

TE Verg Bescheid 2008/6/11 N/0051-BVA/14/2008-35

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 11.06.2008

Norm

BVergG 2006 §231 Abs1 Z4 BGBl I Nr17/2006

BVergG 2006 §268 Abs2 Z1 bis 3 BGBl I Nr17/2006

1. BVergG 2006 § 231 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 231 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 231 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 231 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 231 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 268 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 268 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 268 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 268 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 14, Mag. Ilse Lesniak und Dkfm. Dr. Johann Hackl als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Johannes Schenk als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs 2 Z 2 Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG), BGBl I Nr. 17/2006, zuletzt geändert durch BGBl I Nr. 86/2007, betreffend die Auftragsvergabe "Semmering Basistunnel NEU, Gloggnitz - Raum Mürzzuschlag/Langenwang, Erkundungsarbeiten 2008, B 1804" des Auftraggebers ÖBB-Infrastruktur Bau Aktiengesellschaft, Vivenotgasse 10, 1120 Wien, über die Anträge der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A***, 2. B***, 3. C*** und 4. D***, vertreten durch X***, vom 29.4.2008, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 30.4.2008, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 14, Mag. Ilse Lesniak und Dkfm. Dr. Johann Hackl als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Johannes Schenk als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, zuletzt geändert durch Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007,, betreffend die Auftragsvergabe "Semmering Basistunnel NEU, Gloggnitz - Raum Mürzzuschlag/Langenwang, Erkundungsarbeiten 2008, B 1804" des Auftraggebers ÖBB-Infrastruktur Bau Aktiengesellschaft, Vivenotgasse 10, 1120 Wien, über die Anträge der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A***, 2. B***, 3. C*** und 4. D***, vertreten durch X***, vom 29.4.2008, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 30.4.2008, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Der Antrag, "die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Bietergemeinschaft E***, vom 16.4.2008 nichtig zu erklären", wird abgewiesen.

II.römisch zwei.

Der Antrag, "der Auftraggeberin den Ersatz der von uns bezahlten Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag in Höhe von Euro 7.500,- aufzuerlegen", wird abgewiesen.

Begründung

1. 1.Ziffer eins

Sachverhalt:

Die gegenständliche, im Supplement S des Amtsblattes der Europäischen Gemeinschaften am 20.12.2007 unter 2007/S 245-298835 EU-weit bekannt gemachte Auftragsvergabe "Semmering Basistunnel NEU, Gloggnitz - Raum Mürzzuschlag/Langenwang, Erkundungsarbeiten 2008, B 1804", soll in Form eines offenen Verfahrens nach dem Billigstbieterprinzip vergeben werden.

Es handelt sich um einen Bauauftrag im Oberschwellenbereich (Sektorenbereich). Der geschätzte Auftragswert wurde vom Auftraggeber mit ca. Euro 12,5 Mio exkl. USt. angegeben.

Auftraggeber ist die ÖBB-Infrastruktur Bau Aktiengesellschaft.

Auftragsgegenstand sind laut Ausschreibungsbekanntmachung Erkundungsbohrungen und Bohrlochversuche für die Trassenoptimierung sowie das UVE- und EB-Verfahren.

Als Schlusstermin für den Eingang der Angebote wurde der 18.2.2008, 10.00 Uhr, festgelegt.

Insgesamt gaben 3 Bieter, darunter die Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A***, 2. B***, 3. C*** und 4. D*** (im Folgenden Antragsteller) Angebote ab. Der Nettoangebotspreis des Antragstellers betrug Euro 13.477.517,55. Das Angebot des Antragstellers ging aus der Angebotsöffnung als zweitgereihtes Angebot hinter dem billigsten Angebot der Bietergemeinschaft E*** (im Folgenden präsumtiver Zuschlagsempfänger) hervor. Deren Nettoangebotspreis betrug Euro 13.399.015,40.

Gemäß der Ausschreibung waren von den Bietern zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit unter anderem die Anzahl der kalkulierten Bohrgeräte mit Bohrtiefen zwischen 600m und 800m Endteufe und zumindest ein zusätzliches Bedarfsgerät derselben Tiefenstufe sowie die Anzahl der kalkulierten Bohrgeräte mit Bohrtiefen bis 600m Endteufe und 2 zusätzliche Bedarfsgeräte der Tiefenstufe 400m bis 600m, über welche der Unternehmer bzw. die ARGE für die Ausführung des Bauvorhabens verfügt, nachzuweisen. Den Angeboten waren unter anderem eine Erklärung des Bieters bzw. der ARGE-Mitglieder, aus der hervorgeht, über welche Ausstattung, welche Geräte und welche technische Ausrüstung das Unternehmen für die Ausführung des Bauvorhabens verfügt sowie eine Auflistung der für das Bauvorhaben zur Verfügung stehenden Bohr- und Versuchsgeräte (inkl. Gerätetyp und Kenngrößen) beizulegen (Pkt. 4.4.5, Teil A der Ausschreibung). Der präsumtive Zuschlagsempfänger - wie auch der Antragsteller - legten ihren Angeboten die in der Ausschreibung verlangten Geräte(einsatz)listen bei.

Gemäß Pkt. 4.4.5.1, Teil A der Ausschreibung, war von den Bietern weiters ein Versuchskoordinator zu benennen, der nachweislich die in der Ausschreibung im Einzelnen verlangten Anforderungen zu erfüllen hatte.

Der präsumtive Zuschlagsempfänger machte im vorgesehenen Formblatt G VII.2 unter Anschluss des Lebenslaufes samt Referenzliste H*** als Versuchskoordinatorin namhaft. Im genannten Formblatt gab der präsumtive Zuschlagsempfänger für H*** unter "Referenzprojekt 1" Koralmtunnel 1713 (2006), unter "Referenzprojekt 2" HLS Wien-Salzburg NBS Salzburg-Seekirchen (2006) und unter "Referenzprojekt 3" Geophysikalische Bohrlochmessungen, Brunnen Raab II (2007) an. Für die Referenzprojekte 2 und 3 lagen die in der Ausschreibung verlangten Auftraggeberbestätigungen mit den entsprechenden Angaben dem Angebot bereits vollständig bei. In der zum Referenzprojekt 1 dem Angebot beigelegten Auftraggeberbestätigung der ARGE E***, vom 12.12.2007, waren die Laufmeter zu den durchgeführten Bohrlochmessungen nicht im Detail angegeben. Auf Aufforderung des Auftraggebers (E-Mail vom 11.3.2008) reichte der präsumtive Zuschlagsempfänger mit Schreiben vom 14.3.2008 ein weiteres, ergänzendes Referenzschreiben vom 12.3.2008 nach. Aus dem nachgereichten Referenzschreiben ergibt sich

ivm dem bereits dem Angebot angeschlossenen Referenzschreiben vom 12.12.2007, dass von der G***, H***, Flowmetermessungen im Ausmaß von 487,3m und ABF-Messungen im Ausmaß von 1.972,60m durchgeführt wurden. Aus der Auftraggeberbestätigung zum Referenzprojekt 2 gehen die Durchführung von 382m Flowmetermessungen und aus der Auftraggeberbestätigung zum Referenzprojekt 3 die Durchführung von 408m Flowmetermessungen durch die G***, H***, hervor. Der präsumtive Zuschlagsempfänger machte im vorgesehenen Formblatt G römisch sieben.2 unter Anschluss des Lebenslaufes samt Referenzliste H*** als Versuchs Koordinatorin namhaft. Im genannten Formblatt gab der präsumtive Zuschlagsempfänger für H*** unter "Referenzprojekt 1" Koralmtunnel 1713 (2006), unter "Referenzprojekt 2" HLS Wien-Salzburg NBS Salzburg-Seekirchen (2006) und unter "Referenzprojekt 3" Geophysikalische Bohrlochmessungen, Brunnen Raab römisch zwei (2007) an. Für die Referenzprojekte 2 und 3 lagen die in der Ausschreibung verlangten Auftraggeberbestätigungen mit den entsprechenden Angaben dem Angebot bereits vollständig bei. In der zum Referenzprojekt 1 dem Angebot beigelegten Auftraggeberbestätigung der ARGE E***, vom 12.12.2007, waren die Laufmeter zu den durchgeführten Bohrlochmessungen nicht im Detail angegeben. Auf Aufforderung des Auftraggebers (E-Mail vom 11.3.2008) reichte der präsumtive Zuschlagsempfänger mit Schreiben vom 14.3.2008 ein weiteres, ergänzendes Referenzschreiben vom 12.3.2008 nach. Aus dem nachgereichten Referenzschreiben ergibt sich in Verbindung mit dem bereits dem Angebot angeschlossenen Referenzschreiben vom 12.12.2007, dass von der G***, H***, Flowmetermessungen im Ausmaß von 487,3m und ABF-Messungen im Ausmaß von 1.972,60m durchgeführt wurden. Aus der Auftraggeberbestätigung zum Referenzprojekt 2 gehen die Durchführung von 382m Flowmetermessungen und aus der Auftraggeberbestätigung zum Referenzprojekt 3 die Durchführung von 408m Flowmetermessungen durch die G***, H***, hervor.

Am 26.3.2008 fand ein Aufklärungsgespräch des Auftraggebers mit dem in Aussicht genommenen Zuschlagsempfänger statt. In dem Protokoll über das Aufklärungsgespräch finden sich formale Festhaltungen (Pkt. A). Unter Pkt. B) (Formale Prüfung des Angebotes), wurde die rechnerische Richtigkeit des Angebotes bestätigt, unter Pkt C) (Nachzureichende Unterlagen), wurde festgehalten, dass die vom Auftraggeber nachgeforderten Unterlagen nachgereicht wurden. Unter Pkt D) (Bauzeit), wurde die Nachvollziehbarkeit des abgegebenen Bauplanes bestätigt. In Pkt. E) (Kalkulation), lautet der 1. Absatz: Allgemein wird seitens der Bau-AG festgehalten, dass die Aufgliederung der Einheitspreise in den K7 Blättern des Angebotes nicht für sämtliche Positionen den Vorgaben der Ausschreibung (Anhang G1 Muster K-Blätter) entspricht. Der Bieter wird an die Konsequenzen gemäß Teil G Pkt. 4 erinnert. Dabei hält die Bau-AG fest, dass die wirtschaftlichen Nachteile beträchtlich sein können. Unter Pkt. F) ist die zustimmende Zusammenfassung des Ergebnisses des Aufklärungsgesprächs durch die Teilnehmer vermerkt.

Pkt. 4 (Erläuterungen zu den Bieterangaben), Teil G (Bietererklärungen), der Ausschreibung, lautet:

Bezüglich der Bestimmungen zur Preisaufgliederung siehe Teil A, Pkt. 7.3. Sind K-Blätter nur teilweise, widersprüchlich oder nicht ausreichend aufgliedert ausgefüllt, oder fehlen sie überhaupt, so gehen die sich daraus ergebenden Unklarheiten zu Lasten des Auftragnehmers, d.h. die ÖBB-Infrastruktur Bau AG behält sich vor, nicht angeführte Werte in ihrer plausiblen Form aufzuteilen oder zu ergänzen.

Dem Vergabeakt liegt der Entwurf eines Schlussbriefes an den präsumtiven Zuschlagsempfänger ein, in dem es lautet:

[...]

Bezug nehmend auf Ihr Angebot vom 14. Februar 2008, und unter Berücksichtigung des Aufklärungsgesprächs vom 26. März 2008, beauftragen wir Sie mit der Durchführung der Erkundungsarbeiten 2008 (B1804).

[...]

Ergänzend wird Folgendes festgehalten:

- -Strichaufzählung

Es gelten die Vereinbarungen des Aufklärungsgesprächs vom 26.03.2008.

- -Strichaufzählung

[...]

- -Strichaufzählung

Die das Vertragsverhältnis betreffenden Bestimmungen Ihres Angebotes und die vereinbarten Änderungen bzw. Ergänzungen werden in einem Bauvertrag zusammengefasst [...].

Die Zuschlagsentscheidung erging zu Gunsten des Angebotes der Bietergemeinschaft E*** und wurde dem Antragsteller und dem dritten Bieter mit Telefax vom 16.4.2008 mitgeteilt. Begründend führte der Auftraggeber an, dass der Vorteil des erfolgreichen Angebotes im günstigeren Gesamtpreis liege.

Mit Schriftsatz vom 29.4.2008, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 30.4.2008, brachte der Antragsteller einen Nachprüfungsantrag ein und begehrte wie im Spruchpunkt I wiedergegeben. Unter einem stellte er einen Antrag auf Gebührenersatz (siehe Spruchpunkt II) und beantragte die Erlassung einer dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens bis 11.6.2008, die Zuschlagserteilung untersagenden, einstweiligen Verfügung. Dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 5.5.2008, N/0051-BVA/14/2008- 8EV, stattgegeben. Mit Schriftsatz vom 29.4.2008, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 30.4.2008, brachte der Antragsteller einen Nachprüfungsantrag ein und begehrte wie im Spruchpunkt römisch eins wiedergegeben. Unter einem stellte er einen Antrag auf Gebührenersatz (siehe Spruchpunkt römisch zwei) und beantragte die Erlassung einer dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens bis 11.6.2008, die Zuschlagserteilung untersagenden, einstweiligen Verfügung. Dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 5.5.2008, N/0051-BVA/14/2008- 8EV, stattgegeben.

In seinem Nachprüfungsantrag brachte der Antragsteller im Wesentlichen vor:

Die gegenständliche Auftragsvergabe sei in einem offenen Verfahren im Oberschwellenbereich nach dem Billigstbieterprinzip (Sektor) ausgeschrieben worden.

Der Antragsteller habe fristgerecht ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt.

Bei der Angebotsöffnung seien folgende Gesamtpreise der Angebote (Euro netto) verlesen worden:

1. 1.Ziffer eins

BG E*** Euro 13.399.015,40, 2. BG A***-B***-C***-D*** Euro 13.477.517,55, 3. F*** Euro 19.173.343,46.

Mit Schreiben vom 16.4.2008 habe der Auftraggeber mitgeteilt, dass die Erteilung des Zuschlags an die Bietergemeinschaft "E***", beabsichtigt sei. Der Vorteil des erfolgreichen Angebotes liege im günstigeren Gesamtpreis.

Es werde die Zuschlagsentscheidung angefochten, die insbesondere aus folgenden Gründen rechtswidrig sei:

- -Strichaufzählung
Bohrdatenschreiber:

Pkt. 4.1, Teil C der Ausschreibung lege fest:

"Bohrdatenschreiber

Bohrdatenschreiber sind bei allen Bohrgeräten einzusetzen. Zusätzlich zu den täglichen Protokollen sind kontinuierliche Aufzeichnungen mit einem Messdatenschreiber (Bohrdatenschreiber) zur Dokumentation von Datum, Zeit, Bohrfortschritt, Anpressdruck, Umdrehungszahl und Drehmoment beizulegen. ... Diese Bohrdaten sind den Tagesberichten beizulegen. Es wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass eine lückenlose Dokumentation der genannten und referenzierten (ÖN) Informationen Grundlage zur Abwägung des Baugrundrisikos ist".

Die Mindestanforderungen an die technische Leistungsfähigkeit (Pkt. 4.4.5, Teil A der Ausschreibung) würden ausdrücklich verlangen, dass auch die technische Ausrüstung für die dort genannten Bohrgeräte nachgewiesen werde. Als Nachweise würden ausdrücklich eine Erklärung des Bieters, aus der hervorgehe, über welche Ausstattung, welche Geräte und welche technische Ausrüstung das Unternehmen für die Ausführung des Bauvorhabens verfüge, sowie eine Auflistung der für das Bauvorhaben zur Verfügung stehenden Bohr- und Versuchsgeräte verlangt.

Nach dem Wissensstand des Antragstellers verfüge keines der Mitglieder des präsumtiven Zuschlagsempfängers über die oben genannten Bohrdatenschreiber. Das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers wäre daher wegen mangelnder technischer Leistungsfähigkeit auszuschneiden gewesen. Der Antragsteller gehe davon aus, dass beim präsumtiven Zuschlagsempfänger die Bohrdatenschreiber auch in den verlangten Nachweisen nicht enthalten seien. Da die Bohrdatenschreiber in der Ausschreibung ausdrücklich für alle Bohrgeräte verlangt würden, seien diese auch als Mindestinhalt dieser Nachweise anzusehen. Das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers sei daher auch als

ausschreibungswidrig auszuschneiden. Bei vergaberechtskonformem Vorgehen (Ausscheiden des Angebotes des präsuntiven Zuschlagsempfängers) würde der Zuschlag an den Antragsteller als nächstgereihten Bieter zu erteilen sein.

- -Strichaufzählung

Referenzen Versuchskoordinator:

Gemäß Pkt. 4.4.5.1, Teil A der Ausschreibung, sei vom Auftragnehmer für die gesamte Bauzeit ein Versuchskoordinator zu stellen.

Als Mindestanforderung an diesen Versuchskoordinator sei unter anderem festgelegt, dass mit maximal 3 Projekten (Ausführung und Auswertung) nachzuweisen sei, dass von der genannten Person in den letzten 5 Jahren zumindest 2 der folgenden 3 Versuche in der angegebenen Menge durchgeführt bzw. ausgewertet worden seien: VSP 1000m, ABF 1000m, Flowmeter 1000m. Hiefür seien Nachweise in Form von Auftraggeberbestätigungen vorzulegen gewesen.

Der präsuntive Zuschlagsempfänger habe nach dem Wissensstand des Antragstellers die G*** als Versuchskoordinator namhaft gemacht. Die G*** erfülle nicht die in der Ausschreibung verlangten Mindestanforderungen bzw. gehe der Antragsteller davon aus, dass für die im Angebot anzuführenden (maximal 3) Referenzprojekte jedenfalls keine den Ausschreibungskriterien entsprechenden Auftraggeberbestätigungen vorliegen würden. Das Angebot des präsuntiven Zuschlagsempfängers wäre daher auch aus diesem Grund mangels technischer Leistungsfähigkeit auszuschneiden gewesen.

- -Strichaufzählung

Nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises:

Das Angebot des präsuntiven Zuschlagsempfängers weise eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises auf. Insbesondere liege ein massiver Unterpreis in einigen Positionen betreffend den Versuchskoordinator vor.

Der Antragsteller gehe davon aus, dass diese Positionspreise im Verhältnis zu den ausgeschriebenen Leistungen auffallend und ungewöhnlich niedrig seien, und zwar sowohl von den relevanten Marktverhältnissen bzw. vergleichbaren Erfahrungswerten ausgehend, als auch auf die entsprechenden Positionspreise der Mitbieter bezogen, die gegenständlich die relevanten Marktverhältnisse größenordnungsmäßig durchaus widerspiegeln würden. Im Einzelnen handle es sich insbesondere um folgende Positionen, wobei für diese bei einer nachvollziehbaren Kalkulation zumindest etwa folgende Preise anzusetzen wären:

Nicht darstellbare Tabelle

Gemäß § 268 BVergG hätten Sektorenauftraggeber Angebote jedenfalls auch dann vertieft zu prüfen bzw. Aufklärung zu verlangen und - im Falle der nicht gegebenen Nachvollziehbarkeit der Preise trotz Aufklärung gemäß § 269 Abs. 1 Z 3 leg.cit - auszuschneiden, wenn das Angebot in einzelnen Positionen zu niedrige Einheitspreise aufweise und Zweifel an der Angemessenheit von Preisen bestünden. Gemäß Paragraph 268, BVergG hätten Sektorenauftraggeber Angebote jedenfalls auch dann vertieft zu prüfen bzw. Aufklärung zu verlangen und - im Falle der nicht gegebenen Nachvollziehbarkeit der Preise trotz Aufklärung gemäß Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 3, leg.cit - auszuschneiden, wenn das Angebot in einzelnen Positionen zu niedrige Einheitspreise aufweise und Zweifel an der Angemessenheit von Preisen bestünden.

