

TE Verg Bescheid 2007/10/25 N/0086-BVA/07/2007-62

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 25.10.2007

Norm

BVergG 2006 §318 Abs1

BVergG 2006 §319

BVergG 2006 §320 Abs1

1. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 318 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 318 gültig von 20.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 84/2007
 6. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.02.2006 bis 19.11.2007
1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 7, Mag. Julia Stiefelmeyer, sowie Dr. Josef Bosina als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Johannes Schenk als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs 2 Z 2 Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG 2006), BGBl. I Nr. 17/2006, betreffend das Vergabeverfahren "AP065 ÖBA Erkundungstollen Aicha-Mauls" des Auftraggebers Galleria di Base del Brennero - Brenner Basistunnel BBT SE, Grabenweg 3, 6020 Innsbruck, vertreten durch Y***, über den Antrag der Bietergemeinschaft "A***", bestehend aus 1. B***, 2. C***, 3. D***, 4. E***, 5. F***, vertreten durch X***, vom 18. September 2007, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 7, Mag. Julia Stiefelmeyer, sowie Dr. Josef Bosina als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Johannes Schenk als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG 2006), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, betreffend das Vergabeverfahren "AP065 ÖBA Erkundungstollen Aicha-Mauls" des Auftraggebers Galleria di Base del Brennero - Brenner Basistunnel BBT SE, Grabenweg 3, 6020 Innsbruck, vertreten durch Y***, über den Antrag der Bietergemeinschaft "A***", bestehend aus 1. B***, 2. C***, 3. D***, 4. E***, 5. F***, vertreten durch X***, vom 18. September 2007, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Der Antrag, "die von der Auftraggeberin am 4.9.2007 bekannt gegebene Zuschlagsentscheidung betreffend das Vergabeverfahren 'Ausbau Eisenbahnachse München - Verona, Brenner Basistunnel, AP065 Örtliche Bauaufsicht, Erkundungsstollen Aicha - Mauls' für nichtig zu erklären", wird zurückgewiesen.

II.römisch zwei.

Der auf Ersatz der Pauschalgebühren gerichtete Antrag wird abgewiesen.

Begründung

Die gegenständliche Leistung "AP065 ÖBA Erkundungsstollen Aichau-Mauls" wurde als Dienstleistungsauftrag der Kategorie Nummer 12 in einem offenen Verfahren am 21.3.2007 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften unter 2007/S 56- 069178 bekannt gemacht. Auftragsgegenstand gemäß Kundmachung (Pkt. II.1.5) ist die örtliche Bauaufsicht sowie die Durchführung von Fachleistungen in den Bereichen Geologie, Geomechanik, Sicherheit, Qualität, Vermessung, Recht und Informatik, die für die Leitung der Bauarbeiten im Zuge der Errichtung des Erkundungsstollens des Brenner Basistunnels im Bereich Aicha-Mauls erforderlich sind. Gemäß Teil A2 Pkt 3.1 der Ausschreibungsunterlagen ist Leistungsinhalt die Leitung der ÖBA, welche für die Errichtung des Erkundungsstollens des Brenner Basistunnels erfolgt. Die Öffnung der Angebote erfolgte am 11.5.2007. Neben der Antragstellerin hatten fünf weitere Bieter Angebote gelegt. Die gegenständliche Leistung "AP065 ÖBA Erkundungsstollen Aichau-Mauls" wurde als Dienstleistungsauftrag der Kategorie Nummer 12 in einem offenen Verfahren am 21.3.2007 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften unter 2007/S 56- 069178 bekannt gemacht. Auftragsgegenstand gemäß Kundmachung (Pkt. römisch zwei.1.5) ist die örtliche Bauaufsicht sowie die Durchführung von Fachleistungen in den Bereichen Geologie, Geomechanik, Sicherheit, Qualität, Vermessung, Recht und Informatik, die für die Leitung der Bauarbeiten im Zuge der Errichtung des Erkundungsstollens des Brenner Basistunnels im Bereich Aicha-Mauls erforderlich sind. Gemäß Teil A2 Pkt 3.1 der Ausschreibungsunterlagen ist Leistungsinhalt die Leitung der ÖBA, welche für die Errichtung des Erkundungsstollens des Brenner Basistunnels erfolgt. Die Öffnung der Angebote erfolgte am 11.5.2007. Neben der Antragstellerin hatten fünf weitere Bieter Angebote gelegt.

Die Vergabe erfolgt nach dem Bestbieterprinzip: Gemäß Punkt 9.3 Teil A1 bzw. Punkt 1 und 2 Teil K der Ausschreibungsunterlage wird der Bestbieter auf Basis der Zuschlagskriterien "Preis" (40%) und "Qualität" (60%) ermittelt. Jenem Bieter, der nach der Formel $A_i = 0,4 \cdot PIP + 0,6 \cdot Q_i$ die höchsten Angebotspunkte erreicht, gebührt der Zuschlag. Das Zuschlagskriterium "Qualität" wird in die Subkriterien "Schlüsselpersonal" (90%) und "Hearing" (10%) unterteilt. Das Subkriterium "Schlüsselpersonal" gliedert sich wiederum in 9 Kriterien: "Bauleiter" (25%), "Sicherheitskoordinator in der Ausführungsphase" (8%), "Abschnittsleiter Tunnelportal Aicha" (16%), "Abschnittsleiter Tunnelportal Mauls" (16%), "Beauftragter Bearbeiter der geotechnischen Beweissicherung" (5%), "Beauftragter Bearbeiter Geologie" (10%), "Beauftragter Bearbeiter Umwelt" (10%), "Beauftragter Bearbeiter Datenmanagement" (5%) und "Beauftragter Bearbeiter Vermessung" (5%). Diese 9 Kriterien werden zusätzlich jeweils in die Kriterien "Allgemeine Angaben" (30%) und "Referenzprojekt" (70%) untergliedert. Die Gewichtungstabelle 01 Schlüsselpersonal ist in der Anlage 1 zu Kapitel K enthalten, Anlage K2 enthält eine Tabelle mit Bewertungspunkten zum Subkriterium "Schlüsselpersonal". Gemäß Anlage K1 wird das Subkriterium "Hearing" anhand der Kriterien "Vorstellung der Arbeitsgruppe und Organisation der Tätigkeiten" (30%), "Antworten auf den Fragenkatalog" (50%) und "Diskussion" (20%) gewichtet. Demgegenüber enthält Anlage K2 die Punktetabelle "Vorstellung der Arbeitsgruppe" (Gewichtung 30%), "Organisation der Tätigkeiten" (Gewichtung 50%) und "Diskussion" (Gewichtung 20%) zur Bewertung des Hearings.

Gemäß Punkt 3, Teil K der Ausschreibungsunterlagen werden für die Ermittlung der Qualitätspunkte die Qualitätsunterlagen (Teil H1.1 Qualitätsunterlagen) des Bieters herangezogen und entsprechend den in den Anlagen K1 und K2 des Teiles K festgelegten Kriterien bewertet. In Pkt 9.3, Teil A1 der Ausschreibungsunterlagen und in Punkt 1 Teil H.1.1 ist festgelegt, dass der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot nach den Kriterien des Kap. K "Zuschlagskriterien" erteilt wird.

Gemäß Punkt 8.6.2 Teil A1 der Ausschreibungsunterlage gilt während der Abwicklung des Vergabeverfahrens die deutsche Sprache als rechtsverbindlich, wobei das Vergabeverfahren dem österreichischen Recht unterliegt.

Mit Schreiben vom 4.9.2007 wurde der Antragstellerin mitgeteilt, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag der Bietergemeinschaft G***, zu ihrem Angebot mit einer Auftragssumme von netto Euro XXX zu erteilen. Mit Schreiben vom 4.9.2007 wurde der Antragstellerin mitgeteilt, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag der Bietergemeinschaft G***, zu ihrem Angebot mit einer Auftragssumme von netto Euro römisch 30 zu erteilen.

Die Antragstellerin stellte mit Antrag vom 18.9.2007 das im Spruch wiedergegebene Begehren, welches mit einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Akteneinsicht verbunden war. Mit Bescheid vom 25.9.2007, GZ N/0086-BVA/07/2007-EV10, wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung teilweise stattgegeben.

Begründend führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus:

Die Antragstellerin habe fristgerecht ein Angebot gelegt und sei zu einem Hearing, welches am 30.5.2007 stattgefunden habe, eingeladen worden. Die ihr am 4.9.2007 bekannt gegebene Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Bietergemeinschaft G*** sei aufgrund unrichtiger Bewertung des Angebotes der Antragstellerin rechtswidrig.

Insbesondere sei sie in folgenden 14 Subkriterien des Schlüsselpersonals falsch beurteilt worden:

Nicht darstellbare Tabelle.

Das Angebot der Antragstellerin hätte im Hinblick auf das Zuschlagskriterium "Qualität" somit richtigerweise mit zumindest 170 Punkten (ungewichtet) bewertet werden müssen. Laut Niederschrift der Angebotsbewertung sei der Teil 3 des Hearings "Diskussion der vorhergegangenen Themen und der Qualität der Angebotsunterlagen" mit der Note 2 bewertet worden. In der Begründung, die im Sinne der Judikatur als nicht ausreichend verbal begründet zu qualifizieren sei, sei ausgeführt, dass für das Datenmanagement der "Teil zur administrativen Verwaltung" fehle oder nicht präsentiert worden sei. Nicht nachvollziehbar sei dabei, wie dies zu einer schlechteren Bewertung im Kriterium "Diskussion der vorhergegangenen Themen und der Qualität der Angebotsunterlagen" führen könne. Unabhängig habe die Antragstellerin ein vollständiges und erprobtes Datenmanagementprogramm präsentiert. Weiters habe sie im Hearing darauf hingewiesen, dass das Datenmanagementprogramm um ein Modul erweitert und ein vom Auftraggeber gewünschtes oder verwendetes Abrechnungsprogramm integriert werden könne. Auch die weitere Begründung, dass die Antragstellerin die in Italien zur Anwendung kommenden Bestimmungen "nicht so sehr kenne", sei unrichtig. Gemäß Teil H1.1 Punkt 4.2 der Ausschreibungsunterlage sei im Hearing ein schriftlicher Bericht vorzulegen. Diesen habe die Antragstellerin auch im Hearing abgegeben und darin unter Verweis auf C*** und Herrn DI O*** ausdrücklich angeführt, dass sie eine sehr gute Kenntnis der anzuwendenden italienischen Gesetzesbestimmungen habe. Eine sehr gute Kenntnis der geltenden Rechtslage ergebe sich im Übrigen schon daraus, dass vier der fünf Mitglieder der antragstellenden Bietergemeinschaft aus Italien stammten. Die Antragstellerin hätte daher auch im Hearing Teil 3, mit der Bestnote bewertet werden müssen. Die Angebotsbewertung sei weder datiert, noch unterfertigt worden. Darüber hinaus sei auch nicht gesondert ausgewiesen, welche Kommissionsmitglieder die Bewertung vorgenommen hätten. Völlig unklar sei auch, wie die von der Bewertungskommission vergebenen Schulnoten in Bewertungspunkte umgerechnet worden seien. Die von den Angaben in den Referenzblättern bzw. zum Schlüsselpersonal abweichenden Bewertungen seien nicht verbal begründet. Die Antragstellerin sei niemals um Aufklärung zu ihrem Angebot ersucht worden. Die Antragstellerin verfüge aufgrund des Referenzprojektes "Gotthard-Basistunnel" über eine herausragende Referenz, weshalb der präsumtive Zuschlagsempfänger im Zuschlagskriterium "Qualität" jedenfalls schlechter bewertet hätte werden müssen.

