

Entscheidende Behörde

Bundesvergabeamt

Entscheidungsdatum

26.11.2007

Geschäftszahl

N/0102-BVA/03/2007-17

Text**BESCHEID**

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senats 3, Dr. Sibyll Huber-Matauschek und die Beisitzer Mag. Manfred Rosenbaum als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Helmut Heindl als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs. 2 Z 2 Bundesvergabegesetz 2006 - BVergG 2006, BGBl I Nr. 17/2006 betreffend das Vergabeverfahren "S 37 Klagenfurter Schnellstraße - Teilabschnitt 1 und 2 Scheifling-Friesach Nord - Mölbling, Fachbereiche Fische, Fischereiwirtschaft und Gewässerökologie in den Planungsphasen Vorprojekt und Einreichprojekt inkl. UVP" des Auftraggebers Autobahnen - und Schnellstraßen Finanzierungs-AG (ASFINAG) Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, vertreten durch die ASFINAG Bau Management GmbH, Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien als vergebende Stelle, über den Antrag der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A*** OEG und 2. B*** OEG, alle vertreten durch RA X***, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 24. Oktober 2007, wie folgt entschieden:

SPRUCH**I.**

Der Antrag, "das Bundesvergabeamt möge die uns mit Schreiben vom 17.10.2007 bekanntgegebene Zuschlagsentscheidung betreffend das Vergabeverfahren S37 Klagenfurter Schnellstraße, Teilabschnitte 1 und 2, Scheifling - Friesach Nord - Mölbling Fachbereiche Fische, Fischereiwirtschaft, Gewässerökologie in den Planungsphasen VP, EP inkl. UVP (Beilage ./1), für nichtig erklären" wird zurückgewiesen.

II.

Den Anträgen auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren wird nicht stattgegeben.

BEGRÜNDUNG

Mit Schriftsatz vom 24.10.2007 beantragte die Antragstellerin die Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens im Wesentlichen mit der Begründung, die Qualitätsbewertung des Angebotes der Antragstellerin von ursprünglich 65 Qualitätspunkten sei zu Unrecht auf 57,5 Qualitätspunkte korrigiert worden und sei die Antragstellerin aufgrund dieser willkürlich erfolgten Reduktion der Qualitätsbewertung von Faktor 0,9 auf 0,6 beim Projekt A 22 nur mehr an 3. Stelle mit insgesamt 87,5 Punkten gereiht. Da das Angebot der Antragstellerin jedoch entsprechend den Ausschreibungsbestimmungen weiterhin mit jeweils dem Faktor 0,9 bzw mit 65 gewichteten Qualitätspunkten zu bewerten sei, müsse die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Antragstellerin getroffen werden und sei dieser als Billigst - und Bestbieterin der Zuschlag zu erteilen.

Konkretisierend führte die Antragstellerin aus, der Aufforderung zur Angebotsabgabe seien unter anderem folgende Bedingungen zu entnehmen:

"

1.211: Angebotsprüfung, Zuschlag und Leistungsvertrag

Die Prüfung der Angebote erfolgt nach den Bestimmungen der gegenständlichen Ausschreibungsunterlagen. Ergeben sich bei der Prüfung der Angebote Unklarheiten über das Angebot selbst, einschließlich etwaiger Varianten - oder Alternativangebote, oder über die bekannte Art der Durchführung oder werden Mängel festgestellt, die das Angebot mit einer Ausscheidung bedrohen, so hat der Bieter die Möglichkeit innerhalb einer Frist von drei Tagen nach Verlangen eine verbindliche schriftliche Erklärung abzugeben.

....

Die Wahl des Angebots für den Zuschlag wird nach den hiefür in den vorstehenden Vergabegrundlage enthaltenen Kriterien und den vorliegenden ergänzenden Bestimmungen nach dem in Punkt 1,206 festgelegten Prinzip getroffen.

1.302 Ausschreibungsgegenstand

Für die Planung der S 37 Klagenfurter Schnellstraße - Teilabschnitt 1 und 2: Scheifling (S36)-Friesach Nord - Mölbling, wird die Dienstleistung

Fachbereich Fische, Fischereiwirtschaft und Gewässerökologie für die Planungsphasen vor Projekten und Einreichprojekt inkl UVE in Form eines nicht offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung ausgeschrieben.

1,305 Zuschlagskriterien, auftragsbezogen

...

Gesamtpreis: 30%

Qualität: 70%"

Der in den Ausschreibungsunterlagen enthaltenen Tabelle sei zu entnehmen, dass insgesamt 5 Kriterien vorgesehen gewesen seien, bei denen jeweils 100 ungewichtete Punkte erzielt werden konnten. Im Einzelnen sei bei diesen Kriterien folgende Anzahl an gewichteten Punkten zu erreichen:

- Kriterium A, Referenzprojekte VP und EP mit UVE inkl Materienrechtsverfahren -Projektleiter: 30 gewichtete Punkte
- Kriterium B, Referenzprojekte VP und EP mit UVE inkl Materienrechtsverfahren - Projektleiter-Stellvertreter: 20 gewichtete Punkte
- Ausbildung und Berufserfahrung Projektleiter: 12 gewichtete Punkte
- Ausbildung und Berufserfahrung Projektleiter-Stellvertreter: 8 gewichtete Punkte
- Preis: 30 gewichtete Punkte

Zur Bewertung der Referenzprojekte sei den Ausschreibungsunterlagen Folgendes zu entnehmen:

"1,305.1.1 Referenzen

Die Errechnung der Punkte für die Referenzen erfolgt über die personenbezogenen Referenzen, die das Projektteam in den einzelnen Kriterien ausweist.

Es werden nur Referenzprojekte mit einer Auftragserteilung ab dem 1.1.1997 anerkannt und bewertet. Referenzprojekte, die vor diesem Zeitraum beauftragt wurden, werden nicht anerkannt.

Referenzprojekte werden nur dann gewertet, wenn sie bis zum Tag der Angebotsabgabe abgeschlossen oder bereits mindestens ein Jahr beauftragt und bearbeitet sind (Kriterium ist der Zeitpunkt der Auftragserteilung) und die zu wertende Projektphase bereits mindestens ein Jahr bearbeitet wird, wobei bereits maßgebliche Projektinhalte in dieser Phase bearbeitet sein müssen. Umfasst ein Auftrag mehrere Projektphasen, so wird die oben angeführte Regelung für jede Phase getrennt betrachtet. Eine Projektphase wird nur dann anerkannt und gewertet, wenn die Projektphase bereits abgeschlossen oder mindestens ein Jahr bearbeitet wird, wobei bereits maßgebliche Projektinhalte in dieser Phase bearbeitet sein müssen. Der Zeitpunkt der Auftragserteilung sowie der Bearbeitungsbeginn von Projektphasen ist anzugeben (Datum angeben). "

Die Gewichtung erfolge anhand folgender Kriterien und Faktoren:

Materienprojekte VP + EP mit UVE inkl Materienrechtsverfahren

FAKTOR

Umweltuntersuchung inkl Fachbeitrag

im Rahmen der Erstellung eines Vorprojekts

nach österreichischer Rechtslage UND Umweltuntersuchung inkl Fachbeitrag im Rahmen der Erstellung eines Einreichprojekts mit UVE nach österreichischer Rechtslage, sowie Erstellung der Einreichunterlagen für das Materienrechtsverfahren

"Naturschutz" oder Wasserrecht

1

Umweltuntersuchung inkl Fachbeitrag

im Rahmen der Erstellung eines Vorprojekts

nach österreichischer Rechtslage und Umweltuntersuchung inkl Fachbeitrag im Rahmen der Erstellung eines Einreichprojekts mit UVE nach österreichischer Rechtslage und Umweltuntersuchung 0,9

Umweltuntersuchung inkl Fachbeitrag im Rahmen der Erstellung eines Vorprojekts nach österreichischer Rechtslage und Umweltuntersuchung inkl Fachbeitrag im Rahmen der Erstellung eines Einreichprojekts mit UVE (übriger EU Raum) 0,8

Umweltuntersuchung inkl Fachbeitrag im Rahmen der Erstellung eines Einreichprojekts mit UVE 0,7

Umweltuntersuchung inkl Fachbeitrag im Rahmen der Erstellung eines Vorprojekts 0,6

Umweltuntersuchung im Rahmen der Erstellung einer sonstigen Planungsphase zB Materienrechtsverfahren 0,5

Bereits in der Präqualifikation habe die Antragstellerin auf die Referenzprojekte S1 Wiener Außenring Schnellstraße Knoten Schwechat - Knoten Süßenbrunn und auf das Projekt A22 Donau-Ufer-Autobahn Knoten Kaisermühlen bis Einbindung in die A4 hingewiesen, ebenso sei darauf hingewiesen worden, dass der Auftrag für das Vorprojekt jeweils im Jahr 2004 und der Auftrag für das Einreichprojekt UVE am 31.3.2005 erteilt worden sei. Bei beiden Projekten handle es sich um Projekte des hochrangigen Straßennetzes - daher volle Punkteanzahl laut Ausschreibungsunterlage - mit einer Größe >10km - daher höchste Punkteanzahl. Bei beiden Projekten sei Auftragnehmer jeweils unter anderem die A*** und B*** OEG, Auftraggeber sei jeweils die ASFINAG gewesen.

Entsprechend den Ausschreibungsunterlagen seien von der Antragstellerin ihre beiden Gesellschafter, Frau Dr. C*** und Frau Mag. Dr. D*** als Projektleiterin bzw Projektleiterin - Stellvertreterin angegeben worden. Frau Dr. C*** sei hauptverantwortlich für den Fachbeitrag "Gewässerökologie" und Frau Mag. Dr. D*** für den Fachbereich "Fische und Fischereiwirtschaft". Beide Projekte seien mit einem Auftrag, nämlich jenen vom 31.3.2005, beauftragt worden und habe dieser unter dem Gesamtauftrag Umweltuntersuchungen - Kartierung und Beurteilung der Tiere und ihrer Lebensräume im Rahmen des Einreichprojekts UVE auch die Fachbereiche Gewässerökologie, Fische und Fischereiwirtschaft mitumfasst und zwar die Erstellung des Einreichprojekts (UVE) einschließlich Materienverfahren.

