

TE Verg Bescheid 2007/12/6 N/0079-BVA/15/2007-74

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 06.12.2007

Norm

BVergG 2006 §2 Z10

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitbb

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §12 Abs1

BVergG 2006 §13 Abs1

BVergG 2006 §13 Abs3

BVergG 2006 §19 Abs1

BVergG 2006 §129 Abs1 Z7

BVergG 2006 §291 Abs2

BVergG 2006 §312 Abs2

BVergG 2006 §319 Abs1

BVergG 2006 §319 Abs2

BVergG 2006 §319 Abs3

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §321 Abs1 Z5

BVergG 2006 §321 Abs2

BVergG 2006 §325 Abs1 Z2

B-VG Art14b Abs2 Z1 lite

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

1. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 12 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 13 gültig von 01.01.2008 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 13 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

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

5. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. B-VG Art. 14b heute

2. B-VG Art. 14b gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012

3. B-VG Art. 14b gültig von 01.07.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012

4. B-VG Art. 14b gültig von 01.01.2003 bis 30.06.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2002

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 15, Mag. Gerhard Prünster, sowie Dr. Michael Fruhmann als Mitglied der Auftraggeberseite und MMag. Dr. Annemarie Mille als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs 2 Z 2 Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG), BGBl I Nr.17/2006, betreffend das Vergabeverfahren "S8 Marchfeld Schnellstraße Knoten Deutsch-Wagram bis Staatsgrenze bei Marchegg, Fachbereiche Fische, Fischereiwirtschaft und Gewässerökologie in den Planungsphasen VP, EP inkl. UVP" des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs- Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, vertreten durch die ASFINAG Bau Management GmbH, Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, über die Anträge der Bietergemeinschaft 1. A***, und 2. B***, vertreten durch X***, vom 20. August 2007, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 21. August 2007, ergänzt mit Schriftsatz vom 23. August 2007, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 15, Mag. Gerhard Prünster, sowie Dr. Michael Fruhmann als Mitglied der Auftraggeberseite und MMag. Dr. Annemarie Mille als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr.17 aus 2006,, betreffend das Vergabeverfahren "S8 Marchfeld Schnellstraße Knoten Deutsch-Wagram bis Staatsgrenze bei Marchegg, Fachbereiche Fische, Fischereiwirtschaft und Gewässerökologie in den Planungsphasen VP, EP inkl. UVP" des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs- Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, vertreten durch die ASFINAG Bau Management GmbH, Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, über die Anträge der Bietergemeinschaft 1. A***, und 2. B***, vertreten durch X***, vom 20. August 2007, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 21. August 2007, ergänzt mit Schriftsatz vom 23. August 2007, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Der Antrag, die am 13.8.2007 bekanntgegebene Ausscheidensentscheidung im gegenständlichen Vergabeverfahren für nichtig zu erklären, wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 2 Z 10, Z 16 lit a sublit bb, Z 16 lit b, 13, 19 Abs 1, 129, 312 Abs 2 Z 2, 321 Abs 1 Z 5 und 325 Abs 1 Z 2 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraphen 2, Ziffer 10,, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, b, b,, Ziffer 16, Litera b,, 13, 19 Absatz eins, 129, 312, Absatz 2, Ziffer 2, 321, Absatz eins, Ziffer 5 und 325 Absatz eins, Ziffer 2, BVergG

II.römisch zwei.

Der Antrag, die Zuschlagsentscheidung vom 10.8.2007 betreffend das gegenständliche Vergabeverfahren für nichtig zu erklären, wird zurückgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 2 Z 16 lit a sublit bb, 320 Abs 1 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, b, b,, 320 Absatz eins, BVergG

III.römisch drei.

Der Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühr in Höhe von Euro 1.600,- binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution, wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 319 Abs 1, 2 und 3 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraph 319, Absatz eins, 2 und 3 BVergG

Begründung

Die Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A***, und 2. B***, vertreten durch X*** (in der Folge Antragstellerin), stellte mit Schriftsatz vom 20. August 2007, beim Bundesvergabebeamten eingelangt am 21. August 2007, ergänzt mit Schriftsatz vom 23. August 2007, Anträge auf Nichtigerklärung der Ausscheidens- und der Zuschlagsentscheidung sowie auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren.

Die Antragstellerin brachte im Schriftsatz vom 20.8.2007 im Wesentlichen vor, dass sie in ihren Rechten auf Nichtausscheiden ihres Angebots, auf korrekte Schätzung der Angebotskosten, auf Zuschlagsentscheidung und anschließende Zuschlagserteilung zu ihren Gunsten sowie auf eine faire, dem Gleichbehandlungsgrundsatz entsprechende Angebotsprüfung verletzt werde. Gemeinsam mit der gesondert anfechtbaren Ausscheidensentscheidung werde die nicht gesondert anfechtbare Entscheidung "Kostenschätzung" bekämpft. Es solle gegenständlich ein Dienstleistungsauftrag im Unterschwellenbereich zur Vergabe gelangen. Der Auftrag solle in einem nicht offenen Verfahren vergeben werden. Der geschätzte Auftragswert betrage Euro 110.000,-- netto.

Punkt 1,305.1.4 Teil A-1 der Ausschreibungsbedingungen "Vertiefte Angebotsprüfung – Prüfung der Angemessenheit der Preise", laute:

"Vor der vertieften Angebotsprüfung werden die nachfolgend angegebenen Kriterien geprüft und das Angebot gegebenenfalls ausgeschieden:

Ungewöhnlich niedriger Gesamtpreis:

Die Angemessenheit der Preise im Sinne des BVergG 2006 § 125 wird für die vertiefte Angebotsprüfung wie folgt festgelegt: Die Angemessenheit der Preise im Sinne des BVergG 2006 Paragraph 125, wird für die vertiefte Angebotsprüfung wie folgt festgelegt:

Bei mehr als 30% Abweichung zum Mittelwert der abgegebenen und der Bestimmung des § 108 BVergG 2006 entsprechenden Preisangebote (wobei das billigste und teuerste Preisangebot nicht gewertet, jedoch die Kostenschätzung des Auftraggebers zusätzlich einbezogen wird), wird das gegenständliche Angebot keiner weiteren vertieften Angebotsprüfung unterzogen und ausgeschieden". Bei mehr als 30% Abweichung zum Mittelwert der abgegebenen und der Bestimmung des Paragraph 108, BVergG 2006 entsprechenden Preisangebote (wobei das billigste und teuerste Preisangebot nicht gewertet, jedoch die Kostenschätzung des Auftraggebers zusätzlich einbezogen wird), wird das gegenständliche Angebot keiner weiteren vertieften Angebotsprüfung unterzogen und ausgeschieden".

Die Angebote seien bis zum 24.7.2007 einzureichen gewesen. Im Zuge der Angebotsöffnung sei der geschätzte Auftragswert vom Auftraggeber bekannt gegeben worden.

Das Angebot der Antragstellerin sei mit Euro 45.173,-- das günstigste Angebot gewesen. Der Angebotspreis der E*** hätte sich auf Euro 54.955,87, jener der G*** auf Euro 65.840,-- und jener der I*** auf Euro 74.768,16 belaufen.

Mit Schreiben vom 31.7.2007 sei die Antragstellerin aufgefordert worden, binnen 7 Tagen Stellung zu nehmen, weshalb ihr Angebot um mehr als 30% vom Mittelwert abweiche. Mit Schreiben vom 1.8.2007 habe die Antragstellerin hiezu schriftlich Stellung genommen und ihren günstigen Preis gerechtfertigt. Mit Schreiben vom 9.8.2007, zugestellt am 13.8.2007, sei der Antragstellerin mitgeteilt worden, dass ihr Angebot ausgeschieden werde.

Nach Ansicht der Antragstellerin widerspreche Punkt 1,305.1.4 Teil A-1 der Ausschreibung dem § 125 Abs 5 BVergG. Der Auftraggeber sei verpflichtet, bei allfälligen Zweifeln betreffend die Höhe der Angebotspreise von den Bietern schriftliche Aufklärung zu verlangen. Ein Automatismus, wonach es bei Über- bzw Unterschreiten bestimmter Grenzwerte jedenfalls zum Ausscheiden eines Angebots komme, sei vergaberechtswidrig. Nach Ansicht der Antragstellerin widerspreche Punkt 1,305.1.4 Teil A-1 der Ausschreibung dem Paragraph 125, Absatz 5, BVergG. Der Auftraggeber sei verpflichtet, bei allfälligen Zweifeln betreffend die Höhe der Angebotspreise von den Bietern schriftliche Aufklärung zu verlangen. Ein Automatismus, wonach es bei Über- bzw Unterschreiten bestimmter Grenzwerte jedenfalls zum Ausscheiden eines Angebots komme, sei vergaberechtswidrig.

Außerachtlassung dieser vergaberechtswidrigen Bestimmung im Zuge der Angebotsprüfung:

Die Judikatur zur Präklusion vergaberechtswidriger Ausschreibungsbestimmungen sei richtlinienkonform dahin eingeschränkt anzuwenden, dass vergaberechtswidrige Ausschreibungsbestimmungen nur in puncto Anforderungen an das Angebot samt nachzureichenden Unterlagen und der damit in Verbindung stehende Ausscheidenstatbestand

des §129 Abs 1 Z 7 BVergG präkludieren würden. Der Anspruch auf Gleichbehandlung der Bieter erstreckte sich jedoch nicht auf die Frage der Prüfung der Angemessenheit der Preise eines Bieters. Kein Bieter würde in seinem Recht auf Gleichbehandlung beschwert, wenn der Auftraggeber von dieser präkludierten Bestimmung zur Angebotsprüfung abweichen würde. Die Judikatur zur Präklusion vergaberechtswidriger Ausschreibungsbestimmungen sei richtlinienkonform dahin eingeschränkt anzuwenden, dass vergaberechtswidrige Ausschreibungsbestimmungen nur in puncto Anforderungen an das Angebot samt nachzureichenden Unterlagen und der damit in Verbindung stehende Ausscheidenstatbestand des §129 Absatz eins, Ziffer 7, BVergG präkludieren würden. Der Anspruch auf Gleichbehandlung der Bieter erstreckte sich jedoch nicht auf die Frage der Prüfung der Angemessenheit der Preise eines Bieters. Kein Bieter würde in seinem Recht auf Gleichbehandlung beschwert, wenn der Auftraggeber von dieser präkludierten Bestimmung zur Angebotsprüfung abweichen würde.

§ 129 BVergG zähle die Ausscheidenstatbestände taxativ auf. Es sei einem Auftraggeber verwehrt, neue Ausscheidenstatbestände zu schaffen. Ein Ausscheiden des Angebots der Antragstellerin wegen Widerspruchs zu den Ausschreibungsbedingungen sei nicht gerechtfertigt. Das Angebot der Antragstellerin entspreche - auch unter Berücksichtigung der präkludierten Bestimmung - den Ausschreibungsunterlagen. Ein Ausscheiden wäre allenfalls nach § 129 Abs 1 Z 3 BVergG gerechtfertigt. § 129 Abs 1 Z 3 leg.cit. fordere jedoch ausdrücklich eine vertiefte Angebotsprüfung vor Ausscheiden eines Angebotes wegen eines angeblich unangemessenen Preises. Paragraph 129, BVergG zähle die Ausscheidenstatbestände taxativ auf. Es sei einem Auftraggeber verwehrt, neue Ausscheidenstatbestände zu schaffen. Ein Ausscheiden des Angebots der Antragstellerin wegen Widerspruchs zu den Ausschreibungsbedingungen sei nicht gerechtfertigt. Das Angebot der Antragstellerin entspreche - auch unter Berücksichtigung der präkludierten Bestimmung - den Ausschreibungsunterlagen. Ein Ausscheiden wäre allenfalls nach Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG gerechtfertigt. Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, leg.cit. fordere jedoch ausdrücklich eine vertiefte Angebotsprüfung vor Ausscheiden eines Angebotes wegen eines angeblich unangemessenen Preises.

Willkürliche Kostenschätzung des Auftraggebers:

Der Auftraggeber habe eine Kostenschätzung vorgelegt, die mit den tatsächlichen Kosten in keiner Relation stehe. Der Auftraggeber habe beim vergleichbaren Projekt S3 erheblich niedrigere Kosten bei einem komplexeren Untersuchungsgegenstand geschätzt (Euro XXX). Selbst beim komplizierten Untersuchungsgegenstand der S37 mit 17 zu untersuchenden Oberflächenwasserkörpern habe die Kostenschätzung lediglich Euro 180.000,- betragen. Dies im Vergleich zur nunmehrigen Kostenschätzung für 5 Oberflächenwasserkörper mit geschätzten Euro XXX. Der Auftraggeber habe eine Kostenschätzung vorgelegt, die mit den tatsächlichen Kosten in keiner Relation stehe. Der Auftraggeber habe beim vergleichbaren Projekt S3 erheblich niedrigere Kosten bei einem komplexeren Untersuchungsgegenstand geschätzt (Euro römisch 30). Selbst beim komplizierten Untersuchungsgegenstand der S37 mit 17 zu untersuchenden Oberflächenwasserkörpern habe die Kostenschätzung lediglich Euro 180.000,- betragen. Dies im Vergleich zur nunmehrigen Kostenschätzung für 5 Oberflächenwasserkörper mit geschätzten Euro römisch 30 .

Bestätigt würde die Unplausibilität der Kostenschätzung auch durch das Ergebnis der Angebotsöffnung. Der Auftraggeber sei vom "selbstgewählten Mittelwert" um Euro 49.603,- bzw. 82% entfernt. Der Auftraggeber habe also den Mittelwert nach oben in erheblicherem Ausmaß überschritten, als die Antragstellerin dies nach unten getan habe (41,3%). Die unplausible Schätzung des Auftraggebers habe de facto das Ausscheiden des Angebots der Antragstellerin zur Folge. Würde man die Kostenschätzung des Auftraggebers (wegen offenkundigen Überpreises) außer Acht lassen, läge die Antragstellerin mit ihrem Angebotspreis über dieser Schwelle und wäre nicht auszuschneiden.

Selbst wenn Punkt 1,305.1.4 der Ausschreibung bei der Prüfung der Angemessenheit Preise zu berücksichtigen sein sollte, besage diese Bedingung nicht, dass jegliche Kostenschätzung des Auftraggebers Eingang finden müsse. Die Kostenschätzung sei der Antragstellerin erst anlässlich der Angebotseröffnung bekannt gegeben worden. Sie habe davor keine Möglichkeit gehabt, diese zu bekämpfen. Die Kostenschätzung müsse jedenfalls einer Kontrolle zugänglich sein.

Zur angeblichen Nichtaufklärung:

Im Schreiben des Auftraggebers vom 9.8.2007 werde vorgebracht, dass die Antragstellerin die festgestellten Mängel nicht behoben hätte bzw. diese Mängel nicht behebbar seien. Um welchen Mangel es sich hierbei handeln solle, sei nicht ersichtlich. Die Antragstellerin sei lediglich mit Schreiben vom 1.8.2007 aufgefordert worden, zum angeblichen

Unterpreis Stellung zu nehmen. Die Antragstellerin habe fristgerecht ihren Angebotspreis aufgeklärt und darauf hingewiesen, dass die Kostenschätzung des Auftraggebers unplausibel sei. Die Antragstellerin sei im Stande, aufgrund ihrer Kenntnisse des Untersuchungsgegenstandes, der dazu erhältlichen öffentlichen Daten und ihrer Einbindung in die angrenzenden Straßenprojekte S1 und A23, einen entsprechend günstigen Angebotspreis anzubieten. Hinzu komme, dass die Antragstellerin größtenteils mit eigenen Ressourcen arbeite und eine günstige Kostenstruktur aufweise.

Mit Schriftsatz vom 23.8.2007 "ergänzte" die Antragstellerin ihren Nachprüfungsantrag vom 20.8.2007 um einen Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung. Begründend wurde hierzu ausgeführt, dass sie von der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung erst am 23.8.2007 erfahren habe. Durch das ungerechtfertigte Ausscheiden ihres Angebotes sei auch die Zuschlagsentscheidung mit Rechtswidrigkeit belastet. Der Auftraggeber hätte das Angebot der Antragstellerin bei der Bestbieterermittlung berücksichtigen müssen. Da ihr Angebot sowohl das preislich günstigste als auch das beste Angebot sei, müsste bei korrekter Angebotsprüfung und Bewertung die Zuschlagsentscheidung auf das Angebot der Antragstellerin lauten und die Erteilung des Zuschlages auf dieses erfolgen.

Der Auftraggeber erstattete mit Telefax vom 22.8.2007, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 23.8.2007, allgemeine Auskünfte zum gegenständlichen Vergabeverfahren. Der Auftrag sei am 18.5.2007 im Amtlichen Lieferungsanzeiger bekanntgemacht worden. Es handle sich um einen Dienstleistungsauftrag gemäß § 6 BVergG im Unterschwellenbereich. Der geschätzte Auftragswert betrage Euro 110.000,-- ohne USt. Eine Unterteilung in Lose sei nicht erfolgt. Der Auftrag solle in einem nicht offenen Verfahren gemäß § 25 Abs 3 BVergG nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden. Der Auftraggeber erstattete mit Telefax vom 22.8.2007, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 23.8.2007, allgemeine Auskünfte zum gegenständlichen Vergabeverfahren. Der Auftrag sei am 18.5.2007 im Amtlichen Lieferungsanzeiger bekanntgemacht worden. Es handle sich um einen Dienstleistungsauftrag gemäß Paragraph 6, BVergG im Unterschwellenbereich. Der geschätzte Auftragswert betrage Euro 110.000,-- ohne USt. Eine Unterteilung in Lose sei nicht erfolgt. Der Auftrag solle in einem nicht offenen Verfahren gemäß Paragraph 25, Absatz 3, BVergG nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden.

Die Angebotsöffnung sei am 24.7.2007 erfolgt. Es seien Angebote von der Antragstellerin, der E***/F***, der G*** und der I*** gelegt worden. Mit Schreiben vom 9.8.2007 sei der Antragstellerin das Ausscheiden ihres Angebotes mitgeteilt worden. Die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung sei mit Schreiben vom 10.8.2007 erfolgt. Das Verfahren sei nicht widerrufen, der Zuschlag noch nicht erteilt worden.

In einer weiteren Stellungnahme des Auftraggebers vom 28. August 2007 wurde vorgebracht, dass in Punkt 1,305.1.4 der Ausschreibungsunterlagen klar und unmissverständlich festgelegt sei, dass Angebote, deren Angebotspreis um mehr als 30 % von dem in der Ausschreibung definierten Mittelwert abweichen würden, ohne vertiefte Angebotsprüfung auszuschneiden seien.

Im Sinne der gebotenen Gleichbehandlung aller Bieter habe die Angebotsbewertung nach den Festlegungen in der Ausschreibung zu erfolgen. Der Auftraggeber dürfe nicht nachträglich von den Bedingungen der Ausschreibung abweichen. Die Bieter müssten darauf vertrauen können, dass der Auftraggeber seine eigenen Ausschreibungsbedingungen einhalte. Der Auftraggeber sei an die Ausschreibungsregeln auch dann gebunden, wenn diese rechtswidrig oder unzweckmäßig seien.

Die Antragstellerin habe von der Möglichkeit, die Festlegungen der Ausschreibung zu bekämpfen, nicht Gebrauch gemacht. Die Ausschreibung sei sohin präkludiert. Dem Bundesvergabeamt sei es verwehrt, bestandskräftige gewordene Entscheidungen im Zuge der Anfechtung späterer Entscheidungen inzident in Prüfung zu ziehen. Da die Ausschreibung nicht innerhalb der vorgesehenen Frist angefochten worden sei, sei auch Punkt 1,305 der Bestbieterermittlung zugrunde zu legen.

Der Angebotspreis der Antragstellerin liege um mehr als 30 % unter dem Mittelwert und sei das Angebot der Antragstellerin daher auszuschneiden. Selbst wenn die Schätzkosten des Auftraggebers geringer angesetzt gewesen wären (etwa in Höhe des höchsten Preisangebotes), würde das Angebot der Antragstellerin um mehr als 30% vom Mittelwert abweichen und wäre auszuschneiden gewesen.

