuerfähigkeit, führen (vgl. Herr D***). Ein Verdränger wird mittels seiner Motorleistung niemals bewusst, also "freiwillig", über seine Rumpfgeschwindigkeit gebracht, sodass dies nur unbeabsichtigt, etwa bei Einfahrt in ein Wellental passieren kann. Einigkeit bestand in der mündlichen Verhandlung auch darüber, dass ein Verdrängerrumpf nur rein theoretisch, nämlich durch unverhältnismäßigen, wirtschaftlich unvernünftigen Energieeinsatz zum Gleiten gebracht werden kann ("durch Vorgabe von unheimlich viel Energie", Herr B***). Dies würde außerdem zu Auswirkungen auf das Fahrverhalten, wie unterschiedlichen Wasserströmungen am Rumpf und eventuell geänderter Steuerfähigkeit, führen (vergleiche Herr D***). Ein Verdränger wird mittels seiner Motorleistung niemals bewusst, also "freiwillig", über seine Rumpfgeschwindigkeit gebracht, sodass dies nur unbeabsichtigt, etwa bei Einfahrt in ein Wellental passieren kann.

Aufgrund der Beschränkung der Geschwindigkeit eines Verdrängers mit seiner Rumpfgeschwindigkeit wird die Kombination Gleiterfordernis und Verdränger in der Praxis nicht gewählt. Dies ist, wie in der mündlichen Verhandlung festgehalten wurde, jedem Fachkundigen klar.

Die in den Teilnahmebedingungen festgeschriebene Mindestgeschwindigkeit in Verbindung mit dem vorgegebenen Längenmaß des ausgeschriebenen Bootes ist demnach - entgegen der Ansicht des Antragstellers - sehr wohl ein untrügliches Zeichen dafür, dass gegenständlich ein Halbgleiter und kein Verdränger anzubieten ist. Da der Geschwindigkeitsaspekt bereits vom Vergleichbarkeitserfordernis in Bezug auf die Bauweise eingefangen und miterfasst wird, ist es ohne Belang, dass das Geschwindigkeitskriterium in den Vergleichbarkeitskriterien des Punkt 7 der Teilnahmebedingungen nicht nochmals eigens ausdrücklich genannt wird. Das Vorbringen des Herrn B***, dass die Geschwindigkeit eines Schiffes nichts mit seiner Bauweise zu tun habe, erweist sich sohin als unzutreffend.

Ebenso vermag das Argument des Antragstellers, dass es auch Polizeiboote als Verdränger gebe, am konkreten Erfordernis eines Halbgleiters nichts zu ändern. Wenngleich Herr D*** zustimmt, dass es auch Verdränger als Polizeiboote gibt, schränkt er dies jedoch auf den Fall ein, dass der Geschwindigkeitsaspekt nicht im Vordergrund steht. Üblicherweise - so Herr D*** weiter - wird bei Standardpolizeibooten jedenfalls der Halbgleiter als Bauweise gewählt. Diesen Ausführungen setzte Herr B*** nichts entgegen.

Dass ein Boot, das aufgrund seiner Bauweise als Verdränger nicht einmal annähernd die für das ausgeschriebene Einsatzboot geforderte Mindestgeschwindigkeit erreichen kann, der ausgeschriebenen Bauweise (eines Halbgleiters) nicht als vergleichbar zu erachten ist, liegt auf der Hand.

Aber selbst wenn man die Auffassung des Antragstellers, dass Rumpfform und Bauweise eines Schiffes nichts miteinander zu tun hätten, teilen wollte, bestätigt sich die Nichtvergleichbarkeit des "Q***" mit dem ausgeschriebenen Polizeiboot in Bezug auf seine Bauweise.

Herr B*** unterscheidet die Bauweise eines Schiffes nach Querspantbauweise und Längsspantbauweise als den beiden Hauptformen einerseits, und, nachgeordnet, nach Knickspantbauweise und Rundspantbauweise andererseits.

Bei der Längsspantbauweise sind die in Rahmen und Schotten eingebundenen Längsspannten die haupttragende Struktur. Bei der (reinen) Querspantbauweise gibt es hingegen keine Längsspannten, sondern deutlich mehr Querspannten oder Rahmen (Vgl. Wikipedia, wonach der Ausdruck Spant ein tragendes Bauteil zur Verstärkung des Rumpfes bei ua. Booten und Schiffen bezeichnet und nach ihrer Ausrichtung Querspannten und Längsspannten zu unterscheiden sind. Querspannten liegen quer zu Rumpf und Kiel, Längsspannten liegen parallel zu Kiel oder Fahrzeughauptachse).

Diesen Ausführungen von Herrn B*** wurde von Herrn D*** zugestimmt. Indem Herr B*** Längsspantbauweise und

Querspantbauweise einander gegenüberstellt, gibt er zu verstehen, dass es sich hierbei um grundsätzlich verschiedene Bauweisen handelt. In weiterer Folge räumt Herr B*** ausdrücklich ein, dass im Metallschiffbau derzeit die Längsspantbauweise Standard ist.

Wie die Längsspantbauweise von der Querspantbauweise, ist aber auch die Knickspantbauweise von der Rundspantbauweise zu unterscheiden. Nach den von Herrn D*** unwidersprochen gebliebenen Erläuterungen von Herrn B*** ist die Unterscheidung zwischen Knickspan- und Rundspanbauweise nach der Wahl der Verarbeitungsart des Metalls (Verformen, Schneiden, Biegen) zu treffen.

