

TE Verg Bescheid 2008/9/11 N/0110-BVA/07/2008-45

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 11.09.2008

Norm

BVergG 2006 §269 Abs1 Z5

BVergG 2006 §319

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

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 7, Mag. Julia Stiefelmeyer, sowie Dr. Josef Bosina als Mitglied der Auftraggeberseite und DI Heinz Marschalek als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 idF der Novelle BGBl I Nr. 86/2007 (BVergG), betreffend das Vergabeverfahren "Eisenbahnachse Brenner Zulaufstrecke Nord; Abschnitt Kundl/Radfeld-Baumkirchen; AS 175 - Los A1 - Grundausrüstung" des Auftraggebers Brenner Eisenbahn GmbH, Karl-Kapferer-Straße 5, 6020 Innsbruck, vertreten durch X***, über den Antrag der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A***, 2. Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 7, Mag. Julia Stiefelmeyer, sowie Dr. Josef Bosina als Mitglied der Auftraggeberseite und DI Heinz Marschalek als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, (BVergG), betreffend das Vergabeverfahren "Eisenbahnachse Brenner Zulaufstrecke Nord; Abschnitt Kundl/Radfeld-Baumkirchen; AS 175 - Los A1 - Grundausrüstung" des Auftraggebers Brenner Eisenbahn GmbH, Karl-Kapferer-Straße 5, 6020 Innsbruck, vertreten durch X***, über den Antrag der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A***, 2.

B***, vertreten durch Y***, vom 29.7.2008, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Der Antrag, "auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 15.7.2008 zugunsten der Bietergemeinschaft XXX, bestehend aus C***/D***", wird zurückgewiesen. Der Antrag, "auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 15.7.2008 zugunsten der Bietergemeinschaft römisch 30, bestehend aus C***/D***", wird zurückgewiesen.

II.römisch zwei.

Der auf Ersatz der für den Nachprüfungsantrag und für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichteten Pauschalgebühren gerichtete Antrag wird abgewiesen.

Begründung

Die gegenständliche Leistung "AS 175 - Los A1 Grundausrüstung" wurde als Bauauftrag im Oberschwellenbereich in einem Verhandlungsverfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb gemäß § 192 Abs 5 BVergG 2006 am 28.4.2006 im Supplement des Amtsblattes der Europäischen Union unter 2006/S 82-086983 europaweit kundgemacht. Als Schlusstermin für den Eingang der Teilnahmeanträge wurde der 19.6.2006, 12.00 Uhr, festgelegt. Laut Unterlagen zum Teilnahmeantrag (Punkt 1.6) gliedert sich das Vergabeverfahren in folgende Phasen: Teilnahmeantrag, Aufklärungsphase, Angebotsphase, Verhandlungsphase, Bietergespräche, Zuschlagserteilung. Im Rahmen der ersten Verfahrensstufe (Präqualifikation) wurden fünf Bewerber ausgewählt und zur Abgabe von Abgeboten bis 22.10.2007, 12.00 Uhr (idFd 3. Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen), eingeladen. Gemäß Pkt. A.9.5 des Teils A der Ausschreibungsunterlagen sind rechtliche, technische und wirtschaftliche Alternativ- und Abänderungsangebote nicht zugelassen. Insgesamt erfolgten fünf Berichtigungen der Ausschreibungsunterlagen. In der Folge wurden von vier Bietern Angebote eingereicht. Die gegenständliche Leistung "AS 175 - Los A1 Grundausrüstung" wurde als Bauauftrag im Oberschwellenbereich in einem Verhandlungsverfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb gemäß Paragraph 192, Absatz 5, BVergG 2006 am 28.4.2006 im Supplement des Amtsblattes der Europäischen Union unter 2006/S 82-086983 europaweit kundgemacht. Als Schlusstermin für den Eingang der Teilnahmeanträge wurde der 19.6.2006, 12.00 Uhr, festgelegt. Laut Unterlagen zum Teilnahmeantrag (Punkt 1.6) gliedert sich das Vergabeverfahren in folgende Phasen: Teilnahmeantrag, Aufklärungsphase, Angebotsphase, Verhandlungsphase, Bietergespräche, Zuschlagserteilung. Im Rahmen der ersten Verfahrensstufe (Präqualifikation) wurden fünf Bewerber ausgewählt und zur Abgabe von Abgeboten bis 22.10.2007, 12.00 Uhr (idFd 3. Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen), eingeladen. Gemäß Pkt. A.9.5 des Teils A der Ausschreibungsunterlagen sind rechtliche, technische und wirtschaftliche Alternativ- und Abänderungsangebote nicht zugelassen. Insgesamt erfolgten fünf Berichtigungen der Ausschreibungsunterlagen. In der Folge wurden von vier Bietern Angebote eingereicht.

Die Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A***, 2. B***, vertreten durch Y*** (in der Folge Antragstellerin) begehrte mit Schriftsatz vom 29.7.2008 wie im Spruch wiedergegeben. Dem weiters gestellten Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 1.8.2008, GZ N/0110-BVA/07/2008-EV10, teilweise stattgegeben.

In ihrem Schriftsatz vom 29.7.2008 brachte die Antragstellerin im Wesentlichen Folgendes vor:

Die Antragstellerin habe sich im gegenständlichen Vergabeverfahren für die

1. 2.Ziffer 2

Stufe präqualifiziert und am 22.10.2007 ihr Angebot abgegeben. Ihr Angebot weise den niedrigsten der bekannten Angebotspreise auf. Während das Angebot der Antragstellerin mit dem Betrag von Euro xxx beziffert worden sei, belaufe sich der Preis der präsumtiven Bestbieterin auf Euro xxx. Die Zuschlagsentscheidung vom 15.7.2008, wonach der Auftraggeber beabsichtige, der Bietergemeinschaft XXX, bestehend aus C***/D***, den Auftrag zu erteilen, sei der Antragstellerin am 16.7.2008 per Telefax zugestellt worden. Stufe präqualifiziert und am 22.10.2007 ihr Angebot abgegeben. Ihr Angebot weise den niedrigsten der bekannten Angebotspreise auf. Während das Angebot der Antragstellerin mit dem Betrag von Euro xxx beziffert worden sei, belaufe sich der Preis der präsumtiven Bestbieterin auf Euro xxx. Die Zuschlagsentscheidung vom 15.7.2008, wonach der Auftraggeber beabsichtige, der Bietergemeinschaft römisch 30, bestehend aus C***/D***, den Auftrag zu erteilen, sei der Antragstellerin am 16.7.2008 per Telefax zugestellt worden.

Nach den in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Zuschlagskriterien werde das beste Angebot unter Zugrundelegung des Preises sowie der Qualität ermittelt. Die Qualität werde durch zwei Kommissionen bewertet, die die Auftraggeberin als "Kommission Fahrbahnssysteme" und "Kommission Organisation" bezeichnet habe. Dabei werde die folgende Formel herangezogen:

$$\text{bewGPreis} = \text{GPreis} * [1 - (\text{KomPu} / \text{GewFa})]$$

Als "bewGPreis" werde der gewertete Gesamtpreis (netto) verstanden; sohin jene Zahl, nach der die Angebote gereiht würden;

als "GPreis" werde der Gesamtpreis (netto) gemäß Teil G5 mit Berücksichtigung und Bereinigung etwaiger Rechenfehler verstanden;
als "KomPu" werde die Punkteanzahl aus den kommissionellen Bewertungen verstanden;
unter "GewFa" werde der Gewichtungsfaktor verstanden, welcher die Gewichtung zwischen den zwei Zuschlagskriterien Preis und Qualität festlege.

Die Kommission "Fahrbahnsysteme" habe maximal 60 Punkte pro Bieter, die Kommission "Organisation" maximal 90 Punkte pro Bieter zu vergeben. Im Teil A der Ausschreibungsgrundlagen seien die Subkriterien für die beiden Kommissionen dargestellt, mit Punkten und Gewichtung unterlegt. In den Anhängen A-V und A-VI führe die Auftraggeberin die Subkriterien zu weiteren Subsubkriterien aus Bewertungskriterien samt jeweiliger Gewichtung an. Die jeweiligen Kriterien seien in 25%-Schritten (von 0% bis 100%) gewichtet. Je Kriterium sollten zumindest einem Bieter 100% zuerkannt werden, jedoch könnten bei ein und demselben Kriterium auch mehreren Bietern 100% zugestanden werden.

Die Antragstellerin sei im Bereich "Organisation" mit 55,35 von 90 erreichbaren Punkten, im Bereich "Fahrbahnsysteme" mit 35,19 von 60 erreichbaren Punkten bewertet worden. Diese Punktezueisungen seien nicht nachvollziehbar und unrichtig. Bei Prüfung der Bewertungen der Kommission "Organisation" zeige sich, dass der Antragstellerin unter Zugrundelegung der Bewertungsmaßstäbe der Auftraggeberin zumindest 12,178 Punkte aus nicht nachvollziehbaren Gründen vorenthalten worden wären und daher eine korrekte Bewertung 67,528 Punkte ergebe. Bei Prüfung der Bewertungen der Kommission "Fahrbahnsysteme" zeige sich, dass der Antragstellerin unter Zugrundelegung der im Anhang A-VI genannten Regeln zumindest 23,11 Punkte aus nicht nachvollziehbaren Gründen vorenthalten worden seien und daher eine konsequente Bewertung 58,3 Punkte ergebe. Somit sei das Gesamtergebnis "Qualität" mit 125,828 Punkten statt 90,54 Punkten zu bewerten. Umgelegt auf die Berechnungsformel $\text{bewGPreis} = \text{GPreis} * [1 - (\text{KomPu} / \text{GewFa})]$ bedeute dies folgendes Ergebnis:

$\text{bewGPreis: XXX} \text{bewGPreis: römisch } 30$

Gegenüber dem bewGPreis der präsumtiven Bestbieterin von xxx ergebe sich daher, dass das Angebot der Antragstellerin besser gewertet hätte werden müssen. Jedenfalls aber seien die Gründe für die schlechtere Bewertung gegenüber dem Angebot der präsumtiven Bestbieterin nicht transparent offen gelegt, wodurch die Zuschlagsentscheidung allein deswegen mit Rechtswidrigkeit behaftet sei.

Die Antragstellerin habe ein evidenten Interesse am Vertragsabschluss. Sie habe sich in den vergangenen rund eineinhalb Jahren an dem Vergabeverfahren beteiligt. Komme der Vertrag mit ihr nicht zu Stande, so erleide sie einen erheblichen finanziellen Schaden durch die frustrierten Aufwendungen der Beteiligung an dem rechtswidrigen Vergabeverfahren. Ebenso stelle der entgangene Gewinn in Millionenhöhe sowie der Entgang eines Projektes zur Erwirtschaftung eines Deckungsbeitrages zu den Fixkosten einen erheblichen finanziellen Schaden dar. Weiters entginge ihr ein wichtiges Referenzprojekt.

Die Antragstellerin erachte sich in ihrem Recht auf Fällung einer Zuschlagsentscheidung zu Gunsten des von ihr gelegten Angebotes, auf Durchführung einer rechtlich einwandfreien und transparenten Angebotsbewertung auf Basis nicht diskriminierender und vorweg festgelegter Zuschlagskriterien, auf Gleichbehandlung aller Bieter, auf Durchführung eines fairen Wettbewerbes, sowie gesamthaft auf Durchführung eines den gesetzlichen Bestimmungen entsprechenden Vergabeverfahrens, verletzt.

In seiner Stellungnahme vom 31.7.2008 führte der Auftraggeber aus, dass sich der geschätzte Auftragswert des Bauauftrages für das verfahrensgegenständliche Baulos A1-Grundausrüstung der Ausschreibung AS 175 auf rund Euro 253.856.000,-- (ohne USt) belaufe. Es handle sich um ein Verhandlungsverfahren gem § 192 Abs 5 BVergG. Es seien weder der Zuschlag erteilt noch eine Widerrufsentscheidung oder ein Widerruf erfolgt. Inhaltlich begehrte der Auftraggeber in dieser sowie in weiteren Stellungnahmen vom 11.8.2008 sowie vom 29.8.2008 die Zurück-, in eventu Abweisung des Antrags auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung. Der Antragstellerin seien völlig zu Recht lediglich 90,54 von 150 Punkten zuerkannt worden. Die Bewertung sei sehr wohl nachvollziehbar. Darüber hinaus mangle es der Antragstellerin an der Antragslegitimation: In seiner Stellungnahme vom 31.7.2008 führte der Auftraggeber aus, dass sich der geschätzte Auftragswert des Bauauftrages für das verfahrensgegenständliche Baulos A1-Grundausrüstung der Ausschreibung AS 175 auf rund Euro 253.856.000,-- (ohne USt) belaufe. Es handle sich um ein Verhandlungsverfahren gem Paragraph 192, Absatz 5, BVergG. Es seien weder der Zuschlag erteilt noch eine

Widerrufsentscheidung oder ein Widerruf erfolgt. Inhaltlich begehrte der Auftraggeber in dieser sowie in weiteren Stellungnahmen vom 11.8.2008 sowie vom 29.8.2008 die Zurück-, in eventu Abweisung des Antrags auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung. Der Antragstellerin seien völlig zu Recht lediglich 90,54 von 150 Punkten zuerkannt worden. Die Bewertung sei sehr wohl nachvollziehbar. Darüber hinaus mangle es der Antragstellerin an der Antragslegitimation:

Gemäß Pkt. A.10.2.3. lit q) des Teils A der Ausschreibungsunterlagen seien Angebote auszuschneiden, wenn ein anderes als im Zuge der Aufklärungsphase gem. Pkt. 1.6.2 Teil 1 des Teilnahmeantrages vorgestelltes System der Festen Fahrbahn angeboten wurde. Die Antragstellerin habe diesen zwingenden Ausscheidungsgrund verwirklicht, da sie ein anderes Fahrbahnsystem angeboten als präsentiert habe. Die Abweichungen bestünden in einer unterschiedlichen Breite der Platten der Festen Fahrbahn sowie in einem anderen Untergussmaterial. Gemäß Pkt. A.10.2.3. Litera q,) des Teils A der Ausschreibungsunterlagen seien Angebote auszuschneiden, wenn ein anderes als im Zuge der Aufklärungsphase gem. Pkt. 1.6.2 Teil 1 des Teilnahmeantrages vorgestelltes System der Festen Fahrbahn angeboten wurde. Die Antragstellerin habe diesen zwingenden Ausscheidungsgrund verwirklicht, da sie ein anderes Fahrbahnsystem angeboten als präsentiert habe. Die Abweichungen bestünden in einer unterschiedlichen Breite der Platten der Festen Fahrbahn sowie in einem anderen Untergussmaterial.

