

TE Verg Bescheid 2007/5/9 N/0013-BVA/03/2007-35

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 09.05.2007

Norm

BVergG 2002 §4 Abs1

BVergG 2002 §7 Abs1 Z2

BVergG 2002 §9

BVergG 2002 §20 Z36

BVergG 2006 §319 Abs1

BVergG 2006 §319 Abs2

BVergG 2006 §319 Abs3

BVergG 2006 §320 Abs2 Z2

BVergG 2006 §320 Abs4

BVergG 2006 §322 Abs1 Z4

BVergG 2006 §324 Abs3

BVergG 2006 §324 Abs4

1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 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 § 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 § 322 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 322 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

4. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

5. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 324 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 324 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

3. BVergG 2006 § 324 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 324 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 324 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

3. BVergG 2006 § 324 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senats 3, Dr. Sibyll Huber-Mataushek und die Beisitzer Mag. Manfred Rosenbaum, als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Annemarie Mille als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs. 2 Z 2 BVergG 2006 - BVergG 2006, BGBl. I Nr.17/2006 betreffend das Vergabeverfahren "S1 Wiener Außenring Schnellstraße Tunnelplanung in der Projektphase EP und BP" des Auftraggebers Autobahnen - und Schnellstraßen Finanzierungs-AG (ASFINAG) Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, vertreten durch die ASFINAG Bau Management GmbH, Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien als vergebende Stelle, diese vertreten durch Mag. Andrea Schneider über die Anträge der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A*** Wien ZT GmbH, 2. B*** Ziviltechniker und 3. IB C*** Ziviltechnikergesellschaft mbH, alle vertreten durch X*** Rechtsanwälte GmbH, auf Ersatz der Pauschalgebühren wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senats 3, Dr. Sibyll Huber-Mataushek und die Beisitzer Mag. Manfred Rosenbaum, als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Annemarie Mille als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 - BVergG 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr.17 aus 2006, betreffend das Vergabeverfahren "S1 Wiener Außenring Schnellstraße Tunnelplanung in der Projektphase EP und BP" des Auftraggebers Autobahnen - und Schnellstraßen Finanzierungs-AG (ASFINAG) Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, vertreten durch die ASFINAG Bau Management GmbH, Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien als vergebende Stelle, diese vertreten durch Mag. Andrea Schneider über die Anträge der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A*** Wien ZT GmbH, 2. B*** Ziviltechniker und 3. IB C*** Ziviltechnikergesellschaft mbH, alle vertreten durch X*** Rechtsanwälte GmbH, auf Ersatz der Pauschalgebühren wie folgt entschieden:

SPRUCH

Dem Antrag auf Ersatz der von der Antragstellerin gemäß § 318 BVergG entrichteten Pauschalgebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und den Nachprüfungsantrag in der Höhe von insgesamt Euro 3.200,-- wird stattgegeben. Dem Antrag auf Ersatz der von der Antragstellerin gemäß Paragraph 318, BVergG entrichteten Pauschalgebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und den Nachprüfungsantrag in der Höhe von insgesamt Euro 3.200,-- wird stattgegeben.

Der Auftraggeber, die Autobahnen - und Schnellstraßen Finanzierungs-AG (ASFINAG) Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, vertreten durch die ASFINAG Bau Management GmbH, Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien als vergebende Stelle, diese vertreten durch Mag. Andrea Schneider, ist verpflichtet, 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, die für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichteten Pauschalgebühren von Euro 3.200,-- binnen 14 Tagen ab Zustellung des Bescheides bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Rechtsgrundlage: §§ 318, 319, 320 Abs 1, 328 Abs 1 BVergG 2006
Rechtsgrundlage: Paragraphen 318, 319, 320, Absatz eins, 328, Absatz eins, BVergG 2006

BEGRÜNDUNG

Mit Schriftsatz vom 14.2.2007 beantragte die Antragstellerin die Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens und die Erlassung einer einstweiligen Verfügung im Wesentlichen mit der Begründung, der Auftraggeber habe aufgrund der mangelhaften und nicht nachvollziehbaren Bewertung des zum Einsatz kommenden Schlüsselpersonals und der unrichtigen Bewertung der Referenzen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten

der Bietergemeinschaft D***- E***- F*** zu Unrecht getroffen, vielmehr wäre bei richtig durchgeführter Bewertung der Antragstellerin als Bestbieterin der Zuschlag zu erteilen.

Die Antragstellerin habe fristgemäß ein ausschreibungskonformes Angebot innerhalb der Angebotsfrist abgegeben. Mit der Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers vom 31.1.2007, eingelangt am 1.2.2007, zugunsten der Bietergemeinschaft D***- E***- F*** seien der Antragstellerin ihre Punkte für die Zuschlagskriterien 1 bis 6 und für das Zuschlagskriterium Gesamtpreis mit 88,35 gegenüber 91,33 der präsumtiven Zuschlagsempfängerin mitgeteilt worden. In Punkt 1,305.2.5 Teil A-1 der Ausschreibungsunterlagen sei ein Bewertungsschema für das Zuschlagskriterium "Bewertung des konkret zum Einsatz gelangenden Schlüsselpersonals" festgelegt, bei dem für jeden der vier Themenbereiche eine Punktevergabe von 91-100, 71-90, 51-70, 1-50 oder 0 Punkte vorgesehen sei. Es bestehe innerhalb dieser Bandbreiten jeweils ein erheblicher Ermessensspielraum bei der Punktevergabe, sodass der Bewertungskommission ein nicht determiniertes Ermessen zukomme, ob sie bei einer besten Bewertung beispielsweise 91, 95, 100 etc Punkt vergebe. Aus der Niederschrift über die Angebotsöffnung sei aber nur ersichtlich, wie viele Punkte insgesamt pro (Sub-) Themenbereich vergeben worden seien, sie enthalte jedoch keinen Hinweis, wie jedes einzelne Mitglied der Bewertungskommission abgestimmt und warum jedes einzelne Mitglied die jeweilige Punktezahl vergeben habe. Dies sei vergaberechtswidrig, weil es keine transparente, objektiv nachvollziehbare Begründung enthalte und die effektiv vergebenen Punkte auch inhaltlich unzutreffend seien.

Darüber hinaus bestehe eine weitere gravierende Vergaberechtswidrigkeit der Zuschlagskriterien darin, dass die Referenzen der präsumtiven Bestbieterin unzutreffend bewertet worden seien. In den Ausschreibungsunterlagen seien Planungsreferenzen aus dem Bereich Tunnelbau gefordert, die für die Errichtung einer Autobahn (A), Schnell - oder Bundesstraße (S oder B) zu erbringen seien, sodass als gültige Tunnelreferenz nur ein Projekt zu bewerten sei, dessen Tunnelplanung sich auf die Errichtung dieser Straßen beziehen. Andere Planreferenzen in den Ausschreibungsunterlagen, die die inhaltlich festgelegten Anforderungen nicht erfüllen, seien nicht bzw. nicht positiv zu bewerten. Darüber hinaus seien bei den Zuschlagskriterien die jeweiligen Planungsphasen zu bewerten. Je mehr Projektphasen bei einem Referenzprojekt abgewickelt worden seien, umso mehr Punkte seien zu vergeben, wobei in den Ausschreibungsunterlagen die inhaltliche Bedeutung dieser Projektphasen jeweils mit der "Projektierungsdienstanweisung" des BMVIT definiert werde und die Leistungen auch danach zu erbringen seien.

