

TE Verg Bescheid 2007/5/10 N/0007-BVA/15/2007-67

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 10.05.2007

Norm

BVergG 2006 §2 Z3

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitbb

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §12 Abs1 Z2

BVergG 2006 §13 Abs3

BVergG 2006 §19 Abs1

BVergG 2006 §129 Abs1 Z7

BVergG 2006 §131

BVergG 2006 §312 Abs2

BVergG 2006 §319 Abs1

BVergG 2006 §319 Abs2

BVergG 2006 §319 Abs3

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §320 Abs2

BVergG 2006 §321 Abs1 Z7

BVergG 2006 §322 Abs1

BVergG 2006 §322 Abs2

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
 2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

- [illegible]

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

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senats 15, Mag. Gerhard Prünster, sowie Dkfm Dr. Johann Hackl 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 "S37 Klagenfurter Schnellstraße, Teilabschnitt 1: Scheifling – Friesach Nord, Kartierung und Beurteilung von Geologie/Hydrogeologie/Bodenmechanik in den Planungsphasen VP, EP inklusive UVP", des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs- AG (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, vertreten durch die ASFINAG Bau Management GmbH, Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, über den Antrag der Bietergemeinschaft 1. A***, 2. B***, vertreten durch X***, vom 8. Februar 2007, modifiziert mit Schriftsätzen vom 13. und 15. Februar 2007, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senats 15, Mag. Gerhard Prünster, sowie Dkfm Dr. Johann Hackl 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 "S37 Klagenfurter Schnellstraße, Teilabschnitt 1: Scheifling – Friesach Nord, Kartierung und Beurteilung von Geologie/Hydrogeologie/Bodenmechanik in den Planungsphasen VP, EP inklusive UVP", des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs- AG (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, vertreten durch die ASFINAG Bau Management GmbH, Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, über den Antrag der Bietergemeinschaft 1. A***, 2. B***, vertreten durch X***, vom 8. Februar 2007, modifiziert mit Schriftsätzen vom 13. und 15. Februar 2007, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 2 Z 16 lit a sublit bb, 13 Abs 3, 19 Abs 1, 29 Abs 1 Z 7, 320 Abs 1 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, b, b,, 13 Absatz 3, 19, Absatz eins,, 29 Absatz eins, Ziffer 7, 320, Absatz eins, BVergG

II.römisch zwei.

Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung wird zurückgewiesen.

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

III.römisch drei.

Der Antrag, gerichtet auf Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, 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 8. Februar 2007, modifiziert mit Schriftsätzen vom

1. 13. Ziffer 13

und vom 15. Februar 2007, Anträge auf Nichtigerklärung des Ausscheidens ihres Angebotes, auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren.

Die Antragstellerin brachte im Wesentlichen vor, dass es sich gegenständlich um ein zweistufiges, nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich zur Beschaffung von Dienstleistungen handle.

In Punkt 1,305.3 Teil A-1 der Ausschreibungsunterlagen sei folgendes festgelegt:

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

Ungewöhnlich niedriger Gesamtpreis:

1. 1.Ziffer eins

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

Bei mehr als 30% Abweichung zum Mittelwert der abgegebenen und der Bestimmung des § 108 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, 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 Antragstellerin sei zur Angebotsabgabe eingeladen worden und habe fristgerecht ein ausschreibungskonformes Angebot mit einem Nettopreis in Höhe von Euro XXX gelegt. Die Antragstellerin sei zur Angebotsabgabe eingeladen worden und habe fristgerecht ein ausschreibungskonformes Angebot mit einem Nettopreis in Höhe von Euro römisch 30 gelegt.

Im Rahmen der Angebotsöffnung habe der Auftraggeber seine eigene Kostenschätzung mit EUR XXX Mio. netto bekannt gegeben. Diese Kostenschätzung solle laut Ausschreibung, Punkt 1,305.3 Teil A-1, bei der Mittelwertermittlung berücksichtigt werden. Im Rahmen der Angebotsöffnung habe der Auftraggeber seine eigene Kostenschätzung mit EUR römisch 30 Mio. netto bekannt gegeben. Diese Kostenschätzung solle laut Ausschreibung, Punkt 1,305.3 Teil A-1, bei der Mittelwertermittlung berücksichtigt werden.

Mit Schreiben vom 16. Jänner 2007 sei die Antragstellerin um schriftliche Aufklärung betreffend ihren Angebotspreis ersucht worden. Die Antragstellerin habe am 23.1.2007 eine Stellungnahme hiezu sowie zusätzlich eine vergaberechtliche Stellungnahme ihrer Rechtsvertreter übermittelt. In diesen beiden Schreiben sei nachgewiesen worden, dass die Angebotspreise der Antragstellerin ordnungsgemäß kalkuliert worden seien und somit kein Ausscheidensgrund vorliege. Der Auftraggeber habe jedoch diese Stellungnahmen unberücksichtigt gelassen und der Antragstellerin mit Schreiben vom 31. Jänner 2007, bei ihr mittels Telefax eingelangt am 1. Februar 2007, die Ausscheidensentscheidung mitgeteilt. Die Zuschlagsentscheidung sei der Antragstellerin nicht mitgeteilt worden. Begründend habe der Auftraggeber – zusätzlich zu dem Inhalt des Aufklärungsersuchens vom 16. Jänner 2007 – mitgeteilt, dass "unser Angebot um 31% unter dem berechneten Mittelwert liege und daher auszuschneiden sei".

Das Ausscheiden des Angebotes sei jedoch gravierend vergaberechtswidrig. Die Antragstellerin würde durch die rechtswidrige Vorgangsweise des Auftraggebers im Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens verletzt, insbesondere im Recht auf Nichtausscheiden ihres Angebotes, auf Einbeziehung ihres Angebotes in die Bestbieterermittlung, auf Erteilung des Zuschlags auf ihr Angebot, auf Gleichbehandlung und auf Durchführung eines Vergabeverfahrens, das den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbs entspreche.

Das Ausscheiden stütze sich zum einen auf eine rechtswidrige Auslegung des Punktes 1,305.3 Teil A-1 und zum anderen auf eine völlig unzureichende und damit rechtswidrige Kostenschätzung des Auftraggebers.

Für die Antragstellerin sei nicht nachvollziehbar, warum ihr Angebot die 30%-Grenze nicht erreichen würde. Aus Punkt 1,305.3 ergebe sich nämlich, dass der billigste und der teuerste Preis bei der Mittelwertermittlung nicht berücksichtigt würden. Dies müsse auch dann gelten, wenn der billigste oder teuerste Preis vom Auftraggeber selbst stamme (Kostenschätzung). Der Sinn der Regelung in Punkt 1,305.3 könne nur darin bestehen, das jeweils billigste und teuerste Angebot unberücksichtigt zu lassen, um "Ausreißer" zu eliminieren. Jedes andere Auslegungsergebnis würde dem Auftraggeber ein uneingeschränktes Recht einräumen, das Vergabeverfahren durch Bekanntgabe einer besonders

hohen oder niedrigen Kostenschätzung willkürlich zu beeinflussen. Um dies zu verhindern, dürfe im vorliegenden Fall bei der Mittelwertermittlung die Kostenschätzung des Auftraggebers (als teuerster Preis) nicht berücksichtigt werden. In diesem Fall würde das Angebot der Antragstellerin die 30%- Grenze nicht unterschreiten und wäre daher auch nicht auszuschneiden.

Unabhängig davon sei festzuhalten, dass aufgrund der angewandten Methode Angebote bei Unterschreiten des durchschnittlichen Grenzwertes ausgeschieden würden, obwohl diese kalkulatorisch im Sinne des § 125 BVergG nicht zu beanstanden seien. Auf diese gesetzlich vorgegebene inhaltliche Prüfung habe der Auftraggeber gegenständlich ausdrücklich verzichtet. Es werde auf eine Mittelwertmethode abgestellt, die im vorliegenden Fall zu einem willkürlichen und damit vergaberechtswidrigen Ergebnis führe. Der Angebotspreis der Antragstellerin würde nur deshalb die 30%-Grenze unterschreiten, da der Auftraggeber eine Kostenschätzung von Euro XXX Mio. abgegeben habe, die sachlich weit überhöht und weder technisch noch betriebswirtschaftlich nachvollziehbar sei. Hätte der Auftraggeber die Kostenschätzung angemessen angesetzt, wäre das Angebot der Antragstellerin nicht auszuschneiden. Die Kostenschätzung des Auftraggebers liege weit über den marktüblichen Preisen. Sie liege um über 40% über dem Durchschnitt aller abgegebenen Angebotspreise und über 30% über dem teuersten Angebotspreis. Die sehr pauschale und oberflächliche Schätzung des Auftraggebers zeige, dass dieser offensichtlich keine hinreichend konkrete Kostenschätzung vorgenommen habe. Unabhängig davon sei festzuhalten, dass aufgrund der angewandten Methode Angebote bei Unterschreiten des durchschnittlichen Grenzwertes ausgeschieden würden, obwohl diese kalkulatorisch im Sinne des Paragraph 125, BVergG nicht zu beanstanden seien. Auf diese gesetzlich vorgegebene inhaltliche Prüfung habe der Auftraggeber gegenständlich ausdrücklich verzichtet. Es werde auf eine Mittelwertmethode abgestellt, die im vorliegenden Fall zu einem willkürlichen und damit vergaberechtswidrigen Ergebnis führe. Der Angebotspreis der Antragstellerin würde nur deshalb die 30%-Grenze unterschreiten, da der Auftraggeber eine Kostenschätzung von Euro römisch 30 Mio. abgegeben habe, die sachlich weit überhöht und weder technisch noch betriebswirtschaftlich nachvollziehbar sei. Hätte der Auftraggeber die Kostenschätzung angemessen angesetzt, wäre das Angebot der Antragstellerin nicht auszuschneiden. Die Kostenschätzung des Auftraggebers liege weit über den marktüblichen Preisen. Sie liege um über 40% über dem Durchschnitt aller abgegebenen Angebotspreise und über 30% über dem teuersten Angebotspreis. Die sehr pauschale und oberflächliche Schätzung des Auftraggebers zeige, dass dieser offensichtlich keine hinreichend konkrete Kostenschätzung vorgenommen habe.

Bei einem Mittelwert der abgegebenen Angebotspreise (bei Außerachtlassung der Kostenschätzung des Auftraggebers) liege das Angebot der Antragstellerin nur um 19,61% unter dem Bietermittel. Das Bietermittel zeige viel eher die konkreten Marktverhältnisse als die weit überhöhte Auftraggeberschätzung. Im vorliegenden Fall bestehe die angefochtene Rechtswidrigkeit in der überhöhten, nicht marktangemessenen, völlig pauschalen und damit rechtswidrigen Kostenschätzung des Auftraggebers. Die Kostenschätzung sei erst bei der Angebotsöffnung bekannt gegeben worden. Diese Rechtswidrigkeit könne daher erst mit der nächstfolgenden gesondert anfechtbaren Entscheidung (Ausscheidens- oder Zuschlagsentscheidung) angefochten werden. Eine allfällige Präklusion sei daher nicht eingetreten.

Mit Schriftsatz vom 12. Februar 2007 hat der Auftraggeber, vertreten durch die vergebende Stelle ASFINAG Baumanagement GmbH, mitgeteilt, dass es sich gegenständlich um einen Dienstleistungsauftrag gemäß § 6 BVergG handle. Der geschätzte Auftragswert betrage Euro XXX Mio. ohne Ust, es handle sich also um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich. Der Auftrag solle in einem nicht offenen Verfahren gemäß § 25 Abs. 3 BVergG vergeben werden. Die Angebotsprüfung sei abgeschlossen. Mit Schreiben vom 31.1.2007 sei das Angebot der Antragstellerin ausgeschieden worden. Die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung sei mit Schreiben vom 31.1.2007, den verbliebenen Bietern am 1.2.2007 zugestellt, erfolgt. Das Verfahren sei nicht widerrufen, der Zuschlag nicht erteilt worden. Mit Schriftsatz vom 12. Februar 2007 hat der Auftraggeber, vertreten durch die vergebende Stelle ASFINAG Baumanagement GmbH, mitgeteilt, dass es sich gegenständlich um einen Dienstleistungsauftrag gemäß Paragraph 6, BVergG handle. Der geschätzte Auftragswert betrage Euro römisch 30 Mio. ohne Ust, es handle sich also um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich. Der Auftrag solle in einem nicht offenen Verfahren gemäß Paragraph 25, Absatz 3, BVergG vergeben werden. Die Angebotsprüfung sei abgeschlossen. Mit Schreiben vom 31.1.2007 sei das Angebot der Antragstellerin ausgeschieden worden. Die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung sei mit Schreiben vom 31.1.2007, den verbliebenen Bietern am 1.2.2007 zugestellt, erfolgt. Das Verfahren sei nicht widerrufen, der Zuschlag nicht erteilt worden.

Mit Schriftsatz vom 13. Februar 2007 nahm der Auftraggeber, vertreten durch die vergebende Stelle ASFINAG Bau Management GmbH, zu den Anträgen auf Nichtigerklärung der Ausscheidens- und der Zuschlagsentscheidung Stellung. Es wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass mit der Bestimmung Punkt 1,305.3 Teil A-1 der Ausschreibungsunterlagen klar und unmissverständlich festgelegt worden sei, dass die Angebote der Bieter und die Kostenschätzung des Auftraggebers für die Berechnung des Mittelwertes herangezogen würden. Die Behauptungen der Antragstellerin, wonach der billigste und teuerste Preis bei der Mittelwertermittlung nicht berücksichtigt würden und somit auch der "Preis" der Auftraggeberin nicht einbezogen werden dürfte, würden in den Ausschreibungsunterlagen keine Deckung finden. Bei der Mittelwertermittlung seien die billigsten und teuersten Preisangebote nicht zu berücksichtigen. Die Kostenschätzung des Auftraggebers stelle jedoch kein Preisangebot dar.

Im Sinne der gebotenen Gleichbehandlung aller Bieter habe die Bewertung der Angebote nach den Festlegungen in der Ausschreibung zu erfolgen. Insbesondere dürfe ein Auftraggeber nicht nachträglich von den Bedingungen der Ausschreibung abweichen, da alle Bieter darauf vertrauen können müssten, dass der Auftraggeber seine eigenen Ausschreibungsbedingungen einhalte. Dies selbst für den Fall, dass die Ausschreibungsregeln rechtswidrig oder unzumutbar sein sollten.

Für einen durchschnittlichen, fachkundigen Bieter wäre bei Anwendung der üblichen Sorgfalt erkennbar gewesen, dass die Schätzkosten des Auftraggebers bei Ermittlung des "Unterpreises" berücksichtigt würden. Die Antragstellerin habe sich bereits mehrfach an Vergabeverfahren des Auftraggebers beteiligt und sei ihr daher diese Bestimmung schon lange bekannt. Bis dato habe sie diese auch immer akzeptiert. Es sei daher nicht glaubhaft, wenn die Antragstellerin nun Unklarheiten bei der Anwendung dieses Kriteriums behaupte. Im Übrigen habe die Antragstellerin von der Möglichkeit, die Festlegungen der Ausschreibungen zu bekämpfen, keinen Gebrauch gemacht. Diese sei daher bestandfest geworden. Dem Bundesvergabeamt sei es verwehrt, derartig bestandskräftige Entscheidungen im Zuge der Anfechtung späterer Entscheidungen inzident in Prüfung zu ziehen.

Der Auftraggeber habe die Schätzkosten bereits nach Festlegung des Leistungsbildes ermittelt. Die Schätzkosten seien bei der Submission verlesen worden. Dem Auftraggeber wären somit zum Zeitpunkt der Erstellung der Kostenschätzung die Preise der Angebote nicht bekannt gewesen. Eine willkürliche Beeinflussung des Vergabeverfahrens wäre nur dann möglich, wenn der Auftraggeber erst nach der Submission die Schätzkosten bekannt geben würde. Dies sei nicht der Fall gewesen. Die Kostenschätzung des Auftraggebers könne nach Submission nicht mehr geändert werden. Im Übrigen sei darauf hinzuweisen, dass die Kostenschätzung sehr sorgfältig erstellt worden sei. Die vergebende Stelle verfüge über jahrelange Erfahrungen und eine umfassende Marktübersicht im gegenständlichen Bereich. Als Grundlage der Kostenschätzung hätten vergleichbare Referenzprojekte gedient.

Der Auftraggeber wolle mit dem Unterpreiskriterium angemessene Angebotspreise sicherstellen. Mit den gewählten Zuschlagskriterien Preis und Qualität und dem Unterpreiskriterium habe sich die vergebende Stelle ausdrücklich für einen hohen Qualitätsstandard entschieden.

Der Auftraggeber sei - ebenso wie jeder Bieter - an die festgelegten Zuschlagskriterien gebunden. Festgelegte Zuschlagskriterien dürften von Auftraggeber grundsätzlich nicht mehr abgeändert werden. Eine Abweichung von Punkt 1,305.3 Teil A-1 der Angebotsunterlagen sei somit nicht zulässig. Das gesamte Vorbringen der Antragstellerin wende sich gegen die Ausschreibung und sei einer Überprüfung durch das BVA mangels fristgerechter Anfechtung entzogen. Es seien daher alle Anträge der Antragstellerin abzuweisen.

Mit Schriftsatz vom 22. Februar 2007 erstattete die Antragstellerin eine Replik zur Stellungnahme des Auftraggebers vom 13.2.2007. Die Antragstellerin hielt nochmals ausdrücklich fest, dass nicht die Mittelwertmethode des Pkt. 1,305.3 als solches bekämpft werde. Mit ihrem Nachprüfungsantrag releviere sie lediglich die Anwendung dieser Methode. Die bekämpfte Rechtswidrigkeit bestehe insbesondere in der weit überhöhten, nicht marktangemessenen und völlig pauschalen Kostenschätzung des Auftraggebers. Die Antragstellerin habe erstmals bei Angebotsöffnung Kenntnis davon erlangt. Daher habe sie frühestens nach Bekanntgabe der Ausscheidens- bzw. Zuschlagsentscheidung mit einem Nachprüfungsantrag gegen die Kostenschätzung vorgehen können. Die Bekämpfung der rechtswidrigen Kostenschätzung sei daher gegenständlich jedenfalls zulässig.

