

TE Verg Bescheid 2007/9/21 N/0068-BVA/03/2007-46

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 21.09.2007

Norm

BVergG 2006 §2 Z41

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §6

BVergG 2006 §19 Abs1

BVergG 2006 §312 Abs2 Z2

BVergG 2006 §318 Abs1

BVergG 2006 §318 Abs2

BVergG 2006 §318 Abs3

BVergG 2006 §319 Abs1

BVergG 2006 §319 Abs2

BVergG 2006 §319 Abs3

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §321 Abs2

BVergG 2006 §322

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §328 Abs3

BVergG 2006 §328 Abs4

BVergG 2006 §345 Abs1 Z1

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
 3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
-
1. BVergG 2006 § 6 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
-
1. BVergG 2006 § 19 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 328 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 328 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.02.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 345 gültig von 12.07.2013 bis 26.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 345 gültig von 24.05.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2012
4. BVergG 2006 § 345 gültig von 17.02.2012 bis 23.05.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
5. BVergG 2006 § 345 gültig von 05.03.2010 bis 17.02.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
6. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2008
7. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
8. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.02.2006 bis 26.11.2007

Text

BESCHIED

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senats 3, Dr. Sibyll Huber-Matauschek und die Beisitzer Mag. Maria Muntner als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Theodor Taurer als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs. 2 Z 2 Bundesvergabegesetz 2006 - BVergG 2006, BGBl. I Nr. 17/2006 betreffend das Vergabeverfahren "S 37 Klagenfurter Schnellstraße - Teilabschnitt 1 und 2 Scheifling-Friesach Nord - Möbling, Fachbereiche Fische, Fischereiwirtschaft und Gewässerökologie in den Planungsphasen Vorprojekt und Einreichprojekt inkl. UVP" des Auftraggebers Autobahnen - und Schnellstraßen Finanzierungs-AG (ASFINAG) Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, vertreten durch die ASFINAG Bau Management GmbH, Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien als vergebende Stelle, über den Antrag der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A*** und 2. B***OEG alle vertreten durch RA X***, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 10. Juli 2007, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senats 3, Dr. Sibyll Huber-Matauschek und die Beisitzer Mag. Maria Muntner als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Theodor Taurer als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, Bundesvergabegesetz 2006 - BVergG 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, betreffend das Vergabeverfahren "S 37 Klagenfurter Schnellstraße - Teilabschnitt 1 und 2 Scheifling-Friesach Nord - Möbling, Fachbereiche Fische, Fischereiwirtschaft und Gewässerökologie in den Planungsphasen Vorprojekt und Einreichprojekt inkl. UVP" des Auftraggebers Autobahnen - und Schnellstraßen Finanzierungs-AG (ASFINAG) Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, vertreten durch die ASFINAG Bau Management GmbH, Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien als vergebende Stelle, über den Antrag der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A*** und 2. B***OEG alle vertreten durch RA X***, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 10. Juli 2007, wie folgt entschieden:

SPRUCH

I. römisch eins.

Dem Antrag, "das Bundesvergabeamt möge die uns mit Schreiben vom 3.7.2007 bekanntgegebene Zuschlagsentscheidung betreffend das Vergabeverfahren S37 Klagenfurter Schnellstraße, Teilabschnitte 1 und 2, Scheifling - Friesach Nord - Möbling Fachbereiche Fische, Fischereiwirtschaft, Gewässerökologie in den Planungsphasen VP, EP inkl. UVP (Beilage .11), für nichtig erklären" wird stattgegeben.

Die Entscheidung des Auftraggebers Autobahnen - und Schnellstraßen Finanzierungs-AG (ASFINAG) Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, vertreten durch die ASFINAG Bau Management GmbH, Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien, als vergebende Stelle, im gegenständlichen Vergabeverfahren der Dr. C*** Ziviltechnikerkanzlei, vertreten durch Y*** RAe

Partnerschaft, den Zuschlag zu erteilen, wird für nichtig erklärt.

II.römisch zwei.

Den Anträgen auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren wird stattgegeben.

Der Auftraggeber Autobahnen - und Schnellstraßen Finanzierungs-AG (ASFINAG) Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, vertreten durch die ASFINAG Bau Management GmbH, Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien als vergebende Stelle, ist verpflichtet, der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A*** OEG und 2. B*** OEG vertreten durch RA X***, die entrichteten Pauschalgebühren von Euro 1.600.- binnen 14 Tagen ab Zustellung des Bescheides bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

BEGRÜNDUNG

Mit Schriftsatz vom 10.7.2007 beantragte die Antragstellerin die Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens im Wesentlichen mit der Begründung, der Auftraggeber habe die von der Antragstellerin zu den Referenzprojekten S1 und A 22 angegebene Selbstdeklaration in unzulässiger, willkürlicher Weise korrigiert und damit die angegebenen Referenzen unrichtig bewertet. Vielmehr hätte der Auftraggeber die Selbstdeklaration nach entsprechend erfolgter Rechtfertigung durch die Antragstellerin akzeptieren und damit auch dem Qualitätsangebot der Antragstellerin die höchstmögliche Punktezahl von 70 Punkten zuerkennen müssen. Die Zuschlagsentscheidung sei daher aus diesem Grunde zu Unrecht zugunsten der ZT Kanzlei C*** (in weiterer Folge: ZT C***) getroffen worden. Darüber hinaus verfüge die präsumtive Zuschlagsempfängerin nicht über zwei Referenzprojekte im Bereich Gewässerökologie und Naturschutz mit allen abgeschlossenen Bereichen, weshalb die Zuschlagsentscheidung auch aus diesem Grunde unrichtig sei; richtigerweise hätte die vergebende Stelle auch die Referenzprojekte der in Aussicht genommenen Bestbieterin prüfen und entsprechend korrigieren müssen, mit dem Ergebnis, dass das Angebot der Antragstellerin jedenfalls an erste Stelle zu reihen und bei richtiger Bewertung der Referenzangebote der Antragstellerin als Bestbieterin der Zuschlag zu erteilen sei.

Konkretisierend führte die Antragstellerin aus, der Leistungsgegenstand unterscheide zwischen der Phase 1 Vorprojekt und der Phase 2 Einreichprojekt mit voraussichtlicher Bearbeitung in zwei Abschnitten; eine gesonderte dritte Materienrechtsverfahrens - Phase sei nicht vorgesehen, vielmehr finde sich zur Phase 2 Einreichprojekt unter anderem der Hinweis auf die Mithilfe und Unterstützung bei der Erstellung und Einreichung der materienrechtlichen Unterlagen für Eisenbahn-, Wasser- und Naturschutzrecht. Eine gesonderte Leistungsposition gebe es nicht. Bereits in der Präqualifikation sei unter anderem auf die Referenzprojekte S1 Wiener Außenring Schnellstraße Knoten Schwechat - Knoten Süßenbrunn und auf das Projekt A22 Donau-Ufer Autobahn Knoten Kaisermühlen bis Einbindung in die A4 hingewiesen worden, ebenso darauf, dass der Auftrag für das Vorprojekt jeweils im Jahr 2004 und der Auftrag für das Einreichprojekt UVE am 31.3.2005 erteilt worden sei. Bei beiden Projekten handle es sich um Projekte des hochrangigen Straßennetzes mit einer Größe >10km. Bei beiden Projekten sei Auftragnehmer jeweils unter anderem die ARGE A*** und B*** OEG gewesen und Auftraggeber die Asfinag.

Entsprechend den Ausschreibungsunterlagen seien die beiden Gesellschafter der Antragstellerin, Frau Dr. D*** und Frau Dr. E*** als Projektleiterin bzw Projektleiterin -Stellvertreterin angegeben worden, die jeweils auch als Projektleiterin bzw Stellvertreterin in den genannten Referenzprojekten S1 und A22 tätig gewesen seien; Dr. D*** für den Fachbereich "Gewässerökologie" und Dr. E*** für den Fachbereich "Fische und Fischereiwirtschaft". Beide Projekte seien mit einem Auftrag vom 31.3.2005, BestellNr 3050824, beauftragt worden und habe der Gesamtauftrag Umweltuntersuchungen - die Kartierung und Beurteilung der Tiere und ihrer Lebensräume - im Rahmen des Einreichprojekts UVE auch die Fachbereiche Gewässerökologie, Fische und Fischereiwirtschaft erfasst und zwar die Erstellung des Einreichprojekts (UVE) einschließlich Materienverfahren.

Die Projektphase "Vorarbeiten Einreichprojekt" sei 2005 bereits abgeschlossen worden. Beim Projekt S1 sei bereits das Einreichprojekt mit Ist-Bestandsbewertung, teilweiser Auswirkungsanalyse, erste Vorschläge für Ausgleichsmaßnahmen, weitgehend abgeschlossen. Bei der A22 werde am Einreichprojekt bereits seit dem Auftrag im Jahr 2005 gearbeitet und sei bereits die Istzustandsbewertung vorgelegt worden. Mit der Erarbeitung der beiden Einreichprojekte, sowohl bei Projekt S1 als auch bei Projekt A22 seien auch die Unterlagen für das Materienrechtsverfahren erstellt worden. Es seien daher parallel zur Erarbeitung der Einreichprojekte für die UVE auch die Unterlagen für das Materienrechtsverfahren erarbeitet worden. Im Ergebnis seien diese Unterlagen für das Einreichprojekt der UVE gleich bzw annähernd gleich. Die für die UVE erarbeiteten Unterlagen können vom

Auftraggeber mit dem gleichen Inhalt für das Materienrechtsverfahren verwendet werden. Der Inhalt der Fachbeiträge für die UVE unterscheide sich nicht bzw. nur marginal von jenen des Materienrechtsverfahrens.

Aus den angeführten Gründen sei daher das Angebot zu den Projektleiterinnen, die Referenzprojekte S1 und A22 jeweils mit dem Faktor 1 deklariert und gleichzeitig die ausgeschriebene Leistung zu einem Gesamtnettopreis von EUR 131.932,00.- angeboten worden.

Bei der Angebotseröffnung sei das Angebot der Antragstellerin das preislich günstigste Angebot gewesen. Preislich zweitgereiht sei das Angebot der in Aussicht genommenen Bestbieterin mit einem Angebotspreis von EUR 136.079,90.- gewesen.

Mit Schreiben vom 18.6.2007 sei die Antragstellerin von der vergebende Stelle aufgefordert worden, zu der gewählten Selbstdeklaration Stellung zu nehmen. Zum Projekt S1 habe der Auftraggeber moniert, dass die Einreichunterlagen für das Materienrechtsverfahren Naturschutz oder Wasserrecht noch nicht erstellt worden seien, weshalb eine Korrektur der Selbstdeklaration auf 0,9 in Aussicht gestellt worden sei. Zum Projekt A22 sei moniert worden, dass lediglich das Vorprojekt erstellt und daher nicht einmal die Einreichprojekte bearbeitet worden seien, sodass eine Korrektur auf 0,6 erfolgen würde.

Mit Telefax Schreiben vom 19.6.2007 habe die Antragstellerin wie folgt wörtlich geantwortet:

"Die Methode der Umweltuntersuchung, die Erstellung des Ist-Zustands und die Bewertung aller Kriterien, die vom Umweltplaner im Rahmen der UVE Selbstfindung anzuwenden sind, werden von uns so gestaltet, dass sie zum einen für den Fachbeitrag der UVE geeignet sind und zum anderen gleichzeitig das Einreichoperat zur wasserrechtlichen Genehmigung darstellt, das heißt, dass auch der § 30 WAG 1959 idgF ausreichend behandelt wird und somit die im Verfahren zu beantwortende Frage nach der Veränderung des ökologischen Zustandes der Gewässer hinreichend beantwortet wird. Dies sollte auch im Sinne des Auftraggebers sein, da keine getrennten eventuell sogar widersprechenden Unterlagen erstellt werden." "Die Methode der Umweltuntersuchung, die Erstellung des Ist-Zustands und die Bewertung aller Kriterien, die vom Umweltplaner im Rahmen der UVE Selbstfindung anzuwenden sind, werden von uns so gestaltet, dass sie zum einen für den Fachbeitrag der UVE geeignet sind und zum anderen gleichzeitig das Einreichoperat zur wasserrechtlichen Genehmigung darstellt, das heißt, dass auch der Paragraph 30, WAG 1959 idgF ausreichend behandelt wird und somit die im Verfahren zu beantwortende Frage nach der Veränderung des ökologischen Zustandes der Gewässer hinreichend beantwortet wird. Dies sollte auch im Sinne des Auftraggebers sein, da keine getrennten eventuell sogar widersprechenden Unterlagen erstellt werden.

Da somit der Fachbeitrag zur UVE auch Einreichoperat für das Materienverfahren Wasserrecht ist, wurde in der Selbstbewertung für die S1 der Wert 1 gewählt.

Zur A22 ist festzuhalten, dass für das Einreichprojekt bereits die Ist-Zustandsbewertung an die Koordination Umwelt (Büro Beidl ZT) nachweislich übergeben wurde, was gleichzeitig auch Teil des wasserrechtlichen Einreichoperats ist. Es ist ausdrücklich festzuhalten, dass auf Wunsch der Projektleitung auch das Einreichprojekt zur A22 seit 2005/2006 bearbeitet wird. Daher wurde auch für das Projekt sinngemäß die Bewertung 1,0 gewählt. Zur A22 ist festzuhalten, dass für das Einreichprojekt bereits die Ist-Zustandsbewertung an die Koordination Umwelt (Büro Beidl ZT) nachweislich übergeben wurde, was gleichzeitig auch Teil des wasserrechtlichen Einreichoperats ist. Es ist ausdrücklich festzuhalten, dass auf Wunsch der Projektleitung auch das Einreichprojekt zur A22 seit 2005 aus 2006, bearbeitet wird. Daher wurde auch für das Projekt sinngemäß die Bewertung 1,0 gewählt.

Wir ersuchen diese Umstände bei der Qualitätsbewertung zu berücksichtigen."

Mit Telefax vom 3.7.2007 habe der Auftraggeber jedoch die Zuschlagsentscheidung zugunsten ZT C*** bekanntgegeben und der Antragstellerin zur Bekanntgabe der Merkmale und Vorteile eine Tabelle angeschlossen, aus der hervorgehe, dass die Antragstellerin hinter der in Aussicht genommenen Bestbieterin mit 65 Punkten zweitgereiht sei. Das Bestangebot habe die volle Punkteanzahl von 70 gewichteten Qualitätspunkten erhalten.

Die Antragstellerin habe um Aufklärung dieser Bewertung ersucht. Mit Email vom 5.7.2007 und Telefax vom 9.7.2007 sei mitgeteilt worden, dass die Projekte S1 und A22 jeweils nur mit 0,9 bewertet worden seien, da die Wertung der Projektphase "Materienrechtsverfahren" nicht erfolgen können, weil diese Leistungen frühestens im Einreichprojekt auf Basis der dann gewählten Trassenvariante in Abstimmung mit der Behörde erfolgen könne. Dazu würden aber die notwendigen technischen Details nicht vorliegen.

Diese Bewertung und Korrektur durch die vergebende Stelle sei jedoch unzulässig, zumal die vergebende Stelle in einem erst vor kurzem abgeschlossenen Vergabeverfahren mit den gleichen Leistungen zu den gleichen Bedingungen wie im gegenständlichen Verfahren, nämlich im Verfahren S3 Weinviertler Schnellstraße Hollabrunn Süd Guntersdorf, die Selbstdeklaration der Antragstellerin zu denselben Referenzprojekten S1 und A22 mit jeweils 1 akzeptiert habe und zwar ebenfalls nach einer vorangehenden Aufforderung zur Klarstellung. Es sei daher unverständlich, dass die vergebende Stelle in zwei parallelen Vergabeverfahren zu denselben Referenzprojekten zu einer unterschiedlichen Beurteilung gelange, mit der Begründung, dass die Bewertung der Referenzprojekte der Antragstellerin im Vergabeverfahren S3 keinen Einfluss auf das Gesamtergebnis gehabt hätte.

Moniert werde auch die Beurteilung des in Aussicht genommenen Bestbieters mit der Höchstpunkteanzahl bei der Qualität. Die Antragstellerin sei im Bereich der Sachverständigen für Ökologiefragen intensiv tätig und habe einen guten Überblick über die einschlägigen Projekte; insbesondere über die mit einer Höchstpunkteanzahl bewerteten Projekte "Hochrangiges Straßennetz". Die präsumtive Zuschlagsempfängerin sei - auch laut Homepage - besonders ausgewiesen in den Fachbereichen Landwirtschaft, Boden, Wald, Wild und Pflanzen und deren Lebensräume, nicht jedoch in den Bereichen Gewässerökologie Fische und Fischereiwirtschaft. Die vergebende Stelle habe auch auf Anfrage ausdrücklich bestätigt, dass der Mitbewerber über zwei Referenzprojekte mit allen Planphasen - VP, EP und Wasserrecht - in einem abgeschlossenen Stadium verfüge. Derartige Referenzprojekte der präsumtiven Zuschlagsempfängerin aus dem Bereich "Wasserrecht" seien weder bekannt noch auf deren Homepage genannt. Bei dem von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin genannten Projekt S31 werde sogar von der Antragstellerin der Fachbereich Gewässer und Fische bearbeitet, sodass diese die genannte Referenz nicht für sich in Anspruch nehmen könne.

