

TE Verg Bescheid 2007/3/27 N/0011-BVA/03/2007-24

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 27.03.2007

Norm

BVergG 2002 §4 Abs1
BVergG 2002 §7 Abs1 Z2
BVergG 2002 §9
BVergG 2002 §20 Z36
BVergG 2002 §20 Z13 lita sublitbb
BVergG 2002 §21 Abs1
BVergG 2002 §38 Abs2
BVergG 2002 §67 Abs2
BVergG 2002 §91 Z1
BVergG 2002 §91 Abs1
BVergG 2002 §98
BVergG 2002 §98 Z1
BVergG 2002 §99
BVergG 2002 §162 Abs1
BVergG 2006 §318 Abs1
BVergG 2006 §318 Abs2
BVergG 2006 §318 Abs3
BVergG 2006 §319 Abs1
BVergG 2006 §319 Abs2 Z1
BVergG 2006 §319 Abs3
BVergG 2006 §320 Abs1
BVergG 2006 §320 Abs4
BVergG 2006 §322
BVergG 2006 §324 Abs3
BVergG 2006 §324 Abs4
BVergG 2006 §328 Abs1
BVergG 2006 §328 Abs2
BVergG 2006 §331 Abs1
BVergG 2006 §331 Abs2
BVergG 2006 §345 Abs1 Z1
BVergG 2006 §345 Abs2

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

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

1. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 331 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 331 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

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

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

Text

BESCHIED

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senats 3, Dr. Sibyll Huber-Matauschek und die Beisitzer Mag. Maria Muntner als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. 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 A*** bestehend aus 1) B*** und 2) C*** GmbH & Co KG, alle vertreten durch X*** Rechtsanwalt, vom 13. Februar 2007, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senats 3, Dr. Sibyll Huber-Matauschek und die Beisitzer Mag. Maria Muntner als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. 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 A*** bestehend aus 1) B*** und 2) C*** GmbH & Co KG, alle vertreten durch X*** Rechtsanwalt, vom 13. Februar 2007, wie folgt entschieden:

SPRUCH

I.römisch eins.

Dem Antrag, "das Bundesvergabeamt möge die Entscheidung der Auftraggeberin, den Zuschlag im gegenständlich Ausschreibungsverfahren an die Bietergemeinschaft D*** - E***- F*** zu erteilen, nach mündlicher Verhandlung wegen Rechtswidrigkeit für nichtig erklären", wird stattgegeben.

Die Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers vom 31. 1. 2007, den Bietern zugestellt per Fax am 1. 2. 2007, wird für nichtig erklärt.

II.römisch zwei.

Dem Antrag, "das Bundesvergabeamt möge aussprechen, dass die von der Antragstellerin gemäß § 318 BVergG 2006 entrichteten Gebühren in der Höhe von Euro 3.200,-- von der Auftraggeberin zu ersetzen sind ", wird stattgegeben. Dem Antrag, "das Bundesvergabeamt möge aussprechen, dass die von der Antragstellerin gemäß Paragraph 318, BVergG 2006 entrichteten Gebühren in der Höhe von Euro 3.200,-- von der Auftraggeberin zu ersetzen sind ", wird stattgegeben.

Der Auftraggeber Autobahnen - und Schnellstraßen Finanzierungs-AG (ASFINAG) Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, vertreten durch die ASFINAG Bau Management GmbH, Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien als vergebende Stelle ist verpflichtet, der Bietergemeinschaft A*** bestehend aus 1) B*** und 2) C*** GmbH & Co KG, alle vertreten durch X*** Rechtsanwalt, die entrichteten Pauschalgebühren in der Höhe von Euro 3.200,-- binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Bescheides bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Rechtsgrundlage: §§ 318, 319, 320 Abs 1 328 Abs1 BVergG 2006
Rechtsgrundlage: Paragraphen 318, 319, 320, Absatz eins, 328 Abs1 BVergG 2006

BEGRÜNDUNG

Mit Schriftsatz vom 13.2.2007 und ergänzendem Schriftsatz vom 1.3.2007 beantragte die Antragstellerin die Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens und die Erlassung einer einstweiligen Verfügung im Wesentlichen mit der Begründung, der Auftraggeber habe die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Bietergemeinschaft D*** - E*** - F*** aufgrund unrichtiger Bewertung der Referenzen zum zweiten und dritten Zuschlagskriterium entgegen den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes getroffen, vielmehr wäre bei richtiger Bewertung der Referenzen der Antragstellerin als Bestbieterin der Zuschlag zu erteilen.

Der Auftraggeber habe das gegenständliche Vergabeverfahren in Form eines nicht offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung ausgeschrieben. Die Antragstellerin habe sich am gegenständlichen Vergabeverfahren beteiligt und rechtzeitig ein Angebot abgegeben, welches laut Schreiben des Auftraggebers vom 31. 1. 2007, zugestellt per Fax am 1. 2. 2007, mit 90,05 Punkten an zweite Stelle gereiht worden sei. Als Bestbieter sei die Bietergemeinschaft D*** - E***- F*** mit 91,33 Punkten ermittelt worden. Es sei jedoch davon auszugehen, dass der Auftraggeber die vom Bestbieter angeführten Referenzen zum zweiten und dritten Zuschlagskriterium unrichtig bewertet habe. Als zweites Zuschlagskriterium werde die Planung eines Tunnels mit Schildvortrieb gewertet. Auf Seite 22 der Ausschreibungsunterlagen sei bestimmt, dass für die Leistung der Ausführungsplanung ein Faktor von 0,35 gelte. Internetrecherchen zur Folge habe die ermittelte Bestbieterin zu diesem Zuschlagskriterium zu Referenzprojekt Nr.2 eine Leistung zum Tunnel "Wientalsammelkanal" angeführt. Zu diesem Projekt habe lediglich ein Mitglied der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, nämlich die Firma F***, Leistungen erbracht. Bei diesen Leistungen handle es sich um die Detailplanung Tübbingausbau inklusive Schal- und Bewehrungspläne. Dies werde von der F*** selbst so auf ihrer Homepage dargestellt und auch zugestanden. Dieser Bearbeitungsumfang entspreche jedoch nicht dem vollständigen Leistungsbild einer Ausführungsplanung, weshalb die Zuerkennung des vollen Faktors in der Höhe von 0,35 nicht gerechtfertigt sei. Der Auftraggeber habe in den Ausschreibungsunterlagen nicht bestimmt, dass Teile von

einzelnen Planungsphasen bewertet würden. Die Detailplanung Tübbingausbau habe höchstens ein Anteil von 20% der Ausführungsplanung, weshalb der Faktor für dieses Referenzprojekt mit null anzusetzen sei. Sofern aber entgegen anderer Ansicht Teile von einzelnen Planungsphasen zu werten wären, sei der Leistungsanteil der Ausführungsphase mit 20% zu bewerten, demnach mit einem Faktor 20% von 0,35, somit mit Faktor 0,07. Damit sei das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zumindest um 3,91 Punkte niedriger und könne nur 87,92 Punkte erreichen. Aufgrund dieser unrichtigen Wertung sei die Antragstellerin als Bestbieterin zu bewerten. Darüber hinaus habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin beim dritten Zuschlagskriterium "Planung eines Tunnels in offener Bauweise" nur den Tunnel Rannersdorf (S1) als Referenzprojekt Nr. 4 angeführt. Auf Seite 24 der Ausschreibungsunterlagen sei festgelegt, dass für die Leistung der Ausführungsplanung (BP AF-PL) ein Faktor von 0,35 heranzuziehen sei. Der ARGE Partner der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, das Büro D***, könne auch hier nur die Ausführungsplanung erledigt haben, da die Ausschreibungsplanung und das Einreichprojekt von den Büros G*** und H*** bearbeitet worden seien. Der Ansatz des Faktors 1,0, der lediglich bei der Erledigung aller Planungsphasen herangezogen werden könne, sei daher nicht gerechtfertigt. Da hier ein Mitglied der präsumtiven Zuschlagsempfängerin die Ausführungsplanung erledigt habe, sei auch hier ein Faktor von 0,35 zu verwenden. Damit sei die ermittelte Punktezahl der präsumtiven Zuschlagsempfängerin um weitere 9,75 Punkte zu verringern und aufgrund der unrichtigen Bewertung sei die Antragstellerin als Bestbieterin anzusehen.

Da somit die Bewertung der Referenzen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht nach den vorgegebenen Bestimmungen der in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Kriterien erfolgt sei, diskriminiere dies das Angebot der Antragstellerin und stelle einen Verstoß gegen das Bundesvergabegesetz dar, insbesondere gegen § 130 Abs 1 BVergG 2006. Die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Bietergemeinschaft D*** - E*** - F*** sei daher rechtswidrig, vielmehr wäre bei rechtmäßigem Vorgehen das Angebot der Antragstellerin als Bestangebot zu werten. Da somit die Bewertung der Referenzen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht nach den vorgegebenen Bestimmungen der in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Kriterien erfolgt sei, diskriminiere dies das Angebot der Antragstellerin und stelle einen Verstoß gegen das Bundesvergabegesetz dar, insbesondere gegen Paragraph 130, Absatz eins, BVergG 2006. Die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Bietergemeinschaft D*** - E*** - F*** sei daher rechtswidrig, vielmehr wäre bei rechtmäßigem Vorgehen das Angebot der Antragstellerin als Bestangebot zu werten.

Die Antragstellerin sei daher in ihrem Recht auf Zuschlagserteilung und in ihrem subjektiven Recht auf ein transparentes, diskriminierungsfreies und rechtskonformes Vergabeverfahren verletzt.

Zum behaupteten drohenden oder bereits eingetretenen Schaden sei auszuführen, dass durch die Angebotsstellung Kosten in der Höhe von zumindest Euro 15.000,-- erwachsen. Ebenso seien durch diesen Vertrag Verfahrenskosten in der Höhe von Euro 4.600,-- entstanden. Auch drohe der Antragstellerin der beim Angebot kalkulierte Gewinn zu entgehen, da bei rechtmäßiger Vorgangsweise dem Angebot der Antragstellerin der Zuschlag zu erteilen wäre. Im Angebot der Antragstellerin werde ein Gewinn von zumindest Euro 50.000,-- einkalkuliert, zudem könne der Antragstellerin ein wichtiges Referenzprojekt entgehen. Der Referenzschaden könne zwar nicht konkret geltend gemacht werden, es sei aber ein solcher auch nicht völlig außer Betracht zu bleiben, zumal er zum Gegenstand eines künftigen Feststellungsbegehrens bei den ordentlichen Gerichten geltend gemacht werden könne. Der Antragstellerin drohe daher der Entgang eines Auftrags mit einem Vertragsvolumen in der Größenordnung in der Höhe von Euro 4,7 Mio.-, und durch den Entgang des Auftrages ein Schaden von zumindest Euro 19.600,-- sowie der kalkulierte Gewinn von zumindest Euro 50.000,--.

Mit ergänzendem Schriftsatz vom 1.3.2007 brachte die Antragstellerin vor, in § 123 Abs 4 und § 38 Abs 2 BVergG 2002 sei normiert, dass der Auftraggeber am Beginn seines jeweiligen Finanz- bzw. Haushaltsjahres eine Bekanntmachung zu veröffentlichen habe, die ausdrücklich auf ein allfälliges Erfordernis einer Bestätigung gemäß § 1 Abs 4 der EWR-Ingenieurkonsulentenverordnung, BGBl. Nr. 695/1995 hinzuweisen habe. Durch die verpflichtende Information solle sichergestellt werden, dass jeder Interessierte von dem allfälligen Erfordernis einer Bestätigung gemäß EWR-Ing-KonsVO erfahre. Dieser ausdrückliche Hinweis sei von der Auftraggeberin in ihre Vorinformationen bzw. Bekanntmachung jedoch nicht aufgenommen worden. Die Bieter seien daher entgegen den erwähnten Bestimmungen nicht von einem allfälligen Erfordernis einer Bestätigung gemäß der EWR-Ing-KonsVO verständigt. Mit ergänzendem Schriftsatz vom 1.3.2007 brachte die Antragstellerin vor, in Paragraph 123, Absatz 4 und Paragraph 38, Absatz 2, BVergG 2002 sei normiert, dass der Auftraggeber am Beginn seines jeweiligen Finanz- bzw. Haushaltsjahres eine Bekanntmachung zu veröffentlichen habe, die ausdrücklich auf ein allfälliges Erfordernis einer Bestätigung gemäß

Paragraph eins, Absatz 4, der EWR-Ingenieurkonsulentenverordnung, Bundesgesetzblatt Nr. 695 aus 1995, hinzuweisen habe. Durch die verpflichtende Information solle sichergestellt werden, dass jeder Interessierte von dem allfälligen Erfordernis einer Bestätigung gemäß EWR-Ing-KonsVO erfahre. Dieser ausdrückliche Hinweis sei von der Auftraggeberin in ihre Vorinformationen bzw. Bekanntmachung jedoch nicht aufgenommen worden. Die Bieter seien daher entgegen den erwähnten Bestimmungen nicht von einem allfälligen Erfordernis einer Bestätigung gemäß der EWR-Ing-KonsVO verständigt.