Zum Zuschlagskriterium 1 - Planung eines Straßentunnels sei auszuführen, aufgrund der Marktkennntnis sei auszuschließen, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin in einem EU-Land oder in Österreich einen Straßentunnel geplant habe, der den Ausschreibungsbestimmungen entspreche. Aufgrund der Punktezahl von 91,33 sei daher davon auszugehen, dass es sich beim Referenzprojekt um einen Tunnel außerhalb der EU handle und daher eine nur sehr geringe Punktezahl zu vergeben wäre, da eben nur solche Planreferenzen zu bewerten seien, die zur Errichtung einer A, S, oder B erbracht worden seien, deren technische Anforderungen in Europa und auch in Österreich gelten. Da es kaum internationale Referenzen gebe, die diese Anforderungen erfüllen, habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin nur eine sehr geringe Punktezahl erhalten können.

Zum Zuschlagskriterium 2 - Planung eines Tunnels mit Schildvortrieb werde vorgebracht, dass es relativ weit verbreitet sei, die Planung maschineller Vortriebe auch an die ausführenden Unternehmen zu übertragen, weil die zu erstellende Tunnelschale nicht nur der endgültigen Auskleidung, sondern während der Herstellung auch als Bauhilfsmaßnahme diene. Bei der Ausführungsplanung seien daher Ingenieurbüros meist nur mehr mit der statischen Berechnung für die Vorlage einer prüffähigen Unterlage zu beauftragen. Solche Beauftragungen seien jedoch keinesfalls mit der von der Auftraggeberin geforderten Projektierung eines Gesamt -Bauprojektes gleichwertig. Dies ergebe sich ausdrücklich auch aus der vom Auftraggeber für verbindlich erklärten "Projektierungsdienstanweisung" des BMVIT.

Es sei bekannt, dass die F*** als Mitglied der präsumtiven Bestbieterin die statischen Berechnungen für die Tübbingschale des Projektes "Wiental Kanal Sammers WSKE" durchgeführt habe, weil Mitglieder der Bietergemeinschaft der Antragstellerin ebenfalls vom ausführenden Bauunternehmen zur Angebotsabgabe eingeladen worden seien. Diese Einladung habe sich aber ausschließlich auf die Erbringung notwendiger Nachweise und Planung der Tübbingschale bezogen, nicht jedoch auf das gesamte Bauprojekt. Dabei habe das angebotene Honorar zwischen rund EUR 270.000,- bis EUR 300.000,-. variiert. Den Zuschlag für diese Leistungen habe nach Rückfrage beim ausführenden Bauunternehmen die F*** mit einem Angebotspreis deutlich unter EUR 100.000,-. erhalten. Aus all dem ergebe sich, dass der Auftrag an die F*** keinesfalls die Planung für das gesamte Bauprojekt (Tunnel unter

Berücksichtigung aller erforderlichen Randbedingungen und den zugehörigen Anlagen wie Schächte, Baugruben etc) umfasst haben konnte. Als Referenz benannt seien daher dafür keine Punkte zu vergeben. Habe hingegen die präsumtive Bestbieterin ein Referenzprojekt außerhalb der EU benannt, sei für eine internationale Referenz keine oder nur eine sehr geringe Punktezahl zu vergeben, weil die dabei erbrachten Leistungen nicht jene hohen Anforderungen gemäß der "Projektierungsdienstanweisung" des BMVIT erfüllen müssen.

Zum Zuschlagskriterium 3 - Planung eines Tunnels in offener Bauweise werde die Bearbeitung eines Referenzprojektes für die Planung eines Tunnels in offener Bauweise mit einer Eintauchlänge von größer 100 m in das Grundwasser für alle Planungsphasen in Österreich oder in der EU durch die präsumtive Zuschlagsempfängerin bestritten. Diese sei zwar beim Tunnel Rannersdorf beteiligt gewesen, für dieses Projekt habe jedoch das IB G*** den Vorentwurf, die Einreichplanung und die Ausschreibungsplanung erstellt, welche die Erstellung des Vorentwurfes als Basis für weitere Projektierungsphasen, die Auswahl der notwendigen Bodenuntersuchungen etc und auch die Erstellung der Einreichunterlagen umfasst haben. In der Folge seien die Bauarbeiten für die Umsetzung dieses Bauvorhabens an eine andere Bietergemeinschaft vergeben worden, die eine alternative Baumethode angeboten und in der Folge auch ausgeführt habe. Nach zivilrechtlicher Beauftragung habe die ausführende ARGE die D*** ZT GmbH mit der Ausführungsplanung der alternativen Baumethode beauftragt. Nach Zuschlagserteilung seien aber für die Bauleistungen in der Regel keine Einreichplanungen oder Vorentwürfe mehr zu erstellen, vielmehr müssen für die Behördenverfahren sämtliche Planungs- und Bewilligungsgrundlagen bereits vorliegen. Für das Projekt Rannersdorf seien dafür gemäß Seite 24 Teil A-1 der Ausschreibungsunterlagen nur die Punkte für die Planungsphase BP (AF-PL) [Bauprojekt - Ausführungsplanung] und damit ausschließlich der Faktor 0,35 zu vergeben. Eine darüber hinausgehende Punktevergabe sei technisch gravierend unzutreffend und damit auch vergaberechtswidrig, weil die präsumtive Zuschlagsempfängerin die übrigen Planungsphasen (EP, BP, AS-PL und AF-PL) keinesfalls erbringen habe können.

Zum Zuschlagskriterium 5 - Planung eines Tunnels mit Tübbingausbau und Querschlägern sei auszuführen, dass "Querschläge" die Verbindung zweier, in der Regel benachbarter Tunnelröhren bezeichne und daher nur für Verkehrsbauten errichtet werden, wie Straßentunnels mit getrennten Tunnelröhren für jede Richtungsfahrbahn; Fluchtstollen, Eisenbahntunnels mit getrennten Tunnelröhren für jede Gleisrichtung; im U-Bahnbau mit der gleichen Maßgabe wie für Eisenbahntunnels. Der Einbau einer Auskleidung aus Tübbing bedinge die Herstellung mittels Tunnelbohrmaschinen. Darüber hinaus haben Mitglieder der Antragstellerin bei diesen Großprojekten maßgeblich mitgearbeitet:

Straßentunnel Dublin Port Tunnel [Irland], U-Bahn Wien, U-Bahn Budapest, U-Bahn London, Eisenbahn Wienerwaldtunnel, Eisenbahn Koralmtunnel etc. Vor diesem Hintergrund sei daher auszuschließen, dass die präsumtive Bestbieterin bei einem dieser Großprojekte für alle Planungsphasen weder in der EU und auch nicht in Österreich maßgeblich mitgearbeitet habe.