Zur unrichtigen Bewertung der angegebenen Referenzen der Projektleiterin / Projektleiterin - Stellvertreterin bzw. zur unrichtigen Korrektur der Selbstdeklaration sei auszuführen, dass die Selbstdeklaration der Referenzen S1 und A22 entgegen der diesbezüglichen Erklärung der Antragstellerin vom 19.6.2007 zu Unrecht korrigiert worden sei und der Auftraggeber von seinen eigenen Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen abweiche. Nach den eigenen Vorgaben komme es nicht darauf an, ob eine Projektphase bereits abgeschlossen sei, also bereits ein Einreichprojekt vorliege, sondern nur darauf, dass die Projektphase zumindest ein Jahr beauftragt sei und bearbeitet werde. Unzweifelhaft sei daher die Projektphase "Erstellung eines Vorprojekts" und "Umweltuntersuchung inkl Fachbeitrag im Rahmen der Erstellung eines Einreichprojekts mit UVE" für beide genannten Referenzprojekte S1 und A22 zu werten. Dies habe auch der Auftraggeber so gesehen und gewertet. Unrichtig sei, dass die Projektphase "Erstellung der Einreichunterlagen für das Materienrechtsverfahren Naturschutz oder Wasserrecht" nicht gewertet werden könne, weil "eine Bearbeitung des Materienrechtsverfahrens erst nach Erhalt des § 4-Bescheides bzw nach Trassenfestlegung" möglich sei. Wie mit Schreiben vom 18.6.2007 dargelegt, bestehe der Fachbeitrag für das Materienverfahren im Wesentlichen aus dem Fachbeitrag für das Einreichprojekt mit UVE. Erhebliche Unterschiede ergeben sich nicht. Typischerweise würden die im Zuge der UVE erstellten Unterlagen auch für das Materienverfahren "Wasserrecht" herangezogen. In diesem Sinn sehe der Auftraggeber selbst in der gegenständlichen Projekt- und Aufgabenbeschreibung lediglich die Phasen "Vorprojekt" und "Einreichprojekt" vor und erwähne die materienrechtlichen Unterlagen als Nebenaspekt. Auch die allgemeine Leistungsbeschreibung würde sich nur auf "VP und EP UVP", nicht aber auch auf Erarbeitung von Unterlagen für das Materienverfahren beziehen. Seien tatsächlich umfangreichere Unterlagen gefordert, seien diese gesondert zu beauftragen und daher nicht Gegenstand dieses Auftrags. Da die Antragstellerin mit dem Einreichprojekt UVE schon seit mehr als einem Jahr beauftragt sei und dieses noch bearbeite, gelte Gleiches für die Erstellung der Einreichunterlagen für das Materienrechtsverfahren "Wasserrecht". Auch daran werde seit Beauftragung gearbeitet. Die nunmehr gegenteilige Auslegung widerspreche der eigenen Praxis des Auftraggebers. Er selbst sehe die Erstellung und Einreichung der materienrechtlichen Unterlagen als "Beiwerk" des Einreichprojekts UVE. Auch habe dieser selbst die Selbstdeklaration im Vergabeverfahren S3 nach vorangehender Nachfrage und Begründung akzeptiert. Wenn der Auftraggeber nunmehr meint, dass es jetzt um "etwas gehe" und nun die Bewertung zu korrigieren sei, würden nicht nur die vergaberechtlichen Vorschriften verkannt (Verpflichtung zur Angebotsprüfung und allfälligen Korrektur von festgestellten Fehlern), sondern vermittle auch den Eindruck, dass es gerade darum gehe, im gegenständlichen Fall, bei dem die Antragstellerin vor dem in Aussicht genommenen Bestbieter liege, schlechter zu bewerten. Offenkundig liege es dem Auftraggeber besonders daran, den Auftrag an den in Aussicht genommenen Bestbieter zu erteilen. Solange dazu nicht die Korrektur der Selbstdeklaration erforderlich sei, werde davon kein Gebrauch gemacht. Gehe es jedoch darum, einen eindeutigen

Preisvorteil zu kompensieren, werde von der ursprünglichen Bewertung der Referenzen abgegangen und in diesem Punkt schlechter bewertet. Dies sei willkürliches Prüfverhalten. Richtigerweise sei die Selbstdeklaration nach entsprechender Rechtfertigung zu akzeptieren und damit dem Qualitätsangebot die Höchstpunktzahl (70 Punkte) zu gewähren. In diesem Fall sei das Angebot der Antragstellerin als Bestangebot zu bewerten und die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Antragstellerin zu treffen. Da der Auftraggeber entgegen den Ausschreibungsbedingungen die angebotenen Referenzprojekte unterbewertet habe, habe dieser gegen das Gebot der Gleichbehandlung und gegen das Recht auf vergaberechtskonformer Zuschlagserteilung verstoßen. Zur unrichtigen Bewertung der angegebenen Referenzen der Projektleiterin / Projektleiterin - Stellvertreterin bzw. zur unrichtigen Korrektur der Selbstdeklaration sei auszuführen, dass die Selbstdeklaration der Referenzen S1 und A22 entgegen der diesbezüglichen Erklärung der Antragstellerin vom 19.6.2007 zu Unrecht korrigiert worden sei und der Auftraggeber von seinen eigenen Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen abweiche. Nach den eigenen Vorgaben komme es nicht darauf an, ob eine Projektphase bereits abgeschlossen sei, also bereits ein Einreichprojekt vorliege, sondern nur darauf, dass die Projektphase zumindest ein Jahr beauftragt sei und bearbeitet werde. Unzweifelhaft sei daher die Projektphase "Erstellung eines Vorprojekts" und "Umweltuntersuchung inkl Fachbeitrag im Rahmen der Erstellung eines Einreichprojekts mit UVE" für beide genannten Referenzprojekte S1 und A22 zu werten. Dies habe auch der Auftraggeber so gesehen und gewertet. Unrichtig sei, dass die Projektphase "Erstellung der Einreichunterlagen für das Materienrechtsverfahren Naturschutz oder Wasserrecht" nicht gewertet werden könne, weil "eine Bearbeitung des Materienrechtsverfahrens erst nach Erhalt des Paragraph 4 -, B, e, s, c, h, e, i, d, e, s, bzw nach Trassenfestlegung" möglich sei. Wie mit Schreiben vom 18.6.2007 dargelegt, bestehe der Fachbeitrag für das Materienverfahren im Wesentlichen aus dem Fachbeitrag für das Einreichprojekt mit UVE. Erhebliche Unterschiede ergeben sich nicht. Typischerweise würden die im Zuge der UVE erstellten Unterlagen auch für das Materienverfahren "Wasserrecht" herangezogen. In diesem Sinn sehe der Auftraggeber selbst in der gegenständlichen Projekt- und Aufgabenbeschreibung lediglich die Phasen "Vorprojekt" und "Einreichprojekt" vor und erwähne die materienrechtlichen Unterlagen als Nebenaspekt. Auch die allgemeine Leistungsbeschreibung würde sich nur auf "VP und EP UVP", nicht aber auch auf Erarbeitung von Unterlagen für das Materienverfahren beziehen. Seien tatsächlich umfangreichere Unterlagen gefordert, seien diese gesondert zu beauftragen und daher nicht Gegenstand dieses Auftrags. Da die Antragstellerin mit dem Einreichprojekt UVE schon seit mehr als einem Jahr beauftragt sei und dieses noch bearbeite, gelte Gleiches für die Erstellung der Einreichunterlagen für das Materienrechtsverfahren "Wasserrecht". Auch daran werde seit Beauftragung gearbeitet. Die nunmehr gegenteilige Auslegung widerspreche der eigenen Praxis des Auftraggebers. Er selbst sehe die Erstellung und Einreichung der materienrechtlichen Unterlagen als "Beiwerk" des Einreichprojekts UVE. Auch habe dieser selbst die Selbstdeklaration im Vergabeverfahren S3 nach vorangehender Nachfrage und Begründung akzeptiert. Wenn der Auftraggeber nunmehr meint, dass es jetzt um "etwas gehe" und nun die Bewertung zu korrigieren sei, würden nicht nur die vergaberechtlichen Vorschriften verkannt (Verpflichtung zur Angebotsprüfung und allfälligen Korrektur von festgestellten Fehlern), sondern vermittle auch den Eindruck, dass es gerade darum gehe, im gegenständlichen Fall, bei dem die Antragstellerin vor dem in Aussicht genommenen Bestbieter liege, schlechter zu bewerten. Offenkundig liege es dem Auftraggeber besonders daran, den Auftrag an den in Aussicht genommenen Bestbieter zu erteilen. Solange dazu nicht die Korrektur der Selbstdeklaration erforderlich sei, werde davon kein Gebrauch gemacht. Gehe es jedoch darum, einen eindeutigen Preisvorteil zu kompensieren, werde von der ursprünglichen Bewertung der Referenzen abgegangen und in diesem Punkt schlechter bewertet. Dies sei willkürliches Prüfverhalten. Richtigerweise sei die Selbstdeklaration nach entsprechender Rechtfertigung zu akzeptieren und damit dem Qualitätsangebot die Höchstpunktzahl (70 Punkte) zu gewähren. In diesem Fall sei das Angebot der Antragstellerin als Bestangebot zu bewerten und die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Antragstellerin zu treffen. Da der Auftraggeber entgegen den Ausschreibungsbedingungen die angebotenen Referenzprojekte unterbewertet habe, habe dieser gegen das Gebot der Gleichbehandlung und gegen das Recht auf vergaberechtskonformer Zuschlagserteilung verstoßen.

Zur Prüfung und Bewertung der angebotenen Referenzen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei auszuführen, dass die genannten Referenzprojekte nicht bekannt seien. Der Auftraggeber habe diese der Antragstellerin nicht bekannt gegeben, obwohl es sich nicht um Geschäftsgeheimnisse handle und dies für die Bestbieterentscheidung ausschlaggebend sei und daher ein rechtliches Interesse an deren Kenntnis bestehe und lediglich versichert, dass zwei Referenzprojekte mit allen Planungsphasen - VP, EP und Wasserrecht - abgeschlossen vorliegen würden und die Bewertung des präsumtiven Bestbieters mit 100% den Bestimmungen der Ausschreibung entspreche. Eine

Überprüfung sei nicht möglich, jedoch bestehe aufgrund der Branchenkenntnisse und der vom ZT C***selbst im Internet bereitgestellten Referenzliste der begründeten Verdacht, dass diese Erklärung unrichtig sei. Möglicherweise seien Referenzprojekte älteren Datums, Auftragserteilung vor dem 1.1.1997, oder Referenzprojekte, die nicht dem Büro ZT C*** zugeordnet seien oder Referenzprojekte, die nicht "Gewässerökologie" zum Gegenstand haben, gewertet worden. Unzweifelhaft verfüge das Büro ZT C*** über Referenzprojekte in anderen Fachbereichen, nicht ausreichend jedoch im Bereich Gewässerökologie, Fischerei und Fische. Auch verfüge dieser nicht über Referenzen über alle den Naturschutz erfassenden Fachbereiche, sondern nur über Teilbereiche. Im Hinblick auf den Auftragsgegenstand Gewässerökologie, Fischerei und Fische und den Text der Ausschreibung - Materienrechtsverfahren Naturschutz oder Wasserrecht - seien Referenzprojekte, die lediglich Teilbereiche des Naturschutzes zum Gegenstand haben, wie zB Wild oder Pflanzen und ihre Lebensräume, nicht zu werten und da diese nicht alle Teilbereiche des Naturschutzes erfassen, seien diese daher auch nicht als Referenzprojekte im Sinne der gegenständlichen Ausschreibung zu werten.

Aus Sicht der Antragstellerin verfüge der in Aussicht genommene Bestbieter daher nicht über zwei Referenzprojekte im Bereich Gewässerökologie bzw Naturschutz mit allen abgeschlossenen Bereichen. Auch deshalb sei die Zuschlagsentscheidung unrichtig. Richtigerweise hätte die vergebende Stelle die genannten Referenzprojekte auch des in Aussicht genommenen Bestbieters prüfen und korrigieren müssen, mit der Folge, dass die Antragstellerin jedenfalls an erste Stelle zu reihen sei.

Aus den angeführten Gründen erachte sich die Antragstellerin durch die angefochtene Entscheidung in ihren Rechten auf Zuschlagsentscheidung und anschließende Zuschlagserteilung zu ihren Gunsten, auf richtige Angebotsprüfung, insbesondere Prüfung und richtige Bewertung der genannten Referenzen und der Referenzen des in Aussicht genommenen Bestbieters sowie im Recht auf eine faire, dem Gleichbehandlungsgrundsatz entsprechende Angebotsprüfung verletzt.

Zum drohenden Schaden/Interesse werde ausgeführt, dass ein erhebliches Interesse am gegenständlichen Auftrag bestehe und dieses Interesse durch Abgabe eines fristgerechten und rechtsverbindlichen Angebots dokumentiert worden sei. Es sei allen Aufforderungen des Auftraggebers entsprochen worden und seien im Zuge des Präqualifikationsverfahrens und des gegenständlichen Angebotsverfahrens keine Kosten und Mühen gescheut worden, um diesen Anforderungen auch tatsächlich zu entsprechen. An Kosten für die Anbotstellung einschließlich der Kosten der Präqualifikation seien intern Kosten in Höhe von zumindest EUR 500,- entstanden. Daneben betrage das Erfüllungsinteresse (Deckungsbeitrag) zumindest EUR 117.000,-. Vor allem bestehe ein Interesse an der gegenständlichen Referenz. Für den Fachbereich "Fische, Fischereiwirtschaft und Gewässerökologie" sei der gegenständliche Auftrag ein Großauftrag. Wie durch die Bewertung der Referenzen hervorhoben werde, handle es sich um ein Projekt der höchsten Kategorie (hochrangiges Straßennetz mit einer Streckenlänge von mehr als 10km). Derartige Aufträge seien für den Fachbereich Fische, Fischereiwirtschaft und Gewässerökologie in Österreich Mangelware. Dieser Auftrag sei für die Antragstellerin ein "Großauftrag" und von erheblicher Bedeutung, um auch in Zukunft vergleichbare Aufträge zu erlangen. Gerade die gegenständliche Bewertung des Kriteriums "Qualität" anhand erteilter Aufträge der vergebenden Stelle zeige, dass Referenzaufträge auch für die zukünftige Beauftragung von hohem Wert seien. Im Hinblick auf die Gewichtung - 50% Referenzaufträge im Vergleich zu 30% Preis - sei die Frage, ob ein Referenzauftrag erlangt werde oder nicht, auch von erheblichem wirtschaftlichem Wert. Referenzaufträge seien im Vergleich zum Angebotspreis im Verhältnis 5:3 zu bewerten. Gemäß Bewertung durch den Auftraggeber bedeute dies, dass eine geringfügige niedrigere Bewertung eines Referenzauftrages einen im Verhältnis ca. doppelt so hohen Preisabstand rechtfertige. Es verstehe sich von selbst, dass der Auftraggeber als Monopolist der Errichtung hochrangiger Straßennetze es in der eigenen Hand habe, inwieweit Referenzaufträge und damit unmittelbar mit dem Preis vergleichbare Qualitätsaspekte erzielt werden können.

Der Auftraggeber legte mit Schriftsatz vom 13.7. 2007 die Originalunterlagen vor und nahm mit Schriftsatz vom selben Tag zum Antragsvorbringen wie folgt Stellung: der Ablauf der Planung von Bundesstraßen beginne in Österreich nach erfolgter "Strategischer Prüfung im Verkehrsbereich" (SP-V) mit der Aufnahme einer Verbindung in den Anhang des Bundesstraßengesetzes. Nach einer Phase der Voruntersuchung - Beurteilung der Notwendigkeit, Zweckmäßigkeit und prinzipiellen Machbarkeit einer geplanten Verbindung, oft im Rahmen einer Korridoruntersuchung - folge die Ausarbeitung und Beurteilung unterschiedlicher Trassenvarianten im Rahmen des sog. Vorprojektes. Nach Erarbeitung einer Auswahltrasse werde diese der UVE und anschließend bzw. parallel den Genehmigungsverfahren nach den Materiengesetzen unterzogen. Ein wesentliches Merkmal im Genehmigungsverfahren für Bundesstraßen sei die

Tatsache, dass die UVP für Bundesstraßen nach den Sonderbestimmungen des 3. Abschnittes des UVP-Gesetzes durchzuführen sei. Daraus resultiere gegenüber anderen UVP-Verfahren wie z.B. jenen für Industrieanlagen unter anderem eine geänderte Behördenzuständigkeit sowie der Umstand, dass eine Verfahrens- und Entscheidungskonzentration wie etwa im 2. Abschnitt des UVP-G nicht möglich sei. Somit entscheide zunächst der BM für Verkehr in einem teilkonzentrierten Genehmigungsbescheid über die Umweltverträglichkeit eines Projektes und über jene materiengesetzlichen Bestimmungen, die - wäre kein UVP-Verfahren durchzuführen - vom Bundesminister zu vollziehen wären, wie z.B. Forstrecht. Danach entscheide der Landeshauptmann, ebenfalls mit einem teilkonzentrierten Bescheid, über jene Gesetzesmaterien, die in mittelbarer Bundesverwaltung zu vollziehen seien, z.B. Wasserrecht. Erst danach erteile die Landesregierung in ihrer Zuständigkeit einzelne Genehmigungen nach den Materienrechten wie beispielsweise dem Naturschutzgesetz. Eine Konzentration der Landesmaterien finde grundsätzlich nicht statt. In der Praxis der Bundesstraßenplanung bedeute dies, dass mit der Erstellung des Einreichprojektes und der Umweltverträglichkeitserklärung für ein Straßenbauprojekt natürlich auch Fachbeiträge zu wasserrechtlichen und naturschutzrechtlichen Belangen erstellt würden, diese aber nicht den Detaillierungsgrad eines eigentlichen wasserrechtlichen oder naturschutzrechtlichen Einreichoperates entsprechen. Dies treffe vor allem für die Maßnahmenplanung zu. Erst nach Vorliegen des UVE - Gutachtens der Behörde sei für den Projektwerber ersichtlich, ob das eingereichte Projekt auch aus Sicht der Behörde umweltverträglich sei oder ob zusätzliche Auflagen oder Bedingungen zu erfüllen seien. Absolute Rechtssicherheit liege erst nach Erhalt des UVP-Bescheides vor. Aus diesem Grund werde frühestens erst nach Vorliegen des Umweltverträglichkeitsgutachtens mit der eigentlichen Erstellung der wasserrechtlichen und naturschutzrechtlichen Einreichunterlagen begonnen.