Im Übrigen sei zuzugestehen, dass zwar der objektive Erklärungswert des Punktes 1,305.3 für die Berücksichtigung der Auftraggeberschätzung spreche. Wenn jedoch eine grob unrichtige Kostenschätzung zu einem gravierend vergaberechtswidrigen Ergebnis führe, sei es durch die allgemeinen Vergaberechtsgrundsätze geboten, eine

Ausscheidensbestimmung danach auszulegen, welcher Zweck damit verfolgt werde. Die in der Ausschreibung festgelegte Mittelwertmethode zielen darauf ab, "Ausreißer" unberücksichtigt zu lassen. Dies müsse auch und gerade dann gelten, wenn die Kostenschätzung des Auftraggebers ein solcher "Ausreißer" sei. Auch ein Auftraggeber könne mit seiner Kosteneinschätzung im Einzelfall "daneben liegen". In einem solchen Fall sei dann die Auftraggeberschätzung bei der Mittelwertermittlung nicht zu berücksichtigen, um das Gebot einer vergaberechtskonformen Ausschreibungsauslegung zu erfüllen.

Aufgrund des Inhaltes des Vergabeaktes könne nicht von einer sorgfältigen Vorgehensweise bei der Kostenschätzung gesprochen werden. Offen bleibe auch, welche Person konkret die Kosten geschätzt habe. Auch habe der Auftraggeber nicht bekannt gegeben, um welche vergleichbaren Referenzprojekte es sich konkret handle. Daher könne nicht beurteilt werden, ob diese Referenzen für den vorliegenden Ausschreibungsgegenstand überhaupt repräsentativ seien. Die Kosten seien wohl nicht auf Basis der konkreten Ausschreibung geschätzt worden. Die Kostenschätzung sei vielmehr pauschal auf Basis von Referenzprojekten, bei denen zwangsläufig die konkreten Gegebenheiten und Umstände nicht enthalten sein könnten, getroffen worden. Dem gegenüber würden die Angebotspreise sämtlicher Bieter zeigen, dass diese sich mit dem konkreten Auftragsgegenstand inhaltlich exakter auseinander gesetzt hätten, als der Auftraggeber. Deshalb seien auch alle Bieter im Vergleich zum Auftraggeber zu einem grundlegend anderen Ergebnis gelangt.

In der "Ausschreibungsreife für die zweite Stufe" sei die Kostenschätzung (im Verhältnis zur Ausschreibungsreife für die erste Stufe) unverändert mit XXX Mio. Euro enthalten. Dies bedeute, dass der Auftraggeber seine ursprüngliche Kostenschätzung (erste Stufe) nicht auf die konkreten Gegebenheiten der Ausschreibung und auf das technische Leistungsverzeichnis angepasst habe. In der "Ausschreibungsreife für die zweite Stufe" sei die Kostenschätzung (im Verhältnis zur Ausschreibungsreife für die erste Stufe) unverändert mit römisch 30 Mio. Euro enthalten. Dies bedeute, dass der Auftraggeber seine ursprüngliche Kostenschätzung (erste Stufe) nicht auf die konkreten Gegebenheiten der Ausschreibung und auf das technische Leistungsverzeichnis angepasst habe.

Da das Angebot der Antragstellerin ausschließlich wegen der rechtswidrigen Kostenschätzung ausgeschieden werden solle, müsse die Vergaberechtskonformität der Kostenschätzung im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren überprüft werden können. Das BVA habe bereits ausgesprochen, dass Festlegungen, die bei der Angebotsöffnung bekannt gegeben würden, jedenfalls mit der Zuschlagsentscheidung bekämpft werden könnten. Die Präklusionswirkungen der §§ 2 Z 16 lit a iVm § 321 BVerfG könnten dem keinesfalls entgegenstehen. Da das Angebot der Antragstellerin ausschließlich wegen der rechtswidrigen Kostenschätzung ausgeschieden werden solle, müsse die Vergaberechtskonformität der Kostenschätzung im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren überprüft werden können. Das BVA habe bereits ausgesprochen, dass Festlegungen, die bei der Angebotsöffnung bekannt gegeben würden, jedenfalls mit der Zuschlagsentscheidung bekämpft werden könnten. Die Präklusionswirkungen der Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, in Verbindung mit Paragraph 321, BVerfG könnten dem keinesfalls entgegenstehen.

Es könne nicht sein, dass aufgrund der Festlegungen in Punkt 1,305.3 jede "x-beliebige" Kostenschätzung bei der Mittelwertmethode berücksichtigt werden dürfe. Auf Grund des Sachlichkeitsgebotes dürfe ein öffentlicher Auftraggeber nur eine technisch, betriebswirtschaftlich und kalkulatorisch richtige Schätzung verwenden. Es stelle sich daher die Frage, ob die Kostenschätzung des Auftraggebers in diesem Sinne richtig sei. Hierzu sei festzuhalten, dass die Auftraggeberschätzungen über 40% über dem Durchschnitt aller abgegebenen Angebotspreise und 30% über dem teuersten Angebotspreis liege. Alle Bieter hätten zu marktangemessenen Preisen angeboten, die auf Basis der konkreten Gegebenheiten des Ausschreibungsgegenstandes kalkuliert worden seien. Sonstige Bedenken gegen unseren Angebotspreis habe der Auftraggeber aus guten Gründen nicht gehabt. Auch könne keinem Bieter im vorliegenden Vergabeverfahren unterstellt werden, er hätte Angebote kalkuliert, die betriebswirtschaftlich nicht erklär- oder nachvollziehbar seien. Ebenso wenig könne den Bietern unterstellt werden, sie hätten für den Auftragsfall keine "auskömmlichen" Preise kalkuliert. Auch die Kostenschätzung des Auftraggebers müsse an den für Bieter geltenden Maßstäben gemessen werden.

In einer ergänzenden Stellungnahme des Auftraggebers vom 6.3.2007 wies der Auftraggeber den Vorwurf einer nicht sorgfältigen Kostenschätzung zurück. Schon aus dem Vergabeakt sei ersichtlich, dass die Schätzkosten auf "Positionsebene" vorlägen, was auf eine geradezu vorbildliche Ermittlung schließen lasse. Maßstab für den geschätzten Auftragswert sei der Wert der Leistung. Nach der Rechtssprechung des BVA sei darunter jener Wert zu verstehen, den ein umsichtiger und sachkundiger öffentlicher Auftraggeber nach sorgfältiger Prüfung des relevanten Marktsegments

und im Einklang mit den Erfordernissen betriebswirtschaftlicher Finanzplanung veranschlage. Der deutsche Bundesgerichtshof habe die Anforderungen wie folgt definiert: Die Kostenschätzung des Auftraggebers ist eine Prognose, die dann nicht zu beanstanden ist, wenn sie unter Berücksichtigung aller verfügbarer Daten in einer der Materie angemessenen und methodisch vertretbaren Weise erarbeitet wurde.

Der Auftraggeber könne sich bei seinen Beschaffungen am Preisniveau bisheriger Vergabeverfahren orientieren, sofern sich Beschaffungsvorhaben vergleichen ließen und die Marktlage sich nicht verändert hätte. Wenn der Auftragswert sorgfältig geschätzt worden sei, schade es nicht, wenn die tatsächlich erzielten Preise vom Schätzwert abweichen würden.

Der Preisspiegel zeige, dass insbesondere bei der Position 3, "Baugrunderkundungen inkl. Laboruntersuchungen" die größten Abweichungen zu den angebotenen Preisen bestünden. Insbesondere hiezu seien folgende Überlegungen für die Kostenschätzung angestellt worden: Als Basisprojekt sei die S 7 herangezogen worden. Die Baugrunderkundungen seien dort allerdings nur zum Teil im Leistungsbild enthalten gewesen. Dies habe zur Folge gehabt, dass die zusätzlich erforderlichen Baugrunduntersuchungen nachträglich beauftragt hätten werden müssen. Bei der Ausschreibung zur S 37 seien diese Leistungen hingegen bereits in das Leistungsbild aufgenommen worden. Die Schätzkosten seien also anhand des konkreten Leistungsbildes unter Beachtung der Erfahrungen mit vergleichbaren Projekten ermittelt worden. Die Schätzkosten seien betriebswirtschaftlich und kalkulatorisch nachvollziehbar.

In einer ergänzenden Stellungnahme der Antragstellerin vom 7. März 2007 wurde vorgebracht, dass in der europaweiten Bekanntmachung die Dienstleistungskategorie Nr. 27 des Anhangs IV zum BVergG genannt sei. Dabei müsse es sich um einen Irrtum handeln. Aus den übrigen Festlegungen in der europaweiten Bekanntmachung, in den Teilnahmeunterlagen, den Ausschreibungsunterlagen und den sonstigen Korrespondenzen ergäbe sich nämlich eindeutig, dass eine prioritäre Dienstleistung iSd Anhangs III ausgeschrieben worden sei. In einer ergänzenden Stellungnahme der Antragstellerin vom 7. März 2007 wurde vorgebracht, dass in der europaweiten Bekanntmachung die Dienstleistungskategorie Nr. 27 des Anhangs römisch vier zum BVergG genannt sei. Dabei müsse es sich um einen Irrtum handeln. Aus den übrigen Festlegungen in der europaweiten Bekanntmachung, in den Teilnahmeunterlagen, den Ausschreibungsunterlagen und den sonstigen Korrespondenzen ergäbe sich nämlich eindeutig, dass eine prioritäre Dienstleistung iSd Anhangs römisch drei ausgeschrieben worden sei.

Im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 9.3.2007 stellte der Auftraggeber klar, dass es sich bei der ausgeschriebenen Leistung um eine prioritäre Dienstleistung im Sinne der Kategorie 12 Anhang III BVergG handle. Die Nennung der Kategorie 27 in der EU-weiten Bekanntmachung sei irrtümlich erfolgt. Im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 9.3.2007 stellte der Auftraggeber klar, dass es sich bei der ausgeschriebenen Leistung um eine prioritäre Dienstleistung im Sinne der Kategorie 12 Anhang römisch drei BVergG handle. Die Nennung der Kategorie 27 in der EU-weiten Bekanntmachung sei irrtümlich erfolgt.

Die Kostenschätzung des Auftraggebers sei von Herrn C*** und Herrn D*** (beide ASFINAG) erstellt worden. C*** gab zur Vorgangsweise der Kostenschätzung an, dass diese in einem fließenden Prozess von der Stufe 1 zur Stufe 2 erfolgt sei. Für die 1. Stufe habe es eine Grobschätzung beruhend auf bisherigen Erfahrungswerten aufgrund annähernd gleicher Projekte gegeben. Anschließend an die Stufe 1 bis unmittelbar vor Versendung der Unterlagen für die Stufe 2 seien die geschätzten Auftragskosten nochmals überprüft worden. An den geschätzten Kosten habe sich dadurch jedoch nichts geändert. Die Kostenschätzung von XXX Mio. Euro sei unverändert geblieben. Die Kostenschätzung habe sich nicht geändert, da sich der Auftraggeber bereits in der 1. Stufe sehr intensiv mit den zu erwartenden Kosten auseinander gesetzt habe. Dies, da der Auftraggeber des Öfteren mit Nachträgen konfrontiert worden sei. Das Ergebnis der sachgerechten Ermittlung sei durch die Stufe 2 bestätigt worden und sei sohin kein Änderungsbedarf gegeben gewesen. Die Kostenschätzung des Auftraggebers sei von Herrn C*** und Herrn D*** (beide ASFINAG) erstellt worden. C*** gab zur Vorgangsweise der Kostenschätzung an, dass diese in einem fließenden Prozess von der Stufe 1 zur Stufe 2 erfolgt sei. Für die 1. Stufe habe es eine Grobschätzung beruhend auf bisherigen Erfahrungswerten aufgrund annähernd gleicher Projekte gegeben. Anschließend an die Stufe 1 bis unmittelbar vor Versendung der Unterlagen für die Stufe 2 seien die geschätzten Auftragskosten nochmals überprüft worden. An den geschätzten Kosten habe sich dadurch jedoch nichts geändert. Die Kostenschätzung von römisch 30 Mio. Euro sei unverändert geblieben. Die Kostenschätzung habe sich nicht geändert, da sich der Auftraggeber bereits in der 1. Stufe sehr intensiv mit den zu erwartenden Kosten auseinander gesetzt habe. Dies, da der Auftraggeber des Öfteren mit Nachträgen konfrontiert worden sei. Das Ergebnis der sachgerechten Ermittlung sei durch die Stufe 2 bestätigt worden und sei

sohin kein Änderungsbedarf gegeben gewesen.

Über Befragen von E***, warum der Auftraggeber, wenn er, wie er selbst dargelegt habe, für die 1. Stufe lediglich eine Grobschätzung vorgenommen habe, für die 2. Stufe, für deren Schätzung er die konkreten Leistungspositionen herangezogen habe, zur exakt der selben Kostenschätzung gelangen habe können, führte Herr C*** aus, dass bereits die Grobkostenschätzung sehr detailliert erfolgt sei. Als Referenzprojekt sei die S7 herangezogen worden, die S31 und S10 hätten in weiterer Folge als Absicherung der Ergebnisse gedient. Bei der S7 sei es um eine sehr ähnliche Themenstellung wie bei dem gegenständlichen Projekt gegangen, nämlich um die örtliche Bauaufsicht von Baugrunderkundungen und deren Auswertungen. Entscheidend sei die gesamte Dauer der Aufschließungsarbeiten. Deshalb sei die Ausschreibung auf "Bohrgeräte-Wochen" ausgelegt worden.

Durch die Vertiefung und Verfeinerung für die 2. Stufe habe sich jedoch für den Auftraggeber – nicht auf den Euro und Cent genau – so jedoch im Endeffekt, keine Änderung ergeben. Im Zuge der Vertiefung für die 2. Stufe habe sich ein Betrag in Höhe von Euro XXX ergeben. Dieser sei im Endeffekt auf XXX Mio. Euro gerundet worden. Durch die Vertiefung und Verfeinerung für die 2. Stufe habe sich jedoch für den Auftraggeber – nicht auf den Euro und Cent genau – so jedoch im Endeffekt, keine Änderung ergeben. Im Zuge der Vertiefung für die 2. Stufe habe sich ein Betrag in Höhe von Euro römisch 30 ergeben. Dieser sei im Endeffekt auf römisch 30 Mio. Euro gerundet worden.

Der Auftraggeber habe zuerst seine geschätzten Kosten bekannt gegeben und erst anschließend sei die Angebotsöffnung erfolgt. Die Schätzpreise des Auftraggebers seien betriebswirtschaftlich erklärbar und könnten sogar den in § 125 definierten Erfordernissen Stand halten. Wie der VwGH im Erkenntnis vom 15.9.2004, 2004/04/0032-6, befunden habe, sei von der Behörde im Rahmen eines Vergabekontrollverfahrens zu prüfen, ob die Preisgestaltung betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sei. Da es sich hier um eine Plausibilitätsprüfung handle, müsse zweifellos nicht die gesamte Kalkulation minutiös nachvollzogen werden, sondern nur grob geprüft werden, ob die angebotenen Leistungen zur den angebotenen Preisen erbracht werden könnten. Für das gegenständliche Vergabeverfahren bedeute dies, dass die Kostenschätzung lediglich auf Plausibilität zu prüfen sei. Der Auftraggeber habe zuerst seine geschätzten Kosten bekannt gegeben und erst anschließend sei die Angebotsöffnung erfolgt. Die Schätzpreise des Auftraggebers seien betriebswirtschaftlich erklärbar und könnten sogar den in Paragraph 125, definierten Erfordernissen Stand halten. Wie der VwGH im Erkenntnis vom 15.9.2004, 2004/04/0032-6, befunden habe, sei von der Behörde im Rahmen eines Vergabekontrollverfahrens zu prüfen, ob die Preisgestaltung betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sei. Da es sich hier um eine Plausibilitätsprüfung handle, müsse zweifellos nicht die gesamte Kalkulation minutiös nachvollzogen werden, sondern nur grob geprüft werden, ob die angebotenen Leistungen zur den angebotenen Preisen erbracht werden könnten. Für das gegenständliche Vergabeverfahren bedeute dies, dass die Kostenschätzung lediglich auf Plausibilität zu prüfen sei.

Im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 4.5.2007 hat die Antragstellerin ergänzend vorgebracht, dass sie die Sachgerechtigkeit der Ermittlung des geschätzten Auftragwertes nicht beurteilen könne, da ihr die Kostenschätzung des Auftraggebers nicht vorliege. Das Angebot der Bietergemeinschaft sei aufgrund des in den Ausschreibungsunterlagen vorgegebenen Leistungsverzeichnisses erstellt worden. Die im Leistungsverzeichnis vorgesehene Menge (etwa unter Position 3.5, 100 "Bohrgeräte-Wochen") sei nie zur Debatte gestanden. Die Differenz zwischen den Angebotspreisen der Bieter und der Kostenschätzung des Auftraggebers resultiere damit zwangsläufig aus den unterschiedlichen Einheitspreisen, die vom Auftraggeber bzw. den Bietern angesetzt worden seien.

E*** führte weiters aus, dass - nach der Kalkulation der Antragstellerin - die Position 3.5 in Summe ca. 18 % des Gesamtauftragswertes ausmache. Der Sachverständige habe damit lediglich 1/5 des gesamten Auftragswertes vertieft untersucht. Es sei daher zu hinterfragen, ob es möglich sei, dass sich aus den nicht vertieft geprüften Positionen ergeben könnte, dass darin nicht angemessene Einheitspreise enthalten seien, die dann zu einer entsprechend niedrigeren Gesamtkostenschätzung führen hätten können.

E*** brachte weiters vor, dass das Referenzprojekt S31 einen Auftragwert von Euro XXX brutto gehabt habe. Es sei daher zu fragen, woraus sich dennoch für den Sachverständigen die Repräsentativität dieses Projektes mit dem Projekt S37, dessen Auftragswert Euro XXX Mio. betrage, ergebe? Weiters sei zu hinterfragen, ob die Kalkulationsansätze bei einem Projekt, dessen Auftragswert Euro XXX betrage und einem Projekt, dessen Auftragswert Euro XXX Mio. betrage, dieselben seien? E*** brachte weiters vor, dass das Referenzprojekt S31 einen Auftragwert von Euro römisch 30 brutto gehabt habe. Es sei daher zu fragen, woraus sich dennoch für den Sachverständigen die Repräsentativität dieses

Projektes mit dem Projekt S37, dessen Auftragswert Euro römisch 30 Mio. betrage, ergebe? Weiters sei zu hinterfragen, ob die Kalkulationsansätze bei einem Projekt, dessen Auftragswert Euro römisch 30 betrage und einem Projekt, dessen Auftragswert Euro römisch 30 Mio. betrage, dieselben seien?

