

TE Verg Bescheid 2008/9/12 N/0105-BVA/02/2008-24

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 12.09.2008

Norm

BVergG 2006 §2 Z16 litaa

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §4

BVergG 2006 §169 Abs1

BVergG 2006 §174

BVergG 2006 §268

BVergG 2006 §269 Abs1 Z3

BVergG 2006 §319

BVergG 2006 §321

BVergG 2006 §322

ABGB §§914ff

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 § 169 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 174 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 268 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 268 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 268 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 268 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 269 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 269 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 269 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 § 321 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 321 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 322 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

Bescheid

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 2, Mag. Viktoria Mugli-Maschek und Dr. Martin Janda als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Theodor Taurer als Mitglied der Auftragnehmerseite, im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs. 2 Z 2 Bundesvergabegesetz 2006 idF der Novelle BGBl. I Nr. 86/2007 (BVergG), betreffend das Vergabeverfahren "Koralmbahn Graz - Klagenfurt, Abschnitt 8750, St. Andrä-Aich / Bauarbeiten für `Vorbereitende Maßnahme Lavanttal` Baulos 1" des Auftraggebers ÖBB-Infrastruktur Bau Aktiengesellschaft, Vivenotgasse 10, 1120 Wien, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 18.07.2008, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 2, Mag. Viktoria Mugli-Maschek und Dr. Martin Janda als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Theodor Taurer als Mitglied der Auftragnehmerseite, im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, (BVergG), betreffend das Vergabeverfahren "Koralmbahn Graz - Klagenfurt, Abschnitt 8750, St. Andrä-Aich / Bauarbeiten für `Vorbereitende Maßnahme Lavanttal` Baulos 1" des Auftraggebers ÖBB-Infrastruktur Bau Aktiengesellschaft, Vivenotgasse 10, 1120 Wien, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 18.07.2008, wie folgt entschieden:

Spruch

1. 1.Ziffer eins

Der Antrag, "das Bundesvergabeamt möge die angefochtene Entscheidung der Antragsgegnerin, dass dem Angebot der B*** (Nettoangebotssumme € 22.699.233,91) der Zuschlag erteilt werden soll, für nichtig erklären" wird

abgewiesen.

1. 2.Ziffer 2

Der Antrag, "das Bundesvergabeamt möge die Antragsgegnerin in den Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag (€ 5.000,-) und für den Antrag auf einstweilige Verfügung (€ 2.500,-) von insgesamt € 7.500,- verfallen" wird

abgewiesen.

Begründung

Die Veröffentlichungen der Bekanntmachung zur Auftragsvergabe "Koralmbahn Graz - Klagenfurt, Abschnitt 8750, St. Andrä-Aich / Bauarbeiten für `Vorbereitende Maßnahme Lavanttal` Baulos 1" als offenes Verfahren für den Sektorenbereich der ÖBB-Infrastruktur Bau Aktiengesellschaft, Vivenotgasse 10, 1120 Wien (im Folgenden Auftraggeber), erfolgten am 4.3.2008 im Supplement S des Amtsblattes der Europäischen Gemeinschaften, 2008/S 44-061445 und in der Online Ausgabe des Amtlichen Lieferanzeigers der Wiener Zeitung, L-412717-833. Das Ziel der

ausgeschriebenen "Bauleistung" war in der Bekanntmachung kurz beschrieben mit "einerseits die Baustelleneinrichtungsfläche für den Koralmtunnel herzustellen aber auch gleichzeitig die Ausgangsbasis für den späteren Bahnhof Lavanttal zu sein". Der Zuschlag soll dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt werden.

Im Leistungsverzeichnis für die verfahrensgegenständliche Ausschreibung sind die Anforderungen zur technischen Leistungsfähigkeit der Bieter in den LV-Pos. 00 00 00 A3430, 00 00 00A3500 und 00 00 00A35001 wie folgt festgelegt:

"00 00 00A3430 tLF- Anforderung: Gefährdungsbereich Bau

Für die Vergabe der Arbeiten kommen nur Unternehmen in Betracht, die gewährleisten, dass sie über die erforderliche technische Leistungsfähigkeit für die ausgeschriebenen Leistungen auch im Hinblick auf die Bauherstellung im Gefährdungsbereich von Eisenbahnen sowie die entsprechende Leistungsfähigkeit über die gesamte Bauzeit verfügen und vergleichbare Arbeiten in den letzten 5 Jahren bereits durchgeführt haben.

Es sind mindestens 1 Projekte mit einem Gesamtumsatz von mindestens EUR 3 Mio (exkl. Ust.) vorzuweisen.

Als Nachweis sind vorzulegen: eine Liste der in den letzten fünf Jahren erbrachten vergleichbaren Bauleistungen, über deren Ausführung mit Angabe des Ortes, der Zeit und des Wertes der Leistungserfüllung sowie der AG einschließlich deren Kontaktpersonen; sofern davon Leistungen in Arbeitsgemeinschaften erbracht wurden, ist der Anteil des Unternehmers an der Leistungserbringung anzugeben.

00 00 00A3500 tLF - weitere Unterlagen Bau

Zur Beurteilung der technischen Leistungsfähigkeit wird weiters gefordert:

Straßen- oder Eisenbahnbrücke in Stahl- oder Verbundbauweise mit einer Gesamtlänge von mind. 30m

Der Nachweis hat zu erfolgen durch: mind. 1 Projekt durch eine Referenzliste; beauftragte in den letzten 5 Jahren (Projekte ab 01.01.2003) und bereits zu mind. 50% ausgeführt

00 00 00A35001 tLF - weitere Unterlagen Bau

Zur Beurteilung der technischen Leistungsfähigkeit wird weiters gefordert:

Bauleiter mit Referenzen im Brücken- und Erdbau

Der Nachweis hat zu erfolgen durch: Nachweis von mind. je 1 Projekt im Brückenbau (Gesamtbrückenlänge jedes Objektes größer 30m) und 1 Erdbau mit mind. 500m Länge; beauftragte in den letzten 5 Jahren (Projekte ab 1.1.2003) und bereits zu mind. 100% ausgeführt."

In der Baubeschreibung sind das verfahrensgegenständliche Projekt und der Gegenstand der Ausschreibung dargestellt wie folgt:

"1.1 Allgemeine Projektkurzbeschreibung

Der gegenständliche Abschnitt "Bahnhof Lavanttal" von km 73,661 bis km 75,745 ist ein Bestandteil der Koralmbahn von Graz nach Klagenfurt. Dieser ca. 1,9 km lange durchgehend zweigleisige Abschnitt (Gleise 1 und 2) schließt am Projektbeginn an den Abschnitt "Wettmannstätten - St. Andrä" an.

In km 74,302 (Gleis 1, WA der Abzweigweiche) bindet von r.d.B. und

in km 74,586 (Gleis 1, WA der Abzweigweiche) von l.d.B. die Regionalbahn (ÖBB-Strecke 457 Zeltweg - Lavamünd) Wolfsberg - Bf. Lavanttal in das Gleis 6 bzw. 7 der Koralmbahn ein. In km 74,958 (Gleis 1, WA der Abzweigweiche) bindet von l.d.B. die Regionalbahn Bf. Lavanttal - St. Paul in das Gleis 7 der Koralmbahn ein. in km 74,586 (Gleis 1, WA der Abzweigweiche) von römisch eins.d.B. die Regionalbahn (ÖBB-Strecke 457 Zeltweg - Lavamünd) Wolfsberg - Bf. Lavanttal in das Gleis 6 bzw. 7 der Koralmbahn ein. In km 74,958 (Gleis 1, WA der Abzweigweiche) bindet von römisch eins.d.B. die Regionalbahn Bf. Lavanttal - St. Paul in das Gleis 7 der Koralmbahn ein.

Am Projektende bindet das gegenständliche Projekt in den Abschnitt "St. Paul - Aich" ein.

Grundsätzlich ist die Hochleistungsstrecke mit den bestehenden, bzw. neu zu errichtenden Verkehrswegen höhenfrei zu kreuzen. Dies betrifft insbesondere die L 135 mit dem Objekt BLT3 sowie einen Gemeindeweg entlang orographisch rechts der Lavant. Darüber hinaus ist wegen der Zerschneidung des vorhandenen Wegenetzes durch die

Neubaustrecke des Wegenetzes mittels Wegverlegungen und - entlangführungen anzupassen.

Zum Schutz der Bahnlinie vor schädlichen Auswirkungen der Oberflächengewässer sowie zur schadlosen Ableitung der aus dem Bereich der Bahnanlagen und Nebenanlagen auszuleitenden Oberflächenwässer bzw. Hangwässer werden im Zusammenhang mit der Neubaustrecke umfangreiche wasserbauliche Maßnahmen erforderlich. Regulierungsmaßnahmen an der Lavant und am Kampacher Bach samt den erforderlichen Querungsbauwerken sind mit zu errichten.

1.2 Gegenstand dieser Ausschreibung:

Das Baulos Bf. Lavanttal der Koralmbahn Graz - Klagenfurt umfasst die nachfolgend näher beschriebenen Bauarbeiten.

Durchzuführen sind die Wasserbauarbeiten für die Lavantverlegung und die Verlegung des Kampacherbaches, sowie die zugehörigen wasserbautechnischen Sicherungsmaßnahmen und Bepflanzungen im Bereich der Lavantverlegung. Vor Inangriffnahme der Wasserbauarbeiten ist die Errichtung des Hochwasserschutzdammes der zukünftigen Deponie des Tunnelausbruchmaterials aus dem Koralmtunnel durchzuführen. Mit den Aushubmassen des Aushubes der Lavantverlegung kann der Unterbau der Landesstraßen L 135 und L145 sowie Teile des Bahndammes errichtet werden. Die restlichen Dammschüttarbeiten können mit den Aushubmaterialien aus den Voreinschnitten durchgeführt werden, jedoch ist es unter Umständen erforderlich durch Bodenstabilisierungsmaßnahmen, dass gewonnene Aushubmaterial zu verbessern.

Im Zuge der gesamten Baumaßnahmen wird es auch zu Anpassungen von bestehenden Felddrainagen und Leitungen im gesamten Baulosbereich kommen.

Gegenstand dieser Ausschreibung sind ferner die nachstehend angeführten Objekte:

- -Strichaufzählung
Objekt BLT1 - Eisenbahnbrücken über die Lavant (HL- und Regionalstrecke)
- -Strichaufzählung
Objekt BLT3 - Straßenüberführung der L135
- -Strichaufzählung
Objekt BLT4 - Bohrpfahlwand Basaltteich
- -Strichaufzählung
Objekt BLT5 - Hahntrattenbachbrücke
- -Strichaufzählung
Objekt BLT6-6.x - drei Kampacherbachbrücken
- -Strichaufzählung
Objekt BLT7 - Bohrpfahlwand entlang Regionalgleisverlegung
- -Strichaufzählung
Objekt BLT8 - Überwerfungsbauwerk am Tunnelportal West des Koralmtunnels

Im Anschluss an das Objekt BLT3 sind beidseits die Straßendämme, samt Straßenausrüstung für die Umlegung der L135 zu errichten und das Landesstraßen- und Gemeindewegenetz entsprechend der Darstellung in den Plänen herzustellen.

Nachfolgend beschriebene Leistungen sind für die Baumaßnahmen im gegenständlichen Baulos erforderlich:

- -Strichaufzählung
Brückenbauarbeiten
- -Strichaufzählung
Bohrpfahlarbeiten
- -Strichaufzählung
Erdarbeiten für Bodenauswechslungen, Dammschüttarbeiten (Straßendamm, Auffüllung des Altarmes der Lavant, Hochwasserdamm) Geländeabtrag
- -Strichaufzählung
Straßenbauarbeiten, Entwässerungsarbeiten
- -Strichaufzählung

Wasserbauarbeiten

- -Strichaufzählung

Rodungen

- -Strichaufzählung

Wasserbautechnische Sicherungsmaßnahmen

- -Strichaufzählung

Bepflanzungen (soweit sicherungstechnisch für den Wasserbau erforderlich) - Leitungsumlegungen

Nicht zum Auftrag gehören folgende Leistungen:

- -Strichaufzählung

Teilweise auch die Frostschutzschicht und die Planumsschutzschicht (siehe nähere Beschreibung in den nachfolgenden Punkten der Baubeschreibung!)

- -Strichaufzählung

Gleisbau, Unterschottermatten und Gleisbettmatten

- -Strichaufzählung

Signalanlagen

- -Strichaufzählung

Fahrleitungsanlagen (Maste und Oberleitung)

- -Strichaufzählung

Fernmeldeanlagen (elektrotechnischer Teil)

- -Strichaufzählung

Bepflanzungen allgemein"

Die Angebotsöffnung erfolgte am 10.4.2008; insgesamt hatten 11 Bieter ein Angebot abgegeben.

In dem im Zuge der Eignungsprüfung des Angebotes des Billigstbieters erstellten "Fragenkatalog - Nachzufordernde Unterlagen" vom 17.4.2008 hielt der Auftraggeber auszugsweise fest wie folgt:

1. "1.Ziffer eins

Nachzufordernde Unterlagen

Seitens der Firma B*** wäre nach Durchsicht der vorliegenden Unterlagen nachzufordern:

...

- -Strichaufzählung

00A3430 Referenz für Arbeiten im Gefährdungsbereich der Bahn für 1 Projekt mit einem Mindestumsatz von 3 Mio. € ist nachzufordern

- -Strichaufzählung

00A621B - K4, und K6-Blätter - aber Bitte mit EH-Preisen bei den Geräten und einer Zuordnung der Gerätenummern und Materialnummern zu den K7-Blättern ansonsten kaum prüfbar

...

1. 2.Ziffer 2

Allgemeines

Prüfung der Eignungskriterien:

Pos.Nr.: Positionsstichwort

...

00A3430 Gefährdungsbereich Bau XXXterminal XXX siehe Pkt.6
00A3430 Gefährdungsbereich Bau XXXterminal römisch 30 siehe Pkt.6

1. 3.Ziffer 3

K-Blätter

K3-Blatt:

Ila ... römisch zwei a ...

...

Gesamtszuschlag ...%; Geschäftsgemeinkosten mit ...%

K-4 Blätter:

K-6 Blätter:

...

1. 6.Ziffer 6

Referenzprojekte für die Beurteilung gem. Pos. 00A3430, 00A3500 und 00A35001

Pos. 00A3430 - Gefährdungsbereich Bahn

XXX (privat) war ein Neubau und nach Rückfrage kein Bahnverkehr bzw. nur sehr eingeschränkt im Bereich der Anschlussweicherömischesch 30 (privat) war ein Neubau und nach Rückfrage kein Bahnverkehr bzw. nur sehr eingeschränkt im Bereich der Anschlussweiche

...

