

TE Verg Bescheid 2007/7/3 N/0054-BVA/07/2007-60

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 03.07.2007

Norm

BVergG 2006 §20 Abs5

BVergG 2006 §108 Abs1 Z2

BVergG 2006 §129 Abs1 Z1

BVergG 2006 §319

1. BVergG 2006 § 20 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 20 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 20 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 108 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 108 gültig von 05.03.2010 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 108 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
-
1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
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

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 7, Mag. Julia Stiefelmeyer, sowie Dr. Josef Bosina als Mitglied der Auftraggeberseite und DI Heinz Marschalek als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs 2 Z 2 Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG 2006), BGBl. I Nr. 17/2006, betreffend das Vergabeverfahren "AP062, Erkundungsstollenprogramm - Errichtung der Erkundungsstollen im Teilstück Aicha-Mauls - einschließlich Fensterstollen Mauls" des Auftraggebers Galleria di Base del Brennero - Brenner Basistunnel BBT SE, Grabenweg 3, 6020 Innsbruck, vertreten durch X***, über den Antrag der Bietergemeinschaft "A***", bestehend aus 1. B***, 2. C***, 3. D***, 4. E***, 5. F***, vertreten durch Y***, vom 29. Mai 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 DI Heinz Marschalek 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 "AP062, Erkundungsstollenprogramm -

Errichtung der Erkundungsstollen im Teilstück Aicha-Mauls - einschließlich Fensterstollen Mauls" des Auftraggebers Galleria di Base del Brennero - Brenner Basistunnel BBT SE, Grabenweg 3, 6020 Innsbruck, vertreten durch X***, über den Antrag der Bietergemeinschaft "A***", bestehend aus 1. B***, 2. C***, 3. D***, 4. E***, 5. F***, vertreten durch Y***, vom 29. Mai 2007, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Der Antrag, "das Bundesvergabeamt möge die am 15.5.2007 von der Antragsgegnerin bekannt gegebene Zuschlagsentscheidung für nichtig erklären", wird abgewiesen.

II.römisch zwei.

Der Antrag, gerichtet auf den Ersatz der Pauschalgebühren für das Nachprüfungsverfahren sowie für das Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung wird abgewiesen.

Begründung

Die gegenständliche Leistung "AP062 Erkundungsstollenprogramm - Errichtung der Erkundungsstollen im Teilstück Aichau-Mauls - einschließlich Fensterstollen Mauls" wurde als Bauauftrag in einem offenen Verfahren am 15.12.2006 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union unter 2006/S 239-255287 bekannt gemacht. Die Vergabe erfolgt nach dem Billigstbieterprinzip. Nach fünf Berichtigungen der Ausschreibungsunterlagen fand die Öffnung der Angebote am 1.3.2007 statt. Neben der Antragstellerin hatten drei weitere Bietergemeinschaften Angebote gelegt.

Mit Schreiben vom 15.5.2007 wurde der Antragstellerin mitgeteilt, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag der Bietergemeinschaft G*** zu ihrem Angebot mit einer Auftragssumme von netto Euro 78.884.723,70 und damit niedrigsten Preis zu erteilen.

Die Antragstellerin stellte mit Antrag vom 29.5.2007 das im Spruch wiedergegebene Begehren, welches mit einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung, auf Ersatz der Pauschalgebühren sowie auf Akteneinsicht verbunden war.

Begründend führte die Antragstellerin in ihren Schriftsätzen vom 29.5.2007, 18.6.2007 sowie vom 22.6.2007 im Wesentlichen aus:

Sie habe mit Schreiben vom 16.4.2007 den Auftraggeber auf den Umstand hingewiesen, dass Mitglieder der Bietergemeinschaft G*** an Vorarbeiten für die im gegenständlichen Vergabeverfahren vergebenen Leistungen maßgeblich beteiligt gewesen seien. Die Mitglieder des präsumtiven Zuschlagsempfängers setzten sich unter anderem aus der H*** und der I*** zusammen. Der Hauptgesellschafter, Geschäftsführer und technische Direktor von H*** sei Herr J***. Dieser habe insbesondere bei der Machbarkeitsstudie für das ausgeschriebene Projekt führend mitgewirkt und werde vom Auftraggeber im BBT Kurzbericht 2002 in Bd. 5 "Technisches Projekt" auf S. 4 als Verantwortlicher für die Baudurchführung genannt. Diese Machbarkeitsstudie sei auf der Homepage des Auftraggebers kostenfrei abrufbar. Im Rahmen dieser Studie habe Herr J*** als Verantwortlicher für den Themenbereich Baudurchführung an der technischen Projektaufarbeitung des Brenner-Basistunnels inklusive der Erkundungsstollen mitgearbeitet und aufgrund dieser Tätigkeit wertvolle Erkenntnisse für die Kalkulation und Projektabwicklung gewonnen, die er nunmehr in die Ausarbeitung des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin einbringen habe können. In dem veröffentlichten Kurzbericht seien keinesfalls sämtliche gewonnene Erkenntnisse für die Projektabwicklung der Baudurchführung dargestellt, sondern finde sich darin lediglich ein kurzer Überblick über die allgemeinen Grundlagen der Baudurchführung.

Darüber hinaus seien sowohl H*** als auch I*** führend an der Forschung und Entwicklung des TISROCK (TBM Tunneling in squeezing ROCK) beteiligt gewesen, mit welchem aufbauend auf geologischen Voruntersuchungen ein Konzept für den TBM (Tunnelbohrmaschinen)- Einsatz für die Bauausführung der nunmehr zu vergebenden Leistungen ausgearbeitet worden sei. Insbesondere habe dieses Projekt darauf abgezielt, vor allem für den Brenner-Basistunnel ein System für den maschinellen Vortrieb im Schild-, TBM- und Tübbingausbau zu entwickeln, welches die für druckhafte Verhältnisse notwendigen Konvergenzen (Gebirgsverformungen) zulasse und vom Auftraggeber nunmehr zur Vergabe gebracht werde. Auf der Grundlage dieses Forschungsprojektes sei schlussendlich der bei den nunmehr zu vergebenden Bauleistungen zu verwendende Maschinentyp (Hartgestein-Doppelschild-TBM) in der

Ausschreibung vorgegeben worden. Insgesamt seien bei der mehrjährigen Arbeit an TISROCK im Hinblick auf die nunmehr zu vergebenden Leistungen wichtige neue Erkenntnisse über den Vortrieb mit TBM in druckhaftem Gebirge gewonnen worden, die nunmehr bei der Durchführung der ausgeschriebenen Leistungen verwertet werden könnten. Bereits durch das frühzeitige Wissen über den geeigneten TBM-Typ für den Haupttunnel könnten frühzeitig entsprechende wirtschaftlich vorteilhafte Vorkehrungen zur Sicherstellung der richtigen TBM-Maschine gesetzt werden. So könnten durch das erworbene Vorwissen aber auch in der gegenständlichen Ausschreibung die Maschinenkosten ganz anders bewertet werden, wenn man wisse, dass der gleiche TBM-Typ in weiterer Folge auch im Haupttunnel eingesetzt werden könne. Aus diesem Grund müsse ein Bieter, der keine Informationen darüber habe, ob er die nunmehr zu verwendenden Maschinen auch im Haupttunnel verwenden werde können, die Kosten der TBM im Angebot voll ansetzen, wobei diese unterschiedlichen Kostenansätze zu Angebotsdifferenzen in Millionenhöhe führten.

Zusätzlich sei das Studio J*** & Associati, deren Hauptgesellschafter und namensgebende Partner J*** sei, bereits im Jahr 2002 mit der Ausarbeitung eines Konzepts für einen umfassenden Einsatz von TBM nicht zuletzt deshalb vom Auftraggeber bzw dessen Rechtsvorgänger beauftragt worden, weil der Auftraggeber neben dem Know-how der Planer auch das Know-how bauausführender Unternehmungen und anderer TBM-Experten insbesondere hinsichtlich des Entwicklungspotentials maschineller Vortriebe in die Planung einbeziehen habe wollen. Die Studie sei in dieser frühen Planungsphase vom Rechtsvorgänger des Auftraggebers in Auftrag gegeben worden, weil fundierte Aussagen zur Machbarkeit von maschinellen Vortrieben einen wesentlichen Einfluss auf Baukosten und Bauzeit hätten.

Der EuGH habe mit den Urteilen vom 3.3.2005 in den Rs C-21/03 und C-34/03, Fabricom, klargestellt, dass einem Unternehmer, der mit Vorarbeiten betraut war, jedenfalls die Möglichkeit eingeräumt werden müsse, darzulegen, dass nach den Umständen des Einzelfalles die von ihm erworbene Erfahrung den Wettbewerb nicht habe verfälschen können. War daher ein Bieter an Vorarbeiten beteiligt, treffe ihn grundsätzlich die Beweislast für den Nachweis, dass die von ihm im Rahmen seiner Vorarbeiten erlangten Erkenntnisse den Vergabewettbewerb nicht verfälschen konnten. Die Durchführung von Vorarbeiten durch einen Bieter bzw ein Mitglied einer Bietergemeinschaft stelle daher insgesamt eine widerlegbare Vermutung der Wettbewerbsverzerrung iSd § 19 Abs. 1 BVergG dar, die grundsätzlich (so weit dieser Nachweis nicht erbracht werde) zum Ausscheiden des entsprechenden Angebotes gemäß § 129 Abs. 1 Z 1 BVergG führen müsse. Der präsumtive Zuschlagsempfänger sei jedoch nicht zur Erbringung des entsprechenden Nachweises aufgefordert worden, weshalb die Angebotsprüfung bereits aus diesem Grunde rechtswidrig sei. Der EuGH habe mit den Urteilen vom 3.3.2005 in den Rs C-21/03 und C-34/03, Fabricom, klargestellt, dass einem Unternehmer, der mit Vorarbeiten betraut war, jedenfalls die Möglichkeit eingeräumt werden müsse, darzulegen, dass nach den Umständen des Einzelfalles die von ihm erworbene Erfahrung den Wettbewerb nicht habe verfälschen können. War daher ein Bieter an Vorarbeiten beteiligt, treffe ihn grundsätzlich die Beweislast für den Nachweis, dass die von ihm im Rahmen seiner Vorarbeiten erlangten Erkenntnisse den Vergabewettbewerb nicht verfälschen konnten. Die Durchführung von Vorarbeiten durch einen Bieter bzw ein Mitglied einer Bietergemeinschaft stelle daher insgesamt eine widerlegbare Vermutung der Wettbewerbsverzerrung iSd Paragraph 19, Absatz eins, BVergG dar, die grundsätzlich (so weit dieser Nachweis nicht erbracht werde) zum Ausscheiden des entsprechenden Angebotes gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG führen müsse. Der präsumtive Zuschlagsempfänger sei jedoch nicht zur Erbringung des entsprechenden Nachweises aufgefordert worden, weshalb die Angebotsprüfung bereits aus diesem Grunde rechtswidrig sei.

Weiters habe der präsumtive Zuschlagsempfänger in seinem Angebot Subunternehmer für Leistungen, die als "Ausführungen im Bereich Tunnelbau" bei der vorzunehmenden funktionellen Interpretation einzustufen seien, namhaft gemacht, für diese jedoch nicht die in Punkt 2.6 des Teils A.2 der Ausschreibungsunterlagen (in der Fassung der 4. Berichtigung vom 16.2.2007) geforderten Nachweise gemäß den Punkten 2.4.1 bis 2.4.5 des Teils A.2 der Ausschreibungsunterlagen erbracht, zumal die namhaft gemachten Subunternehmer die geforderten Eignungsanforderungen auch nicht erfüllten. Darüber hinaus habe der Auftraggeber weder die Verfügbarkeit der im Rahmen der technischen Leistungsfähigkeit angegebenen Tunnelbohrmaschine noch die Eignung der angegebenen Subunternehmer überprüft. Weiters habe der Auftraggeber das Vorliegen der besonderen beruflichen Zuverlässigkeit gemäß § 73 BVergG im Rahmen der Angebotsprüfung sowie Fertigungsmängel, somit die Rechtsgültigkeit des Angebotes des präsumtiven Zuschlagsempfängers, nicht geprüft. Weiters habe der präsumtive Zuschlagsempfänger in seinem Angebot Subunternehmer für Leistungen, die als "Ausführungen im Bereich Tunnelbau" bei der

vorzunehmenden funktionellen Interpretation einzustufen seien, namhaft gemacht, für diese jedoch nicht die in Punkt 2.6 des Teils A.2 der Ausschreibungsunterlagen (in der Fassung der 4. Berichtigung vom 16.2.2007) geforderten Nachweise gemäß den Punkten 2.4.1 bis 2.4.5 des Teils A.2 der Ausschreibungsunterlagen erbracht, zumal die namhaft gemachten Subunternehmer die geforderten Eignungsanforderungen auch nicht erfüllten. Darüber hinaus habe der Auftraggeber weder die Verfügbarkeit der im Rahmen der technischen Leistungsfähigkeit angegebenen Tunnelbohrmaschine noch die Eignung der angegebenen Subunternehmer überprüft. Weiters habe der Auftraggeber das Vorliegen der besonderen beruflichen Zuverlässigkeit gemäß Paragraph 73, BVergG im Rahmen der Angebotsprüfung sowie Fertigungsmängel, somit die Rechtsgültigkeit des Angebotes des präsumtiven Zuschlagsempfängers, nicht geprüft.

Weiters habe der Auftraggeber auf zahlreiche Bieteranfragen unterschiedliche Auskünfte erteilt und den einzelnen Bietern unterschiedliche schriftliche Antworten übermittelt. Ferner seien die insgesamt fünf Berechtigungen zu den Ausschreibungsunterlagen den Bietern nicht in gleicher Weise bekannt gegeben bzw übermittelt worden. Die einzelnen Bieter hätten daher unter unterschiedlichen Bedingungen ihre Angebote erstellt und sei den Angebotsausarbeitungen der Bieter jeweils ein unterschiedlicher Informationsstand zu Grunde gelegen.

Die Antragstellerin erachte sich durch die rechtswidrige Entscheidung des Auftraggebers in ihrem Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens, in ihrem Recht auf Gleichbehandlung im Vergabeverfahren, in ihrem Recht auf Ausschluss von Bietern, die an der Erarbeitung der Unterlagen für das Vergabeverfahren unmittelbar oder mittelbar beteiligt waren, in ihrem Recht auf Zuschlagserteilung, in ihrem Recht auf Nicht-Vergabe an nicht leistungsfähige Unternehmer, in ihrem Recht auf Nichtabweichung von den Festlegungen der Ausschreibungsunterlagen, in ihrem Recht auf vollständige und vergaberechtskonforme Angebotsprüfung sowie in ihrem Recht auf vergaberechtskonforme Beendigung des Vergabeverfahrens verletzt.

Die Antragstellerin habe ihr Interesse am Vertragsabschluss durch die Legung eines ausschreibungskonformen Angebotes und durch die bisherige Korrespondenz mit dem Auftraggeber ausführlich dargetan.

Sollte die Antragstellerin den gegenständlichen Auftrag durch die rechtswidrige Vorgangsweise des Auftraggebers nicht erhalten, drohe der Verlust eines kalkulierten Gewinnes samt Gemeinkostendeckungsbeitrag von zumindest 7,85% der Auftragssumme, daher Euro 5.941.937,19. Des Weiteren wären die für die Erstellung des Angebots und der Rechtsberatung bislang entstandenen Kosten in Höhe von ca Euro 180.000 frustriert. Die Beauftragung mit der Durchführung des Auftrages bedeute darüber hinaus auch eine wichtige Referenz.

Der Auftraggeber legte fristgerecht die Vergabeakten vor, erteilte mittels Schriftsatz vom 1.6.2007 allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und beantragte mit Schriftsatz vom 6.6.2007 die Zurück-, in eventu Abweisung des Nachprüfungsantrages.

Der geschätzte Auftragswert wurde vom Auftraggeber mit Euro 87 Mio beziffert. Im gegenständlichen Vergabeverfahren sei weder der Zuschlag erteilt noch ein Widerruf des Vergabeverfahrens ausgesprochen worden.