Der Antragsteller gehe davon aus, dass das Angebot des präsuntiven Zuschlagsempfängers insbesondere in den oben genannten Positionen massiv zu niedrig kalkuliert sei und daher gemäß § 269 Abs. 1 Z 3 BVergG auszuschneiden gewesen wäre. Der Antragsteller gehe davon aus, dass das Angebot des präsuntiven Zuschlagsempfängers insbesondere in den oben genannten Positionen massiv zu niedrig kalkuliert sei und daher gemäß Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG auszuschneiden gewesen wäre.

Jedenfalls wäre der Auftraggeber verpflichtet gewesen, das Angebot des präsuntiven Zuschlagsempfängers insbesondere in den genannten Positionen vertieft zu prüfen. Sollte eine vertiefte Angebotsprüfung in den genannten Positionen gänzlich unterblieben oder nicht entsprechend den Vorgaben des § 268 BVergG durchgeführt worden sein, wäre die angefochtene Zuschlagsentscheidung schon deshalb für nichtig zu erklären, weil eine solche vertiefte Angebotsprüfung bei den auffällig niedrigen Einheitspreisen des präsuntiven Zuschlagsempfängers jedenfalls geboten gewesen wäre. Es sei davon auszugehen, dass eine vergaberechtskonforme und vollständige vertiefte Angebotsprüfung eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises des präsuntiven Zuschlagsempfängers

ergebe, weshalb die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens auch wesentlich sei. Jedenfalls wäre der Auftraggeber verpflichtet gewesen, das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers insbesondere in den genannten Positionen vertieft zu prüfen. Sollte eine vertiefte Angebotsprüfung in den genannten Positionen gänzlich unterblieben oder nicht entsprechend den Vorgaben des Paragraph 268, BVergG durchgeführt worden sein, wäre die angefochtene Zuschlagsentscheidung schon deshalb für nichtig zu erklären, weil eine solche vertiefte Angebotsprüfung bei den auffällig niedrigen Einheitspreisen des präsumtiven Zuschlagsempfängers jedenfalls geboten gewesen wäre. Es sei davon auszugehen, dass eine vergaberechtskonforme und vollständige vertiefte Angebotsprüfung eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises des präsumtiven Zuschlagsempfängers ergebe, weshalb die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens auch wesentlich sei.

Der Antragsteller erachte sich in seinen Rechten auf Erteilung des Zuschlags bzw. Fällung der Zuschlagsentscheidung an ihn als Billigst- und Bestbieter, auf Vergabe an leistungsfähige Bieter nach den Grundsätzen eines freien und lauten Wettbewerbs und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter zu angemessenen Preisen, auf Ausscheiden von Angeboten von Bietern, bei denen die technische Leistungsfähigkeit nicht gegeben sei, auf Ausscheiden von den Ausschreibungsbestimmungen widersprechenden Angeboten, auf Ausscheiden von Angeboten, die eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufweisen würden, auf Ausscheiden von Angeboten eines Bieters, der es unterlassen hat, innerhalb der gestellten Frist die verlangten Aufklärungen zu geben oder dessen Aufklärung einer nachvollziehbaren Begründung entbehrt sowie auf Durchführung einer vergaberechtskonformen vertieften Angebotsprüfung bei Angeboten von Mitbietern, verletzt.

Der Auftraggeber nahm mit Schriftsatz vom 9.5.2008 zum Nachprüfungsantrag Stellung und brachte zusammengefasst vor, dass die vom Antragsteller behaupteten Gründe für die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung schwer nachvollziehbar erscheinen würden und der Eindruck entstehe, dass primäres Ziel der Antragstellung das Ausüben größtmöglichen Termindrucks auf den Auftraggeber sein könnte.

Entgegen den Ausführungen des Antragstellers sei in Pkt. 4.4.5, Teil A, Seite 10 der Ausschreibungsunterlagen keinesfalls die Verfügbarkeit eines Bohrdatenschreibers abgefragt worden. Vom Bieter sei lediglich die Ausstattung an Bohrgeräten und technischer Ausrüstung, welche durch "die Anzahl der kalkulierten Bohrgeräte gemäß Teil G" mit zwei verschiedenen Bohrtiefen (600m bis 800m Endteufe und bis 600m Endteufe) präzisiert gewesen sei, nachzuweisen gewesen. Gemäß Teil A, Seite 10 der Ausschreibung sei lediglich eine Auflistung der für das Bauvorhaben zur Verfügung stehenden Bohr- und Versuchsgeräte (inkl. Gerätetyp und Kenngrößen) beizulegen gewesen, eine Auflistung der für das Bohrvorhaben zur Verfügung stehenden Bohrdatenschreiber jedoch gerade nicht verlangt worden. Die Ausstattung mit Bohrdatenschreibern sei vom Bieter weder gemäß Teil A noch gemäß einer anderen Ausschreibungsbestimmung anzugeben gewesen. Nicht einmal der Antragsteller selbst führe in seinem Angebot in der "Erklärung über Typ und Anzahl der eingesetzten Bohranlagen sowie über die technische Ausstattung" einen Bohrdatenschreiber an.

Die technische Leistungsfähigkeit des in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängers sei daher nicht in Zweifel zu ziehen.

Das Vorliegen der Referenzen für den Versuchskoordinator sei von einem sachverständigen Ziviltechniker sowie von fachkundigen Mitarbeitern des Auftraggebers geprüft und im Hinblick auf die dargelegten und dem Auftraggeber bekannten Referenzen als erfüllt anzusehen gewesen. Der präsumtive Zuschlagsempfänger habe einen Versuchskoordinator (H***) angegeben, der über die geforderten Referenzen wie folgt verfüge: Mit Referenzschreiben vom 12.3.2008 für die G*** über das Bauvorhaben Koralmbahn-Graz-Klagenfurt, Koralmtunnel B 1713, Erkundungsarbeiten Koralpe 2006, seien 1972,60 Messmeter ABF und 487,30 Messmeter Flow-Meter, mit Referenzschreiben vom 7.2.2008 über das Bauvorhaben HLS Wien-Salzburg, NBS Salzburg Hauptbahnhof - Raum Seekirchen, Erkundungsarbeiten 2006, seien 382 Messmeter Flowmeter und mit Auftraggeberbestätigung vom 11.2.2008 zum Projekt Geophysikalische Bohrlochmessungen Brunnen Raab II seien 408,1 Messmeter Flowmeter nachgewiesen worden. In Summe seien vom in Aussicht genommenen Zuschlagsempfänger für den Versuchskoordinator somit Referenzen in Höhe von 1.972,60 Messmeter ABF sowie 1.277,40 Messmeter Flowmeter nachgewiesen worden. Weiters sei seinem Angebot der Lebenslauf des Versuchskordinators mit Referenzliste - unter Angabe der Auftraggeber und des Leistungszeitraumes usw. - beigelegt, woraus die geforderte einschlägige Berufserfahrung eindeutig hervorgehen würden. Der in Aussicht genommene Zuschlagsempfänger habe daher einen Versuchskoordinator benannt, der nachweislich über die geforderten Referenzen verfüge und dessen Erfahrung auch

ausschreibungskonform nachgewiesen. Das Vorliegen der Referenzen für den Versuchskoordinator sei von einem sachverständigen Ziviltechniker sowie von fachkundigen Mitarbeitern des Auftraggebers geprüft und im Hinblick auf die dargelegten und dem Auftraggeber bekannten Referenzen als erfüllt anzusehen gewesen. Der präsumtive Zuschlagsempfänger habe einen Versuchskoordinator (H***) angegeben, der über die geforderten Referenzen wie folgt verfüge: Mit Referenzschreiben vom 12.3.2008 für die G*** über das Bauvorhaben Koralmbahn-Graz-Klagenfurt, Koralmtunnel B 1713, Erkundungsarbeiten Koralpe 2006, seien 1972,60 Messmeter ABF und 487,30 Messmeter Flow-Meter, mit Referenzschreiben vom 7.2.2008 über das Bauvorhaben HLS Wien-Salzburg, NBS Salzburg Hauptbahnhof - Raum Seekirchen, Erkundungsarbeiten 2006, seien 382 Messmeter Flowmeter und mit Auftraggeberbestätigung vom 11.2.2008 zum Projekt Geophysikalische Bohrlochmessungen Brunnen Raab römisch zwei seien 408,1 Messmeter Flowmeter nachgewiesen worden. In Summe seien vom in Aussicht genommenen Zuschlagsempfänger für den Versuchskoordinator somit Referenzen in Höhe von 1.972,60 Messmeter ABF sowie 1.277,40 Messmeter Flowmeter nachgewiesen worden. Weiters sei seinem Angebot der Lebenslauf des Versuchskordinators mit Referenzliste - unter Angabe der Auftraggeber und des Leistungszeitraumes usw. - beigelegt, woraus die geforderte einschlägige Berufserfahrung eindeutig hervorgehen würden. Der in Aussicht genommene Zuschlagsempfänger habe daher einen Versuchskoordinator benannt, der nachweislich über die geforderten Referenzen verfüge und dessen Erfahrung auch ausschreibungskonform nachgewiesen.

Überdies sei festzuhalten, dass zwischen dem Angebotspreis des Antragstellers (Euro 13.477.517,55 netto) und dem Angebotspreis des in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängers (Euro 13.399.015,40 netto) lediglich eine Differenz von rund Euro 78.502,-- liege. Die Kostenschätzung für das gegenständliche Verfahren sei bei Euro 12,5 Mio gelegen. Der Auftraggeber habe die Angebotspreise des in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängers unter Beiziehung eines Sachverständigen (S***) sachkundig prüfen lassen. Es habe trotz Vergleiches der Angebotspreise mittels Preisspiegel und Rückgriff auf Erfahrungswerte aus Preisspeicherdatenbanken sowie anschließender Beurteilung der Einheitspreise im Einzelnen durch den beigezogenen sachverständigen Ziviltechniker, keinerlei Anhaltspunkte für die vom Antragsteller behaupteten "massiven Unterpreise in einigen Positionen betreffend den Versuchskoordinator" gegeben. Bezeichnend für die fehlende Nachvollziehbarkeit des Vorbringens des Antragstellers sei, dass 6 der insgesamt 11 von ihm kritisierten Positionen im Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers tatsächlich einen höheren Positionspreis als den vom Antragsteller behaupteten "Mindestpreis" aufweisen würden. Diese Preise seien daher auch nach den Angaben des Antragstellers als plausibel anzusehen. Bei den verbleibenden 5 Positionen würden sich ebenfalls keine Hinweise auf eine nicht plausible Preisgestaltung ergeben. Der Gesamtpreis der 4 Positionen 62604H1 bis 62604H4 würde insgesamt Euro 5.014,50, somit auf den Gesamtpreis bezogen, lediglich einen vernachlässigbar geringen Anteil von 0,03742% ausmachen.

Hinsichtlich der Position 6260141 (Bericht geologische, geotechnische und geophysikalische Bohrlochversuche) sei festzuhalten, dass im Jahr 2006 eine aus der A*** und der B*** (sohin der "Hälfte" der nunmehr antragstellenden Bietergemeinschaft) für ein vergleichbares Projekt einen vergleichbaren Bericht zu einem Einheitspreis von Euro 1.262,78 angeboten habe. Bei der betreffenden Ausschreibung habe es sich noch dazu um Erkundungsarbeiten des Auftraggebers für das auch nunmehr verfahrensgegenständliche Gebiet gehandelt.

Der vom in Aussicht genommenen Zuschlagsempfänger angebotene Einheitspreis von Euro 575,-- sei vom Auftraggeber und dem beigezogenen Ziviltechniker als nachvollziehbar und plausibel, insbesondere im Hinblick auf zu erwartende Synergieeffekte bei insgesamt 35 zu erstellenden Berichten, angesehen worden. Bei 35 durchzuführenden Berichten á Euro 575,-- ergebe sich ein Gesamtpositionspreis von rund Euro 20.125,--, sohin ein im Hinblick auf die Gesamtangebotssumme des präsumtiven Zuschlagsempfängers von Euro 13.399.015,40 vernachlässigbar geringer Anteil (0,15%). Auch daraus könne keine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises konstruiert werden. Der vom Antragsteller hiezu angebotene Einheitspreis von Euro 7.324,30 sei demgegenüber nicht zuletzt im Hinblick auf die beinahe "Versiebenfachung" gegenüber seinen Angebotspreisen aus der Bohrerkundung 2006 - weder betriebswirtschaftlich erklär- noch nachvollziehbar.

Da es sich um eine Plausibilitätsprüfung handle, müsse auch zweifellos nicht die gesamte Kalkulation des Bieters minutiös nachvollzogen, sondern nur grob geprüft werden, ob ein seriöser Unternehmer die angebotenen Leistungen zu den angebotenen Preisen erbringen könne (VwGH 23.3.2006, 2003/04/0181).

Der präsumtive Zuschlagsempfänger erstattete mit Schriftsatz vom 13.5.2008 fristgerecht begründete Einwendungen iSd § 324 Abs 3 BVergG 2006 idF BGBl I Nr. 86/2007 und brachte vor: Der präsumtive Zuschlagsempfänger erstattete

mit Schriftsatz vom 13.5.2008 fristgerecht begründete Einwendungen iSd Paragraph 324, Absatz 3, BVergG 2006 in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, und brachte vor:

Drei der vier Mitglieder der antragstellenden Bietergemeinschaft seien keine österreichischen Unternehmen und müssten daher fristgerecht die gemäß § 188 Abs 1 BVergG vorgesehenen Anträge gestellt und den Nachweis der Antragseinbringung beigebracht oder den entsprechenden Bescheid vorgelegt haben. Sofern dies nicht der Fall sei, wäre das Angebot des Antragstellers auszuschneiden gewesen und der Nachprüfungsantrag mangels Antragslegitimation zurückzuweisen. Drei der vier Mitglieder der antragstellenden Bietergemeinschaft seien keine österreichischen Unternehmen und müssten daher fristgerecht die gemäß Paragraph 188, Absatz eins, BVergG vorgesehenen Anträge gestellt und den Nachweis der Antragseinbringung beigebracht oder den entsprechenden Bescheid vorgelegt haben. Sofern dies nicht der Fall sei, wäre das Angebot des Antragstellers auszuschneiden gewesen und der Nachprüfungsantrag mangels Antragslegitimation zurückzuweisen.

Die Anforderungen an den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit, konkret der Ausstattung an Bohrgeräten, seien in Teil A, Pkt. 4.4.5 der Ausschreibungsunterlagen enthalten. Dort sei die Anzahl der kalkulierten Bohrgeräte (mit verschiedenen Bohrtiefen) abgefragt worden. Es sei eine Erklärung über die Ausstattung, Geräte und Ausrüstung sowie eine Auflistung der für das Bauvorhaben zur Verfügung stehenden Bohr- und Versuchsgeräte beizulegen gewesen.

An keiner Stelle der Ausschreibung sei im Zusammenhang mit den Eignungsanforderungen oder -nachweisen hinsichtlich der technischen Leistungsfähigkeit verlangt gewesen, mit dem Angebot Bohrdatenschreiber anzugeben oder nachzuweisen. Das Erfordernis in Teil C der Ausschreibung (Technische Vertragsbestimmungen), Bohrdatenschreiber einzusetzen, beziehe sich nicht auf die für das Vergabeverfahren zu erbringenden Nachweise, sondern auf die Auftragsausführung. Die technische Leistungsfähigkeit des präsumtiven Zuschlagsempfängers sei gegeben, weil dieser die verlangten Bohrgeräte nachgewiesen habe.

Der präsumtive Zuschlagsempfänger habe seinem Schriftsatz an das Bundesvergabeamt eine Liste von Bohrdatenschreibern beigelegt, die belege, dass er nicht nur tatsächlich über Bohrdatenschreiber verfüge, sondern diese auch im praktischen Einsatz in Verwendung habe. Bei der Auftragsausführung werde er - wie in den Technischen Vertragsbestimmungen vereinbart - selbstverständlich Bohrdatenschreiber einsetzen.

Was die Referenzen des Versuchskoordinators betreffe, gehe der Antragsteller hinsichtlich der Person des Versuchskoordinators von einer falschen Annahme aus. Die vom präsumtiven Zuschlagsempfänger namhaft gemachte Versuchskoordinatorin verfüge zweifelsfrei über die abgefragten Referenzen. Diese seien im Vergabeverfahren ausschreibungsgemäß nachgewiesen worden.

Das Vorbringen des Antragstellers zur angeblich nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises des Angebotes des präsumtiven Zuschlagsempfängers verwundere insbesondere im Hinblick darauf, dass das Angebot des Antragstellers nur um Euro 78.502,15 teurer gewesen sei als jenes des präsumtiven Zuschlagsempfängers. Die beiden Bieter seien demnach bei der Kalkulation offenbar "ziemlich am selben Punkt gelandet".

Wenn der Antragsteller zur Begründung von - vermeintlichen - Unterpreisen schon den nach der Rechtsprechung unzureichenden Vergleich zwischen den Angebotspreisen ziehe, so sei völlig unverständlich, weshalb angesichts des geringen Preisabstandes zwischen seinem Angebot und dem des präsumtiven Zuschlagsempfängers bei letzterem Anlass zu einer vertieften Angebotsprüfung gegeben gewesen sein sollte. Bei 6 von 11 der vom Antragsteller genannten Positionen seien die vom präsumtiven Zuschlagsempfänger angebotenen Einheits- und Positionspreise ohnehin höher als die vom Antragsteller behaupteten Mindestpreise. Auch bei den anderen Positionen seien die Unterschiede überwiegend dermaßen marginal, dass der Verdacht unangemessen niedriger Positionspreise keine Grundlage habe. Auch im Hinblick auf die 5 verbleibenden Positionen handle es sich, gemessen am Auftragsvolumen, jedenfalls um Beträge, die keinen wesentlichen Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens haben könnten. Zudem erscheine fraglich, ob der vom Antragsteller angegebene Preis zur Position 6260141 Z plausibel sei.