Damit bringt Herr B*** abermals unmissverständlich zum Ausdruck, dass es sich auch bei Knickspan- und Rundspanbauweise um Unterschiedliches und demnach grundsätzlich nicht Vergleichbares handelt. Vgl. Herr B***, mündliche Verhandlung, "Die Außenhaut eines Knickspanners wird durch Knicke charakterisiert". [Siehe auch Wikipedia, wonach mit Rundspan die Bauform im Querschnitt eines Boots- oder Schiffsrumpfes bezeichnet wird, wenn die Außenwölbung - abgesehen vom Kiel - weder Knicke (vgl. Knickspan) noch eine Kombination positiver und negativer Krümmung enthält. Die Rundspanform ist bei langsamen Motorbooten wie bei Segelbooten verbreitet. Für schnelle Motorboote wurden Knickspantrümpfe entwickelt]. "Der Verdränger wird als langsames Schiff häufig als Rundspanter gebaut" (Herr D***). Damit bringt Herr B*** abermals unmissverständlich zum Ausdruck, dass es sich auch bei Knickspan- und Rundspanbauweise um Unterschiedliches und demnach grundsätzlich nicht Vergleichbares handelt. Vgl. Herr B***, mündliche Verhandlung, "Die Außenhaut eines Knickspanners wird durch Knicke charakterisiert". [Siehe auch Wikipedia, wonach mit Rundspan die Bauform im Querschnitt eines Boots- oder Schiffsrumpfes bezeichnet wird, wenn die Außenwölbung - abgesehen vom Kiel - weder Knicke (vergleiche Knickspan) noch eine Kombination positiver und negativer Krümmung enthält. Die Rundspanform ist bei langsamen Motorbooten wie bei Segelbooten verbreitet. Für schnelle Motorboote wurden Knickspantrümpfe entwickelt]. "Der Verdränger wird als langsames Schiff häufig als Rundspanter gebaut" (Herr D***).

Wenngleich der Auftraggeber (Herr D***) gar nicht bestreitet, dass auch ein Verdränger grundsätzlich als Knickspanter gebaut werden kann, so ist offensichtlich, dass dies gegenständlich aufgrund der für das ausgeschriebene Boot verlangten Mindestgeschwindigkeit nicht der Fall ist. In Übereinstimmung damit gesteht auch Herr B*** ein, dass bei Booten, wie dem hier geforderten Boot, heutzutage im Allgemeinen die Knickspanbauweise Verwendung findet und stellt außer Streit, dass laut Teilnahmebedingungen für das ausgeschriebene Boot die Knickspanbauweise verlangt wird. Damit schließt sich der Kreis zu den Ausführungen von Herrn D***, dass mit der Vorgabe einer bestimmten Spanbauweise eine bestimmte Rumpfform und damit Bauweise vorgegeben wird.

Die in den Teilnahmebedingungen für das Polizeiboot vorgegebene Knickspanbauweise ist also ein weiteres Indiz für einen Halbgleiter.

Im Sinne des Gesagten wird in den Teilnahmebedingungen unter Pkt. 1.3.3., (Anforderungen an das Einsatzboot), unter Unterpunkt "Bauart und Schiffsform" eine Knickspanbauweise mit Längsbändern und Querspannen vorgeschrieben.

Demgegenüber ist, wie der Antragsteller in seinem Aufklärungsschreiben an den Auftraggeber vom 27.7.2010 erklärt, der "Q***" aufgrund seiner relativ niedrigen Arbeitsgeschwindigkeit in Rundspanbauweise ausgeführt und der Schiffskörper in Längsspanbauweise hergestellt. Unter Bezugnahme auf den zuvor behandelten Geschwindigkeitsaspekt wird bemerkt, dass Herr B*** die konkrete Wahl der Rundspanbauweise gerade mit der - gegenständlich einen Verdränger ausschließenden - relativ geringen Arbeitsgeschwindigkeit des "Q***" begründet.

Nicht zuletzt ergibt sich auch aus dem in den Teilnahmebedingungen niedergeschriebenen Einsatzbereich und Verwendungszweck als Polizeiboot, das im Einsatzfall notwendiger Weise rasch zur Stelle zu sein hat, dass ein Halbgleiter gefordert ist. Vgl. Pkt. 1.3.1, wonach der Einsatzbereich die Wahrnehmung der polizeilichen Aufgaben im Rahmen der gesetzlichen

Befugnisse ... umfasst, ... die Einsatzbereitschaft während der gesamten

Jahreszeit für schiffahrtspolizeiliche Aufgaben, für Seenoteinsätze und Katastrophenereignisse, und polizeiliche Aufgaben allgemein, sicherzustellen ist. Unter dem Verwendungszweck, Pkt. 1.3.2., werden dann insbesondere sicherheitspolizeiliche Tätigkeiten wie "Erste Allgemeine Hilfeleistungspflicht", zB. Gefahrenerforschung und Gefahrenabwehr im Rahmen des Sturmwarndienstes bzw. bei Seenotfällen und Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit, insbesondere die Gefahrenabwehr, und die Internationale Hilfeleistung und Kooperation genannt.

Ausschreibungsunterlagen sind nach ständiger Rechtsprechung nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus einer Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind nicht danach zu beurteilen, was der Erklärende sagen wollte oder was der Erklärungsempfänger darunter verstanden hat, sondern danach, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger unter Berücksichtigung aller Umstände objektiv zu verstehen hatte (vgl. etwa VwGH 16.2.2005, 2004/04/0030; BVA 14.11.2008, N/0122-BVA/04/2008-48, BVA 9.6.2009, N/0040-BVA/14/2009-31 uva).

Ausschreibungsunterlagen sind nach ständiger Rechtsprechung nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus einer Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind nicht danach zu beurteilen, was der Erklärende sagen wollte oder was der Erklärungsempfänger darunter verstanden hat, sondern danach, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger unter Berücksichtigung aller Umstände objektiv zu verstehen hatte (vergleiche etwa VwGH 16.2.2005, 2004/04/0030; BVA 14.11.2008, N/0122-BVA/04/2008-48, BVA 9.6.2009, N/0040-BVA/14/2009-31 uva).

