

TE Verg Bescheid 2007/6/12 N/0047-BVA/03/2007-20

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 12.06.2007

Norm

BVergG 2002 §4 Abs1

BVergG 2002 §7 Abs1 Z2

BVergG 2002 §9

BVergG 2002 §20 Z36

BVergG 2002 §21 Abs1

BVergG 2002 §67

BVergG 2002 §91

BVergG 2002 §98

BVergG 2002 §99

BVergG 2006 §20 Z13 lita sublitbb

BVergG 2006 §312 Abs2 Z2

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §345 Abs1 Z1

BVergG 2006 §345 Abs2

1. BVergG 2006 § 20 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 20 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 20 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 320 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
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

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senats 3, Dr. Sibyll Huber-Matauschek und die Beisitzer Mag. Manfred Rosenbaum als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Annemarie Mille als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs. 2 Z 2 BVergG 2006 - BVergG 2006, BGBl. I Nr. 17/2006 betreffend das Vergabeverfahren "S1 Wiener Außenring Schnellstraße, Schwechat bis Süßenbrunn, Planung eines Tunnels in geschlossener und offener Bauweise mit optimiertem Vortriebsverfahren für die Phasen EP und BP (Ausführungsplanung optional)" 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, diese vertreten durch Mag. Andrea Schneider über die Anträge der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A*** ZT GmbH, 2. B*** Ziviltechniker GmbH, und 3. IB C*** Ziviltechnikergesellschaft mbH, alle vertreten durch X*** Rechtsanwälte GmbH, datiert mit 2. Mai 2007, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 3. Mai 2007, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senats 3, Dr. Sibyll Huber-Matauschek und die Beisitzer Mag. Manfred Rosenbaum als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Annemarie Mille als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 - BVergG 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, betreffend das Vergabeverfahren "S1 Wiener Außenring Schnellstraße, Schwechat bis Süßenbrunn, Planung eines Tunnels in geschlossener und offener Bauweise mit optimiertem Vortriebsverfahren für die Phasen EP und BP (Ausführungsplanung optional)" 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, diese vertreten durch Mag. Andrea Schneider über die Anträge der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A*** ZT GmbH, 2. B*** Ziviltechniker GmbH, und 3. IB C*** Ziviltechnikergesellschaft mbH, alle vertreten durch X*** Rechtsanwälte GmbH, datiert mit 2. Mai 2007, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 3. Mai 2007, wie folgt entschieden:

SPRUCH

I. römisch eins.

Der Antrag " auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 3.5.2007 - zugestellt per FAX am 2.5.2007 - zugunsten der Bietergemeinschaft D*** - E*** - F*** " wird abgewiesen.

II. römisch zwei.

Der Antrag " auf Ersatz der Pauschalgebühren gemäß § 319 Abs 3 BVergG 2006, sodass ausgesprochen wird, die Autobahnen - und Schnellstraßen Finanzierungs-AG (ASFINAG) ist schuldig, die der Antragstellerin durch den Nachprüfungsantrag entstandenen Antragsgebühren im gesetzlichen Ausmaß zu Händen ihrer Rechtsvertreter binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen", wird abgewiesen. Der Antrag " auf Ersatz der Pauschalgebühren gemäß Paragraph 319, Absatz 3, BVergG 2006, sodass ausgesprochen wird, die Autobahnen - und Schnellstraßen Finanzierungs-AG (ASFINAG) ist schuldig, die der Antragstellerin durch den Nachprüfungsantrag entstandenen Antragsgebühren im gesetzlichen Ausmaß zu Händen ihrer Rechtsvertreter binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen", wird abgewiesen.

BEGRÜNDUNG

Mit Schriftsatz datiert 2. Mai 2007, beim Bundesvergabebeamten eingelangt am 3. Mai 2007, beantragte die Antragstellerin die Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens und einer mündlichen Verhandlung sowie die Erlassung einer einstweiligen Verfügung samt Ersatz der Pauschalgebühren im Wesentlichen mit der Begründung, der Auftraggeber habe das von der Antragstellerin angegebene Referenzprojekt "Dublin Port Tunnel", obwohl den Ausschreibungsbestimmungen entsprechend, zu Unrecht mit 0 Punkten bewertet und damit, wie in der Zuschlagsentscheidung vom 2.5.2007 mitgeteilt, das Angebot der Antragstellerin unzulässigerweise nur an dritte Stelle gereiht. Zudem seien die Referenzen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin unrichtig bewertet worden, vielmehr wäre bei Einhaltung der vergaberechtlichen Bestimmungen und richtiger Bewertung der Referenzen dem Angebot der Antragstellerin als Bestbieterin der Zuschlag zu erteilen.

Konkretisierend führte die Antragstellerin aus, nach positiver Bewertung des Teilnahmeantrags in der ersten Stufe des Verfahrens sei die Antragstellerin zur Angebotsabgabe in die zweite Stufe eingeladen worden. Der Zuschlag solle dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werden. In Punkt 1,305.1 Teil A-1 der Ausschreibungsunterlagen seien die maßgeblichen Zuschlagskriterien wie folgt festgelegt und gewichtet, wobei für die Sub-Zuschlagskriterien der Qualität eine weitere Sub-Gewichtung festgelegt sei:

- -Strichaufzählung
Gesamtpreis 30%
- -Strichaufzählung
Qualität 70%

Planung eines Tunnels mit Schildvortrieb

Planung eines Tunnels in offener Bauweise

Planung eines Straßentunnels Mitarbeit bei

Umweltverträglichkeitsprüfung

Planung eines Tunnels mit Tübbingausbau und Querschlägen Bewertung des zum Einsatz gelangenden Schüsselpersonals.

Darüber hinaus seien in den Punkten 1,305.2 und 1,305.3 Teil A-1 der Ausschreibungsunterlagen diese Zuschlagskriterien weiter konkretisiert. Wesentlich dabei sei, dass die Qualität der Angebote ausschließlich mit Referenzen bewertet werde.

Die Antragstellerin habe fristgemäß ein ausschreibungskonformes Angebot abgegeben. Mit Schreiben vom 31.1.2007 habe der Auftraggeber die Zuschlagsentscheidung zugunsten der Bietergemeinschaft D*** - E*** - F*** mit einer Gesamtpunktezahl von 91,33 gegenüber der Gesamtpunktezahl der Antragstellerin von 88,35 getroffen. Die Differenz zwischen der von der präsumtiven Bestbieterin erreichten Gesamtpunktezahl und jener der Antragstellerin betrage lediglich 2,98 Punkte, wobei die präsumtive Bestbieterin beim Zuschlagskriterium "Qualität" 61,33 Punkte erreicht und somit die beinahe die höchstmögliche gewichtete Punktezahl erhalten habe, sodass die Referenzen die in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Spezifikationen nahezu bestens erfüllen müssen. Gegen die mit Fax vom 31.1.2007 mitgeteilte Zuschlagsentscheidung sei mit Schriftsatz vom 14.2.2007 ein unter der GZ /0013-BVA/03/2007 protokollierter Nachprüfungsantrag und ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung beim Bundesvergabebeamten eingebracht worden. Darüber hinaus habe auch die Bietergemeinschaft G***/ H*** einen Nachprüfungsantrag, protokolliert unter der GZ N/0011- BVA/03/2007, gegen diese Zuschlagsentscheidung eingebracht. Mit Bescheid vom 27.4.2007, N/0011-BVA/03/2007-24, sei diese bekämpfte Zuschlagsentscheidung vom 31.1.2007 bzw 1.2.2007 im Nachprüfungsverfahren der Bietergemeinschaft G***/H*** für nichtig erklärt worden. In der Folge sei der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin vom 14.2.2007 mit Bescheid vom 29.3.2007, N/0013-BVA/03/2007-30, zurückgewiesen worden.

Mit Fax vom 10.4.2007, datiert mit 11.4.2007, sei die Antragstellerin zum Referenzprojekt "Dublin Port Tunnel" um Aufklärung gemäß § 94 BVergG 2002 binnen sieben Tagen ersucht worden. Die Auftraggeberin habe in diesem Fax darauf hingewiesen, dieses Referenzprojekt sei "vor dem gemäß den Festlegungen unserer Ausschreibungslagen für die Beurteilung relevanten Stichtag 01.09.1995 beauftragt worden und daher mit Null Punkten zu bewerten. Fristgemäß sei zu dieser Aufforderung mit Schreiben vom 17.4.2007 Stellung genommen und nachgewiesen worden, dass weder die Auftragserteilung noch der Auftragsbeginn vor dem 1.9.1995 erfolgt und zudem ab 1998 nochmals vollständig bearbeitet worden sei. Auf diesen Umstand sei bereits im Angebotsformblatt unter anderem mit dem

Hinweis "Aug 1998 (2. Einr. EIS)" (August 1998 zweites Einreichprojekt, EIS = Environmental Impact Statement) und "Okt 1998 Ausschreibungsprojekt") ausdrücklich hingewiesen worden. Für diese zweite Projektphase ab 1998 gebe es keine Zweifel, dass diese den festgelegten Referenzzeitraum nicht erfüllen würde. Zum Nachweis dafür sei dem Schreiben vom 17.4.2007 nochmals das Angebots-Formblatt, eine Auftraggeber-Bestätigung über den Referenzinhalt des Dublin City Council vom 23.3.2007 und der im Nachprüfungsverfahren zu N/0013-BVA/03/2007 eingereichte Schriftsatz vom 26.3.2007 angeschlossen worden. Mit Fax vom 10.4.2007, datiert mit 11.4.2007, sei die Antragstellerin zum Referenzprojekt "Dublin Port Tunnel" um Aufklärung gemäß Paragraph 94, BVergG 2002 binnen sieben Tagen ersucht worden. Die Auftraggeberin habe in diesem Fax darauf hingewiesen, dieses Referenzprojekt sei "vor dem gemäß den Festlegungen unserer Ausschreibungslagen für die Beurteilung relevanten Stichtag 01.09.1995 beauftragt worden und daher mit Null Punkten zu bewerten. Fristgemäß sei zu dieser Aufforderung mit Schreiben vom 17.4.2007 Stellung genommen und nachgewiesen worden, dass weder die Auftragserteilung noch der Auftragsbeginn vor dem 1.9.1995 erfolgt und zudem ab 1998 nochmals vollständig bearbeitet worden sei. Auf diesen Umstand sei bereits im Angebotsformblatt unter anderem mit dem Hinweis "Aug 1998 (2. Einr. EIS)" (August 1998 zweites Einreichprojekt, EIS = Environmental Impact Statement) und "Okt 1998 Ausschreibungsprojekt") ausdrücklich hingewiesen worden. Für diese zweite Projektphase ab 1998 gebe es keine Zweifel, dass diese den festgelegten Referenzzeitraum nicht erfüllen würde. Zum Nachweis dafür sei dem Schreiben vom 17.4.2007 nochmals das Angebots-Formblatt, eine Auftraggeber-Bestätigung über den Referenzinhalt des Dublin City Council vom 23.3.2007 und der im Nachprüfungsverfahren zu N/0013-BVA/03/2007 eingereichte Schriftsatz vom 26.3.2007 angeschlossen worden.

Obwohl durch diese Urkunden bescheinigt und nachgewiesen worden sei, dass das Referenzprojekt "Dublin Port Tunnel" nicht vor dem 1.9.1995 beauftragt worden sei, habe die Auftraggeberin mit Fax vom 20.4.2007 mitgeteilt, diese Urkunden nicht weiter zu berücksichtigen und daher das Referenzprojekt mit Null Punkten zu bewerten. Die Auftraggeberin habe in diesem Schreiben noch mitgeteilt: "Wir beabsichtigen, im Laufe der nächsten Woche, die Zuschlagsentscheidung bekannt zu geben. Sie haben bis dahin die Möglichkeit nochmals zu der Bewertung Stellung zu nehmen." (Unterstreichungen vom Zitierenden)". Völlig überraschend habe jedoch die Auftraggeberin eine Zuschlagsentscheidung mit Datum vom 24.4.2007 bereits am Montag, 23.4.2007, 16.22 Uhr, per Fax zugunsten der Bietergemeinschaft D*** - E*** - F*** mitgeteilt. Dennoch habe die Antragstellerin der Auftraggeberin die bereits vorbereitete Stellungnahme vom 24.4.2007 per E-Mail übermittelt. Die Auftraggeberin habe dann mit Fax vom 2.5.2007, 10.30 Uhr, die Zuschlagsentscheidung vom 23.4.2007, datiert mit 24.4.2007, widerrufen. Unmittelbar danach habe die Auftraggeberin mit Fax vom 2.5.2007, 12.50 Uhr, datiert mit 3.5.2007, eine weitere inhaltsgleiche Zuschlagsentscheidung mitgeteilt und bekannt gegeben: "Als Grund für die Ablehnung Ihres Angebotes darf mitgeteilt werden, dass auf Grund der erfolgten Preis- und Qualitätsbewertung (Preis: 30%, Qualität: 70%) Ihr Angebot nicht an erster Stelle liegt und daher für eine Zuschlagserteilung nicht in Frage kommt. Im Übrigen darf auf die Ausführungen zum nachfolgenden Punkt 5 "Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes" verwiesen werden."

Die Auftraggeberin begründe die Nichtberücksichtigung des Angebotes der Antragstellerin ausschließlich damit, das Angebot sei gegenüber der präsumtiven Bestbieterin inhaltlich schlechter zu bewerten gewesen. Auf die Begründung, bereits der Teilnahmeantrag der Antragstellerin sei wegen falscher Angaben zum Referenzprojekt "Dublin Port Tunnel" auszuschneiden gewesen, habe die Auftraggeberin verzichtet. Offensichtlich habe diese erkannt, dass das Vorbringen in Punkt 1 ihrer ergänzenden Stellungnahme vom 13.3.2007 im Verfahren zur Zahl N/0013-BVA/03/2007 inhaltlich verfehlt sei. Eine ausdrückliche Begründung für die Punktevergabe in der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung vom 2.5.2007 sei nicht enthalten. Lediglich aus der bereits dargelegten Vorkorrespondenz sei ableitbar, dass die Auftraggeberin davon ausgehe, das Referenzprojekt könne den festgelegten Referenzzeitraum gemäß Punkt 1,305.2.1 Teil A-1 der Ausschreibungsunterlagen nicht erfüllen, weshalb das Angebot der Antragstellerin nunmehr nur mit einer Gesamtpunktzahl von 72,45 bewertet worden sei, anstelle der ursprünglichen 88,35. Die Gesamtpunktzahl der präsumtiven Bestbieterin sei jedoch gegenüber der ersten Zuschlagsentscheidung unverändert mit 91,33 bekannt gegeben worden.

Die Nicht-Berücksichtigung des Referenzprojektes "Dublin Port Tunnel" bei der Bestbieterermittlung sei aus mehreren Gründen vergaberechtswidrig: Aufgrund der der Auftraggeberin vorgelegten Urkunden stehe fest, dass dieses Referenzprojekt nicht vor dem 1.9.1995 beauftragt worden sei. Diese Urkunden seien eine vollständige Bescheinigung, mit denen die Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen und im BVergG 2002 über Referenznachweise vollinhaltlich erfüllt würden. Dies betreffe insbesondere die Referenzbestätigung des Dublin City Council vom 23.3.2007, mit der die

Auftragserteilung und der Auftragsbeginn innerhalb des definierten Referenzzeitraumes nachgewiesen würden. Eine über eine solche Referenzbestätigung hinausgehende Bescheinigung sei weder im BVergG 2002 noch in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehen. Der zivilrechtliche Auftraggeber des Referenzprojektes sei die National Roads Authority (NRA) gewesen, die im Hinblick auf ihre Zuständigkeiten mit der früheren österreichischen Bundesstraßenverwaltung und nunmehr mit der ASFINAG verglichen werden könne. Die NRA unterstehe direkt dem zuständigen Minister der irischen Regierung. Das Vergabeverfahren, die Planung und Errichtung des "Dublin Port Tunnel" sei von der Dublin Corporation (Magistrat der Stadt Dublin) quasi als vergebende Stelle im Namen der NRA durchgeführt worden. Die Dublin Corporation sei in der Folge in die Dublin City Council umgewandelt worden. Als Rechtsnachfolgerin der Dublin Corporation bestätige daher auch die Dublin City Council das Referenzschreiben vom 23.3.2007. Dieses Schreiben sei ausgestellt von Herrn I*** als stellvertretender Baudirektor der Stadt Dublin. Darüber hinaus sei Herr I*** der verantwortliche Projektleiter des "Dublin Port Tunnels" gewesen. Unter seiner Projektleitung seien sämtliche Planungsschritte für erarbeitet worden.

Die zivilrechtliche Beauftragung sei, wie im Letter of Intent vom 2.8.1995 ausdrücklich festgehalten, von der NRA als Auftraggeberin zu genehmigen gewesen (argumentum: "subject to the signing of a formal contract with Dublin Corporation and to the approval of the National Roads Authority"). Diese formelle Genehmigung durch die NRA sei intern erst mit beiliegendem Schreiben vom 29.8.1995 erfolgt; dieses Schreiben habe die NRA als zivilrechtliche Auftraggeberin an die vergebende Stelle (Dublin Corporation) weitergeleitet. Mit dem Eingangsstempel auf diesem Genehmigungsschreiben sei nachgewiesen, dass dieses Schreiben bei der Dublin Corporation erst am 31.8.1995 eingelangt sei. Die formelle Genehmigung durch die NRA als Auftraggeberin habe frühestens im September 1995 an die Antragstellerin weitergeleitet worden sein können, weil die Dublin Corporation als vergebende Stelle das Genehmigungsschreiben selbst erst am 31.8.1995 erhalten habe. Da ein zivilrechtliches Auftragsverhältnis frühestens mit Zugang einer Annahmeerklärung des Auftraggebers beim Auftragnehmer zustande komme, könne das Referenzprojekt "Dublin Port Tunnel" keinesfalls vor dem 1.9.1995 beauftragt worden sein und erfülle den in Punkt 1,305.2.1 Teil A-1 der Ausschreibungsunterlagen festgelegten Referenzzeitraum. Die Auftraggeberin hätte für dieses Referenzprojekt die von der Antragstellerin selbst deklarierte Punktezahl vergeben müssen. Aufgrund der formellen Referenzbestätigung der Dublin City Council vom 23.3.2007 stehe folgende für das vorliegende Nachprüfungsverfahren entscheidenden Eckpunkte des Referenzprojektes "Dublin Port Tunnel" fest:

"

1. a.Litera a

Mit dem Letter of Intent vom 2.8.1995 wurde keine verbindliche Beauftragung erteilt, weil unter anderem die zivilrechtliche Beauftragung ausdrücklich von der formellen Genehmigung durch die NRA und dem Abschluss eines formellen Vertrages abhängig gemacht wurde (argumentum: "subject to the signing of a formal contract with Dublin Corporation and to the approval of the National Roads Authority").

2. b.Litera b

Die formelle Genehmigung durch die NRA erfolgte intern erst mit Schreiben vom 29.8.1995 bzw 31.8.1995. Der formelle Vertrag wurde folglich auch erst nach dem 31.8.1995 unterfertigt.

3. c.Litera c

Der Arbeitsbeginn aufgrund der verbindlichen Beauftragung erfolgte mit September 1995. Darüber hinaus wird im Referenzschreiben vom 23.3.2007 unser bereits in Punkt 3.3 der Ergänzenden Stellungnahme vom 22.3.2007 erstattetes Vorbringen bestätigt: Das Joint Venture wurde 1998 mit einem völlig neuen Projekt beauftragt, das alle inhaltlichen Anforderungen des ursprünglichen Projektes und der Ausschreibungsunterlagen erfüllte, dessen Auftragserteilung und Auftragsbeginn aber völlig unbestreitbar innerhalb des definierten Referenzzeitraumes liegt." . Unabhängig von diesem Nachweis sei jedoch das Referenzprojekt "Dublin Port Tunnel" auch aus folgenden Gründen jedenfalls eine gültige Referenz:

" Das Projekt, dessen Auftragsbeginn mit September 1995 erfolgte, beinhaltete eine Tunnelstrecke mit einer Länge von rund 2,8 km. Für dieses Projekt hat unser Joint Venture - bestehend aus A*** ZT GmbH und J***- ein Vorprojekt, eine komplette Einreichplanung und die Unterlagen für die Umweltverträglichkeitsprüfung (blue EIS, blaue Umweltverträglichkeitserklärung) erstellt. Diese Projektphasen haben wir detailliert im Referenzblatt 1.1 (Seite 8 von 23) angeführt ("Nov 1995 Vorprojekt, Feb 1996 Generelles Proj, Aug. 1997 1. Einr").Dazu haben wir auch entsprechende geologische Untersuchungen und Verkehrsstudien durchgeführt. Im Zuge der "public

consultation" (Erörterung und Vorstellung des Projektes in der Öffentlichkeit) kam es zu maßgeblichen Widerständen gegen die gewählte Portalsituation am Nordportal. Der Versuch, dieses Projekt 1997 vom "dublin city council" (Stadtparlament) genehmigen zu lassen, scheiterte und wurde mit dem Auftrag für weitere Studien zurückgewiesen. Von Herbst 1996 bis zum Sommer 1997 wurden weitere Studien ("supplementary studies") über Linienführung des Tunnels, Portaloptionen und andere Detailfragen durchgeführt. Herr Doktor K*** war bis zu diesem Zeitpunkt in Dublin permanent stationiert. Ein geändertes Vorprojekt mit einer geänderten Tunnellänge von 4,6 km wurde im Herbst 1997 wiederum dem Stadtparlament zur Berücksichtigung im "development plan" (ähnlich unserem Flächenwidmungsplan) vorgelegt. Dieses Vorprojekt erhielt schließlich den notwendigen Mehrheitsbeschluss.

