

# TE Verg Bescheid 2009/4/30 N/0021-BVA/10/2009-28

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 30.04.2009

## Norm

BVergG 2006 §2 Z8

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §4 Abs1 Z3

BVergG 2006 §123 Abs1

BVergG 2006 §112 Abs4

BVergG 2006 §123 Abs2 Z1

BVergG 2006 §123 Abs2 Z2

BVergG 2006 §123 Abs2 Z5

BVergG 2006 §129 Abs1 Z5

BVergG 2006 §129 Abs1 Z2

BVergG 2006 §129 Abs1 Z7

BVergG 2006 §319 Abs1

BVergG 2006 §319 Abs2

BVergG 2006 §325 Abs1

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
  2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
  3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
  4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
  5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
  6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
- 
1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
  2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
- 
1. BVergG 2006 § 4 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
- 
1. BVergG 2006 § 123 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
  2. BVergG 2006 § 123 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
- 
1. BVergG 2006 § 112 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
  2. BVergG 2006 § 112 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
- 
1. BVergG 2006 § 123 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
  2. BVergG 2006 § 123 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 123 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 123 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 123 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 123 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

## Text

### BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Senat 10 bestehend aus Mag. Hubert Reisner als Vorsitzendem sowie Dr. Friedrich Rödler als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Ulrich E. Zellenberg als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe "A10 Tauern Autobahn, Vollausbau Neubau/Sanierung Tauerntunnel, Allgemeine Elektrotechnik – Röhre Salzburg/Röhre Villach" der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs- Aktiengesellschaft vertreten durch die ASFINAG Baumanagement GmbH eingeleitet über Antrag vom 20. März 2009 der A\*\*\* vertreten durch X\*\*\* Rechtsanwälte wie folgt entschieden:

### Spruch

I.römisch eins.

Dem Antrag der A\*\*\*, "das Bundesvergabeamt möge nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung die Zuschlagsentscheidung vom 6.3.2009 für nichtig erklären", wird insofern stattgegeben, als im Vergabeverfahren "A10 Tauern Autobahn, Vollausbau Neubau/Sanierung Tauerntunnel, Allgemeine Elektrotechnik – Röhre Salzburg/Röhre Villach" die Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs- Aktiengesellschaft, vom 6. März 2009 für nichtig erklärt wird.

Rechtsgrundlage: § 325 Abs 1 BVergG Rechtsgrundlage: Paragraph 325, Absatz eins, BVergG

II.römisch zwei.

Dem Antrag der A\*\*\*, "das Bundesvergabeamt möge nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung die Auftraggeberin jedenfalls zum Ersatz der Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution verhalten", wird insofern stattgegeben, als ausgesprochen wird, dass die Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs- Aktiengesellschaft verpflichtet ist, der A\*\*\* die entrichtete Pauschalgebühr in der Höhe von EUR 7.500 binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Bescheides zu ersetzen.

Rechtsgrundlage: § 319 Abs 1 und 2 BVergG Rechtsgrundlage: Paragraph 319, Absatz eins und 2 BVergG

## Begründung

### 1. Vorbringen der Parteien und Gang des Verfahrens

1.1 Die Antragstellerin stellte am 20. März 2009 neben dem im Spruch ersichtlichen Begehren und Anträgen auf Gebührenersatz gemäß § 319 BVergG, auf Akteneinsicht gemäß § 17 AVG und auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung den Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung. Darin erachtete sie sich in ihrem Recht auf Ausscheiden eines den Ausschreibungsbedingungen widersprechenden Angebotes, auf Zuschlagsentscheidung und Zuschlagserteilung zugunsten ihres Angebotes sowie in ihrem Recht auf Teilnahme an einem gesetzmäßigen Vergabeverfahren, eventualiter in ihrem Recht auf Widerruf des Vergabeverfahrens und Teilnahme an einem rechtskonformen neuen Vergabeverfahren verletzt. Das Bundesvergabeamt sei für Nachprüfungsverfahren betreffend die ASFINAG zuständig. Es handle sich um einen Bauauftrag in einem offenen Verfahren im Oberschwellenbereich. Die Zuschlagsentscheidung sei eine gesondert anfechtbare Entscheidung nach § 2 Z 16 lit a sublit aa BVergG. Der Antrag sei rechtzeitig und die Gebühren in der Höhe von EUR 7.500 seien bezahlt worden. Der Antragstellerin drohe ein Schaden in Höhe des Erfüllungsinteresses (Gewinn und Deckungsbeitrag) von ca EUR 1.580.000. Darüber hinaus entstünden ihr frustrierte Angebotskosten von etwa EUR 70.000. Weiters drohe der Verlust eines wichtigen Referenzprojektes. Sofern aufgrund des vorliegenden Nachprüfungsantrages das Vergabeverfahren zu widerrufen sei, bestehe der Schaden bei Fortführung des Vergabeverfahrens und dessen Abschluss auch im Verlust der Möglichkeit, sich an einem neuerlichen Vergabeverfahren zu beteiligen.

1.1 Die Antragstellerin stellte am 20. März 2009 neben dem im Spruch ersichtlichen Begehren und Anträgen auf Gebührenersatz gemäß Paragraph 319, BVergG, auf Akteneinsicht gemäß Paragraph 17, AVG und auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung den Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung. Darin erachtete sie sich in ihrem Recht auf Ausscheiden eines den Ausschreibungsbedingungen widersprechenden Angebotes, auf Zuschlagsentscheidung und Zuschlagserteilung zugunsten ihres Angebotes sowie in ihrem Recht auf Teilnahme an einem gesetzmäßigen Vergabeverfahren, eventualiter in ihrem Recht auf Widerruf des Vergabeverfahrens und Teilnahme an einem rechtskonformen neuen Vergabeverfahren verletzt. Das Bundesvergabeamt sei für Nachprüfungsverfahren betreffend die ASFINAG zuständig. Es handle sich um einen Bauauftrag in einem offenen Verfahren im Oberschwellenbereich. Die Zuschlagsentscheidung sei eine gesondert anfechtbare Entscheidung nach Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG. Der Antrag sei rechtzeitig und die Gebühren in der Höhe von EUR 7.500 seien bezahlt worden. Der Antragstellerin drohe ein Schaden in Höhe des Erfüllungsinteresses (Gewinn und Deckungsbeitrag) von ca EUR 1.580.000. Darüber hinaus entstünden ihr frustrierte Angebotskosten von etwa EUR 70.000. Weiters drohe der Verlust eines wichtigen Referenzprojektes. Sofern aufgrund des vorliegenden Nachprüfungsantrages das Vergabeverfahren zu widerrufen sei, bestehe der Schaden bei Fortführung des Vergabeverfahrens und dessen Abschluss auch im Verlust der Möglichkeit, sich an einem neuerlichen Vergabeverfahren zu beteiligen.

Die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Zuschlagsentscheidung begründete sie im Wesentlichen damit, dass es der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin an der erforderlichen Eignung fehle. Sie könne den in der Ausschreibung geforderten Nachweis der Befugnis gemäß § 71 BVergG nicht vorweisen. Dies betreffe die Befugnis für Statik, Verkehrsplanung und Vermessungstechnik. Der Bieter müsse entweder selbst über die Befugnis verfügen oder einen entsprechend befugten Subunternehmer heranziehen. Dies sei im Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin nicht erfolgt. Ihr Angebot sei daher auszuschneiden. Die Nachweise seien gemäß Punkt B.1.3.10.2 der bestandsfesten Ausschreibung im Angebot anzuführen. Die drei preislich vor dem Angebot der Antragstellerin liegenden Angebote der B\*\*\* dürften nicht berücksichtigt werden, da sie Abänderungsangebote seien. Die angebotenen Abänderungen führten zu wesentlichen Änderungen der Angebote gegenüber den Vorgaben der Ausschreibung. Das Abänderungsangebot CO/TS Messanlagen sei wegen der wesentlichen Abänderungen des ausgeschriebenen Systems in Wahrheit ein unzulässiges Alternativangebot. Bei dem Abänderungsangebot USV-Anlagen würden Bleibatterien statt der ausgeschriebenen NiCd-Batterien angeboten. Die Ausschreibung lasse in diesem Punkt keine Alternativen zu. Bei den NiCd-Batterien handle es sich um einen "ASFINAG-Standard". Alternativangebote seien nach der Ausschreibung zwar formal zulässig, inhaltlich mangels Mindestanforderungen an Alternativangebote jedoch unzulässig.

Die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Zuschlagsentscheidung begründete sie im Wesentlichen damit, dass es der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin an der erforderlichen Eignung fehle. Sie könne den in der Ausschreibung geforderten Nachweis der Befugnis gemäß Paragraph 71, BVergG nicht

vorweisen. Dies betreffe die Befugnis für Statik, Verkehrsplanung und Vermessungstechnik. Der Bieter müsse entweder selbst über die Befugnis verfügen oder einen entsprechend befugten Subunternehmer heranziehen. Dies sei im Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin nicht erfolgt. Ihr Angebot sei daher auszuschneiden. Die Nachweise seien gemäß Punkt B.1.3.10.2 der bestandsfesten Ausschreibung im Angebot anzuführen. Die drei preislich vor dem Angebot der Antragstellerin liegenden Angebote der B\*\*\* dürften nicht berücksichtigt werden, da sie Abänderungsangebote seien. Die angebotenen Abänderungen führten zu wesentlichen Änderungen der Angebote gegenüber den Vorgaben der Ausschreibung. Das Abänderungsangebot CO/TS Messanlagen sei wegen der wesentlichen Abänderungen des ausgeschriebenen Systems in Wahrheit ein unzulässiges Alternativangebot. Bei dem Abänderungsangebot USV-Anlagen würden Bleibatterien statt der ausgeschriebenen NiCd-Batterien angeboten. Die Ausschreibung lasse in diesem Punkt keine Alternativen zu. Bei den NiCd-Batterien handle es sich um einen "ASFINAG-Standard". Alternativangebote seien nach der Ausschreibung zwar formal zulässig, inhaltlich mangels Mindestanforderungen an Alternativangebote jedoch unzulässig.

1.2 Am 25. März 2009 erteilte die Antragstellerin allgemeine Auskünfte, nahm zum Umfang der Akteneinsicht gemäß 17 AVG Stellung und legte die Unterlagen des Vergabeverfahrens vor. 1.2 Am 25. März 2009 erteilte die Antragstellerin allgemeine Auskünfte, nahm zum Umfang der Akteneinsicht gemäß Paragraph 17, AVG Stellung und legte die Unterlagen des Vergabeverfahrens vor.

1.3 Am 26. März 2009 erließ das Bundesvergabeamt eine einstweilige Verfügung. Darin setzte es die Zuschlagsentscheidung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens aus und untersagte für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Zuschlagserteilung.

1.4 Am 30. März 2009 nahm die Auftraggeberin zu dem Nachprüfungsantrag Stellung. Darin führte sie im Wesentlichen aus, dass das BVergG in Fragen der Befugnis stets in Verbindung mit der GewO zu lesen sei. Unternehmer dürften eine nachgefragte Tätigkeit als Nebenrecht iSd § 32 GewO ausüben. Aufgrund der Regelungen der GewO dürfe die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin die vom Auftrag umfassten Vermessungsleistungen, "Statikleistungen" und "Verkehrsplanerleistungen" selbst erbringen. Bei den genannten Leistungen handle es sich um rund 0,0854 % der Gesamtleistung. Statik mache 0,0002 % aus, Verkehrsplanung 0,0002 % und Vermessungsleistungen 0,085 %. Es handle sich daher um Leistungen in geringem Umfang. Sie ergänzten die Hauptleistung sinnvoll. Aus diesem Grund und gemäß § 32 Abs 1 Z 9 GewO sei die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin nicht auszuschneiden. Die "Befugnis Verkehrsplanung" und die "Befugnis Statik" seien in der Ausschreibung gar nicht gefordert. Verkehrsplanung sei allenfalls die Baustellenabsicherung im Zuge von Wartungs- und Inspektionsarbeiten, die anhand von Regelplänen erfolge, die in der RVS 05.05.42 "Baustellenabsicherung, Autobahnen mit getrennten Richtungsfahrbahnen" festgelegt und vom Auftragnehmer mit dem Autobahnmeister und der Behörde abzustimmen sei. Durch die Heranziehung eines Subunternehmers mit der Berufsbefugnis des Baumeisters sei die Befugnis "substituiert". Die Statik betreffe die Überprüfung der bestehenden Unterkonstruktionen. Diese seien einfache Fachwerke aus Edelstahl, deren Bewertung aus Sicht der vergebenden Stelle auf Grund der Einfachheit der Konstruktion keine zusätzliche Befugnis eines Statikers erfordere. Diese Tätigkeit sei auch von den Nebenrechten und der Baumeisterbefugnis erfasst. Ein Baumeister dürfe Statik- und Vermessungsarbeiten sowie Verkehrsplanungen durchführen. Für den Fall, dass die Tätigkeiten nicht durch die Nebenrechte gemäß § 32 GewO mitumfasst seien, sei die Befugnis durch den Subunternehmer substituiert. Den Planungshandbüchern der ASFINAG könne nicht entnommen werden, dass ein Vermessungstechniker oder eine andere spezielle Gewerbeberechtigung gefordert sei. Das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin sei nicht auszuschneiden. 1.4 Am 30. März 2009 nahm die Auftraggeberin zu dem Nachprüfungsantrag Stellung. Darin führte sie im Wesentlichen aus, dass das BVergG in Fragen der Befugnis stets in Verbindung mit der GewO zu lesen sei. Unternehmer dürften eine nachgefragte Tätigkeit als Nebenrecht iSd Paragraph 32, GewO ausüben. Aufgrund der Regelungen der GewO dürfe die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin die vom Auftrag umfassten Vermessungsleistungen, "Statikleistungen" und "Verkehrsplanerleistungen" selbst erbringen. Bei den genannten Leistungen handle es sich um rund 0,0854 % der Gesamtleistung. Statik mache 0,0002 % aus, Verkehrsplanung 0,0002 % und Vermessungsleistungen 0,085 %. Es handle sich daher um Leistungen in geringem Umfang. Sie ergänzten die Hauptleistung sinnvoll. Aus diesem Grund und gemäß Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer 9, GewO sei die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin nicht auszuschneiden. Die "Befugnis Verkehrsplanung" und die "Befugnis Statik" seien in der Ausschreibung gar nicht gefordert. Verkehrsplanung sei allenfalls die Baustellenabsicherung im Zuge von Wartungs- und Inspektionsarbeiten, die anhand von Regelplänen erfolge, die in

