

TE Verg Bescheid 2007/10/31 N/0088-BVA/10/2007-037

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 31.10.2007

Norm

AVG §61 Abs3

AVG §71 Abs1

BVergG 2006 §263 Abs5

BVergG 2006 §267

BVergG 2006 §268

BVergG 2006 §269 Abs1 Z2

BVergG 2006 §269 Abs2

BVergG 2006 §272

BVergG 2006 §319

BVergG 2006 §321

BVergG 2006 §325 Abs1

EG-Abk Schweiz 2002 Art9

EG-Abk Schweiz 2002 Anhl Art16 Abs1

EG-Abk Schweiz 2002 Anhl Art19

1. AVG § 61 heute
2. AVG § 61 gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
3. AVG § 61 gültig von 01.01.1999 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 158/1998
4. AVG § 61 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.1998
1. AVG § 71 heute
2. AVG § 71 gültig ab 21.07.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 88/2023
3. AVG § 71 gültig von 01.01.2014 bis 20.07.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
4. AVG § 71 gültig von 01.01.1999 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 158/1998
5. AVG § 71 gültig von 01.07.1995 bis 31.12.1998 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 471/1995
6. AVG § 71 gültig von 01.02.1991 bis 30.06.1995
1. BVergG 2006 § 263 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 267 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 267 gültig von 05.03.2010 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 267 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 268 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 268 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

3. BVergG 2006 § 268 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 268 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 269 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 269 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 269 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 269 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 269 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 269 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 272 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 272 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 272 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 272 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 321 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Senat 10 bestehend aus Mag. Hubert Reisner als Vorsitzendem sowie Generalanwalt i.R. Dr. Peter Reindl als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Annemarie Mille als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren

betreffend die Auftragsvergabe "A22 und A23

Tunnelanlagen Wien, Detailplanung und Ausschreibung für

die E&M-Sanierung" der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft

vertreten durch ASFINAG Autobahn Service GmbH Ost

eingeleitet über die Anträge vom 24. September 2007 und

vom 4. Oktober 2007 der Bietergemeinschaft bestehend

aus 1. A***, 2. B***, 3. C*** vertreten durch X***

Rechtsanwälte GmbH wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Der Antrag "auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 6.9.2007" wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 19 BVergG Rechtsgrundlage: Paragraph 19, BVergG

II.römisch zwei.

Der Antrag "auf Nichtigerklärung der mit Telefax vom 24.9.2007 mitgeteilten Zuschlagsentscheidung, wonach die Auftraggeberin beabsichtigt, dem Bieter D*** den Zuschlag zu erteilen," wird zurückgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 320 Abs 1 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraph 320, Absatz eins, BVergG

III. römisch drei.

Die Anträge "auf Ersatz der für den Nachprüfungsantrag entrichteten Pauschalgebühr durch den Ausspruch, dass die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft schuldig ist, die von uns dafür

entrichteten Antragsgebühren binnen 14 Tagen bei

sonstiger Exekution zu ersetzen," vom 24. September 2007 und "auf Ersatz der für den Antrag auf Erlassung

einer einstweiligen Verfügung entrichteten

Pauschalgebühr durch den Ausspruch, dass die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft schuldig ist, die von uns dafür

entrichteten Antragsgebühren binnen 14 Tagen bei

sonstiger Exekution zu ersetzen," vom 4. Oktober 2007

werden abgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 319 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraph 319, BVergG

Begründung

1. 1. Ziffer eins

Vorbringen der Parteien und Gang des Verfahrens

Die Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A***, 2. B***,

1. 3. Ziffer 3

C***, vertreten durch X*** Rechtsanwälte GmbH in der Folge Antragstellerin genannt, stellte am 24. September 2007 die in Spruchpunkten I. und III. ersichtlichen Anträgen und begehrte Akteneinsicht gemäß § 17 AVG und die Durchführung einer mündlichen Verhandlung. Mit C***, vertreten durch X*** Rechtsanwälte GmbH in der Folge Antragstellerin genannt, stellte am 24. September 2007 die in Spruchpunkten römisch eins. und römisch drei. ersichtlichen Anträgen und begehrte Akteneinsicht gemäß Paragraph 17, AVG und die Durchführung einer mündlichen Verhandlung. Mit

Schriftsatz vom 4. Oktober 2007 stellte sie die in Spruchpunkten II. und III. ersichtlichen Anträgen und

Schriftsatz vom 4. Oktober 2007 stellte sie die in Spruchpunkten römisch zwei. und römisch drei. ersichtlichen Anträgen und begehrte erneut Akteneinsicht gemäß § 17 AVG und die Durchführung einer mündlichen Verhandlung. Die

begehrte erneut Akteneinsicht gemäß Paragraph 17, AVG und die Durchführung einer mündlichen Verhandlung. Die angefochtenen Entscheidungen sind in dem Vergabeverfahren "A22 und A23 Tunnelanlagen Wien, Detailplanung und Ausschreibung für die E&M-Sanierung"

der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft vertreten durch ASFINAG Autobahn Service GmbH Ost ergangen.

Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung wurde im Wesentlichen damit begründet, dass zwei der drei Bieter der Bietergemeinschaft Schweizer Unternehmen sind. Die Auftraggeberin habe die Ausscheidensentscheidung mit der Nichtvorlage der Bestätigung bzw des Ansuchens auf Anerkennung gemäß § 20 BVergG der Schweizer ARGE-Mitglieder und des Schweizer Subunternehmers und damit, dass die Antragstellerin dieser Aufforderung nicht

Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung wurde im Wesentlichen damit begründet, dass zwei der drei Bieter der Bietergemeinschaft Schweizer Unternehmen sind. Die Auftraggeberin habe die Ausscheidensentscheidung mit der Nichtvorlage der Bestätigung bzw des Ansuchens auf Anerkennung gemäß Paragraph 20, BVergG der Schweizer ARGE-Mitglieder und des Schweizer Subunternehmers und damit, dass die Antragstellerin dieser Aufforderung nicht

nachgekommen sei, begründet. Weitere Ausscheidensgründe seien nicht vorgetragen worden. Die Ausscheidensentscheidung sei der Antragstellerin am 7. September 2007 mitgeteilt worden. Der drohende

Schaden bestehe in den Kosten der Beteiligung am

Vergabeverfahren in der Höhe von ca Euro 6.300,

entgangenem Gewinn in der Höhe von rund Euro 50.000, den Kosten des Nachprüfungsverfahrens sowie dem Verlust eines Referenzprojektes. Durch die rechtswidrige

Entscheidung der Auftraggeberin erachtete sich die Antragstellerin in ihren Rechten auf Nicht-Ausscheiden ihres Angebotes, Einbeziehung ihres Angebotes in die Bestbieterermittlung, Erteilung des Zuschlags, darauf, dass eine Zuschlagserteilung rechtens nur mehr an die Antragstellerin in Betracht komme, auf Angebotsprüfung entsprechend den vergaberechtlichen Vorgaben, auf Gleichbehandlung und auf Durchführung eines Vergabeverfahrens, das den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbs entspricht. Die Antragstellerin begründete diesen Nachprüfungsantrag im Wesentlichen damit, dass ihre Schweizer Mitglieder keine Bestätigung oder Anerkennung gemäß EWR-Architektenverordnung oder EWR-Ingenieurkonsulentenverordnung bedürfen. Selbst wenn diese nötig wäre, könnten sie sich auf die

aufgrund der Patronatserklärungen zur Verfügung

stehenden Mittel, insbesondere der Befugnis des

österreichischen Mitglieds der Bietergemeinschaft

berufen.

Mit Schriftsatz vom 24. September 2007, beim

Bundesvergabeamt am 28. September 2007 eingelangt,

erteilte die Auftraggeberin allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Sie führte im Wesentlichen aus, dass die Antragstellerin an zweiter Stelle läge, wenn sie nicht ausgeschieden werde, und daher durch eine

möglicherweise rechtswidrige Entscheidung der Auftraggeberin nicht in ihren Rechten verletzt werden

könne. Es drohe kein Schaden. Die Antragstellerin

erfülle die Voraussetzungen des § 320 Abs 1 BVergG. Die Voraussetzungen des Paragraph 320, Absatz eins, BVergG

nicht. Aufgrund der Freizügigkeitsvereinbarung zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft benötigten die Schweizer Mitglieder der Bietergemeinschaft ebenso wie Dienstleistungserbringer aus den Mitgliedsstaaten des EWR eine Anzeige nach § 20 BVergG. Eine Dienstleistungserbringung bis zu 90 Tagen pronicht. Aufgrund der Freizügigkeitsvereinbarung zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft benötigten die Schweizer Mitglieder der Bietergemeinschaft ebenso wie Dienstleistungserbringer aus den Mitgliedsstaaten des EWR eine Anzeige nach Paragraph 20, BVergG. Eine Dienstleistungserbringung bis zu 90 Tagen pro

Kalenderjahr sei ohne Anzeige möglich. Das

ausgeschriebene Projekt erfordere jedoch weit mehr an

Arbeitsleistung, sodass eine Berufung darauf

ausscheide. Die Antragstellerin habe trotz Aufforderung die jedem einzelnen ARGE-Partner zukommenden

Leistungsanteile nicht aufgeklärt oder widersprüchliche Angaben dazu erstattet. Die Leistungserbringung solle nach dem Personaleinsatzplan im Wesentlichen durch die Schweizer Partner der Bietergemeinschaft erfolgen. Der österreichische Partner werde lediglich unterstützend und administrativ tätig. Andererseits habe die Antragstellerin darauf verwiesen, dass wesentliche

Leistungen durch den österreichischen Partner erbracht

werden und entsprechende Patronatserklärungen

vorgelegt. Die Unterstützung wie in den Patronatserklärungen angegeben sei auf Grund des Personaleinsatzplanes jedenfalls nicht möglich. Die Berufsausübungsbefugnis des österreichischen Partners eines Architekten genüge für die ausgeschriebenen

Leistungen der Planung von maschinellen und elektrotechnischen Anlagen nicht. Die Schweizer Partner haben keine in Österreich gültige Berechtigung

nachgewiesen. Die Auftraggeberin beantragte, den Nachprüfungsantrag zurück- bzw abzuweisen.

Am 28. September 2007 legte die Auftraggeberin die Unterlagen des Vergabeverfahrens vor.

Mit Schriftsatz vom 4. Oktober 2007 brachte die Antragstellerin den oben dargestellten weiteren Nachprüfungsantrag ein. Sie begründete ihn im Wesentlichen damit, dass ihr die Zuschlagsentscheidung am 24. September 2007 zugestellt worden sei. Die Reihung an zweiter Stelle sei mangels Informationen

nicht nachvollziehbar. Allerdings sei das Bundesvergabeamt nicht zu einer hypothetischen

Angebotsprüfung und damit Ermittlung des Bestbieters zuständig. Bei einem Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung sei die Rechtmäßigkeit des Ausscheidens Gegenstand des Verfahrens. Die Auftraggeberin habe nicht zur Bekanntgabe des jedem Bieter zufallenden Leistungsteils aufgefordert, sondern nur die prozentuellen Anteile an der Leistungserbringung in Bezug auf das Auftragsvolumen abgefragt. Die Aussage, dass wesentliche Leistungen durch das österreichische Mitglied der Bietergemeinschaft erbracht werden sollen, wurde nie getätigt. Planungsleistungen für maschinelle und elektrotechnische Anlagen dürften von Ingenieurkonsulenten erbracht werden. Hinsichtlich des Interesses am Vertragsabschluss, dem drohenden Schaden und der Beschwerdepunkte verwies die Antragstellerin auf den ersten Antrag. Ergänzend brachte sie vor, dass sie sich in ihrem Recht auf Mitteilung einer

gesetzeskonform begründeten Zuschlagsentscheidung, die insbesondere die auch die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebots umfasst. Die Begründung der Auswahl eines Bestbieters in der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung dürfe sich nicht auf Punktesummen beschränken. Schon aus diesem Grund wäre die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung rechtswidrig. Der Auftraggeber dürfe nicht die Möglichkeit bekommen,

durch mangelhafte Angabe bei der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung die Überprüfung derselben

unmöglich zu machen. Aus den Punktesummen ließen sich keine Rückschlüsse auf die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebots ziehen.