Die Kostenschätzung sei vom Auftraggeber mit größter Sorgfalt erstellt worden. Dies ergebe sich auch daraus, dass die Schätzkosten auf "Positionsebene" vorlägen. Der Auftraggeber verfüge nicht nur über jahrelange Erfahrung und eine umfassende Marktübersicht im vergabegegenständlichen Bereich, sondern auch über die Kenntnis der einzelnen

Planungsgebiete. Als Grundlage für die Kostenschätzung hätten vergleichbare Referenzprojekte gedient. Der geschätzte Auftragswert habe sohin ohne Beiziehung eines sachkundigen Dritten ermittelt werden können. Das Leistungsbild der gegenständlichen Ausschreibung sei sehr umfassend. Gegenstand des Auftrages sei die Erstellung einer Ist-Zustands-Dokumentation im Rahmen von VP und UVE. Die Gesamtlänge der Strecke betrage ca. 34 km und berühre u.a. ein Natura-2000-Schutzgebiet. Im Zuge des gegenständlichen Projektes sei auch das Gebiet der March-Thaya-Auen zu queren. March und Thaya seien als besonders schützenswürdig im Sinne der Natura-2000-Richtlinie ausgewiesen. Dies würde aus Sicht des Auftraggebers einen weitaus höheren Aufwand bedingen als bei Projekten ohne solche Natura-2000- Schutzgebiete.

Das von der Antragstellerin zitierte Projekt S3 Weinviertler Schnellstraße umfasse zwar anzahlmäßig mehr Oberflächenwasserkörper, es sei jedoch im Gegensatz zum Projekt S8 Marchfeld Schnellstraße kein Natura-2000-Gebiet betroffen. Somit könne dieses Projekt nicht als "Vergleichsprojekt" herangezogen werden.

Die Schätzkosten würden vom Auftraggeber bereits nach Festlegung des ausgeschriebenen Leistungsbildes ermittelt und bei der Submission verlesen. Zum Zeitpunkt der Erstellung der Kostenschätzung seien dem Auftraggeber somit die Angebotspreise nicht bekannt. Eine willkürliche Beeinflussung des Vergabeverfahrens sei somit nicht möglich.

Zum Angebotspreis der Antragstellerin:

Nach § 129 Abs 1 Z 3 BVergG seien Angebote auszuschneiden, die eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufweisen würden. Unter § 129 Abs 1 Z 3 leg.cit. seien auch jene Angebote zu subsumieren, die zu niedrige Einheitspreise in wesentlichen Positionen aufweisen würden. Die Preise der Antragstellerin seien in diversen Positionen unangemessen niedrig und nicht plausibel. Nach Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG seien Angebote auszuschneiden, die eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufweisen würden. Unter Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, leg.cit. seien auch jene Angebote zu subsumieren, die zu niedrige Einheitspreise in wesentlichen Positionen aufweisen würden. Die Preise der Antragstellerin seien in diversen Positionen unangemessen niedrig und nicht plausibel.

Mit Schriftsatz vom 3. September 2007, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 6. September 2007, brachte die Bietergemeinschaft E***/F*** (präsumtive Zuschlagsempfängerin) begründete Einwendungen gegen den Nachprüfungsantrag vor. Ihrer Ansicht nach sei eine nachträgliche Anfechtung der unterschriebenen und anerkannten Ausschreibungsbedingungen nicht zulässig. Es sei allen Bietern bekannt gewesen, dass die Kostenschätzung des Auftraggebers in die Berechnung des Mittelwertes einbezogen würde. Eine nachträgliche Änderung der Ausschreibungsbedingungen widerspräche dem Gleichbehandlungsgrundsatz und den Grundsätzen der Bestbieterermittlung.

Festzuhalten sei auch, dass die Anzahl der Oberflächenwasserkörper nicht das einzige preisbestimmende Kriterium sei. Es sei fachlich nicht zulässig, eine lineare Beziehung zwischen der Anzahl der Oberflächenwasserkörper und der Kosten zu unterstellen und in der Folge die Höhe des geschätzten Auftragswertes anzuzweifeln. Die Kostenschätzungen der Auftraggeber würden derzeit meist deutlich über den erzielten Angebotspreisen liegen. Grund dafür sei ein deutlicher Konkurrenzkampf um Referenzprojekte, welcher sich auch in den Preisen niederschlage.

In einer Replik der Antragstellerin vom 10. September 2007 wurde ergänzend vorgebracht, dass die Präklusion differenziert zu sehen sei. Die von der Antragstellerin angefochtene Bestimmung der Ausschreibungsunterlage gebe den Maßstab der Preisprüfung durch den Auftraggeber vor. Diese Regelung sei derart unbestimmt, dass vor Angebotsöffnung für den Bieter nicht ersichtlich sei, ob er der solcher Art ausgestalteten Preisprüfung entspreche oder nicht. Ob das Ausscheiden aufgrund dieser Regelung erfolge, sei für keinen der Bieter absehbar und rein zufällig. Gerade diese unabsehbare zufällige Vorgabe zur Preisprüfung durch den Auftraggeber begründe die Vergaberechtswidrigkeit.

Entgegen der Ansicht des Auftraggebers verfüge dieser gerade nicht über ausreichende Kenntnis der Marktlage und auch nicht über den ausreichenden Sachverstand, um eine angemessene Kostenschätzung vornehmen zu können. Der Auftraggeber rechtfertige die überproportionalen Kosten unter Hinweis darauf, dass das gegenständliche Projekt ein Natura-2000-Schutzgebiet berühre. Zwar würden gegenständlich 3 - 4 Natura-2000-Schutzgebiete berührt, doch hätte dies für die ausschreibungsgegenständlichen Dienstleistungsaufträge keine preiserhöhende Relevanz. Die Auswirkungen des gegenständlichen Straßenbaus auf die in der Richtlinie erfassten Schutzgüter (Tiere- und Pflanzenarten) seien kaum Gegenstand des hier ausgeschriebenen Fachbereiches der Gewässerökologie. Wie bereits

dargelegt, sei der Untersuchungsraum der hier ausgeschriebenen Gewässerökologie relativ einfach. Es seien lediglich fünf Oberflächenwasserkörper betroffen.

Die "inkriminierte" Ausschreibungsbestimmung spreche davon, dass bei der Beurteilung der Angemessenheit nach der bekämpften 30%- Abweichungsregelung lediglich "der Bestimmung des § 108 BVergG 2006 entsprechende Preisangebote" heranzuziehen seien. Dies gelte auch für die Kostenschätzung. Wenn die Kostenschätzung nicht den Anforderungen der Angemessenheit entspreche, sei sie außer Acht zu lassen und nicht nachträglich zu korrigieren. Die "inkriminierte" Ausschreibungsbestimmung spreche davon, dass bei der Beurteilung der Angemessenheit nach der bekämpften 30%- Abweichungsregelung lediglich "der Bestimmung des Paragraph 108, BVergG 2006 entsprechende Preisangebote" heranzuziehen seien. Dies gelte auch für die Kostenschätzung. Wenn die Kostenschätzung nicht den Anforderungen der Angemessenheit entspreche, sei sie außer Acht zu lassen und nicht nachträglich zu korrigieren.

Das nunmehrige Vorbringen des Auftraggebers zur angeblichen Unterpreisigkeit des Angebotes der Antragstellerin sei unzulässig. Zum Zeitpunkt der Ausscheidensentscheidung habe der Auftraggeber keine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt und der Antragstellerin die allfälligen Unterpreise auch nicht zur Aufklärung vorgehalten. Dessen ungeachtet treffe der Vorwurf des unplausiblen Angebotspreises nicht zu. Das "Nachschieben" einer hypothetischen Preisprüfung im Zuge des Nachprüfungsverfahrens sei nicht geeignet, diesen Fehler zu beheben.

In einer ergänzenden Stellungnahme des Auftraggebers vom 11.9.2007 wurde im Wesentlichen deren bisheriges Vorbringen wiederholt. In einer Replik der Antragstellerin vom 14. September 2007 wurde erneut moniert, dass keine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt worden sei. Die Antragsgegnerin sei auch nicht aufgefordert worden, zu angeblichen Unterpreisen im Detail Stellung zu nehmen. Sie sei lediglich allgemein zur Aufklärung der angeblichen Unterpreisigkeit des Gesamtangebotspreises aufgefordert worden. Dadurch habe der Auftraggeber gegen § 125 BVergG verstoßen. Die nunmehr nachgeschobenen Argumente hätten daher außer Betracht zu bleiben. In einer ergänzenden Stellungnahme des Auftraggebers vom 11.9.2007 wurde im Wesentlichen deren bisheriges Vorbringen wiederholt. In einer Replik der Antragstellerin vom 14. September 2007 wurde erneut moniert, dass keine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt worden sei. Die Antragsgegnerin sei auch nicht aufgefordert worden, zu angeblichen Unterpreisen im Detail Stellung zu nehmen. Sie sei lediglich allgemein zur Aufklärung der angeblichen Unterpreisigkeit des Gesamtangebotspreises aufgefordert worden. Dadurch habe der Auftraggeber gegen Paragraph 125, BVergG verstoßen. Die nunmehr nachgeschobenen Argumente hätten daher außer Betracht zu bleiben.

In der mündlichen Verhandlung am 18.9.2007 brachte die Antragstellerin ergänzend vor, dass in der Ausschreibung 2 Szenarien - Szenario Süd und Szenario Nord - vorgegeben gewesen seien. Die Antragstellerin habe jene beiden Korridore für die Erstellung ihres Angebotes und damit für ihren Angebotspreis herangezogen, wie diese in der Ausschreibung dargestellt gewesen seien. Zur Vergleichbarkeit der Kostenschätzung hätte sich der Auftraggeber an die in der Ausschreibung dargestellten Szenarien Nord bzw. Süd halten müssen. Dies sei jedoch offensichtlich nicht geschehen. Weiters wurde ausgeführt, dass aufgrund der Qualität der Gewässer entlang der Trasse die Kostenschätzung hinsichtlich des Projektes S8 insgesamt niedriger und auch niedriger im Verhältnis zu den Kostenschätzungen der Projekte S3 und S37 sein hätte müssen.

Die Dauer des Projektes dürfe bei der Kostenschätzung zu keinem Unterschied führen, da das Leistungsverzeichnis ohnehin Einheitspreispositionen vorsehe und den Bearbeitungsaufwand nach Stunden abrechnen lasse (Pos. 2.22 und 2.21). Hinsichtlich der ökologischen Wertigkeit der Gewässer müsse zwischen der Wertigkeit an sich und dem Aufwand, diesen festzustellen, unterschieden werden. Für die Kostenschätzung sei der Aufwand heranzuziehen gewesen.

Für den gegenständlichen Fachbereich habe die ASFINAG im letzten Jahr 4 Ausschreibungen durchgeführt, nämlich für die Projekte S3, S37 Nord, S37 Süd und S8.

Der Auftraggeber brachte in der mündlichen Verhandlung vom 18.9.2007 ergänzend vor, dass es sich gegenständlich um eine prioritäre Dienstleistung iSd Anhangs III, Kategorie 12, handle. Die Kostenschätzung sei von Frau J*** erstellt worden. Diese sei Projektleiter-Stellvertreterin für die Projekte S3 und S8. Für das Vorhaben S37 sei Frau J*** nicht zuständig. Von der Ausbildung her sei Frau J*** Wirtschaftsingenieurin für Bauwesen. Von der universitären Ausbildung her habe sie mit den Bereichen Fische, Fischereiwesen und Gewässerökologie wenig zu tun gehabt. In den Bereichen Raum und Umwelt habe sie bisher 22 Ausschreibungen abgeschlossen. Die gegenständliche Kostenschätzung sei anhand des Leistungsverzeichnisses für jede Unterposition erstellt worden. Für die gegenständliche Kostenschätzung seien die Projekte S37 und S3 herangezogen worden. Die S3 umfasse kein Natura-

2000- Schutzgebiet. Die S37 umfasse jedoch ein Natura-2000-Schutzgebiet. Der Auftraggeber bediene sich als Koordinator "Umwelt" des Ingenieurbüros K*** als Ansprechpartner für fachliche Fragen im Bereich Umwelt. Mit dem Koordinator "Umwelt" werde der jeweilige Aufwand abgeklärt. Für die S3 und S37 seien andere Büros als Koordinatoren beschäftigt worden. Der Auftraggeber brachte in der mündlichen Verhandlung vom 18.9.2007 ergänzend vor, dass es sich gegenständlich um eine prioritäre Dienstleistung iSd Anhangs römisch drei, Kategorie 12, handle. Die Kostenschätzung sei von Frau J*** erstellt worden. Diese sei Projektleiter-Stellvertreterin für die Projekte S3 und S8. Für das Vorhaben S37 sei Frau J*** nicht zuständig. Von der Ausbildung her sei Frau J*** Wirtschaftsingenieurin für Bauwesen. Von der universitären Ausbildung her habe sie mit den Bereichen Fische, Fischereiwesen und Gewässerökologie wenig zu tun gehabt. In den Bereichen Raum und Umwelt habe sie bisher 22 Ausschreibungen abgeschlossen. Die gegenständliche Kostenschätzung sei anhand des Leistungsverzeichnisses für jede Unterposition erstellt worden. Für die gegenständliche Kostenschätzung seien die Projekte S37 und S3 herangezogen worden. Die S3 umfasse kein Natura-2000- Schutzgebiet. Die S37 umfasse jedoch ein Natura-2000-Schutzgebiet. Der Auftraggeber bediene sich als Koordinator "Umwelt" des Ingenieurbüros K*** als Ansprechpartner für fachliche Fragen im Bereich Umwelt. Mit dem Koordinator "Umwelt" werde der jeweilige Aufwand abgeklärt. Für die S3 und S37 seien andere Büros als Koordinatoren beschäftigt worden.

Gegenständlich sei die Streckenlänge der Trasse als Maßstab für die Kostenschätzung herangezogen worden, da die genaue Lage der Trasse noch nicht bestimmt sei und somit eine Festlegung auf einzelne betroffene Gewässer nicht möglich gewesen sei. Der Aufwand richte sich nach der Streckenlänge. Der Untersuchungsraum beschränke sich nicht auf die in der Ausschreibung dargestellten Linien (Szenario Süd und Szenario Nord), sondern auf einen Korridor, welcher diese beiden "dargestellten Linien" umgebe. Dieser Korridor lasse sich nicht auf bestimmte Meter festlegen. Der Auftraggeber habe die Korridore - wie in der Ausschreibung dargestellt - zur Ermittlung der Kostenschätzung herangezogen. Laut Ausschreibung, Punkt 2.2.4, erfolge die Abrechnung nach dem tatsächlichen Aufwand.

Im Zuge des Nachprüfungsverfahrens habe der Auftraggeber seine eigene Kostenschätzung nochmals hinterfragt. Hiezu seien jeweils die Maximal- und Mittelwerte der Projekte S3 und S37 als Vergleichsmaßstab herangezogen worden. Die Schätzung hinsichtlich der S8 sei im Vergleich zu den Positionspreisen der Projekte S3 und S37 jeweils im obersten Drittel gelegen. Es sei richtig, dass die Schätzkosten gegenständlich sehr hoch seien. "Ausreißer" habe es jedoch nicht gegeben.

Die Preisunterschiede je Oberflächenwasserkörper bei den jeweiligen Projekten würden sich einerseits aus der Dauer des Projekte (Anm: S8 Bearbeitungszeitraum 3 Jahre) und andererseits aus der Wertigkeit der Gewässer ergeben. Die Preisunterschiede je Oberflächenwasserkörper bei den jeweiligen Projekten würden sich einerseits aus der Dauer des Projekte Anmerkung, S8 Bearbeitungszeitraum 3 Jahre) und andererseits aus der Wertigkeit der Gewässer ergeben.

Der Auftraggeber habe sich gegenständlich eigentlich höhere Angebotspreise erwartet, da derzeit einige Ausschreibungen mit demselben Leistungsbild laufen würden und der Bieterkreis naturgemäß ein sehr enger sei.

Über Befragen, warum der Auftraggeber entgegen seinen eigenen Ausschreibungsbestimmungen (Punkt 1,305. 1.4) die Antragstellerin ersucht habe, ihren günstigen Gesamtpreis aufzuklären, erklärte der Auftraggeber, dass er jedem Bieter die Möglichkeit gebe, allenfalls Rechenfehler des Auftraggebers darzulegen, nicht jedoch um – so wie in einer vertieften Angebotsprüfung – Einzelpreise bzw. den Gesamtpreis zu rechtfertigen.

Da der erkennende Senat die aufgeworfenen Fragen, nämlich ob die Kostenschätzung seitens des Auftraggebers sachgerecht erfolgt ist und ob sie der Höhe nach angemessen ist, ohne Heranziehung eines Sachverständigen nicht beantworten kann, wurde der Beschluss gefasst, ein Sachverständigengutachten einzuholen. Gegen den vom Senat in Aussicht genommenen Sachverständigen, a.o. Univ.-Prof. DI Dr. M***, Universität für Bodenkultur Wien, XXX, p.A. XXX, wurden von den Parteien keine Einwände erhoben. In der Folge wurde mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 26. September 2007, N/0079- BVA/15/2007-49, a.o. Univ.-Prof. DI Dr. M*** zum nichtamtlichen Sachverständigen bestellt. Mit Schreiben des Bundesvergabeamtes vom 26. September 2007, N/0079-BVA/15/2007-50, wurde dem Sachverständigen die Fragenliste übermittelt. Da der erkennende Senat die aufgeworfenen Fragen, nämlich ob die Kostenschätzung seitens des Auftraggebers sachgerecht erfolgt ist und ob sie der Höhe nach angemessen ist, ohne Heranziehung eines Sachverständigen nicht beantworten kann, wurde der Beschluss gefasst, ein Sachverständigengutachten einzuholen. Gegen den vom Senat in Aussicht genommenen Sachverständigen, a.o. Univ.-Prof. DI Dr. M***, Universität für Bodenkultur Wien, römisch 30 , p.A. römisch 30 , wurden von den Parteien keine

Einwände erhoben. In der Folge wurde mit Bescheid des Bundesvergabebeamtes vom 26. September 2007, N/0079-BVA/15/2007-49, a.o. Univ.-Prof. DI Dr. M*** zum nichtamtlichen Sachverständigen bestellt. Mit Schreiben des Bundesvergabebeamtes vom 26. September 2007, N/0079-BVA/15/2007-50, wurde dem Sachverständigen die Fragenliste übermittelt.

Die Fragen lauteten:

1. 1)Ziffer eins
Hat der Auftraggeber den geschätzten Auftragswert sachgerecht ermittelt?
2. 2)Ziffer 2
Ist der geschätzte Auftragswert von Euro 110.000,-- der Höhe nach angemessen?

Am 15.10.2007 langte das Gutachten beim Bundesvergabeamt ein.

Inhalt des Gutachtens, soweit für die Entscheidung relevant:

4.1 Sachgerechte Ermittlung des geschätzten Auftragswertes

[...].

In der Leistungsbeschreibung sind grundsätzlich alle wesentlichen Positionen, die für eine ordnungsgemäße Schätzung des Auftragswertes erforderlich sind, enthalten. Die Positionen sind entsprechend der Leistungsbeschreibungen gegliedert. Für alle beschriebenen Leistungen in der Projekt- und Aufgabenbeschreibung finden sich die entsprechenden Positionen im Leistungsverzeichnis. Das Vorprojekt besteht aus 5, das Einreichprojekt aus 8 Teilpositionen. Besprechungen und Öffentlichkeitsarbeit sowie sonstige Projektierungsleitungen sind in 3 bzw. 4 Teilpositionen aufgegliedert.

4.1.1. Ist-Zustand, Trassenoptimierung und Trassenbeurteilung

Grundsätzliches Problem des Leistungsverzeichnisses ist bei einigen Positionen (Ist-Zustand, Trassenoptimierung und Trassenbeurteilung 1.311, 1.3.12, 1.321, 1.322, 2.221, 2.222, 2.321, 2.322) der Bezug der Mengen auf Straßenkilometer. Tatsächlich bestimmt jedoch nicht die Straßenlänge sondern die Art und Länge der betroffenen Gewässer den Umfang durchzuführender Untersuchungen. Finanziell ausschlaggebend sind v.a. durchzuführende Freilandhebungen. Daher ist entscheidend, welche Untersuchungen bereits vorliegen und welche noch durchzuführen sind. Dies erfolgt in der Regel bei Vorhaben ähnlicher Größenordnung im Rahmen der Vorstudie, was hier jedoch unterblieb.

