

TE Verg Bescheid 2006/4/27 VKS-3340/05

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 27.04.2006

Norm

WVRG §11 Abs1 und 2

WVRG §13 Abs1

WVRG §14 Abs1

WVRG §17 Abs1

WVRG §20 Abs1 Z1 litc

WVRG §22

WVRG §27 Abs1

WVRG §30 in Verbindung mit BVergG 2002 §7 Abs1 Z1

BVergG 2002 §20 Z13 lita sublitaa

AVG §72 Abs2

1. AVG § 72 heute
2. AVG § 72 gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
3. AVG § 72 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.2013

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** über den Antrag der *** Ziviltechniker GmbH, vertreten durch Dr. Lothar Hofmann, Rechtsanwalt in Wien, auf Feststellung des Vorliegens eines Rechtsverstoßes im Verfahren zur Vergabe des Dienstleistungsauftrages für „Planungs- und Prüfleistungen für die MVA Pfaffenau, Los 1, Polier- und Ausführungsplanung mit statisch-konstruktiver Bearbeitung“ durch die Wiener Kommunal-Umweltschutzprojektgesellschaft m.b.H. (WKU), 11. Haidequerstraße 7, 1110 Wien, vertreten durch MMag. Dr. Claus Casati, Rechtsanwalt in Wien, sowie der teilnahmeberechtigten Partei ARGE *** ZT GmbH, *** ZT KEG, vertreten durch Ferner Hornung & Partner, Rechtsanwälte GmbH in Salzburg, nach öffentlicher mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins

Festgestellt wird, dass die von der Antragstellerin im einleitenden Schriftsatz vom 25.10.2005 behaupteten Rechtsverstoße im genannten Vergabeverfahren nicht vorliegen.

1. 2.Ziffer 2

Die Antragstellerin *** Ziviltechniker GmbH, vertreten durch Dr. Lothar Hofman, Rechtsanwalt in Wien, hat der teilnahmeberechtigten Arbeitsgemeinschaft *** ZT GmbH, *** ZT KEG, vertreten durch Ferner Hornung & Partner, Rechtsanwälte GmbH in Salzburg, die von dieser entrichteten Pauschalgebühren von Euro 800,- binnen

14 Tagen zu ersetzen.

1. 3.Ziffer 3

Die Antragstellerin hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.

Rechtsgrundlagen:

§§ 11 Abs. 1 und 2, 13 Abs. 1, 14 Abs. 1, 17 Abs. 1, 20 Abs. 1 Z 1 lit. c, 22, 27 Abs. 1 und 30 WVRG in Verbindung mit §§ 7 Abs. 1 Z 1, 20 Z 13 lit. a sublit. aa BVergG 2002 sowie § 72 Abs. 2 AVG.Paragraphen 11, Absatz eins und 2, 13 Absatz eins, 14, Absatz eins, 17, Absatz eins, 20, Absatz eins, Ziffer eins, Litera c,, 22, 27 Absatz eins und 30 WVRG in Verbindung mit Paragraphen 7, Absatz eins, Ziffer eins, 20, Ziffer 13, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG 2002 sowie Paragraph 72, Absatz 2, AVG.

Begründung:

Die Antragsgegnerin ist öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 7 Abs. 1 Z 1 BVergG 2002. Sie wurde von der Stadt Wien gegründet, um die Planung und Errichtung der Müllverbrennungsanlage (im Folgenden kurz MVA) Pfaffenau und in weiterer Folge die Behandlung der im Bereich der Stadt Wien anfallenden Abfälle durchzuführen (Beschluss des Gemeinderatsausschusses für Umwelt vom 25.4.2002 bezüglich der Planung der Anlage; Beschluss des Gemeinderatsausschusses für Umwelt vom 22.10.2004 bezüglich der Abfallbehandlung). Im Zuge der Errichtung dieser Anlage hat die Antragsgegnerin die Planungs- und Prüfleistungen für die MVA Pfaffenau, Los 1, Polier- und Ausführungsplanung mit statisch-konstruktiver Bearbeitung am 8.7.2005 im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften ordnungsgemäß veröffentlicht. Es handelt sich um einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich mit einem geschätzten Auftragswert von rund 1 Million Euro. Die Ausschreibung erfolgte im offenen Verfahren nach dem Bestbieterprinzip gemäß den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2002. Als Zuschlagskriterium für das Los 1 sind das Honorarangebot mit 80 % und die qualitative Bewertung vorzulegender Referenzen mit 20 % festgelegt. Das Ende der Angebotsfrist war der 30.8.2005. 10.00 Uhr. Die Angebotseröffnung erfolgte anschließend, die Zuschlagsfrist beträgt drei Monate. Die Antragsgegnerin ist öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2002. Sie wurde von der Stadt Wien gegründet, um die Planung und Errichtung der Müllverbrennungsanlage (im Folgenden kurz MVA) Pfaffenau und in weiterer Folge die Behandlung der im Bereich der Stadt Wien anfallenden Abfälle durchzuführen (Beschluss des Gemeinderatsausschusses für Umwelt vom 25.4.2002 bezüglich der Planung der Anlage; Beschluss des Gemeinderatsausschusses für Umwelt vom 22.10.2004 bezüglich der Abfallbehandlung). Im Zuge der Errichtung dieser Anlage hat die Antragsgegnerin die Planungs- und Prüfleistungen für die MVA Pfaffenau, Los 1, Polier- und Ausführungsplanung mit statisch-konstruktiver Bearbeitung am 8.7.2005 im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften ordnungsgemäß veröffentlicht. Es handelt sich um einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich mit einem geschätzten Auftragswert von rund 1 Million Euro. Die Ausschreibung erfolgte im offenen Verfahren nach dem Bestbieterprinzip gemäß den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2002. Als Zuschlagskriterium für das Los 1 sind das Honorarangebot mit 80 % und die qualitative Bewertung vorzulegender Referenzen mit 20 % festgelegt. Das Ende der Angebotsfrist war der 30.8.2005. 10.00 Uhr. Die Angebotseröffnung erfolgte anschließend, die Zuschlagsfrist beträgt drei Monate.

Unter anderem hat sich auch die Antragstellerin an der Ausschreibung beteiligt und wurde ihr Angebot für das Los 1 mit dem niedrigsten Gesamtpreis verlesen.

Mit Schreiben vom 3.10.2005 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin zunächst mit, dass deren Angebot ausgeschieden werden musste. Als Begründung dafür wurde angeführt, die Antragstellerin hätte im gegenständlichen Projekt bereits umfangreiche Vorentwurfs- und Entwurfsleistungen erbracht und entgegen den Festlegungen in der Ausschreibungsunterlagen keinen Honorarsatz und keinen Nachlass angeboten sondern nur ein Pauschalhonorar.

Mit Schreiben vom 12.10.2005, der Antragstellerin am gleichen Tage zugegangen, teilte die Auftraggeberin mit, dass sie beabsichtige den Zuschlag für das Los 1 dem Angebot der an der zweiten Stelle gereihten Teilnahmeberechtigten erteilen zu wollen.

Daraufhin hat die Antragstellerin die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 18.10.2005 um Bekanntgabe der Gründe für die Nichtberücksichtigung ihres Angebotes und der Merkmale und Vorteile des für die Zuschlagserteilung vorgesehenen Angebotes sowie um Übermittlung einer Abschrift des das Angebot der Antragstellerin betreffenden

Teils der Niederschrift über die Angebotsprüfung ersucht. Diesem Ersuchen ist die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 19.10.2005 nachgekommen, in dem sie auch ausführte, dass das Angebot der Antragstellerin aus den in der aus diesem Schreiben angeschlossenen Niederschrift ersichtlichen Gründen auszuschneiden gewesen sei.

Gegen diese Zuschlagsentscheidung, soweit sie das Los 1 betrifft, richtet sich der am 25.10.2005 überreichte und damit rechtzeitige (§ 20 Abs. 1 Z 1 lit. c WVRG) Antrag, der zunächst auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung verbunden mit einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz gerichtet war. Die Antragstellerin begründet ihr Begehren vor allem damit, dass die Ausscheidung ihres Angebotes zu Unrecht erfolgt sei, weil der von der Antragsgegnerin angezogene Ausscheidungsgrund des § 98 Z 2 BVergG 2002 nicht gegeben wäre. Die von der Antragstellerin erarbeiteten Unterlagen seien allen Mitbietern zur Verfügung gestanden. Hinsichtlich der statischen Vorberechnungen sei zu berücksichtigen, dass bei deren Erstellung noch keinerlei Lastangaben aus dem Fachbereich Anlagetechnik vorlagen und die Ergebnisse der Vorberechnungen ohnehin nicht weiter verwendbar seien. Soweit die Antragsgegnerin ausführe, die Antragstellerin hätte im Zuge der Angebotsprüfung von Ausführungsarbeiten Kenntnis von den Preisen der Bieter in diesen Verfahren erhalten, sei dem entgegen zu halten, dass dies nicht unter den Tatbestand des § 98 Z 2 BVergG 2002 falle. Dieser beziehe sich ausschließlich auf die Erarbeitung von Unterlagen. An der Erarbeitung von Unterlagen für die gegenständliche Ausschreibung hätte die Antragstellerin jedoch nicht mitgewirkt. Der von der Antragstellerin „erstellten Ausschreibung lag mangels Lastangaben seitens des Auftraggebers kein Konstruktionsentwurf zu Grunde“. Da die Antragstellerin weder die von der Antragsgegnerin beizustellenden Bauführungs- und Belastungsangaben noch die sich daraus ergebenden wesentlichen Einflüsse auf das künftige Mengengerüst kenne, noch das derzeit beauftragte Mengengerüst bekannt sei, könne von einem relevanten Informationsvorsprung keine Rede sein. Soweit die Antragsgegnerin behaupte, das Angebot der Antragstellerin sei auch deswegen auszuschneiden gewesen, weil ein ausschreibungswidriges Pauschalangebot vorliege, sei auch dieser Umstand nicht gegeben. Honoraranpassungen auf Grund geänderter Bemessungsgrundlagen würden sich auch beim Angebot der Antragstellerin ohne nachträgliche Verhandlungen feststellen lassen. Von einem Widerspruch zu den Ausschreibungsbestimmungen könne daher keine Rede sein. Auch eine Ausscheidung des Angebotes nach § 98 Z 8 BVergG 2002 komme daher nicht in Betracht und wäre jedenfalls vergaberechtswidrig. Gegen diese Zuschlagsentscheidung, soweit sie das Los 1 betrifft, richtet sich der am 25.10.2005 überreichte und damit rechtzeitige (Paragraph 20, Absatz eins, Ziffer eins, Litera c, WVRG) Antrag, der zunächst auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung verbunden mit einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz gerichtet war. Die Antragstellerin begründet ihr Begehren vor allem damit, dass die Ausscheidung ihres Angebotes zu Unrecht erfolgt sei, weil der von der Antragsgegnerin angezogene Ausscheidungsgrund des Paragraph 98, Ziffer 2, BVergG 2002 nicht gegeben wäre. Die von der Antragstellerin erarbeiteten Unterlagen seien allen Mitbietern zur Verfügung gestanden. Hinsichtlich der statischen Vorberechnungen sei zu berücksichtigen, dass bei deren Erstellung noch keinerlei Lastangaben aus dem Fachbereich Anlagetechnik vorlagen und die Ergebnisse der Vorberechnungen ohnehin nicht weiter verwendbar seien. Soweit die Antragsgegnerin ausführe, die Antragstellerin hätte im Zuge der Angebotsprüfung von Ausführungsarbeiten Kenntnis von den Preisen der Bieter in diesen Verfahren erhalten, sei dem entgegen zu halten, dass dies nicht unter den Tatbestand des Paragraph 98, Ziffer 2, BVergG 2002 falle. Dieser beziehe sich ausschließlich auf die Erarbeitung von Unterlagen. An der Erarbeitung von Unterlagen für die gegenständliche Ausschreibung hätte die Antragstellerin jedoch nicht mitgewirkt. Der von der Antragstellerin „erstellten Ausschreibung lag mangels Lastangaben seitens des Auftraggebers kein Konstruktionsentwurf zu Grunde“. Da die Antragstellerin weder die von der Antragsgegnerin beizustellenden Bauführungs- und Belastungsangaben noch die sich daraus ergebenden wesentlichen Einflüsse auf das künftige Mengengerüst kenne, noch das derzeit beauftragte Mengengerüst bekannt sei, könne von einem relevanten Informationsvorsprung keine Rede sein. Soweit die Antragsgegnerin behaupte, das Angebot der Antragstellerin sei auch deswegen auszuschneiden gewesen, weil ein ausschreibungswidriges Pauschalangebot vorliege, sei auch dieser Umstand nicht gegeben. Honoraranpassungen auf Grund geänderter Bemessungsgrundlagen würden sich auch beim Angebot der Antragstellerin ohne nachträgliche Verhandlungen feststellen lassen. Von einem Widerspruch zu den Ausschreibungsbestimmungen könne daher keine Rede sein. Auch eine Ausscheidung des Angebotes nach Paragraph 98, Ziffer 8, BVergG 2002 komme daher nicht in Betracht und wäre jedenfalls vergaberechtswidrig.