Die am 1.2.2007 mitgeteilte Zuschlagsentscheidung sei daher für nichtig zu erklären, weil die vom BVA geforderte objektive Nachvollziehbarkeit der Angebotsprüfung sowie -bewertung und damit auch Zuschlagsentscheidung nicht gegeben sei. Die Antragstellerin habe ihr Interesse an der Teilnahme am vorliegenden Vergabeverfahren und damit auch am Vertragsabschluss bereits durch die Abgabe eines umfassenden Teilnahmeantrages in der ersten Stufe des Verfahrens und letztlich durch ein umfassendes Angebot nachgewiesen. Bei vergaberechtskonformer Vorgehensweise - insbesondere im Hinblick auf die Angebotsprüfung und Bestbieterermittlung - sei dem Angebot der Antragstellerin als dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot der Zuschlag zu erteilen.

Die Antragstellerin erachte sich an der Teilnahme eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens verletzt und in der Chance auf Erlangung des Zuschlags massiv beeinträchtigt. Durch die rechtswidrige Vorgehensweise der Auftraggeberin werde die Antragstellerin im Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens verletzt und zwar insbesondere im Recht auf Erteilung des Zuschlags, auf Gleichbehandlung insbesondere bei der Angebotsprüfung und Bestbieterermittlung und auf Durchführung eines Vergabeverfahrens, das den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbs entspreche. Der Auftraggeber lege mit den Schriftsätzen vom 16.2.2007 und 20.2.2007 die Originalunterlagen vor, bestritt das Vorbringen der Antragstellerin und führte aus, die Referenzen im Bereich der Tunnelplanungen vorgegeben worden seien und nach Ansicht des Auftraggebers die Referenzen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ausreichen, um sie für die Erbringung der geforderten Leistung als Bestbieterin auszuwählen.

Zur mangelhaften Bewertung des zum Einsatz kommenden Schlüsselpersonals sei auszuführen, dass die Bewertung entsprechend dem in den Ausschreibungsbestimmungen festgelegten Bewertungsschema erfolgt und von einer Kommission bestehend aus 3 Mitgliedern durchgeführt worden sei. Das Ergebnis und alle Aspekte seien in einer Niederschrift nachvollziehbar und übersichtlich festgehalten. Jeder Bieter habe an Hand der verlautbarten Kriterien beurteilen können, wie sich seine Chancen beim gegenständlichen Zuschlagskriterium verändern können, wenn einzelne Kriterien besser oder schlechter erfüllt würden. Widersprüche zwischen der ziffernmäßigen Bewertung der Angebote und der verbalen Begründung für die Benotungen liegen nicht vor, die Kommission habe die Gründe für die Bewertung des zum Einsatz kommenden Schlüsselpersonals offen gelegt, die Bewertung sei gemäß den Festlegungen der Ausschreibung erfolgt und die verbale Begründung entspreche auch der ziffernmäßigen Bewertung. Dass die vergebenen Punkte nicht dem festgelegten Bewertungsschema entsprechen sollen, habe die Antragstellerin nicht behauptet.

Zum Zuschlagskriterium 1 sei auszuführen, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin als Referenzprojekt den "Hai Van Pass" angeführt habe, dieses eingehend geprüft und in den einzelnen Planungsphasen die wesentlichen Inhalte analog einer österreichischen Planung abgearbeitet worden seien. Ein Ausschluss aus Gründen einer anderen Nomenklatur sei nicht zulässig. Zum Zuschlagskriterium 2 sei auszuführen, die Angebotsprüfung habe ergeben, dass der Leistungsumfang im Wesentlichen einer Detailplanung entspreche und daher zu Recht mit dem Faktor 0,35 bewertet worden sei.

Beim Zuschlagskriterium 3 sei das Referenzprojekt "Tunnel Rannersdorf " aufgrund der umfangreichen Leistungen bei der Erstellung der Alternative im Zuge der funktionalen Ausschreibung sowie der vollständigen Erstellung eines wasserrechtlichen Einreichoperates gewertet worden sei.

Beim Zuschlagskriterium 5 habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin das Referenzprojekt " Tunnel Wiesing-Jenbach" angeführt. Laut Schreiben vom 4.5.2006, das allen Teilnehmern der 2. Stufe zur Kenntnis gebracht worden sei, würden auch Tunnel mit Schachtbauwerken als Referenz gewertet, wenn diese als Fluchtweg deklariert und ausgebildet seien und die technische Problemstellung mit den Querschlügen identisch sei. Ein einröhriger Tunnel mit Schachtbauwerken erfülle somit das Kriterium.

Aufgrund der nachvollziehbaren Angebotsprüfung und der Gleichbehandlung aller Teilnehmer und der Einhaltung des Objektivitätsgebotes werde daher das Vorliegen der behaupteten Vergabeverstöße bestritten, vielmehr sei die Zuschlagsentscheidung zu recht zugunsten der BG D***- E***- F*** getroffen worden. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin erhob mit Schriftsatz vom 27.2.2007 begründete Einwendungen, bestritt das Vorbringen der Antragstellerin und führte aus, dass beim Subkriterium 1 "Planung eines Straßentunnels" ein Referenzprojekt betreffend eine "A-, Soder ehemalige B-Straße" gefordert werde, das somit als Autobahn, Schnellstraße oder eine Bundesstraße den wesentlichen einschlägigen technischen Anforderungen entsprechen müsse. Die Bewertung erfolge abhängig vom Lüftungssystem und der Tunnellänge, der Tätigkeit im Referenzprojekt sowie dem Umfang der Planungsphasen. Der Abgrenzung der Planungsphasen sei die Projektierungsdienstanweisung des Bundesministeriums für Verkehr, Innovation und Technologie zu Grunde zulegen, die in Anhang 2 die grundsätzliche Gliederung eines Vorprojektes und in Anhang 3 die grundsätzliche Gliederung eines Einreichprojektes enthalte. Es sei ein Referenzprojekt betreffend den Bau eines Autobahntunnels in Ostasien angegeben worden, bei dem entsprechend den mitteleuropäischen Maßstäben ein Einreich- und Bauprojekt erstellt worden sei, wobei internationale Referenzen auch durch wesentlich höhere Qualitätsanforderungen gekennzeichnet sein können. Das Referenzprojekt sei durch Vorlage und Nachreichung umfangreicher Unterlagen dargelegt worden und vom Auftraggeber nach eingehender Prüfung als sowohl Einreich- als auch Bauprojekt im Sinne der Projektierungsdienstanweisung des BMVIT bewertet worden. Beim Subkriterium 2 "Planung eines Tunnels mit Schildvortrieb" erfolge die Bewertung des jeweiligen Referenzprojektes nach dem Durchmesser des Schildes, dem Schildtyp, die Tätigkeit im Referenzprojekt sowie dem Umfang der Planungsphasen. Es seien im Angebot ein Schieneninfrastrukturprojekt im Inntal und ein Groß-Kanalprojekt benannt worden. Bei der Schieneninfrastrukturreferenz sei ein Einreichprojekt erstellt und die Ausschreibungsplanung wahrgenommen, bei der Kanalreferenz sei die Ausführungsplanung durchgeführt worden. Das Projekt sei mit einer funktionalen Leistungsbeschreibung ausgeschrieben worden und im Rahmen dieser Zielvorgabe sei die gesamte Ausführungsplanung für den Tunnel (einschließlich der Querschlüge) im Auftrag des ausführenden Unternehmens durch das Bietergemeinschaftsmitglied F*** ZT-GmbH erfolgt.