Inhaltlich führte der Auftraggeber in seinen Schriftsätzen vom 6.6.2007 und 18.6.2007 Folgendes aus:

§ 20 Abs 5 BVergG 2006 sehe einen Ausschluss von an Vorarbeiten beteiligten Unternehmern nur dann vor, soweit durch ihre Teilnahme ein fairer und lauterer Wettbewerb ausgeschlossen wäre. Es bestünden jedoch keine Gründe für eine Verfälschung des Wettbewerbs und somit für ein Ausscheiden des Angebotes des präsumtiven Zuschlagsempfängers. Im Rahmen des Vorprojektes, das einerseits den gesamten Brenner Basistunnel behandelt habe, andererseits verschiedene Alternativen der Realisierbarkeit aufzeige, seien von der K*** (Prof. L***, Dr. M***) und J*** & Associati die Möglichkeiten eines maschinellen Vortriebes bei drückendem Gebirge (Squeezing potential) auf deren Machbarkeit untersucht worden. Dr. J*** habe in seiner Studie lediglich allgemein verschiedene Möglichkeiten und Probleme des maschinellen Vortriebs aufgezeigt. Dass Dr. J*** zur Erstellung der Studie beigezogen worden sei, beruhe auf seiner schon damals ausgewiesenen Expertenstellung hinsichtlich des Einsatzes von TBM. Dieses Thema sei später im Rahmen eines europäischen Forschungsprojektes (TISROCK), an dem die BBT-SE bzw. die Vorgängergesellschaft BBT-EWIV in keiner Weise beteiligt gewesen sei, untersucht worden. Die Ergebnisse der technischen Projektaufarbeitung des Brenner Basistunnels, an deren Erstellung Dr. J*** nur unwesentlich beteiligt gewesen sei, bildeten jedoch keinen Bestandteil der Ausschreibungsunterlagen. Weder der Langnoch der Kurzbericht enthielten für die Kalkulation eines Angebotes zur gegenständlichen Ausschreibung relevante Daten. Der Kurzbericht sei nicht speziell an Bieter der gegenständlichen Ausschreibung, sondern an die allgemeine interessierte Öffentlichkeit

gerichtet gewesen. Aufgrund der erst nach dem Vorprojekt durchgeführten Trassenverlegung und der nach weiteren Erkundungen und detaillierten Auswertungen präzisierten geologischen Prognosen sei die Evolution der geeigneten Ausbruchsmethode, die Einteilung in Bauabschnitte und die Bauzeitermittlung als eigenes Ausführungsprojekt vom Auftraggeber durchgeführt worden. Paragraph 20, Absatz 5, BVergG 2006 sehe einen Ausschluss von an Vorarbeiten beteiligten Unternehmen nur dann vor, soweit durch ihre Teilnahme ein fairer und lauterer Wettbewerb ausgeschlossen wäre. Es bestünden jedoch keine Gründe für eine Verfälschung des Wettbewerbs und somit für ein Ausscheiden des Angebotes des präsumtiven Zuschlagsempfängers. Im Rahmen des Vorprojektes, das einerseits den gesamten Brenner Basistunnel behandelt habe, andererseits verschiedene Alternativen der Realisierbarkeit aufzeige, seien von der K*** (Prof. L***, Dr. M***) und J*** & Associati die Möglichkeiten eines maschinellen Vortriebes bei drückendem Gebirge (Squeezing potential) auf deren Machbarkeit untersucht worden. Dr. J*** habe in seiner Studie lediglich allgemein verschiedene Möglichkeiten und Probleme des maschinellen Vortriebs aufgezeigt. Dass Dr. J*** zur Erstellung der Studie beigezogen worden sei, beruhe auf seiner schon damals ausgewiesenen Expertenstellung hinsichtlich des Einsatzes von TBM. Dieses Thema sei später im Rahmen eines europäischen Forschungsprojektes (TISROCK), an dem die BBT-SE bzw. die Vorgängergesellschaft BBT-EWIV in keiner Weise beteiligt gewesen sei, untersucht worden. Die Ergebnisse der technischen Projektaufarbeitung des Brenner Basistunnels, an deren Erstellung Dr. J*** nur unwesentlich beteiligt gewesen sei, bildeten jedoch keinen Bestandteil der Ausschreibungsunterlagen. Weder der Langnoch der Kurzbericht enthielten für die Kalkulation eines Angebotes zur gegenständlichen Ausschreibung relevante Daten. Der Kurzbericht sei nicht speziell an Bieter der gegenständlichen Ausschreibung, sondern an die allgemeine interessierte Öffentlichkeit gerichtet gewesen. Aufgrund der erst nach dem Vorprojekt durchgeführten Trassenverlegung und der nach weiteren Erkundungen und detaillierten Auswertungen präzisierten geologischen Prognosen sei die Evolution der geeigneten Ausbruchsmethode, die Einteilung in Bauabschnitte und die Bauzeitermittlung als eigenes Ausführungsprojekt vom Auftraggeber durchgeführt worden.

Alle geologischen und geotechnischen Unterlagen seien im Rahmen des Ausführungsprojektes komplett neu bearbeitet und allen Projektwerbern vollständig zur Verfügung gestellt worden. Hinsichtlich der Materialdisposition und -verwertung sei festzuhalten, dass Behördenkontakte und deren Vorgaben im Rahmen der Umweltverträglichkeitsprüfungen ausschließlich vom Auftraggeber und anderen externen Experten, nicht jedoch von Dr. J*** vorgenommen worden seien. Der präsumtive Zuschlagsempfänger habe zum gleichen Zeitpunkt wie alle anderen Bieter von den nunmehr vom Auftraggeber festgelegten Standorten für Baustellenmischanlagen erfahren. Umfassende Angaben zur Baulogistik fänden sich in den Ausschreibungsunterlagen. In der Ausschreibung werde explizit festgelegt, dass die Verbringung des Ausbruchmaterials per Schiene oder Förderband zu erfolgen habe. Sonstige Verfuhralternativen bestünden nicht. Die zu benutzenden Deponien seien mit bestehender behördlicher Genehmigung festgelegt. Es sei keinerlei Materiallogistik vom Bieter auszuarbeiten, da die Ausschreibung sämtliche Vorgaben enthalte. TISROCK sei bereits vor Einleitung des Vergabeverfahrens abgeschlossen gewesen. Hinsichtlich der Machbarkeit eines maschinellen Vortriebes bei drückendem Gebirge mit den Überlegungen im Rahmen des europäischen Forschungsprojektes müsse festgestellt werden, dass bis dato eine solche Technologie noch nirgends praktisch angewandt worden sei. In dem ausgeschriebenen Abschnitt des Erkundungsstollens gebe es auch keinen Bedarf solcher Möglichkeiten, da es dort kein drückendes Gebirge gebe. Das Projekt TISROCK, welches unter der Leitung von Univ. Prof. L*** durchgeführt worden sei, sei nur für TBM Vortrieb in drückendem Gestein relevant. Daran sei die BBT weder beteiligt gewesen, noch habe sie finanzielle oder anderweitige Unterstützungen geleistet. Jeder interessierte Unternehmer hätte sich an diesem europäischen Forschungsprojekt beteiligen können oder sich die neuen wissenschaftlichen Erkenntnisse aneignen können. Innovation und deren Adaption durch Wirtschaftsteilnehmer sei ein wesentlicher Teil des freien Wettbewerbs. Sofern Informationen aus den Vorprojekten für die Angebotserstellung und -kalkulation relevant seien, seien diese im Rahmen des Ausführungsprojektes und anderer Ausschreibungsunterlagen allen Bietern zur Verfügung gestellt worden.

Im Rahmen des Vorprojektes 2002 seien für einen großen Abschnitt dieses in Vergabe befindlichen Erkundungsstollens (ca. 70%) keine geologischen Untersuchungen durchgeführt worden, aus diesem Grund fänden sich für diesen Abschnitt keine geologischen Erkenntnisse. Sämtliche geologischen Interpretationen bzw Untersuchungen ab dem Jahr 2000 seien von Univ. Prof. Dr. N*** und von Dott. O*** und Dr. Ing. P*** ab dem Jahre 2005 durchgeführt worden. Diese unabhängige Expertengruppe sei für die geologischen und hydrogeologischen Studien verantwortlich gewesen. Dabei sei auch von diesen Experten für die gegenständliche Ausschreibung ein neues geologisches Profil erstellt und diese Daten geomechanisch interpretiert worden. Sämtliche diesbezüglichen Unterlagen seien allen Projektwerbern

zur Verfügung gestellt worden. Da sowohl die Trassenführung, die Geologie, die Geometrie und die Funktion dieses Abschnittes des Erkundungsstollens im Rahmen des Ausführungsprojektes verändert worden seien, sei der Langbericht 2002 zur Vermeidung von falschen Interpretationen nicht zur Verfügung gestellt worden. Wie aus dem BBT-Kurzbericht 2002, Bd 5, Technisches Projekt, Seite 33, zu entnehmen sei, liege der gegenständliche Probestollen in einem Gebiet mit sogenanntem "Squeezing potential", einer Kennzahl für die deformationsbedingte Verkleinerung des Tunnelquerschnitts, von weit unter 1%. Daher sei in der vorliegenden Ausschreibung nicht mit "squeezing rock" zu rechnen.

Für alle Subunternehmer seien die erforderlichen Nachweise schon mit 26.2.2007 vorgelegen, insbesondere auch Nachweise zu deren technischer Leistungsfähigkeit. Keiner der Subunternehmer sei mit Ausführungen im Bereich Tunnelbau befasst. Somit seien gemäß Punkt

2.6. der Ausschreibungsunterlage nur die Nachweise nach Punkt

2.4.1. und 2.4.2. der Ausschreibungsunterlage zu erbringen. Über eine besondere technische Leistungsfähigkeit, die von der Antragstellerin bezweifelt werde, müssten diese Subunternehmer somit gar nicht verfügen.

Alle rechtlich relevanten Antworten seien allen Bietern zur Kenntnis gebracht worden. Soweit einzelnen Bietern individuelle Antworten gegeben worden seien, die über allgemeine Anfragebeantwortungen hinausgegangen seien, sei ein Informationsmehrwert in den fünf Berichtigungen der Ausschreibung allen Bietern zugänglich gemacht worden. Dabei seien sämtliche Berichtigungen im DMS des Auftraggebers für alle Bieter gleichzeitig verfügbar gewesen und diese auch gleichzeitig über die Berichtigung per E-Mail vorab informiert worden. Der Auftraggeber habe die Angebotsprüfung gesetzesgemäß geführt und keine Mängel oder Unklarheiten im Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gefunden. Mit der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei am 12.4.2007 ein Aufklärungsgespräch unter Beteiligung der Kommission und der externen Experten durchgeführt worden. Dabei seien zwei unabhängige Protokolle angefertigt worden, welche keine Mängel oder Unklarheiten im Angebot der möglichen Zuschlagsempfängerin festgestellt hätten.

In einer replizierenden Stellungnahme vom 12.6.2007 brachte die Antragstellerin vor, der Langbericht 2002 vermittele Detailwissen für die Ausarbeitung des Angebotes, das weit über die Informationen des inhaltlich allgemein gehaltenen Kurzberichtes 2002 hinausgehe und daher einen klaren Wettbewerbsvorsprung verschaffe. Eine frühzeitige Beschäftigung mit dem gegenständlichen Projekt auf der Grundlage von detaillierten Unterlagen bzw konkreten Informationen sowie der offensichtlich damit verbundenen Möglichkeit der sehr frühzeitigen Einsichtnahme in projektspezifische Unterlagen und Daten mit laufenden Kontakten zu Projektverantwortlichen bringe einen entscheidenden Vorteil gegenüber den Mitbewerbern, der selbst mit der Veröffentlichung sämtlicher erstellter Berichte keinesfalls ausgeglichen werden könnte. In Anbetracht der für die Erstellung und Bearbeitung eines derart komplexen Angebotes nur sehr eingeschränkt verfügbaren Zeit stelle der Informationsvorsprung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin aufgrund der wesentlich früher erlangten Informationen und Detailkenntnisse zusätzlich einen wesentlichen Wettbewerbsvorteil dar, der durch die Veröffentlichung von Unterlagen keinesfalls ausgeglichen werden könne. Darüber hinaus manifestiere sich der unlautere Wettbewerbsvorteil auch in den zahlreichen zusätzlich erworbenen praktischen Detailkenntnissen der für den Zuschlag vorgesehenen Bietergemeinschaft, die in keinem Bericht festgehalten seien. Aus dem BBT-Kurzbericht 2002 sei ersichtlich, dass in der Bearbeitungsgruppe, in der Dr. J*** führend tätig gewesen sei, Themenkreise behandelt und Erkenntnisse zu einem bereits sehr frühen Zeitpunkt gewonnen worden seien, deren Nichtberücksichtigung beim Ausschreibungsprojekt keinesfalls nachvollziehbar wären. So seien für die Evolution der geeigneten Ausbruchsmethode, die Einteilung in Bauabschnitte und die Bauzeitermittlung Ausarbeitungen erforderlich, die im Kurzbericht nicht dargestellt und somit nicht allen Bietern in gleicher Weise zur Verfügung gestanden seien. Darüber hinaus seien in dieser Arbeitsgruppe auch Fragen der Materialdisposition und -verwertung bearbeitet worden, welche in Kombination mit den Behördenkontakten und deren Vorgaben zu einem sehr frühen Zeitpunkt entscheidende Vorteile für den nachfolgenden Vergabewettbewerb gebracht hätten. Laut Kurzbericht 2002, S. 33, liege der gegenständliche Probestollen in einem Gebiet mit so genanntem "squeezing potential". Auf S. 13 des geotechnischen Berichtes (G.02.01) werde ausdrücklich auf den Gebirgsverhaltenstyp (GVT) 4 - drückendes Gebirge verwiesen. Auch wenn der Auftraggeber kein drückendes Gebirge erwartet haben sollte, wäre daraus nicht ableitbar, dass drückendes Gebirge im ausgeschriebenen Abschnitt tatsächlich nicht auftrete, zumal sich dieser Umstand erst im Zuge der Projektabwicklung herausstellen werde. Da es hinsichtlich des maschinellen Vortriebes - laut Vorbringen des Auftraggebers - bei drückendem Gebirge keine

praktischen Erfahrungen gebe, müssten die im Rahmen der Vorarbeiten gewonnenen Erkenntnisse umso wertvoller und damit der Wettbewerbsvorteil des nunmehr präsumtiven Zuschlagsempfängers umso höher eingestuft werden. Die nunmehr ausgeschriebene Trassenführung baue jedenfalls auf den im Zuge der Vorarbeiten gewonnenen Erkenntnissen auf und sei auf dieser Grundlage, die auch Mitglieder der für den Zuschlag vorgesehenen Bietergemeinschaft mitentwickelt hätten, eine geologisch und hydrologisch optimierte Trassenführung ausgearbeitet worden.