Die vergaberechtswidrig erfolgte Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin sei auch wesentlich für den Ausgang

des Vergabeverfahrens, weil sie Bestbieterin gewesen sei. Nach den Zuschlagskriterien für das Los 1 errechne sich ein Gesamtergebnis von 92,98 Punkten für die Antragstellerin, von 80 Punkten für die Teilnahmeberechtigte. Die Antragstellerin hätte daher als Bestbieterin ermittelt werden müssen. Durch die Ausscheidung ihres Angebotes drohe ihr ein gravierender Schaden, insbesondere durch frustrierte Kosten der Angebotserstellung, „aber auch Verdienstentgang sowie verloren gehende Auslastung“. Sie beziffert diesen Schaden, unter Berücksichtigung ein kalkulatorischen Gewinns in Höhe von 15 % der Honorarsumme, mit insgesamt rund Euro 103.554,56. Dazu käme noch der Schaden einer verlorenen Referenz. Die Antragsgegnerin sei rechtzeitig und vollständig von der beabsichtigten Antragstellung unterrichtet, die Pauschalgebühren wären entrichtet worden. Zur Sicherung ihrer Rechtstellung sei die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung erforderlich, weil sie im Falle des Zuschlages, wie in der Zuschlagsentscheidung angekündigt, keine Chance mehr hätte den Auftrag selbst zu erhalten.

Mit Schriftsatz vom 31.10.2005 hat die für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Arbeitsgemeinschaft einen Antrag auf Teilnahme am Nachprüfungsverfahren gestellt, dem mit Bescheid vom 4.11.2005 stattgegeben wurde. Diesbezüglich kann auf den Inhalt des allen Beteiligten zugewandten Bescheides verwiesen werden.

Die Antragsgegnerin hat sich mit Schriftsatz vom 2.11.2005 gegen den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ausgesprochen und mit Schriftsatz vom 3.11.2005 zum Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung Stellung genommen. Im einzelnen führt sie aus, die Antragstellerin sei ihrer Mitteilungspflicht nach § 14 Abs. 1 WVRG nicht nachgekommen. In dem der Antragsgegnerin am 25.10.2005 zugewandten Schreiben sei sie nicht von der „Absicht“, ein Nichtigerklärungsverfahren gemäß § 13 Abs. 1 WVRG einzuleiten, informiert worden. De facto sei die Antragsgegnerin über den eingebrachten Nachprüfungsantrag in Kenntnis gesetzt worden, in diesem Sinne sei die Mitteilung daher auch nicht unverzüglich erfolgt. Vor allem sei dem Schreiben vom 25.10.2005 selbst nicht die geltend gemachte Rechtswidrigkeit genau zu entnehmen, es werde lediglich auf den nunmehr gegenständlichen Nachprüfungsantrag verwiesen. Ein derartiger bloßer Verweis werde der Verpflichtung zur genauen Bezeichnung der Rechtswidrigkeit nach § 14 WVRG nicht gerecht. Die Antragsgegnerin hat sich mit Schriftsatz vom 2.11.2005 gegen den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ausgesprochen und mit Schriftsatz vom 3.11.2005 zum Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung Stellung genommen. Im einzelnen führt sie aus, die Antragstellerin sei ihrer Mitteilungspflicht nach Paragraph 14, Absatz eins, WVRG nicht nachgekommen. In dem der Antragsgegnerin am 25.10.2005 zugewandten Schreiben sei sie nicht von der „Absicht“, ein Nichtigerklärungsverfahren gemäß Paragraph 13, Absatz eins, WVRG einzuleiten, informiert worden. De facto sei die Antragsgegnerin über den eingebrachten Nachprüfungsantrag in Kenntnis gesetzt worden, in diesem Sinne sei die Mitteilung daher auch nicht unverzüglich erfolgt. Vor allem sei dem Schreiben vom 25.10.2005 selbst nicht die geltend gemachte Rechtswidrigkeit genau zu entnehmen, es werde lediglich auf den nunmehr gegenständlichen Nachprüfungsantrag verwiesen. Ein derartiger bloßer Verweis werde der Verpflichtung zur genauen Bezeichnung der Rechtswidrigkeit nach Paragraph 14, WVRG nicht gerecht.

In der Sache selbst führt die Antragsgegnerin aus, dass sie von der Stadt Wien mit der Errichtung der MVA zur Sicherstellung der gesetzeskonformen thermischen Behandlung von in Wien anfallenden Abfällen beauftragt worden sei. In Erfüllung dieser gesetzlichen Vorgaben habe die Antragsgegnerin nach Beendigung des Umweltverträglichkeitsprüfungs-Verfahrens zunächst die Errichtung der MVA in Form einer Gesamtausschreibung mit der Option eines Generalunternehmerauftrages EUweit ausgeschrieben. Ausgeschrieben seien die Werke Bauleistung, Feuerung, EMSR, Wasser-Dampf-System und Rauchgasreinigung gewesen. Die Vorentwurfsplanung, die Einreichplanung, die Erstellung der Ausschreibungsunterlagen und die Prüfung der eingereichten Angebote für die Bauleistungen habe die Antragstellerin vorgenommen. Nach Vorliegen der Angebote habe sich im Zuge des Angebotsprüfungsverfahrens herausgestellt, dass ein Generalunternehmerauftrag nicht möglich sei. Dadurch habe sich für die Antragsgegnerin nachträglich die Notwendigkeit ergeben, die gegenständlichen Planungsleistungen ebenfalls öffentlich auszuschreiben. Diese Planungsleistungen hätten nach der ursprünglichen Absicht der Antragsgegnerin vom Generalunternehmer erbracht werden sollen. Deshalb sei es am 8.7.2005 zu einer europaweiten Ausschreibung der gegenständlichen Dienstleistungen gekommen. Mittlerweile seien die Vergabeverfahren bezüglich der gesamten ausgeschriebenen Ausführungsleistungen erfolgreich abgeschlossen und nach Ablauf der 14-tägigen Stillhaltefrist an alle fünf ausführenden Unternehmen vergeben worden. Um tatsächlich mit der Ausführung der vergebenen Leistungen beginnen zu können, sei die Vergabe der Polier- und Ausführungsplanung mit statisch-

konstruktiver Bearbeitung notwendig. Erst nach Beauftragung der gegenständlichen Planungs- und Prüfleistungen könne auch mit den auszuführenden Arbeiten begonnen werden, bzw. der diesbezügliche Projektplan in Gang gesetzt werden.

Zur Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung führt die Antragsgegnerin im Einzelnen aus, das Angebot der Antragstellerin sei berechtigterweise ausgeschieden worden, es fehle der Antragstellerin an der Antragslegitimation, weil ihr weder ein Schaden droht bzw. noch ein Schaden entstehen könne. Tatsächlich sei die Antragstellerin in einem weiten Umfang an Vorarbeiten bei der Gesamtplanung des Projektes beteiligt gewesen, wodurch ein fairer und lauterer Wettbewerb beeinträchtigt sei. Die Antragstellerin sei im Rahmen des Projektes MVA mit der Erstellung folgender Unterlagen beauftragt gewesen, und zwar mit der baurechtlichen Einreichung nach UVP-G für die dritte Müllverbrennungsanlage Wien beinhaltend die diesbezügliche Entwurfsplanung einschließlich des Konstruktionsentwurfes (Vorstatik) und die Genehmigungsunterlagen, sowie mit der Erstellung der Ausschreibungsunterlagen „Bau“ – verfahrenstechnischer Teil, beinhaltend die Erstellung der Ausschreibungsunterlagen, die Durchführung der Angebotsprüfung, die Erstellung eines Preisspiegels und die Mitwirkung an der Erstellung eines Vergabevorschlages. Die Antragstellerin habe diese Leistungen erbracht und in diesem Zusammenhang Erkenntnisse gewonnen, die ihr einen nicht ausgleichbaren Wettbewerbsvorteil über die übrigen Planer verschaffe. So würde die Antragstellerin die Angebotspreise der Ausführungsleistungen im Folge ihrer Angebotsprüfung und Erstellung des Preisspiegels für die Vergabeeinheit „Bau“ kennen. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin sei die Kenntnis der tatsächlichen Angebotspreise der Bauunternehmen und insbesondere deren Detailkostenkalkulation für die Legung des Honorarangebotes im gegenständlichen Verfahren von wesentlicher Bedeutung.

