

TE Verg Bescheid 2007/5/10 N/0047-BVA/03/2007-9

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 10.05.2007

Norm

BVergG 2002 §4 Abs1

BVergG 2002 §7 Abs1 Z2

BVergG 2002 §9

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §328 Abs3

BVergG 2006 §328 Abs4

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs2

BVergG 2006 §329 Abs3

BVergG 2006 §345 Abs1 Z1

BVergG 2006 §345 Abs2

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 § 328 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 328 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 328 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 328 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
-
1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
-
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-Mataushek gemäß § 306 Abs. 1 Bundesvergabegesetz 2006 - BVergG 2006, BGBl I Nr. 17/2006 im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs. 2 Z 1 BVergG 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, über den Antrag über den Antrag der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A*** Wien 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 auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senats 3, Dr. Sibyll Huber-Mataushek gemäß Paragraph 306, Absatz eins, Bundesvergabegesetz 2006 - BVergG 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG 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, über den Antrag über den Antrag der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A*** Wien 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 auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie folgt entschieden:

SPRUCH

Dem Antrag, der Auftraggeberin mittels einstweiliger Verfügung in gegenständlichem Nachprüfungsverfahren zu untersagen, den Zuschlag erteilen, wird insoweit stattgegeben, als dem Auftraggeber Autobahnen - und Schnellstraßen Finanzierungs-AG (ASFINAG) Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, vertreten durch die ASFINAG Bau Management GmbH, Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien als vergebende Stelle, für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch

bis zum 12. Juni 2007 untersagt wird, in gegenständlichem Vergabeverfahren den Zuschlag zu erteilen.

Das darüber hinausgehende Begehren wird abgewiesen.

BEGRÜNDUNG

Mit Schriftsatz vom 3.5.2007 beantragte die Antragstellerin die Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens und die Erlassung einer einstweiligen Verfügung 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 und seien zudem die Referenzen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin unrichtig bewertet worden, vielmehr wäre bei Einhaltung der vergaberechtlichen Bestimmungen dem Angebot der Antragstellerin als Bestbieterin der Zuschlag zu erteilen. Konkretisierend führte die Antragstellerin umfangreich aus, nach positiver Bewertung des Teilnahmeantrags in der ersten Stufe des Verfahrens habe 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 weitere Sub-Gewichte festgelegt seien: Gesamtpreis 30%, 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 und 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 der Gesamtpunktezahl der Antragstellerin betrage lediglich 2,98 Punkte. Die präsumtive Bestbieterin habe beim Zuschlagskriterium "Qualität" 61,33 Punkte erreicht und somit die beinahe die höchstmögliche gewichtete Punktezahl, sodass die Referenzen demnach 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 einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung beim Bundesvergabeamt eingebracht worden. Darüber hinaus habe auch die Bietergemeinschaft G*** ZT GmbH / H*** GmbH & Co KG 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 sei 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 sei 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 Freitag, 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)". Daraufhin sei eine weitere Stellungnahme entworfen worden. 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 sei der Auftraggeberin die bereits vorbereitete Stellungnahme vom 24.4.2007 per E-Mail übermittelt worden. 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 nunmehr ausdrücklich 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.

Darüber hinaus habe die Auftraggeberin das Angebot beim Referenzprojekt "Dublin Port Tunnel" jeweils mit Null Punkten bewertet, wobei eine ausdrückliche Begründung für diese Punktevergabe in der Mitteilung über die Zuschlagsentscheidung vom 2.5.2007 nicht enthalten sei. Lediglich aus der bereits dargelegten Vorkorrespondenz sei ableitbar, dass die Auftraggeberin offensichtlich davon ausgehe, das Referenzprojekt könne den festgelegten Referenzzeitraum gemäß Punkt 1,305.2.1 Teil A-1 der Ausschreibungsunterlagen nicht erfüllen. Offensichtlich aus diesem Grund sei daher das Angebot der Antragstellerin nunmehr nur mit einer Gesamtpunktzahl von 72,45 bewertet worden, anstelle der ursprünglichen 88,35. Die Gesamtpunktzahl der präsumtiven Bestbieterin sei jedoch gegenüber der ersten Zuschlagsentscheidung unverändert mit 91,33 bekannt gegeben worden.

Zur vergaberechtswidrigen Bewertung der Referenz Dublin Port Tunnel sei auszuführen, dass die Auftraggeberin in ihrer Zuschlagsentscheidung vom 2.5.2007 mitgeteilt habe, das Angebot der Antragstellerin sei lediglich an dritter Stelle zu reihen. Es bestehe jedoch keine Kenntnis, welcher Bieter bzw. welche Bietergemeinschaft nunmehr an zweiter Stelle gereiht sei. Nach den vorliegenden Informationen gebe es nämlich mit Ausnahme der präsumtiven Bestbieterin keinen im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter, der eine höhere Gesamtpunktzahl erreicht habe als die Antragstellerin. Lediglich die Bietergemeinschaft G***- H*** habe ursprünglich eine höhere Bewertung erreicht; wie jedoch das BVA bereits mit Bescheid vom 27.4.2007 N/001 1 -BVA/03/2007-24, festgestellt habe, habe diese Bietergemeinschaft keine Dienstleistungsanzeige erbracht und sei daher auszuschneiden. Die Nicht-Berücksichtigung

des Referenzprojektes "Dublin Port Tunnel" bei der Bestbieterermittlung sei aus mehreren Gründen vergaberechtswidrig: Der maßgebliche Referenzzeitraum, der mit den nachgewiesenen Referenzprojekten zu erfüllen sei, werde in Punkt 1,305.2.1 Teil A-1 der Ausschreibungsunterlagen 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." (Unterstreichung vom Zitierenden)". Aufgrund der der Auftraggeberin bereits vorgelegten Urkunden stehe fest, dass das Referenzprojekt "Dublin Port Tunnel" 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 werden. Eine über eine solche Referenzbestätigung hinausgehende Bescheinigung sei weder im BVergG 2002 noch in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehen. Der zivilrechtliche Auftraggeber des Referenzprojektes "Dublin Port Tunnel" 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*** in seiner Funktion 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 den "Dublin Port Tunnel" erarbeitet worden.

Wesentlich sei, dass die zivilrechtliche Beauftragung letztlich von der NRA als Auftraggeberin genehmigt werden musste. Dieses Genehmigungserfordernis sei bereits im Letter of Intent vom 2.8.1995 ausdrücklich festgehalten (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. Daher stehe aufgrund dieses nachgewiesenen Sachverhaltes fest, dass die formelle Genehmigung durch die NRA als Auftraggeberin frühestens im September 1995 an die Antragstellerin weitergeleitet worden sein konnte, 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, stehe ebenso fest, dass das Referenzprojekt "Dublin Port Tunnel" keinesfalls vor dem 1.9.1995 beauftragt worden sei. Insofern sei nachgewiesen, dass diese Referenz den in Punkt 1,305.2.1 Teil A-1 der Ausschreibungsunterlagen festgelegten Referenzzeitraum erfülle. Aufgrund der formellen Referenzbestätigung der Dublin City Council vom 23.3.2007 (Beilage E) 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").

1. 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.

2. 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." . Es sei daher mit dieser Referenzbestätigung des Dublin City Council vom 23.3.2007 nachgewiesen, dass das Referenzprojekt den in Punkt 1,305.2.1 Teil A-1 der Ausschreibungsunterlagen festgelegten Referenzzeitraum erfülle. Folglich hätte die Auftraggeberin - wie bereits bei der ursprünglichen Bestbieterermittlung - für dieses Referenzprojekt die von der Antragstellerin selbst deklarierte Punktezahl vergeben müssen.

