

TE Verg Bescheid 2006/3/31 06N-116/05-32

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 31.03.2006

Norm

BVergG 2002 §4

BVErgG 2002 §7 Abs1 Z1

BVergG 2002 §9 Abs2

BVergG 2002 §21 Abs1

BVergG 2002 §33 Abs1

BVergG 2002 §52 Abs5 Z2

BVergG 2002 §70 Abs1

BVergG 2002 §70 Abs2

BVergG 2002 §82 Abs4

BVergG 2002 §83 Abs1 Z2

BVergG 2002 §91 Abs3

BVergG 2002 §98 Z8

BVergG 2002 §99

BVergG 2002 §154 Abs1 Z2

BVergG 2002 §162 Abs2 Z2

BVergG 2002 §163 Abs1

BVergG 2002 §171 Abs1

BVergG 2002 §174 Abs1

BVergG 2002 §177 Abs1

BVergG 2002 §177 Abs5

BVergG 2006 §345 Abs1

BVergG 2006 §345 Abs2

BVergG 2006 §345 Abs4

AVG §74 Abs1

AVG §74 Abs2

1. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.02.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 345 gültig von 12.07.2013 bis 26.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 345 gültig von 24.05.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2012
4. BVergG 2006 § 345 gültig von 17.02.2012 bis 23.05.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
5. BVergG 2006 § 345 gültig von 05.03.2010 bis 17.02.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
6. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2008

7. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 8. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.02.2006 bis 26.11.2007
1. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.02.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 345 gültig von 12.07.2013 bis 26.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
 3. BVergG 2006 § 345 gültig von 24.05.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2012
 4. BVergG 2006 § 345 gültig von 17.02.2012 bis 23.05.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 5. BVergG 2006 § 345 gültig von 05.03.2010 bis 17.02.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 6. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2008
 7. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 8. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.02.2006 bis 26.11.2007
1. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.02.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 345 gültig von 12.07.2013 bis 26.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
 3. BVergG 2006 § 345 gültig von 24.05.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2012
 4. BVergG 2006 § 345 gültig von 17.02.2012 bis 23.05.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 5. BVergG 2006 § 345 gültig von 05.03.2010 bis 17.02.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 6. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2008
 7. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 8. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.02.2006 bis 26.11.2007
1. AVG § 74 heute
 2. AVG § 74 gültig ab 01.01.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 5/2008
 3. AVG § 74 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.2007
1. AVG § 74 heute
 2. AVG § 74 gültig ab 01.01.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 5/2008
 3. AVG § 74 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.2007

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 154 Abs. 1 Z 1 Bundesvergabegesetz 2002 (BVergG 2002), BGBl. I Nr. 99/2002 idF BGBl. II Nr. 56/2005 durch die Vorsitzende des Senats 6, Mag. Kristina Hofer, im Nachprüfungsverfahren gemäß § 162 Abs. 2 BVergG 2002 betreffend die Auftragsvergabe "Geotechnische Beratung; Vorarlberger Rheintalbinnenkanal km 8,33 bis 9,58" des Auftraggebers Bund, vertreten durch den Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt- und Wasserwirtschaft, dieser vertreten durch den Landeshauptmann für Vorarlberg, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 154, Absatz eins, Ziffer eins, Bundesvergabegesetz 2002 (BVergG 2002), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 99 aus 2002, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 56 aus 2005, durch die Vorsitzende des Senats 6, Mag. Kristina Hofer, im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 162, Absatz 2, BVergG 2002 betreffend die Auftragsvergabe "Geotechnische Beratung; Vorarlberger Rheintalbinnenkanal km 8,33 bis 9,58" des Auftraggebers Bund, vertreten durch den Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt- und Wasserwirtschaft, dieser vertreten durch den Landeshauptmann für Vorarlberg, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Dem Antrag des Prof. DI Dr. A***, vertreten durch X***, Y*** & Partner, Rechtsanwälte, vom 21. November 2005, eingelangt beim Bundesvergabeamt am 23. November 2005, "die Zuschlagsentscheidung aufzuheben und für nichtig zu erklären", wird stattgegeben.

Die Entscheidung des Auftraggebers, im Vergabeverfahren "Geotechnische Beratung; Vorarlberger Rheintalbinnenkanal km 8,33 bis 9,58" den Zuschlag der B*** GmbH, erteilen zu wollen, wird für nichtig erklärt.

Rechtsgrundlage: §§ 21 Abs. 1 BVergG 2002, 99 BVergG 2002, 162 Abs. 2 Z 2 BVergG 2002 und 174 Abs. 1 BVergG 2002; § 345 Abs. 2 und 4 Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG 2006), BGBl. I Nr. 17/2006. Rechtsgrundlage: Paragraphen 21, Absatz eins, BVergG 2002, 99 BVergG 2002, 162 Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2002 und 174 Absatz eins, BVergG 2002;

Paragraph 345, Absatz 2 und 4 Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG 2006), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,.

II.römisch zwei.

Dem Antrag vom 24. März 2006, "das Bundesvergabeamt möge den Auftraggeber zum Ersatz der Pauschalgebühren verpflichten", wird teilweise stattgegeben.

Der Bund, vertreten durch den Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt- und Wasserwirtschaft, dieser vertreten durch den Landeshauptmann für Vorarlberg, ist verpflichtet, Prof. DI Dr. A***, vertreten durch X***, Y*** & Partner, Rechtsanwälte, die für den Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung entrichtete Pauschalgebühr in der Höhe von Euro 350,- binnen vier Wochen ab Zustellung dieses Bescheides bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Das Mehrbegehren, soweit sich dieses auf die Auferlegung der für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichteten Pauschalgebühr bezieht, wird zurückgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 171 Abs. 1, 177 Abs. 1 und 5 BVergG 2002 sowie § 74 Abs. 2 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (AVG) BGBl I Nr. 51/1991 idF BGBl I Nr. 10/2004
Rechtsgrundlage: Paragraphen 171, Absatz eins, 177, Absatz eins und 5 BVergG 2002 sowie Paragraph 74, Absatz 2, Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (AVG) Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 51 aus 1991, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2004,

Begründung

Der Antragsteller stellte mit Antrag vom 21. November 2005 – beim Bundesvergabeamt am 23. November 2005 eingelangt - das im Spruch (Spruchpunkt I) ersichtliche Begehren, und begründete dies im Wesentlichen wie folgt: Man erachte sich durch Verletzung der Grundsätze des BVergG und durch die unrichtige Beurteilung der Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Antragstellers sowie durch das Treffen einer Zuschlagsentscheidung, die den Ausschreibungsbestimmungen widerspreche, beschwert. Der Antragsteller stellte mit Antrag vom 21. November 2005 – beim Bundesvergabeamt am 23. November 2005 eingelangt - das im Spruch (Spruchpunkt römisch eins) ersichtliche Begehren, und begründete dies im Wesentlichen wie folgt: Man erachte sich durch Verletzung der Grundsätze des BVergG und durch die unrichtige Beurteilung der Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Antragstellers sowie durch das Treffen einer Zuschlagsentscheidung, die den Ausschreibungsbestimmungen widerspreche, beschwert.

Der Antragsteller und seine Mitarbeiter seien seit vielen Jahren im Bereich der Geotechnik sowohl im Land Vorarlberg als auch in anderen Ländern tätig. Es liege deshalb auch ein umfangreiches "know how" im Bereich des Flussbaus vor. Die Zuschlagskriterien Preis und Qualität der Leistung seien jeweils mit 40 bzw. 60 Punkten gewichtet. Die Qualität der Leistung werde an Hand des namhaft zu machenden Schlüsselpersonals ermittelt, wobei deren Qualifikation auf Grund der Berufs- und Projekterfahrung an Hand von zwei Referenzprojekten aus den letzten fünf Jahren ermittelt würde.

Zwar sei der Antragsteller Billigstbieter mit einem Preis von Euro 35.198,52 gewesen. Als präsumtiver Zuschlagsempfänger sei jedoch mit Schreiben vom 9. November 2005, zugestellt am 17. November 2005, die B*** GmbH bekannt gegeben worden, deren Angebotspreis dreimal so hoch gewesen sei wie jener des Angebotes des Antragstellers.

Der Antragsteller habe als Schlüsselperson Ing. Z*** namhaft gemacht und als Referenzen das Projekt "Hochwasserdämme des Rheines, geotechnische Untersuchung, Standsicherheit und geotechnische Baubetreuung" sowie das Projekt "Endgestaltung Alter Rhein, geotechnische Baubetreuung" angegeben. Beide Projekte seien miteinander vergleichbar und es seien im Wesentlichen dieselben Qualifikationen erforderlich. Ungeachtet dessen sei für das Referenzprojekt "Endgestaltung Alter Rhein" überhaupt kein Punkt an den Antragsteller vergeben worden. Der für die beiden schwierigen und großen Projekte verantwortliche und als Schlüsselpersonal namhaft gemachte Ing. Z*** sei mit 0 Punkten bewertet worden. Diese Form der Bewertung sei weder nachvollziehbar noch in irgendeiner Weise gerechtfertigt. Bei der weiteren Bewertung sei für die Weiterbildung der Schlüsselperson zu Unrecht lediglich die Hälfte der erreichbaren Punkte vergeben worden, obwohl die Weiterbildung hinreichend dokumentiert worden sei.

Entgegen der Auffassung des Landeswasserbauamtes hätten sich überdies beim erstgenannten Referenzprojekt Gebäude im angrenzenden Raum befunden, wobei setzungsempfindliche Böden vorgelegen wären, weswegen die Schwierigkeit mit einem Punkt zu bewerten gewesen wäre.

Das Landeswasserbauamt äußerte sich mit Stellungnahmen vom 24. November 2005 sowie vom 9. März 2006. Der Zuschlag sei weder erteilt noch sei das Verfahren widerrufen worden, da man die Entscheidungen des Bundesvergabeamtes und des Verwaltungsgerichtshofes abgewartet habe. Die Bekanntmachung der Zuschlagsentscheidung sei am 17. November 2005 erfolgt. Der geschätzte Auftragwert des gegenständlichen Vergabeverfahrens wird mit Euro 77.000,-- (inkl. USt) angegeben.