Das Honorarangebot sei mit 80 % gewichtet und zwar auf Basis der Schätzkosten von Euro 30 Millionen. Ein Pauschalhonorar sei nicht anzubieten gewesen, sondern ein Angebot auf Basis der Honorarleitlinie Bauwesen HOB-I Ingenieurbauwerke, Planung und örtliche Bauaufsicht. In diesem Sinne sei ein Honorarsatz laut HOB-I in Prozent sowie ein Abschlag auf den Honoraransatz anzubieten gewesen. Die sich daraus ergebende Honorarsumme auf Basis der Schätzkosten sei zwar für die Zuschlagsentscheidung wesentlich gewesen, für die tatsächliche Honorarabrechnung/Honoraranspruch komme es dagegen auf die tatsächlichen Abrechnungssummen des verfahrenstechnischen Bauteiles an. Die Antragstellerin sei bei der Ausschreibung der Bauleistungen intensiv (sogar „führend“) eingebunden gewesen. Deren Abrechnung wirke sich unmittelbar auf das Honorar der gegenständlichen Leistung aus (die Abrechnungssumme „Bau“ sei die Bemessungsgrundlage des Honorars für die gegenständlichen Planerleistungen). Die Antragstellerin sei – anders als ihre Mitbewerber – daher imstande gewesen zu beurteilen, inwieweit die von der Antragsgegnerin vorgegebene und für die Zuschlagsentscheidung herangezogene Bemessungsgrundlage realistisch und inwieweit mit einer Änderung der Bemessungsgrundlage und einer damit verbundenen Änderung des Honorars zu rechnen sei. Die Antragstellerin habe diesen Informationsvorsprung auch im Konkreten ausgenutzt. Sie habe – entgegen den Ausschreibungsbedingungen – ohne explizite Erklärung offensichtlich ein Pauschalangebot abgegeben, womit sie von der vorgegebenen Abrechnung nach Honorarsatz laut HOB-I abweiche. Offenbar rechne die Antragstellerin auf Grund ihrer internen Kenntnisse der Bauangebotspreise mit Baukosten die niedriger als die Schätzungssumme von Euro 30 Millionen sind. Weiters habe die Antragstellerin den Entwurf einschließlich des Konstruktionsentwurfes (Vorstatik) und die Einreichplanung durchgeführt. Sie habe daher einen umfangreichen Einblick in die Gesamtzusammenhänge des Projektes, die sich nicht aus den Ausschreibungsunterlagen ableiten ließen. Der Antragstellerin stünde auch das statische System in elektronischer Form zur Verfügung, da sie mit der Erstellung des Konstruktionsentwurfes (Vorstatik) beauftragt gewesen sei. Dadurch habe sie einen Kostenvorteil bei der Angebotslegung, weil sie die Vorleistungen für die Erstellung des statischen Systems in elektronisch verarbeiteter Form ohne erhebliche Kosten in ihrer Angebotskalkulation berücksichtigen könne. Letztlich verfüge die Antragstellerin durch ihre frühzeitige Einbindung in das Projekt seit Dezember 2002 mit der Erstellung der baurechtlichen Einreichung nach dem Umweltverträglichkeitsprüfungsgesetz, sowie seit Mai 2004 mit der Erstellung der Ausschreibungsunterlagen „Bau“/verfahrenstechnischer Teil, über umfangreiche Kenntnisse und Detailwissen über dieses Projekt. Der Antragstellerin seien anders als den Mitbewerbern während ihrer Planungsleistungen alle bezüglichen Unterlagen zur Verfügung gestanden. Sie hätte Zugang zu allen Entscheidungsträgern gehabt. Sie sei daher besser in der Lage gewesen, das Gesamtprojekt und alle damit verbunden Risiken abzuschätzen, als die Mitbewerber. Bereits durch diesen umfassenden Informationsvorsprung sei die Ausscheidung ihres Angebotes berechtigt.

Ein weiterer Ausscheidungsgrund sei darin gelegen, dass die Antragstellerin ein nicht ausschreibungskonformes Pauschalangebot abgegeben habe. Die Antragstellerin sei unzulässiger Weise von den Ausschreibungsbedingungen abgewichen, weil sie keine Angaben zum angebotenen Honorarsatz laut HOB-I und auch keine Angaben zum Abschlag auf diesen Honorarsatz gemacht habe. Nach den Ausschreibungsbedingungen seien die jeweiligen Prozentangaben gefordert gewesen. Sie habe auch keinerlei Angaben zu allenfalls gewährten Abschlägen von der Honorarsumme gemacht, sondern sich darauf beschränkt, eine Honorarsumme von Euro 669.500,-- anzubieten. De facto habe sie damit ein Pauschalangebot in dieser Höhe abgegeben, weil ihr Honorarangebot mangels eines Honorarsatzes laut HOB-I von einer Bemessungsgrundlage losgelöst sei. Allein aus dem Honorarangebot im Vergleich zu dem Schätzwert von Euro 30 Millionen lasse sich kein Honorarsatz für andere Bemessungsgrundlagen ermitteln. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin sei die Honorarbasis nicht mit Euro 30 Millionen fixiert gewesen. Dieser Betrag sei ausschließlich für Zwecke der Zuschlagsentscheidung festgelegt worden, um auf dieser Basis die Bestbieterermittlung durchführen zu können. Aus den Ausschreibungsunterlagen ergebe sich klar, dass das Honorar entsprechend der tatsächlichen Abrechnungssumme gemäß Ausschreibung MVA Pfaffenau Kapitel 11 zu ermitteln sei. Eine derartige Honoraranpassung setze jedoch Angaben des Bieters zum Honorarsatz laut HOB-I und Abschlag auf den Honorarsatz laut HOB-I voraus. Im Hinblick darauf, dass sich der Honorarsatz laut HOB-I nicht linear ändere, lasse sich der von der Antragstellerin angebotene Honorarsatz, einschließlich Abschlag auf den Honorarsatz bei einer geänderten Honorarbasis nicht bestimmen. Obwohl die Antragstellerin ausdrücklich um Aufklärung ersucht wurde, sei eine entsprechende Erklärung nicht abgegeben worden. Im Übrigen handle es sich bei Angaben zum Honorarsatz laut HOB-I um wettbewerbsrelevante Angaben, deren Nichtangaben nicht behebbar seien. Das Angebot der Antragstellerin sei daher auch wegen unbehebbarer Unvollständigkeit bzw. ausschreibungswidrigem Angebot gemäß § 98 Z 8 BVergG 2002 auszuschneiden gewesen. Ein weiterer Ausscheidungsgrund sei darin gelegen, dass die Antragstellerin ein nicht ausschreibungskonformes Pauschalangebot abgegeben habe. Die Antragstellerin sei unzulässiger Weise von den Ausschreibungsbedingungen abgewichen, weil sie keine Angaben zum angebotenen Honorarsatz laut HOB-I und auch keine Angaben zum Abschlag auf diesen Honorarsatz gemacht habe. Nach den Ausschreibungsbedingungen seien die jeweiligen Prozentangaben gefordert gewesen. Sie habe auch keinerlei Angaben zu allenfalls gewährten Abschlägen von der Honorarsumme gemacht, sondern sich darauf beschränkt, eine Honorarsumme von Euro 669.500,-- anzubieten. De facto habe sie damit ein Pauschalangebot in dieser Höhe abgegeben, weil ihr Honorarangebot mangels eines Honorarsatzes laut HOB-I von einer Bemessungsgrundlage losgelöst sei. Allein aus dem Honorarangebot im Vergleich zu dem Schätzwert von Euro 30 Millionen lasse sich kein Honorarsatz für andere Bemessungsgrundlagen ermitteln. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin sei die Honorarbasis nicht mit Euro 30 Millionen fixiert gewesen. Dieser Betrag sei ausschließlich für Zwecke der Zuschlagsentscheidung festgelegt worden, um auf dieser Basis die Bestbieterermittlung durchführen zu können. Aus den Ausschreibungsunterlagen ergebe sich klar, dass das Honorar entsprechend der tatsächlichen Abrechnungssumme gemäß Ausschreibung MVA Pfaffenau Kapitel 11 zu ermitteln sei. Eine derartige Honoraranpassung setze jedoch Angaben des Bieters zum Honorarsatz laut HOB-I und Abschlag auf den Honorarsatz laut HOB-I voraus. Im Hinblick darauf, dass sich der Honorarsatz laut HOB-I nicht linear ändere, lasse sich der von der Antragstellerin angebotene Honorarsatz, einschließlich Abschlag auf den Honorarsatz bei einer geänderten Honorarbasis nicht bestimmen. Obwohl die Antragstellerin ausdrücklich um Aufklärung ersucht wurde, sei eine entsprechende Erklärung nicht abgegeben worden. Im Übrigen handle es sich bei Angaben zum Honorarsatz laut HOB-I um wettbewerbsrelevante Angaben, deren Nichtangaben nicht behebbar seien. Das Angebot der Antragstellerin sei daher auch wegen unbehebbarer Unvollständigkeit bzw. ausschreibungswidrigem Angebot gemäß Paragraph 98, Ziffer 8, BVergG 2002 auszuschneiden gewesen.

Erstmals mit Schreiben vom 10.10.2005, also nach dem Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin, habe diese mitgeteilt, ihr Angebot nicht nach HOB-I sondern nach der Honorarleitlinie Bauwesen HOB-S für statische und konstruktive Bearbeitung von Hoch-, Industrie-, Wasser- und Sonderbauten kalkuliert zu haben.

Nach dem Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin seien zwei weitere Ausscheidungstatbestände nachträglich hervorgekommen, die das Ausscheiden des Angebotes zusätzlich rechtfertigen würden. Diese wurden im Schriftsatz vom 3.11.2005 näher ausgeführt. Danach wäre ein weiterer Ausscheidungsgrund darin gelegen, dass die Antragstellerin eine ausschreibungswidrige Kalkulation nach HOB-S sowie eine offenkundig spekulative Preisgestaltung vorgenommen habe. Der angebotene Stundensatz sei nicht plausibel.

Mit Bescheid vom 4.11.2005 hat der Vergabekontrollsenat das Nachprüfungsverfahren eingeleitet, jedoch den Antrag

auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung abgewiesen. Diesbezüglich kann – um Wiederholungen zu vermeiden – auf den Inhalt des allen Beteiligten zugegangenen Bescheides verwiesen werden. Dieser Bescheid wurde in der Folge von der Antragstellerin mit Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof angefochten. Der Verfassungsgerichtshof hat letztlich mit Beschluss vom 5. Dezember 2005, Zl. B 3388/05, die Behandlung der Beschwerde abgelehnt.