der RVS 05.05.42 "Baustellenabsicherung, Autobahnen mit getrennten Richtungsfahrbahnen" festgelegt und vom Auftragnehmer mit dem Autobahnmeister und der Behörde abzustimmen sei. Durch die Heranziehung eines Subunternehmers mit der Berufsbefugnis des Baumeisters sei die Befugnis "substituiert". Die Statik betreffe die Überprüfung der bestehenden Unterkonstruktionen. Diese seien einfache Fachwerke aus Edelstahl, deren Bewertung aus Sicht der vergebenden Stelle auf Grund der Einfachheit der Konstruktion keine zusätzliche Befugnis eines Statikers erfordere. Diese Tätigkeit sei auch von den Nebenrechten und der Baumeisterbefugnis erfasst. Ein Baumeister dürfe Statik- und Vermessungsarbeiten sowie Verkehrsplanungen durchführen. Für den Fall, dass die Tätigkeiten nicht durch die Nebenrechte gemäß Paragraph 32, GewO mitumfasst seien, sei die Befugnis durch den Subunternehmer substituiert. Den Planungshandbüchern der ASFINAG könne nicht entnommen werden, dass ein Vermessungstechniker oder eine andere spezielle Gewerbeberechtigung gefordert sei. Das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin sei nicht auszuschneiden.

Die B\*\*\* habe neben ihrem Hauptangebot drei Abänderungsangebote gelegt. Diese umfassten die CO und Trübsichtmessung, eine wartungsarme Bleibatterieanlage und eine Kombination dieser beiden Abänderungen. Es seien Unterlagen nachgefordert worden. Abänderungsangebote und Alternativangebote seien nach den Bestimmungen in Punkt 1.2.10.1. des Ausschreibungsteils B 1 zugelassen. In weiterer Folge führte die Auftraggeberin technisch detailliert aus, dass sich der Auftraggeberentwurf an den aktuellen Entwürfen zur RVS 09.02.22 und dem Entwurf des ASFINAG Planungshandbuches "Betriebs- und Sicherheitstechnik" orientiere. Daraus ergäben sich die Kriterien zur Bewertung des Abänderungsangebotes. In der Stellungnahme vom 4. März 2009 habe die B\*\*\* nähere Ausführungen zur Vergleichbarkeit gemacht. Daraus habe sich ergeben, dass das Abänderungsangebot 1 nach den Bestimmungen der Ausschreibung als gleichwertig zu beurteilen und somit zuzulassen sei. Das angebotene Messverfahren sei ein elektrochemisches und kein optisches, wie die Antragstellerin ausgeführt habe. Die Messgenauigkeit sei höher als laut RVS gefordert. Auch die übrigen Gründe, die gegen eine Gleichwertigkeit sprächen, lägen nicht vor. Die Kriterien für die Beurteilung des zweiten Abänderungsangebotes ergäben sich aus den oben genannten Quellen. Diese Batterien seien größer und schwerer als die ausgeschriebenen. Nach der Aufklärung sei das Abänderungsangebot 2 als gleichwertig zu beurteilen und aus Sicht der vergebenden Stelle zuzulassen. Auch die Antragstellerin habe Bleibatterien erst vor kurzem eingesetzt. Das Abänderungsangebot 3 sei eine Kombination der Abänderungsangebote 1 und 2. Es handle sich um Angebote, die im Hinblick auf die ausgeschriebene Leistung lediglich geringfügige technische, jedoch gleichwertige Änderungen beinhalteten. Die im Nachprüfungsantrag genannten Punkte der Ausschreibung enthielten keine "Mindestanforderungen zur Prüfung der Gleichwertigkeit der Alternativangebote". Diese ließen sich vielmehr aus ÖNORMEN und RVS entnehmen. Die Auftraggeberin beantragte die Abweisung der Nachprüfungsanträge.

1.5 Am 3. April 2009 brachte die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin begründete Einwendungen ein. Sie brachte darin im Wesentlichen vor, dass das Angebot der Antragstellerin wegen eines - unter Berücksichtigung des Nachprüfungsverfahrens - zu kurz befristeten Vadiums auszuschneiden sei. Das Angebot der Antragstellerin sei nur an fünfter Stelle gereiht. Die Auftraggeberin habe dargelegt, dass die Abänderungsangebote gleichwertig seien. Diese Gleichwertigkeit sei als Vorfrage zu beurteilen. Die Befugnis des Verkehrsplaners sei für die Baustellenabsicherung nicht erforderlich. Die Befugnis des Statikers sei nicht erforderlich, weil sich die in der Ausschreibung geforderte Überprüfung bereits aus den jeweiligen Angaben des Herstellers ergebe. Schließlich ergebe sich aus den Nebenrechten gemäß § 32 GewO die erforderliche Befugnis. Es seien Tätigkeiten in geringem Umfang auszuführen. Die Vermessungsleistungen seien im Rahmen der Dokumentation der Fertigstellung vorzunehmen und somit Vollendungsarbeiten gemäß § 32 Abs 1 Z 1 erster Fall GewO. Es sei auch gemäß § 32 Abs 1 Z 1 GewO möglich, einfache Tätigkeiten von reglementierten Gewerben auszuführen, deren fachgemäße Ausübung den sonst vorgeschriebenen Befähigungsnachweis nicht erfordert. § 32 GewO sei extensiv auszulegen. Im Übrigen werde die Befähigung auch durch einen Subunternehmer ersetzt, der die Gewerbeberechtigung eines Baumeisters aufweise.

1.5 Am 3. April 2009 brachte die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin begründete Einwendungen ein. Sie brachte darin im Wesentlichen vor, dass das Angebot der Antragstellerin wegen eines - unter Berücksichtigung des Nachprüfungsverfahrens - zu kurz befristeten Vadiums auszuschneiden sei. Das Angebot der Antragstellerin sei nur an fünfter Stelle gereiht. Die Auftraggeberin habe dargelegt, dass die Abänderungsangebote gleichwertig seien. Diese Gleichwertigkeit sei als Vorfrage zu beurteilen. Die Befugnis des Verkehrsplaners sei für die Baustellenabsicherung nicht erforderlich. Die Befugnis des Statikers sei nicht erforderlich, weil sich die in der Ausschreibung geforderte Überprüfung bereits aus den jeweiligen Angaben des Herstellers ergebe. Schließlich ergebe sich aus den

Nebenrechten gemäß Paragraph 32, GewO die erforderliche Befugnis. Es seien Tätigkeiten in geringem Umfang auszuführen. Die Vermessungsleistungen seien im Rahmen der Dokumentation der Fertigstellung vorzunehmen und somit Vollendungsarbeiten gemäß Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer eins, erster Fall GewO. Es sei auch gemäß Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer eins, GewO möglich, einfache Tätigkeiten von reglementierten Gewerben auszuführen, deren fachgemäße Ausübung den sonst vorgeschriebenen Befähigungsnachweis nicht erfordert. Paragraph 32, GewO sei extensiv auszulegen. Im Übrigen werde die Befähigung auch durch einen Subunternehmer ersetzt, der die Gewerbeberechtigung eines Baumeisters aufweise.

1.6 Am 15. April 2009 nahm die Auftraggeberin erneut Stellung. Sie führte aus, dass die Antragstellerin eine Garantieerklärung in der Höhe von EUR 1 Mio gelegt habe. Diese Garantieerklärung sei bis 30. April 2009 gültig. Sie legte die Erklärung in Kopie bei und hielt die bisher gestellten Anträge vollinhaltlich aufrecht.

1.7 Am 17. April 2009 nahm die Antragstellerin erneut Stellung. Sie führte im Wesentlichen aus, dass das Vadium eine Laufzeit von mindestens 30 Tagen über das Ende der Zuschlagsfrist hinaus aufweisen müsse. Sie sei zu Recht von einem Ablauf der Zuschlagsfrist mit 23. März 2009 ausgegangen. Aus einer Änderung des Angebots wegen der Änderung von Umständen, die erst nach Ende der Angebotsfrist aufgetreten seien, könne der Antragstellerin kein Nachteil erwachsen. Relevant sei einzig und allein der Zeitpunkt des Ablaufs der Angebotsfrist. Das zwingende Ausscheiden des Angebots sei nur für den Fall vorgesehen, dass gar kein Vadium dem Angebot beigelegt sei. Im gegenständlichen Fall sei jedoch ein Vadium beigelegt. Sollte es nicht entsprechen, handle es sich um einen behebbaren Mangel, weil der Antragstellerin durch die Nachreichung des Vadiums kein Vorteil entstehe. Die Antragstellerin sei antragslegitimiert, ohne dass geprüft werden müsse, ob die Angebote der B\*\*\* tatsächlich auszuschneiden seien. Die Antragstellerin habe in ihrem Nachprüfungsantrag dargelegt, dass es sich bei den drei vorgereichten Angeboten nicht um Abänderungsangebote, sondern um unzulässige Alternativangebote handle. Zur Befugnis der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin führte sie aus, dass es bei der Beurteilung, ob eine bloß geringfügige Leistung vorliege, nicht auf den bloßen Prozentsatz ankomme, sondern darauf, ob aus Sicherheitsgründen spezielle weitere Gewerbeberechtigungen notwendig sind. Bei der Durchführung nicht fachgerechter Maßnahmen, insbesondere im Bereich der Statik und der Verkehrsplanung/-sicherung, könne eine Gefahr für Leib und Leben einer größeren Anzahl von Personen entstehen. Die Berufung auf gewerbliche Nebenrechte gemäß § 32 Abs 1 Z 1 GewO sei demnach für die genannten Leistungsbereiche unzulässig. 1.7 Am 17. April 2009 nahm die Antragstellerin erneut Stellung. Sie führte im Wesentlichen aus, dass das Vadium eine Laufzeit von mindestens 30 Tagen über das Ende der Zuschlagsfrist hinaus aufweisen müsse. Sie sei zu Recht von einem Ablauf der Zuschlagsfrist mit 23. März 2009 ausgegangen. Aus einer Änderung des Angebots wegen der Änderung von Umständen, die erst nach Ende der Angebotsfrist aufgetreten seien, könne der Antragstellerin kein Nachteil erwachsen. Relevant sei einzig und allein der Zeitpunkt des Ablaufs der Angebotsfrist. Das zwingende Ausscheiden des Angebots sei nur für den Fall vorgesehen, dass gar kein Vadium dem Angebot beigelegt sei. Im gegenständlichen Fall sei jedoch ein Vadium beigelegt. Sollte es nicht entsprechen, handle es sich um einen behebbaren Mangel, weil der Antragstellerin durch die Nachreichung des Vadiums kein Vorteil entstehe. Die Antragstellerin sei antragslegitimiert, ohne dass geprüft werden müsse, ob die Angebote der B\*\*\* tatsächlich auszuschneiden seien. Die Antragstellerin habe in ihrem Nachprüfungsantrag dargelegt, dass es sich bei den drei vorgereichten Angeboten nicht um Abänderungsangebote, sondern um unzulässige Alternativangebote handle. Zur Befugnis der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin führte sie aus, dass es bei der Beurteilung, ob eine bloß geringfügige Leistung vorliege, nicht auf den bloßen Prozentsatz ankomme, sondern darauf, ob aus Sicherheitsgründen spezielle weitere Gewerbeberechtigungen notwendig sind. Bei der Durchführung nicht fachgerechter Maßnahmen, insbesondere im Bereich der Statik und der Verkehrsplanung/-sicherung, könne eine Gefahr für Leib und Leben einer größeren Anzahl von Personen entstehen. Die Berufung auf gewerbliche Nebenrechte gemäß Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer eins, GewO sei demnach für die genannten Leistungsbereiche unzulässig.