Die Projektphase Vorarbeiten EP sei 2005 bereits abgeschlossen worden. Beim Projekt S 1 sei bereits das Einreichprojekt weitgehend abgeschlossen: die Ist-Bestandsbewertung, die teilweise Auswirkungsanalyse und erste Vorschläge für Ausgleichsmaßnahmen. Bei der A22 werde am EP bereits seit dem Auftrag im Jahr 2005 gearbeitet und sei bereits die Ist-Bestandsbewertung, ca. 70 - seitig, vorgelegt worden. Diese Ist-Bestandsbewertung, welche Teil des UVE - Einreichprojekts, Gewässerökologie sei, habe der Auftraggeber abgenommen und bezahlt. Die Ist-Bestandsbewertung sei sowohl qualitativ als auch quantitativ ein wesentlicher Teil des Einreichprojektes UVE; das Kurzleistungsverzeichnis des Auftraggebers selbst belege dies. Von einem Gesamtauftragswert von ca 236.000.- Euro entfallen ca 209.000.- Euro auf die Ist-Bestandserhebung, da eine gemeinsame Ausschreibung erfolgt sei. Dies bestätige auch der im Nachprüfungsverfahren N/0079-BVA/15/2007 - S8 - zur Frage der Angemessenheit der Kostenschätzung eingesetzte Sachverständige E*** in Punkt 4.1.1 seines Gutachtens.

Mit der Erarbeitung der beiden Einreichprojekte, sowohl Projekt S1 als auch Projekt A22, seien auch die Unterlagen für das Materienrechtsverfahren erstellt worden; nämlich parallel zur Erarbeitung der Einreichprojekte für die UVE. Im Ergebnis seien die Unterlagen für das Einreichprojekt der UVE gleich bzw annähernd gleich. Die für die UVE erarbeiteten Unterlagen können vom Auftraggeber mit dem gleichen Inhalt für das Materienrechtsverfahren verwendet werden. Der Inhalt der Fachbeiträge für die UVE unterscheide sich nicht bzw nur marginal von jenen des Materienrechtsverfahrens. Beim Angebot unter Punkt "Selbstdeklaration" zu den Projektleiterinnen Dr. C*** und Mag. Dr. D*** seien die Referenzprojekte S1 und A22 jeweils mit dem Faktor 1 bewertet worden.

Bei Angebotseröffnung seien insgesamt 5 Angebote abgegeben worden. Der Angebotspreis der Antragstellerin sei mit EUR 131.932,00.- das günstigste Angebot. Preislich zweit gereiht sei das Angebot des Büro ZT F*** mit

einem Angebotspreis von EUR 136.079,90.-. Das Angebot der präsumentiven Bestbieterin sei mit EUR 163.126,62.- um ca. 24% teurer.

Mit Schreiben vom 18.6.2007 sei die Antragstellerin von der vergebenden Stelle aufgefordert worden, zu der gewählten Selbstdeklaration mit Faktor 1 Stellung zu nehmen. Zum Projekt S1 sei moniert worden, dass die Einreichunterlagen für das Materienrechtsverfahren Naturschutz oder Wasserrecht noch nicht erstellt worden seien, weshalb eine Korrektur der Selbstdeklaration auf 0,9 in Aussicht gestellt worden sei. Zum Projekt A22 sei moniert worden, dass lediglich das Vorprojekt erstellt und die Einreichprojekte noch nicht einmal bearbeitet worden seien, sodass eine Korrektur auf 0,6 erfolge.

Die Antragstellerin habe mit Schreiben vom 19.6.2007 mitgeteilt, dass die Methode der Umweltuntersuchung-, die Erstellung des Ist-Zustands und die Bewertung aller Kriterien, die vom Umweltplaner im Rahmen der UVE selbst zu finden und anzuwenden seien, vom Auftraggeber so gestaltet werden, dass sie zum einen für den Fachbeitrag der UVE geeignet seien und zum anderen gleichzeitig das Einreichoperat zur wasserrechtlichen Genehmigung darstellen, dass damit auch der § 30 WRG 1959 idgF ausreichend behandelt und somit die im Verfahren zu beantwortende Frage nach der Veränderung des ökologischen Zustandes der Gewässer hinreichend beantwortet werden, dies auch im Sinne des Auftraggebers, da keine getrennten eventuell sogar widersprechenden Unterlagen erstellt werden. Da somit der Fachbeitrag zur UVE auch Einreichoperat für das Materienverfahren Wasserrecht sei, sei in der Selbstbewertung für die S1 der Wert 1 gewählt worden. Zur A22 sei festzuhalten, dass für das Einreichprojekt bereits die Ist-Zustandsbewertung an die Koordination Umwelt, Büro G*** ZT, nachweislich übergeben worden sei, was gleichzeitig auch Teil des wasserrechtlichen Einreichoperats sei. Es sei ausdrücklich festzuhalten, dass auf Wunsch der Projektleitung auch das Einreichprojekt zur A22 seit 2005/2006 bearbeitet werde. Daher sei auch für das Projekt sinngemäß die Bewertung 1,0 gewählt worden.

Mit Telefax vom 3.7.2007 sei die Antragstellerin über die beabsichtigte Zuschlagsentscheidung zugunsten Ziviltechniker F*** informiert worden. Im Vergleich zu Bestangebot habe die Antragstellerin 65 gewichtete Qualitätspunkte erhalten. Sowohl die Referenzen S 1 als auch A 22 seien mit 0,9 bewertet worden.

Gegen diese Zuschlagsentscheidung vom 3.7.2007 sei erfolgreich ein Nachprüfungs- und Nichtigerklärungsantrag beim Bundesvergabeamt eingebracht worden. Danach habe die Antragstellerin mit einer Zuschlagsentscheidung zu ihren Gunsten gerechnet. Ausgehend von der zumindest auch vom Auftraggeber zugestandenen Bewertung der Referenzen mit dem Faktor 0,9 bzw 65 gewichteten Qualitätspunkten habe die Antragstellerin zumindest dieselbe Punkteanzahl bei der Qualität wie die Mitbewerber. Da von der Antragstellerin das billigste Angebot gelegt worden sei, habe mit einer Zuschlagsentscheidung gerechnet werden können.

Die Zuschlagsentscheidung vom 17.10.2007 sei jedoch zugunsten H*** ZT GmbH ausgefallen. Aus nicht ersichtlichen Gründen sei die Qualitätsbewertung des Angebotes der Antragstellerin von vormals 65 Qualitätspunkten auf 57,5 Qualitätspunkte korrigiert worden. Infolge dieser weiteren Reduktion der Qualitätsbewertung vom Faktor 0,9 auf 0,6 beim Projekt A 22 liege das Angebot der Antragstellerin nunmehr an 3. Stelle mit insgesamt 87,5 Punkten. Hätte der Auftraggeber weiterhin mit jeweils dem Faktor 0,9 bzw 65 gewichteten Qualitätspunkten bewertet, wäre die Zuschlagsentscheidung zugunsten der Antragstellerin als Bestbieterin zu treffen. Auf Frage der Antragstellerin, weshalb nunmehr beim 2. Gang der Bewertung das Qualitätsangebot von 65 gewichteten Punkten auf 57,5 gewichtete Punkte korrigiert worden sei, habe der Auftraggeber nicht geantwortet.

Die angefochtene Entscheidung verletze die Antragstellerin in ihren Rechten auf Zuschlagsentscheidung und anschließende Zuschlagerteilung zu unseren Gunsten im gegenständlichen Vergabeverfahren; auf richtige Angebotsprüfung, insbesondere Prüfung und richtige Bewertung der von uns genannten Referenzen; eine faire, dem Gleichbehandlungsgrundsatz entsprechende Angebotsprüfung und eine den Ausschreibungsunterlagen entsprechende Angebotsprüfung, Bestbieterermittlung und Zuschlagsentscheidung.

Zum Schaden und Interesse werde ausgeführt, dass die Antragstellerin ein erhebliches Interesse am gegenständlichen Auftrag habe und sei dieses Interesse durch Abgabe eines fristgerechten und rechtsverbindlichen Angebots sowie Stellung eines Nachprüfungsantrags am 10.7.2007 dokumentiert worden. Die Antragstellerin sei bemüht gewesen, allen Aufforderungen der Antragsgegnerin zu entsprechen und habe diese im Zuge des Präqualifikationsverfahrens und des gegenständlichen Angebotsverfahrens keine Kosten und Mühen gescheut, um diesen Anforderungen zu entsprechen. An Kosten für die Anbotstellung einschließlich der Kosten der Präqualifikation und Kosten des ersten Nachprüfungsantrags seien intern Kosten in Höhe von zumindest EUR 5.500,00.- entstanden. Neben diesem Vertrauensinteresse betrage das Erfüllungsinteresse (Deckungsbeitrag) zumindest EUR 117.000,00.-.

