

TE Verg Bescheid 2007/3/29 N/0013-BVA/03/2007-30

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 29.03.2007

Norm

BVergG 2002 §4 Abs1

BVergG 2002 §7 Abs1 Z2

BVergG 2002 §9

BVergG 2002 §20 Z36

BVergG 2002 §162 Abs2

BVergG 2002 §163 Abs1

BVergG 2006 §320 Abs2 Z2

BVergG 2006 §320 Abs4

BVergG 2006 §322 Abs1 Z4

BVergG 2006 §324 Abs3

BVergG 2006 §345 Abs1 Z1

BVergG 2006 §345 Abs2

SchwellenwerteVO §1

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 § 345 gültig von 27.02.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 345 gültig von 12.07.2013 bis 26.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 345 gültig von 24.05.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2012

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

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senats 3, Dr. Sibyll Huber-Matauschek und die Beisitzer Mag. Manfred Rosenbaum, als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Annemarie Mille als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs. 2 Z 2 BVergG 2006 - BVergG 2006, BGBl. I Nr. 17/2006 betreffend das Vergabeverfahren "S1 Wiener Außenring Schnellstraße 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 GmbH, und 3. IB C*** Ziviltechnikergesellschaft mbH, alle vertreten durch X*** Rechtsanwälte GmbH, vom 14. Februar 2007, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senats 3, Dr. Sibyll Huber-Matauschek und die Beisitzer Mag. Manfred Rosenbaum, als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Annemarie Mille als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 - BVergG 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, betreffend das Vergabeverfahren "S1 Wiener Außenring Schnellstraße 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 GmbH, und 3. IB C*** Ziviltechnikergesellschaft mbH, alle vertreten durch X*** Rechtsanwälte GmbH, vom 14. Februar 2007, wie folgt entschieden:

SPRUCH

Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 1.2.2007 zugunsten der Bietergemeinschaft D*** - E*** - F*** wird zurückgewiesen.

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, wobei sich diese Gesamtpunktezahle von 88,35 sich im Einzelnen wie folgt zusammensetzte:

100 mögliche Punkte

Zuschlagskriterium 1

Planung eines Straßentunnels:.....96,50 Punkte ungewichtet

Zuschlagskriterium 2

Planung eines Tunnels mit Schildvortrieb:.....90 Punkte ungewichtet

Zuschlagskriterium 3

Planung eines Tunnels in offener Bauweise:..... 100 Punkte ungewichtet

Zuschlagskriterium 4

Mitarbeit bei Umweltverträglichkeitserklärungen:..100 Punkte ungewichtet

Zuschlagskriterium 5

Planung eines Tunnels mit Tübbingausbau und

Querschlägen:.....100 Punkte ungewichtet

Zuschlagskriterium 6

Bewertung des zum Einsatz

kommenden Schlüsselpersonals:76,33 Punkte ungewichtet

Daraus ergebe sich eine ungewichtete Gesamtpunktezahl für die Zuschlagskriterien 1 bis 6 von 562,83 Punkten. Nach Gewichtung mit den in Punkt 1,305.1 Teil A-1 der Ausschreibungsunterlagen festgelegten Faktoren und Sub-Faktoren ergebe dies für das Zuschlagskriterium Qualität eine Punktezahl von 63,24. Für das Preisangebot von EUR 5,137.272,81.-- netto habe der Auftraggeber die Punktezahl mit 83,68 ungewichteten Punkten und mit 25,10 gewichteten Punkten bekannt gegeben, somit eine Gesamtpunktezahl von 88,35 und damit lediglich um 2,98 Punkte weniger als die präsumtive Zuschlagsempfängerin. Aus den bei der Angebotsöffnung verlesenen Gesamtpreisen in Verbindung mit der Preis-Formel in Punkt 1,305.3 Teil A-1 der Ausschreibungsunterlagen und der Gesamtpunktezahl von 91,33 lasse sich die Einzel-Punktezahl der präsumtiven Zuschlagsempfängerin beim Zuschlagskriterium "Qualität" ableiten: 61,33 Punkte. Da die höchstmögliche gewichtete Punktezahl für das Zuschlagskriterium "Qualität" 70 betrage, habe die präsumtive Bestbieterin beinahe die vollen Punktezahlen mit ihren nachgewiesenen Referenzen erlangt. Diese Referenzen würden daher die in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Spezifikationen nahezu erfüllen. Die Einsichtnahme in den die Antragstellerin betreffenden Teil der Niederschrift über die Angebotsprüfung am 12.2.2007 habe beim Zuschlagskriterium "Bewertung des konkret zum Einsatz gelangenden Schlüsselpersonals" eine nur äußerst rudimentäre Begründung ergeben.

Konkretisierend führte die Antragstellerin aus, dass in Punkt 1,305.2.5 Teil A-1 der Ausschreibungsunterlagen ein Bewertungsschema für das Zuschlagskriterium "Bewertung des konkret zum Einsatz gelangenden Schlüsselpersonals" festgelegt sei, 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. Die statischen Berechnungen für die Tübbingschale seien nämlich gemäß Seite 22 Teil A-1 der Ausschreibungsunterlagen keine Planungsphase, für die Punkte vergeben werden können, weil durch eine bloße Planung der Tübbingschale gerade keine Ausführungsplanung eines Tunnels mit Schildvortrieb erbracht werde, worauf es aber beim vorliegenden Zuschlagskriterium ankomme.

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.

Im Falle der rechtswidrigen Zuschlagserteilung an die präsumtive Bestbieterin seien jene Kosten frustriert, die durch die Teilnahme am vorliegenden Vergabeverfahren entstanden seien. Im gegenwärtigen Verfahrensstadium seien diese frustrierten Aufwendungen in Höhe von rund EUR 16.000,- exklusive MWSt als Schaden im Sinne des § 322 Abs 1 Z 4 BVergG 2006 zu betrachten. Darin seien insbesondere die Kosten für die Erstellung des Teilnahmeantrages und des Angebotes enthalten (6 Mannwoche zu 5 Tagen á 8 Stunden bei einem Stundensatz von EUR 64,90,-). Darüber hinaus entstünde im Falle der rechtswidrigen Zuschlagserteilung ein Schaden durch entgangenen Gewinn von 4% des Auftragswertes von EUR 5.137.272,81,-, somit Euro 205.490,91,-. Ferner seien die Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung bereits im Rahmen der Angebotsprüfung und im Nachprüfungsverfahren ein Bestandteil des Schadens im Sinne des § 322 Abs 1 Z 4 BVergG 2006. Diese betragen derzeit rund Euro 4.200,- (exkl MWSt). unserer Mitbewerber ein wichtiges Referenzprojekt für künftige Vergabeverfahren verloren gehen. Auch dieser Nachteil sei als Schaden im Sinne des § 322 Abs 1 Z 4 BVergG 2006 zu berücksichtigen. 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 legte mit den Schriftsätzen vom 16.2.2007 und 20.2.2007 die Originalunterlagen vor, bestritt das Vorbringen der Antragstellerin und führte aus, dass entsprechend dem Vergabebericht die Antragstellerin an dritter Stelle liege. Eine Rechtsverletzung durch eine bestimmte Entscheidung des Auftraggebers liege daher nur dann vor, wenn der betreffende Bieter bei rechtskonformer Entscheidung eine echte Chance auf den Zuschlag gehabt hätte (VwGH 09.04.2002, 2000/04/0181). Da das Angebot der Antragstellerin an 3. Stelle liege, könne für die Standpunkte der Antragstellerin daher durch eine Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung nichts gewonnen werden. Da somit die Antragsvoraussetzungen nicht vorliegen, sei der Nachprüfungsantrag unzulässig. Im Falle der rechtswidrigen Zuschlagserteilung an die präsumtive Bestbieterin seien jene Kosten frustriert, die durch die Teilnahme am vorliegenden Vergabeverfahren entstanden seien. Im gegenwärtigen Verfahrensstadium seien diese frustrierten Aufwendungen in Höhe von rund EUR 16.000,- exklusive MWSt als Schaden im Sinne des Paragraph 322, Absatz eins, Ziffer 4, BVergG 2006 zu betrachten. Darin seien insbesondere die Kosten für die Erstellung des Teilnahmeantrages und des Angebotes enthalten (6 Mannwoche zu 5 Tagen á 8 Stunden bei einem Stundensatz von EUR 64,90,-). Darüber hinaus entstünde im Falle der rechtswidrigen Zuschlagserteilung ein Schaden durch entgangenen Gewinn von 4% des