Die genannten Befugnisse seien von der Befugnis des Baumeisters nicht umfasst. Zur Verkehrsplanung seien lediglich Personen befugt, die ein ingenieurwissenschaftliches Studium im Bereich des Bauwesens oder der Stadt-/Raumplanung abgeschlossen hätten. Der Subunternehmer mit der Befugnis des Baumeisters sei lediglich für die Leistungsgruppe 41 "Bauarbeiten" genannt worden. In dieser Leistungsgruppe befänden sich weder Vermessungs-, noch Statik- noch Verkehrsplanungsleistungen. Eine Nachnennung von Subunternehmern zur Substitution der Befugnis

sei unzulässig. Daher dürfe dieser Subunternehmer auch nicht zur Substitution der fehlenden Befugnis herangezogen werden. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin verfüge daher nicht über die nötige Befugnis zur Erbringung von Verkehrsplanungs- und Verkehrssicherungsleistungen.

Bei der Tragekonstruktion der Leuchten handle es sich um eine sicherheitsrelevante und nicht um eine einfache Konstruktion, da die Leuchten auf die Fahrbahn herabstürzen könnten. Es sei ein besonders strenger Maßstab an die Berechtigungen anzulegen. Da es sich um ein sicherheitsrelevantes Gewerk handle, sei eine Berufung auf die gewerblichen Nebenrechte nicht möglich. Auch die Berufung auf die Befugnis als Baumeister des Subunternehmers sei mangels Nennung nicht möglich.

Zur Durchführung der Vermessungsarbeiten sei nach PlaDOK nur ein befugter Ziviltechniker oder ein technisches Büro für Vermessungstechnik befugt. PlaDOK sei in Punkt 1.2.8 der Ausschreibungsunterlagen und Punkt 8.5.6 der Bietererklärung gefordert. Ebenso sei darauf in den Punkten 1.2 und 1.3 verwiesen. In Punkt 5.1.3 sei die entsprechende Befugnis gefordert. Die Berufung auf gewerbliche Nebenrechte sei nicht möglich. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin habe keinen entsprechenden Subunternehmer genannt und sei daher nicht befugt.

Nach Punkt B.1.2.10.1. der Ausschreibungsunterlagen seien Alternativangebote und Abänderungsgebote zulässig. In Punkt 1.3.9 werde die Zulässigkeit von Alternativangeboten auf den Bereich der Optimierung der Einfahrtsbeleuchtung eingeschränkt. Alternativangebote in den genannten Bereichen seien daher unzulässig. Die angebotenen Geräte zur CO und Trübsichtmessung seien nicht gleichwertig. Bereits eingebaute Geräte dieses Typs seien von der Auftraggeberin bereits ausgetauscht worden. Die Anordnung im Tunnel statt in den Betriebsräumen bringe den Nachteil, dass bei Störungsbehebungen der Tunnel gesperrt werden müsse. Bei Tunnelwaschungen sei der Aufwand zur Abdeckung der Geräte höher. Das Gehäuse bestehe aus Aluminium und sei daher korrosionsgefährdet. Das Messverfahren sei kein Streulichtverfahren wie in der Ausschreibung gefordert, sondern ein Lichtschwächungsverfahren, das im Gegensatz zum ausgeschriebenen Verfahren nicht zwischen Nebel oder Wasserdampf und Staub oder Abgasen unterscheiden könne. Die von der Auftraggeberin behauptete Änderung der Leistungen des Abänderungsangebotes lediglich auf Positionsebene liege gegenständlich jedenfalls nicht vor. Auf Grund der Änderung von Messverfahren und Komponenten und deren Anordnung liege hier keine geringe technische Änderung im Sinne eines Abänderungsangebotes, sondern ein in diesem Leistungsteil unzulässiges Alternativangebot vor. Zur Bewertung des Angebots der Gleichwertigkeit der angebotenen Bleibatterien fehlten einige wesentliche Kriterien zur Bewertung der Gleichwertigkeit. Es handle sich nicht nur um eine einfache Materialänderung, sondern um eine wesentliche Eigenschaft der Batterieanlage, nämlich das Material des Stromspeichermediums. Weiters sei die Relevanz des Vergleichs von Autobatterien mit ortsfesten Bleibatterien aufgrund des Einsatzzwecks (kurzfristige hohe Ströme - Dauerstromversorgung) nicht nachvollziehbar. Die Angaben zu den Umgebungstemperaturen seien aufgrund der Vorgaben der RVS nicht nachvollziehbar. Eine Klimatisierung der Batterieräume erfordere zusätzliche Energie. Für die Kombination der beiden Angebote, das Angebot 3, gelte das oben Gesagte. Daher wären sämtliche vorgereichten Angebote der B\*\*\* auszuscheiden gewesen.

1.8 Am 28. April 2009 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesvergabebeamten statt. Darin brachte Herr Y\*\*\*, der Vertreter der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin, zum Vadium der Antragstellerin vor, dass sich das Vorbringen der Antragstellerin im Wesentlichen gegen die Ausschreibung richte. Die Frist zur Anfechtung der Ausschreibung sei bereits abgelaufen. Die Ausschreibung sei bestandsfest. Die Ansicht, dass nur ein gänzlich fehlendes Vadium einen Ausscheidungsgrund darstelle, sei unrichtig. Ein Bieter könne sonst ein Vadium in der Höhe von EUR 1 vorlegen und wäre auch nicht auszuscheiden. Ein Vadium mit längerer Laufzeit wäre teurer als eines mit kürzerer Laufzeit. Der Bieter könnte durch Nachreichung eines Vadiums mit einer längeren Laufzeit seine Wettbewerbsstellung verbessern. Herr Z\*\*\*, der Vertreter der Antragstellerin, brachte vor, dass die Antragstellerin das Vadium ausschreibungskonform erstattet habe. Zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung sei kein Nachprüfungsverfahren absehbar und daher bei der Berechnung der Frist nicht zu berücksichtigen gewesen. Die Antragstellerin habe nie vorgebracht, dass ein Vadium in nicht ausschreibungskonformer Höhe keinen Ausscheidungsgrund darstelle. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin habe nicht vorgebracht, dass zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung ein Nachprüfungsverfahren anhängig gewesen sei, das die Zuschlagsfrist verlängert hätte. Der Verhandlungsleiter hielt der Antragstellerin vor, dass das Fehlen eines ausschreibungskonformen Vadiums einen Ausscheidungsgrund darstellt und zur Zurückweisung des Nachprüfungsantrags führen kann. Herr Z\*\*\* verwies auf das in der mündlichen Verhandlung

dazu Gesagte und auf das in den Schriftsätzen Vorgebrachte. Frau D\*\*\*, Vertreterin der Antragstellerin, gab an, dass in der B 1 Ingenieurkonsulenten und Technische Büros beispielhaft genannt seien. Diese Festlegung sei in Zusammenschau mit der GewO zu lesen. Die Befugnis ergebe sich aus § 32 GewO, da auch die übrige Befugnis der GewO unterliege. Herr Y\*\*\* brachte vor, dass sich aus Pkt. B.6.2.5.4.1. eine Reihung ergebe. B 1 sei vor dem PLaDOK gereiht. Die Vermessung sei nirgendwo in der Ausschreibung gefordert. Herr E\*\*\*, Geschäftsführer der Antragstellerin, gab an, dass die Vermessung in Pkt. Dokumentation gefordert sei. Herr Z\*\*\* verwies dazu auf den 1. Absatz Seite 24 Punkt 5 der PLaDOK. Beispielsweise sei beim Verlegen eines Kabels dieses einzumessen, damit es nach dem Zuschütten der Künnette jederzeit wieder aufgefunden werden könne. Eine Stellungnahme der Landesinnung der Elektro- und Anlagentechniker sowie Kommunikationselektronik, Sparte Gewerbe und Handwerk, Wirtschaftskammer Steiermark vom 28.4.2009 wurde vorgelegt und als Beilage ./2 zur Verhandlungsschrift zum Akt genommen. Herr F\*\*\*, Mitarbeiter der vergebenden Stelle, brachte vor, dass die Baustellenabsicherung nach den Regelplänen der RVS erfolge. Eine eigenständige Verkehrsplanung sei dazu nicht erforderlich. Es müssten nur die Regelpläne an die örtlichen Gegebenheiten angepasst werden. Herr Z\*\*\* brachte vor, dass in der Wartungsphase der Elektrotechniker die Verkehrsplanung vornehmen müsse. Zur Anwendung der RVS in der Wartungsphase sei ein befugter Verkehrsplaner erforderlich. Am 28. April 2009 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt statt. Darin brachte Herr Y\*\*\*, der Vertreter der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin, zum Vadium der Antragstellerin vor, dass sich das Vorbringen der Antragstellerin im Wesentlichen gegen die Ausschreibung richte. Die Frist zur Anfechtung der Ausschreibung sei bereits abgelaufen. Die Ausschreibung sei bestandsfest. Die Ansicht, dass nur ein gänzlich fehlendes Vadium einen Ausscheidungsgrund darstelle, sei unrichtig. Ein Bieter könne sonst ein Vadium in der Höhe von EUR 1 vorlegen und wäre auch nicht auszuschneiden. Ein Vadium mit längerer Laufzeit wäre teurer als eines mit kürzerer Laufzeit. Der Bieter könnte durch Nachreichung eines Vadiums mit einer längeren Laufzeit seine Wettbewerbsstellung verbessern. Herr Z\*\*\*, der Vertreter der Antragstellerin, brachte vor, dass die Antragstellerin das Vadium ausschreibungskonform erstattet habe. Zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung sei kein Nachprüfungsverfahren absehbar und daher bei der Berechnung der Frist nicht zu berücksichtigen gewesen. Die Antragstellerin habe nie vorgebracht, dass ein Vadium in nicht ausschreibungskonformer Höhe keinen Ausscheidungsgrund darstelle. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin habe nicht vorgebracht, dass zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung ein Nachprüfungsverfahren anhängig gewesen sei, das die Zuschlagsfrist verlängert hätte. Der Verhandlungsleiter hielt der Antragstellerin vor, dass das Fehlen eines ausschreibungskonformen Vadiums einen Ausscheidungsgrund darstellt und zur Zurückweisung des Nachprüfungsantrags führen kann. Herr Z\*\*\* verwies auf das in der mündlichen Verhandlung dazu Gesagte und auf das in den Schriftsätzen Vorgebrachte. Frau D\*\*\*, Vertreterin der Antragstellerin, gab an, dass in der B 1 Ingenieurkonsulenten und Technische Büros beispielhaft genannt seien. Diese Festlegung sei in Zusammenschau mit der GewO zu lesen. Die Befugnis ergebe sich aus Paragraph 32, GewO, da auch die übrige Befugnis der GewO unterliege. Herr Y\*\*\* brachte vor, dass sich aus Pkt. B.6.2.5.4.1. eine Reihung ergebe. B 1 sei vor dem PLaDOK gereiht. Die Vermessung sei nirgendwo in der Ausschreibung gefordert. Herr E\*\*\*, Geschäftsführer der Antragstellerin, gab an, dass die Vermessung in Pkt. Dokumentation gefordert sei. Herr Z\*\*\* verwies dazu auf den 1. Absatz Seite 24 Punkt 5 der PLaDOK. Beispielsweise sei beim Verlegen eines Kabels dieses einzumessen, damit es nach dem Zuschütten der Künnette jederzeit wieder aufgefunden werden könne. Eine Stellungnahme der Landesinnung der Elektro- und Anlagentechniker sowie Kommunikationselektronik, Sparte Gewerbe und Handwerk, Wirtschaftskammer Steiermark vom 28.4.2009 wurde vorgelegt und als Beilage ./2 zur Verhandlungsschrift zum Akt genommen. Herr F\*\*\*, Mitarbeiter der vergebenden Stelle, brachte vor, dass die Baustellenabsicherung nach den Regelplänen der RVS erfolge. Eine eigenständige Verkehrsplanung sei dazu nicht erforderlich. Es müssten nur die Regelpläne an die örtlichen Gegebenheiten angepasst werden. Herr Z\*\*\* brachte vor, dass in der Wartungsphase der Elektrotechniker die Verkehrsplanung vornehmen müsse. Zur Anwendung der RVS in der Wartungsphase sei ein befugter Verkehrsplaner erforderlich.