Beim Subkriterium 3 "Planung eines Tunnels in offener Bauweise" seien ausschließlich Referenzen mit Punkten zu

bewerten, denen eine Autobahn, eine Schnellstraße, eine bestimmte Bundesstraße oder ein Schieneninfrastrukturprojekt mit einem mindestens zweigleisigen Querschnitt zugrunde liege. Zu bewerten seien das Ausmaß der offenen Bauweise, die Tätigkeit im Referenzprojekt sowie der Umfang der Planungsphasen. Im Angebot sei ein Tunnel der S 1 - Wiener Außenringautobahn genannt worden, bei dem sowohl ein Einreich- als auch ein komplettes Bauprojekt erstellt worden sei. Dass bei diesem Projekt ursprünglich eine andere Baumethode von Dritten geplant worden sei, treffe zu. Der Zuschlag sei jedoch einem ausführenden Unternehmen auf eine alternative Projektsverwirklichung erteilt worden, sodass die ursprünglich vom Auftraggeber beigestellte Planung zur Gänze zu verwerfen und eine völlige Neuplanung (Alternativplanung) zu erbringen gewesen sei. Es sei von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nachweislich diese gesamte Alternativplanung (Einreichung und Ausführungsplanung) für das Projekt erbracht worden: etwa sei das gesamte wasserrechtliche Einreichprojekt erstellt worden, zumal die wasserrechtliche Genehmigungsfähigkeit Voraussetzung für die Zuschlagserteilung auf die Alternative gewesen sei. Vom Umfang und den wesentlichen Inhalten entspreche das erstellte wasserrechtliche Einreichprojekt den Vorgaben des Anhangs 3 der Projektierungsdienstanweisung des BMVIT.

Beim Subkriterium 5 "Planung eines Tunnels mit Tübbingausbau und Querschlägen" seien nur Referenzen mit einem Außendurchmesser von $\geq 5,0$ m zugelassen. Die Bewertung erfolge anhand der Kumulation von Tübbingausbau und Querschlägen, der Tätigkeit des Schlüsselpersonals im Referenzprojekt sowie den Umfang der Planungsphasen. Bei der Abgrenzung der Planungsphasen werde bei sämtlichen Subkriterien auf die Projektierungsdienstanweisung des BMVIT verwiesen. In diesem Angebot seien wieder die Schieneninfrastrukturreferenz im Inntal sowie die Kanalreferenz angeführt worden samt Erstellung des Einreich- sowie Bauprojektes. Bei beiden Referenzen seien entsprechend der Ausschreibung in der Fassung der unangefochtenen Fragebeantwortung vom 4.5.2006 Verbindungen zwischen zwei unterirdischen Bauwerken zB Tunnels oder Schächte in Form von Querschlägen geplant worden.

Die Beurteilung des zum Einsatz gelangenden Schlüsselpersonals sei gemäß Punkt 1,305.2.5 der Ausschreibungsunterlagen durch eine Kommission des Auftraggebers anhand der schriftlichen Beschreibung der beabsichtigten Abwicklung des Auftrages durch die einzelnen Bieter erfolgt. Bei der Bewertung der Darstellung der beabsichtigten Abwicklung des Auftrags seien von der Kommission für die vier Themenbereiche jeweils von 0 bis 100 Punkte vergeben. Die Punktevergabe zu den einzelnen Themenbereichen werde gemäß den oben angeführten Werten gewichtet und die letztlich ermittelte Punkteanzahl im Rahmen des Zuschlagssystems gemäß Punkt 1.305.1 der Ausschreibungsunterlagen entsprechend berücksichtigt. Die Bewertung der Bieterdarstellungen des zum Einsatz gelangenden Schlüsselpersonals sowie der geplanten Auftragsabwicklung sei in den Ausschreibungsunterlagen in nachvollziehbarer Weise erläutert worden sei und die in den einzelnen Themenbereichen erzielten Punkte in gewichteter Form zusammengezählt werde, wobei die Summe Eingang in das Zuschlagssystem des Punktes 1,305.1 der Ausschreibungsunterlagen finde. Es gebe nach der Rechtsprechung keine Anhaltspunkte, wonach bei einer kommissionellen Bewertung die Punktevergabe durch die einzelnen Kommissionsmitglieder offengelegt werden, eine verbale Beurteilung durch jedes einzelne Kommissionsmitglied gesondert erfolgen muss oder sich die verbale Beurteilung in der Niederschrift zur Angebotsprüfung gemäß § 95 BVergG 2002 wiederfinden müsse. Zur Wahrung des Transparenzgebots habe eine ziffernmäßige Beurteilung lediglich durch verbale Darlegung der Kommission in ihrer Gesamtheit ergänzt zu werden, um der Vergabekontrolle die Nachprüfung der inhaltlichen Richtigkeit zu ermöglichen. Die verbale Begründung der Kommission könne auch in einem gesonderten Protokoll über die Kommissionssitzung oder in gesonderten Bewertungsbögen enthalten sein. Eine rechtswidrige Vorgehensweise der Auftraggeberin bei der Bewertung des Schlüsselpersonals und der geplanten Auftragsabwicklung und deren Darstellung sei daher nicht erkennbar. Beim Zuschlagskriterium "Preis" sei festgelegt, dass das billigste Angebot 100 Punkte erhalte und die Punkteanzahl der übrigen Bieter sich anhand einer in der Ausschreibung bekanntgegebenen Formel errechne. Die Beurteilung des zum Einsatz gelangenden Schlüsselpersonals sei gemäß Punkt 1,305.2.5 der Ausschreibungsunterlagen durch eine Kommission des Auftraggebers anhand der schriftlichen Beschreibung der beabsichtigten Abwicklung des Auftrages durch die einzelnen Bieter erfolgt. Bei der Bewertung der Darstellung der beabsichtigten Abwicklung des Auftrags seien von der Kommission für die vier Themenbereiche jeweils von 0 bis 100 Punkte vergeben. Die Punktevergabe zu den einzelnen Themenbereichen werde gemäß den oben angeführten Werten gewichtet und die letztlich ermittelte Punkteanzahl im Rahmen des Zuschlagssystems gemäß Punkt 1.305.1 der Ausschreibungsunterlagen entsprechend berücksichtigt. Die Bewertung der Bieterdarstellungen des zum Einsatz gelangenden Schlüsselpersonals sowie der geplanten Auftragsabwicklung sei in den Ausschreibungsunterlagen in nachvollziehbarer Weise erläutert worden sei und die in den einzelnen Themenbereichen erzielten Punkte in