Zum Vorbringen des Antragstellers betreffend die Angebotsprüfung, führte das Landeswasserbauamt für den Auftraggeber aus, dass mit dem Wort "Referenzprojekt" im Ausschreibungstext eine gleichwertige Anlage gemeint sei. Es könnte sonst auch die statische Berechnung eines Einfamilienhauses als Referenzprojekt herangezogen werden. Bei den vom Antragsteller genannten Referenzprojekten sei als Auftraggeber die Internationale Rheinregulierung aufgetreten, welche diesbezüglich auch kontaktiert worden sei. Die Bewertung sei auf Basis der Antwortschreiben der Internationalen Rheinregulierung durch die Bewertungskommission erfolgt. Die Beurteilung der Qualifikation des vom Antragsteller angegebenen Schlüsselpersonals, Ing. Z***, sei entsprechend den Ausschreibungsvorgaben erfolgt. Auf Grund dessen achtjähriger Berufserfahrung sei die volle Punkteanzahl erreicht worden. Hinsichtlich des Kriteriums Weiterbildung im Bereich Geotechnik hätten allerdings für eine entsprechende Beurteilung Abschlusszeugnisse für die Hochschulkurse im Fachbereich Geotechnik vom Antragsteller vorgelegt werden müssen. Der Schwierigkeitsgrad des ersten Referenzprojektes des Antragstellers sei nur als bedingt vergleichbar zu bewerten gewesen, was einer Punkteanzahl von 0,5 Punkten entspreche. Das zweite Referenzprojekt des Antragstellers sei nicht mit der ausgeschriebenen Leistung vergleichbar, sodass dieses mit 0 Punkten bewertet werden musste. Es werde daher der Antrag gestellt, den Anträgen nicht stattzugeben.

Im replizierenden Schriftsatz vom 13. März 2006 führte der Antragsteller aus, dass bei beiden genannten Referenzprojekten zahlreiche geotechnische Fragestellungen aufgetaucht seien, welche auch Gegenstand der Ausschreibung wären. Gerade beim Referenzprojekt 2 seien Fragen der gespannten Grundwasserverhältnisse und die Vermeidung eines hydraulischen Grundbruchs zu beachten gewesen. Die Leistungen gingen somit weit über reine Standsicherheitsberechnungen hinaus. Weiters sei vom Verantwortlichen der Referenzprojekte, DI C***, bestätigt worden, dass die bei den Referenzprojekten erbrachten Leistungen mit den Nachgefragten vergleichbar seien. Es sei nicht richtig, dass bei der Endgestaltung des alten Rheins keine Arbeiten in besiedeltem Gebiet erforderlich gewesen wären oder lediglich Böschungsmaßnahmen Gegenstand waren.

In der mündlichen Verhandlung vom 24. März 2006 wurde von Auftraggeberseite ergänzend vorgebracht, dass seitens des Antragstellers beim Projekt "Endgestaltung Alter Rhein" lediglich die Projekterstellung durchgeführt worden sei. Diese Leistung sei mit Phase 1 (Neues Ausbaukonzept) der gegenständlich ausgeschriebenen Leistungen vergleichbar. Die Ausführungsplanung (Phase 2), Ausschreibungserstellung (Phase 3) und Begleitung der Bauausführung (Phase 4) seien hingegen nicht durchgeführt worden. Weiters seien bei diesem Projekt keine Tieferlegungen eines Gerinnes sowie Maßnahmen in besiedeltem Gebiet notwendig gewesen. Allenfalls wären dies Aushubarbeiten an der Flusssohle gewesen. Dies sei deshalb bekannt, da auch das Landeswasserbauamt an diesem Projekt beteiligt sei. Daher sei trotz Schreibens von DI C*** betreffend die Vergleichbarkeit der Leistungen der beiden Referenzprojekte für das Projekt betreffend die Endgestaltung des alten Rheins gar kein Punkt vergeben worden. Das Schreiben von DI C*** vom 18. November 2005 sei nicht mehr in weitere Überlegungen eingeflossen, da es nach der Zuschlagsentscheidung eingetroffen sei.

Seitens des Antragstellers wurde entgegnet, dass beim Projekt "Alter Rhein" die gesamte gutachterliche Arbeit bis zur Bauausführung durchgeführt wurde. Dies erfasse die Planungsarbeiten sowie die Grundlagenarbeiten für die Ausschreibung. Hinsichtlich der Begleitung der Bauausführung werde der Antragsteller nach Bedarf herangezogen. Zum Nachweis werde auf das mit dem Nachprüfungsantrag vorgelegte E-Mail des Österreichischen Rheinbauleiters vom 18. November 2005 sowie den technischen Bericht "Ausführungsprojekt, Alter Rhein" verwiesen. Unter Hinweis auf den Ausführungsprojektplan werde bestritten, dass keine Tieferlegungen erfolgt seien. Des weiteren wurde beantragt, den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren dem Auftraggeber aufzuerlegen.

Auf Grund der vorgelegten Unterlagen, der Stellungnahmen der Parteien sowie der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung vom 24. März 2006 wurde folgender, entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Der gegenständliche Dienstleistungsauftrag "Geotechnische Beratung; Vorarlberger Rheintalbinnenkanal km 8,33 bis 9,58" wurde im nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung ausgeschrieben. Auftraggeber ist der Bund, vertreten durch den Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt- und Wasserwirtschaft, dieser vertreten durch den Landeshauptmann für Vorarlberg. Der geschätzte Auftragswert wurde mit Euro 77.000,-- (inkl. USt) benannt und beläuft sich somit auf Euro 61.600,-- (exkl. USt.). Vergebende Stelle ist das Landeswasserbauamt Vorarlberg.

Gemäß Punkt 10.1. der Ausschreibungsunterlagen (Allgemeine Auftragsbeschreibung) ist die geotechnische Beratung für die vier Projektphasen "neues Ausbaukonzept", "Ausführungsplanung", "Ausschreibungserstellung" und "Begleitung der Bauausführung" ausgeschrieben. Die geotechnische Beratung der Ausbaumaßnahmen erfasst insbesondere die Begutachtung der Ausführung "Gründungsart, Gerinneaussteifung, Sicherung der Uferböschungen, Maßnahmen zur Aufrechterhaltung des bestehenden Grundwasserspiegels und der Druckhöhen in den Grundwasserstockwerken, Maßnahmen zur Grundwasserhaltung, Maßnahmen zur Verhinderung von Auswirkungen auf Dritte z.B. durch Absenkungen, Aufstau usw.".

Als Zuschlagskriterien (Punkt 8.3. der Ausschreibungsunterlagen) werden der Preis (gewichtet mit 40 Punkten) sowie die Qualität der Leistung (gewichtet mit 60 Punkten) festgelegt. Zur "Qualität der Leistung" wird folgendes ausgeführt: "Der Bieter hat für die ausgeschriebene Leistung "Geotechnische Beratung" die Schlüsselperson für das Bauvorhaben namhaft zu machen hat. Die Qualität der Leistung wird anhand der Qualifikation der eingesetzten Schlüsselperson aufgrund der Berufserfahrung und der Projekterfahrung anhand von zwei Referenzprojekten aus den letzten fünf Jahren beurteilt." Die Referenzprojekte, die Errichtungskosten, der Auftraggeber und die Kontaktperson sowie der Bearbeitungszeitraum waren in Anlage B, Formblatt Z, zu benennen. Weiters hatte der Bieter anhand der nachfolgenden Bewertungstabelle vorerst eine Eigenbewertung vorzunehmen, die der Nachprüfung durch eine fachkundige Kommission unterliegt.

QUALIFIKATION der Schlüsselperson

Berufserfahrung im Bereich Geotechnik:

- | | | |
|------------------|-----------|-----|
| a) 2 bis 4 Jahre | fb = 0,50 | |
| b) 5 bis 7 Jahre | fb = 0,70 | fb1 |
| c) ab 8 Jahre | fb = 1,00 | |

Weiterbildung im Bereich Geotechnik:

- | | | |
|---|-----------|-----|
| a) keine Weiterbildung | fb = 0,00 | |
| b) Weiterbildungskurs im Fachbereich Geotechnik | | |
| ohne Abschlusszeugnis | fb = 0,50 | fb2 |
| c) Hochschulkurs im Fachbereich Geotechnik | | |
| mit Abschlusszeugnis | fb = 1,00 | |

Referenzprojekt 1

Verantwortlichkeit bei der Projektsrealisierung:

- | | | |
|---|-----------|-----|
| a) als Sachbearbeiter | fv = 0,50 | fv1 |
| b) als Leiter der geotechnischen Geotechnik | fv = 1,00 | |

Schwierigkeitsgrad des Referenzprojektes:

- | | | |
|----------------------------------|-----------|-----|
| a) nicht vergleichbar | fs = 0,00 | |
| b) bedingt vergleichbar | fs = 0,50 | fs1 |
| c) vergleichbar oder höherwertig | fs = 1,10 | |

Referenzprojekt 2

Verantwortlichkeit bei der Projektrealisierung:

- a) als Sachbearbeiter $f_v = 0,50$ f_{v2}
b) als Leiter der geotechnischen Geotechnik $f_v = 1,00$

Schwierigkeitsgrad des Referenzprojektes:

- a) nicht vergleichbar $f_s = 0,00$
b) bedingt vergleichbar $f_s = 0,50$ f_{s2}
c) vergleichbar oder höherwertig $f_s = 1,10$

Mittelwert $MW = \{[(f_{b1} + f_{b2})/2] + [(f_{v1} + f_{s1} + f_{v2} + f_{s2})/4]\}/2$

Referenzprojekt 1

Größe des Referenzprojektes (Errichtungskosten exkl. USt):

(Zwischenwertermittlung lineare Interpolation)

- a) unter Euro 80.000,- $f_g = 0,00$
b) Euro 80.000,- bis Euro 300.000 $f_g =$ Interpolation von
 $0,1$ bis 1 f_{g1}
c) ab Euro 300.000,- $f_g = 1,00$

Referenzprojekt 2

Größe des Referenzprojektes (Errichtungskosten exkl. USt.):

(Zwischenwertermittlung durch lineare Interpolation)

- a) unter Euro 80.000,- $f_g = 0,00$
b) Euro 80.000,- bis Euro 300.000 $f_g =$ Interpolation von
 $0,1$ bis 1 f_{g2}
c) ab Euro 300.000,- $f_g = 1,00$

Referenzwert: $Rw = 0,1 \times [(f_{g1} + f_{g2}) / 2]$

Punkteermittlung: $P = 60 \text{ Pkte} \times Rw$

Gemäß Punkt 14. (Sonstige Bestimmungen des Leistungsvertrages) der Ausschreibungsunterlagen hat der Bieter die Subunternehmer und jene Teile seines Angebotes (unter Punkt 15.6.) anzugeben, die er möglicherweise im Wege von Subaufträgen an diese zu vergeben beabsichtigt.

Der Antragsteller hat sein Angebot vor Ablauf der Angebotsfrist am 5. Oktober 2005 abgegeben. Als Schlüsselperson wurde Ing. Z*** genannt. Als Referenzprojekte wurden folgende Projekte angeführt:

1. 1.Ziffer eins

"Hochwasserdämme des Rheins, Geotechnische Untersuchungen, Standsicherheit und Geotechnische Baubetreuung"; Errichtungskosten (exkl. USt): Euro 6.000.000,00 ; Auftraggeber: Internationale

Rheinregulierung, Kontaktperson: DI C***; 2. "Endgestaltung Alter Rhein", Geotechnische Baubetreuung; Errichtungskosten (exkl. USt):

Euro 15.000.000,00; Auftraggeber: Internationale Rheinregulierung,

Kontaktperson: DI C*** und Landeswasserbauamt, Kontaktperson: DI Dr. D***. Unter Punkt 15.6. wurde kein Subunternehmer genannt. Das Angebot wurde von Ing. Z*** mit dem Zusatz i.A. unterfertigt. Ein Nachweis über eine Vollmacht war nicht angeschlossen (Anlage Nr. 2, Angebot des Antragstellers; die Anlagenbezeichnung bezieht sich auf die durch den Auftraggeber erfolgte Kennzeichnung der Unterlagen des Vergabeverfahrens).