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 K*** - 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 J*** 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. Einr." 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 J*** 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. J*** 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 dem 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 Bewertung der Referenzen der präsumtiven Bestbieterin sei auszuführen, dass diese aus folgenden Gründen unzutreffend bewertet worden seien:

" 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 festgelegte 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		Planungsphase		Tätigkeit		Skaliert	Gewichtung
						(100 Punkte)	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 sei auszuführen, dass die präsumtive Bestbieterin das Referenzprojekt "Tunnel Rannersdorf" bekannt gegeben habe und von der Auftraggeberin für dieses Referenzprojekt die volle Punktezahl erhalten habe; es sei also insbesondere 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 K*** 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 K*** 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 K*** 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-Punktezahl (91,33) in Abzug, hätte die präsumtive Bestbieterin lediglich 81,58 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 Zuschlagskriterium 2 - Referenz Wientalsammelkanal WSKE - werde ausgeführt, dass die präsumtive Bestbieterin das Referenzprojekt "Wientalsammelkanal WSKE" bekannt gegeben und für dieses Referenzprojekt beim Sub-Kriterium "Planungsphase" 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 IBC***

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 Querschläge 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	100	0,15
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 präsumtive 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 - sei auszuführen, dass die präsumtive Bestbieterin auch das Referenzprojekt "Wientalsammelkanal WSKE" bekannt gegeben und für dieses Referenzprojekt beim Sub-Kriterium "Planungsphase" 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 Gesamtpunktezahl (91,33) in Abzug, hätte die präsumtive Bestbieterin lediglich 83,637 Punkte erreichen dürfen. Damit liegt die präsumtive Bestbieterin mir ihrer tatsächlich erreichten Punktezahl bei Weitem hinter unserer tatsächlichen Gesamtpunktezahl 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 - aus nur all zu offensichtlichen Gründen - 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.

Zum drohenden Schaden werde ausgeführt, dass im Falle der rechtswidrigen Zuschlagserteilung an die präsumtive Bestbieterin auch jene Kosten frustriert wären, die durch die Teilnahme am vorliegenden Vergabeverfahren entstanden seien. Im gegenwärtigen Verfahrensstadium betragen diese frustrierten Aufwendungen rund EUR 16.000,-- exklusive MWSt als Schaden im Sinne des § 322 Abs 1 Z 4 BVergG 2006. Darin seien insbesondere die Kosten für die Erstellung des Teilnahmeantrages und Angebotes enthalten (6 Mannwoche zu 5 Tagen à 8 Stunden bei einem Stundensatz von EUR 64,90). Darüber hinaus entstünde im Falle der rechtswidrigen Zuschlagserteilung an die Bietergemeinschaft D***- E***- F*** ein Schaden durch entgangenen Gewinn von 4% des Auftragswertes von EUR 5.137.272,81 - sohin von EUR 205.490,91;- . Ferner seien die Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung bereits im Rahmen der Angebotsprüfung und im Nachprüfungsverfahren sowohl zur Zahl N/0013-BVA/03/2007-30 als auch im gegenwärtigen Verfahren ein Bestandteil des Schadens im Sinne des § 322 Abs 1 Z 4 BVergG 2006. Diese betragen derzeit rund EUR 18.200,-- (exkl MWSt). Schließlich würde durch die rechtswidrige Zuschlagserteilung ein wichtiges Referenzprojekt für künftige Vergabeverfahren verloren sein. Auch dieser Nachteil sei als Schaden im Sinne des § 322 Abs 1 Z 4 BVergG 2006 zu berücksichtigen. Durch die rechtswidrige Vorgehensweise der Auftraggeberin werde die

Antragstellerin generell im Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens verletzt und insbesondere im Recht darauf, dass eine Zuschlagserteilung rechtens nur mehr an die Antragstellerin in Betracht komme, auf Berücksichtigung unseres 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. Aus all diesen Gründen sei die Zuschlagsentscheidung vom 3.5.2007 zu Unrecht zugunsten D***- E***- F*** erteilt worden, vielmehr sei der Antragstellerin als Bestbieterin der Zuschlag zu erteilen. Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde vorgebracht, dass aufgrund der Vergaberechtswidrigkeiten die Chance auf Teilnahme an einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren und insbesondere auf Zuschlagserteilung nur durch einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gesichert werden könne. Eine einstweilige Verfügung sei zwingend erforderlich, weil die Auftraggeberin ohne einstweilige Verfügung durch Zuschlagserteilung unumkehrbare Tatsachen schaffen könnte. Unser Interesse an der Zuschlagserteilung kann vor diesem Hintergrund nur durch den vorliegenden Antrag effektiv gesichert werden. Zum drohenden Schaden werde ausgeführt, dass im Falle der rechtswidrigen Zuschlagserteilung an die präsumtive Bestbieterin auch jene Kosten frustriert wären, die durch die Teilnahme am vorliegenden Vergabeverfahren entstanden seien. Im gegenwärtigen Verfahrensstadium betragen diese frustrierten Aufwendungen rund EUR 16.000,-- exklusive MWSt als Schaden im Sinne des Paragraph 322, Absatz eins, Ziffer 4, BVergG 2006. Darin seien insbesondere die Kosten für die Erstellung des Teilnahmeantrages und Angebotes enthalten (6 Mannwoche zu 5 Tagen à 8 Stunden bei einem Stundensatz von EUR 64,90). Darüber hinaus entstünde im Falle der rechtswidrigen Zuschlagserteilung an die Bietergemeinschaft D***- E***- F*** ein Schaden durch entgangenen Gewinn von 4% des Auftragswertes von EUR 5.137.272,81 - sohin von EUR 205.490,91;- . Ferner seien die Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung bereits im Rahmen der Angebotsprüfung und im Nachprüfungsverfahren sowohl zur Zahl N/0013-BVA/03/2007-30 als auch im gegenwärtigen Verfahren ein Bestandteil des Schadens im Sinne des Paragraph 322, Absatz eins, Ziffer 4, BVergG 2006. Diese betragen derzeit rund EUR 18.200,-- (exkl MWSt). Schließlich würde durch die rechtswidrige Zuschlagserteilung ein wichtiges Referenzprojekt für künftige Vergabeverfahren verloren sein. Auch dieser Nachteil sei als Schaden im Sinne des Paragraph 322, Absatz eins, Ziffer 4, BVergG 2006 zu berücksichtigen. Durch die rechtswidrige Vorgehensweise der Auftraggeberin werde die Antragstellerin generell im Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens verletzt und insbesondere im Recht darauf, dass eine Zuschlagserteilung rechtens nur mehr an die Antragstellerin in Betracht komme, auf Berücksichtigung unseres 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. Aus all diesen Gründen sei die Zuschlagsentscheidung vom 3.5.2007 zu Unrecht zugunsten D***- E***- F*** erteilt worden, vielmehr sei der Antragstellerin als Bestbieterin der Zuschlag zu erteilen. Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde vorgebracht, dass aufgrund der Vergaberechtswidrigkeiten die Chance auf Teilnahme an einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren und insbesondere auf Zuschlagserteilung nur durch einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gesichert werden könne. Eine einstweilige Verfügung sei zwingend erforderlich, weil die Auftraggeberin ohne einstweilige Verfügung durch Zuschlagserteilung unumkehrbare Tatsachen schaffen könnte. Unser Interesse an der Zuschlagserteilung kann vor diesem Hintergrund nur durch den vorliegenden Antrag effektiv gesichert werden.

Es überwiegen im vorliegenden Fall die Interessen der Antragstellerin deutlich die Interessen der Auftraggeberin. Darüber hinaus liegen keine öffentlichen Interessen vor, die nach Spruchpraxis der Vergabekontrollbehörden der Erlassung einer einstweiligen Verfügung widersprechen würden.