Linz, 17. April 2008

H***"

Am 14.5.2008 führte der Auftraggeber ein Aufklärungsgespräch mit der Billigstbieterin über die noch offenen Punkte des Angebotes. Die Bieterin erhielt Gelegenheit diverse Unterlagen wie zB K-4 Blätter (Materialliste), K-6 Blätter (Geräteliste) sowie weitere Kalkulationsblätter mit Detailansätzen bis 19.5.2008 beizubringen (vgl. Protokoll Niederschrift Seiten 1-19). Mit Schreiben vom 19.5.2008 reichte die Billigstbieterin fristgemäß ua. eine Geräte- und Materialliste sowie K-7 Kalkulationsblätter mit Detailansätzen nach. Zu den mit e-mail des Auftraggebers vom 28.5.2008 bei den nachgereichten Unterlagen aufgetauchten Unklarheiten, nahm die Billigstbieterin mit Schreiben vom 29.5.2008 Stellung. Am 14.5.2008 führte der Auftraggeber ein Aufklärungsgespräch mit der Billigstbieterin über die noch offenen Punkte des Angebotes. Die Bieterin erhielt Gelegenheit diverse Unterlagen wie zB K-4 Blätter (Materialliste), K-6 Blätter (Geräteliste) sowie weitere Kalkulationsblätter mit Detailansätzen bis 19.5.2008 beizubringen vergleiche Protokoll Niederschrift Seiten 1-19). Mit Schreiben vom 19.5.2008 reichte die Billigstbieterin fristgemäß ua. eine Geräte- und Materialliste sowie K-7 Kalkulationsblätter mit Detailansätzen nach. Zu den mit e-mail des Auftraggebers vom 28.5.2008 bei den nachgereichten Unterlagen aufgetauchten Unklarheiten, nahm die Billigstbieterin mit Schreiben vom 29.5.2008 Stellung.

In dem von H*** am 29.5.2008 gezeichneten Konvolut "Koralmbahn Graz - Klagenfurt, Vorbereitende Maßnahmen Lavanttal km 73,661 - km 75,745 BAULOS 1 B 1886 ANGBOTSPRÜFUNG" wird eine Vergabeempfehlung zugunsten der Billigstbieterin ausgesprochen und auszugsweise festgehalten wie folgt:

"2.2. Prüfung der Eignung der Bieter

...

2.2.1 Bieter Fa. B***

...

Pos. 00 00 00 A3430 tLf-Anforderung: Gefährdungsbereich Bau

...

Der Nachweis dieser Forderung wurde mit der Referenzbaustelle XXX Terminal XXX GmbH erbrachtDer Nachweis dieser Forderung wurde mit der Referenzbaustelle römisch 30 Terminal römisch 30 GmbH erbracht.

Pos. 00 00 00 A3500 tLf-weitere Unterlagen

...

Der Nachweis dieser Forderung wurde mit der Referenzbaustelle ...

(90m Verbundbauweise) erbracht.

...

Pos. 00 00 00A35001 tLf-weitere Unterlagen

...

Der Nachweis dieser Forderung wurde mit dem ... erbracht

(Bauloslänge ca. 3 km. Brückenobjekt ...ca. 40m - alles lt. telefonischer Auskunft bei der ÖBA).

...

Die in den Ausschreibungsunterlagen angeführten Eignungskriterien sind erfüllt und somit ist die Eignung dieses Bieters gegeben.

...

2.4.2 Vertiefte Angebotsprüfung

Aus dem Vergleich mittels Preisspiegel sowie aus der Preisdatenbank vergleichbarer Projekte sowie den Preisen der Kostenschätzung ergaben sich keine Auffälligkeiten. Dennoch wurde zu Dokumentationszwecken und aufgrund wirtschaftlicher Überlegungen im Zusammenhang mit der späteren Einreichung und Abwicklung allfälliger Mehrkostenforderungen, eine vertiefte Angebotsprüfung beim erstgereihten Bieter durchgeführt, welcher nach der ersten Prüfung für den Zuschlag in Frage kam. Die vertiefte Angebotsprüfung wurde anhand des Preisspiegels und der Detailkalkulation (K7-Blätter) durchgeführt. Im Folgenden werden nur die wesentlichen Positionen angeführt und kommentiert, welche im Aufklärungsgespräch anzusprechen waren.

Mit eingeschlossen war die Prüfung

- -Strichaufzählung
hinsichtlich Kostenzuordnung bei wesentlichen Positionen
- -Strichaufzählung
Nachvollziehbarkeit der Aufwands- und Verbrauchsansätze
- -Strichaufzählung
höherwertigere/minderwertigere Leistungen

Vertiefte Prüfung wesentlicher Positionen

...

Vertiefte Prüfung von weiteren Positionen:

Im Aufklärungsgespräch vom 14. Mai 2008 wurden weitere nicht wesentliche Positionen angesprochen (siehe Beilagen).

Insgesamt konnten alle Einheitspreise im Aufklärungsgespräch aufgeklärt werden."

Mit Schreiben vom 7.7.2007, zugestellt allen Bietern per Telefax, teilte der Auftraggeber mit, dass er beabsichtige den Zuschlag an die Firma XXX "mit einem Gesamtpreis in der Höhe von €XXX (netto) unter Berücksichtigung des Teiles 3.2. der Ausschreibung, LV Position 00 00 00E1620 ('Nachlass Einrechnung LV') zu erteilen. Mit Schreiben vom 7.7.2007, zugestellt allen Bietern per Telefax, teilte der Auftraggeber mit, dass er beabsichtige den Zuschlag an die Firma römisch 30 "mit einem Gesamtpreis in der Höhe von €XXX (netto) unter Berücksichtigung des Teiles 3.2. der Ausschreibung, LV Position 00 00 00E1620 ('Nachlass Einrechnung LV') zu erteilen.

Mit Schriftsatz vom 18.7.2008, stellte die A***, vertreten durch X***, (in der Folge Antragstellerin), Anträge wie im Spruch wiedergegeben sowie Anträge auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung und die Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

Mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 24.7.2008, GZ N/0105- BVA/02/2008-EV9 wurde dem Auftraggeber für die Dauer des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens untersagt, im Vergabeverfahren "Koralmbahn Graz - JKlagenfurt, Abschnitt 8750, St. Andrä-Aich / Bauarbeiten für `Vorbereitende Maßnahmen Lavanttal`Baulos 1" den Zuschlag zu erteilen.

Begründend führte die Antragstellerin in ihrem verfahrenseinleitenden Schriftsatz vom 18.7.2008 und ihren Äußerungen vom 30.7.2008 und 22.8.2008, im Wesentlichen aus, dass die vom Auftraggeber getroffene Zuschlagsentscheidung rechtswidrig sei. In den Ausschreibungsgrundlagen lege die Positionsnummer 00 00 00A3430

fest, dass ein Bieter nur dann über die erforderliche technische Leistungsfähigkeit verfüge, wenn er Arbeiten, die mit den Ausschreibungsgegenständlichen vergleichbar seien, im Gefährdungsbereich von Eisenbahnen bereits durchgeführt habe. Der Nachweis habe durch ein entsprechendes Projekt mit einem Gesamtumsatz von mindestens Euro 3 Mio, exkl. MwSt. zu erfolgen.

Bei den ausschreibungsgegenständlichen Arbeiten gehe es im Wesentlichen um Bahntrassierungsarbeiten mit der Besonderheit, dass eine bestehende Bahntrasse der ÖBB zu queren sei, die im gesamten von den ausschreibungsgegenständlichen Arbeiten betroffenen Gebiet verlaufe. Die vorgesehene Zuschlagsempfängerin habe bislang keine mit den ausschreibungsgegenständlichen Arbeiten vergleichbaren Arbeiten im Gefährdungsbereich von Eisenbahnen durchgeführt, sodass ihr die erforderliche technische Eignung fehle. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wäre daher gemäß § 269 Abs 1 Z 2 bzw. § 269 Abs 1 Z 5 BVergG auszuschneiden. Bei den ausschreibungsgegenständlichen Arbeiten gehe es im Wesentlichen um Bahntrassierungsarbeiten mit der Besonderheit, dass eine bestehende Bahntrasse der ÖBB zu queren sei, die im gesamten von den ausschreibungsgegenständlichen Arbeiten betroffenen Gebiet verlaufe. Die vorgesehene Zuschlagsempfängerin habe bislang keine mit den ausschreibungsgegenständlichen Arbeiten vergleichbaren Arbeiten im Gefährdungsbereich von Eisenbahnen durchgeführt, sodass ihr die erforderliche technische Eignung fehle. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wäre daher gemäß Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 2, bzw. Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG auszuschneiden.

Aus dem von der Antragstellerin vorgelegten Übersichtsplan in welchem die Baugebiete, die derzeit bestehende Trasse und die neu zu errichtende Trasse sowie zu errichtende Neubauten eingezeichnet seien, gehe hervor, dass der gesamte Verlauf der neu zu errichtenden Trasse im Gefährdungsbereich gelegen sei und nicht bloß, die beiden Anschwenkpunkte. Die neue Trasse müsse noch während der Bauzeit (1.9.2008 - 30.6.2010) in Betrieb gehen, genauer bereits ab 8.12.2009. Bei Errichtung der neuen Trasse im Gefährdungsbereich der bestehenden Trasse seien Sprengungsarbeiten durchzuführen, während die bestehende Trasse sich noch in Betrieb befände. Weitere Besonderheiten im Gefährdungsbereich seien die Verlegung des Flusslaufes der Lavant und die Arbeiten an einer provisorischen Eisenbahnkreuzung, welche vom Bieter auch gesichert und betrieben werden müsse sowie an einem Brückenbauwerk (sog. Hahntrattenbachbrücke). Bei einer Länge von 800m seien weiters mobile Gleisabschränkungen herzustellen und in weiterer Folge zu versetzen, um das Personal des Bieters im Gefährdungsbereich zu schützen.

Nach Meinung der Antragstellerin sei es demnach unabdingbar erforderlich, dass sämtliche Leistungen die laut der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung im Gefährdungsbereich der Eisenbahn zu erbringen seien, nämlich Erdbau-, Entwässerungs- und Wasserbauarbeiten, der Betrieb einer Eisenbahnkreuzung, Spezialtiefbau (Setzung von Spundwänden etc.) und Brückenbau, auch beim namhaft gemachten Referenzprojekt im Gefährdungsbereich der Eisenbahn durchgeführt worden seien.

Die Antragstellerin gehe - trotz der vom BVA vorgenommenen Anonymisierung - bei dem von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vorgelegten Referenzprojekt aufgrund Ihrer Kenntnis der Marktsituation davon aus, dass das Projekt XXX-Terminal-XXX namhaft gemacht worden sei. Diese Arbeiten seien mit den Ausschreibungsgegenständlichen nicht vergleichbar. An dem Projekt XXX-Terminal-XXX seien keine Arbeiten, wie die dargestellten auszuführen gewesen, sondern vornehmlich Baumeisterarbeiten außerhalb des Gefährdungsbereiches. Die bestehende Bahntrasse sei bei diesem Projekt nicht mitten durch das gesamte Baugebiet verlaufen, sondern am Rande des Baugebietes. Soweit ersichtlich, habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin lediglich Erdbauarbeiten im Gefährdungsbereich der Eisenbahn durchgeführt. Jene Arbeiten, die im unmittelbaren Gefährdungsbereich der Bahn durchzuführen gewesen seien, nämlich die Anbindung eines Gleises, hätten lediglich ein Auftragsvolumen von Euro XXX betragen. Die Antragstellerin gehe - trotz der vom BVA vorgenommenen Anonymisierung - bei dem von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vorgelegten Referenzprojekt aufgrund Ihrer Kenntnis der Marktsituation davon aus, dass das Projekt XXX-Terminal-XXX namhaft gemacht worden sei. Diese Arbeiten seien mit den Ausschreibungsgegenständlichen nicht vergleichbar. An dem Projekt XXX-Terminal-XXX seien keine Arbeiten, wie die dargestellten auszuführen gewesen, sondern vornehmlich Baumeisterarbeiten außerhalb des Gefährdungsbereiches. Die bestehende Bahntrasse sei bei diesem Projekt nicht mitten durch das gesamte Baugebiet verlaufen, sondern am Rande des Baugebietes. Soweit ersichtlich, habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin lediglich Erdbauarbeiten im Gefährdungsbereich der Eisenbahn durchgeführt. Jene Arbeiten, die im unmittelbaren Gefährdungsbereich der Bahn durchzuführen gewesen seien, nämlich die Anbindung eines Gleises, hätten lediglich ein Auftragsvolumen von Euro römisch 30 betragen.

Weiters weise das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin einen im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis bzw. eine nicht nachvollziehbare Zusammensetzung des Gesamtpreises auf. Auffallend sei, dass das favorisierte Angebot um Euro XXX niedriger sei, als jenes der Antragstellerin. Daher weise das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin in sämtlichen relevanten wesentlichen Positionen zu niedrige Einheitspreise auf, welche im Zuge einer obligatorischen vertieften Angebotsprüfung nicht plausibel und nicht nachvollziehbar aufgeklärt worden seien. Auch bestehe der Verdacht, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin damit spekuliere, dass bestimmte in den einzelnen Positionen des Leistungsverzeichnisses vorgesehene Mengen nicht zur Ausführung gelangten. Weiters weise das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin einen im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis bzw. eine nicht nachvollziehbare Zusammensetzung des Gesamtpreises auf. Auffallend sei, dass das favorisierte Angebot um Euro römisch 30 niedriger sei, als jenes der Antragstellerin. Daher weise das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin in sämtlichen relevanten wesentlichen Positionen zu niedrige Einheitspreise auf, welche im Zuge einer obligatorischen vertieften Angebotsprüfung nicht plausibel und nicht nachvollziehbar aufgeklärt worden seien. Auch bestehe der Verdacht, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin damit spekuliere, dass bestimmte in den einzelnen Positionen des Leistungsverzeichnisses vorgesehene Mengen nicht zur Ausführung gelangten.

Da die vorgelegten Referenzarbeiten mit den ausschreibungsgegenständlichen Arbeiten nicht vergleichbar seien und die Antragstellerin hinsichtlich des Gesamtpreises über keine weitergehenden Informationen verfüge, begehre sie die Beiziehung eines Sachverständigen aus dem Bereich des Eisenbahnbaues sowie eines baukaufmännischen Sachverständigen.