Die Öffnung der Angebote erfolgte am 5. Oktober 2005. Es langten beim Landeswasserbauamt zwei Angebote ein. Trotz Aufforderung (Anlage Nr. 9) wurden vom Antragsteller keine Abschlusszeugnisse für die Absolvierung eines Hochschulkurses im Fachbereich Geotechnik vorgelegt. Aus einem Schreiben des Antragstellers vom 28. Oktober 2005

(Anlage Nr. 11) geht hervor, dass die bodenphysikalischen Untersuchungen durch die Bautechnische Versuchsanstalt XXX durchgeführt werden sollen. Die Öffnung der Angebote erfolgte am 5. Oktober 2005. Es langten beim Landeswasserbauamt zwei Angebote ein. Trotz Aufforderung (Anlage Nr. 9) wurden vom Antragsteller keine Abschlusszeugnisse für die Absolvierung eines Hochschulkurses im Fachbereich Geotechnik vorgelegt. Aus einem Schreiben des Antragstellers vom 28. Oktober 2005 (Anlage Nr. 11) geht hervor, dass die bodenphysikalischen Untersuchungen durch die Bautechnische Versuchsanstalt römisch 30 durchgeführt werden sollen.

Um die Vergleichbarkeit der vom Antragsteller genannten Referenzprojekte mit der ausgeschriebenen Leistung beurteilen zu können, wurde der Österreichische Rheinbauleiter, DI C***, vom Auftraggeber insbesondere um detaillierte Informationen zum betreffenden Leistungsumfang gebeten (Anlage Nr. 13). Mit Antwortschreiben vom 2. November 2005 (Anlage Nr. 14) führte dieser zum Projekt "Hochwasserdämme des Rheins" aus, dass die Planung und Aufsicht der bodenmechanischen Untersuchungen einschließlich Auswertung vom Erdbau-Labor und die bodenmechanische Beurteilung durchgeführt wurden. Weiters wurde ein bodenmechanisches Gutachten mit Dammstabilitätsberechnung erstellt. Als Bauleiter war Ing. Z*** tätig. Auf nochmalige Anfrage bestätigte DI C*** den bereits mitgeteilten Leistungsinhalt auch für das zweite Referenzprojekt "Endgestaltung Alter Rhein" (Anlage Nr. 15).

Über die Prüfung der Angebote wurde eine Niederschrift angefertigt (Anlage Nr. 16). Die Antragstellerin legte mit einer Angebotssumme von Euro 35.198,52,- (inkl. USt) das Angebot mit dem niedrigsten Preis vor. Es wurden dementsprechend 40 Punkte beim Zuschlagskriterium "Preis" vergeben. Der Angebotspreis der B*** GmbH beträgt Euro 95.766,-; es wurden gewichtet 14,7 Punkte vergeben. Beim Zuschlagskriterium "Qualität" erreichte der Antragsteller infolge der Bewertung des Auftraggebers 16,9 Punkte, zumal bei der Weiterbildung 0,5 Punkte (Bewertungstabelle: fb2 = 0,5), bei der Schwierigkeit des erstgenannten Referenzprojektes 0,5 Punkte (Bewertungstabelle: fs1 = 0,5) und beim zweitgenannten Referenzprojekt gar kein Punkt vergeben wurde. Begründet wurde dies damit, dass keine Abschlusszeugnisse vorgelegt wurden sowie dass beim erstgenannten Referenzprojekt keine Ausbauarbeiten in setzungsempfindlichen Böden in dicht verbautem Gebiet erfolgten und keine Grundwasserabsenkung und Auswirkungen auf angrenzende Gebäude zu berücksichtigen waren. Hinsichtlich des zweitgenannten Projektes wird ausgeführt, dass dieses mit der ausgeschriebenen Leistung nicht vergleichbar ist, da es sich um eine Renaturierung und nicht um den Ausbau eines Gerinnes handelt. Es gibt keine Probleme mit steilen Böschungen, Absenkungen von Grundwasser, setzungsempfindliche Böden sowie angrenzenden Gebäuden.

Mit Schreiben des Landeswasserbauamtes vom 9. November 2005, dem Antragsteller am 17. November 2005 zugestellt, wurde dem Antragsteller sowie der präsumtiven Zuschlagsempfängerin die Zuschlagsentscheidung lautend auf die B*** GmbH mitgeteilt (Angaben des Auftraggebers in den Stellungnahmen OZ 9 und 17 sowie Einsicht in den vorgelegten Vergabeverfahrensakt). Die Bewertung des jeweiligen Angebotes wurde diesen Schreiben angeschlossen.

Am 18. November 2005 übermittelte DI C*** dem Auftraggeber die nachfolgende detaillierte Aufstellung zu den Leistungen des Antragstellers beim Projekt "Alter Rhein" (E-Mail an DI E*** vom 18. November 2005):

- -Strichaufzählung
Dimensionierungen von Schüttkörnungen
- -Strichaufzählung
Dimensionierungen von Spundwänden im Bereich der geplanten Hafenanlagen
- -Strichaufzählung
Optimierung der Verlegung des bestehenden Flussschlauches
- -Strichaufzählung
Beratung der Planer und Ökologen zu bodenmechanischen und geotechnischen Fragestellungen
- -Strichaufzählung
Beratung zur Ausschreibung der Baumeisterarbeiten und Bauphasenplanung
- -Strichaufzählung
Beratung zu Entwurfsvarianten mit Beurteilung der daraus sich ergebenden Kosten
- -Strichaufzählung
Teilnahme an Besprechungen der Projektleitung Endgestaltung Alter Rhein
- -Strichaufzählung
Untergrunderkundung zur Beurteilung der anstehenden Bodenschichten
- -Strichaufzählung

Standsicherheitsbeurteilung der erforderlichen Anschüttungen und der neu geplanten Böschungen

- -Strichaufzählung

Standsicherheitsbeurteilung von Abtragsböschungen

- -Strichaufzählung

Berechnungen zu Wellenhöhen

- -Strichaufzählung

Berechnungen zu Deckwerken

- -Strichaufzählung

Geotechnische Angaben zur Ausbildung von Bühnenbaubauwerken

- -Strichaufzählung

Setzungs- und Grundbruchberechnungen für Dammbauten im Bodenseeuferbereich und Flachwasserbereich.

Dieses E-Mail vom 18. November 2005 war den vom Auftraggeber vorgelegten Unterlagen des Vergabeverfahrens nicht zu entnehmen. Im Zuge des Ermittlungsverfahrens wurde es als Beilage des Nachprüfungsantrages dem Bundesvergabeamt übermittelt. Im Rahmen der mündlichen Verhandlung haben die Vertreter des Auftraggebers den Erhalt dieses Schreibens bestätigt.

Seitens des Auftraggebers wurde eine nochmalige Überprüfung des Angebotes im Hinblick auf die erst nach Zuschlagsentscheidung erhaltenen Informationen betreffend das Referenzprojekt "Alter Rhein" nicht mehr vorgenommen. Beim Projekt "Alter Rhein" war das Landeswasserbauamt im Projektteam durch Dr. D*** vertreten. Die Begleitung der Bauausführung wurde in der ersten Bauphase durch DI E*** und in der zweiten Bauphase von DI F*** vorgenommen.

Dem Auftraggeber war bekannt, dass der Antragsteller die bodenphysikalischen Laboruntersuchungen bei der Bautechnischen Versuchsanstalt XXX, dessen Leiter Prof. DI Dr. A*** ist, durchführen lässt und war sich dessen auch im gegenständlichen Vergabeverfahren bewusst (soweit die übereinstimmenden Aussagen von DI F*** und DI E*** in der mündlichen Verhandlung). Dem Auftraggeber war bekannt, dass der Antragsteller die bodenphysikalischen Laboruntersuchungen bei der Bautechnischen Versuchsanstalt römisch 30, dessen Leiter Prof. DI Dr. A*** ist, durchführen lässt und war sich dessen auch im gegenständlichen Vergabeverfahren bewusst (soweit die übereinstimmenden Aussagen von DI F*** und DI E*** in der mündlichen Verhandlung).

Mit Nachprüfungsantrag vom 21. November 2005 beantragte der Antragsteller beim Unabhängigen Verwaltungssenat für das Land Vorarlberg (in der Folge: UVS Vorarlberg) die Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung sowie die Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Der UVS Vorarlberg leitete den Nachprüfungsantrag gemäß § 6 AVG an das Bundesvergabeamt weiter, bei welchem dieser am 23. November 2005 einlangte (Schreiben des UVS Vorarlberg und diesem beigeschlossener Nachprüfungsantrag). Mit Bescheid vom 30. November 2005, GZ 06N-116/05-13, wies das Bundesvergabeamt sämtliche Anträge zurück bzw. ab. Mit Erkenntnis vom 24. Februar 2006, Zl. 2006/04/0002-8, beim Bundesvergabeamt am 8. März 2006 eingelangt, hob der Verwaltungsgerichtshof wiederum diesen Bescheid zur Gänze wegen Rechtswidrigkeit seines Inhalts auf. Der Antragsteller erfülle auch dann die Verpflichtung zur Verständigung des Auftraggebers gemäß § 163 Abs. 2 BVergG (2002), wenn er den Auftraggeber im Wege der vergebenden Stelle von der beabsichtigten Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens informiere. Somit habe der Antragsteller diese Zulässigkeitsvoraussetzung für einen Nachprüfungsantrag erfüllt. Mit Beschluss vom 8. März 2006, GZ B 13/06-7, hat der Verfassungsgerichtshof daraufhin das bei ihm anhängige Verfahren eingestellt. Mit Nachprüfungsantrag vom 21. November 2005 beantragte der Antragsteller beim Unabhängigen Verwaltungssenat für das Land Vorarlberg (in der Folge: UVS Vorarlberg) die Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung sowie die Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Der UVS Vorarlberg leitete den Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 6, AVG an das Bundesvergabeamt weiter, bei welchem dieser am 23. November 2005 einlangte (Schreiben des UVS Vorarlberg und diesem beigeschlossener Nachprüfungsantrag). Mit Bescheid vom 30. November 2005, GZ 06N-116/05-13, wies das Bundesvergabeamt sämtliche Anträge zurück bzw. ab. Mit Erkenntnis vom 24. Februar 2006, Zl. 2006/04/0002-8, beim Bundesvergabeamt am 8. März 2006 eingelangt, hob der Verwaltungsgerichtshof wiederum diesen Bescheid zur Gänze wegen Rechtswidrigkeit seines Inhalts auf. Der Antragsteller erfülle auch dann die Verpflichtung zur Verständigung des Auftraggebers gemäß Paragraph 163, Absatz 2, BVergG (2002), wenn er den Auftraggeber im Wege der vergebenden

Stelle von der beabsichtigten Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens informiere. Somit habe der Antragsteller diese Zulässigkeitsvoraussetzung für einen Nachprüfungsantrag erfüllt. Mit Beschluss vom 8. März 2006, GZ B 13/06-7, hat der Verfassungsgerichtshof daraufhin das bei ihm anhängige Verfahren eingestellt.