Der Auftraggeber habe sogar in den Ausschreibungsbedingungen Teil 3, Seite 3 festgelegt, dass als Nachweis der Befugnis eine "Abschrift des Berufs- oder Handelsregisters des Herkunftslandes des Unternehmens oder die dort vorgesehene Bescheinigung oder eidesstattliche Erklärung" genüge. Diese geforderten Nachweise seien vom Mitglied der Bietergemeinschaft, C*** rechtzeitig erbracht worden. Die Antragstellerin sei dabei vom objektiven Erklärungswert ausgegangen, dass diese Nachweise genügen und die Aufzählung abschließend sei. Selbst davon ausgehend, dass durch diese abschließende Aufzählung der eingeschränkte Nachweis der Befugnis gegen das BVergG 2002 als solches verstoße, habe diese vom Auftraggeber festgelegte Bestimmung mangels Anfechtung Bestandskraft erlangt. Eine diesbezüglich mangelhafte Ausschreibung darf daher nicht zum Nachteil der Bieter ausgelegt werden, da ansonsten die betreffenden Bestimmungen ihren Zweck verfehlen. Hätte der Auftraggeber in der Vorankündigung und in den Ausschreibungsbedingungen klar darauf hingewiesen, wäre der Nachweis bzw. die Bestätigung gemäß § 1 Abs 4 der EWR-Ingenieurkonsulentenverordnung, BGBl. Nr. 695/1995 dem Auftraggeber vorgelegt worden, da eine solche Bestätigung der Antragstellerin vorliege. Der Auftraggeber habe sogar in den Ausschreibungsbedingungen Teil 3, Seite 3 festgelegt, dass als Nachweis der Befugnis eine "Abschrift des Berufs- oder Handelsregisters des Herkunftslandes des Unternehmens oder die dort vorgesehene Bescheinigung oder eidesstattliche Erklärung" genüge. Diese geforderten Nachweise seien vom Mitglied der Bietergemeinschaft, C*** rechtzeitig erbracht worden. Die Antragstellerin sei dabei vom objektiven Erklärungswert ausgegangen, dass diese Nachweise genügen und die Aufzählung abschließend sei. Selbst davon ausgehend, dass durch diese abschließende Aufzählung der eingeschränkte Nachweis der Befugnis gegen das BVergG 2002 als solches verstoße, habe diese vom Auftraggeber festgelegte Bestimmung mangels Anfechtung Bestandskraft erlangt. Eine diesbezüglich mangelhafte Ausschreibung darf daher nicht zum Nachteil der Bieter ausgelegt werden, da ansonsten die betreffenden Bestimmungen ihren Zweck verfehlen. Hätte der Auftraggeber in der Vorankündigung und in den Ausschreibungsbedingungen klar darauf hingewiesen, wäre der Nachweis bzw. die Bestätigung gemäß Paragraph eins, Absatz 4, der EWR-Ingenieurkonsulentenverordnung, Bundesgesetzblatt Nr. 695 aus 1995, dem Auftraggeber vorgelegt worden, da eine solche Bestätigung der Antragstellerin vorliege.

Darüber hinaus habe das Nachreichen einer Dienstleistungsanzeige bzw. einer solchen Bestätigung keinen Einfluss auf die Preisbildung und könne auch keinen Wettbewerbsvorteil bringen, weshalb es sich beim Fehlen einer solchen Anzeige um einen verbesserungsfähigen Mangel handle, schon deshalb, als der Auftraggeber die verpflichtenden Hinweise in der Vorankündigung bzw. Bekanntmachung nicht aufgenommen habe und die Ausschreibungsbedingungen den Nachweis der Befugnis klar und abschließend regle.

Gemäß Rechtsauffassung der Antragstellerin habe sich die Prüfungsbefugnis des Bundesvergabeamtes auf die jeweiligen Beschwerdepunkte zu beschränken und können andere als die geltend gemachten Rechtswidrigkeiten daher nicht aufgegriffen werden. Die amtswegige Ermittlung des entscheidungsrelevanten Sachverhaltes sei davon ausgenommen, jedoch nur hinsichtlich der Beschwerdepunkte. Mit Schriftsatz vom 14.2.2007 legte der Auftraggeber die Originalunterlagen vor, nahm zum Antragsvorbringen Stellung und führte im Wesentlichen aus, dass gemäß § 328 BVergG die den Antrag begründenden Tatsachen im Einzelnen wahrheitsgemäß dazulegen seien, sich das Vorbringen der Antragstellerin jedoch ausschließlich auf nicht näher bezeichneten "Recherchen" und Informationen aus dem Internet hinsichtlich eines Mitgliedes der Bietergemeinschaft und somit ausschließlich auf Mutmaßungen stütze. Dies widerspreche den Antragsvoraussetzungen des § 328 Abs 2 BVergG. Zudem obliege es dem Auftraggeber, in den Ausschreibungsbestimmungen jene Referenzen festzulegen, die für eine einwandfreie Ausführung der Arbeiten notwendig seien. Im gegenständlichen Fall seien Referenzen im Bereich der Tunnelplanungen vorgegeben worden und seien nach Ansicht des Auftraggebers die Referenzen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ausreichend, um sie für die Erbringung der geforderten Leistung als Bestbieterin auszuwählen. Gemäß Rechtsauffassung der Antragstellerin habe sich die Prüfungsbefugnis des Bundesvergabeamtes auf die jeweiligen Beschwerdepunkte zu beschränken und können andere als die geltend gemachten Rechtswidrigkeiten daher nicht aufgegriffen werden. Die amtswegige Ermittlung des entscheidungsrelevanten Sachverhaltes sei davon ausgenommen, jedoch nur hinsichtlich der

Beschwerdepunkte. Mit Schriftsatz vom 14.2.2007 legte der Auftraggeber die Originalunterlagen vor, nahm zum Antragsvorbringen Stellung und führte im Wesentlichen aus, dass gemäß Paragraph 328, BVergG die den Antrag begründenden Tatsachen im Einzelnen wahrheitsgemäß dazulegen seien, sich das Vorbringen der Antragstellerin jedoch ausschließlich auf nicht näher bezeichneten "Recherchen" und Informationen aus dem Internet hinsichtlich eines Mitgliedes der Bietergemeinschaft und somit ausschließlich auf Mutmaßungen stütze. Dies widerspreche den Antragsvoraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG. Zudem obliege es dem Auftraggeber, in den Ausschreibungsbestimmungen jene Referenzen festzulegen, die für eine einwandfreie Ausführung der Arbeiten notwendig seien. Im gegenständlichen Fall seien Referenzen im Bereich der Tunnelplanungen vorgegeben worden und seien nach Ansicht des Auftraggebers die Referenzen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ausreichend, um sie für die Erbringung der geforderten Leistung als Bestbieterin auszuwählen.

Mit Schriftsatz vom 6.3.2007 brachte der Auftraggeber ergänzend vor, dass gemäß der Bestimmung des § 21 Abs 1 BVergG 2002 öffentliche Auftraggeber Aufträge nur an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer vergeben dürfen. Bei der Befugnis handle es sich um die (berufsrechtliche) Berechtigung des Bewerbers oder Bieters, die angebotene Leistung in Österreich zu erbringen. Nach der Bestimmung des § 52 Abs 5 BVergG 2002 müsse die erforderliche Befugnis im nicht offenen Verfahren spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen. Angebote von unbefugten Bietern seien gemäß § 98 Z 1 BVergG 2002 zwingend auszuschneiden, wobei "befugt" im Sinne des § 21 Abs 1 BVergG 2002 bedeute, dass die Bieter nach den für sie geltenden Vorschriften für die Berufsausübung berechtigt seien, die ausgeschriebenen Leistungen auch tatsächlich auszuführen. Ein Unternehmer müsse zunächst in seinem Heimatstaat über die zutreffende Befugnis verfügen. Zusätzlich zum Nachweis der Befugnis im Herkunftsland seien vom Bieter mit Sitz in einem EU- bzw. EWR-Mitgliedsstaat der Nachweis der Anerkennung bzw. der Gleichhaltung ihrer ausländischen Befugnis mit dem von Inländern zu erbringenden Befähigungsnachweis gemäß § 373 c und § 373 d GewO oder eine Bestätigung gemäß EWR-Architektenverordnung oder EWR-Ingenieurkonsulentenverordnung (Dienstleistungsanzeige) zu erbringen. Mit Schriftsatz vom 6.3.2007 brachte der Auftraggeber ergänzend vor, dass gemäß der Bestimmung des Paragraph 21, Absatz eins, BVergG 2002 öffentliche Auftraggeber Aufträge nur an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer vergeben dürfen. Bei der Befugnis handle es sich um die (berufsrechtliche) Berechtigung des Bewerbers oder Bieters, die angebotene Leistung in Österreich zu erbringen. Nach der Bestimmung des Paragraph 52, Absatz 5, BVergG 2002 müsse die erforderliche Befugnis im nicht offenen Verfahren spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen. Angebote von unbefugten Bietern seien gemäß Paragraph 98, Ziffer eins, BVergG 2002 zwingend auszuschneiden, wobei "befugt" im Sinne des Paragraph 21, Absatz eins, BVergG 2002 bedeute, dass die Bieter nach den für sie geltenden Vorschriften für die Berufsausübung berechtigt seien, die ausgeschriebenen Leistungen auch tatsächlich auszuführen. Ein Unternehmer müsse zunächst in seinem Heimatstaat über die zutreffende Befugnis verfügen. Zusätzlich zum Nachweis der Befugnis im Herkunftsland seien vom Bieter mit Sitz in einem EU- bzw. EWR-Mitgliedsstaat der Nachweis der Anerkennung bzw. der Gleichhaltung ihrer ausländischen Befugnis mit dem von Inländern zu erbringenden Befähigungsnachweis gemäß Paragraph 373, c und Paragraph 373, d GewO oder eine Bestätigung gemäß EWR-Architektenverordnung oder EWR-Ingenieurkonsulentenverordnung (Dienstleistungsanzeige) zu erbringen.

Das in Deutschland ansässige C*** GmbH & Co KG benötige als Mitglied der antragstellenden Bietergemeinschaft unstrittig zur Durchführung der angebotsgegenständlichen Leistungen zumindest eine Dienstleistungsanzeige als ausreichenden Nachweis ihrer Befugnis. Die Antragstellerin habe jedoch keine solche Dienstleistungsanzeige erwirkt. Sie sei somit zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung nicht befugt, die ausgeschriebenen Leistungen in Österreich zu erbringen. Ein Angebot, das den Ausschreibungsbestimmungen oder dem Gesetz nicht entspreche - weil es etwa die geforderten Nachweise für die Befugnis nicht enthalte - müsse dann ausgeschieden werden, wenn der Mangel nicht behoben worden oder unbehebbar sei. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes seien solche Mängel als unbehebbar zu qualifizieren, deren Behebung nach Angebotseröffnung zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung der Bieter führen können, wobei darauf abzustellen sei, ob durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbieter materiell verbessert würde. Somit handle es sich zwar beim Fehlen des Nachweises der rechtzeitig erfolgten Antragstellung gemäß §373c GewO 1994 ebenso wie beim Fehlen des Nachweises einer im maßgeblichen Zeitpunkt bereits vorhandenen Befugnis um einen behebbaren, beim Fehlen der rechtzeitigen Antragstellung ebenso wie etwa beim Fehlen einer Befugnis jedoch um einen unbehebbar Mangel, sonst hätte es ein Bieter doch im letztgenannten Fall in der Hand, erst nach der durch die Angebotsöffnung möglichen Abschätzung seiner Chancen zu entscheiden, ob er den für die Erlangung der Befugnis für Österreich erforderlichen Antrag auf