Da weder bei der S 1 noch bei der A 22 ein UVP - Verfahren eingeleitet worden sei oder gar ein Umweltverträglichkeitsgutachten oder eine UVP-Bescheid der Behörde vorliege, können die genannten Referenzen unmöglich mit 1,0 gewertet werden.

Zur Bewertung der Referenzprojekte Projektleiter und Projektleiter - Stv. betreffend die S1 wurde konkretisierend ausgeführt: " Nach den Bestimmungen der Ausschreibung (siehe Punkt 1 der Stellungnahme) können nur solche Referenzprojekte mit dem Faktor 1,0 bewertet werden, welche eine Umweltuntersuchung inkl. Fachbeitrag im Rahmen der Erstellung eines Vorprojektes nach österr. Rechtslage UND eine Umweltuntersuchung inkl. Fachbeitrag im Rahmen der Erstellung eines Einreichprojektes mit UVE nach österr. Rechtslage, sowie Erstellung der Einreichunterlagen für das Materienrechtsverfahren "Naturschutz" oder "Wasserrecht" " beinhalten.

Das von der Antragstellerin angeführte Referenzprojekt "S1 Schwechat - Süßenbrunn" entsprechen diesen Anforderungen nicht, da zum Projekt S1 nunmehr erst die §14 Bundesstraßenplanungsgebietsverordnung nach BSTG vorliege. Das Einreichprojekt sei zur Einreichung zur UVP in Vorbereitung, eine Bearbeitung der Materienrechtsverfahren sei frühestens nach Vorliegen des Umweltverträglichkeitsgutachtens der Behörde Mitte 2009 bzw. nach Erhalt des UVP Bescheides für den Zeitraum 2009 - 2010 vorgesehen.

In Punkt 1,305.1.1 der Angebotsunterlagen werde eindeutig und unmissverständlich darauf hingewiesen, dass für die Bewertung eines Referenzprojektes mit dem Faktor 1,00 die Erstellung von Einreichunterlagen für das Materienrechtsverfahren "Naturschutz" oder "Wasserrecht" unabdingbare Voraussetzung sei. Für einen durchschnittlichen, fachkundigen Bieter bei Anwendung üblicher Sorgfalt sei somit erkennbar gewesen, dass Referenzprojekte, welche die Erstellung der Einreichunterlagen für das Materienrechtsverfahren "Naturschutz" oder "Wasserrecht" nicht beinhalten, bei der Qualitätsbewertung nur mit dem Faktor 0,90 zu berücksichtigen seien. Für andere Interpretationen lasse diese klare Bestimmung keinen Raum.

Die Antragstellerin habe von der Möglichkeit, die Festlegungen der Ausschreibungen zu bekämpfen, nicht Gebrauch gemacht. Nachdem die Ausschreibung Bestandeskraft erlangt habe, kann der Auftraggeber nicht mehr von seinen eigenen Bestimmungen abgehen. Das Vorbringen, dass der Fachbeitrag für das Materienverfahren im Wesentlichen aus dem Fachbeitrag für das Einreichprojekt mit UVE bestehe, sei unzulässig. Der Fachbeitrag für das UVE und die Einreichunterlagen für ein Materiengesetz seien in keiner Weise zu vergleichen und sei zudem ein Abgehen von den Ausschreibungsbestimmungen nicht zulässig.

Zum Vorbringen betreffend die behauptete Berücksichtigung von "Projektsphasen" sei auszuführen, dass in den Ausschreibungsunterlagen im Teil A 1 folgendes bestimmt sei:

"

...Referenzprojekte werden nur dann gewertet, wenn sie bis zum Tag der Angebotsabgabe abgeschlossen oder bereits mindestens ein Jahr beauftragt und bearbeitet sind (Kriterium ist der Zeitpunkt der Auftragserteilung) und die zu wertende Projektphase bereits mindestens ein Jahr bearbeitet wird wobei bereits maßgebliche Projektinhalte in dieser Phase bearbeitet sein müssen. Umfasst ein Auftrag mehrere Projektphasen, so wird die oben angeführte Regelung für jede Phase getrennt betrachtet. Eine Projektphase wird nur dann anerkannt und gewertet, wenn die Projektphase bereits abgeschlossen oder mindestens ein Jahr bearbeitet wird wobei bereits maßgebliche Projektinhalte in dieser Phase bearbeitet sein müssen. Der Zeitpunkt der Auftragserteilung sowie der Bearbeitungsbeginn von Projektphasen ist anzugeben (Datum anführen)...

*Referenzprojekt ist derjenige Gesamtauftrag, welcher zur Referenzbewertung der Leistungen des Auftragnehmers herangezogen wird.

*Als Objekt bezeichnet man denjenigen selbstständig bewertbaren Teil des Gesamtauftrages, welcher zur Referenzbewertung der Leistung eines Mitarbeiters des Auftragnehmers im einzelnen herangezogen wird."

Das Einreichprojekt zur Einreichung zur Umweltverträglichkeitsprüfung sei erst in Vorbereitung, eine Bearbeitung der Materienrechtsverfahren sei frühestens nach Vorliegen des Umweltverträglichkeitsgutachtens der Behörde Mitte 2009 bzw. nach Erhalt des §4 Bescheides für den Zeitraum 2009 - 2010 vorgesehen. Mit der Erstellung der Unterlagen für die Materienrechtsverfahren habe daher noch nicht begonnen werden können. Voraussetzung für die Berücksichtigung einer "Projektphase" sei jedoch, dass die Projektphase abgeschlossen sei oder mindestens ein Jahr bearbeitet sind, wobei bereits maßgebliche Projektinhalte in dieser Phase bearbeitet sein worden sei. Nachdem mit den Materienrechtsverfahren erst nach Vorliegen des Umweltverträglichkeitsgutachtens bzw. nach Erhalt des §4-Bescheides begonnen werden könne, können maßgebliche Projektinhalte noch nicht bearbeitet worden sein.

Aus all diesen Gründen habe der Auftraggeber die Bewertung des Projektes gemäß Tabelle Teil A1, Seite 12 gemäß den Bestimmungen der Ausschreibung mit 0,9 zu Recht vorgenommen.

Zur Bewertung der Referenzprojekte Projektleiter und Projektleiter - Stv. betreffend die A 22 sei auszuführen, dass lediglich die Planungsphase Vorprojekt erfasst sei. Derzeit werde geprüft, welche Variante weiter verfolgt werde. Erst nach dieser Entscheidung könne mit dem Einreichprojekt (EP) begonnen werden. Ursprünglich sei dieses Referenzprojekt der Antragstellerin gemäß Pkt. 1.305.1.1 und gemäß der Gewichtungstabelle im Teil A1 der Ausschreibungsunterlagen Seite 12 mit dem Faktor für die Planungsphasen von 1,0 Selbstdeklaration auf 0,6 korrigiert worden. Nachdem jedoch in einem Aufklärungsschreiben glaubhaft dargelegt worden sei, dass bereits wesentliche Teile des EP bearbeitet worden seien, sei der Faktor für die Planungsphasen vom Auftraggeber wieder auf 0,9 erhöht worden. Nicht nachgewiesen worden seien die erfolgten Bearbeitungen zu den Materienrechtsverfahren "Naturschutz" oder "Wasserrecht", sodass diese Planungsphasen gemäß Ausschreibungsbestimmungen auch nicht anerkannt werden habe können. Auf Grund der bereits erfolgten, vorgezogenen Bestandskartierungen für das EP sei jedoch auch diese Projektphase EP gewertet worden.

Eine Wertung der Projektphase "Materienrechtsverfahren" habe aber auch bei diesem Referenzprojekt nicht erfolgen können, da weder ein UVP-Verfahren eingeleitet sei, daher auch kein Umweltverträglichkeitsgutachten vorliegen könne und auch noch kein UVP-Bescheid erlassen worden sei. Auch liegen die für die Erstellung von wasserrechtlichen Einreichunterlagen notwendigen technischen Details noch nicht vor. Die durchgeführte Bewertung mit 0,9 sei daher unter Berücksichtigung von Vorarbeiten zum EP zu Gunsten des Bieters ausgelegt worden.

Interpretationen von klaren Ausschreibungsbestimmungen seien nicht zulässig, ein Abweichen davon sei rechtswidrig. Die Antragstellerin führe selbst aus, dass bei der S1 die Ist-Bestandsbewertung sowie teilweise Auswirkungenanalyse, erste Vorschläge für Ausgleichsmaßnahmen erarbeitet worden seien. Dies könne eine fachkundige Person nicht mit einer Erstellung der Einreichunterlagen für das Materienrechtsverfahren "Naturschutz" oder "Wasserrecht" gleichsetzen. Bei der A22 sei überhaupt nur die Istzustandsbewertung für das Einreichprojekt erfolgt, die volle Punktezahl könne daher nicht eingefordert werden.

Zur Bewertung der Referenzprojekte der präsumtiven Bestbieterin sei auszuführen, dass das Angebot der präsumtiven Bestbieterin sehr sorgfältig und den Ausschreibungsbestimmungen entsprechend geprüft worden sei. Es möge richtig sein, dass das Referenzprojekt A 22 bei einem anderen Vergabeverfahren nicht auf 0,90 korrigiert worden sei, dies insofern, als das Angebot der Antragstellerin im Fall S3 für den Zuschlag nicht in Betracht gekommen sei.

Die präsuntive Zuschlagsempfängerin nahm mit Schriftsatz vom 24. 7. 2007 zum Antragsvorbringen Stellung und führte aus, ausschreibungsgegenständlich sei die Mithilfe und Unterstützung bei der Erstellung und Einreichung von materienrechtlichen Unterlagen für Eisenbahn-, Wasser- und Naturschutzrecht. Aus diesem Grund seien Referenzprojekte, die auch die dritte Planungsphase, das Materienrechtsverfahren umfassen, am höchsten zu bewerteten. Die Antragstellerin sei bei beiden "Referenzen" jeweils nur "unter anderem" Auftragnehmer gewesen. Die ARGE Ökologie sei im Rahmen einer Bieter- bzw. Arbeitsgemeinschaft an den namhaft gemachten Referenzaufträgen beteiligt, wobei das Ausmaß der Beteiligung den in den Ausschreibungsunterlagen geforderten Wert von zumindest 30 % "der Gesamtleistung des Auftrages" nicht erreicht worden sein dürfte. Die beiden namhaft gemachten "Referenzen" seien daher bereits aus diesem Grund nicht positiv zu bewerten.

Einreichunterlagen für ein Materienrechtsverfahren können frühestens nach Vorliegen des Umweltverträglichkeitsgutachtens der Behörde bzw. Kundmachung der § 4 BStG - Verordnung, Trassenverordnung, erstellt werden. Aufgrund dieses Unterschiedes sei auch die Erstellung der Unterlagen für das Materienrechtsverfahren nicht ausgeschrieben worden, sondern werde diese erst nach Vorliegen des Umweltverträglichkeitsgutachtens der Behörde bzw. Kundmachung der Trassenverordnung gesondert beauftragt. Mit der Erstellung der Unterlagen für das Einreichprojekt können daher nicht gleichzeitig auch die Unterlagen für das Materienverfahren erstellt werden. Für das Teilprojekt A22 sei noch nicht einmal einen maßgeblichen Beitrag im Rahmen der Erstellung des Einreichprojektes erstellt worden, da die wesentlichen Unterlagen bzw. Projektphasen des Einreichprojektes noch nicht bearbeitet worden seien, insbesondere seien noch nicht die Auswirkungen des technischen Projektes auf den Ist-Zustand beschrieben und bewertet worden und demnach auch nicht eine Ermittlung der Eingriffserheblichkeit durchgeführt worden, wonach erst in weiterer Folge eine Maßnahmenplanung vorzunehmen und darzustellen sei. Die Bewertung der Referenzen der Antragstellerin mit lediglich 0,9 sei daher zu Recht erfolgt.

Einreichunterlagen für ein Materienrechtsverfahren können frühestens nach Vorliegen des Umweltverträglichkeitsgutachtens der Behörde bzw. Kundmachung der Paragraph 4, BStG - Verordnung, Trassenverordnung, erstellt werden. Aufgrund dieses Unterschiedes sei auch die Erstellung der Unterlagen für das Materienrechtsverfahren nicht ausgeschrieben worden, sondern werde diese erst nach Vorliegen des Umweltverträglichkeitsgutachtens der Behörde bzw. Kundmachung der Trassenverordnung gesondert beauftragt. Mit der Erstellung der Unterlagen für das Einreichprojekt können daher nicht gleichzeitig auch die Unterlagen für das Materienverfahren erstellt werden. Für das Teilprojekt A22 sei noch nicht einmal einen maßgeblichen Beitrag im Rahmen der Erstellung des Einreichprojektes erstellt worden, da die wesentlichen Unterlagen bzw. Projektphasen des Einreichprojektes noch nicht bearbeitet worden seien, insbesondere seien noch nicht die Auswirkungen des technischen Projektes auf den Ist-Zustand beschrieben und bewertet worden und demnach auch nicht eine Ermittlung der Eingriffserheblichkeit durchgeführt worden, wonach erst in weiterer Folge eine Maßnahmenplanung vorzunehmen und darzustellen sei. Die Bewertung der Referenzen der Antragstellerin mit lediglich 0,9 sei daher zu Recht erfolgt.

Darüber hinaus habe die Antragstellerin die Projektleiterin - Stellvertreterin dieses Referenzauftrages zu Unrecht angegeben, da diese nicht Stellvertreterin in dem doppelt bewerteten Referenzprojekt S1/A22 gewesen sei ist und auch nicht im Rahmen einer Bietergemeinschaft vom Referenzauftraggeber beauftragt worden sei, sodass die Antragstellerin für die namhaft gemachte Projektleiterin -Stellvertreterin aufgrund einer falschen Selbstdeklaration keine Punkte erhalten hätte dürfen.

Das von der Antragstellerin angegebene Referenzprojekt sei nicht mit dem Faktor 1 zu bewerten, insbesondere das Teilprojekt A22. Die Antragstellerin gebe selbst zu, dass sie nur eine Ist-Zustandsbewertung vorgelegt habe, jedoch noch nicht die Auswirkungen des technischen Projektes beschrieben und die Eingriffserheblichkeit des technischen Projektes auf den Ist-Zustand ermittelt habe. Aus diesem Grund könne im Zuge dieses Einreichprojektes auch noch keine Maßnahmenplanung vorgenommen worden sein. Daher sei nicht davon auszugehen, dass bereits maßgebliche Projekthinhalte gemäß Punkt 1,305.1.1 der Ausschreibungsunterlagen der Projektphase "Einreichprojekt" bearbeitet seien. Darüber hinaus werde die Projektphase "Einreichprojekt" noch nicht bereits mindestens ein Jahr bearbeitet, da erst das Vorprojekt abgeschlossen sei. Dieses Teilprojekt wäre daher wie von der Auftraggeberin ursprünglich vorgenommen, lediglich mit einem Faktor von 0,6 zu bewerten. Auch werde bestritten, dass die Antragstellerin durch Vornahme der Erhebung des Ist-Zustandes die Unterlagen für das Materienrechtsverfahren erstellt habe.