Die Antragsgegnerin hat am 11.11.2005 den Zuschlag an die Teilnahmeberechtigte erteilt, worauf die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 24.11.2005, unter Aufrechterhaltung ihres bisherigen Vorbringens, den Antrag gestellt hat, der Vergabekontrollsenat möge gemäß § 27 Abs. 1 WVRG feststellen, dass wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz 2002 bzw. die hiezu ergangenen Verordnungen der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde. In diesem Antrag hat die Antragstellerin zusammenfassend ausgeführt, sie hätte an keinem Vergabegespräch für die VE-Bau teilgenommen. Der mögliche Bestbieter für die VE-Bau sei ihr vor Angebotsabgabe für das Los 1 nicht bekannt gewesen. Die Bauführungs- und Belastungspläne würden von den Loslieferanten Verfahrenstechnik erstellt werden und würden dann die Grundlage für die Ausführungsplanung bilden. In der Phase der Erstellung der Ausschreibungspläne seien keine Lastangaben aus dem Bereich Verfahrenstechnik zur Verfügung gestanden und auch kein Konstruktionsentwurf erstellt worden. Die Daten für die Ausführungsplanung in der EDV wären daher jedenfalls zur Gänze neu zu erfassen. Ein Wettbewerbsvorteil für die Antragstellerin sei nicht gegeben, von einem Pauschalangebot könne keine Rede sein. Die Antragsgegnerin hat am 11.11.2005 den Zuschlag an die Teilnahmeberechtigte erteilt, worauf die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 24.11.2005, unter Aufrechterhaltung ihres bisherigen Vorbringens, den Antrag gestellt hat, der Vergabekontrollsenat möge gemäß Paragraph 27, Absatz eins, WVRG feststellen, dass wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz 2002 bzw. die hiezu ergangenen Verordnungen der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde. In diesem Antrag hat die Antragstellerin zusammenfassend ausgeführt, sie hätte an keinem Vergabegespräch für die VE-Bau teilgenommen. Der mögliche Bestbieter für die VE-Bau sei ihr vor Angebotsabgabe für das Los 1 nicht bekannt gewesen. Die Bauführungs- und Belastungspläne würden von den Loslieferanten Verfahrenstechnik erstellt werden und würden dann die Grundlage für die Ausführungsplanung bilden. In der Phase der Erstellung der Ausschreibungspläne seien keine Lastangaben aus dem Bereich Verfahrenstechnik zur Verfügung gestanden und auch kein Konstruktionsentwurf erstellt worden. Die Daten für die Ausführungsplanung in der EDV wären daher jedenfalls zur Gänze neu zu erfassen. Ein Wettbewerbsvorteil für die Antragstellerin sei nicht gegeben, von einem Pauschalangebot könne keine Rede sein.

Nach Abweisung ihres Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 15.11.2005 einen Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens gestellt. Diesen Antrag hat sie in der mündlichen Verhandlung vom 27.4.2006 im Hinblick auf die Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes, womit die Behandlung ihrer Beschwerde abgelehnt wurde, zurückgezogen (Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 27. April 2006).

Mit Schriftsatz vom 18.11.2005 hat die Antragsgegnerin ihren Standpunkt weiter ausgeführt und insbesondere darauf hingewiesen, dass die Antragstellerin mit ihr nahezu drei Jahre an dem gegenständlichen Projekt gearbeitet habe und dabei detaillierte Kenntnisse zu allen damit verbundenen Aspekten erworben hätte. Abermals weist die Antragsgegnerin darauf hin, dass die Antragstellerin kein ausschreibungskonformes Angebot gelegt habe, weil sie nicht den angebotenen Honorarsatz und nicht den angebotenen Abschlag (weder in Prozent vom Honorarsatz noch in absoluten Zahlen) angeboten habe. Obwohl das Honorar nach HOB-I zu kalkulieren war, habe die Antragstellerin ein ausschließlich nach HOB-S kalkuliertes Angebotes abgegeben, das mit anderen Angeboten nicht vergleichbar sei.

Diesen Ausführungen hat sich die Teilnahmeberechtigte im Wesentlichen in ihren Schriftsätzen angeschlossen und vor allem im Schriftsatz vom 8.11.2005 ausgeführt, dass nicht alle wettbewerbsrelevanten Informationen, über die die Antragstellerin verfügen müsse, den anderen Bietern zur Verfügung gestellt wurden. Es müsse beim vorliegenden Projekt unzählige Besprechungen gegeben haben, die sich auf das Projekt und nutzerspezifischen Ausführungsdetails beziehen. Besprechungsprotokolle – sofern sie überhaupt vorhanden wären – seien den Bietern nicht zur Verfügung gestellt worden. Auf Grund ihrer Vorarbeiten und der Erstellung der Unterlagen für die Ausschreibung und für das konkrete Projekt verfüge die Antragstellerin über Informationen und Daten in digitalisierter Form. Diese Daten seien den Bietern zwar als pdf-file oder in Papierform zur Verfügung gestellt worden. Damit die Bieter diese Daten in elektronischer Form weiter verarbeiten könnten, müssten sie neu eingegeben werden. Dies gelte insbesondere auch für alle Pläne. Um den Wettbewerbsvorsprung der Antragstellerin zu neutralisieren, wäre es notwendig gewesen, den

anderen Bietern diese Daten als offene Programmfiles, die die direkte Weiterverarbeitung in CAD-Programmen ermöglichen, zur Verfügung zu stellen. Dies sei nicht geschehen. Das neuerliche Eingeben all dieser Daten erforderte einen geschätzten Aufwand von ca. 300 Stunden, den sich die Antragstellerin auf Grund ihrer Vorarbeiten erspart habe. Die Antragstellerin habe entgegen den Ausschreibungsbedingungen ein Pauschalangebot mit einem fixen Honorar abgegeben, obwohl das Honorar von den honorarpflichtigen Kosten abhängig sein sollte. Die Antragstellerin habe Honorarsatz und Abschlag auf den Honorarsatz in Prozent in ihrem Angebot nicht angegeben, womit das Angebot unvollständig sei.

Auf Grund des Vorbringens der am Verfahren Beteiligten, des Inhaltes der Vergabeakten sowie der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung trifft der Vergabekontrollsenat ergänzend zu dem eingangs wiedergegebenen, als unstrittig anzusehenden Sachverhalt, nachstehende weitere entscheidungserhebliche Feststellungen:

Nach den Ausschreibungsunterlagen, die für das Angebot zwingend zu verwenden waren (vorliegend vor allem die Beilagenmappe IV Formblätter) war die Ausführung der im Leistungsverzeichnis angeführten Leistungen unter Berücksichtigung der Angebotsunterlagen (Mappe IV Formblätter) zu den in der Leistungskalkulation eingesetzten Honorarsätzen anzubieten. Nach den Ausschreibungsunterlagen, die für das Angebot zwingend zu verwenden waren (vorliegend vor allem die Beilagenmappe römisch vier Formblätter) war die Ausführung der im Leistungsverzeichnis angeführten Leistungen unter Berücksichtigung der Angebotsunterlagen (Mappe römisch vier Formblätter) zu den in der Leistungskalkulation eingesetzten Honorarsätzen anzubieten.

Das Formblatt 1 zu dem hier verfahrensgegenständlichen Los 1 trägt die Überschrift „Ausführungsplanung mit stat.-konstr. Bearbeitung für den verfahrenstechnischen Bauteil“. Darunter wird als Honorarbasis laut Schätzkosten ein Betrag von Euro 30 Millionen angeführt.

Die weitere Zeile dieses Formulars lautet:

„Honorarsatz lt. HOB-I...% Abschlag auf Honorarsatz laut HOB-I.....%“. Die im Formular freigelassenen Stellen wurden von der Antragstellerin nicht ausgefüllt, es finden sich hier nur Trennstriche. Hingegen wurde die dritte Zeile „Honorarsumme lt. Schätzkosten“ mit einem Betrag von EUR 650.000,-- ausgefüllt. Die weitere Zeile „abzüglich Abschlag Euro“ blieb unausgefüllt. Schließlich wurden noch von der Antragstellerin Nebenkosten von 3 % mit 19.500,-- Euro eingesetzt und als Summe der Ausführungsplanung mit statisch-konstruktiver Bearbeitung für den verfahrenstechnischen Bauteil in dieser Spalte der Betrag von Euro 669.500,-- eingetragen.

Zu diesem Betrag hat die Antragstellerin noch das pauschal anzubietende Honorar für die Erstellung der Brandschutzpläne und Fluchtwegpläne mit Euro 7.500,-- zuzüglich Nebenkosten von 3 % von 225 Euro angeboten. Ein in diesem Abschnitt gegebenenfalls anzubietender Abschlag wurde nicht angeboten. Die Gesamtsumme des Loses 1 (ohne USt) wurde mit Euro 677.225,-- ausgewiesen.

Nach den Ergebnissen der Angebotseröffnung vom 30.8.2005 wurde das Angebot der Antragstellerin hinsichtlich des Loses 1 mit Euro 677.275,-- nach dem Angebot der Teilnahmeberechtigten preislich an zweiter Stelle gereiht.

Im Zuge der Angebotsprüfung vom 3.10.2005 hat die Antragsgegnerin bezüglich des Angebotes der Antragstellerin folgenden Prüfbericht verfasst.

„Auszug aus dem Prüfbericht Los 1 vom 3.10.2005

Verfasser: *** Unternehmensberatungsges.m.b.H.

Bieter Nr. 4 – *** ZT GmbH

Name/Bezeichnung

*** ZT GmbH

Das Angebot ist auszuschneiden.

Der Bieter hat im gegenständlichen Projekt Vorentwurfs- und Entwurfsleistungen erbracht und insbesondere auch die Vorstatik bearbeitet, die sämtlich Grundlage der gegenständlichen Ausschreibung des Loses 1 waren. Er hatte überdies im Rahmen der bisher an den Auftraggeber erbrachten Leistungen auch für diese Ausschreibung erhebliche und wesentliche Kenntnisse in Bezug auf das Vergabeverfahren für die Ausführungsleistungen erlangt, insbesondere sind ihm aus seiner Prüftätigkeit die Angebotspreise der Ausführungsausschreibung bekannt geworden. Damit ist der

Tatbestand des § 21 Abs. 3 BVergG verwirklicht, wonach Anbieter, die mittelbar oder unmittelbar an der Erstellung von Ausschreibungsunterlagen beteiligt waren, vom Vergabeverfahren auszuschließen sind, sofern sie dadurch einen Wettbewerbsvorteil erlangen. Der Bieter hat im gegenständlichen Projekt Vorentwurfs- und Entwurfsleistungen erbracht und insbesondere auch die Vorstatik bearbeitet, die sämtlich Grundlage der gegenständlichen Ausschreibung des Loses 1 waren. Er hatte überdies im Rahmen der bisher an den Auftraggeber erbrachten Leistungen auch für diese Ausschreibung erhebliche und wesentliche Kenntnisse in Bezug auf das Vergabeverfahren für die Ausführungsleistungen erlangt, insbesondere sind ihm aus seiner Prüftätigkeit die Angebotspreise der Ausführungsausschreibung bekannt geworden. Damit ist der Tatbestand des Paragraph 21, Absatz 3, BVergG verwirklicht, wonach Anbieter, die mittelbar oder unmittelbar an der Erstellung von Ausschreibungsunterlagen beteiligt waren, vom Vergabeverfahren auszuschließen sind, sofern sie dadurch einen Wettbewerbsvorteil erlangen.