Die Antragstellerin habe selbst fristgerecht ein ausschreibungskonformes Angebot, welches hinter der präsumtiven Zuschlagsempfängerin an 2. Stelle liege, abgegeben. Bei Ausscheiden des von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gelegten Angebotes, habe somit die Antragstellerin das billigste Angebot gelegt, sodass sie durch die angefochtene Entscheidung in ihrem Recht auf Erteilung des Zuschlages an dieses Angebot sowie in ihrem Recht auf Durchführung eines gesetzmäßigen Vergabeverfahrens, insbesondere im Recht auf Transparenz der Zuschlagsentscheidung und auf Gleichbehandlung aller Bieter verletzt sei. Sie habe ein Interesse am Vertragsabschluss. Bei Entgang des Auftrages drohe der Antragstellerin ein Schaden durch den ihr entgehenden angemessenen Gewinn sowie die anfallenden, nicht verminderten kalkulierten Geschäftsgemeinkosten, in Gestalt des Erfüllungsinteresses durch die fehlende Auslastung des Personalstandes, Folgekosten für die Akquisition anderer Aufträge und Vorhaltekosten für die Niederlassungen bis hin zum alternativen Einsatz der Ressourcen von voraussichtlich zumindest Euro 2.293.640,--. Weiters entgehe der Antragstellerin bei Nichterteilung des Zuschlages ein wichtiges und für andere öffentliche Bauvorhaben werbewirksam einsetzbares Referenzprojekt.

Mit Schriftsatz vom 22.7.2008 teilte der Auftraggeber mit, dass der geschätzte Auftragswert des verfahrensgegenständlichen Loses Euro 32,75 Mio (ohne USt.) betrage und dieses Los einen Teil eines Gesamtvorhabens mit einem geschätzten Auftragswert aller Lose von Euro 67.200.000,- (ohne USt.) bilde.

Zum Vorbringen der Antragstellerin führte der Auftraggeber in seinen Schriftsätzen vom 24.7.2008 und 14.8.2008 im Wesentlichen aus, dass sämtliche von der Antragstellerin lediglich kursorisch behaupteten Gründe für die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung schwer nachvollziehbar seien.

Ausgehend von der Entscheidung des BVA vom 29.6.2007, N/0057- BVA/11/2007-25 zur wortidenten Referenzbestimmung LV-Pos. 00 00 00A3430, habe der Auftraggeber die Eignung der in Aussicht genommenen Bestbieterin im gegenständlichen Verfahren geprüft. Die Referenzbestimmung enthalte keinerlei Hinweis auf ein - wie die Antragstellerin behauptet - Referenzelement "Querung einer bestehenden Bahntrasse". Bei dem von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zur Erfüllung der technischen Leistungsfähigkeit genannten Projekt "XXX-Terminal-XXX-GmbH" in XXX seien Erdbau- und Gleisbauarbeiten, Arbeiten an Außenanlagen, Hallenbau, die Errichtung einer Tankstelle und einer Verbundbrücke mit einer Länge von 90m durchgeführt worden. Die Referenz sei durch eine Referenzbestätigung vom 8.4.2008 seitens der präsumtiven Zuschlagsempfängerin belegt worden. Der Auftraggeber habe die Referenzangaben durch vorgelegte Fotos, aus denen die Bauherstellung beim XXX-Terminal-XXX im unmittelbaren Gefährdungsbereich Bau hervorgehe, überprüft. Die vorgelegten Fotos seien überdies anhand des ebenfalls vorgelegten Lageplanes zum Projekt XXX-Terminal-XXX auf Übereinstimmung geprüft und die Eignung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin im Hinblick auf die technische Leistungsfähigkeit vom Auftraggeber als zweifellos gegeben angesehen worden. Ausgehend von der Entscheidung des BVA vom 29.6.2007, N/0057- BVA/11/2007-25 zur

wortidenten Referenzbestimmung LV-Pos. 00 00 00A3430, habe der Auftraggeber die Eignung der in Aussicht genommenen Bestbieterin im gegenständlichen Verfahren geprüft. Die Referenzbestimmung enthalte keinerlei Hinweis auf ein - wie die Antragstellerin behauptet - Referenzelement "Querung einer bestehenden Bahntrasse". Bei dem von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zur Erfüllung der technischen Leistungsfähigkeit genannten Projekt "XXX-Terminal-XXX-GmbH" in römisch 30 seien Erdbau- und Gleisbauarbeiten, Arbeiten an Außenanlagen, Hallenbau, die Errichtung einer Tankstelle und einer Verbundbrücke mit einer Länge von 90m durchgeführt worden. Die Referenz sei durch eine Referenzbestätigung vom 8.4.2008 seitens der präsumtiven Zuschlagsempfängerin belegt worden. Der Auftraggeber habe die Referenzangaben durch vorgelegte Fotos, aus denen die Bauherstellung beim XXX-Terminal-XXX im unmittelbaren Gefährdungsbereich Bau hervorgehe, überprüft. Die vorgelegten Fotos seien überdies anhand des ebenfalls vorgelegten Lageplanes zum Projekt XXX-Terminal-XXX auf Übereinstimmung geprüft und die Eignung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin im Hinblick auf die technische Leistungsfähigkeit vom Auftraggeber als zweifellos gegeben angesehen worden.

Beim gegenständlichen Projekt seien keine Sprengarbeiten durchzuführen, der gesamte Verlauf der neu zu errichtenden Trasse liege weder im Gefährdungsbereich von Eisenbahnen, noch seien dort Arbeiten durchgehend und in vollem Umfang durchzuführen. Nur punktuell seien aufgrund des Bauablaufes Arbeiten im Gefährdungsbereich von Bahnanlagen durchzuführen, wie zB die provisorische Eisenbahnkreuzung oder die Lavantumlegung. Aus den Lageplänen der gegenständlichen Ausschreibung Baulos Lavanttal sei klar ersichtlich, dass die derzeit am Baufeld vorbeiführende Regionalbahn lediglich in zwei Bereichen, bei zwei kurzen Anschlussstücken an die vom Bestbieter herzustellende neue Eisenbahntrasse anschwenke. Das Queren einer Bahntrasse sei beim gegenständlichen Bauauftrag unnötig. Beim Referenzprojekt XXX-Terminal-XXX sei ebenso eine Anbindung vom Südbahngleis an das Anschlussbahngleis zum Terminal hergestellt worden.

Bereits aus der Baubeschreibung lasse sich ablesen, dass zumindest 90% der Gesamtleistung, wie die zu errichtenden Objektbauten, Erdbaumaßnahmen, etc. weitab von der bestehenden Bahntrasse der Regionalbahn und damit außerhalb des Gefährdungsbereiches liege. Insbesondere seien die Objekte BLT1, BLT3, BLT4, BLT7, BLT8, der Ersatzretentionsraum, die Amphibienstillgewässer, die Restrukturierung der alten Lavant, die Sohlstufenauflösung, die Umlegung Zellbacherbach, die Hochwasserschutzdämme, der Fanggraben, das Ersatzgerinne für die Verrohrung, der naturnahe Wasserbau, die Baustelleneinrichtungsfläche für den späteren Tullenbau, die Bodenaushubdeponie Lavanttal-Boden, die Straßenverlegung (L135, L145) sowie die Maßnahmen für die Leistungsverlegungen außerhalb des Gefährdungsbereiches von Eisenbahnen gelegen. Nach Umlegung der Regionalbahn auf die neue Trasse am 8.12.2008 seien überdies nur mehr untergeordnete Arbeiten wie zB Begrünungsarbeiten sowie allfällige Rest- und Nacharbeiten (Mängelbehebungen) im Gefährdungsbereich durchzuführen.

Wenn das BVA die wortgleiche Formulierung des Referenzkriteriums in seiner Entscheidung vom 29.6.2007, N/0057-BVA/11/2007-25 dahingehend auslegt, dass selbst Arbeiten im Gefährdungsbereich liegen, wenn kein Zugverkehr stattgefunden hat, müsse das umso mehr für das von der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin vorgelegte Referenzprojekt gelten, in dessen Gefährdungsbereich Zugverkehr durchgehend auf einer elektrifizierten Hauptstrecke stattgefunden habe, während beim gegenständlichen Baulos Lavanttal lediglich eine nicht elektrifizierte Regionalbahn mit entsprechend niedrigeren Geschwindigkeiten und Zugfrequenzen betrieben werde.

Die Prüfung der Eignung sei im Rahmen der Angebotsprüfung seitens des vom Auftraggeber beigezogenen externen Sachverständigen, H***, MSc, Ingenieurkonsulent für Bauwesen, insbesondere auch im Hinblick auf das Vorliegen einer in der LV-Pos. 00 00 00A3430 geforderten Referenz bestätigt worden.

Aus der Formulierung der Referenzbestimmung ergebe sich keine Einschränkung für Referenzprojekte im unmittelbaren Gefährdungsbereich, sondern dass die Bauherstellung "[auch]" in einem nicht limitierten Mindestumsatz im Gefährdungsbereich erfolgt sei und der Gesamtwert der Referenzprojekte Euro 3 Mio zu betragen habe. Das Referenzprojekt in XXX, welches aus technischer und finanzieller Sicht entscheidende Erdbau-, Eisenbahn-, Brückenbau-, Straßen- und Wasserbauarbeiten beinhalte, sei jedenfalls mit dem nunmehrigen Projekt vergleichbar und verfüge nachweislich über den Referenzaspekt "Bauherstellung im Gefährdungsbereich von Eisenbahnanlagen". Ein Bieter verfüge somit im Hinblick auf die ausgeschriebenen Leistungen auch dann über die erforderliche technische Leistungsfähigkeit, wenn die Leistungen des Referenzprojektes nicht zur Gänze im Gefährdungsbereich von Eisenbahnen erbracht wurden. Aus der Formulierung der Referenzbestimmung ergebe sich keine Einschränkung für Referenzprojekte im unmittelbaren Gefährdungsbereich, sondern dass die Bauherstellung "[auch]" in einem nicht

limitierten Mindestumsatz im Gefährdungsbereich erfolgt sei und der Gesamtwert der Referenzprojekte Euro 3 Mio zu betragen habe. Das Referenzprojekt in römisch 30, welches aus technischer und finanzieller Sicht entscheidende Erdbau-, Eisenbahn-, Brückenbau-, Straßen- und Wasserbauarbeiten beinhalte, sei jedenfalls mit dem nunmehrigen Projekt vergleichbar und verfüge nachweislich über den Referenzaspekt "Bauherstellung im Gefährdungsbereich von Eisenbahnanlagen". Ein Bieter verfüge somit im Hinblick auf die ausgeschriebenen Leistungen auch dann über die erforderliche technische Leistungsfähigkeit, wenn die Leistungen des Referenzprojektes nicht zur Gänze im Gefährdungsbereich von Eisenbahnen erbracht wurden.

Die Behauptung der Antragstellerin, dass das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin einen im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis bzw. eine nicht nachvollziehbare Zusammensetzung aufweise, sei nicht nachvollziehbar. Der Auftraggeber habe das Angebot im Rahmen der Angebotsprüfung, ebenfalls unter Beiziehung des externen Sachverständigen, H***, MSc, Ingenieurkonsulent für Bauwesen, eingehend geprüft. Obwohl keinerlei Verdacht auf Unangemessenheit der Einheitspreise bestanden habe, erfolge eine solche detaillierte vertiefte Preisprüfung routine- und standardmäßig sowie aus Dokumentationsgründen für eine allfällige spätere Kontrolle, etwa durch den Rechnungshof. Dabei seien Preisspiegel (sowohl nach Positionen als auch gesamt) erstellt und auf Erfahrungswerte aus Preisspeicherdaten zurückgegriffen worden. Der Vergleich der einzelnen Einheitspreise mit diesen Daten bzw. die Prüfung der Detailkalkulation des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin habe keine Anhaltspunkte für die von der Antragstellerin ohne nähere Begründung behauptete nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises ergeben. Die Angebotspreise der präsumtiven Zuschlagsempfängerin seien somit vom Auftraggeber sachkundig geprüft und unter Berücksichtigung des Kostenvoranschlages und aller Umstände für die Bauherstellung als angemessen im Sinne des § 267 Abs 2 Z4 BVergG beurteilt worden. Die Behauptung der Antragstellerin, dass das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin einen im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis bzw. eine nicht nachvollziehbare Zusammensetzung aufweise, sei nicht nachvollziehbar. Der Auftraggeber habe das Angebot im Rahmen der Angebotsprüfung, ebenfalls unter Beiziehung des externen Sachverständigen, H***, MSc, Ingenieurkonsulent für Bauwesen, eingehend geprüft. Obwohl keinerlei Verdacht auf Unangemessenheit der Einheitspreise bestanden habe, erfolge eine solche detaillierte vertiefte Preisprüfung routine- und standardmäßig sowie aus Dokumentationsgründen für eine allfällige spätere Kontrolle, etwa durch den Rechnungshof. Dabei seien Preisspiegel (sowohl nach Positionen als auch gesamt) erstellt und auf Erfahrungswerte aus Preisspeicherdaten zurückgegriffen worden. Der Vergleich der einzelnen Einheitspreise mit diesen Daten bzw. die Prüfung der Detailkalkulation des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin habe keine Anhaltspunkte für die von der Antragstellerin ohne nähere Begründung behauptete nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises ergeben. Die Angebotspreise der präsumtiven Zuschlagsempfängerin seien somit vom Auftraggeber sachkundig geprüft und unter Berücksichtigung des Kostenvoranschlages und aller Umstände für die Bauherstellung als angemessen im Sinne des Paragraph 267, Absatz 2, Z4 BVergG beurteilt worden.