Auf Befragung antworteten sowohl J*** (ASFINAG) als auch L*** (Koordinator), dass eine straßenkilometermäßige Kalkulation die gängige Vorgangsweise sei und sich internen betriebswirtschaftlichen Gründen ergibt. Zudem würde diese Vorgangsweise auch gewählt, um unterschiedliche Projekte miteinander vergleichen zu können.

Diese Methode ist aus o.g. Gründen nicht geeignet, eine sachgerechte Schätzung der Kosten vorzunehmen. Vielmehr wäre es notwendig, die Gewässer taxativ aufzulisten und den Untersuchungsaufwand entsprechend der Art der Gewässer festzulegen. Zwar ist in der Projekt- und Aufgabenbeschreibung eine Planskizze mit den Trassenführungen enthalten, die betroffenen Gewässer(-abschnitte) sind jedoch nicht angeführt (Unterlage 3). Dies wäre jedoch leicht möglich gewesen, da diese bei der Voruntersuchung der NÖ LR (Unterlage 7) bereits erfasst und beschrieben worden waren. Was jedoch in der Voruntersuchung fehlt, ist eine genaue Auflistung bereits vorliegender, methodisch geeigneter Freilanduntersuchungen, die für gegenständliches Projekt Verwendung finden könnten.

4.1.2 Restliche Leistungspositionen

Die restlichen Positionen des Leistungsverzeichnisses (Berichte, GIS, Besprechungen, etc.) sind nachvollziehbar und entsprechen einer sachgerechten Ermittlung des Auftragswertes.

4.2 Angemessenheit der Höhe des Schätzwertes

4.2.1 Ist-Zustand, Trassenoptimierung und Trassenbeurteilung

Da nach Ansicht des Unterzeichners die straßenlängenbezogenen Ermittlung des Auftragswertes bei Gewässern nicht sachgerecht ist, kann die Höhe des Schätzwertes anhand der herangezogenen Mengen und Einheitspreise nicht überprüft werden. Eine Prüfung erfolgt daher lediglich anhand eines Vergleiches der Gesamtsumme straßenlängenbezogener Posten mit den Erfordernissen, die sich aus der Leistungsbeschreibung für diese Posten und den tatsächlich betroffenen Gewässerstrecken ergeben. Dies erfolgt lediglich in einer groben Abschätzung, da es nicht Ziel des Gutachtens ist, eine eigene Kostenschätzung vorzunehmen.

Laut Voruntersuchung sind 4 Fließgewässer betroffen. An allen diesen vier Gewässern sind die in der Leistungsbeschreibung detailliert angeführten Untersuchungen (siehe Methodenkonzept) durchzuführen. Geht man davon aus, dass keine adäquaten, bereits vorliegenden Freilanduntersuchungen zur Verfügung stehen, ist laut BMLFUW Leitfaden für jeden Wasserkörper zumindest eine Probenstelle zu besammeln. In sensiblen Bereichen wie z.B. der March sind mehrere Probenstellen zu besammeln. Laut BMLFUW Leitfaden zur Erhebung der biologischen Qualitätselemente - Teil A1 Fische sind Fließgewässer mit mehr als durchschnittlich 2 m Tiefe, was auf die March zutrifft, neben der Elektrofischung mit zusätzlichen Methoden zu befischen, so dass die Kosten bei der March über dem Durchschnitt der Schätzung des BMLFUW (Euro 6.444,- pro Probenstelle) liegen durften. Setzt man für die 3 kleineren Gewässer je eine Probenstelle mit a Euro 5.000,- und für die March mindestens 3 Probestellen a Euro 8.000,- an, so ergäbe dies in Summe für die Freilandhebungen ca. Euro 39.000,- was deutlich über dem Schätzwert der ASFINAG von Euro 23.500,- liegen würde (Posten 1.311, 1.312, 2.22 1, 2.222).

Die methodischen Vorgaben für gewässerökologische Untersuchungen haben sich v.a. in den letzten Jahren infolge der Wasserrahmenrichtlinie stark verändert. Folge sind wesentlich umfangreichere Untersuchungen die sich auch kostenmäßig entsprechend niederschlagen. Es ist anzunehmen, dass diese jüngsten Änderungen in der Praxis noch nicht vollständig wahrgenommen wurden.

Für die Trassenoptimierung und -beurteilung wurden insgesamt für Vorprojekt und Einreichprojekt Euro 21.000,- geschätzt, was ausgehend von einem Stundensatz von Euro 73,- etwa 288 h (~ 2 Personenmonaten) entspricht. Dieser Wert erscheint deutlich überhöht zu sein, da die Trassenoptimierung und -beurteilung aus gewässerökologischer nur punktuelle Bereiche bei der Querung der Gewässer betrifft. Außer bei der March ist wahrscheinlich, so weit dies vorab abgeschätzt werden kann, mit keinen wesentlichen Problemen aus gewässerökologischer Sicht zu rechnen.

4.3 Restlichen Posten der Leistungsbeschreibung

GIS

In Summe sind Euro 8.000,- für GIS-Arbeiten als Pauschalwert angeschätzt worden. Dieser Betrag erscheint ebenso etwas erhöht zu sein, da die GIS-mäßigen Bearbeitungen wiederum vornämlich nur die punktuellen Querungen der Gewässer betreffen.

Berichtlegung

Die Kosten wurden auf Euro 7.500,- (Vorprojekt) und Euro 8.000,-

(Einreichprojekt) geschätzt und dürften sich im oberen Bereich des tatsächlichen Aufwandes bewegen. Sicherlich wird es sich angesichts der Leistungsbeschreibung um sehr umfangreiche Werke handeln, es besteht jedoch auch ein deutlicher Überlappungsbereich (ausgewählte Variante), der entsprechende Einsparungen ermöglicht.

Besprechungen und Öffentlichkeitsarbeit

Einen vergleichsweise hohen Posten (ca. 20 %) machen Besprechungen und Öffentlichkeitsarbeit aus. Die einzelnen Subposten sind jedoch nachvollziehbar dargestellt (interne Besprechungen, Öffentlichkeitsarbeit, Verhandlungen). Die Erfahrungen haben gezeigt, dass v.a. diese Posten meist zu gering kalkuliert werden. Auf Befragen von J***I wurde bestätigt, dass hier versucht wurde, sich kostenmäßig abzusichern, um nicht nachträglich mit höheren Kosten konfrontiert zu werden. Aufgrund der Unsicherheit des wirklichen Bedarfes werden diese Kosten nach Aufwand abgerechnet. Falls keine unvorhergesehenen Dinge auftreten, ist ehe mit einer geringeren Anzahl von Besprechungen zu rechnen. Einen Unsicherheitsfaktor stellt die Frage der Marchüberquerung dar, da hier aufgrund der hohen ökologischen Wertigkeit größere Interessenskonflikte auftreten könnten und diese bekanntlich zu vermehrten Kosten, insbesondere in der Kommunikation, führen. Die Schätzung der Kosten für die Besprechungen in Höhe von Euro 1.000,- bis Euro 1.500,- erscheinen realistisch, da darin auch Vorbereitungs- und Reisekosten enthalten sind.

Sonstige stundenmäßige Kosten

Als Basis für die sonstigen stundenmäßigen Kosten (Hilfestellung gegenüber der Behörde, Verbesserungsauftrag, sonstige nach Aufwand zu verrechnende Leistungen) basieren auf einem Stundensatz von durchschnittlich Euro 70,- und entsprechen somit in etwa den Richtlinien.

Nebenkosten

Die Nebenkosten wurden mit 5 % angesetzt, was im Rahmen üblicher Kostenansätzen liegt.

4.4 Zusammenfassung

Nach Meinung des Unterzeichners wurden die Kosten für die Ist-Bestandserfassung deutlich unterschätzt, da die Berechnung zwar nach gebräuchlicher Vorgangsweise straßenlängenbezogen, jedoch nicht sachgerecht hinsichtlich der tatsächlich vorliegenden gewässerbezogenen Gegebenheiten erfolgte. Die restlichen Posten wurden sachgerecht ermittelt. Die geschätzten Kosten für die Trassenoptimierung und -beurteilung sowie für die GIS-Bearbeitung und Berichtlegung erscheinen überhöht zu sein. Die restlichen Posten bewegen sich im Rahmen erwarteter Werte.

In Summe gleichen sich Kostenüberschätzung und Kostenunterschätzung weitgehend aus, insgesamt dürfte die Gesamtsumme um ca. 10 %, maximal 15 % überschätzt sein, was innerhalb der Schätzgenauigkeit derartiger Kostenkalkulationen liegt. Insgesamt ist daher die Kostenschätzung in Höhe von Euro 110.000,- als angemessen zu beurteilen."

Die Antragstellerin nahm mit Schriftsatz vom 22.10.2007 zum Gutachten wie folgt Stellung:

Zur sachgerechten Ermittlung der Kostenschätzung des Auftraggebers:

Der Sachverständige bestätige das Vorbringen der Antragstellerin, dass die gewählte Vorgangsweise bei der Kostenschätzung nicht sachgerecht sei. Eine Kostenschätzung auf Basis der Straßenlänge und nicht auf Basis der zu untersuchenden Gewässer sei nicht sachgerecht. Schon wegen der unsachlichen Methode der Kostenschätzung sei diese für nichtig zu erklären und in weiterer Folge auch die darauf basierende Ausscheidung des Angebots der Antragstellerin.

Zur Angemessenheit der Höhe des Schätzwerts:

Der Sachverständige gelange zum Schluss, dass die Kostenschätzung auf Basis einer unrichtigen Methodik aufgebaut worden sei. Der Sachverständige komme in Detailpositionen weiters zum Schluss, dass diese überhöht seien. Lediglich bei der Addition der zum Teil gegenläufigen, erheblich unrichtigen Positionen gelange der Sachverständige zum Ergebnis, dass sich die Kostenüber- und Kostenunterschätzung weitgehend ausgleichen würden und die Gesamtsumme im Rahmen von ca. 10% bis max. 15% nicht überschritten würde. Im Ergebnis komme der Sachverständige zur Schlussfolgerung, dass die Kostenschätzung insgesamt als angemessen zu beurteilen sei. Die Schlussfolgerung, die Kostenschätzung als angemessen zu bezeichnen, sei jedoch aus den oben angeführten Gründen, verfehlt. Die Kostenschätzung sei daher auch dann unrichtig, wenn das Gesamtergebnis plus/minus 10% bzw. 15% betrage.

Für die Kostenschätzung hätten die gleichen Regeln zu gelten wie jene für eine Preisangemessenheitsprüfung. Auch eine Kostenschätzung sei - so wie ein Angebot - dann unplausibel, wenn sie auf einer zum Teil unrichtigen Methodik/Berechnung beruhe bzw. auf zum Teil unrichtigen wesentlichen Preispositionen, jedoch im Ergebnis Durchschnittswerten entspreche.

Entgegen dem Auftrag der Behörde habe der Sachverständige im Ergebnis eine eigene Kostenschätzung vorgenommen. Für eine solche eigene Kostenschätzung würde der erhobene Befund jedoch nicht ausreichen. Auch seien dem Sachverständigen offenbar nicht alle für eine eigene Kostenschätzung relevanten Unterlagen zur Verfügung gestanden. Dies betreffe insbesondere die Vergleichsprojekte S3 und S37. Die vom Sachverständigen auf Basis unvollständiger Unterlagen vorgenommene ersatzweise Kostenschätzung für den Ist-Zustand, die Trassenoptimierung und die Trassenbeurteilung, sei ohne eine detaillierte Berücksichtigung der Vergleichsprojekte unvollständig und entspreche nicht einer ausreichenden Sachverständigen-Kostenschätzung.

Hinterfragenswert sei die Annahme des Sachverständigen, dass zur Beurteilung der March bei der Stelle der beabsichtigten Überquerung der Schnellstraße 3 Probestellen à Euro 8.000,00 anzusetzen wären. Vor allem die Annahme, dass keine adäquaten, bereits vorliegenden Freilanduntersuchungen zur Verfügung stünden, gelte für die March nicht. Im Untersuchungsbereich der March würden offizielle Messstellen des Bundes liegen, deren Ergebnisse repräsentativ seien und bei der Ist-Zustandserhebung mitberücksichtigt werden könnten. Weiters würden vielfältige Daten existieren, die auch dazu dienen würden, den betroffenen Oberflächenwasserkörper der March sehr eingehend zu beschreiben. Weshalb bei einer bloßen Querung drei Probestellen anzusetzen sein sollten, sei dem Gutachten nicht zu entnehmen. Auch aus der vom Sachverständigen zitierten Handlungsanweisung des Lebensministeriums bezüglich Fischfauna ergebe sich nicht, dass mehrere Proben erforderlich wären. Die überhöhten übrigen Kostenpositionen

würden dadurch ausgeglichen, dass der Auftraggeber zu Unrecht die Probennahmen für Fische zu niedrig angesetzt hätte.

Zu dem vom Sachverständigen angenommenen Schätzwert:

Der Sachverständige gebe die Schätzkosten des Lebensministeriums richtig wieder. Auch die erhöhten Kosten für die einmalige Probennahme in der March seien nachvollziehbar. Der Sachverständige übersehe hierbei jedoch, dass mit dem Schätzpreis des Lebensministeriums nicht nur die Probennahme erfasst sei, sondern auch die Analyse, Auswertung und der Bericht und nicht bloß die Freilanderhebung. Dass auch der Sachverständige die Ansätze des Lebensministeriums heranziehe, zeige, dass die entsprechenden Ansätze des Auftraggebers für die Leistungspositionen Analyse, Auswertung und Bericht (welche alle bereits im Ansatz der Freilanderhebung abgegolten seien) als überhöht anzusehen seien. Selbst unter Heranziehung von drei Probenahmen bei der March wäre für Probenahme, Analyse, Auswertung und Bericht eine Kostenschätzung von Euro 40.000,00 anzusetzen. Die verbleibenden Leistungen (Besprechungen, Öffentlichkeitsarbeiten) würden nicht weitere Euro 70.000,00 rechtfertigen. Auch darin liege die Unplausibilität der Kostenschätzung des Auftraggebers begründet.

Nicht nachvollziehbar seien die Aussagen des Sachverständigen zu der Kostenschätzung für Besprechung und Öffentlichkeitsarbeit. Der Sachverständige gestehe zwar ein, dass die Schätzung der Kosten für die Besprechungen in Höhe von Euro 1.000,00 bis 1.500,00 realistisch erscheinen würden. Weshalb ein solcher Ansatz realistisch sei, sei nicht nachvollziehbar. Vorbereitungs- und Reisekosten, wie sie der Sachverständige als Rechtfertigung annehme, seien nur eingeschränkt zu berücksichtigen. Reisekosten etwa würden ohnehin über die Nebenkosten abgegolten, die vom Sachverständigen mit 5% als angemessen bezeichnet worden seien. Nicht nachvollziehbar sei vor allem, inwieweit die Unsicherheit des Auftraggebers zum wirklichen Bedarf zu dieser vergleichsweise hohen Position (ca. 20%) geführt habe.

Es sei zum Teil nicht nachvollziehbar, welche Unterlagen der Sachverständige verwendet habe bzw. weshalb bestimmte Unterlagen nicht verwendet worden seien. Auch werde vom Sachverständigen auf die Vergleichsprojekte S3 und S37 nicht Bezug genommen. Darin sehe die Antragstellerin - vor allem im Hinblick darauf, dass der Sachverständige zum Teil eine eigene Kostenschätzung vornehme - eine unvollständige Befundaufnahme. Mit den Beteiligten seien Gespräche bzw. Telefonate geführt worden, deren Inhalt nicht nachvollziehbar sei. Unverständlich sei auch, dass der Sachverständige mit Frau Dr. D*** nicht telefoniert habe, obwohl der Sachverständige offenbar die Frage der Ist-Zustandserhebung im Bereich Fischerei als besonders bedeutsam angesehen habe.

In der Folge regte die Antragstellerin die Beantwortung folgender Ergänzungsfragen durch den Sachverständigen an:

- -Strichaufzählung
Kann die ausgeschriebene Leistung, insbesondere die Querung der March, auch mit bloß einer Probestelle bei der March erbracht werden, sodass bei der Ist-Erhebung mit einer Kostenposition von Euro 23.000,00 zu rechnen wäre?
- -Strichaufzählung
Weshalb ist ein Pauschalpreis von Euro 1.000,00 bis EUR 1.500,00 für Besprechungen in Wien bzw. im Umkreis von Wien bei einem durchschnittlichen Kostensatz von Euro 70,00 und zusätzlich zur Verrechnung gelangenden Nebenkosten von 5% angemessen?
- -Strichaufzählung
Welcher Vorbereitungsaufwand ist durchschnittlich für interne Besprechungen/Öffentlichkeitsarbeit/Verhandlungen notwendig?
- -Strichaufzählung
Inwieweit ist die Kostenschätzung von Euro 7.500,00 für das Vorprojekt bzw. Euro 8.000,00 für das Einreichprojekt, vor dem Hintergrund gerechtfertigt, dass laut der Kostenschätzung des Lebensministeriums die mit den angegebenen Kosten pro Probestellen der Ist-Erhebung auch die Kosten der Berichtslegung erfasst sind?

Mit Schriftsatz vom 26.10.2007, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 31.10.2007, nahm der Auftraggeber zum Gutachten wie folgt Stellung:

Der Sachverständige kritisiere bei einigen Positionen den Bezug der Mengen auf Straßenkilometer. Es sei verwunderlich, dass sich auch die Antragstellerin dieser Meinung anschließe. Diese habe nämlich selber ihre

Angebotspreise auf Straßenkilometer bezogen ausgepreist. Damit habe sie die Richtigkeit dieser Kalkulationsmethode bestätigt. Auch für die übrigen Bieter sei es offensichtlich möglich gewesen, diese Positionen entsprechend den Vorgaben des Auftraggebers zu kalkulieren und auszupreisen.

Die straßenbezogene Ermittlung der Mengen und Einheitspreise entspreche der gängigen Praxis. Bei der Ermittlung der Schätzkosten würde natürlich auf die konkret anzutreffenden Gewässer Rücksicht genommen. Auch wenn aus den Unterlagen, die dem Sachverständigen zur Verfügung gestanden seien, nicht die einzelnen betroffenen Gewässer hervorgehen würden, so würden diese natürlich bei der Ermittlung der Schätzkosten entsprechend berücksichtigt. Der Auftraggeber habe die genaue Anzahl und die Lage der Gewässer erhoben und diese auf die Straßenkilometer umgelegt. Diese Methode der Schätzkostenermittlung sei gewählt worden, damit der Auftraggeber für spätere Projekte Vergleichswerte habe.

Die Richtigkeit der Ansätze des Auftraggebers würde insofern bestätigt, als der Gutachter - mit der von ihm bevorzugten Methode - zu einem vergleichbaren Ergebnis gelange. Dies lasse den Schluss zu, dass der Auftraggeber von den gleichen sachgerechten Ansätzen ausgegangen sei. Damit sei dem vorgegebenen Maßstab für die Ermittlung des geschätzten Auftragswerts voll entsprochen.

Selbst wenn die vom Auftraggeber gewählte Methode nicht geeignet sein sollte, eine sachgerechte Schätzung vorzunehmen - was jedoch ausdrücklich bestritten werde - so sei der Antragstellerin dadurch kein Schaden entstanden. Das Gutachten bestätige, dass die Schätzkosten des Auftraggebers angemessen seien. Da das Angebot der Antragstellerin sohin zwingend auszuschneiden gewesen wäre, habe ihr im gegenständlichen Vergabeverfahren kein Schaden entstehen können. Die Antragslegitimation eines Bieters ergebe sich nur dann, wenn ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden sei oder zu entstehen drohe. Wenn somit selbst bei Vermeidung der behaupteten Rechtswidrigkeit dem Antragsteller kein Schaden entstanden sein könnte bzw. entstehen könne, so sei nicht weiter zu prüfen, ob eine Rechtswidrigkeit bei der Auftragsvergabe vorgelegen habe.

Zur Beurteilung der Angemessenheit der Höhe der Kostenschätzung seien dem Sachverständigen alle Unterlagen vorgelegen. Der Sachverständige habe keine Kostenschätzung vorzunehmen, sondern die Angemessenheit der Schätzkosten des Auftraggebers zu beurteilen gehabt. Die Ansätze in der Kostenschätzung des Auftraggebers seien ausreichend gewesen, um die Angemessenheit der Schätzpreise beurteilen zu können. Der Sachverständige habe lediglich die Umrechnung auf Straßenkilometer beanstandet, jedoch nicht die Ansätze unserer Kostenschätzung.