Mit Bescheid vom 15. März 2006, GZ 06N-116/05-23, wurde dem Auftraggeber die Erteilung des Zuschlags an die B*** GmbH für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens aber bis zum Ablauf des 8. April 2006, untersagt.

Der Sachverhalt ergibt sich aus den bei den einzelnen Feststellungen in Klammer angeführten Beweismitteln. Bei der Beweiswürdigung haben sich gegen die Echtheit und Richtigkeit der vorliegenden Unterlagen des Vergabeverfahrens keine Bedenken ergeben. Besondere Bedeutung ist den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung vom 24. März 2006 beizumessen, wonach die Ausführungen des Österreichischen Rheinbauleiters nicht entsprechend gewürdigt bzw. zur Gänze berücksichtigt wurden sowie dass seitens des Auftraggebers stets von der Heranziehung der Bautechnischen Versuchsanstalt Rankweil durch den Antragsteller ausgegangen wurde.

Die vorliegenden Anträge sind rechtlich wie folgt zu beurteilen:

I. Anzuwendendes Recht

§ 345 Abs. 1 Z 3 BVergG 2006 sieht vor, dass das BVergG 2002 mit In-Kraft-Treten des BVergG 2006 außer Kraft tritt. Gemäß § 345 Abs. 2 BVergG 2006 gelten für die im Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens des Bundesgesetzes BGBl I Nr. 17/2006 bereits eingeleiteten Vergabeverfahren der 1. bis 3. Teil dieses Bundesgesetzes nicht. Sie sind nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Abs. 4 leg.cit. bestimmt, dass im Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens dieses Bundesgesetzes beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren von diesem nach den Bestimmungen des BVergG 2002 fortzuführen sind. Paragraph 345, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG 2006 sieht vor, dass das BVergG 2002 mit In-Kraft-Treten des BVergG 2006 außer Kraft tritt. Gemäß Paragraph 345, Absatz 2, BVergG 2006 gelten für die im Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, bereits eingeleiteten Vergabeverfahren der 1. bis 3. Teil dieses Bundesgesetzes nicht. Sie sind nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Absatz 4, leg.cit. bestimmt, dass im Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens dieses Bundesgesetzes beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren von diesem nach den Bestimmungen des BVergG 2002 fortzuführen sind.

In den Erläuternden Bemerkungen (EBRV 1171 BlgNR. XXII. GP) wird hierzu ausgeführt, dass Vergabeverfahren, die zum Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens des BVergG 2006 bereits eingeleitet waren, materiellrechtlich nach den Bestimmungen des BVergG 2002 zu Ende zu führen sind. War ein Rechtsschutzverfahren bereits anhängig, so ist dieses auch im Hinblick auf das Verfahren vor dem Bundesvergabeamt auf Grundlage des BVergG 2002 abzuführen. Wird ein Rechtsschutzverfahren hingegen erst nach In-Kraft-Treten des BVergG 2006 anhängig gemacht, so kommen die Rechtsschutzbestimmungen des BVergG 2006 (4. Teil des BVergG 2006) zur Anwendung. Prüfungsmaßstab für die Beurteilung der Rechtswidrigkeit sind aber auch im letztgenannten Fall die Bestimmungen des BVergG 2002. In den Erläuternden Bemerkungen (EBRV 1171 BlgNR. römisch 22. Gesetzgebungsperiode) wird hierzu ausgeführt, dass Vergabeverfahren, die zum Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens des BVergG 2006 bereits eingeleitet waren, materiellrechtlich nach den Bestimmungen des BVergG 2002 zu Ende zu führen sind. War ein Rechtsschutzverfahren bereits anhängig, so ist dieses auch im Hinblick auf das Verfahren vor dem Bundesvergabeamt auf Grundlage des BVergG 2002 abzuführen. Wird ein Rechtsschutzverfahren hingegen erst nach In-Kraft-Treten des BVergG 2006 anhängig gemacht, so kommen die Rechtsschutzbestimmungen des BVergG 2006 (4. Teil des BVergG 2006) zur Anwendung. Prüfungsmaßstab für die Beurteilung der Rechtswidrigkeit sind aber auch im letztgenannten Fall die Bestimmungen des BVergG 2002.

Gegenständlich wurde vor dem Datum des In-Kraft-Tretens, dem 1. Februar 2006, das Vergabeverfahren eingeleitet und ein Nachprüfungsverfahren beim Bundesvergabeamt anhängig gemacht. Eine Übergangsregelung betreffend jene Fälle, in denen der Verwaltungs- oder Verfassungsgerichtshof nach dem In-Kraft-Treten einen Bescheid des BVA aufhebt, wie noch im BVergG 2002 vorgesehen (§ 188 Abs. 3 3. Satz BVergG 2002), existiert nicht. Daher gelangt im Sinne der oben zitierten Normen des BVergG 2006 das BVergG 2002 sowohl in materiell- als auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht zur Anwendung. Gegenständlich wurde vor dem Datum des In-Kraft-Tretens, dem 1. Februar 2006, das Vergabeverfahren eingeleitet und ein Nachprüfungsverfahren beim Bundesvergabeamt anhängig gemacht. Eine Übergangsregelung betreffend jene Fälle, in denen der Verwaltungs- oder Verfassungsgerichtshof nach

dem In-Kraft-Treten einen Bescheid des BVA aufhebt, wie noch im BVergG 2002 vorgesehen (Paragraph 188, Absatz 3, 3. Satz BVergG 2002), existiert nicht. Daher gelangt im Sinne der oben zitierten Normen des BVergG 2006 das BVergG 2002 sowohl in materiell- als auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht zur Anwendung.

II. Zu Spruchpunkt I 1. Zuständigkeit des Bundesvergabesachverständigen zweif. Zu Spruchpunkt römisch eins 1. Zuständigkeit des Bundesvergabesachverständigen

Der Bund, vertreten durch den Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt- und Wasserwirtschaft, dieser vertreten durch den Landeshauptmann für Vorarlberg, ist öffentlicher Auftraggeber iSv § 7 Abs. 1 Z 1 BVergG 2002. Dies gilt auch – wie im konkreten Fall – im Rahmen der Auftragsverwaltung (Art 104 Abs. 2 B-VG iVm der Verordnung des Bundesministers für Land- und Forstwirtschaft vom 17.7.1969, mit der die Besorgung von Geschäften der Bundeswasserbauverwaltung dem Landeshauptmann übertragen wird, BGBl. Nr. 280/1969; vgl. VfGH vom 2. März 2000, B 1383/98). Der gegenständliche Auftrag ist als Dienstleistungsauftrag gemäß § 4 BVergG 2002 iVm Anhang III, Kategorie 12, zu qualifizieren, der in Form eines nicht offenen Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung vergeben werden soll. Der geschätzte Auftragswert erreicht den zum Zeitpunkt der Verfahrenseinleitung maßgeblichen Schwellenwert von SZR 130.000,-- nicht, sodass es sich gemäß § 9 Abs. 2 BVergG 2002 um einen Auftrag im Unterschwellenbereich handelt. Der Bund, vertreten durch den Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt- und Wasserwirtschaft, dieser vertreten durch den Landeshauptmann für Vorarlberg, ist öffentlicher Auftraggeber iSv Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2002. Dies gilt auch – wie im konkreten Fall – im Rahmen der Auftragsverwaltung (Artikel 104, Absatz 2, B-VG in Verbindung mit der Verordnung des Bundesministers für Land- und Forstwirtschaft vom 17.7.1969, mit der die Besorgung von Geschäften der Bundeswasserbauverwaltung dem Landeshauptmann übertragen wird, Bundesgesetzblatt Nr. 280 aus 1969,; vergleiche VfGH vom 2. März 2000, B 1383/98). Der gegenständliche Auftrag ist als Dienstleistungsauftrag gemäß Paragraph 4, BVergG 2002 in Verbindung mit Anhang römisch drei, Kategorie 12, zu qualifizieren, der in Form eines nicht offenen Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung vergeben werden soll. Der geschätzte Auftragswert erreicht den zum Zeitpunkt der Verfahrenseinleitung maßgeblichen Schwellenwert von SZR 130.000,-- nicht, sodass es sich gemäß Paragraph 9, Absatz 2, BVergG 2002 um einen Auftrag im Unterschwellenbereich handelt.

Der konkrete Auftrag unterliegt somit dem Geltungsbereich des BVergG 2002. Die Zuständigkeit des Bundesvergabesachverständigen zur Durchführung des Nachprüfungsverfahrens entsprechend § 162 Abs. 1 BVergG 2002 ist daher gegeben. Der Zuschlag wurde laut Stellungnahme des Auftraggebers noch nicht erteilt, weswegen das Bundesvergabesachverständigen gemäß § 162 Abs. 2 Z 2 BVergG 2002 zur Nichtigkeitsklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte zuständig ist. Der konkrete Auftrag unterliegt somit dem Geltungsbereich des BVergG 2002. Die Zuständigkeit des Bundesvergabesachverständigen zur Durchführung des Nachprüfungsverfahrens entsprechend Paragraph 162, Absatz eins, BVergG 2002 ist daher gegeben. Der Zuschlag wurde laut Stellungnahme des Auftraggebers noch nicht erteilt, weswegen das Bundesvergabesachverständigen gemäß Paragraph 162, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2002 zur Nichtigkeitsklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte zuständig ist.

1. 2. Ziffer 2

Antragslegitimation

Gemäß § 163 Abs. 1 BVergG 2002 kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Gemäß § 98 Z 8 BVergG 2002 sind jene Angebote auszuschneiden, die den Ausschreibungsbestimmungen widersprechen sowie nicht gleichwertige Alternativangebote, fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn die Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind. Gemäß Paragraph 163, Absatz eins, BVergG 2002 kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Gemäß Paragraph 98, Ziffer 8, BVergG 2002 sind jene Angebote auszuschneiden, die den Ausschreibungsbestimmungen widersprechen sowie nicht gleichwertige Alternativangebote, fehlerhafte oder

unvollständige Angebote, wenn die Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind.