Da das als Referenz herangezogene Projekt S7 nicht den genannten Auftragswert von Euro XXX brutto gehabt haben könne, da es ansonsten nicht in einem nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung hätte ausgeschrieben werden dürfen, sei dieses für das gegenständliche Projekt nicht repräsentativ. Da das als Referenz herangezogene Projekt S7 nicht den genannten Auftragswert von Euro römisch 30 brutto gehabt haben könne, da es ansonsten nicht in einem nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung hätte ausgeschrieben werden dürfen, sei dieses für das gegenständliche Projekt nicht repräsentativ.

Im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 4.5.2007 brachte der Auftraggeber ergänzend vor, dass er die Kostenschätzung anhand des Leistungsverzeichnisses durchgeführt habe. Der Auftraggeber habe bei dieser Position für die Mann-Stunde den zum damaligen Zeitpunkt gültigen bzw. in der Ausschreibung angegebenen Stundensatz in Höhe von Euro XXX angesetzt. Dies ergebe sich auch aus der Ausschreibung, A-3, Rechtliche Vertragsbestimmungen. Im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 4.5.2007 brachte der Auftraggeber ergänzend vor, dass er die Kostenschätzung anhand des Leistungsverzeichnisses durchgeführt habe. Der Auftraggeber habe bei dieser Position für die Mann-Stunde den zum damaligen Zeitpunkt gültigen bzw. in der Ausschreibung angegebenen Stundensatz in Höhe von Euro römisch 30 angesetzt. Dies ergebe sich auch aus der Ausschreibung, A-3, Rechtliche Vertragsbestimmungen.

Der Auftraggeber habe insgesamt 2 Kostenschätzungen durchgeführt. Die erste Kostenschätzung für die Ausschreibungsstufe 1 und die zweite Kostenschätzung für die Ausschreibungsstufe 2. Aufgrund der positionsweisen Kostenermittlung seien die beiden Kostenschätzung praktisch identisch. Im Zeitraum zwischen der 1. und 2. Stufe sei die Leistungsbeschreibung lediglich in textlicher Hinsicht "verbessert" worden. Die Positionsgliederungen und die Positionen des Leistungsverzeichnisses seien jedoch unverändert geblieben.

Der Auftraggeber hielt weiters fest, dass, ziehe man für jede Position den höchsten abgegebenen Einheitspreis der Bieter heran, sich ein Wert von ca. XXX Mio. Euro ergeben würde. Daran müsse sich der Auftraggeber auch orientieren, da er schlussendlich das Geld für den Auftrag zur Verfügung haben müsse. Der Auftraggeber hielt weiters fest, dass, ziehe man für jede Position den höchsten abgegebenen Einheitspreis der Bieter heran, sich ein Wert von ca. römisch 30 Mio. Euro ergeben würde. Daran müsse sich der Auftraggeber auch orientieren, da er schlussendlich das Geld für den Auftrag zur Verfügung haben müsse.

Der vom Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung genannte Betrag von Euro XXX Mio. sei das Ergebnis einer "Kostenschätzung mit Ansätzen aus den Repräsentationsprojekten für Baugrunderkundungen bezogen auf Bohrgeräte-Wochen". Dieser Berechnungsansatz sei nur einer von mehreren gewesen, die der Auftraggeber durchgeführt habe, um auf einen marktüblichen Schätzpreis für derartige "Bohrgeräte-Wochen" zu kommen. Dieser Betrag könne daher in keinen Zusammenhang mit der Gesamtschätzsumme gebracht werden. Diese Berechnungsart des Schätzpreises sei schlussendlich vom Auftraggeber auch verworfen worden. Es habe keine Änderung der Kostenschätzung gegeben. Diese habe sich immer auf Euro XXX Mio. belaufen und belaufe sich auch noch immer auf Euro XXX Mio. Der vom Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung genannte Betrag von Euro römisch 30 Mio. sei das Ergebnis einer "Kostenschätzung mit Ansätzen aus den Repräsentationsprojekten für Baugrunderkundungen bezogen auf Bohrgeräte-Wochen". Dieser Berechnungsansatz sei nur einer von mehreren gewesen, die der Auftraggeber durchgeführt habe, um auf einen marktüblichen Schätzpreis für derartige "Bohrgeräte-Wochen" zu kommen. Dieser Betrag könne daher in keinen Zusammenhang mit der Gesamtschätzsumme gebracht werden. Diese Berechnungsart des Schätzpreises sei schlussendlich vom Auftraggeber auch verworfen worden. Es habe keine Änderung der Kostenschätzung gegeben. Diese habe sich immer auf Euro römisch 30 Mio. belaufen und belaufe sich auch noch immer auf Euro römisch 30 Mio.

Die Behauptungen der Antragstellerin zum Referenzprojekt S7 (Höhe des Auftragswertes) könnten nicht nachvollzogen werden und würden im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren keine Rolle spielen.

Aufgrund der Vorbringen der Parteien, dem Inhalt der Unterlagen des Vergabeverfahrens, den Ergebnissen der mündlichen Verhandlungen vom 9. März 2007 sowie vom 4. Mai 2007, dem Gutachten vom 4. April 2007 und dem Ergänzungsgutachten vom 30. April 2007, wurde folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt festgestellt:

Es handelt sich gegenständlich um ein nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung iSd § 25 Abs 3 BVergG im Oberschwellenbereich (geschätzter Auftragswert Euro XXX Mio.) zur Erlangung einer prioritären Dienstleistung. Es handelt sich gegenständlich um ein nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung iSd Paragraph 25, Absatz 3, BVergG im Oberschwellenbereich (geschätzter Auftragswert Euro römisch 30 Mio.) zur Erlangung einer prioritären Dienstleistung.

Die Öffnung der Teilnahmeanträge (1. Stufe) erfolgte am 18.10.2006. Für die Teilnahme an der 2. Stufe des Verfahrens wurden 5 Bewerber, u.a. die nunmehrige Antragstellerin, ausgewählt. Die Angebotsöffnung erfolgte am 12.1.2007. Im Zuge der Submission hat der Auftraggeber (Anm: vor der Öffnung der Angebote) den geschätzten Auftragswert mit ca. Euro XXX Mio. netto bekannt gegeben (vgl. die diesbezüglichen glaubhaften und unbestritten gebliebenen Angaben des C*** in der mündlichen Verhandlung vom 9.3.2007). Die Antragstellerin hat fristgerecht ein Angebot mit einem Netto-Angebotspreis in Höhe von Euro XXX gelegt und war damit Billigstbieterin. Die Bietergemeinschaft F*** - G*** hat ein Angebot mit einer Netto-Angebotssumme von Euro XXX, die Bietergemeinschaft J*** - K*** eines mit netto Euro XXX und die L*** ein Angebot mit Euro XXX netto, gelegt (siehe Vergabeakt). Die Öffnung der Teilnahmeanträge (1. Stufe) erfolgte am 18.10.2006. Für die Teilnahme an der 2. Stufe des Verfahrens wurden 5 Bewerber, u.a. die nunmehrige Antragstellerin, ausgewählt. Die Angebotsöffnung erfolgte am 12.1.2007. Im Zuge der Submission hat der Auftraggeber Anmerkung, vor der Öffnung der Angebote) den geschätzten Auftragswert mit ca. Euro römisch 30 Mio. netto bekannt gegeben (vergleiche die diesbezüglichen glaubhaften und unbestritten gebliebenen Angaben des C*** in der mündlichen Verhandlung vom 9.3.2007). Die Antragstellerin hat fristgerecht ein Angebot mit einem Netto-Angebotspreis in Höhe von Euro römisch 30 gelegt und war damit Billigstbieterin. Die Bietergemeinschaft F*** - G*** hat ein Angebot mit einer Netto-Angebotssumme von Euro römisch 30, die Bietergemeinschaft J*** - K*** eines mit netto Euro römisch 30 und die L*** ein Angebot mit Euro römisch 30 netto, gelegt (siehe Vergabeakt).

In Punkt 1,305.3 Teil A-1 der Ausschreibungsunterlagen ist folgendes festgelegt:

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

Ungewöhnlich niedriger Gesamtpreis:

1. 1.Ziffer eins

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

Bei mehr als 30% Abweichung zum Mittelwert der abgegebenen und der Bestimmung des § 108 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, 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."

Mit Schreiben der vergebenden Stelle vom 16.1.2007 wurde die Antragstellerin aufgefordert, binnen 7 Tagen Aufklärung zu ihrem Angebot 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 in Sinne des § 125 BVergG 2006 zu qualifizieren ist, da er 30 % des Preises im 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 müssten wir Sie 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 in Sinne des Paragraph 125, BVergG 2006 zu qualifizieren ist, da er 30 % des Preises im 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 müssten wir Sie ausscheiden.

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

Mit Schreiben vom 23.1.2007 führte die Antragstellerin aus, dass sich die Büros A*** und B*** seit Jahren kennen würden und es aufgrund der "internen kurzen Wege und Eingespieltheit möglich gewesen sei, einen gut kalkulierten Preis anzubieten". Die Rechtsvertreter der Antragstellerin haben in ihrem Schreiben im Wesentlichen gleich argumentiert wie im späteren Nachprüfungsantrag.

Mit Schreiben vom 31.1.2007, eingelangt am 1.2.2007, wurde der Antragstellerin die Ausscheidensentscheidung mitgeteilt. Begründet wurde die Ausscheidensentscheidung im Wesentlichen folgender Maßen:

1. 1.Ziffer eins

Dass das Angebot der Antragstellerin den Ausschreibungsbedingungen widerspreche. Gemäß Teil A-1, Punkt 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 das teuerste Preisangebot nicht gewertet, jedoch die Kostenschätzung des Auftraggebers zusätzlich einbezogen wird) liegen, ausgeschieden werden. Nachdem ihr Angebot 31% 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 behebbar sind. Die am 24.1.2007 von Ihnen fristgerecht vorgelegten Unterlagen klären die vorgehaltenen Mängel (v.a. Widerspruch zu den Ausschreibungsunterlagen) nicht auf.

Mit Schreiben vom selben Tag wurde den verbliebenen Bietern die Zuschlagsentscheidung mitgeteilt. Der Antragstellerin wurde die Zuschlagsentscheidung nicht bekannt gegeben.

Mit Schriftsatz vom 8.2.2007, modifiziert mit Schriftsätzen vom 13.2.2007 und vom 15.2.2007, stellte die Antragstellerin die Anträge auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung und der Zuschlagsentscheidung.

Mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 14.2.2007, N/0007- BVA/15/2007-EV10, wurde dem Auftraggeber bis längstens 22.3.2007 untersagt, den Zuschlag zu erteilen. Ebenfalls bis zu diesem Datum wurde die Zuschlagsentscheidung ausgesetzt.

Am 9.3.2007 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt statt. Da der erkennende Senat nicht über den notwendigen Sachverstand verfügt, die aufgeworfenen Fragen zu beantworten, nämlich ob die Kostenschätzung des Auftraggebers sachgerecht ermittelt wurde bzw. ob der geschätzte Auftragswert der Höhe nach angemessen ist, war es notwendig, einen Sachverständigen zu bestellen.

Mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 14.3.2007, N/0007- BVA/15/2007-38, wurde H*** zum nichtamtlichen Sachverständigen bestellt. Die Fragen an den Sachverständigen wurden mit Schreiben des BVA vom 20.3.2007, N/0007- BVA/15/2007-39, übermittelt. Diese lauteten:

Frage 1:

Hat der Auftraggeber den geschätzten Auftragswert sachgerecht ermittelt?

Frage 2:

Ist der geschätzte Auftragswert von EUR XXX Mio. der Höhe nach angemessen? Ist der geschätzte Auftragswert von EUR römisch 30 Mio. der Höhe nach angemessen?

Frage 3:

Ist die Marktlage im Verhältnis zu den vom Auftraggeber herangezogenen Referenzprojekten (S7, S10 und S31) im Wesentlichen unverändert geblieben? Gab es überraschende Kostensteigerungen, ev durch die Außerkraftsetzung von Honorarrichtlinien?

Frage 4:

Der Sachverständige wird ferner ersucht, die von der Antragstellerin in ihrer Stellungnahme vom 13. März 2007, OZ 32, aufgeworfenen Fragen, Punkt 1.2., lit a, b und c zu beantworten. Der Sachverständige wird ferner ersucht, die von der Antragstellerin in ihrer Stellungnahme vom 13. März 2007, OZ 32, aufgeworfenen Fragen, Punkt 1.2., Litera a, b und c zu beantworten.

Mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 22.3.2007, N/0007- BVA/15/2007-EV40, wurde die einstweilige Verfügung vom 14.2.2007 von Amts wegen erstreckt und dem Auftraggeber bis längstens 10. Mai 2007 untersagt, den Zuschlag zu erteilen. Ebenfalls bis zu diesem Datum wurde die Zuschlagsentscheidung ausgesetzt.

Am 10. April 2007, N/0007-BVA/15/2007-42, langte das Gutachten des Sachverständigen H*** (datiert mit 4.4.2007) beim BVA ein und wurde den Parteien zur Stellungnahme übermittelt.

Inhalt des Gutachtens vom 4.4.2007 auszugsweise:

1./ RAHMENGESCHEHEN

[...]. Die sachgerechte Ermittlung und die Angemessenheit der Höhe der Kostenschätzung sind im Wesentlichen strittig.

2./ AUFGABENSTELLUNG

Der SV soll im Auftrag des BVA ein Gutachten über folgende Sachfragen erstatten:

Zu den Fragen (1) (4) siehe oben.

3./ UNTERLAGEN:

[...]

1. 4.Ziffer 4

BEFUND

4.1./ VORBEMERKUNGEN

Der Abschnitt 4. Befund beinhaltet die wesentlichen Ergebnisse der vom SV durchgeführten Erhebungen und Berechnungen. Die konkreten Fragen werden im Abschnitt 5. Gutachten fortlaufend in Kurzform behandelt, d.h. ohne Wiederholung der Fragen und falls möglich mit Stichworten.

Einzelne Positionspreise der Kostenschätzung des Auftraggebers Asfinag (kurz KoSch-AG) sind im vorliegenden Gutachten nicht wiedergegeben; lediglich der bereits bekannte Gesamtpreis ist angeführt. Besonders sei darauf hingewiesen, dass die Begutachtung der Ko-SchAG unabhängig von den Preisen der späteren Angebote erfolgt.

4.2./ LV (LEISTUNGSVERZECHNIS) - Teil B der Ausschreibung

Das LV gliedert sich in 8 (Haupt-)Positionen (1. Datengrundlagen bis 8. Nebenkosten), die teilweise wieder in mehrere (Einzel-)Positionen unterteilt sind. Insgesamt besteht das LV aus 82 auszureisenden Positionen. Die Positionspreise einzelner Positionen sind entsprechend Positionsgliederung zu addieren. Zusätzlich beinhaltet Teil A der Ausschreibung (Teil A - 4 Erklärung des Bieters) auf Seite 8 von 15 unter 4.4 eine Gesamtzusammenstellung aller Positionen. Hier soll von den Bietern die jeweilige Gesamtsumme der (Haupt-)Positionen eingetragen und der Gesamtpreis brutto errechnet werden.

4.3./ PROJEKTE S7, S10 und S31

Folgende Unterlagen zum jeweiligen Projekt liegen dem SV vor. S31

Burgenland Schnellstraße:

- -Strichaufzählung
Angebote betreffend geotechnischer Leistungen zur Baugrunderkundung vom August 2006.

S10 Mühlviertler Schnellstraße:

- -Strichaufzählung
Angebote und Prüfung der Honorarangebote betreffend Modul 08 – Baugrund & Wasser vom Februar 2005. S7
Fürstenfelder

Schnellstraße:

- -Strichaufzählung
Angebote und Nachträge betreffend Dienstleistungen im Zuge der Baugrunderkundung für VP und EP(UVE) im Zeitraum von 2003 bis 2006.

Sämtliche Preise in den obigen Projekten sind in Euro angegeben. Die jeweiligen Anbieter sind dem SV bekannte und

renommierte Ingenieurbüros.

Weiters behandeln alle zu den obigen Projekten vorliegenden Unterlagen im Wesentlichen solche Dienstleistungen, die auch im gegenständlichen Projekt vergeben werden sollen.

4.4./ KOSTENSCHÄTZUNG ASFINAG

Es liegt eine KoSch-AG vor die aus insgesamt 5 Seiten besteht, davon eine Seite Deckblatt, eine Seite Gesamtzusammenstellung und 3 Seiten Kurz-LV. Auf den Seiten des Kurz-LVs befindet sich jeweils der Vermerk Stufe 2; erstellt dürfte diese Unterlage am 23.11.2006 (Vermerk links unten: 061123) worden sein.

Die allgemeine Überprüfung der KoSch-AG durch den SV ergab:

- -Strichaufzählung
Basis für die KoSch-AG ist das LV.
- -Strichaufzählung
Vom LV wurde ein sog. Kurz-LV (tabellarische Übersicht) erstellt.
- -Strichaufzählung
Alle 82 Positionen wurden ausgepreist.
- -Strichaufzählung
Die Gesamtpreisermittlung laut Kurz-LV mit netto Euro XXX ist rechnerisch richtigDie Gesamtpreisermittlung laut Kurz-LV mit netto Euro römisch 30 ist rechnerisch richtig.
- -Strichaufzählung
Im Kurz-LV ist bei einer Position der Text falsch; offensichtlich ein Kopierfehler bei der Erstellung des Kurz-LV.
- -Strichaufzählung
Bei 2 (Haupt-)Positionen stehen in der Gesamtzusammenstellung andere Beträge(einmal Euro XXX weniger und einmal Euro XXX mehr) als im Kurz-LV.Bei 2 (Haupt-)Positionen stehen in der Gesamtzusammenstellung andere Beträge(einmal Euro römisch 30 weniger und einmal Euro römisch 30 mehr) als im Kurz-LV.
- -Strichaufzählung
Die errechneten Nebenkosten aus dem Kurz-LV sind in der Gesamtzusammenstellung auf tausend Euro abgerundet.
- -Strichaufzählung
Die Nettosumme der KoSch-AG laut Gesamtzusammenstellung ist mit Euro XXX ebenfalls rechnerisch richtig; die Differenz zur Summe laut Kurz-LV erklärt sich durch die beiden vorigen Punkte.Die Nettosumme der KoSch-AG laut Gesamtzusammenstellung ist mit Euro römisch 30 ebenfalls rechnerisch richtig; die Differenz zur Summe laut Kurz-LV erklärt sich durch die beiden vorigen Punkte.
- -Strichaufzählung
Der geschätzte Auftragswert liegt 40 % über dem arithmetischen Mittel der 4 abgegebenen Gesamtpreise.