Es werde nicht bestritten, dass die Kostenschätzung im Vergleich zu den tatsächlichen Angebotspreisen teilweise hohe Ansätze aufweise. Auch wenn das Angebotsergebnis von der Kostenschätzung abweiche, lasse dies nicht automatisch den Schluss zu, dass die Kostenschätzung des Auftraggebers falsch sei. Auch die Rechtssprechung des BVA gehe davon aus, dass es im Wesen des geschätzten Auftragswerts liege, dass dieser von den Angebotspreisen sowohl unter- als auch überschritten werden könne. Der geschätzte Auftragswert würde ja vor der Ausschreibung ermittelt.

Es könne zwar sein, dass der Antragstellerin vielfältige Daten zur Verfügung stünden, der Auftraggeber könne bei der Ermittlung der Schätzkosten jedoch nur von einem Datenstand ausgehen, der jedermann bekannt sei. Wissensvorsprünge einzelner Bieter könnten nicht berücksichtigt werden. Diese seien dem Auftraggeber in der Regel auch nicht bekannt.

Der Gutachter sei zum Schluss gelangt, dass die Frage der March-Querung einen Unsicherheitsfaktor darstelle und aus diesem Grund mit vermehrten Kosten für diese Positionen zu rechnen sei. Zu den Reisekosten sei festzuhalten, dass in den Ausschreibungsunterlagen (Teil B, LV, Seite 2) darauf hingewiesen werde, dass eventuell anfallende Diäten und km-Geld in die Pauschalen einzurechnen seien.

Zudem werde in den Ausschreibungsunterlagen, Teil A-2, Seite 9, darauf hingewiesen, dass die Vergütung pro Besprechung erfolge. Sollten mehrere Personen an der Besprechung teilnehmen, was nicht üblich sei, so werde die Besprechung trotzdem nur einmal vergütet. Dies sei in der Kalkulation zu berücksichtigen gewesen.

Das Ergänzungsgutachten, N/0079-BVA/25/2007-68, langte am 6.11.2007 beim Bundesvergabeamt ein und wurde den Parteien mit Schreiben des Bundesvergabeamtes vom selben Tag (OZ 68a) übermittelt.

Inhalt des Ergänzungsgutachtens, soweit für die Entscheidung relevant:

3 Gutachten

3.1 Eigene Kostenschätzung für Ist-Bestandserfassung

Im Gutachten des Unterzeichners musste eine eigene Kostenschätzung vorgenommen werden, da die Kosten für die Istbestandserfassung in der Ausschreibung nicht sachgerecht ermittelt worden waren. Daher war eine eigene, überschlagsmäßige Kostenschätzung notwendig, um beurteilen zu können, ob die Gesamtkosten angemessen waren oder nicht.

Die Vergleichsprojekte wurden für die überschlagsmäßige Kostenschätzung bewusst nicht herangezogen, da sie nach demselben Prinzip der auf Straßenkilometer bezogenen Einheitspreisen und demnach nicht sachgerecht ermittelt worden waren.

Eine detaillierte Kostenschätzung war nicht Aufgabe des Gutachtens. Dazu wären auch umfassendere Unterlagen notwendig gewesen, die bis dato nicht vorliegen. Wie im Gutachten ausgeführt, hängen die Kosten der Ist-Bestandserfassung sehr stark von den bereits zur Verfügung stehenden Untersuchungen ab, da die Erfassung der Freilanddaten den größten Kostenfaktor ausmacht. Die Erfassung und Beschreibung vorliegender Daten ist ursächliche Aufgabe eines entsprechenden Vorprojekts. Im Vorprojekt der NÖ-LR unterblieb dies jedoch, so dass bis heute nicht klar ist, welche Untersuchungen bereits vorliegen und ob sie für gegenständliche Fragestellungen herangezogen werden können (Zeitpunkt der Aufnahmen, Methodik, etc.). Eine Ergänzung des Vorprojektes vor der Ausschreibung hinsichtlich des zu erwartenden Beprobungsaufwands wäre Aufgabe der ASFINAG gewesen.

Die überschlagsmäßig vorgenommene Kostenschätzung erfolgte unter der Annahme, dass keine adäquaten Untersuchungen vorliegen und unter dem Gesichtspunkt einer Minimalanforderung an derartige Untersuchungen (z.B. in Bezug auf die Anzahl der Probenstellen).

Fließgewässer, v.a. solche, die noch z.T. naturnahen Charakter wie die March aufweisen, stellen vielfältige Lebensräume dar. Je heterogener ein Lebensraum ist und je genauer der Istzustand erhoben werden soll, umso mehr Probenstellen sind für dessen Erfassung notwendig. Erst ab 2 Stichproben (Probestellen) kann beurteilt werden, ob z.B. der Fischbestand variabel ist und erst ab 3 Stichproben ist eine grobe Abschätzung des Ausmaßes der Variabilität möglich. Daher wird z.B. für die Erfassung des Istzustandes von Fischbeständen in der Regel eine Mindestanzahl von 3 Probestellen gefordert (Woschitz et al. 2002). Nur im Falle sehr einheitlicher Gewässerverhältnisse, wie es z.B. bei uniform regulierten Gewässern der Fall ist, kann eine geringere Zahl an Probestellen als ausreichend erachtet werden. Im Falle von Rußbach, Marchfeldkanal und Stempfelbach wurde daher von lediglich einer Probenstelle pro Gewässer ausgegangen.

Die March im gegenständlichen Bereich unterliegt, wie im Gutachten ausgeführt, einem mehrfachen Schutzstatus. Die Erfassung des Istzustandes ist daher mit entsprechender Umsicht und Genauigkeit und unter Berücksichtigung der natürlichen Variabilität durchzuführen. An der March wurden daher mindestens 3 Beprobungsstellen (Abschnitte) als unbedingt notwendig erachtet. Neben einer abgesicherten Erfassung des aktuellen Zustandes, dienen diese Probenstellen auch der Überprüfung des Zustandes nach Durchführung der Baumaßnahmen. Eine Probenstelle ist für die Erfassung des Ist-Zustandes im direkten Einflussbereich der Straßenquerung vorgesehen, die beiden anderen im daran anschließenden Bereich flussauf und flussab. Die Probenstelle im direkten Einflussbereich dient der Erfassung des Istzustandes, um den Zustand vor den Baumaßnahmen zu dokumentieren und um einen Vergleich mit der Situation nach der Baumaßnahme vornehmen zu können. Jedoch auch der Bereich flussab kann durch die Baumaßnahme, z.B. durch Trübung des Wassers, beeinträchtigt werden und bedarf einer entsprechenden Erfassung. Der Bereich flussauf wird wahrscheinlich nicht oder nur geringfügig von der Baumaßnahme beeinträchtigt werden und kann somit als Referenzzustand für die flussabgelegenen Probestellen dienen.

Der Monitoring Leitfaden des BMLFUW geht von mindestens einer Probenstelle pro zu beurteilenden Detailwasserkörper aus. Dies setzt jedoch einheitliche Lebensraumverhältnisse innerhalb von Detailwasserkörpern voraus. Bei variablen Lebensraumverhältnissen sind entsprechend mehr Probestellen zu erfassen. Zudem dient der Leitfaden hinsichtlich der Festlegung von Probestellen nicht der Beurteilung des Einflusses einzelner Baumaßnahmen, sondern dem überblicksmäßigen Monitoring ganzer Einzugsgebiete und verfolgt demnach eine völlig andere Zielsetzung als gegenständliches Monitoring im Zuge des Straßenprojekts.

Die Kostenschätzungen des BMLFUW Leitfaden Monitoring beinhalten die Freilandarbeiten inklusive aller Nebenkosten wie Fahrtkosten sowie eine Aufarbeitung und digitale Bereitstellung erfasster Daten. Was in dieser Kostenschätzung nicht enthalten ist, ist die Verfassung eines detaillierten Istzustandsberichtes.

3.2 Kostenschätzung Besprechungen und Öffentlichkeitsarbeit

Die Kosten für Besprechungen sind in der Ausschreibung detailliert beschrieben. So wird zwischen halbtägigen (12) und ganztägigen Terminen (12) unterschieden. Für die internen Besprechungen wurden Euro500,- (Halbtag) bzw. Euro1.000,- (Ganztage) für externe (Öffentlichkeitsarbeit und Verhandlungen) Euro750,- (Halbtag) bzw. Euro1.500,- (Ganztage) in der Kostenschätzung der ASFINAG angesetzt. Geht man von einem durchschnittlichen Stundensatz von Euro70,- aus, so macht allein die Anwesenheit einer Person Euro280,- bzw. Euro560,- aus. Dazu kommen jedoch noch die Aufwendungen für die Vorbereitung und Fahrkosten. Zudem wird es in vielen Fällen notwendig sein, dass nicht nur der Projektleiter, sondern die jeweiligen Sachbearbeiter, d.h. mehrere Personen anwesend sein müssen, was zu zusätzlichen Kosten führt. Weiters ist zu berücksichtigen, dass der Stundensatz mit Euro70,- sehr niedrig angesetzt wurde, da bei Besprechungen, Präsentationen und Verhandlungen meist der Projektleiter anwesend sein muss, und diesem laut Richtlinie der Technischen Büros höhere Stundensätze (Klasse VIII, Ca. Euro132,-) zustehen. Da Öffentlichkeitsarbeiten meist außerhalb der Normalarbeitszeit stattfinden, wären dafür noch höhere Stundensätze anzusetzen. Die Kosten für Besprechungen sind in der Ausschreibung detailliert beschrieben. So wird zwischen halbtägigen (12) und ganztägigen Terminen (12) unterschieden. Für die internen Besprechungen wurden Euro500,- (Halbtag) bzw. Euro1.000,- (Ganztage) für externe (Öffentlichkeitsarbeit und Verhandlungen) Euro750,- (Halbtag) bzw. Euro1.500,- (Ganztage) in der Kostenschätzung der ASFINAG angesetzt. Geht man von einem durchschnittlichen Stundensatz von Euro70,- aus, so macht allein die Anwesenheit einer Person Euro280,- bzw. Euro560,- aus. Dazu kommen jedoch noch die Aufwendungen für die Vorbereitung und Fahrkosten. Zudem wird es in vielen Fällen notwendig sein, dass nicht nur der Projektleiter, sondern die jeweiligen Sachbearbeiter, d.h. mehrere Personen anwesend sein müssen, was zu zusätzlichen Kosten führt. Weiters ist zu berücksichtigen, dass der Stundensatz mit Euro70,- sehr niedrig angesetzt wurde, da bei Besprechungen, Präsentationen und Verhandlungen meist der Projektleiter anwesend sein muss, und diesem laut Richtlinie der Technischen Büros höhere Stundensätze (Klasse römisch acht, Ca. Euro132,-) zustehen. Da Öffentlichkeitsarbeiten meist außerhalb der Normalarbeitszeit stattfinden, wären dafür noch höhere Stundensätze anzusetzen.

3.3 Befundaufnahme

Für die Befundaufnahme stand dem Unterzeichner der gesamte Akt inklusive der ausführlichen Stellungnahmen der Antragstellerin zur Verfügung. Aus diesen Unterlagen wurden jedoch nur jene Informationen herangezogen, die für die Verfassung des Gutachtens notwendig waren. Die Vergleichsprojekte waren aus o.g. Gründen für das Gutachten nicht relevant.

Telefonate wurden im Rahmen der Befundaufnahme geführt, um offene Fragen abzuklären. Alle relevanten Ergebnisse der Befundaufnahme sind im Gutachten dokumentiert. L***I wurde nur dahingegen befragt, ob es sich bei der straßenkilometerbezogenen Berechnung um eine übliche Methode handelt, da er diesbezüglich Erfahrung hat. Bzgl. Fr. Dr. D*** lagen keine offenen Fragen vor. Am 20.11.2007 fand eine weitere mündliche Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt statt, im Zuge derer der Sachverständige seine Gutachten erläuterte. Der Sachverständige erklärte auf Befragen, dass die einzelnen Leistungen im Leistungsverzeichnis sachlich richtig abgebildet sind. Was die Positionen betrifft, ist das LV nach Ansicht des Sachverständigen sachgerecht. Hinsichtlich der Methodik der Erstellung der Kostenschätzung wäre es laut dem Sachverständigen sachgerecht, anstatt der Einheit "Straßenkilometer" die Anzahl der Probenstellen pro betroffenem Gewässer anzugeben. Für die Kostenschätzung ist es von höchster Relevanz, wie viele Probenstellen man an der March ansetzt. Über Befragen von RA Dr. X***, ob auch bei Streifenbefischung 3 Probestellen bei der March notwendig seien, erklärte der Sachverständige, dass er im Gutachten von der Streifenbefischung ausgegangen sei und somit die im Gutachten angeführten 3 Probestellen notwendig seien. Die Variabilität sei dabei im räumlichen Sinn und nicht im zeitlichen Sinn zu verstehen. Zu Position 3 des LV (Besprechungen und Öffentlichkeitsarbeit) führte der Sachverständige aus, dass es nicht richtig sei, dass die Fahrtkosten separat verrechnet würden, sondern, dass die Fahrtkosten in der Pauschale enthalten seien. In der Pauschale seien auch explizit die Kosten für die Vorbereitung der Meetings enthalten. Auch werde es manchmal erforderlich sein, dass mehr als eine Person des Auftragnehmers an einer Besprechung teilnehmen müsse. Dies insbesondere, wenn es um fachspezifische Fragen gehe. Zudem sei der Stundensatz von Euro 70,- vergleichsweise niedrig angesetzt, da für den Projektleiter gemäß Honorarrichtlinien der technischen Büros und Ingenieurbüros für derartige Leistungen ein Stundensatz der Klasse VIII empfohlen werde. Dieser betrage für die Normalarbeitszeit Euro 121,-/Stunde. Zudem finde Öffentlichkeitsarbeit meist außerhalb der Normalarbeitszeit statt, wofür noch wesentlich

höhere Stundensätze anzuwenden wären. In der mündlichen Verhandlung am 20.11.2007 brachte der Auftraggeber vor, dass der Koordinator "Umwelt" (Anm.: Ingenieurbüro K***) erst nach Erstellung des LV's, aber vor der eigentlichen Kostenschätzung beigezogen worden sei. Konkret sei es so gewesen, dass die Kostenschätzung der ASFINAG und die separate Kostenschätzung des Koordinators "Umwelt" miteinander verglichen worden seien und aus diesem Abgleich die letztendlich maßgebliche Kostenschätzung erstellt worden sei. Die Kostenschätzung des Koordinators "Umwelt" habe mit der Kostenschätzung des Auftraggebers der Höhe nach mehr oder weniger übereingestimmt. Daraus habe der Auftraggeber den Schluss gezogen, dass seine eigene Kostenschätzung richtig sei. Telefonate wurden im Rahmen der Befundaufnahme geführt, um offene Fragen abzuklären. Alle relevanten Ergebnisse der Befundaufnahme sind im Gutachten dokumentiert. L***I wurde nur dahingegen befragt, ob es sich bei der straßenkilometerbezogenen Berechnung um eine übliche Methode handelt, da er diesbezüglich Erfahrung hat. Bzgl. Fr. Dr. D*** lagen keine offenen Fragen vor. Am 20.11.2007 fand eine weitere mündliche Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt statt, im Zuge derer der Sachverständige seine Gutachten erläuterte. Der Sachverständige erklärte auf Befragen, dass die einzelnen Leistungen im Leistungsverzeichnis sachlich richtig abgebildet sind. Was die Positionen betrifft, ist das LV nach Ansicht des Sachverständigen sachgerecht. Hinsichtlich der Methodik der Erstellung der Kostenschätzung wäre es laut dem Sachverständigen sachgerecht, anstatt der Einheit "Straßenkilometer" die Anzahl der Probenstellen pro betroffenem Gewässer anzugeben. Für die Kostenschätzung ist es von höchster Relevanz, wie viele Probenstellen man an der March ansetzt. Über Befragen von RA Dr. X***, ob auch bei Streifenbefischung 3 Probestellen bei der March notwendig seien, erklärte der Sachverständige, dass er im Gutachten von der Streifenbefischung ausgegangen sei und somit die im Gutachten angeführten 3 Probestellen notwendig seien. Die Variabilität sei dabei im räumlichen Sinn und nicht im zeitlichen Sinn zu verstehen. Zu Position 3 des LV (Besprechungen und Öffentlichkeitsarbeit) führte der Sachverständige aus, dass es nicht richtig sei, dass die Fahrtkosten separat verrechnet würden, sondern, dass die Fahrtkosten in der Pauschale enthalten seien. In der Pauschale seien auch explizit die Kosten für die Vorbereitung der Meetings enthalten. Auch werde es manchmal erforderlich sein, dass mehr als eine Person des Auftragnehmers an einer Besprechung teilnehmen müsse. Dies insbesondere, wenn es um fachspezifische Fragen gehe. Zudem sei der Stundensatz von Euro 70,- vergleichsweise niedrig angesetzt, da für den Projektleiter gemäß Honorarrichtlinien der technischen Büros und Ingenieurbüros für derartige Leistungen ein Stundensatz der Klasse römisch acht empfohlen werde. Dieser betrage für die Normalarbeitszeit Euro 121,-/Stunde. Zudem finde Öffentlichkeitsarbeit meist außerhalb der Normalarbeitszeit statt, wofür noch wesentlich höhere Stundensätze anzuwenden wären. In der mündlichen Verhandlung am 20.11.2007 brachte der Auftraggeber vor, dass der Koordinator "Umwelt" Anmerkung, Ingenieurbüro K***) erst nach Erstellung des LV's, aber vor der eigentlichen Kostenschätzung beigezogen worden sei. Konkret sei es so gewesen, dass die Kostenschätzung der ASFINAG und die separate Kostenschätzung des Koordinators "Umwelt" miteinander verglichen worden seien und aus diesem Abgleich die letztendlich maßgebliche Kostenschätzung erstellt worden sei. Die Kostenschätzung des Koordinators "Umwelt" habe mit der Kostenschätzung des Auftraggebers der Höhe nach mehr oder weniger übereingestimmt. Daraus habe der Auftraggeber den Schluss gezogen, dass seine eigene Kostenschätzung richtig sei.

Als Vergleichsprojekte habe der Auftraggeber die S3 und die S37 herangezogen. Auch in diesen Projekten sei die Menge auf die Einheit "Straßenkilometer" bezogen gewesen. Die Preise pro Straßenkilometer in den Projekten S3 und S37 seien – adaptiert – für das Projekt S8 übernommen worden. Die Kostenschätzung sei nicht so detailliert gewesen, dass etwa die konkrete Anzahl der Beprobungen pro Gewässer zugrunde gelegt worden seien. Es seien vornehmlich die Preise der S37 herangezogen worden. Über Befragen, wie der Auftraggeber im LV in Position 1, Vorprojekt, Unterposition "Ist-Zustand" Fische/Fischerei bzw. Ist-Zustand Gewässerökologie auf die "Mengen" von 50 km bzw. 30 km gekommen sei, erklärte Frau J***, dass sich die 50 km aus der Gesamtlänge der beiden Varianten ergeben würden (Trassenlänge 35 km; beide Szenarien treffen an einem Punkt aneinander; der bestehende Rest von 15 km ist trassenmäßig ident). Die 30 km in der Position "Ist-Zustand" Gewässerökologie im Vorprojekt konnte Frau J*** hingegen nicht erklären. Aus jetziger Sicht müsste auch diese Mengenangabe 50 km lauten.

Die vertiefte Angebotsprüfung sei erst nach dem Ausscheiden des Angebots der Antragstellerin durchgeführt. Dies deshalb, da ein Ausscheidensgrund (Unterpreiskriterium) vorgelegen habe. Im Zuge des Nachprüfungsverfahrens habe sich der Auftraggeber die Preise nochmals angesehen und dabei festgestellt, dass das Angebot der Antragstellerin vor allem im Bereich des Vorprojektes erheblich – nicht nur von der Kostenschätzung des Auftraggebers, sondern auch von den übrigen Angeboten – abgewichen sei. Notwendig sei die vertiefte Angebotsprüfung nicht gewesen. Als Mangel, der von der Antragstellerin nicht aufgeklärt worden sei, habe der Auftraggeber den vorliegenden Unterpreis

herangezogen. Wenn der Auftraggeber keinen Rechenfehler mache, sei der niedrige Gesamtpreis nach den Vorgaben der Ausschreibung nicht aufklärbar.