Mit Schriftsatz vom 11. Oktober 2007 nahm die Auftraggeberin erneut Stellung. Sie brachte im Wesentlichen vor, dass das Ergebnis der Angebotsbewertung für die Antragstellerin überprüfbar ist. Die Angaben der Bieter zu den Qualitätskriterien seien im Zuge der Angebotsöffnung ebenso wie die Preise verlesen worden. Es sei nachvollziehbar, dass die Antragstellerin an zweiter Stelle gereiht sei. Der Nachprüfungsantrag sei wegen mangelnder Chancen der Antragstellerin auf Zuschlagserteilung abzuweisen. Aus einem Größenschluss sei abzuleiten, dass einem Schweizer Unternehmen nicht mehr Rechte zukommen

sollten als einem im EWR ansässigen. Die Antragstellerin habe auch nicht bekannt gegeben,

welches Mitglied der Bietergemeinschaft welchen

Prozentsatz der Leistung erbringe. Wenn Art 5 des Freizügigkeitsabkommens eine tatsächliche Prozentsatz der Leistung erbringe. Wenn Artikel 5, des Freizügigkeitsabkommens eine tatsächliche

Leistungsdauer von bis zu 90 Tagen im Kalenderjahr ohne Anzeige zulasse, sei damit nicht die physische

Anwesenheit im Staat der Leistungserbringung sondern die Projektdauer gemeint. Das österreichische Mitglied der Antragstellerin verfüge nicht über eine Befugnis zu Erbringung der Leistungen im Bereich von Maschinenbau, Lüftungstechnik und Elektrotechnik. Die Bewertung sei aufgrund der Festlegungen in der Ausschreibung erfolgt. Die Angaben in der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung genügten, um einen Nachprüfungsantrag stellen zu können.

Am 12. Oktober 2007 erließ das Bundesvergabeamt die beantragte einstweilige Verfügung und untersagte der Auftraggeberin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, den Zuschlag zu erteilen.

Gleichzeit setzte es die Zuschlagsentscheidung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens aus.

Am 16. Oktober 2007 erhob die D*** vertreten durch Y*** Rechtsanwälte GmbH in der Folge in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin genannt, begründete Einwendungen. Darin führte sie im Wesentlichen aus, dass von Seiten der Antragstellerin zumindest drei Ausscheidenstatbestände verwirklicht worden sind. Die Schweizer Mitglieder der Bietergemeinschaft haben keine Dienstleistungsanzeige erstattet und seien daher als nicht befugt anzusehen. Eine

Substitution der Befugnis durch Dritte komme nicht in Frage, da nur die Leistungsfähigkeit ersetzt werden könne. Zur Befugnis der Bietergemeinschaft werde auf § 70 Abs 5 BVergGAm 16. Oktober 2007 erhob die D*** vertreten durch Y*** Rechtsanwälte GmbH in der Folge in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin genannt, begründete Einwendungen. Darin führte sie im Wesentlichen aus, dass von Seiten der Antragstellerin zumindest drei Ausscheidenstatbestände verwirklicht worden sind. Die Schweizer Mitglieder der Bietergemeinschaft haben keine Dienstleistungsanzeige erstattet und seien daher als nicht befugt anzusehen. Eine Substitution der Befugnis durch Dritte komme nicht in Frage, da nur die Leistungsfähigkeit ersetzt werden könne. Zur Befugnis der Bietergemeinschaft werde auf Paragraph 70, Absatz 5, BVergG

verwiesen. Das Angebot sei nach § 129 Abs 1 Z 2, 7 und 11 BVergG auszuscheiden. Hinsichtlich des eingesetzten Personals bestünden Zweifel an der technischen Leistungsfähigkeit. Es sei zweifelhaft, ob dieverwiesen. Das Angebot sei nach Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, 7 und 11 BVergG auszuscheiden. Hinsichtlich des eingesetzten Personals bestünden Zweifel an der technischen Leistungsfähigkeit. Es sei zweifelhaft, ob die

genannten Personen entsprechend der Ausschreibung der deutschen Sprache in Wort und Schrift mächtig seien. Ein nachträglicher Austausch sei unzulässig. Das Angebot sei nach § 129 Abs 1 Z 2 bzw Z 7 BVergGgenannten Personen entsprechend der Ausschreibung der deutschen Sprache in Wort und Schrift mächtig seien. Ein nachträglicher Austausch sei unzulässig. Das Angebot sei nach Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, bzw Ziffer 7, BVergG

auszuscheiden. Dem Verbesserungsauftrag sei innerhalb der vorgegebenen Frist nicht entsprochen worden. Die Antragstellerin habe es gänzlich unterlassen, die Nichtvorlage der Dienstleistungsanzeige aufzuklären. Das Angebot sei nach § 129 Abs 2 BVergG auszuscheiden. Die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung seiauszuscheiden. Dem Verbesserungsauftrag sei innerhalb der vorgegebenen Frist nicht entsprochen worden. Die Antragstellerin habe es gänzlich unterlassen, die Nichtvorlage der Dienstleistungsanzeige aufzuklären. Das Angebot sei nach Paragraph 129, Absatz 2, BVergG auszuscheiden. Die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung sei

aussagekräftig gewesen. Die Antragstellerin sei in der Lage gewesen, einen tauglichen Nachprüfungsantrag zu stellen. Schließlich beantrage die in Aussicht

genommene Zuschlagsempfängerin, die Nachprüfungsanträge der Antragstellerin zurück-, in eventu abzuweisen und ihr Akteneinsicht zu gewähren.

Am 17. Oktober 2007 fand eine mündliche Verhandlung statt. Darin gab E*** von der Auftraggeberin an, dass der ausgeschriebene Auftrag mit der Durchführung der Vergabeverfahren für die Bauaufträge beendet ist. Die Erstellung von Bestandsplänen für jene Anlagenteile, die nicht erneuert werden, und eines Gutachtens nach dem Straßentunnelsicherheitsgesetz, das auch die

neuerrichteten Anlagen umfasst, seien auch Teil des Auftrages. Das Gutachten könne bereits auf Grundlage des Planungsstandes erstellt werden. Er schätze den Anteil, den die Erstellung der Bestandspläne am

Gesamtauftrag ausmache, mit 10%. Die Planungsleistungen selbst könnten im Büro erbracht werden. Allerdings habe der Auftragnehmer auch zusätzlich auf Grundlage der Bestandserhebung vier Varianten und vier Alternativen zu erstellen und diese bei der zuständigen Behörde

einzureichen. Bei allfälligen Behördenverhandlungen oder Besprechungen müssten die betroffenen Fachbereichsleiter anwesend sein. Der Zeitplan sei in Punkt 2.1.3 in Teil A2 der Ausschreibungsunterlagen festgehalten. Herr F*** gab als zuständiger

Projektleiter der Auftraggeberin an, dass zusätzlich zu den in der Ausschreibung genannten Besprechungen auch Besprechungen zur Abstimmung entsprechend Kapitel 2.3 der Ausschreibungsunterlagen abzuhalten sind. G*** von der Auftraggeberin gab an, dass sich weder in der Bekanntmachung der Ausschreibung noch in den Ausschreibungsunterlagen ein Hinweis auf die Notwendigkeit einer Anzeige nach § 20 Abs 1 BVergGProjektleiter der Auftraggeberin an, dass zusätzlich zu den in der Ausschreibung genannten Besprechungen auch Besprechungen zur Abstimmung entsprechend Kapitel 2.3 der Ausschreibungsunterlagen abzuhalten sind. G*** von der Auftraggeberin gab an, dass sich weder in der Bekanntmachung der Ausschreibung noch in den Ausschreibungsunterlagen ein Hinweis auf die Notwendigkeit einer Anzeige nach Paragraph 20, Absatz eins, BVergG

findet. Er wies darauf hin, dass erfahrungsgemäß

wesentlich mehr Besprechungen vor Ort nötig sind. Der Vertreter der Antragstellerin wies darauf hin, dass dies in der Ausschreibung nicht erwähnt ist. Der Vertreter der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin wies darauf hin, dass sich die Regelungen über Bietergemeinschaften und Subunternehmer in Punkt 1,205 der Ausschreibungsunterlagen finden. E*** gab an, dass bei der Angebotsöffnung die Selbstdeklarationen nicht verlesen wurden. Es sei

festgehalten worden, ob sie vorliegen und vollständig sind. A***, Mitglied der Antragstellerin, gab an, dass er Ziviltechniker für Architektur ist. Seine

Planungsbefugnis sei umfassend, wenn er den

entsprechenden Ausbildungsnachweis vorlege. Der Vertreter der Antragstellerin gab an, dass die Schweizer Mitglieder der Bietergemeinschaft keine

Anzeige nach § 20 Abs 1 BVergG erstattet haben. Herr H***, Mitarbeiter der Büros A***, gab an, dass die Elektrotechnikplanung von den beiden Schweizer Anzeige nach Paragraph 20, Absatz eins, BVergG erstattet haben.

Herr H***, Mitarbeiter der Büros A***, gab an, dass die Elektrotechnikplanung von den beiden Schweizer

Mitgliedern der Bietergemeinschaft gemacht werden soll. Die Planung in den Bereichen Maschinenbau und Lüftungstechnik solle von den Schweizer Subunternehmern vorgenommen werden. Die Rolle des Büros A*** bestehe darin, administrative, begleitende und unterstützende Tätigkeiten vorzunehmen. Es habe die Rolle eines Büros vor Ort. Die Federführung bei der Planung solle bei den Schweizer Mitgliedern der Bietergemeinschaft liegen. Die Schweizer würden bei Besprechungen mit der Auftraggeberin von Mitarbeitern des Büro A***

begleitet, um sofort nötige Änderungen durchführen und österreichische Eigenheiten berücksichtigen zu können. Unter Vorhalt der möglichen Konsequenz des Ausscheidens aus diesem Grunde hielt der Verhandlungsleiter der Antragstellerin vor, dass die Frage nach den

prozentuellen Anteilen der einzelnen Bieter der Bietergemeinschaft am Gesamtauftrag nicht beantwortet wurde. Der Vertreter der Antragstellerin gab an, dass es keinen sachlichen Grund für die Angabe von

Prozentanteilen der einzelnen Bieter am Gesamtauftrag gibt und diese Angabe in der Ausschreibung nicht

gefordert war. Der Vertreter der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin verwies dazu auf Punkt 1,205 der Ausschreibungsunterlagen. A*** gab an, dass diese Frage durch Verweis auf den Leistungsanteil des Subunternehmers und dem verbindlichen Personaleinsatzplan beantwortet wurde. G*** gab dazu an, dass aus dem Personaleinsatzplan der Anteil der einzelnen Unternehmen nicht erkennbar ist, weil dort die Fachprojektleiter mit den ihnen zugewiesenen

Einsatzdauern genannt sind. Herr F*** gab an, dass bei

strittigen Positionen die für den Bieter günstige

Lösung gewählt wurde. Alle Angebote seien nach

demselben Maßstab beurteilt worden. Die Prüfung der Referenzen sei durch E*** erfolgte und bei allen

Bieter gleichmaßen vorgenommen worden. E*** gab über Befragen durch den Vertreter der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin an, dass keine Prüfung erfolgte, ob die genannten Mitarbeiter des Büros A*** tatsächlich Dienstnehmer sind. Mit einer Ausnahme, bei der eine Rückfrage gestellt worden sei, haben daran keine

Zweifel bestanden. Über Befragen durch den Vertreter der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin, ob es zwischen dem Büro A*** und dem in derselben Straße

ansässigen potentiellen Auftragnehmer des

gegenständlichen Auftrages I*** Auftragsverhältnisse oder andere vertragliche Beziehungen gebe, antwortet A***, dass keine derartigen Beziehungen bestehen. Der Vertreter der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin brachte vor, dass der Antragstellerin keine Antragslegitimation zukommt, weil sie selbst bei positiver Bewertung an zweiter Stelle gereiht wäre. Weiters sei heute in der Verhandlung ein Ausscheidensgrund releviert worden. Aus diesem Grunde wäre ihr Angebot auszuschneiden. Die Nachprüfungsanträge wären zurückzuweisen.