gewichteter Form zusammengezählt werde, wobei die Summe Eingang in das Zuschlagssystem des Punktes 1,305.1 der Ausschreibungsunterlagen finde. Es gebe nach der Rechtsprechung keine Anhaltspunkte, wonach bei einer kommissionellen Bewertung die Punktevergabe durch die einzelnen Kommissionsmitglieder offengelegt werden, eine verbale Beurteilung durch jedes einzelne Kommissionsmitglied gesondert erfolgen muss oder sich die verbale Beurteilung in der Niederschrift zur Angebotsprüfung gemäß Paragraph 95, BVergG 2002 wiederfinden müsse. Zur Wahrung des Transparenzgebots habe eine ziffernmäßige Beurteilung lediglich durch verbale Darlegung der Kommission in ihrer Gesamtheit ergänzt zu werden, um der Vergabekontrolle die Nachprüfung der inhaltlichen Richtigkeit zu ermöglichen. Die verbale Begründung der Kommission könne auch in einem gesonderten Protokoll über die Kommissionssitzung oder in gesonderten Bewertungsbögen enthalten sein. Eine rechtswidrige Vorgehensweise der Auftraggeberin bei der Bewertung des Schlüsselpersonals und der geplanten Auftragsabwicklung und deren Darstellung sei daher nicht erkennbar. Beim Zuschlagskriterium "Preis" sei festgelegt, dass das billigste Angebot 100 Punkte erhalte und die Punkteanzahl der übrigen Bieter sich anhand einer in der Ausschreibung bekanntgegebenen Formel errechne.

Die Ausschreibungsunterlagen und insbesondere das vorgegebene Zuschlagssystem seien zu keinem Verfahrenszeitpunkt beanstandet worden. Die präsumtive Bestbieterin habe eine anschauliche und nachvollziehbare Beschreibung der Auftragsabwicklung beigelegt. Mit Schreiben vom 8.6.2006 sei diese vom Auftraggeber aufgefordert, weitere Darlegungen zu einzelnen Referenzprojekten im Hinblick auf den Leistungszeitraum und die ausgeführten Arbeiten zu übermitteln, dem mit Schreiben vom 16.6.2006 und Vorlage umfangreicher Nachweise nachgekommen worden sei. Die Zuschlagsentscheidung sei daher zu Recht zugunsten der BG D***- E***- F*** getroffen worden und werde die Ab- bzw Zurückweisung der Anträge begehrt.

Die Antragstellerin replizierte mit Schriftsatz vom 9.3.2007 und führte aus, es bestehe kein Zweifel betreffend ein berechtigtes rechtliches Interesse am Nachprüfungsverfahren und daher sei der Nachprüfungsantrag jedenfalls zulässig, da im gegenständlichen Vergabeverfahren die an zweite Stelle gereichte Bietergemeinschaft I*** GmbH & Co KG als Mitglied dieser Bietergemeinschaft bis zum Ende der Angebotsfrist keinen Antrag auf Bestätigung einer Dienstleistungsanzeige gemäß § 30 Abs 4 BVergG 2002 bei der zuständigen Kammer der Architekten und Ingenieurkonsulenten für Wien, Niederösterreich und Burgenland eingebracht habe und daher vom Vergabeverfahren auszuscheiden gewesen wäre. Folglich sei die Antragstellerin nicht an dritter Stelle zu reihen, sondern vielmehr an zweiter Stelle zu reihen. Die Antragstellerin replizierte mit Schriftsatz vom 9.3.2007 und führte aus, es bestehe kein Zweifel betreffend ein berechtigtes rechtliches Interesse am Nachprüfungsverfahren und daher sei der Nachprüfungsantrag jedenfalls zulässig, da im gegenständlichen Vergabeverfahren die an zweite Stelle gereichte Bietergemeinschaft I*** GmbH & Co KG als Mitglied dieser Bietergemeinschaft bis zum Ende der Angebotsfrist keinen Antrag auf Bestätigung einer Dienstleistungsanzeige gemäß Paragraph 30, Absatz 4, BVergG 2002 bei der zuständigen Kammer der Architekten und Ingenieurkonsulenten für Wien, Niederösterreich und Burgenland eingebracht habe und daher vom Vergabeverfahren auszuscheiden gewesen wäre. Folglich sei die Antragstellerin nicht an dritter Stelle zu reihen, sondern vielmehr an zweiter Stelle zu reihen.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin bestritt mit Schriftsatz vom 13.3.2007 das Vorbringen der Antragstellerin.

Der Auftraggeber erstattete mit Schriftsatz vom 13.3.2007 eine ergänzende Stellungnahme und brachte vor, dass im Zuge des Nachprüfungsverfahrens festgestellt worden sei, dass die Beurteilung der Bewerbungsunterlagen in der 1. Stufe fehlerhaft durchgeführt worden sei, da die Antragstellerin u.a. das Referenzprojekt Dublin Port Tunnel angeführt habe, sich jedoch auf dem Referenzblatt der Firmenstempel der A*** Wien ZT GmbH befinde. Tatsächlich ausgeführt habe dieses Projekt jedoch die A*** ZT GmbH Salzburg. Die A*** ZT GmbH Wien sei aber keine Zweigniederlassung der A*** ZT GmbH Salzburg oder etwa ein im Konzern verbundenes Unternehmen. Auch wenn daher die A*** ZT GmbH Wien die A*** ZT GmbH Salzburg als Subunternehmer anführe, ändere dies nichts daran, dass das Referenzprojekt Dublin Port Tunnel die A*** ZT GmbH Salzburg und nicht - wie angegeben - die A*** ZT GmbH Wien ausgeführt habe und auf dem Referenzblatt das "falsche" Unternehmen genannt worden sei. In den Ausschreibungsunterlagen der 1. Stufe werde darauf hingewiesen, dass unwahre Angabe zum Ausschluss vom Verfahren führen bzw. die Bewerbung unberücksichtigt bleibe, wenn sich im Rahmen der Prüfung Angaben in den Bewerbungsformularen oder den Anlagen als unrichtig erweisen. Gemäß der Bestimmung des § 98 Z 8 BVergG 2002 wäre der Teilnahmeantrag der Antragstellerin jedenfalls auszuscheiden gewesen. Der Hinweis auf ein "falsches" Unternehmen auf einem Referenzblatt stellte eine solche unrichtige bzw. unwahre Angabe dar, die zum Ausscheiden