Die noch nicht bekannt gegebene Zuschlagsentscheidung sei gravierend vergaberechtswidrig und für nichtig zu erklären. Die Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrages sind vor diesem Hintergrund als überdurchschnittlich gut zu bewerten. Bei der Interessensabwägung vor Erlassung der einstweiligen Verfügung sei deshalb der Verlust der Zuschlagserlangung entsprechend zu berücksichtigen. Mit Bescheid vom 14.5.2001, N 53/01-9, CONNEX Juli/August 2001, 48, habe nämlich das BVA entschieden, dass die Möglichkeit des Zuschlagsempfangs bei der

Interessensabwägung mit dem Wert des Erfüllungsinteresses zu berücksichtigen sei. Die angeführten Schäden seien bei der Interessensabwägung zu berücksichtigen. Das Interesse an der Vermeidung des Eintritts dieser Schäden spreche deutlich für die Erlassung der einstweiligen Verfügung. Auch der VfGH habe mit Beschluss vom 21.2.2002, B 150/02- 2, erkennen lassen, dass bei Interessensabwägung für die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes (Zuerkennung einer aufschiebenden Wirkung bzw Erlassung einer einstweiligen Verfügung) die Erfolgsaussichten eines Nachprüfungsantrages zu berücksichtigen seien. Dem dargestellten Schaden stünden keine finanziellen (Mehr-)Kosten der Auftraggeberin gegenüber, welche die Nicht-Erlassung der einstweiligen Verfügung und damit die Vereitelung des Rechtsschutzes rechtfertigen könnten. Die beantragte einstweilige Verfügung wäre vorerst nur für die Dauer des Nachprüfungsantrages zu erlassen, sodass das weitere Vergabeverfahren lediglich für sechs Wochen "blockiert" sei. Daraus ergebe sich, dass die finanziellen (Mehr-)Kosten für die Auftraggeberin die Interessen der Antragstellerin keinesfalls überwiegen können.

Zudem habe die Auftraggeberin für das vorliegende nicht offene Verfahren das Ende der Angebotsfrist mit 2.5.2006, 11.00 Uhr, festgelegt habe. Die Zuschlagsentscheidung sei aber erst am 2.5.2007 bekannt gegeben worden. Die Auftraggeberin habe sich also knapp ein Jahr Zeit genommen, um die Angebote zu prüfen. Bereits aus dieser für die Auftraggeberin sehr großzügig angelegten Angebotsphase ergebe sich, dass diese ganz offensichtlich kein Interesse an einer raschen und zügigen Verfahrensdurchführung habe. Ferner sei zu berücksichtigen, dass das BVA in Bezug auf das vorliegende Vergabeverfahren bereits mit Bescheid vom 27.4.2007, N/001 1 - BVA/03/2007-24, gravierende Rechtswidrigkeiten bei der Angebotsprüfung festgestellt und daher die inhaltsgleiche Zuschlagsentscheidung schon einmal für nicht erklärt habe. Die Auftraggeberin habe in der Folge die Vorgaben des BVA für eine fundierte Angebotsprüfung völlig unberücksichtigt gelassen und die inhaltsgleiche Zuschlagsentscheidung nochmals bekannt gegeben. Im Rahmen der vom BVA aufgetragenen Angebotsprüfung hat die Auftraggeberin nur versucht, Gründe zu konstruieren, um das Angebot der Antragstellerin möglichst schlecht bewerten zu können. Eine fundierte Angebotsprüfung im Hinblick auf das Angebot der präsumtiven Bestbieterin und unter Umständen auch im Hinblick auf das Angebot der Bietergemeinschaft G***-H*** habe aber nicht stattgefunden. Sollte die Bietergemeinschaft G***-H*** entgegen der Rechtsprechung des VfGH tatsächlich nicht ausgeschlossen worden sein, würde dies die mangelhafte Angebotsprüfung besonders deutlich bestätigen. Die Auftraggeberin habe nach all dem auch kein vergaberechtlich berücksichtigungswürdiges Interesse an der Nicht-Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung.

Besondere öffentliche Interessen, die gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechen, seien nicht ersichtlich. Im Übrigen sei zu berücksichtigen, dass das Vergabeverfahren vorerst effektiv für nur höchstens sechs Wochen "blockiert" wäre. Zum Schutz eines effizienten Rechtsschutzes sei daher die Erlassung einer einstweiligen Verfügung jedenfalls geboten. Es besteht kein besonderes öffentliches Interesse, das gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung spreche.

Die beantragte Aussetzung der Zuschlagsentscheidung werde mit der bisherigen Spruchpraxis der Vergabekontrollbehörden begründet, die dazu folgendermaßen etwa mit Bescheid des BVA vom 8.9.2006, N/0072-BVA/06/2006-EV10, ausgeführt haben:

"Die zusätzlich begehrte und ausgesprochene Aussetzung der angefochtenen Zuschlagsentscheidung im zeitlichen Ausmaß der Untersagung der Zuschlagserteilung nimmt der angefochtenen Zuschlagsentscheidung zwischenzeitig die Wirksamkeit, ohne diese Entscheidung aus dem Rechtsbestand zu eliminieren. Ohne wirksame Zuschlagsentscheidung kann auch die Stillhaltefrist gemäß § 132 Abs 1 BVergG 2006 nicht weiterlaufen und in der Folge auch nicht ablaufen. Damit wird jenen manchmal vertretenen Argumenten vorgebeugt, nach welchen nach Ablauf der Stillhaltefrist mangels Aussetzung der Zuschlagsentscheidung eine gültige, wenn auch rechtswidrige Zuschlagserteilung stattfinden könnte, wenn eben nur die Untersagung der Zuschlagserteilung ausgesprochen würde (siehe BVA 21.3.2006, N/0013-BVA/08/2006-EV18, BVA 16.8.2006, N/0068-BVA/03/2006-EV8).""Die zusätzlich begehrte und ausgesprochene Aussetzung der angefochtenen Zuschlagsentscheidung im zeitlichen Ausmaß der Untersagung der Zuschlagserteilung nimmt der angefochtenen Zuschlagsentscheidung zwischenzeitig die Wirksamkeit, ohne diese Entscheidung aus dem Rechtsbestand zu eliminieren. Ohne wirksame Zuschlagsentscheidung kann auch die Stillhaltefrist gemäß Paragraph 132, Absatz eins, BVergG 2006 nicht weiterlaufen und in der Folge auch nicht ablaufen. Damit wird jenen manchmal vertretenen Argumenten vorgebeugt, nach welchen nach Ablauf der Stillhaltefrist mangels Aussetzung der

Zuschlagsentscheidung eine gültige, wenn auch rechtswidrige Zuschlagserteilung stattfinden könnte, wenn eben nur die Untersagung der Zuschlagserteilung ausgesprochen würde (siehe BVA 21.3.2006, N/0013-BVA/08/2006-EV18, BVA 16.8.2006, N/0068-BVA/03/2006-EV8)."

Nur damit sei nämlich umfassend gewährleistet, dass die Auftraggeberin durch eine Zuschlagserteilung keine vollendeten Tatsachen schaffen könne.