Mit Schriftsatz vom 12.6.2007 brachte der präsumtive Zuschlagsempfänger begründete Einwendungen vor. Darin sowie in einem weiteren Schriftsatz vom 25.6.2007 führte er im Wesentlichen aus, dass Dr. J*** von der BBT Brennerbasistunnel EWIV mit der Ausarbeitung einer Studie über die Einsatzmöglichkeiten von Tunnelbohrmaschinen (TBM) beim Projekt Brenner Basistunnel beauftragt worden sei. Dieser Auftrag sei von vornherein auf die Dauer von 2 Monaten, sohin bis zum 30.4.2002 beschränkt gewesen. Bei dieser Studie habe es sich um eine bloß vorläufige Untersuchung gehandelt, welche sich auf den gesamten Brenner Basistunnel bezogen und insgesamt beinahe 160 km Tunnel und Zugangstollen umfasst habe. Hauptzweck des erteilten Auftrages sei es gewesen, ganz allgemein die Möglichkeit der Verwendung von Tunnelbohrmaschinen-Technologien im Großteil des Tunnels anstatt des konventionellen Vortriebes mittels Sprengungen auszuloten, um dadurch sowohl Bauzeit als auch Baukosten reduzieren zu können. Herr Dr. J*** sei weder in weitere Aktivitäten, Planungen und/oder Studien für den Auftraggeber, noch in die Erstellung des BBT Kurzberichtes 2002 von Juni 2002 involviert gewesen. Zum Zeitpunkt der Erstellung seiner Studie sei ihm nur eine vorläufige und unvollständige Dokumentation, insbesondere hinsichtlich der geologischen Voraussetzungen zur Verfügung gestanden. Die bis zum Zeitpunkt dieser Studie durchgeführten geologischen Untersuchungen hätten sich im Wesentlichen lediglich auf die Haupttrassen des Tunnels und noch nicht auf die ersten 7,5 km des jetzt ausgeschriebenen Erkundungstollens, beginnend beim Portal Aicha, bezogen, da dieser außerhalb der Haupttrassen liege. Für rund 75% des den Gegenstand der nunmehrigen Ausschreibung bildenden Erkundungstollens hätten ihm somit überhaupt keine geologischen Daten zur Verfügung gestanden. Hinsichtlich der rechtlichen knapp 3 km sei lediglich eine Bohrung im Bereich südlich von Mauls im Brixner Granit erstellt worden. Ebenso seien ihm zum damaligen Zeitpunkt überhaupt keine endgültigen Informationen hinsichtlich der Deponien, der Logistik und auch keine Umweltstudie zur Verfügung gestanden. Diese Themenbereiche seien gar nicht Gegenstand der Untersuchung von Dr. J*** gewesen. Er sei nicht Mitglied der Arbeitsgruppe "Arge Deponie" gewesen und habe sich auch nicht mit den Themen "Standortwahl und Planung von Deponien auf italienischem Staatsgebiet" beschäftigt. Daher treffe die Behauptung der Antragstellerin, wonach er auch Zusammenhänge mit verfügbaren Deponievolumina, Logistik, Materialverwertung, unterschiedlichen Risikoszenarien und anderen Faktoren für die Findung eines insgesamt wirtschaftlich optimierten Konzeptes geprüft habe, nicht zu. Die in der Studie getroffenen Aussagen könnten als bloß vorläufig betrachtet werden, da noch keine Laboruntersuchungen an Gesteinsproben durchgeführt worden seien und der Gebirgsaufbau nur grundsätzlich bekannt, aber noch nicht in allen Details erforscht gewesen sei, was Inhalt der nächsten Erkundungsphase gewesen sei.

Bereits im BBT Kurzbericht 2002 werde in Kapitel C.3. auf die Notwendigkeit weiterer Untersuchungen, deren Gesamtkosten auf rund Euro 36 Millionen geschätzt worden seien, hingewiesen. Im Rahmen dieser Erkundungsstrategie werde zwischen zwei Phasen unterschieden, nämlich Phase IIa (Untersuchungen, die unverzüglich ausgeführt werden sollten) sowie Phase IIb (umfangreichere Untersuchungen). Mit der Erkundungsstrategie Phase II werde ua das Ziel verfolgt, die Unsicherheiten der geologischen, hydrogeologischen und geotechnischen Prognose auf ein akzeptables Restrisiko zu vermindern. Dass diese Untersuchungen erheblich über den Informationsstand während der Phase I hinausgingen, zeige sich beispielsweise daran, dass während der Phase I insgesamt lediglich 9 Bohrungen mit einer Gesamtlänge von knapp 4 km, während der Phase II hingegen 149 Bohrungen mit einer Gesamtlänge von knapp 20 km durchgeführt worden seien. Die Planung des ausschreibungsgegenständlichen Projektes basiere auf den Ergebnissen dieser zusätzlichen Untersuchungen der Phase II, welche nach Juni 2002 durchgeführt worden seien. In diese Planung sei Herr Dr. J*** nicht mehr involviert gewesen. Der Auftraggeber habe die Q*** mit der Planung für den Brenner Basistunnel beauftragt. In weiterer Folge sei eine Planungsgemeinschaft bestehend aus den Planungsbüros R*** und S*** mit der detaillierten Ausführungsplanung beauftragt worden. Die Ergebnisse der im Zuge der Phase II durchgeführten Untersuchungen seien sämtlichen Bietern im Rahmen der Ausschreibung mittels einer umfassenden geologischen Dokumentation zur Verfügung gestellt worden. Beispielsweise beruhe die Grundlage der geologischen Prognose auf der vertiefenden Untersuchung Nr. D0104, welche vom Auftraggeber erst während der Phase II zwischen 2003 und 2006 in Auftrag

gegeben worden sei. Bereits im BBT Kurzbericht 2002 werde in Kapitel C.3. auf die Notwendigkeit weiterer Untersuchungen, deren Gesamtkosten auf rund Euro 36 Millionen geschätzt worden seien, hingewiesen. Im Rahmen dieser Erkundungsstrategie werde zwischen zwei Phasen unterschieden, nämlich Phase römisch zwei a (Untersuchungen, die unverzüglich ausgeführt werden sollten) sowie Phase römisch zwei b (umfangreichere Untersuchungen). Mit der Erkundungsstrategie Phase römisch zwei werde ua das Ziel verfolgt, die Unsicherheiten der geologischen, hydrogeologischen und geotechnischen Prognose auf ein akzeptables Restrisiko zu vermindern. Dass diese Untersuchungen erheblich über den Informationsstand während der Phase römisch eins hinausgingen, zeige sich beispielsweise daran, dass während der Phase römisch eins insgesamt lediglich 9 Bohrungen mit einer Gesamtlänge von knapp 4 km, während der Phase römisch zwei hingegen 149 Bohrungen mit einer Gesamtlänge von knapp 20 km durchgeführt worden seien. Die Planung des ausschreibungsgegenständlichen Projektes basiere auf den Ergebnissen dieser zusätzlichen Untersuchungen der Phase römisch zwei, welche nach Juni 2002 durchgeführt worden seien. In diese Planung sei Herr Dr. J*** nicht mehr involviert gewesen. Der Auftraggeber habe die Q*** mit der Planung für den Brenner Basistunnel beauftragt. In weiterer Folge sei eine Planungsgemeinschaft bestehend aus den Planungsbüros R*** und S*** mit der detaillierten Ausführungsplanung beauftragt worden. Die Ergebnisse der im Zuge der Phase römisch zwei durchgeführten Untersuchungen seien sämtlichen Bietern im Rahmen der Ausschreibung mittels einer umfassenden geologischen Dokumentation zur Verfügung gestellt worden. Beispielsweise beruhe die Grundlage der geologischen Prognose auf der vertiefenden Untersuchung Nr. D0104, welche vom Auftraggeber erst während der Phase römisch zwei zwischen 2003 und 2006 in Auftrag gegeben worden sei.

Bei den in der Studie von Dr. J*** beschriebenen TBM-Technologien, deren Verwendbarkeit für den Brenner Basistunnel untersucht worden seien, handle es sich um bestens bekannte und bewährte Technologien. Diese seien bereits in den letzten 35 bis 40 Jahren in hunderten von Projekten und bei tausenden Kilometern von Tunnelarbeiten angewandt worden. Jeder Bieter, der sich am gegenständlichen Vergabeverfahren beteilige, müsse bereits Projekte dieser Art durchgeführt und mit den von Herrn Dr. J*** beschriebenen TBM-Typen gearbeitet haben. Diese Maschinen seien auch auf dem Markt ausreichend verfügbar. Von innovativen Lösungen könne daher keine Rede sein. Im Übrigen schreibe die Ausschreibung ausdrücklich die Verwendung einer offenen TBM oder einer TBM mit Doppelschild vor, sodass diesbezüglich auch gar keine innovativen Lösungen angeboten hätten werden können.

Darüber hinaus verfüge gerade die Antragstellerin über genau das gleiche "Vorwissen" wie Dr. J***. An den Vorarbeiten zum BBT Kurzbericht 2002, Bd. 5, sei auch die K*** beteiligt gewesen, für welche Herr DI T***, Sohn des Geschäftsführers der D***, Dir. U***, als Mitarbeiter tätig gewesen sei. Herr DI T*** sei Angestellter der D***, sohin eines Mitglieds der Antragstellerin, sodass der präsumtive Zuschlaseempfänger schon aus diesem Grund über keinen Wissensvorsprung gegenüber der Antragstellerin verfüge.

Aufgrund der zwischenzeitlich gewonnenen Erkenntnisse sei der Erkundungstollen letztlich völlig anders geplant worden als ursprünglich vorgesehen. So habe das Projekt 2002 einen Tunnel mit einem Durchmesser von 5 m vorgesehen, der ausgeschriebene Erkundungstollen sehe hingegen einen Durchmesser von 6 m vor. Dies entspreche einer Erhöhung des Querschnitts um rund 44%. Auch der Innendurchmesser sei von ursprünglich 4,3 m auf 5,6 m vergrößert worden, was einer Erhöhung der Querschnittsfläche um 70% entspreche. Im Projekt 2002 sei ein Tunnel mit einer Innenschale aus Tübbing vorgesehen gewesen. Das ausgeschriebene Projekt sei ohne Innenschale ausgeschrieben. Das Projekt 2002 habe keinen Ausbau nach der neuen österreichischen Tunnelbauweise (=Spitzbetonweise) vorgesehen. Das jetzige Projekt sehe hingegen für 90% der Strecke den Ausbau nach der NÖT vor. Das Projekt 2002 habe innerhalb des Tunnels einen Gleisbetrieb und ein Förderband vorgesehen. Das Aushubmaterial hätte mit dem Förderband aus dem Tunnel befördert werden sollen. Die Ausschreibung hingegen sehe kein Förderband, dafür aber zwei Gleisbetriebe vor. Der ausgeschriebene Erkundungstollen unterscheide sich jedoch erheblich von dem Projekt, welches Gegenstand der von Dr. J*** verfassten Studie sei. Darüberhinaus sei erst durch die nachfolgenden Untersuchungen eine solide Datenbasis geschaffen worden, die Bauarbeiten zum Erkundungstollen überhaupt ausschreiben zu können. Nur diese Datenbasis sei auch Grundlage für die zu legenden Angebote. Im Hinblick auf die weit reichenden Änderungen des letztlich ausgeschriebenen Erkundungstollens gegenüber dem ursprünglich vom Auftraggeber beabsichtigten Projekt, und zwar sowohl hinsichtlich Größe, Ausgestaltung, Trassenführung, als auch hinsichtlich der geologischen Voraussetzungen, könne die von Dr. J***

verfasste Studie nicht als Unterlage für das Vergabeverfahren angesehen werden. Aufgrund dieser Umstände und dem großen zeitlichen Abstand zwischen der Ausschreibung und der von Dr. J*** durchgeführten Studie bestehe auch nicht der geforderte enge sachliche und zeitliche Konnex zum gegenständlichen Vergabeverfahren.

Das Anforderungsprofil des Erkundungsstollens sei in keiner Weise auch nur annähernd kongruent mit den angestrebten Zielen des Forschungsprojektes TISROCK, welches noch dazu unabhängig von einem bestimmten Tunnelbauvorhaben entwickelt worden sei. Im Übrigen sei auch an TISROCK Univ. Ass. DI Dr. T*** als wissenschaftlicher Mitarbeiter beteiligt gewesen.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe ausschließlich solche Subunternehmer namhaft gemacht, die keine Arbeiten im Bereich Tunnelbau vornehmen. Für diese Subunternehmer bestehe nur eine reduzierte Nachweispflicht, welcher vollinhaltlich nachgekommen worden sei.

In der mündlichen Verhandlung vom 26.6.2007 brachte der Auftraggeber vor, dass Dr. J*** gemeinsam mit der K*** (Prof. L***, Dr. M***) im Rahmen einer Gesamtstudie einen Teil bezüglich der speziellen Untersuchung über maschinellen Vortrieb bei drückendem Gebirge erarbeitet habe. Dieser Teil der Studie sei innerhalb von 2 Monaten im Jahre 2002 zu einem Honorar von rund Euro 39.000,- von Dr. J*** gemeinsam mit Prof. L*** und Dr. M*** verfasst worden. Die Euro 39.000,- stellten das Gesamthonorar an alle 3 Personen dar. Es habe sich um eine allgemein gehaltene Untersuchung über die Verwendung von Tunnelbohrmaschinen unter drückenden Gebirgsverhältnissen gehandelt. Diese speziellen Untersuchungen hätten sich daher auf jene Abschnitte des Brennerbasistunnels bezogen, wo im Jahre 2002 Erkenntnisse über drückende Gebirgsverhältnisse vorgelegen seien. In der Zwischenzeit seien eine ganze Serie von geologischen Untersuchungen entlang der gesamten Strecke und auch spezifisch im Abschnitt Aicha-Mauls durchgeführt worden. Die Studie 2002 habe sich auf die gesamte Länge des Brennerbasistunnels bezogen. Damals sei drückendes Gestein zwischen Mauls-Vitsch sowie Steinach-Brenner vermutet worden. Im Bereich des nun ausgeschriebenen Erkundungsstollens gebe es kein drückendes Gebirge. Im Jahr 2005/2006 sei die gesamte Trasse nach Westen, im Jahre 2006 im spezifischen Abschnitt Aicha-Mauls der Streckenabschnitt des Erkundungstunnels ca. 500-700m weiter westlich und der Fensterstollen bei Mauls ca. 300m weiter nach Süden verschoben worden. Dies sei eine Vorgabe der italienischen Umweltverträglichkeitsstudie (UVS) gewesen. Es habe sich um eine allgemeine Studie gehandelt, die auch bei anderen Tunnelvorhaben, wie z.B. dem Gotthardtunnel, Anwendung finden könnte. Im Jahre 2002 seien über die gesamte Strecke des Basistunnels nur eine geringe Anzahl von geologischen Sondierbohrungen vorgelegen, wobei im speziellen Abschnitt Aicha-Mauls keine spezifischen geologischen Bohrungen vorhanden gewesen seien. Die Datengrundlagen seien daher einerseits aus geologischen Karten (Gesteinsarten, Gesteinskennwerte und lithologische Klassen) andererseits aus oberflächennahen Schürfungen, Erkundungen der beiden Landesinstitute für Geologie und den Bohrungen, welche damals schon vorgelegen seien, erarbeitet worden. Diese Daten seien in den Folgejahren gänzlich neu bearbeitet und allen Bietern im Rahmen des Ausführungsprojektes zur Verfügung gestellt worden. In der Studie werde vorgeschlagen, weitere Bohrungen durchzuführen sowie die Trasse zu verlegen, da zum damaligen Zeitpunkt noch große Unsicherheiten vorgeherrscht hätten. Bezüglich 7,5 km vom Portal Aicha hätten geologische Untersuchungen gefehlt. Es habe zwei Bohrungen östlich von Mauls gegeben, diese Bohrungen lägen jedoch in einem Bereich außerhalb des Erkundungsstollens. In der mündlichen Verhandlung vom 26.6.2007 brachte der Auftraggeber vor, dass Dr. J*** gemeinsam mit der K*** (Prof. L***, Dr. M***) im Rahmen einer Gesamtstudie einen Teil bezüglich der speziellen Untersuchung über maschinellen Vortrieb bei drückendem Gebirge erarbeitet habe. Dieser Teil der Studie sei innerhalb von 2 Monaten im Jahre 2002 zu einem Honorar von rund Euro 39.000,- von Dr. J*** gemeinsam mit Prof. L*** und Dr. M*** verfasst worden. Die Euro 39.000,- stellten das Gesamthonorar an alle 3 Personen dar. Es habe sich um eine allgemein gehaltene Untersuchung über die Verwendung von Tunnelbohrmaschinen unter drückenden Gebirgsverhältnissen gehandelt. Diese speziellen Untersuchungen hätten sich daher auf jene Abschnitte des Brennerbasistunnels bezogen, wo im Jahre 2002 Erkenntnisse über drückende Gebirgsverhältnisse vorgelegen seien. In der Zwischenzeit seien eine ganze Serie von geologischen Untersuchungen entlang der gesamten Strecke und auch spezifisch im Abschnitt Aicha-Mauls durchgeführt worden. Die Studie 2002 habe sich auf die gesamte Länge des Brennerbasistunnels bezogen. Damals sei drückendes Gestein zwischen Mauls-Vitsch sowie Steinach-Brenner vermutet worden. Im Bereich des nun ausgeschriebenen Erkundungsstollens gebe es kein drückendes Gebirge. Im Jahr 2005 aus 2006, sei die gesamte Trasse nach Westen, im Jahre 2006 im spezifischen Abschnitt Aicha-Mauls der Streckenabschnitt des Erkundungstunnels ca. 500-700m weiter westlich und der Fensterstollen bei Mauls ca. 300m weiter nach Süden verschoben worden. Dies sei eine Vorgabe der

italienischen Umweltverträglichkeitsstudie (UVS) gewesen. Es habe sich um eine allgemeine Studie gehandelt, die auch bei anderen Tunnelvorhaben, wie z.B. dem Gotthardtunnel, Anwendung finden könnte. Im Jahre 2002 seien über die gesamte Strecke des Basistunnels nur eine geringe Anzahl von geologischen Sondierbohrungen vorgelegen, wobei im speziellen Abschnitt Aicha-Mauls keine spezifischen geologischen Bohrungen vorhanden gewesen seien. Die Datengrundlagen seien daher einerseits aus geologischen Karten (Gesteinsarten, Gesteinskennwerte und lithologische Klassen) andererseits aus oberflächennahen Schürfungen, Erkundungen der beiden Landesinstitute für Geologie und den Bohrungen, welche damals schon vorgelegen seien, erarbeitet worden. Diese Daten seien in den Folgejahren gänzlich neu bearbeitet und allen Bietern im Rahmen des Ausführungsprojektes zur Verfügung gestellt worden. In der Studie werde vorgeschlagen, weitere Bohrungen durchzuführen sowie die Trasse zu verlegen, da zum damaligen Zeitpunkt noch große Unsicherheiten vorgeherrscht hätten. Bezüglich 7,5 km vom Portal Aicha hätten geologische Untersuchungen gefehlt. Es habe zwei Bohrungen östlich von Mauls gegeben, diese Bohrungen lägen jedoch in einem Bereich außerhalb des Erkundungsstollens.