Angesichts vorstehender Ausführungen - insbesondere angesichts der Begrenzung der Höchstgeschwindigkeit eines Verdrängers mit seiner Rumpfgeschwindigkeit und der für das ausgeschriebene Polizeiboot verlangten Mindestgeschwindigkeit in Verbindung mit der vorgegebenen Bootslänge - muss einem durchschnittlichen fachkundigen Bewerber bei Anwendung angemessener Sorgfalt somit klar sein, dass gegenständlich kein Schiff in der Bauweise eines Verdrängers, sondern ein Halbgleiter verlangt ist. Davon zeugt schließlich, dass - vom Antragsteller abgesehen - lediglich ein weiterer Bewerber eine Verdrängerreferenz vorgelegt hat. Alle anderen Bewerber haben hingegen ausnahmslos Halbgleiter als Referenzobjekte eingereicht.

Zu guter Letzt sei erwähnt, dass das Referenzboot Q*** aber nicht einmal unter Zugrundelegung der Ausführungen des Antragstellers dem ausgeschriebenen Einsatzboot als in seiner Bauweise vergleichbar angesehen werden kann. Selbst wenn man mit dem Antragsteller die Bauweise auf die in Pkt. 1.3.3., unter Unterpunkt "Bauart und Schiffsform" der Teilnahmebedingungen genannten Aspekte der Knickspantbauweise mit Längsbändern und Querspanten und der Doppelruderanlage eingrenzen wollte, (vgl. Schriftsatz vom 27.10.2010, Seite 4, Pkt. 2.1.1.: "Vor allem ist aber die Bauweise der Aufbauten...Denn bei der Bauart wird lt. Pkt. 1.3.3. der Teilnahmebedingung allein auf eine Knickspant-Bauweise mit Längsbändern und Querspanten sowie eine Doppelruderanlage abgestellt" sowie Schriftsatz vom 3.11.2010, Seite 2, Pkt. 2.1.: "Denn die Bauart definiert die Auftraggeberin in Pkt. 1.3.3. der Teilnahmebedingungen mit Knickspant-Bauweise mit Längsbändern und Querspanten, Doppelruderanlage") führt dies zum Ergebnis der Nichtvergleichbarkeit der Bauweise des "Q***" mit dem ausgeschriebenen Boot. Zu guter Letzt sei erwähnt, dass das Referenzboot Q*** aber nicht einmal unter Zugrundelegung der Ausführungen des Antragstellers dem ausgeschriebenen Einsatzboot als in seiner Bauweise vergleichbar angesehen werden kann. Selbst wenn man mit dem Antragsteller die Bauweise auf die in Pkt. 1.3.3., unter Unterpunkt "Bauart und Schiffsform" der Teilnahmebedingungen genannten Aspekte der Knickspantbauweise mit Längsbändern und Querspanten und der Doppelruderanlage eingrenzen wollte, vergleiche Schriftsatz vom 27.10.2010, Seite 4, Pkt. 2.1.1.: "Vor allem ist aber die Bauweise der Aufbauten...Denn bei der Bauart wird lt. Pkt. 1.3.3. der Teilnahmebedingung allein auf eine Knickspant-Bauweise mit Längsbändern und Querspanten sowie eine Doppelruderanlage abgestellt" sowie Schriftsatz vom 3.11.2010, Seite 2, Pkt. 2.1.: "Denn die Bauart definiert die Auftraggeberin in Pkt. 1.3.3. der Teilnahmebedingungen mit Knickspant-Bauweise mit Längsbändern und Querspanten, Doppelruderanlage") führt dies zum Ergebnis der Nichtvergleichbarkeit der Bauweise des "Q***" mit dem ausgeschriebenen Boot.

Auch in Bezug auf die ausgeschriebene Doppelruderanlage des zu beschaffenden Polizeibootes ist der Q*** mit dem ausgeschriebenen Boot nämlich nicht vergleichbar. Wie in der mündlichen Verhandlung übereinstimmend festgehalten wurde (siehe Herr D*** und Herr B***, Seite 10 der Verhandlungsschrift), ist die Doppelruderanlage, d.h. zwei Motoren, in den Teilnahmebedingungen von der Wellenanlage - somit von der Antriebsanlage - getrennt ausgeschrieben worden. Vgl. unter Unterpunkt "Bauart und Schiffsform" des Pkt. 1.3.3. der Teilnahmebedingungen die

Anführung der Doppelruderanlage zum Einen und, getrennt hiervon, unter Unterpunkt "Antriebsanlage" des Pkt. 1.3.3., somit an anderer Stelle, die Nennung der Wellenanlage zum Anderen. Dementsprechend sind Antriebs- und Ruderanlage voneinander getrennt anzubieten.

Bei einem sog. Z-Antrieb, mit dem der Q*** ausgestattet ist, sind die Wellenanlage und die Doppelruderanlage jedoch vereint. Vgl. Herr B***: "Der Schottelantrieb vereine Wellenantrieb und Ruderanlage in Einem." (Anm.:

Herr B*** versteht unter einem Z-Antrieb einen sog. Schottelantrieb, siehe Verhandlungsschrift Seite 9).

Sind Wellenanlage und Ruderanlage nicht getrennt voneinander, sondern in Einem vorhanden, liegt nach den plausiblen Erläuterungen von Herrn D*** jedoch eine völlig andere Konstruktion für Antriebs- und Ruderanlagen vor, die mit dem Ausgeschriebenen nicht vergleichbar ist. Herr D*** untermauerte dies anschaulich damit, dass, da beim Schottelantrieb das Ruderblatt nicht vorhanden ist, im Falle eines Motorsausfalles durch das fehlende Ruderblatt auch die Steuerfähigkeit des Bootes verloren geht. Die vom Rechtsvertreter des Antragstellers hierzu beantragte Bestellung eines Sachverständigen war nicht erforderlich, zumal der Antragsteller selbst, der fachkundige Herr B***, dies gar nicht in Abrede stellte.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass das Forschungsboot "Q***" dem ausgeschriebenen Einsatzboot daher hinsichtlich seiner Bauweise nicht vergleichbar ist.

- -Strichaufzählung

Zu den Referenzen Nr. 2 und 3 (Katamarane N*** und O*** und zu Referenz Nr. 5 (Katamaran P***):

Bei diesen Booten handelt es sich um große Katamarane für die Passagierschiffahrt des Typs Halbgleiter (Passagierkapazität bis zu 182 Personen).