Anerkennung stelle bzw. eine Dienstleistungsanzeige erbringe. Es stelle nämlich einen Wettbewerbsvorteil gegenüber einem Bieter, der sich rechtzeitig um die Erlangung der erforderlichen Befugnisse kümmere, dar, wenn einem Bieter die Möglichkeit eingeräumt werde, seine Befugnis erst nach der Angebotsöffnung, wenn die Chance zum Erhalt des Zuschlags bereits abzuschätzen sei, zu erlangen. Von diesem Grundsatz normiere die Bestimmung des § 30 Abs. 4 BVergG 2002 eine Ausnahme für die erforderliche Anerkennung nach § 373c GewO 1994. Diese Ausnahme gelte jedoch nur für den Fall, dass die von § 30 Abs. 4 BVergG 2002 geforderten Handlungen gesetzt werden, also die Stellung des Antrags auf Anerkennung vor Ablauf der Angebotsfrist erfolge und nachgewiesen werde. Nur dann sei es ausreichend, wenn die durch Anerkennung gemäß § 373c GewO 1994 zu erwerbende Befugnis erst nach der Angebotsöffnung - spätestens im Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung - vorliege. Erfolge hingegen die Antragstellung oder deren Nachweis bzw. die Dienstleistungsanzeige nicht rechtzeitig, so kommt eine Zuschlagsentscheidung auf das Angebot des betreffenden Bieters nicht in Betracht. Da seitens der Fa. C*** als Mitglied der antragstellenden Bietergemeinschaft vor Ablauf der Angebotsfrist keine Dienstleistungsanzeige erfolgt sei und es sich dabei um einen unbehebbarer Mangel handle, sei dem Erfordernis des § 30 Abs. 4 BVergG 2002 nicht entsprochen worden, weshalb eine Zuschlagserteilung - ungeachtet der vom Auftraggeber unterlassenen Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin - an sie nicht in Betracht komme. Das in Deutschland ansässige C*** GmbH & Co KG benötige als Mitglied der antragstellenden Bietergemeinschaft unstrittig zur Durchführung der angebotsgegenständlichen Leistungen zumindest eine Dienstleistungsanzeige als ausreichenden Nachweis ihrer Befugnis. Die Antragstellerin habe jedoch keine solche Dienstleistungsanzeige erwirkt. Sie sei somit zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung nicht befugt, die ausgeschriebenen Leistungen in Österreich zu erbringen. Ein Angebot, das den Ausschreibungsbestimmungen oder dem Gesetz nicht entspreche - weil es etwa die geforderten Nachweise für die Befugnis nicht enthalte - müsse dann ausgeschieden werden, wenn der Mangel nicht behoben worden oder unbehebbar sei. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes seien solche Mängel als unbehebbar zu qualifizieren, deren Behebung nach Angebotseröffnung zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung der Bieter führen können, wobei darauf abzustellen sei, ob durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbieter materiell verbessert würde. Somit handle es sich zwar beim Fehlen des Nachweises der rechtzeitig erfolgten Antragstellung gemäß § 373c GewO 1994 ebenso wie beim Fehlen des Nachweises einer im maßgeblichen Zeitpunkt bereits vorhandenen Befugnis um einen behebbaren, beim Fehlen der rechtzeitigen Antragstellung ebenso wie etwa beim Fehlen einer Befugnis jedoch um einen unbehebbarer Mangel, sonst hätte es ein Bieter doch im letztgenannten Fall in der Hand, erst nach der durch die Angebotsöffnung möglichen Abschätzung seiner Chancen zu entscheiden, ob er den für die Erlangung der Befugnis für Österreich erforderlichen Antrag auf Anerkennung stelle bzw. eine Dienstleistungsanzeige erbringe. Es stelle nämlich einen Wettbewerbsvorteil gegenüber einem Bieter, der sich rechtzeitig um die Erlangung der erforderlichen Befugnisse kümmere, dar, wenn einem Bieter die Möglichkeit eingeräumt werde, seine Befugnis erst nach der Angebotsöffnung, wenn die Chance zum Erhalt des Zuschlags bereits abzuschätzen sei, zu erlangen. Von diesem Grundsatz normiere die Bestimmung des Paragraph 30, Abs. 4 BVergG 2002 eine Ausnahme für die erforderliche Anerkennung nach § 373c GewO 1994. Diese Ausnahme gelte jedoch nur für den Fall, dass die von Paragraph 30, Absatz 4, BVergG 2002 geforderten Handlungen gesetzt werden, also die Stellung des Antrags auf Anerkennung vor Ablauf der Angebotsfrist erfolge und nachgewiesen werde. Nur dann sei es ausreichend, wenn die durch Anerkennung gemäß Paragraph 373 c, GewO 1994 zu erwerbende Befugnis erst nach der Angebotsöffnung - spätestens im Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung - vorliege. Erfolge hingegen die Antragstellung oder deren Nachweis bzw. die Dienstleistungsanzeige nicht rechtzeitig, so kommt eine Zuschlagsentscheidung auf das Angebot des betreffenden Bieters nicht in Betracht. Da seitens der Fa. C*** als Mitglied der antragstellenden Bietergemeinschaft vor Ablauf der Angebotsfrist keine Dienstleistungsanzeige erfolgt sei und es sich dabei um einen unbehebbarer Mangel handle, sei dem Erfordernis des Paragraph 30, Absatz 4, BVergG 2002 nicht entsprochen worden, weshalb eine Zuschlagserteilung - ungeachtet der vom Auftraggeber unterlassenen Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin - an sie nicht in Betracht komme.

In der Vergabebekanntmachung gemäß §§ 39 und 44 Abs 2 BVergG 2002 sei ausdrücklich auf die EWR-Ingenieurkonsulentenverordnung hingewiesen worden. Die aufgrund von § 32 Abs 7 Ziviltechnikergesetz 1993 erlassene EWR-Architektenverordnung und EWR-Ingenieurkonsulentenverordnung sehen in Umsetzung der EU-Architektenrichtlinie (RL 85/384/EWG) sowie der Ersten Anerkennungsrichtlinie (RL 89/48/EWG) vor, dass Staatsangehörige einer Vertragspartei des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum, die in einem Mitgliedsstaat des EWR zu Ausübung des Berufes der Architekten bzw. des Ingenieurkonsulenten berechtigt sind, zur

vorübergehenden projektbezogenen Erbringung von grenzüberschreitenden Dienstleistungen auf ihrem Fachgebiet in Österreich berechtigt sind, wenn sie die beabsichtigte Erbringung der Dienstleistung vorher schriftlich anzeigen (Dienstleistungsanzeige). Somit habe der Auftraggeber auf das Erfordernis einer Dienstleistungsanzeige nachweislich hingewiesen. Mangle es einem Angebot an der grundsätzlichen Eignung, gemäß den Bestimmungen des Vergabegesetztes und der hiezu ergangenen Verordnungen für den Zuschlag in Betracht gezogen zu werden, so sei - wie der VfGH bereits wiederholt ausgesprochen hat - die Antragslegitimation zu verneinen. Ein unzulässiges und daher auszuschheidendes Angebot werde nicht allein deshalb, weil der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für den Zuschlag von einer formellen Ausscheidung des Angebotes Abstand genommen habe, zu einem zulässigen Angebot. Die Antragstellerin sei zum Zeitpunkt der Submission nicht befugt gewesen, die ausgeschriebenen Leistungen in Österreich zu erbringen und wäre daher jedenfalls aus dem Vergabeverfahren auszuschneiden gewesen, wobei sich der Ausscheidensgrund auch ohne Notwendigkeit eines Sachverständigenbeweises aus dem Vergabeakt ergebe. In der Vergabebekanntmachung gemäß Paragraphen 39 und 44 Absatz 2, BVergG 2002 sei ausdrücklich auf die EWR-Ingenieurkonsulentenverordnung hingewiesen worden. Die aufgrund von Paragraph 32, Absatz 7, Ziviltechnikergesetz 1993 erlassene EWR-Architektenverordnung und EWR-Ingenieurkonsulentenverordnung sehen in Umsetzung der EU-Architektenrichtlinie (RL 85/384/EWG) sowie der Ersten Anerkennungsrichtlinie (RL 89/48/EWG) vor, dass Staatsangehörige einer Vertragspartei des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum, die in einem Mitgliedsstaat des EWR zu Ausübung des Berufes der Architekten bzw. des Ingenieurkonsulenten berechtigt sind, zur vorübergehenden projektbezogenen Erbringung von grenzüberschreitenden Dienstleistungen auf ihrem Fachgebiet in Österreich berechtigt sind, wenn sie die beabsichtigte Erbringung der Dienstleistung vorher schriftlich anzeigen (Dienstleistungsanzeige). Somit habe der Auftraggeber auf das Erfordernis einer Dienstleistungsanzeige nachweislich hingewiesen. Mangle es einem Angebot an der grundsätzlichen Eignung, gemäß den Bestimmungen des Vergabegesetztes und der hiezu ergangenen Verordnungen für den Zuschlag in Betracht gezogen zu werden, so sei - wie der VfGH bereits wiederholt ausgesprochen hat - die Antragslegitimation zu verneinen. Ein unzulässiges und daher auszuschheidendes Angebot werde nicht allein deshalb, weil der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für den Zuschlag von einer formellen Ausscheidung des Angebotes Abstand genommen habe, zu einem zulässigen Angebot. Die Antragstellerin sei zum Zeitpunkt der Submission nicht befugt gewesen, die ausgeschriebenen Leistungen in Österreich zu erbringen und wäre daher jedenfalls aus dem Vergabeverfahren auszuschneiden gewesen, wobei sich der Ausscheidensgrund auch ohne Notwendigkeit eines Sachverständigenbeweises aus dem Vergabeakt ergebe.

Dieses Ergebnis habe auch unter Berücksichtigung des VfGH - Erk v 12.6.2004B 190/02 Bestand, da es keines ausdrücklichen Hinweises auf den Ausscheidensgrund durch den Auftraggeber in der von der Nachprüfungswerberin angeforderten Begründung der Zuschlagsentscheidung gemäß § 100 Abs 4 BVergG 2002 bedurft habe. Die Nachprüfungswerberin habe alle Tatsachen, aus denen für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter ersichtlich sei, dass die Nachprüfungswerberin für den Zuschlag nicht in Betracht komme, gekannt. Die erforderlichen Gewerbeberechtigungen seien nämlich vom Bieter selbst aus der Beschreibung der Leistung gemäß § 74 BVergG 2002 abzuleiten. Der Bieter müsse Bescheid wissen, welche Arbeiten er im Rahmen seiner Befugnis ausführen dürfe und es liege nicht im Ermessen des Auftraggebers, sich lediglich mit dem Nachweis der Befugnis im Herkunftsland zu begnügen. Dieses Ergebnis habe auch unter Berücksichtigung des VfGH - Erk v 12.6.2004B 190/02 Bestand, da es keines ausdrücklichen Hinweises auf den Ausscheidensgrund durch den Auftraggeber in der von der Nachprüfungswerberin angeforderten Begründung der Zuschlagsentscheidung gemäß Paragraph 100, Absatz 4, BVergG 2002 bedurft habe. Die Nachprüfungswerberin habe alle Tatsachen, aus denen für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter ersichtlich sei, dass die Nachprüfungswerberin für den Zuschlag nicht in Betracht komme, gekannt. Die erforderlichen Gewerbeberechtigungen seien nämlich vom Bieter selbst aus der Beschreibung der Leistung gemäß Paragraph 74, BVergG 2002 abzuleiten. Der Bieter müsse Bescheid wissen, welche Arbeiten er im Rahmen seiner Befugnis ausführen dürfe und es liege nicht im Ermessen des Auftraggebers, sich lediglich mit dem Nachweis der Befugnis im Herkunftsland zu begnügen.

Mit Schriftsatz vom 27.2.2007 erhob die präsumtive Zuschlagsempfängerin rechtzeitig begründete Einwendungen, bestritt das Vorbringen der Antragstellerin und führte aus, dass die Bewertung der Referenzen ausschreibungskonform durchgeführt und die Zuschlagsentscheidung zu Recht zugunsten der Bietergemeinschaft D***-E***-F*** getroffen worden sein.

Laut Punkt 1,206 der Ausschreibungsunterlagen werde der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt und gemäß Punkt 1,305.1 werden der Gesamtpreis mit einer Gewichtung von 30% und die Qualität mit einer Gewichtung von 70% als Zuschlagskriterien herangezogen und entsprechend dem festgelegten Zuschlagssystem gewichtet. Die Bewertung nach den Subkriterien "Schildvortrieb", "Tunnel offene Bauweise", "Planung eines Straßentunnels", "UVP" und "Tübbingausbau und Querschläge" erfolge anhand von Referenzen der jeweiligen Bieter, die gemäß Punkt 1,305.2.1 der Ausschreibung im Formular "Referenzprojekte" maximal sechs Referenzprojekte anzugeben haben, wobei 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. Beim Subkriterium "Planung eines Straßentunnels" werde ein Referenzprojekt betreffend eine "A-, S- oder ehemalige B-Straße" gefordert und habe sich somit um eine Autobahn, Schnellstraße oder eine Bundesstraße, die den wesentlichen technischen Anforderungen an eine Autobahn oder Schnellstraße entspreche, zu handeln. Die Bewertung erfolge abhängig vom Lüftungssystem und der Tunnellänge, der Tätigkeit im Referenzprojekt sowie dem Umfang der Planungsphasen. Hinsichtlich der Abgrenzung der Planungsphasen werde auf die Projektierungsdienstanweisung des Bundesministeriums für Verkehr, Innovation und Technologie verwiesen, die in Anhang 2 die grundsätzliche Gliederung eines Vorprojektes und in Anhang 3 die grundsätzliche Gliederung eines Einreichprojektes enthalte. Beim Subkriterium "Planung eines Tunnels mit Schildvortrieb" erfolge die Bewertung des jeweiligen Referenzprojektes nach dem Durchmesser des Schildes, dem Schildtyp, die Tätigkeit im Referenzprojekt sowie dem Umfang der Planungsphasen.