Die Antragstellerin gehe unzutreffend davon aus, dass der Fachbeitrag für das Materienrechtsverfahren im Wesentlichen dem Fachbeitrag für das Einreichprojekt mit UVE entspreche, wobei selbst von der Antragstellerin

geringe Unterschiede zugestanden würden. Diese Ansicht könne für die Ist-Zustandsanalyse geteilt werden, keinesfalls jedoch für die Darstellung der Auswirkungen des technischen Projektes und auch nicht für die darauf aufbauende Darstellung der Maßnahmenplanung. In diesen Arbeitsschritten weichen die zu erstellenden Unterlagen für das Materienrechtsverfahren aufgrund der erst in dieser Phase bekannten Trassenverordnung von den im Rahmen des Einreichprojektes erstellten Unterlagen ab und weisen insbesondere aufgrund der erst in dieser Phase bekannten Detailerfordernisse einen viel höheren Detaillierungsgrad auf. Die Erstellung der Unterlagen für das Materienrechtsverfahren werde vom ausschreibungsgegenständlichen Leistungsumfang nicht miterfasst, sondern werde noch gesondert beauftragt. Könnten die bereits im Rahmen des Einreichprojektes erstellten Unterlagen auch im Materienrechtsverfahren Verwendung finden, wäre eine gesonderte Beauftragung obsolet. Andererseits ergebe sich aus der unterschiedlichen Gewichtung der einzelnen Planungsphasen, dass der Auftraggeber die Erstellung von Unterlagen eines Einreichprojektes mit UVE nicht mit der Erstellung von Unterlagen für das Materienrechtsverfahren gleichsetzen wollte, sondern in der Erstellung von Einreichunterlagen für ein Materienrechtsverfahren bei einem Referenzprojekt einen zusätzlichen Arbeitsaufwand erkenne und daher die Erstellung der Einreichunterlagen dieser dritten Phase mit dem Faktor 1,0 und daher um den zusätzlichen Faktor von 0,1 bewerte. Darüber hinaus erfüllen die namhaft gemachten "Referenzen" für die "Phase Materienrechtsverfahren" keinesfalls die ausdrücklich festgelegte Voraussetzung der Bearbeitung von mindestens einem Jahr. Die Bewertung der Referenzen der Antragstellerin sei daher rechtmäßig und vergaberechtskonform durchgeführt worden.

Zur Bewertung der Referenzen der mitbeteiligten Partei werde ausgeführt, dass es sich dabei um Angebotsinhalte, die Geschäftsgeheimnisse beinhalten, handle, weshalb die Angaben über Referenzprojekte als wertungsrelevante und daher angebotssensible Unterlagen nicht nachträglich der Antragstellerin zugänglich gemacht werden dürfen. Eine nachträgliche Bekanntgabe der namhaft gemachten Referenzprojekte bzw. Einsichtnahme in die Details dieser Aufträge sein der Antragstellerin im Zuge einer allfälligen Akteneinsicht verwehrt. Jedenfalls habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin mit dem Angebot zwei Referenzprojekte namhaft gemacht habe, die alle Planungsphasen umfassen und seien diese auch bereits abgeschlossen. Die Anträge der Antragstellerin seien daher zurück - in eventu abzuweisen.

Die Antragstellerin monierte mit Schriftsatz vom 20.8.2007, dass aufgrund des erst im Zuge des Nachprüfungsverfahrens bekannt gewordenen Naheverhältnisses zwischen der vergebenden Stelle und der präsumtiven Zuschlagsempfängerin diese einen ungerechtfertigten Wettbewerbsvorsprung habe, der ein faires und lauterer Vergabeverfahren unterbinde und daher das Angebot der ZT C*** auszuschneiden gewesen wäre.

Konkretisierend werde ausgeführt, dass die besondere Beziehung zwischen Auftraggeber, vergebender Stelle und präsumtiver Zuschlagsempfängerin sowohl einen Interessenskonflikt als auch eine ungerechtfertigte Besserstellung im gegenständlichen Wettbewerb nahe lege und den Eindruck einer unsachlichen und ungerechtfertigten Besserstellung der ZT C*** erwecke, wenn dessen Tochter, Frau Mag. F*** und zugleich Lebensgefährtin des Leiters der für die gegenständliche Ausschreibung zuständigen "Planungsabteilung" der vergebenden Stelle, DI G***, beim Büro Ziviltechniker H*** beschäftigt sei und dieses Büro vom Auftraggeber laufend mit Controlling- bzw Koordinationsleistungen im Bereich Umweltplanung beauftragt werde, so unter anderem bei der S 1 und der A 22 oder der A3. Aufgabe des Büros ZT H***, und hier unter anderem von Frau Mag. F***, sei die Koordination aller Ökologen unterschiedlicher Fachrichtungen zur Erstellung einer einheitlichen Umweltverträglichkeitserklärung. Zudem obliege dem Büro H*** die Rechnungsprüfung. Im Rahmen dieser Koordination-/Controlling-Aufgabe habe das Büro H*** und damit auch Frau Mag. F*** die Berichte bzw Beiträge der Antragstellerin zur UVE abzunehmen, in ein einheitliches Dokument zu integrieren, die Rechnungen zu kontrollieren und weitere Anforderungen an die Antragstellerin zu geben. Das Büro ZT H*** und insbesondere Mag. F*** fungieren als unmittelbare Ansprechstelle für die Antragstellerin und die übrigen Ökologen und seien diese intensiv in die Arbeit der Antragstellerin eingebunden, haben insbesondere vor allem Einblick in sämtliche Unterlagen und in das damit verbundene von der Antragstellerin entwickelte Know-how im Zusammenhang mit der Feststellung gewässerökologischer Probleme und geeigneter Maßnahmen zu deren Lösung.

Dieses verwandtschaftliche Verhältnis erwecke den Eindruck eines Interessenskonflikts seitens der vergebenden Stelle. Sie sei dadurch nicht imstande, objektiv das Angebot der ZT C*** mit den übrigen Angeboten zu vergleichen, insbesondere, was die streitgegenständlichen Referenzen betreffe. Vor allem bestehe aufgrund dieses

Naheverhältnisses zur vergebenden Stelle ein ungerechtfertigter Wettbewerbsvorsprung, der ein faires und lauterer Vergabeverfahren unter Einbindung der ZT C*** verunmögliche.

Der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei auch Sinn, Zweck und Inhalt des Zuschlagskriteriums "Referenzen", insbesondere der Bedeutung des "Materienverfahrens" bekannt gewesen. In der Bewertung der "Referenzen" stelle sich der Auftraggeber einseitig auf Seiten der ZT C***. Obwohl diese im hier gegenständlichen Bereich der Gewässerökologie bisher über keine ausreichenden Referenzen verfüge, habe die ZT C*** 100% der Referenzpunkte erhalten. Darüber hinaus könne ein weiterer Informationsaustausch und Vorteil der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht ausgeschlossen werden. Vor allem nicht, dass die ZT C*** bzw dessen Tochter zumindest einen indirekten Einfluss auf die Erstellung der Ausschreibungsunterlagen gehabt habe. Es sei nicht auszuschließen, dass gerade im Hinblick auf die umfassende Controller-/Koordinationsstätigkeit des Büros H*** dieses zumindest indirekt in die Erstellung der Ausschreibungsunterlagen eingebunden gewesen sei, zumindest in der Form, dass das Büro H*** zur Beantwortung einzelner Fragen im Vorfeld zur Erstellung der Ausschreibungsunterlagen herangezogen worden sei.

Das Naheverhältnis zwischen dem Leiter der vergebenden Stelle und der präsumtiven Zuschlagsempfängerin begründe einen Ausscheidungsgrund für deren Angebot, wobei sich dieser aus § 121 Abs 1 Z 1 BVergG 2006 iVm § 20 Abs 5 BVergG 2006 bzw § 129 Abs 1 Z 8 BVergG 2006 bzw einer diesbezüglichen analogen Bestimmung ergebe. Sinn und Zweck des § 20 Abs 5 BVergG 2006 sei, die Gefährdung des fairen und lauterer Wettbewerbs durch eine unmittelbare oder mittelbare Beteiligung des Unternehmens bzw verbundener Unternehmen auszuschließen. Wegen des bestehenden Interessenskonflikts zwischen dem Leiter der vergebenden Stelle und der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, wäre insbesondere wegen des potentiellen Informationsvorsprungs deren Angebot auszuschneiden gewesen. Es werde daher das rechtswidrige Nichtausscheiden des Angebots der ZT C*** im Sinne des § 322 Abs 1 Z 5 BVergG 2006 geltend gemacht. Das Naheverhältnis zwischen dem Leiter der vergebenden Stelle und der präsumtiven Zuschlagsempfängerin begründe einen Ausscheidungsgrund für deren Angebot, wobei sich dieser aus Paragraph 121, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006 in Verbindung mit Paragraph 20, Absatz 5, BVergG 2006 bzw Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG 2006 bzw einer diesbezüglichen analogen Bestimmung ergebe. Sinn und Zweck des Paragraph 20, Absatz 5, BVergG 2006 sei, die Gefährdung des fairen und lauterer Wettbewerbs durch eine unmittelbare oder mittelbare Beteiligung des Unternehmens bzw verbundener Unternehmen auszuschließen. Wegen des bestehenden Interessenskonflikts zwischen dem Leiter der vergebenden Stelle und der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, wäre insbesondere wegen des potentiellen Informationsvorsprungs deren Angebot auszuschneiden gewesen. Es werde daher das rechtswidrige Nichtausscheiden des Angebots der ZT C*** im Sinne des Paragraph 322, Abs römisch eins Ziffer 5, BVergG 2006 geltend gemacht.

Zu den Referenzen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin werde ausgeführt, dass eine Referenz dafür, dass ein Unternehmer an der Erstellung einer Umweltverträglichkeitserklärung bzw diesbezüglicher Unterlagen mitgewirkt habe, kein Geschäftsgeheimnis sein könne. Schon allgemein sei der Umstand, dass ein Unternehmer einen Auftrag für jemand anderen durchgeführt habe, nicht derart geheim, dass er ein "Geschäftsgeheimnis" begründe. Eine Referenz bzw ein Auftrag sei in der Regel nicht bloß einem "vertrauten Kreis" bekannt. Bei einer Referenz für die Erstellung von Unterlagen für das UVP-Verfahren sei das aber schon von Gesetzes wegen ausgeschlossen. § 1 Abs UVP-Gesetz, BGBl 11993/697 i d F BGBl I 2005/14 laute auszugsweise: Zu den Referenzen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin werde ausgeführt, dass eine Referenz dafür, dass ein Unternehmer an der Erstellung einer Umweltverträglichkeitserklärung bzw diesbezüglicher Unterlagen mitgewirkt habe, kein Geschäftsgeheimnis sein könne. Schon allgemein sei der Umstand, dass ein Unternehmer einen Auftrag für jemand anderen durchgeführt habe, nicht derart geheim, dass er ein "Geschäftsgeheimnis" begründe. Eine Referenz bzw ein Auftrag sei in der Regel nicht bloß einem "vertrauten Kreis" bekannt. Bei einer Referenz für die Erstellung von Unterlagen für das UVP-Verfahren sei das aber schon von Gesetzes wegen ausgeschlossen. Paragraph eins, Abs UVP-Gesetz, BGBl 11993/697 in der Fassung BGBl römisch eins 2005/14 laute auszugsweise:

"Aufgabe der Umweltverträglichkeitsprüfung (UV?) ist es, unter Beteiligung der Öffentlichkeit auf fachlicher Grundlage 1. die unmittelbaren und mittelbaren Auswirkungen festzustellen, zu beschreiben und zu bewerten, ..." Das Einreichprojekt einschließlich der Projektunterlagen, insbesondere auch die gewässerökologische Beurteilung, sei gemäß § 9 UVP-G öffentlich aufzulegen. Im Hinblick darauf, dass die Bestbieterentscheidung auf Basis der genannten Referenzen erfolgt sei, bestehe ein rechtliches Interesse und damit auch ein Rechtsanspruch der Antragstellerin auf

Bekanntgabe der von der ZT C*** genannten und zu 100% gewerteten Referenzen. Die Kenntnis dieser genannten Referenzen sei zur Überprüfung der richtigen Bewertung durch die Antragsgegnerin essentiell. "Aufgabe der Umweltverträglichkeitsprüfung (UV?) ist es, unter Beteiligung der Öffentlichkeit auf fachlicher Grundlage 1. die unmittelbaren und mittelbaren Auswirkungen festzustellen, zu beschreiben und zu bewerten, ..." Das Einreichprojekt einschließlich der Projektunterlagen, insbesondere auch die gewässerökologische Beurteilung, sei gemäß Paragraph 9, UVP-G öffentlich aufzulegen. Im Hinblick darauf, dass die Bestbieterentscheidung auf Basis der genannten Referenzen erfolgt sei, bestehe ein rechtliches Interesse und damit auch ein Rechtsanspruch der Antragstellerin auf Bekanntgabe der von der ZT C*** genannten und zu 100% gewerteten Referenzen. Die Kenntnis dieser genannten Referenzen sei zur Überprüfung der richtigen Bewertung durch die Antragsgegnerin essentiell.

Zur unrichtigen Bewertung der Referenzen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin werde vorgebracht, dass die ZT C*** selbst nicht ausdrücklich bestätige, zwei Referenzen genannt zu haben, für die sie jeweils 100% für die von ihr genannten Projektleiter bzw Projektleiterstellvertreter nach den Ausschreibungsunterlagen zu erhalten habe. Wolle man dass Zuschlagskriterium dahin verstehen, dass auch die Gewässerökologie im Bereich Materienverfahren beauftragt und abgeschlossen sei, sei auszuschließen, dass die ZT C*** über eine derartige Referenz verfüge. Die Projektwerber seien erstmals infolge der Wasserrechtsnovelle 2003 (BGBl I, 2003/82), mit der die Wasserrahmenrichtlinie umgesetzt wurde, gehalten, auch die Gewässerökologie in das Materienverfahren "Wasserrecht" einzubinden. Erstmals sei die A 5 Süd eingebunden und beurteilt worden. Das Projekt S 35 sei jedoch kein geeigneter Referenzauftrag, der mit 100% zu werten sei, da die Gewässerökologie nicht Teil des Materienverfahrens gewesen sei. Zur unrichtigen Bewertung der Referenzen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin werde vorgebracht, dass die ZT C*** selbst nicht ausdrücklich bestätige, zwei Referenzen genannt zu haben, für die sie jeweils 100% für die von ihr genannten Projektleiter bzw Projektleiterstellvertreter nach den Ausschreibungsunterlagen zu erhalten habe. Wolle man dass Zuschlagskriterium dahin verstehen, dass auch die Gewässerökologie im Bereich Materienverfahren beauftragt und abgeschlossen sei, sei auszuschließen, dass die ZT C*** über eine derartige Referenz verfüge. Die Projektwerber seien erstmals infolge der Wasserrechtsnovelle 2003 (BGBl römisch eins, 2003/82), mit der die Wasserrahmenrichtlinie umgesetzt wurde, gehalten, auch die Gewässerökologie in das Materienverfahren "Wasserrecht" einzubinden. Erstmals sei die A 5 Süd eingebunden und beurteilt worden. Das Projekt S 35 sei jedoch kein geeigneter Referenzauftrag, der mit 100% zu werten sei, da die Gewässerökologie nicht Teil des Materienverfahrens gewesen sei.

Zur Gewässerökologie im Rahmen des Materienverfahrens sei auszuführen, dass der Gewässerökologe nicht die Projektunterlagen bzw das Einreichprojekt für das Wasserrechtsverfahren zu erstellen habe, sondern erarbeite dieser bloß die gewässerökologischen Grundlagen, auf die der Projektwerber und dessen Planer, in der Regel Ziviltechniker für Kulturtechnik bzw Ziviltechniker für Architektur bzw Baumeister, aufbaue. Der Gewässerökologe ermittle die Grundlagen für die Planung und auch das Einreichprojekt nach dem Materiengesetz Wasserrecht. Es habe sich nicht der Gewässerökologe an das konkrete Bauvorhaben bzw die konkrete Trasse anzupassen, sondern das Bauvorhaben an die festgestellten ökologischen Bedingungen und die sich daraus ergebenden notwendigen Maßnahmen aus ökologischer Sicht. Es sei nicht notwendig, dass der Gewässerökologe ein konkretes Einreichoperat für das Materienverfahren Wasserrecht, die Detailplanung des diesbezüglichen Bauvorhabens bzw die diesbezügliche Trassenverordnung kenne, um die nach dem Wasserrechtsgesetz erforderlichen Einreichunterlagen aus gewässerökologischer Sicht zu erarbeiten. Die Feststellungen der Gewässerökologie seien die Basis, auf der die Planung für das Bauvorhaben aufbaue. Es sei daher zwischen dem Beitrag eines Gewässerökologen, als hier Gegenstand der Ausschreibung und den Beitrag des Ziviltechnikers zu unterscheiden.

Schon nach dem UVP-Gesetz sei das Vorhaben auch aus gewässerökologischer Sicht zu bewerten. Maßstab für die Bewertung seien dabei die Genehmigungstatbestände der anzuwendenden Materienvorschriften; im gegenständlichen Fall daher des Wasserrechtsgesetzes. Die gewässerökologische Aussage für ein und dasselbe Vorhaben, S 1 und A 22, sei jeweils dieselbe, unabhängig davon, ob es sich um das Verfahren nach UVP-Gesetz oder um das Verfahren nach Wasserrechtsgesetz handle, und unabhängig von der jeweils zuständigen Behörde. In beiden Fällen habe der Gutachter die Aussagen nach der Umweltverträglichkeit bzw der Wasserrechtskonformität am selben Maßstab zu prüfen, nämlich dem Wasserrechtsgesetz und den zugrunde liegenden Vorgaben zu beurteilen. Auch die Methode der Feststellung der gewässerökologischen Situation und allfälliger Auswirkungen eines Vorhabens sei, sowohl für das UVP-G als auch WRG, vereinheitlicht und vom BMLUF vorgegeben.