Mit Schriftsatz vom 1.8.2008 erhob die B***, vertreten durch Y*** (präsumtive Zuschlagsempfängerin) begründete Einwendungen gemäß § 324 Abs 3 BVergG. In diesem und einer weiteren Stellungnahme vom 25.8.2008 brachte sie im Wesentlichen vor, sie zähle zu den führenden österreichischen Bauunternehmern, erziele einen Jahresumsatz von ca. Euro 80.000.000,-- und beschäftige etwa 450 Mitarbeiter. Sie erbringe seit Jahren unter anderem für den Auftraggeber Leistungen im bau- und baunahen Bereich und ihre vorzügliche technische Leistungsfähigkeit erreiche sie in Folge ihres Profils an leitenden Mitarbeitern, deren Ausbildungs- und Erfahrungsniveau weit über dem Brancheschnitt liege. Dieser Umstand werde durch bedeutende Rohstoffgewinnungs- und Veredelungsstandorte in der Region gestützt und durch umfangreiche Baugeräte- und Transportkapazitäten begründet. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin sei sowohl in technischer als auch in wirtschaftlicher und finanzieller Hinsicht jedenfalls in der Lage, die ausgeschriebenen Leistungen zu erbringen. Im Vergleich dazu verfüge der für dieses Projekt vermutlich verantwortliche Bereich Verkehrswegebau Kärnten Ost der Antragstellerin sowohl über geringere Ressourcen als auch über weniger technische Erfahrung. Mit Schriftsatz vom 1.8.2008 erhob die B***, vertreten durch Y*** (präsumtive Zuschlagsempfängerin) begründete Einwendungen gemäß Paragraph 324, Absatz 3, BVergG. In diesem und einer weiteren Stellungnahme vom 25.8.2008 brachte sie im Wesentlichen vor, sie zähle zu den führenden österreichischen Bauunternehmern, erziele einen Jahresumsatz von ca. Euro 80.000.000,-- und beschäftige etwa 450 Mitarbeiter. Sie erbringe seit Jahren unter anderem für den Auftraggeber Leistungen im bau- und baunahen Bereich und ihre vorzügliche technische Leistungsfähigkeit erreiche sie in Folge ihres Profils an leitenden Mitarbeitern, deren Ausbildungs- und Erfahrungsniveau weit über dem Brancheschnitt liege. Dieser Umstand werde durch bedeutende

Rohstoffgewinnungs- und Veredelungsstandorte in der Region gestützt und durch umfangreiche Baugeräte- und Transportkapazitäten begründet. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin sei sowohl in technischer als auch in wirtschaftlicher und finanzieller Hinsicht jedenfalls in der Lage, die ausgeschriebenen Leistungen zu erbringen. Im Vergleich dazu verfüge der für dieses Projekt vermutlich verantwortliche Bereich Verkehrswegebau Kärnten Ost der Antragstellerin sowohl über geringere Ressourcen als auch über weniger technische Erfahrung.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe entsprechend den Anforderungen des Auftraggebers unter der Positionsnummer 00 00 00A3430 eine Liste der in den letzten fünf Jahren erbrachten vergleichbaren Bauleistungen mit den näher geforderten Angaben vorgelegt. Darunter befände sich ein mit den ausgeschriebenen Arbeiten vergleichbares Projekt im Gefährdungsbereich von Eisenbahnen mit einem Gesamtumsatz von fast dem Doppelten der geforderten Mindestreferenzsumme von Euro 3.000.000,--.

Bei den ausschreibungsgegenständlichen Arbeiten handle es sich nicht um Bahntrassierungsarbeiten. Das gegenständliche Projekt sei nicht als klassisches Bahnprojekt zu werten, bei dem im Wesentlichen eine neue Bahntrasse errichtet werde.

Ausschreibungsgegenständlich seien vielmehr die umfangreichen vorbereitenden Maßnahmen für die neue Streckenführung der Koralmbahn in einem Abschnitt unmittelbar vor dem (erst zu errichtenden) Koralmtunnel von der Kärntnerseite aus gesehen. Wie sich aus Punkt 1.2. des Teils 2 der Ausschreibung (Baubeschreibung) ergebe, seien im ausgeschriebenen Projekt Wasserbauarbeiten für die Verlegung der Lavant und des Kampacherbaches sowie die zugehörigen wasserbautechnischen Maßnahmen und Bepflanzungen im Bereich der Lavantverlegung durchzuführen. Eine Aufzählung der Baumaßnahmen enthalte die Seite 7 des Teils 2 der gegenständlichen Ausschreibung. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe die ausgeschriebenen Arbeiten in ihrem Referenzprojekt ebenfalls durchgeführt, wobei der Schwerpunkt der Arbeiten beim Wasserbau gelegen sei. Das Referenzprojekt sei auf der gesamten Länge in unmittelbaren Nahbereich der Südbahn mit Arbeiten, die bis an die Gleisanlagen der Bahn heranreichten, errichtet worden und habe die Einbindung der Südbahn eingeschlossen. Die Südbahn sei zweigleisig ausgebaut, elektrifiziert und habe eine höhere Frequenz als die eingleisige, nicht elektrifizierte Lokalbahn im Lavanttal, in deren Gefährdungsbereich Teile der hier ausgeschriebenen Leistungen durchzuführen seien. Damit habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin nachgewiesen, dass sie im Gefährdungsbereich der Bahn zuverlässig Arbeiten durchführen könne. Da das Referenzprojekt auch eine Verbundbrücke von 90m beinhalte, sei auch die insgesamt sehr weitgehende technische und baubetriebliche Gleichartigkeit der Leistungen mit den ausschreibungsgegenständlichen Leistungen gegeben.

Dass unter vergleichbaren Arbeiten nicht nur Projekte zu verstehen seien, die völlig gleiche Arbeiten wie die Ausschreibungsgegenständlichen beinhalten, sei schon nach dem Wortlaut der Ausschreibung evident. Eine andere Interpretation sei diskriminierend und entspreche nicht § 231 Abs 2 BVergG, wonach der Umfang der Nachweise in einem sachlichen Verhältnis zum Gegenstand des Auftrags stehen müsse. Bestandfeste Festlegungen in der Ausschreibung zur technischen Leistungsfähigkeit seien im Lichte dieser Bestimmungen nicht so auszulegen, dass dem Auftraggeber eine rechtswidrige Vorgangsweise unterstellt werden könne. Da der Gefährdungsbereich iSd EisBG nicht notwendig eine Querung von Bahnanlagen erfasse, lasse eine objektive Deutung der Ausschreibung keinesfalls den Schluss zu, dass auch im Referenzprojekt eine bestehende Bahntrasse zu queren sei. Durch den Auftraggeber seien für die Querung der Bestandstrasse die Positionen 01021320010 "Eisenbahnkreuzung herstellen" und 01021320050 "Bewachung Eisenbahnkreuzung" vorgesehen und somit die Gefährdungsrelevanz dieser Querung durch die technischen Vorkehrungen auf ein Niveau unter jenes gesenkt worden, wie es sich aus dem landesweit unzähligen untergeordneten Eisenbahnkreuzungen der öffentlichen und privaten Straßen ergebe. Eine ausgeprägte Relevanz der Querungssituation liege daher nicht vor. Dass unter vergleichbaren Arbeiten nicht nur Projekte zu verstehen seien, die völlig gleiche Arbeiten wie die Ausschreibungsgegenständlichen beinhalten, sei schon nach dem Wortlaut der Ausschreibung evident. Eine andere Interpretation sei diskriminierend und entspreche nicht Paragraph 231, Absatz 2, BVergG, wonach der Umfang der Nachweise in einem sachlichen Verhältnis zum Gegenstand des Auftrags stehen müsse. Bestandfeste Festlegungen in der Ausschreibung zur technischen Leistungsfähigkeit seien im Lichte dieser Bestimmungen nicht so auszulegen, dass dem Auftraggeber eine rechtswidrige Vorgangsweise unterstellt werden könne. Da der Gefährdungsbereich iSd EisBG nicht notwendig eine Querung von Bahnanlagen erfasse, lasse eine objektive Deutung der Ausschreibung keinesfalls den Schluss zu, dass auch im Referenzprojekt eine bestehende Bahntrasse zu queren sei. Durch den Auftraggeber seien für die Querung der Bestandstrasse die Positionen

01021320010 "Eisenbahnkreuzung herstellen" und 01021320050 "Bewachung Eisenbahnkreuzung" vorgesehen und somit die Gefährdungsrelevanz dieser Querung durch die technischen Vorkehrungen auf ein Niveau unter jenes gesenkt worden, wie es sich aus dem landesweit unzähligen untergeordneten Eisenbahnkreuzungen der öffentlichen und privaten Straßen ergebe. Eine ausgeprägte Relevanz der Querungssituation liege daher nicht vor.

Neben der LV-Position 00 00 00A3430 habe der Auftraggeber in den LV-Positionen 00 00 00A3500 und 00 00 00A35001 der Ausschreibung weitere Festlegungen bezüglich der technischen Leistungsfähigkeit getroffen und damit explizit geprüft, ob der Bieter bzw. der von ihm eingesetzte Bauleiter bestimmte Leistungen, die das ausgeschriebene Projekt enthalte, bereits ausgeführt habe. Da diese Positionen nicht auf Arbeiten im Gefährdungsbereich von Eisenbahnen abstelle, komme es dem Auftraggeber bei der Beurteilung der Vergleichbarkeit des in der LV-Position 00 00 00A3430 geforderten Projektes nicht darauf an, dass exakt jene Bauleistungen, wie sie im ausgeschriebenen Projekt im Gefährdungsbereich von Eisenbahnen durchzuführen seien, im Referenzprojekt enthalten sein müssten. Besonders deutlich werde dies am Erfordernis der LV-Position 00 00 00A35001, dem Nachweis eines Erdbauloses mit mindestens 500m Länge. Wenn der Auftraggeber ein Erdbaulos, das sich nicht im Gefährdungsbereich von Eisenbahnen zu befinden habe, mit mindestens 500m als Referenz für die ausgeschriebenen Arbeiten - bestehend zum wesentlichen Teil aus Erdbauarbeiten mit einer wesentlich größeren Länge - anerkenne, könne nicht unterstellt werden, dass er beim Referenzprojekt gemäß LV-Position 00 00 00A3430 nur solche Projekte als vergleichbar ansehe, welche Erdbauarbeiten in einem wesentlich größeren Ausmaß und zusätzlich im Gefährdungsbereich von Eisenbahnen beinhalten.

Die Argumentation der Antragstellerin zur nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises erschöpfe sich in der Behauptung, dass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin einen nicht plausibel zusammengesetzten Gesamtpreis enthalte und spekulativ sei. Ein Hinweis auf die Preisdifferenz zwischen dem Angebot der Antragstellerin und jenem der präsumtiven Zuschlagsempfängerin reiche als Begründung iS von § 322 Abs 1 Z6 BVergG für eine allenfalls vorliegende Rechtswidrigkeit nicht aus. Als Maßstab für das Vorliegen eines ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreises eines Angebotes sei nach herrschender Lehre und Judikatur ein anderes Angebot ebenfalls nicht heran zu ziehen. Ein Abstellen auf andere im Vergabeverfahren abgegebene Angebote würde jedes billigere Angebot aus der Sicht des Bieters eines preislich nachgereihten Angebotes zu einem mit unplausibler Preiszusammensetzung machen. Gemäß § 268 Abs 1 BVergG sei die Angemessenheit der Preise im Bezug auf die Leistung und unter Berücksichtigung der Umstände, unter denen sie erbracht wurden, zu prüfen. Die Plausibilität eines Angebotes und die Nachvollziehbarkeit der Preise seien somit an objektiven Kriterien zu messen. So könne die präsumtive Zuschlagsempfängerin aufgrund ihres Standortes in der direkten Nähe der Baustelle viele Leistungen vergleichsweise günstig anbieten. Die Differenz zwischen den beiden Angeboten betrage ungefähr 10%. Auch die Preise der übrigen Angebote seien mit vergleichbaren Abständen zueinander gestreut. Mit dem gleichen Argument könne die im gegenständlichen Verfahren an dritter Stelle gereichte Partei einen ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis des Angebotes der Antragstellerin argumentieren. Im Übrigen sei der Prüfungsmaßstab nach den Richtlinienregelungen des Artikel 57 RL 2004/17/EG im Sektorenbereich reduziert. Dies betreffe sowohl die Durchführung der vertieften Angebotsprüfung selbst, als auch die Voraussetzungen unter denen gemäß § 268 Abs 1 und 2 BVergG im Vergleich zu § 125 Abs 1 bis 3 BVergG eine solche vertiefte Prüfung zwingend erforderlich sei. Die Argumentation der Antragstellerin zur nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises erschöpfe sich in der Behauptung, dass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin einen nicht plausibel zusammengesetzten Gesamtpreis enthalte und spekulativ sei. Ein Hinweis auf die Preisdifferenz zwischen dem Angebot der Antragstellerin und jenem der präsumtiven Zuschlagsempfängerin reiche als Begründung iS von Paragraph 322, Absatz eins, Z6 BVergG für eine allenfalls vorliegende Rechtswidrigkeit nicht aus. Als Maßstab für das Vorliegen eines ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreises eines Angebotes sei nach herrschender Lehre und Judikatur ein anderes Angebot ebenfalls nicht heran zu ziehen. Ein Abstellen auf andere im Vergabeverfahren abgegebene Angebote würde jedes billigere Angebot aus der Sicht des Bieters eines preislich nachgereihten Angebotes zu einem mit unplausibler Preiszusammensetzung machen. Gemäß Paragraph 268, Absatz eins, BVergG sei die Angemessenheit der Preise im Bezug auf die Leistung und unter Berücksichtigung der Umstände, unter denen sie erbracht wurden, zu prüfen. Die Plausibilität eines Angebotes und die Nachvollziehbarkeit der Preise seien somit an objektiven Kriterien zu messen. So könne die präsumtive Zuschlagsempfängerin aufgrund ihres Standortes in der direkten Nähe der Baustelle viele Leistungen vergleichsweise günstig anbieten. Die Differenz zwischen den beiden Angeboten betrage ungefähr 10%. Auch die Preise der übrigen Angebote seien mit vergleichbaren Abständen zueinander gestreut. Mit dem gleichen Argument könne die im

gegenständlichen Verfahren an dritter Stelle gereichte Partei einen ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis des Angebotes der Antragstellerin argumentieren. Im Übrigen sei der Prüfungsmaßstab nach den Richtlinienregelungen des Artikel 57 RL 2004/17/EG im Sektorenbereich reduziert. Dies betreffe sowohl die Durchführung der vertieften Angebotsprüfung selbst, als auch die Voraussetzungen unter denen gemäß Paragraph 268, Absatz eins und 2 BVergG im Vergleich zu Paragraph 125, Absatz eins bis 3 BVergG eine solche vertiefte Prüfung zwingend erforderlich sei.