Mangelt es einem Angebot an der grundsätzlichen Eignung, gemäß den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes und der hierzu ergangenen Verordnungen für den Zuschlag in Betracht gezogen zu werden, so ist – wie der Verwaltungsgerichtshof, sowie dem folgend, das Bundesvergabeamt bereits wiederholt ausgesprochen haben – die Antragslegitimation iSv § 163 Abs. 1 BVergG 2002 zu verneinen (vgl. unlängst VwGH vom 24. Februar 2006, 2004/04/140; BVA vom 27. September 2005, 07N-78/05-29 und 07N-79/04-41). Dem Antragsteller entstünde selbst bei Vermeidung der behaupteten Rechtswidrigkeit kein Schaden. Mangelt es einem Angebot an der grundsätzlichen Eignung, gemäß den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes und der hierzu ergangenen Verordnungen für den Zuschlag in Betracht gezogen zu werden, so ist – wie der Verwaltungsgerichtshof, sowie dem folgend, das Bundesvergabeamt bereits wiederholt ausgesprochen haben – die Antragslegitimation iSv Paragraph 163, Absatz eins, BVergG 2002 zu verneinen vergleiche unlängst VwGH vom 24. Februar 2006, 2004/04/140; BVA vom 27. September 2005, 07N-78/05-29 und 07N-79/04-41). Dem Antragsteller entstünde selbst bei Vermeidung der behaupteten Rechtswidrigkeit kein Schaden.

Es ist daher im Hinblick auf die Fertigung des Angebotes durch Ing. Z*** sowie die fehlende Benennung eines Subunternehmers im Angebot des Antragstellers die Verwirklichung eines Ausscheidenstatbestandes zu prüfen. Diese Fragen waren auch Gegenstand der mündlichen Verhandlung am 24. März 2006.

1. a) Litera a

Zur rechtsgültigen Fertigung:

Gemäß § 82 Abs. 4 BVergG 2002 müssen Angebote rechtsgültig gefertigt werden. Dabei genügt es, dass der Bieter durch sein Angebot zivilrechtlich gebunden ist. Rechtsgültig unterfertigt ist ein Angebot auch dann, wenn der Unterzeichnende zur Fertigung entweder generell oder auch nur für diese Ausschreibung berechtigt ist (siehe VwGH vom 9. Oktober 2002, 2002/04/0058; VwGH vom 26. Februar 2003, 2001/04/0037; BVA vom 9. April 2003, 15N-16/03-17; BVA vom 14. Mai 2003, 05N-36/03-29, sowie BVA vom 19. Dezember 2003, 15N-118/03-18). Gemäß Paragraph 82, Absatz 4, BVergG 2002 müssen Angebote rechtsgültig gefertigt werden. Dabei genügt es, dass der Bieter durch sein Angebot zivilrechtlich gebunden ist. Rechtsgültig unterfertigt ist ein Angebot auch dann, wenn der Unterzeichnende zur Fertigung entweder generell oder auch nur für diese Ausschreibung berechtigt ist (siehe VwGH vom 9. Oktober 2002, 2002/04/0058; VwGH vom 26. Februar 2003, 2001/04/0037; BVA vom 9. April 2003, 15N-16/03-17; BVA vom 14. Mai 2003, 05N-36/03-29, sowie BVA vom 19. Dezember 2003, 15N-118/03-18).

Entsprechend diesen Vorgaben wurde den Bietern in den Ausschreibungsunterlagen stets eine rechtsgültige Fertigung abverlangt. Das Angebot des Antragstellers wurde von Ing. Z*** im Auftrag (i.A.) unterfertigt. Ein Nachweis über eine bestehende Vertretungsbefugnis war dem Angebot nicht angeschlossen. Dies könnte den Schluss nahe legen, dass eine bloß interne Auftragserteilung vorgelegen ist und Ing. Z*** zur Unterfertigung des Angebotes nicht bevollmächtigt war.

Es stellt sich nun die Frage, ob das Angebot insofern überhaupt mit einem – allenfalls behebbaren – Mangel behaftet ist. Das für eine diesbezüglich strengere Sichtweise mitunter ins Treffen geführte Argument, wonach bei Nicht-Offenlegung der Vertretungsbefugnis ein Bieter sich durch Unterlassen der aufgetragenen Verbesserung wieder aus dem Vergabeverfahren nehmen könnte (siehe etwa BVA vom 9. April 2003, 15N-16/03-17, sowie BVA vom 19. Dezember 2003, 15N-118/03-18, wobei hier allerdings bereits mit dem Angebot die Vertretungsbefugnis schriftlich nachzuweisen war), erscheint nicht schlüssig. Grundsätzlich hat jedes Unterlassen einer aufgetragenen Verbesserung die Ausscheidung des jeweiligen Angebotes zur Folge. Ein Bieter hat es somit bei der Mängelbehebung stets in der Hand, ob er seine Beteiligung am Vergabeverfahren aufrechterhält. In diesem Sinne argumentiert auch der Verwaltungsgerichtshof. Entgegen den Vorgaben einer Ausschreibung wertet er das Fehlen einer firmenmäßigen Fertigung als verbesserungsfähigen Mangel. In der Begründung wird betont, dass "es bei Rechtsgültigkeit eines Angebotes nicht in der Hand des Bieters liegt, seine Stellung durch Behebung oder Nichtbehebung des Mangels zu verändern" (VwGH vom 26. Februar 2003, 2001/04/0037; siehe zudem Latzenhofer zu BVA vom 9. April 2003, 15N-16/03-17, ZVB 2003/82). Des Weiteren kann gegenüber den anderen Bietern keine materielle Verbesserung durch Behebung des im fehlenden Nachweis der Vertretungsbefugnis gelegenen Mangel eintreten, wenn eine Vertretungsbefugnis zum Zeitpunkt der Angebotslegung tatsächlich bestanden hat (vgl. VwGH vom 25. Februar 2004, 2003/04/0186). Es stellt sich nun die Frage, ob das Angebot insofern überhaupt mit einem – allenfalls behebbaren – Mangel behaftet ist. Das für eine diesbezüglich strengere Sichtweise mitunter ins Treffen geführte Argument, wonach

bei Nicht-Offenlegung der Vertretungsbefugnis ein Bieter sich durch Unterlassen der aufgetragenen Verbesserung wieder aus dem Vergabeverfahren nehmen könnte (siehe etwa BVA vom 9. April 2003, 15N-16/03-17, sowie BVA vom 19. Dezember 2003, 15N-118/03-18, wobei hier allerdings bereits mit dem Angebot die Vertretungsbefugnis schriftlich nachzuweisen war), erscheint nicht schlüssig. Grundsätzlich hat jedes Unterlassen einer aufgetragenen Verbesserung die Ausscheidung des jeweiligen Angebotes zur Folge. Ein Bieter hat es somit bei der Mängelbehebung stets in der Hand, ob er seine Beteiligung am Vergabeverfahren aufrechterhält. In diesem Sinne argumentiert auch der Verwaltungsgerichtshof. Entgegen den Vorgaben einer Ausschreibung wertet er das Fehlen einer firmenmäßigen Fertigung als verbesserungsfähigen Mangel. In der Begründung wird betont, dass "es bei Rechtsgültigkeit eines Angebotes nicht in der Hand des Bieters liegt, seine Stellung durch Behebung oder Nichtbehebung des Mangels zu verändern" (VwGH vom 26. Februar 2003, 2001/04/0037; siehe zudem Latzenhofer zu BVA vom 9. April 2003, 15N-16/03-17, ZVB 2003/82). Des Weiteren kann gegenüber den anderen Bietern keine materielle Verbesserung durch Behebung des im fehlenden Nachweis der Vertretungsbefugnis gelegenen Mangel eintreten, wenn eine Vertretungsbefugnis zum Zeitpunkt der Angebotslegung tatsächlich bestanden hat (vergleiche VwGH vom 25. Februar 2004, 2003/04/0186).

Es ist sohin zwischen dem "Mangel" der rechtsgültigen Fertigung wegen fehlender Vollmacht (siehe OGH vom 19. Mai 1998, 7Ob 159/97a) und der mangelhaften Dokumentation der Vollmacht zu unterscheiden. Zivilrechtlich unverbindlich ist ein Angebot dann, wenn eine Befugnis zur Vertretung weder extern noch intern begründet wurde. Ein derart unverbindliches Angebot ist überhaupt kein Angebot im Sinne des Vergaberechts. Es ist unter analoger Anwendung der Ausscheidensregeln auszuschneiden (siehe Latzenhofer zu BVA vom 9. April 2003, 15N-16/03-17, ZVB 2003/82). Eine Mängelbehebung kommt nicht in Betracht. Von einem unbehebbareren Mangel im Hinblick auf die fehlende Dokumentation der Vollmacht wird dann auszugehen sein, wenn sich der Nachweis über die erteilte Vollmacht als (bestandfest gewordenes) Muss-Kriterium erweist (soweit bei BVA vom 19. Dezember 2003, 15N-118/03-18).

In der Ausschreibung findet sich keine Forderung, wonach die Vertretungsbefugnis der Unterzeichnenden bereits mit dem Angebot schriftlich nachzuweisen ist. Dem Auftraggeber mussten sich angesichts der dem Angebot beigelegten Unterlagen zudem keine Zweifel an der Rechtsverbindlichkeit aufdrängen (siehe etwa BVA vom 14. Mai 2003, 05N-36/03-29). Zuletzt ist auch nicht hervorgekommen, dass es Ing. Z*** gänzlich an Vertretungsmacht fehlt (soweit BVA vom 9. April 2003, 15N-16/03-17). Vielmehr wurde in der mündlichen Verhandlung sowie schriftlich glaubhaft seitens Prof. DI Dr. A*** bestätigt, dass Ing. Z*** zur Unterfertigung derartiger Angebote bevollmächtigt ist. Das Angebot ist demnach hinsichtlich der Fertigung mit keinem Mangel behaftet. Es bedurfte daher auch keiner Verbesserung.