Mit Schriftsatz vom 16.5.2008 übermittelte der Antragsteller dem Bundesvergabeamt ein an den Auftraggeber gerichtetes Schreiben desselben Datums, das in Reaktion auf dessen Ersuchen um Nachreichung von Annerkennungs- bzw. Gleichhaltungsbescheiden gemäß § 373 c und § 373 d GewO 1994 für die deutschen Mitglieder der Bietergemeinschaft ergangen war. Darin hatte der Antragsteller vorgebracht, dass im Sektorenbereich auch die Befugnis substituierbar sei, sodass sich erforderlichenfalls auch die übrigen Mitglieder der Bietergemeinschaft auf die

Befugnis der A*** berufen könnten. Abgesehen davon würden EWR-Ausländer aufgrund des bis 20.10.2007 - also deutlich vor Ablauf der Angebotsfrist im gegenständlichen Vergabeverfahren - umzusetzen gewesenen Artikels 5 der RL 2005/36/EG, ohnehin keiner Anerkennung bzw. Gleichhaltung nach den §§ 373 c und d GewO 1994 mehr bedürfen. Art 5 der zit. RL sei hinreichend bestimmt und begünstige den Einzelnen gegenüber dem betreffenden Mitgliedstaat, sodass dieser Artikel unmittelbar anwendbar sei. Auch die Bestimmungen des EG-Vertrages über den freien Dienstleistungsverkehr seien nach ständiger Rechtsprechung des EuGH unmittelbar anwendbar. Dem entgegen stehende nationale Bestimmungen seien insoweit unanwendbar. Mit Schriftsatz vom 16.5.2008 übermittelte der Antragsteller dem Bundesvergabeamt ein an den Auftraggeber gerichtetes Schreiben desselben Datums, das in Reaktion auf dessen Ersuchen um Nachreichung von Anerkennungs- bzw. Gleichhaltungsbescheiden gemäß Paragraph 373, c und Paragraph 373, d GewO 1994 für die deutschen Mitglieder der Bietergemeinschaft ergangen war. Darin hatte der Antragsteller vorgebracht, dass im Sektorenbereich auch die Befugnis substituierbar sei, sodass sich erforderlichenfalls auch die übrigen Mitglieder der Bietergemeinschaft auf die Befugnis der A*** berufen könnten. Abgesehen davon würden EWR-Ausländer aufgrund des bis 20.10.2007 - also deutlich vor Ablauf der Angebotsfrist im gegenständlichen Vergabeverfahren - umzusetzen gewesenen Artikels 5 der RL 2005/36/EG, ohnehin keiner Anerkennung bzw. Gleichhaltung nach den Paragraphen 373, c und d GewO 1994 mehr bedürfen. Artikel 5, der zit. RL sei hinreichend bestimmt und begünstige den Einzelnen gegenüber dem betreffenden Mitgliedstaat, sodass dieser Artikel unmittelbar anwendbar sei. Auch die Bestimmungen des EG-Vertrages über den freien Dienstleistungsverkehr seien nach ständiger Rechtsprechung des EuGH unmittelbar anwendbar. Dem entgegen stehende nationale Bestimmungen seien insoweit unanwendbar.

Auch die Ausschreibung verlange von Mitgliedern einer Bietergemeinschaft, die ihren Sitz im EWR-Ausland hätten, keine Anerkennung oder Gleichhaltung. Hinsichtlich der Mitglieder einer Bietergemeinschaft werde in Pkt. 4.4.2, Teil A der Ausschreibung lediglich verlangt, dass diese zur Ausübung der ausgeschriebenen Leistungen befugt sein müssten. Diese Befugnis ergebe sich aber, wie ausgeführt, auch ohne Anerkennung bzw. Gleichhaltung bereits aufgrund der befugten Berufsausübung im Herkunftsstaat bzw. auch schon auf Grund der Substituierbarkeit der Befugnis im Sektorenbereich.

Mit Schriftsatz vom 21.5.2008 übermittelte der Antragsteller dem Bundesvergabeamt einen Anerkennungsbescheid des BMWA gemäß § 373 c GewO 1994 für den Geschäftsführer der B*** (Herrn I***) und stellte fest, dass dieser jedenfalls den an einen gewerberechtlichen Geschäftsführer nach der österreichischen Gewerbeordnung gestellten Anforderungen entspreche und eine dem gewerberechtlichen Geschäftsführer vergleichbare Stellung im Unternehmen inne habe. Mit Schriftsatz vom 21.5.2008 übermittelte der Antragsteller dem Bundesvergabeamt einen Anerkennungsbescheid des BMWA gemäß Paragraph 373, c GewO 1994 für den Geschäftsführer der B*** (Herrn I***) und stellte fest, dass dieser jedenfalls den an einen gewerberechtlichen Geschäftsführer nach der österreichischen Gewerbeordnung gestellten Anforderungen entspreche und eine dem gewerberechtlichen Geschäftsführer vergleichbare Stellung im Unternehmen inne habe.

Für Mitglieder einer Bietergemeinschaft, die nicht für Tätigkeiten herangezogen würden, die einer Anerkennung oder Gleichhaltung unterlägen, sei jedenfalls keine Anerkennung bzw. Gleichhaltung erforderlich. Als - in diesem Falle - ausreichender Nachweis der befugten Berufsausübung im Herkunftsstaat sei in solchen Fällen gemäß Anhang VII Pkt. A zum BVergG 2006 für Deutschland das Handelsregister anzusehen. Für Mitglieder einer Bietergemeinschaft, die nicht für Tätigkeiten herangezogen würden, die einer Anerkennung oder Gleichhaltung unterlägen, sei jedenfalls keine Anerkennung bzw. Gleichhaltung erforderlich. Als - in diesem Falle - ausreichender Nachweis der befugten Berufsausübung im Herkunftsstaat sei in solchen Fällen gemäß Anhang römisch sieben Pkt. A zum BVergG 2006 für Deutschland das Handelsregister anzusehen.

In einer Stellungnahme vom 3.6.2008 brachte der Antragsteller vor, dass ihm die Referenzen der G*** bekannt seien und diese (vor allem die Referenz Koralmtunnel) den Ausschreibungskriterien nicht entsprechen würden. Die in Bezug auf die Koralmtunnel-Referenz vom Auftraggeber angeführten Meterangaben seien nicht nachvollziehbar. Mit den beiden anderen vom Auftraggeber genannten Referenzprojekten alleine seien die Ausschreibungskriterien nicht erfüllt. Der präsumtive Zuschlagsempfänger könne anhand dieser Referenzprojekte weder 1000m Flowmetermessungen noch 1000m ABF-Messungen nachweisen.

Im Vergabeakt sei bereits ein "Schlussbrief"(entwurf) an den präsumtiven Zuschlagsempfänger enthalten, aus dem hervorgehe, dass die Vereinbarungen des Aufklärungsgespräches vom 26.3.2008 gelten sollten. Da im offenen

Verfahren nicht über Angebotsänderungen verhandelt werden dürfe, sei das Angebot auch wegen Verstoßes gegen § 249 Abs. 4 BVergG auszuschneiden bzw. nicht mehr zu berücksichtigen. Im Vergabeakt sei bereits ein "Schlussbrief" (entwurf) an den präsumtiven Zuschlagsempfänger enthalten, aus dem hervorgehe, dass die Vereinbarungen des Aufklärungsgespräches vom 26.3.2008 gelten sollten. Da im offenen Verfahren nicht über Angebotsänderungen verhandelt werden dürfe, sei das Angebot auch wegen Verstoßes gegen Paragraph 249, Absatz 4, BVergG auszuschneiden bzw. nicht mehr zu berücksichtigen.

Mit einem weiteren Schriftsatz vom 4.6.2008 beantragte der Antragsteller die Heranziehung eines bauwirtschaftlichen Sachverständigen zum Beweis dafür, dass die Referenzen des präsumtiven Zuschlagsempfängers für den Versuchskoordinator nicht der Ausschreibung entsprechen würden, sowie zum Beweis der nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises seines Angebotes. Weiters begehrte der Antragsteller die Erstreckung der vom Bundesvergabeamt am 7.5.2008 erlassenen einstweiligen Verfügung.

Am 6.6.2008 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt statt, in der die Parteien zusammengefasst vorbrachten:

- -Strichaufzählung

Zum Nachweis von Bohrdatenschreibern:

Der Antragsteller (Herr J***) bestätigte, dass er seinem Angebot keinen Nachweis über Bohrdatenschreiber beigelegt habe und gab an, dass dem Auftraggeber die Verfügbarkeit solcher aus den Jahren 2006 und 2007 bekannt sei. Seine Annahme, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger über keine Bohrdatenschreiber verfüge, ergebe sich daraus, dass keine der beteiligten Firmen (mit Ausnahme E***) im Jahr 2006/2007 über Bohrdatenschreiber verfügt habe. Der Antragsteller (Herr J***) bestätigte, dass er seinem Angebot keinen Nachweis über Bohrdatenschreiber beigelegt habe und gab an, dass dem Auftraggeber die Verfügbarkeit solcher aus den Jahren 2006 und 2007 bekannt sei. Seine Annahme, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger über keine Bohrdatenschreiber verfüge, ergebe sich daraus, dass keine der beteiligten Firmen (mit Ausnahme E***) im Jahr 2006 aus 2007, über Bohrdatenschreiber verfügt habe.

Der Rechtsvertreter des präsumtiven Zuschlagsempfängers verwies auf die dem Schriftsatz des präsumtiven Zuschlagsempfängers vom 13.5.2008 beigefügte Liste der Bohrdatenschreiber der K*** und legte eine weitere Liste über Bohrdatenschreiber der E*** vor. Aus den Listen ergebe sich, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger schon Projekte mit dem Auftraggeber ausgeführt habe.

Der Rechtsvertreter des Antragstellers brachte vor, dass die auf den Listen angeführten Geräte für die hier vorgesehenen Kernbohrungen nicht geeignet seien.

Der präsumtive Zuschlagsempfänger (Herr L***) bestritt dies und entgegnete, dass die angeführten Geräte grundsätzlich für Datenaufzeichnungen allgemeiner Natur geeignet seien. Über die Software seien die erforderlichen Parameter einzustellen.

- -Strichaufzählung

Zu den Referenzen des Versuchskoordinators:

Der Rechtsvertreter des Antragstellers brachte vor, dass H*** ihre Referenzen dem Antragsteller im Zusammenhang mit einer Anfrage im Vorfeld des Projektes zur Verfügung gestellt habe.

Der Antragsteller (Herr J***) gab an, dass, speziell was die Referenzen betreffe, in den ihm übermittelten Unterlagen nicht nachvollziehbare Angaben gemacht worden seien. Unter den Referenzen seien auch zwei Referenzen aus dem Zeitraum vor dem 1.1.2003 gewesen.

Der Rechtsvertreter des Antragstellers merkte an, dass unter den dem Antragsteller von H*** zur Verfügung gestellten Referenzen auch Referenzen aus dem Zeitraum 2002 bis 2008 gewesen seien. Aus diesen ergebe sich, dass H*** die in der Ausschreibung verlangten Anforderungen nicht erfülle.

Die als Zeugin einvernommene H*** sagte aus, dass sie bei der G*** für die Bohrlochmessungen und die Auswertungen alleine zuständig sei. Sie habe im Jahr 2000 das Studium der angewandten Geowissenschaften (mit dem Schwerpunkt Geophysik im 2. Abschnitt) abgeschlossen. Sie habe dem seinerzeit anfragenden Antragsteller extra Referenzen aus dem Jahr 2001 beigelegt, um zu dokumentieren, dass sie jedenfalls seit diesem Zeitpunkt einschlägig tätig gewesen sei und seit dem Jahr 2000 über Erfahrungen als Versuchskoordinatorin verfüge.

Bei den vom präsumtiven Zuschlagsempfänger im Angebot angegebenen drei Referenzprojekten habe sie die Messungen und Auswertungsarbeiten alleine durchgeführt. Mit Ausnahme beim Projekt Brunnen Raab II habe sie bei diesen Projekten ABF-Messungen (akustische Scannermessungen) durchgeführt. Vor allem beim ABF habe sie jedenfalls wesentlich mehr als 1000 Meter gemessen, auswendig könne sie die genaue Meterzahl allerdings nicht angeben. Bei allen drei Projekten habe sie Flowmetermessungen - im (Gesamt)umfang von ca. 1.400 Metern - durchgeführt. Bei den vom präsumtiven Zuschlagsempfänger im Angebot angegebenen drei Referenzprojekten habe sie die Messungen und Auswertungsarbeiten alleine durchgeführt. Mit Ausnahme beim Projekt Brunnen Raab römisch zwei habe sie bei diesen Projekten ABF-Messungen (akustische Scannermessungen) durchgeführt. Vor allem beim ABF habe sie jedenfalls wesentlich mehr als 1000 Meter gemessen, auswendig könne sie die genaue Meterzahl allerdings nicht angeben. Bei allen drei Projekten habe sie Flowmetermessungen - im (Gesamt)umfang von ca. 1.400 Metern - durchgeführt.

Der Antragsteller (Herr J***) habe in der Vorphase des Projektes eine Anfrage nach dem Preis für ein Gesamtpaket aller angebotenen Positionen (geophysikalische Bohrlochmessungen und Versuchskoordinator) an sie gerichtet. Im Zusammenhang damit habe sie dem Antragsteller alle geforderten Referenzen, Unterlagen und Nachweise übermittelt. Die Behauptung des Antragstellers, dass sie nicht über die geforderte fünfjährige einschlägige Berufserfahrung verfügen sollte, sei ihr unverständlich.

Die Referenz "Koralmtunnel" bestehe aus zwei Seiten. Die zweite Seite enthalte die Liste mit den Laufmetern der jeweiligen Bohrungen und das jeweilige Messverfahren.

Der Rechtsvertreter des Antragstellers brachte vor, dass die zweite Seite der Koralmtunnel-Referenz nicht vom Auftraggeber bestätigt worden sei.

Der Auftraggeber (M***) gab an, dass die Referenz - und zwar die Bestätigung des Gesamtauftraggebers - geprüft worden sei und kein Anlass bestanden habe, die darin angeführten Meter, die sich auch mit den Angaben von H*** decken würden, anzuzweifeln.

Zu einem vom Rechtsvertreter des Antragstellers vorgelegten Referenzscheiben zum Koralmtunnel, das der Antragsteller im Zuge der Übermittlung von Referenzen durch H*** erhalten habe, erklärte H***, dass es sich bei der in diesem Schreiben aufscheinenden BHTV-Methode um dieselbe Messmethode wie ABF (lediglich in anderer Sprache; nämlich einmal auf Englisch und einmal auf Deutsch) handle.

Der Rechtsvertreter des präsumtiven Zuschlagsempfängers stellte hiezu fest, dass es sich hierbei nicht um die vom präsumtiven Zuschlagsempfänger dem Auftraggeber vorgelegten Unterlagen handle und diese nicht verfahrensrelevant seien.

- -Strichaufzählung

Zur angeblich unplausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises des Angebotes des präsumtiven Zuschlagsempfängers:

Der Antragsteller (Herr J***) gab an, dass - obgleich der Gesamtpreisunterschied zwischen dem Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers und seinem eigenen Angebot minimal sei - beim präsumtiven Zuschlagsempfänger der Verdacht der unplausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises bestehe. Beim Angebot des Antragstellers sei jedoch "alles in Ordnung".

Der vom Auftraggeber der Angebotsprüfung beigezogene Ziviltechniker (N***, S***) gab zu Protokoll, dass beim Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers bei der Preisprüfung keine Auffälligkeiten zu verzeichnen gewesen seien. Dessen ungeachtet sei "vertieft" geprüft worden.

M*** führte aus, dass eine solche Prüfung bei derartigen Großprojekten stets standardmäßig vorgenommen werde, um im Falle späterer Kontrollen (etwa durch den Rechnungshof), über nachvollziehbare Aufzeichnungen zu verfügen. Bei den Großprojekten werde dies stets so praktiziert, ohne dass dem ein Verdacht auf Preisunregelmäßigkeiten zugrunde liegen würde.

Hinsichtlich der Art der Prüfung verwies N*** auf die Ausführungen des Auftraggeberschriftsatzes vom 9.5.2008 (bezüglich Preisvergleichen und Preisspeichern). Auch die "vertiefte" Prüfung habe keine Anzeichen auf Preisunangemessenheiten ergeben. Er habe die K-Blätter geprüft und für in Ordnung befunden.

- -Strichaufzählung

Zum Aufklärungsgespräch des Auftraggebers mit dem präsumtiven Zuschlagsempfänger vom 26.3.2008 und zum Schlussbriefentwurf:

Der Auftraggeber (M***) gab an, dass sich die Formulierung "Es gelten die Vereinbarungen des Aufklärungsgesprächs vom 26.3.2008" des Schlussbriefes auf das Aufklärungsgespräch in seiner Gesamtheit und damit auch auf die unter Pkt. E) Kalkulation, des Protokolles über das Aufklärungsgespräch vom 26.3.2008 enthaltenen Ausführungen beziehen würden. Die im Schlussbrief erwähnten Vereinbarungen des Aufklärungsgesprächs vom 26.3.2008 würden sich auf die im Protokoll des Aufklärungsgesprächs unter E) Kalkulation, genannten Bestimmungen der Ausschreibung, Teil G, Pkt. 4 beziehen. Damit seien auch die in Pkt. 3 des Schlussbriefes vereinbarten Änderungen bzw. Ergänzungen gemeint.

Bei dem zur Gesprächsprotokollierung vom 26.3.2008 verwendeten Formular handle es sich um ein Musterformular. Die in diesem Protokoll aufscheinenden Punkte A) Formale Festhaltungen, würden jeweils im konkreten Einzelfall ergänzt bzw. adaptiert werden, der Pkt. B) Formale Prüfung, kein Rechenfehler sei immer enthalten, sofern kein Rechenfehler festgestellt worden sei. Pkt. C) Nachzureichende Unterlagen, sei meist enthalten, da in der Regel vom Bieter Unterlagen nachzufordern seien. Pkt. D) Bauzeit, sei in der Regel enthalten und werde jeweils auf den individuellen Fall adaptiert. Pkt. E) Kalkulation, 1. Absatz, sei im Musterprotokoll hinterlegt und werde im Regelfall auch so verwendet. Die im konkreten Protokoll unter Pkt. A) bis F) enthaltenen Inhalte seien auch so besprochen worden.

Der präsumtive Zuschlagsempfänger (Herr L***) bestätigte, dass der im Protokoll aufgenommene Inhalt dem Besprochenen entspreche und merkte an, dass daher auch das Protokoll von ihm unterfertigt worden sei.

Zu Pkt. E) Kalkulation, erster Satz des Gesprächsprotokolles vom 26.3.2008 ["Allgemein wird seitens der Bau-AG festgehalten, dass die Aufgliederung der Einheitspreise in den K7 Blättern des Angebotes nicht für sämtliche Positionen den Vorgaben der Ausschreibung (Anhang G1 Muster K-Blätter) entspricht"], erläuterte der Auftraggeber (O***) : Jeder Ausschreibung werde standardmäßig ein Muster K-Blatt beigelegt, das sozusagen ein Beispiel einer Aufschlüsselung für das K-Blatt enthalte. Die in Rede stehende Passage des Pkt. E) Kalkulation, des Protokolles über das Aufklärungsgespräch werde immer in das Protokoll aufgenommen. Diese Formulierung sei darauf zurückzuführen, dass in jedem einzelnen Fall vom Bieter die Kalkulation an die jeweilige Leistung angepasst werden müsse und daher nie 100 %ig so aussehe, wie das Muster K-Formular. In inhaltlicher Hinsicht seien die Einheitspreise in den K7-Blättern des präsumtiven Zuschlagsempfängers vollständig ausgefüllt gewesen. Es habe nichts gefehlt und sei auch nichts unzureichend aufgeschlüsselt gewesen.