Über Befragen erklärte Frau Y***, dass es nicht so sei, dass aufgrund der vom Auftraggeber gewählten Methode, die Angebote nicht vergleichbar seien. Es gebe ja Leitfäden und Standards, die die fachkundigen Bieter kennen und anwenden würden. Der Auftraggeber habe jedenfalls keine Anzahl von Beprobungen vorgegeben. Dies sei den fachkundigen Bietern überlassen. Weiters führte der Auftraggeber aus, dass er zum ersten Mal vom Sachverständigen gehört habe, dass die von ihm gewählte Methodik nicht sachgerecht sei.

Weiters brachte der Auftraggeber vor, dass in den Nebenkosten z.B. Kopierkosten, Büromaterial, Telefonkosten etc. enthalten seien. Fahrtkosten seien in diesen Nebenkosten nicht enthalten. Die Antragstellerin brachte in der mündlichen Verhandlung vom 20.11.2007 ergänzend vor, dass nach Ansicht der Antragstellerin das Unterpreiskriterium vergaberechtswidrig sei. Über Befragen, warum die Antragstellerin in der Folge den Auftraggeber nicht auf diesem Umstand hingewiesen habe bzw. die Ausschreibung angefochten habe, erklärte RA Dr. X***, dass die Antragstellerin zu diesem Zeitpunkt nicht rechtsfreundlich vertreten gewesen sei. Sie habe nicht gewusst, dass man die Ausschreibung in diesem Stadium bekämpfen könne. Auch sei nach Ansicht der Antragstellerin nicht davon auszugehen gewesen, dass die betreffende Bestimmung rechtswidrig sein könnte. Sie habe vielmehr davon ausgehen müssen, dass die Ausschreibung der ASFINAG rechtsrichtig sei. Über Befragen erklärte Frau Dr. C***, dass ihr bei Durchsicht der Ausschreibung natürlich sofort ins Auge gefallen sei, dass die im Leistungsverzeichnis dargestellte Methodik (Bezug auf Straßenkilometer) nicht lege artis sei. Da auch die anderen Ausschreibungen des Auftraggebers diese Methode angewandt hätten, habe man sich als Bieter "daran gewöhnt".

Nach Ansicht der Antragstellerin sei die Kostenschätzung des Auftraggebers in der Position 3 (Besprechungen und Öffentlichkeitsarbeit) aus folgenden Überlegungen unplausiblen:

Der Auftraggeber habe offensichtlich mit einem Stundensatz von Euro 70,- kalkuliert. Für eine Halbtagsbesprechung ergebe sich hochgerechnet ein Betrag von Euro 280,-. Bei einem Ganztagsmeeting würde sich ein Betrag von Euro 560,- ergeben. Wenn nun der Auftraggeber aber für einen Halbtage interner Besprechungen Euro 500,- kalkuliert habe bzw. Euro 750,- für einen Halbtage externes Meeting, entspreche dies einem Aufschlag vom Grundpreis von 78 % pro Halbtage für interne Meetings bzw. 167 % Aufschlag bei externen Meetings. Ein solcher Aufschlag lasse sich für das gegenständliche Projekt jedoch nicht rechtfertigen. Es genüge, wenn bei den Besprechungen seitens des Auftragnehmers eine Person (Projektleiter oder Projektleiter-Stellvertreter) anwesend sei. Fahrtkosten würden von der 5 %-igen Nebenkostenpauschale abgedeckt. Wenn man davon ausgehe, dass diese Position mengenmäßig relativ großzügig geschätzt worden sei, würden sich diese nicht nachvollziehbaren Aufschläge in der Kalkulation einerseits erheblich und andererseits sogar spekulativ auswirken. Die Nebenkosten von 5% müssten auch bei der Position 3 hinzugeschlagen werden, sodass z.B. der interne Halbtage Besprechung zusätzlich Euro 25,- an Nebenkosten lukriere.

Aufgrund der Vorbringen der Parteien, dem Inhalt der Unterlagen des Vergabeverfahrens, dem Ergebnis der mündlichen Verhandlungen vom 18.9.2007 und vom 20.11.2007 sowie den Gutachten des Sachverständigen a.o. Univ.-Prof. DI Dr. M*** vom 15.10.2007 und vom 6.11.2007, wurde folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt festgestellt:

In Punkt 1,305.1.4 der Ausschreibungsbedingungen "Vertiefte Angebotsprüfung – Prüfung der Angemessenheit der Preise" ist Folgendes festgelegt:

"Vor der vertieften Angebotsprüfung werden die nachfolgend angegebenen Kriterien geprüft und das Angebot gegebenenfalls ausgeschieden:

Ungewöhnlich niedriger Gesamtpreis: Die Angemessenheit der Preise im Sinne des BVergG 2006 § 125 wird für die vertiefte

Anbotsprüfung wie folgt festgelegt: Bei mehr als 30% Abweichung zum Mittelwert der abgegebenen und der Bestimmung des § 108 BVergG 2006 entsprechenden Preisangebote (wobei das billigste und teuerste Preisangebot nicht gewertet, jedoch die Kostenschätzung des Auftraggebers zusätzlich einbezogen wird), wird das gegenständliche Angebot keiner weiteren vertieften Angebotsprüfung unterzogen und ausgeschieden".

BVergG 2006 entsprechenden Preisangebote (wobei das billigste und teuerste Preisangebot nicht gewertet, jedoch die Kostenschätzung des Auftraggebers zusätzlich einbezogen wird), wird das gegenständliche Angebot keiner weiteren vertieften Angebotsprüfung unterzogen und ausgeschieden".

Das Leistungsverzeichnis (Teil B der Angebotsunterlagen) umfasst 4 Hauptpositionen, die wieder in diverse Unterpositionen untergliedert sind:

Nicht darstellbare Tabellen.

Anhand dieses Leistungsverzeichnisses (LV) haben sowohl der Auftraggeber seine Kostenschätzung, als auch die Bieter ihre Angebotskalkulation durchgeführt. Aus dem LV ist ersichtlich, dass der Auftraggeber in den Positionen Ist-Zustand Fische/Fischerei, Ist-Zustand Gewässerökologie, Trassenoptimierung und Trassenbeurteilung Fische/Fischerei sowie Trassenoptimierung und Trassenbeurteilung Gewässerökologie im Vorprojekt (VP) bzw. Trassenoptimierung und Trassenbeurteilung Fische/Fischerei sowie

Trassenoptimierung und Trassenbeurteilung Gewässerökologie im Einreichprojekt EP), die Menge jeweils auf "Straßenkilometer" bezogen (Anm.: Streckenlänge der Trasse) hat. Trassenoptimierung und Trassenbeurteilung Gewässerökologie im Einreichprojekt EP), die Menge jeweils auf "Straßenkilometer" bezogen Anmerkung, Streckenlänge der Trasse) hat.

Der Auftraggeber hat seiner Kostenschätzung in den o.e. Positionen also die Streckenlänge der Trasse, nicht jedoch die konkrete Anzahl von Probestellen pro Gewässer zugrunde gelegt (siehe die Angaben der Auftraggebervertreterin in der mündlichen Verhandlung vom 20.11.2007). Die Ermittlung der Schätzkosten in den o.e. Positionen erfolgte somit anhand der im LV in diesen Positionen als "Menge" vorgegebenen Einheit "Straßenkilometer". Bieteranfragen zu den oben dargestellten Positionen hat es nicht gegeben.

Die Ausschreibung wurde nicht angefochten.

Die Kostenschätzung des Auftraggebers wurde von Frau J*** vorgenommen. Sie ist Wirtschaftsingenieurin für Bauwesen. Als Ansprechpartner für fachliche Fragen hat sich der Auftraggeber des Zivilingenieurbüros K*** ("Koordinator Umwelt") bedient. Dieser wurde vom Auftraggeber nach Erstellung des LV, aber vor der Kostenschätzung beigezogen. Sowohl der Auftraggeber als auch der Koordinator haben separate Kostenschätzungen erstellt. In der Folge wurden die beiden Kostenschätzungen miteinander verglichen. Diese waren nach Angaben von J*** der Höhe nach annähernd ident. Aus einem Abgleich dieser beiden Kostenschätzungen ist dann die endgültige Kostenschätzung erstellt worden (s. die diesbezüglichen Angaben von J*** in der mündlichen Verhandlung vom 20.11.2007).

Bei der gegenständlichen Kostenschätzung hat sich der Auftraggeber an den Vergleichsprojekten S3 und S37 orientiert. Auch bei diesen Projekten war die Menge auf die Einheit "Straßenkilometer" bezogen. Konkret hat der Auftraggeber die Preise in den Vergleichsprojekten herangezogen und an die konkreten Verhältnisse bei der S8 angepasst. Beim Projekt S3 wird – im Gegensatz zu den Projekten S8 und S37 – kein Natura-2000-Schutzgebiet berührt (vgl. zu alledem die Abgaben J*** in der mündlichen Verhandlung vom 20.11.2007). Bei der gegenständlichen Kostenschätzung hat sich der Auftraggeber an den Vergleichsprojekten S3 und S37 orientiert. Auch bei diesen Projekten war die Menge auf die Einheit "Straßenkilometer" bezogen. Konkret hat der Auftraggeber die Preise in den Vergleichsprojekten herangezogen und an die konkreten Verhältnisse bei der S8 angepasst. Beim Projekt S3 wird – im Gegensatz zu den Projekten S8 und S37 – kein Natura-2000-Schutzgebiet berührt vergleiche zu alledem die Abgaben J*** in der mündlichen Verhandlung vom 20.11.2007).

Die Angebotsfrist endete am 24.7.2007, 11.00 Uhr. Alle 4 ausgewählten Bewerber legten ein Angebot. Die Angebotsöffnung erfolgte am 24.7.2007 um 11.15 Uhr. Im Zuge der Angebotsöffnung gab der Auftraggeber (Anm: vor Öffnung der Angebote) den geschätzten Auftragswert mit Euro 110.000,-- netto bekannt. Die Angebotsfrist endete am 24.7.2007, 11.00 Uhr. Alle 4 ausgewählten Bewerber legten ein Angebot. Die Angebotsöffnung erfolgte am 24.7.2007 um 11.15 Uhr. Im Zuge der Angebotsöffnung gab der Auftraggeber Anmerkung, vor Öffnung der Angebote) den geschätzten Auftragswert mit Euro 110.000,-- netto bekannt.

Der Angebotspreis der Antragstellerin belief sich auf netto Euro 45.173,--, jener des I*** auf Euro 74.768,16, jener der E***/F*** auf Euro 54.955,87 und jener des H*** auf Euro 65.840,00.

Mit Schreiben der vergebenden Stelle vom 31.7.2007 wurde die Antragstellerin wie folgt aufgefordert, binnen 7 Tagen eine schriftliche Aufklärung zu ihrem Angebotspreis zu geben:

Im Zuge der Angebotsprüfung des oben genannten Projektes wurde festgestellt, dass Ihr Angebotspreis gemäß Teil A-1 Punkt 1,305.3 als ungewöhnlich niedrig im Sinne des § 125 BVergG 2006 zu qualifizieren ist, da er 30% des Preises in Bezug auf den Mittelwert der abgegebenen Preisangebote (wobei das billigste und teuerste Preisangebot nicht gewertet, jedoch die Kostenschätzung des Auftraggebers zusätzlich einbezogen wird) unterschreitet. Aufgrund der Ausschreibungsbestimmungen bzw. des § 129 Abs 1 Z 3 und Z 7 BVergG 2006 müssen wir Sie vom weiteren Vergabeverfahren ausscheiden. Im Zuge der Angebotsprüfung des oben genannten Projektes wurde festgestellt, dass Ihr Angebotspreis gemäß Teil A-1 Punkt 1,305.3 als ungewöhnlich niedrig im Sinne des Paragraph 125, BVergG 2006 zu qualifizieren ist, da er 30% des Preises in Bezug auf den Mittelwert der abgegebenen Preisangebote (wobei das billigste und teuerste Preisangebot nicht gewertet, jedoch die Kostenschätzung des Auftraggebers zusätzlich einbezogen wird) unterschreitet. Aufgrund der Ausschreibungsbestimmungen bzw. des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3 und Ziffer 7, BVergG 2006 müssen wir Sie vom weiteren Vergabeverfahren ausscheiden.

Sie haben die Möglichkeit, zu diesem Umstand innerhalb von 7 Tagen eine schriftliche Aufklärung zu übermitteln.

Mit Schreiben vom 1.8.2007 nahm die Antragstellerin zu dieser Aufforderung wie folgt Stellung:

1. 1)Ziffer eins

Unser Anbot wurde mit kaufmännischer Sorgfalt kalkuliert. Wie der Projektleitung und auch Frau J*** bekannt ist, sind wir an diesem Projekt seit ca. 1,5 Jahren im Auftrag des Amtes der NÖ Landesregierung, Gruppe Straße, Abteilung Autobahnen und Schnellstraßen (Projektleiter: N***) tätig und haben die Bestandsanalyse für ein Vorprojekt bereits erarbeitet. Diese Leistung wurde mit dem Land Niederösterreich bereits abgerechnet. Auch dieser Sachverhalt ist Ihnen bekannt. Die erarbeitete Bestandsanalyse für das Vorprojekt kann auch für das von der ASFINAG BMG übernommene und adaptierte Projekt verwendet und muss nur in einem sehr geringen Ausmaß angepasst werden. Diesen Preisvorteil haben wir an Ihr Unternehmen weitergegeben. Diese Arbeiten waren bereits so detailreich, dass wir in Ihrem Auftrag zusammen mit O*** und dem Büro P*** Aussagen über die Umweltverträglichkeit einer Querung der March im Natura 2000 - Gebiet machen konnten. Daher besteht ein begründeter Sachverhalt für eine günstige Preiskalkulation.

2. 2)Ziffer 2

Wir haben für das Projekt S1 Wr. Außenringschnellstraße hinsichtlich des wasserrechtlichen Einreichoperates im Auftrag Ihres Unternehmens Untersuchungen im Rußbach durchgeführt. Auch diese Daten sind für die S8 verwendbar – und auch dieser Vorteil (EINSPARUNG) schlägt sich in unserer Kalkulation nieder. 3)Der Schätzpreis der ASFINAG BMG ist unbegründet hoch. Im Untersuchungsraum befinden sich nur ein größerer Fluss (March), zwei Bäche, die z.T. künstlich monoton gestaltet wurden, zwei Gräben und zwei Altwässer sowie 3-5 Schotterteiche. Für diesen Untersuchungsraum haben Sie 110.000,- Euro geschätzt. Dieser Wert wurde mit keiner Zeile begründet. Für einen in einer vergleichbaren Ausschreibung ähnlich großen Untersuchungsraum, der alleine schon 21 Oberflächenwasserkörper von Fließgewässern sowie einige Seen und Teiche enthält, haben Sie nur Euro XXX geschätzt. Daher stehen diese Schätzpreise in keinem Zusammenhang mit der tatsächlichen Ausstattung des Untersuchungsraumes mit Gewässern. Der Schätzpreis für die S8 Marchfeld Schnellstraße Kn. Deutsch-Wagram-Staatsgrenze bei Marchegg ist daher fachlich völlig unbegründet hoch angesetzt. Wir haben für das Projekt S1 Wr. Außenringschnellstraße hinsichtlich des wasserrechtlichen Einreichoperates im Auftrag Ihres Unternehmens Untersuchungen im Rußbach durchgeführt. Auch diese Daten sind für die S8 verwendbar – und auch dieser Vorteil (EINSPARUNG) schlägt sich in unserer Kalkulation nieder. 3)Der Schätzpreis der ASFINAG BMG ist unbegründet hoch. Im Untersuchungsraum befinden sich nur ein größerer Fluss (March), zwei Bäche, die z.T. künstlich monoton gestaltet wurden, zwei Gräben und zwei Altwässer sowie 3-5 Schotterteiche. Für diesen Untersuchungsraum haben Sie 110.000,- Euro geschätzt. Dieser Wert wurde mit keiner Zeile begründet. Für einen in einer vergleichbaren Ausschreibung ähnlich großen Untersuchungsraum, der alleine schon 21 Oberflächenwasserkörper von Fließgewässern sowie einige Seen und Teiche enthält, haben Sie nur Euro römisch 30 geschätzt. Daher stehen diese Schätzpreise in keinem Zusammenhang mit der tatsächlichen Ausstattung des Untersuchungsraumes mit Gewässern. Der Schätzpreis für die S8 Marchfeld Schnellstraße Kn. Deutsch-Wagram-Staatsgrenze bei Marchegg ist daher fachlich völlig unbegründet hoch angesetzt.

3. 4)Ziffer 4

Dass unsere Kalkulation nicht unbegründet niedrig ist, ergibt sich schon allein aus der Tatsache, dass

unsere Mitbewerber in der selben Preisklasse (zwischen 50.000 und 70.000) Euro liegen. Würde man den Schätzpreis der ASFINAG BMG nicht berücksichtigen, so liegen wir nicht in dieser 30 % Grenze - was bedeutet, dass unser Anbot nicht ungewöhnlich niedrig im Sinne des § 125 BVergG 2006 idgF ist. Dass unsere Kalkulation nicht unbegründet niedrig ist, ergibt sich schon allein aus der Tatsache, dass unsere Mitbewerber in der selben Preisklasse (zwischen 50.000 und 70.000) Euro liegen. Würde man den Schätzpreis der ASFINAG BMG nicht berücksichtigen, so liegen wir nicht in dieser 30 % Grenze - was bedeutet, dass unser Anbot nicht ungewöhnlich niedrig im Sinne des Paragraph 125, BVergG 2006 idgF ist.

Aufklärungsgespräche hiezu wurden jedoch nicht geführt. Laut Vergabevermerk vom 8.8.2007 wird das Angebot der Antragstellerin gemäß § 129 Abs 1 Z 7 und Abs 2 BVergG ausgeschieden. Der Vergabevorschlag lautete auf das Angebot der BG E***/F***. Aufklärungsgespräche hiezu wurden jedoch nicht geführt. Laut Vergabevermerk vom 8.8.2007 wird das Angebot der Antragstellerin gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7 und Absatz 2, BVergG ausgeschieden. Der Vergabevorschlag lautete auf das Angebot der BG E***/F***.

Mit Schreiben der vergebenden Stelle vom 9.8.2007, zugestellt mittels Telefax am 13.8.2007, wurde der Antragstellerin das Ausscheiden ihres Angebotes bekannt gegeben. Begründend wurde ausgeführt:

1. 1) Ziffer eins

Weil Ihr oben erwähntes Angebot den Ausschreibungsbedingungen widerspricht. Gemäß Teil A-1, Pkt. 1,305.3 der Ausschreibungsgrundlagen wurde für die Prüfung der Angemessenheit der Preise festgelegt, dass Angebote, die mehr als 30% unter dem Mittelwert der abgegebenen Preisangebote (wobei das billigste und teuerste Preisangebot nicht gewertet, jedoch die Kostenschätzung des Auftraggebers zusätzlich einbezogen wird) liegen, ausgeschieden werden. Nachdem Ihr Angebot 41,3% unter dem so berechneten Mittelwert liegt, ist das Angebot auszuschneiden.

2. 2) Ziffer 2

Weil die vom Auftraggeber festgestellten Mängel trotz Aufforderung nicht behoben wurden bzw. nicht behebbare sind. Die am 1.8.2007 von Ihnen fristgerecht vorgelegten Unterlagen klären die vorgehaltenen Mängel nicht auf.

Das Angebot der Antragstellerin wurde als ausschreibungswidrig angesehen, da es um mehr als 30% vom Mittelwert abgewichen ist. Eine vertiefte Angebotsprüfung wurde vom Auftraggeber erst nach dem Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin im Zuge des Nachprüfungsverfahrens durchgeführt (vgl. die diesbezüglichen Angaben von Frau Y*** in der mündlichen Verhandlung vom 20.11.2007). Das Angebot der Antragstellerin wurde als ausschreibungswidrig angesehen, da es um mehr als 30% vom Mittelwert abgewichen ist. Eine vertiefte Angebotsprüfung wurde vom Auftraggeber erst nach dem Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin im Zuge des Nachprüfungsverfahrens durchgeführt (vergleiche die diesbezüglichen Angaben von Frau Y*** in der mündlichen Verhandlung vom 20.11.2007).