Vor allem bestehe ein Interesse an der gegenständlichen Referenz. Für den Fachbereich "Fische, Fischereiwirtschaft und Gewässerökologie" sei der gegenständliche Auftrag ein Großauftrag. Wie der Auftraggeber selbst durch die Bewertung der Referenzen hervorhebe, handle es sich um ein Projekt der höchsten Kategorie. Derartige Aufträge seien für den Fachbereich Fische, Fischereiwirtschaft und Gewässerökologie in Österreich Mangelware. Dieser Auftrag sei ein "Großauftrag" und von erheblicher Bedeutung, um auch in Zukunft vergleichbare Aufträge zu erlangen. Gerade die gegenständliche Bewertung des Kriteriums "Qualität" anhand erteilter Aufträge der vergebenden Stelle zeige, dass Referenzaufträge auch für die zukünftige Beauftragung von hohem Wert seien. Im Hinblick auf die Gewichtung - 70% Referenzaufträge im Vergleich zu 30% Preis - sei die Frage, ob ein Referenzauftrag erlangt werde oder nicht, auch von erheblichem wirtschaftlichem Wert. Referenzaufträge seien im Vergleich zum Angebotspreis im Verhältnis 5:3. Wolle man die gegenständliche Bewertung der Antragsgegnerin für richtig empfinden, würde dies bedeuten, dass eine geringfügige niedrigere Bewertung eines Referenzauftrages de facto einen im Verhältnis ca. doppelt so hohen Preisabstand rechtfertige. In diesem Sinn gehe es gerade im gegenständlichen Fall um diese "Referenz". Es verstehe sich von selbst, dass der Auftraggeber als Monopolist der Errichtung hochrangiger Straßennetze es in der eigenen Hand habe, inwieweit Referenzaufträge und damit unmittelbar mit dem Preis vergleichbare Qualitätsaspekte erzielt werden können.

Zur unrichtigen Bewertung der von angegebenen Referenzen der Projektleiterin / Projektleiterin -Stellvertreterin und unrichtigen Korrektur der Selbstdeklaration sei auszuführen, dass der Auftraggeber zu Unrecht die Selbstdeklaration der Referenzen S1 bzw A22 entgegen der diesbezüglichen Erklärung der Antragstellerin vom 19.6.2007 korrigiert habe. Dieser weiche damit von den eigenen Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen und der ersten Bewertung vom 3.7.2007 ab. Nach eigenen Vorgaben des Auftraggebers komme es nicht darauf an, dass eine Projektphase bereits abgeschlossen sei, das heißt, bereits ein Einreichprojekt vorliege, sondern nur darauf, dass die Projektphase zumindest ein Jahr beauftragt und bearbeitet und ein maßgeblicher Beitrag erbracht worden sei. Vor diesem Hintergrund sei die Projektphase "Erstellung eines Vorprojekts" und "Umweltuntersuchung inkl Fachbeitrag im Rahmen der Erstellung eines Einreichprojekts mit UVE" für beide genannten Referenzprojekte S1 und A2 zu werten. Dies habe auch der Auftraggeber bis zuletzt so gesehen und gewertet.

Objektiv nicht nachvollziehbar sei, weshalb nunmehr die Bewertung des Qualitätsangebots von 65 gewichteten Qualitätspunkten auf 57,5 Punkte reduziert worden sei bzw weshalb nunmehr die Referenz A 22 nur mehr mit dem Faktor 0,6 akzeptiert worden sei. Der Auftraggeber selbst habe im Nachprüfungsverfahren anerkannt, dass die Antragstellerin aufgrund des eigenen Auftrages bereits die Kartierungsarbeiten, das heißt die Ist-Zustandserhebung, durchgeführt und auch bereits einen entsprechenden Bericht vorgelegt haben. Zu ergänzen sei, dass dieser Ist-Erhebungsbericht von der Antragsgegnerin abgenommen und bezahlt worden sei. Damit sei unzweifelhaft ein wesentlicher Teil der Leistungen für das Einreichprojekt A 22 erfolgreich abgeschlossen worden, sodass nach den Ausschreibungsunterlagen auch die Projektphase "Einreichprojekt UVE Fachbereich Gewässerökologie" zu werten sei.

Darüber hinaus sei das Einreichprojekt der UVE Fachbereich Gewässerökologie zum einen aus der erbrachten Ist-Zustandserhebung und zum anderen aus der - noch nicht erbrachten - Auswirkungsanalyse bestehe. Die Auswirkungsanalyse habe bisher nicht erbracht werden können, weil, wie der Auftraggeber in der Begründung zur Zuschlagsentscheidung vom 17.10.2007 ausführt habe, noch keine Trasse festgelegt sei. Entgegen der nunmehrigen Auffassung sei das Vorliegen eines § 4- Bescheids für die Wertung der Referenz nicht erforderlich. Von dem Vorliegen eines § 4-Bescheids sei den Ausschreibungsunterlagen nichts zu entnehmen. Es komme lediglich darauf an, ob der Auftraggeber bereits die Leistung "beauftragt" habe und ein "maßgeblichen Beitrag" erbracht worden sei. Beides treffe zu; dies vor dem praktischen Hintergrund, dass die Ist-Zustandserhebung der umfassendere Teil der Arbeiten zum Einreichprojekt sei und durch das vom Auftraggeber vorgenommene "Vorziehen der Ist-Zustandserhebung" das UVP-Verfahren beschleunigt werden sollte. Damit sei auch die diesbezügliche Referenz zu werten, wie dies auch noch in der Zuschlagsentscheidung vom 3.7.2007 gemacht worden sei.

Zur willkürlichen Änderung der Zuschlagsentscheidung werde ausgeführt, dass der Auftraggeber die Bewertung des Qualitätsangebots der Antragstellerin willkürlich geändert habe. Entgegen der Begründung finde sich in der Entscheidung des Bundesvergabeamts vom 21.9.2007 kein Argument dafür, dass das Qualitätsangebot der Antragstellerin von vormalis 65 gewichteten Punkten auf nunmehr 57,5 gewichtete Punkte zu korrigieren sei. Dies widerspreche auch der bisherigen Position des Auftraggebers. Diese nunmehrige Korrektur der Bewertung des Qualitätsangebots sei als bloße "Reaktion" auf das erfolgreich geführte Nachprüfungsverfahren gegen die vormalige Zuschlagsentscheidung vom 3.7.2007 zu werten. Eine derartige unbegründete Änderung der Bewertung des Qualitätsangebots sei Zeichen von Willkür. Auch deshalb sei die Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären.

Zur Bewertung der Referenzen mit dem Faktor 1 sei vorzubringen, das zwar das diesbezügliche Vorbringen für richtig erachtet werde und aufrecht zu halten sei, es sei jedoch davon auszugehen, dass dieses Argument auch auf die nunmehrige präsumtive Bestbieterin zutreffe, sodass - im Sinne der Gleichbehandlung - entweder auch die von der Bestbieterin genannten Referenzen mit dem Faktor 1 oder sowohl die Referenzen der Bestbieterin, als auch unsere Referenz jeweils mit dem Faktor 0,9 bzw jeweils 65 gewichteten Qualitätspunkten zu werten seien.

Im Hinblick auf die nunmehr geänderte Zuschlagsentscheidung vom 17.10.2007 sei dieses Vorbringen nicht entscheidungswesentlich. Es habe keine Auswirkung auf die Reihung der Angebote, sodass dieses Vorbringen bei der gegenständlichen Zuschlagsentscheidung insoweit nicht weiter aufrecht zu erhalten sei, als auch die Referenzen der Mitbewerber H*** ZT GmbH bzw I*** jeweils nur maximal mit 0,9 (ohne Materienverfahren) gewertet werden. Vor diesem Hintergrund erübrige sich die diffizile Frage, ob mit der Erstellung der Einreichprojekte auch das Materienverfahren erbracht werde.

Im Hinblick darauf, dass der Auftraggeber ohne Begründung seine vormalige Bewertung der Referenzen von 65 Qualitätspunkten auf 57,5 gewichtete Qualitätspunkte bzw die Bewertung der Referenz A 22 vom Faktor 0,9 auf 0,6 zurückgestuft habe, sei die gegenständliche Zuschlagsentscheidung unrichtig, da eine jede beauftragte und seit mehr als einem Jahr bearbeitete Projektphase mit maßgeblichen Beiträgen zu werten sei. Sowohl bei der Referenz S 1 als auch bei der Referenz A 22 sei die Ist-Zustandserhebung abgeschlossen und ein entsprechender Bericht vorgelegt worden, der jeweils abgenommen und bezahlt worden sei. Dass der Auftraggeber nunmehr auf das Vorliegen eines § 4 Bescheids bzw eine formelle Einleitung eines UVP-Verfahren des Vorliegens einer Trassenfeststellung abstelle, finde sich in den Ausschreibungsunterlagen nicht. Das nachträgliche Abweichen von den Ausschreibungsbedingungen verstoße gegen die Gleichbehandlungsgrundsatz und darin begründetes Vertrauen. Dass auch die Referenz A 22 zumindest mit dem Faktor 0,9 bzw in Summe mit 65 gewichteten Punkten zu bewerten sei, habe der Auftraggeber selbst bis vor kurzem vorgebracht.

Das Angebot der Antragstellerin sei das Billigstangebot. Nach der geforderten Selbstdeklaration der angebotenen Referenzen seien diese beim Kriterium Qualität mit der Höchstpunktzahl von 70 gewichteten Punkten oder zumindest mit 65 gewichteten Qualitätspunkten zu bewerten, sodass das Angebot auch das Bestangebot und dem Angebot der Antragstellerin der Zuschlag zu erteilen sei.

Der Auftraggeber legte mit Schriftsatz vom 25.10.2007 (OZ 5) die Originalunterlagen vor und nahm mit den Schriftsätzen vom selben Tag und mit Schriftsatz vom 29.10.2007 zum Antragsvorbringen Stellung und führte aus, dass die Angebotsbewertung gemäß den Ausschreibungsbestimmungen und dem Gleichheitsgrundsatz entsprechend erfolgt und die Zuschlagsentscheidung zu Recht zugunsten der H*** ZT GmbH getroffen worden sei.

Konkretisierend gab der Auftraggeber an, dass die Bewertung der Angebote nach folgender Matrix erfolgt sei:

TABELLE 1

Das von dem Nachprüfungsantrag umfasste Qualitätskriterium betreffe die Referenzprojekte VP + EP mit UVE inkl Materienrechtsverfahren.