Die gegenständlichen Ausschreibungsunterlagen bestätigen, dass aus gewässerökologischer Sicht nicht zwischen UVP-Verfahren und WRG zu differenzieren sei: Unter A-2, 2.2.3 der Ausschreibungsunterlagen werde die Unterstützung bei Erstellung und Einreichung der materienrechtlichen Unterlagen lediglich als ein Punkt unter dem Titel "Einreichprojekt (UVE)" erfasst. Im Übrigen differenziere A-2 der Ausschreibungsunterlagen nicht. So werde nur von einem "Einreichprojekt" gesprochen.

Zur den Referenzen S1 und A 22 sei auszuführen, dass bei diesen Projekten nicht bloß die "Gewässerökologie" ausgeschrieben worden sei, sondern eine zahlreiche Fachbereiche umfassende Umweltuntersuchung vergeben worden sei, nämlich "Kartierung und Beurteilung der Tiere und ihrer Lebensräume im Rahmen des Einreichprojekts". Teil dieses Auftrages seien unter anderem auch die Fachbereiche "Gewässerökologie und Fische" gewesen. Die damaligen Ausschreibungsunterlagen hätten eine Beschränkung der Anzahl der Bietergemeinschaft vorgesehen, was im Hinblick auf die Vielfalt der angesprochenen Fachbereiche zur Folge gehabt habe, dass die Projektleiterin - Stellvertreterin, Frau Mag. Dr. E***, bzw deren Gesellschaft nicht als Mitglied der Bietergemeinschaft genannt gewesen sei. Sie sei jedoch ausgewiesene Subunternehmerin und - neben Frau Dr. D***- die Projektleiter-Stellvertreterin im Bereich "Gewässerökologie und Fische" gewesen. Die Ausschreibungsunterlagen fordern nicht, dass eine genannte Person Mitglied der Bietergemeinschaft sein müsse. Es genüge, dass sie bei der gegenständlichen Projektabwicklung in einer verantwortlichen/leitenden Funktion tätig gewesen sei. Dies treffe auch auf Frau Mag. Dr. E*** für die Projekte S 1 und A 22 zu. Die volle Punktezahl sei daher zu Recht erteilt worden.

Der Auftraggeber replizierte mit Schriftsatz vom 16.8.2007 und brachte vor, dass allen Bietern die Bestimmungen der Ausschreibung bekannt seien. Die Ausschreibungsunterlagen würden keinen Interpretationsspielraum zulassen. Jeder Bieter habe die Möglichkeit gehabt, zusätzliche Auskünfte zu den Ausschreibungsunterlagen gemäß § 58 BvergG einzuholen. Die Antragstellerin habe von dieser Möglichkeit nicht Gebrauch gemacht. Es könne daher davon ausgegangen werden, dass diese über alle notwendigen Informationen, welche sie für die Erstellung ihres Angebots benötigt habe, auch tatsächlich verfügt habe. Die "private" Beziehung des Dipl.-Ing. G*** sei für das gegenständliche Verfahren unerheblich, da Dipl.-Ing. G*** weder bei der Erstellung noch bei der Angebotsprüfung mitgewirkt habe. Die von der Antragstellerin behauptete unzulässige "Einflussnahme" sei nicht möglich. Alle von der vergebenden Stelle durchgeführten Vergabeverfahren unterliegen einem strengen, zertifizierten Qualitätsmanagementsystems (ISO 9001). Das Prozessmanagementtool 'Adonis' bilde alle für den Beschaffungsprozess relevanten Prozesse hinsichtlich des Ablaufes, der Zuständigkeiten, der Prozessverantwortlichkeiten, der Dokumentation und der Aufgabenverteilung ab. Dies bedeute, dass vom Ausschreibungsersteller bzw Projektleiter die im Prozessmodell hinterlegten Leistungsbilder und Qualitätskriterien zu verwenden seien. Die Prüfung der Einhaltung dieser Vorgaben erfolge durch die Vergabestelle im "4-Augenprinzip". "Prozesseigner" und somit Verantwortlicher für den Prozess "Beschaffung" sei Dr. I***. Nicht beteiligt gewesen an der Erstellung und der Prüfung der Ausschreibung sei Dipl.-Ing. G***. Er habe als zuständiger Leiter der Abteilung Planung einzelne Vergabedokumente als "gesehen" unterfertigt. Der Geschäftsführer der BMG, Dipl.-Ing.J***, habe diese Dokumente freigegeben. Eine unzulässige Mitwirkung an der Erstellung der Ausschreibungsunterlagen seitens Dipl.-Ing. G*** liege somit nicht vor. Der Auftraggeber replizierte mit Schriftsatz vom 16.8.2007 und brachte vor, dass allen Bietern die Bestimmungen der Ausschreibung bekannt seien. Die Ausschreibungsunterlagen würden keinen Interpretationsspielraum zulassen. Jeder Bieter habe die Möglichkeit gehabt, zusätzliche Auskünfte zu den Ausschreibungsunterlagen gemäß Paragraph 58, BvergG einzuholen. Die Antragstellerin habe von dieser Möglichkeit nicht Gebrauch gemacht. Es könne daher davon ausgegangen werden, dass diese über alle notwendigen Informationen, welche sie für die Erstellung ihres Angebots benötigt habe, auch tatsächlich verfügt habe. Die "private" Beziehung des Dipl.-Ing. G*** sei für das gegenständliche Verfahren unerheblich, da Dipl.-Ing. G*** weder bei der Erstellung noch bei der Angebotsprüfung mitgewirkt habe. Die von der Antragstellerin behauptete unzulässige "Einflussnahme" sei nicht möglich. Alle von der vergebenden Stelle durchgeführten Vergabeverfahren unterliegen einem strengen, zertifizierten Qualitätsmanagementsystems (ISO 9001). Das Prozessmanagementtool 'Adonis' bilde alle für den Beschaffungsprozess relevanten Prozesse hinsichtlich des Ablaufes, der Zuständigkeiten, der Prozessverantwortlichkeiten, der Dokumentation und der Aufgabenverteilung ab. Dies bedeute, dass vom Ausschreibungsersteller bzw Projektleiter die im Prozessmodell hinterlegten Leistungsbilder und Qualitätskriterien zu verwenden seien. Die Prüfung der Einhaltung dieser Vorgaben erfolge durch die Vergabestelle im "4-Augenprinzip". "Prozesseigner" und somit Verantwortlicher für den Prozess "Beschaffung" sei Dr. I***. Nicht beteiligt gewesen an der Erstellung und der Prüfung der Ausschreibung sei Dipl.-Ing. G***. Er habe als zuständiger Leiter der Abteilung Planung einzelne Vergabedokumente als "gesehen" unterfertigt. Der Geschäftsführer

der BMG, Dipl.-Ing.J***, habe diese Dokumente freigegeben. Eine unzulässige Mitwirkung an der Erstellung der Ausschreibungsunterlagen seitens Dipl.-Ing. G*** liege somit nicht vor.

Zum Vorwurf des Vorliegens eines unsachlichen Vorteils hinsichtlich der Zuschlagskriterien sei auszuführen, dass die Antragstellerin nicht von der Möglichkeit, die Ausschreibung zu bekämpfen, Gebrauch gemacht habe. Die Ausschreibung sei somit bestandesfest geworden. Die Bewertung der Angebote sei vergaberechtskonform durchgeführt worden. Dies ergebe sich auch in nachvollziehbarer und überprüfbarer Weise aus dem Vergabebericht.

Zum Vorwurf der Einflussnahme durch das Büro H*** ZT GmbH werde vorgebracht, dass dieses weder mit der Erstellung noch mit der Prüfung der Angebote des gegenständlichen Vergabeverfahrens betraut gewesen sei. Für den Abschnitt "S 37 Klagenfurter Schnellstraße - Teilabschnitte 1 und 2 Scheifling-Friesach Nord - Mölbing" habe das Büro H*** keinen Auftrag im Zusammenhang mit Koordinations- oder Überwachungstätigkeiten erhalten. Aus diesem Grund sei keine Einflussnahme im gegenständlichen Vergabeverfahren seitens der Mitarbeiter des Büros H*** ZT GmbH möglich.

Zum Vorwurf der unrichtigen Bewertung der präsumtiven Bestbieterin sei auszuführen, dass laut Vergabebericht die von der präsumtiven Bestbieterin angeführten Referenzprojekte den Kriterien der Ausschreibung entsprechen und daher zu Recht mit der vollen Punktezahl versehen worden seien.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin führte mit Schriftsatz vom 16.8.2007 ergänzend zum behaupteten Naheverhältnis zwischen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin und der vergebenden Stelle aus, Mag. F*** sei ausschließlich beim Büro ZT H*** angestellt und bestehe für sie durch ihren Arbeitgeber eine Verschwiegenheitsverpflichtung gegenüber Dritten, die stets eingehalten werde. Mag. F*** habe in keiner Weise an dem gegenständlichen Projekt mitgewirkt. Der Aufgabenbereich der Umweltkoordination sei ausschließlich durch die ZT GmbH K*** wahrgenommen worden. In rechtlicher Hinsicht sei darauf hinzuweisen, dass die Antragstellerin außerhalb der Antragsfristen des § 321 Abs. 1 BVergG in Punkt 1.2 ihrer Replik nachträglich einen zusätzlichen Beschwerdepunkt geltend gemacht habe. Darüber hinaus würden nachträglich die Ausschreibungsunterlagen bekämpft, obwohl diese nach Ablauf der Anfechtungsfristen des § 321 Abs. 2 BVergG bestandesfest geworden seien und nicht die Referenzaufträge als solche sondern die Referenzleistungen des Schlüsselpersonals als Zuschlagskriterien gewertet würden. Da die Voraussetzungen für das Vorliegen eines Ausscheidens- bzw. Ausschlussstatbestandes lediglich aufgrund einer Lebensgemeinschaft der in einem dritten Unternehmen beschäftigten Tochter der präsumtiven Zuschlagsempfängerin mit einem Mitarbeiter des Auftraggebers nicht gegeben seien, liege der von der Antragstellerin "konstruierte" Ausschlussgrund nicht vor. Der von der Antragstellerin nachträglich geltend gemachte Beschwerdepunkt sei daher verfristet und entbehre zudem jeglicher Grundlage. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin führte mit Schriftsatz vom 16.8.2007 ergänzend zum behaupteten Naheverhältnis zwischen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin und der vergebenden Stelle aus, Mag. F*** sei ausschließlich beim Büro ZT H*** angestellt und bestehe für sie durch ihren Arbeitgeber eine Verschwiegenheitsverpflichtung gegenüber Dritten, die stets eingehalten werde. Mag. F*** habe in keiner Weise an dem gegenständlichen Projekt mitgewirkt. Der Aufgabenbereich der Umweltkoordination sei ausschließlich durch die ZT GmbH K*** wahrgenommen worden. In rechtlicher Hinsicht sei darauf hinzuweisen, dass die Antragstellerin außerhalb der Antragsfristen des Paragraph 321, Absatz eins, BVergG in Punkt 1.2 ihrer Replik nachträglich einen zusätzlichen Beschwerdepunkt geltend gemacht habe. Darüber hinaus würden nachträglich die Ausschreibungsunterlagen bekämpft, obwohl diese nach Ablauf der Anfechtungsfristen des Paragraph 321, Absatz 2, BVergG bestandesfest geworden seien und nicht die Referenzaufträge als solche sondern die Referenzleistungen des Schlüsselpersonals als Zuschlagskriterien gewertet würden. Da die Voraussetzungen für das Vorliegen eines Ausscheidens- bzw. Ausschlussstatbestandes lediglich aufgrund einer Lebensgemeinschaft der in einem dritten Unternehmen beschäftigten Tochter der präsumtiven Zuschlagsempfängerin mit einem Mitarbeiter des Auftraggebers nicht gegeben seien, liege der von der Antragstellerin "konstruierte" Ausschlussgrund nicht vor. Der von der Antragstellerin nachträglich geltend gemachte Beschwerdepunkt sei daher verfristet und entbehre zudem jeglicher Grundlage.

Zu den Referenzen der mitbeteiligten Partei werde ausgeführt, dass die Punktevergabe nicht anhand der Referenzaufträge, sondern gemäß Punkt 1,305.1.1 der Ausschreibungsgrundlagen "die Errechnung der Punkte für die Referenzen [...] über die personenbezogenen Referenzen, die das Projektteam in den einzelnen Kriterien ausweist, [erfolgt]." Eine personenbezogene Bewertung erfolge daher dergestalt, als von sämtlichen Bietern die Referenzzuordnung in einer Selbstdeklaration "mit Angabe des seinerzeitigen Auftraggebers und

Kontaktaufnahmemöglichkeit für die im verbindlichen Personaleinsatzplan genannten Personen (Projektleiter, stellvertretender Projektleiter, sonstige Projektteam-Mitglieder)" anzugeben gewesen sei. Das Bewertungsschema belege, dass bei der Bestbieterermittlung nicht auf Vertragsverhältnisse, sondern vielmehr auf die tatsächliche Leistungserbringung durch das namhaft gemachte Schlüsselpersonal (Projektleiter und Projektleiter-Stellvertreter) bei den zu bewertenden Referenzleistungen abgestellt worden sei. Bei den namhaft gemachten Referenzprojekten S 35 - Nord und S 35 - Süd seien sämtliche Projektphasen tatsächlich von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin abgewickelt worden. Insbesondere umfasse der tatsächliche Leistungsumfang auch die Projektleitung für das Fachgebiet Gewässerökologie und Fischerei für der Umweltverträglichkeitserklärung ("UVE") und im weiteren UVP-Verfahren. Dass die tatsächliche Projektleitung durch Dr. Cc*** und DI L*** auch im UVP-Verfahren und hinsichtlich der UVE erfolgt sei, werde von den Projektleitern der seinerzeitigen Auftraggeberin, MAG, und mit der seinerzeitigen Korrespondenz mit dem Amt der Steiermärkischen Landesregierung sowie den jeweiligen Fischereiberechtigten bestätigt.

Da die ZT C*** für ihre namhaft gemachten Schlüsselpersonen sämtliche der in den Ausschreibungsgrundlagen für eine maximale Bewertung geforderten Referenzleistungen nachgewiesen habe, seien diese Angaben zurecht jeweils mit dem Faktor 1,0 bewertet worden und habe die ZT C*** daher zurecht die maximal für Referenzleistungen erreichbare Punkteanzahl erhalten. Dies auch deshalb, da die ZT C*** im Rahmen ihrer Referenzleistungen auch die Einreichunterlagen für das Materienrechtsverfahren Wasser erstellt habe.