M*** ergänzte, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger im Aufklärungsgespräch das bestätigt habe, was unter Pkt. E) des Protokolles über das Aufklärungsgespräch enthalten sei. Bei Pkt. E) handle sich um eine durchaus übliche Protokollformulierung, die dem Antragsteller als früherem Zuschlagsempfänger - bei der Erkundungsbohrung 2006 sei das gleiche Formular verwendet worden - bekannt sei. Der präsumtive Zuschlagsempfänger habe an seinem Angebot nichts geändert oder ergänzt. Der präsumtive Zuschlagsempfänger (Herr L***) bestätigte dies.

Der Rechtsvertreter des Antragstellers schloss aus der in Pkt. E) des Protokolls über das Aufklärungsgespräch vom 26.3.2008, erster Satz getroffenen Formulierung, "Allgemein wird.....entspricht", dass das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers nicht ausschreibungskonform gewesen sei.

Die auf Auftraggeberseite am Aufklärungsgespräch teilnehmenden P*** und O*** gaben hierzu an, dass die Positionen in den K7- Blättern für die Angebotsbeurteilung ausreichend gewesen seien. Die ebenfalls beim Aufklärungsgespräch anwesende Q*** (vormals R***) ergänzte, dass die Positionen detailliert und aufgegliedert gewesen seien. Die K-Blätter seien in allen Positionen ausschreibungskonform gewesen. M*** bestätigte diese Ausführungen unter Hinweis auf ihre Ausführungen zu den Musterformularen.

1. 2.Ziffer 2

Rechtliche Beurteilung:

A. Allgemeines:

1. a)Litera a

Anwendbare Rechtslage:

Das Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG 2006), BGBl I Nr. 17/2006, wurde mit BGBl I Nr. 86/2007, kundgemacht im Bundesgesetzblatt am 26.11.2007, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind grundsätzlich mit dem zweiten der

Kundmachung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 86/2007, folgenden Monatsersten, somit am 1.1.2008, in Kraft getreten. Das Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG 2006), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, wurde mit Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007,, kundgemacht im Bundesgesetzblatt am 26.11.2007, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind grundsätzlich mit dem zweiten der Kundmachung des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007,, folgenden Monatsersten, somit am 1.1.2008, in Kraft getreten.

Gemäß § 345 Abs. 13 Z 1 letzter Satz BVerG in der Fassung der zitierten Novelle, sind jedoch im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 86 /2007 bereits eingeleitete Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Das Vergabeverfahren war im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 86/2007 bereits eingeleitet. Daraus folgt, dass der Auftraggeber dem gegenständlichen Vergabeverfahren die Regelungen des BVerG 2006 in seiner Stammfassung des BGBl. I Nr. 17/2006 zu Grunde zu legen hat. Ebenso hat das Bundesvergabeamt zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens die Regelungen des BVerG 2006 in seiner Stammfassung des BGBl. I Nr. 17/2006 als Prüfmaßstab heranzuziehen. Gemäß Paragraph 345, Absatz 13, Ziffer eins, letzter Satz BVerG in der Fassung der zitierten Novelle, sind jedoch im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, bereits eingeleitete Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Das Vergabeverfahren war im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, bereits eingeleitet. Daraus folgt, dass der Auftraggeber dem gegenständlichen Vergabeverfahren die Regelungen des BVerG 2006 in seiner Stammfassung des Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, zu Grunde zu legen hat. Ebenso hat das Bundesvergabeamt zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens die Regelungen des BVerG 2006 in seiner Stammfassung des Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, als Prüfmaßstab heranzuziehen.

Das Nachprüfungsverfahren ist vom Bundesvergabeamt jedoch nach den Bestimmungen des BVerG 2006 idF der Novelle BGBl. I Nr. 86/2007 durchzuführen (e contrario § 345 Abs. 13 Z 2 2. Satz BVerG 2006 idF der zitierten Novelle, wonach im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 86/2007 beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren vom Bundesvergabeamt nach der bisherigen Rechtslage fortzuführen sind). Das Nachprüfungsverfahren ist vom Bundesvergabeamt jedoch nach den Bestimmungen des BVerG 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, durchzuführen (e contrario Paragraph 345, Absatz 13, Ziffer 2, 2. Satz BVerG 2006 in der Fassung der zitierten Novelle, wonach im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren vom Bundesvergabeamt nach der bisherigen Rechtslage fortzuführen sind).

1. b) Litera b

Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages:

Die ÖBB-Infrastruktur Bau AG ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 BVerG 2006 idF BGBl. I Nr. 17/2006. Die Aktien der ÖBB-Infrastruktur Bau AG sind zu 100% der ÖBB Holding AG vorbehalten. Letztere steht zu 100% im Eigentum des Bundes, wobei die Verwaltung der Anteilsrechte dem Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie zukommt (§ 2 Bundesbahngesetz). Die ÖBB-Infrastruktur Bau AG ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVerG 2006 in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,. Die Aktien der ÖBB-Infrastruktur Bau AG sind zu 100% der ÖBB Holding AG vorbehalten. Letztere steht zu 100% im Eigentum des Bundes, wobei die Verwaltung der Anteilsrechte dem Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie zukommt (Paragraph 2, Bundesbahngesetz).

Gemäß § 169 Abs. 1 BVerG idF BGBl. I Nr. 17/2006 sind Sektorentätigkeiten im Bereich des Verkehrs die Bereitstellung oder das Betreiben von Netzen zur Versorgung der Allgemeinheit mit Verkehrsleistungen auf der Schiene, mit automatischen Systemen, mit der Straßenbahn, mit Bus, mit Oberleitungsbussen oder mit Kabel (Seilbahnen). Die ÖBB-Infrastruktur Bau AG ist als Bereitstellerin von Schieneninfrastruktur ein im Sektorenbereich tätiges Unternehmen. Gemäß Paragraph 169, Absatz eins, BVerG in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, sind Sektorentätigkeiten im Bereich des Verkehrs die Bereitstellung oder das Betreiben von Netzen zur Versorgung der Allgemeinheit mit Verkehrsleistungen auf der Schiene, mit automatischen Systemen, mit der Straßenbahn, mit Bus, mit Oberleitungsbussen oder mit Kabel (Seilbahnen). Die ÖBB-Infrastruktur Bau AG ist als Bereitstellerin von Schieneninfrastruktur ein im Sektorenbereich tätiges Unternehmen.

Bei der gegenständlichen Auftragsvergabe handelt es sich um einen Bauauftrag gemäß § 174 iVm § 4 BVerG idF BGBl.

I Nr. 17/2006, der im Rahmen eines offenen Verfahrens an den Billigstbieter vergeben werden soll. Der geschätzte Auftragswert wurde vom Auftraggeber mit ca. Euro 12,5 Mio ohne USt. angegeben und liegt daher im Oberschwellenbereich. Bei der gegenständlichen Auftragsvergabe handelt es sich um einen Bauauftrag gemäß Paragraph 174, in Verbindung mit Paragraph 4, BVergG in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, der im Rahmen eines offenen Verfahrens an den Billigstbieter vergeben werden soll. Der geschätzte Auftragswert wurde vom Auftraggeber mit ca. Euro 12,5 Mio ohne USt. angegeben und liegt daher im Oberschwellenbereich.

Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung wurde innerhalb der Frist des § 321 BVergG idFBGBl I Nr. 86/2007 eingebracht und erfüllt die sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen nach § 322 BVergG idzitF [(zur Antragslegitimation siehe im Folgenden unter c)]. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung wurde innerhalb der Frist des Paragraph 321, BVergG in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, eingebracht und erfüllt die sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen nach Paragraph 322, BVergG idzitF [(zur Antragslegitimation siehe im Folgenden unter c)].

1. c) Litera c

Zur Antragslegitimation des Antragstellers:

Der präsumtive Zuschlagsempfänger stellt die Antragslegitimation der antragstellenden Bietergemeinschaft mit der Begründung in Abrede, dass diese gemäß § 188 Abs. 1 BVergG 2006 idF BGBl I Nr. 17/2006 für ihre deutschen Mitglieder fristgerecht entsprechende Anträge zur Erwirkung eines Anerkennungsbescheides (§ 373 c GewO 1994) bzw. eines Gleichhaltungsbescheides (§ 373 d GewO 1994) zu stellen gehabt und diese Anerkennungs- bzw. Gleichhaltungsbescheide vorzulegen bzw. den Nachweis der fristgerechten Antragstellung beizubringen gehabt hätte. Der Antragsteller habe dies jedoch unterlassen. Der präsumtive Zuschlagsempfänger stellt die Antragslegitimation der antragstellenden Bietergemeinschaft mit der Begründung in Abrede, dass diese gemäß Paragraph 188, Absatz eins, BVergG 2006 in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, für ihre deutschen Mitglieder fristgerecht entsprechende Anträge zur Erwirkung eines Anerkennungsbescheides (Paragraph 373, c GewO 1994) bzw. eines Gleichhaltungsbescheides (Paragraph 373, d GewO 1994) zu stellen gehabt und diese Anerkennungs- bzw. Gleichhaltungsbescheide vorzulegen bzw. den Nachweis der fristgerechten Antragstellung beizubringen gehabt hätte. Der Antragsteller habe dies jedoch unterlassen.

Hiezu ist Folgendes auszuführen:

Mit der Richtlinie 2005/36/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 7.9.2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen (Berufsanerkennungsrichtlinie) wurden die Vorschriften, nach denen ein Mitgliedstaat die in einem anderen Mitgliedstaat erworbenen Berufsqualifikationen für die Ausübung eines reglementierten Berufs anerkennt, neu geregelt.

Art. 5 (Grundsatz der Dienstleistungsfreiheit) der RL 2005/36/EG lautet: Artikel 5, (Grundsatz der Dienstleistungsfreiheit) der RL 2005/36/EG lautet:

Unbeschadet spezifischer Vorschriften des Gemeinschaftsrechts sowie der Art. 6 und 7 dieser RL können die Mitgliedstaaten die Dienstleistungsfreiheit nicht aufgrund der Berufsqualifikationen einschränken, a) wenn der Dienstleister zur Ausübung desselben Berufs rechtmäßig in einem Mitgliedstaat niedergelassen ist und b), für den Fall, dass sich der Dienstleister in einen anderen Mitgliedstaat begibt, wenn er diesen Beruf mindestens 2 Jahre während der vorhergehenden 10 Jahre im Niederlassungsmitgliedstaat ausgeübt hat, sofern der Beruf dort nicht reglementiert ist. Die Bedingung, dass der Dienstleister den Beruf 2 Jahre ausgeübt haben muss, gilt nicht, wenn entweder der Beruf oder die Ausbildung zu diesem Beruf reglementiert ist (Abs. 1). Unbeschadet spezifischer Vorschriften des Gemeinschaftsrechts sowie der Artikel 6 und 7 dieser RL können die Mitgliedstaaten die Dienstleistungsfreiheit nicht aufgrund der Berufsqualifikationen einschränken, a) wenn der Dienstleister zur Ausübung desselben Berufs rechtmäßig in einem Mitgliedstaat niedergelassen ist und b), für den Fall, dass sich der Dienstleister in einen anderen Mitgliedstaat begibt, wenn er diesen Beruf mindestens 2 Jahre während der vorhergehenden 10 Jahre im Niederlassungsmitgliedstaat ausgeübt hat, sofern der Beruf dort nicht reglementiert ist. Die Bedingung, dass der Dienstleister den Beruf 2 Jahre ausgeübt haben muss, gilt nicht, wenn entweder der Beruf oder die Ausbildung zu diesem Beruf reglementiert ist (Absatz eins.).

Die Bestimmungen dieses Titels gelten nur für den Fall, dass sich der Dienstleister zur vorübergehenden und gelegentlichen Ausübung des Berufs nach Abs. 1 in den Aufnahmemitgliedstaat begibt (Abs. 2, 1. Unterabsatz). Die

Bestimmungen dieses Titels gelten nur für den Fall, dass sich der Dienstleister zur vorübergehenden und gelegentlichen Ausübung des Berufs nach Absatz eins, in den Aufnahmemitgliedstaat begibt (Absatz 2, eins, Unterabsatz).

Der vorübergehende und gelegentliche Charakter der Erbringung von Dienstleistungen wird im Einzelfall beurteilt, insbesondere anhand der Dauer, der Häufigkeit, der regelmäßigen Wiederkehr und der Kontinuität der Dienstleistung (Abs. 2, 2. Unterabsatz). Der vorübergehende und gelegentliche Charakter der Erbringung von Dienstleistungen wird im Einzelfall beurteilt, insbesondere anhand der Dauer, der Häufigkeit, der regelmäßigen Wiederkehr und der Kontinuität der Dienstleistung (Absatz 2, 2, Unterabsatz).

Im Falle einer, wie gegenständlich im Niederlassungsmitgliedstaat (Deutschland) nicht reglementierten Tätigkeit (Baugrunduntersuchungen), kann eine nur vorübergehende und gelegentliche Dienstleistungserbringung in einem anderen Mitgliedstaat demnach bereits dann erfolgen, wenn der Dienstleister in einem anderen EU-Mitgliedstaat niedergelassen ist und die entsprechende Tätigkeit dort während der vorhergehenden 10 Jahre mindestens 2 Jahre befugt ausgeübt hat.

Die innerstaatliche Umsetzung der Bestimmungen der zit. RL war von den Mitgliedstaaten grundsätzlich bis 20.10.2007 vorzunehmen. Die Republik Österreich ist ihrer Umsetzungsverpflichtung, was den gewerberechtlichen Bereich betrifft, allerdings erst durch die am 26.2.2008 kundgemachte, am 27.2.2008 in Kraft getretene Gewerbeordnungsnovelle BGBl I Nr. 42/2008, nachgekommen (siehe § 373 a GewO 1994 idF der zit. GewO-Novelle). Bis zu diesem Zeitpunkt hat die GewO 1994 in ihrem § 373 g idF vor der zit. Nov. für die Zulässigkeit einer grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung demgegenüber die Erwirkung einer Anerkennung gemäß § 373 c GewO 1994 bzw. einer Gleichhaltung gemäß § 373 d GewO (idF vor der zit. GewO-Nov.) verlangt. Im Zeitpunkt der Bekanntmachung der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung (20.12.2007) und im Zeitpunkt der Angebotslegung (die Angebotsabgabe des Antragstellers erfolgte am 15.2.2008) war die Republik Österreich demnach mit der Umsetzung der Richtlinienbestimmungen säumig. Die innerstaatliche Umsetzung der Bestimmungen der zit. RL war von den Mitgliedstaaten grundsätzlich bis 20.10.2007 vorzunehmen. Die Republik Österreich ist ihrer Umsetzungsverpflichtung, was den gewerberechtlichen Bereich betrifft, allerdings erst durch die am 26.2.2008 kundgemachte, am 27.2.2008 in Kraft getretene Gewerbeordnungsnovelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 42 aus 2008,, nachgekommen (siehe Paragraph 373, a GewO 1994 in der Fassung der zit. GewO-Novelle). Bis zu diesem Zeitpunkt hat die GewO 1994 in ihrem Paragraph 373, g in der Fassung vor der zit. Nov. für die Zulässigkeit einer grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung demgegenüber die Erwirkung einer Anerkennung gemäß Paragraph 373, c GewO 1994 bzw. einer Gleichhaltung gemäß Paragraph 373, d GewO in der Fassung vor der zit. GewO-Nov.) verlangt. Im Zeitpunkt der Bekanntmachung der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung (20.12.2007) und im Zeitpunkt der Angebotslegung (die Angebotsabgabe des Antragstellers erfolgte am 15.2.2008) war die Republik Österreich demnach mit der Umsetzung der Richtlinienbestimmungen säumig.

Nach hM kann sich der Einzelne im säumigen Mitgliedstaat gegenüber innerstaatlichen Stellen unmittelbar auf Richtlinienbestimmungen berufen, die hinsichtlich seiner Rechte als unbedingt und hinreichend genau erscheinen (vgl. EuGH vom 4.12.1974 , Rs C- 41/74, van Duyn Slg 1974, 1337, 1348). Nach hM kann sich der Einzelne im säumigen Mitgliedstaat gegenüber innerstaatlichen Stellen unmittelbar auf Richtlinienbestimmungen berufen, die hinsichtlich seiner Rechte als unbedingt und hinreichend genau erscheinen vergleiche EuGH vom 4.12.1974 , Rs C- 41/74, van Duyn Slg 1974, 1337, 1348).

Die im gegebenen Zusammenhang insbesondere relevanten Bestimmungen des Art. 5 der RL 2005/36/EG sind im Sinne der einschlägigen Jud des EuGH als inhaltlich unbedingt und hinreichend genau zu qualifizieren, sodass davon auszugehen ist, dass diese im Zeitpunkt der Ausschreibungsbekanntmachung bzw. der Angebotslegung unmittelbar anwendbar waren (vgl. in diesem Sinne auch Pkt. 1.3 letzter Absatz des Rundschreibens des BKA-VD, GZ BKA 600.883/0010- V/7/2008 vom 13.5.2008 zur RL 2005/36/EG, "über die Anerkennung von Berufsqualifikationen, Auswirkungen im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe", wonach im Falle des Fehlens eines innerstaatlichen Umsetzungsaktes die Anerkennungsregelungen der Berufsankennungs RL als unmittelbar anwendbar anzusehen sind). Die im gegebenen Zusammenhang insbesondere relevanten Bestimmungen des Artikel 5, der RL 2005/36/EG sind im Sinne der einschlägigen Jud des EuGH als inhaltlich unbedingt und hinreichend genau zu qualifizieren, sodass davon auszugehen ist, dass diese im Zeitpunkt der Ausschreibungsbekanntmachung bzw. der Angebotslegung unmittelbar anwendbar waren vergleiche in diesem Sinne auch Pkt. 1.3 letzter Absatz des Rundschreibens des BKA-VD, GZ BKA

600.883/0010- V/7/2008 vom 13.5.2008 zur RL 2005/36/EG, "über die Anerkennung von Berufsqualifikationen, Auswirkungen im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe", wonach im Falle des Fehlens eines innerstaatlichen Umsetzungsaktes die Anerkennungsregelungen der Berufsanerkennungs RL als unmittelbar anwendbar anzusehen sind).