Auch hier vermag der erkennende Senat des Bundesvergabeamtes die Ansicht des Antragstellers nicht zu teilen, dass die Tatsache, dass ein Zweirumpfschiff (Katamaran) mit zwei Rümpfen und ein Einrumpfschiff mit einem Rumpf gebaut werden, mit der Bauweise eines Schiffes nichts zu tun haben sollte.

Bezeichnender Weise hat der Antragsteller in seinem bisherigen Vorbringen zur Bauweise eines Schiffes durchgängig stets davon gesprochen, dass die Rumpfform eines Bootes nichts mit seiner Bauweise zu tun haben solle. Nunmehr, wo in der mündlichen Verhandlung das Thema Zweirumpfschiff versus Einrumpfschiff zur Sprache kommt, soll nun plötzlich auch die Anzahl der Rümpfe keinen Bezug zur Bauweise eines Schiffes haben.

Wie in der mündlichen Verhandlung eindeutig hervorgekommen ist, ist aber auch das Erfordernis der Einrumpfbauweise aus einer Reihe von Anforderungen und Merkmalen des ausgeschriebenen Polizeibootes aus den Teilnahmebedingungen ableitbar.

Zunächst ist zu erwähnen, dass schon aus Pkt. 1.3.3. der Teilnahmebedingungen, Unterpunkt "Raumaufteilung", unzweifelhaft hervorgeht, dass es sich gegenständlich um ein aus einem Rumpf bestehendes Boot zu handeln hat. Motorenraum (Maschinenraum), Vorpiek und Achterpiek werden dort jeweils im Singular angeführt. Beim Katamaran sind Motorraum, Vorpiek und Achterpiek jedoch jeweils in "doppelter" Ausführung vorhanden. Bei einem Katamaran müsste dementsprechend in jedem Schwimmer (Rumpf) ein Motor untergebracht werden. Sieht man einmal davon ab, dass fraglich wäre, ob und gegebenenfalls wie es überhaupt technisch möglich wäre, einen Katamaran mit nur einem Maschinenraum auszustatten, verhält es sich in der Praxis so, dass ein Katamaran über zwei Maschinenräume verfügt. Auch diesen Ausführungen hat der Antragsteller nichts entgegen gehalten.

Der Einwand des Antragstellervertreeters, dass die genaue Raumaufteilung erst in den Ausschreibungsunterlagen (im engeren Sinn) festgelegt würde, ist verfehlt. Wie Herr D*** schlüssig darlegte, sind Motorenraum, Vorpiek und Achterpiek in den Teilnahmebedingungen unveränderbar mit der Einzahl festgelegt, da eine spätere Abänderung im Sinne einer "doppelten" Ausführung den Bau eines völlig anderen Schiffes bedeuten würde. Dies könnte dazu führen, dass ein Bewerber, der sich dementsprechend in der ersten Stufe des Vergabeverfahrens an den Erfordernissen eines Einrumpfschiffes orientiert hat und demnach für geeignet befunden wurde, in der zweiten Verfahrensstufe vom weiteren Verfahren ausgeschlossen werden müsste, falls er - nunmehr mit dem Erfordernis eines Zweirumpfschiffes konfrontiert - zum Bau eines Katamarans gar nicht in der Lage sein sollte.

Aber auch das in den Teilnahmebedingungen vorgegebene Längen- und Breitenverhältnis für das Polizeieinsatzboot von 1:4 (Länge ca. 21 Meter, Breite ca. 5,3 Meter, im Verhältnis angepasst) macht deutlich, dass kein Katamaran ausgeschrieben ist.

Der Auftraggeber, sowohl Herr D*** als auch Herr F***, gaben in der mündlichen Verhandlung übereinstimmend zu Protokoll, dass es ihres Wissens

nach - jedenfalls im hier relevanten Behördenbereich - einen Katamaran von

21 Metern Länge und 5,3 Metern Breite gar nicht gibt. Herr F*** ist Schiffsführer des derzeit noch im Einsatz befindlichen Polizeibootes, das durch das zu beschaffende Boot ersetzt werden soll und wird auch das "neue" Polizeiboot steuern. Herr F***, der bereits seit 1991 das Bodenseeschiffahrtspatent besitzt, ist in seiner langjährigen Praxis bereits auf verschiedensten Booten gefahren. Ein Katamaraneinsatzboot hat Herr F*** allerdings bisher weder gefahren, noch gesehen oder von der Existenz eines solchen auch nur gehört. Diese Aussage von Herrn F*** ist auch vor dem Hintergrund zu würdigen, dass Herr F*** die zeitlich zuvor getätigte, dies inhaltlich bestätigende Aussage von Herrn D*** gar nicht hören konnte, da er sich zu diesem Zeitpunkt noch nicht im Verhandlungssaal befunden hatte.

Im Übrigen weisen selbstverständlich auch das in den Teilnahmebedingungen niedergeschriebene Einsatzgebiet und der Verwendungszweck des zu beschaffenden Bootes als Polizeieinsatzboot (siehe bereits oben) eindeutig darauf hin, dass jedenfalls ein Einrumpf- und kein Zweirumpfschiff anzubieten ist. Da es bei einem in Not- und Katastrophenfällen zum Einsatz gelangenden Boot naturgemäß auf die rasche Reaktion ankommt, sind die sich daraus ergebenden Anforderungen an das Fahrverhalten von besonderer Bedeutung.

Dass ein Doppelrumpfschiff grundsätzlich ein anderes Fahrverhalten und ein anderes Seegangsverhalten als ein Einrumpfschiff aufweist, ist in Fachkreisen unumstritten. Herr D*** stellte hierzu unwidersprochen geblieben fest, dass sich ein Katamaran aufgrund seiner größeren Breite im Fahrverhalten einschließlich der Wendigkeit und Manövrierfähigkeit, anders verhält als ein Einrumpfschiff.