Die Zuschlagsentscheidung vom 10.8.2007, lautend auf das Angebot der E***/F***, wurde den übrigen Bietern mittels Telefax am 13.8.2007 zugestellt. Der Antragstellerin wurde die Zuschlagsentscheidung nicht bekannt gegeben.

Gegen das Ausscheiden ihres Angebotes brachte die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 20.8.2007 einen Nachprüfungsantrag sowie einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ein. Nachdem der Antragstellerin die Zuschlagsentscheidung im Zuge des Parteiengenhörs durch das Bundesvergabeamt am 23.8.2007 übermittelt worden war, "ergänzte" die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 23.8.2007 ihren Nachprüfungsantrag um einen Antrag auf Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung.

Mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 27.8.2007, GZ N/0079- BVA/15/2007-15, wurde eine einstweilige Verfügung erlassen und dem Auftraggeber bis längstens 2.10.2007 untersagt, im gegenständlichen Vergabeverfahren den Zuschlag zu erteilen.

Am 18.9.2007 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt statt.

Mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 26.9.2007, GZ N/0079- BVA/15/2007-49, wurde a.o. Univ.-Prof. DI Dr. M***, mit der Erstellung eines Sachverständigengutachtens betraut.

Mit Bescheid vom 2.10.2007, N/0079-BVA/15/2007-51, wurde die bestehende einstweilige Verfügung von Amts wegen erstreckt.

Am 15.10.2007 langte das Gutachten des Sachverständigen (OZ 52) beim Bundesvergabeamt ein.

Zur Sachgerechtigkeit der Ermittlung des geschätzten Auftragswertes hat der Sachverständige festgestellt, dass:

- -Strichaufzählung
in der Leistungsbeschreibung grundsätzlich alle wesentlichen Positionen, die für eine ordnungsgemäße Schätzung des Auftragswertes erforderlich sind, enthalten sind;
- -Strichaufzählung
sich für alle in der Projekt- und Aufgabenbeschreibung beschriebenen Leistungen die entsprechenden Positionen im LV finden (vgl. Punkt 4.1. des Gutachtens); sich für alle in der Projekt- und Aufgabenbeschreibung beschriebenen Leistungen die entsprechenden Positionen im LV finden vergleiche Punkt 4.1. des Gutachtens);
- -Strichaufzählung
dass der Bezug der Mengen auf Straßenkilometer in den Positionen Ist-Zustand, Trassenoptimierung und Trassenbeurteilung im LV nicht sachgerecht ist. Dies deshalb, da nicht die Straßenlänge den Umfang der durchzuführenden Untersuchungen bestimmt, sondern die Art und Länge der betroffenen Gewässer. Nach Ansicht des Sachverständigen ist diese Methode nicht geeignet, eine sachgerechte Schätzung der Kosten vorzunehmen. Lege artis wäre es, eine taxative Auflistung der vom Projekt betroffenen Gewässer vorzunehmen und den Untersuchungsaufwand anhand der Art der Gewässer festzulegen (vgl. Gutachten Punkt 4.1.1.). dass der Bezug der Mengen auf Straßenkilometer in den Positionen Ist-Zustand, Trassenoptimierung und Trassenbeurteilung im LV nicht sachgerecht ist. Dies deshalb, da nicht die Straßenlänge den Umfang der durchzuführenden Untersuchungen bestimmt, sondern die Art und Länge der betroffenen Gewässer. Nach Ansicht des Sachverständigen ist diese Methode nicht geeignet, eine sachgerechte Schätzung der Kosten vorzunehmen. Lege artis wäre es, eine taxative Auflistung der vom Projekt betroffenen Gewässer vorzunehmen und den Untersuchungsaufwand anhand der Art der Gewässer festzulegen vergleiche Gutachten Punkt 4.1.1.).
- -Strichaufzählung
dass die restlichen Positionen des LV jedoch nachvollziehbar sind und einer sachgerechten Ermittlung des Auftragswertes entsprechen (Gutachten Punkt 4.1.2.).

Zur Angemessenheit der Höhe des geschätzten Auftragswertes hat der Sachverständige im Gutachten (Punkte 4.2. und 4.3.) ausgeführt, dass:

- -Strichaufzählung
die vom Auftraggeber geschätzten Kosten in der Position Ist-Zustand deutlich zu niedrig sind;
- -Strichaufzählung
die vom Auftraggeber geschätzten Kosten in der Position Trassenoptimierung und Trassenbeurteilung deutlich überhöht sind;
- -Strichaufzählung
der vom Auftraggeber geschätzte Betrag für GIS-Arbeiten etwas überhöht erscheint;
- -Strichaufzählung
die sich vom Auftraggeber geschätzten Kosten für Berichtlegung im oberen Bereich des tatsächlichen Aufwandes bewegen;
- -Strichaufzählung
die vom Auftraggeber geschätzten Kosten für Besprechungen und Öffentlichkeitsarbeit unter gewissen Prämissen als realistisch erscheinen;
- -Strichaufzählung
die sonstigen stundenmäßigen Kosten (Hilfestellung gegenüber der Behörde, Verbesserungsauftrag, sonstige nach Aufwand zu verrechnende Leistungen) in etwa den anzuwendenden Richtlinien entsprechen, und
- -Strichaufzählung
dass die vom Auftraggeber mit 5% angesetzten Nebenkosten im Rahmen üblicher Kostenansätze liegen.

In Summe gleichen sich nach Ansicht des Sachverständigen die Kostenüberschätzungen und Kostenunterschätzungen weitgehend aus. Im Ergebnis ist die Gesamtsumme um ca. 10% bis maximal 15% überschätzt und daher die Kostenschätzung in Höhe von Euro 110.000,-- als angemessen zu beurteilen (vgl. Gutachten Punkt 4.4.). In Summe gleichen sich nach Ansicht des Sachverständigen die Kostenüberschätzungen und Kostenunterschätzungen weitgehend aus. Im Ergebnis ist die Gesamtsumme um ca. 10% bis maximal 15% überschätzt und daher die Kostenschätzung in Höhe von Euro 110.000,-- als angemessen zu beurteilen vergleiche Gutachten Punkt 4.4.).

Mit Schreiben des BVA vom 29.10.2007 wurde der Sachverständige mit der Ergänzung des Gutachtens beauftragt. Das Ergänzungsgutachten langte am 6.11.2007 beim Bundesvergabeamt ein. Der Sachverständige legte darin schlüssig seine im Erstgutachten getroffene Annahme dar, dass bei der March 3 Beprobungen notwendig sind. Am 20.11.2007 fand eine weitere mündliche Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt statt, bei der der Sachverständige seine Gutachten erläuterte und ergänzende Fragen beantwortete.

Das Vergabeverfahren wurde nicht widerrufen, der Zuschlag noch nicht erteilt.

Diese Feststellungen ergeben sich widerspruchsfrei aus dem Vorbringen der Parteien, den von diesen vorgelegten Urkunden, dem Inhalt des Vergabeaktes, den Ergebnissen der mündlichen Verhandlungen und den Sachverständigengutachten.

Rechtliche Würdigung:

Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages

Die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 3 Abs 1 Z 2 BVergG. Der gegenständliche Auftrag ist als prioritäre Dienstleistung der Kategorie 12 iSd Anhangs III zum BVergG zu qualifizieren. Der geschätzte Auftragswert des Vorhabens beträgt Euro 110.000,-- netto und liegt unter dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 BVergG, sodass es sich um ein Verfahren im Unterschwellenbereich handelt. Die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG. Der gegenständliche Auftrag ist als prioritäre Dienstleistung der Kategorie 12 iSd Anhangs römisch drei zum BVergG zu qualifizieren. Der geschätzte Auftragswert des Vorhabens beträgt Euro 110.000,-- netto und liegt unter dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, BVergG, sodass es sich um ein Verfahren im Unterschwellenbereich handelt.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich des BVergG. Die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs 2 BVergG iVm § 291 Abs 2 BVergG und Art 14b Abs 2 Z 1 lit e B-VG ist sohin gegeben. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich des BVergG. Die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend Paragraph 312, Absatz 2, BVergG in Verbindung mit Paragraph 291, Absatz 2, BVergG und Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera e, B-VG ist sohin gegeben.

Der Auftrag soll in einem nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung vergeben werden. Bei diesem Verfahrenstypus stellen die Ausscheidens- und die Zuschlagsentscheidung gesondert anfechtbare Entscheidungen dar (§ 2 Z 16 lit a sublit bb BVergG). Der Auftrag soll in einem nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung vergeben werden. Bei diesem Verfahrenstypus stellen die Ausscheidens- und die Zuschlagsentscheidung gesondert anfechtbare Entscheidungen dar (Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, b, b, BVergG).

Gemäß § 321 Abs 1 Z 5 BVergG sind Anträge auf Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung im Falle der Durchführung eines Vergabeverfahrens im Unterschwellenbereich binnen 7 Tagen ab dem Zeitpunkt einzubringen, in dem der Antragsteller von der gesondert anfechtbaren Entscheidung Kenntnis erlangt hat oder erlangen hätte können. Das Ausscheiden ihres Angebotes wurde der Antragstellerin am 13.8.2007 mitgeteilt. Am 20.8.2007 hat die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag gegen die Ausscheidensentscheidung eingebracht. Der Antrag auf Nichtigerklärung des Ausscheidens wurde somit iSd o.e. Bestimmung rechtzeitig eingebracht. Gemäß Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG sind Anträge auf Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung im Falle der Durchführung eines Vergabeverfahrens im Unterschwellenbereich binnen 7 Tagen ab dem Zeitpunkt einzubringen, in dem der Antragsteller von der gesondert anfechtbaren Entscheidung Kenntnis erlangt hat oder erlangen hätte können. Das Ausscheiden ihres Angebotes wurde der Antragstellerin am 13.8.2007 mitgeteilt. Am 20.8.2007 hat die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag gegen die Ausscheidensentscheidung eingebracht. Der Antrag auf Nichtigerklärung des Ausscheidens wurde somit iSd o.e. Bestimmung rechtzeitig eingebracht.

Die Zuschlagsentscheidung wurde der Antragstellerin vom Bundesvergabeamt am 23.8.2007 im Rahmen des Parteiengehörs übermittelt. Zu diesem Zeitpunkt erlangte die Antragstellerin daher erstmals davon Kenntnis, dass bereits eine Zuschlagsentscheidung getroffen worden ist. Mit Schriftsatz vom selben Tag hat die Antragstellerin die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung beantragt. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung

war iSd des § 321 Abs 1 Z 5 BVergG daher ebenfalls fristgerecht. Die Zuschlagsentscheidung wurde der Antragstellerin vom Bundesvergabebeamten am 23.8.2007 im Rahmen des Parteiengehörs übermittelt. Zu diesem Zeitpunkt erlangte die Antragstellerin daher erstmals davon Kenntnis, dass bereits eine Zuschlagsentscheidung getroffen worden ist. Mit Schriftsatz vom selben Tag hat die Antragstellerin die Nichtigkeitsklage der Zuschlagsentscheidung beantragt. Der Antrag auf Nichtigkeitsklage der Zuschlagsentscheidung war iSd des Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG daher ebenfalls fristgerecht.

Die Anträge auf Nichtigkeitsklage der Ausscheidens- und der Zuschlagsentscheidung erfüllen die formalen Voraussetzungen des § 322 Abs 1 BVergG; Unzulässigkeitsgründe iSd § 322 Abs 2 leg.cit. liegen nicht vor. Die Pauschalgebühr wurde ordnungsgemäß entrichtet. Der Zuschlag wurde nach Auskunft des Auftraggebers noch nicht erteilt, das Verfahren auch nicht widerrufen. Die Antragstellerin hat durch die Antragstellung ihr Interesse am Erhalt des Zuschlages dokumentiert. Der Antrag ist zulässig. Die Anträge auf Nichtigkeitsklage der Ausscheidens- und der Zuschlagsentscheidung erfüllen die formalen Voraussetzungen des Paragraph 322, Absatz eins, BVergG; Unzulässigkeitsgründe iSd Paragraph 322, Absatz 2, leg.cit. liegen nicht vor. Die Pauschalgebühr wurde ordnungsgemäß entrichtet. Der Zuschlag wurde nach Auskunft des Auftraggebers noch nicht erteilt, das Verfahren auch nicht widerrufen. Die Antragstellerin hat durch die Antragstellung ihr Interesse am Erhalt des Zuschlages dokumentiert. Der Antrag ist zulässig.

Gegenständlich angefochten sind die Ausscheidensentscheidung und die Zuschlagsentscheidung, wobei jedoch davon auszugehen ist, dass zuerst die Rechtmäßigkeit der Ausscheidensentscheidung zu prüfen ist, da im Falle der Abweisung des Antrages auf Nichtigkeitsklage der Ausscheidensentscheidung allfällige Verstöße des Auftraggebers gegen Vergabevorschriften für die Rechtsposition der Antragstellerin ohne Belang sind (VwGH 18.5.2005, 2004/04/0094, ZVB 2006/16 [G. Gruber] = ZVB-LSK 2006/17) und der Antrag auf Nichtigkeitsklage der Zuschlagsentscheidung daher zurückzuweisen wäre.

Inhaltliche Beurteilung der Anträge:

Zu Spruchpunkt I.: Zu Spruchpunkt römisch eins.:

Das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin wurde vom Auftraggeber damit begründet, dass das Angebot der Antragstellerin den Ausschreibungsbestimmungen widerspreche und die vom Auftraggeber festgestellten Mängel nicht behoben worden bzw nicht behebbar seien.

Als den Ausschreibungsbestimmungen widersprechend, wurde das Angebot der Antragstellerin angesehen, da es um 41,3% vom Mittelwert iSd Punktes 1,305.1.4., Teil A1 der Ausschreibung, abweicht. Das Vorliegen eines Unterpreises wurde vom Auftraggeber gleichzeitig als nicht behobener bzw. unbehebbarer Mangel bewertet (s hiezu die Aussagen von Frau Y*** in der mündlichen Verhandlung vom 20.11.2007).

Die Antragstellerin hat demgegenüber vorgebracht, dass das Ausscheiden ihres Angebotes zu Unrecht erfolgt sei. Dies einerseits deshalb, da Punkt 1,305.1.4., Teil A1, der Ausschreibung vergaberechtswidrig sei und damit unangewendet zu bleiben hätte und andererseits deshalb, da die Kostenschätzung des Auftraggebers unplausibel und der Höhe nach unangemessen sei.

Punkt 1,305.1.4, Teil A1, lautet:

"Vor der vertieften Angebotsprüfung werden die nachfolgend angegebenen Kriterien geprüft und das Angebot gegebenenfalls ausgeschlossen:

Ungewöhnlich niedriger Gesamtpreis: Die Angemessenheit der Preise im Sinne des BVergG 2006 § 125 wird für die vertiefte
Ungewöhnlich niedriger Gesamtpreis: Die Angemessenheit der Preise im Sinne des BVergG 2006 Paragraph 125, wird für die vertiefte

Anbotsprüfung wie folgt festgelegt: Bei mehr als 30% Abweichung zum Mittelwert der abgegebenen und der Bestimmung des § 108 BVergG 2006 entsprechenden Preisangebote (wobei das billigste und teuerste Preisangebot nicht gewertet, jedoch die Kostenschätzung des Auftraggebers zusätzlich einbezogen wird), wird das gegenständliche Angebot keiner weiteren vertieften Angebotsprüfung unterzogen und ausgeschlossen". Anbotsprüfung wie folgt festgelegt: Bei mehr als 30% Abweichung zum Mittelwert der abgegebenen und der Bestimmung des Paragraph 108, BVergG 2006 entsprechenden Preisangebote (wobei das billigste und teuerste Preisangebot nicht gewertet, jedoch die Kostenschätzung des Auftraggebers zusätzlich einbezogen wird), wird das gegenständliche Angebot keiner weiteren

vertieften Angebotsprüfung unterzogen und ausgeschieden".

Zum Vorbringen der Antragstellerin, dass Punkt 1,305.1.4., Teil A1, der Ausschreibung vergaberechtswidrig sei und diese Bestimmung deshalb unangewendet zu bleiben gehabt hätte, ist Folgendes anzumerken:

Dem BVergG 2002 lag - und nunmehr auch dem BVergG 2006 liegt - das System der gesondert und nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen [vgl. BVergG 2006 § 2 Z 16 (RV 1171 BlgNR XXII GP 13)] mit den einer effizienten Abwicklung von Rechtsschutzverfahren dienenden, flankierenden Bestimmungen zu Fristen und Präklusionsregelungen (§ 321 BVergG 2006) zugrunde. Die Präklusionswirkung im BVergG 2006 bezieht sich grundsätzlich auf alle Rechtsverstöße, die nicht innerhalb der jeweiligen Antragsfrist durch einen Nachprüfungsantrag geltend gemacht wurden. Dem Bundesvergabeamt ist es verwehrt, derart bestandskräftige Auftraggeberentscheidungen im Zuge der Anfechtung späterer Entscheidungen in Prüfung zu ziehen [vgl. RV 1171 BlgNR XXII GP 137f; siehe auch zum BVergG 2002 BVA 12.12.2003, 04N- 107/03-38; 29.8.2003, 13N-72/03-11; 20.6.2003, 17N-46/03-34; bzw. zum BVergG 2006 BVA 10.5.2007, N/0007-BVA/15/2007-67 sowie Thienel, Grundfragen gesondert und verbunden anfechtbarer Entscheidungen nach dem BVergG 2002, ZVB 2003, 69f]. Dem BVergG 2002 lag - und nunmehr auch dem BVergG 2006 liegt - das System der gesondert und nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen [vgl. BVergG 2006 Paragraph 2, Ziffer 16, Regierungsvorlage 1171 BlgNR römisch 22 Gesetzgebungsperiode 13)] mit den einer effizienten Abwicklung von Rechtsschutzverfahren dienenden, flankierenden Bestimmungen zu Fristen und Präklusionsregelungen (Paragraph 321, BVergG 2006) zugrunde. Die Präklusionswirkung im BVergG 2006 bezieht sich grundsätzlich auf alle Rechtsverstöße, die nicht innerhalb der jeweiligen Antragsfrist durch einen Nachprüfungsantrag geltend gemacht wurden. Dem Bundesvergabeamt ist es verwehrt, derart bestandskräftige Auftraggeberentscheidungen im Zuge der Anfechtung späterer Entscheidungen in Prüfung zu ziehen [vgl. Regierungsvorlage 1171 BlgNR römisch 22 Gesetzgebungsperiode 137f; siehe auch zum BVergG 2002 BVA 12.12.2003, 04N- 107/03-38; 29.8.2003, 13N-72/03-11; 20.6.2003, 17N-46/03-34; bzw. zum BVergG 2006 BVA 10.5.2007, N/0007-BVA/15/2007-67 sowie Thienel, Grundfragen gesondert und verbunden anfechtbarer Entscheidungen nach dem BVergG 2002, ZVB 2003, 69f].

Die Antragstellerin hat die gegenständliche Ausschreibung nicht innerhalb der in § 321 Abs 2 BVergG 2006 vorgesehenen Frist angefochten. Diese hat daher Bestandkraft erlangt (vgl. VwGH 19.9.2004, 2004/04/0054; 17.11.2004, 2002/04/0078; BVA 11.4.2006, N/0001-BVA/02/2006-71; 3.5.2006, N/0017-BVA/04/2006-25 u.a.). Sowohl der Auftraggeber als auch die Bieter sind an die in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen gebunden. Die bestandfest gewordenen Ausschreibungsbestimmungen stellen in der Folge die Grundlage der Prüfung und Bewertung der Angebote dar. Alle Bieter müssen darauf vertrauen können, dass der Auftraggeber seine eigenen Ausschreibungsbestimmungen einhält. Eine solche Bindung ist für die Gleichbehandlung der Bieter im Sinne des § 19 Abs. 1 BVergG entscheidend [vgl. VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050 und die dort zitierte Rechtsprechung des EuGH vom 25.4.1996, Rs-C-87/94, Kommission/Belgien, wonach die Abweichung von in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen eine Verletzung wesentlicher Grundsätze des Vergabeverfahrens darstellt; ebenso BVA 17.3.2006, N/0007- BVA/15/2006-54; 8.2.2006, 15N-127/05-25 u.v.a.]. Die Antragstellerin hat die gegenständliche Ausschreibung nicht innerhalb der in Paragraph 321, Absatz 2, BVergG 2006 vorgesehenen Frist angefochten. Diese hat daher Bestandkraft erlangt (vergleiche VwGH 19.9.2004, 2004/04/0054; 17.11.2004, 2002/04/0078; BVA 11.4.2006, N/0001-BVA/02/2006-71; 3.5.2006, N/0017-BVA/04/2006-25 u.a.). Sowohl der Auftraggeber als auch die Bieter sind an die in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen gebunden. Die bestandfest gewordenen Ausschreibungsbestimmungen stellen in der Folge die Grundlage der Prüfung und Bewertung der Angebote dar. Alle Bieter müssen darauf vertrauen können, dass der Auftraggeber seine eigenen Ausschreibungsbestimmungen einhält. Eine solche Bindung ist für die Gleichbehandlung der Bieter im Sinne des Paragraph 19, Absatz eins, BVergG entscheidend [vgl. VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050 und die dort zitierte Rechtsprechung des EuGH vom 25.4.1996, Rs-C-87/94, Kommission/Belgien, wonach die Abweichung von in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen eine Verletzung wesentlicher Grundsätze des Vergabeverfahrens darstellt; ebenso BVA 17.3.2006, N/0007- BVA/15/2006-54; 8.2.2006, 15N-127/05-25 u.v.a.].