Der Auftraggeber legte mit Schriftsatz vom 7.5.2007 die Originalunterlagen vor und nahm zum Antragsvorbringen wie folgt Stellung: Voraussetzung für die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sei eine für den behaupteten Schaden der Antragstellerin kausale, zumindest denkmögliche rechtswidrige Handlung des Auftraggebers im Vergabeverfahren. Die Erlassung einer einstweiligen Verfügung setze voraus, dass eine auf bescheinigte Tatsachen gestützte denkmögliche Rechtswidrigkeit vorliegt und zweitens gerade durch diese Rechtswidrigkeit der Verlust der Möglichkeit der Antragstellerin auf Erhalt des Zuschlags bedingt sei. 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 wurden, 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 J*** 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 J*** 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 Gesamtpunktezahl der Antragstellerin nur 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:

" Über die Inhaltliche Begründung eines Nachprüfungsantrages ist im Provisorialverfahren grundsätzlich nicht abzusprechen; wenn allerdings die angefochtene Entscheidung offenkundig nicht rechtswidrig sein kann, ist aber dennoch ein Antrag auf einstweilige Verfügung unzulässig (BVA 14.05.2001, N53/01-9). Gerade diese Konstellation ist im vorliegenden Fall gegeben, zumal schon im Nachprüfungsverfahren zu GZ N/0013-BVA03/2007-20 festgestellt wurde, dass die Beauftragung mit dem Referenzprojekt schon vor dem 01.09.1995 erfolgt ist. Der Antragstellerin mangelt es daher an der Antragslegitimation gemäß § 320 Abs 2 Z 2 BVergG 2006.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 J*** 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 J*** hat uns aber mitgeteilt, dass er doch noch eine weitere Stellungnahme zu der Bewertung des Referenzprojektes Dublin Port Tunnel abgeben möchte. Herrn J*** 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 J*** 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." Über die Inhaltliche Begründung eines Nachprüfungsantrages ist im Provisorialverfahren grundsätzlich nicht abzusprechen; wenn allerdings die angefochtene Entscheidung offenkundig nicht rechtswidrig sein kann, ist aber dennoch ein Antrag auf einstweilige Verfügung unzulässig (BVA 14.05.2001, N53/01-9). Gerade diese Konstellation ist im vorliegenden Fall gegeben, zumal schon im Nachprüfungsverfahren zu GZ N/0013-BVA03/2007-20 festgestellt wurde, dass die Beauftragung mit dem Referenzprojekt schon vor dem 01.09.1995 erfolgt ist. Der Antragstellerin mangelt es daher an der Antragslegitimation gemäß Paragraph 320, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006.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 J*** 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 J*** hat uns aber

mitgeteilt, dass er doch noch eine weitere Stellungnahme zu der Bewertung des Referenzprojektes Dublin Port Tunnel abgeben möchte. Herrn J*** 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 J*** 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 des 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 v. 2.05.2007 die Vergabesumme sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebots fristgerecht bekannt gegeben habe. Diesem Schreiben habe die Antragstellerin die erreichte Punktezah 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 Punktezah bei den Kriterien Qualität und Preis nicht als Bestangebot betrachtet werden konnte. Nach ständiger Rechtssprechung 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 T83/00, 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 mitgeteilt: Zur Behauptung, die Mitteilung der Zuschlagsentscheidung entspreche nicht den Bestimmungen des Vergabegesetzes, sei auszuführen, dass der Antragstellerin mit Schreiben v. 2.05.2007 die Vergabesumme sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebots fristgerecht bekannt gegeben habe. Diesem Schreiben habe die Antragstellerin die erreichte Punktezah 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 Punktezah bei den Kriterien Qualität und Preis nicht als Bestangebot betrachtet werden konnte. Nach ständiger Rechtssprechung 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 T83/00, 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 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 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 Projektphasen 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 vorgebracht:

" 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 L_{GW} => 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 Planungs-
phasen 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 wurde vorgebracht:

" 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 Planungs-
phasen 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 Querschlägen wurde eingewendet:

" Als Referenzprojekt für das Zuschlagskriterium "Planung eines Tunnels mit Tübbingausbau und Querschlägen" 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 Querschlägen identisch ist. Somit erfüllt ein einröhriger Tunnel mit Schachtbauwerken das Kriterium."

Zur Interessenabwägung wurde ausgeführt, dass die Interessen des Auftraggebers an der Fortführung des Vergabeverfahrens überwiegen. Die starke Entwicklungsdynamik im Nordosten von Wien und die daraus resultierenden Kapazitätsengpässe im bestehenden Straßennetz haben aus Sicht der Verkehrsplanung zu Überlegungen über die Errichtung neuer hochrangiger Straßenverbindungen geführt. Dabei handle es sich um die Errichtung einer 6. Straßen- Donauquerung in Form des gegenständlichen Tunnelprojekts mit Unterquerung des Donaustroms sowie des Nationalparks Donauauen als Verlängerung der S 1 von Schwechat bis Süßenbrunn. Dieses Projekt bringe eine nachhaltige Entlastung der Wohn- und Erholungsgebiete vom Durchzugsverkehr und eine Entlastung wichtiger Verkehrsrelationen auf der A 23. Der wachsende Verkehr werde aufgenommen, gebündelt und auch die jeweiligen Ziele verteilt. Der Verkehr wird aus dem niederrangigen Straßennetz abgezogen und neuralgische Punkte würden entlastet. Es sei jedoch völlig unverhältnismäßig und dem öffentlichen Interesse entgegenlaufend, aber vor allem dem Auftraggeber nicht zumutbar, durch eine nochmalige Untersagung der Zuschlagsentscheidung einen Zustand zu schaffen, dass mit Sicherheit der vorgesehene Zeitplan nicht eingehalten werden kann und sich daher der Verzögerungsschaden unabhängig vom Ausgang dieses Nachprüfungsverfahrens jedenfalls realisiere. Es zeige sich daher, dass - jedenfalls hinsichtlich der konkret beantragten einstweiligen Maßnahme (Untersagung der Zuschlagsentscheidung) - jedenfalls die nachteiligen Folgen bei einer Erlassung der einstweiligen Verfügung überwiegen, und zwar sowohl beim Auftraggeber (Entgang von erheblichen Mauteinnahmen) als auch des besonderen öffentlichen Interesses (Verkehrsentslastung). Demgegenüber stehe ein bloß als sehr gering bezifferter Schaden der Antragsteller, der nicht einmal näher dargelegt worden sei. Mit ergänzendem Schriftsatz vom 10.5.2007 brachte der Auftraggeber folgendes vor:

" Das Projekt S 1 Wiener Außenring Schnellstraße bringt eine nachhaltige Entlastung der Wohn- und Erholungsgebiete vom Durchzugsverkehr und eine Entlastung wichtiger Verkehrsrelationen auf der A 23. Der Verkehr wird aus dem niederrangigen Straßennetz abgezogen und neuralgische Punkte werden entlastet. Aus den folgenden Gründen ist es unbedingt erforderlich unverzüglich mit den ausgeschriebenen Planungsleistungen zu beginnen:

Nach plangemäßigem Abschluss der Erkundungsbohrungen Ende März dieses Jahres wurde nun die Basis für die Umweltverträglichkeitsuntersuchung, die Optimierung der Trassenlage und die Entwurfsplanung für den Tunnel S1 Donau/ Lobau geschaffen. Aufbauend auf das Ergebnis der Prioritätenreihung von BM Faymann wurde ein Zeitplan erstellt:

April 2007: Fertigstellung straßenbautechnischer Entwurf

Juni 2007: Fertigstellung tunnelbautechnischer Entwurf

Ende 2007: Fertigstellung technische Planungen und
Umweltuntersuchungen

Februar 2008: Fertigstellung Umweltverträglichkeitserklärung,
anschließend Prüfung des Projekts und Vervielfältigung für die Einreichung

April 2008: Einreichung zur Umweltverträglichkeitsprüfung

Anfang 2009: Einreichung Materienrechtsverfahren mit
Zuständigkeit Länder

3. Q. 2009: Genehmigungsbescheid UVP

2. Q. 2010: Genehmigungsbescheide Materienrechtsverfahren

Ab Mitte 2010: Bauausschreibung und Vergabe

2011: Baubeginn

2018: Baufertigstellung (Bauzeit ist durch die lange
Bauzeit des Tunnels - mind. 7 Jahre - bestimmt)

In diesem Zeitplan ist der umfangreiche Planungs- und Genehmigungsablauf ersichtlich. Es ist ebenso deutlich dargestellt, dass vor allem die Tunnelplanung sehr geringe zeitliche Spielräume in der Abwicklung der Planung hat. Der Tunnel wiederum ist mit einer Länge von ca. 8,5 km je Tunnelröhre und einem Durchmesser von ca. 15 m das Herzstück der S1 und eine große Herausforderung an die Planung. Eine Herausforderung hinsichtlich der Optimierung der Umsetzung im Zusammenhang mit der vorhandenen Geologie, der Wahl des Vortriebsverfahren, der Bauabwicklung samt Logistik und Massenmanagement.