Auftragswertes von EUR 5.137.272,81.-, somit Euro 205.490,91.--. Ferner seien die Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung bereits im Rahmen der Angebotsprüfung und im Nachprüfungsverfahren ein Bestandteil des Schadens im Sinne des Paragraph 322, Absatz eins, Ziffer 4, BVergG 2006. Diese betragen derzeit rund Euro 4.200,- (exkl MWSt), unserer Mitbewerber ein wichtiges Referenzprojekt für künftige Vergabeverfahren verloren gehen. Auch dieser Nachteil sei als Schaden im Sinne des Paragraph 322, Absatz eins, Ziffer 4, BVergG 2006 zu berücksichtigen. 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 legte mit den Schriftsätzen vom 16.2.2007 und 20.2.2007 die Originalunterlagen vor, bestritt das Vorbringen der Antragstellerin und führte aus, dass entsprechend dem Vergabebericht die Antragstellerin an dritter Stelle liege. Eine Rechtsverletzung durch eine bestimmte Entscheidung des Auftraggebers liege daher nur dann vor, wenn der betreffende Bieter bei rechtskonformer Entscheidung eine echte Chance auf den Zuschlag gehabt hätte (VwGH 09.04.2002, 2000/04/0181). Da das Angebot der Antragstellerin an 3. Stelle liege, könne für die Standpunkte der Antragstellerin daher durch eine Nichtigserklärung der Zuschlagsentscheidung nichts gewonnen werden. Da somit die Antragsvoraussetzungen nicht vorliegen, sei der Nachprüfungsantrag unzulässig.

Darüber hinaus seien Referenzen im Bereich der Tunnelplanungen vorgegeben worden und reichen nach Ansicht des Auftraggebers die Referenzen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin aus, 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 Querschlüssen 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 gemäß Punkt 1,206 der Ausschreibungsunterlagen der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt und nach Punkt 1,305.1 der Gesamtpreis mit einer Gewichtung von 30%

und die Qualität mit einer Gewichtung von 70% als Zuschlagskriterien herangezogen und nach einem festgelegten Zuschlagssystem gewichtet werden. Die Bewertung nach den Subkriterien "Schildvortrieb", "Tunnel offene Bauweise", "Planung eines Straßentunnels", "UVP" und "Tübbingausbau und Querschläge" erfolge anhand von Referenzen der jeweiligen Bieter und haben diese gemäß Punkt 1,305.2.1 der Ausschreibung maximal sechs Referenzprojekte anzugeben, bei denen die Auftragserteilung erst ab dem 1.9.1995 erfolgt sein dürfe und zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe abgeschlossen oder bereits mindestens ein Jahr beauftragt oder bearbeitet sein müssen. Die einzelnen Referenzprojekte müssen überdies dem unter Punkt 1,305.2.2 der Ausschreibungsunterlagen genannten Schlüsselpersonal des jeweiligen Bieters (Projektleiter, Projektleiter Stellvertreter 1 und Projektleiter Stellvertreter 2) zugeordnet werden können und bei den Referenzen ebenfalls als Schlüsselpersonal tätig geworden sein. Beim Subkriterium 1 "Planung eines Straßentunnels" werde ein Referenzprojekt betreffend eine "A-, S- oder ehemalige B-Straße" gefordert, 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 zu legen, 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 Querschläge) im Auftrag des ausführenden Unternehmens durch das Bietergemeinschaftsmitglied F*** erfolgt. Beim angeführten Referenzprojekt seien ebenfalls umfangreiche Unterlagen im Hinblick auf die erbrachten Leistungen vorgelegt worden. Die Auftraggeberin habe eine eingehende Sichtung und Prüfung vorgenommen und finde die betreffende Punktevergabe daher vollinhaltliche Deckung in den Vergabeunterlagen.

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.

Der Auftraggeber habe umfangreich geprüft und seien mit Schreiben vom 16.6.2006 exakte Darlegungen der erbrachten Leistungen übermittelt worden. Entgegen den Ausführungen der Bietergemeinschaft H***-I*** und der Bietergemeinschaft A***-B***-C*** sei die konkrete Punktevergabe somit ausschreibungskonform erfolgt.

Beim Subkriterium 5 "Planung eines Tunnels mit Tübbingausbau und Querschlägen" seien nur Referenzen mit einem Außendurchmesser von 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. Die abgefragten Themenbereiche seien in den Ausschreibungsunterlagen mittels einer Tabelle dargestellt:

Themenbereich	Gewichtung
1 Organisation Ihrer Dienstleistung, Personaleinsatz und Erfahrung des Projektteams in Zusammenhang mit den gestellten Aufgaben sowie Abstimmung mit anderen Planern und sonstigen Projektbeteiligten	0,4
2 Projektumsetzung laut "Aufgabenbeschreibung/ Leistungsbeschreibung"	0,2
3 Kenntnis der projektspezifischen, europäischen und innerstaatlichen Rechts- und Behördenstruktur im Zusammenhang mit dem gegenständlichen Projekt sowie Management der Ergebnisse der UVP und sonstiger erforderlicher Rechtsverfahren	0,2
4 Kenntnis des gegenständlichen Planungsraumes und der betroffenen Personen, Interessensvertreter, etc. (Lösungsansätze für projektspezifische Problemstellungen)	0,2

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 Punktzahl 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 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*** 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*** 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.