## 2. Sachverhalt

2.1 Die ASFINAG hat die Einrichtungen der allgemeinen Elektrotechnik der bestehenden und der neu errichteten Röhre des Tauerntunnels ausgeschrieben. Dabei sind im Wesentlichen die Niederspannungsverteilungsanlage, die Sicherheitsstromversor-

gungsanlage, die Erdungs- und Blitzschutzanlage, die Tunnel- und Straßenbeleuchtung, die Konstruktionen, die Rohr- und Tragsysteme, die Überwachungssysteme für Luftverhältnisse, die Verkehrslenkung, die Verkehrsdatenerfassung,

die Videoüberwachungsanlage, die Notrufeinrichtungen, die Beschallungsanlage, die Fernsprechanlage, die Informationsübertragung, die Kabel- und Leitungen, die Gebäude- und Nischeninstallationen mit Ausstattungen, die Gebäudelüftung mit Klimatisierungen, die Löscheinrichtungen, die De- und Wiedermontagen, die Bauarbeiten, die Inbetriebsetzungs-, die Inbetriebnahmearbeiten, die Wartungsleistungen zu liefern, montieren und in Betrieb zu setzen. Der geschätzte Auftragswert des gegenständlichen Auftrags beträgt EUR 23.985.000 ohne USt. Es handelt sich um einen Bauauftrag, der in der Bekanntmachung als Erbringung einer Bauleistung, gleichgültig mit welchen Mitteln, gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen bezeichnet ist. Er betrifft die CPV-Codes 31600000-2 (Elektrische Ausrüstung), 31720000-9 (Elektromechanische Ausrüstung), 32552120-4 (Notrufsäulen), 34993100-5 (Tunnelbeleuchtung), 31216100-4 (Blitzschutzvorrichtungen) und 48952000-6 (Beschallungsanlagen). Alternativangebote sind zulässig. Der Auftrag soll von 1. September 2009 bis 30. Juni 2011 durchgeführt werden. Vergebende Stelle ist die ASFINAG Bau Management GmbH. Der gegenständliche Auftrag ist in einem offenen Verfahren ausgeschrieben. Die Veröffentlichung erfolgte in Österreich am 24. Oktober 2008, in der EU am 24. Oktober 2008, bekannt gemacht im Supplement zum Amtsblatt der EU vom 29.10.2008, 2008/S 210- 278976. Die Auftraggeberin berichtete die Ausschreibung zweimal, bekannt gemacht im Supplement zum Amtsblatt der EU vom 9.12.2008, 2008/S 239-316874 und vom 17.12.2008, 2008/S 245-325441. Der Zuschlag soll dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werden. (Auskunft der Auftraggeberin; Unterlagen des Vergabeverfahrens; amtliche Einschau unter [ted.europa.eu](http://ted.europa.eu))

2.2 Punkte 1.2.8 und 1.2.9 der Ausschreibungsgrundlagen in Kapitel B.1 der Ausschreibungsunterlagen lauten:

"1.2.8 Bietergemeinschaften / Subunternehmer

Subunternehmer

Im Sinne von § 83 BVergG 06 wird festgelegtIm Sinne von Paragraph 83, BVergG 06 wird festgelegt:

Bekannt zu geben sind jedenfalls jene Teile des Angebots, welche 2 % des Gesamtangebotssumme übersteigen bzw. für die Substitution der Eignung des Bieters dienen.

Für diese Teile sind die ausführenden Subunternehmer zu nennen und in der entsprechenden Liste im Teil B 8 vollständig anzuführen.

Die Weitergabe von Leistungen an Subunternehmer ist nur im Rahmen des § 83 BVergG grundsätzlich zulässigDie Weitergabe von Leistungen an Subunternehmer ist nur im Rahmen des Paragraph 83, BVergG grundsätzlich zulässig.

Zum Nachweis der Eignung, sowie zur Deklaration der Subunternehmer sind vom Bieter die, gemäß §§ 70, 83, 108 ff BVergG 06 verlangten Nachweise (Anhang B.8 u.a.m) beizubringen; diese Nachweise sind vom Bieter auch für die allfällig beigezogenen Subunternehmer beizubringen.Zum Nachweis der Eignung, sowie zur Deklaration der Subunternehmer sind vom Bieter die, gemäß Paragraphen 70, 83, 108, ff BVergG 06 verlangten Nachweise (Anhang B.8 u.a.m) beizubringen; diese Nachweise sind vom Bieter auch für die allfällig beigezogenen Subunternehmer beizubringen.

Erfolgt der Eignungsnachweis des Bieters (gem. §§ 70 ff BVergG) im zulässigen Rahmen über Subunternehmer (Substituierung der Eignung), so muss dieses Unternehmen während der gesamten Baudauer zur Verfügung stehen.Erfolgt der Eignungsnachweis des Bieters (gem. Paragraphen 70, ff BVergG) im zulässigen Rahmen über Subunternehmer (Substituierung der Eignung), so muss dieses Unternehmen während der gesamten Baudauer zur Verfügung stehen.

Insbesondere wird auch auf kleinere Leistungen wie z.B. Erstellung der Bestandsdokumentation gem. PLaDOK hingewiesen. Auch für solche Leistungen muss die notwendige Befugnis (z.B. befugter Ziviltechniker bzw. Techn. Büro) nachgewiesen und gegebenenfalls in der Subunternehmerdeklaration in der B8 angeführt werden.

Subunternehmer dürfen ohne vorherige Zustimmung des AG nicht ausgetauscht werden.

Werkvertragsähnliche Dienstverhältnisse werden als Subunternehmer gewertet.

1.2.9 Art des Zuschlags

Der Zuschlag zu gegenständlicher Bauausschreibung wird dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Punkt 1.2.14 der Ausschreibungsgrundlagen in Kapitel B.1 der Ausschreibungsunterlagen lautet:

"1.2.14 Vadium

Es ist ein Vadium in Höhe gemäß Punkt 1.3.17 entsprechend dem beiliegenden Muster gemeinsam mit dem Angebot zu legen.

Das Vadium muss eine Laufzeit von mindestens 30 Tagen über das Ende der Zuschlagsfrist hinaus aufweisen.

Grundsätzlich sind für den Nachweis des Vadiums ausschließlich Bank-Garantien zugelassen; es können jedoch ausnahmsweise auch Rücklassversicherungen gelegt werden.

Das Fehlen des Vadiumsnachweises stellt im Sinne BVergG 06 einen unbehebbarer Mangel dar und führt gem. § 129 BVergG zur zwingenden Ausscheidung des Angebotes. Das Fehlen des Vadiumsnachweises stellt im Sinne BVergG 06 einen unbehebbarer Mangel dar und führt gem. Paragraph 129, BVergG zur zwingenden Ausscheidung des Angebotes.

Ergänzung zum BVergG 06:

Das Vadium dient als Sicherstellung für allfällige gesetzliche Schadenersatzansprüche des AG für den Fall, dass aus Verschulden des Bieters der Zuschlag aufgrund des Vergabegesetzes nicht möglich ist."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Punkte 1.3.3. und 1.3.4 der Ausschreibungsgrundlagen in Kapitel B.1 der Ausschreibungsunterlagen lauten:

"1.3.3 Ausschreibungsgegenstand

A10 Vollausbau, Neubau und Sanierung Tauerntunnel

\* Neubau Allgemeine Elektrotechnik - Röhre Salzburg

\* Sanierung Allgemeine Elektrotechnik - Röhre Villach

Instandhaltung

\* Wartung und Inspektion, Röhre Salzburg

\* Wartung und Inspektion, Röhre Villach

\* Instandsetzung, Röhre Salzburg

\* Instandsetzung, Röhre Villach

1.3.4 Art der Vergabe

offenes Verfahren / nicht offenes Verfahren / Verhandlungsverfahren"

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Punkte 1.3.10 bis 1.3.17 der Ausschreibungsgrundlagen in Kapitel B.1 der Ausschreibungsunterlagen lauten:

"1.3.10 Eignungskriterien, unternehmensbezogen

1.3.10.1 Allgemein

Zur Angebotsabgabe berechtigt und zur Vergabe zugelassen werden nur jene Unternehmen, die über die nötige Eignung (Mindestqualifikation) verfügen und bei denen kein Ausschlussgrund gemäß § 68 BVergG vorliegt. Zur Überprüfung der Eignung werden vom Bieter bzw. Subunternehmer die nachstehenden Nachweise gemäß den §§ 70 ff BVergG verlangt. [...] Zur Angebotsabgabe berechtigt und zur Vergabe zugelassen werden nur jene Unternehmen, die über die nötige Eignung (Mindestqualifikation) verfügen und bei denen kein Ausschlussgrund gemäß Paragraph 68, BVergG vorliegt. Zur Überprüfung der Eignung werden vom Bieter bzw. Subunternehmer die nachstehenden Nachweise gemäß den Paragraphen 70, ff BVergG verlangt. [...]

Folgende Nachweise gemäß §§ 70 ff BVergG 06 werden vom AG verlangt. Folgende Nachweise gemäß Paragraphen 70, ff BVergG 06 werden vom AG verlangt:

1.3.10.2 Nachweis der Befugnis gemäß § 71 BVergG Nachweiserbringung gem. BVergG (insbesondere §§ 69, 70, 71)

und, dass der Bieter nach Maßgabe der Rechtsvorschriften seines Herkunftslandes in einem in Anhang VIII angeführten Berufs- oder Handelsregister eingetragen ist oder eine der in Anhang VIII genannten Bescheinigungen oder eidesstattlichen Erklärungen besitzt und erforderlichenfalls einen entsprechenden Anerkennungs- oder Gleichhaltungsbescheid (erforderlichenfalls gem. §§ 373 c und 373 d GewO 1994, BGBl. Nr. 194, in der jeweils geltenden Fassung usw. (siehe § 20 BVergG 06) ordnungsgemäß beantragt hat. 1.3.10.2 Nachweis der Befugnis gemäß Paragraph 71, BVergG Nachweiserbringung gem. BVergG (insbesondere Paragraphen 69, 70, 71,) und, dass der Bieter nach Maßgabe der Rechtsvorschriften seines Herkunftslandes in einem in Anhang römisch acht angeführten Berufs- oder Handelsregister eingetragen ist oder eine der in Anhang römisch acht genannten Bescheinigungen oder eidesstattlichen Erklärungen besitzt und erforderlichenfalls einen entsprechenden Anerkennungs- oder Gleichhaltungsbescheid (erforderlichenfalls gem. Paragraphen 373, c und 373 d GewO 1994, BGBl. Nr. 194, in der jeweils geltenden Fassung usw. (siehe Paragraph 20, BVergG 06) ordnungsgemäß beantragt hat.

Der Befugnisnachweis eines Subunternehmers ist vom Bieter im Falle der beabsichtigten Weitergabe von Teilleistungen an Subunternehmer in gleicher Weise, wie für den Bieter selbst, für diese Teilleistungen zu erbringen.

1.3.10.3 [...]

1.3.11 Zuschlagskriterien, auftragsbezogen

Für die Prüfung und Beurteilung der Angebote gelten die Vorgaben des Bundesvergabegesetzes - BVergG. Zur Beurteilung der Angebote werden neben dem Preis auch die Qualität der vom Bieter zu erbringenden, ausgeschriebenen Leistungen herangezogen.

Im Zuge der Angebotsprüfung wird nach den Angaben des Bieters wie folgt bewertet:

\* Gesamtpreis: von 95%

\* Qualität: von 5%

1.3.11.1 [...]

1.3.12 Ausschreibungsrelevante Termine und Fristen:

Als Tag, an dem die Angebotsfrist beginnt, wird der 24.10.2008

und als Zeitpunkt, an dem Angebotsfrist endet, wird der 17.12.2008, 11.00 Uhr

festgesetzt.

Verspätet eingelangte Angebote werden in jedem Fall, unbeschadet des Grundes, ausgeschieden.

1.3.13 Zuschlagsfrist:

diese beträgt 3 Monate.

1.3.14 Ort der Angebotsabgabe und Angebotsöffnung

1.3.14.1 Angebotsabgabe:

ASFINAG BAU MANAGEMENT GMBH [...]

1.3.14.2 Angebotsöffnung:

Die für die Bieter zugängliche Angebotsöffnung findet unmittelbar nach Ablauf der Angebotsfrist bei der abzugebenden Stelle statt.

[...]

1.3.15 Leistungsfrist und Preise:

Für die Ausführung der gegenständlichen Arbeiten ist eine Gesamtbauzeit von ca. 8 Monaten für die Röhre Salzburg bzw. ca. 11 Monaten für die Röhre Villach ab vertraglich festgelegtem Baubeginn vorgesehen. [...]

1.3.16 [...]

1.3.17 Vadium:

Die Vadiumhöhe beträgt

1,0 Mio. EUR"

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die Qualitätskriterien in Punkt 1.3.11 der Ausschreibungsgrundlagen in Kapitel B.1 der Ausschreibungsunterlagen gliedern sich in die Verlängerung der Gewährleistungsfrist bis zu fünf Jahren, für die bei der Bewertung maximal 3 % vergeben werden, und die Einsparung von Leuchten, für die bei der Bewertung maximal 2 % vergeben werden.

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

In der ersten Berichtigung der Ausschreibung gab die Auftraggeberin in Punkt 1 zu dazu folgendes an:

"1. B.1 Punkt 1.3.12 Ausschreibungsrelevante Termine und Fristen

Berichtigung/Klarstellung:

Der Zeitpunkt, an dem die Angebotsfrist endet, der 17.12.2008 11:00 Uhr, wird aufgehoben. Als neuer Termin für die Angebotsabgabe wird der 23.12.2008 13:00 Uhr festgelegt. Dementsprechend verändert sich auch das Datum für die Zuschlagsfrist auf 23.03.2009. [...]"

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Punkt 5.2.2 der technischen Vertragsbestimmungen in Kapitel B.5 der Ausschreibungsunterlagen lautet:

"5.2.2 Fertigungs-, Montageplanung, Bestandspläne

Vor der Durchführung allfälliger, für die Bauausführung erforderlicher Messungen ist der AG bzw. dessen bevollmächtigter Vertreter zeitgerecht (mind. eine Woche) im Voraus zu informieren, um ihm eine Teilnahme an diesen Messungen zu ermöglichen.

Generell wird darauf hingewiesen, dass die Situierung von Einbauten und Komponenten (wie z.B. Fundamente, Schächte, Portale, WVZ, Hinweiszeichen, NRK, statische VZ, etc.) im Zuge der Fertigungs- und Montageplanung festzulegen sind. Dies muss anhand von gemeinsamen Begehungen bzw. Besichtigungen der Örtlichkeiten des AG, der ÖBA und dem Auftragnehmer geschehen. Die daraus erhaltenen Erkenntnisse sind in der Fertigungs- und Montageplanung zu berücksichtigen."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Punkte 5.4.1.6 und 5.4.1.7 der technischen Vertragsbestimmungen in Kapitel B.5 der Ausschreibungsunterlagen lauten:

"5.4.1.6 Fertigungs- und Montageplanung

Der AN hat für alle Einrichtungen eine vollständige Fertigungs- und Montageplanung, entsprechend den Beschreibungen in den rechtlichen Vertragsbestimmungen in Kapitel B.6, zu erstellen.