Die Studie habe sich auf sämtliche Bohrmaßnahmen entlang des Brennerbasistunnels einschließlich der Erkundungsstollen und des Hauptstollens bezogen. Mittlerweile hätten sich die Trassierung, die geometrischen Verhältnisse und der Ausbau des Erkundungsstollens komplett geändert. Dieses spezifische Projekt des Abschnittes Aicha-Mauls sei erst im Jahre 2006 im Rahmen des Ausschreibungsprojektes erstellt worden. An diesem Ausschreibungsprojekt seien Prof. L***, Dr. M*** und Dr. J*** nicht beteiligt gewesen. Nach Abschluss des Vorprojektes (2002) seien eine ganze Serie von geologischen Bohrungen, neuen Definitionen der Gebirgskennwerte (Laboruntersuchungen) und eine neue Projektierung der Tunnelbaumethode und des Gebirgsverhaltens vorgenommen worden. Spezifisch sei die Geologie und die Geotechnik nach den Jahren 2002 bis 2006 von Prof. N***, Dr. O*** und Dr. P*** erarbeitet worden. Diese Neubearbeitung diene als Grundlage für die Erstellung des Ausschreibungsprojektes. Im Rahmen des Einreichprojektes für die UVP und die eisenbahnrechtliche Genehmigung seien ab Mitte 2004 weitere 149 Probebohrungen mit rund 20km Gesamtlänge durchgeführt sowie Analysen der geologischen Daten vorgenommen worden. Von August bis Dezember 2006 sei ein Ausführungsprojekt mit externen Planern als Grundlage für den nunmehr ausgeschriebenen Erkundungsstollen durchgeführt worden, an dem Dr. J***, Dr. M*** und Prof. L*** nicht beteiligt gewesen seien. Die Kenntnisse aus dieser Studie seien nicht verwendbar, da im ausgeschriebenen Bereich kein drückendes Gebirge vorherrsche und die Ausschreibung den Bietern die Wahl der Tunnelbohrmaschine (Schild, offene TBM) überlasse. Im hier gegenständlichen Brixnergranit würde jeder Auftraggeber einen maschinellen Vortrieb vornehmen, da es sich um absolut standsicheres Gebirge handle. Die Studie habe keine Entscheidungsgrundlage für die Wahl des Einsatzes einer Tunnelbohrmaschine gebildet. Für die interne und externe Planung des gesamten Projektes einschließlich Erkundungsstollen und Haupttrasse seien Euro 500 Mio. geschätzt (Preisbasis 2006) worden.

Dr. V*** (BBT) unterstrich, dass die damals existierenden geologischen Daten nur auf Daten beruhten, die von ähnlichen Projekten oder aus der Literatur abgeleitet worden wären und dass es keine direkte Untersuchung bzw. Laboruntersuchung gebe, die für die Studie der Trasse und die Entwicklung des Projekts durchgeführt worden wären. Für jenen Teil der Trasse, die nicht mit der Trasse des Haupttunnels zusammenfalle, das seien fast 70% der gesamten Länge, seien keine geologischen Daten vorhanden gewesen. Zwischen 2004 und 2006 seien für den infrage stehenden Abschnitt 2 Projektphasen entwickelt worden: eine für das definitive Projekt, das vergleichbar sei mit dem österreichischen UVP-Projekt und ein Ausführungsprojekt, das in etwa vergleichbar sei mit dem österreichischen Ausschreibungsprojekt, auf Basis von Laboruntersuchungen und Untersuchungen der hydrologischen, geotechnischen und geologischen Gegebenheiten. Die Unterschiede bestünden im Wesentlichen im Trassenverlauf. Die Trasse des Erkundungsstollens Aicha-Mauls verlief jetzt im Großteil ihrer Länge bis um 700m verschoben nach Westen, während der Fensterstollen Mauls um ca. 300m südlich und die Trasse des Hauptstollens im Bereich zwischen Franzensfeste und Mauls um ca. 100m nach Westen verschoben worden sei. Damit hätten sich auch die Anschlussstellen des Erkundungsstollens an den Haupttunnel und des Fensterstollens verschoben. Auf Grundlage der hydrogeologischen Studien, die in der 2. Phase erfolgt seien und der Vorschriften für die Baulogistik, die nach der UVP von den Südtiroler Behörden auferlegt worden seien, seien folgende Änderungen eingeführt worden: Eine Erhöhung des Durchmessers von 5 auf 6m, was eine um 50% größere Ausbruchfläche mit sich bringe, eine andere Art von Ausbau und eine andere Funktion, was den Abtransport des Ausbruchsmaterials betreffe. Sei dieser zuerst mittels Förderband vorgesehen gewesen, so sei jetzt die Möglichkeit eines Abtransportes per Schiene vorgesehen. Im Jahr 2002 sei eine Tübbingauskleidung mit einer Schild-TBM über die ganze Länge des Erkundungsstollens vorgesehen gewesen. Jetzt

stünde es dem Bieter frei, entweder eine offene TBM zu verwenden oder eine Zweischild-TBM. Fast die gesamte Länge des Erkundungsstollens (90%) werde nur mit Stützvorrichtungen ausgekleidet, nur etwa 10% entweder mit Tübbing oder mit Ortbeton, falls es die Felsverhältnisse erforderten. In diesen Abschnitten, wo es eine schwierige Felslage gebe, werde bei Verwendung einer Zweischild-TBM die Auskleidung in Tübbing vorgenommen, bei Verwendung einer offenen TBM die Auskleidung in Ortbeton. Eine schwierige Felslage bedeute, Gebirge der Klasse 4 nach der Klassifikation von Bienawski, es handle sich hierbei nicht um druckhaftes Gebirge. Im Jahr 2000-2002 sei noch keine Art von Deponie genehmigt gewesen, es habe nur eine Reihe von Vorschlägen, zur Prüfung durch die zuständigen Behörden gegeben. Diese Vorschläge seien von einem anderen Auftragnehmer, nicht von Dr. J***, erstellt worden. Bei der UVP, die Mitte des Jahres 2003 stattgefunden habe, hätten die Behörden sowohl die zu verwendenden Deponien vorgeschrieben als auch die Art des Abtransportes des Ausbruchmaterials. Diese Festlegungen seien sodann in das Projekt eingeflossen. Bezüglich jenes Teils des Materials, das im ersten Abschnitt ausgebrochen werde und von dem anzunehmen sei, dass es von guter Qualität sei, werde jener Teil, der nicht für den Pilotstollen verwendet werde, an Dritte abgegeben. Der nicht verwertbare Teil komme in eine Deponie, die von der Behörde angegeben sei. Eine wichtige Vorschrift der Behörde betreffe den Transport des Materials von der Ausbruchstelle zur Deponie, wobei vorgeschrieben sei, dass dieser Transport durch elektrisch gesteuerte Vorrichtungen wie Förderband, Seilbahn oder per Schiene erfolge.

Der Zeuge Univ. Prof. DI L*** führte aus, Inhalt des Auftrags sei die Entwicklung eines innovativen Konzeptes zum Bau des Brennerbasistunnels in seiner Gesamtheit unter größtmöglicher Verwendung von TBM gewesen. Er habe einen Großteil der Langfassung sowie die Kurzfassung erstellt. Er wüsste nicht, ob Dr. J*** die Langfassung erhalten habe. Der Langfassung sei nicht wesentlich mehr zu entnehmen, als der Kurzfassung. Er habe die Unterschiede als nicht Wesentlich in Erinnerung. Ein Schwerpunkt von Dr. J*** sei die Ermittlung von Elementkosten für die maschinellen Vortriebe gewesen. Dabei habe es sich einerseits um den Haupttunnel andererseits um den Erkundungsstollen gehandelt. Die Studie habe sich so gut wie gar nicht mit drückendem Gebirge beschäftigt. Dies sei Thema des Forschungsprojektes TISROCK gewesen. Die Abschnitte mit druckhaftem Gebirge sollten in konventionellem Vortrieb (mittels Sprengung, nicht TBM) aufgefahen werden. Die druckhaften Abschnitte seien überwiegend im Nordteil, in Österreich. Im ausgeschriebenen Bereich Aicha-Mauls befinde sich kein druckhaftes Gebirge. Der heutige Wissensstand sei ein völlig anderer als zum Zeitpunkt der Erstellung der Studie. Damals habe es nur zwei Tiefbohrungen und entsprechend unsichere geologische Daten gegeben. Detailliertere Studien seien erst nach Abschluss der Studie durchgeführt worden, der Abschluss dieser vertieften Erkundungen sei erst Ende 2006 erfolgt. Die Entwicklung eines solchen Projektes erfolge immer in mehreren Phasen, die damalige Phase entspreche einer Machbarkeitsstudie. Es sei einerseits um die technische Machbarkeit andererseits auch um eine erste grobe Kostenschätzung gegangen. Seither sei das Projekt laufend weiterentwickelt worden. Die Trassenführung sei in einigen Bereichen geändert worden, auch im Bereich Aicha-Mauls, aber nicht so wesentlich wie in Innsbruck. Die Ergebnisse aus dem damaligen Vorprojekt seien heute kaum mehr verwertbar. Er habe einen geologischen Bericht und einen geotechnischen Bericht zur Erstellung der Studie vorab erhalten. Die darin enthaltenen Daten seien zwar detailliert gewesen, jedoch aus der Literatur und von anderen Projekten abgeleitet. Die Literatur sei öffentlich zugänglich gewesen. Bereits seit dem Jahr 1987 sei er mit dem Projekt Brennerbasistunnel beschäftigt, allerdings noch mit anderen Trassenführungen. Aus heutiger Sicht seien die damaligen Daten des geotechnischen Berichtes wenig bis gar nicht verwertbar und würden keinen Wissensvorsprung bieten. Mit Einverständnis des Auftraggebers hätten Dr. M*** und Dr. W*** (habe für die BBT die Geologie und Geotechnik bearbeitet) nach Beendigung der Studie mindestens einen Vortrag (beim Geomechanik Kolloquium in Salzburg) über die Geologie und Geotechnik des Brennerbasistunnels gehalten. Dieser Vortrag sei auch nachträglich publiziert worden.

Prof. L*** sei Initiator und Projektkoordinator des europäischen Forschungsprojektes TISROCK gewesen. Gegenstand des Projekts sei die Entwicklung von ganzheitlichen Methoden zur Herstellung von tief liegenden Tunneln im druckhaften Gebirge mit TBM gewesen und zwar unabhängig von einem bestimmten Tunnel. Es habe 5 Arbeitsgruppen gegeben, an einer hätten H*** und I*** teilgenommen. Die Ergebnisse von TISROCK seien für den ausgeschriebenen Erkundungsstollen nicht relevant, da weder drückendes Gebirge noch der entsprechende Ausbruchsdurchmesser (TISROCK 10m) vorliege.

Der Zeuge Dr. J*** führte aus, dass er zum Zeitpunkt der Erstellung des Angebotes Vorsitzender des Verwaltungsrates der H*** gewesen sei. Er habe als Konsulent eine Arbeit hinsichtlich der Möglichkeit, die Methode TBM anstatt der

konventionellen Methode bei dem allgemeinen Projekt anzuwenden, gemacht. Er habe diesen Auftrag zwei Monate lang durchgeführt, wovon er 16 Tage für das Projekt aufgewendet habe. Für diesen Auftrag habe er Euro 28.000,- bis Euro 30.000,- erhalten. Euro 20.000,- bis Euro 25.000,- entfielen auf die Bearbeitung für das Projekt, der Rest seien Reisespesen gewesen. Er sei persönlich als Konsulent beauftragt worden. Als ihn die BBT gebeten habe, diese Beratungstätigkeit zu erbringen, als Experte aus der Praxis, habe er darum ersucht, seinen Auftrag möglichst zu limitieren, damit er sicher sein könne, später, falls es zu einer Beteiligung der H*** an der Ausschreibung komme, keine Probleme zu haben. Prof. L*** sei der Leiter der Arbeitsgruppe gewesen, Dr. J*** habe insbesondere die Aufgabe die TBM-Maschinen im Hinblick auf ihre Verwendbarkeit für das Projekt Brennerbasistunnel zu überprüfen gehabt. Zu diesem Zeitpunkt seien sowohl der Ärmelkanal und der St. Gotthard Tunnel mit TBM gebaut worden und die BBT habe wissen wollen, ob es prinzipiell möglich sei, dasselbe System für den Brennerbasistunnel zu verwenden. Der Auftrag sei an ihn persönlich erteilt worden. Seine Aufgabe sei es gewesen, zusammen mit Prof. L***, die damals verfügbaren TBM-Maschinen darauf zu prüfen, ob sie bei den damals zur Verfügung stehenden Daten für den Ausbruch des Brennertunnels geeignet wären. Sie hätten sich dabei nicht sehr viel mit dem Problem des drückenden Gebirges beschäftigt, damals habe es noch nicht sehr viele Daten gegeben. Sie hätten nur auf die Möglichkeit hingewiesen, dass in großen Tiefen solch drückendes Gebirge vorhanden sein könnte. In ihrer Vorstudie sei dort, wo man drückendes Gebirge vermutete, von der Verwendung von TBM abgeraten oder diese ausgeschlossen worden. Sie seien dabei aber nicht sehr ins Detail gegangen. Prof. L*** habe den Lang- und den Kurzbericht erstellt. Die Daten, die Dr. J*** zur Verfügung gestanden seien, seien die Trasse des Tunnels gewesen, die ihm die BBT gegeben habe und geologische Daten, die hauptsächlich aus der Literatur bekannt gewesen seien. Es habe zwar keine speziellen Untersuchungen und Daten zu dem in Frage stehenden Bauwerk gegeben, die geologischen Formationen seien jedoch bekannt, da dort seit 200/300 Jahren gebaut werde. Sowohl bei der Übermittlung der Daten sei von der BBT immer betont worden, dass es sich hauptsächlich um Daten aus der Literatur handle, als auch in ihrem Bericht hätten Dr. J*** und Prof. L*** immer präzisiert, dass die geologischen Daten sehr provisorisch seien und spezielle geologische Untersuchungen durchgeführt werden müssten. Es seien spezielle Daten für den Brennerbasistunnel ermittelt und 9 Bohrungen durchgeführt worden. Für den jetzt ausgeschriebenen Teil seien keine Bohrungen erfolgt, da es sich aufgrund der Trassenänderung um andere geologische Formationen handle. Sie hätten die Möglichkeit der Verwendung vom TBM sowohl im Haupttunnel als auch im Erkundungsstollen, also über die ganze Länge, überprüft. Wobei der Erkundungsstollen ca. 57km, der gesamte Tunnel 160km lang sei. Zum Zeitpunkt der Erstellung der Studie habe sich die Trasse des Erkundungsstollens und der Fensterstollen in einer anderen Position befunden. Die Trasse von 2002 und die jetzige würden sich um ca. 700m unterscheiden. Im definitiven Projekt, das in die Ausschreibung gegangen sei, habe der Tunnel eine andere Lage als damals. Das Projekt, das damals für den Tunnel erstellt worden sei, sei anders gewesen, als das heutige. Die Dimensionierung des Tunnels, die Auskleidung und auch die Funktion des Tunnels sei anders gewesen, sodass, abgesehen von der Tatsache, dass es sich um eine vorläufige Schätzung gehandelt habe, das damalige Projekt völlig verschieden von dem jetzigen Projekt für die Ausschreibung gewesen sei. Er sei nach Erstellung der Studie an keinen weiteren Studien oder Projekten des Auftraggebers beteiligt gewesen, ebenso wenig an der Planung des nunmehr ausgeschriebenen Projekts. Bei der Erstellung der Studie hätten Dr. J***, Prof. L*** und DI Dr. T*** eine grobe Schätzung der Tunnelkosten vorgenommen, weil die BBT die Größenordnung habe wissen wollen. Sie hätten keine spezifischen Daten vom Auftraggeber erhalten sondern die Kosten ähnlicher Tunnel heran gezogen, die damals gebaut worden seien (Gotthardtunnel, Ärmelkanaltunnel u.a. Tunnel in Österreich), über deren Daten Herr Prof. L*** verfügt habe und einen Marktvergleich erstellt. Auf die Frage, ob man die Maschine für mehrere Tunnel verwenden könne, führte Dr. J*** aus, dass eine Maschine einen gewissen Durchmesser habe und nur für diesen Durchmesser und für die geologischen Verhältnisse, für die sie gedacht sei, verwendet werden könne. Wenn der Durchmesser des Erkundungsstollens und des Hauptstollens verschieden wären, könne sie nicht verwendet werden. Hätten zwei Erkundungsstollen denselben Durchmesser, aber verschiedene geologische Verhältnisse, könne sie ebenfalls nicht verwendet werden. Nur wenn Durchmesser und geologische Verhältnisse gleich wären, könne dieselbe Maschine verwendet werden. Betrage der Unterschied im Durchmesser ca. 10 od. 20cm, könne man die Maschine umbauen, aber das koste etwas. Wenn die Differenz des Durchmessers so groß wäre, wie zwischen Erkundungs- und Hauptstollen, wäre es nicht möglich, sie umzubauen. Wenn die geologischen Verhältnisse sehr verschieden wären, könne man die Maschine nicht umbauen. Wenn sie ähnlich wären, wahrscheinlich schon, dann müsste man aber eine Studie zu dieser Frage machen. Eine wesentliche Bedingung für die Verwendung einer Maschine in verschiedenen Tunnels sei, dass die Tunnelauskleidung dieselbe wäre. Die Daten für die geologischen Formationen