Im Frühjahr 1998 wurde daher unser Joint Venture mit der Erstellung der entsprechenden Einreichunterlagen für die neuerliche, komplette Einreichung des nunmehr wesentlich geänderten Projektes beauftragt. Zusätzliche geologische Untersuchungen, Verkehrsstudien für mautpflichtige und nicht mautpflichtige Verkehrsszenarien sowie alle für die Umweltverträglichkeit geänderten Planungsgrundlagen waren für den nunmehr 4,6 km langen Tunnelabschnitt zu berücksichtigen. Auch diese Planungsphase haben wir am Referenzblatt 1.1 (Seite 8 von 23) mit "Aug 1998 2.Eintr." korrekt vermerkt.

Anschließend an die Erstellung der Einreichunterlagen für die Umweltverträglichkeitsprüfung (green copy, grüne Ausfertigung) wurde nach weiteren "public consultations" die "public inquiry" (die Umweltverträglichkeitsprüfung im Zuge einer mehrwöchigen Gerichtsverhandlung ähnlich) abgehalten, bei der Herr Doktor K*** als Projektleiter für die Planung fungierte und mehrfach zur Befragung in den Zeugenstand gerufen wurde. Parallel zur "public inquiry" wurde bereits mit der Ausschreibungsplanung begonnen, die im Spätherbst 1999 nach einem Präqualifikationsverfahren an die Bieter ausgesandt wurde. Auch dies haben wir auf dem Referenzblatt 1.1 korrekt vermerkt (Seite 8 von 23; "Okt. 1998 Ausschreibungsprojekt"). Nach umfangreichen Prüfungen der Angebote erfolgte im Dezember 2000 der Zuschlag. Bis zum Sommer 2001 hat die A*** ZT GmbH (Salzburg) eine Wohnmöglichkeit in Dublin permanent angemietet.

Die Ausführungsplanung wurde durch das beauftragte bauausführende Bau-Konsortium erbracht, unser Joint Venture hat über die gesamte Vertragsdauer einen Beraterauftrag erhalten.

...Im Übrigen ist nochmals festzuhalten, dass die Mitteilung über die Zuschlagsentscheidung vom 2.5.2007 keine Begründung enthält, warum unser Referenzprojekt "Dublin Port Tunnel" keine Punkte erhalten hat. Lediglich im Fax vom 20.4.2007 ist eine Begründung enthalten, aus der sich jedoch ergibt, dass die Auftraggeberin im Hinblick auf unser Referenzprojekt gerade keine fundierte Angebotsprüfung durchgeführt hat. Vielmehr hat die Auftraggeberin bloß aufgrund einer Vermutung, ohne verlässliche Sicherheit - offensichtlich nach dem Motto "im Zweifel gegen den potentiellen Antragsteller" - unserem Referenzprojekt die ursprünglich zuerkannten Punkte aberkannt. Besonders deutlich wird diese Intention durch folgenden Hinweis im Fax der Auftraggeberin vom 20.4.2007:

"Wie Herr Dr. K*** in der mündlichen Verhandlung vom 8.3.2007 mitteilte, ist er bereits im Sommer 1995 mit seiner Familie nach Irland übersiedelt. Somit ist davon auszugehen, dass eine Beauftragung mit den Referenzprojekt schon zu diesem Zeitpunkt (Sommer 1995) erfolgte und auch mit den Leistungen schon vor dem 01.09.1995 begonnen wurde." (Unterstreichungen vom Zitierenden)

Die Auftraggeberin negiert damit die von uns vorgelegten Urkunden (siehe Punkt 1.3.1), aus denen sich gerade das Gegenteil ergibt und versucht die Nicht-Berücksichtigung unseres Referenzprojektes durch die bewusste Fehlinterpretation einer Zeugenaussage zu rechtfertigen. Eine solche Vorgehensweise entspricht in keiner Weise einer fundierten Angebotsprüfung.

...Nach all dem ist nochmals festzuhalten: Der Auftragsbeginn und die zivilrechtliche Beauftragung für unser Referenzprojekt "Dublin Port Tunnel" sind jeweils nach dem 1.9.1995 erfolgt. Letztlich ist dies jedoch aufgrund der Angaben im Referenzblatt 1.1 unseres Angebotes ("Aug 1998 (2. Einr. EIS)" und "Okt 1998 Ausschreibungsprojekt") unerheblich. Inhaltlich wurden wir nämlich 1998 mit einem völlig neuen Projekt beauftragt, das alle inhaltlichen Anforderungen des ursprünglichen Projektes und der Ausschreibungsunterlagen erfüllte, dessen Auftragserteilung und Auftragsbeginn aber völlig unbestreitbar innerhalb des definierten Referenzzeitraumes liegt. Selbstverständlich wurde auch diese Beauftragung durch die Dublin Corporation vorgenommen, die schon für den vorangegangenen Bearbeitungsteil als Auftraggeber fungierte."

Zur unzulässigen Bewertung der Referenzen der präsumtiven Bestbieterin führte die Antragstellerin folgendes aus:

" Zum einen werden in den Ausschreibungsunterlagen Planreferenzen aus dem Bereich Tunnelbau gefordert, die für die Errichtung einer Autobahn (A), Schnellstraße (S) oder Bundesstraße (B, diese müssen "alle wesentlichen technischen Anforderungen einer A- oder S-Straße erfüllen") entsprechend dem österreichischen und gemeinschaftsrechtlichen Sprachverständnis erbracht wurden. Diese Festlegung findet sich beispielsweise auf den Seiten 17 (Fußnote 1) und 20 Teil A-1 der Ausschreibungsunterlagen. Dadurch wird unmissverständlich klargestellt, dass als gültige Tunnel-Referenz nur ein solches Projekt bewertet wird, dessen Tunnelplanung sich auf die Errichtung einer Autobahn, Schnellstraße oder Bundesstraße bezieht. Andere Planreferenzen, die sich also nicht auf eine Autobahn, Schnellstraße oder Bundesstraße beziehen, erfüllen demnach nicht die inhaltliche in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Anforderung. Solche Planungs-Referenzen dürfen daher bei den Zuschlagskriterien keinesfalls (positiv) bewertet werden. Zum anderen werden bei den Zuschlagskriterien die jeweiligen Projektphasen bewertet; je mehr Projektphasen ein Bieter bei einem Referenzprojekt abgewickelt hat, umso mehr Punkte werden dafür vergeben (siehe beispielsweise die Seite 20 Teil A-1 der Ausschreibungsunterlagen). Diese Projektphasen sind:

Einreichplanung, Ausschreibungsplanung sowie Ausführungsplanung (Bauprojekt). Entscheidend dabei ist, dass in den Ausschreibungsunterlagen die inhaltliche Bedeutung dieser Projektphasen jeweils mit der "Projektierungsdienstanweisung" des Bundesministeriums für Verkehr, Innovation und Technologie (BMVIT) definiert wird (vgl etwa Seite 20 Teil A-1 der Ausschreibungsunterlagen. Im Auftragsfall hat der Auftragnehmer im Übrigen seine Leistungen auch nach der "Projektierungsdienstanweisung" des BMVIT zu erbringen (siehe Punkt 2,201 Teil A-2 der Ausschreibungsunterlagen). Im vorliegenden Fall ergibt sich also das inhaltlich-technische Verständnis, was unter Einreichplanung, Ausschreibungsplanung sowie Ausführungsplanung zu verstehen ist, aus dieser "Projektierungsdienstanweisung" ergänzt um das allgemeine Verständnis eines fachkundigen Dritten, das durch nationale und gemeinschaftsrechtliche Rahmenbedingungen determiniert wird. Einreichplanung, Ausschreibungsplanung sowie Ausführungsplanung (Bauprojekt). Entscheidend dabei ist, dass in den Ausschreibungsunterlagen die inhaltliche Bedeutung dieser Projektphasen jeweils mit der "Projektierungsdienstanweisung" des Bundesministeriums für Verkehr, Innovation und Technologie (BMVIT) definiert wird vergleiche etwa Seite 20 Teil A-1 der Ausschreibungsunterlagen. Im Auftragsfall hat der Auftragnehmer im Übrigen seine Leistungen auch nach der "Projektierungsdienstanweisung" des BMVIT zu erbringen (siehe Punkt 2,201 Teil A-2 der Ausschreibungsunterlagen). Im vorliegenden Fall ergibt sich also das inhaltlich-technische Verständnis, was unter Einreichplanung, Ausschreibungsplanung sowie Ausführungsplanung zu verstehen ist, aus dieser "Projektierungsdienstanweisung" ergänzt um das allgemeine Verständnis eines fachkundigen Dritten, das durch nationale und gemeinschaftsrechtliche Rahmenbedingungen determiniert wird.

...Zum Zuschlagskriterium 1 - Referenz Hai Van Pass ...Die präsumtive Bestbieterin hat beim Zuschlagskriterium 1 ("Planung eines Straßentunnels") das Referenzprojekt "Hai Van Pass" bekannt gegeben. Bemerkenswert in diesem Zusammenhang ist, dass die präsumtive Bestbieterin bereits in der ersten Stufe des Vergabeverfahrens mit dem Referenzprojekt 1.1 das Projekt "Hai Van Pass" bekannt gegeben hat. Dabei hat die präsumtive Bestbieterin im Rahmen der "Selbstdeklaration" dieses Referenzprojekt beim Sub-Kriterium "Planungstiefe" lediglich mit 25 Punkten bewertet, also nur ein Bauprojekt ohne Einreichprojekt als bewertungsfähig vorgeschlagen. Letztlich hat die Auftraggeberin dieses Referenzprojekt in der ersten Stufe überhaupt nur mit 20 Punkten anerkannt und damit deutlich geringer als die präsumtive Bestbieterin selbst bewertet. Wesentlich für das vorliegende Nachprüfungsverfahren ist, dass in den Teilnahmeunterlagen für die erste Stufe das Sub-Kriterium "Planungstiefe" wie folgt definiert war:

Einreich- und Bauprojekt (Ausschreibungs- mit oder
ohne Ausführungsplanung).....30 Punkte
Einreichprojekt.....27,5 Punkte
Bauprojekt (Ausschreibungs- und Bauprojekt).....25 Punkte
Bauprojekt (nur Ausführungsplanung).....20 Punkte
Vorprojekt.....15 Punkte

Aus dem Bewertungsprotokoll der ersten Stufe ergibt sich, dass die präsumtive Bestbieterin beim Referenzprojekt "Hai

Van Pass" lediglich die Ausschreibungsplanung erbracht hat (vgl die Spalte Anmerkungen). Obwohl eigentlich die "Ausschreibungsplanung" als solches nach den soeben zitierten Sub-Kriterien gar nicht zu bewerten war, hat die Auftraggeberin dennoch 20 Punkte vergeben. Damit wurde die offensichtlich gewertete "Ausschreibungsplanung" (ob diese tatsächlich erbracht wurde, darf weiterhin angezweifelt werden) mit der in den Teilnahmeunterlagen geforderten "Ausführungsplanung" gleichgesetzt und damit eine in den Ausschreibungsunterlagen nicht vorgesehene Bewertung vollzogen. Aus dem Bewertungsprotokoll der ersten Stufe ergibt sich, dass die präsumtive Bestbieterin beim Referenzprojekt "Hai Van Pass" lediglich die Ausschreibungsplanung erbracht hat (vergleiche die Spalte Anmerkungen). Obwohl eigentlich die "Ausschreibungsplanung" als solches nach den soeben zitierten Sub-Kriterien gar nicht zu bewerten war, hat die Auftraggeberin dennoch 20 Punkte vergeben. Damit wurde die offensichtlich gewertete "Ausschreibungsplanung" (ob diese tatsächlich erbracht wurde, darf weiterhin angezweifelt werden) mit der in den Teilnahmeunterlagen geforderten "Ausführungsplanung" gleichgesetzt und damit eine in den Ausschreibungsunterlagen nicht vorgesehene Bewertung vollzogen.

....Entscheidend für das vorliegende Nachprüfungsverfahren ist, dass in der zweiten Stufe des Vergabeverfahrens dasselbe Referenzprojekt bei der "Planungsphase" plötzlich die volle Punktezahl erreicht hat. Die Auftraggeberin hat also für das Referenzprojekt "Hai Van Pass" sowohl ein Einreichprojekt als auch ein Bauprojekt, bestehend aus den Planungsphasen Ausschreibungsplanung und Ausführungsplanung, anerkannt (siehe dazu Seite 20 des Teiles A-1 der Ausschreibungsunterlagen).

Es ist also nochmals festzuhalten: Die präsumtive Bestbieterin hat in der ersten Stufe lediglich ein "Bauprojekt" im Zuge der Selbstbewertung vorgeschlagen, die Auftraggeberin hat überhaupt nur eine "Ausschreibungsplanung" anerkannt; in der zweiten Stufe hat dann die Auftraggeberin für dasselbe Referenzprojekt plötzlich ein vollständiges "Einreichprojekt" samt vollständigem "Bauprojekt" anerkannt. Diese inhaltliche Aufwertung ist objektiv nicht nachvollziehbar und bestätigt nachdrücklich die von uns monierten Mängel bei der Bestbieterermittlung. Die Aufwertung der Referenz kann nämlich insbesondere auch nicht dadurch erklärt werden, die Auftraggeberin hätte die Referenz in der ersten Stufe nur "oberflächlich" geprüft. Vielmehr steht fest, dass die Auftraggeberin auch in der ersten Stufe das Referenzprojekt konkret geprüft hat. Die Auftraggeberin hat nämlich die Selbstdeklaration der präsumtiven Bestbieterin mit 25 Punkten nicht anerkannt und lediglich eine "Ausschreibungsplanung" gewertet und dafür 20 Punkte vergeben.

...Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass das vietnamesische Referenzprojekt "Hai Van Pass" deutlich weniger Punkte erhalten hätte müssen, weil dabei keinesfalls die hohen Qualitätsanforderungen an die Planungsleistungen erfüllt wurden, wie dies durch die verbindliche "Dienstanweisung zur Erarbeitung und Vorlage von Bundesstraßenprojekten des BMVIT gefordert ist". Dies bestätigt sogar die Auftraggeberin ausdrücklich in Punkt 3.2 ihrer Stellungnahme vom 19.2.2007 im Nachprüfungsverfahren zur Zahl N/0013-BVA/03/2007. Darin ist ausgeführt, dass "eine direkte Vergleichbarkeit der Projektierungsdienstanweisung des österreichischen Bundesministeriums mit den Vorgaben der - im gegenständlichen Fall - vietnamesischen Behörde[...] naturgemäß nicht gegeben" ist. Dennoch hat die Auftraggeberin diesen "naturgemäßen" Unterschied bei der Bewertung in keiner Weise berücksichtigt und das vietnamesische Projekt mit einem Projekt innerhalb des EWR gleichgesetzt.

Bemerkenswert ist, dass die Auftraggeberin bei anderen Vergabeverfahren durchaus Referenzprojekte, die außerhalb des EWR erbracht wurden, gegenüber Referenzprojekten innerhalb des EWR regelmäßig geringer bewertet. Teilweise enthalten dazu die Ausschreibungsunterlagen sogar explizite Festlegungen, nach denen Referenzprojekte innerhalb des EWR mit beträchtlich höheren Punkten bewertet werden, als Referenzprojekten außerhalb des EWR. In diesem Zusammenhang darf beispielsweise auf das Vergabeverfahren "A23 Autobahn Süd-Ost-Tangente Wien - Spange Flugfeld Aspang - Abschnitt Knoten Hirschstätten - Knoten Raasdorf - Tunnelplanung in der Planungsphase Vorprojekt" verwiesen werden. Auf Seite 5 der betreffenden Ausschreibungsunterlage ist etwa gerade eine solche Differenzierung ausdrücklich festgelegt....

...Als Zwischenergebnis ist festzuhalten: Die von uns bekämpfte Zuschlagsentscheidung ist vergaberechtswidrig, weil für das Referenzprojekt "Hai Van Pass" beim Sub-Kriterium "Planungsphase" keinesfalls die volle Punktezahl zu vergeben war. Berücksichtigt man nur das eigene Bewertungsergebnis der Auftraggeberin aus der ersten Stufe auch bei der Angebotsbewertung in der zweiten Stufe bedeutet dies, dass mit diesem Referenzprojekt lediglich eine "Ausschreibungsplanung" erbracht wurde.

Folglich hätte beim Sub-Kriterium "Planungsphase" nicht der Faktor 1, sondern nur der Faktor 0,25 vergeben werden dürfen (zu diesem Faktor siehe Seite 20 des Teiles A-1 der Ausschreibungsunterlagen). Damit hätte die präsumtive Bestbieterin für das Referenzprojekt "Hai Van Pass" nicht 4,75 Punkte, sondern nur 1,1875 Punkte erreichen dürfen.

Lüftung	Planungs- phase	Tätigkeit	Skaliert (100 Punkte)	Gewichtung 5%	
4,75	0,95	1	1	100	0,05
1,1875:	0,95	0,25	1	100	0,05

Die Differenz zwischen den gewährten 4,75 Punkten und den tatsächlich zu vergebenden 1,1875 Punkten beträgt demnach: 3,5625. Diese Punkte hat die präsumtive Bestbieterin zu viel erhalten. Die präsumtive Bestbieterin hat eine Gesamt-Punktezahl von 91,33 erreicht, während wir eine Gesamt-Punktezahl von 88,35 erzielt haben. Bringt man nun bei der präsumtiven Bestbieterin die zu Unrecht gewährte Differenz von 3,5625 Punkten in Abzug, hätte die präsumtive Bestbieterin lediglich 87,7675 Punkte erreichen dürfen. Damit liegt die präsumtive Bestbieterin mit ihrer tatsächlich erreichten Punktezahl hinter unserer tatsächlichen Gesamt-Punktezahl. Demnach steht fest, dass die Zuschlagsentscheidung vergaberechtswidrig ist."

Zum Zuschlagskriterium 3 - Referenz Tunnel Rannersdorf führte die Antragstellerin aus, dass für dieses Referenzprojekt unzulässigerweise die volle Punktezahl vergeben worden sei, insbesondere sei auch das Sub-Kriterium "Planungsphase" mit der vollen Punktezahl bewertet worden.

" ...Wie bereits mehrfach ausgeführt wurde, lag der Bewertung für die einzelnen Zuschlagskriterien unter anderem ausdrücklich die "Dienstanweisung zur Erarbeitung und Vorlage von Bundesstraßenprojekten (Projektierungsdienstanweisung)" des BMVIT zugrunde. In Punkt 3 werden die auch im vorliegenden Fall zu bewertenden Planungsphasen wie folgt definiert:

- -Strichaufzählung
Voruntersuchung
- -Strichaufzählung
Vorprojekt
- -Strichaufzählung
Einreichprojekt
- -Strichaufzählung
Bauprojekt (bestehend aus Erstellung der Ausschreibungsunterlagen und der Ausführungsplanung)

....

Auf Grund der Verbindlicherklärung dieser Projektierungsdienstanweisung in den Ausschreibungsunterlagen müssen unter anderem die Sub-Kriterien nach den Definitionen dieser Dienstanweisung ausgelegt und bewertet werden. Nur wenn daher bei einem Referenzprojekt solche Planungsleistungen erbracht wurden, die inhaltlich den Anforderungen der Projektierungsdienstanweisung entsprechen, können die in Teil A-1 der Ausschreibungsunterlagen festgelegten Punkte vergeben werden.

...Im vorliegenden Fall hat jedoch die präsumtive Bestbieterin beim Referenzprojekt "Tunnel Rannersdorf" gerade nicht jene Planungsinhalte vollständig erbracht, die erforderlich gewesen wären, um die volle Punktezahl zu erlangen:

Entscheidend dafür ist, dass die ASFINAG das Referenzprojekt "Tunnel Rannersdorf" mit einer funktionalen Leistungsbeschreibung ausgeschrieben hat. Bereits deshalb steht fest, dass vom Auftragnehmer keinesfalls eine vollständige Ausschreibungsplanung im Sinne der Projektierungsdienstanweisung erbracht wurde (vgl. Punkt 3.5 der Dienstanweisung). Wesentliche Bestandteile einer sonst üblichen konstruktiven Ausschreibung wie Baubeschreibung, Prüfbuch, Gutachten, (Detail-) Leistungsverzeichnis und insbesondere detaillierte Planunterlagen wurden nämlich aufgrund der bloß funktionalen Leistungsbeschreibung zwangsläufig nicht verfasst und daher auch nicht im Rahmen eines Referenzprojektes erbracht....Im vorliegenden Fall hat jedoch die präsumtive Bestbieterin beim Referenzprojekt "Tunnel Rannersdorf" gerade nicht jene Planungsinhalte vollständig erbracht, die erforderlich gewesen wären, um die volle Punktezahl zu erlangen: Entscheidend dafür ist, dass die ASFINAG das Referenzprojekt "Tunnel Rannersdorf" mit einer funktionalen Leistungsbeschreibung ausgeschrieben hat. Bereits deshalb steht fest, dass vom Auftragnehmer keinesfalls eine vollständige Ausschreibungsplanung im Sinne der Projektierungsdienstanweisung erbracht wurde

vergleiche Punkt 3.5 der Dienstanweisung). Wesentliche Bestandteile einer sonst üblichen konstruktiven Ausschreibung wie Baubeschreibung, Prüfbuch, Gutachten, (Detail-) Leistungsverzeichnis und insbesondere detaillierte Planunterlagen wurden nämlich aufgrund der bloß funktionalen Leistungsbeschreibung zwangsläufig nicht verfasst und daher auch nicht im Rahmen eines Referenzprojektes erbracht.