Ein ausschreibungskonformes Angebot liege auch deshalb nicht vor, da beizubringende Unterlagen und Nachweise gar nicht bzw. jedenfalls nicht schon im Angebot beigebracht worden seien. In Pkt 3.5.4.3.1, ID Nr. 68a, Teil C der Ausschreibungsunterlagen werde als Musskriterium ausdrücklich gefordert, dass das angebotene System der Festen Fahrbahn von einer europäischen Bahngesellschaft mit UIC Mitgliedschaft auf 250 km/h und für Mischverkehr zertifiziert sein müsse. Als Beglaubigung hierfür sei ein entsprechendes Zertifikat mit dem Angebot nachzuweisen. Demgegenüber liege für das von der Antragstellerin angebotene System keine derartige Zertifizierung vor. Das von der Antragstellerin beigebrachte Zertifikat gelte lediglich für das (von ihr aber nicht angebotene) Regel-System mit einer Breite von 2,55 m. Die Antragstellerin habe aber ein System mit einer reduzierten Breite von 2,40 m und Unterguss auf Zementbasis angeboten. Für dieses System habe die Antragstellerin jedoch keine Zulassung einer UIC-Bahngesellschaft nachgewiesen. Der nachträglich vorgelegte Forschungsbericht der Technischen Universität XXX, vom 9.10.2007, sei nicht geeignet das geforderte Zertifikat zu substituieren, da die TU XXX weder eine europäische Bahngesellschaft noch Mitglied der UIC sei. Das angebotene Fahrbahnsystem (2,40 m Plattenbreite und Unterguss auf Zementbasis) stelle ein anderes als das zugelassene Regelsystem der Antragstellerin dar. Darüber hinaus sei das angebotene System auch bei keiner europäischen Bahngesellschaft mit UIC Mitgliedschaft auf mindestens 50 km Gleislänge in Betrieb. Daher liege auch keine ausschreibungskonforme Referenz im Zeitpunkt der Angebotsabgabe vor. Eine Referenz oder Zertifizierung für das Regelsystem könne nicht als Referenz bzw. Zertifizierung für das tatsächlich angebotene System gelten. Mangels der Nachweise der Zertifizierung der angebotenen Plattenbreite und des angebotenen Untergusses sowie mangels ausschreibungskonformer Referenzen wäre das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden gewesen. Ein ausschreibungskonformes Angebot liege auch deshalb nicht vor, da beizubringende Unterlagen und Nachweise gar nicht bzw. jedenfalls nicht schon im Angebot beigebracht worden seien. In Pkt 3.5.4.3.1, ID Nr. 68a, Teil C der Ausschreibungsunterlagen werde als Musskriterium ausdrücklich gefordert, dass das angebotene System der Festen Fahrbahn von einer europäischen Bahngesellschaft mit UIC Mitgliedschaft auf 250 km/h und für Mischverkehr zertifiziert sein müsse. Als Beglaubigung hierfür sei ein entsprechendes Zertifikat mit dem Angebot nachzuweisen. Demgegenüber liege für das von der Antragstellerin angebotene System keine derartige Zertifizierung vor. Das von der Antragstellerin beigebrachte Zertifikat gelte lediglich für das (von ihr aber nicht angebotene) Regel-System mit einer Breite von 2,55 m. Die Antragstellerin habe aber ein System mit einer reduzierten Breite von 2,40 m und Unterguss auf Zementbasis angeboten. Für dieses System habe die Antragstellerin jedoch keine Zulassung einer UIC-Bahngesellschaft nachgewiesen. Der nachträglich vorgelegte Forschungsbericht der Technischen Universität römisch 30, vom 9.10.2007, sei nicht geeignet das geforderte Zertifikat zu substituieren, da die TU römisch 30 weder eine europäische Bahngesellschaft noch Mitglied der UIC sei. Das angebotene Fahrbahnsystem (2,40 m Plattenbreite und Unterguss auf Zementbasis) stelle ein anderes als das zugelassene Regelsystem der Antragstellerin dar. Darüber hinaus sei das angebotene System auch bei keiner europäischen Bahngesellschaft mit UIC Mitgliedschaft auf mindestens 50 km Gleislänge in Betrieb. Daher liege auch keine ausschreibungskonforme Referenz im Zeitpunkt der Angebotsabgabe vor. Eine Referenz oder Zertifizierung für das Regelsystem könne nicht als Referenz bzw.

Zertifizierung für das tatsächlich angebotene System gelten. Mangels der Nachweise der Zertifizierung der angebotenen Plattenbreite und des angebotenen Untergusses sowie mangels ausschreibungskonformer Referenzen wäre das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden gewesen.

Gemäß Pkt B.5.2.2.6, Teil B der Ausschreibungsunterlage, sei ein den Bedürfnissen der Ausrüstungslose entsprechender, geregelter schienengebundener Fahrbetrieb zu organisieren. Die notwendigen Regeln der Betriebsführung seien vorzugeben und eine eisenbahnbetriebsdienstliche Organisation aufzubauen. Diese regle die Durchführung des Bahnbetriebes innerhalb der Baustelle. Pkt B.5.2.2.13, Teil B der Ausschreibungsunterlage, regle überdies, dass dem Leitstand Logistik die Aufgabe und Verantwortlichkeit der Betriebsführung (Fahrdienstleitung) des schienengebundenen Verkehrs auf der Baustelle zukomme. Wenn die Antragstellerin in ihrem Nachprüfungsantrag nun vorbringe, dass die gesamte Materiallieferung durch Lkw erfolge, so könne sich dies nur auf ihre eigenen Materiallieferungen beziehen und nicht auf die für andere Ausrüstungslose. Mit dem Vorbringen, dass aus diesem Grund keine bahnbetriebliche Qualifikation erforderlich sei, verstoße sie daher ganz klar gegen die Ausschreibungsunterlagen, welche explizit die eisenbahnbetriebsdienstliche Organisation auch für die anderen Ausrüstungslose vorschreibe. Habe die Antragstellerin jedoch doch einen ausschreibungskonformen Bahnbetrieb im Zuge der Errichtungsphase angeboten, so sei die geringe Bewertung mangels bahnbetrieblichen Know-hows jedenfalls gerechtfertigt.

Weiters seien gemäß Pkt A.10.2.3 lit g) des Teils A der Ausschreibungsunterlagen Angebote auszuschneiden, wenn sie den Ausschreibungsbestimmungen widersprechen oder fehlerhaft bzw. unvollständig sind, sofern die Mängel nicht behoben werden oder nicht behebbare sind, oder die rechtsgültige Fertigung fehlt (vgl. Pkt. A.9.1.1 und A.9.1.2). Die Zustimmungserklärung diverser Subunternehmer sei jedoch nicht von der (den) vertretungsbefugten Person(en) unterfertigt, sondern nur "i.A" bzw. "i.V."; auch seien die Unterschriften unleserlich. Darüber hinaus sei im Zusammenhang mit der "in Vertretung" ("i.V.") unterfertigten Zustimmungserklärung weder eine Vollmacht beigelegt noch nachträglich beigebracht worden. Daher liege auch hier ein nicht behobener Mangel vor. Darüber hinaus habe es die Antragstellerin entgegen § 257 Abs. 1 Z 2 BVergG iVm § 188 Abs 1 BVergG unterlassen, für einige namhaft gemachte Subunternehmer, die eindeutig reglementierte Gewerbe iSd GewO ausüben würden, im Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung Bescheide über die Erteilung der Anerkennung bzw. den Ausspruch der Gleichhaltung gemäß den §§ 373c, 373d und 373e GewO vorzulegen. Weiters habe sie auch nicht den Nachweis erbracht, dass sie vor Ablauf der Angebotsfrist einen Antrag auf Erteilung der Anerkennung bzw. den Ausspruch der Gleichhaltung eingebracht habe. Damit verstoße die Antragstellerin ausdrücklich gegen die Festlegung in Pkt. 3.1.1 des Teilnahmeantrages, die Festlegung im Zuge des Aufklärungsgesprächs vom 10.12.2007 und § 188 Abs 1 iVm § 269 Abs 1 Z 7 BVergG. Weiters seien gemäß Pkt A.10.2.3 Litera g,) des Teils A der Ausschreibungsunterlagen Angebote auszuschneiden, wenn sie den Ausschreibungsbestimmungen widersprechen oder fehlerhaft bzw. unvollständig sind, sofern die Mängel nicht behoben werden oder nicht behebbare sind, oder die rechtsgültige Fertigung fehlt vergleiche Pkt. A.9.1.1 und A.9.1.2). Die Zustimmungserklärung diverser Subunternehmer sei jedoch nicht von der (den) vertretungsbefugten Person(en) unterfertigt, sondern nur "i.A" bzw. "i.V."; auch seien die Unterschriften unleserlich. Darüber hinaus sei im Zusammenhang mit der "in Vertretung" ("i.V.") unterfertigten Zustimmungserklärung weder eine Vollmacht beigelegt noch nachträglich beigebracht worden. Daher liege auch hier ein nicht behobener Mangel vor. Darüber hinaus habe es die Antragstellerin entgegen Paragraph 257, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG in Verbindung mit Paragraph 188, Absatz eins, BVergG unterlassen, für einige namhaft gemachte Subunternehmer, die eindeutig reglementierte Gewerbe iSd GewO ausüben würden, im Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung Bescheide über die Erteilung der Anerkennung bzw. den Ausspruch der Gleichhaltung gemäß den Paragraphen 373 c, 373 d und 373 e GewO vorzulegen. Weiters habe sie auch nicht den Nachweis erbracht, dass sie vor Ablauf der Angebotsfrist einen Antrag auf Erteilung der Anerkennung bzw. den Ausspruch der Gleichhaltung eingebracht habe. Damit verstoße die Antragstellerin ausdrücklich gegen die Festlegung in Pkt. 3.1.1 des Teilnahmeantrages, die Festlegung im Zuge des Aufklärungsgesprächs vom 10.12.2007 und Paragraph 188, Absatz eins, in Verbindung mit Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG.

Mit Schriftsätzen vom 12.8.2008 und vom 28.8.2008 erhob die Bietergemeinschaft XXX, bestehend aus 1. C***, 2. D***, vertreten durch Z*** (idF präsumtive Zuschlagsempfängerin) begründete Einwendungen. Mit Schriftsätzen vom 12.8.2008 und vom 28.8.2008 erhob die Bietergemeinschaft römisch 30, bestehend aus 1. C***, 2. D***, vertreten durch Z*** in der Fassung präsumtive Zuschlagsempfängerin) begründete Einwendungen.

Mit Schriftsatz vom 19.8.2008 brachte die Antragstellerin replizierend vor, dass die in den Unterlagen vorgegebene

Systembreite von 2,40 m exakt jener des Systems EE*** entspreche und kein anderes System diese Breite aufweise. Alle Bieter mit Ausnahme derjenigen, die das Fertigteilsystem der Bauart EE*** verwendeten, hätten sohin eine Sonderzulassung erwirken müssen. Da der Antragstellerin bewusst gewesen sei, die geforderte Breite nicht ohne weitere Zulassung erfüllen zu können, habe sie entsprechende Anfragen an den Auftraggeber gerichtet und klargestellt, dass für das von ihr den Vorgaben entsprechend in der Breite von 2,40 m reduzierte System eine Zulassung erst nachgereicht werden könne; tatsächlich liege diese Zulassung mittlerweile vor. Vorweg sei die Gleichwertigkeit durch den Forschungsbericht der TU XXX vom 9.10.2007 nachgewiesen worden. Dies sei vom Auftraggeber auch nie beanstandet worden. Die Abweichung der Systembreite um 0,15 m sei im Verlauf der Gespräche diskutiert worden, der Antragstellerin jedoch versichert worden, dass dies kein Problem darstellen würde. Kriterium Nr 68a sei erst im Rahmen der 2. Berichtigung der Ausschreibung nachträglich eingefügt worden. Mit diesem Kriterium werde unter anderem der Nachweis eines Betriebs des verwendeten Systems auf 50 km Gleislänge gefordert. Diese Vorgabe könne sich aber nur auf das jeweils angebotene Regelsystem bezogen haben und nicht auf das (technisch bis auf die Breitenabweichung idente) System mit einer reduzierten Breite von 2,40 m, da die Breitenvorgabe von 2,40 m ausschließlich vom diskriminierend bevorzugten EE*** erfüllt werde und für alle anderen Systeme die geforderte Referenzlänge von 50 km von vornherein nicht nachgewiesen hätte werden können. Im Zuge der Privatisierung der Deutschen Bahn sei in Deutschland das Eisenbahnbundesamt (EBA) geschaffen worden, welches seither die Zertifizierungen vornehme. Das EBA könne als Behörde aber kein Mitglied der UIC sein. Die mittlerweile vorliegende Zulassung des Systems mit reduzierter Breite durch die EBA sei daher gleichwertig. Die Antragstellerin habe auch die Anforderungen der Baubeschreibung, Pkt. 5.2.2.6 Bahnbetrieb, durch die Darstellung der Logistikorganisation in den Angebotsunterlagen erfüllt. Mit Schriftsatz vom 19.8.2008 brachte die Antragstellerin replizierend vor, dass die in den Unterlagen vorgegebene Systembreite von 2,40 m exakt jener des Systems EE*** entspreche und kein anderes System diese Breite aufweise. Alle Bieter mit Ausnahme derjenigen, die das Fertigteilsystem der Bauart EE*** verwendeten, hätten sohin eine Sonderzulassung erwirken müssen. Da der Antragstellerin bewusst gewesen sei, die geforderte Breite nicht ohne weitere Zulassung erfüllen zu können, habe sie entsprechende Anfragen an den Auftraggeber gerichtet und klargestellt, dass für das von ihr den Vorgaben entsprechend in der Breite von 2,40 m reduzierte System eine Zulassung erst nachgereicht werden könne; tatsächlich liege diese Zulassung mittlerweile vor. Vorweg sei die Gleichwertigkeit durch den Forschungsbericht der TU römisch 30 vom 9.10.2007 nachgewiesen worden. Dies sei vom Auftraggeber auch nie beanstandet worden. Die Abweichung der Systembreite um 0,15 m sei im Verlauf der Gespräche diskutiert worden, der Antragstellerin jedoch versichert worden, dass dies kein Problem darstellen würde. Kriterium Nr 68a sei erst im Rahmen der 2. Berichtigung der Ausschreibung nachträglich eingefügt worden. Mit diesem Kriterium werde unter anderem der Nachweis eines Betriebs des verwendeten Systems auf 50 km Gleislänge gefordert. Diese Vorgabe könne sich aber nur auf das jeweils angebotene Regelsystem bezogen haben und nicht auf das (technisch bis auf die Breitenabweichung idente) System mit einer reduzierten Breite von 2,40 m, da die Breitenvorgabe von 2,40 m ausschließlich vom diskriminierend bevorzugten EE*** erfüllt werde und für alle anderen Systeme die geforderte Referenzlänge von 50 km von vornherein nicht nachgewiesen hätte werden können. Im Zuge der Privatisierung der Deutschen Bahn sei in Deutschland das Eisenbahnbundesamt (EBA) geschaffen worden, welches seither die Zertifizierungen vornehme. Das EBA könne als Behörde aber kein Mitglied der UIC sein. Die mittlerweile vorliegende Zulassung des Systems mit reduzierter Breite durch die EBA sei daher gleichwertig. Die Antragstellerin habe auch die Anforderungen der Baubeschreibung, Pkt. 5.2.2.6 Bahnbetrieb, durch die Darstellung der Logistikorganisation in den Angebotsunterlagen erfüllt.