Etwa hat bei einem Zweirumpfschiff, wenn sich dieses in Bewegung befindet, anders als in seinem Ruhezustand, das Verhältnis von Länge und Breite Einfluss auf seinen Wendekreis. Ein Zweirumpfschiff benötigt zum Wenden zunächst auf jeden Fall mehr Platz als ein Einrumpfschiff. Aber auch das Fahrverhalten eines Zweirumpfschiffes beim Wenden selbst ist ein anderes als das Fahrverhalten eines Einrumpfschiffes. Auch diese überzeugenden Ausführungen von Herrn D*** wurden von Herrn B*** im Übrigen kommentarlos und damit grundsätzlich zustimmend zur Kenntnis genommen.

Dass unter dem Gesichtspunkt des konkreten Verwendungszweckes als Polizeieinsatzboot gerade auch dem Fahrverhalten einschließlich der Wendigkeit und der Manövrierfähigkeit des Bootes eine bedeutende Rolle zukommt und einen wesentlichen Aspekt für die konkrete Entscheidung des Auftraggebers für ein Einrumpfschiff darstellt, bedarf keiner besonderen Erwähnung.

Es ist offensichtlich, dass aufgrund der Unterschiede im Fahrverhalten ein Schiff in Zweirumpfbauweise dem ausgeschriebenen Schiff (in Einrumpfbauweise) nicht vergleichbar ist. Im Hinblick darauf ist aber auch das Vorbringen des Antragstellervertreeters, dass das Fahrverhalten in den Teilnahmebedingungen nicht als Vergleichsmaßstab festgelegt worden sei, verfehlt.

Angesichts schon zweifelsfrei bestehender Unterschiede im Fahrverhalten zwischen einem Einrumpf- und einem Zweirumpfschiff, konnte von der vom Rechtsvertreter des Antragstellers beantragten Bestellung eines Sachverständigen zur Beurteilung der üblicher Weise bei Katamaranen bestehenden Längen- und Breitenverhältnisse abgesehen werden.

Abgesehen davon ist auch das Erfordernis der Vergleichbarkeit der drei Katamarane mit dem ausgeschriebenen Einsatzboot in Bezug auf die Größe nicht erfüllt.

Die Länge des Einsatzbootes (Länge über alles mit Arbeitsplattform) wird in den Teilnahmebedingungen mit ca. 21 Metern, die Breite des Einsatzbootes (Breite über alles) mit ca. 5,3 Metern (im Verhältnis angepasst) festgelegt. Die drei Referenzkatamarane des Antragstellers weisen eine Länge von 33,64 Metern und eine Breite von 7,6 Metern auf. Die Länge der Referenzboote weicht somit um beträchtliche 60,2 Prozent vom in der Ausschreibung vorgegebenen Längenmaß ab. Dementsprechend besteht auch eine erhebliche Abweichung von der ausgeschriebenen Breite (7,6 Meter versus 5,3 Meter). Diese Größenabweichungen sind als den ausgeschriebenen Größenmaßen nicht mehr

vergleichbar zu erachten.

Wie Herr D*** detailliert und glaubhaft darlegte, wurde das festgeschriebene Längen- und Breitenmaß ganz bewusst und gezielt auf die speziellen Bedürfnisse des konkret ausgeschriebenen Einsatzbootes abgestimmt. Die Festlegung der konkreten Größenabmessungen ist aufgrund der Erfahrungen mit dem derzeitigen Polizeieinsatzboot (unbefriedigendes Seegangsverhalten, siehe unten) erfolgt und beruht auf einem im Vorfeld speziell hierzu in Auftrag gegebenem Gutachten.

Die Ideallänge eines Schiffes im Einsatzgebiet des Bodensees beträgt nach allgemeiner Auffassung 20 bis 24 Meter. Dies soll - wie Herr B*** nicht in Abrede stellte - bereits durch ein Gutachten der Schiffsbauversuchsanstalt Duisburg aus dem Jahr 1977 zu einem damals vom Antragsteller gebauten bayerischen Einsatzboot belegt sein. Davon ausgehend und unter Berücksichtigung, dass das derzeit noch im Einsatz befindliche Boot hinsichtlich seiner Seetüchtigkeit (Rollverhalten) Verbesserungspotential aufweist, gab der Auftraggeber ein weiteres Gutachten bei der I*** in Auftrag. Die schließlich in den Teilnahmebedingungen vorgeschriebenen Maße, insbesondere die Verbreiterung gegenüber dem derzeitigen Einsatzboot um 1,5 Meter auf rund 5,3 Meter wurde dem Auftraggeber von der I*** aufgrund der vom Seeforschungsinstitut des Bodensees gesammelten Wellen- und Winddaten konkret empfohlen. Die größere Breite des (neuen) Bootes wird auch das verbesserte Seetüchtigkeitsverhalten mit sich bringen.

Länge und Breite des ausgeschriebenen Einsatzbootes wurden also keineswegs beliebig gewählt, sondern auf ein hiezu eigens eingeholtes Gutachten gestützt, ganz gezielt auf das konkrete Einsatzgebiet und speziell auf die Anforderungen eines sich von einem Passagierschiff in seinen Einsatzbedingungen unterscheidenden Einsatzbootes hin, ausgerichtet. So sind die Erfordernisse eines Einsatzbootes - anders als jene eines Fahrgastschiffes - auf extreme Wetterlagen abgestimmt. Ein Passagierschiff läuft bei extremen Wetterlagen nicht mehr aus, sondern muss lediglich die sichere Rückkehr bewältigen.

Herr B*** setzte dem bloß entgegen, dass die Rümpfe seiner Referenzschiffe nach den sogar noch höheren Anforderungen der germanischen LLOYD zertifiziert und abgenommen worden sein sollen. Dieses Vorbringen ist schon deshalb unbeachtlich, da konkret das Längen- und Breitenmaß und nicht die Rümpfe der Referenzboote in Rede stehen.