Jedenfalls würde eine weitere Verzögerung der Vergabe der Leistung der Tunnelplanung den geplanten Fertigstellungstermin 2018 gefährden.

In diesem Zusammenhang erlauben wir uns darauf hinzuweisen, dass eine massive Abhängigkeit zwischen Tunnel- und Straßenplanung besteht, die sich durch die Wahl der Tunnellage in Abstimmung mit der gegebenen Geologie ergibt und somit auf die Nivellette des Straßenplaners auswirkt. Des Weiteren ist der Geologe in der Ausarbeitung der Beurteilung der Auswirkungen des Tunnels auf den Grundwasserhaushalt und der Erstellung eines Grundwasserbewirtschaftungskonzeptes massiv behindert. Die mit dem Tunnelplaner arbeitenden Lüftungsplaner (Tunnelbelüftungssystem) sowie die Planer für die elektromaschinelle Tunnelausrüstung sind zur Untätigkeit verurteilt. Auf Grund der, wegen der fehlenden Angaben seitens der Tunnelplanung nicht erstellbaren Planunterlagen ist auch ein Grossteil des Planungsteams "Mensch, Raum und Umwelt blockiert.

Da für die Bearbeitung des Einreichprojektes alle Planungsarbeiten bis auf die Tunnelplanung vergeben sind, führt die Verzögerung bei der Vergabe der Tunnelplanung schon derzeit zu erheblichen Behinderungen in der Planung der S1. Bei einer weiteren Verzögerung der Vergabe werden auch zusätzliche Planungskosten für eine Forcierung der Planungen anfallen. Die Höhe dieser Forcierungskosten können mit ca. 10 % des Planungsbudgets für das Einreichprojekt (ca. 7,1 Mio Euro) erwartet werden. Das sind somit ca. 700.000 Euro Mehrkosten.

Um den vom BMVIT übernommenen Auftrag, die S1 im Jahr 2018 für den Verkehr frei zu geben ist die Fertigstellung des Projektes in dem vorgegebenen Zeitplan unumgänglich und durch die Verzögerungen bei der Vergabe der Tunnelplanung massiv gefährdet.

Wir erlauben uns darauf hinzuweisen, dass dieser Abschnitt der S1 ein Teil des Umfahrrings für die Bundeshautstadt ist und die termingerechte Fertigstellung zur Verbesserung der Verkehrssituation in Wien ein wichtiges Anliegen der Stadt Wien ist.

Die S 1 ist Teil des Regionenrings, der mehrere hochrangige Straßen in der „Vienna Region“ vereint. Er verbindet Wien mit dem Weinviertel im Norden, dem Marchfeld im Osten, dem Wr. Becken im Süden und dem Wienerwald und Tullner Feld im Westen. Mit dem Regionenring soll eine leistungsfähige, verkehrswirksame, sichere und umweltverträgliche Infrastruktur geschaffen werden, damit die Konkurrenzfähigkeit des Wirtschaftsstandortes „Vienna Region“ gestärkt wird.

Im Bestand zeigt sich, dass die extreme Ausrichtung des Berufs- und Wirtschaftsverkehrs auf Wien zu konkurrierenden Ansprüchen in den Stadteinfahrten führt. Hinzu kommt die Stadterweiterung von Wien nördlich der Donau im Besonderen im 22. Bezirk, dem Projektgebiet der S1. Dies führt insgesamt zu Engpässen in der Leistungsfähigkeit im Netz, was vor allem die derzeit schon stark belasteten Ortsdurchfahrten im Nordosten von Wien betrifft. Gefährdet sind daher die schützenswerten Güter Leib und Leben. An deren Schutz besteht ein massives öffentliches Interesse (z.B. BVA 2.10.2001, N- 98/01-11; 10.10.2001, N-72/01-20, 22.11.2001, N-53/01-53; 23.10.2002, N-55/02-12).

Durch die S1 werden im Besonderen die Ortsdurchfahrten (Eßling, Aspern, Groß Enzersdorf, Raasdorf) an den bestehenden Stadteinfahrten im Nordosten von Wien massiv entlastet. Womit auch die Lebensqualität durch geringeren Straßenverkehr steigt. Diese Entlastung bringt eine maßgebliche Verbesserung der Lebensqualität durch eine verbesserte Luftqualität und eine Reduktion des Lärms mit sich.

In der unten dargestellten Tabelle ist ein Vergleich der Verkehrsstärken in den Ortsdurchfahrten der im Wirkungsbereich der S1 liegenden Durchfahrtsstraßen dargestellt:

Fahrzeuge pro 24 Stunden			
	Bestand	Bestand 2020 Planfall mit S1	
	2003	ohne S1	
Breitenlee, Breitenleer Str.	18.000	30.000	7.000
Neueßling, Breitenleer Str.	15.000	22.000	6.000
Aspern, Spiegelplatz	32.000	48.000	11.000
Eßling, Schloss	25.000	46.000	12.000
Biberhaufenweg	16.000	30.000	12.000
Raasdorf, Breitenleer Str.	12.000	16.000	5.000
Gr. Enzersdorf, Kirchenplatz	11.000	19.000	7.000

Durch die Entlastung der Ortskerne im 22. Bezirk gegenüber dem derzeitigen Zustand (Bezug auf das Jahr 2003) kann trotz eines erwarteten steigenden Verkehrsbedarf, durch die Umlagerung auf das Autobahnen und Schnellstraßennetz, eine Reduktion des Verkehrs um die Hälfte erreicht werden. Vergleicht man die Zahlen mit und ohne S1 im Jahr 2020, so beträgt der Entlastungseffekt sogar das Dreifache. Eine Reduktion des Verkehrs um die Hälfte bzw. das Dreifache führt natürlich zu einer Reduktion der gesundheitsgefährdeten Auswirkungen des Straßenverkehrs in den Wohngebieten:

Der Verkehrssektor ist eine Emissionsquelle für eine Reihe gasförmiger Luftverunreinigungen und Schwebstoffe (PM) unterschiedlicher Größe und Zusammensetzungen. Auspuffemissionen von Primärpartikeln aus dem Straßenverkehr haben in Stadtgebieten einen Anteil von bis zu 30% am Feinstaub (aerodynamischer Durchmesser unter 2,5 µm: PM_{2.5}). Andere Emissionen aus dem Straßenverkehr (aufgewirbelter Straßenstaub und Abrieb von Reifen und Bremsbelägen) tragen erheblich zu der grobkörnigeren PM-Fraktion bei (aerodynamischer Durchmesser 2,5-10 µm: PM_{10-2.5}).

Für die meisten Schmutzstoffe gilt, dass die Belastungskonzentrationen in der Nähe viel befahrener Straßen zweibis dreimal so hoch sind wie in abseits gelegenen Messgebieten.

Durch die Verlagerung wesentlicher Verkehrsanteile auf die Schnellstraßentrasse wird auch eine entsprechende hohe

Verkehrsqualität erzielt und das Unfallrisiko im gesamten Straßennetz des Untersuchungsgebietes gesenkt. Die durchschnittliche Unfallrate auf Österreichs Straßen liegt auf Autobahnen bei 0,115, auf Schnellstraßen bei 0,139 und im innerörtlichen Verkehr bei 1,119. Das heißt, dass bei einer verzögerten Errichtung der S1 das Unfallrisiko für die enormen Verkehrsanteile in den genannten Ortskernen ca. 10 mal so hoch wären als wenn sie die S1 benutzen könnten.