Sachverhalt

Die Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft vertreten durch ASFINAG Autobahn Service GmbH Ost saniert die Betriebs- und Sicherheitseinrichtungen für Tunnelanlagen (BuS)

entsprechend den aktuellen Anforderungen der RVS

Richtlinien, des STSG und der Ausrüstungsrichtlinien

der ASFINAG im Bereich der Nachrichten- und Verkehrstelematik. Es sind durch diese Änderungen

Anpassungen und Erneuerungen der Steuerungs- und Leittechnik sowohl in den Tunnelanlagen als auch in der Überwachungszentrale erforderlich. Die Anlagenbedienung und -überwachung wird mit einigen Ausnahmen von Anlagenkomponenten der ASFINAG Verkehrstelematik GmbH ausschließlich von der Überwachungszentrale-Kaisermühlen der ASFINAG Autobahn Service GmbH Ost

durchgeführt. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Zu diesem Zweck schrieb die Auftraggeberin die Planung und Erstellung der Ausschreibungsunterlagen für die E&M Sanierung der Wiener Tunnelanlagen auf der A22 und A32 inklusive der Kurztunnel und Grünbrücken sowie der erforderlichen Leistungen für die Einbindung in die Überwachungszentrale Kaisermühlen unter ständiger Aufrechterhaltung der Betriebsbereitschaft der BuS

unter laufendem Verkehr als Dienstleistungsauftrag in einem offenen Verfahren nach den Bestimmungen für den Oberschwellenbereich aus. Die relevanten CPV-Codes sind 74232200 - Y038, 31600000 - Y038, 74231100 - Y038, 31730000 - Y038, 31720000 - Y038. Er ist der Dienstleistungskategorie 12 zugeordnet. Der geschätzte Auftragswert beträgt Euro 400.000 ohne USt. Die Ausschreibung wurde im Supplement zum Amtsblatt der europäischen Gemeinschaften vom 21. Juni 2007,

2007/S 117-144008, und im Amtlichen Lieferungsanzeiger vom 20. Juni 2007, L-330112-7619, beide abgesandt am 20. Juni 2007, bekannt gemacht. Die erste Berichtigung zur Ausschreibung wurde im Supplement zum Amtsblatt der europäischen Gemeinschaften vom 22. Juni 2007,

2007/S 118-144194, und im Amtlichen Lieferungsanzeiger vom 21. Juni 2007, L-330119-7620, beide abgesandt am 20. Juni 2007, bekannt gemacht. Darin wurde die Ausführungsdauer richtig gestellt. Die zweite

Berichtigung zur Ausschreibung wurde im Supplement zum Amtsblatt der europäischen Gemeinschaften vom 12. Juli 2007, 2007/S 132-161249, und im Amtlichen Lieferungsanzeiger vom 11. Juli 2007, L-336053-779, beide abgesandt am 9. Juli 2007, bekannt gemacht. Darin wurden Bieteranfragen betreffend die Zulassung von

Referenzen aus der Schweiz und die Kopplung der Referenzen an das Personal/Unternehmen beantwortet. Die dritte Berichtigung zur Ausschreibung wurde im Supplement zum Amtsblatt der europäischen

Gemeinschaften vom 25. Juli 2007, 2007/S 141-174072, und im Amtlichen Lieferungsanzeiger vom 24. Juli 2007, L-339436-7723, beide abgesandt am 23. Juli 2007,

bekannt gemacht. Darin wurde in den Ausschreibungsunterlagen der Punkt 1,305.2.1 Referenzen konkretisiert. Das Ende der Angebotsfrist war der 31. Juli 2007, 14.00 Uhr. Zu diesem Zeitpunkt sollte die Öffnung der Angebote in den Räumlichkeiten der

vergebenden Stelle erfolgen. Der Zuschlag sollte dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot nach den Angaben in den Ausschreibungsunterlagen erteilt werden. Die Ausführungszeit soll entsprechend der

ersten Berichtigung der Ausschreibung 45 Wochen

betragen. (Unterlagen des Vergabeverfahrens; Angaben

der Auftraggeberin; amtliche Einschau unter

ted.europa.eu und auftrag.at)

Punkte 1,205 und 1,206 in Teil A1 der Ausschreibungsunterlagen lauten:

"1,205 Bietergemeinschaften/Subunternehmer

Im Sinne von § 83 BVergG 2006 wird festgelegtIm Sinne von Paragraph 83, BVergG 2006 wird festgelegt:

Bekannt zu geben sind jedenfalls jene wesentlichen

Teile des Angebotes, welche 5 % der Gesamtangebotssumme übersteigen bzw. für die Substitution der Eignung des Bieters dienen. Für

diese Teile sind die ausführenden Subunternehmer

zu nennen und in der entsprechenden Liste im Teil

A 4 vollständig anzuführen.

Zum Nachweis der Eignung, sowie zur Deklaration

der Subunternehmer sind vom Bieter die, gemäß §§ 70, 83 ff BVergG 2006 verlangten Nachweise~~der~~ Subunternehmer sind vom Bieter die, gemäß Paragraphen 70, 83, ff BVergG 2006 verlangten Nachweise

beizubringen; diese Nachweise sind vom Bieter auch

für die allfällig beigezogenen Subunternehmer

beizubringen.

Die Weitergabe von Leistungen an Subunternehmer

ist nur im Rahmen des § 83 BVergG grundsätzlich nur im Rahmen des Paragraph 83, BVergG grundsätzlich

zulässig. Als weitere Einschränkung gilt, dass nur

Leistungen welche das Fachgebiet Maschinenbau

betreffen als Subunternehmerleistungen angeboten

werden dürfen. Die Weitergabe von Leistungen aus

anderen Fachgebieten als denen des Maschinenbaus (Lüftungstechnik) hat durch die Bildung von Arbeitsgemeinschaften zu erfolgen.

Weiters hat der Bieter einen Nachweis der Verfügungsmöglichkeit über die Subunternehmer

gemäß der Bestimmung des § 108 Abs 2 Z 2 BVergGgemäß der Bestimmung des Paragraph 108, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG

vorzulegen.

Ein solcher Nachweis kann insbesondere erfolgen

durch die Vorlage eines/einer

1. a)Litera a
Verbindlichen Angebots vom Subunternehmer
2. b)Litera b
Vertrages mit dem Subunternehmer
3. c)Litera c
Erklärung des Subunternehmer, dass er die Leistung gem. den Bedingungen der Ausschreibung

erbring und er über alle Mittel für die Ausführung der Leistung verfügt; etc

Der Nachweis der Verfügungsmöglichkeit über die Kapazitäten der Subunternehmer muss bereits zum Zeitpunkt der Angebotslegung vorliegen.

Erfolgt der Eignungsnachweis des Bieters (gem. §§ 70 ff BVergG) im zulässigen Rahmen übeErfolgt der Eignungsnachweis des Bieters (gem. Paragraphen 70, ff BVergG) im zulässigen Rahmen über

Subunternehmer (Substituierung der Eignung), so

muss dieses Unternehmer während der gesamten

Leistungszeit zur Verfügung stehen.

Bei der gegenständlichen Ausschreibung erfordert die Gesamtleistung nachstehende Befugnisse in verschiedene Fachrichtungen, so dass jedes Mitglied der Bietergemeinschaft nur die Befugnis für den ihm konkret zufallenden Leistungsteil nachzuweisen hat

Befugnisse: Elektrotechnik, Maschinenbau

Subunternehmer dürfen ohne vorherige Zustimmung des AG nicht ausgetauscht werden.

1,206 Art des Zuschlags

Der Zuschlag wird dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt. Zur Beurteilung der Angebote wird neben dem Preis auch die Qualität des von Bieter abgegebenen Angebotes herangezogen."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Punkt 2.1.3 in Teil A2 der Ausschreibungsunterlagen lautet:

"2.1.3 Termsituation

die Ausführungstermine für den gegenständlichen

Planungsauftrag haben Bezug auf den Tag der Auftragsvergabe. Als wichtiger Zwischentermin wird die Ausschreibungsendredaktion angesehen.

Mit dem Nachführen der Sicherheitsdokumentation und Übergabe aller geforderten Unterlagen wird dieser Planungsauftrag abgeschlossen.

Beschreibung der Leistung	Dauer	ab Auftrag
---------------------------	-------	------------

Erhebung	8 Wochen	8 Wochen
----------	----------	----------

Bericht u. sofortige Sanierungsmaßnahmen	1 Woche	9 Wochen
--	---------	----------

Vor- Entwurf, Varianten	7 Wochen	16 Wochen
-------------------------	----------	-----------

Fertigstellung des Lüftungs- und		18 Wochen
----------------------------------	--	-----------

Löschleitungsprojekts		
-----------------------	--	--

Abstimmung, Entscheidung mit AG	3 Wochen	19 Wochen
---------------------------------	----------	-----------

(Getrennte Ausschreibung Lüftung,	2 Wochen	21 Wochen
-----------------------------------	----------	-----------

LW falls erforderlich)		
------------------------	--	--

| Entwurfserstellung | 4 Wochen | 23 Wochen |

| Ausschreibungserstellung, Abstimmung | 5 Wochen | 27 Wochen |

| Ausschreibungsendredaktion | 2 Woche | 30 Wochen |

| Ausschreibungsübergabe an den AG | | 30 Wochen |

| Bestandpläne erstellen gem. 2.5.6 | 6 Wochen | 36 Wochen |

| A&E- und Brandschutzpläne | 4 Wochen | 40 Wochen |

| Betriebs- und Erhaltungskonzepte | 3 Wochen | 43 Wochen |

| Übergabe der Pläne, Berichte und | 2 Wochen | 45 Wochen |

| Sicherheitsdokumentation | | |

Die fett angelegten Termine sind pönalisiert.

Sollten sofortige Sanierungsmaßnahmen erforderlich

sein, so ist diese Ausschreibung bis 20 Wochen nach Auftragserteilung fertig gestellt zu übergeben, eine Änderung der Fertigstellungstermine erfolgt dadurch nicht."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Kapitel 2.3 in Teil A2 der Ausschreibungsunterlagen lautet:

"2.3 PROJEKTABLAUF

Der AN hat zeitgerecht nach Auftragsvergabe mit

- -Strichaufzählung
Bestandsaufnahme
- -Strichaufzählung
Koordinierung mit anderen Gewerken
- -Strichaufzählung
Koordinierung mit dem Verkehrsplaner

Zu beginnen, unter Berücksichtigung der unter 2.1.3 vorgegebenen Termine.

Für die Entwurferstellung ist mit dem Projektteam

(siehe Pkt. 2.4.2.) über

- Festlegungen zu Abweichungen zu Richtlinien

Planungsvorgaben und Planungshandbücher der ASFINAG

- -Strichaufzählung
Erstellung von Ausführungsvarianten nach technischen, wirtschaftlichen und betrieblichen Aspekten
- -Strichaufzählung
Erstellung von Berichten und ggf. Einreichunterlagen für den Tunnelmanager zur Behördenvorlage gemäß dem

STSG

Das Einvernehmen herzustellen.

Sollten bei den Bestandserhebungen der Anlagen

bedenkliche oder kritische Anlagenzustände festgestellt werden, so ist der AG unverzüglich zu informieren und eine vorgezogene Ausschreibung für die Sanierung 2008 durchzuführen.