In der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesvergabebeamten am 26.8.2008 erläuterte DI Leißer für den Auftraggeber unter Vorlage von 2 Orthofotoplänen, insbesondere die Trassenführungen (der bestehenden Lokalbahn sowie der neu zu errichtenden Trasse), den Arbeitsbereich und die laut Ausschreibung in diesem Arbeitsbereich auszuführenden Objekte. Wie anhand des in diesen Orthofotoplänen eingezeichneten Maßstabes erkennbar sei, dehne sich die durch rote Markierungen gekennzeichnete Fläche "Gefahrenbereich" entlang der Achse Bestandsbahn im Bereich des Objektes BLT5 und zwischen dem Objekt BLT1 und dem Provisorium L145 über eine Fläche mit einer Länge von etwa 200m aus. Im Zusammenhang mit der Flussbettverlegung bei der bestehenden Lavanttalbrücke (Objekt BLT1) seien weiters - durch rote Punkte auf der Achse Bestandsbahn gekennzeichnete - punktuelle Wasserbauarbeiten unter der bestehenden Brücke und daran anschließend seitlich in einer Länge von 150m notwendig. Unter dem "Gefährdungsbereich Bau bzw. Bahn" sei als Faustformel ein Abstand von etwa 10m (gemeint zur Bahntrasse) zu verstehen und zwar abhängig von den eingesetzten Gerätschaften z.B. kleineren Baggern oder größeren Krananlagen. Diese 10m seien auch was die Gefährdung von Personen betreffe zu verstehen. Da nach Umlegung der Bahntrasse Ende 2009 die alte Achse Bestandsbahn stillgelegt und fortan der Verkehr auf der neu angelegten und bereits fertig gestellten Trasse durchgeführt werde, sei ab diesem Zeitpunkt nur mehr mit einem geringeren Arbeitsaufkommen in den Gefährdungsbereichen, wie z.B. durch Mängelbehebungen oder Begrünungen, zu rechnen.

H*** ergänzte, dass in den dargestellten Gefährdungsbereichen Erdbauarbeiten bei BLT5 (bestehend aus Abtragung und Auftragung des Materials) und bei der Anschwenkung (provisorischen Eisenbahnkreuzung) stattfinden würden. Die Errichtung des Objektes BLT5 umfasse Brückenbauarbeiten und Wasserbauarbeiten im Zusammenhang mit der Restrukturierung der alten Lavant an der Achse Bestandsbahn sowie geringfügige Leitungsumlegungen; ebenfalls nicht auszuschließen seien geringfügige Rodungen. In der Ausschreibung (vgl. LV-Pos. 00 00 00D3410 Sicherungspaket) sei festgelegt, dass Sicherheitsposten rechtzeitig, mindestens jedoch 21 Tage vor dem Bedarf bei der ÖBA anzufordern seien. H*** ergänzte, dass in den dargestellten Gefährdungsbereichen Erdbauarbeiten bei BLT5 (bestehend aus Abtragung und Auftragung des Materials) und bei der Anschwenkung (provisorischen Eisenbahnkreuzung) stattfinden würden. Die Errichtung des Objektes BLT5 umfasse Brückenbauarbeiten und Wasserbauarbeiten im Zusammenhang mit der Restrukturierung der alten Lavant an der Achse Bestandsbahn sowie geringfügige Leitungsumlegungen; ebenfalls nicht auszuschließen seien geringfügige Rodungen. In der Ausschreibung vergleiche LV-Pos. 00 00 00D3410 Sicherungspaket) sei festgelegt, dass Sicherheitsposten rechtzeitig, mindestens jedoch 21 Tage vor dem Bedarf bei der ÖBA anzufordern seien.

P***, von der Antragstellerin gab zu denselben Orthofotoplänen auf Befragung an, dass sich der "Gefährdungsbereich" beim verfahrensgegenständlichen Projekt nicht auf die vom Auftraggeber rot gekennzeichneten Flächen einschränken lasse. Aus Sicht der Antragstellerin erweitere sich die in den Orthofotoplänen punktuell angegebene Gefährdungsfläche in Folge der dort zu errichtenden, direkt an der alten Regionalbahn liegenden, Retentionsbecken an der Achse Bestandsbahn in Richtung BLT5 um in etwa 50m. Für den Fall, dass Sprengarbeiten im Zusammenhang mit den Bauarbeiten bei BLT7/8 entlang der Achse Bestandsbahn erforderlich seien, erweitere sich der Gefahrenbereich in Richtung BLT5 entlang der Achse Bestandsbahn um weitere ca. 250m. Trotz Bauplanungen könne man bei einem derartigen Projekt nicht voraussagen, wann genau sich Gerätschaften, Fahrzeuge oder Personen im Gefahrenbereich Bau bzw. Bahn aufhalten müssten. Der Beschreibung des Auftraggebers hinsichtlich des Umfanges des Gefährdungsbereiches an der Bahntrasse stimme er zu, man könne von etwa 10m rechts und links der Bahntrasse ausgehen. Wenn es zu großflächigen Erdarbeiten im Bereich z.B. BLT 7/8 komme, müsse der Erdaushub, über die Querung der bestehenden Achse Bestandsbahn, auf die Bodenaushubdeponie Lavanttal-Boden verführt werden. Diese Fahrten seien - dies ergebe sich aus seinen Erfahrungen mit ÖBB-Baustellen (HL-Bahnen) - nicht täglich vorhersehbar und dürften auch nur mit einem Sicherheitsposten stattfinden.

Die Antragstellerin gehe davon aus, dass insgesamt an die 20 % der Gesamtarbeiten im Gefährdungsbereich stattfinden würden. Nähere Ausführungen seien P*** nicht möglich. Bei Sprengarbeiten im Bereich BLT 7/8 im Ausmaß von 220.000 m³ der Bodenklasse 6 und 7 könne die Antragstellerin nicht ausschließen, dass bei Sprengungen

von Böden der Klasse 7 eine Gefährdung im Bahnbereich stattfindet. Mit diesen Sprengarbeiten seien keine Auswirkungen auf die zuvor gemachten Angaben der Antragstellerin hinsichtlich Ausmaß und Umfang des Gefährdungsbereiches sowie dem Verhältnis der Arbeiten innerhalb und außerhalb des Gefährdungsbereiches verbunden.

Nach Aussage der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, stellen sich die von der Antragstellerin angegebenen Arbeiten im Gefährdungsbereich (siehe rote Fläche auf der Achse Bestandsbahn in der Nähe von BLT1) überwiegend als Transporte über die provisorische Eisenbahnkreuzung dar.

Zum Verhältnis von Arbeiten außerhalb und innerhalb des Gefahrenbereiches legte L*** eine Aufstellung vor und führte dazu aus, dass der Auftraggeber davon ausgehe, dass 92,79% der Projektarbeiten außerhalb des gekennzeichneten Gefährdungsbereiches stattfinden würden (die Objekte BLT1, BLT3, BLT4, BLT7 und BLT8 fänden nicht im Gefährdungsbereich statt, die Positionen der OG 0103 fänden zu 70%, die der OG 0109 fänden zu 90 % und die Positionen der OG 0111, OG 0112 und OG 0113 bzw. die Straßenverlegung der Pos 0110 fänden jeweils zu 100% außerhalb des Gefährdungsbereiches statt).

Zu den laut Aussage der Antragstellerin nicht auszuschließenden Sprengarbeiten, gab der Auftraggeber unter Hinweis auf Seite 6 der K-7 Blätter an, dass die Antragstellerin in ihrem Angebot bei der Position Sprengarbeiten Abtrag schwerer und leichter Fels lediglich 1% an Sprengarbeiten kalkuliert habe .

Zum von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin benannten Referenzprojekt, gab L*** an, der Gefährdungsbereich habe dort eine Länge von in etwa 600m betragen. Erschwerend sei, dass es sich um eine elektrifizierte Strecke (Südbahn) gehandelt habe. Im Gefährdungsbereich hätten Erdbau- und Betonarbeiten (Fundierung für Containerlager) bzw. Kunstbauten sowie eine Rohrpressung unter der Südbahn stattgefunden.

Nach Meinung der Antragstellerin, P*** (vgl. den im Verfahren bereits vorgelegten Plan des Referenzprojektes) betrage der Gefahrenbereich im Referenzprojekt lediglich 200m, denn die restliche Bahntrasse zähle, trotz der vorhandenen Oberleitung nicht zum Gefahrenbereich. Wie die Antragstellerin den Querschnitten des Bauplanes entnommen habe, seien die Arbeiten etwa 2m tiefer als die Bahntrasse durchzuführen gewesen; der Abstand der Geleise zur Hochspannung habe etwa 4 - 5m betragen. Die Antragstellerin habe keine Kenntnis, welche Arbeiten im Detail beim Referenzprojekt im Gefährdungsbereich stattgefunden hätten. Soweit sie die Ausschreibung des Referenzprojektes in Erinnerung habe, seien Arbeiten, wie von der Auftraggeberin angegeben, grundsätzlich ausgeschrieben worden. Nach Meinung der Antragstellerin, P*** vergleiche den im Verfahren bereits vorgelegten Plan des Referenzprojektes) betrage der Gefahrenbereich im Referenzprojekt lediglich 200m, denn die restliche Bahntrasse zähle, trotz der vorhandenen Oberleitung nicht zum Gefahrenbereich. Wie die Antragstellerin den Querschnitten des Bauplanes entnommen habe, seien die Arbeiten etwa 2m tiefer als die Bahntrasse durchzuführen gewesen; der Abstand der Geleise zur Hochspannung habe etwa 4 - 5m betragen. Die Antragstellerin habe keine Kenntnis, welche Arbeiten im Detail beim Referenzprojekt im Gefährdungsbereich stattgefunden hätten. Soweit sie die Ausschreibung des Referenzprojektes in Erinnerung habe, seien Arbeiten, wie von der Auftraggeberin angegeben, grundsätzlich ausgeschrieben worden.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin legte dazu weitere Fotos über die Bauarbeiten an der Bahntrasse des Referenzprojektes vor und ergänzte, dass entlang des Gefährdungsbereiches (Entfernung zur Bahntrasse 5 bis 10m) auch Straßenbauarbeiten stattgefunden hätten. Das Referenzprojekt habe auch Transportarbeiten im Gefährdungsbereich beinhaltet.

Zur Prüfung der Eignung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gab H*** an, dass er anlässlich eines Telefonates Mitte April 2008 mit der Auskunftsperson, die auf der Referenzbestätigung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angeführt worden war, zunächst die Auskunft bekommen habe, dass es sich um den Einbau einer Anschlussbahnweiche gehandelt habe. Erst nach Vorlage des Lageplanes des Referenzprojektes sei erkennbar gewesen, dass diese Anschlussbahnweiche die Anknüpfung des Referenzbauvorhabens in die bestehende Südbahn dargestellt habe. Dieser Umstand bestätige, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin bei der Abwicklung des Referenzprojektes jedenfalls mit den Merkblättern der ÖBB und der Erstellung eines Arbeitsübereinkommens hinsichtlich Arbeiten in Gefährdungsbereichen von Bahnanlagen vertraut sei.

In weiterer Folge erläuterte H*** im Zuge seiner Einvernahme als sachverständiger Zeuge dem Senat die von ihm durchgeführte und im Vergabeakt dokumentierte Preisprüfung des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin

sowie die von ihm getroffenen Schlussfolgerungen anhand der vorliegenden Unterlagen betreffend die vertiefte Preisprüfung (Aufklärungsgespräch vom 14.5.2008 i. v.M. Niederschrift der Angebotsprüfung Punkt 2.4.2 vertiefte Angebotsprüfung) anhand stichprobenartig herausgegriffener einzelner wesentlicher Positionen.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

1. 1.Ziffer eins

Zuständigkeit und Zulässigkeit des Antrages:

Die ÖBB Infrastruktur Bau AG ist ein öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG. Die Aktien der ÖBB Infrastruktur Bau AG sind zu 100% der ÖBB Holding AG vorbehalten. Letztere steht zu 100% im Eigentum des Bundes, wobei die Verwaltung der Anteilsrechte dem Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie zukommt (§ 2 Bundesbahngesetz). Da die ÖBB Infrastruktur Bau AG die Schieneninfrastruktur im Sinne von § 169 Abs 1 BVergG bereitstellt, ist sie ein im Sektorenbereich tätiges Unternehmen. Die ÖBB Infrastruktur Bau AG ist ein öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG. Die Aktien der ÖBB Infrastruktur Bau AG sind zu 100% der ÖBB Holding AG vorbehalten. Letztere steht zu 100% im Eigentum des Bundes, wobei die Verwaltung der Anteilsrechte dem Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie zukommt (Paragraph 2, Bundesbahngesetz). Da die ÖBB Infrastruktur Bau AG die Schieneninfrastruktur im Sinne von Paragraph 169, Absatz eins, BVergG bereitstellt, ist sie ein im Sektorenbereich tätiges Unternehmen.

Bei der gegenständlichen Auftragsvergabe handelt es sich um einen Bauauftrag gemäß § 174 iVm § 4 BVergG. Der Zuschlag soll im Rahmen eines offenen Verfahrens an das Angebot mit dem niedrigsten Preis vergeben werden. Bei der gegenständlichen Auftragsvergabe handelt es sich um einen Bauauftrag gemäß Paragraph 174, in Verbindung mit Paragraph 4, BVergG. Der Zuschlag soll im Rahmen eines offenen Verfahrens an das Angebot mit dem niedrigsten Preis vergeben werden.

Der geschätzte Auftragswert des verfahrensgegenständlich zur Ausschreibung gelangten Bauloses beträgt Euro 32,75 Mio ohne USt., der Auftrag ist somit dem Oberschwellenbereich zuzuordnen.

Der Antrag auf Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung wurde innerhalb der Frist des § 321 BVergG eingebracht und erfüllt auch die sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen nach § 322 BVergG. Die Zuschlagsentscheidung stellt gemäß § 2 Z 16 lit.aa BVergG im offenen Verfahren eine gesondert anfechtbare Entscheidung dar. Der Antrag auf Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung wurde innerhalb der Frist des Paragraph 321, BVergG eingebracht und erfüllt auch die sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen nach Paragraph 322, BVergG. Die Zuschlagsentscheidung stellt gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, lit.aa BVergG im offenen Verfahren eine gesondert anfechtbare Entscheidung dar.

1. 2.Ziffer 2

Inhaltliche Beurteilung des Antrages:

Zu Spruchpunkt 1:

Zur technischen Leistungsfähigkeit

Mit Schreiben vom 7.7.2007 gab der Auftraggeber seine Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Fa. B*** bekannt. Er stützte sich dabei auf die laut Dokumentation vom 29.5.2008 durchgeführte Angebotsprüfung, in welcher eine diesbezügliche Vergabeempfehlung ausgesprochen wurde. Unter Pkt. 2.2. Prüfung der Eignung, Position 00 00 00 A3430 tLF-Anforderung: Gefährdungsbereich Bau ist betreffend die nach dem Angebotspreis erstgereihten Bieterin festgehalten, dass diese Anforderung mit dem Nachweis der Referenzbaustelle XXX-Terminal-XXX erbracht worden sei.