1. b) Litera b

Zur (fehlenden) Benennung von Subunternehmern

Gemäß § 33 Abs. 1 BVergG 2002 hat die Einladung zur Angebotsabgabe nur an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu erfolgen. Dementsprechend muss gemäß § 52 Abs. 5 Z 2 BVergG 2002 die Eignung im nicht offenen Verfahren zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen. Nach § 70 Abs. 1 BVergG 2002 hat der Auftraggeber Bestimmungen über die Zulässigkeit von Subunternehmerleistungen zu treffen. Weiters hat der Auftragnehmer wesentliche Teile jener Arbeiten, die in seine Befugnis fallen, selbst auszuführen. Gemäß § 70 Abs. 2 BVergG 2002 hat der Bieter in seinem Angebot den Teil des Auftrages anzugeben, den er möglicherweise im Wege von Subaufträgen an Dritte vergibt. § 83 Abs. 1 Z 2 BVergG 2002 bestimmt als notwendigen Inhalt eines Angebotes die Bekanntgabe jener wesentlichen Teilleistungen, die der Bieter an Subunternehmer weiterzugeben beabsichtigt. Bei der Prüfung der Angebote ist schließlich, soweit die Weitergabe von Teilleistungen vorgesehen ist, auch die Eignung der Subunternehmer zu prüfen (§ 91 Abs. 3 BVergG 2002). Gemäß Paragraph 33, Absatz eins, BVergG 2002 hat die Einladung zur Angebotsabgabe nur an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu erfolgen. Dementsprechend muss gemäß Paragraph 52, Absatz 5, Ziffer 2, BVergG 2002 die Eignung im nicht offenen Verfahren zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen. Nach Paragraph 70, Absatz eins, BVergG 2002 hat der Auftraggeber Bestimmungen über die Zulässigkeit von Subunternehmerleistungen zu treffen. Weiters hat der Auftragnehmer wesentliche Teile jener Arbeiten, die in seine Befugnis fallen, selbst auszuführen. Gemäß Paragraph 70, Absatz 2, BVergG 2002 hat der Bieter in seinem Angebot den Teil des Auftrages anzugeben, den er möglicherweise im Wege von Subaufträgen an Dritte vergibt. Paragraph 83, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2002 bestimmt als notwendigen Inhalt eines Angebotes die Bekanntgabe jener wesentlichen Teilleistungen, die der Bieter an Subunternehmer weiterzugeben

beabsichtigt. Bei der Prüfung der Angebote ist schließlich, soweit die Weitergabe von Teilleistungen vorgesehen ist, auch die Eignung der Subunternehmer zu prüfen (Paragraph 91, Absatz 3, BVergG 2002).

Der Antragsteller wurde mit Schreiben vom 20. September 2005 in dem gegenständlichen Vergabeverfahren zur Angebotslegung aufgefordert. Die Bautechnische Versuchsanstalt XXX wurde im Angebot nicht als Subunternehmer benannt, obgleich der Auftragsteller diese mit den bodenphysikalischen Untersuchungen zu beauftragen beabsichtigt. Der Antragsteller wurde mit Schreiben vom 20. September 2005 in dem gegenständlichen Vergabeverfahren zur Angebotslegung aufgefordert. Die Bautechnische Versuchsanstalt römisch 30 wurde im Angebot nicht als Subunternehmer benannt, obgleich der Auftragsteller diese mit den bodenphysikalischen Untersuchungen zu beauftragen beabsichtigt.

Nach der überwiegenden Judikatur des Bundesvergabeamtes ist die fehlende Benennung eines Subunternehmers grundsätzlich ein unbehebbarer Mangel und die nachträgliche Benennung eines Subunternehmers unzulässig (siehe etwa BVA vom 5. August 2005, 17N-64/05-24; BVA vom 11. April 2003, 12N-23/03-13, und BVA vom 14. Oktober 2005, 15N-87/05-18). Ebenso bedient sich der Verwaltungsgerichtshof bei Beurteilung eines derart unvollständigen Angebotes nicht seiner zur Behebbarkeit von Mängeln entwickelten Judikatur (VwGH vom 25. Februar 2004, 2003/04/0186), sondern geht von der Unmöglichkeit einer Behebung aus. Der Auftraggeber hat die Eignung des Subunternehmers hinsichtlich des konkret bezeichneten Leistungsteils zu prüfen, weswegen der Subunternehmer bereits zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung namentlich feststehen muss. Die Frage der Nichtbekanntgabe von Subunternehmern für unwesentliche Teilleistungen stelle sich im Beschwerdefall nicht (VwGH vom 29. Mai 2002, 2002/04/0023).

Soll ein Subunternehmer die mangelnde eigene Leistungsfähigkeit substituieren, so muss der Bieter den Subunternehmer nicht nur nennen, sondern auch nachweisen, dass er über die Mittel des Subunternehmers tatsächlich verfügt. Diese Verfügungsmöglichkeit ist nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes insbesondere dann gegeben, wenn ein verbindliches Angebot des Subunternehmers vorliegt. Die bloße Vorlage einer Preisliste wird hingegen als nicht hinreichend erachtet (VwGH vom 24. September 2003, 2003/04/0093). Immerhin lässt das Bundesvergabeamt auch das Vorliegen einer mündlichen Vereinbarung über die Erbringung der Subunternehmerleistung genügen und verweist darauf, dass es der Verwaltungsgerichtshof bislang offen gelassen hat, ob das Fehlen der entsprechenden Nachweise über die Verfügbarkeit der Mittel der Subunternehmer einen behebbaren Mangel darstellt (BVA vom 1. Juli 2004, 06N-52/04-20).

Im gegenständlichen Fall hat das Bundesvergabeamt eine spezifische Konstellation zu bewerten. Das beabsichtigte Tätigwerden der Bautechnischen Versuchsanstalt XXX betrifft einen geringen Teil der zu erbringenden Leistung. Sämtliche Beteiligten waren sich, wie im Zuge der mündlichen Verhandlung am 24. März 2006 hervor gekommen ist, zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens im Klaren, dass von Seiten des Antragstellers auf die Ressourcen der besagten Versuchsanstalt Rückgriff genommen werden kann. Begründet ist dies in dem Umstand, dass der Antragsteller – in Vorarlberg jedenfalls bekannt – zugleich als Leiter der Versuchsanstalt in XXX fungiert. Überdies hat sich der Auftraggeber schon des Öfteren mit dieser Konstellation konfrontiert gesehen. Es kann daher festgehalten werden, dass zum – gemäß § 52 Abs. 5 Z 2 BVergG 2002 – maßgeblichen Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe der Auftraggeber davon ausgehen konnte und auch tatsächlich davon ausging, dass der Antragsteller über die Mittel der Versuchsanstalt verfügt. Dies ist in diesem Sonderfall der Benennung eines Subunternehmers gleichzuhalten. Im Falle von Zweifeln hätte der Auftraggeber entsprechend der zuletzt angeführten Entscheidung des Bundesvergabeamtes zur Vorlage eines Nachweises auffordern müssen. Der gegenständlichen Ausschreibung war auch keine Forderung nach einem Nachweis über die Verfügbarkeit des Subunternehmers im Angebot zu entnehmen. Im gegenständlichen Fall hat das Bundesvergabeamt eine spezifische Konstellation zu bewerten. Das beabsichtigte Tätigwerden der Bautechnischen Versuchsanstalt römisch 30 betrifft einen geringen Teil der zu erbringenden Leistung. Sämtliche Beteiligten waren sich, wie im Zuge der mündlichen Verhandlung am 24. März 2006 hervor gekommen ist, zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens im Klaren, dass von Seiten des Antragstellers auf die Ressourcen der besagten Versuchsanstalt Rückgriff genommen werden kann. Begründet ist dies in dem Umstand, dass der Antragsteller – in Vorarlberg jedenfalls bekannt – zugleich als Leiter der Versuchsanstalt in römisch 30 fungiert. Überdies hat sich der Auftraggeber schon des Öfteren mit dieser Konstellation konfrontiert gesehen. Es kann daher festgehalten werden, dass zum – gemäß Paragraph 52, Absatz 5, Ziffer 2, BVergG 2002 – maßgeblichen Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe der Auftraggeber davon ausgehen konnte und auch tatsächlich davon

ausging, dass der Antragsteller über die Mittel der Versuchsanstalt verfügt. Dies ist in diesem Sonderfall der Benennung eines Subunternehmers gleichzuhalten. Im Falle von Zweifeln hätte der Auftraggeber entsprechend der zuletzt angeführten Entscheidung des Bundesvergabeamtes zur Vorlage eines Nachweises auffordern müssen. Der gegenständlichen Ausschreibung war auch keine Forderung nach einem Nachweis über die Verfügbarkeit des Subunternehmers im Angebot zu entnehmen.

Die erkennende Senatsvorsitzende vermag daher keine Verwirklichung eines Ausscheidenstatbestands durch den Antragsteller zu erkennen. Es ist daher vom Vorliegen der Antragslegitimation auszugehen.

Im übrigen sind auch die in § 166 BVergG 2002 normierten Voraussetzungen für die Zulässigkeit eines Nachprüfungsantrages erfüllt. Im übrigen sind auch die in Paragraph 166, BVergG 2002 normierten Voraussetzungen für die Zulässigkeit eines Nachprüfungsantrages erfüllt.

1. 3. Ziffer 3

Inhaltliche Beurteilung des Antrages

Gemäß § 21 Abs. 1 BVergG 2002 sind öffentliche Aufträge entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbs und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter an geeignete Unternehmer zu vergeben. § 99 Abs. 1 BVergG 2002 schreibt vor, dass von den Angeboten, die nach dem Ausscheiden übrig bleiben, der Zuschlag gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot oder dem Angebot mit dem niedrigsten Preis zu erteilen ist. § 174 Abs. 1 BVergG 2002 ist schließlich zu entnehmen, dass das Bundesvergabeamt eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene Entscheidung nichtig zu erklären hat, wenn sie (1) im Widerspruch zu Bestimmungen dieses Bundesgesetzes oder der hierzu erlassenen Verordnungen steht und Gemäß Paragraph 21, Absatz eins, BVergG 2002 sind öffentliche Aufträge entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbs und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter an geeignete Unternehmer zu vergeben. Paragraph 99, Absatz eins, BVergG 2002 schreibt vor, dass von den Angeboten, die nach dem Ausscheiden übrig bleiben, der Zuschlag gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot oder dem Angebot mit dem niedrigsten Preis zu erteilen ist. Paragraph 174, Absatz eins, BVergG 2002 ist schließlich zu entnehmen, dass das Bundesvergabeamt eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene Entscheidung nichtig zu erklären hat, wenn sie (1) im Widerspruch zu Bestimmungen dieses Bundesgesetzes oder der hierzu erlassenen Verordnungen steht und (2) für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