Der Wettbewerbsvorteil, den der Bieter durch seine Kenntnisse für Los 1 erlangt hat ist evident und kann auch nicht dadurch ausgeglichen werden, dass der Auftraggeber den anderen Bietern vergleichbare Informationen zur Verfügung stellt. Dies vor allem auch deshalb, weil es untersagt ist, die Angebotsergebnisse des Verhandlungsverfahrens für die Ausführungsleistungen an Dritte weiter zu leiten.

Im Angebotsschreiben wäre zudem der Honorarsatz lt. HOB-I auszuweisen gewesen. Der Bieter hat diesen Punkt nicht ausgefüllt, ebenso wenig wie den Abschlag auf den Honorarsatz. Das Angebot ist insoweit unvollständig. Für das Los „Bau“ wurde (in Kenntnis der ersten Richtangebote) zumindest dem ersten Anschein nach ein Pauschalangebot gelegt. Auf schriftlichen Vorhalt hat der Bieter mit Schreiben vom 29.9.2005 hinsichtlich einer allfälligen Honoraranpassung bei Veränderung der Bemessungsgrundlage lediglich auf die Ausschreibungsunterlagen verwiesen. Die Formulierung „entsprechend“ im angeführten Punkt der Ausschreibungsunterlagen setzt aber Kenntnis eines Honorarsatzes bzw. des gewährten Nachlasses voraus. Ohne nachträgliche Verhandlung lässt sich der Honoraranspruch bei geänderter Bemessungsgrundlage nicht feststellen. Damit weist das Angebot zu Los 1 einen unbehebbarer Mangel auf und ist auch wegen Widerspruch zu den Ausschreibungsunterlagen gemäß § 98 Z 8 BVergG 2002 auszuscheiden. Im Angebotsschreiben wäre zudem der Honorarsatz lt. HOB-I auszuweisen gewesen. Der Bieter hat diesen Punkt nicht ausgefüllt, ebenso wenig wie den Abschlag auf den Honorarsatz. Das Angebot ist insoweit unvollständig. Für das Los „Bau“ wurde (in Kenntnis der ersten Richtangebote) zumindest dem ersten Anschein nach ein Pauschalangebot gelegt. Auf schriftlichen Vorhalt hat der Bieter mit Schreiben vom 29.9.2005 hinsichtlich einer allfälligen Honoraranpassung bei Veränderung der Bemessungsgrundlage lediglich auf die Ausschreibungsunterlagen verwiesen. Die Formulierung „entsprechend“ im angeführten Punkt der Ausschreibungsunterlagen setzt aber Kenntnis eines Honorarsatzes bzw. des gewährten Nachlasses voraus. Ohne nachträgliche Verhandlung lässt sich der Honoraranspruch bei geänderter Bemessungsgrundlage nicht feststellen. Damit weist das Angebot zu Los 1 einen unbehebbarer Mangel auf und ist auch wegen Widerspruch zu den Ausschreibungsunterlagen gemäß Paragraph 98, Ziffer 8, BVergG 2002 auszuscheiden.

Auswertungsergebnis

Das Angebot ist gemäß § 87 Z 2 und Z 8 BVergG auszuscheiden. "Das Angebot ist gemäß Paragraph 87, Ziffer 2 und Ziffer 8, BVergG auszuscheiden."

Mit dem im Folgenden wiedergegebenen Schreiben vom 3.10.2005 hat die Antragsgegnerin der Antragstellerin wie folgt bekannt gegeben:

„Sehr geehrter Herr Dipl. Ing. ***!

In Bezug auf Ihr Angebot vom 29.8.2005 betreffend der Ausschreibung von Planungs- und Prüfleistungen Müllverbrennungsanlage Pfaffenau Los 1 Polier- und Ausführungsplanung teilen wir Ihnen mit, dass ihr Angebot ausgeschieden werden muss.

Sie haben im gegenständlichen Projekt Vorentwurfs- und Entwurfsleistungen erbracht und insbesondere auch die Vorstatik bearbeitet, die sämtlich Grundlage der gegenständlichen Ausschreibung des Loses 1 waren. Sie haben überdies im Rahmen der bisher erbrachten Leistungen auch für diese Ausschreibung erhebliche und wesentliche Kenntnisse in Bezug auf das Vergabeverfahren für die Ausführungsleistungen erlangt, insbesondere sind Ihnen aus Ihrer Prüftätigkeit die Angebotspreise der Ausführungsausschreibung bekannt geworden. Nach Rücksprache mit unseren Rechtsberatern müssen wir feststellen, dass damit der Tatbestand des § 21 Abs. 3 BVergG, wonach Anbieter, die mittelbar oder unmittelbar an der Erstellung von Ausschreibungsunterlagen beteiligt waren, vom Vergabeverfahren

auszuschließen sind, sofern sie dadurch einen Wettbewerbsvorteil erlangen. Sie haben im gegenständlichen Projekt Vorentwurfs- und Entwurfsleistungen erbracht und insbesondere auch die Vorstatik bearbeitet, die sämtlich Grundlage der gegenständlichen Ausschreibung des Loses 1 waren. Sie haben überdies im Rahmen der bisher erbrachten Leistungen auch für diese Ausschreibung erhebliche und wesentliche Kenntnisse in Bezug auf das Vergabeverfahren für die Ausführungsleistungen erlangt, insbesondere sind Ihnen aus Ihrer Prüftätigkeit die Angebotspreise der Ausführungsausschreibung bekannt geworden. Nach Rücksprache mit unseren Rechtsberatern müssen wir feststellen, dass damit der Tatbestand des Paragraph 21, Absatz 3, BVergG, wonach Anbieter, die mittelbar oder unmittelbar an der Erstellung von Ausschreibungsunterlagen beteiligt waren, vom Vergabeverfahren auszuschließen sind, sofern sie dadurch einen Wettbewerbsvorteil erlangen.

Der Wettbewerbsvorteil, den sie durch Ihre Kenntnisse für Los 1 erlangt haben ist evident und kann auch nicht dadurch ausgeglichen werden, dass wir den anderen Bietern vergleichbare Informationen zur Verfügung stellen. Dies vor allem auch deshalb, weil es untersagt ist, die Angebotsergebnisse des Verhandlungsverfahrens für die Ausführungsleistungen an Dritte (also auch an Ihre Mitbewerber) weiter zu leiten. Allein schon aus diesem Grund ist daher Ihr Angebot für Los 1 auszuschneiden.

Auch haben sie selbst die Kenntnis wesentlicher Vorkenntnisse zum gegenständlichen Projekt und Ihnen damit verbundenen Wettbewerbsvorteil gegenüber Ihren Mitbewerbern bestätigt. Entgegen den Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen haben Sie keinen Honorarsatz und keinen Nachlass, sondern einen Pauschalbetrag für Ihr Honorar angeboten; haben also in Kenntnis der ersten Richtangebote für das Los „Bau“ zumindest dem ersten Anschein nach ein Pauschalangebot gelegt. Selbst auf schriftlichen Vorhalt haben Sie mit Schreiben vom 27.9.2005 hinsichtlich einer allfälligen Honoraranpassung bei Veränderung der Bemessungsgrundlage lediglich auf die Ausschreibungsunterlagen verwiesen. Die Formulierung „entsprechend“ im angeführten Punkt der Ausschreibungsunterlagen setzt aber Kenntnis eines Honorarsatzes bzw. des gewährten Nachlasses voraus. Ohne nachträgliche Verhandlung lässt sich Ihr Honoraranspruch bei geänderter Bemessungsgrundlage nicht feststellen. Damit weist Ihr Angebot zu Los 1 einen unbehebaren Mangel auf und ist auch wegen Widerspruch zu den Ausschreibungsbedingungen auszuschneiden.“

Mit dem der Antragstellerin am gleichen Tage zugewandten Zuschlagsentscheidungs vom 12.10.2005 hat die Antragsgegnerin mitgeteilt, das Los 1, Polier- und Ausführungsplanung mit statisch-konstruktiver Bearbeitung, der teilnahmeberechtigten Arbeitsgemeinschaft erteilen zu wollen.

Die Antragstellerin hat seit 2002 mehrfach Leistungen zur Verwirklichung des gegenständlichen Projektes im Auftrag der Antragsgegnerin erbracht. So hat die Antragstellerin die Vorentwurfs- und Entwurfsleistungen, insbesondere auch die Vorstatik, bearbeitet und alle Vorbereitungen zur baurechtlichen Einreichung nach dem UVP-G erarbeitet. Weiters hat die Antragstellerin sämtliche Ausschreibungen der Baumeister- und Professionistenarbeiten im Jahre 2004 vorgenommen. Diesbezüglich wird auf die Dokumentation der Vorleistungen der Antragstellerin in den Vergabeakten, Ordner 2, Punkt 15, verwiesen.

Den Ausschreibungsunterlagen war die von der Antragstellerin erarbeitete Vorstatik ebenso angeschlossen, wie die nicht ausgepreisten Leistungsverzeichnisse über die Baumeisterarbeiten. Nicht bekannt war den Bietern, wer hinsichtlich der Baumeisterarbeiten an den jeweiligen Ausschreibungen teilnimmt und wie das Preisgefüge dieser Anbieter aussieht. Dieses Wissen hatte jedoch die Antragstellerin aus ihrer Prüftätigkeit der Erd- und Baumeisterausschreibungen.

Mit Schreiben vom 25.10.2005 hat die Antragstellerin die Antragsgegnerin von der beabsichtigten Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens im Faxwege verständigt. Hinsichtlich der geltend gemachten Rechtswidrigkeiten wurde dabei auf den angeschlossenen Antragsentwurf verwiesen. Dieses Fax ist bei der Antragsgegnerin am gleichen Tage um 10.44 Uhr eingelangt.