des Angebotes führen müsste, da die Angabe eines falschen Unternehmens auf dem Referenzblatt einen unbehebbarer Mangel darstelle. Der Ausscheidensgrund ergebe sich ohne Notwendigkeit eines Sachverständigenbeweises aus dem Vergabeakt (Referenzblatt). Der Auftraggeber erstattete mit Schriftsatz vom 13.3.2007 eine ergänzende Stellungnahme und brachte vor, dass im Zuge des Nachprüfungsverfahrens festgestellt worden sei, dass die Beurteilung der Bewerbungsunterlagen in der 1. Stufe fehlerhaft durchgeführt worden sei, da die Antragstellerin u.a. das Referenzprojekt Dublin Port Tunnel angeführt habe, sich jedoch auf dem Referenzblatt der Firmenstempel der A*** Wien ZT GmbH befinde. Tatsächlich ausgeführt habe dieses Projekt jedoch die A*** ZT GmbH Salzburg. Die A*** ZT GmbH Wien sei aber keine Zweigniederlassung der A*** ZT GmbH Salzburg oder etwa ein im Konzern verbundenes Unternehmen. Auch wenn daher die A*** ZT GmbH Wien die A*** ZT GmbH Salzburg als Subunternehmer anführe, ändere dies nichts daran, dass das Referenzprojekt Dublin Port Tunnel die A*** ZT GmbH Salzburg und nicht - wie angegeben - die A*** ZT GmbH Wien ausgeführt habe und auf dem Referenzblatt das "falsche" Unternehmen genannt worden sei. In den Ausschreibungsunterlagen der 1. Stufe werde darauf hingewiesen, dass unwahre Angabe zum Ausschluss vom Verfahren führen bzw. die Bewerbung unberücksichtigt bleibe, wenn sich im Rahmen der Prüfung Angaben in den Bewerbungsformularen oder den Anlagen als unrichtig erweisen. Gemäß der Bestimmung des Paragraph 98, Ziffer 8, BVergG 2002 wäre der Teilnahmeantrag der Antragstellerin jedenfalls auszuschneiden gewesen. Der Hinweis auf ein "falsches" Unternehmen auf einem Referenzblatt stellte eine solche unrichtige bzw. unwahre Angabe dar, die zum Ausscheiden des Angebotes führen müsste, da die Angabe eines falschen Unternehmens auf dem Referenzblatt einen unbehebbarer Mangel darstelle. Der Ausscheidensgrund ergebe sich ohne Notwendigkeit eines Sachverständigenbeweises aus dem Vergabeakt (Referenzblatt).

Die Antragstellerin nahm mit den Schriftsätzen vom 22.3.2007 und 26.3.2007 Stellung und führte zur vermeintlichen falschen Angabe im Teilnahmeantrag aus, dass keinerlei falsche Angaben gemacht worden seien, da als Auftragnehmer des Referenzprojektes die "GC - ARUP Joint Venture" genannt und der Hinweis "50%A*** " enthalten sei. In diesem maßgeblichen Referenzblatt finde sich also kein Hinweis auf die "A*** Wien ZT GmbH", die nunmehr von der Auftraggeberin als falsche Angabe ins Treffen geführt worden sei.

Die vom Auftraggeber vorgehaltene Beilage sei dem Referenzblatt 1.1 lediglich zur Erläuterung des technischen Inhalts dieser Referenz beigelegt worden. Sofern es daher Widersprüche zwischen den Angaben im Referenzblatt 1.1 und dieser Beilage gebe, seien ausschließlich die verbindlichen Angaben im Referenzblatt 1.1 maßgeblich. Dieses Referenzblatt 1.1 enthalte keinen Hinweis auf die "A*** Wien ZT GmbH". Bereits daraus ergebe sich, dass der von der Auftraggeberin ins Treffen geführte Ausscheidensgrund nicht vorliege, vielmehr handle es sich dabei offensichtlich nur um eine künstliche Konstruktion eines Ausscheidensgrundes.

Darüber hinaus sei aufgrund dieser Spruchpraxis ein Ausschluss jedenfalls erst dann berechtigt, wenn sich ein Bewerber gemäß § 51 Z 6 BVergG 2002 "bei der Erteilung von Auskünften [...] in erheblichem Maße falscher Erklärungen schuldig gemacht" habe. Von einem solchen erheblichen Ausmaß könne jedoch - wie auch die mündliche Verhandlung am 14.3.2007 gezeigt habe - keine Rede sein. Dies insbesondere deshalb, weil inhaltlich keinerlei falsche Angaben gemacht worden seien. Zudem stehe aufgrund zahlreicher Aufklärungsersuchen durch den Auftraggeber fest, dass selbst dieser während des gesamten Vergabeverfahrens und auch weiter Teile des Nachprüfungsverfahrens davon ausgegangen sei, eine Unklarheit dürfe nicht zum sofortigen Ausscheiden führen. Darüber hinaus sei zu berücksichtigen, dass der von der Auftraggeberin ins Treffen geführte Ausschlussgrund jedenfalls nur dann angenommen werden dürfe, wenn in schuldhafter und erheblichem Maße falsche Erklärungen gemacht worden seien, wie auch der VwGH mit Erkenntnis vom 29.3.2006, 2005/04/0038 = RPA 2006, 209 festgelegt habe. Es liege daher weder ein Ausschlussgrund noch ein Ausscheidensgrund vor. Darüber hinaus sei aufgrund dieser Spruchpraxis ein Ausschluss jedenfalls erst dann berechtigt, wenn sich ein Bewerber gemäß Paragraph 51, Ziffer 6, BVergG 2002 "bei der Erteilung von Auskünften [...] in erheblichem Maße falscher Erklärungen schuldig gemacht" habe. Von einem solchen erheblichen Ausmaß könne jedoch - wie auch die mündliche Verhandlung am 14.3.2007 gezeigt habe - keine Rede sein. Dies insbesondere deshalb, weil inhaltlich keinerlei falsche Angaben gemacht worden seien. Zudem stehe aufgrund zahlreicher Aufklärungsersuchen durch den Auftraggeber fest, dass selbst dieser während des gesamten Vergabeverfahrens und auch weiter Teile des Nachprüfungsverfahrens davon ausgegangen sei, eine Unklarheit dürfe nicht zum sofortigen Ausscheiden führen. Darüber hinaus sei zu berücksichtigen, dass der von der Auftraggeberin ins Treffen geführte Ausschlussgrund jedenfalls nur dann angenommen werden dürfe, wenn in schuldhafter und

erheblichem Maße falsche Erklärungen gemacht worden seien, wie auch der VwGH mit Erkenntnis vom 29.3.2006, 2005/04/0038 = RPA 2006, 209 festgelegt habe. Es liege daher weder ein Ausschlussgrund noch ein Ausscheidensgrund vor.