Nach den Festlegungen auf Seite 24 des Teiles A-1 der Ausschreibungsunterlagen hätte daher beim Sub-Kriterium Planungsphasen für das Referenzprojekt "Tunnel Rannersdorf" keinesfalls die Höchstpunktezahl vergeben werden dürfen. Dies wäre nur dann zulässig gewesen, wenn ein Einreichprojekt (bzw Vorentwurf) samt vollständigem Bauprojekt, bestehend aus der Ausschreibungsplanung und der Ausführungsplanung, erbracht wurde. Auf Grund der funktionalen Ausschreibung durch die ASFINAG hat jedoch das Referenzprojekt "Tunnel Rannersdorf" gerade nicht eine Ausschreibungsplanung umfasst, sodass keinesfalls die Höchstpunktezahl zu vergeben war.

...Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass das IB L*** für den "Tunnel Rannersdorf" den gesamten Vorentwurf und die vollständige Einreichplanung erstellt hat. Die Auftraggeberin hat aber letztendlich eine funktionale Leistungsbeschreibung ausgeschrieben und die Projektierungen durch das IB L*** als Beilage zugefügt. Die Ausführung dieses Bauvorhabens wurde an eine ARGE vergeben, die nicht diese patentrechtlich geschützte Baumethode angeboten hat. Die ARGE hat daher vielmehr eine alternative Baumethode vorgeschlagen, mit der sie dann auch beauftragt wurde. Aufgrund dieser alternativen Baumethode war jedoch eine Änderung der bereits vom IB L*** verfassten Einreichplanung erforderlich; festzuhalten ist jedoch, dass sich diese Änderung ausschließlich auf den wasserrechtlichen Teil und damit auf einen geringen Teilbereich der gesamten Einreichplanung bezogen hatte. Die beauftragte Bau-ARGE hat daher das IB D*** Ziviltechnikerges.m.b.H. ausschließlich mit dieser Änderung der wasserrechtlichen Einreichplanung beauftragt. Entscheidend für das vorliegende Nachprüfungsverfahren ist, dass zu einem solchen Zeitpunkt (nach Zuschlag an das bauausführende Unternehmen) keine vollständige Einreichplanungen oder Vorentwürfe im Sinne der "Dienstanweisung zur Erarbeitung und Vorlage von Bundesstraßenprojekten (Projektierungsdienstanweisung)" mehr erstellt werden. Vielmehr müssen bereits alle Planungs- und Bewilligungsgrundlagen gemäß Bundesstraßengesetz vorliegen, weil ansonsten eine Ausschreibung und damit eine Beauftragung des Bauunternehmens nicht möglich wäre.

Auf Grund der geänderten Herstellungsmethode war also lediglich vor Baubeginn eine abgeänderte wasserrechtliche Einreichplanung ausschließlich für die geänderten Bauhilfsmaßnahmen zu erstellen. Ein solches abgeändertes wasserrechtliches Einreichprojekt für Bauhilfsmaßnahmen entspricht jedoch inhaltlich keinesfalls der auf Seite 24 des Teiles A-1 der Ausschreibungsunterlagen festgelegten Projektphase "EP+BP" (Einreichprojekt (bzw Vorentwurf) und Bauprojekt, bestehend aus den Planungsphasen Ausschreibungsplanung und Ausführungsplanung) für ein gesamtes Tunnelprojekt bzw den Anforderungen der "Projektierungsdienstanweisung". Mit dem Referenzprojekt "Tunnel Rannersdorf" wurde daher von der präsumtiven Bestbieterin lediglich die Planungsphase "BP (AF-PL)" (Bauprojekt - Ausführungsplanung) erbracht, sodass dafür nur ein Faktor von 0,35 vergeben hätte werden dürfen.

...Als Zwischenergebnis ist festzuhalten: Beim Referenzprojekt "Tunnel Rannersdorf" hätte lediglich die Planungsphase "Bauprojekt, bestehend aus Ausführungsplanung (bzw Detailentwurf)" bewertet werden dürfen. Folglich hätten beim SubKriterium "Planungsphase" höchstens der Faktor 0,35 und nicht 1,00 vergeben werden dürfen (zu diesen Faktoren siehe Seite 24 des Teiles A-1 der Ausschreibungsunterlagen). Damit hätte die präsumtive Bestbieterin für dieses Referenzprojekt nicht 15 Punkte, sondern nur 5,25 Punkte erreichen dürfen.

Länge	Planungs-	Tätigkeit	Skaliert	Gewichtung
	phase		(100 Punkte)	15%

15:	1	1	1	100	0,15
-----	---	---	---	-----	------

5,25	1	0,35	1	100	0,15
------	---	------	---	-----	------

Die Differenz zwischen den gewährten 15 Punkten und den tatsächlich zu vergebenden 5,25 Punkten beträgt demnach: 9,75. Diese Punkte hat die präsumtive Bestbieterin zu viel erhalten.

Bringt man nun bei der präsumtiven Bestbieterin die zu Unrecht gewährte Differenz von 9,75 Punkten von ihrer Gesamt-Punktezah (91,33) in Abzug, hätte die präsumtive Bestbieterin lediglich 81,58 Punkte erreichen dürfen. Damit liegt die präsumtive Bestbieterin mir ihrer tatsächlich erreichten Punktezah bei Weitem hinter unserer tatsächlichen Gesamt-Punktezah von 88,35. Demnach steht fest, dass die Zuschlagsentscheidung vergaberechtswidrig ist."

Zum Zuschlagskriterium 2 - Referenz Wientalsammelkanal WSKE - führte die Antragstellerin aus, dass die präsumtive

Bestbieterin für dieses Referenzprojekt beim Sub-Kriterium "Planungsphase" zu Unrecht den Faktor 0,35 erhalten habe. Nach den Festlegungen auf Seite 22 des Teiles A-1 der Ausschreibungsunterlagen sei dafür erforderlich, dass eine vollständige Ausführungsplanung im Hinblick auf ein gesamtes Tunnelprojekt mit Schildvortrieb erbracht werde. ".....Eine solche vollständige Ausführungsplanung, die ein gesamtes Tunnelprojekt umfasst, hat jedoch die präsumtive Bestbieterin beim Referenzprojekt "Wientalsammelkanal" nicht erbracht: Da die IB C*** Ziviltechnikergesellschaft mbH beim Projekt Wientalsammelkanal maßgeblich mitgearbeitet hat, können wir die dabei von den einzelnen

Büros erbrachten Leistungen exakt benennen:

HOB-I: Planung des Gesamtprojektes erfolgte durch IB C***

HOB-S: Planung der Schächte erfolgte durch IB C***

HOB-S: Planung der Tunnelschale erfolgte durch die bauausführende ARGE und wurde teilweise an die F*** im Hinblick auf die Einbindung der Querschlüge und Tübinge weitergegeben

Auf Grund dieser Tatsache steht fest, dass die präsumtive Bestbieterin keinesfalls die vollständige Ausführungsplanung erbracht hat. Vielmehr hat die präsumtive Bestbieterin ausschließlich die statisch konstruktive Planung der Tübbing Schale erbracht. Da diese statisch konstruktive Planung lediglich ein geringer Teil der gesamten Ausführungsplanung ist, hätte die Auftraggeberin keinesfalls den Faktor 0,35 vergeben dürfen. Besonders hervorzuheben in diesem Zusammenhang ist, dass F***- zumindest offiziell und außerhalb des vorliegenden Nachprüfungsverfahrens - ihre Beteiligung bei diesem Referenzprojekt in diesem geringen Umfang nicht bestreitet: Im international renommierten Journal "Tunnels & Tunnelling International", Ausgabe Jänner 2007, wird die Projektbeteiligung ausdrücklich nur mit "Detailed design of inner lining" beschrieben. Nach dieser eigenen offiziellen Einschätzung hat also F*** ausschließlich Planungsleistungen im Hinblick auf die Innenschale (Tübbing Schale) erbracht; die Ausführungsplanung für das gesamte Tunnelprojekt kann hingegen der Bietergemeinschaft nach dieser eigenen Selbstdarstellung durch F*** keinesfalls zugerechnet werden.... Als Zwischenergebnis ist festzuhalten: Die präsumtive Bestbieterin hat beim Referenzprojekt "Wientalsammelkanal" nicht die gesamte Ausführungsplanung für das vollständige Tunnelprojekt erbracht. Daher hätte die Auftraggeberin beim Sub-Kriterium "Planungsphase" den Faktor 0,35 nicht vergeben dürfen (zu diesen Faktoren siehe Seite 22 des Teiles A-1 der Ausschreibungsunterlagen); aufgrund der vorgegebenen streng mathematischen Berechnungsmethode (jeweils Multiplikationen) führt dies dazu, dass dieses Referenzprojekt Null Punkte erhalten muss.

Durch- Schildtyp Planungs- Tätigkeit Skaliert Gewichtung

messer	phase	(100 Punkte)	15%
4,893	0,932	1	0,35
1	0	1	100
0:	0,932	1	0
		1	100
			0,15

Die Differenz zwischen den gewährten 4,893 Punkten und den tatsächlich zu vergebenden 0 Punkten beträgt demnach: 4,893. Diese Punkte hat die präsumtive Bestbieterin zu viel erhalten. Bringt man nun bei der präsumtiven Bestbieterin die zu Unrecht gewährte Differenz von 4,893 Punkten von ihrer Gesamt-Punktezahl (91,33) in Abzug, hätte die präsumtiven Bestbieterin lediglich 86,437 Punkte erreichen dürfen. Damit liegt die präsumtive Bestbieterin mir ihrer tatsächlich erreichten Punktezahl deutlich hinter unserer tatsächlichen Gesamt-Punktezahl von 88,35. Demnach steht fest, dass die Zuschlagsentscheidung vergaberechtswidrig ist."

Zum Zuschlagskriterium 5 - Referenz Wientalsammelkanal WSKE - führte die Antragstellerin aus, dass die präsumtive Bestbieterin auch für dieses Referenzprojekt beim Sub-Kriterium "Planungsphase" zu Unrecht den Faktor 0,35 für die Ausführungsplanung erhalten habe. Nach den Festlegungen auf Seite 22 des Teiles A-1 der Ausschreibungsunterlagen sei dafür erforderlich, dass eine vollständige Ausführungsplanung im Hinblick auf ein gesamtes Tunnelprojekt mit Schildvortrieb erbracht werde.

" Wie in Punkt 2.3.2 ausgeführt, kann die Ausführungsplanung für das gesamte Tunnelprojekt der Bietergemeinschaft nach dieser eigenen Selbstdarstellung durch F*** keinesfalls zugerechnet werden.

.... Als Zwischenergebnis ist festzuhalten: Die präsumtive Bestbieterin hat beim Referenzprojekt "Wientalsammelkanal WSKE" nicht die gesamte Ausführungsplanung für das vollständige Tunnelprojekt erbracht. Daher hätte die Auftraggeberin beim Sub-Kriterium "Planungsphase" den Faktor 0,35 nicht vergeben dürfen (zu diesen Faktoren siehe

Seite 28 des Teiles A-1 der Ausschreibungsunterlagen); aufgrund der vorgegebenen streng mathematischen Berechnungsmethode (jeweils Multiplikationen) würde dies dazu führen, dass dieses Referenzprojekt Null Punkte erhalten würde.

Röhren+DM Planungsphase Tätigkeit Skaliert Gewichtung

(100 Punkte) (15%)

2,80: 0,80 0,35 1 100 0,10

0: 1 0 1 100 0,10

Die Differenz zwischen den gewährten 2,80 Punkten und den tatsächlich zu vergebenden 0 Punkten beträgt demnach: 2,80. Diese Punkte hat die präsumtive Bestbieterin zu viel erhalten.

Bringt man nun bei der präsumtiven Bestbieterin die zu Unrecht gewährte Differenz von 4,893 Punkten (siehe Punkt 2.3.3) und die 2,80 Punkte von ihrer Gesamt-Punktezahl (91,33) in Abzug, hätte die präsumtiven Bestbieterin lediglich 83,637 Punkte erreichen dürfen. Damit liegt die präsumtive Bestbieterin mit ihrer tatsächlich erreichten Punktezahl bei Weitem hinter unserer tatsächlichen Gesamt-Punktezahl von 88,35. Demnach steht fest, dass die Zuschlagsentscheidung vergaberechtswidrig ist. "

Zum Interesse am Vertragsabschluss werde vorgebracht, dass dieses bereits durch die Abgabe eines umfassenden Teilnahmeantrages in der ersten Stufe des Verfahrens und letztlich durch das ausführliche Angebot nachgewiesen worden sei. Darüber hinaus sei dieses Recht durch das aufwändige Nachprüfungsverfahren zur Zahl N/0013-BVA/03/2007 mehr als deutlich belegt worden. Die Rechte der Antragstellerin können nur durch den vorliegenden Nachprüfungsantrag samt Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gewahrt werden. Dies gelte insbesondere deshalb, weil die Auftraggeberin das Referenzprojekt "Dublin Port Tunnel" bei der nochmaligen Angebotsbewertung nicht berücksichtigt habe. Bei vergaberechtskonformer Vorgehensweise - insbesondere im Hinblick auf die Angebotsprüfung und Bestbieterermittlung - sei dem Angebot der Antragstellerin als das technisch und wirtschaftlich günstigste der Zuschlag zu erteilen.

Durch die rechtswidrige Vorgehensweise der Auftraggeberin werde die Antragstellerin generell im Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens verletzt, insbesondere im Recht darauf, dass eine Zuschlagserteilung rechtens nur mehr an die Antragstellerin in Betracht komme sowie in den Rechten auf Berücksichtigung des Referenzprojektes "Dublin Port Tunnel" bei der Bestbieterermittlung, auf Ausschluss der Bietergemeinschaft G***/H*** insbesondere wegen nicht fristgemäßer Antragstellung auf Bestätigung der Dienstleistungsanzeige, sofern die Auftraggeberin diese Bietergemeinschaft nicht ohnehin bereits ausgeschlossen habe, auf Gleichbehandlung insbesondere bei der Angebotsprüfung und Bestbieterermittlung und auf Durchführung eines Vergabeverfahrens, das den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbs entspreche.

Der Auftraggeber legte mit Schriftsatz vom 7.5.2007 die Originalunterlagen vor und nahm zum Antragsvorbringen wie folgt Stellung:

Gemäß 1.305.2.2 (Referenzen) der Ausschreibungsunterlagen (Stufe 2) seien nur Referenzprojekte mit einer Auftragserteilung bzw. einem Auftragsbeginn ab dem 01.09.1995 zu werten, Referenzprojekte, die davor beauftragt worden seien, würden nicht anerkannt. Die Antragstellerin sei mit dem Referenzprojekt "Dublin Port Tunnel" jedoch schon vor diesem Zeitpunkt beauftragt worden, was sich auf folgende Tatsachen stütze:

"

- -Strichaufzählung

Herr K*** hat in der mündlichen Verhandlung vom 08.03.2007 zu GZ N/0013-BVA0312007-20 mitgeteilt, dass er und seine Familie bereits im Sommer 1995 nach Dublin gezogen sind. Eine "offizielle" Beauftragung sei zu diesem Zeitpunkt noch nicht erfolgt. Eine mündliche Beauftragung muss jedoch zu diesem Zeitpunkt (Sommer 1995) schon vorgelegen sein. Es widerspricht jeglicher Lebenserfahrung, dass ein Projektleiter "auf Verdacht" in ein anderes Land übersiedelt, insbesondere wenn auch die Familie davon betroffen ist und der Umzug, ua. auch die Umschulung der Kinder notwendig macht. Eine solche Maßnahme, die

- -Strichaufzählung

Veränderungen im privaten Bereich die eine so große Tragweite nach sich ziehen, können nur auf Grundlage

einer konkreten Zusage erfolgen. Alles andere ist nicht glaubhaft. Es ist davon auszugehen, dass Herr K*** schon vor dem 01.09.1995 mit den Arbeiten für das gegenständliche Projekt begonnen hat.

- -Strichaufzählung

Wie die Antragstellerin selbst in ihrer ergänzenden Stellungnahme vom 17.04.2007 darlegt, ist die Beauftragung der Dublin Corporation an die Bedingung geknüpft worden, dass die NRA dieser Beauftragung zustimmt. Eine "Bedingung" ist die einem Rechtsgeschäft von den Parteien hinzugefügte Beschränkung, durch die der Eintritt oder die Aufhebung einer Rechtswirkung von einem ungewissen Umstand abhängig gemacht wird (siehe §§ 696, 704 ABGB). Ist ein Geschäft unter aufschiebender Bedingung geschlossen worden, so beginnen die Rechtswirkungen dann, wenn das ungewisse Ereignis eintritt (OGH in SZ 55/109). Im Letter of Intent wurde der Antragstellerin mitgeteilt, dass sie mit dem Referenzprojekt Dublin Port Tunnel unter der Bedingung der Zustimmung der NRA beauftragt wird (siehe auch Stellungnahme der Antragstellerin vom 17.4.2007). Der Eintritt der Rechtswirkung (in diesem Falle die Beauftragung) ist von der Zustimmung der NRA (nicht etwa von dem Zugang dieser Zustimmung) abhängig gemacht worden. Diese Zustimmung stellt den "ungewissen Zustand" dar, von dem der Eintritt der Bedingung abhängig gemacht wurde. Die NRA hat mit Schreiben vom 29.8.1995 der Beauftragung der Antragstellerin mit dem Referenzprojekt Dublin Port Tunnel zugestimmt. Das Ereignis, an das der Eintritt der Rechtswirkung (Beauftragung) abhängig gemacht wurde, ist somit spätestens zu diesem Zeitpunkt eingetroffen und die Rechtswirkung (Beauftragung) begann zu diesem Zeitpunkt. Die Beauftragung ist nach eigenen Angaben der Antragstellerin schon vor dem 01.09.1995 erfolgt. "Wie die Antragstellerin selbst in ihrer ergänzenden Stellungnahme vom 17.04.2007 darlegt, ist die Beauftragung der Dublin Corporation an die Bedingung geknüpft worden, dass die NRA dieser Beauftragung zustimmt. Eine "Bedingung" ist die einem Rechtsgeschäft von den Parteien hinzugefügte Beschränkung, durch die der Eintritt oder die Aufhebung einer Rechtswirkung von einem ungewissen Umstand abhängig gemacht wird (siehe Paragraphen 696, 704, ABGB). Ist ein Geschäft unter aufschiebender Bedingung geschlossen worden, so beginnen die Rechtswirkungen dann, wenn das ungewisse Ereignis eintritt (OGH in SZ 55/109). Im Letter of Intent wurde der Antragstellerin mitgeteilt, dass sie mit dem Referenzprojekt Dublin Port Tunnel unter der Bedingung der Zustimmung der NRA beauftragt wird (siehe auch Stellungnahme der Antragstellerin vom 17.4.2007). Der Eintritt der Rechtswirkung (in diesem Falle die Beauftragung) ist von der Zustimmung der NRA (nicht etwa von dem Zugang dieser Zustimmung) abhängig gemacht worden. Diese Zustimmung stellt den "ungewissen Zustand" dar, von dem der Eintritt der Bedingung abhängig gemacht wurde. Die NRA hat mit Schreiben vom 29.8.1995 der Beauftragung der Antragstellerin mit dem Referenzprojekt Dublin Port Tunnel zugestimmt. Das Ereignis, an das der Eintritt der Rechtswirkung (Beauftragung) abhängig gemacht wurde, ist somit spätestens zu diesem Zeitpunkt eingetroffen und die Rechtswirkung (Beauftragung) begann zu diesem Zeitpunkt. Die Beauftragung ist nach eigenen Angaben der Antragstellerin schon vor dem 01.09.1995 erfolgt. "

Das Referenzprojekt sei daher mit 0 Punkten zu bewerten und betrage die Gesamtpunktzahl der Antragstellerin daher 72,45 Punkte. Das Angebot der Antragstellerin liege somit an dritter Stelle und komme für eine Zuschlagsentscheidung nicht in Betracht.

Weiter führte der Auftraggeber wörtlich aus:

"

....Aufgrund der Zurückweisung des Antrages der Antragstellerin im Vergabeverfahren zu N/0013-BVA03/2007-20 wurde der Antragstellerin mit Schreiben vom 11.04.2007 nochmals die Möglichkeit eingeräumt zu der Bewertung des Dublin Port Tunnels Stellung zu nehmen. Die Antragstellerin ist diesem Ersuchen auch nachgekommen. Mit Schreiben vom 20.04.2007 sind der Antragstellerin sodann nochmals unsere Gründe für die Bewertung des Referenzprojektes Dublin Port Tunnel mitgeteilt worden. Am 24.04.2007 übermittelten wir aufgrund des Prüfergebnisses die Bekanntgabe der Zuschlagserteilung an die im Vergabeverfahren beteiligten Bieter. Am 24.04.2007 haben wir Herrn K*** telefonisch mitgeteilt, dass wir davon ausgehen, dass sämtliche Unterlagen zu dem Referenzprojekt vorliegen und wir davon ausgehen, dass eine weitere Stellungnahme wohl zu keinem neuen Ergebnis führen könne. Herr K*** hat uns aber mitgeteilt, dass er doch noch eine weitere Stellungnahme zu der Bewertung des Referenzprojektes Dublin Port Tunnel abgeben möchte. Herrn K*** wurde im Zuge dieses Telefongesprächs versichert, dass er natürlich noch dazu Stellung nehmen kann. Die Antragstellerin hatte also nochmals die Möglichkeit, neue Argumente, Unterlagen, etc. vorzulegen. Herrn K*** wurde im Zuge dieses Telefongesprächs auch mitgeteilt, dass die Zuschlagserteilung vom

24.04.2007 sodann zurückgezogen werden würde. Dies ist auch (urlaubsbedingt leider erst am 2.05.2007) erfolgt. Es ist nun sehr verwunderlich, dass sich die Antragstellerin über diese Vorgehensweise beschwert, der sie ja mündlich ausdrücklich zugestimmt hat. Dass sie dieser Vorgehensweise zugestimmt hat, ist auch daran ersichtlich, dass sie auch nach der Bekanntgabe der ersten Zuschlagsentscheidung vom 24.04.2007 eine weitere Stellungnahme übermittelt hat. Diese Stellungnahme wurde inhaltlich im Zeitraum zwischen der 1. Zuschlagserteilung vom 24.04.2007 und der 2. Zuschlagserteilung vom 02.05.2007 geprüft. Das Ergebnis (Bewertung des Referenzprojektes Dublin Port Tunnel mit 0 Punkten) blieb jedoch unverändert.