Beim Subkriterium "Planung eines Tunnels in offener Bauweise" 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, wobei das Ausmaß der offenen Bauweise, die Tätigkeit im Referenzprojekt sowie der Umfang der Planungsphasen bewertet würden.

Beim Subkriterium "Planung eines Tunnels mit Tübbingausbau und Querschlägen" seien nur Referenzen mit einem Außendurchmesser von $\geq 5,0$ m zugelassen. Die Bewertung erfolge anhand der Kumulation von Tübbingausbau und Querschlägen, der Tätigkeit des Schlüsselpersonals im Referenzprojekt sowie den Umfang der Planungsphasen. Bei der Abgrenzung der Planungsphasen werde bei sämtlichen Subkriterien auf die Projektierungsdienstanweisung des BMVIT verwiesen. Die Beurteilung des zum Einsatz gelangenden Schlüsselpersonals erfolge 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 zu entsprechend abzufragenden Themenbereichen. Bei der Bewertung der Darstellung der beabsichtigten Abwicklung des Auftrags seien von der Kommission für die vier Themenbereiche jeweils bis zu 100 Punkte vergeben und werde die Punktevergabe zu den einzelnen Themenbereichen gemäß den angeführten Werten gewichtet und die letztlich ermittelte Punkteanzahl im Rahmen des Zuschlagssystems gemäß Punkt 1.305.1 der Ausschreibungsunterlagen entsprechend berücksichtigt. Beim Zuschlagskriterium "Preis" erhalte gemäß den Ausschreibungsbestimmungen das billigste Angebot 100 Punkte, die Punkteanzahl der übrigen Bieter errechne sich anhand einer in der Ausschreibung bekannt gegebenen Formel. Die Ausschreibungsunterlagen und insbesondere das vorgegebene Zuschlagssystem seien zu keinem Verfahrenszeitpunkt beanstandet worden. In Reaktion auf eine Anfrage habe der Auftraggeber mittels Telefax vom 4.5.2006 festgehalten, dass "für das Zuschlagskriterium 'Planung eines Tunnels mit Tübbingausbau und Querschlägen' [...] auch Tunnels mit Schachtbauwerken als Referenz gewertet [werden], wenn diese als Fluchtweg deklariert und ausgebildet sind und wenn die technische Problemstellung mit den Querschlägen identisch ist (zB Anschluss an die Tübbingröhre." Auch diese Festlegung während der Angebotsfrist sei von keinem Bieter beanstandet worden. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe am 12.5.2006 fristgerecht ein ausschreibungsgemäßes Angebot abgegeben, das mit EUR 4.298.987,42.- (exkl USt und inkl Option) bei der Angebotsöffnung als Angebot mit dem niedrigsten Preis ermittelt worden sei. Beim Subkriterium "Planung eines Straßentunnels" sei ein Referenzprojekt betreffend den Bau eines Autobahntunnels in Ostasien angegeben worden, bei dem entsprechend den mitteleuropäischen Maßstäben ein Einreich- und Bauprojekt von der Präsumtiven Zuschlagsempfängerin erstellt worden sei. Zum Subkriterium "Planung eines Tunnels mit Schildvortrieb" seien mit einem Schieneninfrastrukturprojekt im Inntal und mit einem Groß-Kanalprojekt insgesamt zwei Projekte benannt worden, wobei bei der Schieneninfrastrukturreferenz ein Einreichprojekt erstellt und die Ausschreibungsplanung wahrgenommen worden sei. Bei der Kanalreferenz sei die Ausführungsplanung durchgeführt worden. Beim Subkriterium "Planung eines Tunnels in offener Bauweise" werde ein Tunnel der S 1 - Wiener Außenringautobahn genannt, bei dem sowohl ein Einreich- als auch ein komplettes Bauprojekt

erstellt worden sei. Hinsichtlich der Planung eines Tunnels mit Tübbingausbau und Querschlägen kommen wiederum die Schieneninfrastrukturreferenz im Inntal sowie die Kanalreferenz zum Tragen und ergebe sich aus der Zusammenschau der beiden Referenzen die Erstellung des Eineich- sowie Bauprojektes. Mit Schreiben vom 8.6.2006 habe der Auftraggeber gefordert, 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. Mit Telefax vom 31.1.2007 habe der Auftraggeber mitgeteilt, dass das Angebot als Bestangebot ermittelt worden sei und der Bietergemeinschaft D***-E***-F*** mit Ablauf der Stillhaltefrist der Zuschlag erteilt werden soll.

Die Bewertung des zum Einsatz gelangenden Schlüsselpersonals sowie der geplanten Auftragsabwicklung werde in den Ausschreibungsunterlagen in nachvollziehbarer Weise erläutert und sei sowohl die Bewertung als auch die Gewichtung ausschreibungskonform durchgeführt worden. Die Antragstellerin habe keinen Beweis für ihre Behauptung der eklatanten Missachtung des festgelegten Bewertungsschemas erbracht und bloße Mutmaßungen angestellt. Der Verweis auf den Bescheid zur GZ 04N-03/06-42 sei irreführend, eine rechtswidrige Vorgehensweise der Auftraggeberin bei der Bewertung des Schlüsselpersonals und der geplanten Auftragsabwicklung und deren Darstellung sei nicht zu erkennen. Im Hinblick auf das Subkriterium "Planung eines Straßentunnels" haben wir ein Referenzprojekt betreffend den Bau eines Straßentunnels in Ostasien angegeben. Beim betreffenden Straßenstück handelt es sich nachweislich um eine Autobahn. Es war eine Einreichung vorzunehmen, die den in Mitteleuropa gebräuchlichen technischen Standards entspricht. Ebenso war eine mit einem Projekt in Österreich vergleichbare Ausführungsplanung zu erstellen. Die Behauptungen der Bietergemeinschaft I*** entbehren jeglicher Grundlage. Die in außereuropäischen Ländern vorzunehmende Planung als schlichte Definition einer Bauherrenabsicht zu bezeichnen, ist zudem als völlig unsachlich zurückzuweisen. Anzumerken ist zudem, dass internationale Referenzen mitunter auch durch wesentlich höhere Qualitätsanforderungen gekennzeichnet sein können. Das Referenzprojekt sei durch Vorlage und Nachreichung umfangreicher Unterlagen dargelegt, vom Auftraggeber eingehend geprüft und festgestellt worden, dass von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sowohl ein Einreich- als auch Bauprojekt im Sinne der Projektierungsdienstanweisung des BMVIT erbracht worden sei. Beim Subkriterium "Planung eines Tunnels mit Schildvortrieb" werde unter anderem auf ein Groß-Kanalprojekt mit einem - entsprechend einem Straßentunnel - Durchmesser von über 8 m verwiesen. Dieses Projekt sei vom Auftraggeber mit einer funktionalen Leistungsbeschreibung ausgeschrieben worden. Im Rahmen dieser Zielvorgabe sei die gesamte Ausführungsplanung für den Tunnel (einschließlich der Querschläge) im Auftrag des ausführenden Unternehmens durch das Bietergemeinschaftsmitglied F*** erfolgt. Die Ausführungen der beiden Antrag stellenden Bietergemeinschaften seien somit nicht zutreffend. Bei diesem Referenzprojekt seien ebenfalls umfangreiche Unterlagen im Hinblick auf die von uns erbrachten Leistungen vorgelegt und vom Auftraggeber geprüft worden. Die betreffende Punktevergabe finde vollinhaltliche Deckung in den Vergabeunterlagen.

Beim Subkriterium "Planung eines Tunnels in offener Bauweise" sei auf die vollständige Planung eines Tunnels bei der S 1 - Wiener Außenringautobahn hingewiesen worden. Richtig sei, dass bei diesem Projekt ursprünglich eine andere Baumethode von Dritten geplant worden sei. Der Zuschlag sei jedoch einem ausführenden Unternehmen auf eine alternative Projektsverwirklichung erteilt worden, sodass die ursprünglich vom Auftraggeber beigestellte Planung zur Gänze verworfen und eine völlige Neuplanung (Alternativplanung) erbracht worden sei. Von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei nachweislich gesamte Alternativplanung (Einreichung und Ausführungsplanung) für das Projekt erbracht worden, unter anderem 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 konkret erstellte wasserrechtliche Einreichprojekt den Vorgaben des Anhangs 3 der Projektierungsdienstanweisung des BMVIT. Vom Auftraggeber seien auch bei dieser Referenz umfangreiche Prüfungsschritte unternommen worden. So habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin mit Schreiben vom 16.6.2006 exakte Darlegungen der von erbrachten Leistungen übermittelt. Entgegen den Ausführungen der Bietergemeinschaft A*** und der Bietergemeinschaft I*** sei die konkrete Punktevergabe ausschreibungskonform erfolgt.

Beim Subkriterium "Planung eines Tunnels mit Tübbingausbau und Querschlägen" seien mit einem Schieneninfrastrukturprojekt im Inntal und dem bereits unter Punkt 4.3.1 dargestellten Kanalprojekt zwei österreichische Referenzen angeführt worden. Bei beiden Referenzen seien entsprechend der Ausschreibung in der

Fassung der unangefochtenen Fragebeantwortung vom 4.5.2006 Verbindungen zwischen zwei unterirdischen Bauwerken (zB Tunnel oder Schächte) in Form von Querschlägen geplant und gehen die Mutmaßungen der Bietergemeinschaft I*** daher ins Leere. Es werde daher die Zurückin eventu die Abweisung der Anträge beantragt.

In der am 8.3.2007 vor dem Bundesvergabeamt durchgeführten mündlichen Verhandlung brachte die Antragstellerin in Ergänzung der Schriftsätze vor, in die Bietererklärungen des Bestbieters Einsicht nehmen zu wollen und führte aus, das Angebot der Antragstellerin sei nicht auszuschneiden. Das BVA handle gleichheits- und gemeinschaftsrechtswidrig, wenn es das Ausschneiden der Antragstellerin aufgreife, da eine diesbezügliche Auftraggeberentscheidung nicht vorliege und das Bundesvergabeamt an die Beschwerdepunkte gebunden sei, von denen das Ausschneiden jedoch nicht erfasst sei. Die Ausschreibung habe Bestandskraft erlangt und die Vorlage einer Dienstleistungsanzeige sei nicht gefordert worden, vielmehr reiche nach den Festlegungen des Auftraggebers in den Ausschreibungsunterlagen eine Abschrift des Berufs- oder Handelsregisters des Herkunftslandes für den Nachweis der Befugnis aus. Gemäß § 38 Abs 2 hätte der Auftraggeber ausdrücklich eine Dienstleistungsanzeige verlangen müssen. Darüber hinaus handle es sich bei der Dienstleistungsanzeige um einen verbesserungsfähigen Mangel. Die Antragstellerin habe ein diesbezügliches Schreiben als Anzeige dem Auftraggeber am 28.2.2007 vorgelegt (Beilage 1 bzw. OZ 22). Werde das Angebot der Antragstellerin entgegen dieser Ansicht ausgeschieden, werde der Antrag auf Gebührenersatz aufrechterhalten, da der Auftraggeber den Nachprüfungsantrag verursacht habe. Darüber hinaus werde zum Beweis dafür, dass die Referenzen der präsumtiven Bestbieterin unrichtig bewertet worden seien, die Bestellung eines Sachverständigen aus dem Gebiet Tiefbau - und Tunnelplanung beantragt. In der am 8.3.2007 vor dem Bundesvergabeamt durchgeführten mündlichen Verhandlung brachte die Antragstellerin in Ergänzung der Schriftsätze vor, in die Bietererklärungen des Bestbieters Einsicht nehmen zu wollen und führte aus, das Angebot der Antragstellerin sei nicht auszuschneiden. Das BVA handle gleichheits- und gemeinschaftsrechtswidrig, wenn es das Ausschneiden der Antragstellerin aufgreife, da eine diesbezügliche Auftraggeberentscheidung nicht vorliege und das Bundesvergabeamt an die Beschwerdepunkte gebunden sei, von denen das Ausschneiden jedoch nicht erfasst sei. Die Ausschreibung habe Bestandskraft erlangt und die Vorlage einer Dienstleistungsanzeige sei nicht gefordert worden, vielmehr reiche nach den Festlegungen des Auftraggebers in den Ausschreibungsunterlagen eine Abschrift des Berufs- oder Handelsregisters des Herkunftslandes für den Nachweis der Befugnis aus. Gemäß Paragraph 38, Absatz 2, hätte der Auftraggeber ausdrücklich eine Dienstleistungsanzeige verlangen müssen. Darüber hinaus handle es sich bei der Dienstleistungsanzeige um einen verbesserungsfähigen Mangel. Die Antragstellerin habe ein diesbezügliches Schreiben als Anzeige dem Auftraggeber am 28.2.2007 vorgelegt (Beilage 1 bzw. OZ 22). Werde das Angebot der Antragstellerin entgegen dieser Ansicht ausgeschieden, werde der Antrag auf Gebührenersatz aufrechterhalten, da der Auftraggeber den Nachprüfungsantrag verursacht habe. Darüber hinaus werde zum Beweis dafür, dass die Referenzen der präsumtiven Bestbieterin unrichtig bewertet worden seien, die Bestellung eines Sachverständigen aus dem Gebiet Tiefbau - und Tunnelplanung beantragt.