Eine vom SV durchgeführte sogenannte ABC-Analyse (für die schnelle Beurteilung der Gewichtung der ausgeschriebenen Positionen) lieferte jene Positionen, die den größten Einfluss auf den Gesamtpreis der KoSch-AG haben. Diese wenigen Positionen sind ausschlaggebend für den überwiegenden Teil des Gesamtpreises der KoSch-AG, weshalb der SV die Preisschätzungen dieser Positionen vertieft überprüfte.

Die vom Auftraggeber zu diesen Positionen vorgelegten Unterlagen beinhalten - neben einer plausiblen Ableitung der konkreten "Einheitsschätzpreise" - auch mehrfache Kontrollen dieser Schätzpreise mittels unterschiedlicher Berechnungen des Schätzpreises für die betreffende (Haupt-)Position (Gesamtschätzpreis für eine Hauptposition) und den anschließenden Vergleich dieser Schätzpreise.

Laut Angabe C*** wurde aufgrund der erstmaligen Verwendung der Einheit Bohrgerätewoche schon die Kostenschätzung für Stufe 1 (Ermittlung ob Unter- oder Oberschwellenbereich vorliegt) mittels Leistungsverzeichnis mit der Genauigkeit einer Kostenschätzung für Stufe 2 durchgeführt.

Aus den Gesprächen mit den jeweils technisch zuständigen Herren (Pkt. 3.8./ und 3.9./) geht hervor, dass es Differenzen in der Beurteilung des Zeitaufwandes bei jenen Positionen gibt, die laut Ergebnis der ABCAnalyse den größten Einfluss auf die KoSch-AG haben.

4.5./ MARKTLAGE

Die Anzahl der Bieter betreffend des Gutes Baugrunderkundung ist während der letzten Jahre im Großen und Ganzen gleich geblieben. Abgesehen von den mit den Jahren erhöhten Basiswerten waren die Honorarordnungen für die gegenständlichen Leistungen schon vor ihrer Außerkraftsetzung praktisch bedeutungslos, da die Preisermittlung für die konkreten Leistungen schon vorher nach dem Zeitaufwand und nicht nach den Bauwerkskosten erfolgte.

Anmerkung: Mit der Außerkraftsetzung der Honorarordnungen wird allgemein von der bisher üblichen, auf den Bauwerkskosten basierenden Berechnung der Honorare abgegangen und der Stundenaufwand für die Honorarberechnung herangezogen.

1. 5.Ziffer 5

GUTACHTEN

5.1./ AUFTRAGSWERT/ERMITTLUNG - SACHFRAGE (1)

Die Ermittlung erfolgte mit Hilfe des in 82 Positionen gegliederten Leistungsverzeichnisses. Alle Positionen sind mit auf Erfahrung beruhenden Schätzpreisen versehen. Demnach liegt eine detaillierte, vollständige und nachvollziehbare Kostenschätzung vor. Durch diese Vorgehensweise hat der Auftraggeber den geschätzten Auftragswert fachmännisch ermittelt.

5.2./ AUFTRAGSWERT/ANGEMESSENHEIT - SACHFRAGE (2)

Allgemeines: Den einschlägigen Kommentaren folgend ist jenes Entgelt angemessen im Sinne des§ 1152 ABGB, das sich unter Berücksichtigung aller Umstände und unter Bedachtnahme auf das, was unter ähnlichen Umständen geschieht oder geschehen ist, ergibt. Jedenfalls ist ein Preis unangemessen wenn das Missverhältnis zwischen Preis und Leistung offensichtlich ist. Allgemeines: Den einschlägigen Kommentaren folgend ist jenes Entgelt angemessen im Sinne des Paragraph 1152, ABGB, das sich unter Berücksichtigung aller Umstände und unter Bedachtnahme auf das, was unter ähnlichen Umständen geschieht oder geschehen ist, ergibt. Jedenfalls ist ein Preis unangemessen wenn das Missverhältnis zwischen Preis und Leistung offensichtlich ist.

Allgemeine Angaben zur Genauigkeit von Kostenschätzungen sind uneinheitlich; jedenfalls zeigt sie ein sehr breites Toleranzspektrum.

Die Richtigkeit einer Kostenschätzung ist nicht im Verhältnis zu späteren Angeboten zu Überprüfen, sondern primär in einem Vergleich zu den zum Zeitpunkt der Schätzung plausiblen Kosten.

Sowohl Auftraggeber als auch Bieter verwenden für Kostenschätzungen bzw. Anbote ihre eigenen überwiegend unterschiedlichen Erfahrungswerte. Zusätzlich fließen subjektive Überlegungen bzw. Situationen in die Preisgestaltung des Bieters ein; diese kann der Auftraggeber bei seiner Kostenschätzung nicht berücksichtigen. Aufgrund dieser Vielzahl an variablen Ausgangswerten leuchtete es ein, dass die Beträge von Kostenschätzungen und Anboten praktisch immer unterschiedlich hoch sind, wobei Kostenschätzungen meist höher ausfallen.

Mit 40 % Abweichung vom Mittelwert aller Angebote beansprucht die konkrete Kostenschätzung zwar einen sehr breiten Toleranzbereich, der aber hauptsächlich in den vorsichtigen und erfahrungsbedingten Aufwandsansätzen des Auftraggebers begründet ist. Diesen Aufwandsansätzen des Auftraggebers stehen erfahrungsgemäß spezifische Annahmen der Bieter betreffend Leistungserbringung bzw. auch weniger vorsichtige Kalkulationswerte gegenüber, die diese 40 %-ige Schwankungsbreite plausibel machen.

Der vom Auftraggeber getroffene Ansatz betreffend Aufwand mag zwar hoch sein, stellt aber einen plausiblen Wert dar und führt zu einem mit großer Sorgfalt unter Verwendung von Kontrollrechnungen ermittelten Schätzwert. Dabei wurden nach Möglichkeit alle Umstände berücksichtigt und Bedacht darauf genommen, was unter ähnlichen Umständen geschehen ist. Keinesfalls besteht ein offensichtliches Missverhältnis zwischen geschätzten Einheitspreisen und Leistungen. Daher sind die geschätzten Einheitspreise und der davon abgeleitete geschätzte Auftragswert von 1,3 Mio. Euro der Höhe nach angemessen.

5.3./ MARKTLAGE, KOSTENSTEIGERUNGEN - SACHFRAGE (3)

Die Angebots- und Nachfragebeziehungen bezüglich der Leistungen zur Baugrunderkundung für die Erstellung von Projektunterlagen zum Bau von Schnellstraßen in Österreich haben sich im Verhältnis zu den Referenzprojekten im Wesentlichen nicht verändert; die Marktlage ist also im Großen und Ganzen unverändert geblieben. Abgesehen von Indexpreisteigerungen (z.B. bei den Honoraren) und einer Erhöhung des Kilometergeldes ab 28.10.2005 um rund 6%

gab es keine für die konkreten Leistungen relevanten Kostensteigerungen. Selbst wenn überraschende Kostensteigerungen mit Auswirkung auf die gegenständlichen Leistungen aufgetreten wären, hätten sie sowohl in den Angeboten als auch in der Kostenschätzung Eingang finden müssen, da die jeweiligen Preis- und Kostenermittlungen innerhalb von weniger als drei Monaten erfolgten.

5.4./ FRAGEN LAUT OZ 32 - SACHFRAGE (4)

Die Fragen sind in der Stellungnahme vom 13. März 2007 der Antragstellerin angeführt und werden fortlaufend beantwortet.

Beantwortung der Frage unter Punkt 1.2 lit a. Beantwortung der Frage unter Punkt 1.2 Litera a,

Die Referenzprojekte und das gegenständliche Projekt umfassen jeweils Dienstleistungen zur Erreichung des gleichen Projektzieles, nämlich die Erkundung des Untergrundes. Daher können die Projekte S7, S10 und S31 als Hilfsmittel (Verwendung von Kostenkennwerten, auch sog. Erfahrungswerte) einer fundierten Kostenschätzung für gegenständliches Projekt S37 herangezogen werden.

Eine Verquickung der Bodenverhältnisse und in weiterer Folge der Dauer der Aufschließungsarbeiten mit der Vergleichbarkeit der Objekte ist widersinnig, da mittels der ausgeschriebenen Arbeiten die Untergrundverhältnisse erst erkundet werden sollen und darüber hinaus zeitliche Änderungen (z.B. längere Bohreräteeinsätze) durch die detaillierte Form der Ausschreibung weitgehend erfasst sind.

Beantwortung der Fragen unter Punkt 1.2 lit b. Beantwortung der Fragen unter Punkt 1.2 Litera b,

- -Strichaufzählung

Die Kostenschätzung des Auftraggebers enthält keine Reserven (Zuschlag für Unvorhergesehenes).

- -Strichaufzählung

Die Kostenschätzung des Auftraggebers basiert auf dem Leistungsverzeichnis, das auch Grundlage für die Bieter war. Daher ist die Erhebungstiefe sowohl für die Kostenschätzung des Auftraggebers als auch die Preisermittlung der Bieter gleich. Wenn in der vorliegenden Frage mit "nach jener Kalkulationstiefe des Leistungsverzeichnisses, die auch die Bieter in ihrem Angebot zu kalkulieren hatten", gemeint ist, dass die Bieter in ihren Angeboten sämtliche Leistungen die zur Erreichung des Projektzieles erforderlich sind, zu kalkulieren hatten, dann ist die Kostenschätzung nach dieser Prämisse erstellt worden.

- -Strichaufzählung

Es liegt nur eine Kostenschätzung des Auftraggebers mit der bereits oben angeführten Genauigkeit - nämlich gemäß dem LV der Ausschreibung, welches in 82 Positionen gegliedert ist - vor. Gemäß Datumsvermerk erfolgte die Ausarbeitung der Kostenschätzung vor Einleitung des Vergabeverfahrens und blieb seitdem unverändert.

Beantwortung der Frage unter Punkt 1.2 lit c. Beantwortung der Frage unter Punkt 1.2 Litera c,

Das Ergebnis der Kostenschätzung wurde offensichtlich deshalb mit Euro XXX Mio. angegeben, da Rundungen (bei Kostenschätzungen meist Aufrundungen) von Schätzwerten in einer Größenordnung von XXX % des errechneten Schätzbetrages nicht ungewöhnlich sind. Die Angabe des gegenständlichen Schätzwertes auf XXX Euro entspricht einer üblichen und für die Zwecke einer Kostenschätzung mehr als ausreichenden Genauigkeit und ist in Anbetracht der Abrundung des Ergebnisses laut Kurz-LV nicht zum Nachteil der Bieter. Das Ergebnis der Kostenschätzung wurde offensichtlich deshalb mit Euro römisch 30 Mio. angegeben, da Rundungen (bei Kostenschätzungen meist Aufrundungen) von Schätzwerten in einer Größenordnung von römisch 30 % des errechneten Schätzbetrages nicht ungewöhnlich sind. Die Angabe des gegenständlichen Schätzwertes auf römisch 30 Euro entspricht einer üblichen und für die Zwecke einer Kostenschätzung mehr als ausreichenden Genauigkeit und ist in Anbetracht der Abrundung des Ergebnisses laut Kurz-LV nicht zum Nachteil der Bieter.

1. 6. Ziffer 6

ZUSAMMENFASSUNG

Resümierend wird festgestellt, dass auf Basis der angeführten Unterlagen die Kostenschätzung des Auftraggebers sachgerecht erstellt und ihr Betrag angemessen ist.

In einer Stellungnahme vom 20.4.2007 zu Befund und Gutachten des Sachverständigen H*** vom 4.4.2007 brachte die Antragstellerin vor, dass Befund und Gutachten des Sachverständigen die inhaltlichen Anforderungen an ein

Gutachten in mehrfacher Hinsicht nicht erfüllen würden. Die Mangelhaftigkeit von Befund und Gutachten würden sich aus der zum Teil überhaupt fehlenden und zum Teil inhaltlich grob mangelhaften Begründung, etwa betreffend die Repräsentativität der Referenzprojekte und der Einheit "Bohrgeräte-Woche", ergeben.

In einer Stellungnahme des Auftraggebers vom 25.4.2007 zum Gutachten des H*** vom 4.4.2007 wurde zusammengefasst vorgebracht, dass das vorgelegte Gutachten den Anforderungen des Gesetzes und der Rechtsprechung des VwGH geradezu vorbildlich entsprechen würde. Die Rahmenbedingungen für die Erstellung von Befund und Gutachten seien ausführlich dargelegt. Im Befund seien alle jene Grundlagen genannt, die für das Gutachten erforderlich gewesen seien (Referenzprojekte, Leistungsverzeichnis, Kostenschätzung ASFINAG und Marktlage). Die Antragstellerin beschränke sich auf die bloße Behauptung, dass das Gutachten nicht nachvollziehbar sei.

Unter anderem aufgrund der Stellungnahmen der Parteien zum Gutachten vom 4.4.2007, wurde H*** mit Telefax des BVA vom 24.4.2007, GZ N/0007-BA/15/2007-51, mit einer Ergänzung, Präzisierung bzw Konkretisierung seines Gutachtens beauftragt.

Das ergänzte Gutachten (datiert mit 30.4.2007) langte am 2.5.2007 bei der Behörde ein: Inhalt des ergänzten Gutachtens vom 30.4.2007 auszugsweise:

1 ./ VERANLASSUNG - AUFGABENSTELLUNG

[...].

2./ ERGÄNZUNG/PRÄZISIERUNG/KONKRETISIERUNG

2.1./ Zu Seiten 4/5 der Stellungnahme bzw. Seite 3 des Gutachtens:

- -Strichaufzählung

Leistungsbild:

Die Referenzprojekte S7, S10 und S31 behandeln ebenso wie das gegenständliche Projekt S37 die Untergrunderkundung, wobei die einzelnen Bezeichnungen (S7 - Kartierung und Beurteilung von Grundwasser und Geologie, S10 - Baugrund und Wasser, S31 - Geotechnische Leistungen zur Baugrunderkundung, S37 Kartierung und Beurteilung von Geologie/Hydrogeologie/Bodenmechanik) im Wortlaut unterschiedlich sind aber die gleichen Dienstleistungen zum Inhalt haben.

- -Strichaufzählung

relevante Bodenverhältnisse:

Für die Vergleichbarkeit müssen die Bodenverhältnisse nicht gleich sein, sie sollen durch die ausgeschriebenen Leistungen erst erforscht werden. Sonst könnte kein Projekt als Referenz herangezogen werden, da für das jeweils gegenständliche Projekt vorweg die Untergrundverhältnisse nicht bekannt sind.

- -Strichaufzählung

Projektdauer:

Die Dauer zwischen Projektbeginn (Abgabe des Angebotes) und voraussichtlichen Baubeginn beträgt gemäß Ausschreibungsunterlagen jeweils:

S7 - 9 Jahre (2003 - 2012)

S10 - 8 Jahre (2005 - 2013)

S31 - 6 Jahre (2006 - 2012)

S37 - 8 Jahre (2007 - 2015)

Durch die geringen Dauerunterschiede ist Vergleichbarkeit gegeben.

Kopien der Deckblätter zu den Projekten S7, S10 und S31 befinden sich im Anhang.

2.2./ Zu Seiten 6/7/8 der Stellungnahme bzw. Seite 4 des Gutachtens:

Eine ABC-Analyse bei einem Leistungsverzeichnis sortiert die Positionen in absteigender Reihenfolge nach den Positionspreisen. Sie eignet sich für die schnelle Beurteilung der Gewichtung der ausgeschriebenen Positionen.

Wichtig für das Ergebnis der Kostenschätzung zum gegenständlichen Projekt sind die Positionen unter Positionsnummer 3.5 (ÖBA zu den Bodenerkundungen). Zu diesen Positionen legte der Auftraggeber detaillierte

Berechnungen vor. Die konkreten Einheitsschätzpreise leiten sich von Erfahrungswerten des Auftraggebers ab. Die Schätzpreise wurden mittels Berechnungen drei Mal kontrolliert. Der Auftraggeber hat Kontrollberechnungen zum Schätzpreis mittels Gesamtpreisvergleich, mittels Bohrmeterleistung sowie mittels Halb- und Ganztagespauschalen durchgeführt.

2.3./ Zu Seiten 8/9 der Stellungnahme bzw. Seite 5 des Gutachtens:

Es gibt keinen Widerspruch zwischen erstmaliger Verwendung einer Einheit und bestehen eines Erfahrungswertes, denn verfügt man über Erfahrungswerte einer Leistung in einer EH, kann man den Preis auch für eine andere EH dieser Leistung berechnen (z.B.: Geräte je Monat, Tag und Stunde; Personal je Stunde, Tag und Woche; Beton in m² oder m³; Stahl in kg oder t; etc.) selbst wenn erstmalig in einer anderen EH ausgeschrieben wird.

2.4./ Zu Seite 11 der Stellungnahme bzw. Seite 8 des Gutachtens:

Es ist hier kein Widerspruch vorhanden, da Reserven im Bauwesen grundsätzlich explizit anzugeben sind und nicht in Kalkulationsansätzen Berücksichtigung finden; dies hat der Auftraggeber eingehalten. Manchmal kommen allerdings überhöhte Vordersätze in Ausschreibungen vor, was jedoch gegenständlich nicht relevant ist, denn sowohl Auftraggeber wie auch Antragstellerin haben ihre Ergebnisse mit den gleichen Vordersätzen - nämlich jenen aus dem LV - berechnet.