5.4.1.7 Bestandsdokumentation

Der AN hat für alle Einrichtungen eine vollständige Bestandsdokumentation, entsprechend den Beschreibungen in den rechtlichen Vertragsbestimmungen in Kapitel B.6, zu erstellen."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Punkt 5.4.41.2 der technischen Vertragsbestimmungen in Kapitel B.5 der Ausschreibungsunterlagen lautet auszugsweise:

"5.4.41.2 Aufstellungsplätze, Montagepunkte

Grabarbeiten für die Streckenverkabelung:

[...]

Während der Grab- und Verlegearbeiten sind die Bestandsunterlagen

laufend herzustellen (siehe Dokumentationsrichtlinien PlaDOK ASFINAG) [...]"

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Punkt 6.2 der rechtlichen Vertragsbestimmungen in Kapitel B.6 der Ausschreibungsunterlagen lautet:

## "6.2 Besondere rechtliche Vertragsbestimmungen

Nachfolgende Punkte sind als vorrangige Ergänzung bzw. Änderung zu den in Punkt 6.1 angeführten Vertragsbestimmungen (ÖNORM B2118) zu verstehen. Die zugehörigen Bezugspunkte sind jeweils angeführt. Bei fehlen von Bezugspunkten handelt es sich um freie Zusatzbestimmungen des Auftraggebers (AG).

Ferner gilt folgende Rangordnung der Vertragsbestandteile in absteigender Reihenfolge:

1. 1.Ziffer eins  
Schlussbrief
2. 2.Ziffer 2  
Ausschreibungsunterlagen
3. 3.Ziffer 3  
Bei Widersprüchen gelten die Ausschreibungskapitel in folgender Reihenfolge B8, B7, B6, B5, B4, B3, B2, B1.  
Innerhalb der jeweiligen Ausschreibungsteile gelten die projektspezifischen Bestimmungen vorrangig zu den besonderen Bestimmungen und die besonderen Bestimmungen vorrangig zu den allgemeinen Bestimmungen.
4. 4.Ziffer 4  
ÖNORM B 2118
5. 5.Ziffer 5  
Allgemein Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB)"

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Punkt 6.2.5.4.1 der rechtlichen Vertragsbestimmungen in Kapitel B.6 der Ausschreibungsunterlagen lautet:

### "6.2.5.4.1 Planungshandbücher der ASFINAG

Die Planungshandbücher der ASFINAG bilden einen integrierenden Vertragsbestandteil. Alle Leistungen müssen entsprechend den Planungshandbüchern in der jeweils geltenden Version einheitlich ausgeführt werden, sofern nicht die den Planungshandbüchern vorgereichten Vertragsgrundlagen (vgl. Punkt 6.2) anderes statuieren. [...]"Die Planungshandbücher der ASFINAG bilden einen integrierenden Vertragsbestandteil. Alle Leistungen müssen entsprechend den Planungshandbüchern in der jeweils geltenden Version einheitlich ausgeführt werden, sofern nicht die den Planungshandbüchern vorgereichten Vertragsgrundlagen vergleiche Punkt 6.2) anderes statuieren. [...]"

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

In der zweiten Berichtigung der Ausschreibung gab die Auftraggeberin

in Punkt 2 dazu folgendes an:

"Berichtigung/Klarstellung:

folgende Planungshandbücher der ASFINAG bilden einen

integrierenden Vertragsbestandteil:

PLaNT:

[...]

PLaVT:

[...]

PLaDOK:

501.901.10 Dokumentationsrichtlinie für Bestandsunterlagen [...]"

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Punkt 6.2.5.6 der rechtlichen Vertragsbestimmungen in Kapitel B.6 der Ausschreibungsunterlagen lautet:

### "6.2.5.5 Unterlagen für Hilfskonstruktionen (ad ÖNORM B2118 Punkt 5.5.3)

Der AG ist berechtigt, die Vorlage von Plänen und statischen Nachweisen für wichtige Konstruktionen zu verlangen, wobei diese Unterlagen von einem hierzu Berechtigten auszufertigen sind. [...]" (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Punkt 6.3.5.2.2.1 der rechtlichen Vertragsbestimmungen in Kapitel B.6 der Ausschreibungsunterlagen lautet:

"6.3.5.2.2.1 Dokumentationsrichtlinie für Bestandsunterlagen (PLaDOK 121.901.10 i.d.g.F.)

Der AN hat sämtliche Bestandsunterlagen der gesamten Anlagen und straßenseitigen Linieninfrastruktur gemäß Dokumentationsrichtlinie für Bestandsunterlagen der ASFINAG zu übergeben.

Die Dokumentationsrichtlinie für Bestandsunterlagen der ASFINAG PLaDOK 509.901.10 i.d.g.F. (kurz 'Dokumentationsrichtlinie') bildet einen integrierenden Vertragsbestandteil. Die Bestandsdokumentation muss entsprechend der Dokumentationsrichtlinie in der jeweils geltenden und dem Vertragspartner mitgeteilten Version einheitlich ausgeführt werden. Sämtliche in der Dokumentationsrichtlinie spezifizieren Vorgaben an Inhalt und Umfang der Dokumentation sind zu erfüllen. Es wird festgehalten, dass Änderungen der Dokumentationsrichtlinie jeweils nur auf die zukünftig noch zu dokumentierenden Inhalte auswirken. Die Unterlagen müssen in dem Sinn qualitätsgesichert sein, dass sie von den für die jeweiligen Revisionsstände verantwortlichen Personen erstellt, geprüft und freigegeben sein müssen.

Die aktuelle Version der Dokumentationsrichtlinie wird auf der Informationsplattform der ASFINAG unter [www.asfinag.net](http://www.asfinag.net) veröffentlicht und zum Herunterladen zur Verfügung gestellt.

Alle aus der Einhaltung dieser Vorgaben entstehenden Kosten sind mit der entsprechenden Leistungsposition abgegolten.

Mehrkosten, welche sich aus Versionsänderungen nach 7 Tagen vor Submission ergeben, können, soweit sie kalkulationsrelevant sind, als MKF angemeldet werden."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

In Punkt 10 der zweiten Berichtigung der Ausschreibung gab die Auftraggeberin auf den Vorhalt eines Bewerbers, dass diese Position nicht kalkulierbar sei, an:

"Berichtigung/Klarstellung:

Diese Bestimmung wird nicht geändert."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Punkt 5 der Dokumentationsrichtlinie für Bestandsunterlagen - Allgemeine Richtlinie, ASFINAG PLaDOK 501.901.10., Version V 5.0, Ausgabedatum 15. Juni 2007, in der Folge Dokumentationsrichtlinie genannt, lautet: Punkt 5 der Dokumentationsrichtlinie für Bestandsunterlagen - Allgemeine Richtlinie, ASFINAG PLaDOK 501.901.10., Version römisch fünf 5.0, Ausgabedatum 15. Juni 2007, in der Folge Dokumentationsrichtlinie genannt, lautet:

"5 VERFAHRENSBESTIMMUNGEN

Nach Abschluss der Bauarbeiten (sofern vertraglich nichts anderes vereinbart wurde innerhalb von 2 Monaten nach Übernahme) hat der Bauwerber bzw. Vertragspartner der ASFINAG und bei Gemeinschaftstrassen zusätzlich auch dem Parallel-Einbauträger jeweils eine Bestands-Dokumentation seiner neu errichteten und eingemessenen Anlagenteile als elektronische Daten (DWG-Plan-Files, die zugehörigen HPGL2-Plotdateien, ePlot-Dateien, PDF und Excel-Listen) und je einem Planplot zu übergeben, sofern nichts anderes vereinbart wurde.

Die Bestandsunterlagen sind gemäß der vorliegenden Dokumentationsrichtlinie zu erstellen. Die Genauigkeit hat, sofern nichts anderes vereinbart wurde den Anforderungen des Punktes

5.1.4 zu entsprechen. Die Erfassung der Bereichskennzeichnungen und Betriebskennzeichnungen gemäß Punkt 6.8.5 hat nur zu erfolgen sofern dies vertraglich explizit vereinbart wurde. Andernfalls sind diese Zuordnungen nicht zu erfassen.

[...]

BEI WIDERSPRÜCHEN ZWISCHEN DER "DOKUMENTATIONSRICHTLINIE FÜR BESTANDSUNTERLAGEN", DEN ZUGEHÖRIGEN ANLAGEN UND DEN ZUR VERFÜGUNG GESTELLTEN PLÄNEN HAT DIE "DOKUMENTATIONSRICHTLINIE FÜR BESTANDSUNTERLAGEN" DIE OBERSTE PRIORITÄT."

(amtliche Einschau unter [www.asfinag.net](http://www.asfinag.net))

Punkt 5.1.3 der Dokumentationsrichtlinie lautet:

#### "5.1.3 Koordinative Aufnahme

Die Aufnahme von zu vermessenden Anlagen und Anlagenteilen hat dreidimensional, koordinativ (Y-, X- und Z-Koordinate) im System Gauß-Krüger durch befugte Ziviltechniker oder Technische Büros für Vermessungswesen zu erfolgen. [...]

#### 5.1.4 Genauigkeit

Die Genauigkeit entsprechend Vermessungsgesetz idgF, Vermessungsverordnung und Liegenschaftsteilungsgesetz ist einzuhalten (diese Genauigkeit entspricht der Ebene 1 in Pkt. 6.8.2.). Weiters gelten die Dienstvorschriften des BEV. Für besondere Aufnahmebereiche kann vom Auftraggeber eine höhere Genauigkeit verlangt werden."

(amtliche Einschau unter [www.asfinag.net](http://www.asfinag.net))

Bei der Dokumentationsrichtlinie handelt es sich um die aktuelle freigegebene Version der Dokumentationsrichtlinien.  
(amtliche Einschau unter [www.asfinag.net](http://www.asfinag.net))

Positionen 1106, 1106A und 1106B in Obergruppe 00 Allgemeinpositionen, Leistungsgruppe 01 Baustellengemeinkosten des Leistungsverzeichnisses in Kapitel B.7 der Ausschreibungsunterlagen in der Fassung der zweiten Berichtigung lauten:

#### "1106 Bestandsdokumentation

Sämtliche Leistungen für die Erstellung, Vervielfältigung und Übergabe der Bestandsdokumentation.

Es ist zu berücksichtigen, dass sämtliche bereits mit der Errichtung der Anlagen der Röhre Salzburg erforderlichen, übergreifenden Bestandsdokumentationen (z.B. Dokumentation der übergreifenden Zentraleinheiten etc.), mit Übergabe der Bestandsdokumentation der Röhre Salzburg vorzulegen sind.

1106A Z Bestandsdokumentation Röhre Sbg.

Lo

So

1,00 PA EH EUR

1106B Z Bestandsdokumentation Röhre Vill.

Lo

So

1,00 PA EH EUR "

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die Untergruppe 04 in Obergruppe 01 Neubau Röhre Salzburg, Leistungsgruppe 05 Blitzschutzanlage des Leistungsverzeichnisses in Kapitel B.7 der Ausschreibungsunterlagen in der Fassung der zweiten Berichtigung lautet:

#### "04 Z Außerordentliche Überprüf.u.Planerstellung

Ständige Vertragsbestimmungen:

Außerordentliche Überprüfung und Planerstellung für die vorhandene Anlage.

Die Unterlagen werden in angegebener Anzahl erstellt und dem Auftraggeber mit der gesamten Bestandsdokumentation nachweislich übergeben.

0401 Überprüfung Blitzschutzanlage

Überprüfung der vorhandenen Blitzschutzanlage der bestehenden Betriebsgebäude, einschließlich Erstellung eines Blitzschutzprüfprotokolls.

Ausfertigung: 4-fach

#### 0401A Z Überprüfung Blitzschutzanlage

Lo

So

1,00 PA EH EUR

#### 0402 Bestandsplan Blitzschutzanlage

Herstellen eines Bestandsplanes aufgrund zur Verfügung gestellter Baupläne vor Überprüfung der vorhandenen Blitzschutzanlage der Betriebsgebäude.

Ausfertigung: 4-fach

#### 0402A Z Bestandsplan Blitzschutzanlage

Lo

So

1,00 PA EH EUR "

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die Untergruppe 04 in Obergruppe 02 Sanierung Röhre Villach, Leistungsgruppe 05 Blitzschutzanlage des Leistungsverzeichnisses in Kapitel B.7 der Ausschreibungsunterlagen in der Fassung der zweiten Berichtigung lautet:

#### 04 Außerordentliche Überprüf.u.Planerstellung

Ständige Vertragsbestimmungen:

Außerordentliche Überprüfung und Planerstellung für die vorhandene Anlage.

Die Unterlagen werden in angegebener Anzahl erstellt und dem Auftraggeber mit der gesamten Bestandsdokumentation nachweislich übergeben.