Zum Zuschlagskriterium 1 - Referenz Hai Van Pass sei auszuführen, dass die präsumtive Bestbieterin bereits in der ersten Stufe des Vergabeverfahrens dieses Projekt bekannt gegeben und im Rahmen der "Selbstdeklaration" dieses Referenzprojekt beim Sub-Kriterium "Planungstiefe" lediglich mit 25 Punkten bewertet habe und demnach nur ein Bauprojekt ohne Einreichprojekt als bewertungsfähig vorgeschlagen worden sei. Der Auftraggeber habe dieses Referenzprojekt in der ersten Stufe dann nur mit 20 Punkten anerkannt und damit deutlich geringer als die präsumtive Bestbieterin selbst bewertet. In den Teilnahmeunterlagen für die erste Stufe sei das Sub-Kriterium "Planungstiefe" wie folgt definiert gewesen:

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 ergebe sich, dass beim Referenzprojekt "Hai Van Pass" lediglich die Ausschreibungsplanung erbracht worden sei und obwohl diese gar nicht zu bewerten gewesen sei, habe der Auftraggeber dennoch 20 Punkte vergeben. Damit sei die gewertete "Ausschreibungsplanung" mit der in den Teilnahmeunterlagen geforderten "Ausführungsplanung" gleichgesetzt und damit eine in den Ausschreibungsunterlagen nicht vorgesehene Bewertung vollzogen worden. In der zweiten Stufe habe dasselbe Referenzprojekt bei der "Planungsphase" plötzlich die volle Punktezahl erreicht, somit habe der Auftraggeber dieses Referenzprojekt sowohl als Einreichprojekt als auch als Bauprojekt, bestehend aus den Planungsphasen Ausschreibungsplanung und Ausführungsplanung, anerkannt. Diese inhaltliche Aufwertung sei objektiv nicht nachvollziehbar und bestätigt monierten Mängel bei der Bestbieterermittlung. Darüber hinaus sei das vietnamesische Referenzprojekt mit weniger Punkte zu bewerten, weil dabei keinesfalls die hohen Qualitätsanforderungen an die Planungsleistungen entsprechend der verbindliche Dienstanweisung zur Erarbeitung und Vorlage von Bundesstraßenprojekten (des BMVIT) erfüllt worden seien. Dies bestätige auch der Auftraggeber ausdrücklich in Punkt 3.2 seiner Stellungnahme vom 19.2.2007, wo ausgeführt werde, dass "eine direkte Vergleichbarkeit der Projektierungsdienstanweisung des österreichischen Bundesministeriums mit den Vorgaben der - im gegenständlichen Fall - vietnamesischen Behörde [...] naturgemäß nicht gegeben" sei. Dennoch sei das vietnamesische Projekt mit einem Projekt innerhalb des EWR gleichgesetzt worden, obwohl bei anderen Vergabeverfahren Referenzprojekte außerhalb des EWR gegenüber Referenzprojekten innerhalb des EWR regelmäßig geringer bewertet worden seien, beispielsweise das Vergabeverfahren "A23 Autobahn Süd-Ost-Tangente Wien - Spange Flugfeld Aspang - Abschnitt Knoten Hirschstätten - Knoten Raasdorf - Tunnelplanung in der Planungsphase Vorprojekt". Die bekämpfte Zuschlagsentscheidung sei daher vergaberechtswidrig, da nicht der Faktor 1, sondern nur der Faktor 0,25 zu vergeben und damit die präsumtive Bestbieterin nicht mit 4,75 Punkte, sondern nur mit 1,1875 Punkte zu bewerten gewesen sei. Die Differenz betrage demnach 3,5625, die die präsumtive Bestbieterin zu viel erhalten habe.

Zum Zuschlagskriterium 3 - Referenz Tunnel Rannersdorf sei auszuführen, dass der für dieses Referenzprojekt die volle Punktezahl vergeben und insbesondere auch das Sub-Kriterium "Planungsphase" mit der vollen Punktezahl bewertet habe. Auf Grund der Verbindlicherklärung der BMVIT - Projektierungsdienstanweisung seien auch die Sub-Kriterien nach den Definitionen dieser Dienstanweisung auszulegen und zu bewerten. Nur wenn daher bei einem Referenzprojekt solche Planungsleistungen erbracht würden, die inhaltlich den Anforderungen der Projektierungsdienstanweisung entsprechen, können die in Teil A-1 der Ausschreibungsunterlagen festgelegten Punkte vergeben werden. Im vorliegenden Fall habe jedoch die präsumtive Bestbieterin beim Referenzprojekt "Tunnel Rannersdorf" gerade nicht jene Planungsinhalte vollständig erbracht, die erforderlich gewesen wären, um die volle Punktezahl zu erlangen:

aufgrund der funktionalen Leistungsbeschreibung stehe fest, dass der Auftragnehmer keinesfalls eine vollständige Ausschreibungsplanung im Sinne der Projektierungsdienstanweisung erbracht habe, wesentliche wie Baubeschreibung, Prüfbuch, Gutachten, (Detail-) Leistungsverzeichnis und insbesondere detaillierte Planunterlagen seien nämlich aufgrund der bloß funktionalen Leistungsbeschreibung zwangsläufig nicht verfasst und daher auch nicht im Rahmen eines Referenzprojektes erbracht worden. Die Höchstpunktezahl sei nicht zu vergeben gewesen, da auf Grund der funktionalen Ausschreibung das Referenzprojekt "Tunnel Rannersdorf" gerade nicht eine Ausschreibungsplanung umfasse, sodass keinesfalls die Höchstpunktezahl zu vergeben war. Darüber hinaus habe das IB G*** für den "Tunnel Rannersdorf" den gesamten Vorentwurf und die vollständige Einreichplanung erstellt. Die Ausführung dieses Bauvorhabens sei an eine ARGE vergeben worden, die nicht diese patentrechtlich geschützte Baumethode angeboten habe, vielmehr eine alternative Baumethode, mit der sie dann auch beauftragt worden sei. Daher sei eine Änderung der bereits vom IB G*** verfassten Einreichplanung erforderlich gewesen und sich diese Änderung ausschließlich auf den wasserrechtlichen Teil und damit auf einen geringen Teilbereich der gesamten Einreichplanung bezogen habe. Das IB D*** Ziviltechnikerges.m.b.H. sei daher ausschließlich mit dieser Änderung der wasserrechtlichen Einreichplanung beauftragt worden. Entscheidend sei aber, dass zu einem solchen Zeitpunkt (nach

Zuschlag an das bauausführende Unternehmen) keine vollständige Einreichplanungen oder Vorentwürfe im Sinne der "Dienststanweisung zur Erarbeitung und Vorlage von Bundesstraßenprojekten (Projektierungsdienststanweisung)" mehr erstellt werden dürfen, vielmehr haben bereits alle Planungs- und Bewilligungsgrundlagen gemäß Bundesstraßengesetz vorzuliegen, da sonst eine Ausschreibung und damit eine Beauftragung des Bauunternehmens nicht möglich sei. Auf Grund der geänderten Herstellungsmethode sei daher lediglich vor Baubeginn eine abgeänderte wasserrechtliche Einreichplanung ausschließlich für die geänderten Bauhilfsmaßnahmen zu erstellen gewesen, ein solches abgeändertes wasserrechtliches Einreichprojekt für Bauhilfsmaßnahmen entspreche 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 "Projektierungsdienststanweisung". Mit dem Referenzprojekt "Tunnel Rannersdorf" sei daher von der präsumtiven Bestbieterin lediglich die Planungsphase "BP (AF-PL)" (Bauprojekt - Ausführungsplanung) erbracht worden, sodass dafür nur ein Faktor von 0,35 vergeben hätte werden dürfen und nicht 1,00. Damit sei die präsumtive Bestbieterin für dieses Referenzprojekt nicht mit 15 Punkten, sondern nur mit 5,25 Punkten zu bewerten gewesen. Die Differenz betrage demnach 9,75, die die präsumtive Bestbieterin zu viel erhalten habe, sodass die präsumtive Bestbieterin lediglich 81,58 Punkte habe erreichen können. Damit liege die präsumtive Bestbieterin mit ihrer tatsächlich erreichten Punktezahl bei Weitem hinter der Gesamt-Punktezahl von 88,35 und sei die Zuschlagsentscheidung vergaberechtswidrig.