Am 4.5.2007 fand eine weitere mündliche Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt statt, im Zuge derer der Sachverständige seine Gutachten mündlich erläuterte. Der Sachverständige stellte vorweg klar, dass es im Wesentlichen um die Position 3.5 - und hier insbesondere um jene Positionen, die als Einheit die "Bohrgeräte-Woche" aufweisen würden - gehe. Um einen Preis für diese Positionen zu bestimmen, müsse man eine Annahme über den Personalaufwand treffen, dh festlegen, wie viele Stunden man ein Bohrgerät betreuen müsse. Hier gebe es zwei Extremwerte. Der Maximalwert wären 60 Stunden, wenn eine 5-Tage-Woche zu 12 Stunden/Tag ausgeschrieben wäre. Der minimale Kostenwert bzw Aufwandswert wäre 0 Stunden. Man könne sich diesen Wert von 0 Stunden etwa dann vorstellen, wenn ein Doktorand die Arbeit gratis machen würde. Der Aufwandswert bewege sich somit zwischen minimal 0 und maximal 60 Stunden.

Auf Befragen des Senates, ob der Auftraggeber den Auftragswert sachgerecht ermittelt habe, führt H*** aus, dass dies der Fall sei. Dies gehe auch aus dem Gutachten Punkt 5.1, Seite 6, hervor. Schätzungen in dieser detaillierten Form seien eher ungewöhnlich. Er selbst habe noch keine solche gesehen und würde eine solche auch selbst nicht so detailliert gestalten. Eine nicht sachgerechte Ermittlung würde etwa dann vorliegen würde, wenn Positionen nicht ausgepreist wären oder Rechenfehler vorhanden wären.

Über Befragen erklärte H***, dass die Positionen unter Positionsnummer 3.5 einen Großteil des Gesamtschätzpreises ausmachen würden. Aufgrund dessen habe er diese Positionen genauer geprüft bzw. auch nähere Unterlagen vom Auftraggeber angefordert. Dies, um zu eruieren, wie dieser zum Einheitspreis dieser Positionen gekommen sei. Darüber hinaus seien auch die anderen Positionen betreffend Einheitspreis kontrolliert worden. Dies jedoch nicht in derselben Form wie für Position 3.5. Für die anderen Positionen habe er nicht so detaillierte Unterlagen zur Verfügung gehabt, wie für Position 3.5. Die anderen Positionen habe er aus seinen Erfahrungswerten geprüft und für angemessen erachtet. Es wäre aber durchaus möglich gewesen, bei der einen oder anderen Position XXX% mehr oder weniger anzusetzen. Die Einheitspreise - auch in den nicht vertieft geprüften Positionen - seien aus seinen Erfahrungswerten heraus, angemessen.

Auf Befragen des Senates, ob nach Ansicht des Sachverständigen der geschätzte Auftragswert der Höhe nach angemessen sei oder nicht, verwies H*** auf das Gutachten vom 4.4.2007, Seite 6. Die Aufwandsannahmen des Auftraggebers würden im Wesentlichen auf nachvollziehbaren Erfahrungswerten beruhen. Bei den wesentlichen Positionen (3.5), die vertieft geprüft worden seien, bewege sich der Auftraggeber innerhalb des möglichen Aufwandswertes. Gemeint sei damit der Wert von 0 bis 60 Stunden für diese Position. Weiters führte H*** aus, dass sich der Auftraggeber im konkreten Fall "nicht nahe" an der theoretischen Ober- bzw. Untergrenze (0 – 60 Stunden) bewegt habe.

Zur Frage der Vergleichbarkeit der Referenzprojekte S7, S10 und S31 verwies H*** auf seine Ausführungen in den Gutachten vom 4.4.2007 und 30.4.2007. Über Befragen von E***, ob sich aus den dem Sachverständigen vorliegenden Unterlagen ergebe, dass sich der Auftraggeber bei der konkreten Kostenschätzung an genau jenen Projekten S7, S31

und S10 orientiert habe, erklärte H***, dass dies aus den Unterlagen, die er vom Auftraggeber erhalten habe, hervorgehe. Die Repräsentativität der Referenzprojekte ergebe sich daraus, dass diese dasselbe Leistungsbild aufweisen würden.

Über Befragen erklärt H***, dass es richtig sei, dass im Projekt S31 nicht die Einheit "Bohrgeräte-Woche" verwendet werde, beim Projekt S37 hingegen schon. Auf die Frage, wie dennoch eine Repräsentativität des Projektes S31 zu erklären sei, antwortete H***:

"Vom Projekt S31 wurden keine "Bohrgeräte-Wochen", sondern "Ganz- und Halbtagespauschalen" der Fa. A*** übernommen, die in diesem Projekt Bestbieterin gewesen ist. Im Übrigen verweise er auf Seite 2 des Ergänzungsgutachtens vom 30.4.2007, wo angeführt sei, dass aufgrund bestehender Erfahrungswerte einer Leistung in einer Einheit, auch Preise dieser Leistung in einer anderen Einheit, berechnet werden könnten. Einen kalkulatorischen Unterschied mache aber sehr wohl, ob "Halbtages-, Tages- oder Monatspauschalen" verwendet würden.

Die S7 habe einen Bruttoauftrageswert von ca. Euro XXX, die S10 von Euro XXX. Festzuhalten sei, dass bei der S31 das billigste Angebot Euro XXX brutto betragen habe, das teuerste jedoch ca. Euro XXX brutto. Die S7 habe einen Bruttoauftrageswert von ca. Euro römisch 30, die S10 von Euro römisch 30. Festzuhalten sei, dass bei der S31 das billigste Angebot Euro römisch 30 brutto betragen habe, das teuerste jedoch ca. Euro römisch 30 brutto.

Der Auftraggeber habe jedenfalls mehrere Kontrollrechnungen gemacht. Dies über verschiedene "Zugangswerte". Dabei habe der Auftraggeber sogar manche Berechnungen verworfen, da diese zu einem noch wesentlich höheren Auftragswert geführt hätten. Der Auftraggeber habe seine Erfahrungswerte betreffend die Preise, mit abgeleiteten Werten aus den Referenzprojekten verglichen. In den Unterlagen würde sich auch ein Ergebnis finden, das sich auf ca. XXX Mio. belaufe. Eine Änderung der Kostenschätzung habe es aber seines Wissens nach dadurch nicht gegeben. Der Auftraggeber habe jedenfalls mehrere Kontrollrechnungen gemacht. Dies über verschiedene "Zugangswerte". Dabei habe der Auftraggeber sogar manche Berechnungen verworfen, da diese zu einem noch wesentlich höheren Auftragswert geführt hätten. Der Auftraggeber habe seine Erfahrungswerte betreffend die Preise, mit abgeleiteten Werten aus den Referenzprojekten verglichen. In den Unterlagen würde sich auch ein Ergebnis finden, das sich auf ca. römisch 30 Mio. belaufe. Eine Änderung der Kostenschätzung habe es aber seines Wissens nach dadurch nicht gegeben.

Über Befragen durch den Senat, ob nach Ansicht des Sachverständigen die vom Auftraggeber herangezogenen Einheitspreise – v.a. in der wichtigen Position 3.5 – angemessen seien und der ausgeschriebenen Leistung entsprechen würden, erklärt H***, dass dies zutreffend sei.

Der Zuschlag wurde nicht erteilt, das Verfahren auch nicht widerrufen.

Die Feststellungen ergeben sich widerspruchsfrei aus den vorgelegten Unterlagen und dem Vorbringen der Parteien, den Ergebnissen der mündlichen Verhandlungen vom 9. März 2007 und vom 4. Mai 2007 sowie den erstatteten Sachverständigengutachten vom 4.4.2007 und vom 30.4.2007 sowie den Erläuterungen des Gutachtens in der mündlichen Verhandlung.

Rechtliche Würdigung:

Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages:

Die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs- AG (ASFINAG) ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (vgl. BVA vom 5.2.2007, N/0004-BVA/12/2007-EV5 u.v.a.). Der gegenständliche Auftrag ist als prioritäre Dienstleistung der Kategorie 12 iSd Anhanges III zum BVergG 2006 zu qualifizieren (vgl. BVA 2.5.2007, N/0024-BVA/15/2007-33 zu einem vergleichbaren Auftragsgegenstand). Der geschätzte Auftragswert des Vorhabens beträgt Euro XXX Mio. netto und liegt über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 2 BVergG, sodass es sich um ein Verfahren im Oberschwellenbereich 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 2006 iVm Art 14b Abs 2 Z 1 lit e B-VG ist sohin gegeben. Die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs- AG (ASFINAG) ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG vergleiche BVA vom 5.2.2007, N/0004-BVA/12/2007-EV5 u.v.a.). Der gegenständliche Auftrag ist als prioritäre Dienstleistung der Kategorie 12 iSd Anhanges römisch drei zum BVergG 2006 zu qualifizieren vergleiche BVA 2.5.2007, N/0024-BVA/15/2007-33 zu einem

vergleichbaren Auftragsgegenstand). Der geschätzte Auftragswert des Vorhabens beträgt Euro römisch 30 Mio. netto und liegt über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG, sodass es sich um ein Verfahren im Oberschwellenbereich handelt. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich des BVergG. Die Zuständigkeit des Bundesvergabesachverständigen zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend Paragraph 312, Absatz 2, BVergG 2006 in Verbindung mit 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 Ausscheidensentscheidung bzw 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 Ausscheidensentscheidung bzw die Zuschlagsentscheidung gesondert anfechtbare Entscheidungen dar (Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, b, b, BVergG).

Der Nachprüfungsantrag wurde innerhalb der Frist des § 321 Abs 1 Z 7 BVergG eingebracht und ist daher rechtzeitig. Es sind – gemäß modifiziertem Antrag vom 15.2.2007 – die Nichtigkeitsklärung der Ausscheidens- und der Zuschlagsentscheidung beantragt. Die Anträge auf Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung bzw der Ausscheidensentscheidung 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. Der Antrag ist daher zulässig. Der Nachprüfungsantrag wurde innerhalb der Frist des Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG eingebracht und ist daher rechtzeitig. Es sind – gemäß modifiziertem Antrag vom 15.2.2007 – die Nichtigkeitsklärung der Ausscheidens- und der Zuschlagsentscheidung beantragt. Die Anträge auf Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung bzw der Ausscheidensentscheidung 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. Der Antrag ist daher zulässig.

Die Antragstellerin hat durch die Angebotslegung ihr Interesse am Erhalt des Zuschlages dokumentiert. Bei Zutreffen ihrer Behauptungen ist ein anderer Ausgang des Vergabeverfahrens möglich. Da der Antragstellerin mit Schreiben vom 31.1.2007 die Ausscheidensentscheidung mitgeteilt wurde und sie somit - nach Ansicht des Auftraggebers - "nicht im Vergabeverfahren verblieb", wurde ihr die Zuschlagsentscheidung (Anm.: iSd § 131 Abs 1 BVergG) vom Auftraggeber nicht mitgeteilt. Es sei erwähnt, dass diese Vorgangsweise des Auftraggebers im Lichte der Erläuterungen zur RV 1171 der Beilagen XXII. GP zu § 131 Abs 1 leg.cit., nicht tunlich erscheint. Die Verständigungspflicht hinsichtlich der Zuschlagsentscheidung bezieht sich zwar nur auf die noch im Vergabeverfahren "verbliebenen" Bieter. "Verbliebene" Bieter sind gemäß Erläuterungen zur RV jene Bieter, die nicht ausgeschlossen wurden, deren Angebote nicht ausgeschieden wurden bzw deren Angebote zwar ausgeschieden wurden, jedoch die Ausscheidensentscheidung noch nicht rechtskräftig ist. Diese Formulierung ("noch nicht rechtskräftig") kann nur so verstanden werden, dass die Ausscheidensentscheidung noch bekämpfbar sein muss. Nicht bekannt gegeben werden muss eine Zuschlagsentscheidung daher etwa einem Bieter, dem die Ausscheidensentscheidung mitgeteilt wurde und der diese nicht innerhalb der gesetzlichen Frist angefochten hat. In diesem Fall wäre die Ausscheidensentscheidung "rechtskräftig". Im gegenständlichen Fall aber hätte der Auftraggeber der Antragstellerin die Zuschlagsentscheidung mitteilen müssen, da die Frist zur Bekämpfung der Ausscheidensentscheidung im Zeitpunkt der Fällung der Zuschlagsentscheidung noch nicht abgelaufen war und die Ausscheidensentscheidung somit noch nicht "rechtskräftig" war. Die Antragstellerin hat durch die Angebotslegung ihr Interesse am Erhalt des Zuschlages dokumentiert. Bei Zutreffen ihrer Behauptungen ist ein anderer Ausgang des Vergabeverfahrens möglich. Da der Antragstellerin mit Schreiben vom 31.1.2007 die Ausscheidensentscheidung mitgeteilt wurde und sie somit - nach Ansicht des Auftraggebers - "nicht im Vergabeverfahren verblieb", wurde ihr die Zuschlagsentscheidung Anmerkung, iSd Paragraph 131, Absatz eins, BVergG) vom Auftraggeber nicht mitgeteilt. Es sei erwähnt, dass diese Vorgangsweise des Auftraggebers im Lichte der Erläuterungen zur Regierungsvorlage 1171 der Beilagen römisch 22. Gesetzgebungsperiode zu Paragraph 131, Absatz eins, leg.cit., nicht tunlich erscheint. Die Verständigungspflicht hinsichtlich der Zuschlagsentscheidung bezieht sich zwar nur auf die noch im Vergabeverfahren "verbliebenen" Bieter. "Verbliebene" Bieter sind gemäß Erläuterungen zur Regierungsvorlage jene Bieter, die nicht ausgeschlossen wurden,

deren Angebote nicht ausgeschieden wurden bzw deren Angebote zwar ausgeschieden wurden, jedoch die Ausscheidensentscheidung noch nicht rechtskräftig ist. Diese Formulierung ("noch nicht rechtskräftig") kann nur so verstanden werden, dass die Ausscheidensentscheidung noch bekämpfbar sein muss. Nicht bekannt gegeben werden muss eine Zuschlagsentscheidung daher etwa einem Bieter, dem die Ausscheidensentscheidung mitgeteilt wurde und der diese nicht innerhalb der gesetzlichen Frist angefochten hat. In diesem Fall wäre die Ausscheidensentscheidung "rechtskräftig". Im gegenständlichen Fall aber hätte der Auftraggeber der Antragstellerin die Zuschlagsentscheidung mitteilen müssen, da die Frist zur Bekämpfung der Ausscheidensentscheidung im Zeitpunkt der Fällung der Zuschlagsentscheidung noch nicht abgelaufen war und die Ausscheidensentscheidung somit noch nicht "rechtskräftig" war.

Die Antragstellerin konnte auf Grund der Vorgangsweise des Auftraggebers zum Zeitpunkt der Antragstellung (Anm.: 8.2.2007) zum einen nicht wissen, ob die Zuschlagsentscheidung bereits bekannt gegeben worden war oder nicht. Notwendigerweise musste sie daher auch eine allenfalls bereits ergangene Zuschlagsentscheidung bekämpfen, da diese bei Zutreffen ihrer Behauptungen – nämlich des rechtswidrigen Ausscheidens ihres Angebotes - ebenfalls mit Rechtswidrigkeit belastet wäre und im Falle von lediglich der Nichtigklärung der Ausscheidensentscheidung fortbestehen würde. Schließlich räumt § 320 Abs 2 BVergG diese Möglichkeit, unter einem die Nachprüfung des Ausscheidens und die Nachprüfung der Zuschlagsentscheidung zu beantragen, ein. Zum anderen konnte die Antragstellerin die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin im Nachprüfungsantrag (Anm: vom 8.2.2007) aus diesem Grund auch nicht namentlich benennen, weshalb die Erfüllung dieses Antragserfordernisses nicht zu verlangen war. In weiterer Folge wurde der Antragstellerin die der Behörde vom Auftraggeber vorgelegte Zuschlagsentscheidung im Wege der Akteneinsicht zur Verfügung gestellt, womit es ihr ermöglicht wurde, von der Tatsache des Vorliegens der Zuschlagsentscheidung Kenntnis zu erlangen (siehe modifizierter Antrag vom 13.2.2007) sowie den präsumtiven Zuschlagsempfänger zu benennen (siehe modifizierter Antrag vom 15.2.2007). Im gegenständlichen Fall war die Frist zwischen Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung kürzer als die in § 321 Abs 1 Z 7 BVergG vorgesehene Frist, weshalb die gemeinsame Anfechtung von Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung nach § 320 Abs 2 BVergG zulässig ist (vgl auch BVA 10.7.2006, N/0044-BVA/10/2006-27). Gegenständlich angefochten sind somit die Ausscheidensentscheidung und die Zuschlagsentscheidung, wobei jedoch davon auszugehen ist, dass zuerst die Rechtmäßigkeit der Ausscheidensentscheidung zu prüfen ist, da bei Abweisung des Antrages auf Nichtigklärung 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 Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung daher zurückzuweisen wäre. Die Antragstellerin konnte auf Grund der Vorgangsweise des Auftraggebers zum Zeitpunkt der Antragstellung Anmerkung, 8.2.2007) zum einen nicht wissen, ob die Zuschlagsentscheidung bereits bekannt gegeben worden war oder nicht. Notwendigerweise musste sie daher auch eine allenfalls bereits ergangene Zuschlagsentscheidung bekämpfen, da diese bei Zutreffen ihrer Behauptungen – nämlich des rechtswidrigen Ausscheidens ihres Angebotes - ebenfalls mit Rechtswidrigkeit belastet wäre und im Falle von lediglich der Nichtigklärung der Ausscheidensentscheidung fortbestehen würde. Schließlich räumt Paragraph 320, Absatz 2, BVergG diese Möglichkeit, unter einem die Nachprüfung des Ausscheidens und die Nachprüfung der Zuschlagsentscheidung zu beantragen, ein. Zum anderen konnte die Antragstellerin die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin im Nachprüfungsantrag Anmerkung, vom 8.2.2007) aus diesem Grund auch nicht namentlich benennen, weshalb die Erfüllung dieses Antragserfordernisses nicht zu verlangen war. In weiterer Folge wurde der Antragstellerin die der Behörde vom Auftraggeber vorgelegte Zuschlagsentscheidung im Wege der Akteneinsicht zur Verfügung gestellt, womit es ihr ermöglicht wurde, von der Tatsache des Vorliegens der Zuschlagsentscheidung Kenntnis zu erlangen (siehe modifizierter Antrag vom 13.2.2007) sowie den präsumtiven Zuschlagsempfänger zu benennen (siehe modifizierter Antrag vom 15.2.2007). Im gegenständlichen Fall war die Frist zwischen Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung kürzer als die in Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG vorgesehene Frist, weshalb die gemeinsame Anfechtung von Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung nach Paragraph 320, Absatz 2, BVergG zulässig ist vergleiche auch BVA 10.7.2006, N/0044-BVA/10/2006-27). Gegenständlich angefochten sind somit die Ausscheidensentscheidung und die Zuschlagsentscheidung, wobei jedoch davon auszugehen ist, dass zuerst die Rechtmäßigkeit der Ausscheidensentscheidung zu prüfen ist, da bei Abweisung des Antrages auf Nichtigklärung 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 Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung daher zurückzuweisen wäre.