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die Bestimmungen des Punktes 1,305.1.4. des Teiles A1 der Ausschreibung mangels fristgerechter Anfechtung bestandfest geworden und somit der Bestbieterermittlung zugrunde zu legen sind. Dies selbst bei allfälliger Unzweckmäßigkeit oder gar Vergaberechtswidrigkeit dieser Bestimmungen. Die in der zitierten Bestimmung festgelegte Vorgangsweise, nämlich dass ein Angebot, dessen Angebotspreis um mehr als 30%

vom Mittelwert aller Preisangebote abweicht – wobei das Angebot mit dem niedrigsten Preis und das Angebot mit dem höchsten Preis nicht berücksichtigt werden, jedoch die Kostenschätzung des Auftraggebers in die Ermittlung des Mittelwertes einbezogen wird – ohne weitere vertiefte Angebotsprüfung auszuschneiden ist, ist somit bindend und gegenständlich anzuwenden.

Wie oben erwähnt, bezieht sich die Präklusion auf alle Rechtsverstöße, die nicht innerhalb der jeweiligen Antragsfrist durch einen Nachprüfungsantrag geltend gemacht wurden. Eine – wie die Antragstellerin unter Bezugnahme auf das Urteil des EuGH in der Rs C-327/00, Santex, annimmt – eingeschränkte Sichtweise der Präklusion, ist nicht geboten. Entgegen der Ansicht der Antragstellerin ist im vorliegenden Fall der effektive Rechtsschutz gewährleistet. Der Auftraggeber hat es den Bietern auch nicht "durch sein Verhalten faktisch unmöglich gemacht, die Ausschreibungsbestimmungen zeitgerecht anzufechten", wie dies die Antragstellerin vermeint. Die Möglichkeit zur zeitgerechten Anfechtung der Ausschreibung hat jedenfalls bestanden, wurde jedoch von der Antragstellerin nicht genutzt. Eine (allfällige) Rechtswidrigkeit der Bestimmungen des Punktes 1,305.1.4., Teil A1 der Ausschreibung, ist auch nicht erst – wie von der Antragstellerin vorgebracht – zu einem Zeitpunkt nach Kenntnis des Angebotsöffnungsprotokolls ersichtlich gewesen. Zu dem von der Antragstellerin angesprochenen Zeitpunkt wurde hingegen ersichtlich, dass – aufgrund der Höhe der Kostenschätzung des Auftraggebers – ihr Angebot die in Punkt 1,305.1.4., Teil A1, vorgegebene und – wie bereits ausgeführt – bestandfest gewordene Bedingung (weniger als 30% Abweichung vom Mittelwert) nicht erfüllt.

Der klare Wortlaut der Bestimmung des Punktes 1,305.1.4., Teil A- 1, lässt keinen Zweifel daran, dass diese Bestimmung so zu verstehen ist, dass das höchste und das niedrigste Preisangebot bei der Mittelwertberechnung nicht herangezogen, jedoch die Kostenschätzung des Auftraggebers in die Mittelwertberechnung einbezogen wird. Einem durchschnittlich fachkundigen Bieter musste es bei Anwendung der üblichen Sorgfalt [vgl. EuGH 4.12.2003, Rs-C-448/01 (EVN - AG Wienstrom GmbH gegen Republik Österreich); VwGH 17.11.2004, 2002/04/0078; 16.2.2005, 2004/04/0030; BVA 19.1.2006, 04N-134/05-17] demnach erkennbar sein, dass iSd Bestimmungen des Punktes 1,305.1.4., Teil A1, jeweils das Angebot des Bieters mit dem niedrigsten bzw. das Angebot des Bieters mit dem höchsten Preis nicht heranzuziehen, die Kostenschätzung des Auftraggebers jedoch bei der Mittelwertermittlung zu berücksichtigen ist.

Die Frage, ob die Bestimmung des Punktes 1,305.1.4., Teil A1; allenfalls vergaberechtswidrig ist, ist im Hinblick auf die eingetretene Bestandfestigkeit dieser Bestimmung ohne Belang und hat daher dahin gestellt zu bleiben.

Es gilt daher nunmehr in der Folge zu klären, ob das Angebot der Antragstellerin gemäß dem bestandfest gewordenen Punkt 1,305.1.4., Teil A-1 der Ausschreibung, zu Recht ausgeschieden wurde oder nicht:

Der Auftraggeber hat festgestellt – und ist dies von der Antragstellerin auch gar nicht bestritten worden - dass der Angebotspreis der Antragstellerin iSd oben erwähnten Regelung um 41,3 % unter dem ermittelten Mittelwert liegt. Im Hinblick darauf, bleibt daher zu prüfen, ob der geschätzte Auftragswert vom Auftraggeber sachgerecht ermittelt wurde und der Höhe nach angemessen ist.

Zur sachgerechten Ermittlung des geschätzten Auftragswertes:

Der Sachverständige hat in Punkt 4.1. seines Gutachtens vom 15.10.2007 - und auch in der mündlichen Verhandlung vom 20.11.2007 - dargestellt, dass das Leistungsverzeichnis als solches sachgerecht erstellt wurde.

In den Positionen Ist-Zustand Fische/Fischerei, Ist-Zustand Gewässerökologie, Trassenoptimierung und Trassenbeurteilung Fische/Fischerei sowie Trassenoptimierung und Trassenbeurteilung Gewässerökologie im Vorprojekt (VP) bzw. Trassenoptimierung und Trassenbeurteilung Fische/Fischerei sowie Trassenoptimierung und Trassenbeurteilung Gewässerökologie im Einreichprojekt EP), wurde die Menge jeweils auf "Straßenkilometer" bezogen (Anm.: Streckenlänge der Trasse). In den Positionen Ist-Zustand Fische/Fischerei, Ist-Zustand Gewässerökologie, Trassenoptimierung und Trassenbeurteilung Fische/Fischerei sowie Trassenoptimierung und Trassenbeurteilung Gewässerökologie im Vorprojekt (VP) bzw. Trassenoptimierung und Trassenbeurteilung Fische/Fischerei sowie Trassenoptimierung und Trassenbeurteilung Gewässerökologie im Einreichprojekt EP), wurde die Menge jeweils auf "Straßenkilometer" bezogen Anmerkung, Streckenlänge der Trasse).

Diese Methodik wurde vom Sachverständigen zwar als nicht geeignet bezeichnet, eine sachgerechte Schätzung der Kosten vorzunehmen. Vielmehr wären zufolge des Sachverständigen nicht die Straßenlänge, sondern die Art und

Länge der betroffenen Gewässer und die Anzahl der Beprobungen für den Umfang der durchzuführenden Untersuchungen maßgebend. Sachgerecht wäre es also gewesen, die betroffenen Gewässer taxativ aufzulisten und den Untersuchungsaufwand entsprechend der Art und Länge der Gewässer bzw. der Anzahl der Beprobungen festzulegen (vgl. Gutachten Punkt 4.1.1.). Diese Methodik wurde vom Sachverständigen zwar als nicht geeignet bezeichnet, eine sachgerechte Schätzung der Kosten vorzunehmen. Vielmehr wären zufolge des Sachverständigen nicht die Straßenlänge, sondern die Art und Länge der betroffenen Gewässer und die Anzahl der Beprobungen für den Umfang der durchzuführenden Untersuchungen maßgebend. Sachgerecht wäre es also gewesen, die betroffenen Gewässer taxativ aufzulisten und den Untersuchungsaufwand entsprechend der Art und Länge der Gewässer bzw. der Anzahl der Beprobungen festzulegen (vgl. Gutachten Punkt 4.1.1.).

4.1.1. und Angaben des Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung vom 20.11.2007).

Wenn nun die Antragstellerin jedoch aus der an sich nicht sachgerechten Methodik des Bezuges der Menge auf "Straßenkilometer" in den o.e. Positionen den Schluss zieht, dass die Kostenschätzung für nichtig zu erklären wäre, so verkennt sie erneut, dass die Ausschreibung - und damit auch das Leistungsverzeichnis sowie die daraus mittelbar ableitbare "Methodik" des Bezuges der Menge auf "Straßenkilometer" - selbst wenn diese nicht sachgerecht ist, mangels fristgerechter Anfechtung der Ausschreibung unanfechtbar geworden und daher auch vom Bundesvergabeamt der Prüfung der Rechtmäßigkeit der Ausscheidens- bzw. der Zuschlagsentscheidung zu Grunde zu legen sind.

Die übrigen Positionen des LV wurden vom Sachverständigen ohnehin als einer sachgerechten Ermittlung des Auftragswertes entsprechend, qualifiziert (vgl. Gutachten 15.1.0.2007, Punkt 4.1.2.). Die übrigen Positionen des LV wurden vom Sachverständigen ohnehin als einer sachgerechten Ermittlung des Auftragswertes entsprechend, qualifiziert (vgl. Gutachten 15.1.0.2007, Punkt 4.1.2.).

Wenngleich auch das LV und die sich daraus mittelbar ableitbare Methodik des Bezuges der Menge auf "Straßenkilometer" bestandfest geworden und daher auch von den Bietern ihrer Angebotslegung zugrunde zu legen war, bedeutet dies - entgegen der Ansicht des Auftraggebers - jedoch nicht, dass ein Bieter die im LV vorgegebene Methodik damit auch als (inhaltlich) richtig anerkannt hat. Das LV war, wie oben ausgeführt, bestandfest, sodass die Bieter davon gar nicht hätten abweichen dürfen. Im gegenteiligen Fall, nämlich bei Abweichen von den Vorgaben des LV, hätte sich der Bieter der Gefahr ausgesetzt, dass sein Angebot als nicht ausschreibungskonform ausgeschieden wird.

Schlussfolgerung:

Es ist somit im Endergebnis unbeachtlich, ob der "Weg" des Auftraggebers zur Ermittlung des geschätzten Auftragswerts sachgerecht war oder nicht. Nach dem Gesagten kommt es nunmehr ausschließlich auf die Beantwortung der Frage an, ob der geschätzte Auftragswert der Höhe nach angemessen ist oder nicht.

Zur Angemessenheit der Höhe des geschätzten Auftragswertes:

Der geschätzte Auftragswert wurde vom Auftraggeber bei Einleitung des Vergabeverfahrens ermittelt. Die Höhe des ermittelten Auftragswertes wurde den Bietern erst im Zuge der Angebotsöffnung bekannt gegeben. Erst zu diesem Zeitpunkt ist diese "Festlegung" des Auftraggebers nach außen in Erscheinung getreten. Die Höhe des geschätzten Auftragswertes war somit nicht Bestandteil der (präkludierten) Ausschreibung und ist somit einer Anfechtung nicht entzogen (vgl. auch BVA 10.5.2007, N/0007-BVA/15/2007-67). Der geschätzte Auftragswert wurde vom Auftraggeber bei Einleitung des Vergabeverfahrens ermittelt. Die Höhe des ermittelten Auftragswertes wurde den Bietern erst im Zuge der Angebotsöffnung bekannt gegeben. Erst zu diesem Zeitpunkt ist diese "Festlegung" des Auftraggebers nach außen in Erscheinung getreten. Die Höhe des geschätzten Auftragswertes war somit nicht Bestandteil der (präkludierten) Ausschreibung und ist somit einer Anfechtung nicht entzogen (vgl. auch BVA 10.5.2007, N/0007-BVA/15/2007-67).

Bei der Höhe der Kostenschätzung handelt es sich um keine sonstige Festlegung während der Angebotsfrist iSd § 2 Z 16 lit a sublit bb BVerG, welche eine gesondert anfechtbare Entscheidung darstellen würde. Die Angebotsfrist endete laut Ausschreibung am 24.7.2007, 11.00 Uhr. Zeitlich unmittelbar daran anschließend erfolgte die Öffnung der Angebote (siehe Protokoll der Angebotsöffnung), im Zuge derer der Auftraggeber die Höhe des geschätzten Auftragswertes mit Euro 110.000,- netto bekannt gab. Diese "Festlegung" des Auftraggebers kann somit erst mit der

nächstfolgenden gesondert anfechtbaren Entscheidung – gegenständlich der Ausscheidensentscheidung – bekämpft werden. Die Antragstellerin ist daher mit ihrem diesbezüglichen Vorbringen nicht präkludiert (vgl. auch BVA vom 12.7.2005, 11N-42/05-15, 11N- 43/05-10, 11N-44/05-13 zu einem in diesem Sinne vergleichbaren Sachverhalt sowie BVA 10.5.2007, N/0007-BVA/15/2007-67) und es kann somit die (Höhe) der Kostenschätzung des Auftraggebers einer Überprüfung durch die Behörde unterzogen werden. Bei der Höhe der Kostenschätzung handelt es sich um keine sonstige Festlegung während der Angebotsfrist iSd Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, b, b, BVergG, welche eine gesondert anfechtbare Entscheidung darstellen würde. Die Angebotsfrist endete laut Ausschreibung am 24.7.2007, 11.00 Uhr. Zeitlich unmittelbar daran anschließend erfolgte die Öffnung der Angebote (siehe Protokoll der Angebotsöffnung), im Zuge derer der Auftraggeber die Höhe des geschätzten Auftragswertes mit Euro 110.000,-- netto bekannt gab. Diese "Festlegung" des Auftraggebers kann somit erst mit der nächstfolgenden gesondert anfechtbaren Entscheidung – gegenständlich der Ausscheidensentscheidung – bekämpft werden. Die Antragstellerin ist daher mit ihrem diesbezüglichen Vorbringen nicht präkludiert vergleiche auch BVA vom 12.7.2005, 11N-42/05-15, 11N- 43/05-10, 11N-44/05-13 zu einem in diesem Sinne vergleichbaren Sachverhalt sowie BVA 10.5.2007, N/0007-BVA/15/2007-67) und es kann somit die (Höhe) der Kostenschätzung des Auftraggebers einer Überprüfung durch die Behörde unterzogen werden.

Die Antragstellerin hat vorgebracht, dass die (zu große) Abweichung ihres Angebotspreises vom Mittelwert nur darauf zurückzuführen sei, dass der vom Auftraggeber geschätzte Auftragswert unplausibel und der Höhe nach nicht angemessen sei. Hierzu ist festzuhalten, dass der geschätzte Auftragswert grundsätzlich (nur) dazu dient, die für das weitere Verfahren maßgeblichen Bestimmungen zu ermitteln. Dies ist einerseits für die Wahl des richtigen Verfahrenstypus (z.B. Direktvergabe), andererseits aber auch für die Beurteilung, ob die Bestimmungen des Oberschwellen- oder des Unterschwellenbereichs anzuwenden sind, erforderlich (siehe 1171 der Beilagen XXII. GP – Regierungsvorlage – Materialien zu § 13). Bei der gegenständlich vorgesehenen sogenannten "Mittelwertmethode", bei der die Kostenschätzung des Auftraggebers mitberücksichtigt wird, ist an die Beurteilung der sachkundigen Ermittlung und an die Höhe des geschätzten Auftragswertes ein hoher Maßstab anzulegen (s BVA 10.5.2007, N/0007-BVA/15/2007-67). Die Antragstellerin hat vorgebracht, dass die (zu große) Abweichung ihres Angebotspreises vom Mittelwert nur darauf zurückzuführen sei, dass der vom Auftraggeber geschätzte Auftragswert unplausibel und der Höhe nach nicht angemessen sei. Hierzu ist festzuhalten, dass der geschätzte Auftragswert grundsätzlich (nur) dazu dient, die für das weitere Verfahren maßgeblichen Bestimmungen zu ermitteln. Dies ist einerseits für die Wahl des richtigen Verfahrenstypus (z.B. Direktvergabe), andererseits aber auch für die Beurteilung, ob die Bestimmungen des Oberschwellen- oder des Unterschwellenbereichs anzuwenden sind, erforderlich (siehe 1171 der Beilagen römisch 22 . Gesetzgebungsperiode – Regierungsvorlage – Materialien zu Paragraph 13,). Bei der gegenständlich vorgesehenen sogenannten "Mittelwertmethode", bei der die Kostenschätzung des Auftraggebers mitberücksichtigt wird, ist an die Beurteilung der sachkundigen Ermittlung und an die Höhe des geschätzten Auftragswertes ein hoher Maßstab anzulegen (s BVA 10.5.2007, N/0007-BVA/15/2007-67).

Gemäß § 13 Abs 1 BVergG ist Grundlage für die Berechnung des geschätzten Auftragswertes eines öffentlichen Auftrages der Gesamtwert ohne Umsatzsteuer, der vom Auftraggeber voraussichtlich zu zahlen ist. Nach § 13 Abs 3 leg.cit. ist der geschätzte Auftragswert der auszuschreibenden Leistung ohne Umsatzsteuer vom Auftraggeber vor der Durchführung des Vergabeverfahrens sachkundig zu ermitteln. Gemäß Paragraph 13, Absatz eins, BVergG ist Grundlage für die Berechnung des geschätzten Auftragswertes eines öffentlichen Auftrages der Gesamtwert ohne Umsatzsteuer, der vom Auftraggeber voraussichtlich zu zahlen ist. Nach Paragraph 13, Absatz 3, leg.cit. ist der geschätzte Auftragswert der auszuschreibenden Leistung ohne Umsatzsteuer vom Auftraggeber vor der Durchführung des Vergabeverfahrens sachkundig zu ermitteln.

Maßstab für die Ermittlung des geschätzten Auftragswertes:

Das BVergG regelt in seinem § 13 Abs 1 und 2 nur allgemein in Grundzügen die Berechnung des geschätzten Auftragswertes und enthält in seinem § 13 Abs 3 bloß die Anforderung, dass der geschätzte Auftragswert sachkundig zu ermitteln ist, ohne jedoch eine Regelung zu treffen, wie bei der sachkundigen Ermittlung des geschätzten Auftragswertes konkret vorzugehen ist. Das BVergG regelt in seinem Paragraph 13, Absatz eins und 2 nur allgemein in Grundzügen die Berechnung des geschätzten Auftragswertes und enthält in seinem Paragraph 13, Absatz 3, bloß die Anforderung, dass der geschätzte Auftragswert sachkundig zu ermitteln ist, ohne jedoch eine Regelung zu treffen, wie bei der sachkundigen Ermittlung des geschätzten Auftragswertes konkret vorzugehen ist.

Der geschätzte Auftragswert ist jedenfalls nach objektiven Kriterien zu ermitteln. Als primärer Maßstab für die Ermittlung des geschätzten Auftragswertes ist laut Rechtsprechung jener Wert heranzuziehen, den ein umsichtiger und sachkundiger öffentlicher Auftraggeber nach sorgfältiger Prüfung des relevanten Marktsegments und im Einklang mit den Erfordernissen betriebswirtschaftlicher Finanzplanung bei der Anschaffung der vergabegegenständlichen Sache veranschlagen würde (vgl. BVA 4.12.1997, F-10/97-14 = CONNEX 1998/4, 40; Heid, in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht (2005) Seite 72). Diese Definition findet sich beinahe wortgleich in den Erläuternden Bemerkungen zu § 13 BVergG. Der geschätzte Auftragswert ist jedenfalls nach objektiven Kriterien zu ermitteln. Als primärer Maßstab für die Ermittlung des geschätzten Auftragswertes ist laut Rechtsprechung jener Wert heranzuziehen, den ein umsichtiger und sachkundiger öffentlicher Auftraggeber nach sorgfältiger Prüfung des relevanten Marktsegments und im Einklang mit den Erfordernissen betriebswirtschaftlicher Finanzplanung bei der Anschaffung der vergabegegenständlichen Sache veranschlagen würde vergleiche BVA 4.12.1997, F-10/97-14 = CONNEX 1998/4, 40; Heid, in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht (2005) Seite 72). Diese Definition findet sich beinahe wortgleich in den Erläuternden Bemerkungen zu Paragraph 13, BVergG.