Eine Anerkennung oder Gleichhaltung gemäß § 373 c und § 373 d GewO 1994 sei gemäß dem Ausschreibungswortlaut "von der BEWGE" zu erbringen, von ihr wäre allenfalls eine Anerkennung oder Gleichhaltung einzuleiten gewesen, eine Bestätigung darüber habe spätestens bis zur Zuschlagsentscheidung vorliegen müssen. Diesem Erfordernis sei die Antragstellerin auch nachgekommen und zwar dadurch, dass sie mit Schreiben vom 10.10.2006 den entsprechenden Bescheid vorgelegt habe. Für Subunternehmer werde dieser Nachweis nicht gefordert, daher sei die Bietergemeinschaft auch nie zur Vorlage entsprechender Unterlagen aufgefordert worden. Eine Anerkennung oder Gleichhaltung gemäß Paragraph 373, c und Paragraph 373, d GewO 1994 sei gemäß dem Ausschreibungswortlaut "von der BEWGE" zu erbringen, von ihr wäre allenfalls eine Anerkennung oder Gleichhaltung einzuleiten gewesen, eine Bestätigung darüber habe spätestens bis zur Zuschlagsentscheidung vorliegen müssen. Diesem Erfordernis sei die

Antragstellerin auch nachgekommen und zwar dadurch, dass sie mit Schreiben vom 10.10.2006 den entsprechenden Bescheid vorgelegt habe. Für Subunternehmer werde dieser Nachweis nicht gefordert, daher sei die Bietergemeinschaft auch nie zur Vorlage entsprechender Unterlagen aufgefordert worden.

Die Antragstellerin machte in diesem Schriftsatz darüber hinaus als weitere verletzte Rechte die Unterlassung des gebotenen Widerrufs, die Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes und des Rechts auf neuerliche Teilnahme an einem allenfalls folgenden Vergabeverfahren geltend.

Im Zuge des Ermittlungsverfahrens teilte das Eisenbahn-Bundesamt mit Schreiben vom 26.8.2008 dem erkennenden Senat Folgendes mit:

"[...] Grundsätzlich sind die geometrischen Abmessungen von Fertigteilplatten bei Feste-Fahrbahnsystemen zulassungsrelevant. Bei Abweichungen von der Zulassung sind bei Verwendung bei den Eisenbahnen des Bundes Änderungs-/Ergänzungsbescheide oder eventuell eine Zustimmung im Einzelfall (Z.i.E.) erforderlich. [...]"

Am 2. September 2008 fand vor dem Bundesvergabeamt eine mündliche Verhandlung statt.

Dabei gab die Antragstellerin (Herr F***) an, dass bei der Präsentation am 6.12.2006 das Regelsystem FF GG*** mit einer Plattenbreite von 2,55 m und einem Unterguss aus Bitumen-Zement-Mörtel präsentiert worden sei. Angeboten seien eine Plattenbreite von 2,40 m und ein Unterguss auf Zementbasis. Es werde auf Anhang VI, Allgemeine Unterlagen, Z 4 (Seite 2 v. 13) hingewiesen, worin der Auftraggeber festgelegt habe, dass eine Begründung der Unterschiede des ursprünglich zugelassenen Festen Fahrbahnsystems zu jenen des angebotenen Systems, falls Abänderungen bzw. Modifikationen im Zuge des gegenständlichen Projektes am festen Fahrbahnsystem durchgeführt werden, vorzulegen sei. In einer Nachlieferung zur Präsentation (11.1.2007) habe die Antragstellerin darauf hingewiesen, dass das angebotene System angepasst werde. Herr H*** ergänzte, dass es sich hierbei um projektspezifische Änderungen am System, nicht jedoch um eine Änderung des Systems Feste Fahrbahn GG*** handle. Dabei gab die Antragstellerin (Herr F***) an, dass bei der Präsentation am 6.12.2006 das Regelsystem FF GG*** mit einer Plattenbreite von 2,55 m und einem Unterguss aus Bitumen-Zement-Mörtel präsentiert worden sei. Angeboten seien eine Plattenbreite von 2,40 m und ein Unterguss auf Zementbasis. Es werde auf Anhang römisch sechs, Allgemeine Unterlagen, Ziffer 4, (Seite 2 v. 13) hingewiesen, worin der Auftraggeber festgelegt habe, dass eine Begründung der Unterschiede des ursprünglich zugelassenen Festen Fahrbahnsystems zu jenen des angebotenen Systems, falls Abänderungen bzw. Modifikationen im Zuge des gegenständlichen Projektes am festen Fahrbahnsystem durchgeführt werden, vorzulegen sei. In einer Nachlieferung zur Präsentation (11.1.2007) habe die Antragstellerin darauf hingewiesen, dass das angebotene System angepasst werde. Herr H*** ergänzte, dass es sich hierbei um projektspezifische Änderungen am System, nicht jedoch um eine Änderung des Systems Feste Fahrbahn GG*** handle.

Der Auftraggebervertreter erwiderte, dass aus der obzitierten Anlage VI (1. Berichtigung) nicht abgeleitet werden könne, dass etwas anderes angeboten werden dürfe als präsentiert worden sei. Darüber hinaus sei Regelungsgegenstand der obzitierten Bestimmung nicht eine Zulassung von Änderungen des angebotenen Systems im Verhältnis zum präsentierten System. Mit dieser Regelung sollte lediglich sichergestellt werden, dass bei Anbieten eines anderen Systems als des Regelsystems eine vollständige Dokumentation aller erforderlichen Zulassungen stattfindet. Auch in dieser Unterlage würden alle erforderlichen behördlichen Systemzulassungen gefordert. Im Übrigen handle es sich bei dieser Unterlage nur um die Anforderung von Unterlagen für die Bewertungskommission nicht jedoch um Unterlagen für die Angebotsprüfungskommission. Die Unterlagen wären daher nur für die Bewertungskommission relevant nicht jedoch für die Angebotsprüfungskommission. Der Auftraggebervertreter erwiderte, dass aus der obzitierten Anlage römisch sechs (1. Berichtigung) nicht abgeleitet werden könne, dass etwas anderes angeboten werden dürfe als präsentiert worden sei. Darüber hinaus sei Regelungsgegenstand der obzitierten Bestimmung nicht eine Zulassung von Änderungen des angebotenen Systems im Verhältnis zum präsentierten System. Mit dieser Regelung sollte lediglich sichergestellt werden, dass bei Anbieten eines anderen Systems als des Regelsystems eine vollständige Dokumentation aller erforderlichen Zulassungen stattfindet. Auch in dieser Unterlage würden alle erforderlichen behördlichen Systemzulassungen gefordert. Im Übrigen handle es sich bei dieser Unterlage nur um die Anforderung von Unterlagen für die Bewertungskommission nicht jedoch um Unterlagen für die Angebotsprüfungskommission. Die Unterlagen wären daher nur für die Bewertungskommission relevant nicht jedoch für die Angebotsprüfungskommission.

Der Vertreter der präsumentiven Zuschlagsempfängerin ergänzte, dass es sich hierbei lediglich um eine Anordnung zum besseren Verständnis und zur Prüfung der Plausibilität handle, nicht aber um eine sonstige Festlegung während der Verhandlungsphase.

Der Vertreter der Antragstellerin erwiderte, dass diese Unterlage sehr wohl Teil der Ausschreibungsunterlagen gewesen sei und es sich bei der Zulässigkeit von projektspezifischen Modifikationen jedenfalls um sonstige Festlegungen während der Verhandlungsphase gehandelt habe (Abgabeexemplar Teil 1, technische Unterlagen Register 2, 1. Nachsendung).

Auf Vorhalt des Auftraggebervertreters, dass mit Bescheid vom 9.9.2004 des EBA eine Zulassung für einen Untergussmörtel ohne Bitumenemulsion als Untergussmaterial erteilt worden sei, gab die Antragstellerin (Herr F***) an, dass eine Änderung des Untergussmörtels ohne Bitumenemulsion nicht als projektspezifische Änderung des Systems angesehen werden könne. Es handle sich dabei um eine Variationsmöglichkeit des Systems. Für alle Variationsmöglichkeiten seien Zulassungen jedoch erforderlich und auch vorhanden. Für eine Änderung der Plattenbreite sei wohl ein formeller Akt erforderlich. So habe das EBA auf fernmündliche Anfrage erklärt, dass es jedenfalls eine Ergänzung der Zulassung aussprechen würde.

Herr F*** bestätigte, dass die Antragstellerin keine Zulassung für eine Systembreite von 2,40 m außer jener vom 6.12.2007 habe. Eine Referenz entsprechend ID-Nr. 68a, Teil C der Ausschreibungsunterlage für eine Systembreite von 2,40 m Plattenbreite habe die Antragstellerin nicht. Darüber hinaus gebe es, abgesehen von der Neubaustrecke XXX mit 0,15 km keine Referenz für bitumenfreien Unterguss. Die FF in China sei jedenfalls nicht bei einer europäischen Bahngesellschaft mit UIC-Mitgliedschaft in Betrieb. Teile der Ausschreibungsunterlage seien der Antragstellerin vor der Präsentation zugestellt worden. Herr F*** bestätigte, dass die Antragstellerin keine Zulassung für eine Systembreite von 2,40 m außer jener vom 6.12.2007 habe. Eine Referenz entsprechend ID-Nr. 68a, Teil C der Ausschreibungsunterlage für eine Systembreite von 2,40 m Plattenbreite habe die Antragstellerin nicht. Darüber hinaus gebe es, abgesehen von der Neubaustrecke römisch 30 mit 0,15 km keine Referenz für bitumenfreien Unterguss. Die FF in China sei jedenfalls nicht bei einer europäischen Bahngesellschaft mit UIC-Mitgliedschaft in Betrieb. Teile der Ausschreibungsunterlage seien der Antragstellerin vor der Präsentation zugestellt worden.

Der Auftraggebervertreter hielt der Antragstellerin vor, dass sie sohin vor der Präsentation alle Informationen gehabt habe, um zu wissen, dass ihr Regelsystem nicht ausschreibungskonform angeboten werden könne. Der Antragstellervertreter erwiderte, dass eine Anpassung der Plattenbreite keine Systemänderung darstelle. Dies wohl auch nicht nach Ansicht des Auftraggebers, andernfalls hätte das Angebot der Antragstellerin sofort ausgeschieden werden müssen. Systemspezifisch GG*** sei laut Aussage von Herrn F*** die Längskoppelung. Die Längskoppelung sei auch patentrechtlich geschützt.

Herr F*** ergänzte, dass im Rahmen der Präsentation die Neubaustrecke XXX vorgestellt worden sei, die auch als Referenz angeführt gewesen sei. Daher sei der Unterguss auf Bitumen-Zement-Mörtel präsentiert worden; mögliche Ergänzungen seien im Rahmen der Präsentation vorgestellt worden, wie beispielsweise Stahlfaserbewehrung aber auch bitumenfreier Unterguss und darüber hinausgehende Sonderteile. Eine Änderung des Untergusses auf bitumenfreien Zement gründe sich in der einfacheren, mit regionalen Baustoffen in der erforderlichen Qualität möglichen Herstellung. Herr F*** ergänzte, dass im Rahmen der Präsentation die Neubaustrecke römisch 30 vorgestellt worden sei, die auch als Referenz angeführt gewesen sei. Daher sei der Unterguss auf Bitumen-Zement-Mörtel präsentiert worden; mögliche Ergänzungen seien im Rahmen der Präsentation vorgestellt worden, wie beispielsweise Stahlfaserbewehrung aber auch bitumenfreier Unterguss und darüber hinausgehende Sonderteile. Eine Änderung des Untergusses auf bitumenfreien Zement gründe sich in der einfacheren, mit regionalen Baustoffen in der erforderlichen Qualität möglichen Herstellung.