TABELLE 2

Der Ablauf der Bundestrassenplanung inkl. UVP-Verfahren und sonstiger Materienrechtsverfahren erfolge folgendermaßen: Der Ablauf der Planung von Bundesstraßen beginne in Österreich nach erfolgter Strategischer Prüfung im Verkehrsbereich (SP-V) mit der Aufnahme einer Verbindung in den Anhang des Bundesstraßengesetzes. Nach einer Phase der Voruntersuchung, Beurteilung der Notwendigkeit, Zweckmäßigkeit und prinzipiellen Machbarkeit einer geplanten Verbindung, oft im Rahmen einer Korridoruntersuchung, folge die Ausarbeitung und Beurteilung unterschiedlicher Trassenvarianten im Rahmen des sog. Vorprojektes. Nach Erarbeitung einer Auswahltrasse werde diese der Umweltverträglichkeitsprüfung und anschließend bzw. parallel den Genehmigungsverfahren nach den Materiengesetzen unterzogen, in dessen Rahmen auch eine etwaige Genehmigung nach den Naturschutzgesetzen der Länder erfolge.

Ein wesentliches Merkmal im Genehmigungsverfahren für Bundesstraßen sei die Tatsache, dass die UVP für Bundesstraßen nach den Sonderbestimmungen des 3. Abschnittes des UVP-Gesetzes durchzuführen seien. Daraus resultiere gegenüber anderen UVP-Verfahren wie z.B. jenen für Industrieanlagen unter anderem eine geänderte Behördenzuständigkeit sowie der Umstand, dass eine Verfahrens- und Entscheidungskonzentration wie etwa im 2. Abschnitt des UVP-G nicht möglich sei. Somit entscheide zunächst der Bundesminister für Verkehr in einem teilkonzentrierten Genehmigungsbescheid über die Umweltverträglichkeit eines Projektes, und über jene materiengesetzlichen Bestimmungen, die - wäre kein UVP-Verfahren durchzuführen- vom Bundesminister zu vollziehen wären (z.B. Forstrecht). Danach entscheide der Landeshauptmann, ebenfalls mit einem teilkonzentrierten Bescheid, über jene Gesetzesmaterien, die in mittelbarer Bundesverwaltung zu

vollziehen seien (z.B Wasserrecht). Erst danach erteile die Landesregierung in ihrer Zuständigkeit einzelne Genehmigungen nach den Materienrechten wie beispielsweise dem Naturschutzgesetz. Eine Konzentration der Landesmaterien finde grundsätzlich nicht statt.

In der Praxis der Bundesstraßenplanung bedeute dies, dass mit der Erstellung des Einreichprojektes und der Umweltverträglichkeitserklärung für ein Straßenbauprojekt natürlich auch Fachbeiträge zu wasserrechtlichen und naturschutzrechtlichen Belangen erstellt würden, diese aber nicht den Detaillierungsgrad eines eigentlichen wasserrechtlichen oder naturschutzrechtlichen Einreichoperates entsprechen. Dies treffe vor allem für die Maßnahmenplanung zu. Erst nach Vorliegen des Umweltverträglichkeitsgutachtens der Behörde sei für den Projektwerber ersichtlich, ob das eingereichte Projekt auch aus Sicht der Behörde umweltverträglich sei, oder ob zusätzliche Auflagen oder Bedingungen zu erfüllen seien. Absolute Rechtssicherheit liege erst nach Erhalt des UVP-Bescheides vor. Aus diesem Grund werde frühestens erst nach Vorliegen des Umweltverträglichkeitsgutachtens mit der eigentlichen Erstellung der wasserrechtlichen und naturschutzrechtlichen Einreichunterlagen begonnen.

Nachstehende Grafik zeige noch einmal die Zuordnung der jeweiligen Umweltplanungen bzw. -untersuchungen im Gesamttablauf einer Bundesstraßenplanung auf:

TABELLE 3

Da weder bei der S 1 noch bei der A 22 ein Umweltverträglichkeitsprüfungsverfahren eingeleitet worden sei oder ein Umweltverträglichkeitsgutachten oder eine UVP-Bescheid der Behörde vorliege, können aus den angeführten Gründen die genannten Referenzen unmöglich mit dem Faktor 1,0 gewertet werden.

Betreffend die 2. Bewertung der Referenzprojekte der Antragstellerin sei auszuführen, dass die Antragstellerin in ihrem Angebot als Projektleiterin bzw. Projektleiterstellvertreterin Dr. C*** und Mag. Dr. D*** mit den Referenzprojekten S 1 und A 22 angegeben habe.

Zu den Referenzprojekten PL + PL Stv. - "S1 Schwechat - Süßenbrunn" sei darauf hin zuweisen, dass nach den Bestimmungen der Ausschreibung nur solche Referenzprojekte mit dem Faktor 1,0 bewertet werden können, welche eine Umweltuntersuchung inkl. Fachbeitrag im Rahmen der Erstellung eines Vorprojektes nach österreichischer Rechtslage und eine Umweltuntersuchung inkl. Fachbeitrag im Rahmen der Erstellung eines Einreichprojektes mit UVE nach österreichischer Rechtslage, sowie Erstellung der Einreichunterlagen für das Materienrechtsverfahren "Naturschutz" oder "Wasserrecht" beinhalten. Das von der Antragstellerin angeführte Referenzprojekt S1 entspreche diesen Anforderungen aus folgenden Gründen nicht:

Zum Projekt S1 liege nunmehr die §14 Bundesstraßenplanungsgebietsverordnung nach BSTG vor. Das Einreichprojekt sei zur Einreichung zur Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) in Vorbereitung, eine Bearbeitung der Materienrechtsverfahren sei frühestens nach Vorliegen des Umweltverträglichkeitsgutachtens der Behörde Mitte 2009 bzw. nach Erhalt des UVP-Bescheides für den Zeitraum 2009 - 2010 vorgesehen. Im Text der genannten Bestimmung des Punktes 1,305.1.1 der Angebotsunterlagen werde eindeutig und unmissverständlich darauf hingewiesen, dass für die Bewertung eines Referenzprojektes mit dem Faktor 1,00 die Erstellung von Einreichunterlagen für das Materienrechtsverfahren "Naturschutz" oder "Wasserrecht" unabdingbare Voraussetzung seien.

Für einen durchschnittlichen, fachkundigen Bieter bei Anwendung üblicher Sorgfalt [vgl. EuGH 4.12.2003, Rs C-448/01 (EVN - AG Wienstrom GmbH gegen Republik Österreich); VwGH 17.11.2004, 2002/04/0078; 16.2.2005, 2004/04/0030; BVA19.1.2006, 04N-134/05-17] sei somit erkennbar, dass Referenzprojekte, welche die Erstellung der Einreichunterlagen für das Materienrechtsverfahren "Naturschutz" oder "Wasserrecht" nicht beinhalten, bei der Qualitätsbewertung nur mit dem Faktor 0,90 zu berücksichtigen seien. Für Interpretationen lasse diese klare Bestimmung keinen Raum.

Im Sinne der nach § 20 Abs 1 BVergG gebotenen Gleichbehandlung aller Bieter habe die Bewertung aller Angebote nach den Festlegungen der Ausschreibung zu erfolgen. Insbesondere dürfe die Auftraggeberin nicht nachträglich von den Bedingungen der Ausschreibung abweichen, da alle Bieter darauf vertrauen können müssen, dass die Auftraggeberin ihre eigenen Ausschreibungsbedingungen einhalte. Die Antragstellerin habe von der Möglichkeit, die Festlegungen der Ausschreibungen zu bekämpfen, nicht Gebrauch gemacht. Nach Bestandskraft der Ausschreibung könne der Auftraggeber nicht mehr von seinen eigenen Bestimmungen abgehen. Dem Bundesvergabeamt sei es verwehrt, derartig bestandskräftige Entscheidungen im Zuge der Anfechtung späterer Entscheidungen inzident in Prüfung zu ziehen [vgl. RV 1171 BLGNR 22 GP 137f; BVA 3.5.2006, N/0017-BVA/04/2006-25; siehe auch zum BVergG 2002 BVA 12.12.2003, 04N-107/03-38; 20.6.2003, 17N-

46/03-34, sowie Thienel, Grundfragen gesondert und verbunden anfechtbarer Entscheidungen nach dem BVergG 2002, ZVB 2003., 69f].

Die Antragstellerin bringe vor, dass der Fachbeitrag für das Materienverfahren im Wesentlichen aus dem Fachbeitrag für das Einreichprojekt mit UVE bestehe und versuche diese irriige Meinung mit diversen Auszügen aus den Ausschreibungsunterlagen zu untermauern. Davon abgesehen, dass der Fachbeitrag für das UVE und die Einreichunterlagen für ein Materiengesetz in keinsten Weise zu vergleichen seien, vermöge auch diese Argumentation dem Rechtsstandpunkt der Antragstellerin nicht zu helfen, denn ein Abgehen von den Ausschreibungsbestimmungen sei wie oben ausgeführt nicht möglich.

Auch die von der Antragstellerin behauptete Berücksichtigung von "Projektphasen" führe nicht ins Treffen. In den Ausschreibungsunterlagen finde sich im Teil A 1 die folgende Bestimmung:

"

...Referenzprojekte werden nur dann gewertet, wenn sie bis zum Tag der Angebotsabgabe abgeschlossen oder bereits mindestens ein Jahr beauftragt und bearbeitet sind (Kriterium ist der Zeitpunkt der Auftragserteilung) und die zu wertende Projektphase bereits mindestens ein Jahr bearbeitet wird wobei bereits maßgebliche Projektinhalte in dieser Phase bearbeitet sein müssen. Umfasst ein Auftrag mehrere Projektphasen, so wird die oben angeführte Regelung für jede Phase getrennt betrachtet. Eine Projektphase wird nur dann anerkannt und gewertet, wenn die Projektphase bereits abgeschlossen oder mindestens ein Jahr bearbeitet wird wobei bereits maßgebliche Projektinhalte in dieser Phase bearbeitet sein müssen. Der Zeitpunkt der Auftragserteilung sowie der Bearbeitungsbeginn von Projektphasen ist anzugeben (Datum anführen)...

*Referenzprojekt ist derjenige Gesamtauftrag, welcher zur Referenzbewertung der Leistungen des Auftragnehmers herangezogen wird.