Der deutsche BGH stellt ähnliche Anforderungen an einen sachkundig bzw. sorgfältig geschätzten Auftragswert. In einer Entscheidung vom 8.9.1998, X ZR 99/96, formulierte er, dass die Kostenschätzung des Auftraggebers eine Prognose ist, die dann nicht zu beanstanden ist, wenn sie unter Berücksichtigung aller verfügbaren Daten in einer der Materie angemessenen und methodisch vertretbaren Weise erarbeitet wurde. Der deutsche BGH stellt ähnliche Anforderungen an einen sachkundig bzw. sorgfältig geschätzten Auftragswert. In einer Entscheidung vom 8.9.1998, römisch zehn ZR 99/96, formulierte er, dass die Kostenschätzung des Auftraggebers eine Prognose ist, die dann nicht zu beanstanden ist, wenn sie unter Berücksichtigung aller verfügbaren Daten in einer der Materie angemessenen und methodisch vertretbaren Weise erarbeitet wurde.

Das Bundesvergabeamt hat ausgesprochen, dass es im Wesen eines geschätzten Auftragswertes liegt, dass dieser von den Angebotspreisen sowohl unter- als auch überschritten werden kann (vgl. BVA 5.10.2001, N-73/01-36, 10.5.2007, N/0007-BVA/15/2007- 67). Bei der Kostenschätzung handelt es sich also um eine Prognose. Das Bundesvergabeamt hat ausgesprochen, dass es im Wesen eines geschätzten Auftragswertes liegt, dass dieser von den Angebotspreisen sowohl unter- als auch überschritten werden kann vergleiche BVA 5.10.2001, N-73/01-36, 10.5.2007, N/0007-BVA/15/2007- 67). Bei der Kostenschätzung handelt es sich also um eine Prognose.

Ob der Auftraggeber den geschätzten Auftragswert sachkundig ermittelt hat, ist zweifelhaft. Frau J***, die die Kostenschätzung erstellt hat, ist Wirtschaftsingenieurin für Bauwesen. Sie hat im Bereich Fische/Fischereiwirtschaft bzw. Gewässerökologie nur das Projekt S3 als stellvertretende Projektleiterin betreut. Auch bei diesem Projekt war jedoch – nicht sachgerecht – die Menge auf "Straßenkilometer" bezogen. Die zuständige Projektleiterin des Auftraggebers verfügt gegenständlich somit wohl nicht über einschlägige Erfahrungen bei der Beschaffung der hier relevanten Leistungen. Deshalb hat sich der Auftraggeber des Ingenieurbüros K*** ("Koordinator Umwelt") bedient. Der "Koordinator Umwelt" hat parallel zu J*** eine eigene Kostenschätzung erstellt. Die beiden Kostenschätzungen wurden in der Folge miteinander verglichen. Es ist davon auszugehen, dass der "Koordinator Umwelt" den geschätzten Auftragswert sachgerecht ermittelt hat. Der geschätzte Auftragswert des "Koordinators Umwelt" belief sich in etwa auf dieselbe Höhe wie jene des Auftraggebers (vgl. die diesbezüglichen glaubhaften Angaben von Frau J*** in der mündlichen Verhandlung vom 20.11.2007). Dass dem Auftraggeber die Kenntnis der Marktlage fehlen würde, kann hingegen nicht behauptet werden. So hat er im letzten Jahr insgesamt vier vergleichbare Projekte ausgeschrieben (S3, S8, S37 Nord und Süd). Ob der Auftraggeber den geschätzten Auftragswert sachkundig ermittelt hat, ist zweifelhaft. Frau J***, die die Kostenschätzung erstellt hat, ist Wirtschaftsingenieurin für Bauwesen. Sie hat im Bereich Fische/Fischereiwirtschaft bzw. Gewässerökologie nur das Projekt S3 als stellvertretende Projektleiterin betreut. Auch bei diesem Projekt war jedoch – nicht sachgerecht – die Menge auf "Straßenkilometer" bezogen. Die zuständige Projektleiterin des Auftraggebers verfügt gegenständlich somit wohl nicht über einschlägige Erfahrungen bei der Beschaffung der hier relevanten Leistungen. Deshalb hat sich der Auftraggeber des Ingenieurbüros K*** ("Koordinator Umwelt") bedient. Der "Koordinator Umwelt" hat parallel zu J*** eine eigene Kostenschätzung erstellt. Die beiden Kostenschätzungen wurden in der Folge miteinander verglichen. Es ist davon auszugehen, dass der "Koordinator Umwelt" den geschätzten Auftragswert sachgerecht ermittelt hat. Der geschätzte Auftragswert des "Koordinators Umwelt" belief sich in etwa auf dieselbe Höhe wie jene des Auftraggebers vergleiche die diesbezüglichen glaubhaften

Angaben von Frau J*** in der mündlichen Verhandlung vom 20.11.2007). Dass dem Auftraggeber die Kenntnis der Marktlage fehlen würde, kann hingegen nicht behauptet werden. So hat er im letzten Jahr insgesamt vier vergleichbare Projekte ausgeschrieben (S3, S8, S37 Nord und Süd).

Gegenständlich liegt der geschätzte Auftragswert um 82% über dem Mittelwert der Angebotspreise. Um zu klären, ob der geschätzte Auftragswert der Höhe nach unangemessen ist und infolgedessen das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin (als 41,3 % unter dem Mittelwert liegend) möglicher Weise zu Unrecht erfolgt sein könnte, war es notwendig, einen Sachverständigen mit der Erstellung eines entsprechenden Gutachtens zu beauftragen.

Der Sachverständige hat anhand einer eigenen (groben) Schätzung festgestellt, dass die Kostenschätzung des Auftraggebers in der Position Ist-Bestandserfassung deutlich zu niedrig angesetzt ist (vgl. Gutachten vom 15.10.2007, Punkt 4.2.1.). Laut Leitfaden des BMLFUW ist dabei für jeden Wasserkörper zumindest eine Probenstelle zu besammeln. In sensiblen Bereichen – wie etwa bei der March – sind hingegen mehrere Probestellen zu besammeln. Bei geschätzten Kosten pro Probenahme bei der March von Euro 8.000,-- (Anm.: deren Höhe wurde auch von der Antragstellerin nicht bestritten) und Euro 5.000,-- bei den kleineren Gewässern, ergibt sich eine Summe von ca. Euro 39.000,-- für die Freilandhebungen. Demgegenüber belief sich die Kostenschätzung des Auftraggebers in dieser Position auf Euro 23.500,--. Der Sachverständige hat anhand einer eigenen (groben) Schätzung festgestellt, dass die Kostenschätzung des Auftraggebers in der Position Ist-Bestandserfassung deutlich zu niedrig angesetzt ist (vergleiche Gutachten vom 15.10.2007, Punkt 4.2.1.). Laut Leitfaden des BMLFUW ist dabei für jeden Wasserkörper zumindest eine Probenstelle zu besammeln. In sensiblen Bereichen – wie etwa bei der March – sind hingegen mehrere Probestellen zu besammeln. Bei geschätzten Kosten pro Probenahme bei der March von Euro 8.000,-- (Anmerkung, deren Höhe wurde auch von der Antragstellerin nicht bestritten) und Euro 5.000,-- bei den kleineren Gewässern, ergibt sich eine Summe von ca. Euro 39.000,-- für die Freilandhebungen. Demgegenüber belief sich die Kostenschätzung des Auftraggebers in dieser Position auf Euro 23.500,--.

Weiters ist in der Position Trassenoptimierung und Trassenbeurteilung der vom Auftraggeber geschätzte Wert von Euro 21.000,-- nach Ansicht des Sachverständigen als überhöht anzusehen. Dies deshalb, da die Trassenoptimierung und – beurteilung aus gewässerökologischer Sicht nur punktuelle Bereiche bei der Querung der Gewässer betrifft. Die dafür vom Auftraggeber angesetzten 2 "Mannmonate" erscheinen dem Gutachter als überhöht, da, außer bei der March, mit keinen wesentlichen Problemen aus gewässerökologischer Sicht zu rechnen sein dürfte.

Auch die vom Auftraggeber geschätzte Summe für GIS-Arbeiten ist laut Sachverständigem als etwas überhöht anzusehen (vgl. Gutachten vom 15.10.2007, Punkt 4.3.). Die geschätzten Kosten für Berichterlegung bewegen sich laut Gutachter im oberen Bereich des tatsächlichen Aufwandes. Die geschätzten Kosten pro Besprechung erscheinen dem Sachverständigen aber als realistisch. Aufgrund der Unsicherheit des tatsächlichen Bedarfs würden diese Kosten auch nach Aufwand abgerechnet. Der Stundensatz für sonstige stundenmäßige Kosten entspricht in etwa den diesbezüglichen Richtlinien. Im Rahmen üblicher Kostenansätze liegen auch die mit 5% angesetzten Nebenkosten. Auch die vom Auftraggeber geschätzte Summe für GIS-Arbeiten ist laut Sachverständigem als etwas überhöht anzusehen (vergleiche Gutachten vom 15.10.2007, Punkt 4.3.). Die geschätzten Kosten für Berichterlegung bewegen sich laut Gutachter im oberen Bereich des tatsächlichen Aufwandes. Die geschätzten Kosten pro Besprechung erscheinen dem Sachverständigen aber als realistisch. Aufgrund der Unsicherheit des tatsächlichen Bedarfs würden diese Kosten auch nach Aufwand abgerechnet. Der Stundensatz für sonstige stundenmäßige Kosten entspricht in etwa den diesbezüglichen Richtlinien. Im Rahmen üblicher Kostenansätze liegen auch die mit 5% angesetzten Nebenkosten.

Zusammenfassend hat der Gutachter ausgeführt, dass sich die Kostenüber- und Kostenunterschätzungen des Auftraggebers in Summe weitgehend ausgleichen und die Gesamtsumme um maximal 15% überschätzt wurde. Dies bewegt sich aber, so der Sachverständige, innerhalb einer tolerierbaren Schätzgenauigkeit. Insgesamt ist daher laut Gutachten die Kostenschätzung in Höhe von Euro 110.000,-- als angemessen zu beurteilen.

Anzumerken ist in diesem Zusammenhang, dass der Auffassung der Antragstellerin, wonach eine Kostenschätzung, die auf einer zum Teil unrichtigen Methodik beruht und die in einigen Positionen unrichtige Schätzkosten enthält, selbst dann unrichtig und für nichtig zu erklären sei, wenn das Gesamtergebnis annähernd korrekt sei, nicht zu folgen ist. Wie bereits erwähnt, ist die "unsachgemäße Methodik" präkludiert und einer Überprüfung durch die Behörde somit entzogen. Hinsichtlich der – überprüfbaren – Höhe der Kostenschätzung kommt es somit nur auf die absolute Höhe der Gesamtsumme und nicht auf die Höhe von Einzelpositionssummen an. In der vorliegenden Konstellation kommt

es somit allein auf den Absolutwert der Höhe an. Auch den Bestimmungen des Punktes 1,305.1.4., Teil A1, der Ausschreibung ist diesbezüglich nichts Gegenteiliges zu entnehmen. Die vom Sachverständigen in einzelnen Positionen festgestellten Über- bzw. Unterschätzungen sind daher im Ergebnis ohne Relevanz. Wie der Sachverständige ausgeführt hat, haben sich die Über- und Unterschätzungen im Endeffekt auch ausgeglichen, sodass der vom Auftraggeber (Anm.: in einigen Positionen grundsätzlich nicht sachgerecht) ermittelte Auftragswert – einen gewissen Toleranzbereich beanspruchend – als der Höhe nach angemessen zu betrachten ist. Anzumerken ist in diesem Zusammenhang, dass der Auffassung der Antragstellerin, wonach eine Kostenschätzung, die auf einer zum Teil unrichtigen Methodik beruht und die in einigen Positionen unrichtige Schätzkosten enthält, selbst dann unrichtig und für nichtig zu erklären sei, wenn das Gesamtergebnis annähernd korrekt sei, nicht zu folgen ist. Wie bereits erwähnt, ist die "unsachgemäße Methodik" präkludiert und einer Überprüfung durch die Behörde somit entzogen. Hinsichtlich der – überprüfbaren – Höhe der Kostenschätzung kommt es somit nur auf die absolute Höhe der Gesamtsumme und nicht auf die Höhe von Einzelpositionssummen an. In der vorliegenden Konstellation kommt es somit allein auf den Absolutwert der Höhe an. Auch den Bestimmungen des Punktes 1,305.1.4., Teil A1, der Ausschreibung ist diesbezüglich nichts Gegenteiliges zu entnehmen. Die vom Sachverständigen in einzelnen Positionen festgestellten Über- bzw. Unterschätzungen sind daher im Ergebnis ohne Relevanz. Wie der Sachverständige ausgeführt hat, haben sich die Über- und Unterschätzungen im Endeffekt auch ausgeglichen, sodass der vom Auftraggeber Anmerkung, in einigen Positionen grundsätzlich nicht sachgerecht) ermittelte Auftragswert – einen gewissen Toleranzbereich beanspruchend – als der Höhe nach angemessen zu betrachten ist.

Der Sachverständige hat nachvollziehbar dargelegt, dass die Kostenschätzung des Auftraggebers insgesamt betrachtet, um maximal 15% überhöht ist. Eine solche Abweichung ist jedenfalls als in der Natur der Sache liegend anzusehen. Eine gewisse Toleranzbreite muss bei jeder Schätzung ins Kalkül gezogen werden. So liegt es in der Natur der Sache, dass sowohl Auftraggeber als auch Bieter für ihre Kostenschätzungen bzw. Angebote jeweils ihre eigenen – und zwar durchaus überwiegend unterschiedlichen – Erfahrungswerte heranziehen. Zusätzlich fließen in die Preisgestaltung bzw. in die Kalkulation eines Bieters subjektive Überlegungen bzw. individuelle Gegebenheiten ein. Ein Auftraggeber lässt dem gegenüber wiederum seine eigenen Erfahrungen bzw. Erfahrungswerte – etwa betreffend Aufwandsansätze – in die Kostenschätzung einfließen. Wurde ein Auftraggeber in der Vergangenheit von den Bietern etwa mehrmals mit Nachforderungen konfrontiert, da diesen die ordnungsgemäße Erbringung der ausgeschriebenen Leistung zu den angebotenen Preisen nicht möglich gewesen wäre, ist es verständlich und naheliegend, dass der Auftraggeber in der Folge einen höheren Aufwandsansatz wählen und sehr vorsichtig kalkulieren wird. Demgegenüber wird ein Bieter den Aufwandsansatz eher niedriger ansetzen, da ja aus der Sicht des Bieters der Angebotspreis in der Regel ein wichtiges Kriterium für die Erlangung des Auftrages ist.

Die Gutachten vom 15.10.2007 und vom 6.11.2007 sind in sich schlüssig und nachvollziehbar. Vermeintlich bestehende Widersprüche bzw. Unklarheiten im Gutachten vom 15.10.2007 wurden im Ergänzungsgutachten vom 30.4.2007 (Seite 2, Punkt 2.3., Seite 3, Punkt 2.4 des Gutachtens vom 30.4.2007) sowie in der mündlichen Verhandlung vom 20.11.2007 ausgeräumt.

Schlussfolgerungen:

Der geschätzte Auftragswert wurde nach dem Gesagten zwar in einigen Positionen nicht sachgerecht ermittelt (Anm.: was jedoch gegenständlich aufgrund eingetretener Präklusion nicht mehr entscheidungsrelevant war), ist jedoch im Ergebnis (Anm.: und wohl nur zufällig) – unter dem Gebot der Berücksichtigung eines gewissen Toleranzspektrums – der Höhe nach angemessen. Daraus ergibt sich aber in weiterer Folge, dass das Angebot der Antragstellerin im Hinblick auf Punkt 1,305.1.4., Teil A-1, der Ausschreibung, welche bestandfest geworden ist, zu Recht ausgeschieden wurde. Der geschätzte Auftragswert wurde nach dem Gesagten zwar in einigen Positionen nicht sachgerecht ermittelt (Anmerkung, was jedoch gegenständlich aufgrund eingetretener Präklusion nicht mehr entscheidungsrelevant war), ist jedoch im Ergebnis (Anmerkung, und wohl nur zufällig) – unter dem Gebot der Berücksichtigung eines gewissen Toleranzspektrums – der Höhe nach angemessen. Daraus ergibt sich aber in weiterer Folge, dass das Angebot der Antragstellerin im Hinblick auf Punkt 1,305.1.4., Teil A-1, der Ausschreibung, welche bestandfest geworden ist, zu Recht ausgeschieden wurde.

Das Angebot der Antragstellerin widerspricht nämlich insofern der Ausschreibung, als es nicht den in Punkt 1,305.1.4., Teil A1, der Ausschreibung vorgesehenen Vorgaben (max. 30% Abweichung vom Mittelwert) entspricht (vgl. § 129 Abs 1 Z 7 BVergG). Das Angebot der Antragstellerin widerspricht nämlich insofern der Ausschreibung, als es nicht den in

Punkt 1,305.1.4., Teil A1, der Ausschreibung vorgesehenen Vorgaben (max. 30% Abweichung vom Mittelwert) entspricht vergleiche Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG).

Zu Spruchpunkt II.:Zu Spruchpunkt römisch zwei.:

Gemäß § 320 Abs 1 BVergG kann ein Unternehmer bis zur Zuschlagserteilung bzw bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofernGemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG kann ein Unternehmer bis zur Zuschlagserteilung bzw bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern

1. 1.Ziffer eins

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

2. 2.Ziffer 2

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

Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung wurde abgewiesen, da das Angebot der Antragstellerin zu Recht ausgeschieden wurde. Da das Angebot der Antragstellerin somit zu Recht ausgeschieden wurde, konnte ihr aus der vom Auftraggeber getroffenen Zuschlagsentscheidung auch kein Schaden entstehen, da ihr Angebot nach dem Gesagten für eine Zuschlagserteilung ohnehin nicht in Betracht gekommen wäre. Es mangelt ihr daher hinsichtlich des Antrages auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung an der Antragslegitimation, weshalb der hierauf gerichtete Antrag zurückzuweisen war.

Zu Spruchpunkt III.:Zu Spruchpunkt römisch drei.:

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, wennGemäß Paragraph 319, Absatz 2, BVergG besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung nur dann, wenn

1. 1.Ziffer eins

dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und

2. 2.Ziffer 2

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

Gemäß § 319 Abs 3 BVergG entscheidet über den Gebührenersatz das Bundesvergabeamt. Die Gebühren für die Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung in der Höhe von insgesamt somit Euro 1.600,-Gemäß Paragraph 319, Absatz 3, BVergG entscheidet über den Gebührenersatz das Bundesvergabeamt. Die Gebühren für die Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung in der Höhe von insgesamt somit Euro 1.600,-

-, wurden von der Antragstellerin nachweislich entrichtet.

Da den Anträgen auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung und der Zuschlagsentscheidung mit Spruchpunkten I. und II. nicht stattgegeben wurde, und somit auch ein "teilweises Obsiegen" iSd § 319 Abs 1 BVergG nicht vorliegt, kommt es zu keinem Gebührenersatz für den Nachprüfungsantrag.Da den Anträgen auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung und der Zuschlagsentscheidung mit Spruchpunkten römisch eins. und römisch zwei. nicht stattgegeben 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 27.8.2007, N/0079-BVA/15/2007-EV15, wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen

Verfügung stattgegeben. Da jedoch dem Nachprüfungsantrag nicht stattgegeben 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 27.8.2007, N/0079-BVA/15/2007-EV15, wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben. Da jedoch dem Nachprüfungsantrag nicht stattgegeben 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.

Dokumentnummer

VERGT_20071206_N_0079_BVA_15_2007_74_00

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