

TE Verg Bescheid 2006/2/8 15N- 127/05-25

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 08.02.2006

Norm

BVergG 2002 §3 Abs1 Z1

BVergG 2002 §7 Abs1 Z2

BVergG 2002 §9 Abs1 Z3

BVergG 2002 §13 Abs1

BVergG 2002 §20 Z13 lita sublitaa

BVergG 2002 §21 Abs1

BVergG 2002 §69 Abs2

BVergG 2002 §91 Abs1

BVergG 2002 §91 Abs2

BVergG 2002 §98 Z8

BVergG 2002 §135 Abs2

BVergG 2002 §162 Abs2

BVergG 2002 §166

BVergG 2002 §169 Abs1 Z1 lita

BVergG 2002 §169 Abs1 Z1 litc BVergG 2002 §177 Abs5

B-VG Art.14b Abs2 Z1 lita

AVG §74 Abs2

1. B-VG Art. 14b heute
 2. B-VG Art. 14b gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
 3. B-VG Art. 14b gültig von 01.07.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
 4. B-VG Art. 14b gültig von 01.01.2003 bis 30.06.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2002
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 durch den Vorsitzenden des Senats 15, Mag. Gerhard Prünster, sowie Dr. Johannes Schenk als Vertreter der Auftragnehmerseite und Dkfm. Dr. Johann Hackl als Vertreter der Auftraggeberseite, wie folgt entschieden:

SPRUCH

I.römisch eins.

Im Nachprüfungsverfahren gemäß § 162 Abs. 2 Bundesvergabegesetz 2002 (BVerG), BGBl I Nr. 99/2002, betreffend das Vergabeverfahren "A 10 Tauernautobahn, AST Gmünd - Knoten Spittal/Millstättersee, Generalsanierung E+M Ausrüstung Einhausung Trebesing" des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs-AG (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, wird dem Antrag der A*** AG, vertreten durch X*** RAe GmbH, vom 12. Dezember 2005, "auf Nichtigerklärung der von der Auftraggeberin mit Telefax vom 29.11.2005 mitgeteilten Entscheidung, der "Firma B***" den Zuschlag erteilen zu wollen (Zuschlagsentscheidung)", stattgegeben. Die vom Auftraggeber ASFINAG am 29.11.2005 bekannt gegebene Entscheidung, der B*** GmbH (Anm.: auf deren Alternativangebot 2) den Zuschlag erteilen zu wollen, wird für nichtig erklärt. Im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 162, Absatz 2, Bundesvergabegesetz 2002 (BVerG), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 99 aus 2002,, betreffend das Vergabeverfahren "A 10 Tauernautobahn, AST Gmünd - Knoten Spittal/Millstättersee, Generalsanierung E+M Ausrüstung Einhausung Trebesing" des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs-AG (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, wird dem Antrag der A*** AG, vertreten durch X*** RAe GmbH, vom 12. Dezember 2005, "auf Nichtigerklärung der von der Auftraggeberin mit Telefax vom 29.11.2005 mitgeteilten Entscheidung, der "Firma B***" den Zuschlag erteilen zu wollen (Zuschlagsentscheidung)", stattgegeben. Die vom Auftraggeber ASFINAG am 29.11.2005 bekannt gegebene Entscheidung, der B*** GmbH Anmerkung, auf deren Alternativangebot 2) den Zuschlag erteilen zu wollen, wird für nichtig erklärt.

Rechtsgrundlagen: §§ 162 Abs. 2 iVm 21 Abs. 1, 91 Abs. 1 und 2, 98 Z 8 und 169 Abs. 1 Z 1 lit.a BVerG
Rechtsgrundlagen: Paragraphen 162, Absatz 2, in Verbindung mit 21 Absatz eins, 91, Absatz eins und 2, 98 Ziffer 8 und 169 Absatz eins, Ziffer eins, Litera a, BVerG

II.römisch zwei.

Im Nachprüfungsverfahren gemäß § 162 Abs. 2 Bundesvergabegesetz 2002 (BVerG), BGBl I Nr. 99/2002, betreffend das Vergabeverfahren "A 10 Tauernautobahn, AST Gmünd - Knoten Spittal/Millstättersee, Generalsanierung E+M Ausrüstung Einhausung Trebesing" des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs-AG (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, wird dem Antrag der A*** AG, vertreten durch X*** RAe GmbH, vom 12. Dezember 2005, "das Bundesvergabeamt möge der Antragsgegnerin auftragen, der Antragstellerin zu Handen ihres ausgewiesenen Vertreters die für den Antrag auf Nichtigerklärung und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 177 Abs. 1 BVerG entrichteten Pauschalgebühren in der Höhe von je EUR 5.000.--, insgesamt sohin EUR 10.000.--, binnen 2 Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen", stattgegeben. Im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 162, Absatz 2, Bundesvergabegesetz 2002 (BVerG), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 99 aus 2002,, betreffend das Vergabeverfahren "A 10 Tauernautobahn, AST Gmünd - Knoten Spittal/Millstättersee, Generalsanierung E+M Ausrüstung Einhausung Trebesing" des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs-AG (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, wird dem Antrag der A*** AG, vertreten durch X*** RAe GmbH, vom 12. Dezember 2005, "das Bundesvergabeamt möge der Antragsgegnerin auftragen, der Antragstellerin zu Handen ihres ausgewiesenen Vertreters die für den Antrag auf Nichtigerklärung und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 177, Absatz eins, BVerG entrichteten Pauschalgebühren in der Höhe von je EUR 5.000.--, insgesamt sohin EUR 10.000.--, binnen 2 Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen", stattgegeben.

Der Auftraggeber ASFINAG ist verpflichtet, der A*** AG binnen 2 Wochen ab Zustellung dieses Bescheides zu Handen ihres Rechtsvertreters den Betrag in Höhe von Euro 10.000.-- bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Rechtsgrundlage: § 177 Abs. 5 BVerG iVm § 74 Abs. 2 AVG
Rechtsgrundlage: Paragraph 177, Absatz 5, BVerG in Verbindung mit Paragraph 74, Absatz 2, AVG

BEGRÜNDUNG

Die A*** AG, (in der Folge A*** oder Antragstellerin), vertreten durch X*** RAe GmbH, beantragte mit Schriftsatz vom 12. Dezember 2005 die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung und den Ersatz der Pauschalgebühren. Diese Anträge wurden mit einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung verbunden.

Die Antragstellerin brachte im Wesentlichen vor, dass die Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-AG (ASFINAG) ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe des Bauauftrages ausgeschrieben habe. Gegenstand des Auftrags sei im Wesentlichen die Herstellung der elektromaschinellen Ausrüstung der ca. 900 m

langen Lärmschutzeinhausung Trebesing.

Die Antragstellerin habe fristgerecht ein ausschreibungskonformes Hauptangebot mit einem Nettoangebotspreis von Euro 3,481.405,27 gelegt. Dieses sei jedenfalls preislich an erster Stelle zu reihen. Da die Antragstellerin weiters die Verlängerung der Gewährleistungsfrist für die höchstmögliche Dauer von fünf Jahren angeboten habe, sei sie daher - jedenfalls unter den Hauptangeboten - auch insgesamt an erster Stelle zu reihen.

Gemäß Teil B1, Pkt. 1,304 der Ausschreibungsunterlagen, seien als Zuschlagskriterien der Preis (gewichtet mit 96%) und die Qualität (Verlängerung der Gewährleistungsfrist, gewichtet mit 4%) vorgesehen. In Pkt. 1,208.2 seien die Mindestanforderungen für Alternativangebote geregelt. Alternativen müssten demnach sämtliche Nachweise in prüfbarer Form über die (mindestens) Gleichwertigkeit mit der Ausschreibung für den Auftraggeber-Entwurf enthalten. Mit Telefax vom 29. November 2005 sei der Antragstellerin die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der "Firma B***" (gemeint offenbar B*** GmbH) bekannt gegeben worden. Diese Zuschlagsentscheidung sei "im Vollmachtsnamen der ASFINAG" bekannt gegeben worden und sei daher dieser zuzurechnen.

Weiters sei festzuhalten, dass eine Anfrage der Antragstellerin gemäß § 100 Abs. 3 BVergG vom 1. Dezember 2005 von der Auftraggeberin bisher nicht beantwortet worden sei. Weiters sei festzuhalten, dass eine Anfrage der Antragstellerin gemäß Paragraph 100, Absatz 3, BVergG vom 1. Dezember 2005 von der Auftraggeberin bisher nicht beantwortet worden sei.

Als Vergabeverstöße führte die Antragstellerin an:

1. 1.)eins,
Unzulässige Berücksichtigung von Alternativangeboten mangels

Mindestanforderungen:

Gemäß § 69 Abs 2 BVergG sei in den Ausschreibungsunterlagen festzulegen, welche Mindestanforderungen Alternativangebote im Hinblick auf ihre Vergleichbarkeit mit der ausgeschriebenen Leistung erfüllen müssten. Es genüge nicht, bloß formale Kriterien als Mindestanforderung zu definieren. Die inhaltlichen Anforderungen, deren Erfüllung mit den geforderten Nachweisen zu belegen sei, würden aber gegenständlich offen bleiben. Konkrete Kriterien bzw. Mindestanforderungen iSd § 69 Abs 2 leg.cit. könnten der Ausschreibung nicht entnommen werden. Die fehlende Festlegung von Mindestanforderungen führe dazu, dass Alternativangebote bei der Zuschlagserteilung nicht berücksichtigt werden dürften bzw. ausgeschlossen werden müssten. Gemäß Paragraph 69, Absatz 2, BVergG sei in den Ausschreibungsunterlagen festzulegen, welche Mindestanforderungen Alternativangebote im Hinblick auf ihre Vergleichbarkeit mit der ausgeschriebenen Leistung erfüllen müssten. Es genüge nicht, bloß formale Kriterien als Mindestanforderung zu definieren. Die inhaltlichen Anforderungen, deren Erfüllung mit den geforderten Nachweisen zu belegen sei, würden aber gegenständlich offen bleiben. Konkrete Kriterien bzw. Mindestanforderungen iSd Paragraph 69, Absatz 2, leg.cit. könnten der Ausschreibung nicht entnommen werden. Die fehlende Festlegung von Mindestanforderungen führe dazu, dass Alternativangebote bei der Zuschlagserteilung nicht berücksichtigt werden dürften bzw. ausgeschlossen werden müssten.