*Als Objekt bezeichnet man denjenigen selbstständig bewertbaren Teil des Gesamtauftrages, welcher zur Referenzbewertung der Leistung eines Mitarbeiters des Auftragnehmers im einzelnen herangezogen wird.

"

Wie bereits dargelegt, sei das Einreichprojekt (EP) zur Einreichung zur Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) in Vorbereitung, eine Bearbeitung der Materienrechtsverfahren sei frühestens nach Vorliegen des Umweltverträglichkeitsgutachtens der Behörde Mitte 2009 bzw. nach Erhalt des §4 Bescheides für den Zeitraum 2009 - 2010 vorgesehen. Mit der Erstellung der Unterlagen für die Materienrechtsverfahren habe daher noch nicht begonnen werden können. Voraussetzung für die Berücksichtigung einer "Projektphase" sei jedoch, dass die Projektphase abgeschlossen sei oder mindestens ein Jahr bearbeitet sei, wobei bereits maßgebliche Projektinhalte in dieser Phase bearbeitet sein müssen. Nachdem mit den Materienrechtsverfahren erst nach Vorliegen des Umweltverträglichkeitsgutachtens bzw. nach Erhalt des §4- Bescheides begonnen werde, könne keine Rede davon sein, dass maßgebliche Projektinhalte bearbeitet worden seien.

Die Bemühungen der Antragstellerin, die Ausschreibungsunterlagen in ihrem Sinne auszulegen, schlagen fehl. Eine Uminterpretation der Ausschreibungsunterlagen sei nämlich nicht zulässig. Der Auftraggeber sei strikt an die Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen gebunden. Gerade deshalb müsse auch von einer Bindung des Auftraggebers an die von ihm selbst fest gehaltenen Ausschreibungsregeln ausgegangen werden, selbst wenn diese rechtswidrig oder unzumutbar wären (BVA 05.06.2003, 12N-32/03-15 u.v.a.).

Aus all diesen Gründen sei die Bewertung des Projektes gemäß Tabelle - Teil A1, Seite 12 gemäß den Bestimmungen der Ausschreibung mit 0,9 vorzunehmen gewesen.

Zu den Referenzprojekten PL + PL Stv. - A22 sei auszuführen, dass dieses Projekt lediglich die Planungsphase Vorprojekt beinhalte. Derzeit werde erst geprüft, welche Variante weiter verfolgt werde. Erst nach dieser Entscheidung könne mit dem Einreichprojekt (EP) begonnen werden. Ursprünglich habe der Auftraggeber dieses Referenzprojekt gemäß Pkt. 1.305.1.1 und gemäß der Gewichtungstabelle im Teil A1 der Ausschreibungsunterlagen - Seite 12 mit Faktor für die Planungsphasen auf 0,6 (Selbstdeklaration 1,0) korrigiert. Die Antragstellerin habe im Aufklärungsschreiben dargelegt, dass zum Projekt A22 bereits wesentliche Teile des EP bearbeitet worden seien. Der Auftraggeber habe, wie auch in der mündlichen Verhandlung vom 12.7.2007 im Verfahren N/0068-BVA/03/2007 bestätigt, die Bestimmungen der Ausschreibung zugunsten der Antragstellerin, aber entgegen dem objektiven Sinngehalt der Ausschreibungsbestimmungen, ausgelegt und den Faktor für Planungsphasen für dieses Referenzprojektes auf 0,9 erhöht.

Im Zuge des Verfahrens zu N/0068-BVNO3/2007 habe der Auftraggeber feststellen müssen, dass diese Bewertung mit dem Faktor 0,9 eine unzulässige Besserstellung gegenüber den anderen Bietern darstelle. Aus diesem Grund habe der Auftraggeber die Bewertung geändert.

Hinsichtlich der Auslegung der Bestimmung der Ausschreibung werde auf Punkt 2a der Stellungnahme verwiesen, wonach Interpretationen von klaren Ausschreibungsbestimmungen nicht zulässig seien und ein Abweichen davon rechtswidrig sei.

Der Auftraggeber habe daher die Angebotsbewertung nach den Bestimmungen der Ausschreibung und dem Gleichheitsgrundsatz entsprechend durchgeführt und die Zuschlagsentscheidung zu Recht zugunsten der H*** ZT getroffen.

Mit Schriftsatz vom 8.11.2007 hat die ZT -Kanzlei F*** ausgeführt, am 25.10.2007 sei auf der Homepage des Bundesvergabeamtes bekannt gegeben worden, dass die Antragsstellerin auch gegen die zweite Zuschlagsentscheidung ein Nachprüfungsverfahren eingeleitet habe. Als ursprünglich für die Zuschlagserteilung vorgesehener Unternehmer, der bei einer Bewertung entsprechend der Vorgaben der Ausschreibungsunterlagen den Zuschlag erhalten müsste, werden fristgerecht begründete Einwendungen erhoben, da die nunmehr bekannt gegebene Zuschlagsentscheidung nicht den Vorgaben der Ausschreibungsgrundlagen entsprechen. Nach diesen seien im Zuschlagskriterium Qualität Referenzprojekte als Projektleiter bzw. als stellvertretender Projektleiter in den einzelnen Projektphasen bewertet. Dabei komme es ausschließlich auf die Funktion als Projektleiter bzw. stellvertretender Projektleiter aber nicht darauf an, wer die Sachbearbeitung durchgeführt habe. Die im Qualitätskriterium "Referenzen" gebotene Bewertung der Projektleitung bzw. stellvertretenden Projektleitung ergebe sich insbesondere aus den Vorgaben auf Seite 10 des Teils A-1 der Ausschreibungsgrundlagen, wonach als Projektleiter eine Person nur dann gewertet werde, wenn als Aufgabenbereich im Referenzprojekt die selbständige Leitung des gesamten Projekts oder wesentlicher Teile über mindestens ein Jahr nachgewiesen werden könne. Für die im Rahmen der qualitativen Bewertung zu nennenden personenbezogenen Referenzprojekte seien jeweils maximal 2 Referenzprojekte für jede Person (Projektleiter, stellvertretender Projektleiter) zu berücksichtigen. Die damit erzielbare Punktezahl betrage somit jeweils maximal 100 Punkte. Die erzielten Punkte seien dann gemäß Tabelle 1, 305 zu gewichten. Entgegen dieser Vorgaben liege der am 17.10.2007 bekannt gegebenen Zuschlagsentscheidung eine Bewertung der Angebote zugrunde, die mit diesen Vorgaben unvereinbar sei. Da die ZT - Kanzlei F*** bei den im Angebot namhaft gemachten Referenzprojekten in sämtlichen Projektphasen (Vorprojekt, Einreichprojekt und Materienrechtsverfahren) die Projektleitung und die Stellvertreterin DI J*** die stellvertretende Projektleitung inne gehabt haben, sei das Angebot der ZT-Kanzlei F*** in diesem Qualitätskriterium mit der maximalen Punkteanzahl zu bewerten und sei diesem Angebot der Zuschlag zu erteilen.

Aus diesem Grunde schließe sich die ZT -Kanzlei F*** dem Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 17.10.2007 an.

In der vor dem Bundesvergabeamt am 13.11.2007 durchgeführten mündlichen Verhandlung brachte die Antragstellerin ergänzend zum Referenzprojekt A 22 vor, dass das vom Auftraggeber im Schriftsatz vom 25.10.2007, OZ 5, auf Seite 5 aufgezeigte Diagramm ein idealtypisches sei und es auch richtig sei, dass die Verordnung nach § 14 BStG noch nicht erlassen worden sei. Die Ist-Zustandsbewertung sei jedoch am 31.3.2005 beauftragt, von der Antragstellerin bereits durchgeführt, im Mai 2007 vom Auftraggeber abgenommen und auch bezahlt worden, sodass es keine Rolle spiele, welche Trasse letztlich festgelegt werde bzw. ob diese schon festgelegt sei oder nicht, weil nämlich der Untersuchungsraum räumlich so weit gefasst sei, dass alle Trassenmöglichkeiten erfasst worden seien und diese von der bereits von der Antragstellerin durchgeführten Ist-Bestandserhebung abgedeckt würden. Das Vorprojekt sei seitens der Antragstellerin zu 100% abgeschlossen worden, dass jedoch die Verordnung seitens des Bundes noch nicht erlassen worden sei, sei der Spähe des Auftraggebers zuzurechnen. Der Auftraggeber habe die Antragstellerin mit der Erstellung eines Einreichprojektes am 31.3.2005 beauftragt, im Wissen, dass es diese § 14 Verordnung noch nicht gebe. Die geforderte Leistung sei im Mai 2007 abgeschlossen und vom Auftraggeber bezahlt worden und demnach sei diese Leistung in der Phase Einreichprojekt entsprechend zu werten. Das Angebot der Antragstellerin sei damit bei einer Bewertung von 0,9 an erste Stelle insgesamt zu reihen. Aus Beilage 3 zum Schriftsatz vom 24.10.2007, OZ 5, ergebe sich, dass bereits eine vertiefte Bestandserhebung durchgeführt worden sei, die alle möglichen Varianten für die Trassenentscheidung erfasse. Die Darstellung auf der vom Auftraggeber vorgelegten Beilage 1 und die diesbezügliche Bewertung entspreche nicht den Ausschreibungsbestimmungen, vielmehr sei - wie auf Seite 8 der Ausschreibungsbestimmungen dargestellt - jede erbrachte Projektphase eigens zu bewerten. Dass zuvor eine Trassenverordnung erforderlich sei, könne den Ausschreibungsbestimmungen nicht entnommen werden. Die Antragstellerin habe wesentliche Leistungen zur 2. Phase erbracht und abgeschlossen, so dass diese entsprechend zu bewerten seien, zumal die Ist-Zustandsbewertung volumensmäßig die wesentlichste Leistung darstelle und - auch wenn sich die maßgeblichen Inhalte aus den Ausschreibungsbestimmungen nicht ausdrücklich ergeben - zumindest auf den Seiten 12 und 13 der Ausschreibungsbestimmungen, AB-2, angeführt sei, dass jedenfalls die Bestandserhebung eine maßgebliche Leistung sei.