im Bereich des Brennerbasistunnels seien bekannt, da hier 100e von Bauwerken stünden. Deshalb gebe es eine breite Literatur dazu. Für ein bestimmtes Bauwerk müsse allerdings eine spezielle Studie erstellt werden. Die ihm zur Verfügung gestellten Daten hätten aus der Literatur gestammt, die allen zugänglich gewesen sei und seien z.B. von der Uni XXX zur Verfügung gestellt worden, weiters aus geologischen Karten von Österreich und Italien sowie aus Studien von Professoren. Darüber hinaus seien ihm Daten von 9 speziellen Bohrungen zur Verfügung gestellt worden. Keine dieser 9 Bohrungen habe sich auf den nun ausgeschriebenen Teil des Erkundungsstollens des Brennerbasistunnels bezogen. Außerdem seien bei diesen Bohrungen keine Proben entnommen worden, um die geomechanischen Eigenschaften des Gebirges zu untersuchen. Es seien also keine sehr tief gehenden Untersuchungen gewesen. Wenngleich im Kurzbericht die Verwendung von TBM als innovative Methode bezeichnet worden sei, sei die TBM-Methode im Jahr 2002 jedoch nicht innovativ gewesen, da sie bereits 50 Jahre alt gewesen wäre. Sie sei nur für die BBT innovativ gewesen auf Grund der Tatsache, dass man die Methode TBM anstatt der konventionellen Methode mittels Sprengung ins Auge gefasst habe. Was die TBM-Technologie betreffe, so habe es seit dem Jahr 2002 keine sehr großen Innovationen gegeben. Die Maschinen, die die BBT für die Errichtung des gegenständlichen Tunnels vorgesehen hätte, seien konventionelle Maschinen, die seit mindestens 35 Jahren auf dem Markt seien. Die Ergebnisse von TISROCK seien für den ausgeschriebenen Erkundungsstollen nicht relevant. Das Ziel von TISROCK sei es gewesen, Maschinen mit größeren Dimensionen, also mit größeren Durchmessern als jene des Erkundungsstollens zu untersuchen. TISROCK sei auf kein spezielles Projekt ausgerichtet gewesen. Der Zweck des Projektes sei es gewesen, neue innovative Maschinen zu finden, also ganz andere, als die in der Ausschreibung vorgesehenen. TISROCK habe keine neue Maschine gebracht. Alle Tabellen, die er Prof. L*** zur Verfügung gestellt habe, seien in den Kurzbericht eingeflossen. Die speziellen geologischen und geotechnischen Daten hätten seit dem Jahr 2002 eine Innovation erfahren. In der Vergangenheit habe es solche Daten nur in der Literatur gegeben. Von 2002 bis heute seien sehr eingehende Untersuchungskampagnen durchgeführt worden, sodass auch in den Ausschreibungsunterlagen viel detaillierte Analysen der geologischen Daten des Tunnels enthalten gewesen seien. Der Zeuge Dr. J*** führte aus, dass er zum Zeitpunkt der Erstellung des Angebotes Vorsitzender des Verwaltungsrates der H*** gewesen sei. Er habe als Konsulent eine Arbeit hinsichtlich der Möglichkeit, die Methode TBM anstatt der konventionellen Methode bei dem allgemeinen Projekt anzuwenden, gemacht. Er habe diesen Auftrag zwei Monate lang durchgeführt, wovon er 16 Tage für das Projekt aufgewendet habe. Für diesen Auftrag habe er Euro 28.000,- bis Euro 30.000,- erhalten. Euro 20.000,- bis Euro 25.000,- entfielen auf die Bearbeitung für das Projekt, der Rest seien Reisespesen gewesen. Er sei persönlich als Konsulent beauftragt worden. Als ihn die BBT gebeten habe, diese Beratungstätigkeit zu erbringen, als Experte aus der Praxis, habe er darum ersucht, seinen Auftrag möglichst zu limitieren, damit er sicher sein könne, später, falls es zu einer Beteiligung der H*** an der Ausschreibung komme, keine Probleme zu haben. Prof. L*** sei der Leiter der Arbeitsgruppe gewesen, Dr. J*** habe insbesondere die Aufgabe die TBM-Maschinen im Hinblick auf ihre Verwendbarkeit für das Projekt Brennerbasistunnel zu überprüfen gehabt. Zu diesem Zeitpunkt seien sowohl der Ärmelkanal und der St. Gotthard Tunnel mit TBM gebaut worden und die BBT habe wissen wollen, ob es prinzipiell möglich sei, dasselbe System für den Brennerbasistunnel zu verwenden. Der Auftrag sei an ihn persönlich erteilt worden. Seine Aufgabe sei es gewesen, zusammen mit Prof. L***, die damals verfügbaren TBM-Maschinen darauf zu prüfen, ob sie bei den damals zur Verfügung stehenden Daten für den Ausbruch des Brennertunnels geeignet wären. Sie hätten sich dabei nicht sehr viel mit dem Problem des drückenden Gebirges beschäftigt, damals habe es noch nicht sehr viele Daten gegeben. Sie hätten nur auf die Möglichkeit hingewiesen, dass in großen Tiefen solch drückendes Gebirge vorhanden sein könnte. In ihrer Vorstudie sei dort, wo man drückendes Gebirge vermutete, von der Verwendung von TBM abgeraten oder diese ausgeschlossen worden. Sie seien dabei aber nicht sehr ins Detail gegangen. Prof. L*** habe den Lang- und den Kurzbericht erstellt. Die Daten, die Dr. J*** zur Verfügung gestanden seien, seien die Trasse des Tunnels gewesen, die ihm die BBT gegeben habe und geologische Daten, die hauptsächlich aus der Literatur bekannt gewesen seien. Es habe zwar keine speziellen Untersuchungen und Daten zu dem in Frage stehenden Bauwerk gegeben, die geologischen Formationen seien jedoch bekannt, da dort seit 200/300 Jahren gebaut werde. Sowohl bei der Übermittlung der Daten sei von der BBT immer betont worden, dass es sich hauptsächlich um Daten aus der Literatur handle, als auch in ihrem Bericht hätten Dr. J*** und Prof. L*** immer präzisiert, dass die geologischen Daten sehr provisorisch seien und spezielle geologische Untersuchungen durchgeführt werden müssten. Es seien spezielle Daten für den Brennerbasistunnel ermittelt und 9 Bohrungen durchgeführt worden. Für den jetzt ausgeschriebenen Teil seien keine Bohrungen erfolgt, da es sich aufgrund der Trassenänderung um andere geologische Formationen handle. Sie hätten die Möglichkeit der Verwendung vom TBM sowohl im Haupttunnel als

auch im Erkundungsstollen, also über die ganze Länge, überprüft. Wobei der Erkundungsstollen ca. 57km, der gesamte Tunnel 160km lang sei. Zum Zeitpunkt der Erstellung der Studie habe sich die Trasse des Erkundungsstollens und der Fensterstollen in einer anderen Position befunden. Die Trasse von 2002 und die jetzige würden sich um ca. 700m unterscheiden. Im definitiven Projekt, das in die Ausschreibung gegangen sei, habe der Tunnel eine andere Lage als damals. Das Projekt, das damals für den Tunnel erstellt worden sei, sei anders gewesen, als das heutige. Die Dimensionierung des Tunnels, die Auskleidung und auch die Funktion des Tunnels sei anders gewesen, sodass, abgesehen von der Tatsache, dass es sich um eine vorläufige Schätzung gehandelt habe, das damalige Projekt völlig verschieden von dem jetzigen Projekt für die Ausschreibung gewesen sei. Er sei nach Erstellung der Studie an keinen weiteren Studien oder Projekten des Auftraggebers beteiligt gewesen, ebenso wenig an der Planung des nunmehr ausgeschriebenen Projekts. Bei der Erstellung der Studie hätten Dr. J***, Prof. L*** und DI Dr. T*** eine grobe Schätzung der Tunnelkosten vorgenommen, weil die BBT die Größenordnung habe wissen wollen. Sie hätten keine spezifischen Daten vom Auftraggeber erhalten sondern die Kosten ähnlicher Tunnel heran gezogen, die damals gebaut worden seien (Gotthardtunnel, Ärmelkanaltunnel u.a. Tunnel in Österreich), über deren Daten Herr Prof. L*** verfügt habe und einen Marktvergleich erstellt. Auf die Frage, ob man die Maschine für mehrere Tunnel verwenden könne, führte Dr. J*** aus, dass eine Maschine einen gewissen Durchmesser habe und nur für diesen Durchmesser und für die geologischen Verhältnisse, für die sie gedacht sei, verwendet werden könne. Wenn der Durchmesser des Erkundungsstollens und des Hauptstollens verschieden wären, könne sie nicht verwendet werden. Hätten zwei Erkundungsstollen denselben Durchmesser, aber verschiedene geologische Verhältnisse, könne sie ebenfalls nicht verwendet werden. Nur wenn Durchmesser und geologische Verhältnisse gleich wären, könne dieselbe Maschine verwendet werden. Betrage der Unterschied im Durchmesser ca. 10 od. 20cm, könne man die Maschine umbauen, aber das koste etwas. Wenn die Differenz des Durchmessers so groß wäre, wie zwischen Erkundungs- und Hauptstollen, wäre es nicht möglich, sie umzubauen. Wenn die geologischen Verhältnisse sehr verschieden wären, könne man die Maschine nicht umbauen. Wenn sie ähnlich wären, wahrscheinlich schon, dann müsste man aber eine Studie zu dieser Frage machen. Eine wesentliche Bedingung für die Verwendung einer Maschine in verschiedenen Tunnels sei, dass die Tunnelauskleidung dieselbe wäre. Die Daten für die geologischen Formationen im Bereich des Brennerbasistunnels seien bekannt, da hier 100e von Bauwerken stünden. Deshalb gebe es eine breite Literatur dazu. Für ein bestimmtes Bauwerk müsse allerdings eine spezielle Studie erstellt werden. Die ihm zur Verfügung gestellten Daten hätten aus der Literatur gestammt, die allen zugänglich gewesen sei und seien z.B. von der Uni römisch 30 zur Verfügung gestellt worden, weiters aus geologischen Karten von Österreich und Italien sowie aus Studien von Professoren. Darüber hinaus seien ihm Daten von 9 speziellen Bohrungen zur Verfügung gestellt worden. Keine dieser 9 Bohrungen habe sich auf den nun ausgeschriebenen Teil des Erkundungsstollens des Brennerbasistunnels bezogen. Außerdem seien bei diesen Bohrungen keine Proben entnommen worden, um die geomechanischen Eigenschaften des Gebirges zu untersuchen. Es seien also keine sehr tief gehenden Untersuchungen gewesen. Wenngleich im Kurzbericht die Verwendung von TBM als innovative Methode bezeichnet worden sei, sei die TBM-Methode im Jahr 2002 jedoch nicht innovativ gewesen, da sie bereits 50 Jahre alt gewesen wäre. Sie sei nur für die BBT innovativ gewesen auf Grund der Tatsache, dass man die Methode TBM anstatt der konventionellen Methode mittels Sprengung ins Auge gefasst habe. Was die TBM-Technologie betreffe, so habe es seit dem Jahr 2002 keine sehr großen Innovationen gegeben. Die Maschinen, die die BBT für die Errichtung des gegenständlichen Tunnels vorgesehen hätte, seien konventionelle Maschinen, die seit mindestens 35 Jahren auf dem Markt seien. Die Ergebnisse von TISROCK seien für den ausgeschriebenen Erkundungsstollen nicht relevant. Das Ziel von TISROCK sei es gewesen, Maschinen mit größeren Dimensionen, also mit größeren Durchmessern als jene des Erkundungsstollens zu untersuchen. TISROCK sei auf kein spezielles Projekt ausgerichtet gewesen. Der Zweck des Projektes sei es gewesen, neue innovative Maschinen zu finden, also ganz andere, als die in der Ausschreibung vorgesehenen. TISROCK habe keine neue Maschine gebracht. Alle Tabellen, die er Prof. L*** zur Verfügung gestellt habee, seien in den Kurzbericht eingeflossen. Die speziellen geologischen und geotechnischen Daten hätten seit dem Jahr 2002 eine Innovation erfahren. In der Vergangenheit habe es solche Daten nur in der Literatur gegeben. Von 2002 bis heute seien sehr eingehende Untersuchungskampagnen durchgeführt worden, sodass auch in den Ausschreibungsunterlagen viel detaillierte Analysen der geologischen Daten des Tunnels enthalten gewesen seien.