Auf Vorhalt der Vorsitzenden, wann die C*** als deutsche ZT GmbH und Teil der antragstellenden Bietergemeinschaft die gemäß § 1 Abs 2 der EWR-Ing.KonsV geforderte Dienstleistungsanzeige erbracht habe, wurde von der Antragstellerin auf ihre Ausführungen verwiesen und ausgeführt, es sei richtig, dass diese am 28.2.2007 bei der Kammer der Architekten und Ingenieurkonsulenten für Wien Niederösterreich und Burgenland eingebracht worden sei. Auf die Frage, wann die Anzeige nach Ansicht der Antragstellerin beim Auftraggeber vorliegen müsse, wurde von der Antragstellerin ausgeführt, dass es im gegenständlichen Verfahren nicht erforderlich gewesen sei, die Dienstleistungsanzeige mit dem Angebot vorzulegen. Auf Vorhalt der Vorsitzenden, wann die C*** als deutsche ZT GmbH und Teil der antragstellenden Bietergemeinschaft die gemäß Paragraph eins, Absatz 2, der EWR-Ing.KonsV geforderte Dienstleistungsanzeige erbracht habe, wurde von der Antragstellerin auf ihre Ausführungen verwiesen und ausgeführt, es sei richtig, dass diese am 28.2.2007 bei der Kammer der Architekten und Ingenieurkonsulenten für Wien Niederösterreich und Burgenland eingebracht worden sei. Auf die Frage, wann die Anzeige nach Ansicht der Antragstellerin beim Auftraggeber vorliegen müsse, wurde von der Antragstellerin ausgeführt, dass es im gegenständlichen Verfahren nicht erforderlich gewesen sei, die Dienstleistungsanzeige mit dem Angebot vorzulegen.

Auf Vorhalt, ob die Ausschreibung beeinträchtigt worden sei, da es der Auftraggeber nach Ansicht der Antragstellerin unterlassen habe, diesen Nachweis ausdrücklich zu fordern, führte die Antragstellerin wiederholt aus, dass die Dienstleistungsanzeige nicht mit dem Angebot vorzulegen gewesen sei, sondern dass ein Auszug aus dem Berufs- und Handelsregister des Herkunftslandes, wie in den Ausschreibungsunterlagen gefordert, ausreichend gewesen sei. Unter

Verweis auf den Schriftsatz vom 6.3.2007 führte der Auftraggeber ergänzend aus, dass den Ausschreibungsunterlagen nicht zu entnehmen sei, dass eine Dienstleistungsanzeige im Sinne der EWR-Ing.KonsVO nicht erforderlich sei. Liege zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung eine Dienstleistungsanzeige nicht vor, sei das Angebot auszuschneiden. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin sprach sich gegen die von der Antragstellerin beantragte Einsicht in die Bieterunterlagen aus und verwies auf die zu wahrenen Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse. Zur nicht rechtzeitigen Vorlage der Dienstleistungsanzeige wurde auf § 1 der EWR-IngKonsV verwiesen, wonach diese vorher schriftlich zu beantragen sei und wurde nach Vorhalt des Schreibens der Antragstellerin vom 28.2.2007 ausgeführt, dass es sich bei der vorgelegten Anzeige um keine Dienstleistungsanzeige iSd EWR-IngKonsV handle, vielmehr lediglich um die Bestätigung der Kammer um Beantragung der Dienstleistungsanzeige. Die Bearbeitung und Ausfertigung der Anzeige betrage etwa 2 Wochen und werde diese im Anschluss vom jeweiligen Organ der Kammer ausgestellt und unterfertigt. Zur Bestellung des Sachverständigen wurde ausgeführt, dass eine solche iSd Rechtsprechung des VwGH und im Hinblick auf das Vorbringen nicht geboten sei, andernfalls werde die Bevorschussung der Sachverständigengebühr angeregt. Auf Vorhalt, ob die Ausschreibung beeinträchtigt worden sei, da es der Auftraggeber nach Ansicht der Antragstellerin unterlassen habe, diesen Nachweis ausdrücklich zu fordern, führte die Antragstellerin wiederholt aus, dass die Dienstleistungsanzeige nicht mit dem Angebot vorzulegen gewesen sei, sondern dass ein Auszug aus dem Berufs- und Handelsregister des Herkunftslandes, wie in den Ausschreibungsunterlagen gefordert, ausreichend gewesen sei. Unter Verweis auf den Schriftsatz vom 6.3.2007 führte der Auftraggeber ergänzend aus, dass den Ausschreibungsunterlagen nicht zu entnehmen sei, dass eine Dienstleistungsanzeige im Sinne der EWR-Ing.KonsVO nicht erforderlich sei. Liege zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung eine Dienstleistungsanzeige nicht vor, sei das Angebot auszuschneiden. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin sprach sich gegen die von der Antragstellerin beantragte Einsicht in die Bieterunterlagen aus und verwies auf die zu wahrenen Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse. Zur nicht rechtzeitigen Vorlage der Dienstleistungsanzeige wurde auf Paragraph eins, der EWR-IngKonsV verwiesen, wonach diese vorher schriftlich zu beantragen sei und wurde nach Vorhalt des Schreibens der Antragstellerin vom 28.2.2007 ausgeführt, dass es sich bei der vorgelegten Anzeige um keine Dienstleistungsanzeige iSd EWR-IngKonsV handle, vielmehr lediglich um die Bestätigung der Kammer um Beantragung der Dienstleistungsanzeige. Die Bearbeitung und Ausfertigung der Anzeige betrage etwa 2 Wochen und werde diese im Anschluss vom jeweiligen Organ der Kammer ausgestellt und unterfertigt. Zur Bestellung des Sachverständigen wurde ausgeführt, dass eine solche iSd Rechtsprechung des VwGH und im Hinblick auf das Vorbringen nicht geboten sei, andernfalls werde die Bevorschussung der Sachverständigengebühr angeregt.

Die zweitmitbeteiligte Partei verwies auf die Schriftsätze, hat sich zur Frage der Antragslegitimation den Ausführungen der erstmitbeteiligten Partei und des Auftraggebers angeschlossen und ausgeführt, dass sowohl die Ausschreibung als auch die Bekanntmachung Bestandskraft erlangt haben, in der Bekanntmachung der Hinweis auf die EWR-IngKonsV enthalten sei und maßgeblich für den Antrag der Dienstleistungsanzeige das Ende der Angebotsfrist, also der 12.5. 2006, sei.

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 Oberschwellerbereich 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 90,05 Punkten und einer Angebotssumme von Euro 4,705.219,92 .- an 2. Stelle gereiht wurde, hat der Auftraggeber mit Schreiben datiert 31.1.2007 sämtlichen Bietern per Telefax die Zuschlagsentscheidung zugunsten der Bietergemeinschaft D*** -E***- F*** mit 91,33 Punkten und einer Vergabesumme von netto Euro 2,223.501,94.- (ohne Option) bzw. Euro 4,298.987,42.-- (mit Option) bekannt gegeben. Eine Entscheidung des Auftraggebers, das Angebot der Antragstellerin aufgrund der Ergebnisse der Angebotsprüfung gemäß § 98 Z 12 BVergG 2002 auszuschneiden, wurde nicht getroffen. 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 90,05 Punkten und einer Angebotssumme von Euro 4,705.219,92 .- an 2. Stelle gereiht wurde, hat der Auftraggeber mit Schreiben datiert 31.1.2007 sämtlichen Bietern per Telefax die Zuschlagsentscheidung zugunsten der Bietergemeinschaft D*** -E***- F*** mit 91,33 Punkten und einer Vergabesumme von netto Euro 2,223.501,94.- (ohne Option) bzw. Euro 4,298.987,42.-- (mit Option) bekannt gegeben. Eine Entscheidung des Auftraggebers, das Angebot der Antragstellerin aufgrund der Ergebnisse der Angebotsprüfung gemäß Paragraph 98, Ziffer 12, BVergG 2002 auszuschneiden, wurde nicht getroffen.

Mit Schriftsatz vom 14.2.2007, eingelangt beim Bundesvergabeamt am 15.2.2007 hat die antragstellende Bietergemeinschaft A*** bestehend aus 1) B*** und 2) C*** GmbH & Co KG, die Nichtigerklärung 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 die

Referenzprojekte unrichtig bewertet, vielmehr sei bei rechtmäßiger Bewertung dem Angebot der Antragstellerin als Bestbieterin der Zuschlag zu erteilen. Mit Bescheid des Bundesvergabebeamten vom 20. 2.2007, GZ N/0011- BVA/03/2007-EV6 wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben.

Den vom Auftraggeber erst während des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens aufgeworfenen Ausscheidungsgrund des Nichtvorliegens der Dienstleistungsanzeige des in Deutschland ansässigen Mitglieds der antragstellenden Bietergemeinschaft gemäß § 1 Abs.4 EWR-Ing-KonsVO 1995 bestritt die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 1.3.2007, vielmehr, so die Antragstellerin, sei der vom Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen Teil 3 Seite 3 geforderte Nachweis der Befugnis erbracht worden. Der Auftraggeber habe keinen gemäß den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes geforderten ausdrücklichen Hinweis in der Vorinformation bzw. Bekanntmachung aufgenommen und handle es sich um eine Auftraggeberentscheidung, die als Beschwerdepunkt nicht vom Bundesvergabeamt auszugreifen sei. Den vom Auftraggeber erst während des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens aufgeworfenen Ausscheidungsgrund des Nichtvorliegens der Dienstleistungsanzeige des in Deutschland ansässigen Mitglieds der antragstellenden Bietergemeinschaft gemäß Paragraph eins, Absatz 4, EWR-Ing-KonsVO 1995 bestritt die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 1.3.2007, vielmehr, so die Antragstellerin, sei der vom Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen Teil 3 Seite 3 geforderte Nachweis der Befugnis erbracht worden. Der Auftraggeber habe keinen gemäß den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes geforderten ausdrücklichen Hinweis in der Vorinformation bzw. Bekanntmachung aufgenommen und handle es sich um eine Auftraggeberentscheidung, die als Beschwerdepunkt nicht vom Bundesvergabeamt auszugreifen sei.

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

In Pkt.III.3.1) der Vergabebekanntmachung, abgesendet am 14.9.2005 zur Veröffentlichung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, ist zur Frage, ob die Dienstleistungserbringung einem besonderen Berufsstand vorbehalten ist und wenn ja, Bezugnahme auf die einschlägige Rechts- oder Verwaltungsvorschrift, angeführt:

" Ziviltechnikergesetz 1993 - ZTG; EWR-Ingenieurkonsulentenverordnung BGBl. Nr. 695/1995"

In Teil 3 S. 3 der Ausschreibungsbestimmungen ist festgelegt:

" Nachweis der Befugnis (§ 53 BVergG 2002)" Nachweis der Befugnis (Paragraph 53, BVergG 2002)

Abschrift des Berufs -oder Handelsregisters des Herkunftslandes des Unternehmers oder die dort vorgesehene Bescheinigung oder eidesstattliche Erklärung".

Mit Schreiben vom 1.3.2007 hat die Kammer der Architekten und Ingenieurkonsulenten für Wien, Niederösterreich und Burgenland dem Bundesvergabeamt im Zuge des Ermittlungsverfahrens auf schriftliches Ersuchen per Telfax vom 27.2.2007 (OZ 8d) mitgeteilt, "Ein Antrag auf Unterfertigung einer Dienstleistungsanzeige in der gegenständlichen Angelegenheit wurde von Herrn DI Aa*** am 28.2.2007 eingebracht. Die Anzeige wurde bis dato nicht unterfertigt" (OZ 11). Daraufhin hat der Auftraggeber mit Schriftsatz vom 6.3.2007 erstmals den Ausscheidenstatbestand des § 98 Z 12 BVergG 2002 aufgegriffen und vorgebracht, das Angebot der Antragstellerin sei mangels Nichterbringung der geforderten Dienstleistungsanzeige auszuschneiden und daher im gegenständlichen Verfahren nicht antragslegitimiert. Weder der Prüfbericht noch der Vergabebericht enthält einen diesbezüglichen Vermerk. Eine Ausscheidensentscheidung hat der Auftraggeber nicht getroffen. Mit Schreiben vom 1.3.2007 hat die Kammer der Architekten und Ingenieurkonsulenten für Wien, Niederösterreich und Burgenland dem Bundesvergabeamt im Zuge des Ermittlungsverfahrens auf schriftliches Ersuchen per Telfax vom 27.2.2007 (OZ 8d) mitgeteilt, "Ein Antrag auf Unterfertigung einer Dienstleistungsanzeige in der gegenständlichen Angelegenheit wurde von Herrn DI Aa*** am 28.2.2007 eingebracht. Die Anzeige wurde bis dato nicht unterfertigt" (OZ 11). Daraufhin hat der Auftraggeber mit Schriftsatz vom 6.3.2007 erstmals den Ausscheidenstatbestand des Paragraph 98, Ziffer 12, BVergG 2002 aufgegriffen und vorgebracht, das Angebot der Antragstellerin sei mangels Nichterbringung der geforderten Dienstleistungsanzeige auszuschneiden und daher im gegenständlichen Verfahren nicht antragslegitimiert. Weder der Prüfbericht noch der Vergabebericht enthält einen diesbezüglichen Vermerk. Eine Ausscheidensentscheidung hat der Auftraggeber nicht getroffen.