Der Nachprüfungsantrag ist gleichfalls am gleichen Tage um 11.34 im Faxwege in der Geschäftsstelle des VKS eingelangt.

Mit Schriftsatz vom 31.10.2005 hat das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen einen Antrag auf Teilnahme am Nachprüfungsverfahren gestellt.

Nach Abweisung des Antrages der Antragstellerin auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung hat die Antragsgegnerin die gegenständlichen Leistungen am 11.11.2005 an die Teilnahmeberechtigte vergeben.

Darauf hin hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 24.11.2005 ihren ursprünglich auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung gerichteten Antrag in einen Antrag auf Feststellung nach § 27 Abs. 1 WVRG abgeändert. Darauf hin hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 24.11.2005 ihren ursprünglich auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung gerichteten Antrag in einen Antrag auf Feststellung nach Paragraph 27, Absatz eins, WVRG abgeändert.

Die Ausschreibungsunterlagen, insbesondere jene Bestimmungen, die bezüglich des Loses 1 das Honorarangebot betroffen haben, wurden weder von der Antragstellerin noch von sonst einem Bieter angefochten.

Zu diesen Feststellungen gelangte der Vergabekontrollsenat auf Grund des Inhaltes der Vergabeakten, der Schriftsätze der Beteiligten, die jeweils auch der anderen Seite zugestellt wurden sowie der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung. Nach den Vergabeakten, aber auch nach dem Vorbringen der Antragstellerin war als erwiesen anzunehmen, dass sie seit dem Jahr 2002 an der Planung und Projektierung der gegenständlichen Anlage von Anbeginn an eingebunden war. So war insbesondere als erwiesen anzunehmen, dass die Antragstellerin die Vorentwurfsplanung sowie die Einreichplanung für die Umweltverträglichkeitsprüfung inklusive statischer Berechnung vorgenommen hat und in der Folge die Ausschreibungen und Prüfung der Angebote für die Bauleistungen durchgeführt hat. Insbesondere auf Grund der Aussage von Ing. *** in der mündlichen Verhandlung vom 27. April 2006 kann als unstrittig angesehen werden, dass die Antragstellerin ein Pauschalhonorar angeboten hat. Ing. *** hat dazu ausgeführt, die Bieterlücken beim Honoraransatz seien deshalb nicht ausgefüllt worden, „weil eine Herleitung der Honorarkosten nach HOB-I nicht korrekt möglich“ gewesen wäre. Die angefragten Leistungen der Antragsgegnerin würden zu 85 % Leistungen, die in der HOB-S verankert sind, betreffen. Richtigerweise wäre daher für die Honorarkosten die HOB-S anzuwenden gewesen. Die von der Antragstellerin erbrachten Vorarbeiten zur Errichtung der MVA wurden auch von Ing. *** im Wesentlichen zugestanden, wenn er auch in diesem Zusammenhang ausführte, dass die Antragstellerin über keine Detailberechnungen und Festlegungen hinsichtlich Dimensionierungen verfüge. Die von der Antragstellerin im Hinblick auf ausschreibungsrelevante Details ergänzten Pläne seien jedoch als Leistungsverzeichnis Grundlage der gegenständlichen Ausschreibung gewesen. Die von der Antragstellerin vorgenommenen Berechnungen zur Vorstatik seien für das gegenständliche Ausschreibungsverfahren nicht verwendbar gewesen, weil dazu die genauen Dispositions- und Belastungsplanungen der Losauftragnehmer erforderlich gewesen wären (Protokoll der mündlichen Verhandlung).

Dieser Sachverhalt war rechtlich wie folgt zu würdigen:

Die Frage der Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages, der formalen Voraussetzungen sowie der Einhaltung der Fristen wurde bereits im Zuge der mit Bescheid vom 4.11.2005, VKS – 3340/05, ausgesprochenen Abweisung der beantragten einstweiligen Verfügung eingehend geprüft. Die dabei festgestellten Verfahrensvoraussetzungen liegen weiterhin vor. In der Begründung dieses Bescheides wurde auch zum Vorbringen der Antragsgegnerin, die Verständigung von der beabsichtigten Antragsstellung auf Einleitung eines Nichtigerklärungsverfahrens habe nicht § 14 Abs. 2 WVRG entsprochen, ausführlich Stellung genommen. Es muss daher darauf nicht weiter eingegangen werden, es genügt – um Wiederholungen zu vermeiden – auf den Inhalt dieses allen Beteiligten zugegangenen Bescheides zu verweisen. Die Frage der Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages, der formalen Voraussetzungen sowie der Einhaltung der Fristen wurde bereits im Zuge der mit Bescheid vom 4.11.2005, VKS – 3340/05, ausgesprochenen Abweisung der beantragten einstweiligen Verfügung eingehend geprüft. Die dabei festgestellten Verfahrensvoraussetzungen liegen weiterhin vor. In der Begründung dieses Bescheides wurde auch zum Vorbringen der Antragsgegnerin, die Verständigung von der beabsichtigten Antragsstellung auf Einleitung eines Nichtigerklärungsverfahrens habe nicht Paragraph 14, Absatz 2, WVRG entsprochen, ausführlich Stellung genommen. Es muss daher darauf nicht weiter eingegangen werden, es genügt – um Wiederholungen zu vermeiden – auf den Inhalt dieses allen Beteiligten zugegangenen Bescheides zu verweisen.

Im Hinblick darauf, dass die Antragsgegnerin nach Abweisung ihres Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung die ausgeschriebenen Leistungen vergeben hat, hat die Antragstellerin zutreffend ihr Begehren auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung auf ein Feststellungsbegehren nach § 27 Abs.1 WVRG abgeändert (Antrag vom 24.11.2005). Im Hinblick darauf, dass die Antragsgegnerin nach Abweisung ihres Antrages auf Erlassung einer

einstweiligen Verfügung die ausgeschriebenen Leistungen vergeben hat, hat die Antragstellerin zutreffend ihr Begehren auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung auf ein Feststellungsbegehren nach Paragraph 27, Absatz eins, WVRG abgeändert (Antrag vom 24.11.2005).

Nach § 27 Abs.1 WVRG ist der Vergabekontrollsenat dann, wenn in einem Vergabeverfahren der Zuschlag rechtswirksam erteilt wurde, nur mehr zuständig, auf Antrag jenes Unternehmens, das den Antrag gemäß § 13 Abs.1 gestellt hat, festzustellen, ob der behauptete Rechtsverstoß vorliegt. Dieser Antrag auf Feststellung ist spätestens 6 Wochen ab dem Zeitpunkt der Kenntnis von der Zuschlagserteilung, längstens jedoch innerhalb eines Zeitraumes von 6 Monaten zulässig. Dieser Feststellungsantrag wurde rechtzeitig und inhaltlich zutreffend gestellt, er erweist sich jedoch in Ergebnis als nicht berechtigt. Nach Paragraph 27, Absatz eins, WVRG ist der Vergabekontrollsenat dann, wenn in einem Vergabeverfahren der Zuschlag rechtswirksam erteilt wurde, nur mehr zuständig, auf Antrag jenes Unternehmens, das den Antrag gemäß Paragraph 13, Absatz eins, gestellt hat, festzustellen, ob der behauptete Rechtsverstoß vorliegt. Dieser Antrag auf Feststellung ist spätestens 6 Wochen ab dem Zeitpunkt der Kenntnis von der Zuschlagserteilung, längstens jedoch innerhalb eines Zeitraumes von 6 Monaten zulässig. Dieser Feststellungsantrag wurde rechtzeitig und inhaltlich zutreffend gestellt, er erweist sich jedoch in Ergebnis als nicht berechtigt.

Auch im Feststellungsverfahren nach § 27 Abs.1 WVRG war zunächst zu prüfen, ob das Angebot der Antragstellerin zurecht ausgeschieden wurde oder nicht. Im Sinne der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes, die auch für das Feststellungsverfahren nach § 27 Abs.1 WVRG Anwendung zu finden hat, ist Voraussetzung für eine wirksame Anfechtung, dass die Bewerbung eines Bieters für die Zuschlagserteilung geeignet gewesen wäre. War dieser Umstand nicht gegeben, ist die Antragslegitimation zu verneinen (vgl. VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050 u. a.). Auch im Feststellungsverfahren nach Paragraph 27, Absatz eins, WVRG war zunächst zu prüfen, ob das Angebot der Antragstellerin zurecht ausgeschieden wurde oder nicht. Im Sinne der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes, die auch für das Feststellungsverfahren nach Paragraph 27, Absatz eins, WVRG Anwendung zu finden hat, ist Voraussetzung für eine wirksame Anfechtung, dass die Bewerbung eines Bieters für die Zuschlagserteilung geeignet gewesen wäre. War dieser Umstand nicht gegeben, ist die Antragslegitimation zu verneinen vergleiche VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050 u. a.).

Die Antragsgegnerin hat das Angebot der Antragstellerin im Wesentlichen mit zwei Begründungen ausgeschieden, nämlich, dass die Antragstellerin durch ihre umfangreichen, langjährigen Tätigkeiten im Rahmen der Planung und Ausführung der zu errichtenden MVA mittelbar und unmittelbar an der Erstellung von Ausschreibungsunterlagen beteiligt war, die sie daher vom Vergabeverfahren ausschließen. Als weiteren Grund hat die Antragsgegnerin die Ausscheidung darauf gestützt, dass die Antragstellerin in ihrem Angebot im Widerspruch zu den Ausschreibungsunterlagen ein Pauschalhonorar angeboten hätte, obwohl der Honoraransatz nach HOB-I auszuweisen gewesen wäre.

Gemäß § 21 Abs.1 BVergG 2002 sind Aufträge über Leistungen entsprechend den Grundsätzen des freien und lauterer Wettbewerbs und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu vergeben. Gemäß Abs.3 leg. cit. sind „Unternehmer, die an der Erarbeitung der Unterlagen für das Vergabeverfahren unmittelbar oder mittelbar beteiligt waren, soweit durch ihre Teilnahme ein fairer und lauterer Wettbewerb ausgeschlossen wäre, von der Teilnahme am Vergabeverfahren um die Leistung auszuschließen, es sei denn, dass auf deren Beteiligung in begründeten Ausnahmefällen nicht verzichtet werden kann“. Der letzt genannte Ausnahmegrund liegt unstrittigermaßen nicht vor. Es war daher zunächst zu prüfen, ob und in welchem Ausmaß die Antragstellerin „unmittelbar oder mittelbar“ an der Erarbeitung der Unterlagen für das Vergabeverfahren beteiligt war und ob sie dadurch über Informationen und Kenntnisse verfügte, die einen fairen und lauterer Wettbewerb zu beeinträchtigen geeignet waren. Gemäß Paragraph 21, Absatz eins, BVergG 2002 sind Aufträge über Leistungen entsprechend den Grundsätzen des freien und lauterer Wettbewerbs und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu vergeben. Gemäß Absatz 3, leg. cit. sind „Unternehmer, die an der Erarbeitung der Unterlagen für das Vergabeverfahren unmittelbar oder mittelbar beteiligt waren, soweit durch ihre Teilnahme ein fairer und lauterer Wettbewerb ausgeschlossen wäre, von der Teilnahme am Vergabeverfahren um die Leistung auszuschließen, es sei denn, dass auf deren Beteiligung in begründeten Ausnahmefällen nicht verzichtet werden kann“. Der letzt genannte Ausnahmegrund liegt unstrittigermaßen nicht vor. Es war daher zunächst zu prüfen, ob und in welchem Ausmaß die

Antragstellerin „unmittelbar oder mittelbar“ an der Erarbeitung der Unterlagen für das Vergabeverfahren beteiligt war und ob sie dadurch über Informationen und Kenntnisse verfügte, die einen fairen und lauterer Wettbewerb zu beeinträchtigen geeignet waren.