Im Übrigen kann wohl nicht von einer unvollständigen Angebotsprüfung gesprochen werden. Bereits im Nachprüfungsverfahren zu N/0013- BVA03/2007-20 hat die Behörde der Antragstellerin die Möglichkeit eingeräumt, Unterlagen vorzulegen, die eine Beauftragung mit dem Referenzprojekt Dublin Port Tunnel nach dem 31.08.1995 bestätigen sollen. Diese vom BVA eingeräumte Frist von 2 Wochen hat auch die in den Ausschreibungsbestimmungen festgelegte Frist von 7 Tagen deutlich überschritten. Hier liegt schon eine "Besserstellung" gegenüber den anderen Bietern vor.

Auch nach der Zurückweisung der Nachprüfungsantrages haben wir uns nochmals intensiv mit dem Referenzprojekt Dublin Port Tunnel beschäftigt und der Antragstellerin 2 x die Möglichkeit eingeräumt, zu der Bewertung Stellung zu nehmen. Ein "Mehr" an Aufklärung wäre wohl gar nicht mehr möglich gewesen. "

Zur Behauptung, die Mitteilung der Zuschlagsentscheidung entspreche nicht den Bestimmungen des Vergabegesetzes, sei auszuführen, dass der Antragstellerin mit Schreiben vom 2.05.2007 die Vergabesumme sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebots fristgerecht bekannt gegeben habe. Diesem Schreiben habe die Antragstellerin die erreichte Punktezahl für die jeweiligen Qualitätskriterien sowie die Vergabesumme entnehmen können. Zudem sei die Vorgangsweise für die Ermittlung der Bestbieterin (Qualität: 70 % und Preis: 30 %) dargelegt worden. Für die Antragstellerin sei somit klar ersichtlich, dass ihr Angebot aufgrund der im Vergleich zum Angebot der Bestbieterin niedrigeren Punktezahl bei den Kriterien Qualität und Preis nicht das Bestangebot sei. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH liege der Zweck der Begründungspflicht darin, dass den Bietern die Gründe für die erlassenen Maßnahmen mitgeteilt werden, damit sie ihre Rechte geltend machen können (Urteile des EuGH in der Rechtssache T-83/00, Strabag Benelux NV und T-166/94, Koyo SEIKO). werden. Vielmehr entspreche der Inhalt des Nachprüfungsantrages nicht den Antragsvoraussetzungen des § 328 Abs 2 BVergG. Die vergebende Stelle habe der Antragstellerin mit Schreiben vom 02.05.2007 gemäß § 131 BVergG folgendes mitgeteilt: Zur Behauptung, die Mitteilung der Zuschlagsentscheidung entspreche nicht den Bestimmungen des Vergabegesetzes, sei auszuführen, dass der Antragstellerin mit Schreiben vom 2.05.2007 die Vergabesumme sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebots fristgerecht bekannt gegeben habe. Diesem Schreiben habe die Antragstellerin die erreichte Punktezahl für die jeweiligen Qualitätskriterien sowie die Vergabesumme entnehmen können. Zudem sei die Vorgangsweise für die Ermittlung der Bestbieterin (Qualität: 70 % und Preis: 30 %) dargelegt worden. Für die Antragstellerin sei somit klar ersichtlich, dass ihr Angebot aufgrund der im Vergleich zum Angebot der Bestbieterin niedrigeren Punktezahl bei den Kriterien Qualität und Preis nicht das Bestangebot sei. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH liege der Zweck der Begründungspflicht darin, dass den Bietern die Gründe für die erlassenen Maßnahmen mitgeteilt werden, damit sie ihre Rechte geltend machen können (Urteile des EuGH in der Rechtssache T-83/00, Strabag Benelux NV und T-166/94, Koyo SEIKO). werden. Vielmehr entspreche der Inhalt des Nachprüfungsantrages nicht den Antragsvoraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG. Die vergebende Stelle habe der Antragstellerin mit Schreiben vom 02.05.2007 gemäß Paragraph 131, BVergG folgendes mitgeteilt:

"

- -Strichaufzählung
die Vorgangsweise, welche für die Bewertung der Angebote gewählt wurde
- -Strichaufzählung
die Anzahl der ermittelten Punkte für die Qualitätskriterien
- -Strichaufzählung
die Vergabesumme und dass
- -Strichaufzählung
das Angebot der Bestbieterin deshalb für den Zuschlag in Betracht berücksichtigt wird, weil dieses aufgrund der in der Angebotsprüfung durchgeführten qualitativen Bewertung des Qualitätsangebotes und des Preisangebotes

als das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot hervorging."

Die Angebotsprüfung habe eindeutig ergeben, dass die Antragstellerin an dritter Stelle liege. Entscheidungen des Auftraggebers seien aber nur dann für nichtig zu erklären, wenn sie neben ihrer Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss seien.

Zum Zuschlagskriterium 1 - Planung eines Straßentunnels wurde vom Auftraggeber vorgebracht:

" Für das Zuschlagskriterium "Planung eines Straßentunnels" hat die ermittelte Bestbieterin das Referenzprojekt "Hai Van Pass" angeführt. In diesem Zusammenhang darf auf die Aufklärungsschreiben der Bietergemeinschaft D*** - E*** - F*** vom 16.06.2006, 14.07.2006 und 17.10.2006 verwiesen werden. Die Referenzen wurden von Seiten der ASFINAG sehr eingehend geprüft und die Nachweise der Bearbeitung der einzelnen Planungsphasen anerkannt, da in den einzelnen Planungsphasen die wesentlichen Inhalte analog einer österreichischen Planung abgearbeitet wurden.

Eine direkte Vergleichbarkeit der Projektierungsdienstanweisung des österreichischen Bundesministeriums mit den Vorgaben der - im gegenständlichen Fall - vietnamesischen Behörde ist naturgemäß nicht gegeben. Entscheidend für die Bewertung ist allerdings, dass in der Phase "Preliminary design" Pläne und tunnelbaurelevante Beschreibungen zur Vorlage bei der Genehmigungsbehörde erstellt wurden. Auf diesen Planunterlagen setzen in weiteren Projektsphasen die Ausschreibungs- bzw. Detailplanung auf.

Inhaltlich kann diese Phase daher mit dem nach österreichischer Norm definierten Einreichprojekt gleichgesetzt werden. (vergleiche Projektierungsdienstanweisung: Es (das EP) dient außerdem als Grundlage für die Projektierung der mit der Straßenplanung zusammenhängenden Kunst- und sonstiger Bauten (Brocken, Tunnel, Stützmauern u. dgl.), für die eigene Projekte zu erstellen sind. Im Einreichprojekt sind jedoch auf jeden Fall die wesentlichen Anlageverhältnisse solcher Bauten darzustellen.

Referenzprojekte dieses Umfangs wie das angeführte Referenzprojekt der Bietergemeinschaft D*** - E*** - F*** dürfen nach unserer Ansicht nicht von vornherein ausgeschlossen werden, nur weil in außereuropäischen Ländern die Nomenklatur eine andere ist, es ist vielmehr in Betracht zu ziehen, welche Leistungen im Detail erbracht wurden und welche Erfahrungen der Bieter sammeln konnte."

Zum Zuschlagskriterium 3 - Planung eines Tunnels in offener Bauweise wurde vom Auftraggeber ausgeführt:

" Für das Zuschlagskriterium "Planung eines Tunnels mit offener Bauweise" hat die ermittelte Bestbieterin das Referenzprojekt "Tunnel Rannersdorf" angeführt.

Gemäß den Ausschreibungsbestimmungen (Teil A-1, S 24) werden als solche Referenzprojekte (A, S oder ehem. B-Straßen sowie Schieneninfrastrukturprojekte mit mind. 2-gleisigem Querschnitt gewertet. Bei B-Straßen müssen alle wesentlichen technischen Anforderungen einer A- oder S-Strasse erfüllt sein.) ausschließlich Tunnel in offener Bauweise mit einer zusammenhängenden Mindestlänge L_{zus} => 200 m und einer zusammenhängenden Eintauchlänge in das Grundwasser von LG_w => 100 m gewertet. Deckelbauweisen werden hier wie Offene Bauweisen gewertet.

Nach unserer Sicht war diese Referenz für die Phasen EP und BP (Ausschreibungsplanung und Ausführungsplanung) zu werten. Grund dafür sind die umfangreichen Leistungen bei der Erstellung der Alternative im Zuge der funktionalen Ausschreibung, sowie die vollständige Erstellung eines Wasserrechtlichen Einreichoperates, denn die wasserrechtliche Genehmigungsfähigkeit war Grundlage für die Beauftragung des Alternativentwurfes. Eine genaue Auflistung der Leistungsfaktoren ist nachfolgend dargestellt.

Planungsphasen Faktor Planungsphasen (gem. Projektierungsanweisung)

EP+BP	1,00	EP...Einreichprojekt (bzw. Vorentwurf)
EP	0,40	BP...Bauprojekt - bestehend aus den Planungsphasen AS und AF
BP (AS-PL)	0,25	AS-PL...Ausschreibungsplanung (bzw. genereller Entwurf)
BP (AF-PL)	0,35	AF-PL...Ausführungsplanung (bzw. Detailentwurf)

In diesem Zusammenhang möchten wir auf das Aufklärungsschreiben der Bietergemeinschaft D*** - E*** - F*** vom 16.06.2006 (Vergabeordner 1.1) verweisen. Die Argumentation wurde im Zuge der Angebotsprüfung geprüft und für schlüssig befunden."

Zum Zuschlagskriterium 2 -- Planung eines Tunnels mit Schildvortrieb hat der Auftraggeber ausgeführt:

" Das Projekt "Wientalsammelkanal" dient als Referenzprojekt für das Zuschlagskriterium "Planung eines Tunnels mit Schildvortrieb".Die Angebotsprüfung hat ergeben, dass Leistungsumfang im Wesentlichen einer Detailplanung entspricht und somit mit dem Faktor 0,35 zu bewerten war:

Nachfolgend die genaue Auflistung der Leistungsfaktoren laut Ausschreibung, Teil A 1, Seite 20:

Planungsphasen Faktor Planungsphasen (gem.Projektierungsanweisung)

EP+BP 1,00 EP...Einreichprojekt

EP 0,40 BP...Bauprojekt - bestehend aus den Planungsphasen AS und AF

BP (AS-PL) 0,25 AS-PL...Ausschreibungsplanung

BP (AF-PL) 0,35 AF-PL...Ausführungsplanung

Zum Zuschlagskriterium 5 - Planung eines Tunnels mit Tübbingausbau und Querschlügen wurde vom Auftraggeber eingewendet:

" Als Referenzprojekt für das Zuschlagskriterium "Planung eines Tunnels mit Tübbingausbau und Querschlügen" wurde von der ermittelten Bestbieterin das Projekt "Tunnel Wiesing- Jenbach" angeführt. Laut Schreiben vom 04.05.2006 ("Erläuterungen zur Ausschreibung"), das nachweislich allen Teilnehmern der 2. Stufe zur Kenntnis gebracht wurde, werden auch Tunnel mit Schachtbauwerken als Referenz gewertet, wenn diese Schachtbauwerke als Fluchtweg deklariert und ausgebildet sind und wenn die technische Problemstellung mit den Querschlügen identisch ist. Somit erfüllt ein einröhriger Tunnel mit Schachtbauwerken das Kriterium."

Da aufgrund der Ausführungen die Zuschlagsentscheidung daher zu Recht zugunsten der Bietergemeinschaft D*** - E*** - F*** getroffen worden sei, werde die Abweisung sämtlicher Anträge beantragt. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin nahm zum Antragsvorbringen mit Schriftsatz vom 21. Mai 2007 Stellung und führte begründend aus:

Nach Punkt 1,305.1 der Ausschreibungsunterlagen werde der Gesamtpreis mit einer Gewichtung von 30% und die Qualität mit einer Gewichtung von 70% als Zuschlagskriterien herangezogen und gemäß einem festgelegten Zuschlagssystem bewertet. Die Bewertung der Subkriterien "Schildvortrieb", "Tunnel offene Bauweise", "Planung eines Straßentunnels", "UVP" und "Tübbingausbau und Querschlüge" erfolge durch Referenzen, wobei gemäß Punkt 1,305.2.1 der Ausschreibung die einzelnen Bieter im Formular "Referenzprojekte" maximal sechs Referenzprojekte anzugeben haben. Bei diesen dürfe die Auftragserteilung erst ab dem 1.9.1995 erfolgt sein und müssen sie zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe abgeschlossen oder bereits mindestens ein Jahr beauftragt oder bearbeitet sein. Die einzelnen Referenzprojekte seien überdies dem unter Punkt 1,305.2.2 der Ausschreibungsunterlagen angeführten Schlüsselpersonal des jeweiligen Bieters (Projektleiter, Projektleiter Stellvertreter 1 und Projektleiter Stellvertreter 2) zuzuordnen.

Beim Subkriterium "Planung eines Straßentunnels" werde ein Referenzprojekt betreffend eine "A-, S- oder ehemalige B-Straße" gefordert. Es habe sich somit um eine Autobahn, Schnellstraße oder eine Bundesstraße, die den wesentlichen technischen Anforderungen an eine Autobahn oder Schnellstraße entspreche, zu handeln. Die Bewertung erfolge abhängig vom Lüftungssystem und der Tunnellänge, der Tätigkeit im Referenzprojekt sowie dem Umfang der Planungsphasen. Hinsichtlich der Abgrenzung der Planungsphasen werde auf die Projektierungsdienstanweisung des Bundesministeriums für Verkehr, Innovation und Technologie verwiesen. Diese enthalte in Anhang 2 die grundsätzliche Gliederung eines Vorprojektes und in Anhang 3 die grundsätzliche Gliederung eines Einreichprojektes. Beim Subkriterium "Planung eines Tunnels mit Schildvortrieb" erfolge die Bewertung des jeweiligen Referenzprojektes nach dem Durchmesser des Schildes, dem Schildtyp, die Tätigkeit im Referenzprojekt sowie dem Umfang der Planungsphasen.

Beim Subkriterium "Planung eines Tunnels in offener Bauweise" würden ausschließlich Referenzen mit Punkten bedacht, denen eine Autobahn, eine Schnellstraße, eine bestimmte Bundesstraße oder ein Schieneninfrastrukturprojekt mit einem mindestens zweigleisigen Querschnitt zugrunde liege. Zu bewerten seien das Ausmaß der offenen Bauweise, die Tätigkeit im Referenzprojekt sowie der Umfang der Planungsphasen.

Beim Subkriterium "Planung eines Tunnels mit Tübbingausbau und Querschlägen" würden nur Referenzen mit einem Außendurchmesser von $\geq 5,0$ m zugelassen. Die Bewertung erfolge anhand der Kumulation von Tübbingausbau und Querschlägen, der Tätigkeit des Schlüsselpersonals im Referenzprojekt sowie den Umfang der Planungsphasen. Bei der Abgrenzung der Planungsphasen werde bei sämtlichen Subkriterien auf die Projektierungsdienstanweisung des BMVIT verwiesen. Beim Zuschlagskriterium "Preis" sei festgelegt, dass das billigste Angebot 100 Punkte erhalte. Die Punkteanzahl der übrigen Bieter errechne sich anhand einer in der Ausschreibung bekannt gegebenen Formel.

Die Ausschreibungsunterlagen und insbesondere das vorgegebene Zuschlagssystem seien zu keinem Verfahrenszeitpunkt beanstandet worden.

Mit Schreiben vom 11.4.2006 habe sich die präsumtive Zuschlagsempfängerin an die Auftraggeberin mit Fragestellungen zu den Vorgaben für die Bewertung der Referenzprojekte gewandt und sei in Reaktion darauf mittels Telefax vom 4.5.2006 festgehalten worden, dass "für das Zuschlagskriterium, Planung eines Tunnels mit Tübbingausbau und Querschlägen" [...] auch Tunnels mit Schachtbauwerken als Referenz gewertet [werden], wenn diese als Fluchtweg deklariert und ausgebildet sind und wenn die technische Problemstellung mit den Querschlägen identisch ist (zB Anschluss an die Tübbingröhre." Diese Festlegung während der Angebotsfrist sei ebenfalls von keinem Bieter beanstandet worden.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe am 12.5.2006 fristgerecht ein ausschreibungsgemäßes Angebot abgegeben und laut Angebotsöffnungsprotokoll mit EUR 4.298.987,42.- (exkl USt und inkl Option) das Angebot mit dem niedrigsten Preis gelegt. Beim Subkriterium "Planung eines Straßentunnels" sei ein Referenzprojekt betreffend den Bau eines Autobahntunnels in Ostasien ("Straßentunnel Hai Van Pass") angegeben worden. Bei diesem Vorhaben sei entsprechend den mitteleuropäischen Maßstäben ein Einreich- und Bauprojekt erstellt worden.

Zum Subkriterium "Planung eines Tunnels mit Schildvortrieb" seien mit einem Schieneninfrastrukturprojekt im Inntal und mit einem Groß-Kanalprojekt ("Wientalsammelkanal") insgesamt zwei Projekte benannt worden. Bei der Schieneninfrastrukturreferenz sei ein Einreichprojekt erstellt und die Ausschreibungsplanung wahrgenommen worden. Bei der Kanalreferenz sei die Ausführungsplanung durchgeführt worden.

Beim Subkriterium "Planung eines Tunnels in offener Bauweise" sei ein Tunnel der S1 - Wiener Außenringautobahn ("Tunnel Rannersdorf") genannt und sowohl ein Einreich- als auch ein komplettes Bauprojekt erstellt worden. Hinsichtlich der Planung eines Tunnels mit Tübbingausbau und Querschlägen seien wiederum die Schieneninfrastrukturreferenz im Inntal sowie der "Wientalsammelkanal" zum Tragen gekommen. Aus der Zusammenschau der beiden Referenzen ergebe sich die Erstellung des Einreich- sowie Bauprojektes. Dem Angebot sei eine anschauliche und nachvollziehbare Beschreibung der Auftragsabwicklung beigelegt worden. Mit Telefax vom 8.6.2006 sei die Aufforderung ergangen, bis spätestens 19.6.2006 zu drei Referenzen, die mit sämtlichen geforderten Daten im Angebot angegeben worden seien, ergänzende Auskünfte zu erteilen und weitere Nachweise vorzulegen. Dieser Aufforderung der Auftraggeberin sei durch Vorlage ergänzender Unterlagen mit Schreiben vom 8.6.2006 am 16.6.2006 fristgerecht nachgekommen worden. In weiterer Folge sei am 6.7.2006 ein Telefonat zwischen einem Mitarbeiter der Auftraggeberin und einem Mitarbeiter der F*** ZT-GmbH geführt worden. Dabei sei erstmals ersucht worden, zu zwei Referenzen die Beauftragungen vorzulegen und sei diesem Ersuchen in zwei Etappen binnen Wochenfrist (E-Mails vom 7.7.2006 und 13.7.2006) nachgekommen worden. Auch die Antragstellerin sei ebenfalls am 8.6.2006 zur Vornahme von Aufklärungen bzw Nachreichungen aufgefordert worden. Die Übermittlung von ergänzenden Angaben durch die Antragstellerin sei für 9.6.2006 und 7.7.2006 dokumentiert.

Mit Telefax vom 31.1.2007 habe die Auftraggeberin die Zuschlagsentscheidung zugunsten der präsumtiven Zuschlagsempfängerin getroffen. Nach der Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 31.1.2007 habe die Auftraggeberin Ergänzungen bei der Angebotsprüfung vorgenommen. Den Ausführungen im gegenständlichen Nachprüfungsantrag und der Stellungnahme der Auftraggeberin vom 4.5.2007 sei zu entnehmen, dass ua das Angebot der Bietergemeinschaft G***/H*** ausgeschieden worden sei und beim Angebot der Antragstellerin die Referenz "Dublin Port Tunnel" wegen einer Beauftragung vor dem 1.9.1995 keine Berücksichtigung mehr finde. Der

Antragstellerin sei im Rahmen der ergänzenden Angebotsprüfung mehrfach Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt worden. Mit Telefax vom 2.5.2007 habe die Auftraggeberin neuerlich die Zuschlagsentscheidung zugunsten der Bietergemeinschaft D*** - E*** - F*** bekannt gegeben.