Im Zuge der Ausschreibungserstellung ist eine Terminablaufplanung mit den Schwerpunkten

- -Strichaufzählung
Minimierung der Verkehrsbehinderung
- -Strichaufzählung
Verkehrsführung während der Sanierung (in abgestimmten Phasen)
- -Strichaufzählung
Maximierung der Betriebssicherheit während der Anlagenimplementierung
- -Strichaufzählung
Inbetriebsetzung und Probebetrieb

zu erstellen.

2.3.1 Schnittstellen zu Projekten

Zum Zeitpunkt der Anlagenerhebung und Entwurfserstellung des AN sind einige Projekte in Planung oder bereits in Ausführung. Aus diesen Gründen sind enge Kontakte mit den Erstellern von Planungshandbüchern der ASFINAG für Nachrichtentechnik und Verkehrstelematik sowie Koordinierungsaufgaben mit anderen Gewerken erforderlich.

Diese Aufwände und Erschwernisse sind in der Kalkulation zu berücksichtigen und in die Einheitspreise einzukalkulieren.

Diese Projekte sind zum Beispiel:

- -Strichaufzählung
Einrichtung der CN.as- Linie im Freifeld
- -Strichaufzählung
Implementierung des Freilandnotrufes über SaNORS
- -Strichaufzählung
Errichtung der VBA auf der A 23
- -Strichaufzählung
Erstellung der ASFINAG Richtlinie Videosysteme-Videobildauswertung
- -Strichaufzählung
Transportebene im Tunnel

Der AN hat sich jedoch nach Beauftragung nochmals über den aktuellen Stand der Parallelprojekte beim AG zu informieren.

2.3.2 Koordinierung

Der Bieter haftet jedoch erforderlichenfalls für die ordnungsgemäße Einarbeitung oder Berücksichtigung der, wie unter 2.1.8 angeführten, entsprechenden Planungen und Projekte, jedenfalls jedoch für die Richtigkeit und Sinnhaftigkeit der Schnittstellen des gegenständlichen Projektes der Sanierungsmaßnahmen und deren

fristgerechte Koordination Sorge zu tragen.

Die Koordination der Schnittstellen in technischer,

fachlicher und örtlicher Hinsicht stattzufinden.

Vom AG wird,

für die komplexe Verkehrslenkungssituation

im Planungsgebiet, zur Unterstützung für den Auftragnehmer ein Verkehrsplaner

- -Strichaufzählung

- für die erforderlichen Umleistungsszenarien während der Sanierung
- -Strichaufzählung
für die parallel laufenden Projekte und Planungen (VBA A23, etc)
- -Strichaufzählung
Überprüfung der bestehenden Verkehrslenkungsmaßnahmen
- -Strichaufzählung
Überprüfung der bestehenden Verkehrsmatrix und Adaptierungen

beauftragt."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Punkt 2.4.1 in Teil A 2 der Ausschreibungsunterlagen lautet:

"2.4 AUFGABENBESCHREIBUNG

2.4.1 Allgemeine Beschreibung

[...]

Der AN nominiert einen von den beiden FPL als

Projektleiter (PL).

Es wird festgelegt, dass der PL als erster

Ansprechpartner für den AG auftritt.

Dieser koordiniert die weiteren Mitglieder und Aufgabenbereiche dieses Auftrages und sorgt für die Weitergabe der Informationen, Berichte, Protokolle, Ergebnisse, Entscheidungen etc. an die beteiligten

Personen. Besprechungen werden während der Planungs- und Projektierungsphase 14-tätig, oder zusätzlich nach Bedarf, abgehalten.

[...]"

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

In den Ausschreibungsunterlagen war festgelegt, dass sich die Zuschlagskriterien zu 50 % aus den Punkten für den Preis und zu 50 % aus den Punkten für Qualität zusammensetzen. Die Punkte für Qualität konnten zu 80 % aus Referenzen der jeweiligen Projektleiter (2 Referenzen und eine Ersatzreferenz mit 40 Punkten für

den Projektleiter Tunneltechnik und BuS, 1 Referenz und eine Ersatzreferenz für den Projektleiter Lüftung mit 20 Punkten, 2 Referenzen und eine Ersatzreferenz für den Projektleiter Verkehrs- und Nachrichtentechnik mit 40 Punkten) und zu 20 % aus dem verfügbaren Personal der Bieter erzielt werden. Dabei wurden 5 % für die Ausbildung des Fachprojektleiters und 15 % für die

verfügbaren Mitarbeiter vergeben. Die Angaben dazu

erfolgten durch die Bieter im Wege einer "Selbstdeklaration". (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Bei der Angebotsöffnung kam hervor, dass vier Bieter

und

Bietergemeinschaften Angebote gelegt hatten. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin legte ein Angebot mit einem Gesamtpreis von Euro 485.603,30 ohne USt und der maximal erzielbaren Zahl an Qualitätspunkten. Dieses Angebot war das billigste. Die Antragstellerin legte ein Angebot mit einem Gesamtpreis vom

Euro 538.945,57 ohne USt und der maximal erzielbaren Zahl

an Qualitätspunkten. Dieses Angebot war das

zweitbilligste. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die Antragstellerin ist eine Bietergemeinschaft aus drei Bietern. Sie besteht aus einem österreichischen Ziviltechnikerbüro für Architektur und zwei Schweizer Unternehmen. Die Schweizer Mitglieder der Bietergemeinschaft sollen die Planung im Bereich der Elektrotechnik vornehmen. Der im Angebot namhaft

gemachte Schweizer Subunternehmer soll die Planung in den Bereichen Maschinenbau und Lüftungstechnik vornehmen. Das österreichische Mitglied der Bietergemeinschaft sollte administrative, begleitende und unterstützende Tätigkeiten übernehmen. Es sollte die Rolle eines Büros vor Ort haben, eine Qualitätskontrolle durchführen, die Schweizer zu

Besprechungen begleiten und allenfalls technische Ressourcen wie Büroarbeitsplätze zur Verfügung stellen, um sofort nötige Änderungen durchführen und österreichische Eigenheiten berücksichtigen zu können. Federführend ist ein Schweizer Mitglied der Bietergemeinschaft. Eine Anzeige nach der EWR-Architektenverordnung, der EWR-Ingenieurkonsulentenverordnung oder nach der GewO

machten die Schweizer Mitglieder der Bietergemeinschaft und der Schweizer Subunternehmer nicht. (Aussagen von A*** und H*** in der mündlichen Verhandlung; Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die Auftraggeberin forderte die Antragstellerin mit Telefax vom 6. August 2007 auf, eine Bestätigung gemäß EWR-Architektenverordnung oder EWR-Ingenieurkonsulentenverordnung gemäß § 20 BVergG für die Schweizer Mitglieder der Bietergemeinschaft und den namhaft gemachten Subunternehmer vorzulegen. Weiters sollte die Antragstellerin beglaubigte Übersetzungen aller jener Teile des Angebotes vorlegen, die in

Die Auftraggeberin forderte die Antragstellerin mit Telefax vom 6. August 2007 auf, eine Bestätigung gemäß EWR-Architektenverordnung oder EWR-Ingenieurkonsulentenverordnung gemäß Paragraph 20, BVergG für die Schweizer Mitglieder der Bietergemeinschaft und den namhaft gemachten Subunternehmer vorzulegen. Weiters sollte die Antragstellerin beglaubigte Übersetzungen aller jener Teile des Angebotes vorlegen, die in

italienischer Sprache vorgelegt worden waren. Für die Mitglieder der Bietergemeinschaft war der Anteil der Leistungen des jeweiligen Bietergemeinschaftsmitgliedes in Bezug auf das Auftragsvolumen in Prozent bekannt zu geben. Der Nachweis der Verfügungsmöglichkeit über den Subunternehmer war vorzulegen. Die im Projektorganigramm dargestellte Stabsstelle war mit Funktion und Einfluss auf die Projektabwicklung zu

beschreiben. Die Leistungen und Funktionen des österreichischen Mitglieds der Bietergemeinschaft sollte definiert werden. Das Begeleitschreiben des Angebotes war mit dem angeführten Preisnachlass im Original vorzulegen. Die Auftraggeberin fragte nach, ob

die drei Berichtigungen bei der Angebotserstellung berücksichtigt wurden. Sie fragte nach, ob die im Personaleinsatzplan angegebenen Mitglieder der

deutschen Sprache in Wort und Schrift mächtig sind. Weiters fragte sie nach, ob bei der Einsatzdauer und dem eingesetzten Personal berücksichtigt war, dass eine detaillierte Bestandsaufnahme aller Anlagen

durchzuführen ist. Der Anhang 8 war für die Referenzprojekte Lüftungstechnik / Maschinenbau und Tunneltechnik gemäß einem beiliegenden Muster zu

ergänzen. Diese Aufklärungen waren bis 14. August 2007, 10.00 Uhr, bei sonstiger Ausscheidung nachzureichen. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Mit Telefax vom 11. August 2007 teilte die Antragstellerin mit, dass die Befugnisse des österreichischen Mitglieds der Bietergemeinschaft

zusammen mit dem Angebot abgegeben worden waren. Einen Teil der Befugnisse deckte einer seiner Mitarbeiter ab. Die Schweizer Mitglieder der Bietergemeinschaft

stützten sich auf die Befugnis des österreichischen Mitglieds der Bietergemeinschaft. Entsprechende Patronatserklärungen lagen bei. Die Nachweise wurden in deutscher Sprache vorgelegt. Der Nachweis der Verfügbarkeit über den Subunternehmer wurde durch die

Subunternehmererklärung im Angebot eine mit dem Fax vorgelegte Patronatserklärung erbracht. Die Antragstellerin erklärte die Funktion der Stabstelle in Zusammenhang mit der Projektleitung. Sie sollte diverse administrative Tätigkeiten übernehmen und die Qualitätssicherung sicherstellen. Das österreichische Mitglied der Bietergemeinschaft bringe seine Leistung in den erwähnten Bereichen und durch zwei seiner

Mitarbeiter ein. Das Originalbegleitschreiben wurde

vorgelegt. Die Berichtigungen seien berücksichtigt

worden. Die Referenzlisten wurden vorgelegt.

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Mit Telefax vom 17. August 2007 forderte die Auftraggeberin die Antragstellerin auf, Erläuterungen

zu Referenzen abzugeben. Ein namhaft gemachter

Mitarbeiter sei bei einer anderen Gesellschaft

beschäftigt. Die Anzahl der Mitarbeiter des

österreichischen Mitglieds der Bietergemeinschaft wurde

abgefragt. Wenn diese Anzahl weniger als 15 sein

sollte, sollten sie namentlich genannt und den Bereichen Administration und Technik zugeordnet werden. Um die Offenlegung von Naheverhältnissen wurde ersucht. Die Aufklärung sollte bis 27. August 2007, 9.00 Uhr erfolgen.