1. 2.)2,
Fehlende Gleichwertigkeit des für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Alternativangebotes:

Selbst wenn man eine Gleichwertigkeitsprüfung ohne Vorliegen inhaltlicher Mindestanforderungen zulassen würde (etwa auf Basis der Leistungsbeschreibung), hätte diese Prüfung im konkreten Fall zur Ausscheidung der Alternativangebote von B*** führen müssen. Es sei gegenständlich technisch nahezu ausgeschlossen, Alternativangebote zu legen, die im Hinblick auf die ausgeschriebenen Spezifikationen gleichwertig seien. Im Übrigen werde die Frage der Gleichwertigkeit im Rahmen des Vergabekontrollverfahrens amtswegig zu überprüfen sein.

In einer Stellungnahme vom 28.12.2005 brachte die Antragstellerin vor, dass die Ausschreibungsbestimmung, dass Alternativangebote "auch alle Inhalte gem. § 83 BVergG aufweisen müssen", keine inhaltlichen Vorgaben enthalte. Auch sei dieser Verweis auf eine nationale Norm nicht geeignet, um Mindestanforderungen iSd § 69 Abs. 2 BVergG festzulegen. Das gleiche gelte, wenn die Auftraggeberin Mindestanforderungen iSd § 69 Abs. 2 leg.cit. damit zu begründen versuche, dass "Alternativen auch inhaltlich und formal, soweit möglich in gleicher Weise wie das ausschreibungsgemäße Angebot zum Auftraggeber-Entwurf auszuarbeiten und vorzulegen" seien. Diese Bestimmung könne bestenfalls dahingehend ausgelegt werden, dass Alternativangebote alle Vorgaben der Ausschreibung

einzuhalten hätten. Dies sei aber - wie die Auftraggeberin in ihrer Stellungnahme selbst erklärt hätte - bei dem für die Zuschlagserteilung vorgesehenen Angebot der B*** nicht der Fall. Wenn die B*** GmbH verneine, in den Festlegungen im Teil B1, Pkt. 1,208.1.2., (weitere) Mindestanforderungen zu erkennen, so sei dies unrichtig. Diese Festlegungen würden nämlich allesamt vor der Überschrift "Mindestanforderungen" geregelt. Auch inhaltlich seien daraus keine Mindestanforderungen abzuleiten. So würden etwa die Festlegungen unter dem Titel "Allgemeine Einschränkungen" bloß die Zulässigkeit von Alternativangeboten beschränken, ohne konkret jene Mindestanforderungen zu erläutern, die die Alternativen erfüllen müssten. In einer Stellungnahme vom 28.12.2005 brachte die Antragstellerin vor, dass die Ausschreibungsbestimmung, dass Alternativangebote "auch alle Inhalte gem. Paragraph 83, BVergG aufweisen müssen", keine inhaltlichen Vorgaben enthalte. Auch sei dieser Verweis auf eine nationale Norm nicht geeignet, um Mindestanforderungen iSd Paragraph 69, Absatz 2, BVergG festzulegen. Das gleiche gelte, wenn die Auftraggeberin Mindestanforderungen iSd Paragraph 69, Absatz 2, leg.cit. damit zu begründen versuche, dass "Alternativen auch inhaltlich und formal, soweit möglich in gleicher Weise wie das ausschreibungsgemäße Angebot zum Auftraggeber-Entwurf auszuarbeiten und vorzulegen" seien. Diese Bestimmung könne bestenfalls dahingehend ausgelegt werden, dass Alternativangebote alle Vorgaben der Ausschreibung einzuhalten hätten. Dies sei aber - wie die Auftraggeberin in ihrer Stellungnahme selbst erklärt hätte - bei dem für die Zuschlagserteilung vorgesehenen Angebot der B*** nicht der Fall. Wenn die B*** GmbH verneine, in den Festlegungen im Teil B1, Pkt. 1,208.1.2., (weitere) Mindestanforderungen zu erkennen, so sei dies unrichtig. Diese Festlegungen würden nämlich allesamt vor der Überschrift "Mindestanforderungen" geregelt. Auch inhaltlich seien daraus keine Mindestanforderungen abzuleiten. So würden etwa die Festlegungen unter dem Titel "Allgemeine Einschränkungen" bloß die Zulässigkeit von Alternativangeboten beschränken, ohne konkret jene Mindestanforderungen zu erläutern, die die Alternativen erfüllen müssten.

Auch die Ausführungen der Auftraggeberin zur Gleichwertigkeitsprüfung seien nicht überzeugend. Dass die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotene alternative Lösung bei früheren Projekten der Auftraggeberin als "ursprünglicher Lösungsweg" ausgeschrieben worden sei, belege nicht deren Gleichwertigkeit. Die Änderung der Vorgabe des Lösungsweges indiziere vielmehr, dass die Auftraggeberin selbst von den bisherigen Lösungswegen nicht überzeugt gewesen sei und diese daher nicht als gleichwertig erachte. Wenn die Auftraggeberin in ihrer Stellungnahme vom 15.12.2005 erkläre, dass die Gesamtheit des Auftraggeber-Entwurfs, insbesondere Teil B1, B5, B7 und B8 die Kriterien bzw. Mindestanforderungen iSd § 69 Abs. 2 BVergG darstellen würden, so sei dies "bemerkenswert". Insbesondere die Hervorhebung des Teiles B5 als Mindestanforderung sei "interessant". Die Übertragungstechnik des Auftraggeber-Entwurfs sei im Wesentlichen im Teil B5 der Ausschreibung enthalten. Gerade die Vorgaben dieses Teiles würden von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin in deren Alternative 2 nicht eingehalten. Das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Alternativangebot 2 widerspreche somit den Anforderungen, die nach dem Verständnis der Auftraggeberin eine Mindestanforderung iSd § 69 Abs. 2 BVergG sei. Die Auftraggeberin hätte also das - der Ausschreibung widersprechende - Alternativangebot ausscheiden müssen. Auch die Ausführungen der Auftraggeberin zur Gleichwertigkeitsprüfung seien nicht überzeugend. Dass die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotene alternative Lösung bei früheren Projekten der Auftraggeberin als "ursprünglicher Lösungsweg" ausgeschrieben worden sei, belege nicht deren Gleichwertigkeit. Die Änderung der Vorgabe des Lösungsweges indiziere vielmehr, dass die Auftraggeberin selbst von den bisherigen Lösungswegen nicht überzeugt gewesen sei und diese daher nicht als gleichwertig erachte. Wenn die Auftraggeberin in ihrer Stellungnahme vom 15.12.2005 erkläre, dass die Gesamtheit des Auftraggeber-Entwurfs, insbesondere Teil B1, B5, B7 und B8 die Kriterien bzw. Mindestanforderungen iSd Paragraph 69, Absatz 2, BVergG darstellen würden, so sei dies "bemerkenswert". Insbesondere die Hervorhebung des Teiles B5 als Mindestanforderung sei "interessant". Die Übertragungstechnik des Auftraggeber-Entwurfs sei im Wesentlichen im Teil B5 der Ausschreibung enthalten. Gerade die Vorgaben dieses Teiles würden von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin in deren Alternative 2 nicht eingehalten. Das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Alternativangebot 2 widerspreche somit den Anforderungen, die nach dem Verständnis der Auftraggeberin eine Mindestanforderung iSd Paragraph 69, Absatz 2, BVergG sei. Die Auftraggeberin hätte also das - der Ausschreibung widersprechende - Alternativangebot ausscheiden müssen.

Festzuhalten sei weiters, dass mit der Alternative 2 der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wesentliche technische Nachteile verbunden seien.

In einer weiteren Stellungnahme der Antragstellerin vom 23.1.2006 wurde beziehungsweise auf die Replik der

Teilnahmeantragstellerin vom 20.1.2006 bestritten, dass deren Vorbringen, wonach ihre Alternative 2 gegenüber dem Amtsentwurf zumindest gleichwertig sei, richtig sei. Die diesbezüglichen Behauptungen seien vielmehr widersprüchlich und falsch.

Weiters wurde vorgebracht, dass der Auftraggeber entgegen § 149 Abs 1 BVergG den Vergabeakt offenbar nicht vollständig übergeben habe. Es würde sich lediglich ein Prüfbericht der ASFINAG darin finden. Es existiere jedoch ein weiterer Prüfbericht der C*** OEG, welcher dem BVA jedoch nicht vorgelegt worden sei. Es sei auffällig, dass gerade die Prüfungsergebnisse jenes Unternehmens nicht vorgelegt worden seien, das maßgeblich an der Abwicklung des Vergabeverfahrens beteiligt gewesen und offenbar auch mit der Prüfung der Angebote betraut gewesen sei. Weiters wurde vorgebracht, dass der Auftraggeber entgegen Paragraph 149, Absatz eins, BVergG den Vergabeakt offenbar nicht vollständig übergeben habe. Es würde sich lediglich ein Prüfbericht der ASFINAG darin finden. Es existiere jedoch ein weiterer Prüfbericht der C*** OEG, welcher dem BVA jedoch nicht vorgelegt worden sei. Es sei auffällig, dass gerade die Prüfungsergebnisse jenes Unternehmens nicht vorgelegt worden seien, das maßgeblich an der Abwicklung des Vergabeverfahrens beteiligt gewesen und offenbar auch mit der Prüfung der Angebote betraut gewesen sei.