Inhaltliche Beurteilung des Antrages

1. 1.Ziffer eins

Bestandfestigkeit der Ausschreibung:

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 Entscheidungen im Zuge der Anfechtung späterer Entscheidungen inzident 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; 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 Entscheidungen im Zuge der Anfechtung späterer Entscheidungen inzident 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; 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 Bestandskraft 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. Diese 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 Rechtssprechung 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/05/2006-54; 8.2.2006, 15N-127/05-25]. Die Antragstellerin hat die gegenständliche Ausschreibung nicht innerhalb der in Paragraph 321, Absatz 2, BVergG 2006 vorgesehenen Frist angefochten. Diese hat daher Bestandskraft 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. Diese 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 Rechtssprechung 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/05/2006-54; 8.2.2006, 15N-127/05-25].

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass auch die gegenständlich in Prüfung zu ziehenden Bestimmungen des Punktes 1,305.3 des Teiles A-1 der Ausschreibung bestandsfest geworden und der Bestbieterermittlung zugrunde zu legen sind. Die darin festgelegte Vorgangsweise, dass ein Angebot, dessen Angebotspreis um mehr als 30% niedriger ist als der

Mittelwert aller Preisangebote – 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 anzuwenden.

Wenn jedoch der Auftraggeber vorbringt, dass die Kostenschätzung Teil der Ausschreibung sei und sohin – da diese nicht fristgerecht angefochten und somit bestandsfest sei – der Nachprüfung entzogen sei, so übersieht er, dass der geschätzte Auftragswert, zumindest der Höhe nach, nicht Teil der präkludierten Ausschreibung ist. Der geschätzte Auftragswert wurde vom Auftraggeber der Höhe nach nämlich 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 Teil der (präkludierten) Ausschreibung und ist somit einer Anfechtung nicht entzogen.

Es handelt sich bei der (Höhe) der Kostenschätzung auch nicht um eine sonstige Festlegung während der Angebotsfrist iSd § 2 Z 16 lit a sublit bb BVergG, die eine gesondert anfechtbare Entscheidung darstellen würde. Die Angebotsfrist endete laut Ausschreibung am 12.1.2007, 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 XXX Mio. Euro 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 – entgegen der Ansicht des Auftraggebers – 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). Es handelt sich bei der (Höhe) der Kostenschätzung auch nicht um eine sonstige Festlegung während der Angebotsfrist iSd Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, b, b, BVergG, die eine gesondert anfechtbare Entscheidung darstellen würde. Die Angebotsfrist endete laut Ausschreibung am 12.1.2007, 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 römisch 30 Mio. Euro 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 – entgegen der Ansicht des Auftraggebers – 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).

1. 2.Ziffer 2

Interpretation der Ausschreibung:

Wie sich aus der Ausschreibung, Punkt 1,305.3 Teil A-1 ("Vertiefte Angebotsprüfung – Prüfung der Angemessenheit der Preise") ergibt, werden vor der vertieften Angebotsprüfung die nachfolgend angegebenen Kriterien geprüft und das Angebot gegebenenfalls ausgeschieden:

Ungewöhnlich niedriger Gesamtpreis:

2. 1.Ziffer eins

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

Bei mehr als 30% Abweichung zum Mittelwert der abgegebenen und der Bestimmung des § 108 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, 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 Auffassung der Antragstellerin, dass aufgrund der o.e. Ausschreibungsbestimmung neben ihrem eigenen Angebot, als jenes mit dem niedrigsten Preis, auch die Kostenschätzung des Auftraggebers, "als höchster Preis", nicht zur Ermittlung des Mittelwertes herangezogen werden dürfte, kann nicht gefolgt werden. Bei der Kostenschätzung des Auftraggebers handelt es sich jedenfalls nicht um ein (Preis)Angebot. Gemäß § 2 Z 3 BVergG ist unter einem Angebot nämlich die Erklärung eines Bieters zu verstehen, eine bestimmte Leistung gegen Entgelt unter Einhaltung festgelegter

Bedingungen erbringen zu wollen. Die Auffassung der Antragstellerin, dass aufgrund der o.e.

Ausschreibungsbestimmung neben ihrem eigenen Angebot, als jenes mit dem niedrigsten Preis, auch die Kostenschätzung des Auftraggebers, "als höchster Preis", nicht zur Ermittlung des Mittelwertes herangezogen werden dürfte, kann nicht gefolgt werden. Bei der Kostenschätzung des Auftraggebers handelt es sich jedenfalls nicht um ein (Preis)Angebot. Gemäß Paragraph 2, Ziffer 3, BVergG ist unter einem Angebot nämlich die Erklärung eines Bieters zu verstehen, eine bestimmte Leistung gegen Entgelt unter Einhaltung festgelegter Bedingungen erbringen zu wollen.

Die Bestimmung des Punktes 1,305.3 Teil A-1 ist nach deren klarem Wortlaut eindeutig so zu verstehen, dass das höchste und das niedrigste Preisangebot (Anm.: der Bieter) bei der Mittelwertberechnung nicht herangezogen werden, jedoch die Kostenschätzung des Auftraggebers in die Mittelwertberechnung einbezogen wird. Die Bestimmung des Punktes 1,305.3 Teil A-1 ist nach deren klarem Wortlaut eindeutig so zu verstehen, dass das höchste und das niedrigste Preisangebot (Anmerkung, der Bieter) bei der Mittelwertberechnung nicht herangezogen werden, jedoch die Kostenschätzung des Auftraggebers in die Mittelwertberechnung einbezogen wird.

Für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter musste 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] eindeutig erkennbar sein, dass iSd Bestimmungen des Punktes 1,305.3 Teil A-1 jeweils das Angebot des Bieters mit dem niedrigsten bzw das Angebot des Bieters mit dem höchsten Preis nicht heranzuziehen sind, die Kostenschätzung des Auftraggebers jedoch bei der Mittelwertermittlung zu berücksichtigen ist. Das gegenteilige Vorbringen der Antragstellerin kann nur als untauglicher Versuch gewertet werden, das Ausscheiden ihres Angebotes zu verhindern.

1. 3) Ziffer 3

Zur Nicht-Vorlage der detaillierten Kostenschätzung durch den Auftraggeber:

Die Antragstellerin bringt vor, dass der Auftraggeber die detaillierte Kostenschätzung zu Unrecht nicht vorgelegt habe. Die Kostenschätzung beinhalte keine Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse, die ein schützenswertes Interesse an deren Geheimhaltung begründen würden. Der Auftraggeber, und in der Folge auch das Bundesvergabeamt, würden dadurch das Recht auf Gehör verletzen. Demgemäß wäre es der Antragstellerin nicht möglich, konkret auf die von der Antragstellerin vermutete unsachgemäße Erstellung bzw unangemessene Höhe der Kostenschätzung einzugehen.

Selbst wenn man, wie die Antragstellerin, davon ausginge, dass die detaillierte Kostenschätzung kein Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis darstelle, so ist darauf hinzuweisen, dass der Auftraggeber wohl auch in Zukunft vergleichbare Leistungen ausschreiben wird und möglicherweise beabsichtigt, die im gegenständlichen Projekt gewonnenen Erfahrungswerte (Kostenkennwerte/Schätzpreise) den neuen Ausschreibungen zugrunde zu legen. Es kann auch nicht ausgeschlossen werden, dass sich die Antragstellerin an neuen Verfahren des Auftraggebers beteiligen wird. Wenn der Antragstellerin im gegenständlichen Verfahren nun die detaillierte Kostenschätzung zugänglich gemacht würde, hätte sie in einem neuen Verfahren des Auftraggebers mit einem vergleichbaren Leistungsbild einen Informationsvorsprung gegenüber Mitbewerbern und damit einen Wettbewerbsvorteil. Ein solcher wäre jedoch nach den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung der Bieter (vgl. § 19 Abs 1 BVergG) jedenfalls verpönt. Die detaillierte Kostenschätzung des Auftraggebers war daher der Antragstellerin – wie auch anderen Bietern – nicht zugänglich zu machen. Selbst wenn man, wie die Antragstellerin, davon ausginge, dass die detaillierte Kostenschätzung kein Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis darstelle, so ist darauf hinzuweisen, dass der Auftraggeber wohl auch in Zukunft vergleichbare Leistungen ausschreiben wird und möglicherweise beabsichtigt, die im gegenständlichen Projekt gewonnenen Erfahrungswerte (Kostenkennwerte/Schätzpreise) den neuen Ausschreibungen zugrunde zu legen. Es kann auch nicht ausgeschlossen werden, dass sich die Antragstellerin an neuen Verfahren des Auftraggebers beteiligen wird. Wenn der Antragstellerin im gegenständlichen Verfahren nun die detaillierte Kostenschätzung zugänglich gemacht würde, hätte sie in einem neuen Verfahren des Auftraggebers mit einem vergleichbaren Leistungsbild einen Informationsvorsprung gegenüber Mitbewerbern und damit einen Wettbewerbsvorteil. Ein solcher wäre jedoch nach den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung der Bieter (vergleiche Paragraph 19, Absatz eins, BVergG) jedenfalls verpönt. Die detaillierte Kostenschätzung des Auftraggebers war daher der Antragstellerin – wie auch anderen Bietern – nicht zugänglich zu machen.

Zu Spruchpunkt I.: Zu Spruchpunkt römisch eins.:

Gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung

aufgrund des Ergebnisses der Prüfung den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Teil-, Alternativ- und Abänderungsangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, nicht gleichwertige Alternativ- oder Abänderungsangebote und Alternativangebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen, sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind, auszuschneiden. Gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung aufgrund des Ergebnisses der Prüfung den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Teil-, Alternativ- und Abänderungsangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, nicht gleichwertige Alternativ- oder Abänderungsangebote und Alternativangebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen, sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind, auszuschneiden.

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

Es war also zu prüfen, ob das Angebot der Antragstellerin der - bestandfest gewordenen - Ausschreibung, konkret dem Punkt 1,305.3 Teil A-1, widerspricht oder nicht. Diese Bestimmung sieht vor, dass Angebote ausgeschieden werden, deren Angebotspreis vom Mittelwert der abgegebenen Angebote um mehr als 30% abweicht, wobei die Angebote mit dem höchsten und dem niedrigsten Preis nicht berücksichtigt werden, die Kostenschätzung des Auftraggebers jedoch einzubeziehen ist. Der Auftraggeber hat festgestellt, dass der Angebotspreis der Antragstellerin um 30,96% unter dem so ermittelten Mittelwert liegt.

Die Antragstellerin hat hiezu vorgebracht, dass diese Unterschreitung des Mittelwertes nur darauf zurückzuführen sei, dass der Auftraggeber den geschätzten Auftragswert nicht sachgerecht ermittelt habe bzw dieser der Höhe nach nicht angemessen sei. Es war also zu klären, ob der Auftraggeber den geschätzten Auftragswert sachgerecht ermittelt hat und ob dieser der Höhe nach als angemessen zu qualifizieren ist.

Die Ermittlung des geschätzten Auftragswertes dient dazu, die für das weitere Verfahren maßgeblichen Bestimmungen zu ermitteln. Dies ist einerseits für die Wahl des richtigen Verfahrenstypus (zB Direktvergabe), andererseits aber auch für die Einschätzung, ob die Bestimmungen des Oberschwellen- oder des Unterschwellenbereichs anzuwenden sind, erforderlich (siehe 1171 der Beilagen XXII. GP – Regierungsvorlage – Materialien zu § 13). Grundsätzlich dient also der geschätzte Auftragswert dazu, die Wahl des richtigen Verfahrenstypus zu ermöglichen und dazu, festzustellen, ob es sich um ein Verfahren im Ober- oder im Unterschwellenbereich handelt. Bei der Berechnung des geschätzten Auftragswertes ist zu beachten, dass diese nicht mit der Absicht erfolgen darf, die Anwendung des BVergG zu umgehen. Die Ermittlung des geschätzten Auftragswertes dient dazu, die für das weitere Verfahren maßgeblichen Bestimmungen zu ermitteln. Dies ist einerseits für die Wahl des richtigen Verfahrenstypus (zB Direktvergabe), andererseits aber auch für die Einschätzung, ob die Bestimmungen des Oberschwellen- oder des Unterschwellenbereichs anzuwenden sind, erforderlich (siehe 1171 der Beilagen römisch 22 . Gesetzgebungsperiode – Regierungsvorlage – Materialien zu Paragraph 13.). Grundsätzlich dient also der geschätzte Auftragswert dazu, die Wahl des richtigen Verfahrenstypus zu ermöglichen und dazu, festzustellen, ob es sich um ein Verfahren im Ober- oder im Unterschwellenbereich handelt. Bei der Berechnung des geschätzten Auftragswertes ist zu beachten, dass diese nicht mit der Absicht erfolgen darf, die Anwendung des BVergG zu umgehen.

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. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Ermittlung ist der Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens. Bei Vergabeverfahren mit vorheriger Bekanntmachung ist dies der Zeitpunkt der Absendung der Bekanntmachung gemäß § 46 leg.cit. 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. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Ermittlung ist der Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens. Bei Vergabeverfahren mit vorheriger Bekanntmachung ist dies der Zeitpunkt der Absendung der Bekanntmachung gemäß Paragraph 46, leg.cit.

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 dazu 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 dazu zu treffen, wie bei der sachkundigen Ermittlung des geschätzten Auftragswertes konkret vorzugehen ist.

Der geschätzte Auftragswert ist nach objektiven Kriterien zu ermitteln. Für die Ermittlung des geschätzten Auftragswertes können weder die Schätzungen des Auftraggebers noch die Preise der tatsächlich eingelangten Angebote für sich alleine maßgeblich sein, da sonst die Ermittlung des geschätzten Auftragswertes von den subjektiven Vorstellungen der jeweiligen Bieter bzw des Auftraggebers abhängig wäre (vgl. BVA 4.12.1997, F-10/97-14; Pachner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 20 Z 38 Rz 8). Der geschätzte Auftragswert ist nach objektiven Kriterien zu ermitteln. Für die Ermittlung des geschätzten Auftragswertes können weder die Schätzungen des Auftraggebers noch die Preise der tatsächlich eingelangten Angebote für sich alleine maßgeblich sein, da sonst die Ermittlung des geschätzten Auftragswertes von den subjektiven Vorstellungen der jeweiligen Bieter bzw des Auftraggebers abhängig wäre vergleiche BVA 4.12.1997, F-10/97-14; Pachner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 20, Ziffer 38, Rz 8).

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. 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.

Wenn der Auftraggeber über einschlägige Erfahrungen bei der Beschaffung verfügt, wird er sich – bei gleichbleibender Marktlage – vor allem an diesen Erfahrungswerten orientieren (vgl. BVA 4.9.1998, F-32/97-23, Heid, in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht (2005) Seite 72). Wenn der Auftraggeber über einschlägige Erfahrungen bei der Beschaffung verfügt, wird er sich – bei gleichbleibender Marktlage – vor allem an diesen Erfahrungswerten orientieren vergleiche BVA 4.9.1998, F-32/97-23, Heid, in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht (2005) Seite 72).

Es ist wohl unbestritten und eine offenkundige Tatsache, dass der Auftraggeber über einschlägige Erfahrungen bei der Beschaffung der gegenständlich relevanten Leistungen verfügt (vgl. etwa die Referenzprojekte S7, S10 und S31). Da ihm die Kenntnis der Marktlage jedenfalls nicht fehlt, konnte er den geschätzten Auftragswert auch ohne Beiziehung eines sachkundigen Dritten ermitteln. Bei der gegenständlich vorgesehenen sogenannten "Mittelwertmethode", bei der der niedrigste und der höchste Angebotspreis bei der Ermittlung des Mittelwertes unberücksichtigt bleiben sollen, die Kostenschätzung des Auftraggebers jedoch zu berücksichtigen ist, wird ein hoher Maßstab an die Beurteilung der sachkundigen Ermittlung des geschätzten Auftragswertes zu stellen sein. Liegt nun etwa der geschätzte Auftragswert um 40% über dem Mittelwert aller Angebotspreise und um ca 30% über dem höchsten Angebotspreis, könnte der "Verdacht" bestehen, dass der Auftraggeber die Kostenschätzung nicht sachgerecht durchgeführt haben könnte und/oder der geschätzte Auftragswert der Höhe nach unangemessen sein könnte. Um dies zu klären und damit zu

eruiieren, ob das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin (als 30,96% unter dem Mittelwert liegend) möglicher Weise zu Unrecht erfolgt sein könnte, war es notwendig, einen Sachverständigen mit der Erstellung eines entsprechenden Gutachtens zu beauftragen. Es ist wohl unbestritten und eine offenkundige Tatsache, dass der Auftraggeber über einschlägige Erfahrungen bei der Beschaffung der gegenständlich relevanten Leistungen verfügt (vergleiche etwa die Referenzprojekte S7, S10 und S31). Da ihm die Kenntnis der Marktlage jedenfalls nicht fehlt, konnte er den geschätzten Auftragswert auch ohne Beiziehung eines sachkundigen Dritten ermitteln. Bei der gegenständlich vorgesehenen sogenannten "Mittelwertmethode", bei der der niedrigste und der höchste Angebotspreis bei der Ermittlung des Mittelwertes unberücksichtigt bleiben sollen, die Kostenschätzung des Auftraggebers jedoch zu berücksichtigen ist, wird ein hoher Maßstab an die Beurteilung der sachkundigen Ermittlung des geschätzten Auftragswertes zu stellen sein. Liegt nun etwa der geschätzte Auftragswert um 40% über dem Mittelwert aller Angebotspreise und um ca 30% über dem höchsten Angebotspreis, könnte der "Verdacht" bestehen, dass der Auftraggeber die Kostenschätzung nicht sachgerecht durchgeführt haben könnte und/oder der geschätzte Auftragswert der Höhe nach unangemessen sein könnte. Um dies zu klären und damit zu eruieren, ob das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin (als 30,96% unter dem Mittelwert liegend) möglicher Weise zu Unrecht erfolgt sein könnte, war es notwendig, einen Sachverständigen mit der Erstellung eines entsprechenden Gutachtens zu beauftragen.