Zur Gewässerökologie im Rahmen eines Materienrechtsverfahrens werde vorgebracht, dass die UVE und das wasserrechtliche Einreichprojekt zwei grundsätzlich unterschiedliche Verfahren seien und in § 24 bzw. § 5 Abs. 1 UVP-Gesetz entsprechend dieser inhaltlichen Trennung ausdrücklich normiert werde, dass neben den erforderlichen Materienunterlagen (z.B. Wasserrecht, Naturschutzrecht) auch eine eigenständige UVE einzureichen sei. Dass sich die Mitwirkung an einem UVP-Verfahren nicht mit der Erstellung der Unterlagen für das Materienrechtsverfahren Wasserrecht decke, ergebe sich daraus, dass sich der Aufbau und der Inhalt einer UVE nach § 6 UVP-Gesetz richte, die Erstellung von Unterlagen für das wasserrechtliche Materienrechtsverfahren jedoch in § 103 WRG definiert sei. Maßgebliche Unterschiede zwischen der UVE und dem wasserrechtlichen Materienverfahren seien die unterschiedlichen Behörden, unterschiedliche Sachverständige, unterschiedliche Zielsetzungen und insbesondere aufgrund eines unterschiedlichen Detaillierungsgrades unterschiedliche Einreichunterlagen. Auch sei das wasserrechtliche Einreichoperat kein Gutachten im klassischen Sinn, sondern ein nach dem an Stand der Technik errichtetes ökologisches Planungswerk. Im Rahmen der Ausarbeitung der Einreichunterlagen für das Materienverfahren "Wasserrecht" mussten vom Ökologen auch bereits vor der Wasserrechtsnovelle 2003 Gewässer auf ihre "ökologische Funktionsfähigkeit" untersucht und die Unterlagen entsprechend ausgearbeitet werden. Dabei sei der in § 105 Abs. 1 WRG verwendete Begriff "ökologische Funktionsfähigkeit" ein Sammelbegriff für vom WRG bereits in einzelnen Bestimmungen des § 105 enthaltenen Schutzobjekte. Ziel der Einführung dieses Begriffes sollte eine möglichst umfassende Erfassung aller mit dem Wasser zusammenhängende Umweltfaktoren sein. Da der Schutzkatalog des WRG alle mit einer Beeinträchtigung von Gewässern einhergehenden Auswirkungen umfasse, sei auch die ökologische Funktionsfähigkeit so zu verstehen, dass damit alle Funktionen erfasst seien, die das Gewässer für mit gende und von ihm abhängende Bestandteile der Umwelt habe. Das Einreichoperat nach Wasserrecht sei erheblich umfangreicher als jenes nach UVP- sei und sich von jenem nach dem UVP-Gesetz unterscheidet. Es sei daher nachvollziehbar und sachlich gerechtfertigt, dass der Auftraggeber die Projektleitung bzw. die Projektleitungsstellvertretung an der Ausarbeitung des Einreichoperates nach Wasserrecht mit dem zusätzlichen Faktor von 0,1 bewertet habe, zumal die zur Vergabe gelangenden Leistungen gemäß Seite 12 des Teils A-2 der Ausschreibungsunterlagen auch die "Mithilfe und Unterstützung bei der Erstellung und Einreichung der materienrechtlichen Unterlagen für Eisenbahn-, Wasser- und Naturschutzrecht" umfassen. Zur Gewässerökologie im Rahmen eines Materienrechtsverfahrens werde vorgebracht, dass die UVE und das wasserrechtliche Einreichprojekt zwei grundsätzlich unterschiedliche Verfahren seien und in Paragraph 24, bzw. Paragraph 5, Absatz eins, UVP-Gesetz entsprechend dieser inhaltlichen Trennung ausdrücklich normiert werde, dass neben den erforderlichen Materienunterlagen (z.B. Wasserrecht, Naturschutzrecht) auch eine eigenständige UVE einzureichen sei. Dass sich die Mitwirkung an einem UVP-Verfahren nicht mit der Erstellung der Unterlagen für das Materienrechtsverfahren Wasserrecht decke, ergebe sich daraus, dass sich der Aufbau und der Inhalt einer UVE nach Paragraph 6, UVP-Gesetz richte, die Erstellung von Unterlagen für das wasserrechtliche Materienrechtsverfahren jedoch in Paragraph 103, WRG definiert sei. Maßgebliche Unterschiede zwischen der UVE und dem wasserrechtlichen Materienverfahren seien die

unterschiedlichen Behörden, unterschiedliche Sachverständige, unterschiedliche Zielsetzungen und insbesondere aufgrund eines unterschiedlichen Detaillierungsgrades unterschiedliche Einreichunterlagen. Auch sei das wasserrechtliche Einreichoperat kein Gutachten im klassischen Sinn, sondern ein nach dem an Stand der Technik errichtetes ökologisches Planungswerk. Im Rahmen der Ausarbeitung der Einreichunterlagen für das Materienverfahren "Wasserrecht" mussten vom Ökologen auch bereits vor der Wasserrechtsnovelle 2003 Gewässer auf ihre "ökologische Funktionsfähigkeit" untersucht und die Unterlagen entsprechend ausgearbeitet werden. Dabei sei der in Paragraph 105, Absatz eins, WRG verwendete Begriff "ökologische Funktionsfähigkeit" ein Sammelbegriff für vom WRG bereits in einzelnen Bestimmungen des Paragraph 105, enthaltenen Schutzobjekte. Ziel der Einführung dieses Begriffes sollte eine möglichst umfassende Erfassung aller mit dem Wasser zusammenhängende Umweltfaktoren sein. Da der Schutzkatalog des WRG alle mit einer Beeinträchtigung von Gewässern einhergehenden Auswirkungen umfasse, sei auch die ökologische Funktionsfähigkeit so zu verstehen, dass damit alle Funktionen erfasst seien, die das Gewässer für mit gende und von ihm abhängende Bestandteile der Umwelt habe. Das Einreichoperat nach Wasserrecht sei erheblich umfangreicher als jenes nach UVP- sei und sich von jenem nach dem UVP-Gesetz unterscheidet. Es sei daher nachvollziehbar und sachlich gerechtfertigt, dass der Auftraggeber die Projektleitung bzw. die Projektleitungsstellvertretung an der Ausarbeitung des Einreichoperates nach Wasserrecht mit dem zusätzlichen Faktor von 0,1 bewertet habe, zumal die zur Vergabe gelangenden Leistungen gemäß Seite 12 des Teils A-2 der Ausschreibungsunterlagen auch die "Mithilfe und Unterstützung bei der Erstellung und Einreichung der materienrechtlichen Unterlagen für Eisenbahn-, Wasser- und Naturschutzrecht" umfassen.

Zu den Referenzen der Antragstellerin sei auszuführen, dass bei den beiden namhaft gemachten Referenzprojekten noch nicht einmal den Fachbeitrag für das Einreichprojekt mit UVE abgeschlossen sei. Der geringe unterschiedliche Faktor der Bewertung trage dem Umstand Rechnung, dass lediglich die Mithilfe und Unterstützung bei der Erstellung und Einreichung der materienrechtlichen Unterlagen für das Eisenbahn-, Wasser- und Naturschutzrecht zu erbringen sei und die Erstellung der Einreichoperate gesondert vergeben werde. Da die die von der ZT C*** namhaft gemachten Referenzleistungen der namhaft gemachten Schlüsselpersonen - Projektleiter und Projektleiter-Stellvertreter - im Sinne dieser bestandsfesten Kriterien richtig bewertet worden seien und die Referenz der Antragstellerin keinesfalls mit einem höheren Faktor (1,0) sondern vielmehr richtigerweise die Referenz betreffend die A22 nur mit dem Faktor 0,6 zu bewerten gewesen wäre, sei die angefochtene Zuschlagsentscheidung nicht zu beanstanden.

In der vor dem Bundesvergabeamt am 13.9.2007 durchgeführten mündlichen Verhandlung legte der Auftraggeber Unterlagen zum Projekt- und Verfahrensstand betreffend die S 35, die S 1 und die A 22 zur Untermauerung der richtigen Bewertung mit den entsprechenden Faktoren vor und führte aus, dass für die Anerkennung des Materienrechts unabdingbare Voraussetzung das Vorliegen des § 4- Bescheid aus dem UVP-Verfahren sei, weil erst nach diesem Bescheid die technischen Einarbeitungen jener Auflagen aus dem UVP-Verfahren erfolgen können. Richtig sei, dass zunächst geprüft werde, ob ein Vorprojekt erstellt worden sei, in weiterer Folge ob auch das Einrichtprojekt erstellt worden sei. Die volle Punktezahl könne erst dann vergeben werden, wenn der Bieter auch schon wesentliche Bereiche für das Materienverfahren bearbeitet habe, was, auf Frage der Vorsitzenden, nur dann der Fall sein könne, wenn der § 4 Bescheid schon erlassen worden sei. Richtig sei, dass die Antragstellerin nur den Faktor 0,9 erhalten habe, weil das Materienverfahren bei ihren Referenzprojekten aufgrund des fehlenden § 4-Bescheides nicht habe bewertet werden können. Maßgebliche Projekthinhalte müssen in jeder Phase bearbeitet sein und dies sei ohne das Vorliegen eines § 4-Bescheides nicht möglich. Es sei nämlich erforderlich, dass der Wasserrechtsbehörde ein vollständiges Konzept vorgelegt werde und dieses Konzept setze eine genauere Planung und somit auch den § 4-Bescheid voraus. Ohne Vorliegen des § 4-Bescheides könne das Projekt bei der Wasserrechtsbehörde nicht eingereicht werden. Der Auftraggeber führt auf Frage der Vorsitzenden aus, es sei richtig, dass hinsichtlich der Bewertung die Grenze der § 4-Bescheid sei. Es seien nicht nur Ergänzungen durch den Techniker erforderlich, sondern können zusätzlich auch noch weitere ökologische Bewertungen notwendig sein, welche sich insbesondere durch die technischen Änderungen aufgrund des § 4-Bescheides ergeben können. Die Antragstellerin hätte beim Referenzprojekt A 22 nur dann die volle Punktezahl erhalten, wenn dieses zusätzlich die Erfordernisse des § 4-Bescheides erfüllen würde. Da sich dieses Referenzprojekt lediglich im Vorstadium befinde, sei dieses nachträglich ohnehin zu Gunsten der Antragstellerin mit 0,9 und nicht wie ursprünglich vorgesehen, mit 0,6 bewertet worden. In der vor dem Bundesvergabeamt am 13.9.2007 durchgeführten mündlichen Verhandlung legte der Auftraggeber Unterlagen zum Projekt- und Verfahrensstand betreffend die S 35, die S 1 und die A 22 zur Untermauerung der richtigen Bewertung mit den entsprechenden Faktoren vor und führte aus, dass für die Anerkennung des Materienrechts unabdingbare

Voraussetzung das Vorliegen des Paragraph 4 -, Bescheid aus dem UVP-Verfahren sei, weil erst nach diesem Bescheid die technischen Einarbeitungen jener Auflagen aus dem UVP-Verfahren erfolgen können. Richtig sei, dass zunächst geprüft werde, ob ein Vorprojekt erstellt worden sei, in weiterer Folge ob auch das Einrichtprojekt erstellt worden sei. Die volle Punktezahl könne erst dann vergeben werden, wenn der Bieter auch schon wesentliche Bereiche für das Materienverfahren bearbeitet habe, was, auf Frage der Vorsitzenden, nur dann der Fall sein könne, wenn der Paragraph 4, Bescheid schon erlassen worden sei. Richtig sei, dass die Antragstellerin nur den Faktor 0,9 erhalten habe, weil das Materienverfahren bei ihren Referenzprojekten aufgrund des fehlenden Paragraph 4 -, B, e, s, c, h, e, i, d, e, s, nicht habe bewertet werden können. Maßgebliche Projekteinhalte müssen in jeder Phase bearbeitet sein und dies sei ohne das Vorliegen eines Paragraph 4 -, B, e, s, c, h, e, i, d, e, s, nicht möglich. Es sei nämlich erforderlich, dass der Wasserrechtsbehörde ein vollständiges Konzept vorgelegt werde und dieses Konzept setze eine genauere Planung und somit auch den Paragraph 4 -, B, e, s, c, h, e, i, d, voraus. Ohne Vorliegen des Paragraph 4 -, B, e, s, c, h, e, i, d, e, s, könne das Projekt bei der Wasserrechtsbehörde nicht eingereicht werden. Der Auftraggeber führt auf Frage der Vorsitzenden aus, es sei richtig, dass hinsichtlich der Bewertung die Grenze der Paragraph 4 -, B, e, s, c, h, e, i, d, sei. Es seien nicht nur Ergänzungen durch den Techniker erforderlich, sondern können zusätzlich auch noch weitere ökologische Bewertungen notwendig sein, welche sich insbesondere durch die technischen Änderungen aufgrund des Paragraph 4 -, B, e, s, c, h, e, i, d, e, s, ergeben können. Die Antragstellerin hätte beim Referenzprojekt A 22 nur dann die volle Punktezahl erhalten, wenn dieses zusätzlich die Erfordernisse des Paragraph 4 -, B, e, s, c, h, e, i, d, e, s, erfüllen würde. Da sich dieses Referenzprojekt lediglich im Vorstadium befinde, sei dieses nachträglich ohnehin zu Gunsten der Antragstellerin mit 0,9 und nicht wie ursprünglich vorgesehen, mit 0,6 bewertet worden.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin führte ergänzend aus, dass das Projekt A 22 der Antragstellerin vom Auftraggeber ursprünglich nur mit 0,6 bewertet worden sei, weil nur der Ist-Zustand bisher erhoben worden sei und maßgebliche Projekteinhalte, wie in den Ausschreibungsbestimmungen festgelegt, noch nicht bearbeitet worden seien. Darüber hinaus wäre die in den Ausschreibungsbestimmungen festgelegte Differenzierung der Bewertung mit dem Faktor 1 bzw. mit dem Faktor 0,9 nicht erforderlich und nachvollziehbar, wenn man dem Vorbringen der Antragstellerin folgen würde.

Die Antragstellerin bestritt das Vorbringen und führte ergänzend zu den Schriftsätzen aus, dass bei Projekt A 22 das Einreichprojekt nicht nur beauftragt, sondern schon seit 2005 bearbeitet werde. Das Vorliegen des § 4-Bescheides sei nicht Voraussetzung für die volle Punktezahl. Laut Ausschreibungsunterlagen sei die Erstellung wesentlicher Teile für das Materienverfahren maßgeblich und mit der Erstellung der Unterlagen für die UVE sei damit den - standardisierten - Ausschreibungsbestimmungen Rechnung getragen worden. Mit der Erstellung des Fachbeitrages für das Einreichprojekt werde die Grundlage für das Materienverfahren gebildet, seien damit die wesentlichen Teile des Materienverfahrens gedeckt und jedenfalls mit Faktor 1 zu bewerten. Darüber hinaus komme es für die Bewertung mit dem Faktor 1 auf die tatsächliche Erstellung an, da Gegenstand der Bewertung die tatsächliche gewässerökologische Untersuchung und Bewertung sei und nicht die "Erstellung" eines technischen Einreichoperates. Der Gewässerökologe benötige daher überhaupt keine Bescheide, auch nicht den § 4-Bescheid, um wesentliche Teile auch für das Materienverfahren erstellen zu können. Die Unterlagen für das Materienverfahren seien daher ausschreibungsgemäß erstellt worden. Der Fachbeitrag für die UVE bilde den Grundlagenteil für das Einreichoperat zur wasserrechtlichen Genehmigung, dieser werde dann lediglich ergänzt durch die technischen Details. Die Antragstellerin bestritt das Vorbringen und führte ergänzend zu den Schriftsätzen aus, dass bei Projekt A 22 das Einreichprojekt nicht nur beauftragt, sondern schon seit 2005 bearbeitet werde. Das Vorliegen des Paragraph 4 -, B, e, s, c, h, e, i, d, e, s, sei nicht Voraussetzung für die volle Punktezahl. Laut Ausschreibungsunterlagen sei die Erstellung wesentlicher Teile für das Materienverfahren maßgeblich und mit der Erstellung der Unterlagen für die UVE sei damit den - standardisierten - Ausschreibungsbestimmungen Rechnung getragen worden. Mit der Erstellung des Fachbeitrages für das Einreichprojekt werde die Grundlage für das Materienverfahren gebildet, seien damit die wesentlichen Teile des Materienverfahrens gedeckt und jedenfalls mit Faktor 1 zu bewerten. Darüber hinaus komme es für die Bewertung mit dem Faktor 1 auf die tatsächliche Erstellung an, da Gegenstand der Bewertung die tatsächliche gewässerökologische Untersuchung und Bewertung sei und nicht die "Erstellung" eines technischen Einreichoperates. Der Gewässerökologe benötige daher überhaupt keine Bescheide, auch nicht den Paragraph 4 -, B, e, s, c, h, e, i, d,, um wesentliche Teile auch für das Materienverfahren erstellen zu können. Die Unterlagen für das Materienverfahren seien daher ausschreibungsgemäß erstellt worden. Der Fachbeitrag für die UVE bilde den Grundlagenteil für das Einreichoperat zur wasserrechtlichen Genehmigung, dieser werde dann lediglich ergänzt durch die technischen Details.

Zum Beschwerdepunkt "unrichtige Bewertung der Referenzen der präsuntiven Zuschlagsempfängerin" und das von der präsuntiven Zuschlagsempfängerin in ihrem Schriftsatz vom 16.8.2007 angegebenen Referenzprojekt S 35 wurde von der Antragstellerin ausgeführt, dass diese Referenz zu Unrecht bewertet worden seien, weil mit der gewässerökologischen Beurteilung das technische Büro Ing. M*** beauftragt worden sei, mit den Detailarbeiten als Subunternehmer beauftragt worden seien für die Gewässerökologie Dr. N*** und für die Fische Dr.O***. Bei der Referenz S 35 Süd habe es keine UVE gegeben, lediglich für die S 35 Nord. Die S 35 sei gemäß VO, BGBl. Nr. 85/2005, nicht 4 km lang, sondern lediglich 3,964 km, was sich maßgeblich auf die Bewertung, bei der es auf die 4 km ankomme, auswirke. Die von der präsuntiven Zuschlagsempfängerin vorgelegten Beilagen zum Projekt S 35 vermitteln den unrichtigen Eindruck, dass das Büro ZT C*** die Referenz Gewässerökologie erbracht habe. Aus den Beilagen ergebe sich lediglich eine Koordinationstätigkeit in diesem Zusammenhang, die Leistungen selbst seien nicht von Dr. Cc***erbracht worden, was vom Auftraggeber bestritten wurde. Als Beweis für die Richtigkeit der Angaben der ZT C*** wurde auf eine Liste über sämtliche Aufträge im Zusammenhang mit der S 35 verweisen und betont, dass aus der Aufgabenbeschreibung zu Nr. 201716 u.a. die gewässerökologische Beurteilung Inhalt des Auftrags gewesen sei. Für die Bewertung der Referenzprojekte sei die tatsächliche Ausführung bzw. die Projektleitung Dr. Cc*** oblegen, und zwar auch die der Gewässerökologie iSd Aufgabenbeschreibung auf Seite 11, Teil A1 der Ausschreibungsbestimmungen.