Zur behaupteten Unvollständigkeit der ergangenen Zuschlagsentscheidung werde ausgeführt, dass gemäß § 131 Abs 1 BVergG 2006 die Mitteilung der Zuschlagsentscheidung den Namen des Zuschlagsempfängers, die Vergabesumme, das Ende der Stillhaltefrist, die Gründe für die Ablehnung des jeweiligen Angebots sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebots zu beinhalten habe. In den Materialien zum BVergG 2006 werde ausdrücklich festgehalten, dass diese Regelung der "Beibehaltung der bisherigen Praxis, wonach allen Bietern eine Musterverständigung" übermittelt werde, nicht entgegenstehe. "Sofern aus der Mitteilung die vom Gesetz geforderten Informationen (zumindest implizit) entnommen werden können, erfordert § 131 keine individualisierten Mitteilungen hinsichtlich der Gründe für die Ablehnung des jeweiligen Angebots" (EBRV 1171 BlgNR 22. GP 86). Die ständige Rechtsprechung sehe den Zweck der Begründungspflicht darin, dem einzelnen Bieter die Möglichkeit zu eröffnen, die Zuschlagsentscheidung rechtzeitig, also vor Zuschlagserteilung, einer Überprüfung und allfälligen Nichtigkeitsklärung zu zuführen (siehe zB VfGH 6.6.2005, B 76/04). Angesichts des am selben Tag verfassten und durchaus umfangreichen Nachprüfungsantrags werde bezweifelt, dass den Vorgaben des § 131 Abs 1 BVergG 2006 nicht entsprochen worden sei. Dem von der Rechtsprechung und den Materialien vorgegebenen Zweck, eine Überprüfung der Zuschlagsentscheidung zu ermöglichen, sei offenkundig Genüge geleistet worden. Das diesbezügliche Vorbringen der Antragstellerin könne daher nicht nachvollzogen werden. Zur Beurteilung der Referenzen der Antragstellerin werde eingewendet, dass laut Punkt 1,305.2.1 der Ausschreibungsunterlagen " nur Referenzprojekte mit einer Auftragserteilung bzw. einem Auftragsbeginn ab dem 01.09.1995" gewertet würden. Referenzprojekte, die davor beauftragt worden seien, würden nicht anerkannt. Vor diesem Stichtag beauftragte Referenzprojekte seien somit nicht zu bewerten. Den Ausführungen im Nachprüfungsantrag sowie in der Stellungnahme der Auftraggeberin vom 4.5.2007 sei zu entnehmen, dass im Zuge der Angebotsprüfung ein "letter of intent" vorgelegt worden sei. Dieser sei offenkundig noch im August 1995 von der maßgeblichen Stelle genehmigt worden. Es verbleibe somit die Frage, inwiefern dieser "letter of intent" - wie international vielfach üblich - mit der Beauftragung der Antragstellerin gleichzusetzen sei. Es falle jedoch auf, dass die Antragstellerin nunmehr selbst dem "letter of intent" die Wirkung einer zivilrechtlichen Beauftragung zubillige. Dies sei insofern überraschend, als im Nachprüfungsverfahren zur GZ N/0013BVA/03/2007 argumentiert worden sei, dass die eigentliche Beauftragung erst durch einen gesonderten Vertrag im Herbst 1995 erfolge. Letztlich obliegt es aber der Behörde, unter Prüfung der Inhalte des "letter of intent", des Vertrages aus dem Herbst 1995 sowie eines allfälligen weiteren Auftragssschreibens im Zuge der Änderungen des Projekts im Frühjahr 1998 den tatsächlichen Auftragszeitpunkt für die Referenz "Dublin Port Tunnel" festzustellen. Zur behaupteten Unvollständigkeit der ergangenen Zuschlagsentscheidung werde ausgeführt, dass gemäß Paragraph 131, Absatz eins, BVergG 2006 die Mitteilung der Zuschlagsentscheidung den Namen des Zuschlagsempfängers, die Vergabesumme, das Ende der Stillhaltefrist, die Gründe für die Ablehnung des jeweiligen Angebots sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebots zu beinhalten habe. In den Materialien zum BVergG 2006 werde ausdrücklich festgehalten, dass diese Regelung der "Beibehaltung der bisherigen Praxis, wonach allen Bietern eine Musterverständigung" übermittelt werde, nicht entgegenstehe. "Sofern aus der Mitteilung die vom Gesetz geforderten Informationen (zumindest implizit) entnommen werden können, erfordert Paragraph 131, keine individualisierten Mitteilungen hinsichtlich der Gründe für die Ablehnung des jeweiligen Angebots" (EBRV 1171 BlgNR 22. Gesetzgebungsperiode 86). Die ständige Rechtsprechung sehe den Zweck der Begründungspflicht darin, dem einzelnen Bieter die Möglichkeit zu eröffnen, die Zuschlagsentscheidung rechtzeitig, also vor Zuschlagserteilung, einer Überprüfung und allfälligen Nichtigkeitsklärung zu zuführen (siehe zB VfGH 6.6.2005, B 76/04). Angesichts des am selben Tag verfassten und durchaus umfangreichen Nachprüfungsantrags werde bezweifelt, dass den Vorgaben des Paragraph 131, Absatz eins, BVergG 2006 nicht entsprochen worden sei. Dem von der Rechtsprechung und den Materialien vorgegebenen Zweck, eine Überprüfung der Zuschlagsentscheidung zu ermöglichen, sei offenkundig Genüge geleistet worden. Das diesbezügliche Vorbringen der Antragstellerin könne daher nicht nachvollzogen werden. Zur Beurteilung der Referenzen der Antragstellerin werde eingewendet, dass laut Punkt 1,305.2.1 der Ausschreibungsunterlagen " nur Referenzprojekte mit einer Auftragserteilung bzw. einem Auftragsbeginn ab dem 01.09.1995" gewertet würden. Referenzprojekte, die davor beauftragt worden seien, würden nicht anerkannt. Vor diesem Stichtag beauftragte Referenzprojekte seien somit nicht zu bewerten. Den Ausführungen im Nachprüfungsantrag sowie in der Stellungnahme der Auftraggeberin vom 4.5.2007 sei zu entnehmen, dass im Zuge der Angebotsprüfung ein "letter of

intent" vorgelegt worden sei. Dieser sei offenkundig noch im August 1995 von der maßgeblichen Stelle genehmigt worden. Es verbleibe somit die Frage, inwiefern dieser "letter of intent" - wie international vielfach üblich - mit der Beauftragung der Antragstellerin gleichzusetzen sei. Es falle jedoch auf, dass die Antragstellerin nunmehr selbst dem "letter of intent" die Wirkung einer zivilrechtlichen Beauftragung zubillige. Dies sei insofern überraschend, als im Nachprüfungsverfahren zur GZ N/0013BVA/03/2007 argumentiert worden sei, dass die eigentliche Beauftragung erst durch einen gesonderten Vertrag im Herbst 1995 erfolge. Letztlich obliegt es aber der Behörde, unter Prüfung der Inhalte des "letter of intent", des Vertrages aus dem Herbst 1995 sowie eines allfälligen weiteren Auftragschreibens im Zuge der Änderungen des Projekts im Frühjahr 1998 den tatsächlichen Auftragszeitpunkt für die Referenz "Dublin Port Tunnel" festzustellen.

Zur Referenz "Straßentunnel Hai Van Pass" werde ausgeführt, dass sowohl die Einreichplanung als auch das Bauprojekt erbracht worden sei. Im Zuge der Nachreichung zum Angebot sei ua die Beauftragung der F*** ZT-GmbH durch die M*** in englischer Originalfassung sowie in deutscher Übersetzung übermittelt worden. Das betreffende Mitglied der präsuntiven Bietergemeinschaft habe sowohl die "preparation of preliminary design" (Planung des Vorprojektes und Einreichung) als auch die "preparation of tender and detailed design" (Ausschreibungs- und Ausführungsplanung) zu erbringen gehabt. Hinsichtlich des Vorprojekts seien die Erstellung sämtlicher Pläne (zB Lagepläne und Längenschnitte, Regelquerschnitte des Haupttunnels und der Querschläge sowie des Fluchtstollens, Abdichtung, Drainagesystem) sowie die Verfassung des Vorberichts für die Tunnelarbeiten einschließlich des Ventilationskonzeptes angeführt. Bei der Ausschreibungs- und Ausführungsplanung wird wiederum auf die Erstellung sämtlicher Pläne (zB Standardquerschnitte, Sicherungssysteme, Details des Vortriebs und der Sicherungsphasen, Details der Ausbaubögen, Verschneidungsdetails zwischen Haupttunnel und Querschlägen, geotechnisches Messprogramm, Drainagesysteme, Abdichtung, Bewehrung der Innenschale, Portale), den technischen Bericht für die Tunnelarbeiten und die Spezifikation der Tunnelarbeiten (zB Ausbruchsmethode, Profilkontrolle, Toleranzen, geotechnisches Meßsystem einschließlich Instrumentierung, Abdichtungssystem, Drainagesystem während der Ausbrucharbeiten, geologische Ortsbrustaufnahmen) verwiesen. Die Auftraggeberin habe die vorgelegten Belege einer eingehenden Prüfung unterzogen. Die Antragstellerin führe aus, dass die internationale Referenz "Straßentunnel Hai Van Pass" weniger Punkte erhalten müsse. Pauschal wird behauptet, dass keinesfalls den hohen Qualitätsanforderungen gemäß der Projektierungsdienstanweisung des BMVIT entsprochen werden habe können. Dabei werde negiert, dass die Auftraggeberin in ihrer umfassenden Prüfung zu dem Schluss gelangte, dass aus inhaltlicher Sicht eine Deckung mit den Vorgaben der Projektierungsdienstanweisung gegeben sei. Naturgemäß sehe man sich in Vietnam mit anderen Behörden und Begrifflichkeiten als in Österreich konfrontiert. Dies sei aber auch bei Projekten in Irland und der Slowakei der Fall. Entscheidend sei in diesem Zusammenhang, dass - wie beim Straßentunnel Hai Van Pass erfolgt - Pläne und tunnelbaurelevante Beschreibungen zur Vorlage bei der Genehmigungsbehörde erstellt und bei der Ausschreibungs- und Ausführungsplanung auf diesen Planunterlagen aufgesetzt worden seien.

Dem neuerlichen Hinweis der Antragstellerin, wonach die Auftraggeberin bei anderen Ausschreibungen eine geringere Punktevergabe bei Referenzen außerhalb des EWR vorsehe, komme im gegenständlichen Fall keine Bedeutung zu. Die Antragsstellerin verweise auf die Ausschreibung "A23 Südosttangente Wien, Spange Flugfeld Aspern, Abschnitt Knoten Hirschstetten - Knoten Raasdorf, Tunnelplanung in der Planungsphase Vorprojekt", bei der die Teilnahmefrist am 21.3.2007 geendet habe. Ein Blick auf die vorgelegten Ausschreibungspassagen lege offen, dass eine derart differenzierende Punktevergabe ausdrücklich in den Ausschreibungsunterlagen vorgegeben werde. Dies sei beim gegenständlichen Vergabeverfahren gerade nicht der Fall. Die Ausschreibung sei zu keinem Verfahrenszeitpunkt angefochten worden und sei daher als präkludiert anzusehen, sodass die diesbezüglichen Ausführungen ins Leere gehen.

" Überdies ist das Absehen von einer abgestuften Bewertung von nationalen, europäischen und internationalen Referenzen im vorliegenden Fall zweifellos sachlich gerechtfertigt. Während beim Vergabeverfahren "A23 Südosttangente Wien, Spange Flugfeld Aspern, Abschnitt Knoten Hirschstetten - Knoten Raasdorf, Tunnelplanung in der Planungsphase Vorprojekt" ein zahlreiche behördliche Abstimmungen beinhaltendes Vorprojekt beauftragt werden soll, liegt der konkreten Ausschreibung die Erstellung der Einreichplanung und des Bauprojektes zugrunde. Bei letzteren Planungsphasen liegt das Schwergewicht vor allem auf inhaltlichen Aspekten, die aufgrund der Naturgesetze in jedem Land der Erde grundsätzlich gleich zu lösen sind. Weiters existieren im Hinblick auf den

Ausschreibungsgegenstand vergleichsweise wenige nationale und europäische Referenzen. Die Auftraggeberin dürfte durch die unterbliebene pauschale Zurückstufung internationaler Referenz eine gewisse Öffnung des Marktes bezweckt haben. Dies ist ihr angesichts des Angebotsergebnisses auch gelungen. Bei einer Kostenschätzung von EUR 4 Millionen (exkl USt) haben wir als präsumtive Zuschlagsempfängerin ein Angebot in der Höhe von EUR 4.298.987,42 (exkl USt) gelegt. Das Angebot der nächst gereihten - und aus formalen Gründen ausgeschiedenen - Bietergemeinschaft beläuft sich auf EUR 4.705.219,92 (exkl USt) und jenes der preislich drittgereihten Antragstellerin gar auf EUR 5.137.272,81 (exkl USt)."

In der ersten Verfahrensstufe des nicht offenen Verfahrens sei bei der Referenz "Straßentunnel Hai Van Pass" tatsächlich lediglich die Verwirklichung eines Bauprojektes geltend gemacht worden. " Dies erfolgte bewusst, da zum damaligen Zeitpunkt die betreffenden Nachweise noch nicht vollständig vorlagen. Angesichts der vergleichsweise kurzen Frist für den Eingang der Teilnahmeanträge und des Umstands, dass es sich beim Referenzauftraggeber der F*** ZT-GmbH um ein amerikanisches Unternehmen, das mittlerweile über keine Niederlassung mehr in Vietnam verfügt, handelt, war die Unmöglichkeit einer rechtzeitigen Vorlage von Nachweisen bereits während der Teilnahmeantragsfrist abzusehen. Bis zum Ablauf der Angebotsfrist in der zweiten Verfahrensstufe konnten die Nachweise allerdings erlangt werden. In der zweiten Stufe wurden daher die Phasen "Einreichplanung" und "Bauprojekt" belegt. Wir haben daher in rechtskonformer Weise die volle Punkteanzahl für die Planungsphasen zugesprochen bekommen. In der ersten Stufe wurde hingegen eine zu geringe Selbstdeklaration vorgenommen. Dies auch vor dem Hintergrund, um nicht den Tatbestand der Erteilung "falscher Erklärungen" bei den zur technischen Leistungsfähigkeit zählenden Referenzen gern §§ 51 Z 6 iVm 56 BVergG 2002 zu verwirklichen." In der ersten Verfahrensstufe des nicht offenen Verfahrens sei bei der Referenz "Straßentunnel Hai Van Pass" tatsächlich lediglich die Verwirklichung eines Bauprojektes geltend gemacht worden. " Dies erfolgte bewusst, da zum damaligen Zeitpunkt die betreffenden Nachweise noch nicht vollständig vorlagen. Angesichts der vergleichsweise kurzen Frist für den Eingang der Teilnahmeanträge und des Umstands, dass es sich beim Referenzauftraggeber der F*** ZT-GmbH um ein amerikanisches Unternehmen, das mittlerweile über keine Niederlassung mehr in Vietnam verfügt, handelt, war die Unmöglichkeit einer rechtzeitigen Vorlage von Nachweisen bereits während der Teilnahmeantragsfrist abzusehen. Bis zum Ablauf der Angebotsfrist in der zweiten Verfahrensstufe konnten die Nachweise allerdings erlangt werden. In der zweiten Stufe wurden daher die Phasen "Einreichplanung" und "Bauprojekt" belegt. Wir haben daher in rechtskonformer Weise die volle Punkteanzahl für die Planungsphasen zugesprochen bekommen. In der ersten Stufe wurde hingegen eine zu geringe Selbstdeklaration vorgenommen. Dies auch vor dem Hintergrund, um nicht den Tatbestand der Erteilung "falscher Erklärungen" bei den zur technischen Leistungsfähigkeit zählenden Referenzen gern Paragraphen 51, Ziffer 6, in Verbindung mit 56 BVergG 2002 zu verwirklichen."

Zur Referenz "Tunnel Rannersdorf" werde ausgeführt, dass die Einreichplanung erbracht und das Bauprojekt erstellt worden sei, sodass die präsumtive Zuschlagsempfängerin zu Recht ausschreibungskonform die volle Punkteanzahl erhalten habe. Es sei der Antragstellerin beizupflichten, dass dieses Referenzprojekt im Zuge einer funktionalen Ausschreibung der Rechtsvorgängerin der gegenständlichen Auftraggeberin erbracht worden sei. Die Behauptung, wonach aufgrund der funktionalen Ausschreibung ua keine Leistungsverzeichnisse erstellt werden habe können, sei jedoch nicht zutreffend und widerlege sich bereits bei einem Blick in die vergaberechtlichen Vorgaben. § 109 Abs 2 BVergG 2006 halte fest, dass bei einer funktionalen Ausschreibung der Bieter die Leistungsverzeichnisse mit Mengen und Preisangaben erstellen muss. Wenngleich sich die betreffende Norm im hier materiellrechtlich maßgeblichen BVergG 2002 nicht finde, so bringen die Materialien zum BVergG 2006 zum Ausdruck, dass es sich bei dieser Neuregelung lediglich um die ausdrückliche Festschreibung bisheriger Notwendigkeiten handle (siehe EBRV 1171 BlgNR 22. GP 80). Entgegen der Behauptungen der Antragstellerin sei im Auftrag eines namhaften Baukonzerns ua die Baubeschreibung, das (Detail-) Leistungsverzeichnis sowie die detaillierten Planunterlagen erstellt worden. " Dies kann auch anhand der im Vergabeverfahren vorgelegten Referenzausschreibungsunterlagen ersehen werden. Demnach wurde für die angebotene Alternative bei sonstigem Ausscheiden die Erklärung der Möglichkeit der Genehmigungsfähigkeit durch nachweisliche Abstimmungen mit zuständigen Behörden und Gemeinden, der technische Bericht mit Übersichtsplänen in Entwurfsqualität, der Bauzeitenplan, ein geotechnisches Gutachten mit Angabe der spezifischen Bodenkennwerte für die vorgeschlagene Bauweise, der hydrogeologische Nachweis bei Änderung der freien Durchströmfläche, statische Nachweise für den Bau- und Endzustand, eine nachvollziehbare Massenermittlung, ein vollständiges Leistungsverzeichnis für den kompletten Entwurf sowie ein Nachweis betreffend die Hochwassersicherheit gefordert (siehe Nachreichung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vom 16.6.2006). Von

uns wurde somit ein vollständiges Bauprojekt bestehend aus Ausschreibungs- und Ausführungsplanung erbracht. Aus dem diesbezüglichen Verweis der Antragsstellerin auf Punkt 3.5 der Projektierungsdienstanweisung des BMVIT ergeben sich hingegen keine gegenteiligen Erkenntnisse."Zur Referenz "Tunnel Rannersdorf" werde ausgeführt, dass die Einreichplanung erbracht und das Bauprojekt erstellt worden sei, sodass die präsumtive Zuschlagsempfängerin zu Recht ausschreibungskonform die volle Punkteanzahl erhalten habe. Es sei der Antragstellerin beizupflichten, dass dieses Referenzprojekt im Zuge einer funktionalen Ausschreibung der Rechtsvorgängerin der gegenständlichen Auftraggeberin erbracht worden sei. Die Behauptung, wonach aufgrund der funktionalen Ausschreibung ua keine Leistungsverzeichnisse erstellt werden habe können, sei jedoch nicht zutreffend und widerlege sich bereits bei einem Blick in die vergaberechtlichen Vorgaben. Paragraph 109, Absatz 2, BVergG 2006 halte fest, dass bei einer funktionalen Ausschreibung der Bieter die Leistungsverzeichnisse mit Mengen und Preisangaben erstellen muss. Wenngleich sich die betreffende Norm im hier materiellrechtlich maßgeblichen BVergG 2002 nicht finde, so bringen die Materialien zum BVergG 2006 zum Ausdruck, dass es sich bei dieser Neuregelung lediglich um die ausdrückliche Festschreibung bisheriger Notwendigkeiten handle (siehe EBRV 1171 BlgNR 22. Gesetzgebungsperiode 80). Entgegen der Behauptungen der Antragstellerin sei im Auftrag eines namhaften Baukonzerns ua die Baubeschreibung, das (Detail-) Leistungsverzeichnis sowie die detaillierten Planunterlagen erstellt worden. " Dies kann auch anhand der im Vergabeverfahren vorgelegten Referenzausschreibungsunterlagen ersehen werden. Demnach wurde für die angebotene Alternative bei sonstigem Ausscheiden die Erklärung der Möglichkeit der Genehmigungsfähigkeit durch nachweisliche Abstimmungen mit zuständigen Behörden und Gemeinden, der technische Bericht mit Übersichtsplänen in Entwurfsqualität, der Bauzeitenplan, ein geotechnisches Gutachten mit Angabe der spezifischen Bodenkennwerte für die vorgeschlagene Bauweise, der hydrogeologische Nachweis bei Änderung der freien Durchströmfläche, statische Nachweise für den Bau- und Endzustand, eine nachvollziehbare Massenermittlung, ein vollständiges Leistungsverzeichnis für den kompletten Entwurf sowie ein Nachweis betreffend die Hochwassersicherheit gefordert (siehe Nachreichung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vom 16.6.2006). Von uns wurde somit ein vollständiges Bauprojekt bestehend aus Ausschreibungs- und Ausführungsplanung erbracht. Aus dem diesbezüglichen Verweis der Antragsstellerin auf Punkt 3.5 der Projektierungsdienstanweisung des BMVIT ergeben sich hingegen keine gegenteiligen Erkenntnisse."

Beim gegenständlichen Referenzprojekt sei entsprechend der (Referenz) Ausschreibung eine gänzlich neue Einreichung für die wasserrechtliche Genehmigung zu erstellen gewesen. "Dabei wurde sämtlichen Vorgaben des Anhangs 3 der Projektierungsanweisung - soweit sich diese überhaupt an Tunnelplaner richten - entsprochen. Entgegen der Behauptung der Antragstellerin konnten wir uns in dokumentierter Weise nicht mit einer bloßen Änderung des auf einer gänzlich anderen Bauweise beruhenden Amtsentwurfs begnügen. Wir haben daher beim Zuschlagskriterium "Planung eines Tunnels in offener Bauweise" zu Recht die volle Punktezahl zugesprochen bekommen."