Damit erfolgte aber auch die Festsetzung der höchst zulässigen Größenabweichung der Referenzboote vom ausgeschriebenen Einsatzboot in der Prüfniederschrift mit 30 Prozent wohl überlegt und begründet. In Folge dessen wurden vom Auftraggeber auch alle innerhalb der Bandbreite einer 30%-igen Größenabweichung liegenden Referenzen von Bewerbern im Hinblick auf den Größenaspekt akzeptiert.

Die plausibel dargelegte Begründung samt Vorgeschichte, wie es zur Festlegung der genauen Maße des ausgeschriebenen Bootes gekommen ist, macht deutlich, dass es zur Erzielung eines optimalen Fahrverhaltens gerade auf ganz bestimmte Längen- und Breitenparameter ankommt. Für einen sachverständigen Bieter ist daher klar erkennbar, dass eine über das Ausmaß von 30 Prozent hinausgehende Abweichung von diesen Vorgaben als nicht mehr vergleichbar anzusehen ist, ohne dass diese 30%-Marke explizit in die Teilnahmebedingungen aufgenommen werden müsste.

In der mündlichen Verhandlung wurde gerade in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit der Erörterung einer nicht mehr als tolerabel anzusehenden Größenabweichung von mehr als 30 Prozent von den Beteiligten - so auch dem Antragsteller - einhellig und allgemein festgestellt, dass einem sachverständigen Bieter bewusst ist, was unter den in den Teilnahmebedingungen aufscheinenden Anforderungen der Vergleichbarkeit in Bezug auf Größe, Bauweise und Material zu verstehen ist.

In Folge dessen konnten vom Auftraggeber die Vergleichbarkeitserfordernisse in den Teilnahmebedingungen auch "positiv" formuliert werden, ohne im Einzelnen alle denkmöglichen Fälle und Bootslösungen aufzuzählen, die dem ausgeschriebenen Einsatzboot als nicht bzw. nicht mehr vergleichbar zu erachten wären. Eine erschöpfende Aufzählung wäre wohl auch gar nicht möglich. Aus diesem Grund brauchte ebenso nicht explizit geregelt werden, was eine Referenz zu einer vergleichbaren Referenz macht.

Unbestritten ist, dass die drei Referenzkatamarane baugleiche Schiffe sind, die sich nur in der "Bistrobestuhlung von P***" voneinander unterscheiden (vgl. Formblatt 3 zum Teilnahmeantrag des Antragstellers sowie Herr B*** mündliche Verhandlung). Dies bedeutet, dass aufgrund der mangels Vergleichbarkeit im Bezug auf die Größe als

taugliche Referenzobjekte ausscheidenden drei Katamarane schon zwei der drei in Betracht zu ziehenden Referenzen des Antragstellers wegfallen. Daraus folgt im Weiteren, dass schon aus diesem Grund, ohne dass überhaupt die weiteren behandelten Aspekte noch hinzutreten müssten, das Erfordernis des Vorliegens mindestens zweier die Referenzanforderungen erfüllender Referenzen nicht erfüllt wäre. Unbestritten ist, dass die drei Referenzkatamarane baugleiche Schiffe sind, die sich nur in der "Bistrobestuhlung von P****" voneinander unterscheiden (vergleiche Formblatt 3 zum Teilnahmeantrag des Antragstellers sowie Herr B**** mündliche Verhandlung). Dies bedeutet, dass aufgrund der mangels Vergleichbarkeit im Bezug auf die Größe als taugliche Referenzobjekte ausscheidenden drei Katamarane schon zwei der drei in Betracht zu ziehenden Referenzen des Antragstellers wegfallen. Daraus folgt im Weiteren, dass schon aus diesem Grund, ohne dass überhaupt die weiteren behandelten Aspekte noch hinzutreten müssten, das Erfordernis des Vorliegens mindestens zweier die Referenzanforderungen erfüllender Referenzen nicht erfüllt wäre.

- -Strichaufzählung

Zur Nichtzulassung des Antragstellers zur Angebotslegung:

Daraus ist zu schließen, dass die Nichtzulassung des Antragstellers zur Angebotslegung (2. Stufe des Vergabeverfahrens) in Übereinstimmung mit und unter Einhaltung der Teilnahmebedingungen erfolgt ist.

Von einer Nichteinhaltung der eigenen Festlegungen durch den Auftraggeber kann keine Rede sein. Als maßgebliche Prüfkriterien im Sinne der Ausführungen des Antragstellers sind die Vergleichbarkeitserfordernisse der Referenzboote mit dem ausgeschriebenen Boot in Bezug auf Größe, Bauweise und Material anzusehen. Eine wie im vorliegenden Fall bestehende Abweichung von diesen Kriterien - nämlich vom Erfordernis der Vergleichbarkeit in besagter dreifacher Hinsicht - hat somit in Bindung des Auftraggebers an seine Teilnahmebedingungen notwendiger Weise zur Nichtanerkennung einer solchen Referenz zu führen.

Es versteht sich von selbst, dass sich das Thema der "Bepunktung" der Referenzen des Antragstellers gar nicht stellt, da dieses nur bei grundsätzlich anzuerkennenden Referenzen aktuell wird.

Auch die begründend getroffenen Feststellungen in der Prüfniederschrift geben keinen Anlass zur Kritik, stehen im Einklang mit den Anforderungen der Teilnahmebedingungen und ermöglichen die objektive Nachvollziehbarkeit der Bewertung.

Ebenso gibt die Verständigung des Antragstellers über die Nichtanerkennung seiner Referenzen und seine Nichtzulassung zur Angebotslegung mit Schreiben des Auftraggebers vom 28.9.2010 weder hinsichtlich ihres Informationsgrades noch hinsichtlich ihrer Konformität mit den Teilnahmebedingungen Anlass zur Kritik.