Der Zeuge DI AA*** gab bekannt, dass er bei der BBT EWIV in den Jahren Juni 2001 bis Mai 2002 mit freiem Dienstvertrag beschäftigt und zum Zeitpunkt der Erstellung der Studie in der Projektleitung tätig gewesen sei. Der Langbericht bezüglich des Teilprojektes "Maschinelle Vortriebskonzepte" umfasse ca. 50 Seiten. Die Ergebnisse von

L*** J*** seien auf den Seiten 171 bis 187 des Kurzberichtes dargestellt. Die Ergebnisse der Berechnungen, die im Langbericht enthalten seien, fänden sich auch im Kurzbericht, die Herleitungen zu den Ergebnissen jedoch nur im Langbericht. Gegenüber dem Kurzbericht fänden sich im Langbericht zusätzliche Tabellen. Im Kurzbericht befänden sich zusammenfassende Tabellen, Detailtabellen nur im Langbericht. Prof. L*** und Dr. J*** seien zur Erstellung der Studie geometrische Daten des Tunnels sowie geologische und geotechnische Grundlagen übergeben worden. Es habe sich dabei um eigene Daten, die durch die Projektgruppe Baugeschichte/Geotechnische Trassenbewertung erarbeitet worden seien, gehandelt. Eine Zusammenfassung dieser Daten sei in der Kurzfassung des technischen Projekts zur Verfügung gestellt worden. Darüber hinaus gebe es auch Literaturhinweise zu diesen Daten. Die Detailtabelle mit den geologischen und geotechnischen Daten fehle in der Kurzfassung, eine zusammenfassende Darstellung dieser Daten sei jedoch auch in der Kurzfassung enthalten. Es habe zum damaligen Zeitpunkt keine Bohrungsinformationen gegeben, die Dr. J*** und Prof. L*** zur Verfügung gestellt worden wären. Er nehme an, dass zu diesem Zeitpunkt geologische Kartierungen des ausgeschriebenen Abschnittes die einzige Grundlage für die geologische und geotechnische Ausarbeitung gebildet hätte. Die geologische Karte sei öffentlich zugänglich, darüber hinaus habe die BBT Aufträge für zusätzliche geologische Darstellungen erteilt. Zum Zeitpunkt der Erstellung der Studie 2002 seien mit sehr geringen Informationen und aufgrund von großen Erfahrungen Erstaussagen zur Frage der Machbarkeit des maschinellen Vortriebs beim Brennerbasistunnel getroffen worden.

Dr. V*** (BBT) ergänzte, dass die BBT direkte Aufträge für die geologische Kartografie erteilt habe und zwar Forschungsaufträge an die Uni XXX (Verantwortlicher Prof. N***), an die geologische Bundesanstalt und an das Consorzio XXX (Verantwortlicher Prof. BB***). Dies seien universitäre Forschungsaufträge, die nicht unter das Betriebsgeheimnis fielen sondern veröffentlicht werden mussten. Die Ergebnisse dieser Aufträge seien als Kurzbericht im Internet sicher vor Ende des Jahres 2002 veröffentlicht worden. Alle Kurzberichte zu diesem Vorprojekt seien Ende Juni fertig gestellt und bis Ende Dezember 2002 alle verfügbaren Kurzberichte und beiliegenden grafischen Darstellungen auf der Homepage der BBT veröffentlicht und somit allen zugänglich gemacht worden. Dr. V*** (BBT) ergänzte, dass die BBT direkte Aufträge für die geologische Kartografie erteilt habe und zwar Forschungsaufträge an die Uni römisch 30 (Verantwortlicher Prof. N***), an die geologische Bundesanstalt und an das Consorzio römisch 30 (Verantwortlicher Prof. BB***). Dies seien universitäre Forschungsaufträge, die nicht unter das Betriebsgeheimnis fielen sondern veröffentlicht werden mussten. Die Ergebnisse dieser Aufträge seien als Kurzbericht im Internet sicher vor Ende des Jahres 2002 veröffentlicht worden. Alle Kurzberichte zu diesem Vorprojekt seien Ende Juni fertig gestellt und bis Ende Dezember 2002 alle verfügbaren Kurzberichte und beiliegenden grafischen Darstellungen auf der Homepage der BBT veröffentlicht und somit allen zugänglich gemacht worden.

In der mündlichen Verhandlung brachte die Antragstellerin weiters vor, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger im Angebot nicht dargelegt habe, dass er über die im Angebot namhaft gemachten Subunternehmer tatsächlich verfüge, sowie dass die Leistungsteile, für welche die Subunternehmer eingesetzt werden sollten, nicht erkennbar seien, weshalb auch aus diesen Gründen das Angebot auszuschneiden wäre, zumal Leistungsteile, die angegeben worden seien, nicht einmal Ausschreibungsgegenstand seien. Der Vertreter des präsumtiven Zuschlagsempfängers erwiderte, dass das Leistungsverzeichnis keine Leistungsgruppen enthielte und sie sich im Rahmen der Nennung der Subunternehmer nicht, wie die Antragstellerin vermeine, auf solche Leistungsgruppen im Zusammenhang mit der Nennung der Subunternehmer berufe, sondern auf die Tätigkeitskategorien nach den italienischen gewerberechtlichen Vorschriften. Die Bekanntgabe einzelner Leistungspositionen in diesem Zusammenhang sei weder vom Auftraggeber verlangt noch hätte der im betreffenden Formular Bietererklärung L.4. vorgesehene Platz dafür gereicht. Für die Genehmigung der Subunternehmer sei vor Arbeitsbeginn ein Genehmigungsantrag gemäß den italienischen Bestimmungen zu stellen, dieser setze wiederum die Bekanntgabe der Tätigkeitskategorien nach den italienischen gewerberechtlichen Vorschriften voraus, weshalb deren Offenlegung bereits im Angebot naheliegend sei. Aus diesen Kategorien seien auch die im Rahmen der gegenständlichen Ausschreibung an die genannten Subunternehmer möglicherweise zu vergebenden Leistungen ableitbar. Dabei handle es sich insbesondere um folgende Leistungen:

Subunternehmer 1:

OG 1: Bau- und Industriegebäude, Aufbau des Wohnlagers für die Mitarbeiter, Aufbau der Büroräume für den Auftraggeber und für die ARGE, Aufbau einer Großküche und Aufenthaltsräume für die Mitarbeiter

OG 3: Belagsarbeiten für die Straße zum Wohnlager, gesamte Belagsarbeiten für Parkplätze für Wohnanlagen,

Instandsetzung der Baustraße SS12 zur Baustelleneinrichtungen sowie Brückenbauten (Brücke über Autobahn im Bereich Mauls)

Subunternehmer 2:

OG 11: Sämtliche Installationsarbeiten für die Wohnanlage sowie Büros des Auftraggebers und der ARGE, wie z.B. Verlegung der Elektroleitungen außen und innen, Heizungen, Belüftungen, Klimaanlage, EDV-Anlagen, Großkücheneinbau und Waschanlagen Subunternehmer 3:

OG 6: Installation der Wasser- und Ableitungen für Wohnanlagen und Baustelleneinrichtungen, Installation der Wasseraufbereitungs-, Kühl- und Schlammbehandlungsanlagen für das aus dem Tunnel kommende Wasser

OG 13: Arbeiten im Zusammenhang mit dem Abtrag und Einbau des Humus in den Deponiebereichen Hinterrigger und Enauen Begrünung der Flächen, Instandhaltung der Erd- und Schutzdämme, Pflanzen von Bäumen bei den Parkplätzen der Wohnanlage OS 1 richtig übersetzt Erdarbeiten: Trennen des Aushubmaterials in brauchbares, wenig brauchbares und unbrauchbares Material, Transport des Aushubmaterials vom Portalbereich zu den Deponien bzw. Brechanlagen, Betreiben der Brech- und Siebanlagen, Auffüllen der Deponie mit unbrauchbarem Material

OS 12: Lärmschutzwände und Leitschutzplanken

OS 21: Bohrpfähle im Portalbereich Mauls, Herstellen von Ankern im Außenbereich und Hangsicherungsarbeiten im Außenbereich

Der Auftraggeber legte in der mündlichen Verhandlung eine Auskunft gemäß § 28b Abs 2 AuslBG betreffend den präsumtiven Zuschlagsempfänger sowie die von ihm genannten Subunternehmer vor. Der Auftraggeber legte in der mündlichen Verhandlung eine Auskunft gemäß Paragraph 28 b, Absatz 2, AuslBG betreffend den präsumtiven Zuschlagsempfänger sowie die von ihm genannten Subunternehmer vor.

Der Antragstellervertreter beantragte, der Antragsgegnerin aufzutragen, den Langbericht zum Teil Baudurchführung, Maschineller Vortrieb, vorzulegen, da sich aus diesem ergebe, dass der Langbericht über den Kurzbericht hinaus zusätzliche Informationen enthalte, die für die Angebotserstellung wesentlich seien, sowie die zu diesem Teil des Langberichtes erstellten Beilagen. Darüber hinaus wurde die Einsichtnahme in diese Teile beantragt mit der Möglichkeit der Stellungnahme binnen 3 Tagen.

Mit Schriftsatz vom 2.7.2007 übermittelte die Antragstellerin einen weiteren Schriftsatz.

Der vorliegende Antrag ist rechtlich wie folgt zu beurteilen:

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

Gemäß § 3 Abs 1 Z 1 und 2 BVergG 2006 gilt dieses Bundesgesetz mit Ausnahme seines 3. Teiles für die Vergabeverfahren von öffentlichen Auftraggebern, das sind Gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins und 2 BVergG 2006 gilt dieses Bundesgesetz mit Ausnahme seines 3. Teiles für die Vergabeverfahren von öffentlichen Auftraggebern, das sind

1. 1. Ziffer eins

der Bund, die Länder, die Gemeinden und Gemeindeverbände,

2. 2. Ziffer 2

Einrichtungen, die

1. a) Litera a

zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind, und

2. b) Litera b

zumindest teilrechtsfähig sind und

3. c) Litera c

überwiegend von Auftraggebern gemäß Z 1 oder anderen Einrichtungen im Sinne der Z 2 finanziert werden oder die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht doch letztere unterliegen oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die von Auftraggebern gemäß Z 1 oder anderen Einrichtungen im Sinne der Z 2 ernannt worden sind. überwiegend von Auftraggebern gemäß Ziffer eins,

oder anderen Einrichtungen im Sinne der Ziffer 2, finanziert werden oder die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht doch letztere unterliegen oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die von Auftraggebern gemäß Ziffer eins, oder anderen Einrichtungen im Sinne der Ziffer 2, ernannt worden sind.

Auftraggeber ist die Galleria di Base del Brennero - Brenner Basistunnel BBT SE. Sie entstand durch aufnehmende Verschmelzung der österreichischen BBT AG mit der italienischen Galleria di Base del Brennero - BBT S.p.A. als übertragende Gesellschaft und nachfolgender Übernahme des Vermögens der BBT EWIV im Wege der Gesamtrechtsnachfolge gemäß § 4 des Bundesgesetzes über die Errichtung einer "Brenner Basistunnel Gesellschaft" (BBT AG-Gesetz), BGBl 87/2004. Das BBT-AG-Gesetz normiert in § 6 Abs 2 verschiedene Informationsverpflichtungen an den Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie und sieht in § 7 die sinnngemäße Anwendung der überwiegenden Bestimmungen des Bundesgesetzes zur Errichtung einer "Brenner Eisenbahn GmbH", BGBl 502/1995, vor. Somit auch jene des § 4 leg.cit, der eine Überwachung der von der Gesellschaft im Zusammenhang mit Finanzierungszusagen übernommenen vertraglichen Verpflichtungen durch den Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie anordnet. Auftraggeber ist die Galleria di Base del Brennero - Brenner Basistunnel BBT SE. Sie entstand durch aufnehmende Verschmelzung der österreichischen BBT AG mit der italienischen Galleria di Base del Brennero - BBT S.p.A. als übertragende Gesellschaft und nachfolgender Übernahme des Vermögens der BBT EWIV im Wege der Gesamtrechtsnachfolge gemäß Paragraph 4, des Bundesgesetzes über die Errichtung einer "Brenner Basistunnel Gesellschaft" (BBT AG-Gesetz), Bundesgesetzblatt 87 aus 2004, . Das BBT-AG-Gesetz normiert in Paragraph 6, Absatz 2, verschiedene Informationsverpflichtungen an den Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie und sieht in Paragraph 7, die sinnngemäße Anwendung der überwiegenden Bestimmungen des Bundesgesetzes zur Errichtung einer "Brenner Eisenbahn GmbH", Bundesgesetzblatt 502 aus 1995, , vor. Somit auch jene des Paragraph 4, leg.cit, der eine Überwachung der von der Gesellschaft im Zusammenhang mit Finanzierungszusagen übernommenen vertraglichen Verpflichtungen durch den Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie anordnet.

Gemäß Artikel 6 lit a des Abkommens zwischen der Republik Österreich und der Italienischen Republik zur Verwirklichung eines Eisenbahntunnels auf der Brennerachse, BGBl III, Nr. 177/2006, führt die BBT SE als Projektwerberin Arbeiten der Phase II des Projektes Brenner Basis Tunnel durch. Die in Phase II durchzuführenden Studien, Erkundungen, Untersuchungen und vorbereitenden Arbeiten beinhalten gemäß Art 4 des BBT-Abkommens insbesondere: die Erstellung des Einreichungsprojekts; das Erlangen aller Genehmigungen einschließlich jener zur Prüfung der Umweltverträglichkeit in beiden Staaten; die Ausführung weiterführender Erkundungsarbeiten; die Vorlage eines Finanzierungskonzepts für den gemeinsamen Teil, einschließlich der Modalitäten zur Konzession; vorbereitende Maßnahmen für die Bauarbeiten; darüber hinaus die Durchführung ergänzender Studien und die Festlegung von Erkundungen, Bauwerken und zusätzlichen Anlagen, wenn die ursprünglich geplanten Anlagen sich als unzulänglich oder inadäquat erweisen. Gemäß Artikel 6 Litera a, des Abkommens zwischen der Republik Österreich und der Italienischen Republik zur Verwirklichung eines Eisenbahntunnels auf der Brennerachse, Bundesgesetzblatt römisch drei, Nr. 177 aus 2006, , führt die BBT SE als Projektwerberin Arbeiten der Phase römisch zwei des Projektes Brenner Basis Tunnel durch. Die in Phase römisch zwei durchzuführenden Studien, Erkundungen, Untersuchungen und vorbereitenden Arbeiten beinhalten gemäß Artikel 4, des BBT-Abkommens insbesondere: die Erstellung des Einreichungsprojekts; das Erlangen aller Genehmigungen einschließlich jener zur Prüfung der Umweltverträglichkeit in beiden Staaten; die Ausführung weiterführender Erkundungsarbeiten; die Vorlage eines Finanzierungskonzepts für den gemeinsamen Teil, einschließlich der Modalitäten zur Konzession; vorbereitende Maßnahmen für die Bauarbeiten; darüber hinaus die Durchführung ergänzender Studien und die Festlegung von Erkundungen, Bauwerken und zusätzlichen Anlagen, wenn die ursprünglich geplanten Anlagen sich als unzulänglich oder inadäquat erweisen.

Die Anteile der Gesellschaft werden zur Hälfte mittelbar vom italienischen Staat, zu 25% von der Republik Österreich und zu 25% vom Land Tirol gehalten.

Die Satzung der BBT SE bestimmt in § 7, dass die beiden Vorstände auf Dauer von drei Jahren vom Aufsichtsrat bestellt werden. Vertretungsbefugt sind gemäß § 8 der Satzung nur beide Vorstände gemeinsam oder ein Vorstandsmitglied mit einem vom jeweils anderen Land nominierten Prokuristen. Der aus 12 Mitgliedern bestehende Aufsichtsrat wird gemäß § 10 der Satzung von der Hauptversammlung gewählt. Aus der Satzung ergibt sich, dass Österreich in der Hauptversammlung kein über den Kapitalanteil hinausgehender Einfluss zukommt. Die Satzung der BBT SE bestimmt in

Paragraph 7,, dass die beiden Vorstände auf Dauer von drei Jahren vom Aufsichtsrat bestellt werden. Vertretungsbefugt sind gemäß Paragraph 8, der Satzung nur beide Vorstände gemeinsam oder ein Vorstandsmitglied mit einem vom jeweils anderen Land nominierten Prokuristen. Der aus 12 Mitgliedern bestehende Aufsichtsrat wird gemäß Paragraph 10, der Satzung von der Hauptversammlung gewählt. Aus der Satzung ergibt sich, dass Österreich in der Hauptversammlung kein über den Kapitalanteil hinausgehender Einfluss zukommt.