Der Auftraggebervertreter erwiderte, dass, wie sich aus der Präsentation selbst ergebe, über das Regelsystem hinaus, keine Änderungen/Varianten präsentiert worden seien. Die Herren I*** und J*** gaben zu Protokoll, dass ihrer Erinnerung nach bei der Präsentation keine Varianten des präsentierten Regelsystems vorgestellt worden seien. Alles Relevante sei im Besprechungsprotokoll vom 6.12.2006 festgehalten und von allen Anwesenden unterfertigt worden.

Herr F*** führte aus, dass wesentliche Änderungen des Regelsystems die Vorspannung sowie die Längskoppelung seien. Die Längskoppelung sei Teil des Angebotes gewesen. Die Frage des Auftraggebervertreters, ob eine durchgehende Längskoppelung Inhalt des Angebotes gewesen sei, wurde von Herrn F*** bejaht, ebenso sei auch eine

durchgehende Längskoppelung präsentiert worden.

Der Auftraggebervertreter erwiderte, dass auf Seite 95 des Angebotes keine durchgehende Längskoppelung angeboten, jedoch eine durchgehende Längskoppelung präsentiert worden sei. Dies stelle nach Ansicht der Antragstellerin eine wesentliche Änderung des Regelsystems dar. Der Antragstellervertreter bestritt dies und führte an, dass sehr wohl eine durchgehende Längskoppelung angeboten worden sei. Dies ergebe sich sowohl aus dem Angebot (Seite 94) als auch aus der Antwort des Auftraggebers vom 30.8.2007.

Herr F*** gab an, dass der Antragstellerin im Zeitpunkt der Präsentation bereits bekannt gewesen sei, dass der Unterguss aus Bitumen-Zement-Mörtel nicht angeboten werden würde.

Der Auftraggebervertreter wies darauf hin, dass im Teilnahmeantrag, Teil 1, Seite 8 ausdrücklich darauf hingewiesen werde, dass in der Präsentation die vorgeschlagenen Systeme der Festen Fahrbahn zu präsentieren seien.

Der Antragstellervertreter erwiderte, dass gemäß Pkt. A.10.2.3 lit.q des Teils A der Ausschreibungsunterlage Angebote auszuscheiden seien, wenn ein anderes als im Zuge der Aufklärungsphase vorgestelltes System der Festen Fahrbahn angeboten worden sei. Der Begriff des Systems Feste Fahrbahn sei im Glossar des Auftraggebers definiert, wobei es sich über Bauarten definiere, die exemplarisch aufgezählt seien. Dementsprechend sei gemäß Pkt. 1.6.2 zunächst ausdrücklich zugelassen, dass Bieter mehr als ein System Feste Fahrbahn vorstellen könnten, danach jedoch lediglich ein System angeboten und ein nicht Präsentiertes keinesfalls gewählt werden dürfe. Die Antragstellerin habe das System Feste Fahrbahn GG*** präsentiert und angeboten und keinen Wechsel auf ein anderes System, wie etwa EE*** vorgenommen. Der Auftraggebervertreter bestritt die Richtigkeit dieses Vorbringens und verwies auf seine Schriftsätze. Der Antragstellervertreter erwiderte, dass gemäß Pkt. A.10.2.3 Litera q, des Teils A der Ausschreibungsunterlage Angebote auszuscheiden seien, wenn ein anderes als im Zuge der Aufklärungsphase vorgestelltes System der Festen Fahrbahn angeboten worden sei. Der Begriff des Systems Feste Fahrbahn sei im Glossar des Auftraggebers definiert, wobei es sich über Bauarten definiere, die exemplarisch aufgezählt seien. Dementsprechend sei gemäß Pkt. 1.6.2 zunächst ausdrücklich zugelassen, dass Bieter mehr als ein System Feste Fahrbahn vorstellen könnten, danach jedoch lediglich ein System angeboten und ein nicht Präsentiertes keinesfalls gewählt werden dürfe. Die Antragstellerin habe das System Feste Fahrbahn GG*** präsentiert und angeboten und keinen Wechsel auf ein anderes System, wie etwa EE*** vorgenommen. Der Auftraggebervertreter bestritt die Richtigkeit dieses Vorbringens und verwies auf seine Schriftsätze.

Mit e-Mail vom 9.9.2008 teilte das EBA dem erkennenden Senat mit, dass neue Feste-Fahrbahn-Systeme oder wesentliche Änderungen an bereits vorhandenen Konstruktionen vor dem Einbau im Betriebsgleis geprüft und vorab durch das EBA zugelassen würden. Die Zulassung zur Betriebserprobung, als erste Stufe zur (Allgemeinen) Zulassung sei in der Regel auf fünf Jahre befristet, da sich die Schwächen eines Systems - bei entsprechend hoher Betriebsbelastung - erfahrungsgemäß in den ersten fünf Jahren zeigen würden. Die Änderung der Plattenbreite sei aus Sicht des EBA eine wesentliche Änderung, weil es sich um einen sicherheitsrelevanten Parameter handle. Das EBA betrachte insbesondere das Verhalten der FF bezüglich der Sicherheit.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

I. Anwendbare Rechtslage:römisch eins. Anwendbare Rechtslage:

Das Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG 2006), BGBl I Nr. 17/2006, wurde mit BGBl I Nr. 86/2007, kundgemacht im Bundesgesetzblatt am 26.11.2007, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind grundsätzlich mit dem zweiten der Kundmachung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 86/2007, folgenden Monatsersten, somit am 1.1.2008, in Kraft getreten. Das Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG 2006), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, wurde mit Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007,, kundgemacht im Bundesgesetzblatt am 26.11.2007, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind grundsätzlich mit dem zweiten der Kundmachung des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007,, folgenden Monatsersten, somit am 1.1.2008, in Kraft getreten.

Gemäß § 345 Abs. 13 Z 1 letzter Satz BVerG in der Fassung der zitierten Novelle, sind jedoch im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes BGBl I Nr. 86 /2007, bereits eingeleitete Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Das Vergabeverfahren war im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes BGBl I Nr. 86/2007, bereits eingeleitet. Daraus folgt, dass der Auftraggeber dem gegenständlichen Vergabeverfahren die Regelungen des BVerG 2006 in seiner Stammfassung des BGBl I Nr. 17/2006, zu Grunde zu legen hat. Ebenso hat das

Bundesvergabeamt zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens die Regelungen des BVergG 2006 in seiner Stammfassung des BGBl I Nr. 17/2006, als Prüfmaßstab heranzuziehen. Gemäß Paragraph 345, Absatz 13, Ziffer eins, letzter Satz BVergG in der Fassung der zitierten Novelle, sind jedoch im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007,, bereits eingeleitete Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Das Vergabeverfahren war im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007,, bereits eingeleitet. Daraus folgt, dass der Auftraggeber dem gegenständlichen Vergabeverfahren die Regelungen des BVergG 2006 in seiner Stammfassung des Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, zu Grunde zu legen hat. Ebenso hat das Bundesvergabeamt zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens die Regelungen des BVergG 2006 in seiner Stammfassung des Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, als Prüfmaßstab heranzuziehen.

Das Nachprüfungsverfahren ist vom Bundesvergabeamt jedoch nach den Bestimmungen des BVergG 2006 idF der Novelle BGBl I Nr. 86/2007, durchzuführen (e contrario § 345 Abs. 13 Z 2 2. Satz BVergG 2006 idF der zitierten Novelle, wonach im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes BGBl I Nr. 86/2007, beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren vom Bundesvergabeamt nach der bisherigen Rechtslage fortzuführen sind). Das Nachprüfungsverfahren ist vom Bundesvergabeamt jedoch nach den Bestimmungen des BVergG 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007,, durchzuführen (e contrario Paragraph 345, Absatz 13, Ziffer 2, 2. Satz BVergG 2006 in der Fassung der zitierten Novelle, wonach im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007,, beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren vom Bundesvergabeamt nach der bisherigen Rechtslage fortzuführen sind).

II. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes:römisch zwei. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes:

Bei der Brenner Eisenbahn GmbH handelt es sich um ein im Sektorenbereich tätiges Unternehmen. Sie ist öffentlicher Auftraggeber iSv § 3 Abs 1 Z 2 iVm §§ 164 und 169 BVergG 2006 (vgl. BVA 1.2.2008, N/0121-BVA/07/2007-41). Bei der Brenner Eisenbahn GmbH handelt es sich um ein im Sektorenbereich tätiges Unternehmen. Sie ist öffentlicher Auftraggeber iSv Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, in Verbindung mit Paragraphen 164 und 169 BVergG 2006 (vergleiche BVA 1.2.2008, N/0121-BVA/07/2007-41).

Der gegenständliche Auftrag ist als Bauauftrag gemäß § 4 iVm § 174 BVergG 2006 einzustufen. Das Vergabeverfahren wird als Verhandlungsverfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt. Nach den Angaben der Auftraggeberin beträgt der geschätzte Auftragswert des gegenständlichen Bauloses A1-Grundausrüstung der Ausschreibung AS 175 rund Euro 253.856.000,-- (ohne USt), sodass es sich gemäß § 180 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 um einen Auftrag im Oberschwellenbereich handelt. Der gegenständliche Auftrag ist als Bauauftrag gemäß Paragraph 4, in Verbindung mit Paragraph 174, BVergG 2006 einzustufen. Das Vergabeverfahren wird als Verhandlungsverfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt. Nach den Angaben der Auftraggeberin beträgt der geschätzte Auftragswert des gegenständlichen Bauloses A1-Grundausrüstung der Ausschreibung AS 175 rund Euro 253.856.000,-- (ohne USt), sodass es sich gemäß Paragraph 180, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 um einen Auftrag im Oberschwellenbereich handelt.

Der Nachprüfungsantrag wurde innerhalb der gemäß § 321 Abs 1 Z 7 BVergG vorgesehenen Frist beim Bundesvergabeamt eingebracht, sodass der Antrag jedenfalls als rechtzeitig zu qualifizieren ist. Die Antragstellerin bekämpft als gesondert anfechtbare Entscheidung die Zuschlagsentscheidung gemäß § 2 Z 16 lit a sublit. dd BVergG. Laut Stellungnahme des Auftraggebers vom 31.7.2008 wurde weder der Zuschlag erteilt noch erging eine Widerrufsentscheidung oder erfolgte der Widerruf des Vergabeverfahrens. Der Nachprüfungsantrag wurde innerhalb der gemäß Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG vorgesehenen Frist beim Bundesvergabeamt eingebracht, sodass der Antrag jedenfalls als rechtzeitig zu qualifizieren ist. Die Antragstellerin bekämpft als gesondert anfechtbare Entscheidung die Zuschlagsentscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d, BVergG. Laut Stellungnahme des Auftraggebers vom 31.7.2008 wurde weder der Zuschlag erteilt noch erging eine Widerrufsentscheidung oder erfolgte der Widerruf des Vergabeverfahrens.

III. Zulässigkeit des Antrages:römisch drei. Zulässigkeit des Antrages:

Wenngleich die Antragstellerin zu keinem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens vom Auftraggeber formell ausgeschieden wurde, ist die Antragslegitimation der Antragstellerin von Amts wegen zu prüfen. So hält der VwGH in ständiger Rechtsprechung fest, dass einem Bieter, dessen Angebot auszuschneiden gewesen wäre (aber nicht ausgeschieden

wurde), keine Antragslegitimation im Nachprüfungsverfahren zukommt, weil er für die Zuschlagserteilung ohnehin nicht in Betracht käme und ihm daher durch die behauptete Rechtswidrigkeit kein Schaden entstehen bzw. drohen kann (vgl. VwGH 28.3.2007, 2005/04/200). Dabei hat der VwGH nicht danach unterschieden, ob das Vorliegen einzelner Ausscheidensgründe erst im Nachprüfungsverfahren hervorgekommen ist, oder ob der Auftraggeber Teile seiner durchgeführten Angebotsprüfung revidiert. Der Auftraggeber behauptet nun im Nachprüfungsverfahren, dass der Antragstellerin die Antragslegitimation fehle. Wenngleich die Antragstellerin zu keinem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens vom Auftraggeber formell ausgeschieden wurde, ist die Antragslegitimation der Antragstellerin von Amts wegen zu prüfen. So hält der VwGH in ständiger Rechtsprechung fest, dass einem Bieter, dessen Angebot auszuschneiden gewesen wäre (aber nicht ausgeschieden wurde), keine Antragslegitimation im Nachprüfungsverfahren zukommt, weil er für die Zuschlagserteilung ohnehin nicht in Betracht käme und ihm daher durch die behauptete Rechtswidrigkeit kein Schaden entstehen bzw. drohen kann (vergleiche VwGH 28.3.2007, 2005/04/200). Dabei hat der VwGH nicht danach unterschieden, ob das Vorliegen einzelner Ausscheidensgründe erst im Nachprüfungsverfahren hervorgekommen ist, oder ob der Auftraggeber Teile seiner durchgeführten Angebotsprüfung revidiert. Der Auftraggeber behauptet nun im Nachprüfungsverfahren, dass der Antragstellerin die Antragslegitimation fehle.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass - abgesehen von der nun bekämpften Zuschlagsentscheidung - im Laufe des Vergabeverfahrens keine Entscheidungen des Auftraggebers iSd § 2 Z 16 lit a sublit. dd BVergG angefochten wurden. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass - abgesehen von der nun bekämpften Zuschlagsentscheidung - im Laufe des Vergabeverfahrens keine Entscheidungen des Auftraggebers iSd Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d, BVergG angefochten wurden.