Beim Gleichbehandlungsprinzip handelt es sich um den zentralen Vergabegrundsatz, der für alle Arten von Vergabeverfahren und unabhängig von der Höhe des Auftragswertes gilt. Ausgehend vom Gleichbehandlungsgrundsatz argumentiert die Rechtssprechung ua. im Sinne einer Verpflichtung, die Vergleichbarkeit von Angeboten sicherzustellen (soweit etwa BVA vom 20. April 2002, N-136/01-41), sich an die (eigenen) Vorgaben der Ausschreibung zu halten (z.B. VwGH vom 4. September 2002, 2002/04/0181) sowie für eine entsprechende Transparenz des Vergabeverfahrens Obsorge zu tragen (vgl. etwa EuGH vom 25. April 1996, Rs C-87/94, Kommission/Belgien; EuGH vom 18. Oktober 2001, Rs C-19/00, SIAC Construction, sowie EuGH vom 12. Dezember 2002, Rs C-470/99, Universale Bau u.a.). Alle Bieter müssen bei der Abfassung ihrer Angebote über die gleichen Chancen verfügen. Im Zusammenhang mit der Anwendung der Zuschlagskriterien findet der Transparenzgedanke wiederum zum einen im Hinblick auf die Nachvollziehbarkeit der Bewertung (zuletzt etwa BVA vom 31. Jänner 2006, 04N-119/05-30, sowie BVA vom 22. Februar 2006, 16N-133/05-55) und zum anderen in der Möglichkeit einer gleichen Auslegung durch durchschnittlich fachkundige Bieter (wiederum EuGH vom 18. Oktober 2001, Rs C-19/00, SIAC Construction) eine besondere Betonung. Beim Gleichbehandlungsprinzip handelt es sich um den zentralen Vergabegrundsatz, der für alle Arten von Vergabeverfahren und unabhängig von der Höhe des Auftragswertes gilt. Ausgehend vom Gleichbehandlungsgrundsatz argumentiert die Rechtssprechung ua. im Sinne einer Verpflichtung, die Vergleichbarkeit von Angeboten sicherzustellen (soweit etwa BVA vom 20. April 2002, N-136/01-41), sich an die (eigenen) Vorgaben der Ausschreibung zu halten (z.B. VwGH vom 4. September 2002, 2002/04/0181) sowie für eine entsprechende Transparenz des Vergabeverfahrens Obsorge zu tragen vergleiche etwa EuGH vom 25. April 1996, Rs C-87/94, Kommission/Belgien; EuGH vom 18. Oktober 2001, Rs C-19/00, SIAC Construction, sowie EuGH vom 12. Dezember 2002, Rs C-470/99, Universale Bau u.a.). Alle Bieter müssen bei der Abfassung ihrer Angebote über die gleichen Chancen verfügen. Im Zusammenhang mit der Anwendung der Zuschlagskriterien findet der Transparenzgedanke wiederum zum einen im Hinblick auf die Nachvollziehbarkeit der Bewertung (zuletzt etwa BVA

vom 31. Jänner 2006, 04N-119/05-30, sowie BVA vom 22. Februar 2006, 16N-133/05-55) und zum anderen in der Möglichkeit einer gleichen Auslegung durch durchschnittlich fachkundige Bieter (wiederum EuGH vom 18. Oktober 2001, Rs C-19/00, SIAC Construction) eine besondere Betonung.

Im gegenständlichen Fall wurden der Preis und die Qualität der Leistung als Zuschlagskriterien vorgesehen. Nach den Vorgaben der Ausschreibung wurde wiederum die Qualität der Leistung anhand der Bewertung zweier Referenzprojekte einer zu benennenden Schlüsselperson beurteilt. Im Zuge des Ermittlungsverfahrens und insbesondere im Rahmen der mündlichen Verhandlung am 24. März 2006 ist nun hervorgekommen, dass die Punktevergabe hinsichtlich der Schlüsselperson des Antragstellers möglicherweise fehlerhaft erfolgt ist. Dies wurde auch von den anwesenden Vertretern des Landeswasserbauamtes eingeräumt. Insbesondere bei der mit "0" bewerteten Referenz "Endgestaltung Alter Rhein" gilt es die Punktevergabe zu überdenken. Bei der Bewertung war davon ausgegangen worden, dass das genannte Referenzprojekt mit dem gegenständlichen Projekt grundsätzlich nicht vergleichbar sei. Begründet wurde dies in der Niederschrift über die Angebotsprüfung und in der diesbezüglich gleichlautenden Begründung für die Ablehnung des Angebotes des Antragstellers im Wesentlichen damit, dass es sich um eine Renaturierung handle, die nicht mit den Problemstellungen der ausgeschriebenen Leistungen konfrontiert war. In der mündlichen Verhandlung wurde von Seiten der Vertreter des Landeswasserbauamtes die Bewertung mit "0" Punkten überdies damit begründet, dass von der Annahme ausgegangen wurde, der Antragsteller sei lediglich mit dem mit Phase 1 des ausgeschriebenen Projektes vergleichbaren Leistungsumfang beauftragt gewesen. Die vorliegenden Ausführungen des Vertreters des Referenzauftraggebers im Schreiben vom 18. November 2005 sowie die diesbezüglich glaubhaften Aussagen des Antragstellers in der mündlichen Verhandlung, legen allerdings den Schluss nahe, dass zumindest bei der "Verantwortlichkeit bei der Projektrealisierung" und der "Größe des Referenzprojektes" Punkte zu erteilen wären. Hierbei ist auch zu bedenken, dass Überlegungen zum "Schwierigkeitsgrad" des Projektes einer gesonderten Bewertung zugänglich sind. Dies hätte der Auftraggeber im Vorfeld der Zuschlagsentscheidung eingehend hinterfragen müssen. Überdies ist anzumerken, dass ein Auftraggeber bereits getroffene Entscheidungen im Rahmen eines Vergabeverfahrens "zurücknehmen" kann, wenn im Nachhinein Unzulänglichkeiten zutage treten.

Das Zuschlagsverfahren stellt sich somit im Hinblick auf die Anwendung der Zuschlagskriterien als unvollständig dar, sodass vom Vorliegen einer Rechtswidrigkeit auszugehen ist. Allerdings soll nach der Konzeption des BVergG nicht jede Rechtswidrigkeit zur Aufhebung einer Auftraggeberentscheidung führen, sondern bloß jene Rechtswidrigkeiten, die für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss sind. Dies wird dann der Fall sein, wenn der Zuschlag bei rechtmäßigem Vorgehen des Auftraggebers an einen anderen Bieter gehen würde. Dabei ist es dem Bundesvergabeamt in aller Regel lediglich möglich, die potentielle Relevanz einer Rechtsverletzung zu ergründen (soweit etwa BVA vom 22. Februar 2004, 16N-144/03-36, und BVA vom 12. April 2002, N-128/01-72). Im konkreten Fall kann im Falle zusätzlicher Punkte für die Antragstellerin eine andere Reihung der Bieter nicht ausgeschlossen werden. Es war daher spruchgemäß die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung auszusprechen.

Das Bundesvergabeamt hatte im Rahmen der Anfechtung der Zuschlagsentscheidung jedoch nicht das Zuschlagssystem und hierbei die Heranziehung von Referenzen sowie die Wahl des nicht offenen Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung angesichts der Höhe des geschätzten Auftragswertes und des Umstandes, dass eine geistigschöpferische Dienstleistung (nunmehr im BVergG 2006: geistige Dienstleistung) vergeben wird, zu hinterfragen. Mangels fristgerechter Bekämpfung der Ausschreibung sind allfällige Rechtswidrigkeiten als präkludiert anzusehen, zumal eine Anwendung der bestandskräftig gewordenen Ausschreibung entsprechend den Grundsätzen des § 21 Abs. 1 BVergG 2002 möglich erscheint (siehe Fink, Die Präklusion in der Vergabekontrolle, in Vergaberecht und PPP II [2005] 109). Das Bundesvergabeamt hatte im Rahmen der Anfechtung der Zuschlagsentscheidung jedoch nicht das Zuschlagssystem und hierbei die Heranziehung von Referenzen sowie die Wahl des nicht offenen Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung angesichts der Höhe des geschätzten Auftragswertes und des Umstandes, dass eine geistigschöpferische Dienstleistung (nunmehr im BVergG 2006: geistige Dienstleistung) vergeben wird, zu hinterfragen. Mangels fristgerechter Bekämpfung der Ausschreibung sind allfällige Rechtswidrigkeiten als präkludiert anzusehen, zumal eine Anwendung der bestandskräftig gewordenen Ausschreibung entsprechend den Grundsätzen des Paragraph 21, Absatz eins, BVergG 2002 möglich erscheint (siehe Fink, Die Präklusion in der Vergabekontrolle, in Vergaberecht und PPP römisch zwei [2005] 109).

Des weiteren war nicht zu relevieren, inwiefern die Übermittlung der Zuschlagsentscheidung den Vorgaben des § 100 Abs. 1 BVergG 2002 entsprach, da - wie zuvor ausgeführt - ohnedies eine inhaltliche Rechtswidrigkeit der

Zuschlagsentscheidung auszusprechen war. Des Weiteren war nicht zu relevieren, inwiefern die Übermittlung der Zuschlagsentscheidung den Vorgaben des Paragraph 100, Absatz eins, BVergG 2002 entsprach, da - wie zuvor ausgeführt - ohnedies eine inhaltliche Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung auszusprechen war.

III. Zu Spruchpunkt II römisch drei. Zu Spruchpunkt römisch zwei

§ 74 Abs. 1 AVG normiert, dass jeder Beteiligter die im Verwaltungsverfahren erwachsenden Kosten selbst zu bestreiten hat. Abs. 2 leg.cit. ist zu entnehmen, dass einem Beteiligten nur dann ein Kostenersatzanspruch gegen einen anderen Beteiligten zusteht, wenn die betreffenden Verwaltungsvorschriften Derartiges vorsehen. Gemäß § 177 Abs. 1 BVergG 2002 sind ua. für Anträge auf Nichtigerklärung von Auftraggeberentscheidungen Pauschalgebühren zu entrichten. Deren Höhe richtet sich nach Anhang X des BVergG 2002 bzw. nach der VO der Bundesregierung betreffend die Gebühren für die Inanspruchnahme des Bundesvergabeamtes, BGBl II Nr. 324/2002. Abs. 5 leg.cit. hält fest, dass der vor dem Bundesvergabeamt auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner entrichteten Pauschalgebühren durch den Antragsgegner hat. Paragraph 74, Absatz eins, AVG normiert, dass jeder Beteiligter die im Verwaltungsverfahren erwachsenden Kosten selbst zu bestreiten hat. Absatz 2, leg.cit. ist zu entnehmen, dass einem Beteiligten nur dann ein Kostenersatzanspruch gegen einen anderen Beteiligten zusteht, wenn die betreffenden Verwaltungsvorschriften Derartiges vorsehen. Gemäß Paragraph 177, Absatz eins, BVergG 2002 sind ua. für Anträge auf Nichtigerklärung von Auftraggeberentscheidungen Pauschalgebühren zu entrichten. Deren Höhe richtet sich nach Anhang römisch zehn des BVergG 2002 bzw. nach der VO der Bundesregierung betreffend die Gebühren für die Inanspruchnahme des Bundesvergabeamtes, Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 324 aus 2002., Absatz 5, leg.cit. hält fest, dass der vor dem Bundesvergabeamt auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner entrichteten Pauschalgebühren durch den Antragsgegner hat.