Weiters wurden von der Antragstellerin als weitere Gründe, die ihrer Ansicht nach zum Ausscheiden des Alternativangebots 2 führen müssten, vorgebracht:

1. 1) Ziffer eins

Der von der Teilnahmeantragstellerin mit der Alternative 2 vorgelegte "Technische Bericht" umfasse lediglich eine halbe DIN A4- Seite und stelle keinesfalls einen "Technischen Bericht" iSd Ausschreibung dar. Zumindest wäre gemäß Teil B 8, Pkt. 301 8/1.3., neben der (dürftigen) textlichen Beschreibung eine planliche Darstellung (Anm.: Übersichtspläne) erforderlich gewesen. Da diese jedoch nicht mit der Alternative vorgelegt worden seien, wäre die Alternative 2 daher auch aus diesem Grund auszuschneiden gewesen. Der von der Teilnahmeantragstellerin mit der Alternative 2 vorgelegte "Technische Bericht" umfasse lediglich eine halbe DIN A4- Seite und stelle keinesfalls einen "Technischen Bericht" iSd Ausschreibung dar. Zumindest wäre gemäß Teil B 8, Pkt. 301 8/1.3., neben der (dürftigen) textlichen Beschreibung eine planliche Darstellung (Anmerkung, Übersichtspläne) erforderlich gewesen. Da diese jedoch nicht mit der Alternative vorgelegt worden seien, wäre die Alternative 2 daher auch aus diesem Grund auszuschneiden gewesen.

2. 2) Ziffer 2

Es existiere eine nach Angebotsöffnung eingereichte Stellungnahme der Teilnahmeantragstellerin zur Gleichwertigkeit des Alternativangebots. Wenn der "Technische Bericht" nicht ausreichend gewesen sei, die mit der Alternative 2 angebotenen Leistungen zu beschreiben, müsse davon ausgegangen werden, dass mit der nachgereichten Stellungnahme eine unzulässige Angebotsänderung bewirkt worden sei. Auch diese müsste zum Ausscheiden der Alternative 2 führen.

3. 3) Ziffer 3

Weiters sei dem Angebotsöffnungsprotokoll zu entnehmen, dass die Teilnahmeantragstellerin lediglich für ihr Hauptangebot, nicht aber für die Alternativangebote, eine Subunternehmererklärung abgegeben habe. Auch dieser Mangel müsse gemäß Pkt. 8, 301 8/1.4 zur sofortigen Angebotsausscheidung führen.

Mit Telefax vom 15. Dezember 2005 hat die vergebende Stelle, die ASFINAG Autobahnen Service GmbH Süd, im Vollmachtsnamen der ASFINAG eine Stellungnahme erstattet. Es wurde mitgeteilt, dass der geschätzte Auftragswert des gegenständlichen Vorhabens Euro 5 Mio netto betrage. Der geschätzte Gesamtauftragswert aller Leistungen belaufe sich auf netto Euro 115 Mio. Die Zuschlagsentscheidung sei allen Bietern per Telefax vom 29. November 2005 bekannt gegeben worden. Der Zuschlag sei noch nicht erteilt worden, ein Widerruf der Ausschreibung nicht erfolgt. Die Anfrage der Antragstellerin gemäß § 100 Abs. 3 BVergG vom 1.12.2005 sei aufgrund eines internen Versehens bedauerlicher Weise nicht beantwortet worden. Es werde daher nunmehr mitgeteilt, dass die Alternative 2 - "Videoanlage und Übertragung" der B*** GmbH mit einer Nettoangebotssumme von Euro 3.476.810,65 für die Zuschlagsentscheidung ermittelt worden sei. Weiters sei anzumerken, dass das Vorbringen der Antragstellerin betreffend angeblich mangelnder Mindestanforderungen zur Beurteilung des Alternativangebotes unrichtig sei. Unter Teil B1, Pkt. 1,208 der Ausschreibung seien die entsprechenden Mindestkriterien sehr wohl genannt. Die von der Antragstellerin zitierte Bestimmung der Ausschreibung sei nicht vollständig wiedergegeben worden. Neben den im Ausschreibungsteil B 8, unter Pkt. 8/3 genannten Nachweisen; seien Alternativen auch inhaltlich und formal soweit möglich in gleicher Weise wie das ausschreibungsgemäße Angebot zum Auftraggeberentwurf auszuarbeiten und

vorzulegen. Auch müssten Alternativangebote gemäß Ausschreibungsteil B 1 alle Inhalte iSd § 83 BVergG aufweisen. So müsse etwa ein vollständig ausgepreistes Leistungsverzeichnis mit allen Preisaufgliederungen vorliegen. Bei Einhaltung der Ausschreibungsbedingungen stelle jede Alternative ein zulässiges aliud zur ausgeschriebenen Leistung dar. Die Vergleichbarkeit und Prüfung der technischen Gleichwertigkeit einer Alternative sei gegenständlich daher am Standard des Auftraggeber-Entwurfes vorzunehmen. Die Gesamtheit des Auftraggeber-Entwurfes, insbesondere Teil B 1, B 5, B 7 und B 8, würden die Kriterien bzw. Mindestanforderungen iSd § 69 Abs. 2 BVergG darstellen. Eine punktuelle Aufzählung von Mindestkriterien sei geradezu unmöglich, da der Auftraggeber im Vorhinein nicht wissen könne, welche alternativen Lösungsansätze potentielle Bieter vorlegen würden. Aufgrund der vorliegenden Ausschreibungsbedingungen seien die Mindestanforderungen für Alternativangebote mehr als ausreichend definiert und eine Vergleichbarkeit einer Alternative mit dem Ausschreibungsentwurf jedenfalls sicher gestellt und möglich. Die Alternative 2 - "Videoanlage und Übertragung" bestehe im Wesentlichen in einer gegenüber dem Auftraggeber-Entwurf abgeänderten Übertragungstechnik zwischen den im Tunnel befindlichen Videokameras und der Betriebszentrale. Der Lösungsweg, der von der präsumtiven Bestbieterin hier vorgelegt worden sei, sei von der Auftraggeberin bei einigen früheren Projekten als Lösungsweg ausgeschrieben worden. Daher stehe auch die technische Gleichwertigkeit der angebotenen Alternative im Vergleich zur ausgeschriebenen Leistung nicht in Zweifel. Der Leistungszweck werde durch die angebotene Alternative mindestens gleichwertig erfüllt. Die Vergleichbarkeit der Alternative 2 mit dem Auftraggeber-Entwurf und auch die technische Gleichwertigkeit mit der ausgeschriebenen Leistungsbeschreibung sei gegeben. Mit Telefax vom 15. Dezember 2005 hat die vergebende Stelle, die ASFINAG Autobahnen Service GmbH Süd, im Vollmachtsnamen der ASFINAG eine Stellungnahme erstattet. Es wurde mitgeteilt, dass der geschätzte Auftragswert des gegenständlichen Vorhabens Euro 5 Mio netto betrage. Der geschätzte Gesamtauftragswert aller Leistungen belaufe sich auf netto Euro 115 Mio. Die Zuschlagsentscheidung sei allen Bietern per Telefax vom 29. November 2005 bekannt gegeben worden. Der Zuschlag sei noch nicht erteilt worden, ein Widerruf der Ausschreibung nicht erfolgt. Die Anfrage der Antragstellerin gemäß Paragraph 100, Absatz 3, BVergG vom 1.12.2005 sei aufgrund eines internen Versehens bedauerlicher Weise nicht beantwortet worden. Es werde daher nunmehr mitgeteilt, dass die Alternative 2 - "Videoanlage und Übertragung" der B*** GmbH mit einer Nettoangebotssumme von Euro 3.476.810,65 für die Zuschlagsentscheidung ermittelt worden sei. Weiters sei anzumerken, dass das Vorbringen der Antragstellerin betreffend angeblich mangelnder Mindestanforderungen zur Beurteilung des Alternativangebotes unrichtig sei. Unter Teil B1, Pkt. 1,208 der Ausschreibung seien die entsprechenden Mindestkriterien sehr wohl genannt. Die von der Antragstellerin zitierte Bestimmung der Ausschreibung sei nicht vollständig wiedergegeben worden. Neben den im Ausschreibungsteil B 8, unter Pkt. 8/3 genannten Nachweisen; seien Alternativen auch inhaltlich und formal soweit möglich in gleicher Weise wie das ausschreibungsgemäße Angebot zum Auftraggeberentwurf auszuarbeiten und vorzulegen. Auch müssten Alternativangebote gemäß Ausschreibungsteil B 1 alle Inhalte iSd Paragraph 83, BVergG aufweisen. So müsse etwa ein vollständig ausgepreistes Leistungsverzeichnis mit allen Preisaufgliederungen vorliegen. Bei Einhaltung der Ausschreibungsbedingungen stelle jede Alternative ein zulässiges aliud zur ausgeschriebenen Leistung dar. Die Vergleichbarkeit und Prüfung der technischen Gleichwertigkeit einer Alternative sei gegenständlich daher am Standard des Auftraggeber-Entwurfes vorzunehmen. Die Gesamtheit des Auftraggeber-Entwurfes, insbesondere Teil B 1, B 5, B 7 und B 8, würden die Kriterien bzw. Mindestanforderungen iSd Paragraph 69, Absatz 2, BVergG darstellen. Eine punktuelle Aufzählung von Mindestkriterien sei geradezu unmöglich, da der Auftraggeber im Vorhinein nicht wissen könne, welche alternativen Lösungsansätze potentielle Bieter vorlegen würden. Aufgrund der vorliegenden Ausschreibungsbedingungen seien die Mindestanforderungen für Alternativangebote mehr als ausreichend definiert und eine Vergleichbarkeit einer Alternative mit dem Ausschreibungsentwurf jedenfalls sicher gestellt und möglich. Die Alternative 2 - "Videoanlage und Übertragung" bestehe im Wesentlichen in einer gegenüber dem Auftraggeber-Entwurf abgeänderten Übertragungstechnik zwischen den im Tunnel befindlichen Videokameras und der Betriebszentrale. Der Lösungsweg, der von der präsumtiven Bestbieterin hier vorgelegt worden sei, sei von der Auftraggeberin bei einigen früheren Projekten als Lösungsweg ausgeschrieben worden. Daher stehe auch die technische Gleichwertigkeit der angebotenen Alternative im Vergleich zur ausgeschriebenen Leistung nicht in Zweifel. Der Leistungszweck werde durch die angebotene Alternative mindestens gleichwertig erfüllt. Die Vergleichbarkeit der Alternative 2 mit dem Auftraggeber-Entwurf und auch die technische Gleichwertigkeit mit der ausgeschriebenen Leistungsbeschreibung sei gegeben.