Punkt 1.6.2 der Unterlagen zum Teilnahmeantrag lautet:

"Ziel der Aufklärungsphase ist die Spezifikation und Erläuterung des technischen Inhaltes des von der BEWGE in der Folge zu erstellenden Angebotes. Die Aussendung zur Aufklärungsphase enthält für das Projekt folgende vertiefte Informationen:

1. a) Litera a

Technische Informationen

- -Strichaufzählung
Ergänzungen zur Baubeschreibung
- -Strichaufzählung
Ergänzungen zur Baulogistik
- -Strichaufzählung
weitere technische Mindestanforderungen an die Systeme

2. b) Litera b

wichtige Anforderungen und Fragestellungen für die Aufklärungsphase

- -Strichaufzählung
Lösungsvorschläge Bauzeit-, Bauablaufplan, Forcierungsmaßnahmen
- -Strichaufzählung
Logistik
- -Strichaufzählung
Fahrbahnsystem
- -Strichaufzählung
Lösungen zu funktional beschriebenen Leistungsteilen

Die BEWGE hat in dieser Phase des Verfahrens die von ihr vorgeschlagenen technischen Lösungen der BEG vorzustellen. Dies geschieht im Wesentlichen in Form einer Präsentation, bei der unter anderem die nachstehenden Inhalte vorzustellen sind:

- -Strichaufzählung
Präsentation der durch die BEWGE vorgeschlagenen Systeme bzw. Anlagenteile, insbesondere vorgeschlagene Systeme der festen Fahrbahn
- -Strichaufzählung
technische Spezifikation der wesentlichen Systemkomponenten und aller Anlagenteile, insbesondere der Weichen

- -Strichaufzählung
Angaben zu Bauablauf/Bauzeitplan Logistik
- -Strichaufzählung
Beantwortung einer Frageliste

Begleitend zur präsentierten Informationen sind durch die BEWGE auch technische Unterlagen und Erläuterungen zu übergeben, die den Inhalt der Präsentation wiedergeben und weitergehend spezifizieren. Darüber hinausgehende Unterlagen sind nicht gefordert.

[....]

Überdies wird festgehalten, dass die in dieser Phase präsentierten Systeme der Festen Fahrbahn für das nachfolgend zu erstellende Angebot die Basis bilden und ein Wechsel zu nicht in der Präsentation angeführten Fahrbahnsystemen nicht zulässig ist. Es kann jedoch in dieser Phase mehr als ein System "Feste Fahrbahn" einschließlich der zugehörigen Randbedingungen durch die BEWGE vorgestellt werden. Somit kann eine klare, vollständige, und kalkulierbare Ausschreibung sichergestellt werden."

Gemäß Punkt A 10.2.3. lit q) Teil A der Ausschreibungsgrundlagen werden Angebote ausgeschieden, wenn ein anderes als im Zuge der Aufklärungsphase gem. Pkt. 1.6.2 Teil 1 des Teilnahmeantrages vorgestelltes System der Festen Fahrbahn angeboten wurde. Gemäß Punkt A 10.2.3. Litera q,) Teil A der Ausschreibungsgrundlagen werden Angebote ausgeschieden, wenn ein anderes als im Zuge der Aufklärungsphase gem. Pkt. 1.6.2 Teil 1 des Teilnahmeantrages vorgestelltes System der Festen Fahrbahn angeboten wurde.

Präsentiertes System der Antragstellerin:

Mittels Schreiben vom 10.11.2006 übermittelte die Antragstellerin Antworten zum Fragekatalog vom 22.9.2006. Darin führte die Antragstellerin zu Gewerk 12 - Fahrbahnsystem, 12.1.1 (Welches Oberbausystem beabsichtigen Sie anzubieten?) aus:

"Feste Fahrbahn System GG***

....

Kenndaten der FF GG***:

.....

Plattenbreite: 2,55 m

.....

Systembeschreibung

Bei der FFB werden 6,45 m lange Fertigteilplatten auf einer Tragschicht abgelegt und nach dem exakten Ausrichten in Höhe und Lage mit Bitumen-Zementmörtel untergossen. Anschließend werden die Fertigteilplatten in Längsrichtung durchgehend gekoppelt. [...]

Die 2,55 m breiten, 20 cm dicken und ca 9 to schweren Standard-Fertigteilplatten der Betongüte [...].

Der 3 cm dicke Unterguss, Bitumen-Zementmörtel, dient als Ausgleichsschicht und gewährleistet eine gleichmäßige Auflagerung der Platten. [...]"

Ebenso sind aus der "Beilage 1 FF GG*** Prospekt.pdf", einer diesem Antwortschreiben beiliegenden CD, ersichtlich, dass die Plattenbreite 2,55 m beträgt.

Am 6.12.2006 fand die Präsentation der Antragstellerin statt. Im Besprechungsprotokoll vom 6.12.2006, Nr. 02087P, ist unter "weiterführende Fragen bzw. Anmerkungen zu Frage 12.1.1.: 6.) Gibt es für den Vergussmörtel (Bitumen-Zement-Mörtel) Nachweise und Langzeitversuche und wie weisen Sie die Gebrauchstauglichkeit und die Nachhaltigkeit (Gewährleistung) für Ihr System, im speziellen für den Vergussmörtel nach? Wie wird ein vollflächiger Verguss sichergestellt und wie weisen Sie diesen nach?"

Folgendes vermerkt:

"Die BEWGE gibt an, dass diese Nachweise in der Zulassung des FF Systems GG*** enthalten sind. Der vollflächige Verguss wird nur durch Sichtprüfung überprüft."

Darüber hinaus wurde unter Pkt. 4.2 System Feste Fahrbahn Folgendes angemerkt:

"Unter Berücksichtigung des Punktes 1.6.2 Teilnahmeantrag, Teil 1 und des Punktes 10.2.3 q Teil A "Ausschreibungsgrundlagen" erhebt sich die Frage, ob seitens der BEWGE auch andere als bisher von Ihnen vorgestellte Systeme der Festen Fahrbahn unter Berücksichtigung der in den AS-Unterlagen festgelegten Mindestkriterien ausgeführt werden können? Die BEWGE wird kein anderes System als bisher präsentiert anbieten."

Weiters ist in Anlage 1 zum obgenannten Besprechungsprotokoll unter Punkt

12.1.1 (Welches Oberbausystem beabsichtigen Sie anzubieten?) die "Antwort:

Es wird das eigene System "FF GG***" zum Einsatz kommen.", vermerkt.

Ebenso bestätigte die Antragstellerin (Hr. F***) in der mündlichen Verhandlung vom 2.9.2008 selbst, dass sie bei der Präsentation am 6.12.2006 das Regelsystem FF GG*** mit einer Plattenbreite von 2,55 m und einem Unterguss aus Bitumen-Zement-Mörtel präsentiert hat.

Zum weiteren Vorbringen der Antragstellerin, sie habe im Rahmen der Präsentation die Neubaustrecke XXX vorgestellt, die auch als Referenz angeführt worden sei, weshalb der Unterguss auf Bitumen-Zement-Mörtel präsentiert, jedoch mögliche Ergänzungen im Rahmen der Präsentation vorgestellt worden seien, wie beispielsweise Stahlfaserbewehrung, bitumenfreier Unterguss sowie darüber hinausgehende Sonderteile, ist auf Folgendes hinzuweisen: Zum weiteren Vorbringen der Antragstellerin, sie habe im Rahmen der Präsentation die Neubaustrecke römisch 30 vorgestellt, die auch als Referenz angeführt worden sei, weshalb der Unterguss auf Bitumen-Zement-Mörtel präsentiert, jedoch mögliche Ergänzungen im Rahmen der Präsentation vorgestellt worden seien, wie beispielsweise Stahlfaserbewehrung, bitumenfreier Unterguss sowie darüber hinausgehende Sonderteile, ist auf Folgendes hinzuweisen:

Im gesamten Besprechungsprotokoll vom 6.12.2006, Nr. 02087P, welches von der Antragstellerin durch die Herren K***, F***, L*** und M*** unterfertigt wurde, findet sich kein diesbezüglicher Passus. Ebenso gaben die Herren I*** und J*** (Vertreter des Auftraggebers bei der Präsentation) in der mündlichen Verhandlung vom 2.9.2008 zu Protokoll, dass ihrer Erinnerung nach bei der Präsentation keine Varianten des präsentierten Regelsystems vorgestellt worden seien. Alles Relevante sei im Besprechungsprotokoll vom 6.12.2006 festgehalten und von allen Anwesenden unterfertigt worden. Darüber hinaus sind in der der Präsentation beiliegenden CD-ROM, "#3_FF GG***-Bauablaufschem.ppt" als Kenndaten für das Gleistragplatten-System FF GG*** u.a. die Breite mit 2,55 m sowie der Verguss aus Bitumen-Zement-Mörtel angeführt. Der erkennende Senat geht daher davon aus, dass bei der Präsentation keine Änderungen oder Varianten des Regelsystems vorgestellt wurden.

Mittels e-Mail vom 11.1.2007 übermittelte die Antragstellerin dem Auftraggeber ihre Antworten zur Präsentation:

"[...]

Weiterführende Fragen bzw. Anmerkungen zu 2.1.1 und 2.1.4

1. 4) Ziffer 4
technische Modifikation gegenüber NBS?

In Tunnelbereichen werden nach erfolgter Zulassungserweiterung Modifikationen hinsichtlich Vorspannung und Plattenbreite ausgeführt.

1. 5) Ziffer 5
Ist das Freihaltemaß ausreichend und wie funktioniert das Gleisrichtsystem?

....

Die GG*** Standardplatte mit 2,55 m ist bei vorliegendem Planungsstand generell um wenige cm zu breit. Sie ragt theoretisch um ca. 1,5 cm in den Randweg bzw. in die Drainmatte.

Als Lösungsvorschläge unsererseits sind folgende Varianten möglich

- -Strichaufzählung

....

- -Strichaufzählung

....

Mit unserer derzeit gültigen EBA-Zulassung liegen gewisse Einbauschwierigkeiten grundsätzlich vor. Für das Projekt Brenner Zulaufstrecke wird jedoch bereits die Planung mit einer entsprechend schmäleren Platte vorangetrieben, für die verständlicherweise seitens A*** noch keine Zulassung vorliegt.

....

Grundsätzlich sollte in der Ausschreibung ein Passus eingefügt werden, damit projektspezifische Änderungen, Anpassungen und Weiterentwicklungen (gleich welcher Art) von zugelassenen Systemen nicht von vornherein vom Wettbewerb ausgeschlossen werden. (diese Änderungen unterliegen selbstverständlich den Zulassungsbestimmungen und müssen vor Ausführung vorliegen)"

Aus den eingangs dargestellten Ausführungen ergibt sich somit klar und eindeutig, dass die Antragstellerin bei ihrer Präsentation das System "FF GG***" mit einer Plattenbreite von 2,55 m und einem Untergussmaterial von Bitumen-Zement-Mörtel vorgestellt hat.

Angebotenes System der Antragstellerin:

Im Besprechungsprotokoll Nr. 02270P vom 10.12.2007 ist Folgendes vermerkt:

"Frage 05: Aus Ihren Angebotsunterlagen zu den Allgemeinen Unterlagen zur Festen Fahrbahn (Anhang A-VI) gehen für uns technische und konstruktive Ausführungsdetails des angebotenen Feste Fahrbahnsystems nicht eindeutig hervor. Im speziellen ist unklar welche Plattenbreite in welchen Bereichen zum Einsatz kommt, inwieweit für das von Ihnen angebotene Feste Fahrbahnsystem Stahlfaserbeton vorgesehen ist, welche Vergussvariante zur Ausführung angeboten ist und inwieweit in allen Bereichen die Platte in Längsrichtung gekoppelt ausgeführt wird. Das von Ihnen in der Aufklärungsphase präsentierte Feste Fahrbahn System weist eine durchgängige Längskopplung auf und besteht aus quer vorgespannten und zusätzlich schlaff bewehrten Betonfertigteileplatten! Wir weisen an dieser Stelle u.a. auf die Anforderung gemäß Pkt. C.3.5.4.3.1 (ID Nr. 68a) Teil C sowie auf den Ausscheidungsgrund gemäß Pkt. A.10.2.3.q Teil A der Ausschreibung hin und ersuchen diesbezüglich um Klarstellung!

Antwort 05:

Anhang A-VI Unterlagen zur Bewertung Kommission Fahrbahnsysteme

Unter allgemeinen Unterlagen wurden in A.1 Technischer Bericht des Systems FF GG*** folgende Angaben zu technischen und konstruktiven Ausführung des angebotenen FF Systems gemacht. Die übermittelten Kenndaten sind auf Grundlage der allg. Zulassungen und aufgrund der geforderten Geometrie entstanden. Die Resultate und das Ergebnis der Prüfung unserer modifizierten Plattengeometrie liegen im Bericht der TUXXX von Prof. N*** bei (vgl. Frage 7) Unter allgemeinen Unterlagen wurden in A.1 Technischer Bericht des Systems FF GG*** folgende Angaben zu technischen und konstruktiven Ausführung des angebotenen FF Systems gemacht. Die übermittelten Kenndaten sind auf Grundlage der allg. Zulassungen und aufgrund der geforderten Geometrie entstanden. Die Resultate und das Ergebnis der Prüfung unserer modifizierten Plattengeometrie liegen im Bericht der TUXXX von Prof. N*** bei (vergleiche Frage 7)

FF GG***-Tunnel

....

Plattenbreite: 2,40 m

....

Unterguss: aus Zementbasis

....

Ergänzend erklärt der Bieter, dass der Unterguss auf Zementbasis vorgesehen ist, aber auch die Ausführung mit Bitumenzementmörtel möglich ist und dies in den angebotenen Einheitspreisen enthalten ist.

[...]"

Weiters übergab die Antragstellerin im Aufklärungsgespräch vom 10.12.2007 die Pläne S_101c und B_101d (Anlage 1 und 2) sowie den Prüfbericht TUXXX (N***) zur modifizierten Plattenbreite (Anlage 3).

Plan S_101c, Anlage 1 zum obgenannten Besprechungsprotokoll, lautet:

"Bauvorhaben: Feste Fahrbahn auf starrer Unterlage, Bauteile: Schalung Gleistragplatte b=2,40 m". Aus diesem Plan ergibt sich sohin, dass seitens der Antragstellerin ein Fahrbahnsystem mit einer Breite von 2,40 m angeboten wurde. Darüber hinaus bestätigte die Antragstellerin (Hr. F***) selbst in der mündlichen Verhandlung vom 2.9.2008, dass sie eine Plattenbreite von 2,40 m und einen Unterguss auf Zementbasis angeboten hat.