Der erste Absatz von LV-Pos. 00 00 00A3430 mit der Überschrift "tLF-Anforderung: Gefährdungsbereich Bau" lautet:

"Für die Vergabe der Arbeiten kommen nur Unternehmen in Betracht, die gewährleisten, dass sie über die erforderliche technische Leistungsfähigkeit für die ausgeschriebenen Leistungen auch im Hinblick auf die Bauherstellung im Gefährdungsbereich von Eisenbahnen sowie die entsprechende Leistungsfähigkeit über die gesamte Bauzeit verfügen und vergleichbare Arbeiten in den letzten 5 Jahren bereits durchgeführt haben."

Die zunächst in LV-Pos. 00 00 00A3430 festgehaltene Grundvoraussetzung, dass für die Vergabe der Arbeiten nur Unternehmen in Betracht kommen, die Gewähr dafür leisten, dass sie über die erforderliche technische Leistungsfähigkeit verfügen, wird vom Auftraggeber in weiterer Folge dahingehend konkretisiert, als darunter nur

solche Unternehmen zu verstehen sind, die diese Grundvoraussetzung jeweils im Bezug auf weitere (Arg. auch) zwei, kumulativ zu erfüllende Anforderungen erbringen. Zur entsprechenden Leistungsfähigkeit über die gesamte Bauzeit werden verlangt:

1. 1.Ziffer eins
die "Bauherstellung im Gefährdungsbereich von Eisenbahnen" und
2. 2.Ziffer 2
die Durchführung von "vergleichbaren Arbeiten" in den letzten 5 Jahren.

Aus den unangefochtenen und damit bestandkräftig gewordenen Ausschreibungsbestimmungen (VwGH 28.3.2007, 2005/04/0200; 1.3.2007, 2005/04/0239; 7.11.2005, 2003/04/0135; BVA 23.11.2006, N/0085-BVA/04/2006-38; BVA 20.6.2007, N/0050-BVA/04/2007-41, N/0051-BVA/04/2007-47) ist für einen durchschnittlichen, fachkundigen Bieter, bei Anwendung üblicher Sorgfalt (EuGH 4.12.2003, Rs C-448/01 (EVN - AG Wien Strom GmbH gegen Republik Österreich); VwGH 17.11.2004, 2002/04/0078; 16.2.2005, 2004/04/0030; BVA 19.1.2006, 04N-134/05-17) somit unmissverständlich erkennbar, dass zum Nachweis der erforderlichen technischen Leistungsfähigkeit für die ausgeschriebenen Leistungen vom Bieter Referenzprojekte vorzulegen sind, die im Gefährdungsbereich von Eisenbahnen durchgeführt wurden.

Diese Anforderung erfüllt das von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin für die LV-Pos. 00 00 00A3430 benannte Referenzprojekt sowohl in technischer als auch finanzieller Sicht. Selbst die Antragstellerin hält dazu - in Übereinstimmung mit den Ausführungen des Auftraggebers und mit dem von der Antragstellerin dem BVA vorgelegten "Übersichtsplan Terminal" - in ihrem Schriftsatz vom 30.7.2008 ausdrücklich fest, dass soweit ihr ersichtlich, von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin Arbeiten und zwar in Form der Anbindung eines Gleises im unmittelbaren Gefährdungsbereich der Bahn durchgeführt wurden.

Zum Vorbringen der Antragstellerin, dass das Auftragsvolumen im unmittelbaren Gefährdungsbereich lediglich ein Auftragsvolumen von ca. Euro 300.000,- betragen habe, ist anzumerken, dass sich - wie der Auftraggeber zutreffend ausführt - aus dem Wortlaut der LV-Pos. 00 00 00A3430 weder eine Einschränkung auf Referenzprojekte im unmittelbaren Gefährdungsbereich ergibt, noch dass die im Gefährdungsbereich des Referenzprojektes herzustellenden Bauleistungen einen konkreten Mindestumsatz aufzuweisen haben. Ein Bieter verfügt somit unabhängig vom Mindestumsatz im Hinblick auf die ausgeschriebene Leistung auch dann über die erforderliche technische Leistungsfähigkeit, wenn die Leistungen des Referenzprojektes nicht zur Gänze im Gefährdungsbereich von Eisenbahnen erbracht worden sind. In der Ausschreibung wird lediglich bestimmt, dass der Gesamtumsatz des Referenzprojektes mindestens Euro 3 Mio (exkl. Ust) auszumachen hat (vgl. LV-Pos. 00 00 00A3430 1. Absatz). Zum Vorbringen der Antragstellerin, dass das Auftragsvolumen im unmittelbaren Gefährdungsbereich lediglich ein Auftragsvolumen von ca. Euro 300.000,- betragen habe, ist anzumerken, dass sich - wie der Auftraggeber zutreffend ausführt - aus dem Wortlaut der LV-Pos. 00 00 00A3430 weder eine Einschränkung auf Referenzprojekte im unmittelbaren Gefährdungsbereich ergibt, noch dass die im Gefährdungsbereich des Referenzprojektes herzustellenden Bauleistungen einen konkreten Mindestumsatz aufzuweisen haben. Ein Bieter verfügt somit unabhängig vom Mindestumsatz im Hinblick auf die ausgeschriebene Leistung auch dann über die erforderliche technische Leistungsfähigkeit, wenn die Leistungen des Referenzprojektes nicht zur Gänze im Gefährdungsbereich von Eisenbahnen erbracht worden sind. In der Ausschreibung wird lediglich bestimmt, dass der Gesamtumsatz des Referenzprojektes mindestens Euro 3 Mio (exkl. Ust) auszumachen hat vergleiche LV-Pos. 00 00 00A3430 1. Absatz).

Die Antragstellerin bringt weiters vor, dass es der präsumtiven Zuschlagsempfängerin deshalb an der technischen Leistungsfähigkeit mangle, weil von ihr keine mit den ausschreibungsgegenständlichen Arbeiten vergleichbaren Arbeiten im Gefährdungsbereich von Eisenbahnen in dem von ihr benannten Referenzprojekt durchgeführt worden seien.

In der LV-Pos. 00 00 00A3430 ist weiters festgelegt, dass beim verfahrensgegenständlichen konkreten Auftrag Unternehmen über die erforderliche technische Leistungsfähigkeit für die ausgeschriebenen Leistungen nur dann verfügen, wenn sie einen Nachweis erbringen, dass sie bei der Bauherstellung im Gefährdungsbereich in den letzten 5 Jahren "vergleichbare Arbeiten" durchgeführt haben.

Im Vergaberecht sind für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen, so auch bei der Ermittlung des Inhaltes der Ausschreibungsunterlagen nach ständiger Rechtsprechung des BVA und der Literatur die zivilrechtlichen Regeln der §§ 914ff ABGB anzuwenden (BVA 18.12.2006, N/0091-BVA/10/2006-038; 11.4.2005, 04N-6/05-76; 22.3.2005, 16N-9/05-19;

7.9.2004, 11N-65/04-12; Im Vergaberecht sind für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen, so auch bei der Ermittlung des Inhaltes der Ausschreibungsunterlagen nach ständiger Rechtsprechung des BVA und der Literatur die zivilrechtlichen Regeln der Paragraphen 914 f, f, ABGB anzuwenden (BVA 18.12.2006, N/0091-BVA/10/2006-038; 11.4.2005, 04N-6/05-76; 22.3.2005, 16N-9/05-19; 7.9.2004, 11N-65/04-12;

23.7.2004, 04N-50/04-46; 23.12.2003, 17N-129/03-21; 14.11.2003, 09N-100/03-19; 8.7.2003, 14N-64/03-11; 25.1.2000, F-17/98-32 ua;

Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und der Vertrag so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus einer Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind nicht danach zu beurteilen, was der Erklärende sagen wollte oder was der Erklärungsempfänger darunter verstanden hat, sondern danach, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern es ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgebend (vgl. VwGH vom 29.3.2006, Zlen. 2004/04/0144, 0156, 0157). Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und der Vertrag so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus einer Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind nicht danach zu beurteilen, was der Erklärende sagen wollte oder was der Erklärungsempfänger darunter verstanden hat, sondern danach, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern es ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgebend vergleiche VwGH vom 29.3.2006, Zlen. 2004/04/0144, 0156, 0157).

Daraus ergibt sich, dass die objektive Bedeutung der Festlegungen in der Ausschreibung zur technischen Leistungsfähigkeit zu ermitteln ist und die Angebote an diesem Maßstab zu messen sind. Davon abweichende Vorstellungen etwa der Antragstellerin sind bei der Auslegung irrelevant.

In der Baubeschreibung zum verfahrensgegenständlichen Projekt werden zunächst unter Punkt 1.1 das Projekt und die darin auszuführenden Leistungen inhaltlich allgemein beschrieben. Wie dieser Darstellung in Übereinstimmung mit den zusätzlich vorliegenden Projektplänen zu entnehmen ist, handelt es sich ua. um Wegverlegungen und -entlangführungen bei der Landesstraße L135, dem Objekt BLT3 und einem Gemeindeweg entlang der Lavant, somit Weganpassungen aufgrund der Zerschneidung des vorhandenen Wegenetzes durch die Neubaustrecke. Weiters sind wasserbauliche Maßnahmen zum Schutz der Bahnlinie herzustellen sowie Regulierungsmaßnahmen an der Lavant und am Kampacher Bach samt den erforderlichen Querungsbauwerken zu errichten.

Unter Punkt 1.2 Gegenstand dieser Ausschreibung, sind die zu besorgenden Leistungen nach ihrer Art sowohl positiv als auch negativ taxativ genannt. Die Aufzählung der im Projekt zu erbringenden Tätigkeiten beinhaltet ua. Brückenbau-, Bohrpfahl-, Straßenbau-, Entwässerungs- und Wasserbauarbeiten. Zu den insbesondere in den Gefährdungsbereichen Bahn des verfahrensgegenständlichen Auftrages zu erbringenden Tätigkeiten führten L*** und H*** in der mündlichen Verhandlung ua aus, dass sowohl Wasserbauarbeiten (im Zusammenhang mit der Flussbettverlegung bei der bestehenden Lavantbrücke sowie bei der Restrukturierung der alten Lavant und bei der Errichtung des Objektes BLT5), Erdbauarbeiten (in Form von Abtragung und Auftragung des Materials beim Objekt BLT5 und bei der Anschwenkung im Bereich der provisorischen Eisenbahnkreuzung) als auch Brückenbauarbeiten (ebenfalls bei der Restrukturierung der alten Lavant) durchgeführt würden.

Diese Aussagen der Auftraggebervertreter finden ihre Bestätigung insbesondere in den vom Auftraggeber dem Senat in der mündlichen Verhandlung vorgelegten beiden Orthofotoplänen. In diesen sind die vom Auftraggeber im Zusammenhang mit der Beschreibung der Art der zu besorgenden Arbeiten angesprochenen Leistungsobjekte und Projektflächen samt entsprechenden Beschriftungen sowie die Gefährdungsbereiche entlang der Achse Bestandsbahn im Bereich Hahntrattenbachbrücke/Kampbacherbachbrücken/Bohrpfahlwand entlang der Regionalgleisverlegung (Objekte BLT5, BLT7/8, vgl. Baubeschreibung 1.2) sowie bei den Eisenbahnbrücken über die Lavant für die HL- und Regionalstrecke (Objekt BLT1, vgl. Baubeschreibung 1.2), an der provisorischen Eisenbahnkreuzung und angrenzend an die Fläche zur Restrukturierung der alten Lavant jeweils deutlich gekennzeichnet. Diese Aussagen der

Auftraggebervertreter finden ihre Bestätigung insbesondere in den vom Auftraggeber dem Senat in der mündlichen Verhandlung vorgelegten beiden Orthofotoplänen. In diesen sind die vom Auftraggeber im Zusammenhang mit der Beschreibung der Art der zu besorgenden Arbeiten angesprochenen Leistungsobjekte und Projektflächen samt entsprechenden Beschriftungen sowie die Gefährdungsbereiche entlang der Achse Bestandsbahn im Bereich Hahntrattenbachbrücke/Kampbacherbachbrücken/Bohrpfahlwand entlang der Regionalgleisverlegung (Objekte BLT5, BLT7/8, vergleiche Baubeschreibung 1.2) sowie bei den Eisenbahnbrücken über die Lavant für die HL- und Regionalstrecke (Objekt BLT1, vergleiche Baubeschreibung 1.2), an der provisorischen Eisenbahnkreuzung und angrenzend an die Fläche zur Restrukturierung der alten Lavant jeweils deutlich gekennzeichnet.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin nannte als Referenz zur LV-Pos. 00 00 00A3430 Gefährdungsbereich Bau des Projekt XXX-Terminal-XXX mit einer Gesamtauftragssumme von 5 Mio Euro .

Hinsichtlich der dort zu erfüllenden Leistungen gab die präsumtive Zuschlagsempfängerin an, dass sie in diesem Referenzprojekt die nunmehr ausgeschriebenen Arbeiten ebenfalls zu erbringen hatte, wobei der Schwerpunkt der Referenzarbeiten beim Wasserbau gelegen habe. Der dem Angebot beigelegten Bestätigung betreffend das Referenzprojekt vom 8.4.2008 (gezeichnet von T***, Ziviltechniker GmbH, Kapfenberg) ist als Leistungsart schlagwortartig zu entnehmen: "Erdbau, Gleisbau, Außenanlagen, Hallenbau, Tankstelle und Verbundbrücke 90m1". Der Auftraggeber führte dazu aus, er habe diese Referenzangaben anhand der von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vorgelegten (und auch dem Senat vorliegenden) Fotos und des Lageplanes des Referenzprojektes überprüft und die technische Leitungsfähigkeit der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ohne Zweifel als erfüllt angesehen.

Zu den Arbeiten innerhalb des Gefährdungsbereiches des Referenzprojektes gab L*** für den Auftraggeber in der mündlichen Verhandlung an, dass es sich dabei um Erdbau- und Betonarbeiten (Fundierung für Containerlager) bzw. Kunstbauten sowie um eine Rohrpressung unter der Südbahn gehandelt habe. Diese Darstellung bestätigte die Antragstellerin dahingehend, dass im Referenzprojekt Erdbauarbeiten und zwar im Zuge der Anbindung eines Gleises im Gefährdungsbereich der Eisenbahn durchgeführt worden seien. Nach den Ausführungen von P*** in der mündlichen Verhandlung habe die Antragstellerin zwar keine Kenntnis welche Arbeiten im Detail beim Referenzprojekt im Gefährdungsbereich stattgefunden hätten, jedoch seien Arbeiten - wie vom Auftraggeber angegeben - soweit er diese Ausschreibung in Erinnerung habe, auch ausgeschrieben worden.