In der am 4.9.2007 übermittelten Zuschlagsentscheidung seien weder das Ende der Stillhaltefrist noch die Gründe für die Ablehnung des Angebotes der Antragstellerin, noch die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes angeführt. Ein Fall, der eine Ausnahme von der Informationspflicht erlauben würde, liege gegenständlich nicht vor. Der Auftraggeber habe daher gegen § 131 Abs 1 BVergG verstoßen. In der am 4.9.2007 übermittelten Zuschlagsentscheidung seien weder das Ende der Stillhaltefrist noch die Gründe für die Ablehnung des Angebotes der Antragstellerin, noch die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes angeführt. Ein Fall, der eine Ausnahme von der Informationspflicht erlauben würde, liege gegenständlich nicht vor. Der Auftraggeber habe daher gegen Paragraph 131, Absatz eins, BVergG verstoßen.

Darüber hinaus habe der Auftraggeber unzulässigerweise die Zuschlagskriterien geändert: So sei das in Anlage K1 festgelegte Kriterium "Antworten auf den Fragenkatalog" vollkommen unangewendet geblieben. Weder sei der Antragstellerin im Rahmen des Hearings ein Fragenkatalog übergeben, noch seien im Zuge des Hearings Fragen

anhand eines Kataloges mündlich abgearbeitet worden. Ebenso finde sich im Bewertungsblatt kein Hinweis, dass dieses Kriterium bewertet worden wäre. Das Kriterium "Beschreibung der operativen Organisation" sei nachträglich eingeführt worden, "operative Organisation" sei jedoch nicht mit "Organisation der Tätigkeiten" gleich zu setzen. Das Kriterium "Vorstellung der Arbeitsgruppe und Organisation der Tätigkeiten" sei insofern abgeändert worden, als nunmehr die "Präsentation der Arbeitsgruppen und Referenzprojekte" bewertet worden sei, sich in den Ausschreibungsunterlagen aber keine Festlegung finde, dass die Referenzprojekte im Rahmen des Hearings noch einmal bewertet werden sollten. Damit habe sich der Auftraggeber nicht an seine eigenen Festlegungen gehalten, weshalb die Zuschlagsentscheidung auch aus diesem Grund für nichtig zu erklären sei. Letztlich sei für die Bewertung des Kriteriums "Hearing" auch keine ausreichende verbale Begründung erfolgt, es sei nicht ersichtlich, was schlechter und was besser bewertet worden sei.

Die Antragstellerin erachte sich durch die Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers generell in ihrem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens verletzt. Insbesondere erachte sie sich im Recht auf Gleichbehandlung aller Bieter, im Recht auf Durchführung eines transparenten und dem freien und lauten Wettbewerb entsprechenden Vergabeverfahrens, im Recht auf Festlegung objektiv nachvollziehbarer, konkretisierter und transparenter Zuschlagskriterien, im Recht auf vergaberechts- und ausschreibungskonforme Bestbieterermittlung, im Recht auf vergaberechts- und ausschreibungskonforme Prüfung und Bewertung der Angebote, im Recht auf detaillierte verbale Begründung der Bestbieterermittlung und Zuschlagsentscheidung, im Recht auf Bewertung der Angebote anhand der bekannt gemachten Zuschlagskriterien, im Recht auf Nichtabweichen von den Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen, im Recht, für den Zuschlag in Aussicht genommen zu werden, im Recht auf gesetzeskonforme Zuschlagsentscheidung gemäß § 131 BVergG, im Recht auf Zuschlagserteilung, im Recht auf Nichtberücksichtigung des in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängers, im Recht auf Ausscheiden von auszuscheidenden Angeboten, im Recht auf Ausschluss eines nicht geeigneten Unternehmens und im Recht auf Teilnahme an einem neuerlichen Vergabeverfahren infolge eines allenfalls gebotenen Widerrufs verletzt. Die Antragstellerin erachte sich durch die Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers generell in ihrem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens verletzt. Insbesondere erachte sie sich im Recht auf Gleichbehandlung aller Bieter, im Recht auf Durchführung eines transparenten und dem freien und lauten Wettbewerb entsprechenden Vergabeverfahrens, im Recht auf Festlegung objektiv nachvollziehbarer, konkretisierter und transparenter Zuschlagskriterien, im Recht auf vergaberechts- und ausschreibungskonforme Bestbieterermittlung, im Recht auf vergaberechts- und ausschreibungskonforme Prüfung und Bewertung der Angebote, im Recht auf detaillierte verbale Begründung der Bestbieterermittlung und Zuschlagsentscheidung, im Recht auf Bewertung der Angebote anhand der bekannt gemachten Zuschlagskriterien, im Recht auf Nichtabweichen von den Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen, im Recht, für den Zuschlag in Aussicht genommen zu werden, im Recht auf gesetzeskonforme Zuschlagsentscheidung gemäß Paragraph 131, BVergG, im Recht auf Zuschlagserteilung, im Recht auf Nichtberücksichtigung des in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängers, im Recht auf Ausscheiden von auszuscheidenden Angeboten, im Recht auf Ausschluss eines nicht geeigneten Unternehmens und im Recht auf Teilnahme an einem neuerlichen Vergabeverfahren infolge eines allenfalls gebotenen Widerrufs verletzt.

Durch die Ausarbeitung und Einreichung der umfangreichen Angebotsunterlagen habe die Antragstellerin ihr Interesse am gegenständlichen Vertragsabschluss eindeutig dargelegt. Sollte sie den gegenständlichen Auftrag durch die rechtswidrige Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers nicht erhalten, drohe ein Gewinnentgang. Des Weiteren wären die für die Erstellung des Angebots sowie die damit verbundenen bislang entstandenen Kosten in Höhe von ca Euro XXX frustriert. Weiters seien für die Rechtsvertretung bisher bereits Euro XXX (exkl. USt) erwachsen. Die Beauftragung mit der Durchführung des Auftrages bedeute darüber hinaus auch eine wichtige Referenz. Da der vorliegende Nachprüfungsantrag subsidiär auf den Widerruf des gegenständlichen Vergabeverfahrens und die Neuausschreibung des Auftrages abziele, bestehe der Schaden bei Fortführung des Verfahrens und dessen Abschluss durch Zuschlagserteilung auch im Verlust der Möglichkeit, sich an einem neuerlichen Verfahren zu beteiligen. Durch die Ausarbeitung und Einreichung der umfangreichen Angebotsunterlagen habe die Antragstellerin ihr Interesse am gegenständlichen Vertragsabschluss eindeutig dargelegt. Sollte sie den gegenständlichen Auftrag durch die rechtswidrige Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers nicht erhalten, drohe ein Gewinnentgang. Des Weiteren wären die für die Erstellung des Angebots sowie die damit verbundenen bislang entstandenen Kosten in Höhe von ca Euro römisch 30 frustriert. Weiters seien für die Rechtsvertretung bisher bereits Euro römisch 30 (exkl. USt) erwachsen. Die Beauftragung mit der Durchführung des Auftrages bedeute darüber hinaus auch eine wichtige Referenz. Da der

vorliegende Nachprüfungsantrag subsidiär auf den Widerruf des gegenständlichen Vergabeverfahrens und die Neuausschreibung des Auftrages abziele, bestehe der Schaden bei Fortführung des Verfahrens und dessen Abschluss durch Zuschlagserteilung auch im Verlust der Möglichkeit, sich an einem neuerlichen Verfahren zu beteiligen.

Der Auftraggeber legte fristgerecht die Vergabeakten vor und erteilte mittels Schriftsatz vom 20.9.2007 allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren.

Der geschätzte Auftragswert wurde vom Auftraggeber mit Euro 2.600.000,-- beziffert. Im gegenständlichen Vergabeverfahren sei weder der Zuschlag erteilt noch eine Widerrufsentscheidung ergangen noch der Widerruf des Vergabeverfahrens ausgesprochen worden.

Inhaltlich führte der Auftraggeber in seinen Stellungnahmen vom 27.9.2007 und 16.10.2007 im Wesentlichen Folgendes aus:

Der Antragstellerin fehle es an der Antragslegitimation. Gemäß Teil A Pkt. 9.2.3 der bestandfest gewordenen Ausschreibungsunterlagen würden Angebote ausgeschieden werden, falls sich nach der Prüfung der Eignungskriterien ergebe, dass der Bieter die Eignungskriterien nicht erfülle oder im Angebot unrichtige Angaben gemacht habe bzw. die geforderte technische, wirtschaftliche, finanzielle oder persönliche Leistungsfähigkeit nicht gegeben sei. Die Antragstellerin habe zu den Projekten, die sie in den Anlagen R05 und R06 angeführt habe, behauptet, dass die dort genannte Person die Funktionen "Zuständiger geotechnisches Messen im Tunnel" und "Zuständiger Bearbeiter Geologie" im Zeitraum von 1995 bis 1999 (somit 5 Jahre) innegehabt hätte. Eine Anfrage des Auftraggebers beim Projektauftraggeber habe jedoch ergeben, dass der Betreffende lediglich in der Zeit von 1995 bis maximal 1998 diese Funktionen inne gehabt hätte. Weiters habe bei dem in Anhang R05 und R06 angegebenen Referenzprojekt die Tunnellänge - nicht wie von der Antragstellerin angegeben - "über 10 km", sondern lediglich "5 bis 10 km" betragen und sei im Pkt. "Überlagerung" fälschlich "über 500 m" statt richtig "250 bis 500 m" angegeben worden. Die Antragstellerin habe in der Anlage R02 im Punkt "Tunneldurchmesser" angegeben, dass das von ihr angegebene Referenzprojekt einen Durchmesser von "mehr als 8 m" aufweise. Der Auftraggeber habe jedoch auf Grund eigener Recherchen festgestellt, dass der Tunneldurchmesser lediglich ca. 3,7 m betrage, was auch vom Referenzgeber mit Schreiben vom 31.7.2007 bestätigt worden sei. Zum selben Projekt habe die Antragstellerin in der Anlage R02 angegeben, dass die Länge des konventionell vorgetriebenen Abschnitts "über 10 km" betragen habe. Eine Anfrage beim Referenzgeber habe ergeben, dass die Länge des konventionell vorgetriebenen Abschnitts ca. 3 km betragen habe. Schließlich habe die Antragstellerin in der genannten Anlage R02 die Länge des Projekts mit "über 20 km" angegeben, dieses weise jedoch nur eine Länge von 19 km auf. Bei dem in der Anlage R04 angeführten Referenzprojekt habe die Antragstellerin die Länge des konventionellen Vortriebs mit "5 - 10 km" angegeben. Eine Nachfrage beim Referenzgeber habe ergeben, dass die Länge des konventionellen Vortriebs unter 5 km betragen habe.

Daraus folge, dass die Antragstellerin für den Zuschlag nicht in Betracht komme, weil sie in sämtlichen vorgenannten Punkten unrichtige Angaben gemacht habe.

Da die Antragstellerin mehrfach unrichtige Angaben zu den bewertungsrelevanten Angaben betreffend ihr Schlüsselpersonal gemacht habe, komme ihr Angebot als unzuverlässige Bieterin für den Zuschlag nicht in Betracht.