Vorliegen unterschiedlicher Systeme:

Gemäß Pkt A.10.2.3 lit q) des Teils A der Ausschreibungsunterlagen werden Angebote ausgeschieden, wenn ein anderes als im Zuge der Aufklärungsphase gem. Pkt. 1.6.2 Teil 1 des Teilnahmeantrages vorgestelltes System der Festen Fahrbahn angeboten wurde. Gemäß Pkt A.10.2.3 Litera q,) des Teils A der Ausschreibungsunterlagen werden Angebote ausgeschieden, wenn ein anderes als im Zuge der Aufklärungsphase gem. Pkt. 1.6.2 Teil 1 des Teilnahmeantrages vorgestelltes System der Festen Fahrbahn angeboten wurde.

Es ist sohin zu prüfen, ob es sich bei dem von der Antragstellerin präsentierten System "FF GG***" mit einer Plattenbreite von 2,55 m und Unterguss aus Bitumen-Zement-Mörtel und jenem von der Antragstellerin angebotenen mit einer Plattenbreite von 2,40 m und Unterguss auf Zementbasis um unterschiedliche Systeme handelt.

Mit Bescheid vom 29.4.2001, GZ XXX, des Eisenbahn-

Bundesamtes (idF EBA) wurde der A*** die Zulassung für die Bauart der Festen Fahrbahn (FF) "System GG***" in den Zulassungsvarianten

- Fertigteilplatte b=2,80m für das Belastungsbild UIC 71;
 - Fertigteilplatte b=2,55m für das Belastungsbild UIC 71;
 - Fertigteilplatte b=2,55m für Strecken mit artreinem Reisezugverkehr, für die das Belastungsbild 0,8xUIC 71 gilt,
- befristet bis zum 31. März 2006 erteilt.

Mit Bescheid des EBA vom 12.6.2006, GZ XXX, wurde diese Zulassung vom 29.4.2001 für die Feste Fahrbahn "System GG***" mit einer Plattenbreite von 2,55 m bis zum Ablauf des 31.3.2011 verlängert. Mit Bescheid des EBA vom 12.6.2006, GZ römisch 30, wurde diese Zulassung vom 29.4.2001 für die Feste Fahrbahn "System GG***" mit einer Plattenbreite von 2,55 m bis zum Ablauf des 31.3.2011 verlängert.

Für das vom Regelsystem abweichende, tatsächlich angebotene Vergussmaterial wurde eine gesonderte Zulassung zur Betriebserprobung beantragt. Diese Zulassung zur Betriebserprobung für den Untergussmörtel mit der Bezeichnung "Untergussmörtel ohne Bitumenemulsion" als Untergussmaterial für die Feste Fahrbahn "System GG***" wurde mit Bescheid des EBA, Gz XXX vom 9.9.2004 befristet bis zum 30.9.2009 erteilt. Für das vom Regelsystem abweichende, tatsächlich angebotene Vergussmaterial wurde eine gesonderte Zulassung zur Betriebserprobung beantragt. Diese Zulassung zur Betriebserprobung für den Untergussmörtel mit der Bezeichnung "Untergussmörtel ohne Bitumenemulsion" als Untergussmaterial für die Feste Fahrbahn "System GG***" wurde mit Bescheid des EBA, Gz römisch 30 vom 9.9.2004 befristet bis zum 30.9.2009 erteilt.

Mit Bescheid des EBA vom 6.12.2007, GZ XXX, wurde die Zulassung zur Betriebserprobung für die FF "System GG*** auf starrer Unterlage" für eine Anwendung im Bereich von Gleisabschnitten, in denen unterhalb der Fertigteilplatte eine starre Unterlage vorhanden ist, für eine Gleistragplatte mit einer Breite von 2,40 m befristet bis zum 31.12.2012 erteilt. Mit Bescheid des EBA vom 6.12.2007, GZ römisch 30, wurde die Zulassung zur Betriebserprobung für die FF "System GG*** auf starrer Unterlage" für eine Anwendung im Bereich von Gleisabschnitten, in denen unterhalb der Fertigteilplatte eine starre Unterlage vorhanden ist, für eine Gleistragplatte mit einer Breite von 2,40 m befristet bis zum 31.12.2012 erteilt.

Folgende Grundlagen für die Zulassung werden im Bescheid genannt:

- "-Strichaufzählung
Systembeschreibung der Fa. XXX vom März 2002 und vom Juli 2007
Systembeschreibung der Fa. römisch 30 vom März 2002 und vom Juli 2007;
- "-Strichaufzählung
Statische Berechnung der Fa. XXX vom 10.10.2007
Statische Berechnung der Fa. römisch 30 vom 10.10.2007;

- -Strichaufzählung

Zeichnungen der Fa. XXX "FF GG*** auf starrer Unterlage" mit der Nr. Plan Nr. Zeichnungen der Fa. römisch 30 "FF GG*** auf starrer Unterlage" mit der Nr. Plan Nr.:

[...]

B_101d "Bewehrung Gleistragplatte";

S_101c "Schalung Gleistragplatte b = 2,40 m"

- Forschungsbericht Nr. 2383 vom 09.10.07 der TU XXX, 'Prüfung von 65cm-Breitschwellen aus den Fertigplatten für die Brenner-Zulaufstrecke 2,4 m mit Spannbewehrung'. - Forschungsbericht Nr. 2383 vom 09.10.07 der TU römisch 30, 'Prüfung von 65cm-Breitschwellen aus den Fertigplatten für die Brenner-Zulaufstrecke 2,4 m mit Spannbewehrung'."

Die Befristung der Zulassung wird im Bescheid wie folgt begründet:

"Die Zulassung wird zunächst nur befristet mit der Auflage zur Betriebserprobung erteilt, da es sich um eine neue, nicht betriebserprobte Bauart der FF handelt. Dabei ist der Nachweis der mindestens gleichen Sicherheit wie bei Beachtung der anerkannten Regeln der Technik gemäß § 2 Abs 2 der Eisenbahn- Bau- und Betriebsordnung (EBO), zuletzt geändert durch Zweites Gesetz zur Änderung eisenbahnrechtlicher Vorschriften vom 21.6.2002 (BGBl. I S. 2191), zu erbringen." "Die Zulassung wird zunächst nur befristet mit der Auflage zur Betriebserprobung erteilt, da es sich um eine neue, nicht betriebserprobte Bauart der FF handelt. Dabei ist der Nachweis der mindestens gleichen Sicherheit wie bei Beachtung der anerkannten Regeln der Technik gemäß Paragraph 2, Absatz 2, der Eisenbahn- Bau- und Betriebsordnung (EBO), zuletzt geändert durch Zweites Gesetz zur Änderung eisenbahnrechtlicher Vorschriften vom 21.6.2002 Bundesgesetzblatt römisch eins S. 2191), zu erbringen."

Aus diesen oben wiedergegebenen Bescheiden des EBA ergibt sich somit, dass hinsichtlich der angebotenen Plattenbreite von 2,40 m die Antragstellerin lediglich über eine Zulassung zur Betriebserprobung für die FF "System GG*** auf starrer Unterlage" verfügt. Diese Zulassung zur Betriebserprobung wurde jedoch erst am 6.12.2007, somit rund 1 ½ Monate nach dem Schlusstermin für die Angebotslegung, erteilt. Weiters ergibt sich aus den oben angeführten Bescheiden des EBA ausdrücklich, dass die Plattenbreite und das Untergussmaterial Bestandteil der Zulassungen ist. Darüber hinaus geht auch die Antragstellerin selbst davon aus, dass sie eine Sonderzulassung für die Systembreite von 2,40 m benötigt (siehe Schriftsatz vom 19.8.2008). Ebenso ergibt sich dies aus ihrem e-Mail vom 8.8.2007, worin sie folgende Anfrage an den Auftraggeber richtete:

" ...

für die Ausführung der FF wird eine Zulassung gefordert. Im Bereich des Tunnels wird ein modifiziertes System "Tunnel" der FF GG*** (Breite 2,40 m, Platte mit schlaffer Bewehrung, keine Koppelung der Platten) eingebaut. Nach Rücksprache mit dem EBA wird für dieses System eine Zulassung für die Betriebserprobung ausgestellt.

Für das System "freie Strecke" - auch in Bereichen der Galerie- (Breite 2,40 m, Platte vorgespannt und gekoppelt) würde bis zur Ausführung eine Ergänzung der bestehenden Zulassung vorliegen. Derzeit beinhaltet die allg. Zulassung das System "freie Strecke", jedoch für eine Plattenbreite 2,55 m.

Frage:

Ist die Zulassung zur Betriebserprobung für die Tunnelbereiche ausreichend? Ist das Vorlegen der allg. Zulassung bis zur Ausführung ausreichend, oder muss dieses Dokument bereits bei Angebotslegung (17.09.07) vorliegen?"

Der Auftraggeber antwortete mittels e-Mail vom 30.8.2007:

"Da es sich um eine Betriebserprobung handelt und das beschriebene System wesentlich vom präsentierten System abweicht (schlaff bewehrt, keine Koppelung der Platten) und mithin davon auszugehen ist, dass keine Erfahrungen mit diesem System existieren, kann dieses System von der BEG nicht akzeptiert werden. Die allgemeine Systemzulassung muss mit Angebotslegung vorgelegt werden."

In der Folge wurde der Antragstellerin mit Bescheid des EBA vom 6.12.2007 eine gesonderte Zulassung zur Betriebserprobung für die Feste Fahrbahn "System GG*** auf starrer Unterlage" mit einer Breite der Gleistragplatte von 2,40 m erteilt.

Pkt. 1.2. "Allgemeines" des Anforderungskataloges zum Bau der Festen Fahrbahn - 4. überarbeitete Auflage - Stand 01.08.2002 der DB Netz AG, der ergänzend zum Regelwerk die Anforderungen, die von der Deutschen Bahn an eine Feste Fahrbahn gestellt werden, beschreibt, lautet:

"Unter dem Begriff Feste Fahrbahn (FF) wird eine instandhaltungsarme Oberbaukonstruktion verstanden, bei der die lastabtragende Funktion des Gleisschotters durch gebundene Materialien ersetzt wird. [...] Konzeptionell und konstruktiv ist zu unterscheiden nach

- -Strichaufzählung
der Art des Unterbaus
- -Strichaufzählung
FF auf Erdbauwerken
- -Strichaufzählung
FF in Tunneln (auch in Trogbauwerken)
- -Strichaufzählung
FF auf Brücken
- -Strichaufzählung
der konstruktiven Durchbildung
- -Strichaufzählung
Bauarten mit einbetonierten Schwellen
- -Strichaufzählung
Bauarten mit aufgelagerten Schwellen auf Beton- oder Asphalttragschicht
- -Strichaufzählung
monolithische und vorgefertigte Bauarten mit Einzelstützpunkten oder mit kontinuierlich aufgelagerten Schienen.

Die einzelnen Ausbildungen von FF sind Bauarten. Jede Bauart bedarf einer eindeutigen Definition. Sie ist in ihrem konstruktiven Aufbau, den zur Verwendung kommenden Materialien und Bauteilen unter Beifügung einer Systemzeichnung eindeutig zu beschreiben; dies umfasst auch den Herstellprozess. Jede wesentliche Änderung stellt eine neue Bauart dar.

[...]"

Daraus ergibt sich, dass jede Bauart der FF u.a. durch ihren konstruktiven Aufbau und den zur Verwendung kommenden Materialien und Bauteilen definiert wird. So wurde auch im Bescheid des EBA vom 6.12.2007, GZ XXX, womit die Zulassung zur Betriebserprobung für die FF "System GG*** auf starrer Unterlage" befristet erteilt wurde, festgehalten, dass es sich um eine neue, nicht betriebserprobte Bauart der FF handelt. Daraus folgt aber weiters, dass es sich bei der FF "System GG*** auf starrer Unterlage" um eine neue Bauart handelt, somit um ein anderes System. Die beiden Konstruktionen (Unterguss und Plattenbreite) werden auch vom EBA als unterschiedlich angesehen, weshalb gesonderte Zulassungen erteilt wurden. Daraus ergibt sich, dass jede Bauart der FF u.a. durch ihren konstruktiven Aufbau und den zur Verwendung kommenden Materialien und Bauteilen definiert wird. So wurde auch im Bescheid des EBA vom 6.12.2007, GZ römisch 30, womit die Zulassung zur Betriebserprobung für die FF "System GG*** auf starrer Unterlage" befristet erteilt wurde, festgehalten, dass es sich um eine neue, nicht betriebserprobte Bauart der FF handelt. Daraus folgt aber weiters, dass es sich bei der FF "System GG*** auf starrer Unterlage" um eine neue Bauart handelt, somit um ein anderes System. Die beiden Konstruktionen (Unterguss und Plattenbreite) werden auch vom EBA als unterschiedlich angesehen, weshalb gesonderte Zulassungen erteilt wurden.

Würde tatsächlich ein einziges System vorliegen, so hätte einerseits keine Notwendigkeit zur Beantragung eines solchen Zulassungsbescheides bestanden, da ja bereits für das System mit einer Breite von 2,55 m ein Zulassungsbescheid vorlag, andererseits hätte das EBA niemals einen neuen Bescheid auf Zulassung des Systems mit einer Breite von 2,40 m zur Betriebserprobung erlassen, sondern den Antrag wegen bereits entschiedener Sache zurückgewiesen. Darüber hinaus geht selbst die Antragstellerin in ihrem Schreiben vom 11.1.2007 davon aus, dass es sich bei einem zugelassenen System und einem davon durch projektspezifische Änderungen, Anpassungen und Weiterentwicklungen abgeänderten System um zwei verschiedene Systeme handelt, da sie ja selbst anregte, in der Ausschreibung einen Passus einzufügen, damit projektspezifische Änderungen, Anpassungen und Weiterentwicklungen von zugelassenen Systemen nicht von vornherein vom Wettbewerb ausgeschlossen würden. Diese Anregung fand jedoch keinen Eingang in die Ausschreibungsunterlagen.