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Mit Telefax vom 25. August 2007 erteilte die Antragstellerin die gewünschten Auskünfte. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Im Zuge der Angebotsprüfung hinterfragte die Auftraggeberin die bewertungsrelevanten Referenzen der Bieter. Bei der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin wurden Korrekturen vorgenommen. Ebenso wurden bei der Antragstellerin Korrekturen

vorgenommen. Diese sind im Vergabebericht einzeln

begründet und im Vergabeakt dokumentiert. Dadurch

reduzierte sich die Bewertung des Angebots der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin im Punkt

Qualität von 50 erzielbaren Punkten auf 48,35 Punkte

und auf 46,65 Punkte bei jenem der Antragstellerin. Bei

der Bewertung des Preises erzielte die in Aussicht

genommene Zuschlagsempfängerin 50 Punkte und die Antragstellerin 45,05 Punkte. Insgesamt wurde das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin mit 98,35 Punkten bewertet, jenes der Antragstellerin mit 91,7 Punkten. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Selbst bei Heranziehen der Selbstdекlaration, wodurch der Antragstellerin im Zuschlagskriterium Qualität die maximale Punkteanzahl von 50 Punkten gebührte, ist ihr Angebot mit 95,05 Punkten zu bewerten, da sie im Zuschlagskriterium Preis keinesfalls mehr als 45,05 Punkte erreichen kann. (Eigenberechnung des Bundesvergabeamtes)

Mit Telefax vom 7. September 2007 teilte die Auftraggeberin der Antragstellerin die Ausscheidensentscheidung mit. Sie wurde damit

begründet, dass ihr mit Telefax vom 6. August 2007 die

1. 1.Ziffer eins

Aufforderung zur Aufklärung zugestellt wurde. Darin hatte die Auftraggeberin zur Vorlage einer Bestätigung oder eines Ansuchens um eine Bestätigung iSd § 20 Aufforderung zur Aufklärung zugestellt wurde. Darin hatte die Auftraggeberin zur Vorlage einer Bestätigung oder eines Ansuchens um eine Bestätigung iSd Paragraph 20

BVergG ersucht. In Beantwortung der Anfrage zur Aufklärung seien diese Unterlagen nicht übersendet und

ihr Fehlen auch nicht nachvollziehbar aufgeklärt

worden. Das Angebot sei daher auf Grundlage von § 129 Abs 1 Z 11 und Abs 2 BVergG ausgeschrieben worden worden. Das Angebot sei daher auf Grundlage von Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 11 und Absatz 2, BVergG ausgeschrieben worden.

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Mit Telefax vom 14. September 2007 teilte die Auftraggeberin allen Bietern außer der Antragstellerin die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin mit. Mit Telefax vom 24. September teilte die Auftraggeberin der Antragstellerin die Zuschlagsentscheidung mit.

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Der Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren wurde noch nicht erteilt, ein Widerruf hat nicht stattgefunden. (Auskunft der Auftraggeberin)

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den

jeweils in Klammern genannten Quellen. Diese sind Veröffentlichungen und die Originalunterlagen des Vergabeverfahrens sowie Auskünfte, die nur die Auftraggeberin erteilen kann. Die herangezogenen

Beweismittel sind daher echt. Ihre inhaltliche

Richtigkeit steht außer Zweifel. Widersprüche traten nicht auf.

1. 3.Ziffer 3

Rechtliche Würdigung

3.1 Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit der Anträge

Der gegenständliche Auftrag wurde als Dienstleistungsauftrag iSv § 6 BVergG ausgeschrieben. Es handelt sich um Arbeiten zur Detailplanung und Ausschreibung für die E&M-Sanierung, Dienstleistungen der Kategorie 12, somit um prioritäre Dienstleistungen nach Anhang III zum BVergG. Der gegenständliche Auftrag wurde als Dienstleistungsauftrag iSv Paragraph 6, BVergG ausgeschrieben. Es handelt sich um Arbeiten zur Detailplanung und Ausschreibung für die E&M-Sanierung, Dienstleistungen der Kategorie 12, somit um prioritäre Dienstleistungen nach Anhang römisch drei zum BVergG.

Auftraggeberin ist die ASFINAG. Als Unternehmensgegenstand ist nach Art II § 2 Abs 1 Auftraggeberin ist die ASFINAG. Als Unternehmensgegenstand ist nach Artikel römisch zwei, Paragraph 2, Absatz eins

ASFINAG-Gesetz, BGBl Nr 591/1982 idF BGBl I Nr 26/2006, im Wesentlichen die Finanzierung, die Planung, der Bau und die Erhaltung von Bundesstraßen einschließlich der hierzu notwendigen und zweckdienlichen Infrastruktur, die Einhebung von zeit- und fahrleistungsabhängigen Mauten von den Nutzern dieser Straßen sowie die Bedienung der von der Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft mit Ermächtigung des Bundesministers für Finanzen gemäß Art II § 5 ASFINAG-Gesetz, Bundesgesetzblatt Nr 591 aus 1982, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 26 aus 2006,, im Wesentlichen die Finanzierung, die Planung, der Bau und die Erhaltung von Bundesstraßen einschließlich der hierzu notwendigen und zweckdienlichen Infrastruktur, die Einhebung von zeit- und fahrleistungsabhängigen Mauten von den Nutzern dieser Straßen sowie die Bedienung der von der Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft mit Ermächtigung des Bundesministers für Finanzen gemäß Artikel römisch zwei, Paragraph 5

eingegangenen Verbindlichkeiten, soweit sie für Zwecke der Planung, des Baues und der Erhaltung von

Bundesstraßen eingegangen wurden. Sie ist eine Aktiengesellschaft und ist unter FN 92191a im Firmenbuch eingetragen. Sie genießt daher

Rechtspersönlichkeit.

Ihre Anteile sind gemäß Art II § 1 ASFINAG-Gesetz zu 100 % dem Bund vorbehalten. Gemäß Art II § 9 Abs 2 ASFINAG-Gesetz sind der ASFINAG umfangreiche Auskunftspflichten gegenüber dem Bund auferlegt. Es handelt sich bei der

ASFINAG daher um eine öffentliche Einrichtung iSv § 3 Abs 1 Z 2 BVergG. Aufgrund der Eigentumsverhältnisse fällt sie nach Art 14b Abs 2 lit d B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes. Daher ist eine Zuständigkeit des Bundesvergabesachverständigen gegeben. Ihre Anteile sind gemäß Artikel römisch zwei, Paragraph eins, ASFINAG-Gesetz zu 100 % dem Bund vorbehalten. Gemäß Artikel römisch zwei, Paragraph 9, Absatz 2, ASFINAG-Gesetz sind der ASFINAG umfangreiche Auskunftspflichten gegenüber dem Bund auferlegt. Es handelt sich bei der ASFINAG daher um eine öffentliche Einrichtung iSv Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG. Aufgrund der Eigentumsverhältnisse fällt sie nach Artikel 14 b, Absatz 2, Litera d, B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes. Daher ist eine Zuständigkeit des Bundesvergabesachverständigen gegeben.

Vergabende Stelle ist die ASFINAG Autobahn Service GmbH Ost.

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

Da darüber hinaus das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabesachverständigen damit in concreto gemäß § 312 Abs 2 BVergG zur Nichtigkeitserklärung rechtswidriger Da darüber hinaus das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabesachverständigen damit in concreto gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG zur Nichtigkeitserklärung rechtswidriger

Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.

Im Ergebnis sind daher die Anträge auf Nichtigkeitserklärung der Ausscheidensentscheidung und der Zuschlagsentscheidung gemäß § 320 Abs 1 BVergG Im Ergebnis sind daher die Anträge auf Nichtigkeitserklärung der Ausscheidensentscheidung und der Zuschlagsentscheidung gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG

zulässig, wobei auch die Voraussetzungen der §§ 321 f BVergG vorliegen. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt. zulässig, wobei auch die Voraussetzungen der Paragraphen 321, f BVergG vorliegen. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt.

3.2 Zum Antrag auf Nichtigkeitserklärung der Ausscheidensentscheidung - Spruch Punkt B.2 Zum Antrag auf Nichtigkeitserklärung der Ausscheidensentscheidung - Spruch Punkt römisch eins

Nach § 19 Abs 1 BVergG sind Vergabeverfahren nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter Nach Paragraph 19, Absatz eins, BVergG sind Vergabeverfahren nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter

durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

Nach § 20 Abs 1 BVergG haben Bewerber oder Bieter, die im Gebiet einer anderen Vertragspartei des EWR-Abkommens ansässig sind und die ein Anerkennungs- oder Gleichhaltungsverfahren gemäß den §§ 373c, 373d und 373e der Gewerbeordnung 1994 (GewO 1994), BGBl. Nr. 194, durchführen oder eine Bestätigung gemäß § 1 Abs 4 der EWR-Architektenverordnung, BGBl. Nr. 694/1995, oder eine Bestätigung gemäß § 1 Abs 4 der EWR-Ingenieurkonsulentenverordnung, BGBl. Nr. 695/1995, einholen müssen, die entsprechenden Anträge möglichst umgehend zu stellen. Der Bescheid über die Erteilung der Anerkennung bzw. den Ausspruch der Gleichhaltung oder eine Bestätigung gemäß der EWR-Architektenverordnung oder der EWR-Ingenieurkonsulentenverordnung muss

spätestens im Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung vorliegen. Sie Nach Paragraph 20, Absatz eins, BVergG haben Bewerber oder Bieter, die im Gebiet einer anderen Vertragspartei des EWR-Abkommens ansässig sind und die ein Anerkennungs- oder Gleichhaltungsverfahren gemäß den Paragraphen 373 c, 373 d und 373 e der Gewerbeordnung 1994 (GewO 1994), BGBl. Nr. 194, durchführen oder eine Bestätigung gemäß Paragraph eins, Absatz 4, der EWR-Architektenverordnung, Bundesgesetzblatt Nr. 694 aus 1995,, oder eine Bestätigung gemäß Paragraph eins, Absatz 4, der EWR-Ingenieurkonsulentenverordnung, Bundesgesetzblatt Nr. 695 aus 1995,, einholen müssen, die entsprechenden Anträge möglichst umgehend zu stellen. Der Bescheid über die Erteilung der Anerkennung bzw. den Ausspruch der Gleichhaltung oder eine Bestätigung gemäß der EWR-Architektenverordnung oder der EWR-Ingenieurkonsulentenverordnung muss spätestens im Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung vorliegen. Sie

haben vor Ablauf der Angebotsfrist den Nachweis

beizubringen, dass sie einen Antrag gemäß den genannten

Rechtsvorschriften eingebracht haben.

Nach § 20 Abs 4 BVergG können bei Aufträgen, die Dienstleistungen oder Arbeiten wie das Verlegen und die Installation umfassen, Bewerber oder Bieter, die keine natürliche Personen sind, jedoch verpflichtet werden, in ihrem Angebot oder in ihrem Teilnahmeantrag die Namen und die berufliche Qualifikation jener Nach Paragraph 20, Absatz 4, BVergG können bei Aufträgen, die Dienstleistungen oder Arbeiten wie das Verlegen und die Installation umfassen, Bewerber oder Bieter, die keine natürliche Personen sind, jedoch verpflichtet werden, in ihrem Angebot oder in ihrem Teilnahmeantrag die Namen und die berufliche Qualifikation jener

natürlichen Personen anzugeben, die für die Erbringung der betreffenden Leistung verantwortlich sein sollen.

Nach Art 1 des Abkommens zwischen der Europäischen Nach Artikel eins, des Abkommens zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit, ABl L 114, S 6 - 72, in der Folge Freizügigkeitsabkommen genannt, ist Ziel dieses Abkommens zugunsten der Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft und der Schweiz folgendes: Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit, Amtsblatt L 114, S 6 - 72, in der Folge Freizügigkeitsabkommen genannt, ist Ziel dieses Abkommens zugunsten der Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft und der Schweiz folgendes:

1. a) Litera a

Einräumung eines Rechts auf Einreise, Aufenthalt, Zugang zu einer unselbständigen Erwerbstätigkeit und Niederlassung als Selbständiger sowie des Rechts auf Verbleib im Hoheitsgebiet der Vertragsparteien;

2. b) Litera b

Erleichterung der Erbringung von Dienstleistungen im Hoheitsgebiet der Vertragsparteien, insbesondere

Liberalisierung kurzzeitiger Dienstleistungen;

1. c) Litera c

Einräumung eines Rechts auf Einreise und Aufenthalt im Hoheitsgebiet der Vertragsparteien für Personen, die im Aufnahmestaat keine Erwerbstätigkeit ausüben;

2. d) Litera d

Einräumung der gleichen Lebens-, Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen wie für Inländer.