Z u r Referenz "Wientalsammelkanal" sei auszuführen, dass ebenso wie die betreffende Referenz beim Zuschlagskriterium "Planung eines Tunnels mit Tübbingausbau mit Querschlägen" für die Ausführungsplanung benannt worden sei und die betreffenden Punkte von der Auftraggeberin entsprechend der Ausschreibung vergeben worden seien. " Die Antragsstellerin vermeint nun, wir hätten nicht die vollständige Ausführungsplanung, sondern lediglich die statischkonstruktive Planung und Berechnung der Tunnelschale erbracht. Dabei verweist sie auf die Honorarleitlinie Bauwesen - Ingenieurbauwerke idF 1.12.2004 (in der Folge "HOB-I") und die Honorarleitlinie Bauwesen für statische und konstruktive Bearbeitung von Hoch-, Industrie, Wasser- und Sonderbauten idF 1.12.2004 (in der Folge "HOB-S"). Beide Honorarleitlinien wurden von der Bundeskammer der Architekten und Ingenieurkonsulenten herausgegeben und zwischenzeitig aufgrund wettbewerbsrechtlicher Bedenken mit 1.1.2007 aufgehoben."Zur Referenz "Wientalsammelkanal" sei auszuführen, dass ebenso wie die betreffende Referenz beim Zuschlagskriterium "Planung eines Tunnels mit Tübbingausbau mit Querschlägen" für die Ausführungsplanung benannt worden sei und die betreffenden Punkte von der Auftraggeberin entsprechend der Ausschreibung vergeben worden seien. " Die Antragsstellerin vermeint nun, wir hätten nicht die vollständige Ausführungsplanung, sondern lediglich die statischkonstruktive Planung und Berechnung der Tunnelschale erbracht. Dabei verweist sie auf die Honorarleitlinie Bauwesen - Ingenieurbauwerke in der Fassung 1.12.2004 (in der Folge "HOB-I") und die Honorarleitlinie Bauwesen für statische und konstruktive Bearbeitung von Hoch-, Industrie, Wasser- und Sonderbauten in der Fassung 1.12.2004 (in der Folge "HOB-S"). Beide Honorarleitlinien wurden von der Bundeskammer der Architekten und Ingenieurkonsulenten herausgegeben und zwischenzeitig aufgrund wettbewerbsrechtlicher Bedenken mit 1.1.2007 aufgehoben."

Diese Ausführungen der Antragsstellerin würden aufgrund der vorliegenden Unterlagen entkräftet. " In § 9 Abs 4 lit f HOB-I werden die Ausführungsunterlagen als "baureife Durcharbeitung in Plänen mit allen für die Ausführung erforderlichen Angaben und in sonstigen Festlegungen, abgestimmt mit den Zusatzleistungen [...] wie zB statisch konstruktive Bearbeitung" umschrieben. Bei einem Blick auf die Beauftragung unseres Mitglieds F*** ZT-GmbH durch das betreffende Bauunternehmen ergibt sich, dass den zitierten Vorgaben der Honorarleitlinie vollinhaltlich entsprochen wurde. Gemäß Anhang 1 zum Ingenieurvertrag vom 21.7.2003 waren ua folgende Leistungen zu erbringen:

Diese Ausführungen der Antragsstellerin würden aufgrund der vorliegenden Unterlagen entkräftet. " In Paragraph 9, Absatz 4, Litera f, HOB-I werden die Ausführungsunterlagen als "baureife Durcharbeitung in Plänen mit allen für die Ausführung erforderlichen Angaben und in sonstigen Festlegungen, abgestimmt mit den Zusatzleistungen [...] wie zB statisch konstruktive Bearbeitung" umschrieben. Bei einem Blick auf die Beauftragung unseres Mitglieds F*** ZT-GmbH durch das betreffende Bauunternehmen ergibt sich, dass den zitierten Vorgaben der Honorarleitlinie vollinhaltlich entsprochen wurde. Gemäß Anhang 1 zum Ingenieurvertrag vom 21.7.2003 waren ua folgende Leistungen zu erbringen:

- -Strichaufzählung
Erbringung detaillierter Nachweise der Bauzustände der Einzelsteine, des geschlossenen Ringes und der Röhre;
- -Strichaufzählung
Erstellung aller erforderlichen Übersichts-, Schal- und Bewehrungspläne und Detailzeichnungen der Tübbings unter Berücksichtigung aller Einbauteile; Erstellung aller erforderlichen Bauphasenpläne für den Startvorgang;
- -Strichaufzählung
Erstellung eines detaillierten Entwurfs und zeichnerische Darstellung aller Tragelemente der einzelnen Tübbingsteine und des Gesamttringes unter besonderer Berücksichtigung der Ausfahrssituation;
- -Strichaufzählung
Erstellung aller erforderlichen Übersichts-, Schal- und Bewehrungspläne und Detailzeichnungen der Sondertübbings unter Berücksichtigung aller Einbauteile; Erstellung aller erforderlichen Bauphasenpläne für den Zielvorgang;
- -Strichaufzählung
Entwicklung der maßgebenden Vorgaben aus dem Tübbingdesign für das Design der TVM;
- -Strichaufzählung
Nachweise für die TVM an den Schnittstellen Tübbings/TVM;
- -Strichaufzählung
Ermittlung des Stützdruckes und zeichnerische Darstellung entlang der gesamten Tunneltrasse, insbesondere unter Berücksichtigung von Sonderbereichen;
- -Strichaufzählung
Erstellung eines Konzepts der einzelnen Vortriebs- und Bauphasen und planliche Darstellung in Übersichts- und Detailzeichnungen;
- -Strichaufzählung
Untersuchung der Bauwerk-/Bodeninteraktion während und nach dem Vortrieb und Erarbeitung erforderlicher Setzungsprognosen inklusive planliche Darstellung der Ergebnisse und möglicher Zusatzmaßnahmen;
- -Strichaufzählung
Ringbaufolgeplanung entlang der gesamten Trasse unter Berücksichtigung möglicher Korrekturfahrten;
- -Strichaufzählung
Erstellung aller erforderlichen Übersichtspläne der Röhre unter Berücksichtigung der geologischen und hydrologischen Randbedingungen;
- -Strichaufzählung
Detaillierte Nachweise der Sondersituation (zB Unterquerung U-Bahn) und Erarbeitung eines lokalen Vortriebskonzepts;
- -Strichaufzählung
Erstellung aller erforderlichen Bestandspläne;
- -Strichaufzählung
Durchführung eines Genehmigungsverfahrens;
- -Strichaufzählung

Terminliche und inhaltliche Abstimmung der Planung mit dem Bauherrn, der Baustelle und gegebenenfalls anderen Planungsbeteiligten sowie

- -Strichaufzählung

Teilnahme an Bauherrn- und Baustellengesprächen.

Die Behauptung der Antragstellerin, bei der Referenz "Wientalsammelkanal" sei keine vollständige Ausführungsplanung erbracht worden, finde somit keine Entsprechung in den Unterlagen. Vielmehr sei die gesamte Ausführungsplanung der Tunnelröhre unter Berücksichtigung der Querschlüge und der Anschlüsse zwischen Schächten und dem Tunnel erstellt worden. Demgegenüber sei zu keinem Zeitpunkt ausgeführt worden, dass von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin die Schächte geplant worden seien. Die diesbezüglichen Arbeiten seien tatsächlich von der IB C*** Ziviltechnikergesellschaft mbH erbracht worden. Auch die Punktevergabe bei den Zuschlagskriterien "Planung eines Tunnels mit Schildvortrieb" und "Planung eines Tunnels mit Tübbingausbau mit Querschlügen" sei somit entsprechend den Inhalten des Angebots zu Recht zugunsten der Bietergemeinschaft D*** - E*** - F*** erfolgt. Aus all den oben angeführten Gründen werde daher die Zurück- in eventu die Abweisung der Anträge begehrt.

Der Auftraggeber nahm in einer weiteren Stellungnahme datiert mit 22.5.2007, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 24.5.2007, ergänzend Stellung und führte zur Bewertung des Referenzprojektes Dublin Port Tunnel folgendes aus:

" Als Zuschlagskriterium "Qualität" sind in der Ausschreibung betreffend die "S 1 Wiener Außenring Schnellstraße Tunnelplanung in der Projektphase EP und BP" ua. Referenzprojekte vorgesehen.

In den entsprechenden Bestimmungen der Ausschreibung (Pkt. 1,305.2.1 im Teil AI der Ausschreibungsunterlagen) ist ausdrücklich festgelegt, dass nur Referenzprojekte mit einer Auftragserteilung bzw. einem Auftragsbeginn ab dem 01.09.1995 gewertet werden und Referenzprojekte die davor beauftragt wurden nicht anerkannt werden. Die Antragsstellerin A*** hat als Referenzprojekt u.a. den Dublin Port Tunnel angeführt. In den Angebotsunterlagen (Stufe 1 und Stufe 2) sind verschiedene Angaben zum Auftragsbeginn bzw. Arbeitsbeginn gemacht worden.

Als Auftraggeber des gegenständlichen Referenzprojektes hat die Fa. A*** in ihrem Angebot die Dublin Corporation angeführt. Zum Nachweis, dass das Referenzprojekt "Dublin Port Tunnel" den Ausschreibungsbestimmungen entspricht bzw. die Beauftragung mit diesem Projekt nach dem 01.09.1995 erfolgt ist, hat die Antragstellerin folgende Unterlagen vorgelegt:

1. 1.Ziffer eins
Referenzbestätigung Dublin City Council v. 23.03.2007
2. 2.Ziffer 2
Letter of Intent v. 02.08.1995
3. 3.Ziffer 3
Schreiben Dublin Corporation v. 29.08.1995.
 - ad 1) Referenzbestätigung Dublin City Council v. 23.03.2007

Aus dem vorgelegten Referenzschreiben v. 23.03.2007 geht nur hervor, dass mit den Arbeiten am 01.09.1995 begonnen und der formale Vertrag zu einem späteren Zeitpunkt abgeschlossen wurde. Der Zeitpunkt der Auftragserteilung kann diesem Schreiben jedoch nicht entnommen werden.

Als Arbeitsbeginn ist mit diesem Referenzschreiben nun der 01.09.1995 nachgewiesen, nicht jedoch der tatsächliche Zeitpunkt der Beauftragung. Nachdem Herr Dr. K*** mit den Arbeiten wohl erst nach einer zumindest mündlichen Auftragserteilung begonnen hat, muss davon ausgegangen werden, dass eine Auftragserteilung jedenfalls vor dem Arbeitsbeginn (01.09.1995) stattgefunden haben muss. Dies entspricht auch den üblichen Gepflogenheiten im Geschäftsverkehr. Die Richtigkeit dieser Annahme wird auch durch Aussage des Herrn Dr. K***im Zuge der mündlichen Verhandlung, wonach er schon im Sommer 1995 nach Irland übersiedelt ist, bestätigt.

ad 2) Letter of Intent v. 2.08.1995

Der Letter of Intent, auch wenn er grundsätzlich unverbindlich ist, kann rechtlich durchaus bedeutsam sein. Je nach Formulierung kann ein Letter of Intent nämlich auch Rechtspflichten begründen. Im Letter of Intent vom 02.08.1995 kommt klar zum Ausdruck, dass die Fa. A*** mit dem Dublin Port Tunnel beauftragt wird, vorbehaltlich der Zustimmung der NRA. Die NRA hat am 29.08.1995 einer Beauftragung zugestimmt.

Ist ein Geschäft unter aufschiebender Bedingung geschlossen worden, so beginnen die Rechtswirkungen dann, wenn das ungewisse Ereignis eintritt (OGH in SZ 55/109). Im Letter of Intent wurde der Antragstellerin mitgeteilt, dass sie mit

dem Referenzprojekt Dublin Port Tunnel unter der Bedingung der Zustimmung der NRA beauftragt wird (siehe auch Stellungnahme der Antragstellerin vom 17.4.2007). Der Eintritt der Rechtswirkung (in diesem Falle die Beauftragung) ist von der Zustimmung der NRA (nicht etwa von dem Zugang dieser Zustimmung) abhängig gemacht worden. Diese Zustimmung stellt den "ungewissen Zustand" dar, von dem der Eintritt der Bedingung abhängig gemacht wurde. Die NRA hat mit Schreiben vom 29.8.1995 der Beauftragung der Antragstellerin mit dem Referenzprojekt Dublin Port Tunnel zugestimmt. Das Ereignis, an das der Eintritt der Rechtswirkung (Beauftragung) abhängig gemacht wurde, ist somit spätestens zu diesem Zeitpunkt eingetroffen und die Rechtswirkung (Beauftragung) begann zu diesem Zeitpunkt. Die Beauftragung ist nach eigenen Angaben der Antragstellerin schon vor dem 01.09.1995 erfolgt.

• ad 3) Schreiben Dublin Corporation v. 29.08.1995

Die Antragstellerin führt dazu ergänzend aus, dass zivilrechtlicher Auftraggeber des Referenzprojektes Dublin Port Tunnel die National Roads Authority (NRA) gewesen sei (in den Angebotsunterlagen wurde als Auftraggeber jedoch die Dublin Corporation angeführt). Wer nun auch der Auftraggeber für dieses Referenzprojekt auch immer gewesen sein mag, Tatsache ist, dass mit dem Letter of Intent vom 02.08.1995 die Fa. A*** unter der Bedingung der Zustimmung der NRA beauftragt worden ist. Die NRA hat Schreiben vom 29.08.1995 dieser Beauftragung zugestimmt.

Somit kann zusammenfassend festgestellt werden: Es liegt trotz mehrmaliger Aufforderung noch immer kein Nachweis vor, zu welchem Zeitpunkt die Fa. A*** mit dem Dublin Port Tunnel tatsächlich beauftragt worden ist.

Aus den vorgelegten Unterlagen geht lediglich hervor, dass mit den Arbeiten für dieses Projekt am 01.09.1995 begonnen wurde. Dies lässt nur den Schluss zu, dass die Beauftragung jedenfalls vor diesem Zeitpunkt erfolgt sein muss. Nach den Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen ist eine schriftliche Beauftragung nicht Voraussetzung für die Berücksichtigung eines Referenzprojektes (siehe Pkt. 1,3.05.2.1 im Teil A1 der Ausschreibungsunterlagen). Es genügt also auch eine mündliche Beauftragung und eine solche lag jedenfalls vor."

Aufgrund der widersprüchlichen Angaben im Angebot und den dem Angebot beigelegten Originalunterlagen wurde K***, Geschäftsführer der Antragstellerin, in seiner Funktion als seinerzeitiger Projektleiter des von der Antragstellerin in gegenständlichem Vergabeverfahren angeführten Referenzprojektes Dublin Port Tunnel zu der am 25. 5. 2007 vor dem Bundesvergabeamt durchgeführten mündlichen Verhandlung geladen. Dieser hat als Zeuge gemäß § 50 AVG zum tatsächlichen Auftragsbeginn bzw. zur tatsächlichen Auftragserteilung vernommen, ausgeführt, er habe sich, damals noch Mitarbeiter der A*** ZT GmbH, an dem Ende 1994 ausgeschriebenen Projekt Dublin Port Tunnel im Rahmen der Bietergemeinschaft A***/J*** beteiligt. Das Hearing sei anschließend bewertet worden und die A***/J*** sei als erstgereihter Bieter zu Verhandlungen im Juni 1995 nach Dublin eingeladen worden. Diese Verhandlungen seien nur mehr mit A***/J*** als erstgereichte Bieterin geführt worden und sei nicht bekannt, dass der irische Auftraggeber auch mit weiteren Bietern verhandelt hätte. Eine inhaltliche Einigung über die wesentlichen Bestandteile, insbesondere auch über "duties" und "fees" (d.h. über die Aufgaben, Pflichten und die Vergütung) habe es bereits im Juni 1995 gegeben, da Ende Februar 1996 das generelle Projekt fertig sein sollte und sei der "scope" (Auftragsumfang) schon Bestandteil des Angebotes gewesen. Mit dem Auftraggeber habe schon 1990 ein Vertragsverhältnis über eine große Feasibility Studie für das gleiche Projekt bestanden, die als Grundlage für das Projekt Dublin Port Tunnel gedient habe und sei es Wunsch des Auftraggebers gewesen, dass der Projektleiter aus dem Büro A*** ZT GmbH gestellt werde. Laut Aussage des Zeugen sei klar gewesen, dass es sich um einen long-term - Einsatz handeln würde, also jedenfalls mindestens 1 Jahr und sei er im Wissen und im Vertrauen auf das Zustandekommen dieses Projektes im August 1995 nach Dublin gezogen, auch sei bereits eine entsprechende Büroausrüstung beschafft worden. Da es aber noch keinen förmlichen Vertrag gegeben habe, sei seitens der Bietergemeinschaft auf ein entsprechend verbindliches Schreiben, einen letter of Intent, des Auftraggebers gedrängt worden, dem dieser mit Schreiben vom 2. August 1995 nachgekommen sei. Auf Vorhalt des Schreibens der NRA vom 29. August 1995 bestätigte der Zeuge, dass es sich um eine Kopie aus dem Originalakt handle und ihm dieses Schreiben seinerzeit nicht bekannt gewesen sei. Im Referenzschreiben vom 23.3.2007 sei bestätigt worden, dass der Arbeitsbeginn mit 1.9.1995 erfolgt sei. Es komme aber, so der Zeuge, immer wieder vor, dass auch ohne förmliche Beauftragung mit den Leistungen begonnen werde und dies sei auch beim Dublin Port Tunnel Projekt der Fall gewesen. Der formelle Vertrag sei aber deutlich nach dem 1.9.1995 zu Stande gekommen ist. Aufgrund der widersprüchlichen Angaben im Angebot und den dem Angebot beigelegten Originalunterlagen wurde K***, Geschäftsführer der Antragstellerin, in seiner Funktion als seinerzeitiger Projektleiter des von der Antragstellerin in gegenständlichem Vergabeverfahren angeführten Referenzprojektes Dublin Port Tunnel zu der am 25. 5. 2007 vor dem Bundesvergabeamt durchgeführten mündlichen Verhandlung geladen. Dieser hat als Zeuge gemäß Paragraph 50, AVG zum tatsächlichen Auftragsbeginn bzw. zur tatsächlichen Auftragserteilung

vernommen, ausgeführt, er habe sich, damals noch Mitarbeiter der A*** ZT GmbH, an dem Ende 1994 ausgeschriebenen Projekt Dublin Port Tunnel im Rahmen der Bietergemeinschaft A***/J*** beteiligt. Das Hearing sei anschließend bewertet worden und die A***/J*** sei als erstgereihter Bieter zu Verhandlungen im Juni 1995 nach Dublin eingeladen worden. Diese Verhandlungen seien nur mehr mit A***/J*** als erstgereichte Bieterin geführt worden und sei nicht bekannt, dass der irische Auftraggeber auch mit weiteren Bietern verhandelt hätte. Eine inhaltliche Einigung über die wesentlichen Bestandteile, insbesondere auch über "duties" und "fees" (d.h. über die Aufgaben, Pflichten und die Vergütung) habe es bereits im Juni 1995 gegeben, da Ende Februar 1996 das generelle Projekt fertig sein sollte und sei der "scope" (Auftragsumfang) schon Bestandteil des Angebotes gewesen. Mit dem Auftraggeber habe schon 1990 ein Vertragsverhältnis über eine große Feasibility Studie für das gleiche Projekt bestanden, die als Grundlage für das Projekt Dublin Port Tunnel gedient habe und sei es Wunsch des Auftraggebers gewesen, dass der Projektleiter aus dem Büro A*** ZT GmbH gestellt werde. Laut Aussage des Zeugen sei klar gewesen, dass es sich um einen long-term - Einsatz handeln würde, also jedenfalls mindestens 1 Jahr und sei er im Wissen und im Vertrauen auf das Zustandekommen dieses Projektes im August 1995 nach Dublin gezogen, auch sei bereits eine entsprechende Büroausrüstung beschafft worden. Da es aber noch keinen förmlichen Vertrag gegeben habe, sei seitens der Bietergemeinschaft auf ein entsprechend verbindliches Schreiben, einen letter of Intent, des Auftraggebers gedrängt worden, dem dieser mit Schreiben vom 2. August 1995 nachgekommen sei. Auf Vorhalt des Schreibens der NRA vom 29. August 1995 bestätigte der Zeuge, dass es sich um eine Kopie aus dem Originalakt handle und ihm dieses Schreiben seinerzeit nicht bekannt gewesen sei. Im Referenzschreiben vom 23.3.2007 sei bestätigt worden, dass der Arbeitsbeginn mit 1.9.1995 erfolgt sei. Es komme aber, so der Zeuge, immer wieder vor, dass auch ohne förmliche Beauftragung mit den Leistungen begonnen werde und dies sei auch beim Dublin Port Tunnel Projekt der Fall gewesen. Der formelle Vertrag sei aber deutlich nach dem 1.9.1995 zu Stande gekommen ist.