Zum Zuschlagskriterium 2 - Referenz Wientalsammelkanal werde vorgebracht, dass der Auftraggeber dieses Referenzprojekt beim Sub-Kriterium "Planungsphase" den Faktor 0,35 bewertet habe, nach den Festlegungen auf Seite 22 des Teiles A-1 der Ausschreibungsunterlagen dafür aber erforderlich sei, dass eine vollständige Ausführungsplanung im Hinblick auf ein gesamtes Tunnelprojekt mit Schildvortrieb erbracht worden sei. Eine vollständige Ausführungsplanung, die ein gesamtes Tunnelprojekt umfasse, habe jedoch die präsumtive Bestbieterin beim Referenzprojekt "Wientalsammelkanal" nicht erbracht. Da die IB C*** Ziviltechnikergesellschaft mbH beim Projekt Wientalsammelkanal maßgeblich mitgearbeitet habe, können die von den einzelnen Büros erbrachten Leistungen exakt benannt werden: HOB-I:Planung des Gesamtprojektes erfolgte durch IB C***; HOB-S:Planung der Schächte erfolgte durch IB C***; HOB-S:Planung der Tunnelschale erfolgte durch die bauausführende ARGE und wurde teilweise an die F*** im Hinblick auf die Einbindung der Querschlüge und Tübbinge weitergegeben.

Es stehe daher fest, dass die präsumtive Bestbieterin keinesfalls die vollständige Ausführungsplanung erbracht haben könne, Vielmehr sei von der präsumtiven Bestbieterin ausschließlich die statisch konstruktive Planung der Tübbingschale erbracht worden. Da diese statisch konstruktive Planung lediglich ein geringer Teil der gesamten Ausführungsplanung sei, habe der Auftraggeber nicht den Faktor 0,35 vergeben dürfen. Insbesondere, da die F*** ihre Beteiligung bei diesem Referenzprojekt in diesem geringen Umfang nicht bestreite, zumal im international renommierten Journal "Tunnels & Tunnelling International", Ausgabe Jänner 2007, die Projektbeteiligung ausdrücklich nur mit "Detailed design of inner lining" beschrieben worden sei. Daher habe der Auftraggeber den Faktor 0,35 nicht vergeben dürfen, vielmehr führe aufgrund der vorgegebenen streng mathematischen Berechnungsmethode (jeweils Multiplikationen) dies dazu, dass dieses Referenzprojekt Null Punkte erhalten müsse. Die Differenz betrage 4,893. Diese Punkte habe die präsumtive Bestbieterin zu viel erhalten und liege diese mit ihrer tatsächlich erreichten Punktezahl deutlich hinter der Gesamt-Punktezahl von 88,35 der Antragstellerin.

Zum Zuschlagskriterium 5 - Referenz Wientalsammelkanal sei auszuführen, dass der Auftraggeber 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 aber erforderlich, dass eine vollständige Ausführungsplanung im Hinblick auf ein gesamtes Tunnelprojekt mit Schildvortrieb erbracht worden sei. Aufgrund der vorgegebenen streng mathematischen Berechnungsmethode sei dieses Referenzprojekt mit Null Punkte zu bewerten gewesen. Die Differenz betrage 2,80 die die präsumtive Bestbieterin zu viel erhalten habe und lediglich 83,637 Punkte habe erreichen dürfen. Damit liege die präsumtive Bestbieterin mit der tatsächlich erreichten Punktezahl bei Weitem hinter Gesamtpunktezahl der Antragstellerin von 88,35. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin bestritt mit Schriftsatz vom 13.3.2007 das Vorbringen der Antragstellerin und führte im Wesentlichen aus, dass bei der Referenz "Strassentunnel Hai Van Pass" nachweislich sowohl die Einreichplanung als auch das Bauprojekt erbracht worden sei, ebenso bei der Referenz "Tunnel Rannersdorf" und auch bei der Referenz "Wientalsammelkanal" sei die vollständige Ausführungsplanung der Tunnelröhre unter Berücksichtigung der Querschlüge und der Anschlüsse

zwischen den Schächten und dem Tunnel erstellt worden. Die Punktebewertung sei daher vom Auftraggeber vergaberechtskonform durchgeführt und zu Recht für den Zuschlag in Betracht gezogen worden. 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 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). 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).

Zur Bewertung des Referenzprojektes "Dublin Port Tunnel" in der 2. Stufe sei auszuführen, dass im Punkt 1.305.2.2 der Ausschreibungsunterlagen (Stufe 2) festgehalten sei, dass nur Referenzprojekte mit einer Auftragserteilung bzw. einem Auftragsbeginn ab dem 01.09.1995 gewertet würden. Referenzprojekte, die davor beauftragt wurden, würden nicht anerkannt. Aus der Beilage der Antragstellerin zum Angebot gehe aber hervor, dass das Referenzprojekt "Dublin Port Tunnel" schon im August 1995 beauftragt worden und daher mit 0 Punkten zu bewerten sei.

Die Gesamtpunktezahl der Antragstellerin reduziere sich daher auf 72,45 Punkte. Die Differenz zwischen der von der präsumtiven Bestbieterin erreichten Gesamtpunktezahl (91,33 Punkte) und der Gesamtpunktezahl der Antragstellerin betrage 18,88 Punkte, sodass das Angebot der Antragstellerin bei richtiger Bewertung somit in der Bieterreihung an letzter Stelle liege. Selbst wenn die von der Antragstellerin bekämpfte Punktebewertung falsch sei - was ausdrücklich bestritten werde - könne dies keinen Einfluss auf die Bieterreihung haben. Der Antragstellerin mangle es daher an der Antragslegitimation gemäß § 320 Abs 2 Z 2 BVergG 2006, daher sei die Zuschlagsentscheidung zugunsten der BG D*** - E*** - F*** zu Recht getroffen worden. Die Gesamtpunktezahl der Antragstellerin reduziere sich daher auf 72,45 Punkte. Die Differenz zwischen der von der präsumtiven Bestbieterin erreichten Gesamtpunktezahl (91,33 Punkte) und der Gesamtpunktezahl der Antragstellerin betrage 18,88 Punkte, sodass das Angebot der Antragstellerin bei richtiger Bewertung somit in der Bieterreihung an letzter Stelle liege. Selbst wenn die von der Antragstellerin bekämpfte Punktebewertung falsch sei - was ausdrücklich bestritten werde - könne dies keinen Einfluss auf die Bieterreihung haben. Der Antragstellerin mangle es daher an der Antragslegitimation gemäß Paragraph 320, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006, daher sei die Zuschlagsentscheidung zugunsten der BG D*** - E*** - F*** zu Recht getroffen worden.

Zusätzlich habe es nach Öffnung der 2. Stufe weitere Aufklärungsersuchen an die BG D*** - E*** - F*** gegeben, insbesondere bezüglich der internationalen Referenzen. Nach einer sehr eingehenden Prüfung der zahlreichen übermittelten Unterlagen habe der Auftraggeber vor allem die technische Gleichwertigkeit dieser internationalen Referenz bestätigt. Die Kenntnis der österreichischen Rechtslage in Bezug auf UVP-Verfahren werde in einem eigenen Referenzprojekt abgefragt, bei dem die präsumtive Bestbieterin die volle Punktezahl erreicht habe.