Nach Art 5 Abs 1 Freizügigkeitsabkommen wird Nach Artikel 5, Absatz eins, Freizügigkeitsabkommen wird

unbeschadet besonderer Abkommen über die Erbringung von Dienstleistungen zwischen den Vertragsparteien

(einschließlich des Abkommens über das öffentliche Beschaffungswesen, sofern es die Erbringung von

Dienstleistungen umfasst), einem Dienstleistungserbringer einschließlich Gesellschaften gemäß Anhang I das Recht eingeräumt, Dienstleistungen im Hoheitsgebiet der anderen Vertragspartei zu Dienstleistungen umfasst), einem Dienstleistungserbringer einschließlich Gesellschaften gemäß Anhang römisch eins das Recht eingeräumt, Dienstleistungen im Hoheitsgebiet der anderen Vertragspartei zu

erbringen, deren tatsächliche Dauer 90 Arbeitstage pro Kalenderjahr nicht überschreitet.

Nach Art 5 Abs 4 Freizügigkeitsabkommen werden die in diesem Artikel genannten Rechte gemäß den Bestimmungen

der Anhänge I, II und III eingeräumt. Die Höchstzahlen des Artikels 10 können gegenüber den in diesem Artikel genannten Personen nicht geltend gemacht werden. Nach Artikel 5, Absatz 4, Freizügigkeitsabkommen werden die in diesem Artikel genannten Rechte gemäß den Bestimmungen der Anhänge römisch eins, römisch zwei und römisch drei eingeräumt. Die Höchstzahlen des Artikels 10 können gegenüber den in diesem Artikel genannten Personen nicht geltend gemacht werden.

Nach Art 9 Freizügigkeitsabkommen treffen die Vertragsparteien gemäß Anhang III die erforderlichen Maßnahmen zur gegenseitigen Anerkennung der Diplome, Zeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise und zur Koordinierung ihrer Rechts- und Verwaltungsvorschriften über den Zugang zu unselbständigen und selbständigen Erwerbstätigkeiten und deren Ausübung sowie die Erbringung von Dienstleistungen, um den Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Nach Artikel 9, Freizügigkeitsabkommen treffen die Vertragsparteien gemäß Anhang römisch drei die erforderlichen Maßnahmen zur gegenseitigen Anerkennung der Diplome, Zeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise und zur Koordinierung ihrer Rechts- und Verwaltungsvorschriften über den Zugang zu unselbständigen und selbständigen Erwerbstätigkeiten und deren Ausübung sowie die Erbringung von Dienstleistungen, um den Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen

Gemeinschaft und der Schweiz den Zugang zu

unselbständigen und selbständigen Erwerbstätigkeiten

und deren Ausübung sowie die Erbringung von

Dienstleistungen zu erleichtern.

Nach Anh I Art 16 Abs 1 Freizügigkeitsabkommen treffen die Vertragsparteien zur Erreichung der Ziele dieses Abkommens alle erforderlichen Maßnahmen, damit in ihren Beziehungen gleichwertige Rechte und Pflichten wie in den Rechtsakten der Europäischen Gemeinschaft, auf die Bezug genommen wird, Anwendung finden. Nach Anh römisch eins Artikel 16, Absatz eins, Freizügigkeitsabkommen treffen die Vertragsparteien zur Erreichung der Ziele dieses Abkommens alle erforderlichen Maßnahmen, damit in ihren Beziehungen gleichwertige Rechte und Pflichten wie in den Rechtsakten der Europäischen Gemeinschaft, auf die Bezug genommen wird, Anwendung finden.

Nach Anh I Art 17 Buchstabe a Freizügigkeitsabkommen ist hinsichtlich der Erbringung von Dienstleistungen gemäß Artikel 5 dieses Abkommens die Beschränkung grenzüberschreitender Dienstleistungen im Hoheitsgebiet einer Vertragspartei, deren Dauer 90 tatsächliche Nach Anh römisch eins Artikel 17, Buchstabe a Freizügigkeitsabkommen ist hinsichtlich der Erbringung von Dienstleistungen gemäß Artikel 5 dieses Abkommens die Beschränkung grenzüberschreitender Dienstleistungen im Hoheitsgebiet einer Vertragspartei, deren Dauer 90 tatsächliche

Arbeitstage pro Kalenderjahr nicht überschreitet,

untersagt.

Nach Anh I Art 19 Freizügigkeitsabkommen kann der Dienstleistungserbringer, der zur Erbringung von Nach Anh römisch eins Artikel 19, Freizügigkeitsabkommen kann der Dienstleistungserbringer, der zur Erbringung von

Dienstleistungen berechtigt ist oder dem eine

entsprechende Erlaubnis erteilt wurde, seine Tätigkeit

vorübergehend im Staat der Erbringung der

Dienstleistung

nach Maßgabe dieses Anhangs und der Anhänge II und III unter den gleichen Bedingungen nach Maßgabe dieses Anhangs und der Anhänge römisch zwei und römisch drei unter den gleichen Bedingungen

ausüben, wie dieser Staat sie für seine eigenen

Staatsangehörigen vorschreibt.

Nach Anh I Art 21 Abs 1 Freizügigkeitsabkommen darf die Gesamtdauer einer Dienstleistung nach Art 17 Buchstabe a dieses Anhangs, unabhängig davon, ob es sich um eine ununterbrochene Dienstleistung oder um aufeinanderfolgende Dienstleistungen handelt, Nach Anh römisch eins Artikel 21, Absatz eins, Freizügigkeitsabkommen darf die

Gesamtdauer einer Dienstleistung nach Artikel 17, Buchstabe a dieses Anhangs, unabhängig davon, ob es sich um eine ununterbrochene Dienstleistung oder um aufeinanderfolgende Dienstleistungen handelt,

90 tatsächliche Arbeitstage pro Kalenderjahr nicht

überschreiten.

Nach Anh I Art 22 Abs 1 Freizügigkeitsabkommen sind von der Anwendung der Bestimmungen der Art 17 und 19 dieses Anhangs die Tätigkeiten ausgenommen, die auch nur Nach Anh römisch eins Artikel 22, Absatz eins, Freizügigkeitsabkommen sind von der Anwendung der Bestimmungen der Artikel 17 und 19 dieses Anhangs die Tätigkeiten ausgenommen, die auch nur

gelegentlich die Ausübung hoheitlicher Befugnisse im Gebiet der betroffenen Vertragspartei umfassen.

Nach Anh I Art 22 Abs 4 Freizügigkeitsabkommen lassen Art 17 Buchstabe a und Art 19 dieses Anhangs die Rechts- und Verwaltungsvorschriften jeder Nach Anh römisch eins Artikel 22, Absatz 4, Freizügigkeitsabkommen lassen Artikel 17, Buchstabe a und Artikel 19, dieses Anhangs die Rechts- und Verwaltungsvorschriften jeder

Vertragspartei betreffend die Erbringung von

Dienstleistungen mit einer Dauer von höchstens

90 tatsächlichen Arbeitstagen unberührt, sofern diese

aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses

gerechtfertigt sind.

Nach Anh III Abs 1 Freizügigkeitsabkommen kommen die Vertragsparteien überein, im Bereich der gegenseitigen Anerkennung beruflicher Befähigungsnachweise Nach Anh römisch drei Absatz eins, Freizügigkeitsabkommen kommen die Vertragsparteien überein, im Bereich der gegenseitigen Anerkennung beruflicher Befähigungsnachweise

untereinander die gemeinschaftlichen Rechtsakte, auf

die Bezug genommen wird, in der zum Zeitpunkt der Unterzeichnung des Abkommens geltenden Fassung

einschließlich der in Abschnitt A dieses Anhangs

genannten Änderungen oder gleichwertige Vorschriften anzuwenden. Nach Abs 2 dieser Bestimmung nehmen die Vertragsparteien zwecks Anwendung dieses Anhangs die gemeinschaftlichen Rechtsakte zur Kenntnis, auf die in Abschnitt B dieses Anhangs Bezug genommen wird. Nach Abs 3 dieser Bestimmung ist der Begriff "Mitgliedstaat(en)" in den Rechtsakten, auf die in Abschnitt A dieses Anhangs Bezug genommen wird, außerdem genannten Änderungen oder gleichwertige Vorschriften anzuwenden. Nach Absatz 2, dieser Bestimmung nehmen die Vertragsparteien zwecks Anwendung dieses Anhangs die gemeinschaftlichen Rechtsakte zur Kenntnis, auf die in Abschnitt B dieses Anhangs Bezug genommen wird. Nach Absatz 3, dieser Bestimmung ist der Begriff "Mitgliedstaat(en)" in den Rechtsakten, auf die in Abschnitt A dieses Anhangs Bezug genommen wird, außerdem

auf die durch die betreffenden Gemeinschaftsakte

erfassten Staaten auch auf die Schweiz anzuwenden.

Auf die Richtlinie 89/48/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 über eine allgemeine Regelung zur Anerkennung der Hochschuldiplome, die eine mindestens dreijährige Berufsausbildung abschließen, ABl L 19 vom 24.1.1989, S 16, mit näher genannten Änderungen und Ergänzungen betreffend die Schweiz nehmen die Vertragsparteien in Anh III Abschnitt A Abs 1 Freizügigkeitsabkommen Bezug. Sie nehmen diese Richtlinie auch in Anh III Abschnitt B Abs 59 Freizügigkeitsabkommen zur Kenntnis. Auf die Richtlinie 89/48/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 über eine allgemeine Regelung zur Anerkennung der Hochschuldiplome, die eine mindestens dreijährige Berufsausbildung abschließen, Amtsblatt L 19 vom 24.1.1989, S 16, mit näher genannten Änderungen und Ergänzungen betreffend die Schweiz nehmen die Vertragsparteien in Anh römisch drei Abschnitt A Absatz eins, Freizügigkeitsabkommen Bezug. Sie nehmen diese Richtlinie auch in Anh römisch drei Abschnitt B Absatz 59, Freizügigkeitsabkommen zur Kenntnis.

Auf die Richtlinie 85/384/EWG des Rates vom 10. Juni 1985 für die gegenseitige Anerkennung der Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise auf dem Gebiet der Architektur und für Maßnahmen zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des Niederlassungsrechts und des Rechts auf freien Dienstleistungsverkehr,

ABl L 223 vom 21.8.1985, S 15, mit näher genannten Änderungen und Ergänzungen Auf die Richtlinie 85/384/EWG des Rates vom 10. Juni 1985 für die gegenseitige Anerkennung der Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise auf dem Gebiet der Architektur und für Maßnahmen zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des Niederlassungsrechts und des Rechts auf freien Dienstleistungsverkehr, Amtsblatt L 223 vom 21.8.1985, S 15, mit näher genannten Änderungen und Ergänzungen

betreffend die Schweiz nehmen die Vertragsparteien in Anh III Abschnitt A Abs 17 Freizügigkeitsabkommerbetreffend die Schweiz nehmen die Vertragsparteien in Anh römisch drei Abschnitt A Absatz 17, Freizügigkeitsabkommen

Bezug.

Das Angebot der Antragstellerin wurde von der Auftraggeberin wegen Nichtvorlage einer Anzeige iSd § 20 Abs 1 BVergG und des Fehlens einer entsprechenden Aufklärung, warum diese Anzeige nicht erforderlich sein sollte, ausgeschieden. Fest steht nach Einsicht in die Unterlagen des Vergabeverfahrens und die Aussage eines Vertreters der Auftraggeberin einerseits, dass die Ausschreibung keinen Hinweis auf die Notwendigkeit Das Angebot der Antragstellerin wurde von der Auftraggeberin wegen Nichtvorlage einer Anzeige iSd Paragraph 20, Absatz eins, BVergG und des Fehlens einer entsprechenden Aufklärung, warum diese Anzeige nicht erforderlich sein sollte, ausgeschieden. Fest steht nach Einsicht in die Unterlagen des Vergabeverfahrens und die Aussage eines Vertreters der Auftraggeberin einerseits, dass die Ausschreibung keinen Hinweis auf die Notwendigkeit

eines Antrags iSd § 20 Abs 1 BVergG enthielt. Festeines Antrags iSd Paragraph 20, Absatz eins, BVergG enthielt. Fest steht auch, dass die Antragstellerin trotz der Aufforderung der Auftraggeberin keinen derartigen

Antrag stellte und keinen Nachweis darüber vorlegte. Es ist jedoch davon auszugehen, dass nach den Grundsätzen des Vergabeverfahrens nach § 19 Abs 1 BVergG die Vergabe eines Auftrages nur an ua befugte Unternehmer erfolgen darf. Dies ergibt sich schon daraus, dass ein potentieller Auftragnehmer nach den berufsrechtlichen Vorschriften zur Durchführung des Auftrages befugt sein muss (BVA 28.4.2003, 17N-26/03-15). Zu prüfen ist daher die Notwendigkeit eines derartigen Antrags. Antrag stellte und keinen Nachweis darüber vorlegte. Es ist jedoch davon auszugehen, dass nach den Grundsätzen des Vergabeverfahrens nach Paragraph 19, Absatz eins, BVergG die Vergabe eines Auftrages nur an ua befugte Unternehmer erfolgen darf. Dies ergibt sich schon daraus, dass ein potentieller Auftragnehmer nach den berufsrechtlichen Vorschriften zur Durchführung des Auftrages befugt sein muss (BVA 28.4.2003, 17N-26/03-15). Zu prüfen ist daher die Notwendigkeit eines derartigen Antrags.