In einer Replik der ASFINAG vom 20.1.2006 zur Stellungnahme der Antragstellerin vom 28.12.2005 wurde erneut bekräftigt, dass die Mindestanforderungen sehr wohl hinreichend erläutert seien und dem Erfordernis des § 69 Abs. 2

BVergG in ausreichender Weise nachkämen. Die in § 21 leg.cit. normierten Grundsätze, insbesondere der Grundsatz der Transparenz, sei durch die Ausschreibungsbedingungen jedenfalls als erfüllt zu betrachten. Telos des § 69 Abs. 2 BVergG sei, dass Alternativangebote mit dem Hauptentwurf (der ausgeschriebenen Leistung) vergleichbar seien. Diesem Erfordernis entspreche das Alternativangebot 2, da insbesondere u.a. eine entsprechende Detaillierung der zu erbringenden Alternativleistungen iSd Hauptentwurfs des Auftraggebers - also eine Aufgliederung in einzelne Leistungspositionen, Leistungsbeschreibungen und damit eine unmittelbare Vergleichbarkeit gegeben sei - vorgenommen worden sei. Damit sei für den Auftraggeber eindeutig und klar der detaillierte Leistungsinhalt der alternativ vorgesehenen Leistungserbringung feststellbar und aufgrund der Aufgliederung in einzelne Leistungspositionen eindeutig und mit der ausgeschriebenen Leistung (Hauptentwurf) vergleichbar. Damit sei das Transparenzgebot des § 21 BVergG erfüllt. In einer Replik der ASFINAG vom 20.1.2006 zur Stellungnahme der Antragstellerin vom 28.12.2005 wurde erneut bekräftigt, dass die Mindestanforderungen sehr wohl hinreichend erläutert seien und dem Erfordernis des Paragraph 69, Absatz 2, BVergG in ausreichender Weise nachkämen. Die in Paragraph 21, leg.cit. normierten Grundsätze, insbesondere der Grundsatz der Transparenz, sei durch die Ausschreibungsbedingungen jedenfalls als erfüllt zu betrachten. Telos des Paragraph 69, Absatz 2, BVergG sei, dass Alternativangebote mit dem Hauptentwurf (der ausgeschriebenen Leistung) vergleichbar seien. Diesem Erfordernis entspreche das Alternativangebot 2, da insbesondere u.a. eine entsprechende Detaillierung der zu erbringenden Alternativleistungen iSd Hauptentwurfs des Auftraggebers - also eine Aufgliederung in einzelne Leistungspositionen, Leistungsbeschreibungen und damit eine unmittelbare Vergleichbarkeit gegeben sei - vorgenommen worden sei. Damit sei für den Auftraggeber eindeutig und klar der detaillierte Leistungsinhalt der alternativ vorgesehenen Leistungserbringung feststellbar und aufgrund der Aufgliederung in einzelne Leistungspositionen eindeutig und mit der ausgeschriebenen Leistung (Hauptentwurf) vergleichbar. Damit sei das Transparenzgebot des Paragraph 21, BVergG erfüllt.

Das Abgehen des Auftraggebers von früheren Lösungswegen sei kein Indiz dafür, dass der Auftraggeber von diesen nicht mehr überzeugt sei. Der Auftraggeber gebe eine von mehreren Leistungs-Möglichkeiten als Hauptentwurf vor. Von den Bietern könnten im zulässigen Rahmen alternative Lösungsvorschläge zur Zielerreichung unterbreitet werden. Es obliege allein dem Auftraggeber, festzulegen, welches System er beim jeweiligen Projekt als Hauptentwurf vorgeben möchte. Die in der Alternative 2 der B*** angebotene Leistungserbringung stelle eben einen weiteren Lösungsweg zur Leistungserbringung bzw. Zielerreichung dar. Die Alternative 2 entspreche den technischen Erfordernissen des Auftraggebers. Da es auch sämtliche Ausschreibungsbedingungen, die zur Beurteilung von Alternativangeboten vorgegeben gewesen seien, erfülle, sei es für den Zuschlag in Betracht zu ziehen. Entgegen der Ansicht der Antragstellerin weise die Alternative 2 keine technischen Nachteile auf.

Im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor dem BVA am 24. Jänner 2006 hat der Vertreter des Auftraggebers, Ing. Mag. D*** ergänzend vorgebracht, dass der von B*** zusammen mit der Alternative 2 vorgelegte "Technische Bericht" dem Auftraggeber als ausreichend erschienen sei. Dies auch auf Grund der Tatsache, dass der Lösungsweg der Alternative 2 "technisch bekannt" sei und vom Auftraggeber auch bereits mehrfach umgesetzt worden sei. Es handle sich hierbei um einen technisch relativ einfachen Weg und sei es daher auch nicht nötig gewesen, dem "Technischen Bericht" einen Übersichtsplan beizulegen.

Mit Schriftsatz vom 20.12.2005, beim BVA eingelangt am 21.12.2005, stellte die B*** GmbH, vertreten durch Y*** Rechtsanwälte, (in der Folge B*** bzw. Teilnahmeantragstellerin), einen Antrag auf Teilnahme am Nachprüfungsverfahren. Sie brachte im Wesentlichen vor, dass sie frist- und formgerecht ein Hauptangebot und mehrere Alternativangebote gelegt habe. Die Zuschlagsentscheidung habe auf ihre Alternative 2 - "Videoanlage und Übertragung" mit einem Nettoangebotspreis von Euro 3.476.810,65 gelautet. Als Bestbieter sei ihr Interesse am Vertragsabschluß evident. Bei Nichterteilung des Zuschlags auf ihr Angebot entstünde ihr aus entgangenem Gewinn einschließlich anteiliger Geschäftsgemeinkosten ein Schaden in Höhe von zumindest Euro 75.000.--. Auch die Kosten für die Angebotserstellung in Höhe von Euro 45.000.-- wären frustriert und ein wichtiges Referenzprojekt würde verloren gehen. Im Falle der Stattgabe des Nachprüfungsantrages wäre die Teilnahmeantragstellerin in ihrem Recht auf Erteilung des Zuschlages, gegebenenfalls in ihrem Recht auf Nichtausscheiden ihres Alternativangebotes bei Nichtvorliegen eines Ausscheidensgrundes verletzt. Aus prozessualer Vorsicht werde eine Verletzung im Recht auf Ausscheiden des Angebotes der A*** AG geltend gemacht. Konkrete Angaben, warum das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden wäre, hat die Teilnahmeantragstellerin aber nicht gemacht. Dem Vorbringen der Antragstellerin, dass nur formale Mindestkriterien vorlägen und eine Prüfung der Gleichwertigkeit von Alternativangeboten an Hand der

vorliegenden Mindestkriterien nicht möglich sei, sei entgegen zu halten, dass die Ausschreibung in Teil B1, Pkt. 1,208, sehr umfassende und präzise Vorschriften für Alternativangebote enthalte. So seien insbesondere in B1 1,208.1.1. sowie B1 1,208.1.2. mehrere Mindestanforderungen und spezifisch an Alternativangebote gerichtete Regelungen enthalten, die in Summe eine Gleichwertigkeitsprüfung ermöglichen würden. Auch die Vorschrift, dass Alternativangebote sämtliche Nachweise in prüfbarer Form vorliegen haben müssten, sei geeignet, Alternativangebote vergleichbar zu machen.

In einer Replik der Teilnahmeantragstellerin vom 20.1.2006 betreffend die Stellungnahme der Antragstellerin vom 28.12.2005, wurde zu den Mindestanforderungen weiter vorgebracht, dass die Bestimmung des § 69 Abs. 2 BVergG dem nationalen Gesetzgeber insofern einen relativen Spielraum einräume, ob und inwieweit Alternativangebote zugelassen würden und Berücksichtigung zu finden hätten. Der EuGH stelle keine inhaltlichen Anforderungen an die Mindestanforderungen. In diesem Sinne habe auch der VwGH in einer Entscheidung am 21.12.2004, 2004/04/0161, festgehalten, dass es für die Frage der Berücksichtigung von Alternativangeboten allein darauf ankomme, ob Mindestanforderungen für die Vergleichbarkeit mit der ausgeschriebenen Leistung in den Ausschreibungsunterlagen - für den durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt erkennbar - festgelegt worden seien. Mindestanforderungen inhaltlicher Natur seien demnach nicht erforderlich. Auch der UVS Oberösterreich habe bereits darauf hingewiesen, dass der Auftraggeber bei der Festlegung der Mindestanforderungen über einen Ermessensspielraum verfüge. In einer Replik der Teilnahmeantragstellerin vom 20.1.2006 betreffend die Stellungnahme der Antragstellerin vom 28.12.2005, wurde zu den Mindestanforderungen weiter vorgebracht, dass die Bestimmung des Paragraph 69, Absatz 2, BVergG dem nationalen Gesetzgeber insofern einen relativen Spielraum einräume, ob und inwieweit Alternativangebote zugelassen würden und Berücksichtigung zu finden hätten. Der EuGH stelle keine inhaltlichen Anforderungen an die Mindestanforderungen. In diesem Sinne habe auch der VwGH in einer Entscheidung am 21.12.2004, 2004/04/0161, festgehalten, dass es für die Frage der Berücksichtigung von Alternativangeboten allein darauf ankomme, ob Mindestanforderungen für die Vergleichbarkeit mit der ausgeschriebenen Leistung in den Ausschreibungsunterlagen - für den durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt erkennbar - festgelegt worden seien. Mindestanforderungen inhaltlicher Natur seien demnach nicht erforderlich. Auch der UVS Oberösterreich habe bereits darauf hingewiesen, dass der Auftraggeber bei der Festlegung der Mindestanforderungen über einen Ermessensspielraum verfüge.