#### 0401 Überprüfung Blitzschutzanlage

Überprüfung der vorhandenen Blitzschutzanlage der bestehenden Betriebsgebäude, einschließlich Erstellung eines Blitzschutzprüfprotokolls.

Ausfertigung: 4-fach

#### 0401A Z Überprüfung Blitzschutzanlage

Lo

So

1,00 PA EH EUR

#### 0402 Bestandsplan Blitzschutzanlage

Herstellen eines Bestandsplanes aufgrund zur Verfügung gestellter Baupläne vor Überprüfung der vorhandenen Blitzschutzanlage der Betriebsgebäude.

Ausfertigung: 4-fach

#### 0402A Z Bestandsplan Blitzschutzanlage

Lo

So

1,00 PA EH EUR "

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Nach Punkt 8.3.1 der Bietererklärung in Kapitel B.8 der Ausschreibungsunterlagen sind ua gemäß Punkt 8.3.1.2 der Vadiumsnachweis gemäß B1 und gemäß Punkt 8.3.1.6 die Subunternehmererklärung unter Verwendung des Anhangs B 8.5.6 bei sofortiger Ausscheidenssanktion dem Angebot anzuschließen. Anhang B 8.5.6 lautet

auszugsweise:

"8.5.6 Anhang: Verzeichnis der Subunternehmer gem. §§ 83, 108BVerG" 8.5.6 Anhang: Verzeichnis der Subunternehmer gem. Paragraphen 83, 108 B, römisch fünf e, r, g, G

In der nachfolgenden Aufstellung sind die wesentlichen (d.h. über 2% der Angebotssumme) Subunternehmerleistungen und zugehörige Subunternehmer, im Sinne von B1 und BVerG zu nennen. Dabei ist eine genaue Darstellung der Art der Subunternehmerleistung, der Subunternehmer und der prozentuelle Anteil dieser Leistungen am Gesamtauftrag anzugeben.

Darüber hinaus sind in der nachfolgenden Aufstellung auch sonstige (d.h. < 2% der Angebotssumme) Subunternehmerleistungen und zugehörige Subunternehmer, die für die Substitution der Eignung des Bieters erforderlich sind, im Sinne B1 (Achtung z.B. auch Befugnis für die Erstellung der Bestandsdokumentation gem. PLaDOK) und BVerG zu nennen. Dabei ist eine genaue Darstellung der Art der Subunternehmerleistung, der Subunternehmer und der prozentuelle Anteil dieser Leistungen am Gesamtauftrag anzugeben. Sonstige Subunternehmerleistungen und zugehörige Subunternehmer, welche nicht zur Eignungssubstitution erforderlich sind und jeweils einen Anteil unter 2% der Angebotssumme aufweisen, können in der nachstehenden Tabelle angeführt werden. [...]" (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

2.3 Die Angebotsöffnung erfolgte am 23. Dezember 2008 von 13:01 Uhr bis 14:34 Uhr. Dabei waren ua Vertreter der Antragstellerin, der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin und der B\*\*\* anwesend. Es wurden die geschätzten Auftragskosten von EUR 23.985.000 netto inklusive Option verlesen. Die C\*\*\* gab mit EUR 17.083.720,96 ohne USt das billigste Angebot ab. Verlesen wurden die Verlängerung der Gewährleistungsfrist um fünf Jahre und eine Leuchteneinsparung von drei Leuchten. Die Antragstellerin gab mit einer Angebotssumme von EUR 17.616.832,09 ohne USt das zweitbilligste Angebot ab. Sie bot weder eine Verlängerung der Gewährleistungsfrist noch die Einsparung von Leuchten an. Die B\*\*\* gab ein Hauptangebot mit einer Angebotssumme von EUR 17.977.763,48 ohne USt, eine Abänderung 1 mit einer Angebotssumme von EUR 17.848.172,08 ohne USt, eine Abänderung 2 mit einer Angebotssumme von EUR 17.767.570,72 ohne USt und ein Abänderungsangebot mit einer Angebotssumme von EUR 17.637.979,32 ohne USt ab. Verlesen wurden eine Verlängerung der Gewährleistungsfrist von null Jahren und eine Leuchteneinsparung von drei Leuchten. Bei allen Bietern wurde festgestellt, dass alle K7-Blätter gemäß Punkt 8.3.1 in Teil B.8 der Ausschreibungsunterlagen dem Angebot angeschlossen waren. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Bei der Angebotsöffnung wies ein Vertreter der Antragstellerin darauf hin, dass seiner Ansicht nach insbesondere für die Leistungen der Statik und der Vermessungsarbeiten gemäß Der Dokumentationsrichtlinie die entsprechende Befugnis bei den Bietern (insbesondere bei dem Bestbieter) gegeben sein muss. (Unterlagen des Vergabeverfahrens, Vergabebericht März 2009)

2.4 Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin machte fünf Subunternehmer mit einem Gesamtanteil an der Leistung von 17,32 %, dabei jedoch für die Leistungen der Statik, Vermessungsarbeiten und Verkehrsplanung weder einen Ingenieurkonsulenten noch ein technisches Büro als Subunternehmer namhaft. Sie selbst verfügt nicht über eine Befugnis als Ingenieurkonsulent oder als technisches Büro. Die Auftraggeberin prüfte die Befugnis und kam zu der in ihren Schriftsätzen dargestellten Rechtsmeinung, die im Wesentlichen darauf beruht, dass die Nebenrechte jedes Gewerbetreibenden gemäß § 32 GewO ausreichen und ein für diese Arbeiten befugter Baumeister als Subunternehmer namhaft gemacht worden sei. Sie forderte die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin zur Stellungnahme auf. Diese berief sich auf § 32 GewO. Es fand eine Prüfung auf zu hohe und zu niedrige

2.4 Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin machte fünf Subunternehmer mit einem Gesamtanteil an der Leistung von 17,32 %, dabei jedoch für die Leistungen der Statik, Vermessungsarbeiten und Verkehrsplanung weder einen Ingenieurkonsulenten noch ein technisches Büro als Subunternehmer namhaft. Sie selbst verfügt nicht über eine Befugnis als Ingenieurkonsulent oder als technisches Büro. Die Auftraggeberin prüfte die Befugnis und kam zu der in ihren Schriftsätzen dargestellten Rechtsmeinung, die im Wesentlichen darauf beruht, dass die Nebenrechte jedes Gewerbetreibenden gemäß Paragraph 32, GewO ausreichen und ein für diese Arbeiten befugter Baumeister als Subunternehmer namhaft gemacht worden sei. Sie forderte die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin zur Stellungnahme auf. Diese berief sich auf Paragraph 32, GewO. Es fand eine Prüfung auf zu hohe und zu niedrige

Einheitspreise statt. Die Prüfung der Kalkulationsformblätter gab keinen Grund zur Beanstandung. Die Auftraggeberin nahm die Befugnis als nachgewiesen an. Das Angebot wurde mit 95,00 % für den Preis, 4,50 % für Qualität, insgesamt 99,50 % bewertet und an erster Stelle gereiht. (Unterlagen des Vergabeverfahrens, Vergabebericht März 2009)

Die B\*\*\* machte zwei Subunternehmer mit einem gesamten Leistungsanteil von 5,5 % namhaft. Weder sie selbst noch einer der Subunternehmer verfügt über eine Befugnis als Ingenieurkonsulent oder technisches Büro. Bei der Prüfung ihres Angebotes wurde auf die Aspekte der Befugnis für die Leistungen der Statik, Vermessungsarbeiten und Verkehrsplanung nicht Bedacht genommen. Es fand eine eingehende technische Prüfung der Abänderungsangebote statt. Nach Stellungnahme und Nachreichung von Unterlagen durch die Bieterin stellte die vergebende Stelle die Gleichwertigkeit mit den ausgeschriebenen Produkten fest. (Unterlagen des Vergabeverfahrens, Vergabebericht März 2009)

Die Antragstellerin machte insgesamt 14 Subunternehmer für einen gesamten Leistungsanteil von 26,17 %, darunter je einen Subunternehmer für die Leistungen der Statik, Vermessungsarbeiten und Verkehrsplanung namhaft. Diese Subunternehmer sind Ingenieurkonsulenten für Bauwesen und ein Ingenieurkonsulent für Vermessungswesen. Sie legte ihrem Angebot ein Vadium bei, das bis 30. April 2009 gültig ist. (Unterlagen des Vergabeverfahrens, Vergabebericht März 2009)

2.5 Die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung zugunsten der C\*\*\* erfolgte am 6. März 2009 per Telefax an alle Bieter. Einer nicht am gegenständlichen Verfahren beteiligten Bieterin wurde die sie betreffende Ausscheidensentscheidung bekannt gegeben. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

2.6 Der Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren wurde noch nicht erteilt, ein Widerruf hat nicht stattgefunden. Die Angebote wurden noch nicht geöffnet. (Stellungnahme der Auftraggeber)

2.7 Die Antragstellerin bezahlte EUR 7.500 an Pauschalgebühren. (gegenständlicher Verfahrensakt)

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den jeweils in Klammern genannten Quellen. Diese sind Veröffentlichungen und die Unterlagen des Vergabeverfahrens sowie Auskünfte, die nur die Auftraggeberin erteilen kann. Die herangezogenen Beweismittel sind daher echt. Ihre inhaltliche Richtigkeit steht außer Zweifel. Widersprüche traten nicht auf.

### 3. Rechtliche Beurteilung

#### 3.1 Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes

Auftraggeber im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs- Aktiengesellschaft - ASFINAG. Sie ist nach ständiger Rechtsprechung öffentliche Auftraggeberin gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (zB BVA 31.10.2007, N/0088-BVA/10/2007-037; 16.4.2008, N/0028-BVA/08/2008-81; 9.1.2009, N/0137-BVA/04/2008- 70). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich nach der Ausschreibung um einen Bauauftrag gemäß § 4 Abs 1 Z 3 BVergG, wobei auch die Voraussetzungen für einen Bauauftrag gemäß § 4 Z 1 BVergG iVm Klasse 45.31 in Anh I zum BVergG erfüllt sind. Der geschätzte Auftragswert liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 3 BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt. Auftraggeber im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs- Aktiengesellschaft - ASFINAG. Sie ist nach ständiger Rechtsprechung öffentliche Auftraggeberin gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG (zB BVA 31.10.2007, N/0088-BVA/10/2007-037; 16.4.2008, N/0028-BVA/08/2008-81; 9.1.2009, N/0137-BVA/04/2008- 70). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich nach der Ausschreibung um einen Bauauftrag gemäß Paragraph 4, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG, wobei auch die Voraussetzungen für einen Bauauftrag gemäß Paragraph 4, Ziffer eins, BVergG in Verbindung mit Klasse 45.31 in Anh römisch eins zum BVergG erfüllt sind. Der geschätzte Auftragswert liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs 2 BVergG iVm Art 14b Abs 2 Z 1 lit a B-VG ist sohin gegeben. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des

Bundesvergabebeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend Paragraph 312, Absatz 2, BVergG in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera a, B-VG ist sohin gegeben.

Da darüber hinaus laut Stellungnahme des Auftraggebers, das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit in concreto gemäß § 312 Abs 2 BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig. Da darüber hinaus laut Stellungnahme des Auftraggebers, das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit in concreto gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.

### 3.2 Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages

3.2.1 Die formalen Voraussetzungen für den Nachprüfungsantrag gemäß § 322 Abs 1 BVergG sind erfüllt. Es liegt kein Grund für seine formale Unzulässigkeit gemäß § 322 Abs 2 BVergG vor. 3.2.1 Die formalen Voraussetzungen für den Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 322, Absatz eins, BVergG sind erfüllt. Es liegt kein Grund für seine formale Unzulässigkeit gemäß Paragraph 322, Absatz 2, BVergG vor.

3.2.2 Vorgebracht wird, dass unter Berücksichtigung der Hemmung des Ablaufs der Zuschlagsfrist durch das gegenständliche Nachprüfungsverfahren das Vadium nicht 30 Tage über das Ende der Zuschlagsfrist hinaus gültig und das Angebot der Antragstellerin daher auszuschneiden sei. Daher könne der Antragstellerin kein Schaden iSd § 320 Abs 1 Z 2 BVergG entstehen. Ihr komme keine Antragslegitimation zu. 3.2.2 Vorgebracht wird, dass unter Berücksichtigung der Hemmung des Ablaufs der Zuschlagsfrist durch das gegenständliche Nachprüfungsverfahren das Vadium nicht 30 Tage über das Ende der Zuschlagsfrist hinaus gültig und das Angebot der Antragstellerin daher auszuschneiden sei. Daher könne der Antragstellerin kein Schaden iSd Paragraph 320, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG entstehen. Ihr komme keine Antragslegitimation zu.

Die maßgeblichen Bestimmungen des BVergG lauten:

#### Zuschlagsfrist

§ 112. (1) [...] Paragraph 112, (1) [...]

(4) Der Fortlauf der Zuschlagsfrist gemäß Abs. 1 wird für die Dauer eines Nachprüfungsverfahrens gehemmt (4) Der Fortlauf der Zuschlagsfrist gemäß Absatz eins, wird für die Dauer eines Nachprüfungsverfahrens gehemmt.