Dabei ist auf die Besonderheiten des Nachweises der Befugnis innerhalb einer Bietergemeinschaft Bedacht zu nehmen. Im Fall einer homogenen Leistung ist von allen Mitgliedern der Bietergemeinschaft die Befugnis zur Durchführung des gesamten Auftrags zu verlangen.

Besteht der Auftrag aus unterschiedlichen

Leistungs teilen, muss jeder Bieter die Befugnis für den

von ihm durchzuführenden Teil der Gesamtleistung

besitzen (VfGH 27.9.2004, B 533/02, VfSlg 17.272).

Der gegenständliche Planungsauftrag besteht aus Planungsleistungen in mehreren Fachgebieten, nämlich der Elektrotechnik, der Lüftungstechnik und dem Maschinenbau. Daneben sind Bestandspläne und Pläne für die Tunnelsicherheit zu erstellen. Die Leistung lässt sich auf Unternehmer mit unterschiedlichen Befugnissen aufteilen.

Eine solche Aufteilung sieht die Antragstellerin nach ihrer Aussage in der mündlichen Verhandlung auch vor. Nach den Angaben der Antragstellerin sind die Aufgaben innerhalb der Bietergemeinschaft derart verteilt, dass die Schweizer Mitglieder die Planung auf dem Gebiet der Elektrotechnik und der Schweizer Subunternehmer die Planung auf den Gebieten des Maschinenbaus und der Lüftungstechnik vornehmen sollen. Das österreichische Mitglied der Bietergemeinschaft hat lediglich

koordinierende Aufgaben. Aus den obigen Ausführungen ergibt sich daher, dass die beiden Schweizer Mitglieder der Bietergemeinschaft zumindest die Befugnis für die Planung der Elektrotechnik und der Schweizer

Subunternehmer die Befugnis für die Planung der Lüftungstechnik und des Maschinenbaus besitzen müssen.

Grundsätzlich muss ein Unternehmer, der seine

Leistungen in Österreich erbringen will, über eine österreichische Befugnis verfügen. Ausnahmsweise dürfen auch Unternehmer ohne österreichische Befugnis ihre Leistungen in Österreich erbringen. Dies bedarf jedoch ausdrücklicher Ausnahmen von dem obigen Grundsatz und unterliegt einer eigenen Regelung. Daran vermag auch die innerhalb der EU geltende Dienstleistungsfreiheit nichts zu ändern, da sie lediglich die Modalitäten der Anerkennung oder Gleichhaltung erleichtert oder in Einzelfällen ausdrücklich ganz darauf verzichtet. Die fraglichen Unternehmen sind Schweizer Unternehmen, die die Freiheiten des Freizügigkeitsabkommens in Anspruch nehmen wollen. Ziel dieses Abkommens ist nach seinem Art 1 Buchst b die Erleichterung der Erbringung von Dienstleistungen in den Vertragsstaaten. Dabei hatten die vertragschließenden Parteien keine Bevorzugung von Schweizer Unternehmen, sondern - wie sich aus Art 9, Anh I Art 16 Abs 1 und Anh I Art 19 Freizügigkeitsabkommen ergibt - eine Gleichstellung von Schweizer Unternehmen mit solchen aus Staaten der EU vor Augen. Insbesondere räumt Anh I Art 19 Freizügigkeitsabkommen einem Staat die Möglichkeit ein, die Erbringung von Dienstleistungen durch einen in Leistungen in Österreich erbringen will, über eine österreichische Befugnis verfügen. Ausnahmsweise dürfen auch Unternehmer ohne österreichische Befugnis ihre Leistungen in Österreich erbringen. Dies bedarf jedoch ausdrücklicher Ausnahmen von dem obigen Grundsatz und unterliegt einer eigenen Regelung. Daran vermag auch die innerhalb der EU geltende Dienstleistungsfreiheit nichts zu ändern, da sie lediglich die Modalitäten der Anerkennung oder Gleichhaltung erleichtert oder in Einzelfällen ausdrücklich ganz darauf verzichtet. Die fraglichen Unternehmen sind Schweizer Unternehmen, die die Freiheiten des Freizügigkeitsabkommens in Anspruch nehmen wollen. Ziel dieses Abkommens ist nach seinem Artikel eins, Buchst b die Erleichterung der Erbringung von Dienstleistungen in den Vertragsstaaten. Dabei hatten die vertragschließenden Parteien keine Bevorzugung von Schweizer Unternehmen, sondern - wie sich aus Artikel 9,, Anh römisch eins Artikel 16, Absatz eins und Anh römisch eins Artikel 19, Freizügigkeitsabkommen ergibt - eine Gleichstellung von Schweizer Unternehmen mit solchen aus Staaten der EU vor Augen. Insbesondere räumt Anh römisch eins Artikel 19, Freizügigkeitsabkommen einem Staat die Möglichkeit ein, die Erbringung von Dienstleistungen durch einen in

seinem Heimatstaat befugten Unternehmer aus einem

anderen Vertragsstaat nur unter den Bedingungen

vorübergehend zu gestatten, die er eigenen

Staatsbürgern stellt. Daraus ergibt sich, dass aus dem Freizügigkeitsabkommen nicht abzuleiten ist, dass ein

in seinem Heimatstaat befugter Unternehmer auch in

jedem anderen Vertragsstaat unbeschränkt

Dienstleistungen erbringen darf. Ganz im Gegenteil sind die innerhalb des EWR maßgeblichen Vorschriften dabei zu beachten. Es gilt der Grundsatz, dass eine nationale oder eine dieser nachgewiesenermaßen gleichwertige

Befugnis erforderlich ist. Dazu kann es nötig sein, ein spezielles Verfahren durchzuführen.

Im Lichte von Anh I Art 19 FreizügigkeitsabkommenIm Lichte von Anh römisch eins Artikel 19, Freizügigkeitsabkommen bedeutet das für die Angehörigen planender Berufe, dass sie eine Tätigkeit ausüben, die entweder einer Befugnis, die in Österreich dem ZTG unterliegt, oder einer Befugnis als technisches Büro bedarf. Im ersten Fall benötigen sie zur Ausübung eine Anzeige an die örtlich zuständige Landeskammer der Architekten und Ingenieurkonsulenten und erhalten bei Vorliegen der Voraussetzungen die Erlaubnis zur Erbringung der Dienstleistung beschränkt auf einen konkreten Auftrag. Im zweiten Fall müssen sie bei der Gewerbebehörde eine Anzeige nach § 373c oder § 373d GewO machen.bedeutet das für die Angehörigen planender Berufe, dass sie eine Tätigkeit ausüben, die entweder einer Befugnis, die in Österreich dem ZTG unterliegt, oder einer Befugnis als technisches Büro bedarf. Im ersten Fall benötigen sie zur Ausübung eine Anzeige an die örtlich zuständige Landeskammer der Architekten und Ingenieurkonsulenten und erhalten bei Vorliegen der Voraussetzungen die Erlaubnis zur Erbringung der Dienstleistung beschränkt auf einen konkreten Auftrag. Im zweiten Fall müssen sie bei der Gewerbebehörde eine Anzeige nach Paragraph 373 c, oder Paragraph 373 d, GewO machen.

Zuzugestehen ist, dass § 20 Abs 1 BVergG auf Schweizer Unternehmen nicht Bezug nimmt. Sie sind daher in diesem Sinn als Angehörige eines Drittstaates anzusehen. Ihre Befugnis ist nach den allgemeinen Grundsätzen zuZuzugestehen ist, dass Paragraph 20, Absatz eins, BVergG auf Schweizer Unternehmen nicht Bezug nimmt. Sie sind daher in diesem Sinn als Angehörige eines Drittstaates anzusehen. Ihre Befugnis ist nach den allgemeinen

Grundsätzen zu

beurteilen. Dabei ist auf § 19 Abs 2 BVergG zubeurteilen. Dabei ist auf Paragraph 19, Absatz 2, BVergG zu verweisen, der eine aus völkerrechtlichen Gründen unterschiedliche Behandlung von Angehörigen von Drittstaaten erlaubt. Diese Bestimmung hat zwar in erster Linie das GPA vor Augen, lässt sich aber aufgrund der Rechtsnatur des Freizügigkeitsabkommens auch darauf anwenden, zumal auch Österreich Partei

dieses Vertrages ist. Im Ergebnis lässt sich jedoch festhalten, dass Schweizer Staatsangehörige ebenso wie Angehörige von EWR-Staaten behandelt werden sollen.

Die innerhalb des EWR dafür vorgesehenen

Rechtsgrundlagen sind auch im Geltungsbereich des Freizügigkeitsabkommens anwendbar. Im gegenständlichen Fall sind dies die in Anh III Abschnitt A Abs 1 Freizügigkeitsabkommen bezogene und in Anh III Rechtsgrundlagen sind auch im Geltungsbereich des Freizügigkeitsabkommens anwendbar. Im gegenständlichen Fall sind dies die in Anh römisch drei Abschnitt A Absatz eins, Freizügigkeitsabkommen bezogene und in Anh römisch drei

Abschnitt B Abs 59 Freizügigkeitsabkommen zur Kenntnis genommene Richtlinie 89/48/EWG über eine allgemeine Regelung zur Anerkennung der Hochschuldiplome, die eine mindestens dreijährige Berufsausbildung abschließen und die in Anh III Abschnitt A Abs 17 Freizügigkeitsabkommen bezogene Richtlinie 85/384/EWG für die gegenseitige Anerkennung der Diplome, Abschnitt B Absatz 59, Freizügigkeitsabkommen zur Kenntnis genommene Richtlinie 89/48/EWG über eine allgemeine Regelung zur Anerkennung der Hochschuldiplome, die eine mindestens dreijährige Berufsausbildung abschließen und die in Anh römisch drei Abschnitt A Absatz 17, Freizügigkeitsabkommen bezogene Richtlinie 85/384/EWG für die gegenseitige Anerkennung der Diplome,

Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise auf dem Gebiet der Architektur und für Maßnahmen zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des Niederlassungsrechts und des Rechts auf freien Dienstleistungsverkehr. Diese sind durch Verordnungen auf Grundlage von § 32 ZTG umgesetzt. Zwar nimmt die Verordnungsgrundlage auch auf Schweizer Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise auf dem Gebiet der Architektur und für Maßnahmen zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des Niederlassungsrechts und des Rechts auf freien Dienstleistungsverkehr. Diese sind durch Verordnungen auf Grundlage von Paragraph 32, ZTG umgesetzt. Zwar nimmt die Verordnungsgrundlage auch auf Schweizer

Staatsangehörige Bezug, die EWR-Architektenverordnung und die EWR-Ingenieurkonsulentenverordnung setzen das Freizügigkeitsabkommen jedoch nicht um. In der Praxis wird allerdings in europarechtskonformer Auslegung ein Anzeigeverfahren auch für Schweizer Unternehmen

durchgeführt, da die Ausübung von dem ZTG

unterliegenden Tätigkeiten andernfalls in Österreich untersagt wäre. Gleiches gilt für Planungsleistungen als technisches Büro nach der GewO, wo allerdings die Umsetzung der Richtlinien vollständig erfolgte.