Gegenständlich handelt es sich, wie angemerkt, um eine im Niederlassungsmitgliedstaat (Deutschland) nicht reglementierte Tätigkeit. In Österreich sind Bohrerkundungsarbeiten bzw. Bohrarbeiten reglementierte Tätigkeiten und fallen in die Berechtigungsumfänge der Gewerbe der Baumeister (vgl. § 99 Abs. 1 Z 3 und § 99 Abs. 2 letzter Satz GewO 1994) und der Brunnenmeister (vgl. § 100 Abs. 1 GewO 1994). Gegenständlich handelt es sich, wie angemerkt, um eine im Niederlassungsmitgliedstaat (Deutschland) nicht reglementierte Tätigkeit. In Österreich sind Bohrerkundungsarbeiten bzw. Bohrarbeiten reglementierte Tätigkeiten und fallen in die Berechtigungsumfänge der Gewerbe der Baumeister vergleiche Paragraph 99, Absatz eins, Ziffer 3 und Paragraph 99, Absatz 2, letzter Satz GewO 1994) und der Brunnenmeister vergleiche Paragraph 100, Absatz eins, GewO 1994).

Wie sich aus den dem Angebot des Antragstellers beigeschlossenen Nachweisen (Handelsregistrauszüge bzw. Gewerbeanmeldungen) für die drei deutschen Mitglieder der Bietergemeinschaft ergibt, haben diese die dem Auftragsgegenstand entsprechende Tätigkeit in Deutschland während der vorhergehenden zehn Jahre mindestens zwei Jahre ausgeübt (Art 5 Abs. 1 lit b der RL 2005/36/EG). Was das österreichische Mitglied der Bietergemeinschaft betrifft, so verfügt dieses über aufrechte Gewerbeberechtigungen sowohl für das Baumeister- als auch für das Brunnenmeistergewerbe (siehe Gewerberegistrauszüge). Wie sich aus den dem Angebot des Antragstellers beigeschlossenen Nachweisen (Handelsregistrauszüge bzw. Gewerbeanmeldungen) für die drei deutschen Mitglieder der Bietergemeinschaft ergibt, haben diese die dem Auftragsgegenstand entsprechende Tätigkeit in Deutschland während der vorhergehenden zehn Jahre mindestens zwei Jahre ausgeübt (Artikel 5, Absatz eins, Litera b, der RL 2005/36/EG). Was das österreichische Mitglied der Bietergemeinschaft betrifft, so verfügt dieses über aufrechte Gewerbeberechtigungen sowohl für das Baumeister- als auch für das Brunnenmeistergewerbe (siehe Gewerberegistrauszüge).

Im Rahmen einer öffentlichen Auftragsvergabe zu erbringende Leistungen sind im Regelfall als vorübergehende und gelegentliche Dienstleistung zu qualifizieren (vgl. Pkt. 5.3 des zit. Rundschreibens des BKA-VD). Im Nachprüfungsverfahren sind keine Anzeichen dafür hervor gekommen, dass es sich bei der von der antragstellenden Bietergemeinschaft beabsichtigten Leistungserbringung nicht um eine bloß vorübergehende und gelegentliche Dienstleistungserbringung iSd einschlägigen Judikatur handeln sollte (vgl. etwa EuGH Rs C-55/94 Gebhard). Im Rahmen einer öffentlichen Auftragsvergabe zu erbringende Leistungen sind im Regelfall als vorübergehende und gelegentliche Dienstleistung zu qualifizieren vergleiche Pkt. 5.3 des zit. Rundschreibens des BKA-VD). Im Nachprüfungsverfahren sind keine Anzeichen dafür hervor gekommen, dass es sich bei der von der antragstellenden Bietergemeinschaft beabsichtigten Leistungserbringung nicht um eine bloß vorübergehende und gelegentliche Dienstleistungserbringung iSd einschlägigen Judikatur handeln sollte vergleiche etwa EuGH Rs C-55/94 Gebhard).

Gemäß Art. 7 Abs. 1 der RL 2005/36/EG können die Mitgliedstaaten zwar verlangen, dass der Dienstleister vor erstmaliger Dienstleistungserbringung in einem Mitgliedstaat beim Aufnahmemitgliedstaat eine schriftliche Meldung seiner Tätigkeit zu erstatten hat. Eine solche Anzeigepflicht ergibt sich aber nicht unmittelbar aufgrund der RL, sondern besteht erst und nur dann, wenn ein Mitgliedstaat eine solche innerstaatlich vorsieht. Da § 373 a GewO 1994 idF BGBl I Nr. 42/2008, der eine entsprechende Meldung vorschreibt, im Zeitpunkt der Ausschreibungsbekanntmachung bzw. Angebotslegung, wie erwähnt, noch nicht in Kraft stand, ist es weiters auch ohne Relevanz, dass für die drei deutschen Mitglieder der Bietergemeinschaft keine solche Anzeige an den Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit erstattet wurde. Im Übrigen wäre davon auszugehen, dass einer solchen Anzeige grundsätzlich ohnedies nur deklarative Bedeutung zukäme. Gemäß Artikel 7, Absatz eins, der RL 2005/36/EG können die Mitgliedstaaten zwar verlangen, dass der Dienstleister vor erstmaliger Dienstleistungserbringung in einem Mitgliedstaat beim Aufnahmemitgliedstaat eine schriftliche Meldung seiner Tätigkeit zu erstatten hat. Eine solche Anzeigepflicht ergibt sich aber nicht unmittelbar aufgrund der RL, sondern besteht erst und nur dann, wenn ein Mitgliedstaat eine solche innerstaatlich vorsieht. Da Paragraph 373, a GewO 1994 in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 42 aus 2008,, der eine entsprechende Meldung vorschreibt, im Zeitpunkt der Ausschreibungsbekanntmachung bzw. Angebotslegung, wie erwähnt, noch

nicht in Kraft stand, ist es weiters auch ohne Relevanz, dass für die drei deutschen Mitglieder der Bietergemeinschaft keine solche Anzeige an den Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit erstattet wurde. Im Übrigen wäre davon auszugehen, dass einer solchen Anzeige grundsätzlich ohnedies nur deklarative Bedeutung zukäme.

Aus dem Gesagten folgt, dass sich der Antragsteller grundsätzlich auf die entsprechenden - unmittelbar wirksamen - Richtlinienbestimmungen, die ihm im vorliegenden Fall eine vorübergehende Dienstleistungserbringung in Österreich ohne Erwirkung einer den (in Österreich) vorgeschriebenen Befähigungsnachweis ersetzenden Anerkennung gestatten, berufen kann.

Auch der in Pkt. 4.4.2, Teil A der verfahrensgegenständlichen, bestandsfest gewordenen Ausschreibung enthaltene Hinweis, wonach im Gebiet einer anderen Vertragspartei des EWR-Abkommens ansässige Bieter ein Anerkennungs- oder Gleichhaltungsverfahren gemäß den §§ 373 c und d GewO 1994 BGBl. Nr. 194/1994, ein Anerkennungs- oder Gleichhaltungsverfahren durchzuführen und den Bescheid über die Erteilung der Anerkennung bzw. den Ausspruch der Gleichhaltung vorzulegen haben, vermag am dargestellten Ergebnis nichts zu ändern. Auch der in Pkt. 4.4.2, Teil A der verfahrensgegenständlichen, bestandsfest gewordenen Ausschreibung enthaltene Hinweis, wonach im Gebiet einer anderen Vertragspartei des EWR-Abkommens ansässige Bieter ein Anerkennungs- oder Gleichhaltungsverfahren gemäß den Paragraphen 373, c und d GewO 1994 Bundesgesetzblatt Nr. 194 aus 1994,, ein Anerkennungs- oder Gleichhaltungsverfahren durchzuführen und den Bescheid über die Erteilung der Anerkennung bzw. den Ausspruch der Gleichhaltung vorzulegen haben, vermag am dargestellten Ergebnis nichts zu ändern.

Wie nachstehend erörtert wird, ist nämlich davon auszugehen, dass EG-Grundfreiheiten unmittelbare Wirkung auf private Rechtsverhältnisse haben können, sodass die Verbote des Art. 12 (Diskriminierungsverbot) und des Art. 49 (freier Dienstleistungsverkehr) EG-V die zivilrechtliche Nichtigkeit entgegenstehender Regelungen privatrechtlicher Natur nach sich ziehen können: So hat der EuGH etwa schon in mehreren Urteilen die Rechtsauffassung vertreten, dass ein Mitgliedstaat, der Ortsansässigen Tarifvorteile gegenüber Ortsfremden einräumt, gegen seine Verpflichtungen aus Art. 12 bzw. Art. 49 EG-Vertrag verstößt. Nach Ansicht des EuGH verstoßen nicht nur diskriminierende Regelungen auf Gesetzes- oder Verordnungsebene, die auf die Staatsangehörigkeit abstellen, gegen den EG-Vertrag, sondern auch praktische Maßnahmen, wie z.B. Geschäftsbedingungen eines öffentlichen Unternehmens, die ein Wohnsitzerfordernis für eine Begünstigung vorsehen (vgl. Rs C-388/01). Wie nachstehend erörtert wird, ist nämlich davon auszugehen, dass EG-Grundfreiheiten unmittelbare Wirkung auf private Rechtsverhältnisse haben können, sodass die Verbote des Artikel 12, (Diskriminierungsverbot) und des Artikel 49, (freier Dienstleistungsverkehr) EG-V die zivilrechtliche Nichtigkeit entgegenstehender Regelungen privatrechtlicher Natur nach sich ziehen können: So hat der EuGH etwa schon in mehreren Urteilen die Rechtsauffassung vertreten, dass ein Mitgliedstaat, der Ortsansässigen Tarifvorteile gegenüber Ortsfremden einräumt, gegen seine Verpflichtungen aus Artikel 12, bzw. Artikel 49, EG-Vertrag verstößt. Nach Ansicht des EuGH verstoßen nicht nur diskriminierende Regelungen auf Gesetzes- oder Verordnungsebene, die auf die Staatsangehörigkeit abstellen, gegen den EG-Vertrag, sondern auch praktische Maßnahmen, wie z.B. Geschäftsbedingungen eines öffentlichen Unternehmens, die ein Wohnsitzerfordernis für eine Begünstigung vorsehen (vergleiche Rs C-388/01).

Untersucht man die Folgen von gegen das Primärrecht der EG verstoßenden privatrechtlichen Regelungen, erhebt sich die Frage, ob auch Verstöße gegen das Primärrecht der EG einen zur Nichtigkeit führenden Gesetzesverstoß iSd § 879 Abs. 1 ABGB bewirken können. Grundsätzlich ist anerkannt, dass auch der Verstoß gegen europarechtliche Normen zur zivilrechtlichen Nichtigkeit führen kann (vgl. etwa Apathy/Riedler in Schwimann, 3. Aufl., § 879 Rz 3). Ausdrücklich bejaht wird dies bei unmittelbar anwendbaren EG-Richtlinien. Dies bringt auch der OGH in seiner "Brennermaut-Entscheidung" zum Ausdruck (siehe RdW 2004, 534, ecolex 2004/442), worin er zitiert: "Schließt ein Rechtsträger als Adressat der Pflicht zur Umsetzung zwingenden Gemeinschaftsrechts Verträge mit Personen, die sich gerade ihm gegenüber auf die Einhaltung dieses zwingenden, auf die Vertragsbeziehung unmittelbar anwendbaren Gemeinschaftsrechts berufen dürfen, nur unter Bedingungen, mit denen die maßgebenden zwingenden Normen des Gemeinschaftsrechts verletzt werden, so verstoßen solche Verträge insoweit gegen ein gesetzliches Verbot iSd § 879 Abs. 1 ABGB." Untersucht man die Folgen von gegen das Primärrecht der EG verstoßenden privatrechtlichen Regelungen, erhebt sich die Frage, ob auch Verstöße gegen das Primärrecht der EG einen zur Nichtigkeit führenden Gesetzesverstoß iSd Paragraph 879, Absatz eins, ABGB bewirken können. Grundsätzlich ist anerkannt, dass auch der Verstoß gegen europarechtliche Normen zur zivilrechtlichen Nichtigkeit führen kann (vergleiche etwa Apathy/Riedler in Schwimann, 3. Aufl., Paragraph 879, Rz 3). Ausdrücklich bejaht wird dies bei unmittelbar anwendbaren EG-Richtlinien.

Dies bringt auch der OGH in seiner "Brennermaut-Entscheidung" zum Ausdruck (siehe RdW 2004, 534, ecolex 2004/442), worin er zitiert: "Schließt ein Rechtsträger als Adressat der Pflicht zur Umsetzung zwingenden Gemeinschaftsrechts Verträge mit Personen, die sich gerade ihm gegenüber auf die Einhaltung dieses zwingenden, auf die Vertragsbeziehung unmittelbar anwendbaren Gemeinschaftsrechts berufen dürfen, nur unter Bedingungen, mit denen die maßgebenden zwingenden Normen des Gemeinschaftsrechts verletzt werden, so verstoßen solche Verträge insoweit gegen ein gesetzliches Verbot iSd Paragraph 879, Absatz eins, ABGB."

Ebenso hat der EuGH in seinem, diesem OGH-Erkenntnis vorausgegangen Verfahren Rs C-157/02 ausgeführt, "dass einer juristischen Person des Privatrechts bei der Abschließung von Verträgen mit Straßenbenutzern die unmittelbar anwendbaren Bestimmungen einer Richtlinie entgegen gehalten werden können".

Auch in der deutschen Literatur wird bereits von mehreren Autoren im Falle der Verletzung einer europarechtlichen Grundfreiheit - mit Ausnahme allenfalls der Warenverkehrsfreiheit - ein unmittelbarer Gesetzesverstoß angenommen [vgl. auch E. Wagner, ÖJZ 2007, 638 und Ganten, Die Drittwirkung der Grundfreiheiten (2000) 201]. Auch der EuGH tendiert wegen des "effet utile" bei Verstoß gegen die Grundfreiheiten - und dabei auch die der Dienstleistungsfreiheit - deutlich zu einer generellen Wirkung auch unter Privaten [vgl. EuGH Rs C-36/74, Walrave Slg 1974, 1450, 1419 f Rn 17f: "Art. 12 und Art. 49 EGV (ua) verböten jede auf der Staatsangehörigkeit beruhende unterschiedliche Behandlung, da sonst die Ziele des Vertrages gefährdet wären, wenn zwar staatliche Schranken beseitigt, dafür aber Privatrechtssubjekte ähnliche Hindernisse einrichten könnten." Auch in der deutschen Literatur wird bereits von mehreren Autoren im Falle der Verletzung einer europarechtlichen Grundfreiheit - mit Ausnahme allenfalls der Warenverkehrsfreiheit - ein unmittelbarer Gesetzesverstoß angenommen [vgl. auch E. Wagner, ÖJZ 2007, 638 und Ganten, Die Drittwirkung der Grundfreiheiten (2000) 201]. Auch der EuGH tendiert wegen des "effet utile" bei Verstoß gegen die Grundfreiheiten - und dabei auch die der Dienstleistungsfreiheit - deutlich zu einer generellen Wirkung auch unter Privaten [vgl. EuGH Rs C-36/74, Walrave Slg 1974, 1450, 1419 f Rn 17f: ""Art". 12 und Artikel 49, EGV (ua) verböten jede auf der Staatsangehörigkeit beruhende unterschiedliche Behandlung, da sonst die Ziele des Vertrages gefährdet wären, wenn zwar staatliche Schranken beseitigt, dafür aber Privatrechtssubjekte ähnliche Hindernisse einrichten könnten."]

Vgl. zum Gesagten Kerschner / Zur unmittelbaren privatrechtlichen Wirkung der EG-Grundfreiheiten (Teil I), ecolex 2007, 901. Vgl. zum Gesagten Kerschner / Zur unmittelbaren privatrechtlichen Wirkung der EG-Grundfreiheiten (Teil römisch eins), ecolex 2007, 901.

Schlussfolgerung:

Abschließend ist daraus abzuleiten, dass sich der Antragsteller im vorliegenden Fall zu Recht auf die unmittelbare Wirksamkeit der Richtlinienbestimmungen beruft. Die Befugnis der antragstellenden Bietergemeinschaft (Eignung iSd § 228 Abs. 1 BVergG idF BGBl. I Nr. 17/2006) sowie die Zulässigkeit der unter Zugrundelegung der Berufsanerkennungsrichtlinie zu beurteilenden grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung durch die antragstellende Bietergemeinschaft, und damit die Antragslegitimation, sind daher gegeben. Abschließend ist daraus abzuleiten, dass sich der Antragsteller im vorliegenden Fall zu Recht auf die unmittelbare Wirksamkeit der Richtlinienbestimmungen beruft. Die Befugnis der antragstellenden Bietergemeinschaft (Eignung iSd Paragraph 228, Absatz eins, BVergG in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,) sowie die Zulässigkeit der unter Zugrundelegung der Berufsanerkennungsrichtlinie zu beurteilenden grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung durch die antragstellende Bietergemeinschaft, und damit die Antragslegitimation, sind daher gegeben.

B. Zu den Anträgen im Einzelnen:

Zu Spruchpunkt I:

-Zur technischen Leistungsfähigkeit:

1. a) Litera a

Zum vom Antragsteller behaupteten Erfordernis, im Rahmen des Nachweises der technischen Leistungsfähigkeit die Verfügbarkeit von Bohrdatenschreibern nachzuweisen:

Pkt 4.4.5 (Technische Leistungsfähigkeit), Teil A der Ausschreibung (Allgemeine Ausschreibungsgrundlagen) lautet:

"4.4.5 Technische Leistungsfähigkeit

Für die Vergabe der Arbeiten kommen nur Unternehmungen in Betracht, die gewährleisten, dass sie über die erforderliche Erfahrung für die ausgeschriebenen Leistungen sowie die entsprechende Leistungsfähigkeit über die gesamte Bauzeit verfügen und vergleichbare Arbeiten in den letzten 5 Jahren (1.1.2003 - 31.12.2007) bereits durchgeführt haben. Bei Projekten, die nur anteilmäßig in den vorgenannten Zeitraum fallen, gelten nur jene Teile der Leistung, die im vorgenannten Zeitraum tatsächlich ausgeführt wurden (auch wenn das Projekt noch nicht abgeschlossen ist).

Die Ausstattung an Bohrgeräten und technischer Ausrüstung, über welche der Unternehmer bzw. die Arbeitsgemeinschaft für die Ausführung des Bauvorhabens verfügt, ist für folgende Geräte nachzuweisen:

- -Strichaufzählung
Die Anzahl der kalkulierten Bohrgeräte gemäß Teil G mit Bohrtiefen zwischen 600m und 800m Endteufe und zumindest ein zusätzliches Bedarfsgerät der selben Tiefenstufe.
- -Strichaufzählung
Die Anzahl der kalkulierten Bohrgeräte gemäß Teil G mit Bohrtiefen bis 600m Endteufe und 2 zusätzliche Bedarfsgeräte der Tiefstufe 400m - 600m.

[...]