Der Zeitplan für die Realisierung der Infrastrukturprojekte für Straße und Schiene in Wien und Umgebung lässt keinen Spielraum für Verzögerungen zu. Die Ausbauprojekte A5, S1/Nord und Flughafen Aspern (A23/B3d) erzeugen durch die Verkehrsverlagerung von den Ortsdurchfahrten einen Verkehrsanstieg im hochrangigen Netz, der bei einer Verzögerung der S1 die bestehende, bereits überlastete A23 und die Knoten Kaisermühlen und Prater belasten und zu einem Verkehrskollaps führen würde.

Ebenso sind zukünftige Projekte wie der Bau der S8 Marchfeld Schnellstraße und die Anbindung des Flughafens Aspern von einer termingerechten Realisierung der S1 abhängig. Daraus geht eindeutig hervor dass die S1 eine wichtige Komponente des Verkehrsnetzes von Wien ist und die Fertigstellung und Inbetriebnahme mit 2018 im Sinne des öffentlichen Interesses einzuhalten ist.

Nach dem Bundesverfassungsgesetz vom 27. November 1984 über den umfassenden Umweltschutz, BGBl 1984/1491, besteht der Umweltschutz insbesondere auch in der Vermeidung von Störungen durch Lärm und in der Reinhaltung von Luft, da durch Lärm und unreine Luft die körperliche Integrität beeinträchtigt werden kann. Eine weitere Verzögerung durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, bringt eine Gefährdung von Leib und Leben mit sich (erhöhtes Unfallrisiko, gesundheitliche Beeinträchtigungen in den Wohngebieten durch Lärm und Luft). Nach dem Bundesverfassungsgesetz vom 27. November 1984 über den umfassenden Umweltschutz, Bundesgesetzblatt 1984/1491, besteht der Umweltschutz insbesondere auch in der Vermeidung von Störungen durch Lärm und in der Reinhaltung von Luft, da durch Lärm und unreine Luft die körperliche Integrität beeinträchtigt werden kann. Eine weitere Verzögerung durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, bringt eine Gefährdung von Leib und Leben mit sich (erhöhtes Unfallrisiko, gesundheitliche Beeinträchtigungen in den Wohngebieten durch Lärm und Luft).

Wir geben auch noch zu bedenken, dass im Jahr 2018 die WM stattfindet, somit ist mit einer noch stärkeren Verkehrszunahme im gegenständlichen Bereich zu rechnen, welche vom bestehenden untergeordneten Straßennetz nicht mehr bewältigt werden kann. Die Zufahrt zu den Stadien führt über die schon jetzt stark frequentierten oben angeführten Durchzugsstraßen. Die Fertigstellung dieses Straßenabschnittes ist deshalb auch auf diesen Zeitpunkt (2018) ausgerichtet worden, um die Verkehrsströme sicher und mit möglichst geringer Beeinträchtigung der Anrainer in die Stadien zu leiten.

Die Interessen der Antragstellerin an der Erlassung einer einstweiligen Verfügung sind hingegen ausschließlich wirtschaftlicher und finanzieller Natur. Diesen wirtschaftlichen und finanziellen Interessen der Antragstellerin stehen den finanziellen Interessen des Auftraggebers sowie den noch viel höherwertigeren Interessen der Allgemeinheit gegenüber, die Auswirkungen des Straßenverkehrs (Lärm, Schadstoffe, erhöhtes Unfallrisiko) deutlich zu reduzieren, welche nachweislich nachteilige Folgen für Leib und Leben der Menschen mit sich bringen.

Zusammenfassend halten wir fest, dass das öffentliche Interesse an der Auftragserteilung an einen tatsächlichen Bestbieter und der Vorrang des vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes zwar bei der Abwägung der Interessen zu berücksichtigen sind, die Interessen der Antragstellerin vermögen jedoch das öffentliche Interesse am Schutz von Leib und Leben und die finanziellen Interessen des Auftraggebers nicht zu überwiegen, weshalb der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung abzuweisen ist."

Auf Grundlage des Akteninhaltes, der Schriftsätze der Antragstellerin und des Auftraggebers sowie der vorgelegten Originalunterlagen wurde folgender für das Provisorialverfahren entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Im September 2005 hat der Auftraggeber Autobahnen -und Schnellstraßen Finanzierungs-AG (ASF INAG) 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 wird dann in ein Bauprojekt übergeführt. Das Bauprojekt besteht aus dem endgültig ausschreibungsreifen tunnelbautechnischen Projekt mit den eingearbeiteten Behördenauflagen und der Ausführungsplanung (optional). Als voraussichtlicher Auftragsbeginn ist der Jänner 2006 angeführt und als Zeitraum für die Abwicklung des Auftrages (Planungsphase) 4 Jahre. Die Absendung der Vergabebekanntmachung in Österreich (Lieferanzeiger) sowie im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften erfolgte am 14.9.2005. Unter Punkt III.3.1. 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 die 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 wird dann in ein Bauprojekt übergeführt. Das Bauprojekt besteht aus dem endgültig ausschreibungsreifen tunnelbautechnischen Projekt mit den eingearbeiteten Behördenauflagen und der Ausführungsplanung (optional). Als voraussichtlicher Auftragsbeginn ist der Jänner 2006 angeführt und als Zeitraum für die Abwicklung des Auftrages (Planungsphase) 4 Jahre. Die Absendung der Vergabebekanntmachung in Österreich (Lieferanzeiger) sowie im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften erfolgte am 14.9.2005. Unter Punkt römisch drei.3.1. 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 vom 24.1.2007, wonach das Angebot der Antragstellerin mit 88,35 Punkten - um 2,98 Punkte weniger als die präsumtive Zuschlagsempfängerin - und einer Angebotssumme von Euro 5,137.272,81 .- an 3. Stelle gereiht wurde, 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 14.2.2007 hat die Antragstellerin 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 kommenden Schlüsselpersonals mangelhaft und nicht nachvollziehbar bewertet ebenso wie und die Referenzen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin und daher die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Bietergemeinschaft D***- E***- F*** zu Unrecht getroffen. Bei rechtmäßiger Bewertung und in Anbetracht des geringen Punkteunterschiedes von lediglich 2,98 Punkten sei vielmehr 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 Schriftsatz vom 13.2.2007 hat die Bietergemeinschaft G*** - H*** dieselbe gesondert anfechtbare Entscheidung

des Auftraggebers ASFINAG angefochten und die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung, den Ersatz der Pauschalgebühren sowie die Erlassung einer einstweiligen Verfügung beantragt.

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

Mit Bescheid des Bundesvergabebeamten vom 29.3.2007, N/0013- BVA/03/2007-30, wurde in weiterer Folge der Antrag auf Nichtigerklärung derselben gesondert anfechtbaren (Zuschlags)Entscheidung zurückgewiesen.