Zum Beschwerdepunkt "unrichtige Bewertung der Referenzen der präsuntiven Zuschlagsempfängerin" und das von der präsuntiven Zuschlagsempfängerin in ihrem Schriftsatz vom 16.8.2007 angegebenen Referenzprojekt S 35 wurde von der Antragstellerin ausgeführt, dass diese Referenz zu Unrecht bewertet worden seien, weil mit der gewässerökologischen Beurteilung das technische Büro Ing. M*** beauftragt worden sei, mit den Detailarbeiten als Subunternehmer beauftragt worden seien für die Gewässerökologie Dr. N*** und für die Fische Dr.O***. Bei der Referenz S 35 Süd habe es keine UVE gegeben, lediglich für die S 35 Nord. Die S 35 sei gemäß VO, Bundesgesetzblatt Nr. 85 aus 2005,, nicht 4 km lang, sondern lediglich 3,964 km, was sich maßgeblich auf die Bewertung, bei der es auf die 4 km ankomme, auswirke. Die von der präsuntiven Zuschlagsempfängerin vorgelegten Beilagen zum Projekt S 35 vermitteln den unrichtigen Eindruck, dass das Büro ZT C*** die Referenz Gewässerökologie erbracht habe. Aus den Beilagen ergebe sich lediglich eine Koordinationstätigkeit in diesem Zusammenhang, die Leistungen selbst seien nicht von Dr. Cc***erbracht worden, was vom Auftraggeber bestritten wurde. Als Beweis für die Richtigkeit der Angaben der ZT C*** wurde auf eine Liste über sämtliche Aufträge im Zusammenhang mit der S 35 verweisen und betont, dass aus der Aufgabenbeschreibung zu Nr. 201716 u.a. die gewässerökologische Beurteilung Inhalt des Auftrags gewesen sei. Für die Bewertung der Referenzprojekte sei die tatsächliche Ausführung bzw. die Projektleitung Dr. Cc*** oblegen, und zwar auch die der Gewässerökologie iSd Aufgabenbeschreibung auf Seite 11, Teil A1 der Ausschreibungsbestimmungen.

Auf Befragen durch den Senat führte Dr. Cc*** aus, dass bei der S 35 Süd ihm die Projektleitung oblegen sei, die Auswertung der Berichte und die Aufsicht. Mit den gewässerökologischen Untersuchungen sei Dr. N*** beauftragt gewesen und zwar von Herrn Ing. M*** und auf Veranlassung von Dr. Cc*** auch von Herrn Dr.O***. Vertragspartei sei in diesem Fall nicht er, sondern Herr Ing. M*** gewesen. Wobei von der präsuntiven Zuschlagsempfängerin eingewendet wurde, dass dies nur für die zweite Phase des Projektes gegolten habe, das VP und das EP für das Materienverfahren Gewässerökologie sei allein vom Büro Dr. C*** durchgeführt worden und sei dieser auch alleiniger Beauftragter gewesen. Ing. M***habe zudem selbst bestätigt, dass die Projektleitung zur Gewässerökologie von Hr. Dr. Cc*** wahrgenommen worden sei. Dies wurde von der Antragstellerin als "reines Gefälligkeitsschreiben" bestritten und ausgeführt, dass nur 0 Punkte zu vergeben wären, da das angeführte Projekt lediglich landschaftspflegerische Detailplanung umfasse und es keine UVP gegeben habe und demnach Dr. Cc*** auch keine UVE gemacht habe. Bei der S 35 Nord sei die UVE nicht von Dr.Cc***, sondern von Ing. M*** für den Fachbereich Gewässerökologie gemacht worden, bei der S 35 Süd habe es überhaupt keine gegeben. Projektleiter betreffend die Gewässerökologie sei Herr Ing. M*** gewesen und die getroffenen Aussagen seien auch mit seiner Unterschrift vor der Behörde zu verantworten gewesen. Die weiteren tatsächlichen Leistungen seien auch nicht von Dr. Cc***, sondern von Dr. O*** und Dr. N*** erbracht worden.

Der Auftraggeber führte zur Bearbeitungslänge der S 35 Süd aus, dass die Beauftragung eine Länge von 4,525 km umfasse. Die sich aus der Verordnung ergebenden Differenz von lediglich 3,964 km Länge sei darauf zurückzuführen, dass die ursprüngliche Verordnung beibehalten worden sei und sich diese nicht mit dem Bearbeitungsbereich gedeckt

haben. Eine UVE sei durchgeführt worden und liege auch vor. Ing. P*** führte aus, er sei in das Projekt S 35 vollinhaltlich involviert gewesen, das Vorbringen des Dr. Cc*** könne bestätigt werden, sämtliche vom Auftraggeber vorgelegte Angaben über Leistungen seien ausschreibungskonform.

Da diese Ausführungen von der Antragstellerin bestritten wurden, wurde der Auftraggeber vom Senat aufgefordert, die entsprechenden Unterlagen dem Senat vorzulegen, und zwar jene Unterlagen, aus denen hervorgeht, dass vom Büro C*** ein Fachbeitrag zur UVE Süd, Kilometrierung beginnend bei 10,855 bis 14,880, gemäß VO für den Fachbereich Gewässerökologie und Fische erbracht wurde und sind diese dem Senat bis Montag, 17.9.2007, 12 Uhr, vorzulegen. Dies wurde vom Auftraggeber zugesagt.

Zur Behauptung der "unrichtigen Bewertung der Projektleitung und Projektleitung-Stellvertretung der Antragstellerin" führte der Auftraggeber aus, dass die Bewertung der Projektleitung und Projektleiterstellvertretung wie vom Auftraggeber vorgenommen, richtig sei.

Zum Vorwurf "Wettbewerbsvorteil und Interessenskonflikt aufgrund des Naheverhältnisses zwischen vergebender Stelle und ZT C***" führte der Auftraggeber auf Befragen, ob das Büro H***, bei dem die Lebensgefährtin des Leiters der Rechtsabteilung des Auftraggebers tätig ist, bei der Erstellung der gegenständlich Ausschreibungsunterlagen involviert gewesen sei und ob Unterlagen vom Büro H*** dem Auftraggeber vorgelegt worden seien bzw. ob die ständigen Vertragspartner des Auftraggebers mit einer internen Kennung, zB mit BE, versehen bzw. sichtbar gemacht würden, wobei von der Antragstellerin auf die auf den Ausschreibungsunterlagen angeführten Buchstaben und Zahlen "BE2034XXX/VX" hingewiesen wurde, aus, dass das Büro H*** in keiner Weise im gegenständlichen Fall involviert sei, vielmehr das Büro K*** Teile der Unterlagen erstellt habe und es sich bei der angegebenen Kennzeichnung "BE" um die Abkürzung für den Prozess "Beschaffung" handle. Mit dieser Kennzeichnung, so der Auftraggeber, werde jedes Vergabedokument versehen. Eben mit einer entsprechenden Abkürzung. Jedes Vergabedokument betreffend den Prozess "Beschaffung" trage diese Kennzeichnung und Nummer, immer beginnend mit BE. Daraufhin wird die von der Antragstellerin behauptete Rechtswidrigkeit des unlauteren und fairen Wettbewerbs dahin reduziert, dass sich diese lediglich in der Bewertung des Büros C*** niederschlage.

Auf Grundlage des Akteninhaltes, der Schriftsätze der Antragstellerin und des Auftraggebers, der vorgelegten Originalunterlagen, insbesondere der Vorbringen der Parteien in der mündlichen Verhandlung, wurde folgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Im März 2007 hat der Auftraggeber Autobahnen -und Schnellstraßen Finanzierungs-AG (ASFINAG) die Teilabschnitte 1 und 2 der S 37 Klagenfurter Schnellstraße, Scheifling (S36) -Friesach Nord - Mölbling für die Fachbereiche Fische, Fischereiwirtschaft und Gewässerökologie in den Planungsphasen VP und EP inklusive UVP im nicht offenen zweistufigen Verfahren mit vorheriger öffentlicher Erkundung des Bewerberkreises als Dienstleistungsauftrag, CPV-Code 74230000-0, 74231300-0, im Unterwellenbereich ausgeschrieben. Die Leistung umfasst die Aufbereitung der Grundlagen für die Beurteilung der Beeinträchtigungen von Fische, der Fischereiwirtschaft und der Gewässerökologie im Rahmen der Vorprojektes mit NKU zur Trassenfindung und für die Planungsphase Einreichprojekt inklusive UVE, wobei die Beurteilung der Auswirkungen in engerer Abstimmung mit der Koordination Umwelt, der technischen Planung und den weiteren Fachbeitragserstellern zu erfolgen hat. Eine Aufteilung in Lose ist nicht vorgesehen. Als vorläufiger Leistungszeitraum ist Juli 2007 bis 2013/2014 für Teilabschnitt 1 und bis 2015 für Teilabschnitt 2 angeführt. Die Absendung der Vergabebekanntmachung in Österreich (Lieferanzeiger) erfolgte am 27.3.2007. Im März 2007 hat der Auftraggeber Autobahnen -und Schnellstraßen Finanzierungs-AG (ASFINAG) die Teilabschnitte 1 und 2 der S 37 Klagenfurter Schnellstraße, Scheifling (S36) -Friesach Nord - Mölbling für die Fachbereiche Fische, Fischereiwirtschaft und Gewässerökologie in den Planungsphasen VP und EP inklusive UVP im nicht offenen zweistufigen Verfahren mit vorheriger öffentlicher Erkundung des Bewerberkreises als Dienstleistungsauftrag, CPV-Code 74230000-0, 74231300-0, im Unterwellenbereich ausgeschrieben. Die Leistung umfasst die Aufbereitung der Grundlagen für die Beurteilung der Beeinträchtigungen von Fische, der Fischereiwirtschaft und der Gewässerökologie im Rahmen der Vorprojektes mit NKU zur Trassenfindung und für die Planungsphase Einreichprojekt inklusive UVE, wobei die Beurteilung der Auswirkungen in engerer Abstimmung mit der Koordination Umwelt, der technischen Planung und den weiteren Fachbeitragserstellern zu erfolgen hat. Eine Aufteilung in Lose ist nicht vorgesehen. Als vorläufiger Leistungszeitraum ist Juli 2007 bis 2013 aus 2014, für Teilabschnitt 1 und bis 2015 für Teilabschnitt 2 angeführt. Die Absendung der Vergabebekanntmachung in Österreich (Lieferanzeiger) erfolgte am 27.3.2007.

Gemäß den Ausschreibungsbestimmungen Teil A,1.3, sind die gesamten Teilabschnitte einer durchgängigen Planung mit Vorprojekt zur Trassenfestlegung und Einreichplanung zur UVP mit dem Ziel, einen § 4 Bescheid zu erlangen, zu unterziehen. Gemäß den Ausschreibungsbestimmungen Teil A,1.3, sind die gesamten Teilabschnitte einer durchgängigen Planung mit Vorprojekt zur Trassenfestlegung und Einreichplanung zur UVP mit dem Ziel, einen Paragraph 4, Bescheid zu erlangen, zu unterziehen.

Gemäß Pkt. 1,305 im Teil A 1 der Ausschreibungsbestimmungen werden für die Bestbieterermittlung folgende Zuschlagskriterien herangezogen: Gesamtpreis 30 % und Qualität 70%. Die Bewertung der Angebote erfolgt nach folgender Matrix:

TABELLE 1 nicht anonymisierbar

Das Qualitätskriterium betrifft die Referenzprojekte Vorprojekt (VP) und Einreichprojekt (EP) mit UVE inklusive Materienrechtsverfahren.

Dieses Kriterium lautet wie folgt:

" Referenzprojekte VP + EP mit UVE incl. Materienrechtsverfahren

TABELLE 2 nicht anonymisierbar

Gemäß Punkt 1,305.1.1 (Referenzen) der Ausschreibungsbestimmungen ist u. a. festgelegt:

"

Die Errechnung der Punkte für die Referenzen erfolgt über die personenbezogenen Referenzen,"

....

Referenzprojekt ist derjenige Gesamtauftrag, welcher zur Referenzbewertung der Leistungen des Auftragnehmers herangezogen wird.

*Als Objekt bezeichnet man denjenigen selbstständig bewertbaren Teil des Gesamtauftrages, welcher zur Referenzbewertung der Leistung eines Mitarbeiters des Auftragnehmers im einzelnen herangezogen wird.

....

Personenbezogene Referenzen werden nur dann bewertet, wenn der Bieter mit der eingereichten Beschreibung eindeutig nachweist, dass die jeweils angegebene Person die als Referenz herangezogene Leistung erfüllt hat."

Die Antragstellerin hat rechtzeitig neben 5 weiteren Bewerbern einen Teilnahmeantrag abgegeben und wurde neben 4 weiteren Bewerbern zur Angebotsabgabe in die zweite Stufe eingeladen. Die Angebotsöffnung erfolgte am 4.6.2007.

Mit Telefax vom 2.7.2007 hat der Auftraggeber sämtlichen Bietern die Zuschlagsentscheidung zugunsten der ZT Dr. C*** mit 70 Punkten Qualität gewichtet und einer Vergabesumme von netto Euro 136.079,90,-, das sind 29,0856 Punkte Preis gewichtet, bekannt gegeben. Das Angebot der Antragstellerin wurde beim Preis mit netto Euro 131.932,00,- mit 30 Punkten gewichtet an erste Stelle gereiht, jedoch bei der Qualität nur mit 65 Punkten gewichtet und daher insgesamt an 2. Stelle gereiht.

Mit Schriftsatz vom 10.7.2007 hat die Antragstellerin die Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung, den Ersatz der Pauschalgebühren sowie die Erlassung einer einstweiligen Verfügung beantragt im Wesentlichen mit der Begründung, der Auftraggeber habe die Referenzen der Antragstellerin unzulässigerweise unrichtig zu deren Nachteil korrigiert und es zudem unterlassen, die Referenzen der in Aussicht genommenen Bestbieterin prüfen und korrigieren. Aufgrund unrichtiger Bewertung der Referenzen sei daher die Zuschlagsentscheidung zu Unrecht getroffen. Bei rechtmäßiger Bewertung der Referenzen der Antragstellerin sowie der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei vielmehr dem Angebot der Antragstellerin der Zuschlag zu erteilen. Darüber hinaus habe es der Auftraggeber zu Unrecht unterlassen, das Angebot der ZT C*** wegen des bestehenden Naheverhältnisses zwischen der vergebenden Stelle und der präsumtiven Zuschlagsempfängerin und des damit verbundenen Wettbewerbsvorteils auszuschneiden.

Gemäß dem Ergebnis der Besprechung der Senatsvorsitzenden mit Fr. Dr. Qu*** BMLFUW, Abteilung I 5, Oberste Wasserrechtsbehörde und Hr. Dr. R***, Abteilung VII 4, Amtssachverständiger für Gewässerökologie, am 11.9.2007, hat die Oberste Wasserrechtsbehörde mit e - mail vom 12.9.2007 folgendes mitgeteilt: Gemäß dem Ergebnis der

Besprechung der Senatsvorsitzenden mit Fr. Dr. Qu*** BMLFUW, Abteilung römisch eins 5, Oberste Wasserrechtsbehörde und Hr. Dr. R***, Abteilung römisch sieben 4, Amtssachverständiger für Gewässerökologie, am 11.9.2007, hat die Oberste Wasserrechtsbehörde mit e - mail vom 12.9.2007 folgendes mitgeteilt:

" Das Einreichprojekt (Fachbeitrag für Gewässerökologie und Fischereiwirtschaft für die Unverträglichkeitserklärung) ist für die einzelnen Materienverfahren jedenfalls im teilkonzentrierten UVP Verfahren (für Straßen) vor dem LH als Wasserrechts -bzw. Naturschutzrechtsbehörde zu verwerten.

Es ist der Antragstellerin zuzustimmen, dass es zunächst am Gewässerökologen liegt, den Zustand aus gewässerökologischer Sicht festzustellen und in weiterer Folge entsprechende Maßnahmen für den Straßenbau vorzuschlagen, die diese Gefährdung für Fauna und Flora in Folge des Straßenausbaus ausschließen.

Eine dieser Maßnahmen könnte dann in der Folge zB eine Trassenänderung sein. In diesem Sinne wären die Arbeiten des Gewässerökologen, der Trassenfestlegung und der konkreten Planung vorgelagert.

Im Regelfall ergeben sich nach einer solchen ökologisch optimierten Trassenwahl nur Projektsabänderungen in einem geringen Umfang. Das Projekt wäre in diesem Fall geringfügig abzuändern.

Im Übrigen bestätigt im konkreten Fall die Gliederung in den Ausschreibungsunterlagen selbst diese Vorgangsweise.

Vor der Novelle 2003 war im § 105 Abs.1 WRG festgelegt, dass ein Antrag auf wasserrechtliche Bewilligung eines Vorhabens insbesondere dann als unzulässig angesehen werden kann, wenn u.a. eine wesentliche Beeinträchtigung der ökologischen Funktionsfähigkeit der Gewässer zu besorgen ist.Vor der Novelle 2003 war im Paragraph 105, Absatz eins, WRG festgelegt, dass ein Antrag auf wasserrechtliche Bewilligung eines Vorhabens insbesondere dann als unzulässig angesehen werden kann, wenn u.a. eine wesentliche Beeinträchtigung der ökologischen Funktionsfähigkeit der Gewässer zu besorgen ist.