Nach Ansicht der Teilnahmeantragstellerin seien die Mindestanforderungen dann als ausreichend anzusehen, wenn sie dem gemeinschaftsrechtlichen Transparenzgebot entsprächen. Diesem Gebot würden die gegenständlichen Festlegungen jedenfalls genügen. Die Auftraggeberin habe unter Pkt. B.1,208 zahlreiche Mindestanforderungen an Alternativangebote gestellt. Insbesondere sei auf die Einschränkung unter Pkt. B.1, Pkt. 208.1.2.3 hinzuweisen, wonach Alternativen, welche erhöhte Risiken und Kosten für den Auftraggeber mit sich brächten, nicht zulässig seien. Als weitere Mindestanforderung inhaltlicher Natur sei festgelegt, dass bei Alternativen, die geänderte Behörden- oder Grundeinlöseverfahren zur Voraussetzung hätten, mit dem Angebot die Möglichkeit der Durchführbarkeit in geeigneter Form nachzuweisen sei und dass bei in Österreich noch nicht angewandten oder nicht ausreichend erprobten Bauvorhaben oder Bauweisen mit dem Alternativangebot entsprechende Unterlagen vorzulegen seien, die eine Beurteilung der neuen Methode ermöglichen würden. Weiters, dass bei einer Änderung des der Baubeschreibung zu Grunde liegenden Gründungskonzeptes, ein geotechnisches Gutachten beizulegen sei. Zahlreiche weitere inhaltliche Mindestanforderungen iSd § 69 Abs 2 BVergG normiere das Planungshandbuch PlaNT 170.010.10, das gemäß Teil B 5.1.2. ("besondere technische Bestimmungen") für verbindlich erklärt werde. Aus den einzelnen Punkten des Planungshandbuches sei aufgrund der Unterscheidung zwischen obligatorischen Bestimmungen und solchen Bestimmungen, die lediglich den Hinweis "Empfehlung" tragen würden, eindeutig festgelegt, welche Mindestanforderungen an Alternativen anzulegen seien. Nur insoweit, als eine Bestimmung als "Empfehlung" betitelt sei, sei eine technische Änderung seitens des Bieters zulässig. Ob die Anforderungen an Alternativangebote an jenen Stellen der Ausschreibungsunterlagen getroffen würden, die sich ausdrücklich mit der Zulässigkeit von Alternativangeboten befassen oder nicht, spiele keine Rolle. Nach Ansicht der Teilnahmeantragstellerin seien die Mindestanforderungen dann als ausreichend anzusehen, wenn sie dem gemeinschaftsrechtlichen Transparenzgebot entsprächen. Diesem Gebot würden die gegenständlichen Festlegungen jedenfalls genügen. Die Auftraggeberin habe unter Pkt. B.1,208 zahlreiche Mindestanforderungen an Alternativangebote gestellt. Insbesondere sei auf die Einschränkung unter Pkt. B.1, Pkt. 208.1.2.3 hinzuweisen, wonach Alternativen, welche erhöhte Risiken und Kosten für den Auftraggeber mit sich brächten, nicht zulässig seien. Als weitere Mindestanforderung inhaltlicher Natur sei

festgelegt, dass bei Alternativen, die geänderte Behörden- oder Grundeinlöseverfahren zur Voraussetzung hätten, mit dem Angebot die Möglichkeit der Durchführbarkeit in geeigneter Form nachzuweisen sei und dass bei in Österreich noch nicht angewandten oder nicht ausreichend erprobten Bauvorhaben oder Bauweisen mit dem Alternativangebot entsprechende Unterlagen vorzulegen seien, die eine Beurteilung der neuen Methode ermöglichen würden. Weiters, dass bei einer Änderung des der Baubeschreibung zu Grunde liegenden Gründungskonzeptes, ein geotechnisches Gutachten beizulegen sei. Zahlreiche weitere inhaltliche Mindestanforderungen iSd Paragraph 69, Absatz 2, BVergG normiere das Planungshandbuch PlaNT 170.010.10, das gemäß Teil B 5.1.2. ("besondere technische Bestimmungen") für verbindlich erklärt werde. Aus den einzelnen Punkten des Planungshandbuches sei aufgrund der Unterscheidung zwischen obligatorischen Bestimmungen und solchen Bestimmungen, die lediglich den Hinweis "Empfehlung" tragen würden, eindeutig festgelegt, welche Mindestanforderungen an Alternativen anzulegen seien. Nur insoweit, als eine Bestimmung als "Empfehlung" betitelt sei, sei eine technische Änderung seitens des Bieters zulässig. Ob die Anforderungen an Alternativangebote an jenen Stellen der Ausschreibungsunterlagen getroffen würden, die sich ausdrücklich mit der Zulässigkeit von Alternativangeboten befassen oder nicht, spiele keine Rolle.

Die Behauptung der Antragstellerin, dass der Alternativvorschlag der Teilnahmeantragstellerin den Mindestanforderungen (obligatorische Bestimmungen lt. Planungshandbuch) widerspräche, sei unzutreffend. Die in der Ausschreibung beschriebene Multi-/Demultiplexertechnik stelle keine Mindestanforderung lt. Planungshandbuch dar, sondern sei eine vom Planer ausgearbeitete Lösungsmöglichkeit. Dennoch sei mit der im Amtsentwurf vorgegebenen Übertragungstechnik (Multi- /Demultiplexertechnik) die Übertragungsqualität definiert. Diese zwingend geforderte Übertragungsqualität werde von der Alternative 2 auch erfüllt. In Pkt. 6.5.1 des Planungshandbuchs, welche die Aufschrift "Empfehlung" trage, sei festgelegt, dass aufgrund der technologischen Entwicklung der Übertragungsweg in kürzeren Tunneln (bis ca. 5 km) nach wirtschaftlichen Grundsätzen, projektbezogen auf den aktuellen Stand der Technik, zu planen sei. Die Verwendung von Multiplexern/Demultiplexern sei daher keine Mindestanforderung, so dass die Teilnahmeantragstellerin von dieser videotechnischen Übertragungsmöglichkeit zu Recht abweichen habe können. Zur technischen Gleichwertigkeit der Alternative 2 wurde vorgebracht, dass der gewählte alternative Weg der Bildübertragung jedenfalls als zumindest gleichwertig anzusehen sei. Der Einsatz der im Planungshandbuch empfohlenen Multi-/Demultiplexertechnik mache nur bei längeren Tunnelanlagen (länger als 4 km) Sinn. Durch die direkte Übertragung mit zweifasrigen Multimode-LWL-Kabeln ergebe sich eine Ersparnis an Investitionskosten von ca. Euro 13.000,--. Auch die Folgekosten (Betriebskosten, Wartung, Instandsetzung und Erneuerung) seien geringer, da weniger Geräte zum Einsatz gelangen würden. Die Lebensdauer von Multiplexern und Demultiplexern sei im Vergleich zu LWL-Kabeln wesentlich kürzer.

Auch aus technischer Sicht erweise sich die Alternative 2 als vorteilhaft. Zum einen erhöhe sich die Ausfallsicherheit des Übertragungssystems, da der Einsatz von zusätzlichen elektronischen Komponenten und Geräten weg falle. Da sich die Alternative 2 insgesamt als gemäß den Mindestanforderungen bewertbar erweist, diese Mindestanforderungen erfüllt und gegenüber dem Amtsentwurf technisch und wirtschaftlich zumindest gleichwertig sei, seien die Anträge der Antragstellerin zurück-, in eventu abzuweisen. Im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor dem BVA am 24. Jänner 2006 hat der Vertreter der Teilnahmeantragstellerin, RA Dr. Yy***, angegeben, dass die Alternative 2 der Ausschreibung entspreche. Der "Technische Bericht" erfülle die Vorgaben der Ausschreibung. Dr. Yy*** beantragte die Einholung eines Sachverständigengutachtens zum Beweis dafür, dass der "Technische Bericht" für einen fachmännischen und fachkundigen Auftraggeber bzw. Bieter völlig ausreichend sei. Weiters wurde angegeben, dass der - laut der Ausschreibung geforderte - Übersichtsplan nicht beigelegt worden sei. Dies deshalb, da der Übersichtsplan für die konkrete Alternative nicht erforderlich gewesen sei. Der Auftraggeber "könne die Vorlage von Plänen nur dann fordern, wenn dies sinnvoll und zweckmäßig sei". In diesem Sinne habe die Teilnahmeantragstellerin diese Ausschreibungsbestimmung auch verstanden.