Nachweise: (G 10.5 + G VII.1) Nachweise: (G 10.5 + G römisch sieben.1)

- -Strichaufzählung
Nachweis mit Formblatt G VII.1 Nachweis mit Formblatt G römisch sieben.1
- -Strichaufzählung
Eine Liste der in den letzten fünf Jahren erbrachten Bohrleistungen. Dieser Liste sind Bescheinigungen des jeweiligen AG beizufügen. Aus dieser Bescheinigung muss die Art und der Umfang der Leistungen, Zeit und Ort der Ausführung, der Wert der Bauleistung, bei noch nicht abgeschlossenen Projekten der Prozentsatz der Fertigstellung, ob die Arbeiten den anerkannten Regeln der Technik entsprochen haben und ob sie ordnungsgemäß durchgeführt wurden, hervorgehen. Sofern davon Leistungen in Arbeitsgemeinschaften erbracht wurden, ist der Anteil des Unternehmens an der Leistungserbringung anzugeben.
- -Strichaufzählung
Es ist eine Erklärung des Bieters / der ARGE-Mitglieder aus der hervorgeht, über welche Ausstattung, welche Geräte und welche technische Ausrüstung das Unternehmen für die Ausführung des Bauvorhabens verfügt, beizufügen.
- -Strichaufzählung
Es ist eine Erklärung des Bieters / der ARGE-Mitglieder, aus der das jährliche Mittel der vom Unternehmer in den letzten drei Jahren Beschäftigten ersichtlich ist, beizufügen.
- -Strichaufzählung
Es ist eine Auflistung der für das Bohrvorhaben zur Verfügung stehenden Bohr- und Versuchsgeräte (inkl. Gerättyp und Kenngrößen) beizulegen".

Das in Pkt. 4.4.5, Teil A der Ausschreibung, 2. Absatz, 1.Satz zunächst allgemein formulierte Gebot des Nachweises der Ausstattung an Bohrgeräten und technischer Ausrüstung wird im darauf folgenden 2. Satz dadurch konkretisiert, dass festgelegt wird, dass die Anzahl der kalkulierten Bohrgeräte gemäß Teil G mit Bohrtiefen zwischen 600m und 800m Endteufe und zumindest ein zusätzliches Bedarfsgerät derselben Tiefestufe und die Anzahl der kalkulierten Bohrgeräte gemäß Teil G mit Bohrtiefen bis 600m Endteufe und 2 zusätzliche Bedarfsgeräte der Tiefenstufe 400m - 600m, nachzuweisen sind.

Aus Pkt. 4.4.5, "Nachweise (G 10.5 + G VII.1)", Teil A der Ausschreibung, folgt, dass dem Angebot an Nachweisen neben einer allgemeinen Erklärung des Bieters / der ARGE-Mitglieder, aus der hervorgeht, über welche Ausstattung, Geräte und technische Ausrüstung das Unternehmen für die Ausführung des Bauvorhabens verfügt, eine die spezifisch für das Bohrvorhaben zur Verfügung stehenden Bohr- und Versuchsgeräte enthaltende Auflistung beizulegen sind. Aus Pkt. 4.4.5, "Nachweise (G 10.5 + G römisch sieben.1)", Teil A der Ausschreibung, folgt, dass dem Angebot an Nachweisen neben einer allgemeinen Erklärung des Bieters / der ARGE-Mitglieder, aus der hervorgeht, über welche Ausstattung, Geräte und technische Ausrüstung das Unternehmen für die Ausführung des Bauvorhabens verfügt, eine die spezifisch für das Bohrvorhaben zur Verfügung stehenden Bohr- und Versuchsgeräte enthaltende Auflistung beizulegen sind.

Dem oben wieder gegebenen, ausdrücklichen Wortlaut kann allerdings nicht entnommen werden, dass darüber hinaus auch die Verfügbarkeit von Bohrdatenschreibern, die gemäß Pkt. 4. Teil C der Ausschreibung (Technische Vertragsbestimmungen) bei allen Bohrgeräten einzusetzen sind, nachzuweisen wäre.

Wie dem Angebot und dem Vergabeakt zu entnehmen ist, hat der präsumtive Zuschlagsempfänger seinem Angebot sowohl die in Pkt. 4.4.5, Teil A der Ausschreibung verlangte allgemeine Erklärung über seine Ausstattung und technische Ausrüstung, als auch die speziell zu den Bohr- und Versuchsgeräten verlangte Auflistung, beigelegt.

Eine Verpflichtung, im Zuge des Nachweises der technischen Leistungsfähigkeit den Nachweis der Verfügbarkeit von Bohrdatenschreibern für die Auftragsausführung nachzuweisen, wird auch nicht in Pkt. 4.1, Teil C oder in einer sonstigen Ausschreibungsbestimmung festgelegt. Bei dem in Pkt. 4.1, Teil C der Technischen Vertragsbestimmungen der Ausschreibung normierten Gebot des Einsatzes von Bohrdatenschreibern handelt es sich um keinen der - in Teil A der Ausschreibung abschließend geregelten - Nachweise der technischen Leistungsfähigkeit, sondern um eine die Auftragsdurchführung betreffende Bestimmung, die eben unter Einsatz von Bohrdatenschreibern zu erfolgen hat.

Pkt. 4.1, Teil C der Ausschreibung lautet:

"4.1 Bohrdatenschreiber

Bohrdatenschreiber sind bei allen Bohrgeräten einzusetzen. Zusätzlich zu den täglichen Protokollen sind kontinuierliche Aufzeichnungen mit einem Messdatenschreiber (Bohrdatenschreiber) zur Dokumentation von Datum, Zeit, Bohrfortschritt, Anpressdruck, Umdrehungszahl und Drehmoment beizulegen. Diese Bohrdaten sind den Tagesberichten beizulegen. Es wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass eine lückenlose Dokumentation der genannten und referenzierten (ÖN) Informationen Grundlage zur Abwägung des Baugrundrisikos ist".

Schon die Formulierungen wie "zusätzlich zu den täglichen Protokollen sind kontinuierliche Aufzeichnungen mit ... beizulegen; sind den Tagesberichten beizulegen", usw.) machen deutlich, dass es sich hierbei um Anforderungen handelt, die im Zuge der Auftragsausführung zu erfüllen, nicht aber bereits im Rahmen der technischen Leistungsfähigkeit nachzuweisen sind.

Die allgemeinen, für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der §§ 914 ff ABGB sind auch im Vergaberecht anzuwenden (vgl. Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus einer Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind nicht danach zu beurteilen, was der Erklärende sagen wollte oder was der Erklärungsempfänger darunter verstanden hat, sondern danach, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern es ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgebend (vgl. VwGH vom 29.3.2006, Zlen. 2004/04/0144, 0156, 0157 und dem folgend BVA 28.7.2006, N/0048-BVA/14/2006-28, BVA 23.11.2006, N/0083-BVA/15/2006-23, BVA 27.11.2006, F/0001-BVA/14/2006-44, ua). Die allgemeinen, für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der Paragraphen 914, ff ABGB sind auch im Vergaberecht anzuwenden vergleiche Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus einer Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind nicht danach zu beurteilen, was der Erklärende sagen wollte oder was der Erklärungsempfänger darunter verstanden hat, sondern danach, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern es ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgebend vergleiche VwGH vom 29.3.2006, Zlen. 2004/04/0144, 0156, 0157 und dem folgend BVA 28.7.2006, N/0048-BVA/14/2006-28, BVA 23.11.2006, N/0083-BVA/15/2006-23, BVA 27.11.2006, F/0001-BVA/14/2006-44, ua).

Aus der aufgezeigten, sich schon aus ihrem objektiven Wortlaut unmissverständlich ergebenden Bedeutung der Bestimmungen des Pkt. 4.4.5, Teil A der Ausschreibung über die im Rahmen der technischen Leistungsfähigkeit zu

erbringenden Nachweise einerseits, und des Pkt. 4.1, Teil C der Ausschreibung über die bei der Auftragsdurchführung zu erfüllenden Anforderungen andererseits, besteht kein Zweifel. Es musste daher auch ein durchschnittlicher, fachkundiger Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt von diesem sich schon aus ihrem Wortlaut ergebenden Verständnis der beiden Ausschreibungsbestimmungen ausgehen (vgl. EuGH vom 4.12.2003, Rs C-448/01, EVN-AG Wien Strom GmbH; VwGH 17.11.2004, Zl. 2002/04/0078). Aus der aufgezeigten, sich schon aus ihrem objektiven Wortlaut unmissverständlich ergebenden Bedeutung der Bestimmungen des Pkt. 4.4.5, Teil A der Ausschreibung über die im Rahmen der technischen Leistungsfähigkeit zu erbringenden Nachweise einerseits, und des Pkt. 4.1, Teil C der Ausschreibung über die bei der Auftragsdurchführung zu erfüllenden Anforderungen andererseits, besteht kein Zweifel. Es musste daher auch ein durchschnittlicher, fachkundiger Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt von diesem sich schon aus ihrem Wortlaut ergebenden Verständnis der beiden Ausschreibungsbestimmungen ausgehen (vergleiche EuGH vom 4.12.2003, Rs C-448/01, EVN-AG Wien Strom GmbH; VwGH 17.11.2004, Zl. 2002/04/0078).

Im Übrigen hat auch der Antragsteller - wie Herr J*** in der mündlichen Verhandlung selbst zugestanden hat - seinem Angebot keinen Nachweis über die Verfügbarkeit von Bohrdatenschreibern beigelegt. Dies zeugt davon, dass der Antragsteller die Bestimmungen über die zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit zu führenden Nachweise und vorzulegenden Unterlagen zutreffender Weise ebenfalls in der oben beschriebenen Art und Weise verstanden hat. Nicht anders ist es nämlich zu deuten, dass auch der Antragsteller seinem Angebot "nur" die in der Ausschreibung geforderte Geräteliste und Bohrgeräteeinsatzliste, nicht jedoch auch einen Nachweis über bei der Ausführung des Bauvorhabens verfügbare Bohrdatenschreiber beigelegt hat.

In der Ausschreibung war ein Nachweis der Verfügbarkeit von Bohrdatenschreibern im Zuge des Nachweises der technischen Leistungsfähigkeit von den Bietern nicht verlangt und wurde somit vom präsumtiven Zuschlagsempfänger - wie auch vom Antragsteller (in Übereinstimmung mit den Ausschreibungsbestimmungen) zu Recht nicht vorgelegt. Die in der Ausschreibung verlangten Nachweise der technischen Leistungsfähigkeit einschließlich der Anforderungen an die Referenzprojekte und an den Versuchskoordinator (siehe unten), hat der präsumtive Zuschlagsempfänger erbracht.

b) Zum Vorbringen des Antragstellers, dass der vom präsumtiven Zuschlagsempfänger namhaft gemachte Versuchskoordinator die in der Ausschreibung geforderten Mindestanforderungen nicht erfülle bzw. die für den Versuchskoordinator zu den Referenzprojekten vorzulegenden Auftraggeberbestätigungen nicht vorliegen würden:

Pkt. 4.4.5.1, Teil A der Ausschreibung lautet:

"4.4.5.1 Versuchskoordinator/in des AN für alle Versuchsdurchführungen

Über die gesamte Bauzeit, insb. während der Bohr- und Versuchsarbeiten hat der AN eine/n Koordinator/in, (z.B. ausgebildete/n Geophysiker/in) mit einer einschlägigen Mindestberufserfahrung von 5 Jahren, vor Ort für die Organisation und Durchführung aller Versuche und Messungen, zu stellen.

Der/die Koordinator/in ist auch für die ordnungsgemäßen Messungen an den Bohrstellen verantwortlich und plant in Abstimmung mit dem AG das Bohrlochversuchsprogramm. Er ist für die ordnungsgemäße Versuchsdurchführung, Dokumentation und die Koordinierung verantwortlich.

Es ist eine mindestens 5-jährige, einschlägige Berufserfahrung in der Abwicklung von Versuchsdurchführungen nachzuweisen (mittels Lebenslauf und Referenzliste mit Angabe der Auftraggeber und des Bearbeitungszeitraumes).

Weiters ist mit maximal 3 Projekten (Ausführung oder Auswertung) nachzuweisen, dass in den letzten 5 Jahren (Versuchsdurchführung der Referenzprojekte zwischen 1.1.2003-31.12.2007) zumindest 2 der folgenden 3 Versuche in der angegebenen Menge, von der genannten Person durchgeführt bzw. ausgewertet wurden:

- VSP 1000m
- ABF 1000m
- Flowmeter 1000m

Nachweis:

Als Nachweis ist eine Auftraggeberbestätigung vorzulegen, aus der die durchgeführte Tätigkeit, der Leistungsumfang (Versuchsarten mit jeweiligen Laufmeterangaben), der Bearbeiter, der Leistungszeitraum, der Wert der Leistung sowie

Name und Anschrift (Postanschrift, Telefon, E-Mail) der Auskunftsperson des Auftraggebers hervorgehen. Weiters muss aus der Auftraggeberbestätigung hervor gehen, ob die Arbeiten den anerkannten Regeln der Technik entsprochen haben und ob sie ordnungsgemäß durchgeführt wurden. Die Auftraggeberbestätigung hat mittels Firmenstempel und Unterschrift des Auftraggebers des jeweiligen Referenzprojektes zu erfolgen.

Nachweis mit Formblatt G VII.2."Nachweis mit Formblatt G römisch sieben.2".

Der präsuntive Zuschlagsempfänger machte im vorgesehenen Formblatt "G VII.2 Koordinator/in des AN" H*** als Versuchskoordinatorin namhaft und verwies in der Rubrik "Berufserfahrung" auf deren dem Angebot beigelegten Lebenslauf und die Referenzen. Bereits die dem Angebot angeschlossenen Unterlagen (vgl. den Lebenslauf von H*** mit den jeweils projektbezogenen zeitlichen Angaben) belegen deren geforderte 5jährige einschlägige Berufserfahrung in der Abwicklung von Versuchsdurchführungen und die Durchführung von Referenzprojekten. In der mündlichen Verhandlung wurde dies wurde durch die mit diesen Unterlagen im Einklang stehende Zeugenaussage von H*** noch bestätigt. H*** ist demzufolge seit ihrem Studienabschluss im Jahr 2000 zweifelsfrei beruflich einschlägig tätig. H*** sagte in der mündlichen Verhandlung aus, dass sie im Jahr 2003 etwa, sogar für den nunmehrigen Antragsteller tätig gewesen sei (für die damalige Bietergemeinschaft A*** - T*** & U***). Der Antragsteller stellte dies in der mündlichen Verhandlung auch gar nicht in Abrede. Der präsuntive Zuschlagsempfänger machte im vorgesehenen Formblatt "G römisch sieben.2 Koordinator/in des AN" H*** als Versuchskoordinatorin namhaft und verwies in der Rubrik "Berufserfahrung" auf deren dem Angebot beigelegten Lebenslauf und die Referenzen. Bereits die dem Angebot angeschlossenen Unterlagen vergleiche den Lebenslauf von H*** mit den jeweils projektbezogenen zeitlichen Angaben) belegen deren geforderte 5jährige einschlägige Berufserfahrung in der Abwicklung von Versuchsdurchführungen und die Durchführung von Referenzprojekten. In der mündlichen Verhandlung wurde dies wurde durch die mit diesen Unterlagen im Einklang stehende Zeugenaussage von H*** noch bestätigt. H*** ist demzufolge seit ihrem Studienabschluss im Jahr 2000 zweifelsfrei beruflich einschlägig tätig. H*** sagte in der mündlichen Verhandlung aus, dass sie im Jahr 2003 etwa, sogar für den nunmehrigen Antragsteller tätig gewesen sei (für die damalige Bietergemeinschaft A*** - T*** & U***). Der Antragsteller stellte dies in der mündlichen Verhandlung auch gar nicht in Abrede.

Darüber hinaus wies der präsuntive Zuschlagsempfänger ausschreibungskonform nach, dass die namhaft gemachte Koordinatorin H*** jedenfalls die beiden in Pkt. 4.4.5.1, Teil A der Ausschreibung verlangten Projekte durchgeführt bzw. ausgewertet hat. In den entsprechenden Rubriken des Formblattes G VII.2 "Koordinator/in des AN" zum Angebot des präsuntiven Zuschlagsempfängers waren unter der Rubrik "Referenzprojekt 1", das Projekt "Koralmbahn Graz-Klagenfurt", Koralmtunnel 1713, Darüber hinaus wies der präsuntive Zuschlagsempfänger ausschreibungskonform nach, dass die namhaft gemachte Koordinatorin H*** jedenfalls die beiden in Pkt. 4.4.5.1, Teil A der Ausschreibung verlangten Projekte durchgeführt bzw. ausgewertet hat. In den entsprechenden Rubriken des Formblattes G römisch sieben.2 "Koordinator/in des AN" zum Angebot des präsuntiven Zuschlagsempfängers waren unter der Rubrik "Referenzprojekt 1", das Projekt "Koralmbahn Graz-Klagenfurt", Koralmtunnel 1713,

Erkundung Koralpe 2006, ÖBB-Infrastruktur AG, Auftraggeber: ARGE

Koralmtunnel GPS-Plankel, Auftragserteilung: 6.2006, Fertigstellung 12.2006; unter der Rubrik "Referenzprojekt 2" das Projekt HLS Wien-Salzburg NBS Salzburg Hbf - Raum Seekirchen,

Erkundung 2006, ÖBB-Infrastruktur BAU AG, Auftraggeber: Reisinger Brunnenbau und Bohrtechnik GmbH, Auftragserteilung 9.2006,

Fertigstellung: 12.2006 und unter der Rubrik "Referenzprojekt 3" das Projekt "Geophysikalische Bohrlochmessungen Brunnen Raab II, Fertigstellung: 12.2006 und unter der Rubrik "Referenzprojekt 3" das Projekt "Geophysikalische Bohrlochmessungen Brunnen Raab römisch zwei,

Auftraggeber: WDL Wasserdienstleistungs GmbH, Auftragserteilung:

8.2007, Fertigstellung: 8.2007, angegeben. In der Rubrik "Firmenzugehörigkeit zum Zeitpunkt der Projektabwicklung" war bei allen 3 Referenzprojekten jeweils "G***" angeführt.