Anlage 3 zum Besprechungsprotokoll Nr. 02270P vom 10.12.2007 ist der Forschungsbericht Nr. 2383, Prüfung von 65 cm-Breitschwellen aus den Fertigteilplatten für die Brenner-Zulaufstrecke, 2,4 m mit Spannbewehrung (XXX) der

Technischen Universität XXX, datiert vom 9.10.2007, unterfertigt von Univ. Prof. N*** und Dr.-Ing. O***. Dieser Forschungsbericht ist eine der Grundlagen für die Zulassung zur Betriebserprobung für die FF "System GG*** auf starrer Unterlage" vom 6.12.2007. In diesem Bericht heißt es auf Seite 1, unter 1. Allgemeines: Anlage 3 zum Besprechungsprotokoll Nr. 02270P vom 10.12.2007 ist der Forschungsbericht Nr. 2383, Prüfung von 65 cm-Breitschwellen aus den Fertigteilplatten für die Brenner-Zulaufstrecke, 2,4 m mit Spannbewehrung (römisch 30) der Technischen Universität römisch 30 , datiert vom 9.10.2007, unterfertigt von Univ. Prof. N*** und Dr.-Ing. O***. Dieser Forschungsbericht ist eine der Grundlagen für die Zulassung zur Betriebserprobung für die FF "System GG*** auf starrer Unterlage" vom 6.12.2007. In diesem Bericht heißt es auf Seite 1, unter 1. Allgemeines:

" [...] Für die Zulaufstrecke zum Brenner-Basistunnel soll aufgrund der starren Auflagerung der Fertigteilplatte auf einer Betonsohle sowie projektspezifischer Vorgaben von diesem Standard abgewichen werden:

- -Strichaufzählung
die Plattenbreite beträgt 2,4 m bei einer Plattendicke von 20 cm

Um das Verhalten einer entsprechenden 2,40 m langen Schwelle unter statischer Beanspruchung zu untersuchen, wurden [...]"

Daraus ergibt sich, dass unter einer Abweichung vom Standard eine neue Plattenbreite von 2,40 m verstanden wird; dies bedeutet aber unweigerlich das Vorliegen eines abweichenden, eigenen Systems.

Darüber hinaus bestätigte das EBA mit Schreiben vom 26.8.2008, dass die geometrischen Abmessungen von Fertigteilplatten bei Feste-Fahrbahnsystemen zulassungsrelevant sind. Weiters führte das EBA mit Schreiben vom 9.9.2008 aus, dass die Änderung der Plattenbreite aus Sicht des EBA eine wesentliche Änderung darstellt, da es sich um einen sicherheitsrelevanten Parameter handelt. Neue Feste Fahrbahn-Systeme oder wesentliche Änderungen an bereits vorhandenen Konstruktionen müssen vor dem Einbau im Betriebsgleis geprüft und vorab durch das EBA zugelassen werden.

Daraus folgt wiederum, dass die Plattenbreite inhärenter Bestandteil des angebotenen Systems ist. Bereits aufgrund der unterschiedlichen Plattenbreite des präsentierten Systems von jener des angebotenen Systems handelt es sich um zwei von einander verschiedene Systeme.

Ebenso wurde die Zulassung zur Betriebserprobung für den Untergussmörtel mit der Bezeichnung "Untergussmörtel ohne Bitumenemulsion" als Untergussmaterial für die Feste Fahrbahn "System GG***" mit Bescheid des EBA, Gz XXX vom 9.9.2004 befristet bis zum 30.9.2009 erteilt. Auch daraus folgt, dass es sich bei dem präsentierten System mit einem Unterguss aus Bitumen-Zement-Mörtel und dem tatsächlich angebotenen System mit einem Unterguss auf Zementbasis um zwei verschiedene Systeme handelt. Ebenso wurde die Zulassung zur Betriebserprobung für den Untergussmörtel mit der Bezeichnung "Untergussmörtel ohne Bitumenemulsion" als Untergussmaterial für die Feste Fahrbahn "System GG***" mit Bescheid des EBA, Gz römisch 30 vom 9.9.2004 befristet bis zum 30.9.2009 erteilt. Auch daraus folgt, dass es sich bei dem präsentierten System mit einem Unterguss aus Bitumen-Zement-Mörtel und dem tatsächlich angebotenen System mit einem Unterguss auf Zementbasis um zwei verschiedene Systeme handelt.

Dem Vorbringen der Antragstellerin, aus Anhang VI, Allgemeine Unterlage, Z 4 sei abzuleiten, dass das präsentierte System angepasst werden dürfe, ist Dem Vorbringen der Antragstellerin, aus Anhang römisch sechs, Allgemeine Unterlage, Ziffer 4, sei abzuleiten, dass das präsentierte System angepasst werden dürfe, ist

Folgendes zu entgegnen:

Anhang VI, Allgemeine Unterlagen, Zif. 4 lautet: Anhang römisch sechs, Allgemeine Unterlagen, Zif. 4 lautet:

"Die im Folgenden angeführten "allgemeinen Unterlagen" dienen der Bewertungskommission zum besseren Verständnis und zur Prüfung der Plausibilität.

1. 1.Ziffer eins

....

2. 4.Ziffer 4

Alle erforderlichen behördlichen Systemzulassungen des Festen Fahrbahnsystems (nationale/internationale) sowie die vollständige Darstellung und Begründung der Unterschiede des ursprünglich zugelassenen Festen Fahrbahnsystems zu jenen des angebotenen Systems, falls Änderungen bzw. Modifikationen im Zuge des ggst.

Projektes am Festen Fahrbahnsystem durchgeführt werden."

Eine Zusammenschau dieser Bestimmung mit Punkt A.10.2.3. lit q) des Teils A der Ausschreibungsunterlagen lässt keine andere Interpretation zu, als dass diese Unterlagen als Beleg für das durch den Bieter angebotene System dienen sollen. Jedoch ist keinesfalls Regelungsgegenstand dieser Bestimmung eine Erlaubnis von Änderungen des angebotenen Systems im Verhältnis zum präsentierten System. Eine Zusammenschau dieser Bestimmung mit Punkt A.10.2.3. Litera q,) des Teils A der Ausschreibungsunterlagen lässt keine andere Interpretation zu, als dass diese Unterlagen als Beleg für das durch den Bieter angebotene System dienen sollen. Jedoch ist keinesfalls Regelungsgegenstand dieser Bestimmung eine Erlaubnis von Änderungen des angebotenen Systems im Verhältnis zum präsentierten System.

Die im Anhang B-III, Glossar und Abkürzungsverzeichnis, unter dem Begriff "Feste Fahrbahn" dargestellten Abbildungen einiger gebräuchlicher Feste Fahrbahn Systeme sind lediglich Beispiele zur Veranschaulichung des technischen Prinzips. Sie wurden allgemein zugänglichen Publikationen und Unternehmensprospekten entnommen und sind rechtlich ohne Bedeutung.

Da die Antragstellerin somit ein anderes System präsentierte als sie nachher angeboten hat, wäre das Angebot sohin gemäß Pkt. A.10.2.3 lit q) des Teils A der Ausschreibungsunterlagen auszuschneiden gewesen. Da die Antragstellerin somit ein anderes System präsentierte als sie nachher angeboten hat, wäre das Angebot sohin gemäß Pkt. A.10.2.3 Litera q,) des Teils A der Ausschreibungsunterlagen auszuschneiden gewesen.

Fehlende Zertifikate und Referenzen:

Gemäß Pkt A.10.2.3 lit g) des Teils A der Ausschreibungsunterlagen sind Angebote auszuschneiden, wenn sie den Ausschreibungsbestimmungen widersprechen oder fehlerhaft bzw. unvollständig sind, sofern die Mängel nicht behoben werden oder nicht behebbbar sind, oder die rechtsgültige Fertigung fehlt (vgl. Pkt. A.9.1.1 und A.9.1.2). Gemäß Pkt A.10.2.3 Litera g,) des Teils A der Ausschreibungsunterlagen sind Angebote auszuschneiden, wenn sie den Ausschreibungsbestimmungen widersprechen oder fehlerhaft bzw. unvollständig sind, sofern die Mängel nicht behoben werden oder nicht behebbbar sind, oder die rechtsgültige Fertigung fehlt vergleiche Pkt. A.9.1.1 und A.9.1.2)

Ebenso sind gemäß § 269 Abs 1 Z 5 BVergG 2006 Angebote auszuschneiden, die den Ausschreibungsbestimmungen widersprechen. Ebenso sind gemäß Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG 2006 Angebote auszuschneiden, die den Ausschreibungsbestimmungen widersprechen.

Pkt C.3.5.4 des Teils C der Ausschreibungsunterlagen lautet:

"Anforderungen an das Gewerk

....

Die nachfolgenden Tabellen haben folgende Form:

ID-Nr.	Anforderung	Wert/Bemerkung	Prüfungen/Kontrollen/	Phase
--------	-------------	----------------	-----------------------	-------

		Nachweise		
--	--	-----------	--	--

....

Anforderung: Beschreibung der Systemanforderung

.....

Phase: Angabe in welcher Phase die geforderten Nachweise zu erbringen sind I = mit dem Angebot
Phase: Angabe in welcher Phase die geforderten Nachweise zu erbringen sind römisch eins = mit dem Angebot

...."

Punkt C.3.5.4.3.1 des Teils C der bestandfesten Ausschreibungsunterlagen lautet:

"Feste Fahrbahn

ID-Nr.	Anforderung	Wert/Bemerkung	Prüfungen/Kontrollen/	Phase
--------	-------------	----------------	-----------------------	-------

		Nachweise		
--	--	-----------	--	--

68a System Feste

Fahrbahn Das angebotene ausführliche, I
System muss bei überprüfbare Referenzen
einer europäischen
Bahngesellschaft mit
UIC-Mitgliedschaft in
Summe auf mindestens
50 km Gleislänge
(Vollbahn im Tunnel oder
auf freier Strecke),
davon mindestens
5 km in Tunnel in Betrieb sein.
Es muss außerdem Nachweise mit Zertifikat I
von einer euro-
päischen Bahn-
gesellschaft mit
UIC-Mitgliedschaft auf
250 km/h und für Mischverkehr
zertifiziert sein.

"

Die Nachweise mit Zertifikat und die Referenzen sind somit bereits mit dem Angebot zu erbringen.

Am 6.12.2007 erging der Bescheid des EBA, GZ XXX womit die beantragte Zulassung zur Betriebserprobung für die FF "System GG*** auf starrer Unterlage" für eine Anwendung im Bereich von Gleisabschnitten, in denen unterhalb der Fertigteilplatten eine starre Unterlage vorhanden ist, befristet bis zum 31.12.20012 erteilt wurde. Diese Zulassung bezieht sich gemäß Punkt II.1 des obzitierten Bescheides ausschließlich auf die Verwendung der Gleistragplatte entsprechend den Zeichnungen der XXX mit der Nr. Plan Nr.: B_101d "Bewehrung Gleistragplatte", S_101c "Schalung Gleistragplatte b=2,40 m" im Bereich von Gleisabschnitten, in denen unterhalb der Fertigteilplatten eine starre Unterlage vorhanden ist. Die übrige Baumaßnahme ist nach den gültigen Regeln der Technik herzustellen. Die Zulassung wurde mit weiteren zahlreichen Nebenbestimmungen verbunden. Der Forschungsbericht Nr. 2383 der TU XXX, vom 9.10.2007, war einer der Grundlagen für die Zulassung. Am 6.12.2007 erging der Bescheid des EBA, GZ römisch 30 womit die beantragte Zulassung zur Betriebserprobung für die FF "System GG*** auf starrer Unterlage" für eine Anwendung im Bereich von Gleisabschnitten, in denen unterhalb der Fertigteilplatten eine starre Unterlage vorhanden ist, befristet bis zum 31.12.20012 erteilt wurde. Diese Zulassung bezieht sich gemäß Punkt römisch zwei.1 des obzitierten Bescheides ausschließlich auf die Verwendung der Gleistragplatte entsprechend den Zeichnungen der römisch 30 mit der Nr. Plan Nr.: B_101d "Bewehrung Gleistragplatte", S_101c "Schalung Gleistragplatte b=2,40 m" im Bereich von Gleisabschnitten, in denen unterhalb der Fertigteilplatten eine starre Unterlage vorhanden ist. Die übrige Baumaßnahme ist nach den gültigen Regeln der Technik herzustellen. Die Zulassung wurde mit weiteren zahlreichen Nebenbestimmungen verbunden. Der Forschungsbericht Nr. 2383 der TU römisch 30, vom 9.10.2007, war einer der Grundlagen für die Zulassung.

Der Antragstellerin wurden auch - wie Herr F*** in der mündlichen Verhandlung bestätigte - keine anderen Zulassungen für die von ihr angebotene Plattenbreite von 2,40 m ausgestellt.