In der am 8.3. 2007 durchgeführten mündlichen Verhandlung legte die Antragstellerin ein an den Auftraggeber

adressiertes Schreiben vom 28.2.2007 mit folgendem Wortlaut vor (OZ 22): "Beiliegend übermitteln wir Ihnen eine Bestätigung hinsichtlich der erstatteten Dienstleistungsanzeige unseres Bietergemeinschaftspartners C*** GmbH & Co.KG....." sowie ein diesem Schreiben angehängtes e-mail der Kammer der Architekten u. Ingenieurkonsulenten für Wien, NÖ u. Burgenland vom 28.2.2007: "hiermit bestätigen wir, dass Sie für das Projekt " S1 Wiener Außenring Schnellstrasse - Schwechat - Süßenbrunn" mit heutigem Tage eine Dienstleistungsanzeige iSd Richtlinie 85/384 bzw. 89/48 EWG gestellt haben.....". Das Bundesvergabeamt hat erwogen

1. 1.Ziffer eins

Rechtslage:

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

2. 2.Ziffer 2

Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Anträge

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

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 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). Wird dieselbe gesondert anfechtbare Entscheidung von mehreren Unternehmern angefochten, hat das Bundesvergabeamt gemäß § 320 Abs.4 BVergG 2006 - unter Bedachtnahme auf die §§ 101 Abs. 2, 104 Abs. 3, 105 Abs. 6, 249 Abs. 2, 253 Abs. 3 und 254 Abs. 6 - die Verfahren zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung zu verbinden, wobei eine getrennte Verfahrensführung zulässig ist, wenn dies im Interesse der Zweckmäßigkeit, Einfachheit und Kostenersparnis gelegen ist. Haben mehrere Unternehmer dieselbe gesondert anfechtbare Entscheidung des Auftraggebers angefochten, so kommt ihnen in allen Nachprüfungsverfahren betreffend diese Entscheidung Parteistellung zu (Paragraph 324, Absatz 4, BVergG 2006; s. N/0013-BVA/03/2007). Wird dieselbe gesondert anfechtbare Entscheidung von mehreren Unternehmern angefochten, hat das Bundesvergabeamt gemäß Paragraph 320, Absatz 4, BVergG 2006 - unter Bedachtnahme auf die Paragraphen 101, Absatz 2, 104, Absatz 3, 105, Absatz 6, 249, Absatz 2, 253, Absatz 3 und 254 Absatz 6, - die Verfahren zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung zu verbinden, wobei eine getrennte Verfahrensführung zulässig ist, wenn dies im Interesse der Zweckmäßigkeit, Einfachheit und Kostenersparnis gelegen ist.

1. 3.Ziffer 3

Inhaltliche Beurteilung des Antrages

Zu Spruchpunkt I Zu Spruchpunkt römisch eins

Gemäß § 162 Abs.1 BVergG 2002 ist das Bundesvergabeamt auf Antrag zur Durchführung des Nachprüfungsverfahrens nach Maßgabe der Bestimmungen dieses Abschnittes zuständig. Nach Abs.2 leg.cit ist das Bundesvergabeamt bis zur Zuschlagserteilung zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hierzu ergangenen Verordnungen zuständig 1. zur Erlassung einstweiliger Verfügungen, sowie 2. zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte. Gemäß Paragraph 162, Absatz eins, BVergG 2002 ist das Bundesvergabeamt auf Antrag zur Durchführung des Nachprüfungsverfahrens nach Maßgabe der Bestimmungen dieses Abschnittes zuständig. Nach Absatz 2, leg.cit ist das Bundesvergabeamt bis zur Zuschlagserteilung zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hierzu ergangenen Verordnungen zuständig 1. zur Erlassung einstweiliger Verfügungen, sowie 2. zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte.

Gemäß § 21 Abs.1 BVergG 2002 sind Aufträge über Leistungen nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu vergeben. Gemäß Paragraph 21, Absatz eins, BVergG 2002 sind Aufträge über Leistungen nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des

Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauterer Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu vergeben.

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

Gemäß § 67 Abs.2 BVergG 2002 sind in die Ausschreibungsunterlagen die als erforderlich erachteten Nachweise gemäß den §§ 53, 54, 56 und 57 aufzunehmen. Gemäß Paragraph 67, Absatz 2, BVergG 2002 sind in die Ausschreibungsunterlagen die als erforderlich erachteten Nachweise gemäß den Paragraphen 53, 54, 56 und 57 aufzunehmen.

Gemäß § 30 Abs.4 BVergG 2002 haben Bewerber oder Bieter, die im Gebiet einer anderen Vertragspartei des EWR-Abkommens ansässig sind und die ein Anerkennungs- oder Gleichhaltungsverfahren gemäß den §§ 373c und 373d GewO 1994, BGBl. Nr. 194, in der jeweils geltenden Fassung, durchführen oder eine Bestätigung gemäß § 1 Abs. 4 der EWR-Architektenverordnung, BGBl. Nr. 694/1995, in der jeweils geltenden Fassung, oder eine Bestätigung gemäß § 1 Abs. 4 der EWR-Ingenieurkonsulentenverordnung, BGBl. Nr. 695/1995, in der jeweils geltenden Fassung, einholen müssen, die entsprechenden Anträge möglichst umgehend zu stellen. Sie haben vor Ablauf der Angebotsfrist den Nachweis beizubringen, dass sie einen Antrag gemäß den genannten Rechtsvorschriften eingebracht haben. Gemäß § 38 Abs.2 BVergG 2002 ist in der Vorinformation auf das allfällige Erfordernis einer Anerkennung oder Gleichhaltung gemäß den §§ 373c und 373d GewO 1994, BGBl. Nr. 194, in der jeweils geltenden Fassung, oder einer Bestätigung gemäß § 1 Abs. 4 der EWR-Architektenverordnung, BGBl. Nr. 694/1995, in der jeweils geltenden Fassung, oder einer Bestätigung gemäß § 1 Abs. 4 der EWR-Ingenieurkonsulentenverordnung, BGBl. Nr. 695/1995, in der jeweils geltenden Fassung, ausdrücklich hinzuweisen. Gemäß Paragraph 30, Absatz 4, BVergG 2002 haben Bewerber oder Bieter, die im Gebiet einer anderen Vertragspartei des EWR-Abkommens ansässig sind und die ein Anerkennungs- oder Gleichhaltungsverfahren gemäß den Paragraphen 373 c und 373 d GewO 1994, BGBl. Nr. 194, in der jeweils geltenden Fassung, durchführen oder eine Bestätigung gemäß Paragraph eins, Absatz 4, der EWR-Architektenverordnung, Bundesgesetzblatt Nr. 694 aus 1995,, in der jeweils geltenden Fassung, oder eine Bestätigung gemäß Paragraph eins, Absatz 4, der EWR-Ingenieurkonsulentenverordnung, Bundesgesetzblatt Nr. 695 aus 1995,, in der jeweils geltenden Fassung, einholen müssen, die entsprechenden Anträge möglichst umgehend zu stellen. Sie haben vor Ablauf der Angebotsfrist den Nachweis beizubringen, dass sie einen Antrag gemäß den genannten Rechtsvorschriften eingebracht haben. Gemäß Paragraph 38, Absatz 2, BVergG 2002 ist in der Vorinformation auf das allfällige Erfordernis einer Anerkennung oder Gleichhaltung gemäß den Paragraphen 373 c und 373 d GewO 1994, BGBl. Nr. 194, in der jeweils geltenden Fassung, oder einer Bestätigung gemäß Paragraph eins, Absatz 4, der EWR-Architektenverordnung, Bundesgesetzblatt Nr. 694 aus 1995,, in der jeweils geltenden Fassung, oder einer Bestätigung gemäß Paragraph eins, Absatz 4, der EWR-Ingenieurkonsulentenverordnung, Bundesgesetzblatt Nr. 695 aus 1995,, in der jeweils geltenden Fassung, ausdrücklich hinzuweisen.

In der Verordnung des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten über die Umsetzung zwischenstaatlicher Vereinbarungen betreffend die Ingenieurkonsulenten (EWR Ingenieurkonsulentenverordnung - EWR-Ing- KonsV), BGBl. Nr. 695/1995 idgF ist u.a. festgelegt: In der Verordnung des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten über die Umsetzung zwischenstaatlicher Vereinbarungen betreffend die Ingenieurkonsulenten (EWR Ingenieurkonsulentenverordnung - EWR-Ing- KonsV), Bundesgesetzblatt Nr. 695 aus 1995, idgF ist u.a. festgelegt:

" Dienstleistung

§ 1.Paragraph eins,

(1) Staatsangehörige einer Vertragspartei des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR), die in einem Mitgliedstaat des EWR zur Ausübung des Berufes eines Ingenieurkonsulenten auf einem Fachgebiet berechtigt sind, für das nach den Bestimmungen des Ziviltechnikergesetzes 1993 - ZTG eine Befugnis verliehen wird, sind nach Erwerb der Bestätigung gemäß Abs. 4 zur vorübergehenden projektbezogenen Erbringung von grenzüberschreitenden Dienstleistungen auf diesem Fachgebiet berechtigt. (1) Staatsangehörige einer Vertragspartei des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR), die in einem Mitgliedstaat des EWR zur Ausübung des Berufes eines Ingenieurkonsulenten auf einem Fachgebiet berechtigt sind, für das nach den Bestimmungen des

Ziviltechnikergesetzes 1993 - ZTG eine Befugnis verliehen wird, sind nach Erwerb der Bestätigung gemäß Absatz 4, zur vorübergehenden projektbezogenen Erbringung von grenzüberschreitenden Dienstleistungen auf diesem Fachgebiet berechtigt.

(2) Der Begünstigte hat die Erbringung der Dienstleistung der nach dem Ort der Dienstleistung zuständigen Architekten- und Ingenieurkonsulentenkammer schriftlich vorher anzuzeigen.

(3) Der Anzeige gemäß Abs. 2 sind folgende Nachweise anzuschließen (3) Der Anzeige gemäß Absatz 2, sind folgende Nachweise anzuschließen:

1. 1. Ziffer eins

Nachweise, dass der Begünstigte die betreffende Tätigkeit in einem Mitgliedstaat rechtmäßig ausübt und eine Niederlassung besteht;

2. 2. Ziffer 2

1. a) Litera a

das Diplom im Sinne des Art. 1 lit. a der Richtlinie 89/48/EWG vom 21. Dezember 1988 über eine allgemeine Regelung zur Anerkennung der Hochschuldiplome, die eine mindestens dreijährige Berufsausbildung abschließen (im folgenden Richtlinie 89/48/EWG), wenn der Beruf im Heimat oder Herkunftsmitgliedstaat reglementiert ist; b) Nachweise im Sinne des Art. 3 lit. b der Richtlinie 89/48/EWG, wenn der Beruf im Heimat- oder Herkunftsmitgliedstaat nicht reglementiert ist; das Diplom im Sinne des Artikel eins, Litera a, der Richtlinie 89/48/EWG vom 21. Dezember 1988 über eine allgemeine Regelung zur Anerkennung der Hochschuldiplome, die eine mindestens dreijährige Berufsausbildung abschließen (im folgenden Richtlinie 89/48/EWG), wenn der Beruf im Heimat oder Herkunftsmitgliedstaat reglementiert ist; b) Nachweise im Sinne des Artikel 3, Litera b, der Richtlinie 89/48/EWG, wenn der Beruf im Heimat- oder Herkunftsmitgliedstaat nicht reglementiert ist;

3. 3. Ziffer 3

ein von der zuständigen Stelle des Heimat- oder Herkunftsmitgliedstaates ausgestellter Nachweis über den Erwerb einer mindestens dreijährigen Berufserfahrung nach Abschluss der Ausbildung gemäß Z 2; ein von der zuständigen Stelle des Heimat- oder Herkunftsmitgliedstaates ausgestellter Nachweis über den Erwerb einer mindestens dreijährigen Berufserfahrung nach Abschluss der Ausbildung gemäß Ziffer 2,;

4. 4. Ziffer 4

eine Bescheinigung über die Konkursfreiheit innerhalb der letzten fünf Jahre und eine Strafregisterbescheinigung, die jeweils nicht älter als drei Monate sein dürfen;

5. 5. Ziffer 5

ein Nachweis über die Staatsangehörigkeit.

(4) Die ordnungsgemäße Anzeige ist von der zuständigen Architekten- und Ingenieurkonsulentenkammer zu bestätigen."