Gemäß Art. 14b Abs 2 Z 1 lit c B-VG ist die Vollziehung in Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens Bundessache hinsichtlich der Vergabe von Aufträgen durch Unternehmungen im Sinne des Art. 126b Abs. 2, wenn die finanzielle Beteiligung oder der durch andere finanzielle oder sonstige wirtschaftliche oder organisatorische Maßnahmen vermittelte Einfluss des Bundes mindestens gleich groß ist, wie die finanzielle Beteiligung oder der Einfluss der Länder. Darüber hinaus ist der Bund gemäß Art 14b Abs 2 Z 1 lit g B-VG für die Vollziehung dieser Angelegenheiten hinsichtlich der Auftragsvergabe von allen Rechtsträgern zuständig, in denen nicht den Ländern die Zuständigkeit zugewiesen ist. Gemäß Art. 126b Abs 2 B-VG überprüft der Rechnungshof die Gebarung von Unternehmungen, an denen der Bund allein oder gemeinsam mit anderen der Zuständigkeit des Rechnungshofes unterliegenden Rechtsträgern mit mindestens 50% des Stamm-, Grund- oder Eigenkapitals beteiligt ist, oder die der Bund allein oder gemeinsam mit anderen solchen Rechtsträgern betreibt. Gemäß Art. 121 Abs. 1 B-VG ist der Rechnungshof zur Überprüfung der Gebarung des Bundes, der Länder, der Gemeindeverbände, der Gemeinden und anderer durch Gesetz bestimmter Rechtsträger berufen. Gemäß Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera c, B-VG ist die Vollziehung in Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens Bundessache hinsichtlich der Vergabe von Aufträgen durch Unternehmungen im Sinne des Artikel 126 b, Absatz 2,, wenn die finanzielle Beteiligung oder der durch andere finanzielle oder sonstige wirtschaftliche oder organisatorische Maßnahmen vermittelte Einfluss des Bundes mindestens gleich groß ist, wie die finanzielle Beteiligung oder der Einfluss der Länder. Darüber hinaus ist der Bund gemäß Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera g, B-VG für die Vollziehung dieser Angelegenheiten hinsichtlich der Auftragsvergabe von allen Rechtsträgern zuständig, in denen nicht den Ländern die Zuständigkeit zugewiesen ist. Gemäß Artikel 126 b, Absatz 2, B-VG überprüft der Rechnungshof die Gebarung von Unternehmungen, an denen der Bund allein oder gemeinsam mit anderen der Zuständigkeit des Rechnungshofes unterliegenden Rechtsträgern mit mindestens 50% des Stamm-, Grund- oder Eigenkapitals beteiligt ist, oder die der Bund allein oder gemeinsam mit anderen solchen Rechtsträgern betreibt. Gemäß Artikel 121, Absatz eins, B-VG ist der Rechnungshof zur Überprüfung der Gebarung des Bundes, der Länder, der Gemeindeverbände, der Gemeinden und anderer durch Gesetz bestimmter Rechtsträger berufen.

Der Auftraggeber wurde zu dem besonderen Zweck gegründet, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind. Gemäß Art 1 Abs 3 der Verordnung des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (VO 2157/2001) besitzt er Rechtspersönlichkeit. Der Auftraggeber wurde zu dem besonderen Zweck gegründet, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind. Gemäß Artikel eins, Absatz 3, der Verordnung des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (VO 2157 aus 2001,) besitzt er Rechtspersönlichkeit.

Darüber hinaus wird er zur Hälfte vom Bund und Land Tirol finanziert und über die Ernennungsrechte in den Leitungs- und Kontrollgremien kontrolliert.

Die Formulierung "mehrheitlich" bzw "überwiegend" schadet nicht, weil mit § 3 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 der Auftraggeberbegriff des Art 1 Abs 9 der RL 2004/18/EG umgesetzt wird. Die Richtlinienbestimmung differenziert jedoch nicht, von welchem Mitgliedsstaat die Einflussrechte auf die Einrichtung wahrgenommen werden. Ausschlaggebend ist allein, dass diese Rechte vom Staat, von den Gebietskörperschaften oder von anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts ausgeübt werden. § 3 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 ist richtlinienkonform daher so zu interpretieren, dass mit dieser nationalen Auftraggeberdefinition sichergestellt werden soll, dass nur Auftraggeber im Einflussbereich der öffentlichen Hand dem Vergaberegime unterliegen. Eine andere Interpretation würde zu einer nicht akzeptablen Rechtsschutzlücke führen. Die Formulierung "mehrheitlich" bzw "überwiegend" schadet nicht, weil mit Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 der Auftraggeberbegriff des Artikel eins, Absatz 9, der RL 2004/18/EG umgesetzt wird. Die Richtlinienbestimmung differenziert jedoch nicht, von welchem Mitgliedsstaat die Einflussrechte auf die Einrichtung wahrgenommen werden. Ausschlaggebend ist allein, dass diese Rechte vom Staat, von den Gebietskörperschaften oder von anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts ausgeübt werden. Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG

2006 ist richtlinienkonform daher so zu interpretieren, dass mit dieser nationalen Auftraggeberdefinition sichergestellt werden soll, dass nur Auftraggeber im Einflussbereich der öffentlichen Hand dem Vergaberegime unterliegen. Eine andere Interpretation würde zu einer nicht akzeptablen Rechtsschutzlücke führen.

Eine staatliche Beherrschung ist auch dann anzunehmen, wenn diese iSd in lit c genannten Kriterien durch Einrichtungen oder Gebietskörperschaften (mit)vermittelt wird, die anderen Mitgliedstaaten zuzurechnen sind (vgl. Holoubek/Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 7 Rz 75). Eine staatliche Beherrschung ist auch dann anzunehmen, wenn diese iSd in Litera c, genannten Kriterien durch Einrichtungen oder Gebietskörperschaften (mit)vermittelt wird, die anderen Mitgliedstaaten zuzurechnen sind vergleiche Holoubek/Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 7, Rz 75).

Da weiters unter Punkt 8.6.2 des Teils A.1 der Ausschreibungsunterlage festgelegt ist, dass während der Abwicklung des Vergabeverfahrens die deutsche Sprache als rechtsverbindlich gilt und das Vergabeverfahren dem österreichischen Recht unterliegt, sich darüber hinaus der Sitz des Auftraggebers in Innsbruck befindet, ist die BBT SE öffentlicher Auftraggeber iSd § 3 Abs 1 Z 2 BVergG 2006. Da weiters unter Punkt 8.6.2 des Teils A.1 der Ausschreibungsunterlage festgelegt ist, dass während der Abwicklung des Vergabeverfahrens die deutsche Sprache als rechtsverbindlich gilt und das Vergabeverfahren dem österreichischen Recht unterliegt, sich darüber hinaus der Sitz des Auftraggebers in Innsbruck befindet, ist die BBT SE öffentlicher Auftraggeber iSd Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006.

Der gegenständliche Auftrag ist als Bauauftrag gemäß § 4 BVergG einzustufen. Das Vergabeverfahren wird als offenes Verfahren durchgeführt. Der geschätzte Auftragswert beträgt entsprechend den Angaben des Auftraggebers Euro 87 Mio, sodass es sich gemäß § 12 Abs. 1 Z 3 BVergG um einen Auftrag im Oberschwellenbereich handelt. Der gegenständliche Auftrag ist als Bauauftrag gemäß Paragraph 4, BVergG einzustufen. Das Vergabeverfahren wird als offenes Verfahren durchgeführt. Der geschätzte Auftragswert beträgt entsprechend den Angaben des Auftraggebers Euro 87 Mio, sodass es sich gemäß Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 3, 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 1.6.2007 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 1.6.2007 wurde weder der Zuschlag erteilt noch das Vergabeverfahren widerrufen.

II. Inhaltliche Beurteilung des Antrages römisch zwei. Inhaltliche Beurteilung des Antrages

1. 1. Ziffer eins

Zu Spruchpunkt I.: Zu Spruchpunkt römisch eins.:

1. a) Litera a

Zur Beteiligung an "Vorarbeiten"

Gemäß § 129 Abs 1 BVergG 2006 hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auf Grund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschneiden: Gemäß Paragraph 129, Absatz eins, BVergG 2006 hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auf Grund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschneiden:

Z 1: Angebote von Bieter, die von der Teilnahme am Vergabeverfahren gemäß § 20 Abs 5 oder gemäß § 68 Abs 1 auszuschließen sind. Ziffer eins.; Angebote von Bieter, die von der Teilnahme am Vergabeverfahren gemäß Paragraph 20, Absatz 5, oder gemäß Paragraph 68, Absatz eins, auszuschließen sind.

Gemäß § 20 Abs 5 leg.cit. sind Unternehmer, die an der Erarbeitung der Unterlagen für das Vergabeverfahren unmittelbar oder mittelbar beteiligt waren, sowie mit diesen verbundene Unternehmen, soweit durch ihre Teilnahme ein fairer und lauterer Wettbewerb ausgeschlossen wäre, von der Teilnahme am Vergabeverfahren um die Leistung auszuschließen, es sei denn, dass auf deren Beteiligung in begründeten Ausnahmefällen nicht verzichtet werden

kann. Gemäß Paragraph 20, Absatz 5, leg. cit. sind Unternehmer, die an der Erarbeitung der Unterlagen für das Vergabeverfahren unmittelbar oder mittelbar beteiligt waren, sowie mit diesen verbundene Unternehmen, soweit durch ihre Teilnahme ein fairer und lauterer Wettbewerb ausgeschlossen wäre, von der Teilnahme am Vergabeverfahren um die Leistung auszuschließen, es sei denn, dass auf deren Beteiligung in begründeten Ausnahmefällen nicht verzichtet werden kann.

Nach dem Wortlaut sind nur jene Unternehmen ausgeschlossen, die an der Erarbeitung der Unterlagen für das Vergabeverfahren unmittelbar oder mittelbar beteiligt waren. Eine Mitwirkung an der Erarbeitung von Unterlagen führt jedoch nicht zum kategorischen Ausschluss aus dem Vergabeverfahren. Vielmehr muss als weitere Voraussetzung hinzutreten, dass durch eine Teilnahme ein fairer und lauterer Wettbewerb ausgeschlossen wäre. Nach Ansicht des VfGH (vgl. VfGH 20.6.2001, B1560/00) hat ein Ausscheiden nur dann Platz zu greifen, wenn der Bieter durch seine vorarbeitende Tätigkeit insofern spezifische Vorkenntnisse des Sachverhaltes erwirbt, die für ihn einen Wettbewerbsvorteil entstehen lassen. Einen solchen Fall wird man etwa dann anzunehmen haben, wenn dargetan ist, dass dieser Bieter nicht alle erworbenen Informationen seinen Konkurrenten vollständig und unverfälscht zur Verfügung gestellt hat. Daher hat die Vergabekontrollbehörde die näheren Umstände des Falles im Hinblick daraufhin zu erheben, ob in concreto die Beteiligung an Vorarbeiten zu einer relevanten Beeinträchtigung der Wettbewerbsposition geführt hat. Nach dem Wortlaut sind nur jene Unternehmen ausgeschlossen, die an der Erarbeitung der Unterlagen für das Vergabeverfahren unmittelbar oder mittelbar beteiligt waren. Eine Mitwirkung an der Erarbeitung von Unterlagen führt jedoch nicht zum kategorischen Ausschluss aus dem Vergabeverfahren. Vielmehr muss als weitere Voraussetzung hinzutreten, dass durch eine Teilnahme ein fairer und lauterer Wettbewerb ausgeschlossen wäre. Nach Ansicht des VfGH vergleiche VfGH 20.6.2001, B1560/00) hat ein Ausscheiden nur dann Platz zu greifen, wenn der Bieter durch seine vorarbeitende Tätigkeit insofern spezifische Vorkenntnisse des Sachverhaltes erwirbt, die für ihn einen Wettbewerbsvorteil entstehen lassen. Einen solchen Fall wird man etwa dann anzunehmen haben, wenn dargetan ist, dass dieser Bieter nicht alle erworbenen Informationen seinen Konkurrenten vollständig und unverfälscht zur Verfügung gestellt hat. Daher hat die Vergabekontrollbehörde die näheren Umstände des Falles im Hinblick daraufhin zu erheben, ob in concreto die Beteiligung an Vorarbeiten zu einer relevanten Beeinträchtigung der Wettbewerbsposition geführt hat.

Dieses Judikat bezog sich auf § 16 Abs 4 BVergG 1997. Nach den Erläuterungen zu § 20 Abs 5 BVergG 2006 liegt es am Auftraggeber, die durch die Vorarbeiten gewonnenen Erkenntnisse in nicht diskriminierender Weise den anderen Wirtschaftsteilnehmern zukommen zu lassen. Werden daher geeignete Maßnahmen getroffen, um die im Rahmen von Vorarbeiten gewonnenen Erkenntnisse publik zu machen und haben alle Teilnehmer den gleichen Informationsstand in Bezug auf das Vergabeverfahren, so kommt diese Bestimmung nicht zum Tragen (vgl. RV 1171 BlgNr XXII. GP, 42). Dieses Judikat bezog sich auf Paragraph 16, Absatz 4, BVergG 1997. Nach den Erläuterungen zu Paragraph 20, Absatz 5, BVergG 2006 liegt es am Auftraggeber, die durch die Vorarbeiten gewonnenen Erkenntnisse in nicht diskriminierender Weise den anderen Wirtschaftsteilnehmern zukommen zu lassen. Werden daher geeignete Maßnahmen getroffen, um die im Rahmen von Vorarbeiten gewonnenen Erkenntnisse publik zu machen und haben alle Teilnehmer den gleichen Informationsstand in Bezug auf das Vergabeverfahren, so kommt diese Bestimmung nicht zum Tragen vergleiche Regierungsvorlage 1171 BlgNr römisch 22. GP, 42).

Während der Begriff "Vorarbeiten" in § 16 Abs 4 BVergG 1997 sehr weit zu verstehen war und nicht nur eine Beteiligung an der Erarbeitung der Ausschreibungsunterlagen (zB an der Erstellung des Leistungsverzeichnisses oder der Ausschreibungspläne), sondern auch zeitlich oder sachlich weiter entfernte Vorarbeiten, wie zB Standortanalysen, Marketingstudien oder Projektentwicklung umfasste, ist der Begriff "Erarbeitung von Unterlagen" in § 20 Abs 5 BVergG 2006 wesentlich enger zu verstehen und weist sowohl auf einen zeitlich wie auch sachlich engen Konnex zum jeweiligen Vergabeverfahren hin. Die Erstellung von Ausschreibungsplänen, von Leistungsverzeichnissen oder von Gutachten über die Bodenbeschaffenheit im Zusammenhang mit Baumaßnahmen, aber wohl auch Erkundungsarbeiten und Pilotversuche oder die Erstellung von Detailplanungen zur Vorbereitung eines Vergabeverfahrens werden als Beteiligung an der Erarbeitung von Unterlagen zu beurteilen sein. Nicht mehr unter eine solche Beurteilung werden aber Marktstudien, allgemeine Projektentwicklungen oder andere derartige Vorstudien fallen (vgl. Gölls, ZVB 2003/5). Während der Begriff "Vorarbeiten" in Paragraph 16, Absatz 4, BVergG 1997 sehr weit zu verstehen war und nicht nur eine Beteiligung an der Erarbeitung der Ausschreibungsunterlagen (zB an der Erstellung des Leistungsverzeichnisses oder der Ausschreibungspläne), sondern auch zeitlich oder sachlich weiter

entfernte Vorarbeiten, wie zB Standortanalysen, Marketingstudien oder Projektentwicklung umfasste, ist der Begriff "Erarbeitung von Unterlagen" in Paragraph 20, Absatz 5, BVergG 2006 wesentlich enger zu verstehen und weist sowohl auf einen zeitlich wie auch sachlich engen Konnex zum jeweiligen Vergabeverfahren hin. Die Erstellung von Ausschreibungsplänen, von Leistungsverzeichnissen oder von Gutachten über die Bodenbeschaffenheit im Zusammenhang mit Baumaßnahmen, aber wohl auch Erkundungsarbeiten und Pilotversuche oder die Erstellung von Detailplanungen zur Vorbereitung eines Vergabeverfahrens werden als Beteiligung an der Erarbeitung von Unterlagen zu beurteilen sein. Nicht mehr unter eine solche Beurteilung werden aber Marktstudien, allgemeine Projektentwicklungen oder andere derartige Vorstudien fallen (vergleiche Gölles, ZVB 2003/5).