Zur Frage der sachgerechten Ermittlung des geschätzten Auftragswertes:

Die Kostenschätzung seitens des Auftraggebers wurde von Herrn C*** erstellt. Der Auftraggeber bediente sich hierzu – ebenso wie die Bieter bei der Erstellung ihrer Angebote – des Leistungsverzeichnisses (LV), welches sich auch in den Ausschreibungsunterlagen findet. Das LV besteht aus 8 Hauptpositionen, die wieder in Unterpositionen unterteilt sind. Insgesamt besteht das LV aus 82 Einzelpositionen. Sämtliche Positionen wurden vom Auftraggeber im Rahmen der Erstellung der Kostenschätzung ausgepreist. Als Gesamtpreis wurde laut Kurz-LV ein Betrag von Euro XXX ermittelt. In der vom Auftraggeber weiters erstellten Gesamtzusammenstellung findet sich dem gegenüber ein Betrag von Euro XXX, der laut Angaben des Sachverständigen H*** aus "anderen Beträgen in 2 Positionen" resultiert. In der Folge hat der Auftraggeber den geschätzten Auftragswert auf Euro XXX Mio. gerundet. Rundungen von Schätzwerten in einer Größenordnung von XXX% sind nicht ungewöhnlich. Die Angabe des Schätzwertes auf XXX Euro entspricht einer üblichen und für die Zwecke einer Kostenschätzung mehr als ausreichenden Genauigkeit (vgl. zu alledem die nachvollziehbaren Aussagen des C*** und das Gutachten des H*** vom 4.4.2007, Seite 4 und 9). Die Kostenschätzung seitens des Auftraggebers wurde von Herrn C*** erstellt. Der Auftraggeber bediente sich hierzu – ebenso wie die Bieter bei der Erstellung ihrer Angebote – des Leistungsverzeichnisses (LV), welches sich auch in den Ausschreibungsunterlagen findet. Das LV besteht aus 8 Hauptpositionen, die wieder in Unterpositionen unterteilt sind. Insgesamt besteht das LV aus 82 Einzelpositionen. Sämtliche Positionen wurden vom Auftraggeber im Rahmen der Erstellung der Kostenschätzung ausgepreist. Als Gesamtpreis wurde laut Kurz-LV ein Betrag von Euro römisch 30 ermittelt. In der vom Auftraggeber weiters erstellten Gesamtzusammenstellung findet sich dem gegenüber ein Betrag von Euro römisch 30, der laut Angaben des Sachverständigen H*** aus "anderen Beträgen in 2 Positionen" resultiert. In der Folge hat der Auftraggeber den geschätzten Auftragswert auf Euro römisch 30 Mio. gerundet. Rundungen von Schätzwerten in einer Größenordnung von XXX% sind nicht ungewöhnlich. Die Angabe des Schätzwertes auf römisch 30 Euro entspricht einer üblichen und für die Zwecke einer Kostenschätzung mehr als ausreichenden Genauigkeit (vergleiche zu alledem die nachvollziehbaren Aussagen des C*** und das Gutachten des H*** vom 4.4.2007, Seite 4 und 9).

Der Auftraggeber erstellte insgesamt 2 Kostenschätzungen. Eine für die 1. Stufe des Verfahrens und eine weitere für die 2. Stufe des Verfahrens. Nach den schlüssigen und nachvollziehbaren Angaben des C*** in der mündlichen Verhandlung wurde bereits die Kostenschätzung der 1. Stufe mit einer sehr hohen Genauigkeit durchgeführt. Der Auftraggeber hat sich bereits zu diesem Zeitpunkt sehr intensiv mit den zu erwartenden Kosten auseinander gesetzt, da er in der Vergangenheit öfters mit Nachforderungen konfrontiert war. Aufgrund der möglichst exakten Ermittlung der geschätzten Kosten bereits in der 1. Stufe (Anm.: positionsweise anhand des LV) blieb die Kostenschätzung für die 2. Stufe der Höhe nach unverändert. Trotz einiger "textlicher Verbesserungen" der Leistungsbeschreibung im Zeitraum zwischen der 1. Stufe und der 2. Stufe wurde die Kostenschätzung der Höhe nach nicht angepasst [siehe hierzu die glaubwürdigen Angaben des C***, die auch ihre Deckung in den Unterlagen des Vergabeverfahrens (Nachweis über die Ausschreibungsreife für die 1. Stufe und Nachweis über die Ausschreibungsreife für die Stufe 2., Deckung finden, in

denen der geschätzte Auftragswert jeweils mit Euro XXX Mio. angegeben ist)]. Zwischen der Auftraggeber erstellte insgesamt 2 Kostenschätzungen. Eine für die 1. Stufe des Verfahrens und eine weitere für die 2. Stufe des Verfahrens. Nach den schlüssigen und nachvollziehbaren Angaben des C*** in der mündlichen Verhandlung wurde bereits die Kostenschätzung der 1. Stufe mit einer sehr hohen Genauigkeit durchgeführt. Der Auftraggeber hat sich bereits zu diesem Zeitpunkt sehr intensiv mit den zu erwartenden Kosten auseinander gesetzt, da er in der Vergangenheit öfters mit Nachforderungen konfrontiert war. Aufgrund der möglichst exakten Ermittlung der geschätzten Kosten bereits in der 1. Stufe Anmerkung, positionsweise anhand des LV) blieb die Kostenschätzung für die 2. Stufe der Höhe nach unverändert. Trotz einiger "textlicher Verbesserungen" der Leistungsbeschreibung im Zeitraum zwischen der 1. Stufe und der 2. Stufe wurde die Kostenschätzung der Höhe nach nicht angepasst [siehe hierzu die glaubwürdigen Angaben des C***, die auch ihre Deckung in den Unterlagen des Vergabeverfahrens (Nachweis über die Ausschreibungsreife für die 1. Stufe und Nachweis über die Ausschreibungsreife für die Stufe 2., Deckung finden, in denen der geschätzte Auftragswert jeweils mit Euro römisch 30 Mio. angegeben ist)]. Zwischen der

1. 1.Ziffer eins

und der 2. Stufe hat der Auftraggeber die Schätzkosten noch mehrmals mittels unterschiedlicher Berechnungsansätze überprüft. Bestätigt werden diese Angaben des C*** demzufolge der Auftraggeber bereits in der 1. Stufe eine sehr exakte Kostenschätzung durchgeführt habe, sodass die Kostenschätzung für die 2. Stufe der Höhe nach unverändert bleiben habe können, auch durch das Gutachten des H*** vom 4.4. 2007, wonach "aufgrund der erstmaligen Verwendung der Einheit "Bohrgeräte-Woche" bereits die Kostenschätzung für die 1. Stufe mittels des LV mit der Genauigkeit einer Kostenschätzung für die 2. Stufe durchgeführt wurde" (siehe die diesbezüglichen Feststellungen des Gutachtens vom 4.4.2007, Seite 5).

Versehen waren die einzelnen Positionen des LV mit auf Erfahrung beruhenden Schätzpreisen (vgl. Gutachten H*** vom 4.4.2007). Als Referenzprojekte zur Ermittlung der Einheitspreise dienten die Projekte S7, S10 und S31. Nach Angaben von C*** wurde im Wesentlichen das Projekt S7 als Referenz zur Ableitung der Einheitspreise herangezogen, da es bei diesem um eine sehr ähnliche Themenstellung wie beim gegenständlichen Projekt, nämlich um die örtliche Bauaufsicht von Baugrunderkundungen und deren Auswertungen, gegangen ist. Die Preise der Projekte S10 und S31 haben demnach lediglich zur Absicherung der Ergebnisse gedient. Der Sachverständige hat die Repräsentativität der vom Auftraggeber herangezogenen Referenzprojekte S7, S10 und S31 bestätigt. So führt er in seinem Gutachten vom 30.4.2007 auf Seite 1 aus, dass diese Projekte "die gleichen Dienstleistungen zum Inhalt haben". Die Repräsentativität wird dabei primär aus den jeweiligen Leistungsbildern abgeleitet (siehe die diesbezügliche Aussage des Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung vom 4.5.2007, Verhandlungsschrift OZ 60, Seite 6). Zur mangelnden Relevanz der Bodenverhältnisse für die Repräsentativität der herangezogenen Referenzprojekte führte H*** logisch nachvollziehbar aus, dass diese durch die ausgeschriebenen Leistungen ja gerade erst erforscht werden sollen. Die Dauer der Referenzprojekte und des gegenständlichen Projektes seien in etwa gleich lang, woraus sich eine Vergleichbarkeit ableiten lasse (siehe Ergänzungsgutachten vom 30.4.2007 und die diesbezüglichen Aussagen des Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung vom 4.5.2007). Überdies seien zeitliche Änderungen (zB längere Bohrgeräteeinsätze) durch die detaillierte Form der Ausschreibung weitgehend erfasst (vg. Gutachten vom 4.4.2007, Seite 8).

Versehen waren die einzelnen Positionen des LV mit auf Erfahrung beruhenden Schätzpreisen vergleiche Gutachten H*** vom 4.4.2007). Als Referenzprojekte zur Ermittlung der Einheitspreise dienten die Projekte S7, S10 und S31. Nach Angaben von C*** wurde im Wesentlichen das Projekt S7 als Referenz zur Ableitung der Einheitspreise herangezogen, da es bei diesem um eine sehr ähnliche Themenstellung wie beim gegenständlichen Projekt, nämlich um die örtliche Bauaufsicht von Baugrunderkundungen und deren Auswertungen, gegangen ist. Die Preise der Projekte S10 und S31 haben demnach lediglich zur Absicherung der Ergebnisse gedient. Der Sachverständige hat die Repräsentativität der vom Auftraggeber herangezogenen Referenzprojekte S7, S10 und S31 bestätigt. So führt er in seinem Gutachten vom 30.4.2007 auf Seite 1 aus, dass diese Projekte "die gleichen Dienstleistungen zum Inhalt haben". Die Repräsentativität wird dabei primär aus den jeweiligen Leistungsbildern abgeleitet (siehe die diesbezügliche Aussage des Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung vom 4.5.2007, Verhandlungsschrift OZ 60, Seite 6). Zur mangelnden Relevanz der Bodenverhältnisse für die Repräsentativität der herangezogenen Referenzprojekte führte H*** logisch nachvollziehbar aus, dass diese durch die ausgeschriebenen Leistungen ja gerade erst erforscht werden sollen. Die Dauer der Referenzprojekte und des gegenständlichen Projektes seien in etwa gleich lang, woraus sich eine Vergleichbarkeit ableiten lasse (siehe Ergänzungsgutachten vom 30.4.2007 und die

diesbezüglichen Aussagen des Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung vom 4.5.2007). Überdies seien zeitliche Änderungen (zB längere Bohrgeräteeinsätze) durch die detaillierte Form der Ausschreibung weitgehend erfasst (vg. Gutachten vom 4.4.2007, Seite 8).

Aus dem oben Gesagten ergibt sich, wie aus den schlüssigen und nachvollziehbaren Aussagen des Sachverständigen hervorgeht, dass der Auftraggeber den geschätzten Auftragswert sachgerecht ermittelt hat. Der Sachverständige erwähnt sogar ausdrücklich, dass Schätzungen in dieser detaillierten Form selten seien und er selbst eine Kostenschätzung nicht so detailliert erstellen würde. Eine nicht sachgerechte Ermittlung wäre, so der Sachverständige, hingegen etwa dann anzunehmen, wenn (einzelne) Positionen des LV nicht ausgepreist worden wären oder Rechenfehler vorliegen würden (vgl. hierzu auch die Ausführungen des Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung vom 4.5.2007, Seite 4 der Verhandlungsschrift). Dies war jedoch nicht der Fall. Schlussendlich kommt der Sachverständige in seinem Gutachten vom 4.4.2007, Seite 6, zu dem Ergebnis, dass eine detaillierte, vollständige und nachvollziehbare Kostenschätzung vorliegt und der Auftraggeber den geschätzten Auftragswert fachmännisch ermittelt hat. Aus dem oben Gesagten ergibt sich, wie aus den schlüssigen und nachvollziehbaren Aussagen des Sachverständigen hervorgeht, dass der Auftraggeber den geschätzten Auftragswert sachgerecht ermittelt hat. Der Sachverständige erwähnt sogar ausdrücklich, dass Schätzungen in dieser detaillierten Form selten seien und er selbst eine Kostenschätzung nicht so detailliert erstellen würde. Eine nicht sachgerechte Ermittlung wäre, so der Sachverständige, hingegen etwa dann anzunehmen, wenn (einzelne) Positionen des LV nicht ausgepreist worden wären oder Rechenfehler vorliegen würden vergleiche hierzu auch die Ausführungen des Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung vom 4.5.2007, Seite 4 der Verhandlungsschrift). Dies war jedoch nicht der Fall. Schlussendlich kommt der Sachverständige in seinem Gutachten vom 4.4.2007, Seite 6, zu dem Ergebnis, dass eine detaillierte, vollständige und nachvollziehbare Kostenschätzung vorliegt und der Auftraggeber den geschätzten Auftragswert fachmännisch ermittelt hat.

Zur Angemessenheit des geschätzten Auftragswertes:

Der geschätzte Auftragswert von Euro XXX Mio. liegt 40% über dem arithmetischen Mittel der 4 abgegebenen Angebote und um ca. 30% über dem höchsten Preisangebot. Der Angebotspreis der Antragstellerin lag um 30,96% unter dem Mittelwert (inkl. der Kostenschätzung des Auftraggebers). Der geschätzte Auftragswert von Euro römisch 30 Mio. liegt 40% über dem arithmetischen Mittel der 4 abgegebenen Angebote und um ca. 30% über dem höchsten Preisangebot. Der Angebotspreis der Antragstellerin lag um 30,96% unter dem Mittelwert (inkl. der Kostenschätzung des Auftraggebers).

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). Bei der Kostenschätzung handelt es sich also um eine Prognose (siehe hierzu auch die Definition des deutschen BGH zum Begriff des geschätzten Auftragswertes). 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). Bei der Kostenschätzung handelt es sich also um eine Prognose (siehe hierzu auch die Definition des deutschen BGH zum Begriff des geschätzten Auftragswertes).

Die "Preisdifferenzen" zwischen dem Angebotspreis der Antragstellerin und der Höhe der Kostenschätzung des Auftraggebers ergeben sich gegenständlich aus den von Antragstellerin bzw. vom Auftraggeber herangezogenen unterschiedlichen Einheitspreisen (vgl. die übereinstimmenden Angaben der Parteien und des Sachverständigen hierzu). Die "Preisdifferenzen" zwischen dem Angebotspreis der Antragstellerin und der Höhe der Kostenschätzung des Auftraggebers ergeben sich gegenständlich aus den von Antragstellerin bzw. vom Auftraggeber herangezogenen unterschiedlichen Einheitspreisen vergleiche die übereinstimmenden Angaben der Parteien und des Sachverständigen hierzu).

Der Auftraggeber ist bei der Erstellung der gegenständlichen Kostenschätzung von Erfahrungswerten/Kostenkennwerten der – laut den Ausführungen des Sachverständigen – insofern vergleichbaren Projekte S7, S10 und S31 ausgegangen und hat die aus diesen Projekten abgeleiteten Schätzpreise seiner Kostenermittlung zugrunde gelegt. Da die vom Auftraggeber herangezogenen Referenzprojekte nach den nachvollziehbaren Angaben des Sachverständigen H*** (vgl. Gutachten vom 4.4.2007, Seite 8) dasselbe Leistungsbild wie das gegenständliche Vorhaben aufweisen (siehe Gutachten vom 4.4.2007 und 30.4.2007, Seite 1), konnte der

Auftraggeber die bei den Referenzprojekten ermittelten Kostenkennwerte/Erfahrungswerte seiner gegenständlichen Kostenschätzung zugrunde legen. Der Auftraggeber ist bei der Erstellung der gegenständlichen Kostenschätzung von Erfahrungswerten/Kostenkennwerten der – laut den Ausführungen des Sachverständigen – insofern vergleichbaren Projekte S7, S10 und S31 ausgegangen und hat die aus diesen Projekten abgeleiteten Schätzpreise seiner Kostenermittlung zugrunde gelegt. Da die vom Auftraggeber herangezogenen Referenzprojekte nach den nachvollziehbaren Angaben des Sachverständigen H*** vergleiche Gutachten vom 4.4.2007, Seite 8) dasselbe Leistungsbild wie das gegenständliche Vorhaben aufweisen (siehe Gutachten vom 4.4.2007 und 30.4.2007, Seite 1), konnte der Auftraggeber die bei den Referenzprojekten ermittelten Kostenkennwerte/Erfahrungswerte seiner gegenständlichen Kostenschätzung zugrunde legen.