In den Materialien zum BVergG 2002 wird ausgeführt, dass es sich beim in § 177 Abs. 5 BVergG 2002 vorgesehenen Gebührenersatz um einen zivilrechtlichen Ersatzanspruch handelt, der bei den ordentlichen Gerichten mittels Mahnklage geltend zu machen ist. Der VwGH vertritt hiezu die Ansicht, dass diese Aussage im Gesetz keinen Niederschlag gefunden hat und somit unbeachtlich ist (siehe VwGH vom 6. April 2005, 2004/04/0091 und 2004/04/0092, unter ausdrücklicher Bezugnahme auf Thienel/Bratschovsky, Gebührenersatz nach § 177 Abs. 5 BVergG – wirklich bei Gericht einzuklagen?, ZVB 2004/33). In Entsprechung zu dieser Judikatur ging das Bundesvergabeamt in einem verstärktem Senat von seiner bisherigen Sichtweise ab und erklärte sich für zuständig, über einen Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühr abzusprechen (siehe BVA vom 13. Mai 2005, 4N-17/05-49; dem ua. folgend BVA vom 1. Juli 2005, 16N-36/05-37). Das Bundesvergabeamt hat daher über den im Rahmen der mündlichen Verhandlung am 24. März 2006 gestellten Antrag, dem Auftraggeber den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühr in aufzutragen, zu entscheiden. In den Materialien zum BVergG 2002 wird ausgeführt, dass es sich beim in Paragraph 177, Absatz 5, BVergG 2002 vorgesehenen Gebührenersatz um einen zivilrechtlichen Ersatzanspruch handelt, der bei den ordentlichen Gerichten mittels Mahnklage geltend zu machen ist. Der VwGH vertritt hiezu die Ansicht, dass diese Aussage im Gesetz keinen Niederschlag gefunden hat und somit unbeachtlich ist (siehe VwGH vom 6. April 2005, 2004/04/0091 und 2004/04/0092, unter ausdrücklicher Bezugnahme auf Thienel/Bratschovsky, Gebührenersatz nach Paragraph 177, Absatz 5, BVergG – wirklich bei Gericht einzuklagen?, ZVB 2004/33). In Entsprechung zu dieser Judikatur ging das Bundesvergabeamt in einem verstärktem Senat von seiner bisherigen Sichtweise ab und erklärte sich für zuständig, über einen Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühr abzusprechen (siehe BVA vom 13. Mai 2005, 4N-17/05-49; dem ua. folgend BVA vom 1. Juli 2005, 16N-36/05-37). Das Bundesvergabeamt hat daher über den im Rahmen der mündlichen Verhandlung am 24. März 2006 gestellten Antrag, dem Auftraggeber den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühr in aufzutragen, zu entscheiden.

Nach der Konzeption des § 177 Abs. 1 BVergG 2002 sind aus pauschalgebührenrechtlicher Sicht das Provisorialverfahren, das Nachprüfungsverfahren sowie ein allfälliges Feststellungsverfahren gesondert zu betrachten. Dies findet auch in der Rechtsprechung des VwGH Bestätigung. Das Höchstgericht betont zudem die Sonderstellung der Pauschalgebühr des BVergG gegenüber dem zivilprozessualen Rechtsschutz und der Eingabegebühr des VwGH (soweit VwGH vom 30. Juni 2004, 2004/04/0081; dem folgend VwGH vom 28. Juli 2004, 2004/04/0101). Demzufolge spricht das Bundesvergabeamt in ständiger Rechtsprechung zur Rechtslage nach dem BVergG 2002 (!) gesondert über einen allfälligen Ersatz der für eine einstweilige Verfügung entrichteten Pauschalgebühr ab (siehe zuletzt etwa BVA vom 22. Februar 2006, 16N-133/05-55, und BVA vom 22. Februar 2006, 16N-133/05-56). Angesichts des Umstands, dass das Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich angesiedelt ist, kann allerdings im gegenständlichen Fall bei

unterschiedlicher rechtlicher Beurteilung gemeinsam über den Kostenersatz der für das Provisorial- und das Nachprüfungsverfahren entrichteten Gebühren befunden werden. Nach der Konzeption des Paragraph 177, Absatz eins, BVergG 2002 sind aus pauschalgebührenrechtlicher Sicht das Provisorialverfahren, das Nachprüfungsverfahren sowie ein allfälliges Feststellungsverfahren gesondert zu betrachten. Dies findet auch in der Rechtsprechung des VwGH Bestätigung. Das Höchstgericht betont zudem die Sonderstellung der Pauschalgebühr des BVergG gegenüber dem zivilprozessualen Rechtsschutz und der Eingabengebühr des VwGH (soweit VwGH vom 30. Juni 2004, 2004/04/0081; dem folgend VwGH vom 28. Juli 2004, 2004/04/0101). Demzufolge spricht das Bundesvergabeamt in ständiger Rechtsprechung zur Rechtslage nach dem BVergG 2002 (!) gesondert über einen allfälligen Ersatz der für eine einstweilige Verfügung entrichteten Pauschalgebühr ab (siehe zuletzt etwa BVA vom 22. Februar 2006, 16N-133/05-55, und BVA vom 22. Februar 2006, 16N-133/05-56). Angesichts des Umstands, dass das Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich angesiedelt ist, kann allerdings im gegenständlichen Fall bei unterschiedlicher rechtlicher Beurteilung gemeinsam über den Kostenersatz der für das Provisorial- und das Nachprüfungsverfahren entrichteten Gebühren befunden werden.

Für ein nicht offenes Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung ist bei Dienstleistungsaufträgen ausweislich des Anhangs X zum BVergG 2002 bzw. der VO der Bundesregierung betreffend die Gebühren für die Inanspruchnahme des Bundesvergabeamtes eine Gebühr von Euro 350,-- zu bezahlen. Da zugleich die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung und die Erlassung einer einstweiligen Verfügung beantragt wurde, waren gegenständlich insgesamt Pauschalgebühren von Euro 700,-- zu entrichten. Diesem Gebot ist der Antragsteller nach einem vom Bundesvergabeamt ausgesprochenen Verbesserungsauftrag auch tatsächlich nachgekommen. Mit Bescheid vom 15. März 2006, GZ 06N-116/05-23, wurde eine einstweilige Verfügung erlassen; mit dem gegenständlichen Bescheid wird die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung ausgesprochen. Der Antragsteller hat somit sowohl im Hinblick auf das Provisorialals auch das Nachprüfungsverfahren inhaltlich obsiegt. Grundsätzlich stünde ihm der Ersatz von insgesamt Euro 700,-- zu. Für ein nicht offenes Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung ist bei Dienstleistungsaufträgen ausweislich des Anhangs römisch zehn zum BVergG 2002 bzw. der VO der Bundesregierung betreffend die Gebühren für die Inanspruchnahme des Bundesvergabeamtes eine Gebühr von Euro 350,-- zu bezahlen. Da zugleich die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung und die Erlassung einer einstweiligen Verfügung beantragt wurde, waren gegenständlich insgesamt Pauschalgebühren von Euro 700,-- zu entrichten. Diesem Gebot ist der Antragsteller nach einem vom Bundesvergabeamt ausgesprochenen Verbesserungsauftrag auch tatsächlich nachgekommen. Mit Bescheid vom 15. März 2006, GZ 06N-116/05-23, wurde eine einstweilige Verfügung erlassen; mit dem gegenständlichen Bescheid wird die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung ausgesprochen. Der Antragsteller hat somit sowohl im Hinblick auf das Provisorialals auch das Nachprüfungsverfahren inhaltlich obsiegt. Grundsätzlich stünde ihm der Ersatz von insgesamt Euro 700,-- zu.

Der Antrag auf Kostenersatz wurde allerdings erst im Rahmen der mündlichen Verhandlung, somit nach Erlassung der einstweiligen Verfügung, gestellt. Gemäß § 74 Abs. 2 zweiter Satz AVG ist ein Kostenersatzanspruch nun so rechtzeitig zu stellen, dass der Abspruch über die Kosten in den Bescheid aufgenommen werden kann. Für die gegenständliche Konstellation bedeutet dies, das Bundesvergabeamt muss in die Lage versetzt werden, im Bescheid betreffend den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung über die Pauschalgebühr für das Provisorialverfahren und im Hauptbescheid über die Pauschalgebühr für das Nachprüfungsverfahren zu entscheiden. Eine nicht im Sinne des § 74 Abs. 2 zweiter Satz AVG zeitgerechte Geltendmachung des Kostenersatzanspruchs bewirkt wiederum dessen Verlust (siehe BVA vom 17. Mai 2005, 04N-17/05-50, unter Bezugnahme auf VwGH vom 26. Jänner 1995, 94/06/0181; VwGH vom 17. Mai 1999, 95/05/0255; Walter/Thienel, Die österreichischen Verwaltungsgesetze I2 [1998] 1690; Hauer/Leukauf, Handbuch der österreichischen Verwaltungsgesetze6 [2003], 1143f; Walter/Mayer, Verwaltungsverfahren8 [2003] Rz 674 sowie Mannlicher/Quell, Das Verwaltungsverfahren I8 [1975] 425). Der Antrag auf Kostenersatz wurde allerdings erst im Rahmen der mündlichen Verhandlung, somit nach Erlassung der einstweiligen Verfügung, gestellt. Gemäß Paragraph 74, Absatz 2, zweiter Satz AVG ist ein Kostenersatzanspruch nun so rechtzeitig zu stellen, dass der Abspruch über die Kosten in den Bescheid aufgenommen werden kann. Für die gegenständliche Konstellation bedeutet dies, das Bundesvergabeamt muss in die Lage versetzt werden, im Bescheid betreffend den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung über die Pauschalgebühr für das Provisorialverfahren und im Hauptbescheid über die Pauschalgebühr für das Nachprüfungsverfahren zu entscheiden. Eine nicht im Sinne des Paragraph 74, Absatz 2, zweiter Satz AVG zeitgerechte Geltendmachung des Kostenersatzanspruchs bewirkt wiederum dessen Verlust (siehe BVA vom 17. Mai 2005, 04N-17/05-50, unter Bezugnahme auf VwGH vom 26. Jänner 1995,

94/06/0181; VwGH vom 17. Mai 1999, 95/05/0255; Walter/Thienel, Die österreichischen Verwaltungsgesetze I2 [1998] 1690; Hauer/Leukauf, Handbuch der österreichischen Verwaltungsgesetze6 [2003], 1143f; Walter/Mayer, Verwaltungsverfahren8 [2003] Rz 674 sowie Mannlicher/Quell, Das Verwaltungsverfahren I8 [1975] 425).

Angesichts dieser Rechtslage konnte daher lediglich der Ersatz der für das Nachprüfungsverfahren entrichteten Pauschalgebühr von Euro 350,-- verfügt werden. Das darüber hinausgehende, auf die Gebühren für die einstweilige Verfügung abzielende Mehrbegehren war hingegen gemäß Spruchpunkt II als verspätet zurückzuweisen. Angesichts dieser Rechtslage konnte daher lediglich der Ersatz der für das Nachprüfungsverfahren entrichteten Pauschalgebühr von Euro 350,-- verfügt werden. Das darüber hinausgehende, auf die Gebühren für die einstweilige Verfügung abzielende Mehrbegehren war hingegen gemäß Spruchpunkt römisch zwei als verspätet zurückzuweisen.

Dokumentnummer

VERGT_20060331_06N_116_05_32_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