Zum Zuschlagskriterium 1 "Planung eines Straßentunnels" sei auszuführen, dass die Antragstellerin nur sehr allgemeine Angaben mache. Betrachte man das Umweltverträglichkeitsgesetz (UVP-G), übersehe die Antragstellerin, dass mit dem Umweltverträglichkeitsgesetz zwar eine europäische Richtlinie umgesetzt worden sei, die Umsetzung dieser Richtlinie in nationales Recht in den EU-Mitgliedsstaaten jedoch sehr unterschiedlich gestaltet sei. Die entsprechende EU-UVP-Richtlinie (Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften 85/337/EWG über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten vom 27. Juni 1985, ABl. Nr. L 175/40 vom 5. Juli 1985, zuletzt geändert durch die Richtlinie 2003/35/EG vom 26. Mai 2003, ABl. Nr. L 156/17 vom 25. Juni 2003) lasse es den Mitgliedsstaaten weitgehend frei, wo im nationalen Rechtssystem bzw. Planungssystem die UVP angesetzt werde. So sei in Österreich eine vom Projektwerber ausgewählte Trasse Grundlage des Umweltverträglichkeitsprüfungsverfahrens. Diese ausgewählte Trasse müsse daher einen hohen Detaillierungsgrad aufweisen, um sämtliche Fragestellungen des Prüfungsverfahrens abdecken zu können. In den meisten europäischen Ländern sei jedoch der Variantenauswahlprozess bereits Bestandteil des UVP-Verfahrens - zB Deutschland, wo das Umweltverträglichkeitsprüfungsverfahren bereits im Variantenvergleich mit einer sog. Umweltverträglichkeitsstudie (UVS) beginne. Erst nach Auswahl einer Variante werde dann ein sog. Planfeststellungsverfahren durchgeführt. Dieses sei mit unserem nationalen UVP-Verfahren vergleichbar. Somit ergeben sich auch innerhalb der EU-Staaten unterschiedliche Interpretations- bzw. Anwendungsansätze bei der Umsetzung der europäischen UVP-Richtlinie und damit auch zwangsläufig unterschiedliche Planungstiefen als Beurteilungsgrundlagen.

Es sei grundsätzlich richtig, dass die Verfahrensabläufe bei der Umsetzung von Großprojekten eng mit nationalen Gesetzen verbunden seien. Die technischen Inhalte solcher Planungen (und nur diese sind gemäß den Ausschreibungsunterlagen bei der Bewertung zu berücksichtigen) seien weltweit grundsätzlich die gleichen. Aus den vorliegenden Referenzunterlagen der am Vergabeverfahren beteiligten Bieter werde dies bestätigt, als alle Bieter auch über solche internationale Referenzen verfügen und diese auch im Rahmen der Ausschreibung angeführt haben, etwa der von der BG A**-B***-C*** angeführte Tunnel Visnove in der Slowakei - demnach auch im EU Ausland da Bearbeitungszeitraum lt. Referenzblatt 1997 bis 2002.

Als Planungsphasen seien zu werten gewesen 1) Vorentwurf + Ausschreibungsplanung: Für das gegenständliche Projekt sei im Zuge der funktionalen Ausschreibung ein Alternativentwurf erstellt worden. Dabei sei es bedingt durch ein zum ursprünglichen Ausschreibungsprojekt komplett unterschiedliches Bauverfahren auch zur Abänderung vieler Rahmenbedingungen gekommen. Im ursprünglichen Ausschreibungsprojekt sei die Methode des Senkkastens vorgesehen gewesen. Vom Büro D*** sei in Beauftragung durch die STRABAG ein alternativer Lösungsvorschlag entworfen worden, der allen in der Ausschreibung geforderten Voraussetzungen entsprochen habe. Auch sei die wasserrechtliche Genehmigungsfähigkeit Grundlage für die Beauftragung des Alternativentwurfes, vom Büro D*** sei nachweislich das wasserrechtliche Einreichoperat vollständig erstellt worden. Um auf der Grundlage dieses Vorentwurfs auch ein wirtschaftlich sinnvolles Angebot legen zu können, sei vom Büro D*** auch die Ausschreibungsplanung im Auftrag der STRABAG durchgeführt worden.

1. 2) Ziffer 2

Bauprojekt: Nach Beauftragung des Alternativentwurfs habe das Büro D*** die Ausführungsplanung abgewickelt. In diesem Zusammenhang sei auf das Aufklärungsschreiben der Bietergemeinschaft D*** - E*** - F*** vom 16.06.2006 zu verweisen. Der Argumentation der ergänzenden Stellungnahme der Antragstellerin sei insofern zu widersprochen, als niemals eine Wertung des Einreichprojektes, sondern immer eine Wertung des Vorentwurfs vorgesehen worden sei.

Zum Zuschlagskriterium 2 "Planung eines Tunnels mit Schildvortrieb" sei zum Referenzprojekt "Wiental Kanal Sammler (WSKE)" auszuführen, dass der Leistungsumfang des Büros F*** im Zuge der Planung des Wientalkanalsammlers die Phase der Ausführungsplanung umfasst habe. In dieser Phase seien für die Planung eines Tunnels mit Schildvortrieb neben der Planung der Tübbingschale inklusive der notwendigen Nachweise keine weiteren Planungsleistungen notwendig. Sollte der zu planende Tunnel jedoch nicht an einer Bergflanke ansetzen, seien möglicherweise weitere - nicht der Planungsleistung "Planung eines Tunnels" zurechenbare Nebenplanungsleistungen wie zum Beispiel die Planung von Baugruben bzw. Schächten zu erbringen. Diese seien richtigerweise im gegenständlichen Projekt nicht von der F*** ausgeführt worden, die Erfahrung in der Planung einer Baugrube bzw. eines Schachtes sei aber für das

gegenständliche Referenzkriterium Planung eines Tunnels" nicht relevant. Zudem unterliege es jedenfalls dem Auftraggeber, in den Ausschreibungsunterlagen die Referenzen dahingehend festzulegen, dass der danach ermittelte Bestbieter eine einwandfreie Ausführung der Arbeiten gewährleisten könne.

Zum Zuschlagskriterium 5 "Planung eines Tunnels mit Tübbingausbau und Querschlägen" werde vorgebracht, dass der präsumtiven Bestbieterin für den Kriterienfaktor Röhren lediglich 0,80 gewertet worden seien und für die Planungsphase wiederum nur die Ausführungsplanung. Damit ergeben sich statt der maximal zu erreichenden 100 Punkte ungewichtet nun 28 Punkte ungewichtet, womit die verminderten Planungsleistungen ausreichend berücksichtigt worden seien.

In der am 14.3.2007 vor dem Bundesvergabeamt durchgeführten mündlichen Verhandlung führte die Antragstellerin zur Frage der vom Auftraggeber im Zuge des Nachprüfungsverfahrens aufgeworfenen Frage der Antragslegitimation aus, dass niemals erklärt worden sei, das Referenzprojekt "Dublin" sei von der A*** Wien ZT GmbH erbracht worden. Die Bezeichnung "A***" stehe für die handelsrechtliche Bezeichnung A*** ZT GmbH mit Sitz in Salzburg. Dies sei dem Auftraggeber aus zahlreichen Projekten bekannt. Der Firmenstempel auf Seite 2 der vorgelegten Beilage sei deshalb angeführt, weil die A*** Wien ZT GmbH Mitglied der antragstellenden Bietergemeinschaft sei und Dr. J*** als Projektleiter das Projekt "Dublin Port Tunnel" geleitet habe, er mittlerweile GF der A*** Wien ZT GmbH sei und eben dieses Projekt betreut habe. Darüber hinaus sei das Vorbringen des Auftraggebers insofern nicht rechtserheblich, als die A*** Salzburg zu Recht als Subunternehmer mit diesem Referenzprojekt benannt worden und dieses zu Recht der antragstellenden Bietergemeinschaft zuzurechnen sei. Zu dem sei dieses Referenzprojekt schon öfter bei Auftragsvergaben der ASFINAG namhaft gemacht und nie beanstandet worden. Es liege daher kein unbehebbarer Mangel vor, der zur Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin führen könne. Allenfalls handle es sich um eine aufklärungsbedürftige Unklarheit, dessen Behebung in der ersten Stufe des Verfahrens hätte stattfinden müssen und zu keiner Verbesserung der Wettbewerbsstellung der Antragstellerin iSd Rsp des VwGH führe.