Auf Grundlage der Vorbringen der Antragstellerin, der Teilnahmeantragstellerin sowie des Auftraggebers, der vorgelegten Unterlagen des Vergabeverfahrens sowie den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung, wurde folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt festgestellt:

Die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-AG, ASFINAG, hat das gegenständliche Verfahren im Supplement zum Amtsblatt der EG und im Amtlichen Lieferungsanzeiger bekannt gemacht. Vergebende Stelle ist die ASFINAG Autobahn Service GmbH Süd. Diese hat sich zu Beginn des Verfahrens des Amtes der Kärntner Landesregierung und dieses wiederum der C*** OEG, bedient. Es handelt sich um ein offenes Verfahren betreffend einen Bauauftrag im Oberschwellenbereich. Der geschätzte Auftragswert des gegenständlichen Vorhabens beträgt Euro 5 Mio netto; dieses

Vorhaben ist Teil eines Gesamtvorhabens, dessen geschätzter Auftragswert insgesamt Euro 115 Mio netto beträgt. Gegenstand des Auftrags ist im Wesentlichen die Herstellung der elektromaschinellen Ausrüstung der Lärmschutzeinhausung Trebesing. Als Schlusstermin für den Eingang der Angebote war ursprünglich der 10.8.2005 vorgesehen; am selben Tag war die Angebotsöffnung vorgesehen. Dieser Termin wurde mit Bekanntgabe im Supplement des Amtsblattes der EG auf den 17.8.2005 erstreckt. Es wurde auch eine Verlängerung der Zuschlagsfrist um 2 Monate vorgenommen. Gemäß der Ausschreibung soll der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werden. Als Zuschlagskriterien sind gemäß Ausschreibungsteil B1, Pkt. 1,304, der Preis und die Qualität (Verlängerung der Gewährleistungsfrist) angegeben, wobei der Preis mit 96% und die Qualität mit 4% gewichtet werden. Technische Alternativangebote sind zugelassen, rechtliche und wirtschaftliche Alternativen ausgeschlossen. Alternativangebote sind nur neben einem inhaltlich und formal fehlerfreien Hauptangebot zugelassen.

Laut Niederschrift über die Angebotsöffnung vom 17.8.2005 sind insgesamt 11 Angebote abgegeben worden. Die Antragstellerin hat ein Hauptangebot mit einem Nettoangebotspreis von Euro 3.481.405,27 gelegt. Die B*** GmbH hat ein Hauptangebot und 4 Alternativangebote gelegt. Das letztlich für die Zuschlagserteilung vorgesehene Alternativangebot 2 - "Videoanlage und Übertragung" der B*** GmbH belief sich auf Euro 3.476.810,65 netto.

Ausschreibungsgrundlagen Teil B.1.:

- -Strichaufzählung
Pkt. 1,207: Der Zuschlag wird dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt
- -Strichaufzählung
Pkt. 1,208: Alternativangebote: Alternativangebote für die Gesamt- oder für Teilleistungen werden bei der Angebotsprüfung nur berücksichtigt, wenn daneben ein vollständiges, inhaltlich und formal fehlerfreies Angebot zum Auftraggeber-Entwurf (Hauptangebot) abgegeben wurde.
- -Strichaufzählung
Pkt. 1,208.1.2. Einschränkungen von Alternativangeboten:
- -Strichaufzählung
Allgemeine Einschränkungen:
- -Strichaufzählung
Rechtliche und wirtschaftliche Alternativen sind [...] nicht zulässig.
- -Strichaufzählung
Nachlässe aus der Verknüpfung mit anderen Baulosen sind nicht zulässig.
- -Strichaufzählung
Alternativen welche mit Planung, Ausführung, Betrieb (Erhaltung), Erneuerung Emissionen/Immissionen während Bau und Betrieb und Sicherheit verbundenen erhöhte Risiken und Kosten für den AG mit sich bringen [...] sind nicht zulässig.
- -Strichaufzählung
Alternativen zu deren Planung der AN Planer (Subunternehmer o. a.m.) heranzieht, welche mit der Erstellung des Auftraggeber-Projektes oder wesentlicher Vorarbeiten zu diesem Projekt beschäftigt waren, sind nicht zulässig.
- -Strichaufzählung
Mindestanforderungen:
- -Strichaufzählung
Alternativen müssen sämtliche Nachweise in prüfbarer Form über die (mindestens) Gleichwertigkeit mit der Ausschreibung für den Auftraggeber-Entwurf enthalten (siehe auch B8 8,3 "Wesentliche Unterlagen zum Angebot").
- -Strichaufzählung
Pkt. 1,208.2. Nachweise für Alternativangebote:
- -Strichaufzählung
Alternativen müssen sämtliche Nachweise für die Einhaltung der obig genannten Mindestanforderungen in prüfbarer Form enthalten (siehe B8 Pkt. 8.301, 8/3).
- -Strichaufzählung
Alternativangebote sind inhaltlich und formal, soweit möglich, in gleicher Weise wie das ausschreibungsgemäße Angebot zum Auftraggeber-Entwurf auszuarbeiten und vorzulegen.

- -Strichaufzählung

Die Alternativangebote müssen alle Inhalte gem. § 83 BVergG aufweisen, zB vollständig ausgepreiste Leistungsverzeichnisse [...] und alle Inhalte der B8. Hiefür sind soweit möglich Kopien der entsprechenden Ausschreibungsunterlagen zu verwenden, dies alles um die Vergleichbarkeit der Angebote sicherzustellen. Die Alternativangebote müssen alle Inhalte gem. Paragraph 83, BVergG aufweisen, zB vollständig ausgepreiste Leistungsverzeichnisse [...] und alle Inhalte der B8. Hiefür sind soweit möglich Kopien der entsprechenden Ausschreibungsunterlagen zu verwenden, dies alles um die Vergleichbarkeit der Angebote sicherzustellen.

- -Strichaufzählung
[...]

Prüfungsrelevante Ausschreibungsunterlagen waren:

- -Strichaufzählung
Teil B1 Ausschreibungsunterlagen
- -Strichaufzählung
Teil B5 technische Vertragsbestimmungen
- -Strichaufzählung
Teil B7 Leistungsverzeichnis
- -Strichaufzählung
Teil B 8 Erklärung des Bieters

Keiner der Bieter hat die Ausschreibung angefochten. Am 4.11. haben Bietergespräche sowohl mit B*** als auch mit der Antragstellerin stattgefunden. In der Folge wurden die Alternativen 1 und 4 der B*** als technisch nicht gleichwertig ausgeschieden. Die Prüfung der Alternative 2 der B*** hat ergeben, dass diese in technischer Hinsicht als mindestens gleichwertig zu beurteilen ist. Die Alternative 2 der B*** wurde daher an erste Stelle gereiht. Das Hauptangebot der Antragstellerin wurde an zweite Stelle gereiht. Gemäß Teil B 8 "Erklärung des Bieters", Pkt. 8.3 "Wesentliche Unterlagen zum Angebot" sind - bei sonstiger Ausscheidenssanktion - mit dem Angebot abzugeben:

Pkt. 8/1.3.: Bei Alternativangeboten: Technischer Bericht zur Bauausführung mit allen Änderungen und Ergänzungen und den damit zusammenhängenden Eingriffen in das Auftraggeber-Projekt mit Übersichtsplänen in Entwurfsqualität. Die B*** hat ihrem Alternativangebot 2 einen "Technischen Bericht" beigelegt, jedoch keine Übersichtspläne angeschlossen. Dies ergibt sich aus den vorgelegten Originalunterlagen des Vergabeverfahrens und wurde von B*** und auch vom Auftraggeber in der mündlichen Verhandlung vor dem BVA auch nicht bestritten. Begründet wurde die Nichtvorlage der Übersichtspläne von B*** damit, dass diese für die Alternative 2 nicht erforderlich gewesen seien. Pläne könnten vom Auftraggeber "nur dort gefordert werden, wo dies sinnvoll und zweckmäßig ist".

Der Auftraggeber hat hiezu vorgebracht, dass "es sich beim Lösungsweg der Alternative 2 um einen technisch relativ einfachen Weg handelt und es daher nicht notwendig gewesen ist, dem "technischen Bericht" einen Übersichtsplan beizulegen". Den Alternativen 1, 3 und 4 der B*** waren hingegen die Übersichtspläne angeschlossen.

Trotz der Nichtvorlage der zwingend mit der Alternative abzugebenden Übersichtspläne, wurde das Alternativangebot 2 der B*** in die Angebotsbewertung einbezogen und in der Folge sogar an die erste Stelle gereiht.

Am 29. November 2005 wurde den Bietern mittels Telefax bekannt gegeben, dass beabsichtigt ist, "den Zuschlag dem Angebot der als Bestbieterin ermittelten B*** zu erteilen".

Mit Schriftsatz vom 12. Dezember hat die Antragstellerin die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung und die Erlassung einer einstweiligen Verfügung beantragt. Dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde mit Bescheid des BVA vom 19.12.2005, GZ 15N-127/05-8, stattgegeben und dem Auftraggeber die Erteilung des Zuschlages bis 12.2.2006 untersagt.

Mit Schriftsatz vom 20.12.2005 hat die präsumtive Zuschlagsempfängerin, die B*** GmbH, einen Antrag auf Teilnahme am Nachprüfungsverfahren gestellt.

Dieser Sachverhalt ergibt sich aus den vorgelegten Unterlagen, den unbedenklichen Urkunden sowie dem schlüssigen Parteienvorbringen und dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung vom 24.1.2006.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

I. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages römisch eins. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages:

Die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) ist öffentlicher Auftraggeber iSd § 7 Abs. 1 Z 2 BVergG, der nach § 135 Abs. 2 BVergG iVm Art. 14b Abs. 2 Z 1 lit.a B-VG in den Vollziehungsbereich des