Aus der Sicht der Bieter müsse für die Beurteilung des Schlüsselpersonals außer Zweifel stehen, dass nur jene Projekte für eine Bewertung in Betracht kämen, in denen das jeweils nominierte Schlüsselpersonal in die Phase der Bauausführung involviert gewesen sei. Gemäß Teil A2 Pkt 3.1 der Ausschreibung sei Leistungsinhalt die Leitung der örtlichen Bauaufsicht für die Errichtung des Erkundungstollens des Brenner Basistunnels. Im Teil H2.2 werde für die neun Referenzprojekte verlangt, dass der Bieter ein hinsichtlich Aufgabenstellung, Schwierigkeitsgrad und Umfang geeignetes Referenzprojekt der letzten 10 Jahre, das bereits fertig realisiert oder sich derzeit in Bearbeitung befinde, nenne, für das der Kandidat in der jeweiligen Position verantwortlich gewesen sei. Aus der Sicht des Bieters sei weiters klar, dass der von ihm für die einzelnen Positionen jeweils nominierte Kandidat nur für jenen Zeitraum und damit für jenen Projektabschnitt Punkte erhalte, in dem er in der Position verantwortlich tätig gewesen sei.

Zur angeblich unrichtigen Bewertung des Schlüsselpersonals führte der Auftraggeber aus, im Kriterium "Allgemeine Angaben/Tätigkeit als Bauleiter" habe die Antragstellerin im Formblatt P 01.3 hinsichtlich des von ihr erstgenannten Projektes die Spalten "Auftraggeber", "Kontaktperson" sowie "Betrag" (Auftragswert) nicht ausgefüllt. Gemäß Teil H. 1, Pkt. 3.1.1, der Ausschreibungsunterlage sei in der Anlage P 01.3 ausdrücklich auch der Auftraggeber anzugeben und

für jede einzelne Tätigkeit für Prüfzwecke eine Kontaktperson anzuführen. Da nur dieses erste Projekt eine höhere Punktbewertung im Punkt "Seit wann sind Sie als Bauleiter tätig?" gerechtfertigt hätte, habe die volle Punktzahl von 20 Punkten nicht gegeben werden können. Die übrigen in P 01.3 angegebenen Projekte hätten lediglich eine Bewertung mit 10 Punkten gestattet. Deshalb habe auch im Punkt "Seit wann sind Sie als Bauleiter im Bereich Tiefbauten tätig?" nicht die volle Punktzahl gewertet werden können. Richtig sei, dass der Auftraggeber im Kriterium "Seit wann üben Sie den Beruf des Sicherheitskoordinators bei Tiefbauten aus?" zu wenige Punkte vergeben habe. Diese unrichtige Beurteilung sei jedoch für den Ausgang des Vergabeverfahrens nicht von Relevanz, da sich die Bieterreihung trotz der korrigierten Punktzahl nicht ändere. Die Antragstellerin habe selbst in ihrem Angebot im Anhang P 03.3 den Wert des Auftrages im Feld (Betrag) mit "Euro 500 Mio."

angegeben. Deshalb seien nur 10 Punkte vergeben worden. Aus welcher sonstigen Angabe des Bieters der Auftraggeber den zu bewertenden Auftragswert entnehmen hätte sollen, werde geflissentlich übersehen. Die Antragstellerin habe aus den Bewertungskriterien gewusst, dass der Betrag in die Angebotsbewertung einfließen werde. Eine Bewertung des Subkriteriums "Größte Zusammensetzung der Organisationsstruktur" im Kriterium "Zuständiger Bearbeiter Umwelt" habe nicht vorgenommen werden können, da die bestandfeste Ausschreibung im Anhang P 01.7 kein Feld vorgesehen habe, in dem die Bieter Angaben zu diesem laut Bewertungskriterien vorgesehenen Bewertungsaspekt machen hätten können. Die Bewertung sei daher bei sämtlichen Bietern in Entsprechung des Gleichbehandlungsgebotes mit 0 Punkten bewertet worden. Es sei weiters zutreffend, dass die Antragstellerin im Kriterium "Anzahl der Informationssysteme" mit einer zu geringen Punktzahl bewertet worden sei. Dies führe jedoch nicht zur Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung, da auch bei richtiger Punktbewertung (20 Punkte) - unter Berücksichtigung der bereits genannten Korrektur - die Antragstellerin zweitgereiht bleibe.

Insgesamt hätten die berechtigten Korrekturen in der Bewertung des Schlüsselpersonals keinen wesentlichen Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens.

Zum Vorwurf der angeblich unrichtigen Bewertung des Hearings führte der Auftraggeber aus, dass die verbale Begründung lediglich der Nachvollziehbarkeit der vom Auftraggeber vorgenommenen Bewertung durch die Nachprüfungsbehörde entsprechen müsse. Dafür reiche die vorgegebene Begründung bei Weitem aus. Die Antragstellerin sei im 2. Teil des Bewertungskriteriums "Hearing" deshalb nicht mit der Bestnote bewertet worden, da - wie sie selbst ausführe - das von ihr anlässlich des Hearings präsentierte Datenmanagementprogramm nicht jene für die Bestnote notwendige Qualität aufweise. Wenn die Antragstellerin nun vorbringt, dass dieses Programm problemlos um ein Modul erweitert werden könne, sei dies gegenüber einem bereits alle Funktionen umfassenden bestehenden Programm schlechter zu bewerten. Bezüglich der Kenntnisse des italienischen Rechts führte der Auftraggeber aus, dass dem genannten Unternehmen lediglich Koordinierungsfunktion zukomme und es in der eigentlichen Auftragsausführung, der ÖBA, nicht operativ tätig sei. Daher sei die Kenntnis des italienischen Rechts dieses Unternehmens nicht in einem Ausmaß wertvoll, das die Bestnote rechtfertige.

Der Auftraggeber habe nicht aufklärungsbedürftige Fakten (zB Tunnellänge), die von der Antragstellerin falsch angegeben worden seien, nach Durchführung eines Ermittlungsverfahrens richtiggestellt. Es seien keine von der Bieterin aufzuklärenden Umstände vorgelegen.

Die Behauptung der Antragstellerin, der Auftraggeber habe die Bestbieterermittlung nicht nach den bekannt gegebenen Zuschlagskriterien, wie dem Hearing vorgenommen, sei unrichtig. Im Teil H 1.1 Pkt. 4 der Ausschreibung werde der Hearingprozess ausführlich dargestellt. Die bewertungsrelevanten Kriterien des Hearings seien in den Punkten 4.1 bis 4.3 exakt beschrieben. Die Kriterien lauteten: 1. Präsentation durch den Bauleiter, 2. Präsentation der operativen Organisation, 3. Diskussion mit den Kommissionsmitgliedern.

Der Wortlaut dieser Unterkriterien zum Hearing im Teil K der Ausschreibung weiche zwar von jenem in Teil H 1 ab, daraus ergebe sich jedoch kein Widerspruch. Im Teil H 1.1 werde unter Pkt 1 festgelegt, dass die Bewertung der Qualität des Angebots in den Qualitätspunkten nach den Zuschlagskriterien gemäß Teil K "Zuschlagskriterien" der Ausschreibungsunterlage erfolge. Daraus ergebe sich, dass im Teil H 1.1 der Inhalt der Zuschlagskriterie wiedergegeben werde, während die Gewichtung im Teil K ausschließlich Festlegungen zur Gewichtung der Zuschlagskriterien enthalten seien. So sei in Pkt. 3 des Teiles K Folgendes festgelegt: "Für die Ermittlung der Qualitätspunkte werden die Qualitätsunterlagen (Teil H 1.1 Qualitätsunterlagen) des Bieter herangezogen und entsprechend den in den Anlagen K 1 und K 2 des Teils K festgelegten Kriterien bewertet." Die Anlagen K 1 und K 2

seien entsprechend ihrer Funktion in Form eines Excel-Sheets tabellarisch aufgebaut, aus dem sich das Verhältnis der den Zuschlagskriterien zuerkannten Bedeutung transparent und eindeutig ergebe. Funktion dieser Anlagen sei allein die Gewichtung der Zuschlagskriterien. Die im Teil "Hearing" in den Anlagen K 1 und K 2 bezeichneten Unterkriterien ließen sich dabei mühelos den im Teil H 1.1 beschriebenen Kriterien zuordnen. Das in der Anlage K 1 genannte Kriterium "Antworten auf den Fragenkatalog" sei an Hand des Fragenkatalogs gemäß den in Teil H 1.1 Pkt. 4.2 der Ausschreibung genannten Punkten, nämlich Organigramm, operative Prozesse, funktionale Verbindungen zwischen den verschiedenen Tätigkeiten, Turnusse an der Baustelle und Verfügbarkeit des Schlüsselpersonals bewertet worden.

Eine allenfalls mangelhafte Zuschlagsentscheidung habe im konkreten Fall keinen wesentlichen Einfluss auf den Ausgang des Vergabebeverfahrens.

Mit Schriftsatz vom 11.10.2007 führte die Antragstellerin replizierend Folgendes aus:

Dem Angebot der Antragstellerin mangle es nicht an der Eignung. Die Ausscheidensentscheidung sei gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG 2006 eine gesondert anfechtbare Entscheidung. Eine solche Ausscheidensentscheidung sei gemäß § 129 Abs 1 leg.cit. vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung zu treffen. Eine Ausscheidensentscheidung sei im gegenständlichen Fall nie erfolgt und könne im gegenständlichen Verfahrensstadium auch gar nicht mehr getroffen werden. Da sich die Kognitionsbefugnis des Bundesvergabeamtes nur auf die Nichtigerklärung von in Existenz getretenen Entscheidungen des Auftraggebers beschränke, im gegenständlichen Fall weder eine Ausscheidensentscheidung vorhanden sei noch gefällt werden könne, könnten die behaupteten Ausscheidensgründe auch nicht mehr inzident im Rahmen der Nachprüfung der Zuschlagsentscheidung in Prüfung gezogen werden. Mangels (weder gesetzlich noch auf Basis der Ausschreibungsunterlagen) zwingend gebotenen Ausscheidens seien die vom Auftraggeber behaupteten Ausscheidensgründe für die Prüfung der "Nichtigkeit" der Zuschlagsentscheidung irrelevant. Dem Angebot der Antragstellerin mangle es nicht an der Eignung. Die Ausscheidensentscheidung sei gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG 2006 eine gesondert anfechtbare Entscheidung. Eine solche Ausscheidensentscheidung sei gemäß Paragraph 129, Absatz eins, leg.cit. vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung zu treffen. Eine Ausscheidensentscheidung sei im gegenständlichen Fall nie erfolgt und könne im gegenständlichen Verfahrensstadium auch gar nicht mehr getroffen werden. Da sich die Kognitionsbefugnis des Bundesvergabeamtes nur auf die Nichtigerklärung von in Existenz getretenen Entscheidungen des Auftraggebers beschränke, im gegenständlichen Fall weder eine Ausscheidensentscheidung vorhanden sei noch gefällt werden könne, könnten die behaupteten Ausscheidensgründe auch nicht mehr inzident im Rahmen der Nachprüfung der Zuschlagsentscheidung in Prüfung gezogen werden. Mangels (weder gesetzlich noch auf Basis der Ausschreibungsunterlagen) zwingend gebotenen Ausscheidens seien die vom Auftraggeber behaupteten Ausscheidensgründe für die Prüfung der "Nichtigkeit" der Zuschlagsentscheidung irrelevant.