#### Ausscheiden von Angeboten

§ 129. (1) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der Auftraggeber auf Grund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschneiden: Paragraph 129, (1) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der Auftraggeber auf Grund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschneiden:

1. 1. Ziffer eins  
[...]
2. 5. Ziffer 5  
Angebote, bei denen ein Vadium verlangt wurde, dessen Nachweis bei Angebotsöffnung jedoch fehlt;
3. 6. Ziffer 6  
[...]
4. 7. Ziffer 7  
den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Teil-, Alternativ- und Abänderungsangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, nicht gleichwertige Alternativ- oder Abänderungsangebote und Alternativangebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen, sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind;
5. 8. Ziffer 8  
[...]

#### Einleitung des Verfahrens

§ 320. (1) Ein Unternehmer kann bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern

1. 1.Ziffer eins

er ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, und

2. 2.Ziffer 2

ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

(2) [...]

Punkt 1.2.14 in Teil B.1 der Ausschreibungsunterlagen legt fest, dass das Vadium 30 Tage über das Ende der Zuschlagsfrist hinaus gültig sein muss. Die Angebotsöffnung fand am 23. Dezember 2008 statt. Die Zuschlagsfrist begann zu diesem Zeitpunkt zu laufen. Sie endete daher - wie auch von der Auftraggeberin in Punkt 1 der ersten Berichtigung ausdrücklich bekannt gegeben - am 23. März 2009. Das Vadium muss daher zumindest bis 23. April 2009 gültig bleiben. Die Antragstellerin legte ein Vadium ihrem Angebot bei, das bis 30. April 2009 gültig ist. Es genügt daher den Anforderungen der Ausschreibung.

Behauptet wird nun, dass das gegenständliche Nachprüfungsverfahren den Lauf der Zuschlagsfrist hemme und somit ihr Ende über den 30. April 2009 hinaus verschiebe. Unter Berücksichtigung des Nachprüfungsverfahrens genüge das Vadium der Antragstellerin daher nicht.

Diese Auffassung übersieht, dass der Fristenlauf nach den Angaben in den Ausschreibungsunterlagen zu berechnen ist. Alle Bieter müssen zum Zeitpunkt der Vorbereitung der Angebote und zum Zeitpunkt der Bewertung der Angebote vom selben Verständnis der Ausschreibungsunterlagen ausgehen können (zB bereits EuGH 22.6.1993, Rs C-43/89, Kommission/Dänemark, Slg 1993, I-3353). Das Nachprüfungsverfahren war zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung noch nicht absehbar und daher auch nicht bei der Berechnung der Dauer der Gültigkeit des Vadiums zu berücksichtigen. Jede andere Sicht würde den eindeutigen Festlegungen der Ausschreibung widersprechen und hätte die Bieter mit einer nicht vorhersehbaren und nicht kalkulierbaren Situation konfrontiert. Auch fehlt eine entsprechende Festlegung in der Ausschreibung, die die Berücksichtigung der Hemmung des Fortlaufs der Zuschlagsfrist und somit die Verlängerung des geforderten Gültigkeitszeitraums des Vadiums nahe legen würde. Die Forderung nach einer Verlängerung des Vadiums entsprechend der Dauer des Nachprüfungsverfahrens ist daher nicht von der Ausschreibung gedeckt. Es erübrigt sich daher auf die Frage eines allenfalls behebbaren Mangels einzugehen, da in diesem Punkt kein Mangel vorliegt.

3.2.3 Weiters wurde in diesem Zusammenhang vorgebracht, dass das Angebot der Antragstellerin an fünfter Stelle gereiht sei und ihr selbst bei Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung nicht der Zuschlag erteilt werden könnte. Ihr könne daher kein Schaden iSd § 320 Abs 1 Z 2 BVergG entstehen. Ihr komme keine Antragslegitimation zu. 3.2.3 Weiters wurde in diesem Zusammenhang vorgebracht, dass das Angebot der Antragstellerin an fünfter Stelle gereiht sei und ihr selbst bei Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung nicht der Zuschlag erteilt werden könnte. Ihr könne daher kein Schaden iSd Paragraph 320, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG entstehen. Ihr komme keine Antragslegitimation zu.

Zum einen genügt als Voraussetzung für die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung gemäß § 325 Abs 1 BVergG, dass potentiell ein anderes Ergebnis des Vergabeverfahrens auftreten kann (Reisner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG<sup>2</sup> [2009] § 325 Rz 12). Es muss nicht konkret feststehen. Es muss lediglich möglich und wahrscheinlich sein. Zum anderen ist zum möglichen Ausscheiden der Abänderungsangebote der B\*\*\* auf die folgenden Ausführungen zu verweisen. Schließlich genügt für die Frage der Antragslegitimation das Vorbringen zum Ausscheiden aller vorgereichten Bieter, wenn es hinlänglich konkret ist. Die Vergabekontrollbehörde ist nicht gehalten, für Zwecke der Prüfung der Antragslegitimation, also zur Prüfung von Prozessvoraussetzungen, ein Ermittlungsverfahren mit Bestellung von Sachverständigen zu führen (VwGH 18.3.2009, 2007/04/0095). Ob das Vorbringen der Antragstellerin zutrifft und vor ihr gereichte Angebote tatsächlich auszuschneiden sind, ist vielmehr Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens und nicht Gegenstand der Prüfung der Voraussetzungen, überhaupt ein

Nachprüfungsverfahren einzuleiten. Für die Beurteilung der Frage der Antragslegitimation im Hinblick auf das Vorbringen zum Ausscheiden aller vorgereichten Bieter reicht es aus, wenn es hinlänglich konkret ist. Das begründete Zum einen genügt als Voraussetzung für die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung gemäß Paragraph 325, Absatz eins, BVergG, dass potentiell ein anderes Ergebnis des Vergabeverfahrens auftreten kann (Reisner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG<sup>2</sup> [2009] Paragraph 325, Rz 12). Es muss nicht konkret feststehen. Es muss lediglich möglich und wahrscheinlich sein. Zum anderen ist zum möglichen Ausscheiden der Abänderungsangebote der B\*\*\* auf die folgenden Ausführungen zu verweisen. Schließlich genügt für die Frage der Antragslegitimation das Vorbringen zum Ausscheiden aller vorgereichten Bieter, wenn es hinlänglich konkret ist. Die Vergabekontrollbehörde ist nicht gehalten, für Zwecke der Prüfung der Antragslegitimation, also zur Prüfung von Prozessvoraussetzungen, ein Ermittlungsverfahren mit Bestellung von Sachverständigen zu führen (VwGH 18.3.2009, 2007/04/0095). Ob das Vorbringen der Antragstellerin zutrifft und vor ihr gereichte Angebote tatsächlich auszuschneiden sind, ist vielmehr Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens und nicht Gegenstand der Prüfung der Voraussetzungen, überhaupt ein Nachprüfungsverfahren einzuleiten. Für die Beurteilung der Frage der Antragslegitimation im Hinblick auf das Vorbringen zum Ausscheiden aller vorgereichten Bieter reicht es aus, wenn es hinlänglich konkret ist. Das begründete

Vorbringen der Antragstellerin zum - nach ihrer Auffassung notwendigen -- Ausscheiden der Abänderungsangebote der B\*\*\* (siehe oben 1.1) genügt diesen Anforderungen.

### 3.3 Inhaltliche Beurteilung - Spruchpunkt I3.3 Inhaltliche Beurteilung - Spruchpunkt römisch eins.

3.3.1 Die Antragstellerin behauptet, dass eine Befugnis als Ingenieurkonsulent für Vermessungswesen oder als technisches Büro für Vermessungswesen zur Vornahme der Vermessungsarbeiten im Zuge der Bestandsdokumentation notwendig sei. Fehle diese Befugnis, verfüge der Bieter nicht über die zur Durchführung des Gesamtauftrags nötige Befugnis.

3.3.2 Die einschlägigen Bestimmungen des BVergG lauten:

#### Vorgehen bei der Prüfung

§ 123. (1) Die Prüfung der Angebote hat in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien zu erfolgen. Paragraph 123, (1) Die Prüfung der Angebote hat in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien zu erfolgen.

(2) Im Einzelnen ist zu prüfen,

1. 1.Ziffer eins

ob den in § 19 Abs. 1 angeführten Grundsätzen ob den in Paragraph 19, Absatz eins, angeführten Grundsätzen

entsprochen wurde;

1. 2.Ziffer 2

die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Bieters bzw. - bei der Weitergabe von Leistungen - der namhaft gemachten Subunternehmer;

2. 3.Ziffer 3

[...]

3. 5.Ziffer 5

ob das Angebot den sonstigen Bestimmungen der Ausschreibung entspricht, insbesondere ob es formrichtig und vollständig ist.

(3) [...]

#### Ausscheiden von Angeboten

§ 129. (1) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der Auftraggeber auf Grund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschneiden: Paragraph 129, (1) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der Auftraggeber auf Grund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschneiden:

1. 1.Ziffer eins

[...]

2. 2.Ziffer 2

Angebote von Bietern, deren Befugnis, finanzielle, wirtschaftliche oder technische Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit nicht gegeben ist;

3. 3.Ziffer 3

[...]

4. 7.Ziffer 7

den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Teil-, Alternativ- und Abänderungsangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, nicht gleichwertige Alternativ- oder Abänderungsangebote und Alternativangebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen, sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind;

5. 8.Ziffer 8

[...]

3.3.3 Bei der Angebotsprüfung gemäß § 123 Abs 1 BVergG sind die Festlegungen der Ausschreibung vorrangig. Im Hinblick auf das Vorbringen der Antragstellerin ist damit zu prüfen, ob der gegenständliche Auftrag Vermessungsarbeiten enthält und ob die Ausschreibung entsprechende Festlegungen betreffend den Nachweis der Befugnis zur Vornahme von Vermessungsarbeiten trifft. 3.3.3 Bei der Angebotsprüfung gemäß Paragraph 123, Absatz eins, BVergG sind die Festlegungen der Ausschreibung vorrangig. Im Hinblick auf das Vorbringen der Antragstellerin ist damit zu prüfen, ob der gegenständliche Auftrag Vermessungsarbeiten enthält und ob die Ausschreibung entsprechende Festlegungen betreffend den Nachweis der Befugnis zur Vornahme von Vermessungsarbeiten trifft.

3.3.4 Die Festlegungen der Ausschreibung wurden nicht angefochten. Sie sind daher bestandsfest und für alle am Vergabeverfahren Beteiligten verbindlich (ständige Rechtsprechung zB BVA 22.12.2008, N/0147-BVA/10/2008-39). Es ist von einer strengen Bindung an die Festlegungen des Auftraggebers auszugehen (in diesem Sinne zB VwGH 19.11.2008, 2007/04/0018, 0019).

Alle Bieter müssen darauf vertrauen, dass der Auftraggeber sich an die Festlegungen in der Ausschreibung hält, da andernfalls der Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bieter verletzt würde (BVA 28.11.2008, N/0131-BVA/12/2008-29). Um die Einhaltung der Festlegungen der Ausschreibung prüfen zu können, ist der Inhalt der Ausschreibung zu ermitteln.

Bei der Auslegung von Ausschreibungsunterlagen kommen die §§ 914 f ABGB zur Anwendung (Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Dabei, kommt es darauf an, wie diese bei objektiver Beurteilung der Sache vom Bieter zu verstehen waren, wobei bei Unklarheiten vor allem dem Geschäftszweck, der redlicherweise der Erklärung zu unterstellen ist, und der Interessenlage Bedeutung zukommt (für viele OGH 8.7.2008, 4 Ob 98/08b). Es kommt nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, vielmehr ist der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgeblich (vgl VwGH 29.3.2006, 2004/04/0144, 0156, 0157, 16.2.2005, 2004/04/0030; für viele BVA 22.12.2008, N/0147-BVA/10/2008-39) Bei der Auslegung von Ausschreibungsunterlagen kommen die Paragraphen 914, f ABGB zur Anwendung (Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Dabei, kommt es darauf an, wie diese bei objektiver Beurteilung der Sache vom Bieter zu verstehen waren, wobei bei Unklarheiten vor allem dem Geschäftszweck, der redlicherweise der Erklärung zu unterstellen ist, und der Interessenlage Bedeutung zukommt (für viele OGH 8.7.2008, 4 Ob 98/08b). Es kommt nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, vielmehr ist der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgeblich vergleiche VwGH 29.3.2006, 2004/04/0144, 0156, 0157, 16.2.2005, 2004/04/0030; für viele BVA 22.12.2008, N/0147-BVA/10/2008-39)

3.3.5 Punkt 6.2 der rechtlichen Vertragsbestimmungen B.6 legt eine Rangordnung der Vertragsbestandteile fest. Bei Widersprüchen der einzelnen Bestimmungen des Vertrags stellt sie eine Zweifelsregel dar, nach der der Vorrang der einzelnen Bestimmungen zu erkennen ist. Da der abzuschließende Vertrag durch Annahme des Angebots des Bieters zustande kommt, ist diese Rangordnung auch für das Verständnis der Ausschreibung heranzuziehen. Da es während der Durchführung des Vergabeverfahrens noch keinen Schlussbrief geben kann, kommt den Ausschreibungsunterlagen die größte Bedeutung zu. Dabei besteht eine Rangordnung der Kapitel in absteigender Reihenfolge.