Bundes fällt. Dem Vergabeverfahren liegt ein Bauauftrag iSd § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG zugrunde. Das Bauvorhaben mit einem geschätzten Auftragswert von Euro 5 Mio (ohne USt) ist Teil eines Gesamtvorhabens mit einem geschätzten Gesamtauftragswert von Euro 115 Mio netto und ist somit gemäß § 9 Abs 1 Z 3 iVm § 13 Abs. 1 BVergG dem Oberschwellenbereich zuzuordnen. Der Zuschlag wurde noch nicht erteilt, das Verfahren nicht widerrufen. Das Bundesvergabeamt ist daher zur Nachprüfung zuständig. Die Zuschlagsentscheidung wurde der Antragstellerin mit Telefax nachweislich am 29.11.2005 bekannt gegeben. Der Antrag auf Nachprüfung gemäß § 162 Abs. 2 BVergG wurde am 12.12.2005 und daher rechtzeitig unter Einhaltung der Frist des § 169 Abs. 1 Z 1 lit. c BVergG beim Bundesvergabeamt eingebracht und erfüllt auch die sonstigen gesetzlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 166 BVergG. Bei der Zuschlagsentscheidung handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Auftraggeberentscheidung (vgl. § 20 Z 13 lit. a sublit. aa BVergG). Der Antrag ist daher zulässig. Die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) ist öffentlicher Auftraggeber iSd Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG, der nach Paragraph 135, Absatz 2, BVergG in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera a, B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes fällt. Dem Vergabeverfahren liegt ein Bauauftrag iSd Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG zugrunde. Das Bauvorhaben mit einem geschätzten Auftragswert von Euro 5 Mio (ohne USt) ist Teil eines Gesamtvorhabens mit einem geschätzten Gesamtauftragswert von Euro 115 Mio netto und ist somit gemäß Paragraph 9, Absatz eins, Ziffer 3, in Verbindung mit Paragraph 13, Absatz eins, BVergG dem Oberschwellenbereich zuzuordnen. Der Zuschlag wurde noch nicht erteilt, das Verfahren nicht widerrufen. Das Bundesvergabeamt ist daher zur Nachprüfung zuständig. Die Zuschlagsentscheidung wurde der Antragstellerin mit Telefax nachweislich am 29.11.2005 bekannt gegeben. Der Antrag auf Nachprüfung gemäß Paragraph 162, Absatz 2, BVergG wurde am 12.12.2005 und daher rechtzeitig unter Einhaltung der Frist des § 169 Absatz eins, Ziffer eins, Litera c, BVergG beim Bundesvergabeamt eingebracht und erfüllt auch die sonstigen gesetzlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen des Paragraph 166, BVergG. Bei der Zuschlagsentscheidung handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Auftraggeberentscheidung vergleiche Paragraph 20, Ziffer 13, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG). Der Antrag ist daher zulässig.

II. Inhaltliche Beurteilung des Antrages:römisch zwei. Inhaltliche Beurteilung des Antrages:

Zu Spruchpunkt I.:Zu Spruchpunkt römisch eins.:

Gemäß § 162 Abs. 2 BVergG ist das Bundesvergabeamt bis zur Zuschlagserteilung zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hierzu ergangenen Verordnungen zuständig. Gemäß Paragraph 162, Absatz 2, BVergG ist das Bundesvergabeamt bis zur Zuschlagserteilung zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hierzu ergangenen Verordnungen zuständig.

1. 1.Ziffer eins
zur Erlassung einstweiliger Verfügungen, sowie
2. 2.Ziffer 2
zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte.

Die Antragstellerin hat vorgebracht, dass die Zuschlagsentscheidung rechtswidrig sei. Die Zuschlagsentscheidung und in der Folge die Zuschlagserteilung hätten rechtskonformer Weise auf das Hauptangebot der Antragstellerin erfolgen müssen. Begründet wurde dies u.a. damit, dass das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Alternativangebot 2 der B*** GmbH auszuscheiden gewesen wäre. Die Ausschreibungsunterlagen würden zwar technische Alternativangebote zulassen, jedoch keine inhaltlichen Mindestanforderungen an Alternativangebote iSd § 69 Abs. 2 BVergG vorsehen. Aufgrund des Fehlens dieser Mindestanforderungen in der Ausschreibung, dürfe eine Alternative - mangels Vergleichbarkeit mit dem Amtsentwurf - nicht berücksichtigt werden. Auch wäre es für den Auftraggeber somit gar nicht möglich, die technische Gleichwertigkeit der Alternative mit dem Amtsentwurf zu beurteilen. Eine technische Gleichwertigkeit der Alternative 2 der B*** sei jedenfalls nicht gegeben. Weiters hat die Antragstellerin zur Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung vorgebracht, dass die Alternative 2 der B*** GmbH auch deshalb auszuscheiden gewesen wäre, da der von B*** mit dem Alternativangebot 2 vorgelegte "Technische Bericht" nicht dem in der Ausschreibung geforderten Bericht entspreche. Zumindest wäre aber - neben einer textlichen Beschreibung - eine planliche Darstellung (Übersichtspläne) erforderlich gewesen. Dies hätte aber laut Ausschreibung, Teil B 8, Punkt 8,301 8/1.3., zum Ausscheiden des Alternativangebotes führen müssen. Die Antragstellerin hat vorgebracht, dass die Zuschlagsentscheidung rechtswidrig sei. Die Zuschlagsentscheidung und in der Folge die Zuschlagserteilung hätten rechtskonformer Weise auf das Hauptangebot der Antragstellerin erfolgen

müssen. Begründet wurde dies u.a. damit, dass das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Alternativangebot 2 der B*** GmbH auszuschneiden gewesen wäre. Die Ausschreibungsunterlagen würden zwar technische Alternativangebote zulassen, jedoch keine inhaltlichen Mindestanforderungen an Alternativangebote iSd Paragraph 69, Absatz 2, BVergG vorsehen. Aufgrund des Fehlens dieser Mindestanforderungen in der Ausschreibung, dürfe eine Alternative - mangels Vergleichbarkeit mit dem Amtsentwurf - nicht berücksichtigt werden. Auch wäre es für den Auftraggeber somit gar nicht möglich, die technische Gleichwertigkeit der Alternative mit dem Amtsentwurf zu beurteilen. Eine technische Gleichwertigkeit der Alternative 2 der B*** sei jedenfalls nicht gegeben. Weiters hat die Antragstellerin zur Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung vorgebracht, dass die Alternative 2 der B*** GmbH auch deshalb auszuschneiden gewesen wäre, da der von B*** mit dem Alternativangebot 2 vorgelegte "Technische Bericht" nicht dem in der Ausschreibung geforderten Bericht entspreche. Zumindest wäre aber - neben einer textlichen Beschreibung - eine planliche Darstellung (Übersichtspläne) erforderlich gewesen. Dies hätte aber laut Ausschreibung, Teil B 8, Punkt 8,301 8/1.3., zum Ausscheiden des Alternativangebotes führen müssen.

Hiezu ist festzuhalten, dass die B*** GmbH gemeinsam mit dem Alternativangebot 2 - "Videoanlage und Übertragung", ein - als "Technischer Bericht" bezeichnetes - Schriftstück vorgelegt hat. Dieses weist einen textlichen Umfang im Ausmaß von ca. einer halben DIN A 4 Seite auf. Die Behörde maß sich nicht an, dieses Schriftstück als iSd Ausschreibungsbestimmungen als unzureichend zu qualifizieren. Eine solche Beurteilung könnte nur auf Grundlage eines Sachverständigengutachtens erfolgen. Ein solches war jedoch nicht einzuholen (siehe hiezu weiter unten).

Sehr wohl jedoch konnte der Senat beurteilen, dass die ebenfalls geforderte "planliche Darstellung" (Übersichtspläne) dem gegenständlichen Alternativangebot - entgegen der Bestimmung des Teils B 8, Punkt 8/3 - nicht angeschlossen war. Diese Bestimmung "Erklärung des Bieters", "Wesentliche Unterlagen zum Angebot" lautet: Es sind - bei sonstiger Ausscheidenssanktion - mit dem Angebot abzugeben:

Bei Alternativangeboten: Technischer Bericht zur Bauausführung mit allen Änderungen und Ergänzungen und den damit zusammenhängenden Eingriffen in das Auftraggeber-Projekt mit Übersichtsplänen in Entwurfsqualität.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass keiner der Bieter hinsichtlich dieser Angebotsbestimmung Aufklärung verlangt hat bzw. gemäß § 169 Abs. 1 Z 1 lit a BVergG die Ausschreibung angefochten hat. Da die Ausschreibung somit innerhalb der dafür vorgesehenen Frist von keinem Bieter bekämpft wurde, ist diese bestandfest geworden (vgl. VwGH 19.5.2004, 2004/04/0054; 17.11.2004, 2002/04/0078). In der Folge sind alle Bieter und auch der Auftraggeber an die Bestimmungen der Ausschreibung gebunden. Diese Bindung ist für die Gleichbehandlung der Bieter im Sinne des § 21 Abs. 1 BVergG entscheidend. Ein nachträgliches Abgehen bzw. Abweichen von den Bestimmungen der Ausschreibung ist nicht mehr möglich [vgl. dazu EuGH 25.4.1996, Rs C-87/94 (Wallonische Busse, Rz 89, wonach ein Abweichen von der in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen eine Verletzung wesentlicher Grundsätze des Vergabeverfahrens darstellt; zuletzt auch BVA vom 19.1.2006, GZ 04N- 134/05-17)]. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass keiner der Bieter hinsichtlich dieser Angebotsbestimmung Aufklärung verlangt hat bzw. gemäß Paragraph 169, Absatz eins, Ziffer eins, Litera a, BVergG die Ausschreibung angefochten hat. Da die Ausschreibung somit innerhalb der dafür vorgesehenen Frist von keinem Bieter bekämpft wurde, ist diese bestandfest geworden vergleiche VwGH 19.5.2004, 2004/04/0054; 17.11.2004, 2002/04/0078). In der Folge sind alle Bieter und auch der Auftraggeber an die Bestimmungen der Ausschreibung gebunden. Diese Bindung ist für die Gleichbehandlung der Bieter im Sinne des Paragraph 21, Absatz eins, BVergG entscheidend. Ein nachträgliches Abgehen bzw. Abweichen von den Bestimmungen der Ausschreibung ist nicht mehr möglich [vgl. dazu EuGH 25.4.1996, Rs C-87/94 (Wallonische Busse, Rz 89, wonach ein Abweichen von der in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen eine Verletzung wesentlicher Grundsätze des Vergabeverfahrens darstellt; zuletzt auch BVA vom 19.1.2006, GZ 04N- 134/05-17)].