Die Antragstellerin war vor Beginn des gegenständlichen Vergabeverfahrens mit folgenden Leistungen für das Bauvorhaben zur Errichtung der MVA Pfaffenau beauftragt:

Vorentwurf, Entwurf, Einreichplanung, Vorstatik, Erarbeitung der Unterlagen für das Umweltverträglichkeitsprüfungsverfahren, Prüftätigkeit bei der Ausführungsausschreibung, Erstellung der Leistungsverzeichnisse für die Baumeisterarbeiten. Diese Tätigkeit der Antragstellerin reicht bis in das Jahr 2002 zurück. Die Antragstellerin hat dadurch über Jahre ausführliche und bis in Detail gehende Kenntnisse von dem Bauvorhaben erlangt, welche von den Mitbewerbern im Zuge der Angebotslegung (Besichtigung der Baustelle 29/30. Lohnwoche 2005, Abgabe der Angebote im gegenständlichen Vergabeverfahren 35. Lohnwoche 2005) unmöglich aufzuholen waren. Es steht zwar fest, dass die Antragsgegnerin mit den Ausschreibungsunterlagen die von der Antragstellerin erarbeitete Vorstatik und Entwurfsplanung für das Genehmigungsverfahren zur Verfügung gestellt hat sowie die nicht ausgepreisten Leistungsverzeichnisse für die Baumeisterarbeiten. Nicht zur Verfügung gestellt werden konnten jedoch allen Bietern Daten darüber, wer hinsichtlich der Baumeisterarbeiten an dieser Ausschreibung teilnimmt und wie das Preisgefüge der Anbieter aussieht. Über dieses Wissen hat jedoch die Antragstellerin aus der Prüfung der Erd- und Baumeisterausschreibungen verfügt (unbestritten gebliebenes Vorbringen der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung).

Wenn in diesem Zusammenhang die Antragstellerin die Ansicht vertritt, die Bestimmung des § 21 BVergG 2002, insbesondere dessen Abs. 3, sei gegenständlich nicht anzuwenden, weil die Antragstellerin an der Erarbeitung der Unterlagen für das gegenständliche Vergabeverfahren weder mittelbar noch unmittelbar beteiligt gewesen wäre, kann dieser Standpunkt nicht geteilt werden. Zunächst ist vorliegend zu berücksichtigen, dass es sich bei den gegenständlich ausgeschriebenen Planungs- und Prüfleistungen, Los 1 Polier- und Ausführungsplanung mit statisch-konstruktiver Bearbeitung, nur um eine Teilleistung im Rahmen des Gesamtprojektes zur Errichtung der MVA-Pfaffenau, handelte. Zutreffend hat in diesem Zusammenhang die Antragsgegnerin darauf hingewiesen, dass – was auch nach den Vergabeakten entsprechend dokumentiert ist – zunächst eine Gesamtausschreibung mit der Option eines Generalunternehmerauftrages bekannt gemacht wurde. Nach Vorliegen der diesbezüglichen Angebote stellte sich für die Antragsgegnerin im Zuge des Angebotsprüfungsverfahrens heraus, dass wegen der unterschiedlich strukturierten Interessen der Bieter der einzelnen Vergabeeinheiten ein Generalunternehmerauftrag ausgeschlossen war. Es hat sich damit für die Antragsgegnerin die Notwendigkeit ergeben, die zunächst im Zuge eines Generalunternehmerauftrages zu erbringenden Leistungen in einzelne Vergabeeinheiten aufzugliedern. Bereits aus dieser Darstellung ergibt sich, dass die gegenständlich ausgeschriebene Polier- und Ausführungsplanung mit statisch konstruktiver Bearbeitung inhaltlich nur eine eigene Vergabeeinheit im Zuge der Durchführung des Gesamtprojektes darstellt. Diese Ausschreibung kann daher nur im Zusammenhang mit dem Gesamtkomplex der Errichtung der MVA Pfaffenau gesehen werden. Im diesen Sinne muss aber der Begriff „Erarbeitung von Unterlagen“ weitergefasst werden, als dies die Antragstellerin sehen will. Grundsatz des Vergabeverfahrens ist Abs. 1 des § 21 BVergG 2002, wonach die Vergabe von Leistungen nur entsprechend den Grundsätzen des freien und lauterer Wettbewerbes unter Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter erfolgen darf. Dies macht deutlich, dass der Grundsatz des § 21 Abs. 3 ein vom Wettbewerbsprinzip des § 21 Abs. 1 BVergG 2002 abgeleiteter Grundsatz ist (vgl. Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002, RZ 60 f zu § 21). Wenn in diesem Zusammenhang die Antragstellerin die Ansicht vertritt, die Bestimmung des Paragraph 21, BVergG 2002, insbesondere dessen Absatz 3, sei gegenständlich nicht anzuwenden, weil die Antragstellerin an der Erarbeitung der Unterlagen für das gegenständliche Vergabeverfahren weder mittelbar noch unmittelbar beteiligt gewesen wäre, kann dieser Standpunkt nicht geteilt werden. Zunächst ist vorliegend zu berücksichtigen, dass es sich bei den gegenständlich ausgeschriebenen Planungs- und Prüfleistungen, Los 1 Polier- und Ausführungsplanung mit statisch-konstruktiver Bearbeitung, nur um eine Teilleistung im Rahmen des Gesamtprojektes zur Errichtung der MVA-Pfaffenau, handelte. Zutreffend hat in diesem Zusammenhang die Antragsgegnerin darauf hingewiesen, dass – was auch nach den Vergabeakten entsprechend dokumentiert ist – zunächst eine Gesamtausschreibung mit der Option eines Generalunternehmerauftrages bekannt gemacht wurde. Nach Vorliegen der diesbezüglichen Angebote stellte sich für die Antragsgegnerin im Zuge des Angebotsprüfungsverfahrens heraus, dass wegen der unterschiedlich strukturierten

Interessen der Bieter der einzelnen Vergabeeinheiten ein Generalunternehmerauftrag ausgeschlossen war. Es hat sich damit für die Antragsgegnerin die Notwendigkeit ergeben, die zunächst im Zuge eines Generalunternehmerauftrages zu erbringenden Leistungen in einzelne Vergabeeinheiten aufzugliedern. Bereits aus dieser Darstellung ergibt sich, dass die gegenständlich ausgeschriebene Polier- und Ausführungsplanung mit statisch konstruktiver Bearbeitung inhaltlich nur eine eigene Vergabeeinheit im Zuge der Durchführung des Gesamtprojektes darstellt. Diese Ausschreibung kann daher nur im Zusammenhang mit dem Gesamtkomplex der Errichtung der MVA Pfaffenau gesehen werden. Im diesen Sinne muss aber der Begriff „Erarbeitung von Unterlagen“ weitergefasst werden, als dies die Antragstellerin sehen will. Grundsatz des Vergabeverfahrens ist Absatz eins, des Paragraph 21, BVergG 2002, wonach die Vergabe von Leistungen nur entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes unter Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter erfolgen darf. Dies macht deutlich, dass der Grundsatz des Paragraph 21, Absatz 3, ein vom Wettbewerbsprinzip des Paragraph 21, Absatz eins, BVergG 2002 abgeleiteter Grundsatz ist vergleiche Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002, RZ 60 f zu Paragraph 21,).

Das Nachprüfungsverfahren hat ergeben, dass die Antragsgegnerin zwar alle im Zusammenhang mit früheren Planungsstufen von der Antragstellerin erarbeitete Grundlagen (insbesondere Vorstatik, Baumeisterleistungsverzeichnisse etc) allen Bietern zur Verfügung gestellt hat, nicht jedoch die Daten, wer bezüglich der Baumeisterarbeiten an der Ausschreibung teilnimmt und wie das Preisgefüge der dort gelegten Angebote aussieht. Dazu kommt, wie die Teilnahmeberechtigte unbestritten ausgeführt hat, dass die Antragstellerin an zahllosen Vorbesprechungen im Zuge der Planung und Ausführung des Gesamtprojektes teilgenommen hat. Insbesondere dadurch, dass die Antragstellerin durch ihre Prüftätigkeit in den Vergabeverfahren für die Ausführungsleistungen die Angebotspreise aus diesen Vergabeverfahren gekannt hat, hat sie über einen Informationsvorsprung verfügt, der von der Antragsgegnerin anderen Bietern schon deshalb nicht zur Verfügung gestellt werden konnten, weil diese Vergaben im Wege von Verhandlungsverfahren für die Ausführungsleistungen erfolgten und es dem Auftraggeber in diesen Verfahrensarten verboten ist, die Angebotsergebnisse an Dritte weiterzuleiten. So kannte die Antragstellerin etwa, da sie in die Ausschreibung der Bauleistungen führend eingebunden war sowie aufgrund ihrer Prüftätigkeit in diesen Vergabeverfahren, die zu erwarteten Baukosten. Die Abrechnungssumme der Bauleistungen bildet jedoch die Bemessungsgrundlage für das Honorar für die gegenständlich ausgeschriebenen Planerleistungen. Damit war sie in der Lage zu beurteilen in wie weit mit einer Änderung der Bemessungsgrundlage und einer damit verbundenen Änderung des Honorars gerechnet werden kann.