Inhaltlich führte die Antragstellerin zu den einzelnen behaupteten unrichtigen Angaben Folgendes aus:

Zuständiger Bearbeiter der geotechnischen Baubegleitung - Zeitraum der Realisierung

Im Referenzblatt R05 sei der Zeitraum der Realisierung des Referenzprojektes anzugeben. Dieser sei im Referenzblatt R05 (Referenzprojekt XA***) seitens der Antragstellerin auch richtig mit "1995 bis 1999" bekannt gegeben worden. Dieses Referenzblatt R05 sei zum Zeichen der Richtigkeit der Angaben auch von Herrn P***, Vertreter des Referenzgebers, unterfertigt worden. Die davon abweichenden Angaben von Herrn P*** (Zeitraum von "1995 bis 1997 od. 1998?"), welche auf Anfrage der Auftraggeberin vom 10.7.2007 gemacht worden seien, seien unrichtig, da Herr L*** im gegenständlichen Referenzprojekt im Auftrag der Q*** tätig gewesen sei. Auch im Jahr 1999 sei er noch als zuständiger Bearbeiter der geotechnischen Baubegleitung im Referenzprojekt tätig gewesen.

Zuständiger Bearbeiter Geologie - Zeitraum der Realisierung

Im Referenzblatt R06 sei ebenfalls der Zeitraum der Realisierung des Referenzprojektes auszufüllen gewesen. Dieser sei im Referenzblatt R06 (Referenzprojekt XA***) seitens der Antragstellerin auch richtig mit "1993 - 1999" angegeben worden.

Zuständiger Bearbeiter der Geotechnischen Baubegleitung und Zuständiger Bearbeiter Geologie - Tunnellänge

Im Formblatt R05 und R06 sei vom Bieter jeweils die Tunnellänge des Referenzprojektes auszufüllen gewesen, welche von der Antragstellerin auch richtig mit "über 10 km" angegeben worden sei. Die Formblätter R05 und R06 seien zum

Zeichen der Richtigkeit der Angaben auch von Herrn P***, Vertreter des Referenzgebers, unterfertigt worden. Der angeblich nachträgliche Widerruf der Bestätigung der Angaben in den Referenzblättern durch den Referenzgeber sei wie folgt zu erklären: Der Auftraggeber habe Herrn P*** in seinem Aufklärungsersuchen vom 10.7.2007 nicht die in den Referenzblättern R05 und R06 festgelegten Fragen nach der Tunnellänge gestellt. Der genaue Wortlaut der Fragestellung an Herrn P*** habe wie folgt gelautet: "Sollte Herr L*** nur für einen Teil des Projektes verantwortlich gewesen sein, ersuchen wir um Bekanntgabe der Daten des Projektteils, für das Herr L*** verantwortlich war."

Davon unterscheide sich aber die in den Referenzblättern R05 und R06 vom Bieter zu beantwortende Frage nach der Tunnellänge des gewählten Referenzprojektes. Die Fragen in den Referenzblättern hätten sich daher eindeutig auf die gesamte Tunnellänge des Referenzprojektes bezogen. Die Länge eines Tunnels sei eine absolute Größe und ändere sich nicht abhängig von der Dauer der Funktionsausübung einer Person. Die Angaben in den Referenzblättern R05 und R06 seien daher korrekt. Da auch das entsprechende Zuschlagskriterium im Kapitel K, Anlage 2, der Ausschreibungsunterlagen bloß "Tunnellänge" laute, hätten die Angaben der Antragstellerin in den Referenzblättern bei der Bewertung auch entsprechende Berücksichtigung finden müssen.

Zuständiger Bearbeiter der Geotechnischen Baubegleitung und Zuständiger Bearbeiter Geologie - Überdeckung bzw. Überlagerung

Im Formblatt R05 und R06 sei seitens der Bieter jeweils die Überdeckung des Referenzprojektes auszufüllen, welche seitens der Antragstellerin jeweils auch richtig mit "über 500 m" angegeben worden sei. Die Fragen in den Referenzblättern hätten sich daher eindeutig auf die gesamte Überdeckung des Referenzprojektes bezogen.

Sicherheitskoordinator in der Ausführungsphase - Tunneldurchmesser, Länge konventioneller Vortrieb, Projektlänge

Im Referenzblatt R02 seien seitens der Bieter ua. der Tunneldurchmesser, die Länge des konventionellen Vortriebes sowie die Projektlänge des Referenzprojektes auszufüllen gewesen. Als Referenzprojekt sei das XB***: Neuer Kanal XXX und Erweiterung der Zentrale von R*** und dazu gehörende Arbeiten angeführt worden. Der Tunneldurchmesser sei seitens der Antragstellerin auch richtig mit "über 8 m" angegeben. Dabei handle es sich um den maximalen Tunneldurchmesser im oben angeführten Referenzprojekt, das eben nicht nur den Kanal sondern auch die Erweiterung der Zentrale von R*** und die dort errichtete Kaverne umfasse. Die Länge konventioneller Vortrieb sei seitens der Antragstellerin auch richtig mit "über 10 km" angegeben. Dabei handle es sich um den konventionellen Vortrieb im oben angeführten Referenzprojekt. Die Projektlänge sei seitens der Antragstellerin auch richtig mit "über 20 km" angegeben. Im Referenzblatt R02 seien seitens der Bieter ua. der Tunneldurchmesser, die Länge des konventionellen Vortriebes sowie die Projektlänge des Referenzprojektes auszufüllen gewesen. Als Referenzprojekt sei das XB***: Neuer Kanal römisch 30 und Erweiterung der Zentrale von R*** und dazu gehörende Arbeiten angeführt worden. Der Tunneldurchmesser sei seitens der Antragstellerin auch richtig mit "über 8 m" angegeben. Dabei handle es sich um den maximalen Tunneldurchmesser im oben angeführten Referenzprojekt, das eben nicht nur den Kanal sondern auch die Erweiterung der Zentrale von R*** und die dort errichtete Kaverne umfasse. Die Länge konventioneller Vortrieb sei seitens der Antragstellerin auch richtig mit "über 10 km" angegeben. Dabei handle es sich um den konventionellen Vortrieb im oben angeführten Referenzprojekt. Die Projektlänge sei seitens der Antragstellerin auch richtig mit "über 20 km" angegeben.

Entgegen der Ansicht des Auftraggebers habe der Referenzgeber die Angaben a)-k) bestätigt, worunter der Tunneldurchmesser (Angabe f), die Länge des konventionellen Vortriebes und auch die Projektlänge fielen. Lediglich präzisierend sei zur Angabe

f) festgehalten worden, dass der Tunneldurchmesser bei der Kaverne in der Zentrale von R*** mehr als 8m und nur im Neuen Kanal XXX lediglich rund 4 m betrage. Daraus folge aber, dass es sich auch nach Ansicht des Referenzgebers bei der Kaverne um einen Tunnel handle und dieser einen Teil des angegebenen Referenzprojektes darstelle. Auch eine Kaverne sei ein unterirdischer Hohlraum und damit ein Tunnel. Der Begriff "Tunneldurchmesser" sei weit auszulegen. Letztlich sei die Herstellung der Kaverne mit Sprengvortrieb auch technisch anspruchsvoller als die Herstellung des Kanals, da der Durchmesser größer und der Ausbruch nicht rund sei. Hätte der Auftraggeber die Angabe der Länge des konventionellen Vortriebs ohne Fenster-, Seiten- und Zugangsstollen sowie der Kaverne wissen und bewerten wollen, so hätte er nach der Länge des durchgängigen Vortriebs oder der Länge durchgängiger Stollen fragen müssen. Dem gegenüber habe er aber einzig und allein nach der Länge konventioneller Vortrieb des Referenzprojektes gefragt. Ebenso sei auch die Projektlänge richtig, da sich unter Berücksichtigung des Gesamtprojektes (Neuer Kanal und

Erweiterung der Zentrale vom R*** sowie die Fenster-, Seiten- und Zugangsstollen und die Kaverne) eine Projektlänge von mindestens 20 km ergebe. Der Referenzgeber habe die Angaben im Referenzblatt R02 jedenfalls nicht widerrufen.f) festgehalten worden, dass der Tunneldurchmesser bei der Kaverne in der Zentrale von R*** mehr als 8m und nur im Neuen Kanal römisch 30 lediglich rund 4 m betrage. Daraus folge aber, dass es sich auch nach Ansicht des Referenzgebers bei der Kaverne um einen Tunnel handle und dieser einen Teil des angegebenen Referenzprojektes darstelle. Auch eine Kaverne sei ein unterirdischer Hohlraum und damit ein Tunnel. Der Begriff "Tunneldurchmesser" sei weit auszulegen. Letztlich sei die Herstellung der Kaverne mit Sprengvortrieb auch technisch anspruchsvoller als die Herstellung des Kanals, da der Durchmesser größer und der Ausbruch nicht rund sei. Hätte der Auftraggeber die Angabe der Länge des konventionellen Vortriebs ohne Fenster-, Seiten- und Zugangsstollen sowie der Kaverne wissen und bewerten wollen, so hätte er nach der Länge des durchgängigen Vortriebs oder der Länge durchgängiger Stollen fragen müssen. Dem gegenüber habe er aber einzig und allein nach der Länge konventioneller Vortrieb des Referenzprojektes gefragt. Ebenso sei auch die Projektlänge richtig, da sich unter Berücksichtigung des Gesamtprojektes (Neuer Kanal und Erweiterung der Zentrale vom R*** sowie die Fenster-, Seiten- und Zugangsstollen und die Kaverne) eine Projektlänge von mindestens 20 km ergebe. Der Referenzgeber habe die Angaben im Referenzblatt R02 jedenfalls nicht widerrufen.

Abschnittsleiter Portal Mauls, Länge konventioneller Vortrieb

Im Referenzblatt R04 sei vom Bieter die Länge des konventionellen Vortriebs des Referenzprojektes auszufüllen, welche seitens der Antragstellerin auch richtig mit "5-10 km" angegeben worden sei. Das Referenzblatt R04 sei zum Zeichen der Richtigkeit der Angaben von einem Vertreter des Referenzgebers, Herrn S***, unterfertigt worden. Dagegen habe Herr S*** nunmehr auf Nachfrage des Auftraggebers vom 10.7.2007 erklärt, dass die Länge des konventionellen Vortriebs unter 5 km liegen solle. Diese abweichende Erklärung sei nur so zu erklären, dass Herr S*** bei dieser Auskunft die sogenannten "Querschläge" (Verbindungsstollen) zwischen den Haupttröhren, die ebenfalls im konventionellen Vortrieb hergestellt worden seien, nicht berücksichtigt habe. Diese gehörten aber zu den Hauptstollen und könnten von diesen nicht in der Betrachtung getrennt werden. Unter Einschluss der Verbindungsstollen ergebe sich sehr wohl eine Länge des konventionellen Vortriebs von 5-10 km. Auf nochmalige Anfrage der Antragstellerin habe Herr S*** auch ausdrücklich bestätigt, dass die Länge des konventionellen Vortriebs rund 6.182m betrage, davon seien rund 1.552m Verbindungsstollen. Hätte der Auftraggeber die Angabe der Länge ohne Verbindungsstollen wissen wollen, so hätte er die Frage auch entsprechend formulieren müssen. Dem gegenüber habe er aber einzig und allein nach der Länge des konventionellen Vortriebs des Referenzprojektes gefragt. Die tatsächlich gestellte Frage sei daher auch richtig und wahrheitsgemäß beantwortet worden. Da auch das entsprechende Zuschlagskriterium im Kapitel K, Anlage 2, der Ausschreibungsunterlagen bloß "Länge des konventionell vorgetriebenen Abschnitts" laute, hätten die Angaben der Antragstellerin bei der Bewertung auch entsprechende Berücksichtigung finden müssen.