Zum Vorliegen unbehebbarer Angebotsmängel sei auszuführen, dass der Auftraggeber in Punkt 1 ihrer ergänzenden Stellungnahme vom 13.3.2007 ausführe "Nach der Judikatur des VwGH sind solche Mängel als unbehebbar zu qualifizieren, deren Behebung nach Angebotsöffnung zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung der Bieter führen kann. Bei der Abgrenzung zwischen behebbaren und unbehebbaeren Mängeln ist darauf abzustellen, ob durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbieterinnen materiell verbessert würde. Eine allfällige Rücknahme der im Angebot abgegebenen Erklärungen würde eine wettbewerbs-, gleichbehandlungs- und verhandlungsverbotswidrige Verbesserung der Stellung des mängelbehebenden Bieters darstellen (BVA v. 14.11.2003, 14N-104/03- 10)" und damit völlig zutreffend davon ausgehe, dass nach Angebotsöffnung jene Angebotsinhalte keinesfalls mehr geändert werden dürfen, die mit den Zuschlagskriterien bewertet werden, weil dadurch die Wettbewerbsstellung materiell verbessert würde. Das bedeute, dass nach Angebotsöffnung insbesondere jene Angebotsinhalte nicht mehr geändert werden dürfen, die mit den Zuschlagskriterien bewertet werden. Durch eine solche Angebotsänderung könne nämlich der betreffende Bieter seine materielle Wettbewerbsstellung nachträglich verbessern; dies sei aber nach der von der Auftraggeberin ins Treffen geführten Rechtsprechung des VwGH unzulässig. Gerade gegen diese Rechtsprechung habe der Auftraggeber bei Bewertung des Angebots der präsuntiven Bestbieterin gravierend verstoßen und zwar insbesondere im Hinblick auf die Referenzprojekte Hai Van Pass, Wientalsammelkanal und Tunnel Rannersdorf. Der Auftraggeber habe nämlich unter anderem mit Schreiben vom 8.6.2006 umfassend Aufklärung insbesondere zu den erbrachten Leistungsbildern gefordert. Wie in Punkt 3.2 der Stellungnahme vom 19.2.2007 festgehalten sei, habe es darüber hinaus zwei weitere Aufklärungsersuchen zum Leistungsbild der Referenz Hai Van Pass gegeben. All dies sei nach der Rechtsansicht des Auftraggebers unzulässig, weil die Leistungsbilder dieser Referenzprojekte bei den Zuschlagskriterien bewertet würden. Durch eine solche Änderung habe die präsuntive Bestbieterin die Möglichkeit, ihre materielle Wettbewerbsposition zu verbessern. Gerade dies verletze die Vorgaben des VwGH. Die gesamten Aufklärungen, die die präsuntive Bestbieterin gegeben habe, seien daher bei der Bestbieterermittlung nicht mehr zu berücksichtigen, sodass diese drei Referenzen jeweils mit Null Punkten zu bewerten seien, weil die Nachforderungen sich jeweils auf das Leistungsbild und damit auf den entscheidenden Teil der Referenzen bezogen haben. Darüber hinaus habe eine solche mehrfache Aufforderung zur Mängelbehebung wie dies insbesondere beim Referenzprojekt Hai Van Pass erfolgt sei, nach Spruchpraxis des BVA den Grundsatz der Gleichbehandlung verletzt und sei daher unzulässig.

Wie weit reichend diese Nachreichungen der präsuntiven Bestbieterin und damit auch die Verbesserung ihrer materiellen Wettbewerbsstellung gewesen seien, zeige ihr eigenes Vorbringen: In Punkt 4.2.2 der begründeten Einwendungen vom 27.2.2007 bringe die präsuntive Bestbieterin vor, dass die Referenz Hai Van Pass erst durch Nachreichung umfangreicher Unterlagen dargelegt worden seien. In Punkt 4.4.2 der begründeten Einwendungen bringe die präsuntive Bestbieterin vor, dass zum Referenzprojekt Tunnel Rannersdorf nachträglich mit Schreiben vom 16.6.2006 "exakte Darlegungen" der erbrachten Leistungen übermittelt worden seien. Gerade in Bezug aus das Referenzprojekt Tunnel Rannersdorf bestätige auch der Auftraggeber in Punkt 3.3 letzter Absatz der Stellungnahme vom 19.2.2007, dass die präsuntive Bestbieterin mit nachträglichem Aufklärungsschreiben vom 16.6.2006 entsprechend weit reichende Aufklärungen gegeben habe, da die "Argumentation", die zur positiven Bewertung dieser Referenz geführt habe, sich erst aus diesem Aufklärungsschreiben ergeben habe.

Die Zuschlagsentscheidung sei deshalb rechtswidrig, weil der Auftraggeber im Rahmen der Bestbieterermittlung bei den Referenzprojekten Hai Van Pass, Wientalsammelkanal und Tunnel Rannersdorf Umstände berücksichtigt habe, die wegen Vorliegens unbehebbarer Angebotsmängel keinesfalls zu berücksichtigen und mit Null Punkten zu bewerten waren. Damit liege die präsuntive Bestbieterin klar hinter der von der Antragstellerin erreichten Punktezah, sodass die Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären sei.

Die präsuntive Zuschlagsempfängerin replizierte mit Schriftsatz vom 27.3.2007 bestritt das Vorbringen und führte im Wesentlichen aus, dass es sich bei den Kontaktaufnahmen lediglich um ergänzende Auskünfte gehandelt habe und nicht um drei Aufklärungsschreiben. Zudem sei auch die Antragstellerin zweimal zur Übermittlung ergänzender Angaben ersucht worden. Zum Vorwurf des unbehebbaeren Mangels sei auszuführen, dass in den Formblättern eine vollständige Selbstdeklaration vorgenommen worden sei. Zu keinem Zeitpunkt des Zuschlagsverfahrens sei eine

nachträgliche Angebotsänderung in Form der Bekanntgabe weiterer Leistungsbilder versucht oder vorgenommen worden. Es seien lediglich auf Grund eines Auskunftersuchens des Auftraggebers ergänzende Angaben zu den feststehenden Angebotsinhalten übermittelt worden.

Auf Grundlage des Akteninhaltes, der Schriftsätze der Antragstellerin, des Auftraggebers und der präsuntiven Zuschlagsempfängerin sowie der vorgelegten Originalunterlagen, der Vorbringen der Parteien in der mündlichen Verhandlung und der Entscheidung des Senats 3 vom 27. 3. 2007, N/0011-BVA/03/2007-24, wurde folgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Im September 2005 hat der Auftraggeber Autobahnen -und Schnellstraßen Finanzierungs - AG (ASFINAG) die Planung eines Tunnels in geschlossener und offener Bauweise mit optimiertem Vortriebsverfahren für die Phasen EP (Einreichprojekt) und BP(Bauprojekt) - Ausführungsplanung optional für die Errichtung der S1 Wiener Außenring Schnellstraße, Schwechat bis Süßenbrunn im nicht offenen zweistufigen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung als Dienstleistungsauftrag, Dienstleistungskategorie 12, CPV 74.23.22.00-6, im Oberschwellenbereich europaweit ausgeschrieben. 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.