Dem Antragsteller wurden in der Mitteilung des Auftraggebers vom 28.9.2010 vor allem auch die Gründe mitgeteilt, die letztlich für seine Nichtzulassung maßgeblich waren. Vgl.: "Die 1. Referenz (Q****) ist ein Verdrängerfahrzeug mit Z-Antrieb. In der Ausschreibung wurde jedoch ein Halbgleiter, der eine entsprechende Rumpfform verlangt und ein Wellenantrieb gefordert. Bei den Referenzen Nr. 2 und 5 "N****", "O****" und "P****" handelt es sich um große Katamarane für

Passagierdienste... Eine Vergleichbarkeit zu dem in der Ausschreibung

geforderten Fahrzeug ist insbesondere deshalb nicht gegeben, da die Bauweise als Fahrgastschiff mit Doppelrumpf nicht dem ausgeschriebenen Polizeiboot (Einrumpfschiff) entspricht".

Dem Antragsteller war es aufgrund der Angaben in der Verständigung über seine Nichtzulassung zum weiteren Vergabeverfahren schließlich problemlos möglich, einen substantiierten Nachprüfungsantrag zu formulieren, der vom Bundesvergabeamt nicht einmal zur Verbesserung zurückgestellt werden musste.

- -Strichaufzählung

Zur Bewertungskommission:

Schließlich erweist sich auch der Vorwurf des Antragstellers, dass es den Prüfern an der technischen Fachkompetenz gemangelt habe bzw. dass einschlägig nicht sachverständige Personen an der Beurteilung mitgewirkt hätten, als haltlos.

Gemäß § 122 BVergG ist die Prüfung und Beurteilung eines Angebotes nur solchen Personen zu übertragen, welche die fachlichen Voraussetzungen hierfür erfüllen. Erforderlichenfalls sind unbefangene und von den Bietern

unabhängige Sachverständige beizuziehen. Gemäß Paragraph 122, BVergG ist die Prüfung und Beurteilung eines Angebotes nur solchen Personen zu übertragen, welche die fachlichen Voraussetzungen hierfür erfüllen. Erforderlichenfalls sind unbefangene und von den Bietern unabhängige Sachverständige beizuziehen.

Dabei ist auf keine "einheitliche" Fachkompetenz, sondern auf den für das jeweilige Prüfungsthema erforderlichen Sachverstand abzustellen (zB vergaberechtlichen, betriebswirtschaftlichen, fachtechnischen Sachverstand); vgl. Gölles in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, § 122 Rz 2. Dabei ist auf keine "einheitliche" Fachkompetenz, sondern auf den für das jeweilige Prüfungsthema erforderlichen Sachverstand abzustellen (zB vergaberechtlichen, betriebswirtschaftlichen, fachtechnischen Sachverstand); vergleiche Gölles in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Paragraph 122, Rz 2.

An die Eignungsprüfung im Rahmen der Bewertung der Teilnahmeanträge der Bewerber zur Zulassung zur Angebotslegung sind keine strengeren Anforderungen als an die Angebotsprüfung im eigentlichen Sinne zu stellen.

Wie sich aus den Ausführungen der die Eignungsprüfung durchgeführt habenden Personen in der mündlichen Verhandlung in Übereinstimmung mit dem Vergabeakt ergibt, wurde der gebotenen Trennung der Durchführung der Eignungsprüfung nach dem jeweils erforderlichen Sachverstand jedenfalls Rechnung getragen. So wurde die "allgemeine" Eignungsprüfung von einer Juristin, (Mag. G***) und zwei Referentinnen der Beschaffungsabteilung des Auftraggebers (Frau H*** und Frau J***) vorgenommen.

Die Beurteilung der technischen Leistungsfähigkeit (die inhaltliche Prüfung der Referenzen) und deren Bewertung erfolgten hingegen ausschließlich durch Personen mit technischem Sachverstand. An der erforderlichen einschlägigen Fachkunde der technischen Prüfer besteht angesichts der im Folgenden skizzierten Ausbildung und des beruflichen Werdeganges dieser Personen kein Zweifel:

Herr D*** ist erster Polizeihauptkommissar und Leiter der Wasserschutzpolizeizentralstelle Bayern. Von 1999 bis 2006 war er Leiter des Sachbereiches "Technik" der WSP-Direktion Bayern. Er hat die Wasserschutzpolizeischule Hamburg, unter anderem im Bereich Schiffstechnik, absolviert. Weiters hat er einen Schiffsmotorenlehrgang bei der Firma C*** und bei der WSP-Direktion Bayern von 1996 bis 1999 eine interne Polizeibootechnikausbildung durchlaufen. Herr D*** besitzt das Befähigungszeugnis zum Führen von Dienstbooten der Bayerischen Wasserschutzpolizei und war von 1999 bis 2007 Leiter des Sachbereiches Boottechnik bei der WSP-Direktion Bayern.

Herr E*** ist stellvertretender Bezirkspolizeikommandant von Bregenz. Ihm obliegt die Koordination des Projektes im Auftrag des Landespolizeikommandos Vorarlberg.

Herr F*** besitzt das Bodenseeschiffahrtspatent für Motorboote/Segelboote und ist Leiter der Polizeiinspektion Hart, in deren Zuständigkeitsbereich das zu beschaffende Boot stationiert werden soll. Er verfügt über langjährige Erfahrung im Praxisbetrieb von Polizeibooten und ist der Bootsführer des derzeit noch im Einsatz befindlichen Bootes. Mit Herrn F*** als derzeitigem und zukünftigem Bootsführer und einsatztaktischem Verantwortlichen wurde die Kommission sogar durch "unmittelbaren" Praxissachverstand ergänzt.

Ing. K*** ist Mitarbeiter des Referates "Fahrzeugwesen" des Auftraggebers und dort für Fahrzeuge aller Art technisch zuständig. Er verfügt über die technische Expertise vor allem auch für die nicht rein boottechnischen Themen, wie Ausstattung, elektrische Anlage etc.

Mit Herrn D*** wurde zudem ein externer Experte beigezogen und dadurch einem allenfalls bestehenden Erfordernis der Beiziehung eines unabhängigen Sachverständigen iSd § 122 BVergG entsprochen. Mit Herrn D*** wurde zudem ein externer Experte beigezogen und dadurch einem allenfalls bestehenden Erfordernis der Beiziehung eines unabhängigen Sachverständigen iSd Paragraph 122, BVergG entsprochen.