Bewertung des Abschnittsleiters des Tunnelportals Aicha

Der Gesamtbetrag der Tiefbauarbeiten im TBM Vortrieb im Projekt "XC*** Baulos XXX" betrage mindestens Euro 510 Mio. Hätte der Auftraggeberin den "Gesamtbetrag der Tiefbauarbeiten im TBM Vortrieb, die sie im Rahmen einer Bauleitung/Baustellenleitung koordiniert haben?" auch tatsächlich abgefragt, so hätte die Antragstellerin den obigen Betrag bekannt gegeben und dafür 20 Punkte erhalten. Dem gegenüber habe der Auftraggeber diesen Gesamtbetrag nur im Kapitel K, Anlage 2, als Zuschlagskriterium festgelegt. Abgefragt in Pkt. 3.1.3, Kap. H 1.1, der Ausschreibungsunterlagen zu Pkt. 3.0.3.3 sei dagegen lediglich ein "Verzeichnis der Arbeiten, die im Rahmen einer Bauleitung durchgeführt worden sind" unter Angabe der Art der durchgeführten Tätigkeit, des Auftraggebers, der Auftragssumme, der Dauer, der Funktion. Der Auftraggeber habe dabei nicht genau offen gelegt, zur Bewertung welchen Kriteriums dieses Verzeichnis verwendet werde. Ebenso wenig sei klar gestellt worden, wie dieses Verzeichnis auszufüllen sei, um möglichst viele Punkte zu erreichen. Aus diesem Grund habe die Antragstellerin auch nur einen gerundeten Pauschalbetrag bekannt gegeben. Unabhängig davon habe die XC*** in ihrem Schreiben vom 10.7.2007 an den Auftraggeber zum Referenzprojekt R04, XXX, die Summe von Euro 600 Mio. angegeben. Da aber unter R04 und R03 das gleiche Referenzprojekt eingereicht worden sei, hätte auch für das Referenzprojekt R03 eine Summe von Euro 600 Mio. bestätigt werden müssen. Der Gesamtbetrag der Tiefbauarbeiten im TBM Vortrieb im Projekt "XC*** Baulos XXX" betrage mindestens Euro 510 Mio. Hätte der Auftraggeberin den "Gesamtbetrag der Tiefbauarbeiten im TBM Vortrieb, die sie im Rahmen einer Bauleitung/Baustellenleitung koordiniert haben?" auch tatsächlich abgefragt, so

hätte die Antragstellerin den obigen Betrag bekannt gegeben und dafür 20 Punkte erhalten. Dem gegenüber habe der Auftraggeber diesen Gesamtbetrag nur im Kapitel K, Anlage 2, als Zuschlagskriterium festgelegt. Abgefragt in Pkt. 3.1.3, Kap. H 1.1, der Ausschreibungsunterlagen zu Pkt. 3.0.3.3 sei dagegen lediglich ein "Verzeichnis der Arbeiten, die im Rahmen einer Bauleitung durchgeführt worden sind" unter Angabe der Art der durchgeführten Tätigkeit, des Auftraggebers, der Auftragssumme, der Dauer, der Funktion. Der Auftraggeber habe dabei nicht genau offen gelegt, zur Bewertung welchen Kriteriums dieses Verzeichnis verwendet werde. Ebenso wenig sei klar gestellt worden, wie dieses Verzeichnis auszufüllen sei, um möglichst viele Punkte zu erreichen. Aus diesem Grund habe die Antragstellerin auch nur einen gerundeten Pauschalbetrag bekannt gegeben. Unabhängig davon habe die XC*** in ihrem Schreiben vom 10.7.2007 an den Auftraggeber zum Referenzprojekt R04, römisch 30, die Summe von Euro 600 Mio. angegeben. Da aber unter R04 und R03 das gleiche Referenzprojekt eingereicht worden sei, hätte auch für das Referenzprojekt R03 eine Summe von Euro 600 Mio. bestätigt werden müssen.

Bewertung zuständiger Bearbeiter Umwelt

Es entspreche keinesfalls dem Gleichbehandlungsgebot, ein in den Ausschreibungsunterlagen festgelegtes und durch Präklusion bestandfestes Zuschlagskriterium unangewendet zu lassen. Ganz im Gegenteil: Gerade auf Grund des Gleichbehandlungsgebotes seien Auftraggeber zur Einhaltung der eigenen Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen verpflichtet, widrigenfalls die Bieter bei der Angebotsausarbeitung von falschen Annahmen ausgingen. Frau M*** sei gerade auf Grund des nun außer Acht gelassenen Zuschlagskriteriums ausgewählt worden. Die Präklusion der Festlegungen in der Ausschreibungsunterlage hätte vielmehr die Nachforderung der fehlenden Angaben von sämtlichen Bietern erfordert. Das mangelnde Vorsehen eines entsprechenden Feldes zur Bekanntgabe der Daten schließe nicht die Bewertung dieses Kriteriums aus. Die Auftraggeberin habe somit gegen ihre eigenen Festlegungen verstoßen und ein bestandfestes Zuschlagskriterium nicht angewendet.

Selbst wenn die Antragstellerin unrichtige Angaben erstattet hätte, wäre sie nicht auszuschließen bzw. würde ihr Antragslegitimation zukommen. Aufgrund der Festlegung in Pkt. 5, Teil K, der Ausschreibungsunterlage kämen diese nicht als Grund für die Ausscheidung in Frage. Auch in § 129 BVergG finde sich kein entsprechender Ausscheidungsgrund. Ebenso sehe § 68 Abs. 1 Z 7 leg.cit im Zusammenhang mit der Erteilung von unrichtigen Auskünften nur bei im erheblichen Maße falschen Erklärungen einen Ausschlussgrund vor. Selbst wenn die Antragstellerin unrichtige Angaben erstattet hätte, wäre sie nicht auszuschließen bzw. würde ihr Antragslegitimation zukommen. Aufgrund der Festlegung in Pkt. 5, Teil K, der Ausschreibungsunterlage kämen diese nicht als Grund für die Ausscheidung in Frage. Auch in Paragraph 129, BVergG finde sich kein entsprechender Ausscheidungsgrund. Ebenso sehe Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 7, leg.cit im Zusammenhang mit der Erteilung von unrichtigen Auskünften nur bei im erheblichen Maße falschen Erklärungen einen Ausschlussgrund vor.

Zur unrichtigen Bewertung des Hearings

Die Antragstellerin sei laut dem Bewertungsblatt Hearing nur im Teil 3 nicht mit der Bestnote bewertet worden. Auch decke sich die nun vorgebrachte Begründung, das Datenmanagementprogramm weise nicht die für die Bestnote notwendige Qualität auf, nicht mit der Begründung im Bewertungsblatt. Darin hieße es noch, dass der Teil zur administrativen Verwaltung fehle oder nicht präsentiert worden sei. Die Antragstellerin habe jedoch ein vollständiges und erprobtes Datenmanagementprogramm präsentiert. Sie habe sogar auf den Hinweis des Auftraggebers, er würde gerne sein derzeit verwendetes Buchhaltungsprogramm weiterverwenden, reagiert und dazu erklärt, dass dieses problemlos in das Datenmanagementsystem der Antragstellerin integriert werden könne. Daraus ergebe sich aber weder die Unvollständigkeit des Datenmanagementprogramms der Antragstellerin noch, dass dieses nicht präsentiert worden sei oder eine mindere Qualität aufweise. Hinsichtlich der Qualität, die für die Bestnote notwendig sei, finde sich in der Ausschreibungsunterlage keine Festlegung. Auch aus den in Teil K der Ausschreibungsunterlage festgelegten Zuschlagskriterien sei nicht erkennbar, welche Qualität das Datenmanagementprogramm erfüllen müsse, um im Kriterium Hearing, Teil 3, mit der Bestnote bewertet zu werden. Ebenso sei die Behauptung des Auftraggebers, die Rechtskenntnisse des Konsortialmitgliedes C*** seien nicht in einem Ausmaß wertvoll, dass die Bestnote im Kriterium Hearing, Teil 3, rechtfertige, eine reine Schutzbehauptung. In den Ausschreibungsunterlagen sei in keinem Punkt festgelegt, dass lediglich Kenntnisse von Mitgliedern einer Bietergemeinschaft gewertet würden, die ein Schlüsselpersonal stellten. Vielmehr habe sich die Bewertung nach ausdrücklicher Festlegung in den Ausschreibungsunterlagen auf die gesamte Bietergemeinschaft zu beziehen. Im Übrigen sei die C*** der Vertreter der Bietergemeinschaft und das kaufmännisch führende Unternehmen. Die Kenntnisse von Herrn DI O*** und C***

hätten daher jedenfalls bei der Bewertung berücksichtigt werden müssen.

Der präsumtive Zuschlagsempfänger brachte mit Schriftsatz vom 2.10.2007 begründete Einwendungen vor. In diesem und in weiteren Schriftsätzen vom 12.10.2007 und 16.10.2007 brachte er vor, dass das Angebot der Antragstellerin ausgeschieden hätte werden müssen, da sie laut Stellungnahme des Auftraggebers in den Anlagen R05 und R06 sowie R02 unrichtige Angaben gemacht habe. Das Angebot der Antragstellerin hätte daher schon auf Grund der ausdrücklichen Festlegung des Auftraggebers ausgeschieden werden müssen, ohne dass es darauf ankomme, ob diese Mängel behebbar seien. Selbst wenn man aber davon ausginge, dass das Angebot der Antragstellerin nur dann auszuschneiden gewesen wäre, wenn die Mängel nicht behoben worden oder nicht behebbar seien, sei es auszuschneiden: Nach ständiger Rechtsprechung des VwGH seien nämlich solche Mängel als unbehebbar zu qualifizieren, die nach Angebotseröffnung zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung der Bieter führen könnten. Da zahlreiche der unrichtigen Angaben der Antragstellerin die Zuschlagskriterien betreffen würden, hätte eine Mängelbehebung - wie insbesondere auch die Argumentation der Antragstellerin, wonach ihr Angebot aufgrund ihrer Angaben höher zu bewerten gewesen wäre, bewiese - die Wettbewerbsstellung der Antragstellerin materiell verbessert, zumal die Antragstellerin selbst behauptete, dass die Bewertung des Schlüsselpersonals auf Basis der Referenzblätter R01 bis R09 vorzunehmen sei. Eine Mängelbehebung, insbesondere durch Außerachtlassung unrichtiger Angaben unter Berücksichtigung tatsächlich richtiger Daten, sei daher unzulässig. Darüber hinaus sei das Angebot der Antragstellerin auch nach § 129 Abs 1 Z 1 iVm § 68 Abs 1 Z 7 BVergG auszuschneiden, da nachweislich schuldhaft falsche Erklärungen eine Unzuverlässigkeit des Unternehmers bewirkten. Der präsumtive Zuschlagsempfänger brachte mit Schriftsatz vom 2.10.2007 begründete Einwendungen vor. In diesem und in weiteren Schriftsätzen vom 12.10.2007 und 16.10.2007 brachte er vor, dass das Angebot der Antragstellerin ausgeschieden hätte werden müssen, da sie laut Stellungnahme des Auftraggebers in den Anlagen R05 und R06 sowie R02 unrichtige Angaben gemacht habe. Das Angebot der Antragstellerin hätte daher schon auf Grund der ausdrücklichen Festlegung des Auftraggebers ausgeschieden werden müssen, ohne dass es darauf ankomme, ob diese Mängel behebbar seien. Selbst wenn man aber davon ausginge, dass das Angebot der Antragstellerin nur dann auszuschneiden gewesen wäre, wenn die Mängel nicht behoben worden oder nicht behebbar seien, sei es auszuschneiden: Nach ständiger Rechtsprechung des VwGH seien nämlich solche Mängel als unbehebbar zu qualifizieren, die nach Angebotseröffnung zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung der Bieter führen könnten. Da zahlreiche der unrichtigen Angaben der Antragstellerin die Zuschlagskriterien betreffen würden, hätte eine Mängelbehebung - wie insbesondere auch die Argumentation der Antragstellerin, wonach ihr Angebot aufgrund ihrer Angaben höher zu bewerten gewesen wäre, bewiese - die Wettbewerbsstellung der Antragstellerin materiell verbessert, zumal die Antragstellerin selbst behauptete, dass die Bewertung des Schlüsselpersonals auf Basis der Referenzblätter R01 bis R09 vorzunehmen sei. Eine Mängelbehebung, insbesondere durch Außerachtlassung unrichtiger Angaben unter Berücksichtigung tatsächlich richtiger Daten, sei daher unzulässig. Darüber hinaus sei das Angebot der Antragstellerin auch nach Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer eins, in Verbindung mit Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG auszuschneiden, da nachweislich schuldhaft falsche Erklärungen eine Unzuverlässigkeit des Unternehmers bewirkten.