Dem Angebot waren lediglich Firmenbuchauszüge in

italienischer Sprache beigelegt, die im Zuge der Angebotsprüfung in beglaubigter deutscher Übersetzung nachgereicht wurden.

Die Auftraggeberin forderte zur Übersendung der Anzeige bei der Kammer für Architekten und Ingenieurkonsulenten für Wien, Niederösterreich und das Burgenland auf. Dass eine solche nicht erfolgte, ergab das Ermittlungsverfahren. Daher ist auf Grundlage der

obigen Ausführungen weder eine Tätigkeit, die dem ZTG

unterliegt, noch eine Tätigkeit, die der GewO

unterliegt, gestattet.

Die Antragstellerin beruft sich - ungeachtet des

tatsächlichen Vorliegens für den gesamten

Leistungsumfang - auf die Substitution der Befugnis der Schweizer Mitglieder durch das österreichische Mitglied der Bietergemeinschaft im Wege von Patronatserklärungen. Grundsätzlich ist eine Berufung auf die Mittel Dritter nach § 76 Abs 1 BVergG möglich. In allen Fällen betrifft diese ausschließlich den Nachweis der Leistungsfähigkeit, nicht jedoch der Befugnis. Auch die Urteile des Europäischen Gerichtshofes (EuGH 14.4.1994, Rs C-389/92, Ballast Nedam I, Slg 1994, I-1289; EuGH 18.12.1997, C-5/97, Ballast Nedam II, Slg 1997, I-7549; EuGH 2.12.1999, C-176/98, Holst Italia, Slg 1999, I-8607; EuGH 14.4.1994, Rs C-389/92, Ballast Nedam römisch eins, Slg 1994, I-1289; EuGH 18.12.1997, C-5/97, Ballast Nedam römisch zwei, Slg 1997, I-7549; EuGH 2.12.1999, C-176/98, Holst Italia, Slg 1999, I-8607; EuGH 18.3.2004, C-314/01, Siemens und ARGE Telekom, Slg 2004, I-2549), die in den Materialien wiedergegeben

sind (RV 1118 BlgNR 22 GP 65 f), befassen sich mit der Regierungsvorlage 1118 BlgNR 22 Gesetzgebungsperiode 65 f), befassen sich

ausschließlich mit dem Rückgriff auf die Mittel Dritter zum Nachweis der wirtschaftlichen, finanziellen oder technischen Leistungsfähigkeit. Der Nachweis der Befugnis durch Dritte ist darin nicht angesprochen. Diese wäre auch sinnwidrig, da jeder Wirtschaftsteilnehmer selbst über die notwendige

Befugnis verfügen muss, andernfalls er als zur Teilnahme am Geschäftsverkehr nicht berechtigt

anzusehen ist. Im Speziellen ordnet § 76 Abs 2 BVergG für eine Bietergemeinschaft an, dass die Berufung auf die Kapazitäten der Mitglieder unter den Voraussetzungen des § 76 Abs 1 BVergG (RV 1118 BlgNR 22 GP 66) möglich ist. Daraus ergibt sich, dass im Wege der Berufung auf die Mittel Dritter auch innerhalb

Paragraph 76, Absatz 2, BVergG für eine Bietergemeinschaft an, dass die Berufung auf die Kapazitäten der Mitglieder unter den Voraussetzungen des Paragraph 76, Absatz eins, BVergG (Regierungsvorlage 1118 BlgNR 22 Gesetzgebungsperiode 66) möglich ist. Daraus ergibt sich, dass im Wege der Berufung auf die Mittel Dritter auch innerhalb

einer Bietergemeinschaft die Befugnis für die Schweizer Mitglieder der Bietergemeinschaft und den Schweizer Subunternehmer nicht zu erreichen ist.

Schließlich beruft sich die Antragstellerin auf eine Dauer der Leistungserbringung in Österreich von unter 90 Tagen innerhalb eines Kalenderjahrs. Unstrittig ist die Anwesenheit der Fachprojektleiter bei Besprechungen im Zuge der Abwicklung des Auftrages erforderlich. In Punkt 2.4.1 der Ausschreibungsunterlagen ist

festgehalten, dass zumindest 14-tägig Besprechungen

abgehalten werden müssen. Bei diesen ist die Anwesenheit der Fachprojektleiter in Österreich

jedenfalls erforderlich. Zusätzliche Besprechungen sind

vorbehalten. Weiters sind Behördenverfahren zur Bewilligung von Varianten und Alternativen abzuhalten. Diese erfordern weitere persönliche Anwesenheitstage der Schweizer Fachprojektleiter in Österreich.

Schließlich bedarf die Erstellung von Bestandsplänen der Anwesenheit in den Tunnels der A 22 und A 23. Es kann daher nicht mit letzter Sicherheit ausgeschlossen werden, dass Bedienstete der Schweizer Mitglieder der Bietergemeinschaft und des Subunternehmers an mehr als 90 Tagen pro Kalenderjahr ihre Leistungen in Österreich erbringen müssen. Damit ist ein Rückgriff auf die Dienstleistungsfreiheit des Art 5 Freizügigkeitsabkommens jedoch ausgeschlossen. Schließlich bedarf die Erstellung von Bestandsplänen der Anwesenheit in den Tunnels der A 22 und A 23. Es kann daher nicht mit letzter Sicherheit ausgeschlossen werden, dass Bedienstete der Schweizer Mitglieder der

Bietergemeinschaft und des Subunternehmers an mehr als 90 Tagen pro Kalenderjahr ihre Leistungen in Österreich erbringen müssen. Damit ist ein Rückgriff auf die Dienstleistungsfreiheit des Artikel 5, Freizügigkeitsabkommens jedoch ausgeschlossen.

Die Auftraggeberin forderte die Antragstellerin mit

Telefax

vom 6. August 2007 auch auf, für jedes Mitglied

der Bietergemeinschaft den jeweiligen Anteil an der Gesamtleistung in Prozent des Auftragsvolumens bekannt

zu geben. In dieser Aufforderung drohte die Antragstellerin das Ausscheiden bei nicht

fristgerechter Beantwortung an. Die Antragstellerin ging auf diese Aufforderung im Zuge der Angebotsprüfung nicht ein. Sie rechtfertigte sich in der mündlichen Verhandlung damit, dass es keinen sachlichen Grund für diese Angabe gebe und sie in der Ausschreibung nicht verlangt gewesen sei. Die Frage sei mit dem

verbindlichen Personaleinsatzplan beantwortet. Dazu ist anzuführen, dass sich aus dem verbindlichen Personaleinsatzplan lediglich die Namen, Einsatzorte, Qualifikation und Einsatzdauern der jeweiligen

Fachprojektleiter und der sonstigen Mitglieder des Projektteams entnehmen lassen. Die Anteile der Unternehmen an der Projektdurchführung sind nicht zu erkennen. Der Antragstellerin ist zuzugestehen, dass diese Angabe in der Ausschreibung nicht verlangt war. Nichtsdestotrotz steht es der Auftraggeberin offen, Fragen zur Prüfung der Eignung der Bieter zu stellen (VwGH 31.5.2000, 2000/04/0015). Der Frage des

sachlichen Grundes dieser Frage stellt sich im Hinblick auf die Nichtbeantwortung der Frage durch die Antragstellerin nicht. Sie hätte, wenn sie die Frage

schon nicht beantwortet, auf irgendeine Art darauf

reagieren müssen. Dadurch, dass sich die gestellte

Frage aus den vorgelegten Unterlagen nicht beantworten lässt und auch nicht beantwortet oder anders aufgeklärt wurde, hat die Antragstellerin den von der Auftraggeberin angedrohten aber zur Begründung der Ausscheidensentscheidung nicht herangezogenen

Ausscheidensgrund des § 129 Abs 2 BVergG verwirklicht. Ausscheidensgrund des Paragraph 129, Absatz 2, BVergG verwirklicht.

3.3 Zum Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung - Spruch Punkt II 3.3 Zum Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung - Spruch Punkt römisch zwei.

Die Auftraggeberin schied das Angebot der Antragstellerin - wie unter Punkt 3.2 ausgeführt - zu

Recht aus. Es kommt daher für die Erteilung des Zuschlags nicht in Betracht. Der geltend gemachte

Schaden der Antragstellerin iSd § 320 Abs 1 BVergG kann durch eine allfällige Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung nicht eintreten. Da die Schaden der Antragstellerin iSd Paragraph 320, Absatz eins, BVergG kann durch eine allfällige Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung nicht eintreten. Da die

meritorisch zu behandelnde Hauptfrage des Nachprüfungsverfahrens die Rechtmäßigkeit der Ausscheidensentscheidung war, ist die erst danach zu beantwortende Frage der Rechtmäßigkeit der Zuschlagsentscheidung für die Antragstellerin ohne

Belang, da sie es nicht schaffte, ein ausschreibungskonformes Angebot zu legen. Ihr kommt hinsichtlich der Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung keine Antragslegitimation zu. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung ist daher zurückzuweisen (VwGH 12.9.2007, 2005/04/0181).

Angemerkt sei lediglich, dass auch aus inhaltlichen Gründen eine Nichtigerklärung der Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung nicht in Betracht kommt, da das Angebot der Antragstellerin - wie im Sachverhalt

dargestellt - auf Grundlage der Zuschlagskriterien

keinesfalls eine höhere Punktezahl als jenes der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin erzielen kann. Gründe für das Ausscheiden des Angebotes der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin wurden nicht

behauptet und kamen im Zuge des Verfahrens auch nicht hervor. Eine allfällige sonstige Rechtswidrigkeit des Vergabeverfahrens hätte daher keinen entscheidenden Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens iSd

§ 325 Abs 1 Z 2 BVergG.Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG.

3.4 Zum Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühr - Spruch

Punkt III.Punkt römisch drei.

Die Antragstellerin beantragte die Nichtigerklärung von Entscheidungen und die Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

Mit Bescheid vom 12. Oktober 2007, N/0088-BVA/10/2007-029, erließ das Bundesvergabeamt die beantragte einstweilige Verfügung.

Mit dem vorliegenden Bescheid weist das Bundesvergabeamt die Anträge ab und zurück.

Gemäß § 319 Abs 1 BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 BVergG entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird.Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, BVergG entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird.

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

1. 1.Ziffer eins
dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und
2. 2.Ziffer 2
dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde.

Gemäß § 319 Abs 3 BVergG entscheidet über den Gebührenersatz das BundesvergabeamtGemäß Paragraph 319, Absatz 3, BVergG entscheidet über den Gebührenersatz das Bundesvergabeamt.

Die Antragstellerin hat die Pauschalgebühr für den Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung tatsächlich

bezahlt. Der Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren wurde zusammen mit dem Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung, damit rechtzeitig gestellt.

Ungeachtet der Entscheidung über den Antrag auf

Erlassung einer einstweiligen Verfügung besteht ein Anspruch auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren nur, wenn das Bundesvergabeamt dem Nachprüfungsantrag stattgibt. Wie bereits festgehalten, war diesem kein Erfolg beschieden. Auch erfolgte im Zuge des Nachprüfungsverfahrens keine Klaglosstellung. Der Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühr für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung besteht daher nicht.

Die Antragstellerin hat die Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag tatsächlich bezahlt. Der Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren wurde zusammen mit dem Nachprüfungsantrag, damit rechtzeitig gestellt. Das Bundesvergabeamt gab dem verfahrenseinleitenden Antrag jedoch nicht statt. Auch erfolgte im Zuge des Nachprüfungsverfahrens keine Klaglosstellung. Es

besteht daher kein Anspruch auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren.

Dokumentnummer

VERGT_20071031_N_0088_BVA_10_2007_037_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