§ 1 Abs. 1 EWR-Ing-KonsVO 1995 legt in Umsetzung der Richtlinie 85/384/EWG des Rates vom 10. Juni 1985 für die gegenseitige Anerkennung der Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise auf dem Gebiet der Architektur und für Maßnahmen zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des Niederlassungsrechts und des Rechts auf freien Dienstleistungsverkehr (Amtsblatt Nr. L 223 vom 21/08/1985 S. 0015 - 0025) sowie der Ersten Anerkennungsrichtlinie 89/48/EWG) fest, dass Staatsangehörige einer Vertragspartei des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR), die in einem Mitgliedstaat des EWR zur Ausübung des Berufes eines Ingenieurkonsulenten auf einem Fachgebiet berechtigt sind, für das nach den Bestimmungen des Ziviltechnikergesetzes 1993 - ZTG eine Befugnis verliehen wird, nach Erwerb der Bestätigung gemäß Abs. 4 zur vorübergehenden projektbezogenen Erbringung von grenzüberschreitenden Dienstleistungen auf diesem Fachgebiet berechtigt sind. Gemäß Abs. 2 der zitierten VO hat der Begünstigte die Erbringung der Dienstleistung der nach dem Ort der Dienstleistung zuständigen Architekten- und Ingenieurkonsulentenkammer schriftlich vorher anzuzeigen und gemäß Abs. 4 ist die ordnungsgemäße Anzeige von der zuständigen Architekten- und Ingenieurkonsulentenkammer zu bestätigen. Begründend wird in der Präambel der zitierten Richtlinie ausgeführt, dass im Falle einer Dienstleistung das Erfordernis der Eintragung oder Mitgliedschaft bei Berufsverbänden oder -körperschaften, die an sich mit der festen und dauerhaften Tätigkeit im Aufnahmemitgliedstaat verbunden ist, es zweifellos eine Behinderung für den Dienstleistungserbringer darstellen würde, der seine Tätigkeit nur vorübergehend ausübt. " Auf dieses Erfordernis ist

daher zu verzichten. Allerdings sollte in diesem Fall die Einhaltung der Berufsordnung, über die diese Berufsverbände oder - körperschaften zu wachen haben, sichergestellt werden. Zu diesem Zweck ist vorbehaltlich der Anwendung von Artikel 62 des Vertrages vorzusehen, daß von dem Begünstigten eine Anzeige bei der zuständigen Behörde des Aufnahmemitgliedstaats über die Dienstleistung verlangt werden kann."Paragraph eins, Absatz eins, EWR-Ing-KonsVO 1995 legt in Umsetzung der Richtlinie 85/384/EWG des Rates vom 10. Juni 1985 für die gegenseitige Anerkennung der Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise auf dem Gebiet der Architektur und für Maßnahmen zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des Niederlassungsrechts und des Rechts auf freien Dienstleistungsverkehr (Amtsblatt Nr. L 223 vom 21/08/1985 S. 0015 - 0025) sowie der Ersten Anerkennungsrichtlinie 89/48/EWG) fest, dass Staatsangehörige einer Vertragspartei des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR), die in einem Mitgliedstaat des EWR zur Ausübung des Berufes eines Ingenieurkonsulenten auf einem Fachgebiet berechtigt sind, für das nach den Bestimmungen des Ziviltechnikergesetzes 1993 - ZTG eine Befugnis verliehen wird, nach Erwerb der Bestätigung gemäß Absatz 4, zur vorübergehenden projektbezogenen Erbringung von grenzüberschreitenden Dienstleistungen auf diesem Fachgebiet berechtigt sind. Gemäß Absatz 2, der zitierten VO hat der Begünstigte hat die Erbringung der Dienstleistung der nach dem Ort der Dienstleistung zuständigen Architekten- und Ingenieurkonsulentenkammer schriftlich vorher anzuzeigen und gemäß Absatz 4, ist die ordnungsgemäße Anzeige von der zuständigen Architekten- und Ingenieurkonsulentenkammer zu bestätigen. Begründend wird in der Präambel der zitierten Richtlinie ausgeführt, dass im Falle einer Dienstleistung das Erfordernis der Eintragung oder Mitgliedschaft bei Berufsverbänden oder - körperschaften, die an sich mit der festen und dauerhaften Tätigkeit im Aufnahmemitgliedstaat verbunden ist, es zweifellos eine Behinderung für den Dienstleistungserbringer darstellen würde, der seine Tätigkeit nur vorübergehend ausübt. " Auf dieses Erfordernis ist daher zu verzichten. Allerdings sollte in diesem Fall die Einhaltung der Berufsordnung, über die diese Berufsverbände oder - körperschaften zu wachen haben, sichergestellt werden. Zu diesem Zweck ist vorbehaltlich der Anwendung von Artikel 62 des Vertrages vorzusehen, daß von dem Begünstigten eine Anzeige bei der zuständigen Behörde des Aufnahmemitgliedstaats über die Dienstleistung verlangt werden kann."

Gemäß Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofs vom 21.06.2004, B531/02 ist bei der Beurteilung der Leistungsfähigkeit eine differenzierende Sichtweise anhand der ausgeschriebenen Leistung geboten: " Ist die Leistung homogen, auf eine bestimmte Unternehmergruppe beschränkt und nicht nach Spartenleistungen zu trennen, dürfen im Falle der Angebotslegung durch eine Bietergemeinschaft alle Mitglieder die entsprechende Befugnis nachzuweisen haben....(so auch Aicher/Schramm, Nachweis der Befugnis von Arbeits- oder Bietergemeinschaften, ZVB 2002, 97)."

Gemäß § 91 Abs.1 BVergG 2002 hat die Prüfung der Angebote in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Kriterien zu erfolgen und ist gemäß Abs.2 leg.cit im Einzelnen u.a. zu prüfen,1. ob den in § 21 Abs. 1 angeführten Grundsätzen entsprochen wurde undGemäß Paragraph 91, Absatz eins, BVergG 2002 hat die Prüfung der Angebote in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Kriterien zu erfolgen und ist gemäß Absatz 2, leg.cit im Einzelnen u.a. zu prüfen,1. ob den in Paragraph 21, Absatz eins, angeführten Grundsätzen entsprochen wurde und

1. 2.Ziffer 2

die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Bieters. Gemäß § 98 Z 12 BVergG 2002 hat vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung die vergebende Stelle auf Grund des Ergebnisses der Prüfung Angebote von Bieter, bei welchen der vergebenden Stelle zum beabsichtigten Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung bzw. des Ablaufes der gemäß § 79 Abs. 3 gesetzten Nachfrist kein Bescheid über die Erteilung der Anerkennung bzw. den Ausspruch der Gleichhaltung gemäß den §§ 373c und 373d GewO 1994 oder keine Bestätigung gemäß der EWR-Architektenverordnung oder der EWR-Ingenieurkonsulentenverordnung vorliegt, auszuschneiden. Bereits in der Bekanntmachung der Ausschreibung wird auf die EWR-Ingenieurkonsulentenverordnung, BGBl. Nr. 695/1995 hingewiesen. Die in §1 Abs.4 dieser Verordnung zum Nachweis der Leistungsfähigkeit geforderte Dienstleistungsanzeige wurde von der Antragstellerin bei Ablauf der Angebotsfrist unstrittig nicht erbracht, sondern wurde gemäß Mitteilung der Kammer der Architekten und Ingenieurkonsulenten für Wien, Niederösterreich und Burgenland vom 1.3.2007 der Antrag auf Unterfertigung einer Dienstleistungsanzeige in der gegenständlichen Angelegenheit von Herrn DI Aa*** erst am 28.2.2007 eingebracht.die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Bieters. Gemäß Paragraph 98, Ziffer 12,

BVergG 2002 hat vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung die vergebende Stelle auf Grund des Ergebnisses der Prüfung Angebote von Bieter, bei welchen der vergebenden Stelle zum beabsichtigten Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung bzw. des Ablaufes der gemäß Paragraph 79, Absatz 3, gesetzten Nachfrist kein Bescheid über die Erteilung der Anerkennung bzw. den Ausspruch der Gleichhaltung gemäß den Paragraphen 373 c und 373 d GewO 1994 oder keine Bestätigung gemäß der EWR-Architektenverordnung oder der EWR-Ingenieurkonsulentenverordnung vorliegt, auszuschneiden. Bereits in der Bekanntmachung der Ausschreibung wird auf die EWR-Ingenieurkonsulentenverordnung, Bundesgesetzblatt Nr. 695 aus 1995, hingewiesen. Die in §1 Absatz 4, dieser Verordnung zum Nachweis der Leistungsfähigkeit geforderte Dienstleistungsanzeige wurde von der Antragstellerin bei Ablauf der Angebotsfrist unstrittig nicht erbracht, sondern wurde gemäß Mitteilung der Kammer der Architekten und Ingenieurkonsulenten für Wien, Niederösterreich und Burgenland vom 1.3.2007 der Antrag auf Unterfertigung einer Dienstleistungsanzeige in der gegenständlichen Angelegenheit von Herrn DI Aa*** erst am 28.2.2007 eingebracht.

Auch ein gegen die Ausschreibung gerichteter Nachprüfungsantrag gemäß § 20 Z 13 lit.a sublit.bb BVergG 2002 zur Geltendmachung des von der Antragstellerin monierten fehlenden konkreten Hinweises in den Ausschreibungsunterlagen betreffend die zu erbringende Dienstleistungsanzeige wurde unstrittig nicht gestellt. " Dies bedeutet aber nicht, dass der Auftraggeber nur die schon in der Ausschreibung genannten konkreten Nachweise verlangen darf, hätte dies doch zur Folge, dass etwa die technische Leistungsfähigkeit - entgegen dem in § 21 Abs.1 BVergG normierten Grundsatz, wonach Aufträge nur an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen zu angemessenen Preisen zu vergeben sind- nicht überprüft werden könnte". (vgl. VwGH 18.5.2005, 2004/04/0094). Gemäß diesen Ausführungen und nach der Systematik des Bundesvergabegesetzes hat daher der Auftraggeber zunächst zu prüfen, ob ein Angebot - etwa wegen fehlender Eignung des Bieters - auszuschneiden ist, (VwGH 18.5.2005, 2004/04/0094), denn nur von den nach dieser vom Auftraggeber durchzuführenden Prüfung der Angebote ist eines für die Zuschlagsentscheidung auszuwählen. Der Auftraggeber ist demnach iSd § 21 Abs.1 BVergG 2002 verpflichtet, festzustellen, ob die für die Beurteilung der Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit relevanten Voraussetzungen vorliegen und steht es nicht in der Disposition des Auftraggebers, von den Ausscheidenstatbeständen nach seinem Ermessen Gebrauch (VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050) - oder nicht Gebrauch - zu machen.

Auch ein gegen die Ausschreibung gerichteter Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 20, Ziffer 13, Litera a, Sub-Litera, b, b, BVergG 2002 zur Geltendmachung des von der Antragstellerin monierten fehlenden konkreten Hinweises in den Ausschreibungsunterlagen betreffend die zu erbringende Dienstleistungsanzeige wurde unstrittig nicht gestellt. " Dies bedeutet aber nicht, dass der Auftraggeber nur die schon in der Ausschreibung genannten konkreten Nachweise verlangen darf, hätte dies doch zur Folge, dass etwa die technische Leistungsfähigkeit - entgegen dem in Paragraph 21, Absatz eins, BVergG normierten Grundsatz, wonach Aufträge nur an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen zu angemessenen Preisen zu vergeben sind- nicht überprüft werden könnte". vergleiche VwGH 18.5.2005, 2004/04/0094). Gemäß diesen Ausführungen und nach der Systematik des Bundesvergabegesetzes hat daher der Auftraggeber zunächst zu prüfen, ob ein Angebot - etwa wegen fehlender Eignung des Bieters - auszuschneiden ist, (VwGH 18.5.2005, 2004/04/0094), denn nur von den nach dieser vom Auftraggeber durchzuführenden Prüfung der Angebote ist eines für die Zuschlagsentscheidung auszuwählen. Der Auftraggeber ist demnach iSd Paragraph 21, Absatz eins, BVergG 2002 verpflichtet, festzustellen, ob die für die Beurteilung der Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit relevanten Voraussetzungen vorliegen und steht es nicht in der Disposition des Auftraggebers, von den Ausscheidenstatbeständen nach seinem Ermessen Gebrauch (VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050) - oder nicht Gebrauch - zu machen.