Zu den unterschiedlichen Angaben des Arbeitsbeginns bzw. des Auftragsbeginns und der Auftragserteilung befragt, führte der Zeuge aus, dass es sich bei der Angabe 08/1995 um den Zeitpunkt der Übersiedlung handle. Die förmliche Beauftragung sei jedenfalls, wie vom Auftraggeber gefordert, nach dem 1.9.1995 erfolgt. Die Antragstellerin führte ergänzend und auf ein Wortprotokoll bestehend aus, dass die Auftraggeberin aufgrund des Referenzschreibens vom 23.3.2007 den Arbeitsbeginn mit 1.9.1995 ausdrücklich als "nachgewiesen" anerkenne. Darüber hinaus werde durch das Vorbringen einer aufschiebenden Bedingung bestätigt, dass das Referenzprojekt der Antragstellerin den vorgegebenen Referenzzeitraum erfülle. Dabei sei zu berücksichtigen, dass die Auftraggeberin in ihrem Vorbringen die aufschiebende Bedingung - wenn diese tatsächlich als solche zu qualifizieren sei - völlig unvollständig wieder gegen habe, da der Letter of Intent nämlich nicht nur die Bedingung enthalte, dass die NRA zustimme, vielmehr seien darin zwei Bedingungen enthalten, wobei eine Bedingung die Zustimmung durch die NRA sei und die andere Bedingung darin bestehe, dass ein formeller Vertrag abgeschlossen werde. Diese Bedingungen müssten nach dem klaren Wortlaut kumulativ erfüllt sein, erst dann sei die von der Auftraggeberin vorgebrachte Bedingung erfüllt. Da mit dem Referenzschreiben vom 23.3.2007 bestätigt werde, dass der formelle Vertrag erst nach dem Arbeitsbeginn abgeschlossen worden sei, stehe fest, dass diese Bedingung nicht vor dem 1.9.1995 eingetreten sei. Somit sei - wenn überhaupt - lediglich eine der beiden Bedingungen vor dem 1.9.1995 erfüllt worden. Es sei festzuhalten, dass der Referenzzeitraum in den Ausschreibungsunterlagen mit der Auftragserteilung bzw. dem Arbeitsbeginn definiert sei und nicht nach dem Ende allfälliger Verhandlungen. Zu den unterschiedlichen Angaben des Arbeitsbeginns bzw. des Auftragsbeginns und der Auftragserteilung befragt, führte der Zeuge aus, dass es sich bei der Angabe 08 aus 1995, um den Zeitpunkt der Übersiedlung handle. Die förmliche Beauftragung sei jedenfalls, wie vom Auftraggeber gefordert, nach dem 1.9.1995 erfolgt. Die Antragstellerin führte ergänzend und auf ein Wortprotokoll bestehend aus, dass die Auftraggeberin aufgrund des Referenzschreibens vom 23.3.2007 den Arbeitsbeginn mit 1.9.1995 ausdrücklich als "nachgewiesen" anerkenne. Darüber hinaus werde durch das Vorbringen einer aufschiebenden Bedingung bestätigt, dass das Referenzprojekt der Antragstellerin den vorgegebenen Referenzzeitraum erfülle. Dabei sei zu berücksichtigen, dass die Auftraggeberin in ihrem Vorbringen die aufschiebende Bedingung - wenn diese tatsächlich als solche zu qualifizieren sei - völlig unvollständig wieder gegen habe, da der Letter of Intent nämlich nicht nur die Bedingung enthalte, dass die NRA zustimme, vielmehr seien darin zwei Bedingungen enthalten, wobei eine Bedingung die Zustimmung durch die NRA sei und die andere Bedingung darin bestehe, dass ein formeller Vertrag abgeschlossen werde. Diese Bedingungen müssten nach dem klaren Wortlaut kumulativ erfüllt sein, erst dann sei die von der Auftraggeberin vorgebrachte Bedingung erfüllt. Da mit dem Referenzschreiben vom 23.3.2007 bestätigt werde, dass der formelle Vertrag erst nach dem Arbeitsbeginn abgeschlossen worden sei, stehe fest, dass diese Bedingung nicht

vor dem 1.9.1995 eingetreten sei. Somit sei - wenn überhaupt - lediglich eine der beiden Bedingungen vor dem 1.9.1995 erfüllt worden. Es sei festzuhalten, dass der Referenzzeitraum in den Ausschreibungsunterlagen mit der Auftragserteilung bzw. dem Arbeitsbeginn definiert sei und nicht nach dem Ende allfälliger Verhandlungen. Der Auftraggeber bestritt das Vorbringen und führte aus, dass der formelle Vertrag bis heute noch nicht vorliege und würden die Tatsachen, dass in den Angebotsunterlagen die Antragstellerin selbst anführe, mit den Arbeiten sei bereits im August 1995 begonnen worden, dass es sich beim 1.9.1995 um einen Freitag handle und ein Arbeitsbeginn an einem Freitag unwahrscheinlich sei und ein Bearbeitungszeitraum von 2 Monaten zum Abschluss des Vorprojektes sehr kurz sei, den Schluss zulassen, dass es einen Auftrag schon vor dem 1.9.1995 gegeben habe. Zu den von der Antragstellerin weiteren behaupteten Rechtswidrigkeiten wurde auf das bisherige Vorbringen und die vorangegangenen Nachprüfungsverfahren verwiesen.

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

Im September 2005 hat der Auftraggeber Autobahnen -und Schnellstraßen Finanzierungs-AG(ASFINAG) die Planung eines Tunnels in geschlossener und offener Bauweise mit optimiertem Vortriebsverfahren für die Phasen EP (Einreichprojekt) und BP(Bauprojekt) - Ausführungsplanung optional für die Errichtung der S1 Wiener Außenring Schnellstraße, Schwechat bis Süßenbrunn im nicht offenen zweistufigen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung als Dienstleistungsauftrag, Dienstleistungskategorie 12, CPV 74.23.22.00-6, im Oberschwellenbereich europaweit ausgeschrieben. Eine Aufteilung in Lose ist nicht vorgesehen. Die Leistung umfasst die Tunnelplanung für die Tunnel "Donau-Lobau", wobei diese die Erstellung eines tunnelbautechnischen Einreichprojektes inkl. Mitwirkung an der Umweltverträglichkeitserklärung beinhaltet. Das Einreichprojekt dient als Grundlage für das UVP-Verfahren inkl. der erforderlichen Behördenverfahren und soll dann in ein Bauprojekt übergeführt werden. Das Bauprojekt besteht aus dem endgültig ausschreibungsreifen tunnelbautechnischen Projekt mit den eingearbeiteten Behördenauflagen und der Ausführungsplanung (optional). Als voraussichtlicher Auftragsbeginn ist der Jänner 2006 und als Zeitraum für die Abwicklung des Auftrages (Planungsphase) sind 4 Jahre angeführt. Die Absendung der Vergabebekanntmachung zur Veröffentlichung in Österreich (Lieferanzeiger) sowie im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften erfolgte am 14.9.2005. Unter Punkt III.3.1. dieser Bekanntmachung ist festgelegt, dass die Dienstleistungserbringung einem besonderen Berufsstand vorbehalten ist und wird auf das Ziviltechnikergesetz 1993-ZTG sowie auf die EWR-IngenieurkonsulentenVO BGBl. Nr. 695/1995 Bezug genommen. Als Schlusstermin für den Eingang der Angebote ist der 24.10.2005 festgelegt. Die Angebotsöffnung erfolgte am 24.10.2006. Die Antragstellerin hat rechtzeitig einen Teilnahmeantrag abgegeben und wurde neben 4 weiteren Bewerbern zur Angebotsabgabe in die zweite Stufe eingeladen. Nach Ausgabe der Ausschreibungsunterlagen für dielm September 2005 hat der Auftraggeber Autobahnen -und Schnellstraßen Finanzierungs-AG(ASFINAG) die Planung eines Tunnels in geschlossener und offener Bauweise mit optimiertem Vortriebsverfahren für die Phasen EP (Einreichprojekt) und BP(Bauprojekt) - Ausführungsplanung optional für die Errichtung der S1 Wiener Außenring Schnellstraße, Schwechat bis Süßenbrunn im nicht offenen zweistufigen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung als Dienstleistungsauftrag, Dienstleistungskategorie 12, CPV 74.23.22.00-6, im Oberschwellenbereich europaweit ausgeschrieben. Eine Aufteilung in Lose ist nicht vorgesehen. Die Leistung umfasst die Tunnelplanung für die Tunnel "Donau-Lobau", wobei diese die Erstellung eines tunnelbautechnischen Einreichprojektes inkl. Mitwirkung an der Umweltverträglichkeitserklärung beinhaltet. Das Einreichprojekt dient als Grundlage für das UVP-Verfahren inkl. der erforderlichen Behördenverfahren und soll dann in ein Bauprojekt übergeführt werden. Das Bauprojekt besteht aus dem endgültig ausschreibungsreifen tunnelbautechnischen Projekt mit den eingearbeiteten Behördenauflagen und der Ausführungsplanung (optional). Als voraussichtlicher Auftragsbeginn ist der Jänner 2006 und als Zeitraum für die Abwicklung des Auftrages (Planungsphase) sind 4 Jahre angeführt. Die Absendung der Vergabebekanntmachung zur Veröffentlichung in Österreich (Lieferanzeiger) sowie im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften erfolgte am 14.9.2005. Unter Punkt römisch drei.3.1. dieser Bekanntmachung ist festgelegt, dass die Dienstleistungserbringung einem besonderen Berufsstand vorbehalten ist und wird auf das Ziviltechnikergesetz 1993-ZTG sowie auf die EWR-IngenieurkonsulentenVO Bundesgesetzblatt Nr. 695 aus 1995, Bezug genommen. Als Schlusstermin für den Eingang der Angebote ist der 24.10.2005 festgelegt. Die Angebotsöffnung erfolgte am 24.10.2006. Die Antragstellerin hat rechtzeitig einen Teilnahmeantrag abgegeben und wurde neben 4 weiteren Bewerbern zur Angebotsabgabe in die zweite Stufe eingeladen. Nach Ausgabe der Ausschreibungsunterlagen für die

1. 2.Ziffer 2

Stufe am 20.3.2006 und zweimaliger Berichtigung der Ausschreibung erfolgte am 12.5.2006, 11.00 Uhr die Angebotsöffnung. Mit Telefax vom 3.8.2006 hat der Auftraggeber sämtliche Bieter um Verlängerung der Zuschlagsfrist bis 13. 11.2006 und mit Telefax vom 10.11.2006 um eine weitere Verlängerung der Zuschlagsfrist bis 13.2.2007 ersucht. Nach Prüfung der abgegebenen Angebote und Erstellung eines Vergabeberichtes datiert 24.1.2007, aus dem hervorgeht, dass das Angebot der Antragstellerin mit 88,35 Punkten und einer Angebotssumme von Euro 5,137.272,81.- an 3. Stelle gereiht wurde - an 2. Stelle gereiht wurde die Bietergemeinschaft bestehend aus 1) G*** 2) H*** - hat der Auftraggeber mit Schreiben datiert 31.1.2007 sämtlichen Bietern per Telefax die Zuschlagsentscheidung zugunsten der Bietergemeinschaft D*** - E*** - F*** mit 91,33 Punkten und einer Vergabesumme von netto Euro 2,223.501,94.- (ohne Option) bzw. Euro 4,298.987,42.-- (mit Option) bekannt gegeben.

Mit Schriftsatz vom 13.2.2007, protokolliert unter GZ N/0011- BVA/03/2007-1, hat die Bietergemeinschaft G***/H***, die Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung, die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung, den Ersatz der Pauschalgebühren sowie die Erlassung einer einstweiligen Verfügung beantragt. Mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 20.2.2007, N/0011- BVA/03/2007-EV6 wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben.

Mit Schriftsatz vom 14.2.2007, protokolliert unter GZ N/0013- BVA/03/2007-1, hat die Antragstellerin dieselbe gesondert anfechtbare Entscheidung des Auftraggebers ASFINAG angefochten und die Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung, die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung, den Ersatz der Pauschalgebühren sowie die Erlassung einer einstweiligen Verfügung beantragt im Wesentlichen mit der Begründung, der Auftraggeber habe das zum Einsatz kommende Schlüsselpersonal mangelhaft und nicht nachvollziehbar bewertet, ebenso die Referenzen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin. Daher sei die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Bietergemeinschaft D*** - E*** - F*** zu Unrecht getroffen worden, vielmehr sei in Anbetracht des geringen Punkteunterschiedes von lediglich 2,98 Punkten bei rechtmäßiger Bewertung dem Angebot der Antragstellerin der Zuschlag zu erteilen.

Mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 21.2.2007, GZ N/0013- BVA/03/2007-EV6 wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben.

Mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 27.3.2007, N/0011- BVA/03/2007-24, wurde dem Antrag auf Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung stattgegeben und die Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers vom 31.1.2007, den Bietern per Fax zugestellt am 1.2.2007, für nichtig erklärt.

Mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 29.3.2007 wurde in weiterer Folge im Verfahren zur GZ N/0013- BVA/03/2007-30 der Antrag auf Nichtigkeitsklärung derselben gesondert anfechtbaren (Zuschlags)Entscheidung mangels Vorliegen eines Anfechtungsgegenstandes zurückgewiesen.

Der Auftraggeber hat nach einer mit Fax vom 2.5.2007 widerrufenen Zuschlagsentscheidung datiert 24.4.2007 zugunsten der Bietergemeinschaft D*** - E*** - F*** die ergänzende Stellungnahme der Antragstellerin vom 24.4.2007 zum Referenzprojekt Dublin Port Tunnel geprüft und nach neuerlicher Bewertung der abgegebenen Angebote mit Schreiben vom 3.5.2007 sämtlichen Bietern die Zuschlagsentscheidung wiederum zugunsten der Bietergemeinschaft D*** - E*** - F*** mit 91,83 Punkten und einer Vergabesumme von netto Euro 2,223.501,94.- (ohne Option) bzw. Euro 4,298.987,42.-- (mit Option) bekannt gegeben. Demgegenüber wurde das Angebot der Antragstellerin nunmehr mit 72,45 Punkten bewertet und an 3. Stelle gereiht. Der Antragstellerin wurden ue die Ablehnungsgründe sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes mitgeteilt. In Punkt 1,305 der Ausschreibungsbestimmungen wird zu den auftragsbezogenen Zuschlagskriterien folgendes festgelegt:

" Für die Prüfung und Beurteilung der Angebote gelten die Vorgaben des Bundesvergabegesetzes- BVergG. Zur Beurteilung der Angebote werden neben dem Preis auch die Qualität der vom Bieter zu erbringenden, ausgeschriebenen Leistungen herangezogen."

Unter Punkt 1,305.2. der Ausschreibungsbestimmungen (A1- Ausschreibungsgrundlagen, S. 9) ist zur Ermittlung der Mindestkriterien und des Faktors Qualität festgelegt, dass die Überprüfung der Mindestkriterien sowie die Ermittlung des Faktors für die Zuschlagskriterien "Qualität" über Referenzen erfolgt. Unter Punkt 1,305.2.1 der Ausschreibungsbestimmungen (A1- Ausschreibungsgrundlagen, S. 9) ist zu den Referenzen folgendes festgelegt:

" Es werden nur Referenzprojekte mit einer Auftragserteilung bzw. einem Auftragsbeginn ab dem 01.09.1995 gewertet. Referenzprojekte, die davor beauftragt wurden, werden nicht anerkannt. Im Formular "Referenzprojekte" sind maximal 6 Referenzen anzugeben, die in weiterer Folge für die Auswertung der Mindestkriterien und für die Bewertung

der Zuschlagskriterien herangezogen werden. Darüber hinaus werden keine weiteren Referenzprojekte gewertet. Die Referenzprojekte nach Wahl des Bieters sind unter Angabe

~...

- -Strichaufzählung
des Auftragsbeginns
- -Strichaufzählung
des Bearbeitungsbeginns
- -Strichaufzählung

....

anzuführen."

Unter Punkt 1,305.1 der Ausschreibungsbestimmungen ist festgelegt, dass der Gesamtpreis mit 30 % und die Qualität mit 70 % bewertet wird, wobei die Bewertung im 2. Schritt (Faktor Qualität) nach der unter diesem Punkt festgelegten Matrix erfolgt.

Neben 3 weiteren Bietern hat die Antragstellerin fristgerecht ein Angebot abgegeben und wurde dieses in gegenständlichem Vergabeverfahren nach der im Hinblick auf die mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 27.3.2007, N/0011-BVA/03/2007-24 erfolgten Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung neuerlich bewertet und gemäß Vergabebericht gültig ab 11.07.2007 mit einer Gesamtpunktezah von 72,45 (25,10 Punkte für den Faktor Preis und 47,34 Punkte für den Faktor Qualität) an 3. Stelle gereiht. Beim Zuschlagskriterium Preis wurde die Antragstellerin an 2. Stelle gereiht, beim Zuschlagskriterium Qualität an 3. Stelle. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin wurde mit 91,83 Punkten an 1. Stelle gereiht. Der Punktevorsprung beträgt daher 19,38 Punkte.

Aufgrund der Festlegungen in den Ausschreibungsbestimmungen wurde

das Angebot der Antragstellerin bei dem für das Zuschlagskriterium

Qualität relevante Referenzprojekt 1 "Dublin Port Tunnel" mit 0

Punkten bewertet, da die Antragstellerin den Zeitraum betreffend den

Arbeitsbeginn, bzw. die Auftragserteilung bzw. den

Bearbeitungszeitraum des angeführten Referenzprojektes einmal mit

08/1995-03/2000, dann wiederum mit September 1995 -September 2002,

mit November 1995 und schließlich noch in den Ausschrei-

bungsunterlagen in der Tabelle "Referenzprojekte" mit "Okt. 1995"

als Auftrags- und Bearbeitungsbeginn angegeben hat und dem

Auftraggeber "... trotz mehrmaliger Aufforderung noch immer kein

Nachweis vor [liegt], zu welchem Zeitpunkt die Fa. A*** mit dem Dublin Port Tunnel tatsächlich beauftragt worden ist.

". Mit Schriftsatz vom 3.5.2007 beantragte die Antragstellerin die Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens sowie einer mündlichen Verhandlung, die Erlassung einer einstweiligen Verfügung und der Ersatz der Pauschalgebühren.

Begründend wurde ausgeführt, dass der Auftraggeber das von der Antragstellerin angegebene Referenzprojekt

"Dublin Port Tunnel" , obwohl den Ausschreibungsbestimmungen entsprechend, zu Unrecht mit 0 Punkten bewertet

und damit, wie in der Zuschlagsentscheidung mitgeteilt, das Angebot der Antragstellerin unzulässigerweise nur an

dritte Stelle gereiht und zudem die Referenzen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin unrichtig bewertet habe. Bei

Einhaltung der vergaberechtlichen Bestimmungen und richtiger Bewertung der Referenzen wäre vielmehr dem

Angebot der Antragstellerin als Bestbieterin der Zuschlag zu erteilen. Mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 10.

Mai 2007, GZ N/0047- BVA/03/2007-EV9 wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben.

In der am 25. Mai 2007 vor dem Bundesvergabeamt durchgeführten mündlichen Verhandlung wurde K***,

Geschäftsführer der Antragstellerin, in seiner Funktion als Projektleiter der von der Antragstellerin in

gegenständlichem Vergabeverfahren angeführten Referenz Dublin Port Tunnel geladen und hat dieser als Zeuge

gemäß § 50 AVG zum Auftragsbeginn bzw. zur Auftragserteilung vernommen, ausgeführt, dass er sich, damals noch

Mitarbeiter der A*** ZT GmbH, an dem etwa gegen Ende 1994 ausgeschriebenen Projekt Dublin Port Tunnel im

Rahmen der Bietergemeinschaft A***/J*** beteiligt habe und im Mai 1995 zu einem Hearing als erstgereihter Bieter zu

Verhandlungen nach Dublin geladen worden sei. Bereits im Juni 1995 ist laut Zeuge K*** eine inhaltliche Einigung über die wesentlichen Teile, auch über duties und fees, des Projektes erfolgt, wobei der "scope" schon Bestandteil des Angebotes und eine Fertigstellung des generellen Projektes für Februar 1996 vorgesehen war. Er gab weiters an, dass es schon 1990 mit dem Auftraggeber ein Vertragsverhältnis über eine Feasibility Studie zum gleichen Projekt gegeben habe, mit keinem weiteren Bieter, sondern nur mit der Antragstellerin Verhandlungen geführt worden seien und der Auftraggeber deponiert habe, dass der Projektleiter von der nunmehrigen Antragstellerin gestellt werden soll. Richtig sei, so der Zeuge, dass mit Referenzschreiben vom 23.3.2007 der Arbeitsbeginn mit 1.9.1995 bestätigt worden sei. Richtig sei auch, dass beim Auftraggeber ein Bestätigungsschreiben im Hinblick auf den noch fehlenden förmlichen Vertrag urgirt worden sei. Auch wenn es einen förmlichen Vertrag erst später gegeben hat, kommt es laut Zeuge K*** immer wieder vor, dass auch ohne förmliche Beauftragung mit den Leistungen begonnen wird. Dieser gab als richtig an, dass dies auch beim Dublin Port Tunnel der Fall gewesen sei. In der am 25. Mai 2007 vor dem Bundesvergabeamt durchgeführten mündlichen Verhandlung wurde K***, Geschäftsführer der Antragstellerin, in seiner Funktion als Projektleiter der von der Antragstellerin in gegenständlichem Vergabeverfahren angeführten Referenz Dublin Port Tunnel geladen und hat dieser als Zeuge gemäß Paragraph 50, AVG zum Auftragsbeginn bzw. zur Auftragserteilung vernommen, ausgeführt, dass er sich, damals noch Mitarbeiter der A*** ZT GmbH, an dem etwa gegen Ende 1994 ausgeschriebenen Projekt Dublin Port Tunnel im Rahmen der Bietergemeinschaft A***/J*** beteiligt habe und im Mai 1995 zu einem Hearing als erstgereihter Bieter zu Verhandlungen nach Dublin geladen worden sei. Bereits im Juni 1995 ist laut Zeuge K*** eine inhaltliche Einigung über die wesentlichen Teile, auch über duties und fees, des Projektes erfolgt, wobei der "scope" schon Bestandteil des Angebotes und eine Fertigstellung des generellen Projektes für Februar 1996 vorgesehen war. Er gab weiters an, dass es schon 1990 mit dem Auftraggeber ein Vertragsverhältnis über eine Feasibility Studie zum gleichen Projekt gegeben habe, mit keinem weiteren Bieter, sondern nur mit der Antragstellerin Verhandlungen geführt worden seien und der Auftraggeber deponiert habe, dass der Projektleiter von der nunmehrigen Antragstellerin gestellt werden soll. Richtig sei, so der Zeuge, dass mit Referenzschreiben vom 23.3.2007 der Arbeitsbeginn mit 1.9.1995 bestätigt worden sei. Richtig sei auch, dass beim Auftraggeber ein Bestätigungsschreiben im Hinblick auf den noch fehlenden förmlichen Vertrag urgirt worden sei. Auch wenn es einen förmlichen Vertrag erst später gegeben hat, kommt es laut Zeuge K*** immer wieder vor, dass auch ohne förmliche Beauftragung mit den Leistungen begonnen wird. Dieser gab als richtig an, dass dies auch beim Dublin Port Tunnel der Fall gewesen sei.