Die aus einer Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind nicht danach zu beurteilen, was der Erklärende sagen wollte oder was der Erklärungsempfänger darunter verstanden hat, sondern danach, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war (OGH 26.4.1961, 5 Ob 135/61). Bei der Auslegung von Ausschreibungsbedingungen, kommt es darauf an, wie diese bei objektiver Beurteilung der Sache vom Bieter zu verstehen waren (OGH 20.1.2000, 6 Ob 69/99m).

Bei "vergleichbaren" Arbeiten handelt es sich nach Meyers-Lexikon dem ursprünglich griechischen Wortsinn nach um entsprechende oder analoge Arbeiten. Demgemäß bedeutet Analogie die Vergleichbarkeit von Strukturen oder Verhältnissen. Der Duden verwendet die Vergleichbarkeit und die Gleichartigkeit als Synonyme, vergleichbar bedeutet auch ähnlich, annähernd gleich, verwandt, sich oder einander gleichend. "Vergleichbare Arbeiten" laut LV-Pos. 00 00 00A3430 sind somit ähnliche oder gleichartige Arbeiten, jedoch nicht völlig gleiche oder ein- und dieselben Arbeiten.

In diesem Sinne ist, die im übrigen nicht näher begründete Meinung der Antragstellerin, es sei laut Ausschreibung unabdingbar erforderlich, dass sämtliche Leistungen die im verfahrensgegenständlichen Projekt im Gefährdungsbereich der Eisenbahnen zu erbringen seien, auch beim namhaft gemachten Referenzprojekt im Gefährdungsbereich durchzuführen gewesen, völlig unzutreffend.

Der Auftraggeber stellt in LV-Pos. 00 00 00A3430 nämlich nicht auf die völlige Gleichheit in Art oder Umfang der in den beiden Projekten zu leistenden Arbeiten ab, sondern ein Bieter verfügt auch dann - wie sich für einen durchschnittlich, fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt schon aus dem Wortlaut der Ausschreibung ergibt (vgl EuGH vom 4.12.2003, Rs C-448/01, EVN-AG Wien Strom GmbH; VwGH 17.11.2004, ZI. 2002/04/0078) - über die geforderte technische Leistungsfähigkeit im Bezug auf die "Vergleichbarkeit" der nunmehr im Gefahrenbereich zu leistenden Arbeiten, wenn er bereits ähnliche bzw. artgleiche Arbeiten wie zB Erdbauarbeiten im Gefährdungsbereich des Referenzprojektes ausgeführt hat. Für den Auftraggeber ist, wie H*** in der mündlichen Verhandlung angab, allein der Umstand maßgebend, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin bei der Abwicklung des Referenzprojektes,

jedenfalls mit den Merkblättern der ÖBB und der Erstellung eines Arbeitsübereinkommens hinsichtlich von Arbeiten im Gefährdungsbereichen von Bahnanlagen bereits vertraut ist. Dies ist aus dem Lageplan des Referenzprojektes erkennbar, wonach die Anschlussbahnweiche die Anknüpfung des Referenzbauvorhabens in die bestehende Südbahn darstellt. Die Auslegung von LV-Pos 00 00 00A3430 wird zudem vom Ausschreibungstext betreffend die zusätzlichen Anforderungen an die technische Leistungsfähigkeit der Bieterin bestätigt (vgl. LV-Pos. 00 00 00A3500 und 00 00 00A35001). Der Auftraggeber stellt in LV-Pos. 00 00 00A3430 nämlich nicht auf die völlige Gleichheit in Art oder Umfang der in den beiden Projekten zu leistenden Arbeiten ab, sondern ein Bieter verfügt auch dann - wie sich für einen durchschnittlich, fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt schon aus dem Wortlaut der Ausschreibung ergibt vergleiche EuGH vom 4.12.2003, Rs C-448/01, EVN-AG Wien Strom GmbH; VwGH 17.11.2004, Zl. 2002/04/0078) - über die geforderte technische Leistungsfähigkeit im Bezug auf die "Vergleichbarkeit" der nunmehr im Gefahrenbereich zu leistenden Arbeiten, wenn er bereits ähnliche bzw. artgleiche Arbeiten wie zB Erdbauarbeiten im Gefährdungsbereich des Referenzprojektes ausgeführt hat. Für den Auftraggeber ist, wie H*** in der mündlichen Verhandlung angab, allein der Umstand maßgebend, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin bei der Abwicklung des Referenzprojektes, jedenfalls mit den Merkblättern der ÖBB und der Erstellung eines Arbeitsübereinkommens hinsichtlich von Arbeiten im Gefährdungsbereichen von Bahnanlagen bereits vertraut ist. Dies ist aus dem Lageplan des Referenzprojektes erkennbar, wonach die Anschlussbahnweiche die Anknüpfung des Referenzbauvorhabens in die bestehende Südbahn darstellt. Die Auslegung von LV-Pos 00 00 00A3430 wird zudem vom Ausschreibungstext betreffend die zusätzlichen Anforderungen an die technische Leistungsfähigkeit der Bieterin bestätigt vergleiche LV-Pos. 00 00 00A3500 und 00 00 00A35001).

Da sich aus den Aussagen in der mündlichen Verhandlung sowie den dem BVA vorgelegten Unterlagen eindeutig ergibt, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin über die erforderliche technische Leistungsfähigkeit verfügt, war auf das weitere Vorbringen der Antragstellerin nicht mehr weiter einzugehen.

Zum Angebotspreis

Gemäß § 268 Abs. 1 BVergG ist die Angemessenheit der Preise in Bezug auf die ausgeschriebene oder alternativ angebotene Leistung und unter Berücksichtigung aller Umstände, unter denen sie zu erbringen sein wird, zu prüfen. Gemäß Paragraph 268, Absatz eins, BVergG ist die Angemessenheit der Preise in Bezug auf die ausgeschriebene oder alternativ angebotene Leistung und unter Berücksichtigung aller Umstände, unter denen sie zu erbringen sein wird, zu prüfen.

Gemäß § 268 Abs. 2 leg. cit. muss der Sektorenauftraggeber Aufklärung über die Positionen des Angebotes verlangen und gemäß Abs. 3 vertieft prüfen, wenn Gemäß Paragraph 268, Absatz 2, leg. cit. muss der Sektorenauftraggeber Aufklärung über die Positionen des Angebotes verlangen und gemäß Absatz 3, vertieft prüfen, wenn

1. 1. Ziffer eins

Angebote einen im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis aufweisen,

2. 2. Ziffer 2

begründete Zweifel an der Angemessenheit von Preisen bestehen.

Gemäß § 268 Abs. 3 leg. cit. muss der Sektorenauftraggeber vom Bieter eine verbindliche schriftliche - bei minderbedeutsamen Unklarheiten auch mündliche oder telefonische - Aufklärung verlangen. Die anschließende Prüfung hat unter Berücksichtigung der eingegangenen Erläuterungen bzw. der vom Bieter allenfalls vorgelegten Nachweise zu erfolgen. Der Sektorenauftraggeber hat insbesondere Erläuterungen in Bezug auf die Wirtschaftlichkeit des gewählten Fertigungs- oder Bauverfahrens bzw. die Erbringung der Dienstleistung, die gewählten technischen Lösungen, außergewöhnlich günstige Bedingungen, über die der Bieter bei der Erbringung der Leistung verfügt, die Originalität der vom Bieter angebotenen Leistung, die am Ort der Leistungserbringung geltenden arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen oder die etwaige Gewährung einer staatlichen Beihilfe an den Bieter bei der Überprüfung entsprechend zu berücksichtigen. Sofern der geschätzte Auftragswert 250.000,- Euro nicht erreicht, kann von der Vorgehensweise gemäß diesem Absatz abgesehen werden. Gemäß Paragraph 268, Absatz 3, leg. cit. muss der Sektorenauftraggeber vom Bieter eine verbindliche schriftliche - bei minderbedeutsamen Unklarheiten auch mündliche oder telefonische - Aufklärung verlangen. Die anschließende Prüfung hat unter Berücksichtigung der eingegangenen Erläuterungen bzw. der vom Bieter allenfalls vorgelegten Nachweise zu erfolgen. Der Sektorenauftraggeber hat insbesondere Erläuterungen in Bezug auf die Wirtschaftlichkeit des gewählten Fertigungs-

oder Bauverfahrens bzw. die Erbringung der Dienstleistung, die gewählten technischen Lösungen, außergewöhnlich günstige Bedingungen, über die der Bieter bei der Erbringung der Leistung verfügt, die Originalität der vom Bieter angebotenen Leistung, die am Ort der Leistungserbringung geltenden arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen oder die etwaige Gewährung einer staatlichen Beihilfe an den Bieter bei der Überprüfung entsprechend zu berücksichtigen. Sofern der geschätzte Auftragswert 250.000,- Euro nicht erreicht, kann von der Vorgehensweise gemäß diesem Absatz abgesehen werden.

Die Antragstellerin bringt vor, dass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin einen im Verhältnis zur Leistung niedrigen Gesamtpreis aufweise. Aufgrund des Preisabstandes zum Angebot der an die zweite Stelle gereihten Antragstellerin handle es sich in sämtlichen relevanten Positionen um zu niedrige Einheitspreise, welche vom Auftraggeber im Zuge der obligatorisch durchzuführenden Angebotsprüfung nicht plausibel und nicht nachvollziehbar aufgeklärt worden seien. Die Zusammensetzung des Gesamtpreises sei nicht nachvollziehbar.

Der Auftraggeber gab hierzu in Übereinstimmung mit dem Vergabeakt in seinem Schriftsatz vom 24.7.2008 an, dass das Angebot, somit insbesondere die Preise des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, im Rahmen der Angebotsprüfung unter Beiziehung des externen Sachverständigen H***, MSc, Ingenieurkonsulent für Bauwesen eingehend geprüft worden sind. Obwohl keinerlei Verdacht auf Unangemessenheit der Einheitspreise für den Auftraggeber bestanden hat, erfolgte eine detaillierte vertiefte Preisprüfung routine- und standardmäßig sowie aus Dokumentationsgründen für eine allfällige spätere Kontrolle. Dabei wurden Preisspiegel (sowohl nach Positionen als auch gesamt) erstellt und auf Erfahrungswerte aus Preisspeicherdaten zurückgegriffen. Der vom Auftraggeber vorgenommene Vergleich der einzelnen Einheitspreise mit diesen Daten und die Prüfung der Detailkalkulation des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ergaben unter Berücksichtigung des Kostenvoranschlages und aller Umstände für die Bauherstellung keine Anhaltspunkte für die von der Antragstellerin behauptete nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises.

Wie der von H*** verfassten Niederschrift "Angebotsprüfung", Seite

1. 14f.Ziffer 14 f

unter Punkt 2.4.2. vertiefte Angebotsprüfung zu entnehmen ist, ergaben sich beim Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin weder anhand eines Vergleiches mittels Preisspiegel, noch mit vergleichbaren Projekten aus der Preisdatenbank bzw. mit Preisen aus der Kostenschätzung des Auftraggebers Auffälligkeiten. Die anhand des Preisspiegels und der Detailkalkulation (K7-Blätter) durchgeführte vertiefte Angebotsprüfung beinhaltete neben der Prüfung der Kostenzuordnung bei wesentlichen Positionen auch die Nachvollziehbarkeit der Aufwands- und Verbrauchsansätze und der höherwertigeren und minderwertigeren Leistungen. Alle Einheitspreise verschiedener wesentlicher und weiterer nicht wesentlicher Positionen konnten vom Auftraggeber im am 14.5.2008 mit Vertretern der präsumtiven Zuschlagsempfängerin durchgeführten Aufklärungsgespräch geklärt werden.

Die Angebotspreise der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wurden demnach vom Auftraggeber, insbesondere orientiert am gegenüber dem klassischen Bereich reduzierten Prüfmaßstab im Sektorenbereich gemäß § 125 Abs. 1 und Abs. 2 BVergG sachkundig geprüft und unter Berücksichtigung der Kostenschätzung und aller Umstände für die Bauherstellung als günstig bis noch angemessen beurteilt (vgl. auch Pkt. 2.4.1, Allgemeine Preisangemessenheit, Angebotsprüfung, Seite 13). Die Angebotspreise der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wurden demnach vom Auftraggeber, insbesondere orientiert am gegenüber dem klassischen Bereich reduzierten Prüfmaßstab im Sektorenbereich gemäß Paragraph 125, Absatz eins und Absatz 2, BVergG sachkundig geprüft und unter Berücksichtigung der Kostenschätzung und aller Umstände für die Bauherstellung als günstig bis noch angemessen beurteilt vergleiche auch Pkt. 2.4.1, Allgemeine Preisangemessenheit, Angebotsprüfung, Seite 13).

Wie sich etwa aus dem Vermerk auf Seite 2 Protokoll zum Aufklärungsgespräch vom 14.5.2008 in Zusammenschau mit den von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin am 19.5.2008 vorgelegten K4- Blättern (Materialliste) ergibt, in welcher die Betriebsmittelnummern detailliert angegeben werden, sind die Betriebsmittel laut Materialliste den Daten aus der Detailkalkulation laut K7-Blätter zuordenbar und überprüfbar. Der Einheitspreis für den in der Materialliste in der Spalte Betriebsmittelnummer "M03757", Betriebsmittelbezeichnung "Kabel-Putz- u. Mauersand 0/8" zum Datum "23.2.2007" vermerkten "Stoffpreis" in der Höhe von "6,0690" stimmt exakt mit jenem "Preis/EH" überein, der von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin bei der "Preisermittlung - K7" (K7-Blatt) für dieselbe Betriebsmittelnummer und

Betriebsmittelbezeichnung für eine Ansatzmenge von XXX to auf Preisbasis vom 10.4.2008 im Detail kalkuliert wurde. Wie sich etwa aus dem Vermerk auf Seite 2 Protokoll zum Aufklärungsgespräch vom 14.5.2008 in Zusammenschau mit den von der präsuntiven Zuschlagsempfängerin am 19.5.2008 vorgelegten K4- Blättern (Materialliste) ergibt, in welcher die Betriebsmittelnummern detailliert angegeben werden, sind die Betriebsmittel laut Materialliste den Daten aus der Detailkalkulation laut K7-Blätter zuordenbar und überprüfbar. Der Einheitspreis für den in der Materialliste in der Spalte Betriebsmittelnummer "M03757", Betriebsmittelbezeichnung "Kabel-Putz- u. Mauersand 0/8" zum Datum "23.2.2007" vermerkten "Stoffpreis" in der Höhe von "6,0690" stimmt exakt mit jenem "Preis/EH" überein, der von der präsuntiven Zuschlagsempfängerin bei der "Preisermittlung - K7" (K7-Blatt) für dieselbe Betriebsmittelnummer und Betriebsmittelbezeichnung für eine Ansatzmenge von römisch 30 to auf Preisbasis vom 10.4.2008 im Detail kalkuliert wurde.