Der Auftraggeber bestritt das Vorbringen und führte aus, dass die A***-Gruppe aus 1.) aus A*** Wien ZT GmbH 2.) der A*** ZT Salzburg und 3.) die A*** Holding GmbH bestehe und bei der Angabe der Bezeichnung Aa*** nicht automatisch auf die Bezeichnung der A*** Salzburg geschlossen werden könne. Bei den Eignungskriterien handelt es sich um unternehmensbezogene Kriterien, weshalb es unerheblich sei, welcher der Mitarbeiter die Leistungen tatsächlich ausgeführt habe. Auf der Beilage 1 finde sich kein Hinweis, wonach Herr J*** als Auskunftsperson hervorgehe. Richtig sei, dass es sich bei der A*** Wien ZT GmbH und der A*** Salzburg um zwei juristische Personen handle. Branchenüblich und bekannt sei, dass bei Nennung der A*** damit nur die Salzburger Gesellschaft gemeint sei, werde jedoch von der Wiener Gesellschaft gesprochen, heiße diese A*** Wien ZT GmbH. Im Referenzblatt sei nicht nur die Abkürzung Aa*** ersichtlich, sondern vielmehr der ausgeschriebene Wortlaut A***.

Zum Referenzprojekt "Dublin Port Tunnel" der A*** ZT GmbH befragt, wurde angegeben, dass dieses im Herbst 1995 begonnen worden sei. Im August 1995 sei nur ein Letter of Intent zugestellt worden. Im Anschluss daran seien die Vorbereitungen getroffen worden, der Bearbeitungsbeginn sei Anfang September 1995 gewesen und im November 1995 sei der Vertrag unterzeichnet worden. Auf Hinweis zu den Ausschreibungsbestimmungen Teil 4 Seite 3, es würden nur Referenzprojekte mit einer Auftragserteilung bzw. einem Auftragsbeginn ab dem 1.9.1995 gewertet, führte die Antragstellerin aus, dass es sich hierbei um eine Unklarheit handle, die nach den Auslegungsgrundsätzen der §§ 914, 915 ABGB nicht zum Nachteil der Bieter ausgelegt werden dürfe, sodass der Arbeitsbeginn im September 1995 diesem Referenzzeitraum entspreche. Zum Referenzprojekt "Dublin Port Tunnel" der A*** ZT GmbH befragt, wurde angegeben, dass dieses im Herbst 1995 begonnen worden sei. Im August 1995 sei nur ein Letter of Intent zugestellt worden. Im Anschluss daran seien die Vorbereitungen getroffen worden, der Bearbeitungsbeginn sei Anfang September 1995 gewesen und im November 1995 sei der Vertrag unterzeichnet worden. Auf Hinweis zu den Ausschreibungsbestimmungen Teil 4 Seite 3, es würden nur Referenzprojekte mit einer Auftragserteilung bzw. einem Auftragsbeginn ab dem 1.9.1995 gewertet, führte die Antragstellerin aus, dass es sich hierbei um eine Unklarheit handle, die nach den Auslegungsgrundsätzen der Paragraphen 914, 915, ABGB nicht zum Nachteil der Bieter ausgelegt werden dürfe, sodass der Arbeitsbeginn im September 1995 diesem Referenzzeitraum entspreche.

Im Hinblick darauf, dass in den Ausschreibungsunterlagen seitens der Antragstellerin widersprüchliche Angaben zum Referenzprojekt "Dublin Port Tunnel" gemacht worden sind - einmal Oktober 1995 als Auftragsbeginn, einmal September 1995, sowie August 1995 - hat der Senat einstimmig die Vertagung der Verhandlung auf voraussichtlich 3.4.2007 beschlossen und die Antragstellerin aufgefordert, den diesbezüglichen Vergabeakt, der sich nach Angaben

der Antragstellerin in Irland befindet, sowie den Letter of Intent und sämtliche damit im Zusammenhang stehende Beauftragungsschreiben dem Bundesvergabeamt bis zum 26.3.2007, 10.00 Uhr vorzulegen.

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 "K" 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. Zudem sei ein Ausschluss nur bei Vorliegen wiederholter Falschangaben gemäß BVA-Bescheid vom 11.6.2002, N-128/01-102 = ZVB 2002/80,197).

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 unbehebbarer Mängeln ist darauf abzustellen, ob durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbieter 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 präsumtiven 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 präsumtive Bestbieterin die Möglichkeit, ihre materielle Wettbewerbsposition zu verbessern. Gerade dies verletze die Vorgaben des VwGH. Die gesamten Aufklärungen, die die präsumtive 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 präsumtiven 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 präsumtive 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 präsumtive 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 auf das Referenzprojekt Tunnel Rannersdorf bestätige auch der Auftraggeber in Punkt 3.3 letzter Absatz der Stellungnahme vom 19.2.2007, dass die präsumtive 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 präsumtive Bestbieterin klar hinter der von der Antragstellerin erreichten Punktezahl, sodass die Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären sei.

Dies gilt insbesondere auch deshalb, weil das BVA nach ständiger Spruchpraxis nicht zur Durchführung einer hypothetischen Bestbieterermittlung anstelle des Auftraggebers zuständig sei und dies mit Bescheid vom 31.8.2006, N/0062-BVA/12/2006-22, N/0063-BVA/12/2006-19 ausdrücklich bestätigt habe. Es stehe daher fest, dass die Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären ist, weil das BVA keinesfalls zuständig ist, die Bestbieterermittlung für die Auftraggeberin durchzuführen. Dies auch für den Fall, dass das Referenzprojekt "Dublin Port Tunnel" wegen Überschreitens des zulässigen Referenzzeitraumes nicht bewertet werden dürfe.

Zum Referenzprojekt "Dublin Port Tunnel" werde vorgebracht, dass dieses jedenfalls den festgelegten Referenzzeitraum erfülle, da in Punkt 1,305.2.1 Teil A-1 der Ausschreibungsunterlagen festgelegt sei "Es werden nur Referenzprojekte mit einer Auftragserteilung bzw einem Auftragsbeginn ab dem 01.09.1995 gewertet. Referenzprojekt, die davor beauftragt wurden, werden nicht anerkannt."