Da der Antragstellerin erst mit Bescheid des EBA vom 6.12.2007 die Zulassung zur Betriebserprobung für die FF "System GG*** auf starrer Unterlage" bei der Verwendung einer Gleistragplatte mit einer Breite von 2,40 m erteilt wurde, sohin erst rund 1 1/2 Monate nach Ende der Angebotsfrist (22.10.2007), hat die Antragstellerin ein Muss-Kriterium der Ausschreibungsunterlage nicht erfüllt. Darüber hinaus verfügt sie auch nicht über eine allgemeine

Zulassung - wie im e-Mail des Auftraggebers vom 30.8.2007 ausdrücklich gefordert und mangels Anfechtung auch bestandfest gewordener sonstiger Festlegung während Angebotsfrist. Eine Zulassung zur Betriebserprobung stellt lediglich die erste Stufe zur allgemeinen Zulassung dar (vgl. e-Mail des EBA vom 9.9.2008). Auch der Forschungsbericht der Technischen Universität XXX vom 9.10.2007 ist nicht geeignet, das geforderte Zertifikat zu substituieren, da die TU XXX weder eine europäische Bahngesellschaft noch Mitglied des UIC (vgl. <http://www.uic.asso.fr>) ist. Da der Antragstellerin erst mit Bescheid des EBA vom 6.12.2007 die Zulassung zur Betriebserprobung für die FF "System GG*** auf starrer Unterlage" bei der Verwendung einer Gleistragplatte mit einer Breite von 2,40 m erteilt wurde, sohin erst rund 1 1/2 Monate nach Ende der Angebotsfrist (22.10.2007), hat die Antragstellerin ein Muss-Kriterium der Ausschreibungsunterlage nicht erfüllt. Darüber hinaus verfügt sie auch nicht über eine allgemeine Zulassung - wie im e-Mail des Auftraggebers vom 30.8.2007 ausdrücklich gefordert und mangels Anfechtung auch bestandfest gewordener sonstiger Festlegung während Angebotsfrist. Eine Zulassung zur Betriebserprobung stellt lediglich die erste Stufe zur allgemeinen Zulassung dar (vergleiche e-Mail des EBA vom 9.9.2008). Auch der Forschungsbericht der Technischen Universität römisch 30 vom 9.10.2007 ist nicht geeignet, das geforderte Zertifikat zu substituieren, da die TU römisch 30 weder eine europäische Bahngesellschaft noch Mitglied des UIC (vergleiche <http://www.uic.asso.fr>) ist.

Dem Vorbringen der Antragstellerin, die in ID-Nr. 68a genannten Vorgaben hätten sich nur auf das jeweils angebotene Regelsystem bezogen, ist Folgendes entgegenzuhalten:

Die in ID-Nr. 68a genannten Vorgaben richten sich an das "angebotene System" des Systems Feste Fahrbahn.

Die allgemeinen, für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der §§ 914 ff ABGB sind auch im Vergaberecht anzuwenden (vgl. Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus einer Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind nicht danach zu beurteilen, was der Erklärende sagen wollte oder was der Erklärungsempfänger darunter verstanden hat, sondern danach, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger 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 und dem folgend BVA 28.7.2006, N/0048-BVA/14/2006-28, BVA 23.11.2006, N/0083-BVA/15/2006-23, BVA 27.11.2006, F/0001-BVA/14/2006-44, ua). Die allgemeinen, für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der Paragraphen 914, ff ABGB sind auch im Vergaberecht anzuwenden (vergleiche Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus einer Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind nicht danach zu beurteilen, was der Erklärende sagen wollte oder was der Erklärungsempfänger darunter verstanden hat, sondern danach, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger 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 und dem folgend BVA 28.7.2006, N/0048-BVA/14/2006-28, BVA 23.11.2006, N/0083-BVA/15/2006-23, BVA 27.11.2006, F/0001-BVA/14/2006-44, ua).

Durch die Worte "angebotenes System" hat der Auftraggeber klar festgelegt, dass sich die Zertifikate und Referenzen auf das angebotene System und nicht auf ein nicht angebotenes Regelsystem beziehen müssen. Wie bereits oben ausgeführt, weicht das Regelsystem der Antragstellerin von ihrem angebotenen System ab. Dies war auch der Antragstellerin sehr wohl bewusst (vgl. u.a. e-Mail der Antragstellerin vom 8.8.2007; ebenso führte Herr F*** in der mündlichen Verhandlung vom 2.9.2008 aus, dass der Antragstellerin im Zeitpunkt der Präsentation bereits bekannt gewesen sei, dass der Unterguss aus Bitumen-Zement-Mörtel nicht angeboten werde). Durch die Worte "angebotenes System" hat der Auftraggeber klar festgelegt, dass sich die Zertifikate und Referenzen auf das angebotene System und nicht auf ein nicht angebotenes Regelsystem beziehen müssen. Wie bereits oben ausgeführt, weicht das Regelsystem der Antragstellerin von ihrem angebotenen System ab. Dies war auch der Antragstellerin sehr wohl bewusst (vergleiche

u.a. e-Mail der Antragstellerin vom 8.8.2007; ebenso führte Herr F*** in der mündlichen Verhandlung vom 2.9.2008 aus, dass der Antragstellerin im Zeitpunkt der Präsentation bereits bekannt gewesen sei, dass der Unterguss aus Bitumen-Zement-Mörtel nicht angeboten werde).

Auch die Referenzen haben sich daher unmissverständlich auf eine Plattenbreite von 2,40 m und Unterguss auf Zementbasis zu beziehen. Darüber hinaus stellt eine Änderung der Plattenbreite eine wesentliche Änderung dar, da es sich um einen sicherheitsrelevanten Parameter handelt (vgl. e-Mail des EBA vom 9.9.2008). Referenzen haben den Zweck, dass sich der Auftraggeber darüber informieren kann, ob das angebotene System auch tatsächlich bereits erprobt ist. Referenzen eines Unternehmers spiegeln seine Erfahrungen für die jeweilige konkrete Auftragserfüllung wider. Die von der Antragstellerin getroffene Interpretation würde dem Zweck einer Referenz jeglichen Sinn rauben. Auch die Referenzen haben sich daher unmissverständlich auf eine Plattenbreite von 2,40 m und Unterguss auf Zementbasis zu beziehen. Darüber hinaus stellt eine Änderung der Plattenbreite eine wesentliche Änderung dar, da es sich um einen sicherheitsrelevanten Parameter handelt (vergleiche e-Mail des EBA vom 9.9.2008). Referenzen haben den Zweck, dass sich der Auftraggeber darüber informieren kann, ob das angebotene System auch tatsächlich bereits erprobt ist. Referenzen eines Unternehmers spiegeln seine Erfahrungen für die jeweilige konkrete Auftragserfüllung wider. Die von der Antragstellerin getroffene Interpretation würde dem Zweck einer Referenz jeglichen Sinn rauben.

Wie Herr F*** in der mündlichen Verhandlung vom 2.9.2008 bestätigte, verfügt die Antragstellerin über keine Referenz entsprechend ID-Nr. 68a, Teil C der Ausschreibungsunterlage für eine Plattenbreite von 2,40 m. Darüber hinaus gibt es, abgesehen von der Neubaustrecke XXX mit 0,15 km keine Referenz für bitumenfreien Unterguss. Das Projekt "FF in China" ist jedenfalls nicht bei einer europäischen Bahngesellschaft mit UIC-Mitgliedschaft in Betrieb. Wie Herr F*** in der mündlichen Verhandlung vom 2.9.2008 bestätigte, verfügt die Antragstellerin über keine Referenz entsprechend ID-Nr. 68a, Teil C der Ausschreibungsunterlage für eine Plattenbreite von 2,40 m. Darüber hinaus gibt es, abgesehen von der Neubaustrecke römisch 30 mit 0,15 km keine Referenz für bitumenfreien Unterguss. Das Projekt "FF in China" ist jedenfalls nicht bei einer europäischen Bahngesellschaft mit UIC-Mitgliedschaft in Betrieb.

Da die Antragstellerin somit über keine ausschreibungskonformen Referenzen verfügt, hat die Antragstellerin ein weiteres Muss-Kriterium der Ausschreibungsunterlage nicht erfüllt.

Aufgrund der obigen Ausführungen konnte von einer Prüfung der vom Auftraggeber im Zuge des Nachprüfungsverfahrens weiters vorgebrachten Ausscheidensgründe Abstand genommen werden.

Schlussfolgerungen:

Das Angebot der Antragstellerin wäre somit gemäß Punkt A.10.2.3 lit g) und lit q) Teil A der bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen iVm § 269 Abs 1 Z 5 BVergG 2006 auszuschneiden gewesen, sodass die Antragslegitimation der Antragstellerin nicht gegeben ist. Das Angebot der Antragstellerin wäre somit gemäß Punkt A.10.2.3 Litera g,) und Litera q,) Teil A der bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen in Verbindung mit Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG 2006 auszuschneiden gewesen, sodass die Antragslegitimation der Antragstellerin nicht gegeben ist.

Es wäre Aufgabe des Auftraggebers gewesen, bereits vor der Wahl der Angebote für die Zuschlagsentscheidung das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden. Allein deshalb, weil der Auftraggeber von einem formalen Ausscheiden des Angebotes Abstand genommen hat, wird ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot nicht zu einem zulässigen Angebot, dem der Zuschlag erteilt werden kann (vgl. VwGH 1.3.2005, 2003/04/0039, 26.7.2007, 2003/04/0074). Es steht nicht in der Disposition des Auftraggebers, vom Ausscheiden von Angeboten nach seinem Ermessen Gebrauch zu machen (vgl. VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050; ebenso BVA 24.11.2005, 04N-105/05-27; 3.5.2006, N/0017-BVA/04/2006-25). Ein Ausscheiden wäre allerdings bis zur Zuschlagserteilung möglich (vgl. VwGH 21.2.2004, 2002/04/0177). Es wäre Aufgabe des Auftraggebers gewesen, bereits vor der Wahl der Angebote für die Zuschlagsentscheidung das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden. Allein deshalb, weil der Auftraggeber von einem formalen Ausscheiden des Angebotes Abstand genommen hat, wird ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot nicht zu einem zulässigen Angebot, dem der Zuschlag erteilt werden kann (vergleiche VwGH 1.3.2005, 2003/04/0039, 26.7.2007, 2003/04/0074). Es steht nicht in der Disposition des Auftraggebers, vom Ausscheiden von Angeboten nach seinem Ermessen Gebrauch zu machen (vergleiche VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050; ebenso BVA 24.11.2005, 04N-105/05-27; 3.5.2006, N/0017-BVA/04/2006-25). Ein Ausscheiden wäre allerdings bis zur Zuschlagserteilung möglich (vergleiche VwGH 21.2.2004, 2002/04/0177).

Mangelt es einem Angebot an der grundsätzlichen Eignung, gemäß den Bestimmungen des Vergabegesetzes und der hiezu ergangenen Verordnungen für den Zuschlag in Betracht gezogen zu werden, so ist - wie der Verwaltungsgerichtshof bereits wiederholt ausgesprochen hat - die Antragslegitimation im Sinne von § 320 Abs. 1 BVergG zu verneinen (vgl. VwGH 12.9.2007, 2005/04/0181; 3.1.2005, 2003/04/0039; 27.2.2002, 2000/04/0050; 25.6.2003, 2001/04/0202; 16.2.2005, 2004/04/0030; ebenso BVA 19.1.2006, 04N-134/05-17; 24.11.2005, 04N-105/05-27). Darüber hinaus hat der VwGH klar festgehalten, dass kein Schaden durch Entfall der Möglichkeit der Teilnahme am Folgeverfahren gegeben ist, wenn der Bieter selbst gegen die Ausschreibungsbedingungen oder gegen die Bestimmungen über öffentliche Aufträge verstoßen hat (VwGH 28.3.2007, 2005/04/0200, 12.9.2007, 2005/04/0181). Mangelt es einem Angebot an der grundsätzlichen Eignung, gemäß den Bestimmungen des Vergabegesetzes und der hiezu ergangenen Verordnungen für den Zuschlag in Betracht gezogen zu werden, so ist - wie der Verwaltungsgerichtshof bereits wiederholt ausgesprochen hat - die Antragslegitimation im Sinne von Paragraph 320, Absatz eins, BVergG zu verneinen vergleiche VwGH 12.9.2007, 2005/04/0181; 3.1.2005, 2003/04/0039; 27.2.2002, 2000/04/0050; 25.6.2003, 2001/04/0202; 16.2.2005, 2004/04/0030; ebenso BVA 19.1.2006, 04N-134/05-17; 24.11.2005, 04N-105/05-27). Darüber hinaus hat der VwGH klar festgehalten, dass kein Schaden durch Entfall der Möglichkeit der Teilnahme am Folgeverfahren gegeben ist, wenn der Bieter selbst gegen die Ausschreibungsbedingungen oder gegen die Bestimmungen über öffentliche Aufträge verstoßen hat (VwGH 28.3.2007, 2005/04/0200, 12.9.2007, 2005/04/0181).

Die mangelnde Antragslegitimation war auch Gegenstand zahlreicher Schriftsätze sowie eingehender Erörterung in der mündlichen Verhandlung am 2. September 2008. Der Antragstellerin wurde in der mündlichen Verhandlung auch Gelegenheit gegeben, dazu und damit auch zur Stichhaltigkeit der vom Bundesvergabeamt herangezogenen Ausscheidensgründe Stellung zu nehmen [vgl. EuGH 19.6.2003, Rs C-249/01 (Hackermüller); VwGH 1.3.2005, 2003/04/0039; 16.2.2005, 2004/04/0030].

Zu Spruchpunkt II:

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

Gemäß § 319 Abs. 2 BVergG besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung 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. Gemäß Paragraph 319, Absatz 2, BVergG besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung 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.

Da der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung mit Spruchpunkt I. zurückgewiesen wurde, und somit auch ein "teilweises Obsiegen" iSd § 319 Abs 1 BVergG nicht vorliegt, kommt es zu keinem Gebührenersatz für den Nachprüfungsantrag. Da der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung mit Spruchpunkt römisch eins. zurückgewiesen wurde, und somit auch ein "teilweises Obsiegen" iSd Paragraph 319, Absatz eins, BVergG nicht vorliegt, kommt es zu keinem Gebührenersatz für den Nachprüfungsantrag.

Mit Bescheid vom 1.8.2008, N/0110-BVA/07/2008-EV10, wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung teilweise stattgegeben. Da jedoch der Nachprüfungsantrag zurückgewiesen wurde, kommt gemäß § 319 Abs. 2 BVergG ein Ersatz der entrichteten Gebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ebenfalls nicht in Betracht. Mit Bescheid vom 1.8.2008, N/0110-BVA/07/2008-EV10, wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung teilweise stattgegeben. Da jedoch der Nachprüfungsantrag zurückgewiesen wurde, kommt gemäß Paragraph 319, Absatz 2, BVergG ein Ersatz der entrichteten Gebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ebenfalls nicht in Betracht.

Zuletzt aktualisiert am

29.04.2009

Quelle: Vergabekontrollbehörden Verg, <https://www.ris.bka.gv.at/Verg>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at