Bei objektiver Beurteilung der Sachlage sei es sehr wohl notwendig gewesen, dass das zur Bewertung des Schlüsselpersonals jeweils namhaft gemachte Referenzprojekt auch während der Funktionsausübung der dort namhaft gemachten Person errichtet worden sei. Gehe es doch darum, ob die namhaft gemachte Person die technische Leistungsfähigkeit besitze, was nur durch Nachweis über "erbrachte Leistungen (Referenzen)" ginge. Dementsprechend müssten derartige Nachweise auch Zeit und Ort der Leistungserbringung enthalten, damit der Auftraggeber beurteilen könne, ob und inwieweit die namhaft gemachte Person beim angegebenen Referenzprojekt zum Einsatz gelangt sei. Deshalb könne man nicht schon Referenzen bereits nach einer nur kurzen Mitarbeit am Gesamtprojekt für sich beanspruchen. Des Weiteren sei die Auslegung der Antragstellerin hinsichtlich der "Länge konventioneller Vortrieb" und des Begriffs "Tunnel" nicht nachvollziehbar. Die Antragstellerin übersehe, dass sich die Bewertung des Schlüsselpersonals in 2 Phasen gliedere: In der 1. Phase werde der Lebenslauf der angegebenen Person bewertet, in der 2. Phase nur die von ihr tatsächlich erbrachten Leistungen. Darüber hinaus legten Ausführungen in der Stellungnahme des Auftraggebers nahe, dass Formblätter nicht vollständig ausgefüllt worden seien. Daher werde vorsichtshalber geltend gemacht, dass das Angebot der Antragstellerin auch deshalb ausgeschieden hätte werden müssen, weil es unvollständig gewesen sei, diese Mängel aber nicht behebbar wären. Da die Antragstellerin, die über sämtliche Informationen, die sie für einen Nachprüfungsantrag benötigte, verfügt habe, jedenfalls in der Lage gewesen sei, einen detaillierten und umfangreich begründeten Nachprüfungsantrag gegen die

Zuschlagsentscheidung vom 4.9.2007 rechtzeitig vor Ablauf der Stillhaltefrist beim Bundesvergabeamt einzubringen, sei die Zuschlagsentscheidung nicht für nichtig zu erklären. Die geltend gemachten Rechtswidrigkeiten seien somit für den Ausgang des Vergabeverfahrens nicht von wesentlichem Einfluss.

In der mündlichen Verhandlung vom 18.10.2007 stellte der Auftraggebervertreter klar, dass die Antragstellerin zu keinem Zeitpunkt des Verfahrens ausgeschieden worden sei. Der Antragstellervertreter brachte vor, dass die Antragstellerin keine unrichtigen Angaben erstattet habe, auch nicht zur Eignung. Die Antragstellerin habe ihre Eignung in den Punkten

2.4.5.5 und 2.4.5.6 (Geologie und Geotechnik) nachgewiesen. Der Eignungsnachweis für Geologie und Geotechnik sei bereits durch die Vorlage der Referenzblätter 1a bis 1d erbracht worden. Aus diesen Referenzblättern ergebe sich, dass die Eignungskriterien für Geologie und Geotechnik erfüllt seien. Die Angaben im Referenzblatt 1b seien im Übrigen auch nicht unrichtig, so beziehe sich das Referenzblatt 1b, Referenzprojekt XA***, laut ausdrücklichen Angaben der Antragstellerin jeweils auf Geologie sowie Geotechnik und schließe ausdrücklich die Planungsphase mit ein. Der Zeitraum der Realisierung des so beschriebenen Projekts schließe die Jahre 1994 und 1995 jedenfalls mit ein. Im Übrigen habe die Bauausführungsphase auch nicht erst 1996, sondern bereits 1995 begonnen. Die Angaben in den Referenzblättern 1a bis 1d seien damit jedenfalls richtig. Es sei nie behauptet worden, dass sich die Angaben im Referenzblatt 1b nur auf die Bauausführungsphase bezögen. Von der Frage der Richtigkeit der Angaben sei daher zu unterscheiden, welchen Zeitraum die Antragsgegnerin als für die Bewertung der Eignungskriterien relevant heranziehe. Da aber die Bauausführungsphase im Projekt XA*** schon im Jahr 1995 begonnen habe, seien schon allein durch dieses Referenzprojekt die Kriterien der technischen Leistungsfähigkeit für Geologie und geotechnische Messungen erfüllt. Der Auftraggebervertreter erwiderte, dass aus Teil A2 Pkt. 2.4.5.5 und 2.4.5.6 eindeutig hervor gehe, dass nur solche Referenzprojekte geeignet seien, die sich auf die Bauausführungsphase bezögen, weil die Durchführung von geotechnischen Messungen in Tunneln bzw. die Durchführung von geologischen Erkundungen im Bereich von Tunnelausbrüchen sich nur auf im Bau befindliche Tunnel beziehen könne. Im Übrigen seien die von der Antragstellerin in den Blättern A04/5 und A04/6 gemachten Angaben auch inhaltlich unrichtig.

Der Antragstellervertreter legte eine Aufstellung von Tunnellängen aus dem Referenzprojekt 1b vor. Daraus sei ersichtlich, dass im November 1999 ein Tunnel in der Länge von 3,5km fertig gestellt gewesen sei, für den Herr L*** sowohl als Geologe als auch als Geotechniker verantwortlich gewesen sei. Daraus ergebe sich die technische Leistungsfähigkeit in den Bereichen Geologie und Geotechnik.

Herr L*** ergänzte, dass er beim Referenzprojekt 1b für die Geologie und Geomechanik im gesamten Projekt verantwortlich gewesen sei. Er habe sich mit diesem Projekt seit 1993 beschäftigt. Seine Tätigkeit als Geologe, bezogen auf dieses Projekt, habe im Zeitraum 1993 bis 1999 stattgefunden. Während dieser Zeit (1993-1999) sei Q*** sein Auftraggeber gewesen. Q*** habe T*** bei der Projektierung und Bauausführung begleitet und sei für die unterirdischen Arbeiten zuständig gewesen. Der Beginn der Bauarbeiten sei am 6.12.1995 erfolgt. Zu diesem Zeitpunkt hätten die Bauausführungen des Tunnels U*** und - so glaube er - auch von V*** begonnen. Die letzte Rechnung, die er an Q*** gelegt habe, stamme vom Dezember 1999 und habe sich auf November 1999 bezogen. Jedes Tunnelprojekt beginne mit dem geologischen Teil. Die Geologie erlaube es, vorzusehen, wie dann der Tunnel tatsächlich auszuführen sein werde. Um 1995 mit den Tunnelarbeiten beginnen zu können, habe es einer Vorarbeit bedurft, indem Sondierungsarbeiten und Projektarbeiten gemacht worden seien. In diesem Sinne sei er schon vor 1995 für das Projekt tätig gewesen. 1995 habe dann die Phase der tatsächlichen Bauarbeiten begonnen, die er als Geologe begleitet habe. Seine Tätigkeit als Geomechaniker sei von Dezember 1995- 1999 erfolgt, da diese Tätigkeit erst in der Bauphase erforderlich sei.

Der Auftraggebervertreter legte ein Schreiben von W***, Construction Manager der AA***, vor, worin dieser bestätige, dass die Bauarbeiten im Projekt XA*** erst ab 1996 begonnen hätten, sodass die Angabe von Herrn L***, mit den Bauarbeiten sei bereits Ende 1995 begonnen worden, nicht zutreffen könne.

Herr L*** bekräftigte seine vorhin getätigte Aussage. Auf dieser Hochgeschwindigkeitsstrecke habe er bereits seit 1993 gearbeitet. Es gebe ein Dokument vom September 1993, das er für Q*** verfasst habe, bezüglich der Projektierung des Projektes im Bereich der Geologie. Das seien die Dokumente gewesen, auf die er bei Ausfüllen der Blätter der Referenzprojekte Bezug genommen habe.

Herr Dr. AA*** gab an, dass er ab 1996 Verantwortlicher für die Geologie für die Bauleitung der XA*** gewesen sei.

Diese Verantwortlichkeit sei nun beendet, weil die Grabungsarbeiten abgeschlossen seien. Er sei als Geologe in der Bauleitung, Herr L*** für die Projektierungsstruktur tätig gewesen. Die Tunnelgrabungsarbeiten hätten im 1. Halbjahr 1996 begonnen. Anfangs seien nur einzelne Fensterstollen gebaut worden, erst ab dem 2. Halbjahr 1996/Beginn 1997 seien die Grabungsarbeiten im Bezug auf den Haupttunnel begonnen worden. Er habe ab September 1995 an Treffen betreffend dieses Projektes teilgenommen, die Bauarbeiten hätten jedoch erst im März 1996 begonnen (zuerst Stollen U***). Im September 1995 hätten noch keine Baustellen existiert. Bis Anfang 1996 seien Injektionsversuche durchgeführt worden. Diese Phase gehöre zur Projektierungsphase der Geologie, diese habe auch schon vor September begonnen. Er selbst habe jedoch erst in der Bauausführungsphase mit seiner Tätigkeit begonnen. Am 28. Juni 1996 hätten die Bauleitungsarbeiten begonnen, da seien der Bauvertrag und der Bauleitungsvertrag abgeschlossen worden. Das Datum 6.12.1995 für den Baubeginn sei nicht richtig. Baubeginn sei der Beginn der ersten Grabung. Die Vorbereitungszeit, bevor tatsächlich gegraben worden sei, habe im gegenständlichen Projekt ca. 2 Monate betragen.

Der Zeuge, DI BB***, gab an, dass er derzeit Bauleiter für den Tunnel CC*** und Bauleiter für die Arbeiten der Schieneninfrastruktur für den gesamten Bereich XXX sei. 1995 habe er als Koordinator der Bauleitung begonnen. Darüber hinaus habe er als Bauleiter den Abschnitt eines Straßentunnels als Zugang zum Haupttunnel betreut. Zwischen September und November 1995 sei die Baustelleneinrichtung erfolgt. Die Tunnelbauarbeiten hätten im Jahr 1996 begonnen, im Juni/Juli 1996 der Fensterstollen U***, die Stollen V*** und DD*** im Dezember 1996. Der Zeuge, DI BB***, gab an, dass er derzeit Bauleiter für den Tunnel CC*** und Bauleiter für die Arbeiten der Schieneninfrastruktur für den gesamten Bereich römisch 30 sei. 1995 habe er als Koordinator der Bauleitung begonnen. Darüber hinaus habe er als Bauleiter den Abschnitt eines Straßentunnels als Zugang zum Haupttunnel betreut. Zwischen September und November 1995 sei die Baustelleneinrichtung erfolgt. Die Tunnelbauarbeiten hätten im Jahr 1996 begonnen, im Juni/Juli 1996 der Fensterstollen U***, die Stollen V*** und DD*** im Dezember 1996.