Unabhängig vom noch zu erbringenden Nachweis sei jedoch das Referenzprojekt auch aus folgenden Gründen jedenfalls eine gültige Referenz: das Projekt, dessen Auftragsbeginn mit September 1995 erfolgt sei, beinhalte eine Tunnelstrecke mit einer Länge von rund 2,8 km. Für dieses Projekt haben ein Joint Venture - bestehend aus A*** ZT GmbH und L*** - ein Vorprojekt, eine komplette Einreichplanung und die Unterlagen für die Umweltverträglichkeitsprüfung (blue EIS, blaue Umweltverträglichkeitserklärung) erstellt. Diese Projektphasen seien detailliert im Referenzblatt 1.1 angeführt ("Nov 1995 Vorprojekt, Feb 1996 Generelles Proj, Aug. 1997 1.Einr"). Dazu seien auch entsprechende geologische Untersuchungen und Verkehrsstudien durchgeführt worden. Im Zuge der "public consultation" kam es zu maßgeblichen Widerständen gegen die gewählte Portalsituation am Nordportal. Der Versuch, dieses Projekt 1997 vom "dublin city council" genehmigen zu lassen, sei gescheitert und mit dem Auftrag für weitere Studien zurückgewiesen worden. Von Herbst 1996 bis zum Sommer 1997 seien weitere Studien ("supplementary studies") über Linienführung des Tunnels, Portalsoptionen und andere Detailfragen durchgeführt worden. Ein geändertes Vorprojekt mit einer geänderten Tunnellänge von 4,6 km sei im Herbst 1997 wiederum dem

Stadtparlament zur Berücksichtigung im "development plan", ähnlich unserem Flächenwidmungsplan, vorgelegt worden. Dieses Vorprojekt habe den notwendigen Mehrheitsbeschluss erhalten. Im Frühjahr 1998 sei daher das Joint Venture mit der Erstellung der entsprechenden Einreichunterlagen für die neuerliche, komplette Einreichung des nunmehr wesentlich geänderten Projektes beauftragt worden. Zusätzliche geologische Untersuchungen, Verkehrsstudien für mautpflichtige und nicht mautpflichtige Verkehrsszenarien sowie alle für die Umweltverträglichkeit geänderten Planungsgrundlagen seien für den nunmehr 4,6 km langen Tunnelabschnitt zu berücksichtigen. Auch diese Planungsphase sei am Referenzblatt 1.1 mit "Aug 1998

1. 2.Ziffer 2

Einr." korrekt vermerkt. Anschließend an die Erstellung der Einreichunterlagen für die Umweltverträglichkeitsprüfung sei nach weiteren "public consultations" die "public inquiry" (die Umweltverträglichkeitsprüfung im Zuge einer mehrwöchigen Gerichtsverhandlung ähnlich) abgehalten worden, bei der Herr Dr. J*** als Projektleiter für die Planung fungiert habe und mehrfach zur Befragung in den Zeugenstand gerufen worden sei. Parallel zur "public inquiry" sei bereits mit der Ausschreibungsplanung begonnen worden, die im Spätherbst 1999 nach einem Präqualifikationsverfahren an die Bieter ausgesandt worden seien. Auch dies sei auf dem Referenzblatt

1.1 von der Antragstellerin korrekt vermerkt. Nach umfangreichen Prüfungen der Angebote sei im Dezember 2000 der Zuschlag erfolgt. Bis zum Sommer 2001 habe die A*** ZT GmbH eine Wohnmöglichkeit in Dublin permanent angemietet. Die Ausführungsplanung sei durch das beauftragte bauausführende Bau-Konsortium erbracht worden, das Joint Venture habe über die gesamte Vertragsdauer einen Beraterauftrag erhalten. Der Auftragsbeginn und die zivilrechtliche Beauftragung für das Referenzprojekt "Dublin Port Tunnel" sei jeweils nach dem 1.9.1995 erfolgt. Letztlich sei dies jedoch aufgrund der Angaben im Referenzblatt 1.1 unseres Angebotes ("Aug 1998 (2. Einr. EIS)" und "Okt 1998 Ausschreibungsprojekt") unerheblich. Inhaltlich sei die Antragstellerin nämlich 1998 mit einem völlig neuen Projekt beauftragt worden, das alle inhaltlichen Anforderungen des ursprünglichen Projektes und der Ausschreibungsunterlagen erfülle, dessen Auftragserteilung und Auftragsbeginn aber völlig unbestreitbar innerhalb des definierten Referenzzeitraumes liegen. Auch diese Beauftragung sei durch die Dublin Corporation vorgenommen worden, die schon für den vorangegangenen Bearbeitungsteil als Auftraggeber fungiert habe. Darüber hinaus sei eine derart detaillierte Differenzierung in bisherigen Vergabeverfahren der Auftraggeberin nicht erforderlich gewesen. Hätte der Auftraggeber im Rahmen der gebotenen Angebotsprüfung um Aufklärung ersucht, wäre dies ohne jedes Problem darzulegen gewesen.

Die Antragstellerin legte mit Schriftsatz vom 26.3.2007 als Nachweise zur Bestätigung darüber, dass die Beauftragung des Referenzprojektes "Dublin Port Tunnel" nicht vor dem 1.9.1995 erfolgt sei vor 1) Referenzbestätigung des Dublin City Council vom 23.3.2007 sowie 2) Letter of Intent vom 2.8.1995 und ein Schreiben der Dublin Corporation vom 29.8.1995 und führte ergänzend aus, dass der zivilrechtliche Auftraggeber des Referenzprojektes "Dublin Port Tunnel" die National Roads Authority (NRA) gewesen sei, 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 beiliegende Referenzschreiben vom 23.3.2007. Dieses Schreiben sei ausgestellt von Herrn M*** in seiner Funktion als stellvertretender Baudirektor der Stadt Dublin. Darüber hinaus sei Herr M*** der verantwortliche Projektleiter des "Dublin Port Tunnels" gewesen. Unter seiner Projektleitung seien sämtliche Planungsschritte für den "Dublin Port Tunnel" erarbeitet worden. Wesentlich für die vorliegende Angelegenheit 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 folgendes fest: Die formelle Genehmigung

durch die NRA als Auftraggeberin habe frühestens im September 1995 an uns weitergeleitet worden sein können, weil die Dublin Corporation als vergebende Stelle das Genehmigungsschreiben selbst erst am 31.8.1995 erhalten habe. Da ein zivilrechtliches Auftragsverhältnis frühestens mit Zugang einer Annahmeerklärung des Auftraggebers beim Auftragnehmer zustande komme, 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 stehen folgende für das vorliegende Nachprüfungsverfahren entscheidenden Eckpunkte des Referenzprojektes "Dublin Port Tunnel" fest: Mit dem Letter of Intent vom 2.8.1995 sei keine verbindliche Beauftragung erteilt worden, weil unter anderem die zivilrechtliche Beauftragung ausdrücklich von der formellen Genehmigung durch die NRA und dem Abschluss eines formellen Vertrages abhängig gemacht worden sei (argumentum: "subject to the signing of a formal contract with Dublin Corporation and to the approval of the National Roads Authority"). Die formelle Genehmigung durch die NRA sei intern erst mit Schreiben vom 29.8.1995 bzw 31.8.1995 erfolgt, der formelle Vertrag sei daher auch erst nach dem 31.8.1995 unterfertigt worden. Der Arbeitsbeginn aufgrund der verbindlichen Beauftragung sei mit September 1995 erfolgt. Darüber hinaus werde im Referenzschreiben vom 23.3.2007 das bereits in Punkt

3.3 der Ergänzenden Stellungnahme vom 22.3.2007 erstatteten Vorbringens bestätigt: Das Joint Venture sei 1998 mit einem völlig neuen Projekt beauftragt worden, das alle inhaltlichen Anforderungen des ursprünglichen Projektes und der Ausschreibungsunterlagen erfüllt habe, dessen Auftragserteilung und Auftragsbeginn aber völlig unbestreitbar innerhalb des definierten Referenzzeitraumes liege. Nach all dem sei 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.