Punkt 6.2.5.4.1 der rechtlichen Vertragsbestimmungen B.6 der Ausschreibung in der Fassung der zweiten Berichtigung

der Ausschreibung und Punkt 6.3.5.2.2.1 der rechtlichen Vertragsbestimmungen B.6 erklären die "Dokumentationsrichtlinie für Bestandsunterlagen - Allgemeine Richtlinie", ASFINAG PLaDOK 501.901.10., Version V 5.0, Ausgabedatum 15. Juni 2007, zum integrierenden Bestandteil des Vertrags. Auf ausdrückliche Nachfrage eines Bieters gab die Auftraggeberin in Punkt 10 der zweiten Berichtigung der Ausschreibung an, dass dieser Punkt nicht geändert werde. Daher ist sie auch Teil der Ausschreibung. Ihre Festlegungen sind für das Verständnis der Ausschreibung beachtlich. Schließlich ergibt sich aus Punkt 5 der Dokumentationsrichtlinie, dass sie selbst Vorrang vor anderen Dokumentationsrichtlinien hat. Die Auftraggeberin räumt somit der Dokumentationsrichtlinie hohen Stellenwert bei der Regelung der Art der Durchführung des Auftrags, insbesondere bei der Herstellung der Bestandsdokumentation ein. Punkt 6.2.5.4.1 der rechtlichen Vertragsbestimmungen B.6 der Ausschreibung in der Fassung der zweiten Berichtigung der Ausschreibung und Punkt 6.3.5.2.2.1 der rechtlichen Vertragsbestimmungen B.6 erklären die "Dokumentationsrichtlinie für Bestandsunterlagen - Allgemeine Richtlinie", ASFINAG PLaDOK 501.901.10., Version römisch fünf 5.0, Ausgabedatum 15. Juni 2007, zum integrierenden Bestandteil des Vertrags. Auf ausdrückliche Nachfrage eines Bieters gab die Auftraggeberin in Punkt 10 der zweiten Berichtigung der Ausschreibung an, dass dieser Punkt nicht geändert werde. Daher ist sie auch Teil der Ausschreibung. Ihre Festlegungen sind für das Verständnis der Ausschreibung beachtlich. Schließlich ergibt sich aus Punkt 5 der Dokumentationsrichtlinie, dass sie selbst Vorrang vor anderen Dokumentationsrichtlinien hat. Die Auftraggeberin räumt somit der Dokumentationsrichtlinie hohen Stellenwert bei der Regelung der Art der Durchführung des Auftrags, insbesondere bei der Herstellung der Bestandsdokumentation ein.

3.3.6 Punkt 5.4.1.7 in Kapitel 5 der Ausschreibungsunterlagen verlangt die Anfertigung einer Bestandsdokumentation. Diese ist in den Positionen 1106, 1106A und 1106B in Obergruppe 00 Allgemeinpositionen, Leistungsgruppe 01 Baustellengemeinkosten des Leistungsverzeichnisses in Kapitel B.7 der Ausschreibungsunterlagen in der Fassung der zweiten Berichtigung, der Letztfassung der Ausschreibung, gesondert anzubieten. Ebenso hat der Bieter gemäß Position 0402A in Obergruppe 01 Neubau Röhre Salzburg, Leistungsgruppe 05 Blitzschutzanlage des Leistungsverzeichnisses in Kapitel B.7 der Ausschreibungsunterlagen und Position 0402A in Untergruppe 04 in Obergruppe 02 Sanierung Röhre Villach, Leistungsgruppe 05 Blitzschutzanlage des Leistungsverzeichnisses in Kapitel B.7 der Ausschreibungsunterlagen Punkt 5.4.41.2 in Kapitel 5 der Ausschreibungsunterlagen je einen Bestandsplan der jeweiligen Blitzschutzanlage anzubieten. Punkt 5.4.41.2 in Kapitel 5 der Ausschreibungsunterlagen fordert die Herstellung von Bestandsunterlagen nach den Anforderungen der Dokumentationsrichtlinie. Zu erkennen ist in diesem Punkt, dass die verlegten Leitungen im Zuge der Bauarbeiten angefertigt werden müssen, bevor die jeweilige Künnette oder der sonstige Träger der Leitung zugeschüttet oder verschlossen wird, dh bevor der genaue Verlauf der Leitungstrasse nicht mehr erkennbar ist. Als allgemeine Festlegung verlangt weiters Punkt 5 der Dokumentationsrichtlinie, dass "der Bauwerber bzw. Vertragspartner der ASFINAG und bei Gemeinschaftstrassen zusätzlich auch dem Parallel-Einbautenträger jeweils eine Bestands-Dokumentation seiner neu errichteten und eingemessenen Anlagenteile als elektronische Daten (DWG-Plan-Files, die zugehörigen HPGL2- Plotdateien, ePlot-Dateien, PDF und Excel-Listen) und je einem Planplot zu übergeben" hat. Aus der Forderung nach Herstellung von Bestandsunterlagen, deren gesonderter Auspreisung im Leistungsverzeichnis und der Forderung nach Einhaltung der Dokumentationsrichtlinie ergibt sich, dass Vermessungsarbeiten nötig sind. Im Übrigen entspricht dies der Erfahrung und dem heutigen Stand der Technik, dass jedes verlegte Kabel und jede verlegte Leitung vom Einbautenträger eingemessen und planlich verzeichnet wird, um die jederzeitige Wiederauffindbarkeit zu gewährleisten.

3.3.7 Punkt 5.1.3 der Dokumentationsrichtlinie für Bestandsunterlagen verlangt die Erstellung der Bestandspläne durch einen Ingenieurkonsulenten für Vermessungswesen oder ein technisches Büro für Vermessungswesen. Wie unter 3.3.5 dargelegt steht die Dokumentationsrichtlinie im Rang dem Kapitel B.6 gleich. Diese Sicht wird durch die Festlegung in Punkt 8.3.1 der Bietererklärung in Teil B.8 der Ausschreibungsunterlagen verstärkt, da die Pflicht zur Nennung notwendiger Subunternehmer im Zuge der Bestandsdokumentation sogar mit dem Wort "Achtung" gekennzeichnet ist. Demgegenüber ist die beispielhafte Nennung "z.B. befugter Ziviltechniker bzw. Techn. Büro" in Punkt 1.2.8 der Ausschreibungsgrundlagen in Kapitel B.1 der Ausschreibungsunterlagen entsprechend der Zweifelsregel in Kapitel B.6 der Ausschreibungsunterlagen dem Kapitel B.6 der Ausschreibungsunterlagen und damit Punkt 5.1.3 der Dokumentationsrichtlinie untergeordnet. Da die Integration der Dokumentationsrichtlinie in den Vertrag in Kapitel B.6 erfolgt, ist sie in der Rangordnung von Kapitel B.6 zu beachten. Ihre zwingende Festlegung geht daher der bloß beispielhaften Festlegung in Punkt 1.2.8 vor. Daher ist zur Durchführung des Auftragsteils Bestandsdokumentation ein Ingenieurkonsulent für Vermessungswesen oder ein technisches Büro für Vermessungswesen nötig. Diese

Verpflichtung besteht allein aufgrund der Festlegungen der Ausschreibung. Diese sind nicht bekämpft worden und für alle am Vergabeverfahren Beteiligten verbindlich geworden. Das hätte auch allen Bietern bewusst sein müssen, hat doch die Auftraggeberin in der zweiten Berichtigung der Ausschreibung den Stellenwert der Dokumentationsrichtlinie ausdrücklich betont und die Dokumentationsrichtlinie für Bestandsunterlagen zu einem integrierenden Vertragsbestandteil erklärt (siehe

Punkt 6.3.5.2.2.1 in Kapitel B.6 der Ausschreibungsunterlagen und Punkt 10 der zweiten Berichtigung der Ausschreibung, in den Sachverhaltsfeststellungen dieses Bescheides wörtlich wiedergegeben). Daran vermögen auch die Grundsätze des Vergabeverfahrens in § 19 Abs 1 BVergG und allfällige Rechte nach § 32 GewO oder die Befugnis zur Vornahme von Vermessungsarbeiten durch einen als Subunternehmer beschäftigten Baumeister nichts zu ändern. Es wäre Sache der Bieter gewesen, diese Festlegungen von einer Vergabekontrollbehörde nachprüfen zu lassen. Es hätte auch allen Bietern bewusst sein müssen, da die Auftraggeberin in der zweiten Berichtigung der Ausschreibung den Stellenwert der Dokumentationsrichtlinie ausdrücklich betont hat. Punkt 6.3.5.2.2.1 in Kapitel B.6 der Ausschreibungsunterlagen und Punkt 10 der zweiten Berichtigung der Ausschreibung, in den Sachverhaltsfeststellungen dieses Bescheides wörtlich wiedergegeben). Daran vermögen auch die Grundsätze des Vergabeverfahrens in Paragraph 19, Absatz eins, BVergG und allfällige Rechte nach Paragraph 32, GewO oder die Befugnis zur Vornahme von Vermessungsarbeiten durch einen als Subunternehmer beschäftigten Baumeister nichts zu ändern. Es wäre Sache der Bieter gewesen, diese Festlegungen von einer Vergabekontrollbehörde nachprüfen zu lassen. Es hätte auch allen Bietern bewusst sein müssen, da die Auftraggeberin in der zweiten Berichtigung der Ausschreibung den Stellenwert der Dokumentationsrichtlinie ausdrücklich betont hat.

3.3.8 Weder hat die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin noch die noch die mit drei Abänderungsangeboten vor der Antragstellerin gereichte B\*\*\* hat entsprechende Subunternehmer namhaft gemacht (siehe oben 2.4). Sie sind haben daher nicht die von der Ausschreibung geforderte Befugnis für Vermessungsarbeiten nachgewiesen, über die sie selbst auch nicht verfügen. Bei diesem Ergebnis erübrigt sich ein Eingehen auf die Befugnis zur Erbringung von Statikerleistungen und Leistungen eines Verkehrsplaners. Allein schon wegen des nicht erbrachten Nachweises der von der Ausschreibung geforderten Befugnis für Vermessungsarbeiten würde nämlich eine Zuschlagserteilung an die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin gegen das BVergG verstoßen.

3.3.9 Die einschlägige Bestimmung des BVergG lautet:

Nichtigerklärung von Entscheidungen des Auftraggebers

§ 325. (1) Das Bundesvergabeamt hat eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Bescheid für nichtig zu erklären, wenn Paragraph 325, (1) Das Bundesvergabeamt hat eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Bescheid für nichtig zu erklären, wenn

1. 1.Ziffer eins

sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung den Antragsteller in dem von ihm nach § 322 Abs. 1 Z 5 geltenden gemachten Recht verletzt, und sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung den Antragsteller in dem von ihm nach Paragraph 322, Absatz eins, Ziffer 5, geltenden gemachten Recht verletzt, und

2. 2.Ziffer 2

die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

(2) [...]

Die angefochtene Entscheidung verletzt die Antragstellerin in einem von ihr geltend gemachten Recht. Diese Rechtswidrigkeit führt dazu, dass ein anderer Zuschlagsempfänger zu bestimmen wäre. Diese Rechtswidrigkeit hat einen entscheidenden Einfluss auf den Ausgang des Nachprüfungsverfahrens Die Voraussetzungen für die Nichtigerklärung liegen somit vor.

Mit diesem Bescheid sind gemäß § 59 Abs 1 AVG alle Einwendungen gegen den Nachprüfungsantrag miterledigt. Mit diesem Bescheid sind gemäß Paragraph 59, Absatz eins, AVG alle Einwendungen gegen den Nachprüfungsantrag miterledigt.

3.4 Ersatz der Pauschalgebühr - Spruch Punkt II.3.4 Ersatz der Pauschalgebühr - Spruch Punkt römisch zwei.

Die einschlägigen Bestimmungen des BVergG lauten:

#### Gebührenersatz

§ 319. (1) Der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller hat Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 Paragraph 319, (1) Der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller hat Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318

entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird.

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

1. 1.Ziffer eins  
dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und
2. 2.Ziffer 2  
dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde.

(3) [...]

Die Antragstellerin hat die Pauschalgebühr in der gemäß § 318 Abs 1 Z 1 und 4 BVergG geschuldeten Höhe tatsächlich bezahlt. Das Bundesvergabeamt erließ die beantragte einstweilige Verfügung. Die Antragstellerin hat mit ihrem Nachprüfungsantrag zumindest teilweise obsiegt, da das Bundesvergabeamt dem Nachprüfungsantrag stattgab. Die Auftraggeberinnen sind daher gemäß § 319 Abs 1 und 2 BVergG verpflichtet, die bezahlte Pauschalgebühr zu ersetzen. Die Antragstellerin hat die Pauschalgebühr in der gemäß Paragraph 318, Absatz eins, Ziffer eins und 4 BVergG geschuldeten Höhe tatsächlich bezahlt. Das Bundesvergabeamt erließ die beantragte einstweilige Verfügung. Die Antragstellerin hat mit ihrem Nachprüfungsantrag zumindest teilweise obsiegt, da das Bundesvergabeamt dem Nachprüfungsantrag stattgab. Die Auftraggeberinnen sind daher gemäß Paragraph 319, Absatz eins und 2 BVergG verpflichtet, die bezahlte Pauschalgebühr zu ersetzen.

#### Schlagworte

Lauf der Zuschlagsfrist, Gültigkeit des Vadiums, Antragslegitimation, Nichtigserklärung von Entscheidungen;

#### Zuletzt aktualisiert am

14.08.2009

**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](http://www.jusline.at)