Auch die Angemessenheit des zunächst laut Anmerkung des Auftraggebers zu LV-Position "01 08 290506C VERR.BOHRG VON 0-30 M" als sehr günstig und zu hinterfragender Einheitspreis für Diesel mit XXX Euro/l (vgl. Seite 9 Protokoll zum Aufklärungsgespräch vom 14.5.2008) findet ihre Bestätigung in den von der präsuntiven Zuschlagsempfängerin in der Folge nachgereichten K7-Blätter. Aus den K7-Blättern des für die Leistungsgruppe 01 08 29 Ankerarbeiten vorgesehenen Subunternehmers ist ersichtlich, dass die Zeile für den Dieselpreis bei den betroffenen LV-Positionen (0108151901G, 0108290506C, 0108290506D, 0108292002Am 0108292002B) jeweils zweimal ausgeworfen wird. Infolge der Berechnung von gesamt Euro XXX wurde der Kalkulation der LV-Gruppe Ankerarbeiten somit ein der aktuellen Marktlage durchaus entsprechender und nachvollziehbarer Preis pro Liter Diesel zugrunde gelegt. Auch die Angemessenheit des zunächst laut Anmerkung des Auftraggebers zu LV-Position "01 08 290506C VERR.BOHRG VON 0-30 M" als sehr günstig und zu hinterfragender Einheitspreis für Diesel mit römisch 30 Euro/l vergleiche Seite 9 Protokoll zum Aufklärungsgespräch vom 14.5.2008) findet ihre Bestätigung in den von der präsuntiven Zuschlagsempfängerin in der Folge nachgereichten K7-Blätter. Aus den K7-Blättern des für die Leistungsgruppe 01 08 29 Ankerarbeiten vorgesehenen Subunternehmers ist ersichtlich, dass die Zeile für den Dieselpreis bei den betroffenen LV-Positionen (0108151901G, 0108290506C, 0108290506D, 0108292002Am 0108292002B) jeweils zweimal ausgeworfen wird. Infolge der Berechnung von gesamt Euro römisch 30 wurde der Kalkulation der LV-Gruppe Ankerarbeiten somit ein der aktuellen Marktlage durchaus entsprechender und nachvollziehbarer Preis pro Liter Diesel zugrunde gelegt.

Unter Einbeziehung der dem BVA vorgelegten Unterlagen betreffend die Preisprüfung ist auch die im Mail des Auftraggebers vom 28.5.2008 dokumentierte anhand der nachgereichten Unterlagen vom 19.5.2008 hervor gekommene Unklarheit betreffend die Materialliste ausgeräumt. Der Auftraggeber, der zunächst ua. "allgemein eine Diskrepanz zwischen Materialliste und K7-Blatt um ca 0.5%" festgestellt hatte, ersuchte um Klärung von Einzelpositionen wie folgt:

"...

z. B. Materialnummer Preis lt. Materialliste lt. K7-Blatt

M 020005 XX;XX XXX z.B. Pos. 0106241020A

M 020022 XX;XX XXX gleiche Position"

Mit Schreiben vom 29.5.2008 legte die präsuntive Zuschlagsempfängerin in Übereinstimmung mit den vorliegenden K4- und K7-Blättern für die Materialnummern M020005 C 16/20 XC1 frei Bau und M029999 Naturschutzabgabe Beton (weitere Kosten) rechnerisch nachvollziehbar dar, dass sich die Unterschiede beim Betonpreis daraus ergeben, dass im Kalkulationsprogramm bei der Kalkulation der Materialien die Naturschutzabgabe des Betons (Betriebsmittelnummer M029999) als weitere Kostenkomponente mit einem Betrag von Euro 0,30 Position angesetzt wurde. Während die Naturschutzangabe in der Materialliste als gesondertes Betriebsmittel (und nicht beim eigentlichen Betriebsmittel Beton) angeführt wird, werden im K7-Blatt beide Betriebsmittel gemeinsam als ein Betrag ausgeworfen (vgl. Schreiben der präsuntiven Zuschlagsempfängerin vom 29.5.2008 in Zusammenschau mit den K7- Blättern, Seite 188). Mit Schreiben vom 29.5.2008 legte die präsuntive Zuschlagsempfängerin in Übereinstimmung mit den vorliegenden K4- und K7-Blättern für die Materialnummern M020005 C 16/20 XC1 frei Bau und M029999 Naturschutzabgabe Beton (weitere Kosten) rechnerisch nachvollziehbar dar, dass sich die Unterschiede beim Betonpreis daraus ergeben, dass im Kalkulationsprogramm bei der Kalkulation der Materialien die Naturschutzabgabe des Betons (Betriebsmittelnummer M029999) als weitere Kostenkomponente mit einem Betrag von Euro 0,30 Position angesetzt wurde. Während die

Naturschutzangabe in der Materialliste als gesondertes Betriebsmittel (und nicht beim eigentlichen Betriebsmittel Beton) angeführt wird, werden im K7-Blatt beide Betriebsmittel gemeinsam als ein Betrag ausgeworfen vergleiche Schreiben der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vom 29.5.2008 in Zusammenschau mit den K7- Blättern, Seite 188).

Nach der ständigen Judikatur des VwGH hat die Nachprüfungsbehörde nicht nur zu prüfen, ob die betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit von sachkundigen Personen auf Grund ausreichender detaillierter Unterlagen geprüft worden ist, sondern von der Behörde ist vielmehr unter Berücksichtigung der auch dem Auftraggeber zur Verfügung gestandenen Unterlagen die Preisgestaltung auf ihre betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit zu hinterfragen. Da es sich dabei um eine Plausibilitätsprüfung handelt, muss nicht die gesamte Kalkulation des Bieters minutiös nachvollzogen, sondern nur - grob - geprüft werden, ob ein seriöser Unternehmer die angebotenen Leistungen zu den angebotenen Preisen erbringen kann (VwGH 15.9.2004, 2004/04/0032; VwGH 29.3.2006, 2003/04/0181). Nach stichprobenartiger Durchsicht der vom Auftraggeber dokumentierten wesentlichen und weiteren nicht wesentlichen Preispositionen sowie den aufgezeigten und von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ausgeräumten Unklarheiten haben sich für den erkennenden Senat somit keine Anzeichen für eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises oder für zu niedrige Einheitspreise ergeben.

Der Angebotspreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin beträgt Euro XXX (exkl. USt). Der Angebotspreis der Antragstellerin beträgt Euro XXX (exkl. USt). Die zwischen den beiden Angebotspreisen bestehende Differenz von Euro 2,314.123,09 oder 10,2% ist, gemessen an der Höhe des vom Auftraggeber geschätzten Auftragsvolumens von Euro 32,7 Mio und der durchaus gestreuten Staffelung der Preise der insgesamt vorliegenden 11 konkurrierenden Angebote mit Preisdifferenzen bis zu maximal 31,7%, als nicht auffallend einzustufen. Ein Anlassfall zur Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung iSd § 268 Abs. 2 BVergG lag somit gar nicht vor. Dies wird auch durch die Judikatur des VfGH gestützt, der in einem Fall, mit einem vergleichsweise deutlich geringeren Gesamtauftragswert von 13 Mio ATS eine vertiefte Angebotsprüfung nicht für zwingend geboten erachtete, wenn das erfolgreiche Angebot bloß um 6,7% vom Angebotspreis des nächstgereihten Bieters abweicht (vgl. VfGH 22.9.2003, B 1211/01, sowie dem folgend ua. BVA 11.6.2008, N-0051-BVA/14/2008-35 unter Verweis auf VwGH 13.6.2005, 2004/04/0090). Der Angebotspreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin beträgt Euro römisch 30 (exkl. USt). Der Angebotspreis der Antragstellerin beträgt Euro römisch 30 (exkl. USt). Die zwischen den beiden Angebotspreisen bestehende Differenz von Euro 2,314.123,09 oder 10,2% ist, gemessen an der Höhe des vom Auftraggeber geschätzten Auftragsvolumens von Euro 32,7 Mio und der durchaus gestreuten Staffelung der Preise der insgesamt vorliegenden 11 konkurrierenden Angebote mit Preisdifferenzen bis zu maximal 31,7%, als nicht auffallend einzustufen. Ein Anlassfall zur Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung iSd Paragraph 268, Absatz 2, BVergG lag somit gar nicht vor. Dies wird auch durch die Judikatur des VfGH gestützt, der in einem Fall, mit einem vergleichsweise deutlich geringeren Gesamtauftragswert von 13 Mio ATS eine vertiefte Angebotsprüfung nicht für zwingend geboten erachtete, wenn das erfolgreiche Angebot bloß um 6,7% vom Angebotspreis des nächstgereihten Bieters abweicht vergleiche VfGH 22.9.2003, B 1211/01, sowie dem folgend ua. BVA 11.6.2008, N-0051-BVA/14/2008-35 unter Verweis auf VwGH 13.6.2005, 2004/04/0090).

In diesem Sinne ist auch der deutschen Rechtsprechung zu entnehmen, dass ein offenes Missverhältnis von Preis und Leistung nur dann anzunehmen ist, wenn die erhebliche Abweichung vom angemessenen Preis ohne weiteres ins Auge fällt, wobei immer der Gesamtpreis, nicht aber die Einzelpreise maßgeblich sind. Diese Voraussetzungen sind bei einer Abweichung um ca. 20% idR nicht gegeben (vgl. Gölles in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002, Kommentar 2004 zu dem vergleichsweise strengeren Maßstab für den klassischen Bereich nach § 93 BVergG 2002). In diesem Sinne ist auch der deutschen Rechtsprechung zu entnehmen, dass ein offenes Missverhältnis von Preis und Leistung nur dann anzunehmen ist, wenn die erhebliche Abweichung vom angemessenen Preis ohne weiteres ins Auge fällt, wobei immer der Gesamtpreis, nicht aber die Einzelpreise maßgeblich sind. Diese Voraussetzungen sind bei einer Abweichung um ca. 20% idR nicht gegeben vergleiche Gölles in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002, Kommentar 2004 zu dem vergleichsweise strengeren Maßstab für den klassischen Bereich nach Paragraph 93, BVergG 2002).

Bemerkenswert in diesem Zusammenhang ist auch der von der Antragstellerin geäußerte Verdacht, die präsumtive Zuschlagsempfängerin spekuliere darauf, dass bestimmte in den Positionen des Leistungsverzeichnisses vorgesehene Mengen nicht zur Ausführung gelangen, obwohl sie sowohl in ihrem schriftlichen Vorbringen als auch in der

mündlichen Verhandlung davon absah, irgendeine weitere Begründung für ihre Vermutung anzubieten. Zudem zeigt ein Vergleich der Preiskalkulationen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin mit jenen der Antragstellerin keine nennenswerten Auffälligkeiten in den einzelnen Leistungspositionen.

Gemäß § 269 Abs. 1 Z 3 leg.cit hat der Sektorenauftraggeber im Oberschwellenbereich vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung aufgrund des Ergebnisses der Prüfung Angebote auszuschneiden, die eine - durch eine vertiefte Angebotsprüfung festgestellte - nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises (z.B. spekulative Preisgestaltung) aufweisen. Gemäß Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 3, leg.cit hat der Sektorenauftraggeber im Oberschwellenbereich vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung aufgrund des Ergebnisses der Prüfung Angebote auszuschneiden, die eine - durch eine vertiefte Angebotsprüfung festgestellte - nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises (z.B. spekulative Preisgestaltung) aufweisen.

Zumal die einzelnen Positionspreise vom Auftraggeber nach sorgfältiger sachkundiger Prüfung als angemessen zu beurteilen waren, ist dem erkennenden Senat nicht erkennbar, dass bzw. inwiefern gegenständlich ein nicht plausibel zusammengesetzter Gesamtpreis iSd Ausscheidenstatbestandes des § 269 Abs. 1 Z 3 leg.cit vorliegen sollte. Zumal die einzelnen Positionspreise vom Auftraggeber nach sorgfältiger sachkundiger Prüfung als angemessen zu beurteilen waren, ist dem erkennenden Senat nicht erkennbar, dass bzw. inwiefern gegenständlich ein nicht plausibel zusammengesetzter Gesamtpreis iSd Ausscheidenstatbestandes des Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 3, leg.cit vorliegen sollte.

Die von der Antragstellerin begehrte Bestellung eines Sachverständigen zur Preisprüfung des Angebotes sowie zur Überprüfung der technischen Leistungsfähigkeit der präsumtiven Zuschlagsempfängerin war aufgrund des von dieser nachgewiesenen Referenzprojektes und insbesondere auch im Hinblick auf die unbestimmten bzw. nicht konkretisierten Behauptungen der Antragstellerin zur Preisgestaltung nicht erforderlich (vgl. VwGH 21.4.2004, 2004/04/0016). Die von der Antragstellerin begehrte Bestellung eines Sachverständigen zur Preisprüfung des Angebotes sowie zur Überprüfung der technischen Leistungsfähigkeit der präsumtiven Zuschlagsempfängerin war aufgrund des von dieser nachgewiesenen Referenzprojektes und insbesondere auch im Hinblick auf die unbestimmten bzw. nicht konkretisierten Behauptungen der Antragstellerin zur Preisgestaltung nicht erforderlich vergleiche VwGH 21.4.2004, 2004/04/0016).

Zu Spruchpunkt 2:

Gemäß § 319 Abs. 1 1. Satz BVergG, hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, 1. Satz BVergG, hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber.

Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung besteht nur dann, wenn dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde (§ 319 Abs. 2 BVergG). Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung besteht nur dann, wenn dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde (Paragraph 319, Absatz 2, BVergG).

Die Antragstellerin hat mit ihrem Nachprüfungsantrag auch nicht teilweise obsiegt. Der Nachprüfungsantrag wurde abgewiesen (siehe Spruchpunkt 1). Der im Umfang von Euro 7500.-- (somit sowohl für den Nachprüfungsantrag als auch für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung) geltend gemachte Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühren war daher abzuweisen.

Schlagworte

Nachprüfung, Zuschlagsentscheidung, technische Leistungsfähigkeit, plausibler Angebotspreis, Preisangemessenheit, Bestandskraft, Präklusion, Offizialmaxime, vertiefte Angebotsprüfung

Zuletzt aktualisiert am

26.11.2008

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