Die präsumtive 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 unbeheblichen 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 präsumtiven Zuschlagsempfängerin sowie der vorgelegten Originalunterlagen und der Vorbringen der Parteien in der mündlichen Verhandlung wurde folgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Im September 2005 hat der Auftraggeber Autobahnen -und Schnellstraßen Finanzierungs - AG (ASFINAG) die Planung eines Tunnels in geschlossener und offener Bauweise mit optimiertem Vortriebsverfahren für die Phasen EP (Einreichprojekt) und BP(Bauprojekt) - Ausführungsplanung optional für die Errichtung der S1 Wiener Außenring Schnellstraße, Schwechat bis Süßenbrunn im nicht offenen zweistufigen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung als Dienstleistungsauftrag, Dienstleistungskategorie 12, CPV 74.23.22.00-6, im Oberschwelkenbereich 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. der Bekanntmachung ist festgelegt, dass die Dienstleistungserbringung einem besonderen Berufsstand vorbehalten ist und ist dabei das Ziviltechnikergesetz 1993-ZTG sowie die EWR-IngenieurkonsulentenVO BGBl. Nr. 695/1995 (in weiterer Folge: EWR-Ing-KonsVO) angeführt.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. der Bekanntmachung ist festgelegt, dass die Dienstleistungserbringung einem besonderen Berufsstand vorbehalten ist und ist dabei das Ziviltechnikergesetz 1993-ZTG sowie die EWR-IngenieurkonsulentenVO Bundesgesetzblatt Nr. 695 aus 1995, (in weiterer Folge: EWR-Ing-KonsVO) angeführt.

Als Schlusstermin für den Eingang der Teilnahmeanträge ist der 24.10.2005 festgelegt. Die Öffnung der Teilnahmeanträge erfolgte am 24.10.2005. 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 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, wobei von keinem der Bieter Einwände erhoben wurden. 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 zugewandt 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 Nichtigkeitsklage 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 als Bestbieterin der Zuschlag zu erteilen.

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

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

Mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 27.3.2007, GZ N/0011- BVA/03/2007- 24 wurde diesem Antrag stattgegeben und die Zuschlagsentscheidung für nichtig erklärt.

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.

Unter Berücksichtigung der oben genannten Übergangsbestimmungen des BVergG 2006 gelten neben dem 4. 5. und 6. Teil des BVergG 2006 daher gemäß § 16 Abs. 3 BVergG 2002 für die Vergabe solcher Aufträge darüber hinaus noch die Bestimmungen des 1. Teiles des BVergG 2002, sowie die §§ 21, 22, 24, 25, 30-32, 34, 35, 40, 41, 42, 75, 85 und 99-101 des BVergG 2002 (BVA 10.4.2006, N/0017-BVA/04-2006-EV9). Unter Berücksichtigung der oben genannten Übergangsbestimmungen des BVergG 2006 gelten neben dem 4. 5. und 6. Teil des BVergG 2006 daher gemäß Paragraph 16, Absatz 3, BVergG 2002 für die Vergabe solcher Aufträge darüber hinaus noch die Bestimmungen des 1. Teiles des BVergG 2002, sowie die Paragraphen 21, 22, 24, 25, 30 -, 32, 34, 35, 40, 41, 42, 75, 85 und 99 -, 101 des BVergG 2002 (BVA 10.4.2006, N/0017-BVA/04-2006-EV9).

Auch die übrigen Formalerfordernisse gemäß § 322 BVergG 2006 sind erfüllt. Die Anträge sind zulässig. Auch die übrigen Formalerfordernisse gemäß Paragraph 322, BVergG 2006 sind erfüllt. Die Anträge sind zulässig.

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.

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/0013-BVA/03/2007). 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/0013-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. 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

Inhaltliche Beurteilung des Antrages

Ob ein Referenzprojekt, bei dem das beauftragende Genehmigungsschreiben am 31.8.1995 bei der zuständigen irischen Behörde eingelangt ist, den Ausschreibungsbestimmungen, wonach nur Referenzprojekte mit einer Auftragserteilung bzw. einem Auftragsbeginn ab dem 1.9.1995 gewertet werden, entspricht oder selbst wenn, wie die Antragstellerin ausführt, nach Angebotsöffnung Angebotsinhalte, die mit den Zuschlagskriterien bewertet werden, gemäß Spruchpraxis der Vergabekontrollbehörde im Hinblick auf eine nachträgliche Verbesserung der materiellen Wettbewerbsstellung nicht mehr geändert werden dürfen, kann dies dahingestellt bleiben, da das Bundesvergabeamt die von einem weiteren Unternehmer angefochtene Zuschlagsentscheidung im Nachprüfungsverfahren N/0011-BVA/03/2007 mit Bescheid vom 27.3.2007, GZ N/0011-BVA/03/2007 - 24, für nichtig erklärt hat.

Gemäß § 162 Abs. 2 BVergG 2002 ist das Bundesvergabeamt bis zur Zuschlagserteilung zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hiezu ergangenen Verordnungen zuständig. Gemäß Paragraph 162, Absatz 2, BVergG 2002 ist das Bundesvergabeamt bis zur Zuschlagserteilung zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hiezu ergangenen Verordnungen zuständig.

1. 1.Ziffer eins

zur Erlassung einstweiliger Verfügungen, sowie 2. zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte.

Da das Bundesvergabeamt gemäß § 162 Abs. 2 BVergG 2002 zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte zuständig ist, aber eine solche Nichtigerklärung voraussetzt, dass eine derartige Entscheidung zum Zeitpunkt der Erlassung des Bescheids durch das Bundesvergabeamt auch existiert, so kann eine Entscheidung des Auftraggebers dann nicht mehr für nichtig erklärt werden, wenn sie nicht mehr den Rechtsbestand angehört, somit rechtlich nicht mehr existent ist (vgl. BVA 23.11.2004, GZ 07N- 104/04-19). Da das Bundesvergabeamt gemäß Paragraph 162, Absatz 2, BVergG 2002 zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte zuständig ist, aber eine solche Nichtigerklärung voraussetzt, dass eine derartige Entscheidung zum

Zeitpunkt der Erlassung des Bescheids durch das Bundesvergabeamt auch existiert, so kann eine Entscheidung des Auftraggebers dann nicht mehr für nichtig erklärt werden, wenn sie nicht mehr den Rechtsbestand angehört, somit rechtlich nicht mehr existent ist vergleiche BVA 23.11.2004, GZ 07N- 104/04-19).

Da gemäß § 163 Abs. 1 BVergG 2002 ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrags behauptet, die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit nur dann beantragen kann, wenn ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht, kommt im gegenständlichen Fall eine Nichtigklärung der beantragten Auftraggeberentscheidung aus den angeführten Gründen nicht mehr in Betracht. Da gemäß Paragraph 163, Absatz eins, BVergG 2002 ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrags behauptet, die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit nur dann beantragen kann, wenn ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht, kommt im gegenständlichen Fall eine Nichtigklärung der beantragten Auftraggeberentscheidung aus den angeführten Gründen nicht mehr in Betracht.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Über den Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren wird gesondert entschieden.

Schlagworte

Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung; fehlender Rechtsbestand, Zurückweisung;

Dokumentnummer

VERGT_20070329_N_0013_BVA_03_2007_30_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