Gemäß § 91 Abs. 1 BVergG hat die Prüfung der Angebote in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Kriterien zu erfolgen. Aus Abs. 2 leg. cit ergibt sich weiters, dass u.a. zu prüfen ist, ob den in § 21 Abs. 1 leg. cit. angeführten Grundsätzen entsprochen wurde [.....] und ob das Angebot den sonstigen Bestimmungen der Ausschreibung entspricht, insbesondere ob es formrichtig und vollständig ist. Die B*** GmbH hat ihrer Alternative 2 unzweifelhaft die geforderten Übersichtspläne nicht angeschlossen. Der Auftraggeber hat jedoch die solchermaßen unvollständige Alternative 2 der B*** GmbH akzeptiert (Anm.: auch im Zuge des Aufklärungsgesprächs mit der B*** wurde der Übersichtsplan nicht nachgefordert) und die Zuschlagsentscheidung zugunsten dieses Angebotes getroffen, sodass die Zuschlagsentscheidung bereits aus diesem

Grund rechtswidrig ist. Gemäß Paragraph 91, Absatz eins, BVergG hat die Prüfung der Angebote in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Kriterien zu erfolgen. Aus Absatz 2, leg. cit. ergibt sich weiters, dass u.a. zu prüfen ist, ob den in Paragraph 21, Absatz eins, leg. cit. angeführten Grundsätzen entsprochen wurde [.....] und ob das Angebot den sonstigen Bestimmungen der Ausschreibung entspricht, insbesondere ob es formrichtig und vollständig ist. Die B*** GmbH hat ihrer Alternative 2 unzweifelhaft die geforderten Übersichtspläne nicht angeschlossen. Der Auftraggeber hat jedoch die solchermaßen unvollständige Alternative 2 der B*** GmbH akzeptiert (Anmerkung, auch im Zuge des Aufklärungsgespräches mit der B*** wurde der Übersichtsplan nicht nachgefordert) und die Zuschlagsentscheidung zugunsten dieses Angebotes getroffen, sodass die Zuschlagsentscheidung bereits aus diesem Grund rechtswidrig ist.

Die Motive der B*** GmbH, die Übersichtspläne nicht vorzulegen, sind dabei irrelevant. Selbst im Falle, dass eine Vorlage der Übersichtspläne [nach Ansicht der B*** und auch nach Ansicht des Auftraggebers] im konkreten Fall nicht notwendig, zweckmäßig bzw. hilfreich gewesen sein mag, war die Vorlage der Übersichtspläne für Alternativangebote - bei sonstiger Ausscheidenssanktion - in der Ausschreibung klar gefordert.

Aus diesem Grunde ist die Zuschlagsentscheidung mit Rechtswidrigkeit belastet und war somit für nichtig zu erklären.

Auf die übrigen Vorbringen (Anm.: mangelnde Mindestanforderungen iSd § 69 Abs. 2 BVergG bzw. mangelnde technische Gleichwertigkeit der Alternative 2 bzw. das Vorliegen weiterer Ausscheidensgründe) war nicht mehr einzugehen. Auch die Einholung eines Sachverständigengutachtens war nicht mehr erforderlich. Zu Spruchpunkt II. Auf die übrigen Vorbringen (Anmerkung, mangelnde Mindestanforderungen iSd Paragraph 69, Absatz 2, BVergG bzw. mangelnde technische Gleichwertigkeit der Alternative 2 bzw. das Vorliegen weiterer Ausscheidensgründe) war nicht mehr einzugehen. Auch die Einholung eines Sachverständigengutachtens war nicht mehr erforderlich. Zu Spruchpunkt römisch zwei.

Gemäß § 74 Abs. 2 erster Satz AVG bestimmen die Verwaltungsvorschriften, inwiefern einem Beteiligten - abweichend von der allgemeinen Regelung des Abs. 1, wonach jeder Beteiligte seine Kosten selbst zu tragen hat - ein Kostenersatzanspruch gegen einen anderen Beteiligten zusteht. Bei § 177 Abs. 5 BVergG 2002 handelt es sich um eine Verwaltungsvorschrift iSd. § 74 Abs. 2 AVG, nach der einem Beteiligten (dem auch nur teilweise obsiegenden Antragsteller im Nachprüfungsverfahren), ein Kostenersatzanspruch (Anspruch auf Ersatz der entrichteten Gebühren) gegen einen anderen Beteiligten (den Antragsgegner, das ist regelmäßig der Auftraggeber), zusteht. Gemäß Paragraph 74, Absatz 2, erster Satz AVG bestimmen die Verwaltungsvorschriften, inwiefern einem Beteiligten - abweichend von der allgemeinen Regelung des Absatz eins., wonach jeder Beteiligte seine Kosten selbst zu tragen hat - ein Kostenersatzanspruch gegen einen anderen Beteiligten zusteht. Bei Paragraph 177, Absatz 5, BVergG 2002 handelt es sich um eine Verwaltungsvorschrift iSd. Paragraph 74, Absatz 2, AVG, nach der einem Beteiligten (dem auch nur teilweise obsiegenden Antragsteller im Nachprüfungsverfahren), ein Kostenersatzanspruch (Anspruch auf Ersatz der entrichteten Gebühren) gegen einen anderen Beteiligten (den Antragsgegner, das ist regelmäßig der Auftraggeber), zusteht.

Aus dieser Bestimmung ergibt sich, dass die für die Hauptsache zuständige Behörde - in der Regel in dem die Hauptsache erledigenden Bescheid - auch über den gemäß § 74 Abs. 2 AVG in den Verwaltungsvorschriften normierten Kostenersatzanspruch eines Beteiligten gegen einen anderen Beteiligten zu entscheiden hat, ohne dass es hierzu einer ausdrücklichen Normierung der Kompetenz für diese Kostenentscheidung im jeweiligen Materiengesetz bedarf (vgl. VwGH 6.4.2005, 2004/04/0091, 0092; Thienel/Bratrschovsky Gebührenersatz nach § 177 Abs. 5 BVergG - wirklich bei Gericht einzuklagen?, ZVB 2004, 102ff; BVA 13.5.2005, 04N-17/05-49, 17.5.2005, 04N-17/05-50; 19.5.2005, 06N-33/05-22; 20.5.2005, 17N- 23/05-42 ua.). Aus dieser Bestimmung ergibt sich, dass die für die Hauptsache zuständige Behörde - in der Regel in dem die Hauptsache erledigenden Bescheid - auch über den gemäß Paragraph 74, Absatz 2, AVG in den Verwaltungsvorschriften normierten Kostenersatzanspruch eines Beteiligten gegen einen anderen Beteiligten zu entscheiden hat, ohne dass es hierzu einer ausdrücklichen Normierung der Kompetenz für diese Kostenentscheidung im jeweiligen Materiengesetz bedarf (vergleiche VwGH 6.4.2005, 2004/04/0091, 0092; Thienel/Bratrschovsky Gebührenersatz nach Paragraph 177, Absatz 5, BVergG - wirklich bei Gericht einzuklagen?, ZVB 2004, 102ff; BVA 13.5.2005, 04N-17/05-49, 17.5.2005, 04N-17/05-50; 19.5.2005, 06N-33/05-22; 20.5.2005, 17N- 23/05-42 ua.).

Gemäß § 177 Abs. 5 BVergG hat der vor dem Bundesvergabebeamten, wenn auch nur teilweise obsiegende, Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Abs. 1 oder 3 entrichteten Gebühren durch den Antragsgegner. Gemäß Paragraph

177, Absatz 5, BVergG hat der vor dem Bundesvergabebeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende, Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Absatz eins, oder 3 entrichteten Gebühren durch den Antragsgegner.

Für den am 12.12.2005 eingebrachten Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde von der Antragstellerin nachweislich eine Pauschalgebühr in Höhe von Euro 5.000.-- entrichtet. Mit Bescheid des BVA vom 19.12.2005, GZ 15N-127/05-8, wurde dem Antrag der Antragstellerin stattgegeben und dem Auftraggeber bis längstens 12.2.2006 untersagt, im gegenständlichen Verfahren den Zuschlag zu erteilen. Sohin ist jedenfalls von einem "teilweisen Obsiegen" der Antragstellerin iSd § 177 Abs. 5 BVergG auszugehen und war der Auftraggeber zum Ersatz der Pauschalgebühr in Höhe von Euro 5.000.-- zu verpflichten. Für den am 12.12.2005 eingebrachten Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde von der Antragstellerin nachweislich eine Pauschalgebühr in Höhe von Euro 5.000.-- entrichtet. Mit Bescheid des BVA vom 19.12.2005, GZ 15N-127/05-8, wurde dem Antrag der Antragstellerin stattgegeben und dem Auftraggeber bis längstens 12.2.2006 untersagt, im gegenständlichen Verfahren den Zuschlag zu erteilen. Sohin ist jedenfalls von einem "teilweisen Obsiegen" der Antragstellerin iSd Paragraph 177, Absatz 5, BVergG auszugehen und war der Auftraggeber zum Ersatz der Pauschalgebühr in Höhe von Euro 5.000.-- zu verpflichten.

Dem Antrag der Antragstellerin vom 12.12.2005 auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, für den die Antragstellerin nachweislich eine Pauschalgebühr in Höhe von Euro 5.000.-- entrichtet hat, wurde mit Spruchpunkt I. des gegenständlichen Bescheides stattgegeben. Es ist daher auch diesbezüglich von einem "zumindest teilweisen Obsiegen" der Antragstellerin im Sinne von § 177 Abs. 5 leg.cit. auszugehen, weshalb spruchgemäß zu entscheiden war. Dem Antrag der Antragstellerin vom 12.12.2005 auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, für den die Antragstellerin nachweislich eine Pauschalgebühr in Höhe von Euro 5.000.-- entrichtet hat, wurde mit Spruchpunkt römisch eins. des gegenständlichen Bescheides stattgegeben. Es ist daher auch diesbezüglich von einem "zumindest teilweisen Obsiegen" der Antragstellerin im Sinne von Paragraph 177, Absatz 5, leg.cit. auszugehen, weshalb spruchgemäß zu entscheiden war.

Dokumentnummer

VERGT_20060208_15N_127_05_25_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