Mit Schriftsätzen vom 19.10.2007 und 22.10.2007 wies die Antragstellerin nochmals darauf hin, dass ihre technische Leistungsfähigkeit vorliege.

Der vorliegende Antrag ist rechtlich wie folgt zu beurteilen:

I. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrags römisch eins. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrags

Der Auftraggeber, die BBT SE, ist öffentlicher Auftraggeber iSd § 3 Abs 1 Z 2 BVergG 2006. Dies hat das Bundesvergabeamt bereits in seiner Entscheidung vom 3.7.2007, GZ N/0054-BVA/07/2007-60, aufgrund der Beteiligungsverhältnisse an der BBT-SE, der Informations- und Überwachungsverpflichtungen nach dem BBT AG-Gesetz, der Finanzierung der Gesellschaft, dem Gesellschaftssitz, des vom Auftraggeber angewendeten Vergaberechts und der Maßgeblichkeit der deutschen Sprache während des Vergabeverfahrens entschieden. An diesen Umständen hat sich seit der obzitierten Entscheidung nichts geändert, sodass das Bundesvergabeamt zur Entscheidung über den gegenständlichen Nachprüfungsantrag zuständig ist. Der Auftraggeber, die BBT SE, ist öffentlicher Auftraggeber iSd Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006. Dies hat das Bundesvergabeamt bereits in seiner Entscheidung vom 3.7.2007, GZ N/0054-BVA/07/2007-60, aufgrund der Beteiligungsverhältnisse an der BBT-SE, der Informations- und Überwachungsverpflichtungen nach dem BBT AG-Gesetz, der Finanzierung der Gesellschaft, dem Gesellschaftssitz, des vom Auftraggeber angewendeten Vergaberechts und der Maßgeblichkeit der deutschen Sprache während des Vergabeverfahrens entschieden. An diesen Umständen hat sich seit der obzitierten Entscheidung nichts geändert, sodass das Bundesvergabeamt zur Entscheidung über den gegenständlichen Nachprüfungsantrag zuständig ist.

Der gegenständliche Auftrag ist als Dienstleistungsauftrag gemäß § 6 BVergG einzustufen. Das Vergabeverfahren wird als offenes Verfahren durchgeführt. Der geschätzte Auftragswert beträgt entsprechend den Angaben des Auftraggebers Euro 2.600.000,--, sodass es sich gemäß § 12 Abs 1 Z 2 BVergG um einen Auftrag im Oberschwellenbereich handelt. Der gegenständliche Auftrag ist als Dienstleistungsauftrag gemäß Paragraph 6, BVergG einzustufen. Das Vergabeverfahren wird als offenes Verfahren durchgeführt. Der geschätzte Auftragswert beträgt entsprechend den Angaben des Auftraggebers Euro 2.600.000,--, sodass es sich gemäß Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG um einen Auftrag im Oberschwellenbereich handelt.

Der Nachprüfungsantrag wurde innerhalb der gemäß § 321 Abs 1 Z 7 leg.cit. vorgesehenen Frist beim Bundesvergabeamt eingebracht, sodass der Antrag jedenfalls als rechtzeitig zu qualifizieren ist. Die Antragstellerin bekämpft als gesondert anfechtbare Entscheidung die Zuschlagsentscheidung gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG.

Laut Stellungnahme des Auftraggebers vom 20.9.2007 wurde weder der Zuschlag erteilt noch das Vergabeverfahren widerrufen. Der Nachprüfungsantrag wurde innerhalb der gemäß Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 7, leg.cit. vorgesehenen Frist beim Bundesvergabeamt eingebracht, sodass der Antrag jedenfalls als rechtzeitig zu qualifizieren ist. Die Antragstellerin bekämpft als gesondert anfechtbare Entscheidung die Zuschlagsentscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG. Laut Stellungnahme des Auftraggebers vom 20.9.2007 wurde weder der Zuschlag erteilt noch das Vergabeverfahren widerrufen.

Wenngleich die Antragstellerin zu keinem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens vom Auftraggeber formell ausgeschieden wurde, ist die Antragslegitimation der Antragstellerin von Amts wegen zu prüfen (vgl. VwGH 28.3.2007, 2005/04/200). Der Auftraggeber behauptete, dass der Antragstellerin die Antragslegitimation fehle, da sie nicht nur zu ihren bekannt gegebenen Referenzprojekten in Bezug auf die Zuschlagskriterien, sondern auch bei den für den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit zu erfüllenden Eignungskriterien unrichtige Angaben gemacht habe, sodass das Angebot auszuscheiden gewesen wäre. Wenngleich die Antragstellerin zu keinem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens vom Auftraggeber formell ausgeschieden wurde, ist die Antragslegitimation der Antragstellerin von Amts wegen zu prüfen (vergleiche VwGH 28.3.2007, 2005/04/200). Der Auftraggeber behauptete, dass der Antragstellerin die Antragslegitimation fehle, da sie nicht nur zu ihren bekannt gegebenen Referenzprojekten in Bezug auf die Zuschlagskriterien, sondern auch bei den für den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit zu erfüllenden Eignungskriterien unrichtige Angaben gemacht habe, sodass das Angebot auszuscheiden gewesen wäre.

Pkt 9.2.3. des Teils A1 der Ausschreibungsunterlagen "Ausscheidensgründe" lautet:

"Das Ausscheiden von Angeboten erfolgt grundsätzlich nach den Bestimmungen des § 129 BVergG: Das Ausscheiden von Angeboten erfolgt grundsätzlich nach den Bestimmungen des Paragraph 129, BVergG.

.....

Weiters werden Angebote ausgeschieden,

....

- -Strichaufzählung
falls sich nach Prüfung der Eignungskriterien ergibt, dass der Bieter die Eignungskriterien nicht erfüllt hat oder im Angebot unrichtige Angaben gemacht hat bzw. die geforderte technische, wirtschaftliche, finanzielle oder personelle Leistungsfähigkeit nicht gegeben ist,
- -Strichaufzählung
..... "

Aus der bestandfesten Ausschreibungspassage des Pkt 9.2.3 des Teils A1 folgt somit, dass ein Angebot wegen darin enthaltener unrichtiger Angaben, die sich auf ein Eignungskriterium beziehen, ausgeschieden wird.

Dies ergibt sich schon aus dem Zusammenhang, nämlich aus der "Einbettung" der Passage "im Angebot unrichtige Angaben gemacht hat" zwischen die Wortfolgen "falls sich nach Prüfung der Eignungskriterien ergibt, dass der Bieter die Eignungskriterien nicht erfüllt hat" und "bzw. die geforderte technische, wirtschaftliche, finanzielle oder personelle Leistungsfähigkeit nicht gegeben ist". Daraus ist ableitbar, dass unter den im entsprechenden Subpunkt genannten "unrichtigen Angaben im Angebot" in Bezug auf die Eignungskriterien gemachte (unrichtige) Angaben zu verstehen sind.

Pkt. 2.4.5 des Teils A2 der Ausschreibungsunterlagen ["Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit (Anlage A04)] lautet:

"Als Nachweis für die technische Leistungsfähigkeit dem. § 70 Abs (1) Z 4 iVm § 75 Abs (6) sind vom/von der Bieter/Bietergemeinschaft folgende Nachweise der technischen Leistungsfähigkeit zu erbringen: Als Nachweis für die technische Leistungsfähigkeit dem. Paragraph 70, Abs (1) Ziffer 4, in Verbindung mit Paragraph 75, Abs (6) sind vom/von der Bieter/Bietergemeinschaft folgende Nachweise der technischen Leistungsfähigkeit zu erbringen:

Nachweise der technischen Leistungsfähigkeit, durch die die untenstehenden beruflichen Erfahrungen bestätigt werden. Diese Nachweise können auch mithilfe der Unterlagen erfolgen, die dem Kap. H 1.1 (technisches Angebot) beiliegen. In diesem Fall muss eine zusätzliche Ausfertigung der Unterlagen dem Kap. A2, Anlage A2 IV beigelegt werden, welche abgesehen von der entsprechenden Punktezahl auch belegt, dass die geforderte Mindest Erfahrung für

die Teilnahme vorhanden ist. Nachweise der technischen Leistungsfähigkeit, durch die die untenstehenden beruflichen Erfahrungen bestätigt werden. Diese Nachweise können auch mithilfe der Unterlagen erfolgen, die dem Kap. H 1.1 (technisches Angebot) beiliegen. In diesem Fall muss eine zusätzliche Ausfertigung der Unterlagen dem Kap. A2, Anlage A2 römisch vier beigelegt werden, welche abgesehen von der entsprechenden Punktezahl auch belegt, dass die geforderte Mindest Erfahrung für die Teilnahme vorhanden ist.

.....

2.4.5.5. Zuständiger Geotechnische Messungen im Tunnel (Anlage A04/5)

- -Strichaufzählung
Mindestens 5-jährige Erfahrung bei geomechanischen Erkundungen für Projekte im Tiefbau
- -Strichaufzählung
Durchführung von Geotechnischen Messungen in Tunneln von mehr als = 3km Länge

2.4.5.6. Zuständiger Bearbeiter Geologie

- -Strichaufzählung
Mindestens eine 5-jährige Erfahrung bei Projekten im Bereich Tunnelbau
- -Strichaufzählung
Durchführung von geologischen Erkundungen im Bereich von Tunnelausbrüchen für Verkehrsinfrastrukturen von einer Länge von = 3km.

.....

Die Nachweise sind als Anlagen A04/1 bis A04/11 in das Abgabeexemplar einzulegen."

Die Bieter hatten ihre technische Leistungsfähigkeit u.a. durch Nachweis der oben zitierten beruflichen Erfahrungen mittels entsprechender Referenzprojekte nachzuweisen. Die Antragstellerin machte von der in Pkt 2.4.5 Teil A2 der Ausschreibungsunterlagen vorgesehenen alternativen Nachweismöglichkeit ["Nachweise mit Hilfe der Unterlagen, die dem Kap. H 1 1 (technisches Angebot) beiliegen"] keinen Gebrauch, sondern füllte die in das Abgabeexemplar als Anlagen A04/1 bis A04/11 einzulegenden Nachweise aus.