Das Nachprüfungsverfahren hat jedenfalls ergeben, dass die Antragstellerin durch ihre jahrelange und intensive Einbindung in die Planung und Errichtung des Projektes MVA-Pfaffenau über einen Informationsvorsprung verfügte, der nach den Ergebnissen des Verfahrens und nach dem Inhalt der Vergabeakten nicht durch den Inhalt der Ausschreibungsunterlagen bzw. die von der Antragsgegnerin den Bietern zur Verfügung gestellten Angaben, Pläne und Leistungsverzeichnis ausgeglichen wurde. In diesem Sinne ist es auch der Antragstellerin nicht gelungen zu beweisen, dass nach den Umständen des Einzelfalles die von ihr erworbenen Erfahrungen bei der Durchführung des MVA-Pfaffenau den Wettbewerb nicht haben verfälschen können (vgl. EuGH vom 3.3.2005, Rs C-21/03 und C-34/03). Das Nachprüfungsverfahren hat jedenfalls ergeben, dass die Antragstellerin durch ihre jahrelange und intensive Einbindung in die Planung und Errichtung des Projektes MVA-Pfaffenau über einen Informationsvorsprung verfügte, der nach den Ergebnissen des Verfahrens und nach dem Inhalt der Vergabeakten nicht durch den Inhalt der Ausschreibungsunterlagen bzw. die von der Antragsgegnerin den Bietern zur Verfügung gestellten Angaben, Pläne und Leistungsverzeichnis ausgeglichen wurde. In diesem Sinne ist es auch der Antragstellerin nicht gelungen zu beweisen, dass nach den Umständen des Einzelfalles die von ihr erworbenen Erfahrungen bei der Durchführung des MVA-Pfaffenau den Wettbewerb nicht haben verfälschen können vergleiche EuGH vom 3.3.2005, Rs C-21/03 und C-34/03).

Der von der Antragsgegnerin angezogene Ausscheidungsgrund des § 98 Z 2 BVergG 2002 liegt somit vor. Der von der Antragsgegnerin angezogene Ausscheidungsgrund des Paragraph 98, Ziffer 2, BVergG 2002 liegt somit vor.

Unabhängig davon hat die Antragsgegnerin aber auch das Angebot der Antragstellerin zutreffend nach § 98 Z 8 BVergG 2002 ausgeschieden. Unabhängig davon hat die Antragsgegnerin aber auch das Angebot der Antragstellerin zutreffend nach Paragraph 98, Ziffer 8, BVergG 2002 ausgeschieden.

Nach den klaren Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen war das Honorar für das Los 1 „Ausführungsplanung mit stat.-konstr. Bearbeitung für die verfahrenstechnischen Bauten“ unter Verwendung des Formblattes 1 der Beilage IV Formblätter anzubieten. Dabei wurde von der Antragsgegnerin dem Honorarangebot eine geschätzte Honorarbasis

von EUR 30.000.000 zu Grunde gelegt und ausgehend davon der Honorarsatz laut HOB-I in % samt Abschlägen auf den Honorarsatz ebenfalls in % anzubieten. Eindeutig hat die Antragstellerin diesbezüglich nur ein Pauschalangebot über einen Betrag von EUR 677.225 ohne USt angeboten. Nach den klaren Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen war das Honorar für das Los 1 „Ausführungsplanung mit stat.-konstr. Bearbeitung für die verfahrenstechnischen Bauten“ unter Verwendung des Formblattes 1 der Beilage römisch vier Formblätter anzubieten. Dabei wurde von der Antragsgegnerin dem Honorarangebot eine geschätzte Honorarbasis von EUR 30.000.000 zu Grunde gelegt und ausgehend davon der Honorarsatz laut HOB-I in % samt Abschlägen auf den Honorarsatz ebenfalls in % anzubieten. Eindeutig hat die Antragstellerin diesbezüglich nur ein Pauschalangebot über einen Betrag von EUR 677.225 ohne USt angeboten.

Obwohl die Antragstellerin den Standpunkt vertritt, dass eine Herleitung der Honorarkosten nach HOB-I korrekt nicht möglich gewesen sei sondern viel mehr das Honorarangebot auf Basis der HOB-S vorzunehmen gewesen wäre, hat weder die Antragstellerin noch ein sonstiger Mitbewerber die Ausschreibungsbedingungen rechtzeitig angefochten. Es ist daher sowohl die Antragstellerin als auch die Antragsgegnerin an die unangefochten gebliebenen Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen gebunden. Das Honorarangebot wäre daher auf Basis der HOB-I mit entsprechenden Abschlägen zu erstellen gewesen.

Nach der Honorarordnung Bauwesen, Besonderer Teil HOB-I, § 19 Abs. 1 „Honorarsätze für die Planung, Tabelle 1“ ist der Honorarsatz für die Planung sowie das Produkt aus Honorarsatz für die Planung und Planungsfaktor jeweils in Abhängigkeit von den honorarpflichtigen Kosten (Netto-Kosten ohne USt) für den Bereich von Euro 36.336 bis Euro 72.672.834 auf drei Dezimale gerundet angegeben. Der Honorarsatz sinkt ausgehend von Euro 36.336 in mehreren Schritten von 8,868 % auf 2,852 % beim Höchstsatz. Einen Honorarsatz weder in Prozent noch in absoluten Zahlen hat aber die Antragstellerin im Formblatt ebenso wenig eingetragen, wie einen Abschlag auf den Honorarsatz. Nach der Honorarordnung Bauwesen, Besonderer Teil HOB-I, Paragraph 19, Absatz eins, „Honorarsätze für die Planung, Tabelle 1“ ist der Honorarsatz für die Planung sowie das Produkt aus Honorarsatz für die Planung und Planungsfaktor jeweils in Abhängigkeit von den honorarpflichtigen Kosten (Netto-Kosten ohne USt) für den Bereich von Euro 36.336 bis Euro 72.672.834 auf drei Dezimale gerundet angegeben. Der Honorarsatz sinkt ausgehend von Euro 36.336 in mehreren Schritten von 8,868 % auf 2,852 % beim Höchstsatz. Einen Honorarsatz weder in Prozent noch in absoluten Zahlen hat aber die Antragstellerin im Formblatt ebenso wenig eingetragen, wie einen Abschlag auf den Honorarsatz.

Nach den Ausschreibungsunterlagen ist das Honorar entsprechend der tatsächlichen Abrechnungssumme zu ermitteln (Honoraranpassung, Ausschreibungsunterlagen, Seite 42). Eine derartige Honoraranpassung setzt jedoch Angaben des Bieters zum Honorarsatz laut HOB-I und einen Abschlag auf diesen Honorarsatz voraus. Da sich der Honorarsatz laut HOB-I nicht linear verändert, lässt sich der von der Antragstellerin angebotene Pauschalhonorarsatz auf den Honorarsatz bei einer geänderten Honorarbasis nicht bestimmen. Hierzu müsste zumindest der angebotene Abschlag bekannt sein, der aber von der Antragstellerin nicht bekannt gegeben wurde. Obwohl die Antragsgegnerin die Antragstellerin hinsichtlich einer allfälligen Honoraranpassung bei Veränderung der Bemessungsgrundlage um Aufklärung ersucht hat, hat diese mit Schreiben vom 29.9.2005 lediglich auf die Ausschreibungsunterlagen verwiesen, ohne nähere Ausführungen zu ihrer Honorargestaltung zu machen. Zutreffend vertritt die Antragsgegnerin in diesem Zusammenhang die Ansicht, dass eine Kenntnis eines Honorarsatzes erforderlich ist, um bei einer Veränderung der Bemessungsgrundlage eine Honoraranpassung ohne nachträgliche Verhandlungen durchzuführen. Damit erweist sich aber das Angebot der Antragstellerin in diesem Punkt als mit einem schwerwiegenden Mangel behaftet, welcher Umstand gleichfalls die Ausscheidung ihres Angebotes rechtfertigt (§ 98 Z 8 BVergG 2002). Nach den Ausschreibungsunterlagen ist das Honorar entsprechend der tatsächlichen Abrechnungssumme zu ermitteln (Honoraranpassung, Ausschreibungsunterlagen, Seite 42). Eine derartige Honoraranpassung setzt jedoch Angaben des Bieters zum Honorarsatz laut HOB-I und einen Abschlag auf diesen Honorarsatz voraus. Da sich der Honorarsatz laut HOB-I nicht linear verändert, lässt sich der von der Antragstellerin angebotene Pauschalhonorarsatz auf den Honorarsatz bei einer geänderten Honorarbasis nicht bestimmen. Hierzu müsste zumindest der angebotene Abschlag bekannt sein, der aber von der Antragstellerin nicht bekannt gegeben wurde. Obwohl die Antragsgegnerin die Antragstellerin hinsichtlich einer allfälligen Honoraranpassung bei Veränderung der Bemessungsgrundlage um Aufklärung ersucht hat, hat diese mit Schreiben vom 29.9.2005 lediglich auf die Ausschreibungsunterlagen verwiesen, ohne nähere Ausführungen zu ihrer Honorargestaltung zu machen. Zutreffend vertritt die Antragsgegnerin in diesem Zusammenhang die Ansicht, dass eine Kenntnis eines Honorarsatzes

bzw. des gewährten Nachlasses erforderlich ist, um bei einer Veränderung der Bemessungsgrundlage eine Honoraranpassung ohne nachträgliche Verhandlungen durchzuführen. Damit erweist sich aber das Angebot der Antragstellerin in diesem Punkt als mit einem schwerwiegenden Mangel behaftet, welcher Umstand gleichfalls die Ausscheidung ihres Angebotes rechtfertigt (Paragraph 98, Ziffer 8, BVergG 2002).

Zusammenfassend hat somit das Nachprüfungsverfahren ergeben, dass das Angebot der Antragstellerin aus den von der Antragsgegnerin angezogenen Gründen zu Recht ausgeschieden worden ist. Damit steht aber auch fest, dass der von der Antragstellerin behauptete Rechtsvorstoß nicht vorliegt. Es war daher wie aus dem Spruch, Pkt. 1, ersichtlich, zu entscheiden.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 74 Abs. 2 AVG in Verbindung mit § 30 Abs. 5 WVRG. Da die Antragstellerin mit ihrem Anliegen nicht durchgedrungen ist, hat sie die von ihr entrichteten Gebühren selbst zu tragen. Hingegen ist die Teilnahmeberechtigte als obsiegend anzusehen, weshalb ihr die Antragstellerin die entrichteten Pauschalgebühren zu ersetzen hat. Die Kostenentscheidung gründet sich auf Paragraph 74, Absatz 2, AVG in Verbindung mit Paragraph 30, Absatz 5, WVRG. Da die Antragstellerin mit ihrem Anliegen nicht durchgedrungen ist, hat sie die von ihr entrichteten Gebühren selbst zu tragen. Hingegen ist die Teilnahmeberechtigte als obsiegend anzusehen, weshalb ihr die Antragstellerin die entrichteten Pauschalgebühren zu ersetzen hat.

Schlagworte

Ausscheidung wegen wesentlicher Vorarbeiten.

Dokumentnummer

VERGT_20060427_3340_05_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