Der Auftraggeber hat mit Schreiben datiert 31.1.2007 sämtlichen Bietern zugegangen per Telefax am 1.2.2007 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 präsuntiven 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 als Bestbieterin der Zuschlag zu erteilen.

Die Verständigung des Auftraggebers ist erfolgt (OZ 2), die Antragstellerin hat nachweislich Pauschalgebühren in der Höhe von Euro 3.200.- bezahlt (OZ 5a).

Mit Schriftsatz vom 13.2.2007 hat die Bietergemeinschaft H*** bestehend aus 1) H*** ZT GmbH, und 2) I*** GmbH & Co KG, dieselbe gesondert anfechtbare Entscheidung des Auftraggebers ASFINAG angefochten und die Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung, die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung, den Ersatz der Pauschalgebühren sowie die Erlassung einer einstweiligen Verfügung beantragt.

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

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

Die verfahrensgegenständlich bekämpfte Zuschlagsentscheidung wurde als gesondert anfechtbare Entscheidung von mehreren Unternehmern angefochten (vgl. N/0011-BVA/03/2007). Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 320 Abs.4 BVergG 2006 - unter Bedachtnahme auf die §§ 101 Abs. 2, 104 Abs. 3, 105 Abs. 6, 249 Abs. 2, 253 Abs. 3 und 254 Abs. 6 - die Verfahren nicht zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden, sondern eine getrennte

Verfahrensführung im Interesse der Zweckmäßigkeit, Einfachheit und Kostenersparnis vorgenommen. Mit Bescheid des Bundesvergabeamtes 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 Bietern per Fax zugestellt am 1.2.2007, für nichtig erklärt. Die verfahrensgegenständlich bekämpfte Zuschlagsentscheidung wurde als gesondert anfechtbare Entscheidung von mehreren Unternehmen angefochten (vergleiche N/0011- BVA/03/2007). Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 320, Absatz 4, BVergG 2006 - unter Bedachtnahme auf die Paragraphen 101, Absatz 2, 104, Absatz 3, 105, Absatz 6, 249, Absatz 2, 253, Absatz 3 und 254 Absatz 6, - die Verfahren nicht zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden, sondern eine getrennte Verfahrensführung im Interesse der Zweckmäßigkeit, Einfachheit und Kostenersparnis vorgenommen. Mit Bescheid des Bundesvergabeamtes 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 Bietern per Fax zugestellt am 1.2.2007, für nichtig erklärt.

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

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).

2. 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.

Haben mehrere Unternehmer dieselbe gesondert anfechtbare Entscheidung des Auftraggebers angefochten, so kommt ihnen in allen Nachprüfungsverfahren betreffend diese Entscheidung Parteistellung zu (§ 324 Abs.4 BVergG 2006; s. N/0011-BVA/03/2007). Wird dieselbe gesondert anfechtbare Entscheidung von mehreren Unternehmern angefochten, hat das Bundesvergabeamt gemäß § 320 Abs.4 BVergG 2006 - unter Bedachtnahme auf die §§ 101 Abs. 2, 104 Abs. 3, 105 Abs. 6, 249 Abs. 2, 253 Abs. 3 und 254 Abs. 6 - die Verfahren zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung zu verbinden, wobei eine getrennte Verfahrensführung zulässig ist, wenn dies im Interesse der Zweckmäßigkeit, Einfachheit und Kostenersparnis gelegen ist. Haben mehrere Unternehmer dieselbe gesondert anfechtbare Entscheidung des Auftraggebers angefochten, so kommt ihnen in allen Nachprüfungsverfahren betreffend diese Entscheidung Parteistellung zu (Paragraph 324, Absatz 4, BVergG 2006; s. N/0011-BVA/03/2007). Wird dieselbe gesondert anfechtbare Entscheidung von mehreren Unternehmern angefochten, hat das Bundesvergabeamt gemäß Paragraph 320, Absatz 4, BVergG 2006 - unter Bedachtnahme auf die Paragraphen 101, Absatz 2, 104, Absatz 3, 105, Absatz 6, 249, Absatz 2, 253, Absatz 3 und 254 Absatz 6, - die Verfahren zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung zu verbinden, wobei eine getrennte Verfahrensführung zulässig ist, wenn dies im Interesse der Zweckmäßigkeit, Einfachheit und Kostenersparnis gelegen ist.

1. 3.Ziffer 3

Zum Ersatz der Pauschalgebühren

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

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

1. 1.Ziffer eins

dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und

2. 2.Ziffer 2

dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde.

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

Die Antragstellerin hat die Pauschalgebühren in der Höhe von Euro 3.200,-- nachweislich (OZ 5a) bezahlt. Der Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren wurde zusammen mit dem Antrag auf Nichtigklärung der Ausschreibung sowie auf Erlassung der einstweiligen Verfügung, somit rechtzeitig, gestellt.

Die Materialien zum BVergG 2006 halten zur Bestimmung des § 319 BVergG leg.cit. fest, dass ein Gebührenersatz auch dann zu erfolgen hat, wenn der Antragsteller während eines anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Die von mehreren Unternehmern angefochtene Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers vom 31.1.2007, den Bieter per Fax zugestellt am 1.2.2007, wurde mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 27.3.2007, N/0011-BVA/03/2007-24, für nichtig erklärt. Da gemäß § 319 Abs.1 2. Satz BVergG 2006 die Antragstellerin daher infolge Klaglosstellung Anspruch

auf Ersatz ihrer gemäß § 318 BVergG 2006 entrichteten Gebühren (vgl. BVA 21.7.2006, N/0046-BVA/12/2006-11; 14.7.2006, N/0033-BVA/13/2006-34) hat, war spruchgemäß zu entscheiden. Die Materialien zum BVergG 2006 halten zur Bestimmung des Paragraph 319, BVergG leg.cit. fest, dass ein Gebührenersatz auch dann zu erfolgen hat, wenn der Antragsteller während eines anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Die von mehreren Unternehmern angefochtene Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers vom 31.1.2007, den Bietern per Fax zugestellt am 1.2.2007, wurde mit Bescheid des Bundesvergabebeamten vom 27.3.2007, N/0011-BVA/03/2007-24, für nichtig erklärt. Da gemäß Paragraph 319, Absatz eins, 2. Satz BVergG 2006 die Antragstellerin daher infolge Klaglosstellung Anspruch auf Ersatz ihrer gemäß Paragraph 318, BVergG 2006 entrichteten Gebühren vergleiche BVA 21.7.2006, N/0046-BVA/12/2006-11; 14.7.2006, N/0033-BVA/13/2006-34) hat, war spruchgemäß zu entscheiden.

Schlagworte

Pauschalgebühren, Klaglosstellung, Ersatz

Dokumentnummer

VERGT_20070509_N_0013_BVA_03_2007_35_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