Kommt nun der Auftraggeber, wie im gegenständlichen Fall, nach einer unvollständig bzw. fehlerhaft durchgeführten Angebotsprüfung - was vom Auftraggeber in der zur gleichen gesondert anfechtbaren Entscheidung eines weiteren Unternehmers durchgeführten mündlichen Verhandlung am 14.3.2007 auch nachweislich vorgebracht hat (N/0013-BVA/0372007-24 und -25) - erst aufgrund einer im Zuge des Nachprüfungsverfahrens im Sinne der Bestimmungen des BVergG durchgeführten Prüfung der Angebote zu dem Ergebnis, dass das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden wäre und es dieser daher an der Antragslegitimation mangle, wäre dies ohne entsprechende Ausscheidensentscheidung durch den Auftraggeber im Falle einer Anfechtung vom Bundesvergabeamt zu prüfen und mittels Bescheid darüber abzusprechen, sodass damit allenfalls nicht nur die Unzulässigkeit einer Verkürzung des dem BVergG immanenten Rechtsschutzes gegen Auftraggeberentscheidungen verbunden ist, sondern auch die Tatsache, dass das Bundesvergabeamt im Zuge eines Nachprüfungsverfahrens eine vom Auftraggeber entgegen den

Bestimmungen des BVergG nicht vollständig und ordnungsgemäß durchgeführte Angebotsprüfung vorzunehmen hat, obwohl es sich bei dieser Handlung um Akte des öffentlichen Auftraggebers im Vergabeverfahren handelt, für deren Setzung der Vergabekontrollbehörde im Nachprüfungsverfahren keine Zuständigkeit zukommt (VwGH 7.11.2005, Zl. 2005/04/0061-8).

Die Prüfung der Angebote wird gemeinsam mit den Regelungen über das Ausscheiden von Angeboten im 3. Teil, 3. Hauptstück "Das Zuschlagsverfahren", 2. Abschnitt "Prüfung der Angebote" des BVergG 2002 in den §§ 90 bis 98 leg.cit geregelt. In diesen Bestimmungen werden dem Auftraggeber zahlreiche Rechte und Pflichten auferlegt. Das Bundesvergabeamt bzw. der zuständige Senat in einem Nachprüfungsverfahren ist jedoch nicht Auftraggeber im Sinne der §§ 90 bis 98 BVergG 2002. Seine Befugnisse sind in § 162 ff BVergG 2002 geregelt. Er ist - neben der Erlassung von einstweiligen Verfügungen und der Durchführung von Feststellungsverfahren - nur zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren zuständig. Aus Abs. 2 des § 162 BVergG 2002 folgt, dass er nur zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers zuständig ist. Aus keiner Bestimmung des BVergG lässt sich aber entnehmen oder ableiten, dass das Bundesvergabeamt im Zuge eines Nachprüfungsverfahrens eine nicht vollständig abgeschlossene oder fehlerhaft durchgeführte Angebotsprüfung abschließen oder durchführen darf. Seine Aufgabe ist das Nachprüfen von rechtswidrigen Auftraggeberentscheidungen. Nachprüfen setzt jedoch voraus, dass zuvor geprüft wurde. Der Auftraggeber hat in gegenständlichem Fall jedoch den erst im Zuge des Nachprüfungsverfahrens behaupteten Ausscheidungsgrund nicht geprüft, sodass eine diesbezügliche Nachprüfung eines solchen Ausscheidungsgrundes nicht vorgenommen werden kann. Dem Bundesvergabeamt als Nachprüfungsbehörde ist es somit verwehrt, gleichsam als Auftraggeber die nicht gemäß den Bestimmungen des BVergG durchgeführte Angebotsprüfung hinsichtlich erst im Zuge eines Nachprüfungsantrages behaupteten Ausscheidensgrundes durchzuführen. Würde man zur gegenteiligen Auffassung gelangen, würde das bedeuten, dass in einem Vergabeverfahren eine Prüfung der Angebote durch einen Auftraggeber entweder gar nicht oder nur sehr eingeschränkt erfolgen müsste oder auch fehlerhaft und nur oberflächlich durchgeführt werden kann, da im Streitfall eine ordnungsgemäße Prüfung jedenfalls durch die Nachprüfungsbehörde vorzunehmen wäre, die dann gleichsam als Erfüllungsgehilfe für den Auftraggeber tätig werden würde (vgl. BVA 23.3.2007, N/0015-BVA/05/2007-32). Die Prüfung der Angebote wird gemeinsam mit den Regelungen über das Ausscheiden von Angeboten im 3. Teil, 3. Hauptstück "Das Zuschlagsverfahren", 2. Abschnitt "Prüfung der Angebote" des BVergG 2002 in den Paragraphen 90 bis 98 leg.cit geregelt. In diesen Bestimmungen werden dem Auftraggeber zahlreiche Rechte und Pflichten auferlegt. Das Bundesvergabeamt bzw. der zuständige Senat in einem Nachprüfungsverfahren ist jedoch nicht Auftraggeber im Sinne der Paragraphen 90 bis 98 BVergG 2002. Seine Befugnisse sind in Paragraph 162, ff BVergG 2002 geregelt. Er ist - neben der Erlassung von einstweiligen Verfügungen und der Durchführung von Feststellungsverfahren - nur zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren zuständig. Aus Absatz 2, des Paragraph 162, BVergG 2002 folgt, dass er nur zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers zuständig ist. Aus keiner Bestimmung des BVergG lässt sich aber entnehmen oder ableiten, dass das Bundesvergabeamt im Zuge eines Nachprüfungsverfahrens eine nicht vollständig abgeschlossene oder fehlerhaft durchgeführte Angebotsprüfung abschließen oder durchführen darf. Seine Aufgabe ist das Nachprüfen von rechtswidrigen Auftraggeberentscheidungen. Nachprüfen setzt jedoch voraus, dass zuvor geprüft wurde. Der Auftraggeber hat in gegenständlichem Fall jedoch den erst im Zuge des Nachprüfungsverfahrens behaupteten Ausscheidungsgrund nicht geprüft, sodass eine diesbezügliche Nachprüfung eines solchen Ausscheidungsgrundes nicht vorgenommen werden kann. Dem Bundesvergabeamt als Nachprüfungsbehörde ist es somit verwehrt, gleichsam als Auftraggeber die nicht gemäß den Bestimmungen des BVergG durchgeführte Angebotsprüfung hinsichtlich erst im Zuge eines Nachprüfungsantrages behaupteten Ausscheidensgrundes durchzuführen. Würde man zur gegenteiligen Auffassung gelangen, würde das bedeuten, dass in einem Vergabeverfahren eine Prüfung der Angebote durch einen Auftraggeber entweder gar nicht oder nur sehr eingeschränkt erfolgen müsste oder auch fehlerhaft und nur oberflächlich durchgeführt werden kann, da im Streitfall eine ordnungsgemäße Prüfung jedenfalls durch die Nachprüfungsbehörde vorzunehmen wäre, die dann gleichsam als Erfüllungsgehilfe für den Auftraggeber tätig werden würde (vergleiche BVA 23.3.2007, N/0015-BVA/05/2007-32). Gemäß § 98 Z 12 BVergG 2002 hat der Auftraggeber - wie oben ausgeführt - vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auf Grund des Ergebnisses der Prüfung Angebote, bei welchen der vergebenden Stelle zum beabsichtigten Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung bzw. des Ablaufes der gemäß § 79 Abs. 3 gesetzten Nachfrist kein Bescheid über die Erteilung der Anerkennung bzw. den Ausspruch der Gleichhaltung gemäß den §§ 373c und 373d GewO 1994 oder keine Bestätigung gemäß der EWR-Architektenverordnung oder der EWR-

Ingenieurkonsulentinnenverordnung vorliegt, auszuscheiden. Gemäß Paragraph 98, Ziffer 12, BVergG 2002 hat der Auftraggeber - wie oben ausgeführt - vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auf Grund des Ergebnisses der Prüfung Angebote, bei welchen der vergebenden Stelle zum beabsichtigten Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung bzw. des Ablaufes der gemäß Paragraph 79, Absatz 3, gesetzten Nachfrist kein Bescheid über die Erteilung der Anerkennung bzw. den Ausspruch der Gleichhaltung gemäß den Paragraphen 373 c und 373 d GewO 1994 oder keine Bestätigung gemäß der EWR-Architektenverordnung oder der EWR-Ingenieurkonsulentinnenverordnung vorliegt, auszuscheiden.

Aus dieser Bestimmung ist zu entnehmen, dass dieser Ausscheidungsgrund Ergebnis der Prüfung des entsprechenden Angebotes sein muss. Den Verfahrensunterlagen, im Besonderen dem Prüfbericht und dem Vergabebericht, kann nicht entnommen werden, dass eine Prüfung betreffend die Befugnis der antragstellenden Bietergemeinschaft stattgefunden hat, vielmehr gesteht der Auftraggeber selbst zu, eine fehlerhafte Angebotsprüfung durchgeführt zu haben. Insbesondere hat sich die Prüfung unstrittig und nachweislich nicht mit der Frage auseinandergesetzt, ob vom in Deutschland ansässigen Teil der antragstellenden Bietergemeinschaft die Dienstleistungsanzeige im Sinne des § 1 Abs. 4 EWR-Ing-KonsVO iVm § 30 Abs. 4 BVergG 2002 erbracht wurde, andernfalls diese vom Auftraggeber auszuscheiden gewesen wäre. Da die Zuschlagsentscheidung eine abgeschlossene vergaberechtskonforme Angebotsprüfung bedingt, was jedoch im gegenständlichen Vergabeverfahren nicht der Fall war, sieht das Bundesvergabeamt keine Veranlassung, von der bisherigen Rechtsprechung abzuweichen, sodass spruchgemäß zu entscheiden war. Auf das weitere Vorbringen war daher nicht mehr einzugehen. Aus dieser Bestimmung ist zu entnehmen, dass dieser Ausscheidungsgrund Ergebnis der Prüfung des entsprechenden Angebotes sein muss. Den Verfahrensunterlagen, im Besonderen dem Prüfbericht und dem Vergabebericht, kann nicht entnommen werden, dass eine Prüfung betreffend die Befugnis der antragstellenden Bietergemeinschaft stattgefunden hat, vielmehr gesteht der Auftraggeber selbst zu, eine fehlerhafte Angebotsprüfung durchgeführt zu haben. Insbesondere hat sich die Prüfung unstrittig und nachweislich nicht mit der Frage auseinandergesetzt, ob vom in Deutschland ansässigen Teil der antragstellenden Bietergemeinschaft die Dienstleistungsanzeige im Sinne des Paragraph eins, Absatz 4, EWR-Ing-KonsVO in Verbindung mit Paragraph 30, Absatz 4, BVergG 2002 erbracht wurde, andernfalls diese vom Auftraggeber auszuscheiden gewesen wäre. Da die Zuschlagsentscheidung eine abgeschlossene vergaberechtskonforme Angebotsprüfung bedingt, was jedoch im gegenständlichen Vergabeverfahren nicht der Fall war, sieht das Bundesvergabeamt keine Veranlassung, von der bisherigen Rechtsprechung abzuweichen, sodass spruchgemäß zu entscheiden war. Auf das weitere Vorbringen war daher nicht mehr einzugehen.

Zu Spruchpunkt II:

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

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

Die Antragstellerin hat für den am 13.2.2007 eingebrachten Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs. 1 BVergG 2006 und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 328 Abs. 1 BVergG 2006 im Hinblick auf das im Oberschwellenbereich zu führende Verfahren nachweislich insgesamt Pauschalgebühren in der Höhe von Euro 3.200.- entrichtet. Die Antragstellerin hat für den am 13.2.2007 eingebrachten Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006 und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG 2006 im Hinblick auf das im Oberschwellenbereich zu führende Verfahren nachweislich insgesamt

Pauschalgebühren in der Höhe von Euro 3.200.- entrichtet.

Da gemäß Spruchpunkt I dieses Bescheides dem Antrag stattgegeben wurde und somit im Hinblick auf den Nachprüfungsantrag ein "teilweises Obsiegen" der Antragstellerin iSd § 319 Abs. 1 BVergG 2006 vorliegt, ist dem Antrag auf Ersatz der Gebühren für den Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs. 1 leg.cit. stattzugeben. Für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung besteht gemäß § 319 Abs. 2 leg.cit. ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren nur dann, wennDa gemäß Spruchpunkt römisch eins dieses Bescheides dem Antrag stattgegeben wurde und somit im Hinblick auf den Nachprüfungsantrag ein "teilweises Obsiegen" der Antragstellerin iSd Paragraph 319, Absatz eins, BVergG 2006 vorliegt, ist dem Antrag auf Ersatz der Gebühren für den Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, leg.cit. stattzugeben. Für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung besteht gemäß Paragraph 319, Absatz 2, leg.cit. ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren nur dann, wenn

1. 1.Ziffer eins
dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und
2. 2.Ziffer 2
dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessensabwägung abgewiesen wurde.

Da dem Nachprüfungsantrag gemäß Spruchpunkt I stattgegeben wurde, ist auch dem Antrag auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 319 Abs. 2 Z 1 BVergG 2006 stattzugeben.Da dem Nachprüfungsantrag gemäß Spruchpunkt römisch eins stattgegeben wurde, ist auch dem Antrag auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 319, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG 2006 stattzugeben.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Schlagworte

Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung; fehlende Befugnis; fehlerhafte Angebotsprüfung; Ersatz der Pauschalgebühren;

Dokumentnummer

VERGT_20070327_N_0011_BVA_03_2007_24_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