Mit Schreiben (Kopie) vom 2.8.1995 hat die Dublin Corporation der Antragstellerin folgendes mitgeteilt:

"Dear Sir,

Further to my telephone conversation with Mr. Peter Langford on 27th July 1995, I confirm that the Steering Committee for the above agreed that it is in order to commence work on the above Project, subject to the signing of a formal contract with the Dublin Corporation and to the approval of the National Roads Authority. As Consultants for the project, you are to carry out the following duties in accordance with the following understandings:- Further to my telephone conversation with Mr. Peter Langford on 27th July 1995, römisch eins confirm that the Steering Committee for the above agreed that it is in order to commence work on the above Project, subject to the signing of a formal contract with the Dublin Corporation and to the approval of the National Roads Authority. As Consultants for the project, you are to carry out the following duties in accordance with the following understandings:-

1. 1.)eins,
All work necessary up to and including the Public Inquiry at the fees agreed;
2. 2.)2,
All design, contract documentation and tender process work necessary to the Award of Contract at the fees agreed;
3. 3.)3,
All necessary Construction, Administration and Engineer's Site Supervision, will be subject to separate negotiation of fees and duties in advance of the construction stage.

Please keep the above confidential until such time as an official announcement has been made by the National Roads Authority....."

Der für den Zuschlag in Aussicht genommene Bieter hat gemäß § 324 Abs.3 BVergG 2006 begründeten Einwendungen innerhalb der Frist von 2 Wochen ab Verständigung über die Einleitung des Nachprüfungsverfahrens (OZ 3) gegen die von der Antragstellerin begehrte Entscheidung erhoben und ist somit Partei im gegenständlichen

Nachprüfungsverfahren. Der für den Zuschlag in Aussicht genommene Bieter hat gemäß Paragraph 324, Absatz 3, BVergG 2006 begründeten Einwendungen innerhalb der Frist von 2 Wochen ab Verständigung über die Einleitung des Nachprüfungsverfahrens (OZ 3) gegen die von der Antragstellerin begehrte Entscheidung erhoben und ist somit Partei im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren.

Die Verständigung des Auftraggebers ist erfolgt (OZ 3), die Antragstellerin hat Pauschalgebühren in der Höhe von Euro 3.200.- (OZ 3a) bezahlt.

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. Gemäß § 345 Abs. 2 BVergG 2006 gelten für im Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens des Bundesvergabegesetzes BGBl. I Nr. 17/2006 bereits eingeleiteten Vergabeverfahren der 1. bis 3. Teil des Bundesvergabegesetzes 2006 nicht. Diese Vergabeverfahren sind nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Da die Vergabebekanntmachung vor dem 1.2.2006 erfolgt ist und das Vergabeverfahren somit vor dem 1.2. 2006 eingeleitet wurde, die gegenständlichen Anträge jedoch nach diesem Zeitpunkt beim Bundesvergabeamt eingebracht wurden, sind entsprechend den vorgenannten gesetzlichen Übergangsbestimmungen nur die Bestimmungen zum Rechtsschutz im Teil 4, jene zur außerstaatlichen Kontrolle sowie zum Zivilrecht im Teil 5 und jene zu den Straf-, Schluss- und Übergangsbestimmungen im Teil 6 des BVergG 2006 anzuwenden. Im Übrigen sind die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2002 BGBl. I Nr. 99/2002, (BVergG 2002), heranzuziehen (vgl. BVA 30.5.2006, N/0023-BVA/03/2006; BVA 10.4.2006, N/0017-BVA/04-2006-EV9). 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. Gemäß Paragraph 345, Absatz 2, BVergG 2006 gelten für im Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens des Bundesvergabegesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, bereits eingeleiteten Vergabeverfahren der 1. bis 3. Teil des Bundesvergabegesetzes 2006 nicht. Diese Vergabeverfahren sind nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Da die Vergabebekanntmachung vor dem 1.2.2006 erfolgt ist und das Vergabeverfahren somit vor dem 1.2. 2006 eingeleitet wurde, die gegenständlichen Anträge jedoch nach diesem Zeitpunkt beim Bundesvergabeamt eingebracht wurden, sind entsprechend den vorgenannten gesetzlichen Übergangsbestimmungen nur die Bestimmungen zum Rechtsschutz im Teil 4, jene zur außerstaatlichen Kontrolle sowie zum Zivilrecht im Teil 5 und jene zu den Straf-, Schluss- und Übergangsbestimmungen im Teil 6 des BVergG 2006 anzuwenden. Im Übrigen sind die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2002 Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 99 aus 2002, (BVergG 2002), heranzuziehen vergleiche BVA 30.5.2006, N/0023-BVA/03/2006; BVA 10.4.2006, N/0017-BVA/04-2006-EV9).

1. 2. Ziffer 2

Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages

Die ASFINAG ist öffentlicher Auftraggeber iSd § 7 Abs. 1 Z 2 BVergG 2002 (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 § 20 Z 36 BVergG 2002. Der gegenständliche Auftrag ist als Dienstleistungsauftrag iSd § 4 Abs. 1 BVergG 2002 zu qualifizieren. Der geschätzte Auftragswert des verfahrensgegenständlichen Auftrags beträgt laut Angaben des Auftraggebers ca. Euro 4 Mio.-. Der einschlägige Schwellenwert von § 9 BVergG 2002 ist damit als überschritten anzusehen und ist daher das gegenständliche Verfahren dem Oberschwellenbereich zuzuordnen. Das gegenständliche Vergabeverfahren wurde weder widerrufen, noch wurde der Zuschlag erteilt. Die ASFINAG ist öffentlicher Auftraggeber iSd Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2002 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 20, Ziffer 36, BVergG 2002. Der gegenständliche Auftrag ist als Dienstleistungsauftrag iSd Paragraph 4, Absatz eins, BVergG 2002 zu qualifizieren. Der geschätzte Auftragswert des verfahrensgegenständlichen Auftrags beträgt laut Angaben des Auftraggebers ca. Euro 4 Mio.-. Der einschlägige

Schwellenwert von Paragraph 9, BVergG 2002 ist damit als überschritten anzusehen und ist daher das gegenständliche Verfahren dem Oberschwellenbereich zuzuordnen. Das gegenständliche Vergabeverfahren wurde weder widerrufen, noch wurde der Zuschlag erteilt.

Der gegenständliche Antrag ist daher zulässig, das Bundesvergabeamt ist zur Durchführung des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig.

Zu Spruchpunkt I:

Referenzprojekt Dublin Port Tunnel

Gemäß § 21 Abs.1 BVergG 2002 sind Aufträge über Leistungen 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, an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu vergeben. Gemäß Paragraph 21, Absatz eins, BVergG 2002 sind Aufträge über Leistungen 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, an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu vergeben.

Die Leistung ist gemäß § 99 BVergG 2002 nach Prüfung der Angebote iSd § 91 iVm § 98 BVergG 2002 unter Berücksichtigung der in den Ausschreibungsbestimmungen festgelegten Zuschlagskriterien zu vergeben. Die Leistung ist gemäß Paragraph 99, BVergG 2002 nach Prüfung der Angebote iSd Paragraph 91, in Verbindung mit Paragraph 98, BVergG 2002 unter Berücksichtigung der in den Ausschreibungsbestimmungen festgelegten Zuschlagskriterien zu vergeben.

Gemäß § 312 Abs. 2 Z 2 BVergG 2006 ist das Bundesvergabeamt bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zum Widerruf des Vergabeverfahrens zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hierzu ergangenen Verordnungen zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte zuständig. Gemäß § 320 Abs.1 BVergG 2006 kann ein Unternehmer bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern 1. er ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, und 2. ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 ist das Bundesvergabeamt bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zum Widerruf des Vergabeverfahrens zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hierzu ergangenen Verordnungen zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte zuständig. Gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006 kann ein Unternehmer bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern 1. er ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, und 2. ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Gemäß § 91 BVergG 2002 hat die Prüfung der Angebote in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Kriterien zu erfolgen. Entsprechend den allgemeinen Bestimmungen des § 67 BVergG iVm § 21 Abs.1 leg.cit müssen alle Bieter darauf vertrauen können, dass sich der Auftraggeber an die von ihm festgelegten Ausschreibungsbestimmungen hält. Gemäß der ständigen Spruchpraxis des Bundesvergabeamtes und der Judikatur des EuGH ist ein Abgehen von den in der Ausschreibung festgelegten Anforderungen unzulässig und rechtswidrig (vgl. BVA 3.9.2003, 04N- 65/03-21; EuGH 22.6.1993, Rs C-243/89, Storebaelt; 25.4.1996, Rs C-87/94 Kommission/Belgien; s. auch in Gerscha/Huber-Matauschk/Schwayer Ausschreibungsunterlagen - Festlegungen; Verhandlungsverfahren etc.) Durch die Formulierung in den Ausschreibungsbestimmungen, dass " ..nur Referenzprojekte mit einer Auftragserteilung bzw. einem Auftragsbeginn ab dem 01.09.1995 gewertet [werden] .Referenzprojekte, die davor beauftragt wurden, werden nicht anerkannt.", hat der Auftraggeber festgelegt, welche Referenzprojekte zum Nachweis der Leistungsfähigkeit erforderlich sind. Es wurde

daher zweifelsfrei verdeutlicht, dass nur Referenzprojekte mit einer Auftragserteilung bzw. einem Auftragsbeginn ab dem 01.09.1995 gewertet werden. Gemäß Paragraph 91, BVergG 2002 hat die Prüfung der Angebote in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Kriterien zu erfolgen. Entsprechend den allgemeinen Bestimmungen des Paragraph 67, BVergG in Verbindung mit Paragraph 21, Absatz eins, leg.cit müssen alle Bieter darauf vertrauen können, dass sich der Auftraggeber an die von ihm festgelegten Ausschreibungsbestimmungen hält. Gemäß der ständigen Spruchpraxis des Bundesvergabeamtes und der Judikatur des EuGH ist ein Abgehen von den in der Ausschreibung festgelegten Anforderungen unzulässig und rechtswidrig vergleiche BVA 3.9.2003, 04N- 65/03-21; EuGH 22.6.1993, Rs C-243/89, Storebaelt; 25.4.1996, Rs C-87/94 Kommission/Belgien; s. auch in Gerscha/Huber-Matauscek/Schwayer Ausschreibungsunterlagen - Festlegungen; Verhandlungsverfahren etc.) Durch die Formulierung in den Ausschreibungsbestimmungen, dass " ..nur Referenzprojekte mit einer Auftragserteilung bzw. einem Auftragsbeginn ab dem 01.09.1995 gewertet [werden] .Referenzprojekte, die davor beauftragt wurden, werden nicht anerkannt.", hat der Auftraggeber festgelegt, welche Referenzprojekte zum Nachweis der Leistungsfähigkeit erforderlich sind. Es wurde daher zweifelsfrei verdeutlicht, dass nur Referenzprojekte mit einer Auftragserteilung bzw. einem Auftragsbeginn ab dem 01.09.1995 gewertet werden.

Im gegenständlichen Verfahren hat es die Antragstellerin unterlassen, die Ausschreibung gemäß § 20 Z 13 lit.a sublit. bb BVergG zu bekämpfen. Eine Nichtigerklärung der Ausschreibung oder einzelner Bestimmungen derselben ist daher nicht mehr möglich. Der Einwand der Antragstellerin, das Projekt Dublin Port Tunnel sei schon mehrmals als Referenzprojekt bei Ausschreibungen des Auftraggebers ASFINAG angeführt und bisher noch nie beanstandet worden, geht ins Leere, die Ausschreibung hat Bestandskraft erlangt und ist unveränderliche Grundlage für die Bewertung der Angebote geworden ist. Eine inhaltliche Prüfung der Ausschreibung ist dem Bundesvergabeamt damit bei Anfechtung der Zuschlagsentscheidung verwehrt (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). Im gegenständlichen Verfahren hat es die Antragstellerin unterlassen, die Ausschreibung gemäß Paragraph 20, Ziffer 13, Litera a, Sub-Litera, b, b, BVergG zu bekämpfen. Eine Nichtigerklärung der Ausschreibung oder einzelner Bestimmungen derselben ist daher nicht mehr möglich. Der Einwand der Antragstellerin, das Projekt Dublin Port Tunnel sei schon mehrmals als Referenzprojekt bei Ausschreibungen des Auftraggebers ASFINAG angeführt und bisher noch nie beanstandet worden, geht ins Leere, die Ausschreibung hat Bestandskraft erlangt und ist unveränderliche Grundlage für die Bewertung der Angebote geworden ist. Eine inhaltliche Prüfung der Ausschreibung ist dem Bundesvergabeamt damit bei Anfechtung der Zuschlagsentscheidung verwehrt 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).

Wenn nun die Antragstellerin in ihrem Angebot zum Nachweis der Qualität als Referenzprojekt 1 den "Dublin Port Tunnel" angibt und mit 08/1995 bzw. Nov.1995, 10/1995-06/2003, September 1995 - September 2002 unterschiedliche Angaben zum Auftragsbeginn bzw. Bearbeitungszeitraum bzw. Auftragszeitraum macht und zum Nachweis ihrer Behauptung, dass der förmliche Vertrag erst nach dem 1.9.1995 abgeschlossen wurde und daher keinesfalls eine Auftragserteilung vor diesem Datum erfolgt sein könne, lediglich eine Kopie eines Schreibens der irischen Behörde (National Roads Authority) vom 29.8.1995 vorlegt mit dem Inhalt, dass kein Einwand gegen die Bestellung der A***/J*** besteht, so ist dem entgegenzuhalten, dass zum einen laut Aussage des in der mündlichen Verhandlung vernommenen Zeugen K*** bereits vor der förmlichen Beauftragung - wie oft üblich - Leistungen betreffend den Dublin Port Tunnel durchgeführt worden sind und zum anderen die im sogenannten "Letter of Intent " der Dublin Corporation vom 2. August 1995 enthaltenen Erklärungen zu erkennen geben, dass dieser klar als Vereinbarung eines bereits zwischen den Parteien ausverhandelten Inhalts ist. Auch wenn es keine gesetzlichen Anforderungen hinsichtlich der vertragserzeugenden Wirkung eines Letter of Intent gibt, so ist sowohl nach irischer als auch nach österreichischer Lehre und Rechtsprechung eine als "letter of Intent" bezeichnete Urkunde vor allem nach seinem Inhalt und dem darin zum Ausdruck kommenden Parteiwillen auszulegen (vgl. OGH 30.9.2002, 1 Ob 157/02y; Oberlechner in Vom Vorvertrag zum Letter of Intent - rechtsgeschäftliche Erklärungen vor dem Transaktionsabschluss; McCann FitzGerald, Solicitors, Dublin, Letters of Intent) und ist diese nur dann nicht verbindlich, wenn dies ausdrücklich festgelegt wird, was nicht der Fall war. In Anbetracht der Gesamtumstände, des Parteiwillens und insbesondere der Tatsache, dass die wesentlichen Vertragsinhalte, die Vergütung und auch die Verpflichtungen zwischen den Parteien bereits im Juni 1995 ausverhandelt waren, ist daher davon auszugehen, dass der gegenständlichen letter of intent als Vereinbarung zu qualifizieren und eine Auftragserteilung bereits vor dem 1.9.1995 erfolgt ist. Wenn nun die Antragstellerin in ihrem Angebot zum Nachweis der Qualität als Referenzprojekt 1 den "Dublin Port Tunnel" angibt und mit 08 aus 1995, bzw. Nov.1995, 10/1995-06/2003, September 1995 - September 2002

unterschiedliche Angaben zum Auftragsbeginn bzw. Bearbeitungszeitraum bzw. Auftragszeitraum macht und zum Nachweis ihrer Behauptung, dass der förmliche Vertrag erst nach dem 1.9.1995 abgeschlossen wurde und daher keinesfalls eine Auftragserteilung vor diesem Datum erfolgt sein könne, lediglich eine Kopie eines Schreibens der irischen Behörde (National Roads Authority) vom 29.8.1995 vorlegt mit dem Inhalt, dass kein Einwand gegen die Bestellung der A***/J*** besteht, so ist dem entgegenzuhalten, dass zum einen laut Aussage des in der mündlichen Verhandlung vernommenen Zeugen K*** bereits vor der förmlichen Beauftragung - wie oft üblich - Leistungen betreffend den Dublin Port Tunnel durchgeführt worden sind und zum anderen die im sogenannten "Letter of Intent" der Dublin Corporation vom 2. August 1995 enthaltenen Erklärungen zu erkennen geben, dass dieser klar als Vereinbarung eines bereits zwischen den Parteien ausverhandelten Inhalts ist. Auch wenn es keine gesetzlichen Anforderungen hinsichtlich der vertragserzeugenden Wirkung eines Letter of Intent gibt, so ist sowohl nach irischer als auch nach österreichischer Lehre und Rechtsprechung eine als "letter of Intent" bezeichnete Urkunde vor allem nach seinem Inhalt und dem darin zum Ausdruck kommenden Parteiwillen auszulegen (vergleiche OGH 30.9.2002, 1 Ob 157/02y; Oberlechner in Vom Vorvertrag zum Letter of Intent - rechtsgeschäftliche Erklärungen vor dem Transaktionsabschluss; McCann FitzGerald, Solicitors, Dublin, Letters of Intent) und ist diese nur dann nicht verbindlich, wenn dies ausdrücklich festgelegt wird, was nicht der Fall war. In Anbetracht der Gesamtumstände, des Parteiwillens und insbesondere der Tatsache, dass die wesentlichen Vertragsinhalte, die Vergütung und auch die Verpflichtungen zwischen den Parteien bereits im Juni 1995 ausverhandelt waren, ist daher davon auszugehen, dass der gegenständlichen letter of intent als Vereinbarung zu qualifizieren und eine Auftragserteilung bereits vor dem 1.9.1995 erfolgt ist.

Da das Bundesvergabeamt in Würdigung der vorliegenden Unterlagen sowie der Aussagen im Rahmen der mündlichen Verhandlung zu dem Schluss kam, dass das Anbot der Antragstellerin im vorgenannten Punkt nicht den Anforderungen der Ausschreibung entspricht und der Auftraggeber das Referenzprojekt "Dublin Port Tunnel" zu Recht gemäß den Festlegungen in den Ausschreibungsbestimmungen nicht anerkannt hat, konnte die Antragstellerin aufgrund der obigen Ausführungen zur unrichtigen Punktebewertung nicht in dem von ihr geltend gemachten Beschwerdepunkt verletzt sein. Die von der Antragstellerin angefochtene Zuschlagsentscheidung war in Hinblick auf den diesbezüglich geltend gemachten Beschwerdepunkt nicht für nichtig zu erklären.

Da unter Zugrundelegung der obigen Ausführungen das Angebot der Antragstellerin mit 72, 45 Punkten lediglich an 3. Stelle gereiht worden und daher ohne wesentlichen Einfluss auf den Ausgang des Verfahrens ist, war auf das weitere Vorbringen nicht mehr einzugehen.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Zu Spruchpunkt II:

Gemäß § 319 Abs. 1 BVergG 2006 hat der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 BVergG 2006 entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Gemäß § 319 Abs. 2 BVergG 2006 besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur dann, wenn 1. dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und 2. dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur wegen einer Interessensabwägung abgewiesen wurde. 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, entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, BVergG 2006 entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Gemäß Paragraph 319, Absatz 2, BVergG 2006 besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur dann, wenn 1. dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und 2. dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur wegen einer Interessensabwägung abgewiesen wurde.

Da - wie sich aus Spruchpunkt I ergibt - der Nachprüfungsantrag vom 3. 5. 2007 abgewiesen wurde und den Nachprüfungsantrag betreffend somit auch kein "teilweises Obsiegen" des Antragstellers iSv § 319 Abs. 1 BVergG 2006 vorliegt, ist der diesbezügliche Antrag, soweit er sich auf den Ersatz der Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag

gemäß § 320 Abs. 1 BVergG 2006 bezieht, abzuweisen. Ebenso ist der Antrag des Antragstellers, soweit er sich auf Ersatz der Pauschalgebühr für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bezieht, gemäß § 319 Abs. 2 BVergG 2006 abzuweisen. Zwar wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit Bescheid vom 10. Mai 2007, N/0047-BVA/03/2007- EV9, stattgegeben, der Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs. 1 BVergG 2006 wurde aber zurückgewiesen. Da - wie sich aus Spruchpunkt römisch eins ergibt - der Nachprüfungsantrag vom 3. 5. 2007 abgewiesen wurde und den Nachprüfungsantrag betreffend somit auch kein "teilweises Obsiegen" des Antragstellers iSv Paragraph 319, Absatz eins, BVergG 2006 vorliegt, ist der diesbezügliche Antrag, soweit er sich auf den Ersatz der Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006 bezieht, abzuweisen. Ebenso ist der Antrag des Antragstellers, soweit er sich auf Ersatz der Pauschalgebühr für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bezieht, gemäß Paragraph 319, Absatz 2, BVergG 2006 abzuweisen. Zwar wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit Bescheid vom 10. Mai 2007, N/0047-BVA/03/2007- EV9, stattgegeben, der Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006 wurde aber zurückgewiesen.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Schlagworte

Nichtigerklärung der zuschlagsentscheidung, Abweisung, Letter of Intent, Beschwerdepunkt, wesentlicher Einfluss, Schaden

Dokumentnummer

VERGT_20070612_N_0047_BVA_03_2007_20_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