Eine ABC-Analyse sortiert die Positionen in absteigender Reihenfolge nach den Positionspreisen. Der Sachverständige hat anhand der ABC-Analyse jene Positionen ermittelt, die den größten Einfluss auf den Gesamtpreis der Kostenschätzung haben. Dies waren die Positionen unter der Positionsnummer 3.5. (Örtliche Bauaufsicht zu den Bodenerkundungen). Um für die Positionen, die als Einheit die "Bohrgeräte-Woche" aufweisen, einen Preis zu bestimmen, muss eine Annahme zum erwarteten Personalaufwand getroffen werden, dh wie viele Stunden ein Bohrgerät betreut werden muss. Der Auftraggeber hat sich dabei nicht nahe an der theoretischen Obergrenze (60 Stunden bei einer Bohrgeräte-Woche von 5 Tagen à 12 Stunden) und Untergrenze (0 Stunden, wenn etwa ein Doktorand die Betreuung unentgeltlich übernimmt) bewegt (siehe Angaben des Sachverständigen; Verhandlungsschrift OZ 60, Seite 3). Zu diesen Positionen hat der Auftraggeber in der Folge detaillierte Berechnungen vorgelegt und diese wurden vom Sachverständigen vertieft geprüft (vgl. hierzu das Gutachten vom 4.4.2007, Seiten 4 und 5, und das Ergänzungsgutachten vom 30.4.2007, Seite 2, sowie die Erläuterungen des Sachverständigen zu den Gutachten in der mündlichen Verhandlung). Die Schätzpreise in den anderen Positionen, die vom Sachverständigen nicht vertieft geprüft wurden, wurden vom Sachverständigen aus seiner Erfahrung heraus geprüft und für angemessen erachtet (siehe Verhandlungsschrift OZ 60, Seiten 4 und 5). Die vom Auftraggeber angenommenen (geschätzten) Einheitspreise leiten sich, wie der Sachverständige festgestellt hat, plausibel aus Erfahrungswerten des Auftraggebers bei vergleichbaren Projekten ab. Die vom Auftraggeber als Referenzprojekte herangezogenen Vorhaben S7, S10 und S31 behandeln nämlich ebenfalls Untergrunderkundungen, haben die gleichen Dienstleistungen zum Inhalt und weisen in etwa dieselbe Projektdauer auf. Die jeweiligen Bodenverhältnisse müssen, wie der Sachverständige dargelegt hat, entgegen der Auffassung der Antragstellerin, für eine Vergleichbarkeit der Projekte nicht gleich sein, da diese durch die ausgeschriebenen Leistungen ja erst erforscht werden wollen (siehe auch die diesbezüglichen schlüssigen und nachvollziehbaren Aussagen in der Gutachtensergänzung vom 30.4.2007, Seite 1 und im Gutachten vom 4.4.2007, Seite 8). Die vom Auftraggeber letztendlich herangezogenen Schätzpreise wurden von ihm drei Mal mittels unterschiedlicher Berechnungen auf ihre Angemessenheit hin kontrolliert. Die Kontrollberechnungen erfolgten mittels "Gesamtpreisvergleich", mittels "Bohrmeterleistung" sowie mittels "Halb- und Ganztagspauschalen" (vgl. zu alledem das Gutachten vom 4.4.2007, Seiten 4, 5 und 7 sowie das Gutachten vom 30.4.2007, Seite 2). Hierbei hat der Auftraggeber nicht alle Berechnungsansätze herangezogen, sondern einzelne Berechnungsansätze nach genauer Prüfung sogar wieder verworfen, da sie zu unrealistisch hohen Beträgen geführt hätten (siehe hierzu Seite 7 der Verhandlungsschrift OZ 60). Einer der wieder verworfenen Berechnungsansätze hätte sogar zu einem geschätzten Auftragswert in Höhe von Euro XXX Mio. geführt (vgl. die diesbezüglichen übereinstimmenden Angaben des C*** und des Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung). Da auch die Marktlage im Zeitraum zwischen der Durchführung der als Referenzprojekte herangezogenen Projekten S7, S10 und S32 im Großen und Ganzen unverändert geblieben ist (vgl. Gutachten vom 4.4.2007, Seite 5) hat der Auftraggeber die Erfahrungswerte aus den Referenzprojekten seiner gegenständlichen Kostenschätzung berechtigter Weise zugrunde gelegt. Eine ABC-Analyse sortiert die Positionen in absteigender Reihenfolge nach den Positionspreisen. Der Sachverständige hat anhand der ABC-Analyse jene Positionen ermittelt, die den größten Einfluss auf den Gesamtpreis der Kostenschätzung haben. Dies waren die Positionen unter der Positionsnummer 3.5. (Örtliche Bauaufsicht zu den Bodenerkundungen). Um für die Positionen, die als Einheit die "Bohrgeräte-Woche" aufweisen, einen Preis zu bestimmen, muss eine Annahme zum erwarteten Personalaufwand getroffen werden, dh wie viele Stunden ein Bohrgerät betreut werden muss. Der Auftraggeber hat sich dabei nicht nahe an der theoretischen Obergrenze (60 Stunden bei einer Bohrgeräte-Woche von 5 Tagen à 12 Stunden) und Untergrenze (0 Stunden, wenn etwa ein Doktorand die Betreuung unentgeltlich übernimmt) bewegt (siehe Angaben des Sachverständigen; Verhandlungsschrift OZ 60, Seite 3). Zu diesen Positionen hat der Auftraggeber in der Folge detaillierte Berechnungen vorgelegt und diese wurden vom Sachverständigen vertieft geprüft vergleiche

hiez u das Gutachten vom 4.4.2007, Seiten 4 und 5, und das Ergänzungsgutachten vom 30.4.2007, Seite 2, sowie die Erläuterungen des Sachverständigen zu den Gutachten in der mündlichen Verhandlung). Die Schätzpreise in den anderen Positionen, die vom Sachverständigen nicht vertieft geprüft wurden, wurden vom Sachverständigen aus seiner Erfahrung heraus geprüft und für angemessen erachtet (siehe Verhandlungsschrift OZ 60, Seiten 4 und 5). Die vom Auftraggeber angenommenen (geschätzten) Einheitspreise leiten sich, wie der Sachverständige festgestellt hat, plausibel aus Erfahrungswerten des Auftraggebers bei vergleichbaren Projekten ab. Die vom Auftraggeber als Referenzprojekte herangezogenen Vorhaben S7, S10 und S31 behandeln nämlich ebenfalls Untergrunderkundungen, haben die gleichen Dienstleistungen zum Inhalt und weisen in etwa dieselbe Projektdauer auf. Die jeweiligen Bodenverhältnisse müssen, wie der Sachverständige dargelegt hat, entgegen der Auffassung der Antragstellerin, für eine Vergleichbarkeit der Projekte nicht gleich sein, da diese durch die ausgeschriebenen Leistungen ja erst erforscht werden wollen (siehe auch die diesbezüglichen schlüssigen und nachvollziehbaren Aussagen in der Gutachtensergänzung vom 30.4.2007, Seite 1 und im Gutachten vom 4.4.2007, Seite 8). Die vom Auftraggeber letztendlich herangezogenen Schätzpreise wurden von ihm drei Mal mittels unterschiedlicher Berechnungen auf ihre Angemessenheit hin kontrolliert. Die Kontrollberechnungen erfolgten mittels "Gesamtpreisvergleich", mittels "Bohrmeterleistung" sowie mittels "Halb- und Ganztagspauschalen" vergleiche zu alledem das Gutachten vom 4.4.2007, Seiten 4, 5 und 7 sowie das Gutachten vom 30.4.2007, Seite 2). Hiebei hat der Auftraggeber nicht alle Berechnungsansätze herangezogen, sondern einzelne Berechnungsansätze nach genauer Prüfung sogar wieder verworfen, da sie zu unrealistisch hohen Beträgen geführt hätten (siehe hiezu Seite 7 der Verhandlungsschrift OZ 60). Einer der wieder verworfenen Berechnungsansätze hätte sogar zu einem geschätzten Auftragswert in Höhe von Euro römisch 30 Mio. geführt vergleiche die diesbezüglichen übereinstimmenden Angaben des C*** und des Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung). Da auch die Marktlage im Zeitraum zwischen der Durchführung der als Referenzprojekte herangezogenen Projekten S7, S10 und S32 im Großen und Ganzen unverändert geblieben ist vergleiche Gutachten vom 4.4.2007, Seite 5) hat der Auftraggeber die Erfahrungswerte aus den Referenzprojekten seiner gegenständlichen Kostenschätzung berechtigter Weise zugrunde gelegt.

Der Sachverständige hat weiters festgestellt, dass die Kostenschätzung des Auftraggebers mit einer Abweichung von 40% vom Mittelwert aller Angebote zwar einen sehr breiten Toleranzbereich beansprucht, gleichzeitig aber festgestellt, dass dieser breite Toleranzbereich hauptsächlich in den vorsichtigen und erfahrungsbedingten Aufwandsansätzen des Auftraggebers begründet ist (siehe Seiten 6 und 7 des Gutachtens vom 4.4.2007). Den Aufwandsansätzen des Auftraggebers stehen spezifische Annahmen des Bieters betreffend die Leistungserbringung bzw. auch weniger vorsichtige Kalkulationswerte gegenüber. Diese machen die Schwankungsbreite von 40% plausibel. Es liegt 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. Situationen ein. Ein Auftraggeber lässt dem gegenüber wiederum seine eigenen Erfahrungen bzw. Erfahrungswerte – etwa betreffend Aufwandsansätze – in die Kostenschätzung einfließen. Wurde ein Auftraggeber 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 folglich einen hohen Aufwandsansatz wählen und sehr vorsichtig kalkuliert wird. Demgegenüber wird ein Bieter den Aufwandsansatz eher niedriger ansetzen und nicht (ganz) so vorsichtig kalkulieren, da ja aus der Sicht des Bieters der Angebotspreis in der Regel ein wichtiges Kriterium für die Erlangung des Auftrages ist. Dies gesteht auch die Antragstellerin selbst zu, wenn sie in ihrer Stellungnahme vom 20.4.2007 darlegt, dass, ein Bieter – im Gegensatz zu einem Auftraggeber – nicht von hohen Kalkulationsansätzen ausgehen, keinen breiten Toleranzspielraum in Anspruch nehmen und nicht nahezu überhaupt alle Eventualitäten berücksichtigen könne, da er ansonsten nie einen Auftrag erhalten würde. Der vom Auftraggeber getroffene Ansatz betreffend "Aufwand" mag zwar objektiv betrachtet hoch sein, stellt aber nach den Ausführungen des Sachverständigen einen durchaus plausiblen Wert dar (vgl. Gutachten vom 4.4.2007, Seite 7). Der Sachverständige hat weiters festgestellt, dass die Kostenschätzung des Auftraggebers mit einer Abweichung von 40% vom Mittelwert aller Angebote zwar einen sehr breiten Toleranzbereich beansprucht, gleichzeitig aber festgestellt, dass dieser breite Toleranzbereich hauptsächlich in den vorsichtigen und erfahrungsbedingten Aufwandsansätzen des Auftraggebers begründet ist (siehe Seiten 6 und 7 des Gutachtens vom 4.4.2007). Den Aufwandsansätzen des Auftraggebers stehen spezifische Annahmen des Bieters betreffend die Leistungserbringung bzw. auch weniger vorsichtige Kalkulationswerte gegenüber. Diese machen die Schwankungsbreite von 40% plausibel. Es liegt 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. Situationen ein. Ein Auftraggeber lässt dem gegenüber wiederum seine eigenen Erfahrungen bzw. Erfahrungswerte – etwa betreffend Aufwandsansätze – in die Kostenschätzung einfließen. Wurde ein Auftraggeber 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 folglich einen hohen Aufwandsansatz wählen und sehr vorsichtig kalkuliert wird. Demgegenüber wird ein Bieter den Aufwandsansatz eher niedriger ansetzen und nicht (ganz) so vorsichtig kalkulieren, da ja aus der Sicht des Bieters der Angebotspreis in der Regel ein wichtiges Kriterium für die Erlangung des Auftrages ist. Dies gesteht auch die Antragstellerin selbst zu, wenn sie in ihrer Stellungnahme vom 20.4.2007 darlegt, dass, ein Bieter – im Gegensatz zu einem Auftraggeber – nicht von hohen Kalkulationsansätzen ausgehen, keinen breiten Toleranzspielraum in Anspruch nehmen und nicht nahezu überhaupt alle Eventualitäten berücksichtigen könne, da er ansonsten nie einen Auftrag erhalten würde. Der vom Auftraggeber getroffene Ansatz betreffend "Aufwand" mag zwar objektiv betrachtet hoch sein, stellt aber nach den Ausführungen des Sachverständigen einen durchaus plausiblen Wert dar (vergleiche Gutachten vom 4.4.2007, Seite 7).

Im Zuge der Ermittlung des geschätzten Auftragswertes hat der Auftraggeber erstmalig die Einheit "Bohrgeräte-Woche" verwendet. Aufgrund der erstmaligen Verwendung dieser Einheit wurde bereits die Kostenschätzung für die 1. Stufe mit einem Genauigkeitsgrad einer an sich erst der Stufe 2. entsprechenden Kostenschätzung durchgeführt (siehe Gutachten vom 4.4.2007, Seite 5). Wie der Sachverständige in der Gutachtensergänzung vom 30.4.2007, auf Seite 2 schlüssig darstellt, gibt es – entgegen der Ansicht der Antragstellerin – auch keinen Widerspruch zwischen der Feststellung im Gutachten vom 4.4.2007, dass der Auftraggeber die Einheit "Bohrgeräte-Woche" erstmalig verwendet hat, einerseits und der Feststellung, dass alle Positionen mit auf Erfahrung beruhenden Schätzpreisen versehen sind, andererseits. Der Sachverständige erläutert hierzu im Ergänzungsgutachten vom 30.4.2007 auf Seite 2 aus, dass, im Falle, dass man über Erfahrungswerte einer Leistung in einer Einheit verfügt, man in der Lage ist, den Preis auch für eine andere Einheit dieser Leistung zu berechnen. Dies ist selbst dann der Fall, "wenn erstmalig in einer anderen Einheit ausgeschrieben wird".

Wie der Sachverständige in der mündlichen Verhandlung ausgeführt hat, hätten – in den von ihm nicht vertieft geprüften – Positionen durchaus auch Werte von +/- XXX% angesetzt werden können, ohne dass deren Nachvollziehbarkeit und Angemessenheit dadurch beeinträchtigt würde. Dessen ungeachtet erachte er die vom Auftraggeber konkret gewählten Werte in diesen Positionen als angemessen. Laut Angaben von C*** wäre der Auftragswert mit Euro XXX Mio. anzusetzen, würde man die jeweils höchsten Positionspreise der Bieter addieren. Der Auftraggeber hätte als auch durchaus mit tatsächlichen Kosten in Höhe von Euro XXX Mio. rechnen müssen. Wie der Sachverständige in der mündlichen Verhandlung ausgeführt hat, hätten – in den von ihm nicht vertieft geprüften – Positionen durchaus auch Werte von +/- XXX% angesetzt werden können, ohne dass deren Nachvollziehbarkeit und Angemessenheit dadurch beeinträchtigt würde. Dessen ungeachtet erachte er die vom Auftraggeber konkret gewählten Werte in diesen Positionen als angemessen. Laut Angaben von C*** wäre der Auftragswert mit Euro römisch 30 Mio. anzusetzen, würde man die jeweils höchsten Positionspreise der Bieter addieren. Der Auftraggeber hätte als auch durchaus mit tatsächlichen Kosten in Höhe von Euro römisch 30 Mio. rechnen müssen.

Zusammenfassend kommt der Sachverständige zu dem Ergebnis, dass kein offensichtliches Missverhältnis zwischen den geschätzten Einheitspreisen und den Leistungen vorliegt. Die geschätzten Einheitspreise und der daraus abgeleitete geschätzte Auftragswert von Euro XXX Mio. sind der Höhe nach angemessen und entsprechen auch der ausgeschriebenen Leistung (siehe Gutachten vom 4.4.2007, Seite 7). Zusammenfassend kommt der Sachverständige zu dem Ergebnis, dass kein offensichtliches Missverhältnis zwischen den geschätzten Einheitspreisen und den Leistungen vorliegt. Die geschätzten Einheitspreise und der daraus abgeleitete geschätzte Auftragswert von Euro römisch 30 Mio. sind der Höhe nach angemessen und entsprechen auch der ausgeschriebenen Leistung (siehe Gutachten vom 4.4.2007, Seite 7).

Die Gutachten sind schlüssig und nachvollziehbar. Auch vermeintlich bestehende Widersprüche wurden in der Ergänzung vom 30.4.2007 ausgeräumt (Seite 2, Punkt 2.3., Seite 3, Punkt 2.4 des Gutachtens vom 30.4.2007).

Schlussfolgerungen:

Der geschätzte Auftragswert wurde nach dem Gesagten demnach sachgerecht ermittelt und ist auch der Höhe nach angemessen. Daraus ergibt sich in weiterer Folge, dass das Angebot der Antragstellerin auf Grundlage des Punktes 1,305.3 Teil A-1 der Ausschreibung, welche bestandfest geworden ist, als nicht ausschreibungskonform zu Recht ausgeschieden wurde.

Schließlich ist noch festzuhalten, dass die Angemessenheit der Höhe des geschätzten Auftragswertes nicht an den Angebotspreisen zu messen ist, sondern an den zum Zeitpunkt der Erstellung der Kostenschätzung vorliegenden, auf Erfahrungen des Auftraggebers beruhenden Preisen, die sich an der Marktlage orientieren.

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 mangels Ausschreibungskonformität zu Recht ausgeschieden wurde. Da das Angebot der Antragstellerin aber zu Recht ausgeschieden wurde, konnte ihr aus der Zuschlagsentscheidung auch kein Schaden entstehen, da ihr – zu Recht ausgeschiedenes – Angebot 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 § 318 Abs 1 BVergG hat der Antragsteller für Anträge gemäß den §§ 320 Abs. 1, 328 Abs. 1 und 331 Abs. 1 und 2 jeweils eine Pauschalgebühr zu entrichten, deren Höhe sich gemäß § 318 Abs. 2Gemäß Paragraph 318, Absatz eins, BVergG hat der Antragsteller für Anträge gemäß den Paragraphen 320, Absatz eins, 328, Absatz eins und 331 Absatz eins und 2 jeweils eine Pauschalgebühr zu entrichten, deren Höhe sich gemäß Paragraph 318, Absatz 2

1. 1.Ziffer eins

Satz leg. cit. nach dem vom öffentlichen Auftraggeber durchgeführten Vergabeverfahren richtet. Gemäß § 318 Abs. 3 leg. cit. ist die Pauschalgebühr gemäß den in Anhang XIX ausgewiesenen Sätzen bei Antragstellung zu entrichten.Satz leg. cit. nach dem vom öffentlichen Auftraggeber durchgeführten Vergabeverfahren richtet. Gemäß Paragraph 318, Absatz 3, leg. cit. ist die Pauschalgebühr gemäß den in Anhang römisch neunzehn ausgewiesenen Sätzen bei Antragstellung zu entrichten.

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 jeweils Euro 1.600.--, insgesamt somit Euro 3.200.--, wurden von der Antragstellerin nachweislich entrichtet. 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 jeweils Euro 1.600.--, insgesamt somit Euro 3.200.--, 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 14.2.2007, N/0007-BVA/15/2007-EV10, 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 14.2.2007, N/0007-BVA/15/2007-EV10, 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.

Schlagworte

Gemeinsame Anfechtung von Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung; Präklusion; Parteiengehör; geschätzter Auftragswert

Dokumentnummer

VERGT_20070510_N_0007_BVA_15_2007_67_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