Durch die WRG -Novelle 2003 wurde der ökologische Zustand eines Wasserkörpers als Kombination der ökologischen Funktionsfähigkeit mit einem EU-weit einheitlich definierten Gütekriterium für die ökologische Beschaffenheit als Maßstab für die Bewilligungsfähigkeit eingeführt.

Wird der für den Zustand des Gewässers bestimmende Faktor nachteilig

beeinflusst, dann kann die Behörde zu recht davon ausgehen, dass

hierdurch auch der ökologische Zustand des Gewässers im Sinne einer

Störung des Gleichgewichtesbeeinträchtigt wird. Durch die WRG

Novelle 2003 hat sich auch das Spektrum der im Rahmen der

ökologischen Funktionsfähigkeit zu beachtenden Aspekte

geändert.....

...

Die Gewässerökologie hat sich somit seit der Novelle 2003 an

Bedeutung gewonnen... "

Die Verständigung des Auftraggebers ist erfolgt (OZ 3), die Antragstellerin hat Pauschalgebühren in der Höhe von Euro 1.600.- bezahlt. Im Übrigen sind auch die sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen gemäß § 322 BVergG 2006 erfüllt. Die Verständigung des Auftraggebers ist erfolgt (OZ 3), die Antragstellerin hat Pauschalgebühren in der Höhe von Euro 1.600.- bezahlt. Im Übrigen sind auch die sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen gemäß Paragraph 322, BVergG 2006 erfüllt.

Mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 18.7.2007, OZ EV9, wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben.

Mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 20.8.2007, OZ EV27, wurde die mit OZ EV9 erlassene einstweilige Verfügung von Amts wegen erstreckt.

Mit Schriftsatz vom 17.9.2007 ist der Auftraggeber der ihm vom Senat in der mündlichen Verhandlung vom 13.9.2007 aufgetragenen Verpflichtung zur Vorlage der Unterlagen betreffend die UVE für das Projekt S 35 fristgerecht nachgekommen (OZ 45).

Das Bundesvergabeamt hat erwogen

1. 1.Ziffer eins

Rechtslage:

Gemäß § 345 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006 ist das Bundesvergabegesetz 2006, BGBl I Nr. 17/2006, mit 1. Februar 2006 in Kraft getreten. Da die Vergabebekanntmachung nach dem 1.2.2006 erfolgte und damit das Vergabeverfahren nach dem 1.2.2006 eingeleitet wurde und der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung samt Nachprüfungsantrag ebenfalls nach dem 1.2.2006 eingebracht wurden, sind die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 zur Gänze anzuwenden. Gemäß Paragraph 345, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006 ist das Bundesvergabegesetz 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, mit 1. Februar 2006 in Kraft getreten. Da die Vergabebekanntmachung nach dem 1.2.2006 erfolgte und damit das Vergabeverfahren nach dem 1.2.2006 eingeleitet wurde und der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung samt Nachprüfungsantrag ebenfalls nach dem 1.2.2006 eingebracht wurden, sind die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 zur Gänze anzuwenden.

1. 2.Ziffer 2

Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages

Die ASFINAG ist öffentlicher Auftraggeber iSd § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 (vgl. BVA 24.10.2005, 03N/101/05-11; BVA 13.1.2005, 03N-111/04- 10). Das gegenständliche Vergabeverfahren wird von der ASFINAG Bau Management GmbH im Auftrag und im Namen der Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs-AG geführt. Diese fungiert daher als vergebende Stelle iSd § 2 Z 41 BVergG 2006. Der gegenständliche Auftrag ist als Dienstleistungsauftrag iSd § 6 BVergG 2006 zu qualifizieren. Der geschätzte Auftragswert des verfahrensgegenständlichen Auftrags beträgt laut Angaben des Auftraggebers ca. Euro 180.000.- ohne Ust. und ist daher das gegenständliche Verfahren dem Unterschwellenbereich zuzuordnen. Das gegenständliche Vergabeverfahren wurde weder widerrufen, noch wurde der Zuschlag erteilt. Die ASFINAG ist öffentlicher Auftraggeber iSd Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 (vergleiche BVA 24.10.2005, 03N/101/05-11; BVA 13.1.2005, 03N-111/04- 10). Das gegenständliche Vergabeverfahren wird von der ASFINAG Bau Management GmbH im Auftrag und im Namen der Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs-AG geführt. Diese fungiert daher als vergebende Stelle iSd Paragraph 2, Ziffer 41, BVergG 2006. Der gegenständliche Auftrag ist als Dienstleistungsauftrag iSd Paragraph 6, BVergG 2006 zu qualifizieren. Der geschätzte Auftragswert des verfahrensgegenständlichen Auftrags beträgt laut Angaben des Auftraggebers ca. Euro 180.000.- ohne Ust. und ist daher das gegenständliche Verfahren dem Unterschwellenbereich zuzuordnen. Das gegenständliche Vergabeverfahren wurde weder widerrufen, noch wurde der Zuschlag erteilt.

Der am 10.7.2007 eingelangte Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde beim Bundesvergabeamt gleichzeitig mit einem Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs 1 BVergG 2006 eingebracht und ist somit iSd § 328 Abs. 3 und Abs. 4 BVergG 2006 rechtzeitig. Die Verständigung des Auftraggebers ist erfolgt (OZ 3), die Antragstellerin hat Pauschalgebühren in der Höhe von Euro 1.600.- bezahlt. Im Übrigen sind auch die sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen gemäß § 322 BVergG 2006 erfüllt. Der gegenständliche Antrag ist daher zulässig, das Bundesvergabeamt ist zur Durchführung des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig. Der am 10.7.2007 eingelangte Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde beim Bundesvergabeamt gleichzeitig mit einem Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006 eingebracht und ist somit iSd Paragraph 328, Absatz 3 und Absatz 4, BVergG 2006 rechtzeitig. Die Verständigung des Auftraggebers ist erfolgt (OZ 3), die Antragstellerin hat Pauschalgebühren in der Höhe von Euro 1.600.- bezahlt. Im Übrigen sind auch die sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen gemäß Paragraph 322, BVergG 2006 erfüllt. Der gegenständliche Antrag ist daher zulässig, das Bundesvergabeamt ist zur Durchführung des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig.

1. 3.Ziffer 3

Inhaltliche Beurteilung des Antrages

Zu Spruchpunkt I:

Gemäß § 312 Abs. 2 Z 2 BVergG 2006 ist das Bundesvergabeamt bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens zum Zwecke von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hier zu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht zuständig zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte. Gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 ist das Bundesvergabeamt bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens zum Zwecke von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hier zu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht zuständig zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte.

Gemäß § 19 Abs 1 BVergG 2006 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. Gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 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.

In Entsprechung des Gleichbehandlungsgrundsatzes und aufgrund der allgemeinen Bestimmungen des § 19 BVergG 2006 iVm § 80 leg.cit müssen alle Bieter darauf vertrauen könne, dass sich der Auftraggeber an die von ihm festgelegten Ausschreibungsbestimmungen hält (EuGH 22.6.1993, Rs C-243/89, Storebaelt; EuGH 25.04.1996 Rs C-87/94-Kommission/Belgien). Da die Ausschreibung mangels Anfechtung innerhalb der in § 321 Abs.2 BVergG 2006 festgelegten Fristen Bestandskraft erlangt hat, ist diese unveränderliche Grundlage für die Bewertung der Angebote geworden (vgl. BVA vom 22.6.2005, 03N- 35/05-26). Damit sind die Bieter und auch der Auftraggeber an die in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen gebunden (vgl. BVA vom 20.3.2003, 12N-10/03-11; BVA 11.12.2003, 17N-115/03-30; BVA 18.8.2003, 10N-60/03-26; BVA vom 13.1.2005, 03N-111/04-10; s. auch Huber-Mataushek in ZVB 10/2005, 286). Die Leistung ist unter Berücksichtigung der festgelegten Zuschlagskriterien zu vergeben, Abweichungen von den in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen begründen eine Verletzung der wesentlichen Grundsätze des Vergabeverfahrens. In Entsprechung des Gleichbehandlungsgrundsatzes und aufgrund der allgemeinen Bestimmungen des Paragraph 19, BVergG 2006 in Verbindung mit Paragraph 80, leg.cit müssen alle Bieter darauf vertrauen könne, dass sich der Auftraggeber an die von ihm festgelegten Ausschreibungsbestimmungen hält (EuGH 22.6.1993, Rs C-243/89, Storebaelt; EuGH 25.04.1996 Rs C- 87/94-Kommission/Belgien). Da die Ausschreibung mangels Anfechtung innerhalb der in Paragraph 321, Absatz 2, BVergG 2006 festgelegten Fristen Bestandskraft erlangt hat, ist diese unveränderliche Grundlage für die Bewertung der Angebote geworden vergleiche BVA vom 22.6.2005, 03N-35/05-26). Damit sind die Bieter und auch der Auftraggeber an die in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen gebunden vergleiche BVA vom 20.3.2003, 12N-10/03-11; BVA 11.12.2003, 17N-115/03-30; BVA 18.8.2003, 10N-60/03-26; BVA vom 13.1.2005, 03N-111/04-10; s. auch Huber-Mataushek in ZVB 10 aus 2005,, 286). Die Leistung ist unter Berücksichtigung der festgelegten Zuschlagskriterien zu vergeben, Abweichungen von den in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen begründen eine Verletzung der wesentlichen Grundsätze des Vergabeverfahrens.

Wie sich aus Punkt 1,305.1.1 Unterpunkt Referenzzuordnung - Selbstdeklaration, ergibt, ist ein Referenzprojekt derjenige Gesamtauftrag, der zur Referenzbewertung der Leistungen des Auftragnehmers herangezogen wird, wobei als Objekt derjenige selbstständig bewertbare Teil des Gesamtauftrages bezeichnet wird, der zur Referenzbewertung der Leistung eines Mitarbeiters des Auftragnehmers im einzelnen herangezogen wird. Personenbezogene Referenzen werden nur dann bewertet, wenn der Bieter mit der eingereichten Beschreibung eindeutig nachweist, dass die jeweils angegebene Person die als Referenz herangezogene Leistung erfüllt hat (Unterpunkt Bewertung der Referenzen).

Wenn nun die Antragstellerin vorbringt, dass der Auftraggeber die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angeführte Referenz S 35 zu Unrecht mit der Höchstpunktezahl bewertet habe, weil mit der gewässerökologischen Beurteilung das technische Büro Ing. M*** selbständig beauftragt worden sei, mit den Detailarbeiten für die Gewässerökologie Dr. N*** und für die Fische Dr. O***, diese Leistungen daher nicht von Dr. Cc*** erbracht worden und demnach nicht mit der höchsten Punktezahl zu bewerten seien, so ist dieser Einwand berechtigt. Auch wenn die

präsumtive Zuschlagsempfängerin betont, dass aus der Aufgabenbeschreibung zu Auftrag Nr. 201716 - Landschaftspflegerische Begleit - und Detailplanung - im Rahmen der Aufträge zur S 35 Brucker Schnellstraße u.a. auch die gewässerökologische Beurteilung Inhalt des Auftrags gewesen sei und ihr die Projektleitung oblegen sei, die Auswertung der Berichte sowie die Aufsicht, so ist dem entgegen zu halten, dass gemäß den Ausschreibungsbestimmungen für die Bewertung des Qualitätskriteriums mit der Höchstpunktezahl der eindeutige Nachweis der Erfüllung der als Referenz herangezogenen Leistung durch die jeweils angegebene Person maßgeblich ist.

Gemäß Schreiben von Ing. M*** vom 23.8.2007 an die präsumtive Zuschlagsempfängerin war der Auftrag für die Erstellung der Fachbeiträge Oberflächengewässer und Fischbiologie für die UVE von der ÖSAG dem Technischen Büro M*** erteilt worden, dieser wiederum hat den Limnologen Dr. N*** für die Untersuchungen und den Oberflächengewässern beauftragt und in weiterer Folge ist auch noch, wie in der mündlichen Verhandlung bestätigt, auf Empfehlung von Dr. Cc*** der Dipl. Biologe O*** mit den Untersuchungen an der Fischfauna beauftragt worden. Auch wenn in gegenständlichem Schreiben angeführt wird, dass die fachliche Projektleitung für die Gewässerökologie dem Büro Dr. C*** oblegen ist, so sind die tatsächlichen Leistungen im Bereich Gewässerökologie im Sinne der referenzrelevanten Ausschreibungsbestimmungen nachweislich nicht von Dr.Cc***, dessen Befugnis als staatlich befugter und beeideter Ziviltechniker für Biologie und Allgemein beeideter und gerichtlich zertifizierter Sachverständiger für Naturschutz, Landschaftspflege, Bodenschutz, Jagd und Fischerei nicht die Gewässerökologie erfasst, erbracht worden.

Da aufgrund der aufgezeigten Rechtswidrigkeit das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin unrichtig bewertet worden ist und davon auszugehen ist, dass der Auftraggeber bei richtiger Bewertung der Referenzen zu einem anderen Ergebnis bei der Bestbietermittlung gekommen wäre, war die Zuschlagsentscheidung schon aus diesem Grunde für nichtig zu erklären.

Zu Spruchpunkt II:

Gemäß § 319 Abs. 3 BVergG 2006 entscheidet über den Gebührenersatz das Bundesvergabeamt. Gemäß Paragraph 319, Absatz 3, BVergG 2006 entscheidet über den Gebührenersatz das Bundesvergabeamt.

Gemäß § 318 Abs. 1 BVergG 2006 hat der Antragsteller für Anträge gemäß den §§ 320 Abs. 1, 328 Abs. 1 und § 331 Abs. 1 und 2 jeweils eine Pauschalgebühr zu entrichten, deren Höhe sich gemäß § 318 Abs. 2 1. Satz BVergG 2006 nach dem vom Auftraggeber durchgeführten Verfahren richtet. Gemäß § 318 Abs. 3 BVergG. ist die Pauschalgebühr gemäß den in Anhang XIX ausgewiesenen Sätzen bei Antragstellung zu entrichten. Gemäß § 319 Abs. 1 BVergG 2006 hat der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 BVergG 2006 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Gemäß Paragraph 318, Absatz eins, BVergG 2006 hat der Antragsteller für Anträge gemäß den Paragraphen 320, Absatz eins, 328, Absatz eins und Paragraph 331, Absatz eins und 2 jeweils eine Pauschalgebühr zu entrichten, deren Höhe sich gemäß Paragraph 318, Absatz 2, 1. Satz BVergG 2006 nach dem vom Auftraggeber durchgeführten Verfahren richtet. Gemäß Paragraph 318, Absatz 3, BVergG. ist die Pauschalgebühr gemäß den in Anhang römisch neunzehn ausgewiesenen Sätzen bei Antragstellung zu entrichten. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, BVergG 2006 hat der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, BVergG 2006 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber.

Die Antragstellerin hat für den am 10.7.2007 eingebrachten Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs. 1 leg.cit. und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 328 Abs.1 leg.cit. im Hinblick auf das im Unterschwellenbereich zu führende Verfahren nachweislich insgesamt Pauschalgebühren in der Höhe von Euro 1.600.- entrichtet. Die Antragstellerin hat für den am 10.7.2007 eingebrachten Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, leg.cit. und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 328, Absatz eins, leg.cit. im Hinblick auf das im Unterschwellenbereich zu führende Verfahren nachweislich insgesamt Pauschalgebühren in der Höhe von Euro 1.600.- entrichtet.

Da dem Nachprüfungsantrag gemäß Spruchpunkt I stattgegeben wurde und damit im Hinblick auf den Nachprüfungsantrag jedenfalls ein "teilweises Obsiegen" des Antragstellers iSd § 319 Abs. 1 BVergG 2006 vorliegt, ist dem Antrag auf Ersatz der Gebühren für den Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs. 1 leg.cit. stattzugeben. Da dem Nachprüfungsantrag gemäß Spruchpunkt römisch eins stattgegeben wurde und damit im Hinblick auf den

Nachprüfungsantrag jedenfalls ein "teilweises Obsiegen" des Antragstellers iSd Paragraph 319, Absatz eins, BVergG 2006 vorliegt, ist dem Antrag auf Ersatz der Gebühren für den Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, leg.cit. stattzugeben.

Für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung besteht gemäß § 319 Abs. 2 leg.cit. ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren nur dann, wennFür den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung besteht gemäß Paragraph 319, Absatz 2, leg.cit. ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren 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 Interessensabwägung abgewiesen wurde.

Da dem Nachprüfungsantrag gemäß Spruchpunkt I und dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß OZ EV9 stattgegeben wurde, ist auch dem Antrag auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 319 Abs. 2 BVergG 2006 stattzugeben.Da dem Nachprüfungsantrag gemäß Spruchpunkt römisch eins und dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß OZ EV9 stattgegeben wurde, ist auch dem Antrag auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 319, Absatz 2, BVergG 2006 stattzugeben.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Schlagworte

Zuschlagsentscheidung; Nichtigerklärung; Wasserrecht; Referenzen; Unrichtige Angebotsbewertung; Unzulässige Bestbieterermittlung

Dokumentnummer

VERGT_20070921_N_0068_BVA_03_2007_46_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