Der Auftraggeber bestritt das Vorbringen der Antragstellerin, verwies auf die Schriftsätze und wendete ein, dass es betreffend die A 22 noch keine Trassenentscheidung gebe und sich der Auftraggeber an die Ausschreibungsbestimmungen zu halten habe. Unter Vorlage eines Projektstandplanes (Beilage 1), der den Stand der angebotenen Referenzprojekte aufzeige, führte der Auftraggeber aus, dass es bei der Bewertung der Angebote auf die abgeschlossenen Planungsphasen vor dem Einreichprojekt und getrennt davon auf die Projekthinhalte ankomme und es dadurch zu einer unterschiedlichen Bewertung kommen könne. Richtig sei, dass die Leistungen durch die Antragstellerin wie dargestellt erbracht worden seien, somit also auch Leistungen für die zweite Phase, eine Berücksichtigung könne aber aufgrund der noch nicht abgeschlossenen Voruntersuchungen gemäß § 14 BStG nicht erfolgen, was sich dementsprechend auf die Bewertung der Angebote auswirke. Daher habe das Referenzprojekt A 22 der Antragstellerin lediglich mit 0,6 bewertet werden können. Mit Faktor 0,6 und nicht mit 0,9 auch deshalb, weil sich das angegebene Referenzprojekt erst in einem Stadium vor Festlegung der Trassenentscheidung befinde und das von der Antragstellerin als ihrer Meinung nach abgeschlossenes Vorprojekt lediglich als Trassenempfehlung vorliege. Eine Bewertung mit 0,9 sei nicht möglich gewesen, weil eine Abstimmung mit den Materienbehörden erst nach Trassenentscheidung erfolgen könne und dies im gegenständlichen Fall eben noch nicht erfolgt sei. Maßgeblich sei somit die Trassenentscheidung. Auch wenn daher die Ist-Zustandsbewertung durch die Antragstellerin bereits durchgeführt worden sei, könne ein Projekt mit Faktor 0,9 lediglich bei Abschluss der gesamten Planungsphase bewertet werden. Es würde zu einer unverhältnismäßigen und ungleichen Bewertung der Bieter führen, wenn das Projekt S 35, welches sich bereits in der Phase der Realisierung befinde, aufgrund des BVA-Bescheides vom 21. 9.2007 lediglich mit 0,6 bewertet worden sei und das Projekt A22 der Antragstellerin, das sich, auch wenn Vorleistungen für das Einreichprojekt bereits erbracht worden seien, erst im Stadium des Vorprojektes befinde, mit 0,9 bewertet werden würde.

Der Auftraggeber brachte vor, dass es sich bei der von der Antragstellerin zur A22 erbrachten Leistungen nicht um wesentliche Leistungen handeln könne, wenn nur etwa 1/3 der geforderten Leistungen erbracht worden seien. Es komme vielmehr auf die Bearbeitung der Auswirkungen und die darauf folgenden Maßnahmen an. Gemäß den Ausschreibungsbestimmungen komme es auf die maßgeblichen Projektsinhalte, dargelegt auf Seite 8 der Ausschreibungsbestimmungen, an und maßgeblich seien in der Phase EP die Auswirkungen und Maßnahmen, die jedoch von der Antragstellerin noch nicht haben erarbeitet werden können.

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

Im März 2007 hat der Auftraggeber Autobahnen -und Schnellstraßen Finanzierungs-AG (ASFINAG) die Teilabschnitte 1 und 2 der S 37 Klagenfurter Schnellstraße, Scheifling (S36) -Friesach Nord - Möllbling für die Fachbereiche Fische, Fischereiwirtschaft und Gewässerökologie in den Planungsphasen VP und EP inklusive UVP im nicht offenen zweistufigen Verfahren mit vorheriger öffentlicher Erkundung des Bewerberkreises als Dienstleistungsauftrag, CPV-Code 74230000-0, 74231300-0, im Unterwellenbereich ausgeschrieben. Die Leistung umfasst die Aufbereitung der Grundlagen für die Beurteilung der Beeinträchtigungen von Fische, der Fischereiwirtschaft und der Gewässerökologie im Rahmen der Vorprojektes mit NKU zur Trassenfindung und für die Planungsphase Einreichprojekt inklusive UVE, wobei die Beurteilung der Auswirkungen in engerer Abstimmung mit der Koordination Umwelt, der technischen Planung und den weiteren Fachbeitragerstellern zu erfolgen hat. Eine Aufteilung in Lose ist nicht vorgesehen. Als vorläufiger Leistungszeitraum ist Juli 2007 bis 2013/2014 für Teilabschnitt 1 und bis 2015 für Teilabschnitt 2 angeführt. Die Absendung der Vergabebekanntmachung in Österreich (Lieferanzeiger) erfolgte am 27.3.2007.

Gemäß den Ausschreibungsbestimmungen Teil A, Punkt 1.3, sind die gesamten Teilabschnitte einer durchgängigen Planung mit Vorprojekt zur Trassenfestlegung und Einreichplanung zur UVP mit dem Ziel, einen § 4 Bescheid zu erlangen, zu unterziehen.

Gemäß Pkt, 1,305 im Teil A 1 der Ausschreibungsbestimmungen werden für die Bestbieterermittlung folgende Zuschlagskriterien herangezogen: Gesamtpreis 30 % und Qualität 70%. Die Bewertung der Angebote erfolgt nach folgender Matrix:

TABELLE 4

Das Qualitätskriterium betrifft die Referenzprojekte Vorprojekt (VP) und Einreichprojekt (EP) mit UVE inklusive Materienrechtsverfahren. Die Gewichtung erfolgt gemäß den Ausschreibungsbestimmungen A1 S. 12 anhand folgender Kriterien und Faktoren:

" Referenzprojekte VP + EP mit UVE incl. Materienrechtsverfahren

TABELLE 5

Gemäß Punkt 1,305.1 (Ermittlung des Faktors Qualität) der Ausschreibungsbestimmungen ist u. a. in Unterpunkt 1,305.1.1 (Referenzen) festgelegt:

"

Die Errechnung der Punkte für die Referenzen erfolgt über die personenbezogenen Referenzen, die das Projektteam in den einzelnen Kriterien ausweist.

Es werden nur Referenzprojekte mit einer Auftragserteilung ab dem 1.1.1997 anerkannt und bewertet. Referenzprojekte, die vor diesem Zeitraum beauftragt wurden, werden nicht anerkannt.

Referenzprojekte werden nur dann gewertet, wenn sie bis zum Tag der Angebotsabgabe abgeschlossen oder bereits mindestens ein Jahr beauftragt und bearbeitet sind (Kriterium ist der Zeitpunkt der Auftragserteilung) und die zu wertende Projektphase bereits mindestens ein Jahr bearbeitet wird, wobei bereits maßgebliche Projektinhalte in dieser Phase bearbeitet sein müssen. Umfasst ein Auftrag mehrere Projektphasen, so wird die oben angeführte Regelung für jede Phase getrennt betrachtet. Eine Projektphase wird nur dann anerkannt und gewertet, wenn die Projektphase bereits abgeschlossen oder mindestens ein Jahr bearbeitet wird, wobei bereits maßgebliche Projektinhalte in dieser Phase bearbeitet sein müssen. Der Zeitpunkt der Auftragserteilung sowie der Bearbeitungsbeginn von Projektphasen ist anzugeben (Datum angeben)."

In den Ausschreibungsbestimmungen Teil 2, ist unter Punkt 2.2.1 die Tätigkeitsbeschreibung für die einzelnen Projektphasen festgelegt. In Punkt 2.2.3 sehen die Ausschreibungsbestimmungen für die "Phase 2 Einreichprojekt" folgendes vor:

"

2.2.3 Phase 2 Einreichprojekt (UVE)

Wesentliches Ziel der Umweltuntersuchungen im Rahmen des Einreichprojektes ist - im Sinne der Mitwirkung an der Realisierungsvorbereitung - der Ausgleich von wesentlichen nachteiligen Auswirkungen auf die Umwelt. Im Rahmen des Einreichprojektes mit UVP Verfahren sind räumliche und schutzgutbezogene Vertiefungen der Untersuchungen des Vorprojektes durchzuführen, wobei die Umweltuntersuchungen inhaltlich und strukturell auf die Anforderungen des UVP-G 2000 idgF. auszurichten sind. Auf Basis der Erfassung, Analyse und Bewertung des Bestandes sind die Wirkungen des geplanten Straßenbauvorhabens auf sein Umfeld im Einzelnen zu erarbeiten. Zur Vermeidung, Einschränkung oder zum Ausgleich von wesentlichen nachteiligen Auswirkungen auf die Umwelt sind geeignete Maßnahmen zu entwickeln und im Detail zu beschreiben. Die Untersuchungen sind so vorzunehmen, dass Aussagen darüber getroffen werden können, ob durch das Vorhaben betriebs- und errichtungsbedingte erhebliche Beeinträchtigungen der Umwelt ausgeschlossen werden können. Auf Basis dieser Untersuchungen ist eine Umweltverträglichkeitserklärung (UVE) im Sinne §6 UVP-G 2000 zu erstellen.