Nach neuerlicher Prüfung der abgegebenen Angebote hat der Auftraggeber mit Schreiben vom 3.5.2007 sämtlichen Bietern die Zuschlagsentscheidung 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 und der Antragstellerin die Ablehnungsgründe sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes mitgeteilt. Mit Schriftsatz vom 3.5.2007 beantragte die Antragstellerin die Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens und die Erlassung einer einstweiligen Verfügung 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 3.5.2007 mitgeteilt, das Angebot der Antragstellerin unzulässigerweise nur an dritte Stelle gereiht und seien zudem die Referenzen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin unrichtig bewertet worden, vielmehr wäre bei Einhaltung der vergaberechtlichen Bestimmungen dem Angebot der Antragstellerin als Bestbieterin der Zuschlag zu erteilen. Die Verständigung des Auftraggebers ist erfolgt (OZ 3), die Antragstellerin hat Pauschalgebühren in der Höhe von Euro 3.200.- 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 iVm § 1 SchwellenwerteVO 2006, BGBl. II Nr. 56/2005 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 in Verbindung mit Paragraph eins, SchwellenwerteVO 2006, Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 56 aus 2005, 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 am 3.5.2007 eingelangte Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde beim Bundesvergabeamt gleichzeitig mit einem Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs 1 BVergG 2006 eingebracht und ist somit iSd § 328 Abs. 3 und Abs. 4 BVergG 2006 rechtzeitig. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die sonstigen Voraussetzungen gemäß § 328 Abs 1 und Abs.2 BVergG 2006. Der gegenständliche Antrag ist daher zulässig, das Bundesvergabeamt ist zur Durchführung des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig. Der am 3.5.2007 eingelangte Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde beim Bundesvergabeamt gleichzeitig mit einem Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006 eingebracht und ist somit iSd Paragraph 328, Absatz 3 und Absatz 4, BVergG 2006 rechtzeitig. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die sonstigen Voraussetzungen gemäß Paragraph 328, Absatz eins und Absatz 2, BVergG 2006. Der gegenständliche Antrag ist daher zulässig, das Bundesvergabeamt ist zur Durchführung des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig.

1. 3.Ziffer 3

Inhaltliche Beurteilung des Antrages

Gemäß § 328 Abs 1 BVergG 2006 hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs. 1 nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern. Gemäß Abs.2 leg.cit ist der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung beim Bundesvergabeamt einzubringen und hat zu enthalten: Gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG 2006 hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern. Gemäß Absatz 2, leg.cit ist der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung beim Bundesvergabeamt einzubringen und hat zu enthalten:

1. 1.Ziffer eins

die genaue Bezeichnung des betreffenden Vergabeverfahrens, der gesondert anfechtbaren Entscheidung sowie des Auftraggebers,

2. 2.Ziffer 2

eine Darstellung des maßgeblichen Sachverhaltes sowie des Vorliegens der in § 320 Abs. 1 genannten Voraussetzungen, eine Darstellung des maßgeblichen Sachverhaltes sowie des Vorliegens der in Paragraph 320, Absatz eins, genannten Voraussetzungen,

3. 3.Ziffer 3

die genaue Bezeichnung der behaupteten Rechtswidrigkeit,

4. 4.Ziffer 4

die genaue Darlegung der unmittelbar drohenden Schädigung der Interessen des Antragstellers und eine

Glaubhaftmachung der maßgeblichen Tatsachen,

5. 5.Ziffer 5

die genaue Bezeichnung der begehrten vorläufigen Maßnahme und

6. 6.Ziffer 6

die Angaben, die erforderlich sind, um zu beurteilen, ob der Antrag rechtzeitig eingebracht wurde.

Gemäß § 329 Abs.1 BVergG 2006 hat das Bundesvergabeamt vor Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung abzuweisen. Gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG 2006 hat das Bundesvergabeamt vor Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung abzuweisen.

Gemäß § 329 Abs. 2 BVergG 2006 können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen. Gemäß Paragraph 329, Absatz 2, BVergG 2006 können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

Gemäß § 329 Abs. 3 BVergG 2006 ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen. Die Antragstellerin behauptet die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung. Diese Behauptung erscheint nicht denkunmöglich. Über die inhaltliche Begründetheit des Vorbringens ist aber im Provisorialverfahren nicht abzusprechen, vielmehr wird dies Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens sein. Da jedoch seitens des Auftraggebers die Vergabe des Auftrages an die Bietergemeinschaft D***- E***- F*** geplant ist, diese aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre und nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Antragstellerin für den Zuschlag in Betracht kommen könnte, droht der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Entgang des Auftrages, sohin ein Schaden, der nur durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung abgewendet werden kann. Der möglicherweise bestehende Anspruch auf Zuschlagserteilung kann nur wirksam gesichert werden, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht. Der Auftraggeber hat sich gegen das Antragsvorbringen ausgesprochen, das Vorbringen der Antragstellerin bestritten und ausgeführt, dass es unbedingt erforderlich sei, unverzüglich mit den ausgeschriebenen Planungsleistungen zu beginnen, da nach plangemäßigem Abschluss der Erkundungsbohrungen Ende März dieses Jahres die Basis für die Umweltverträglichkeitsuntersuchung, die Optimierung der Trassenlage und die Entwurfsplanung für den Tunnel S1 Donau/ Lobau geschaffen worden sei. Aufbauend auf das Ergebnis der Prioritätenreihung von BM Faymann sei ein Zeitplan von April 2007 bis zum vorgesehenen Baubeginn 2011 und der geplanten Fertigstellung 2018 erstellt worden. Gemäß Paragraph 329, Absatz 3, BVergG 2006 ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung

unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen. Die Antragstellerin behauptet die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung. Diese Behauptung erscheint nicht denkmöglich. Über die inhaltliche Begründetheit des Vorbringens ist aber im Provisorialverfahren nicht abzusprechen, vielmehr wird dies Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens sein. Da jedoch seitens des Auftraggebers die Vergabe des Auftrages an die Bietergemeinschaft D***- E***- F*** geplant ist, diese aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre und nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Antragstellerin für den Zuschlag in Betracht kommen könnte, droht der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Entgang des Auftrages, sohin ein Schaden, der nur durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung abgewendet werden kann. Der möglicherweise bestehende Anspruch auf Zuschlagserteilung kann nur wirksam gesichert werden, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht. Der Auftraggeber hat sich gegen das Antragsvorbringen ausgesprochen, das Vorbringen der Antragstellerin bestritten und ausgeführt, dass es unbedingt erforderlich sei, unverzüglich mit den ausgeschriebenen Planungsleistungen zu beginnen, da nach plangemäßigem Abschluss der Erkundungsbohrungen Ende März dieses Jahres die Basis für die Umweltverträglichkeitsuntersuchung, die Optimierung der Trassenlage und die Entwurfsplanung für den Tunnel S1 Donau/ Lobau geschaffen worden sei. Aufbauend auf das Ergebnis der Prioritätenreihung von BM Faymann sei ein Zeitplan von April 2007 bis zum vorgesehenen Baubeginn 2011 und der geplanten Fertigstellung 2018 erstellt worden. Die Einwendungen des Auftraggebers gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung stellen sehr deutlich den Planungsablauf und Projektierung dar. Das Bundesvergabeamt bezweifelt nicht, dass vor allem die Tunnelplanung sehr geringe zeitliche Spielräume in der Abwicklung der Planung hat, der Tunnel wiederum mit einer Länge von ca. 8,5 km je Tunnelröhre und einem Durchmesser von ca. 15 m das Herzstück der S1 und eine große Herausforderung an die Planung und eine Herausforderung hinsichtlich der Optimierung der Umsetzung im Zusammenhang mit der vorhandenen Geologie, der Wahl des Vortriebsverfahren, der Bauabwicklung samt Logistik und Massenmanagement ist.