Die Antragstellerin gab als Nachweis für die technische Leistungsfähigkeit "Zuständiger Geotechnische Messungen im Tunnel" in der Anlage A04/5 (Referenzprojekt 1b) das Projekt "XA****" an. In der Anlage A04/5 waren ua folgende Angaben von den Bietern auszufüllen: Name des Projektes (Kurztitel), Auftraggeber/Bauherrschaft, Kurzbeschreibung des Leistungsumfanges, Aufgabe/Funktion des Bewerbers, Zeitraum der Realisierung, Ungefähre Gesamtinvestitionssumme, Projektlänge, Kontaktperson, Bestätigung des Auftraggebers. In der Rubrik "Kurzbeschreibung des Leistungsumfanges" fügte die Antragstellerin "Zuständiger Geologe für die gesamte Trasse und zuständiger geomechanischer Geologe für die Zwischentrasse 2" ein, in der Rubrik "Aufgabe/Funktion des Bewerbers" ergänzte die Antragstellerin "Zuständiger Geologe für die Planungsgruppe und geol.-geomech. Berater in der Durchführungsphase. Länge Trasse ca. 82 km, davon 75 km im Tunnel. Zuständiger geomech. Geologe für die Zwischentrasse 2, Bearbeiter der geotechn.-geomech. Baubegleitung in den Tunnels und in den Zulaufstollen. Techn. Betreuung in der Durchführungsphase, Bestimmung der Aushubklassen, Projektänderungen, Stützmaßnahmen usw". In der Rubrik "Zeitraum der Realisierung" wurde von der Antragstellerin in der Anlage A04/5 (Referenzprojekt 1b) "von 1994 bis 1999" eingetragen. Dies wurde vom Referenzgeber (Herr P****) bestätigt. Unter Zugrundelegung des vom EUGH herangezogenen Prüfungsmaßstabes des durchschnittlichen, fachkundigen Bieters bei Anwendung der üblichen Sorgfalt [vgl. EUGH 4.12.2003, Rs C- 448/01 (EVN-AG Wien Strom GmbH gegen Republik Österreich); VwGH 17.11.2004, 2002/04/0078; BVA 5.8.2005, 04N-70/05-26] ist im gegenständlichen Verfahren davon auszugehen, dass sich der Auftraggeber durch den Nachweis der "Eignung" mittels Referenzen der jeweils genannten Personen vergewissern will, dass diese auch tatsächlich die Qualifikation zur Ausführung des Leistungsgegenstandes besitzen, was nur durch Nachweis über erbrachte Leistungen ("Referenzen") der jeweils genannten Person möglich ist. Als Referenzprojekt für die örtliche Bauaufsicht ist somit nur ein solches Projekt geeignet, in das die jeweils hierfür genannte Person auch tatsächlich involviert gewesen ist, wobei jedoch nur jener Teil, auf den sich die Tätigkeit der als Schlüsselpersonal namhaft gemachten Person konkret bezieht, als Nachweis für die Qualität der genannten Person dienen kann und daher entsprechend zu berücksichtigen ist. Die obigen Angaben wurden zwar zunächst vom Referenzgeber (Herrn P****) bestätigt. Wenn nun Herr P**** mit Schreiben vom 12.10.2007 an das Bundesvergabeamt bestätigt, dass sowohl seine Beantwortung der von der F**** vorgelegten Fragen vom 23.4.2007 als auch jene auf Anfrage des Auftraggebers

vom 10.7.2007 vorgenommene Fragebeantwortung richtig seien, so ist dies nicht zu beanstanden, da der Referenzgeber in Unkenntnis der Tatsache, dass lediglich Bauabschnitte bewertungsrelevant sind, in denen der Kandidat die Funktion "Zuständiger Geotechnisches Messen im Tunnel" ausübte, bloß unpräzise Angaben gemacht hat. Damit hat er eben die Richtigkeit dieser allgemein auf das Referenzprojekt bezogenen Antworten bestätigt. Das Eignungskriterium lautet "Zuständiger Geotechnische Messungen im Tunnel". Daraus folgt, dass als Nachweise für dieses Eignungskriterium nur Referenzprojekte geeignet sind, die sich auf die Bauausführungsphase beziehen. Der Begriff "Geotechnische Messungen im Tunnel" kann sich bereits seinem Wortsinn nach nur auf zumindest im Stadium des Baues befindliche Tunnel beziehen, da Messungen im Tunnel im Sinne des Pkt 2.4.5.5, Teil A2 der Ausschreibungsvorgaben naturgemäß nur in bereits existierenden bzw. in einem entsprechenden Baustadium befindlichen Tunneln vorgenommen werden können.

Wie Herr L*** in der mündlichen Verhandlung am 18.10.2007 ausführte, sei der Beginn der Bauarbeiten für das Referenzprojekt 1b (XA***) am 6.12.1995 erfolgt. Seine Tätigkeit als Geomechaniker sei von Dezember 1995 - 1999 erfolgt, da diese Tätigkeit erst in der Bauphase erforderlich sei. Wenngleich nun Herr L*** möglicherweise schon vor dem Jahre 1995 als Geologe für das gegenständliche Referenzprojekt tätig gewesen sein mag, so ist dies aber im gegebenen Zusammenhang ohne Relevanz. Feststeht nämlich - und dies hat Herr L*** durch seine eigene Aussage in der mündlichen Verhandlung sogar selbst bestätigt - dass Herr L*** als Geomechaniker in diesem Referenzprojekt erst ab Dezember 1995 tätig gewesen ist. Ob der Baubeginn nun tatsächlich bereits im Dezember 1995 oder erst im ersten Halbjahr 1996 erfolgte, kann im Hinblick darauf dahin gestellt bleiben, da Herr L*** - seiner eigenen Aussage zufolge - jedenfalls nicht bereits seit 1994 als Geomechaniker im genannten Referenzprojekt tätig war. Daraus folgt aber, dass die Antragstellerin mit ihrer Angabe zum "Zeitraum der Realisierung" im für den Nachweis der Eignung als "Zuständiger Geotechnische Messungen im Tunnel" dienenden Anhang 04/5, Referenzprojekt 1b, eine unrichtige Angabe gemacht hat. Nämlich dadurch, dass sie zu Pkt 2.4.5.5 Teil A2 der Ausschreibungsunterlagen eine Person namhaft gemacht hat, die, wie diese in der mündlichen Verhandlung sogar selbst zu Protokoll gegeben hat, beim konkret als Referenzprojekt angeführten Projekt "XA***" nicht im angegebenen Zeitraum von 1994 bis 1999 als Geomechaniker tätig gewesen ist. Damit hat die Antragstellerin ein in Pkt 9.2.3 Teil A1 der Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich als Ausscheidenstatbestand normiertes Verhalten gesetzt: In Anbetracht des in der Ausschreibung ausdrücklich zum Ausscheidenstatbestand erklärten Tatbestandes "unrichtiger Angaben im Angebot" (zu den Eignungskriterien) ist es auch irrelevant, dass Mängel im Zusammenhang mit Eignungsnachweisen grundsätzlich einer Mängelbehebung zugänglich sind. Möglicherweise wäre die Antragstellerin auch durchaus in der Lage (gewesen), ein anderes Referenzprojekt bzw. eine andere Person als "Zuständiger Geotechnische Messungen in Tunneln" bzw auch ein anderes, diesbezüglich von Herrn L*** betreutes, Projekt zu nominieren. Eine "Verbesserung" durch Nachreichung entsprechender Unterlagen kommt jedoch im Hinblick auf die konkrete Gestaltung der Ausschreibung, worin unrichtige Angaben im Angebot (Pkt 9.2.3 des Teils A1 der Ausschreibungsunterlagen) explizit zum Ausscheidenstatbestand erklärt werden, nicht in Betracht.

Das Angebot der Antragstellerin wäre somit gemäß Pkt 9.2.3 Teil A1 der bestandfesten Ausschreibungsunterlagen auszuschneiden gewesen, sodass die Antragslegitimation der Antragstellerin nicht gegeben ist.

Mangelt es einem Angebot an der grundsätzlichen Eignung, gemäß den Bestimmungen des Vergabegesetzes und der hiezu ergangenen Verordnungen für den Zuschlag in Betracht gezogen zu werden, so ist - wie der

Verwaltungsgerichtshof bereits wiederholt ausgesprochen hat - die Antragslegitimation im Sinne von § 320 Abs. 1 BVergG 2006 zu verneinen (vgl. VwGH 3.1.2005, 2003/04/0039; 27.2.2002, 2000/04/0050; 25.6.2003,

2001/04/0202; Mangelt es einem Angebot an der grundsätzlichen Eignung, gemäß den Bestimmungen des Vergabegesetzes und der hiezu ergangenen Verordnungen für den Zuschlag in Betracht gezogen zu werden, so ist -

wie der Verwaltungsgerichtshof bereits wiederholt ausgesprochen hat - die Antragslegitimation im Sinne von Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006 zu verneinen vergleiche VwGH 3.1.2005, 2003/04/0039; 27.2.2002, 2000/04/0050; 25.6.2003, 2001/04/0202;

16.2.2005, 2004/04/0030; ebenso BVA 19.1.2006, 04N-134/05-17;

24.11.2005, 04N-105/05-27). Die mangelnde Antragslegitimation war auch Gegenstand eingehender Erörterung in der mündlichen Verhandlung am 18.10.2007 sowie zahlreicher Schriftsätze der Parteien. Der Antragstellerin wurde in der mündlichen Verhandlung Gelegenheit gegeben, dazu und damit auch zur Stichhaltigkeit des vom Bundesvergabeamt herangezogenen Ausscheidensgrundes Stellung zu nehmen [vgl. EuGH 19.6.2003, Rs C-249/01 (Hackermüller); VwGH 1.3.2005, 2003/04/0039; 16.2.2005, 2004/04/0030].

Zu Spruchpunkt II. Zu Spruchpunkt römisch zwei.

Gemäß § 318 Abs 1 BVergG 2006 hat der Antragsteller für Anträge gemäß den §§ 320 Abs. 1, 328 Abs. 1 und 331 Abs. 1 und 2 jeweils eine Pauschalgebühr zu entrichten, deren Höhe sich gemäß § 318 Abs. 2 1. Satz leg. cit. nach dem vom öffentlichen Auftraggeber durchgeführten Vergabeverfahren richtet. Gemäß § 318 Abs. 3 leg. cit. ist die Pauschalgebühr gemäß den in Anhang XIX ausgewiesenen Sätzen bei Antragstellung zu entrichten. Gemäß Paragraph 318, Absatz eins, BVergG 2006 hat der Antragsteller für Anträge gemäß den Paragraphen 320, Absatz eins, 328, Absatz eins und 331 Absatz eins und 2 jeweils eine Pauschalgebühr zu entrichten, deren Höhe sich gemäß Paragraph 318, Absatz 2, 1. Satz leg. cit. nach dem vom öffentlichen Auftraggeber durchgeführten Vergabeverfahren richtet. Gemäß Paragraph 318, Absatz 3, leg. cit. ist die Pauschalgebühr gemäß den in Anhang römisch neunzehn ausgewiesenen Sätzen bei Antragstellung zu entrichten.

Gemäß § 319 Abs. 1 BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 leg. cit. entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 leg. cit. entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Gemäß § 319 Abs. 2 BVergG besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung nur dann, wenn Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, leg. cit. entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, leg. cit. entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Gemäß Paragraph 319, Absatz 2, BVergG besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung nur dann, wenn

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

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

Die Gebühren für die Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung im Betrag von jeweils Euro 1.600.--, insgesamt somit Euro 3.200.--, wurden von der Antragstellerin nachweislich entrichtet.

Da der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung mit Spruchpunkt I. zurückgewiesen wurde, und somit auch ein "teilweises Obsiegen" iSd § 319 Abs 1 BVergG 2006 nicht vorliegt, kommt es zu keinem Gebührenersatz für den Nachprüfungsantrag. Da der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung mit Spruchpunkt römisch eins. zurückgewiesen wurde, und somit auch ein "teilweises Obsiegen" iSd Paragraph 319, Absatz eins, BVergG 2006 nicht vorliegt, kommt es zu keinem Gebührenersatz für den Nachprüfungsantrag.

Mit Bescheid vom 25.9.2007, N/0086-BVA/07/2007-EV10, wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung teilweise stattgegeben. Da jedoch der Nachprüfungsantrag zurückgewiesen wurde, kommt gemäß § 319 Abs. 2 BVergG 2006 ein Ersatz der entrichteten Gebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ebenfalls nicht in Betracht. Mit Bescheid vom 25.9.2007, N/0086-BVA/07/2007-EV10, wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung teilweise stattgegeben. Da jedoch der Nachprüfungsantrag zurückgewiesen wurde, kommt gemäß Paragraph 319, Absatz 2, BVergG 2006 ein Ersatz der entrichteten Gebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ebenfalls nicht in Betracht.

Dokumentnummer

VERGT_20071025_N_0086_BVA_07_2007_62_00

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at