Die Arbeitspakete folgen einer gemeinsamen Bearbeitungsstruktur, die die Grundlage für die Beurteilung der einzelnen Themenbereiche bildet. Folgende damit verbundene Tätigkeiten sind durchzuführen:

Aufgaben

- Mitarbeit beim UVE- Konzept
- Datendefizitanalyse (was ist zu verdichten)
- Verdichtung bzw. Ergänzung des Ist-Zustandes für die ausgewiesenen Kriterien
- Darstellung des Ist-Zustandes
- Bewertung des Ist-Zustandes, Bestimmung der Sensibilität (in Absprache mit anderen Themenbereichsbearbeitern und den zuständigen Landesdienststellen)
- Bestimmung des Eingriffsausmaßes der Trasse für die Kriterien
- Bestimmung der Kriterien-Erheblichkeit und Zielerfüllung der Trasse
- Formulierung von Schutz- Ersatz- und Ausgleichsmaßnahmen
- Bestimmung der verbleibenden Auswirkungen unter Berücksichtigung von Maßnahmen für Kriterien
- Bestimmung der sektoralen Umweltverträglichkeit
- Maßnahmenbündelung für die Themenbereiche
- Erarbeitung von sektoralen Fachberichten und Kartenproduktion für die UVE gemäß vorgegebener Mappenstruktur
- Erforderliche Bearbeitungen im Rahmen des Verbesserungsauftrages der UVPBehörde
- Hilfestellung im UVP-Verfahren (Beantwortung von Fragen der UVPSachverständigen, Auseinandersetzung mit den bei der Auflage der UVE eingegangenen Einwendungen bzw. Stellungnahmen)
- Mithilfe und Unterstützung bei der Erstellung und Einreichung der materienrechtlichen Unterlagen für Eisenbahn-, Wasser- und Naturschutzrecht (die Erstellung der Einreichoperat wird gesondert vergeben
- Ausnahme Forstrecht - Bestandteil der Einreichunterlagen)"

In der am 13.11.2007 vor dem Bundesvergabeamt durchgeführten mündlichen Verhandlung hat der Auftraggeber dem Senat eine schematische Darstellung des Projektstandes der Referenzprojekte A 22 und S 1 der Antragstellerin sowie der S 35 der präsumtiven Zuschlagsempfängerin samt Bewertungsmatrix vorgelegt :

TABELLE 6

Die Antragstellerin hat rechtzeitig neben 5 weiteren Bewerbern einen Teilnahmeantrag abgegeben und wurde neben 4 weiteren Teilnehmern zur Angebotsabgabe in die zweite Stufe eingeladen. Die Angebotsöffnung erfolgte am 4.6.2007.

Mit Telefax vom 3.7.2007 hat der Auftraggeber sämtlichen Bietern die Zuschlagsentscheidung zugunsten der ZT F*** mit einer Vergabesumme von netto Euro 136.079,90.-- bekannt gegeben (Gewichtung: 70 Punkte Qualität und 29,0856 Punkte Preis). Das Angebot der Antragstellerin wurde beim Preis von netto Euro 131.932,00.- mit 30 Punkten gewichtet und an erste Stelle, jedoch bei der Qualität nur mit 65 Punkten gewichtet und daher insgesamt an 2. Stelle gereiht. Mit Schriftsatz vom 10.7.2007 hat die Antragstellerin die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, den Ersatz der Pauschalgebühren sowie die Erlassung einer einstweiligen Verfügung beantragt.

Mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 18.7.2007, N-0068- BVA/03/2007- EV9, wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben.

Mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 20.8.2007, N-0068- BVA/03/2007- EV27, wurde die mit OZ EV9 erlassene einstweilige Verfügung von Amts wegen erstreckt.

Mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 21.9.2007, N-0068- BVA/03/2007-46, wurde dem Antrag der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A*** OEG und 2. B*** OEG, alle vertreten durch RA X*** "das Bundesvergabeamt möge die uns mit Schreiben vom 3.7.2007 bekanntgegebene Zuschlagsentscheidung betreffend das Vergabeverfahren S37 Klagenfurter Schnellstraße, Teilabschnitte 1 und 2, Scheifling - Friesach Nord - Möbling Fachbereiche Fische, Fischereiwirtschaft, Gewässerökologie in den Planungsphasen VP, EP inkl. UVP (Beilage .11), für nichtig erklären" stattgegeben und die Zuschlagsentscheidung vom 3.7.2007 für nichtig erklärt.

Nach einer neu durchgeführten Angebotsprüfung und Angebotsbewertung hat der Auftraggeber mit Telefax vom 17.10.2007 sämtlichen Bietern die neue Zuschlagsentscheidung zugunsten der H*** ZT GmbH mit 65 Punkten für Qualität und einer Vergabesumme von netto Euro 163.126,62.- (gewichtet 24,2631Punkte), insgesamt somit 89,2631 Punkte, bekannt gegeben. Das Angebot der Antragstellerin wurde mit einem Preis von netto Euro 131.932,00.- mit 30 Punkten gewichtet und an erste Stelle gereiht, jedoch bei der Qualität nur mit 57,5 Punkten gewichtet und insgesamt somit an 3. Stelle gereiht.

Mit Schriftsatz vom 24.10.2007 beantragte die Antragstellerin die Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens und die Erlassung einer einstweiligen Verfügung im Wesentlichen mit der Begründung, die Qualitätsbewertung des Angebotes der Antragstellerin von ursprünglich 65 Qualitätspunkten sei zu Unrecht auf 57,5 Qualitätspunkte korrigiert worden und sei die Antragstellerin aufgrund dieser willkürlich erfolgten Reduktion der Qualitätsbewertung von Faktor 0,9 auf 0,6 beim Projekt A 22 nur mehr an 3. Stelle mit insgesamt 87,5 Punkten gereiht. Da das Angebot der Antragstellerin jedoch entsprechend den Ausschreibungsbestimmungen weiterhin mit jeweils dem Faktor 0,9 bzw mit 65 gewichteten Qualitätspunkten zu bewerten sei, müsse die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Antragstellerin getroffen werden und sei dieser als Billigst - und Bestbieterin der Zuschlag zu erteilen.

Mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 31.10.2007, OZ EV8, wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben.

Die Verständigung des Auftraggebers ist erfolgt (OZ 3), die Antragstellerin hat Pauschalgebühren in der Höhe von Euro 1.600.- bezahlt. Im Übrigen sind auch die sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen gemäß § 322 BVergG 2006 erfüllt.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen

1. 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. Da die Vergabebekanntmachung nach dem 1.2.2006 erfolgte und damit

das Vergabeverfahren nach dem 1.2.2006 eingeleitet wurde und der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung samt Nachprüfungsantrag ebenfalls nach dem 1.2.2006 eingebracht wurden, sind die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 zur Gänze anzuwenden.

2. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages

Die ASFINAG ist öffentlicher Auftraggeber iSd § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 (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 § 2 Z 41 BVergG 2006. Der gegenständliche Auftrag ist als Dienstleistungsauftrag iSd § 6 BVergG 2006, CPV Code 74230000-0. 74231300-0, zu qualifizieren. Der geschätzte Auftragswert des verfahrensgegenständlichen Auftrags beträgt laut Angaben des Auftraggebers ca. Euro 180.000.- ohne Ust. und ist daher das gegenständliche Verfahren dem Unterschwellenbereich zuzuordnen. Eine Einteilung in Lose ist nicht vorgesehen. Der Auftrag wird nach dem Bestbieterprinzip vergeben. Die Veröffentlichung im Amtlichen Lieferanzeiger erfolgte am 27.3.2007. Die Zuschlagsentscheidung wurde mit Schreiben vom 17.10.2007 sämtlichen Bietern bekanntgegeben. Das gegenständliche Vergabeverfahren wurde weder widerrufen, noch wurde der Zuschlag erteilt.

Der am 24.10. 2007 eingelangte Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde beim Bundesvergabeamt gleichzeitig mit einem Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs 1 BVergG 2006 eingebracht und ist somit iSd § 328 Abs. 3 und Abs. 4 BVergG 2006 rechtzeitig. Die Verständigung des Auftraggebers ist erfolgt (OZ 3), die Antragstellerin hat Pauschalgebühren in der Höhe von Euro 1.600.- bezahlt. Im Übrigen sind auch die sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen gemäß § 322 BVergG 2006 erfüllt. Der gegenständliche Antrag ist daher zulässig, das Bundesvergabeamt ist zur Durchführung des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig.

3. Inhaltliche Beurteilung des Antrages

Zu Spruchpunkt I:

Gemäß § 312 Abs. 2 Z 2 BVergG 2006 ist das Bundesvergabeamt bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens zum Zwecke von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hier zu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht zuständig zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte.

Gemäß § 19 Abs 1 BVergG 2006 sind Vergabeverfahren 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 durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

Gemäß § 80 Abs.3 BVergG ist in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen anzugeben, ob der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot oder - sofern der Qualitätsstandard der Leistung in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen klar und eindeutig definiert ist - dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt werden soll. Soll der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werden, so hat der Auftraggeber in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen alle Zuschlagskriterien, deren Verwendung er vorsieht, im Verhältnis der ihnen zuerkannten Bedeutung anzugeben [...].

Gemäß § 108 Abs.2 BVergG erklärt der Bieter mit der Abgabe seines Angebotes, dass er die Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen kennt, dass er über die erforderlichen Befugnisse zur Ausführung des Auftrages verfügt, dass er die ausgeschriebene Leistung zu diesen Bestimmungen und den von ihm angegebenen Preisen erbringt, und dass er sich bis zum Ablauf der Zuschlagsfrist an sein Angebot bindet.

Gemäß § 123 BVergG hat die Prüfung der Angebote in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien zu erfolgen, wobei gemäß Abs.2 leg.cit im Einzelnen zu prüfen ist, 1. ob den in § 19 Abs. 1 angeführten Grundsätzen entsprochen wurde; 2. die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Bieters bzw. - bei der Weitergabe von Leistungen - der namhaft gemachten Subunternehmer; 3. ob das Angebot rechnerisch richtig ist; 4. die Angemessenheit der Preise; 5. ob das Angebot den sonstigen Bestimmungen der Ausschreibung entspricht, insbesondere ob es formrichtig und vollständig ist.