Wenn der Auftraggeber ausführt, dass dieser Abschnitt der S1 ein Teil des Umfahrrings für die Bundeshauptstadt und die termingerechte Fertigstellung zur Verbesserung der Verkehrssituation in Wien ein wichtiges Anliegen der Stadt Wien ist und sich im Bestand zeigt, dass die extreme Ausrichtung des Berufs- und Wirtschaftsverkehrs auf Wien zu konkurrierenden Ansprüchen in den Stadteinfahrten führt und die Stadterweiterung von Wien nördlich der Donau im Besonderen im 22. Bezirk, dem Projektgebiet der S1, dies insgesamt zu Engpässen in der Leistungsfähigkeit im Netz führt, was vor allem die derzeit schon stark belasteten Ortsdurchfahrten im Nordosten von Wien betrifft und daher die schützenswerten Güter Leib und Leben gefährdet seien, durch die S1 im Besonderen die Ortsdurchfahrten (Eßling, Aspern, Groß Enzersdorf, Raasdorf) an den bestehenden Stadteinfahrten im Nordosten von Wien massiv entlastet würden und damit auch die Lebensqualität durch geringeren Straßenverkehr steigt, diese Entlastung eine maßgebliche Verbesserung der Lebensqualität durch eine verbesserte Luftqualität und eine Reduktion des Lärms mit sich bringt und eine Reduktion des Verkehrs um die Hälfte bzw. das Dreifache zu einer Reduktion der gesundheitsgefährdeten Auswirkungen des Straßenverkehrs in den Wohngebieten führt, da der Verkehrssektor eine Emissionsquelle für eine Reihe gasförmiger Luftverunreinigungen und Schwebstäube (PM) unterschiedlicher Größe und Zusammensetzungen ist, Auspuffemissionen von Primärpartikeln aus dem Straßenverkehr in Stadtgebieten einen Anteil von bis zu 30% am Feinstaub (aerodynamischer Durchmesser unter 2,5 µm: PM_{2.5} haben und andere Emissionen aus dem Straßenverkehr (aufgewirbelter Straßenstaub und Abrieb von Reifen und Bremsbelägen) erheblich zu der grobkörnigeren PM-Fraktion bei (aerodynamischer Durchmesser 2,5-10 µm: PM_{10-2.5}) beitragen, durch die Verlagerung wesentlicher Verkehrsanteile auf die Schnellstraßentrasse eine entsprechende hohe Verkehrsqualität erzielt und das Unfallrisiko im gesamten Straßennetz des Untersuchungsgebietes gesenkt wird und bei einer verzögerten Errichtung der S1 das Unfallrisiko für die enormen Verkehrsanteile in den genannten Ortskernen ca. 10 mal so hoch wären als wenn sie die S1 benutzen könnten, verkennt der Auftraggeber, dass gerade in Anbetracht des 11 Jahre umfassenden Zeitplans für die Realisierung der Infrastrukturprojekte für Straße und Schiene in Wien und Umgebung eine Verzögerung von sechs Wochen nicht wesentlich ins Gewicht fällt. Ein besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens, insbesondere eine Gefahr für Leib und Leben, sowie die Hinweise auf ein Gebot besonderer Eile, finden weder im bisherigen Ablauf des Vergabeverfahrens Deckung noch

vermag die Geltendmachung besonderer Dringlichkeit, dass"eine weitere Verzögerung der Vergabe der Leistung der Tunnelplanung den geplanten Fertigstellungstermin 2018 gefährden [würde]" und " die Verzögerung bei der Vergabe der Tunnelplanung schon derzeit zu erheblichen Behinderungen in der Planung der S1 [führt]" im Hinblick auf den geplanten Fertigstellungstermin 2018 nicht zu überzeugen. Dass der drohende Schadens bei einer weiteren Verzögerung der Vergabe die Höhe dieser Forcierungskosten mit ca. 10 % des Planungsbudgets für das Einreichprojekt (ca. 7,1 Mio Euro) beträgt und mit ca. 700.000 Euro Mehrkosten zu beziffern sei, wurde vom Auftraggeber weder belegt noch glaubhaft dargelegt.

Da zudem gemäß Rechtsprechung des VfGH auch ein öffentliches Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter besteht (VfGH 25.10.2002, B 1369/01; dem folgend u.a. BVA 27.12.2005, 03N-94/05-6; BVA 5.1.2006, 11N-135/05- 14) und unter Berücksichtigung des Gemeinschaftsrechtes, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz Vorrang vor der Zuschlagserteilung einzuräumen ist (vgl BVA 10.2.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10; 13.2.2006, N/0003-BVA/03/2006-EV7; 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30) und zur Bejahung des Rechtsschutzinteresses ausreicht, dass eine Verletzung der Rechte des Bieter nicht auszuschließen ist (vgl. BVA 25.3.1998, N-8/98-5), war aus den dargelegten Gründen von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs. 1 BVergG 2006 nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse der Antragstellerin an der Überprüfung der angefochtenen Entscheidung des Auftraggebers als überwiegend zu werten, weshalb mit einstweiliger Verfügung die Erteilung des Zuschlags im Ausmaß von sechs Wochen zu untersagen war. Da zudem gemäß Rechtsprechung des VfGH auch ein öffentliches Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter besteht (VfGH 25.10.2002, B 1369/01; dem folgend u.a. BVA 27.12.2005, 03N-94/05-6; BVA 5.1.2006, 11N-135/05- 14) und unter Berücksichtigung des Gemeinschaftsrechtes, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz Vorrang vor der Zuschlagserteilung einzuräumen ist vergleiche BVA 10.2.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10; 13.2.2006, N/0003-BVA/03/2006-EV7; 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30) und zur Bejahung des Rechtsschutzinteresses ausreicht, dass eine Verletzung der Rechte des Bieter nicht auszuschließen ist vergleiche BVA 25.3.1998, N-8/98-5), war aus den dargelegten Gründen von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG 2006 nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse der Antragstellerin an der Überprüfung der angefochtenen Entscheidung des Auftraggebers als überwiegend zu werten, weshalb mit einstweiliger Verfügung die Erteilung des Zuschlags im Ausmaß von sechs Wochen zu untersagen war.

Hinsichtlich der Abweisung des auf Aussetzung der angefochtenen Zuschlagsentscheidung bis zur Entscheidung über den gegenständlichen Nachprüfungsantrag gerichteten Mehrbegehrens wird auf § 329 Abs 2 letzter Satz BVergG 2006 verwiesen, wonach bei der einstweiligen Verfügung die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme zu verfügen ist. Im vorliegenden Fall sind keine Gründe hervorgekommen und wurden auch vom Antragsteller nicht vorgebracht, die es erfordern würden, mittels Erlassung der einstweiligen Verfügung die angefochtene Zuschlagsentscheidung vom 3.5.2007 bis zur Entscheidung über den Nachprüfungsantrag auszusetzen. Hinsichtlich der Abweisung des auf Aussetzung der angefochtenen Zuschlagsentscheidung bis zur Entscheidung über den gegenständlichen Nachprüfungsantrag gerichteten Mehrbegehrens wird auf Paragraph 329, Absatz 2, letzter Satz BVergG 2006 verwiesen, wonach bei der einstweiligen Verfügung die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme zu verfügen ist. Im vorliegenden Fall sind keine Gründe hervorgekommen und wurden auch vom Antragsteller nicht vorgebracht, die es erfordern würden, mittels Erlassung der einstweiligen Verfügung die angefochtene Zuschlagsentscheidung vom 3.5.2007 bis zur Entscheidung über den Nachprüfungsantrag auszusetzen. Es kann daher anstelle der beantragten Aussetzung der angefochtenen Zuschlagsentscheidung die bloße Untersagung der Erteilung des Zuschlages als gelindeste, noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme verfügt werden. Der weitergehende Antrag des Antragstellers ist abzuweisen (vgl. BVA 20.5.2005, 11N-42/05-5, 11N-44/05-4; BVA 18.7.2005, 04N-70/05-6; BVA 5.7.2006, N/0051-BVA/04/2006-EV10; BVA 14.12.2006, N/0102-BVA/04/2006-EV8). Es kann daher anstelle der beantragten Aussetzung der angefochtenen Zuschlagsentscheidung die bloße Untersagung der Erteilung des Zuschlages als gelindeste, noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme verfügt werden. Der weitergehende Antrag des Antragstellers ist abzuweisen vergleiche BVA 20.5.2005, 11N-42/05-5, 11N-44/05-4; BVA 18.7.2005, 04N-70/05-6; BVA 5.7.2006, N/0051-BVA/04/2006-EV10; BVA 14.12.2006, N/0102-BVA/04/2006-EV8).

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Dokumentnummer

VERGT_20070510_N_0047_BVA_03_2007_9_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