Die vier Prüfer gelangten, wie die drei von ihnen in der mündlichen Verhandlung Anwesenden glaubhaft angaben, einstimmig zum vorliegenden Bewertungsergebnis. Wäre dies nicht der Fall gewesen, ist davon auszugehen, dass dies in der Prüfniederschrift entsprechend Niederschlag gefunden hätte.

Dass das technische Bewertungsprotokoll - in lediglich formaler Hinsicht - auch von einer Juristin (Mag. G***) und einer Referentin der Beschaffungsabteilung (Frau H***), mitunterfertigt wurde, bedeutet, wie sich aus den glaubwürdigen Äußerungen von Frau G*** und Frau H*** in der mündlichen Verhandlung ergibt, keineswegs, dass diese Personen in den inhaltlichen Entscheidungsfindungsprozess zur Bewertung der Referenzen involviert gewesen wären.

Es entspricht vielmehr der allgemeinen Übung, dass auch bei Abstimmungen technischen Inhaltes "nichttechnische" Referenten, die das Vergabeverfahren während seines gesamten Verlaufes, vor allem in juristischer Hinsicht begleiten, anwesend sind. Dies dient, wie auch im konkreten Fall, allein der Gewährleistung der Einhaltung der vergaberechtlichen Rahmenbedingungen und der Sicherstellung des vergaberechtskonformen Ganges der Prüfung (vgl. Mag. G***, mündliche Verhandlung). Wie Herr D*** in diesem Zusammenhang anmerkte, wird diese Vorgangsweise im Übrigen auch in Deutschland gepflogen. Es entspricht vielmehr der allgemeinen Übung, dass auch bei Abstimmungen technischen Inhaltes "nichttechnische" Referenten, die das Vergabeverfahren während seines gesamten Verlaufes, vor allem in juristischer Hinsicht begleiten, anwesend sind. Dies dient, wie auch im konkreten Fall, allein der Gewährleistung der Einhaltung der vergaberechtlichen Rahmenbedingungen und der Sicherstellung des vergaberechtskonformen Ganges der Prüfung (vgl. Mag. G***, mündliche Verhandlung). Wie Herr D*** in diesem Zusammenhang anmerkte, wird diese Vorgangsweise im Übrigen auch in Deutschland gepflogen.

Abgesehen davon, dass Mag. G*** und Frau H*** bei der technischen Beurteilung der Bewerber ohnehin nicht mitgewirkt oder gar mitgestimmt haben, hätte schon aufgrund ihrer Zahl keine Überstimmung der Techniker erfolgen und somit zu keiner abweichenden Beurteilung führen können.

Am Rande bemerkt, finden sich in den bestandsfesten Teilnahmebedingungen zur Vorgangsweise bei der Eignungsprüfung keine Regelungen. Insofern bestünde daher gar kein zwingendes Erfordernis, hierzu eine gesamte Kommission einzusetzen. Es wäre daher grundsätzlich ausreichend gewesen, die Beurteilung durch eine hierzu befähigte Person vornehmen zu lassen. Der Auftraggeber hat hierzu jedoch sogar insgesamt vier Personen mit entsprechendem Sachverstand eingesetzt, die zu einem einstimmigen Ergebnis gelangt sind.

Was die im Vorfeld betreffend die Referenz eines konkreten Bewerbers beigezogene Person des Herrn M*** betrifft (siehe Vergabeakt), so ergibt auch dies keine andere Sichtweise. M*** wurde im Hinblick auf seine für den Auftraggeber in der Vergangenheit bei einer Parallelausschreibung (für ein Polizeiboot in Linz) wahrgenommene Beratungsfunktion als weiterer externer Berater iSd § 122 letzter Satz BVergG beigezogen (siehe Mag. G***, mündliche Verhandlung). An der kommissionellen technischen Beurteilung und der Abstimmung hat M***, wie ebenfalls aus dem Vergabeakt (Prüfniederschrift) hervorgeht, jedenfalls nicht teilgenommen. Was die im Vorfeld betreffend die Referenz eines konkreten Bewerbers beigezogene Person des Herrn M*** betrifft (siehe Vergabeakt), so ergibt auch dies keine andere Sichtweise. M*** wurde im Hinblick auf seine für den Auftraggeber in der Vergangenheit bei einer Parallelausschreibung (für ein Polizeiboot in Linz) wahrgenommene Beratungsfunktion als weiterer externer Berater iSd Paragraph 122, letzter Satz BVergG beigezogen (siehe Mag. G***, mündliche Verhandlung). An der kommissionellen technischen Beurteilung und der Abstimmung hat M***, wie ebenfalls aus dem Vergabeakt (Prüfniederschrift) hervorgeht, jedenfalls nicht teilgenommen.

- -Strichaufzählung

Abschließende Schlussfolgerung:

Aus dem Gesagten folgt abschließend, dass die Nichtzulassung des Antragstellers zur 2. Verfahrensstufe nach Prüfung durch entsprechend befähigte Personen zu Recht erfolgt ist, sodass spruchgemäß zu entscheiden war.

1. b) Litera b

Zu Spruchpunkt II:

Gemäß § 319 Abs 1 1. Satz BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung besteht nur dann, wenn dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde (§ 19 Abs. 2 BVergG). Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, 1. Satz BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung besteht nur dann, wenn dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde (Paragraph 19, Absatz 2, BVergG).

Der Antragsteller hat, wie sich aus Spruchpunkt I ergibt, mit seinem Nachprüfungsantrag auch nicht teilweise obsiegt.

Der Nachprüfungsantrag wurde abgewiesen. Der sowohl für den Nachprüfungsantrag als auch für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung geltend gemachte Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühren war daher abzuweisen. Der Antragsteller hat, wie sich aus Spruchpunkt römisch eins ergibt, mit seinem Nachprüfungsantrag auch nicht teilweise obsiegt. Der Nachprüfungsantrag wurde abgewiesen. Der sowohl für den Nachprüfungsantrag als auch für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung geltend gemachte Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühren war daher abzuweisen.

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