Hinsichtlich der für H*** angegebenen Referenzprojekte 2 und 3 waren die in der Ausschreibung vorgeschriebenen Auftraggeberbestätigungen mit den geforderten Angaben dem Angebot des präsuntiven Zuschlagsempfängers bereits vollständig angeschlossen. Der Auftraggeberbestätigung zum Referenzprojekt 2 (HLS Wien-Salzburg) vom 7.2.2008 ist

entnehmbar, dass von der G***, H***, Flowmetermessungen im Umfang von 382m vorgenommen wurden. Der Auftraggeberbestätigung für das Referenzprojekt 3 ist entnehmbar, dass bei diesem Projekt von H*** 408,1m Flowmetermessungen durchgeführt wurden. Aus der auf Aufforderung des Auftraggebers vom 11.3.2008 vom präsuntiven Zuschlagsempfänger mit Schreiben vom 14.3.2008 ergänzend nachgereichten Referenzbestätigung zum Referenzprojekt 1 geht ivm mit dem schon dem Angebot zu diesem Projekt angeschlossenen Referenzschreiben hervor, dass von H*** geophysikalische Bohrlochmessungen (ABF) im Ausmaß von 1972,60m und Flowmetermessungen im Ausmaß von 487,3m durchgeführt wurden. Die in der ergänzenden Bestätigung im Detail aufgelisteten Messmeter samt Angabe der jeweiligen - eindeutig zuordenbaren - Messmethode sind zweifelsfrei dem in Rede stehenden Referenzprojekt Koralmtunnel zuzuordnen. Auch die in der ergänzenden Bestätigung angeführten Messarten (ABF, FLOW) stimmen mit den in der dem Angebot angeschlossenen Referenzbestätigung aufscheinenden Messmethoden (Flowmetermessung, akustischer Scanner) überein. Aus den unbestritten gebliebenen Angaben von H*** in der mündlichen Verhandlung ergibt sich, dass unter akustischen Scannermessungen ABF-Messungen zu verstehen. Hinsichtlich der für H*** angegebenen Referenzprojekte 2 und 3 waren die in der Ausschreibung vorgeschriebenen Auftraggeberbestätigungen mit den geforderten Angaben dem Angebot des präsuntiven Zuschlagsempfängers bereits vollständig angeschlossenen. Der Auftraggeberbestätigung zum Referenzprojekt 2 (HLS Wien-Salzburg) vom 7.2.2008 ist entnehmbar, dass von der G***, H***, Flowmetermessungen im Umfang von 382m vorgenommen wurden. Der Auftraggeberbestätigung für das Referenzprojekt 3 ist entnehmbar, dass bei diesem Projekt von H*** 408,1m Flowmetermessungen durchgeführt wurden. Aus der auf Aufforderung des Auftraggebers vom 11.3.2008 vom präsuntiven Zuschlagsempfänger mit Schreiben vom 14.3.2008 ergänzend nachgereichten Referenzbestätigung zum Referenzprojekt 1 geht in Verbindung mit dem schon dem Angebot zu diesem Projekt angeschlossenen Referenzschreiben hervor, dass von H*** geophysikalische Bohrlochmessungen (ABF) im Ausmaß von 1972,60m und Flowmetermessungen im Ausmaß von 487,3m durchgeführt wurden. Die in der ergänzenden Bestätigung im Detail aufgelisteten Messmeter samt Angabe der jeweiligen - eindeutig zuordenbaren - Messmethode sind zweifelsfrei dem in Rede stehenden Referenzprojekt Koralmtunnel zuzuordnen. Auch die in der ergänzenden Bestätigung angeführten Messarten (ABF, FLOW) stimmen mit den in der dem Angebot angeschlossenen Referenzbestätigung aufscheinenden Messmethoden (Flowmetermessung, akustischer Scanner) überein. Aus den unbestritten gebliebenen Angaben von H*** in der mündlichen Verhandlung ergibt sich, dass unter akustischen Scannermessungen ABF-Messungen zu verstehen.

Auf den Auftraggeberbestätigungen für die drei genannten Referenzprojekte scheint unter "Auftragnehmer" die G*** mit Adresse und dem Namen "H***" auf. Wie bereits erwähnt, sagte die Zeugin G*** in Übereinstimmung mit den Angaben in ihrem Lebenslauf in der mündlichen Verhandlung widerspruchsfrei aus, dass sie im Jahr 2000 das Studium der angewandten Geowissenschaften mit dem Schwerpunkt Geophysik im 2. Studienabschluss abgeschlossen hat und seit ihrem Studienabschluss fachlich einschlägig tätig ist. In der mündlichen Verhandlung legte H*** dem Bundesvergabeamt eine zusätzliche, ihre einschlägige Tätigkeit im Zeitraum 2001-2007 belegende Referenzaufstellung, vor. H*** ist seit dem Jahr 2002 Geschäftsführerin der G***. Das Haupttätigkeitsgebiet der G*** besteht in geophysikalischen Bohrlochmessungen und Geoelektrik (siehe Aussage von H*** in der mündlichen Verhandlung). H*** ist bei der G***, bei der - wie sie in der mündlichen Verhandlung ausgesagt hat - außer ihr keine weiteren Personen tätig sind, allein für die Bohrlochmessungen und die Auswertungen zuständig. Im Zuge der Abwicklung einschlägiger Projekte durch die G*** wurden von H***, wie diese in der mündlichen Verhandlung glaubhaft schilderte - und bereits den Angebotsunterlagen des präsuntiven Zuschlagsempfängers zu entnehmen war - die in der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung für den Versuchskoordinator verlangte einschlägige 5jährige Praxis einschließlich der Durchführung der zwei in Pkt. 4.4.5.1, Teil A der Ausschreibung verlangten Versuche (Ausführung bzw. Auswertung ABF 1000m, Flowmeter 1000m, im Zeitraum 1.1.2003 bis 31.12.2007) erbracht.

Wie die explizite Nennung von "H***" unter "Auftragnehmer" in den Auftraggeberbestätigungen schon andeutet, hat H*** die auf den Auftraggeberbestätigungen für die vom präsuntiven Zuschlagsempfänger für sie genannten Referenzprojekte angeführten Messungen in der dort angegebenen Art und im laufmetermäßig angegebenen Umfang persönlich und eigenverantwortlich durchgeführt. H*** hat dies durch ihre Zeugenaussage in der mündlichen Verhandlung glaubwürdig bestätigt. Im gegebenen Zusammenhang ist anzumerken, dass bei der G***, von H*** abgesehen, gar keine weiteren Personen tätig sind, die für die Vornahme solcher Tätigkeiten in Frage kämen. Der erkennende Senat des Bundesvergabeamtes hat keine Veranlassung, die Glaubwürdigkeit der - sich mit den Angaben auf den Referenzbestätigungen deckenden - Aussagen von H*** anzuzweifeln.

Der Antragsteller vermochte demgegenüber auch in der mündlichen Verhandlung nichts vorzubringen, was die Glaubwürdigkeit der Aussagen von H*** zweifelhaft erscheinen lassen hätte können. Auf das Vorbringen des Antragstellers in der mündlichen Verhandlung, dass aus ihm von H*** in der Vorphase des gegenständlichen Projektes übermittelten Referenzen bzw. aus deren Lebenslauf auf die Nichterfüllung der Ausschreibungskriterien zu schließen sei, war, als nicht verfahrensrelevant, nicht näher einzugehen. Aus den mit dem Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers abgegebenen und den im Vergabeakt einliegenden, allein verfahrensrelevanten und vom Bundesvergabeamt geprüften Unterlagen, geht die Erfüllung der Ausschreibungsanforderungen durch H*** jedenfalls ohne Zweifel hervor. Die an den Versuchskoordinator gestellten Anforderungen (einschlägige Berufspraxis und Durchführung von zwei Versuchsdurchführungen) wurden vom präsumtiven Zuschlagsempfänger einschließlich der für die Versuche anzugebenden Versuchsart und der Laufmeter (für ABF und Flowmeter) ausschreibungsgemäß nachgewiesen. Die technische Leistungsfähigkeit des präsumtiven Zuschlagsempfängers [siehe bereits obige Ausführungen zum Nachweis von Bohrdatenschreibern unter a)] ist somit gegeben.

- -Strichaufzählung

Zur vom Antragsteller behaupteten nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises des Angebotes des präsumtiven Zuschlagsempfängers:

Der Antragsteller bringt vor, dass der Auftraggeber in Bezug auf das Angebot des in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängers eine vertiefte Angebotsprüfung iSd § 268 Abs. 2 BVergG idF BGBl I Nr. 17/2006 durchzuführen gehabt hätte, die seiner Ansicht nach zum Ergebnis der unplausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises iSd § 269 Abs. 1 Z 3 leg.cit geführt hätte. Der Antragsteller bringt vor, dass der Auftraggeber in Bezug auf das Angebot des in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängers eine vertiefte Angebotsprüfung iSd Paragraph 268, Absatz 2, BVergG in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, durchzuführen gehabt hätte, die seiner Ansicht nach zum Ergebnis der unplausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises iSd Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 3, leg.cit geführt hätte.

Gemäß § 268 Abs. 1 BVergG 2006 idzitF ist die Angemessenheit der Preise in Bezug auf die ausgeschriebene oder alternativ angebotene Leistung und unter Berücksichtigung aller Umstände, unter denen sie zu erbringen sein wird, zu prüfen. Gemäß Paragraph 268, Absatz eins, BVergG 2006 idzitF ist die Angemessenheit der Preise in Bezug auf die ausgeschriebene oder alternativ angebotene Leistung und unter Berücksichtigung aller Umstände, unter denen sie zu erbringen sein wird, zu prüfen.

Gemäß § 268 Abs. 2 BVergG 2006 idzitF muss der Sektorenauftraggeber Aufklärung über die Positionen des Angebotes verlangen und gemäß Abs. 3 vertieft prüfen, wenn 1. Angebote einen im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis aufweisen, wenn 2. Angebote zu hohe oder zu niedrige Einheitspreise in Positionen aufweisen oder 3. begründete Zweifel an der Angemessenheit von Preisen bestehen. Gemäß Paragraph 268, Absatz 2, BVergG 2006 idzitF muss der Sektorenauftraggeber Aufklärung über die Positionen des Angebotes verlangen und gemäß Absatz 3, vertieft prüfen, wenn 1. Angebote einen im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis aufweisen, wenn 2. Angebote zu hohe oder zu niedrige Einheitspreise in Positionen aufweisen oder 3. begründete Zweifel an der Angemessenheit von Preisen bestehen.

Wie der Auftraggeber in Übereinstimmung mit dem Vergabeakt in seinem Schriftsatz vom 9.5.2008 vorgebracht hat, wurden die Angebotspreise unter Beiziehung eines Sachverständigen (S***) eingehend geprüft. Dabei wurden Preisspiegel (sowohl nach Positionen als auch gesamt) erstellt und auf Erfahrungswerte aus Preisspeicherdatenbanken zurückgegriffen. Der vom Auftraggeber mit diesen Daten vorgenommene, auch mittels detaillierter grafischer Darstellung im Vergabeakt dokumentierte Vergleich der einzelnen Einheitspreise bzw. der Detailkalkulation des Angebotes des präsumtiven Zuschlagsempfängers, ergab keine Anhaltspunkte für die vom Antragsteller behaupteten "Unterpreise" in einigen Positionen betreffend den Versuchskoordinator.

Wie der Prüfer der vom Auftraggeber beigezogenen Ziviltechniker GmbH (N***) in der mündlichen Verhandlung schlüssig und nachvollziehbar darlegte, ergab sich keinerlei Hinweis, dass die Angebotspreise des präsumtiven Zuschlagsempfängers nicht dem Gebot der Preisangemessenheit iSd § 268 Abs. 1 leg.cit entsprechen würden oder das Angebot einen im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis aufweisen würde. Letzteres ist schon im Hinblick auf die Preisknappheit des Antragstellerangebotes zum Billigstangebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers plausibel. N*** bekräftigte in der mündlichen Verhandlung - was sich auch mit den

Aufzeichnungen im Vergabeakt deckt - dass das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers in preislicher Hinsicht keine Auffälligkeiten aufgewiesen hat. Wie der Prüfer der vom Auftraggeber beigezogenen Ziviltechniker GmbH (N***) in der mündlichen Verhandlung schlüssig und nachvollziehbar darlegte, ergab sich keinerlei Hinweis, dass die Angebotspreise des präsumtiven Zuschlagsempfängers nicht dem Gebot der Preisangemessenheit iSd Paragraph 268, Absatz eins, leg.cit entsprechen würden oder das Angebot einen im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis aufweisen würde. Letzteres ist schon im Hinblick auf die Preisknappheit des Antragstellerangebotes zum Billigstangebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers plausibel. N*** bekräftigte in der mündlichen Verhandlung - was sich auch mit den Aufzeichnungen im Vergabeakt deckt - dass das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers in preislicher Hinsicht keine Auffälligkeiten aufgewiesen hat.

Die Angebotspreise des präsumtiven Zuschlagsempfängers wurden vom Auftraggeber somit sachkundig geprüft und unter Berücksichtigung seiner Kostenveranschlagung und aller Umstände für die Bauherstellung als angemessen iSd § 267 Abs. 1 Z 4 leg.cit beurteilt. (vgl. auch Pkt. 2.7.1, Allgemeine Preisangemessenheit, Seite 30 der Angebotsprüfung). Zudem ist anzumerken, dass der Prüfmaßstab im Sektorenbereich gegenüber dem klassischen Bereich (vgl. § 125 Abs. 1 und Abs. 2 leg.cit.) reduziert ist. Die Angebotspreise des präsumtiven Zuschlagsempfängers wurden vom Auftraggeber somit sachkundig geprüft und unter Berücksichtigung seiner Kostenveranschlagung und aller Umstände für die Bauherstellung als angemessen iSd Paragraph 267, Absatz eins, Ziffer 4, leg.cit beurteilt. vergleiche auch Pkt. 2.7.1, Allgemeine Preisangemessenheit, Seite 30 der Angebotsprüfung). Zudem ist anzumerken, dass der Prüfmaßstab im Sektorenbereich gegenüber dem klassischen Bereich vergleiche Paragraph 125, Absatz eins und Absatz 2, leg.cit.) reduziert ist.

Die Prüfung der Kalkulationsblätter K7 des präsumtiven Zuschlagsempfängers durch den Auftraggeber ergab die Plausibilität in Abhängigkeit zur ausgeschriebenen Leistung, die Kostenzuordnung bei den Positionen und die Nachvollziehbarkeit der Aufwands- und Verbrauchsansätze. Höherwertigere Leistungen wurden grundsätzlich höher, minderwertige Leistungen im Vergleich dazu mit einem niedrigeren Preis angeboten (vgl. die schlüssigen Ausführungen unter Pkt. 2.7.2.1, Seite 32 der Angebotsprüfung). Die Prüfung der Kalkulationsblätter K7 des präsumtiven Zuschlagsempfängers durch den Auftraggeber ergab die Plausibilität in Abhängigkeit zur ausgeschriebenen Leistung, die Kostenzuordnung bei den Positionen und die Nachvollziehbarkeit der Aufwands- und Verbrauchsansätze. Höherwertigere Leistungen wurden grundsätzlich höher, minderwertige Leistungen im Vergleich dazu mit einem niedrigeren Preis angeboten vergleiche die schlüssigen Ausführungen unter Pkt. 2.7.2.1, Seite 32 der Angebotsprüfung).

Ein Anlassfall zur Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung iSd § 268 Abs. 2 Z 1 bis Z 3 leg.cit lag somit gar nicht vor. Dies wird auch durch die einschlägige Judikatur des VfGH gestützt. Der VfGH erachtet eine vertiefte Angebotsprüfung nämlich dann nicht für zwingend geboten, wenn das erfolgreiche Angebot bloß um 6,7% vom Angebotspreis des nächstgereihten Bieters abweicht (vgl. VfGH 22.9.2003, B 1211/01, sowie dem folgend BVA 30.1.2006, 13N-130/05- 21; BVA vom 10.10.2007, F/0003-BVA/04/2007-21, F/0004-BVA/04/2007- 21; vgl. auch VwGH 13.6.2005, 2004/04/0090). Der Angebotspreis des präsumtiven Zuschlagsempfängers beträgt Euro 13.399.015,40 exkl. USt. Der Angebotspreis des Antragstellers beträgt Euro 13.477.517,55 exkl USt. Die Differenz zwischen den beiden Angebotspreisen macht demnach lediglich Euro 78.502,15 aus. Diese Preisdifferenz ist, auch gemessen an der Höhe des Auftragsvolumens von rund Euro 13,4 Mio, als äußerst gering einzustufen. Diese - auch vom Antragsteller (Herrn J***) als minimal bezeichnete - Preisdifferenz bedeutet aber, dass der Antragsteller, wie Herr J*** in der mündlichen Verhandlung selbst einräumte, mit seiner Angebotskalkulation im Wesentlichen zum gleichen Ergebnis wie der präsumtive Zuschlagsempfänger gekommen ist. Im vorliegenden Fall beträgt die Preisdifferenz zwischen dem Angebot des in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängers und dem des zweitgereihten Antragstellers überhaupt nur verschwindend geringe 0,54 %, somit nicht einmal ein Zehntel der vom VfGH angesetzten Differenz zwischen den Angebotspreisen, bis zu der er eine vertiefte Angebotsprüfung nicht als zwingend geboten erachtet. Ein Anlassfall zur Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung iSd Paragraph 268, Absatz 2, Ziffer eins bis Ziffer 3, leg.cit lag somit gar nicht vor. Dies wird auch durch die einschlägige Judikatur des VfGH gestützt. Der VfGH erachtet eine vertiefte Angebotsprüfung nämlich dann nicht für zwingend geboten, wenn das erfolgreiche Angebot bloß um 6,7% vom Angebotspreis des nächstgereihten Bieters abweicht vergleiche VfGH 22.9.2003, B 1211/01, sowie dem folgend BVA 30.1.2006, 13N-130/05- 21; BVA vom 10.10.2007, F/0003-BVA/04/2007-21, F/0004-BVA/04/2007- 21; vergleiche auch VwGH 13.6.2005, 2004/04/0090). Der Angebotspreis des präsumtiven Zuschlagsempfängers beträgt Euro 13.399.015,40

exkl. USt. Der Angebotspreis des Antragstellers beträgt Euro 13.477.517,55 exkl. USt. Die Differenz zwischen den beiden Angebotspreisen macht demnach lediglich Euro 78.502,15 aus. Diese Preisdifferenz ist, auch gemessen an der Höhe des Auftragsvolumens von rund Euro 13,4 Mio, als äußerst gering einzustufen. Diese - auch vom Antragsteller (Herrn J***) als minimal bezeichnete - Preisdifferenz bedeutet aber, dass der Antragsteller, wie Herr J*** in der mündlichen Verhandlung selbst einräumte, mit seiner Angebotskalkulation im Wesentlichen zum gleichen Ergebnis wie der präsumtive Zuschlagsempfänger gekommen ist. Im vorliegenden Fall beträgt die Preisdifferenz zwischen dem Angebot des in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängers und dem des zweitgereihten Antragstellers überhaupt nur verschwindend geringe 0,54 %, somit nicht einmal ein Zehntel der vom VfGH angesetzten Differenz zwischen den Angebotspreisen, bis zu der er eine vertiefte Angebotsprüfung nicht als zwingend geboten erachtet.

Weiters ist darauf hinzuweisen, dass der Angebotspreis des präsumtiven Zuschlagsempfängers - und gleichzeitig damit der nur knapp darüberliegende Angebotspreis des Antragstellers - in keineswegs unüblichem Ausmaß von der vom Auftraggeber vorgenommenen Kostenschätzung in Höhe von ca. Euro 12.535.000 netto abweicht. Hinzu kommt, dass die zur Veranschlagung der Einheitspreise vom Auftraggeber herangezogenen Mittelwerte der Angebote der Bohrphase 2006 zudem grundsätzlich nur Richtwerte sein können und die in den Angeboten aus dem Jahr 2006 nicht enthaltenen Leistungen hochgerechnet bzw. geschätzt werden mussten.