Da die gegenständliche Ausschreibung von der Antragstellerin nicht innerhalb der gemäß § 321 Abs 2 BVergG 2006 vorgesehenen Frist angefochten wurde, ist diese bestandfest geworden (Vgl. VwGH 7.11.2005,

2003/04/0135; 1.3.2007, 2005/04/0239; 28.3.2007, 2005/04/0200; 23.5.2007, 2005/04/0103; 27.6.2007, 2005/04/0234; BVA 20.6.2007, N/0050-BVA/04/2007-41 u. N/0051-BVA/04/2007-47; 20.3.2007, N/0012-BVA/07/2007-63 u.a.). Diese Fristgebundenheit von Nachprüfungsanträgen wäre sinnlos, könnte die Vergabekontrollbehörde eine unanfechtbar gewordene bestandfeste Entscheidung des Auftraggebers im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens gegen auf dieser Entscheidung aufbauende Entscheidungen des Auftraggebers überprüfen. Dieser Unanfechtbarkeit stehen auch die Bestimmungen der Rechtsmittelrichtlinie nicht entgegen (VwGH 27.6.2007, 2005/04/0234).

Das Bundesvergabeamt ist an diese Präklusionswirkung gebunden. Die Bestandskraft der Ausschreibung hat zur Folge, dass der Einwand der Antragstellerin, das Referenzprojekt A 22 sei aufgrund der durchgeführten, abgeschlossenen und vom Auftraggeber bereits abgenommenen Ist-Bestandsbewertung im Rahmen des Einreichprojektes jedenfalls mit dem Faktor 0,9 zu bewerten, da hiermit - jedenfalls in finanzieller Hinsicht - wesentliche Leistungen gemäß den Festlegungen in den Ausschreibungsbestimmungen erbracht worden seien, die Ist-Bestandsbewertung sowohl qualitativ als auch quantitativ ein wesentlicher Teil des Einreichprojektes UVE sei und daher im Ergebnis die Unterlagen für das Einreichprojekt der UVE gleich oder zumindest annähernd gleich seien, sodass die für die UVE erarbeiteten Unterlagen vom Auftraggeber mit dem gleichen Inhalt ohnehin auch für das Materienrechtsverfahren verwendet werden können, weil sich der Inhalt der Fachbeiträge für die UVE nicht oder wenn, dann nur marginal von jenen des Materienrechtsverfahrens unterscheiden, ins Leere geht. Dies gilt auch für die in der mündlichen Verhandlung am 13.11.2007 vorgebrachten Argumente der Antragstellerin, dass vom Vorliegen eines § 4-Bescheids den Ausschreibungsunterlagen nichts zu entnehmen sei, es darüber hinaus jedoch gar keine Rolle spiele, welche Trasse letztlich festgelegt werde bzw. ob diese schon festgelegt sei oder nicht, weil nämlich der von der Antragstellerin auf 70 Seiten erarbeitete und bewertete Untersuchungsraum räumlich so weit gefasst worden sei, dass ohnedies alle Möglichkeiten einer Trassenfestlegung bereits mit der von der Antragstellerin durchgeführten Ist-Bestandserhebung abgedeckt worden seien und daher jedenfalls wesentliche Leistungen zur 2. Phase erbracht worden seien, sodass diese entsprechend mit dem Faktor 0,9 und nicht mit lediglich 0,6 zu werten seien.

Mit Eintritt der Bestandsfestigkeit der Ausschreibung sind sowohl der Auftraggeber als auch die Bieter an die in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen gebunden. Die Bindung der für die Zuschlagserteilung in Frage kommenden Angebote an die Ausschreibung ist für die Gleichbehandlung der Bieter iSv § 19 Abs 1 BVergG 2006 entscheidend (Vgl. VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050 und die dort zitierte Rechtsprechung des EuGH vom 25.4.1996, Rs C-87/94, Wallonische Busse, wonach die Abweichung von in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen eine Verletzung wesentlicher Grundsätze des Vergabeverfahrens darstellt; ebenso BVA 7.5.2007, N/0007-BVA/15/2007-67;

3.5.2006, N/0017-BVA/04/2006-25; 17.3.2006, N/0007-BVA/05/2006-54;

8.2.2006, 15N-127/05-25 u.a.).

Sowohl unter Zugrundelegung des Interpretationsmaßstabes des objektiven Erklärungswertes der Ausschreibungsunterlagen (Vgl. VwGH 29.3.2006, 2004/04/0144, 0156, 0157) als auch aus der Sicht eines durchschnittlichen, fachkundigen Bieters bei Anwendung der üblichen Sorgfalt [Vgl. EuGH 4.12.2003, Rs C-448/01 (EVN - AG Wienstrom GmbH gegen Republik Österreich); VwGH 17.11.2004, 2002/04/0078; 16.2.2005, 2004/04/0030; BVA 3.5.2006, N/0017-BVA/04/2006-25] ist daher davon auszugehen, dass die Referenzen, die vom Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen unter A-2 "Projekt- und Aufgabenbeschreibung" festgelegten Projektphasen und -stufen sowie innerhalb dieser die jeweiligen in der Tätigkeitsbeschreibung angeführten Leistungen jedenfalls zu erfüllen hatten und je nach Erfüllungsstadium der einzelnen Projektphasen - das sind gemäß den Ausschreibungsbestimmungen bei Phase 1: Strategische Prüfung bis Zustimmung BMVIT, bei Phase 2: Einreichprojekt bis Abschluss durch Bescheid gemäß § 4 BSTG und bei Phase 3: Nachgeordnete landesrechtliche Behördenverfahren bis Realisierung - diese entsprechend dem festgelegten Bewertungsschema mit dem Faktor 0,6 oder 0,9 oder 1 zu bewerten waren.

Mit Bescheid vom 21.9.2007, N-0068-BVA/03/2007-46 hat das Bundesvergabeamt die Zuschlagsentscheidung vom 3.7.2007 zugunsten der ZT-Kanzlei F*** für nichtig erklärt. Der Auftraggeber hat in Entsprechung des Gleichbehandlungsgrundsatzes und aufgrund der allgemeinen Bestimmungen des § 19 BVergG 2006 iVm § 80 leg.cit die Angebote neu geprüft und bewertet. In der auf Grundlage des Vergabeberichtes vom 17.10.2007 zugunsten der H*** ZT GmbH getroffenen Zuschlagsentscheidung kann keine Vergaberechtswidrigkeit erblickt werden.

Betreffend die mit Schriftsatz vom 8. 11.2007 erhobenen begründeten Einwendungen der ZT-Kanzlei F*** ist festzuhalten, dass gemäß § 324 Abs.1 BVergG Parteien des Nachprüfungsverfahrens vor dem Bundesvergabeamt jedenfalls der Antragsteller und der Auftraggeber sind. Gemäß Abs.2 leg.cit. sind Parteien des Nachprüfungsverfahrens ferner jene Unternehmer, die durch die vom Antragsteller begehrte Entscheidung unmittelbar in ihren rechtlichen geschützten Interessen nachteilig betroffen sein können (Antragsgegner);

insbesondere ist im Falle der Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung der für den Zuschlag in Aussicht genommene Bieter Partei des Nachprüfungsverfahrens. Gemäß Abs.3 leg.cit verliert der in einer Zuschlagsentscheidung für den Zuschlag in Aussicht genommene Bieter seine Parteistellung, wenn er seine begründeten Einwendungen gegen die vom Antragsteller begehrte Entscheidung nicht binnen zwei Wochen ab Zustellung der persönlichen Verständigung über die Einleitung des Nachprüfungsverfahrens (§ 323 Abs. 4) erhebt. Andere Parteien im Sinne des Abs. 2 verlieren ihre Parteistellung, wenn sie ihre begründeten Einwendungen gegen die vom Antragsteller begehrte Entscheidung nicht binnen zwei Wochen ab Bekanntmachung der Verfahrenseinleitung nach § 323 Abs. 1 erheben.

In den Materialien der RV wird zu § 324 BVergG ausgeführt, dass Parteistellung nur solchen Unternehmern eingeräumt wird, die durch die begehrte Entscheidung (im gegenständlichen Fall: die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung) in ihren rechtlichen Interessen nachteilig betroffen sein können, wobei es bei der Beurteilung des Vorliegens rechtlich geschützter Interessen sinngemäß die in § 320 Abs 1 BVergG umschriebenen Antragsvoraussetzungen heranzuziehen sind , dh es kommt darauf an, ob der betreffende Unternehmer ein Interesse am Vertragsabschluss haben kann und durch die beantragte Entscheidung einen Schaden erleiden könnte.

Da sich die ZT -Kanzlei F*** mit dem am 8.11.2007 schriftlich in Form von begründeten Einwendungen beim Bundesvergabeamt eingebrachten Begehren dem Nachprüfungsantrag der Antragstellerin "anschließt" und damit die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung begehrt, jedoch gemäß den Bestimmungen des § 324 BVergG Parteien des Nachprüfungsverfahrens nur jene Unternehmer sein können, die durch die vom Antragsteller begehrte Entscheidung unmittelbar in ihren rechtlichen geschützten Interessen nachteilig betroffen sein können und das Bundesvergabegesetz ein "Anschließen an das Begehren der Antragstellerin" nicht vorsieht, vielmehr begründeten Einwendungen nur gegen die vom Antragsteller begehrte Entscheidung erhoben werden können, ist das in der gegenständlichen Form eingebrachte Anbringen der ZT - Kanzlei F*** jedenfalls kein taugliches Mittel zur Wahrung der Parteistellung.

Zu Spruchpunkt II:

Gemäß § 319 Abs. 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.

Die Antragstellerin hat für den am 24.10. 2007 eingebrachten Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs. BVergG und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 328 Abs.1 leg.cit. im Hinblick auf das im Unterschwellenbereich zu führende Verfahren nachweislich insgesamt Pauschalgebühren in der Höhe von Euro 1.600.- entrichtet.

Da dem Nachprüfungsantrag gemäß Spruchpunkt I nicht stattgegeben wurde und damit im Hinblick auf den Nachprüfungsantrag kein auch nur "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. nicht stattzugeben.

Für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung besteht gemäß § 319 Abs. 2 leg.cit. ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren nur dann, wenn

1. dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und
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 nicht stattgegeben wurde, ist auch dem Antrag auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 319 Abs. 2 BVergG 2006 nicht stattzugeben.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.