Hinsichtlich der Einheitspreise des präsumtiven Zuschlagsempfängers bestand beim Auftraggeber keinerlei Verdacht auf Unangemessenheiten. Dessen ungeachtet, führte der Auftraggeber eine - anhand der im Vergabeakt dokumentierten Angebotsprüfung nachvollziehbare - weitere detaillierte Preisprüfung durch. Die Vornahme dieser, in die Tiefe gehenden Prüfung, wurde vom Auftraggeber (M***) in der mündlichen Verhandlung plausibel damit begründet, dass eine solche Prüfung bei derartigen Großprojekten aus Dokumentationsgründen für eine allfällige spätere Kontrolle, etwa durch den Rechnungshof, standardmäßig durchgeführt wird, ohne dass dies einen Verdacht auf Preisunregelmäßigkeiten bedeutet. Schließlich bestätigte N*** in der mündlichen Verhandlung, dass auch diese weitere Prüfung keine Anzeichen auf Preisunangemessenheiten ergeben hat.

Auch dem erkennenden Senat haben sich im Zuge einer stichprobenartigen Durchsicht der Preispositionen keine Anzeichen für "Unterpreise" bzw. eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises ergeben. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Nachprüfungsbehörde nach der ständigen Judikatur des VfGH zweifellos nicht dazu verhalten ist, die gesamte Kalkulation des Bieters minutiös nachzuvollziehen, sondern nur grob zu prüfen hat, ob ein seriöser Unternehmer die angebotenen Leistungen zu den angebotenen Preisen erbringen kann (VwGH 15.9.2004, 2004/04/0032; VwGH 29.3.2006, 2003/04/0181).

Nicht unerwähnt bleiben soll schließlich, dass die Mehrheit der vom Antragsteller als "unterpreisig" bezeichneten Positionen im Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers nicht einmal im Sinne seines eigenen Vorbringens als "unterpreisig" anzusehen wären. Wie der Vergleich mit den vom Antragsteller als "unterpreisig" reklamierten Positionen zeigt, liegen immerhin sechs von elf Preisen sogar über den vom Antragsteller für diese Positionen behaupteten "Mindestpreisen".

Gemäß § 269 Abs. 1 Z 3 leg.cit hat der Sektorenauftraggeber im Oberschwellenbereich vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung aufgrund des Ergebnisses der Prüfung Angebote auszuschneiden, die eine - durch eine vertiefte Angebotsprüfung festgestellte - nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises (z.B. spekulative Preisgestaltung) aufweisen. Gemäß Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 3, leg.cit hat der Sektorenauftraggeber im Oberschwellenbereich vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung aufgrund des Ergebnisses der Prüfung Angebote auszuschneiden, die eine - durch eine vertiefte Angebotsprüfung festgestellte - nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises (z.B. spekulative Preisgestaltung) aufweisen.

Zumal die einzelnen Positionspreise vom Auftraggeber nach sorgfältiger sachkundiger Prüfung als angemessen zu beurteilen waren, ist dem erkennenden Senat nicht erkennbar, dass bzw. inwiefern gegenständlich ein nicht plausibel zusammengesetzter Gesamtpreis iSd Ausscheidenstatbestandes des § 269 Abs. 1 Z 3 leg.cit vorliegen sollte. Gleiches müsste diesfalls wohl ebenso für das in preislicher Hinsicht nur in marginalem Ausmaß vom Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers abweichende Angebot des Antragstellers gelten. Der Auftraggeber hielt in seiner Angebotsprüfung (zur Sensibilitätsprüfung) ausdrücklich fest, dass die Einheitspreise der beiden erstgereihten Bieter - somit des präsumtiven Zuschlagsempfängers und des Antragstellers - keine spekulativen Ansätze erkennen lassen und zieht in Pkt. 2.7.2.1, Seite 32 seiner Angebotsprüfung den Schluss, dass die Prüfung unter Berücksichtigung der

Umstände der Leistungserbringung eine plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises ergibt. Zumal die einzelnen Positionspreise vom Auftraggeber nach sorgfältiger sachkundiger Prüfung als angemessen zu beurteilen waren, ist dem erkennenden Senat nicht erkennbar, dass bzw. inwiefern gegenständlich ein nicht plausibel zusammengesetzter Gesamtpreis iSd Ausscheidenstatbestandes des Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 3, leg.cit vorliegen sollte. Gleiches müsste diesfalls wohl ebenso für das in preislicher Hinsicht nur in marginalem Ausmaß vom Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers abweichende Angebot des Antragstellers gelten. Der Auftraggeber hielt in seiner Angebotsprüfung (zur Sensibilitätsprüfung) ausdrücklich fest, dass die Einheitspreise der beiden erstgereihten Bieter - somit des präsumtiven Zuschlagsempfängers und des Antragstellers - keine spekulativen Ansätze erkennen lassen und zieht in Pkt. 2.7.2.1, Seite 32 seiner Angebotsprüfung den Schluss, dass die Prüfung unter Berücksichtigung der Umstände der Leistungserbringung eine plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises ergibt.

Die vom Antragsteller beantragte Bestellung eines Sachverständigen zur Preisprüfung war - ebenso wie zur Überprüfung der Referenzen des Versuchskoordinators des präsumtiven Zuschlagsempfängers - nicht erforderlich.

- -Strichaufzählung

Zur angeblichen Führung von Verhandlungen im Aufklärungsgespräch des Auftraggebers mit dem präsumtiven Zuschlagsempfänger:

Der Antragsteller vermeint aus einem im Vergabeakt einliegenden Entwurf eines Schlussbriefes an den präsumtiven Zuschlagsempfänger und der darin enthaltenen Formulierung "Es gelten die Vereinbarungen des Aufklärungsgesprächs vom 26.03. 2008", auf die Durchführung unzulässiger Verhandlungen schließen zu können (vgl. § 249 Abs. 4 BVergG 2006 idF BGBl I Nr. 17/2006). Dieser Schluss ist, wie sich auf Grund der Erörterungen in der mündlichen Verhandlung erwiesen hat, unzutreffend. In der mündlichen Verhandlung ergaben sich nämlich keinerlei Anhaltspunkte, dass im Aufklärungsgespräch vom 26.3.2008 über bloße Aufklärungen hinausreichende Inhalte besprochen worden wären. Im Rahmen des Aufklärungsgesprächs wurden iSd übereinstimmenden Aussagen von Auftraggeber und präsumtivem Zuschlagsempfänger in der mündlichen Verhandlung weder Verhandlungen geführt noch wurden im Aufklärungsgespräch oder in dessen Folge - wie auch die den Ablauf des Vergabeverfahrens lückenlos dokumentierenden chronologischen Aufzeichnungen des Vergabeaktes belegen - Ergänzungen oder Änderungen am Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers vorgenommen. Sowohl der Auftraggeber als auch der präsumtive Zuschlagsempfänger (Herr L***) bestätigten in der mündlichen Verhandlung, dass der im Gesprächsprotokoll unter Pkt. A) bis F) protokollierte Inhalt, so wie im Protokoll wiedergegeben, dem im Aufklärungsgespräch Besprochenen entspreche. Der Antragsteller vermeint aus einem im Vergabeakt einliegenden Entwurf eines Schlussbriefes an den präsumtiven Zuschlagsempfänger und der darin enthaltenen Formulierung "Es gelten die Vereinbarungen des Aufklärungsgesprächs vom 26.03. 2008", auf die Durchführung unzulässiger Verhandlungen schließen zu können (vergleiche Paragraph 249, Absatz 4, BVergG 2006 in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,). Dieser Schluss ist, wie sich auf Grund der Erörterungen in der mündlichen Verhandlung erwiesen hat, unzutreffend. In der mündlichen Verhandlung ergaben sich nämlich keinerlei Anhaltspunkte, dass im Aufklärungsgespräch vom 26.3.2008 über bloße Aufklärungen hinausreichende Inhalte besprochen worden wären. Im Rahmen des Aufklärungsgesprächs wurden iSd übereinstimmenden Aussagen von Auftraggeber und präsumtivem Zuschlagsempfänger in der mündlichen Verhandlung weder Verhandlungen geführt noch wurden im Aufklärungsgespräch oder in dessen Folge - wie auch die den Ablauf des Vergabeverfahrens lückenlos dokumentierenden chronologischen Aufzeichnungen des Vergabeaktes belegen - Ergänzungen oder Änderungen am Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers vorgenommen. Sowohl der Auftraggeber als auch der präsumtive Zuschlagsempfänger (Herr L***) bestätigten in der mündlichen Verhandlung, dass der im Gesprächsprotokoll unter Pkt. A) bis F) protokollierte Inhalt, so wie im Protokoll wiedergegeben, dem im Aufklärungsgespräch Besprochenen entspreche.

Auch aus den im Schlussbriefentwurf erwähnten "Vereinbarungen des Aufklärungsgesprächs vom 26.3.2008" kann - wie nachstehend erörtert wird - nicht auf die Durchführung unzulässiger Verhandlungen im Aufklärungsgespräch geschlossen werden:

Was die Passage "Allgemein wird seitens der Bau-AG festgehalten, dass die Aufgliederung der Einheitspreise in den K7 Blättern des Angebotes nicht für sämtliche Positionen den Vorgaben der Ausschreibung (Anhang G1 Muster K-Blätter) entspricht", in Pkt. E) Kalkulation, 1. Satz des Protokolles des Aufklärungsgesprächs vom 26.3.2008, betrifft, so wurde deren Aufnahme in das Gesprächsprotokoll in der mündlichen Verhandlung vom Auftraggeber plausibel und nachvollziehbar mit der Verwendung standardisierter Musterformulare für die Protokollierung von

Aufklärungsgesprächen begründet. Zum Inhalt des gegenständlichen Aufklärungsgesprächs führte M*** im Einzelnen aus, dass die im vorliegenden Protokoll über das Aufklärungsgespräch vom 26.3.2008 enthaltenen Punkte A) Formale Festhaltungen, und D) Bauzeit, grundsätzlich in das Protokoll - und zwar jeweils auf die Bedürfnisse des Einzelfalles bezogen, ergänzt und adaptiert - übernommen werden. Auch Pkt. B) Formale Prüfung, (kein Rechenfehler) werde immer in das Protokoll aufgenommen, sofern vom Auftraggeber kein Rechenfehler festgestellt wurde. Ebenso sei der Pkt. C) Nachzureichende Unterlagen, in einem Gesprächsprotokoll meist enthalten, da in der Regel vom Bieter Unterlagen nachzureichen sind.

Auch der 1. Satz des Pkt. E) Kalkulation, des Protokolles:

"Allgemein wird seitens der Bau-AG festgehalten, dass die Aufgliederung der Einheitspreise in den K7 Blättern des Angebotes nicht für sämtliche Positionen den Vorgaben der Ausschreibung (Anhang G1 Muster K Blätter) entspricht", ist demnach - den plausiblen Darlegungen des Auftraggebers in der mündlichen Verhandlung zur Folge - in den Gesprächsprotokollen stets so wiederzufinden, wie er beschrieben und in den Musterformularen vorgesehen ist. O*** ergänzte in diesem Zusammenhang, dass es sich bei den als Anhang "G1 Muster Kalkulationsblätter-K7" der Ausschreibung angefügten Musterkalkulationsblättern um eine - lediglich - beispielhafte Aufschlüsselung eines K-Blattes handle. Wie M*** betonte, ist die in Pkt. E) Kalkulation, 1. Satz des Gesprächsprotokolles aufscheinende Formulierung durchaus üblich und müsse auch dem Antragsteller als früherem Zuschlagsempfänger (der Bohrerkundungsarbeiten 2006) bekannt und geläufig sein, da damals vom Auftraggeber die gleichen Formulare verwendet wurden. O*** ergänzte die Ausführungen von M*** dahin gehend, dass - da im Einzelfall die vom Bieter vorgenommene Kalkulation an die jeweilige Leistung angepasst werden und in jedem Fall positionsabhängig ein anderer Herleitungsvorgang gewählt werden müsse - die Kalkulationsblätter eines Bieters niemals zu 100% den vom Auftraggeber mitgelieferten Muster- K-Formularen entsprechen. Der Antragsteller, der wie erwähnt, in der Vergangenheit - insbesondere auch beim unter Verwendung der gleichen (Muster)formulare durchgeführten Bohrerkundungsprojekt 2006 - schon Auftragnehmer des Auftraggebers war, ist all den vorstehend wieder gegebenen Ausführungen des Auftraggebers in der mündlichen Verhandlung in keiner Weise entgegen getreten.

Der regelmäßige und übliche Gebrauch der in Rede stehenden Formulierung des Pkt. E) Kalkulation, in Protokollen über Aufklärungsgespräche - und damit auch dessen Verwendung im vorliegenden Fall - wurde vom Auftraggeber aus Sicht des erkennenden Senates plausibel und schlüssig erklärt.

Schließlich ist anzumerken, dass die - vom Antragsteller in der mündlichen Verhandlung unwidersprochen gebliebenen Ausführungen des Auftraggebers - auch unter Betrachtung der angeschlossenen Muster- K7-Blätter des Anhanges G 1 der Ausschreibung als schlüssig zu qualifizieren sind. Wie schon ein Blick auf die beiden als Anhang G1 der Ausschreibung angeschlossenen Preisermittlungsbeispiele (vgl. ausdrücklich "Beispiel 1", "Beispiel 2") zeigt, handelt es sich dabei tatsächlich "nur" um Musterbeispiele. Der - wie ja die Bezeichnung als "Muster"- Kalkulationsblätter im Anhang G1 zur Ausschreibung bereits indiziert - lediglich beispielhafte Charakter der der Ausschreibung mitgereichten Kalkulationsblätter, spiegelt sich auch in den korrespondierenden Ausschreibungsbestimmungen wieder. So ist in Pkt. 7 ("Erstellung der Preise"), Pkt. 7.3, Teil A der Ausschreibung ausdrücklich davon die Rede, dass der Informationsgehalt der K-Blätter den Mustern im Anhang G1 entsprechen muss und die Kalkulationsansätze nachvollziehbar sein müssen. Dass die Kalkulationsblätter des Bieters jedoch auch in formaler bzw. optischer Hinsicht den Musterblättern zu entsprechen hätten, wird vom Auftraggeber in seiner Ausschreibung - an die er bei der Angebotsprüfung gebunden ist - gerade nicht verlangt. Dementsprechend ist auch der in Pkt. 4 (Erläuterungen zu den Bieterangaben), Teil G der Ausschreibung (Bietererklärungen) aufgenommene Hinweis, dass die sich aus nur teilweise, widersprüchlich oder nicht ausreichend aufgegliedert ausgefüllten K-Blättern ergebenden Unklarheiten zu Lasten des Auftragnehmers gehen würden, zu verstehen. Schließlich ist anzumerken, dass die - vom Antragsteller in der mündlichen Verhandlung unwidersprochen gebliebenen Ausführungen des Auftraggebers - auch unter Betrachtung der angeschlossenen Muster- K7-Blätter des Anhanges G 1 der Ausschreibung als schlüssig zu qualifizieren sind. Wie schon ein Blick auf die beiden als Anhang G1 der Ausschreibung angeschlossenen Preisermittlungsbeispiele vergleiche ausdrücklich "Beispiel 1", "Beispiel 2") zeigt, handelt es sich dabei tatsächlich "nur" um Musterbeispiele. Der - wie ja die Bezeichnung als "Muster"- Kalkulationsblätter im Anhang G1 zur Ausschreibung bereits indiziert - lediglich beispielhafte Charakter der der Ausschreibung mitgereichten Kalkulationsblätter, spiegelt sich auch in den korrespondierenden Ausschreibungsbestimmungen wieder. So ist in Pkt. 7 ("Erstellung der Preise"), Pkt. 7.3, Teil A der Ausschreibung ausdrücklich davon die Rede, dass der Informationsgehalt der K-Blätter den Mustern im Anhang G1 entsprechen muss

und die Kalkulationsansätze nachvollziehbar sein müssen. Dass die Kalkulationsblätter des Bieters jedoch auch in formaler bzw. optischer Hinsicht den Musterblättern zu entsprechen hätten, wird vom Auftraggeber in seiner Ausschreibung - an die er bei der Angebotsprüfung gebunden ist - gerade nicht verlangt. Dementsprechend ist auch der in Pkt. 4 (Erläuterungen zu den Bieterangaben), Teil G der Ausschreibung (Bietererklärungen) aufgenommene Hinweis, dass die sich aus nur teilweise, widersprüchlich oder nicht ausreichend aufgegliedert ausgefüllten K-Blättern ergebenden Unklarheiten zu Lasten des Auftragnehmers gehen würden, zu verstehen.

Dass aber die K-7-Blätter des präsumtiven Zuschlagsempfängers in - hier maßgeblicher - inhaltlicher Hinsicht keinerlei Anlass zur Beanstandung gegeben haben, wurde von allen in die preisliche Angebotsprüfung auf Auftraggeberseite involvierten Personen in der mündlichen Verhandlung ausdrücklich und widerspruchsfrei bestätigt. So gaben O***, Q*** und P*** übereinstimmend an, dass die K-7-Blätter des präsumtiven Zuschlagsempfängers für die Angebotsbeurteilung ausreichend, die Positionen detailliert und aufgegliedert und alle Positionen ausschreibungskonform dargestellt gewesen seien. Ebenso gab N*** (S***) zu Protokoll, dass er die K-Blätter geprüft und für in Ordnung befunden hat. Auch dem Bundesvergabebeamten sind in dem 82 Seiten umfassenden K7- Blätter-Konvolut des präsumtiven Zuschlagsempfängers keine Unvollständigkeiten erkennbar.

Schlussfolgerungen:

Im Aufklärungsgespräch vom 26.3.2008 wurden somit keine im offenen Verfahren unzulässigen Verhandlungen im Sinne des § 249 Abs.4 BVergG leg.cit geführt. Im Aufklärungsgespräch vom 26.3.2008 wurden somit keine im offenen Verfahren unzulässigen Verhandlungen im Sinne des Paragraph 249, Absatz 4, BVergG leg.cit geführt.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Zu Spruchpunkt II:

Gemäß § 319 Abs. 1 1. Satz BVergG 2006 idFBGBl I Nr. 86/2007, hat der vor dem Bundesvergabebeamten, wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, 1. Satz BVergG 2006 in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007,, hat der vor dem Bundesvergabebeamten, wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber.

Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung besteht nur dann, wenn dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde (§ 319 Abs. 2 BVergG 2006 in der ob. zit F). Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung besteht nur dann, wenn dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde (Paragraph 319, Absatz 2, BVergG 2006 in der ob. zit F).

Der Antragsteller hat mit seinem Nachprüfungsantrag auch nicht teilweise obsiegt. Der Nachprüfungsantrag wurde abgewiesen (siehe Spruchpunkt I). Der im Umfang von Euro 7500.-- (somit sowohl für den Nachprüfungsantrag als auch für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung) geltend gemachte Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühren war daher abzuweisen. Der Antragsteller hat mit seinem Nachprüfungsantrag auch nicht teilweise obsiegt. Der Nachprüfungsantrag wurde abgewiesen (siehe Spruchpunkt römisch eins). Der im Umfang von Euro 7500.- - (somit sowohl für den Nachprüfungsantrag als auch für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung) geltend gemachte Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühren war daher abzuweisen.

Zuletzt aktualisiert am

26.11.2008

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