Dr. J*** war zum Zeitpunkt der Angebotserstellung Vorsitzender des Verwaltungsrates der H***, einem Mitglied der Bietergemeinschaft G***, welche nunmehr als Zuschlagsempfänger seitens des Auftraggebers vorgesehen ist.

Dr. J*** hat gemeinsam mit der K*** (Prof. L***, Dr. M***) an der von der BBT EWIV in Auftrag gegebenen Gesamtstudie, im Rahmen des Unterprojekts "Baudurchführung", das Projekt "Maschinelle Vortriebskonzepte" mitbearbeitet. Inhalt des Auftrages war die Entwicklung eines innovativen Konzeptes zum Bau des Brennerbasistunnels in seiner Gesamtheit unter größtmöglicher Verwendung von TBM. Aus der glaubwürdigen Aussage des Zeugen Dr. J*** ergibt sich, dass er diesen Auftrag zwei Monate lang durchgeführt hat, wovon er 16 Tage für das Projekt aufgewendet hat. Für diesen Auftrag hat er Euro 28.000,- bis Euro 30.000,-

erhalten. Davon entfielen Euro 20.000,- bis Euro 25.000,- auf die Bearbeitung für das Projekt, der Rest waren Reisespesen. Entgegen der Ansicht der Antragstellerin war nicht Dr. J*** Projektverantwortlicher, sondern war vielmehr Prof. L*** Leiter der Arbeitsgruppe, wie sich auch aus der Aussage des Zeugen DI AA*** ergibt. Dr. J*** hatte insbesondere die Aufgabe, die TBM-Maschinen im Hinblick auf ihre Verwendbarkeit für das Projekt Brennerbasistunnel zu überprüfen.

Ob Dr. J*** allein oder gemeinsam mit Prof. L*** eine grobe Schätzung der Tunnelkosten durchführte, kann dahingestellt bleiben, jedenfalls war Dr. J*** daran beteiligt, wie er selbst in der mündlichen Verhandlung vom 26.6.2007 ausführte. Aus den übereinstimmenden Aussagen der Zeugen Prof. L*** und Dr. J*** sowie des Auftraggebers (Dr. V***) ergibt sich eindeutig, dass die vom Auftraggeber Dr. J*** und Prof. L*** für die Erstellung der Studie "Maschinelle Vortriebskonzepte" zur Verfügung gestellten geologischen und geotechnischen Daten aus der öffentlich zugänglichen Literatur stammten und von anderen, vom gegenständlichen Vergabeverfahren völlig unabhängigen, Projekten abgeleitet waren. Wie sich aus den Ausführungen Prof. L*** weiter ergibt, sind die damaligen Daten des geotechnischen Berichts aus heutiger Sicht darüber hinaus wenig bis gar nicht verwertbar und bieten keinen Wissensvorsprung, da der heutige Wissensstand ein völlig anderer als zum Zeitpunkt der Erstellung der Studie ist. Dies ergibt sich auch aus der Aussage des Zeugen DI AA***, der anführte, zum Zeitpunkt der Erstellung der Studie 2002 seien mit sehr geringen Informationen und aufgrund von Erfahrungen nur Erstaussagen zur Frage der Machbarkeit des maschinellen Vortriebs getroffen worden. Eine Einschau in das Curriculum vitae von Dr. J*** belegt dessen jahrzehntelange praktische Erfahrung auf dem Gebiet der TBM. Ähnliches ergibt sich aus dem Artikel von W*** et al: Brenner Basistunnel-Geotechnische Prognose und Konzept für den TBM-Einsatz in Felsbau 21, 2003, Nr. 5. Darin wird auf Seite 143 festgehalten: "Aufgrund des frühen Projektstands sind die Werte mit erheblichen Unsicherheiten behaftet - die Genauigkeit der geologischen Prognose ist als mäßig bis niedrig einzustufen (4) - was entsprechende Auswirkungen auf die daraus abgeleiteten Schlussfolgerungen hat." Darüber hinaus gab es zwar zum Zeitpunkt der Erstellung der Studie 9 Bohrungen. Wie sich aus der Aussage des Zeugen Dr. J*** ergibt, bezogen sich diese jedoch nicht auf den nun ausgeschriebenen Teil des Erkundungstollens. Darüber hinaus wurden diesen Bohrungen keine Proben entnommen, um die geomechanischen Eigenschaften des Gebirges zu untersuchen. Auch aus der Aussage des Zeugen Prof. L*** ergibt sich, dass es zum Zeitpunkt der Erstellung der Studie nur zwei Tiefbohrungen gab und daher nur sehr unsichere geologische Daten. Dies wird weiters durch die Ausführungen des Auftraggebers bestätigt, wonach im Jahre 2002 über die gesamte Strecke des Brennerbasistunnels nur eine geringe Anzahl von geologischen Sondierbohrungen vorgelegen seien, wobei im speziellen Abschnitt Aicha-Mauls überhaupt keine spezifischen geologischen Bohrungen vorhanden gewesen seien. Bezüglich des Gebietes 7,5 km vom Portal Aicha hätten geologische Untersuchungen gänzlich gefehlt. Es habe zwar zwei Bohrungen östlich von Mauls gegeben, diese Bohrungen lägen jedoch in einem Bereich außerhalb des Erkundungstollens. Auch DI AA*** bestätigte, dass es zum damaligen Zeitpunkt keine Bohrungsinformationen gegeben habe, die Dr. J*** zur Verfügung gestellt hätten werden können.

Wie der Auftraggeber glaubhaft und unwiderlegt darlegte, wurden nach Abschluss des Vorprojektes (2002) eine ganze Serie von geologischen Bohrungen, neuen Definitionen der Gebirgskennwerte (Laboruntersuchungen) und eine neue Projektierung der Tunnelbaumethode und des Gebirgsverhaltens vorgenommen. Spezifisch die Geologie und die Geotechnik wurde nach den Jahren 2002 bis 2006 von Prof. N***, Dr. O*** und Dr. P*** erarbeitet. Dies ergibt sich auch aus der Ausschreibungsunterlage, Geotechnischer Bericht, worin ausgeführt ist, dass ergänzende geologische Studien 2005 sowie Neuanalysen der Ergebnisse der Phase 1 berücksichtigt wurden. Diese Ausführungen wurden durch den Auftraggeber (Dr. V***) noch insofern ergänzt, als dieser erklärte, dass die BBT direkte Forschungsaufträge an die Uni XXX, an die geologische Bundesanstalt und an das Consortium XXX*** für geologische Kartografie erteilt habe. Die Ergebnisse dieser Aufträge seien als Kurzbericht im Internet vor Ablauf des Jahres 2002 veröffentlicht worden. Alle Kurzberichte zu diesem Vorprojekt seien Ende Juni fertig gestellt und sodann bis Ende Dezember 2002 alle verfügbaren Kurzberichte und beiliegenden grafischen Darstellungen auf der Homepage der BBT veröffentlicht und somit allen zugänglich gemacht worden. Wie der Auftraggeber glaubhaft und unwiderlegt darlegte, wurden nach Abschluss des Vorprojektes (2002) eine ganze Serie von geologischen Bohrungen, neuen Definitionen der Gebirgskennwerte (Laboruntersuchungen) und eine neue Projektierung der Tunnelbaumethode und des Gebirgsverhaltens vorgenommen. Spezifisch die Geologie und die Geotechnik wurde nach den Jahren 2002 bis 2006 von Prof. N***, Dr. O*** und Dr. P*** erarbeitet. Dies ergibt sich auch aus der Ausschreibungsunterlage, Geotechnischer Bericht, worin ausgeführt ist, dass ergänzende geologische Studien 2005 sowie Neuanalysen der Ergebnisse der Phase 1 berücksichtigt wurden. Diese Ausführungen wurden durch den Auftraggeber (Dr. V***) noch insofern ergänzt, als dieser erklärte, dass die BBT direkte Forschungsaufträge an die Uni römisch 30, an die geologische Bundesanstalt und an das Consortium XXX*** für geologische Kartografie erteilt habe. Die Ergebnisse dieser Aufträge seien als Kurzbericht im Internet vor Ablauf des Jahres 2002 veröffentlicht worden. Alle Kurzberichte zu diesem Vorprojekt seien Ende Juni fertig gestellt und sodann bis Ende Dezember 2002 alle verfügbaren Kurzberichte und beiliegenden grafischen Darstellungen auf der Homepage der BBT veröffentlicht und somit allen zugänglich gemacht worden.

Diese Neubearbeitung diene als Grundlage für die Erstellung des Ausschreibungsprojektes. Im Rahmen des Einreichprojektes für die UVP und die eisenbahnrechtliche Genehmigung wurden ab Mitte 2004 weitere 149 Probebohrungen mit rund 20km Gesamtlänge durchgeführt sowie Analysen der geologischen Daten vorgenommen. Auch Prof. L*** bzw. Dr. J*** führten aus, dass detailliertere Studien und Untersuchungskampagnen erst nach Abschluss der Studie durchgeführt worden seien, der Abschluss dieser vertieften Erkundungen sei erst Ende 2006 erfolgt. Heute gebe es sehr spezifische geologische Daten. Wie der Zeuge Prof. L*** ausführte, hatten nach Abschluss der Studie Dr. M*** und Dr. W*** mindestens einen Vortrag über die Geologie und Geotechnik des Brenner Basistunnels gehalten, welcher auch publiziert wurde.

Den glaubhaften Ausführungen des Auftraggebers bezüglich der wesentlichen Änderungen der Trassierung, der geometrischen Verhältnisse und des Ausbaus des Erkundungstollens, welche auch durch die Aussage von Dr. J*** bestätigt wurden, wurde nicht widersprochen. Wie der Auftraggeber weiters ausführte, sei dieses spezifische Projekt des Abschnittes Aicha-Mauls erst im Jahre 2006 im Rahmen des Ausschreibungsprojektes erstellt worden. An diesem Ausschreibungsprojekt seien weder Prof. L*** noch Dr. M*** oder Dr. J*** beteiligt gewesen. Dies wird durch die Aussage von Dr. J*** bestätigt, der ausführte, er sei nach Erstellung der Studie weder an weiteren Studien oder Projekten noch an der Planung des nunmehr ausgeschriebenen Projekts des Auftraggebers beteiligt gewesen.

Auch die Ausführungen des Auftraggebers, dass in den Jahren 2000- 2002 noch keine Art von Deponie genehmigt gewesen sei, es nur eine Reihe von Vorschlägen gegeben habe, blieben unwidersprochen. Ebenso die weitere Aussage, dass bei der UVP, die Mitte des Jahres 2003 stattgefunden habe, die Behörden sowohl die zu verwendenden Deponien als auch die Art des Abtransportes des Ausbruchmaterials vorgeschrieben hätten. Somit ergibt sich klar, dass erst nach Erstellung der Studie die zu benutzenden Deponien mit behördlicher Genehmigung sowie die Verbringung des Aushubmaterials gemäß den behördlichen Vorgaben durch den Auftraggeber festgelegt wurden. Darüber hinaus ist gemäß den Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen keinerlei Materiallogistik vom Bieter auszuarbeiten.

Die Antragstellerin brachte weiters vor, bereits durch das frühzeitige Wissen über den geeigneten TBM-Typ für den Haupttunnel könnten frühzeitig entsprechende wirtschaftlich vorteilhafte Vorkehrungen zur Sicherstellung der richtigen TBM-Maschine gesetzt werden. So könnten durch das erworbene Vorwissen aber auch in der gegenständlichen Ausschreibung die Maschinenkosten ganz anders bewertet werden, wenn man wisse, dass der

gleiche TBM-Typ in weiterer Folge auch im Haupttunnel eingesetzt werden könne. Aus diesem Grund müsse ein Bieter, der keine Informationen darüber habe, ob er die nunmehr zu verwendenden Maschinen auch im Haupttunnel verwenden werde können, die Kosten der TBM im Angebot voll ansetzen, wobei diese unterschiedlichen Kostenansätze zu Angebotsdifferenzen in Millionenhöhe führten.

Diesem Vorbringen ist entgegenzuhalten, dass sich aus den Ausführungen Dr. J***, der über langjährige Erfahrung auf dem Gebiet der TBM-Technologie verfügt, in der mündlichen Verhandlung vom 26.6.2007 eindeutig ergibt, dass nur dann, wenn Durchmesser und geologische Verhältnisse des Hauptstollens und des Erkundungsstollens gleich sind, die gleiche TBM für beide Arten von Stollen verwendet werden kann. Ist die Differenz zwischen dem Durchmesser des Hauptstollens und dem des Erkundungsstollens so groß wie beim geplanten Projekt, kann die Maschine nicht umgebaut werden.

Desweiteren mutet dieses Vorbringen etwas befremdend an, da die Antragstellerin mit ihrem Vorbringen schlüssig zum Ausdruck bringt, eine Beauftragung für den Haupttunnel in ihrer Kalkulation berücksichtigen zu wollen, obwohl der Haupttunnel nicht Ausschreibungsgegenstand ist.

Der Auftraggeber sieht zwar in seinem Ausführungsprojekt die auch von Dr. J*** vorgeschlagene TBM-Technologie vor, diese Technologie ist jedoch laut unbestritten gebliebener Aussage des Zeugen Dr. J*** bereits 50 Jahre alt, die von der BBT für die Errichtung des gegenständlichen Erkundungstunnels vorgesehenen konventionellen Maschinen sind seit mindestens 35 Jahren auf dem Markt. Insofern ist diese Technologie auch nicht als innovativ zu bezeichnen. Dies wird auch durch die verlangten Nachweise zur technischen Leistungsfähigkeit unter Pkt 2.4.5 der projektbezogenen Ausschreibungsgrundlagen (es wird beispielhaft auf das Erfordernis "mindestens zehnjährige Erfahrung mit TBM-Vortrieb in Felsen..."

hingewiesen) bestätigt. Darüber hinaus ist in den Ausschreibungsunterlagen die Möglichkeit vorgesehen, anstelle einer Doppelschild TBM eine gleichwertige offene TBM einzusetzen. Hinzuweisen ist jedoch darauf, dass keiner der Bieter von dieser Möglichkeit Gebrauch machte. Wie der Auftraggeber glaubhaft und unwidersprochen darlegte, würde jeder Auftraggeber im gegenständlichen Brixnergranit einen maschinellen Vortrieb vornehmen, da es sich hierbei um absolut standsicheres Gebirge handle.

Laut Aussage von Prof. L***, die auch von Dr. J*** bestätigt wurde, war Prof. L*** Initiator und Projektkoordinator des europäischen Forschungsprojektes TISROCK. Gegenstand des Projekts war die Entwicklung von ganzheitlichen Methoden zur Herstellung von tief liegenden Tunneln in druckhaftem Gebirge mit TBM. Dieses Forschungsprojekt wurde völlig unabhängig von einem konkreten Tunnelbauvorhaben durchgeführt. Die Ergebnisse des allgemeinen Forschungsprojektes TISROCK sind daher auch für den verfahrensgegenständlichen Erkundungsstollen nicht relevant, weil in diesem Bereich - wie sich auch aus dem Kurzbericht 2002, Seite 33 ergibt - weder drückendes Gebirge vorliegt, noch der entsprechende Ausbruchsdurchmesser gegeben ist. Bei TISROCK waren überdies Maschinen mit größerem Durchmesser als jenem des Erkundungsstollens zu untersuchen. Darüber hinaus wurde in der konkreten Ausschreibung auf herkömmliche TBM-Typen zurückgegriffen und nicht auf solche, die Gegenstand des Forschungsprojektes waren. Wie Dr. J*** ausführte, hat TISROCK auch gar keine neue Maschine gebracht. Laut Stellungnahme des Auftraggebers vom 6.6.2007 war die BBT an diesem Projekt weder beteiligt, noch hat sie finanzielle oder anderweitige Unterstützung geleistet. Dies ergibt auch eine Einsicht unter www.eureka.be/inaction/AcShowProjectParticipants.do. Darüber hinaus kann nach Ansicht des erkennenden Senates eine Mitarbeit an einem europäischen Forschungsprojekt, welches unabhängig von einem bestimmten Vergabeverfahren durchgeführt wird und in welchem der Auftraggeber auch zu keinem Zeitpunkt involviert war, keinen Ausschluss gemäß § 20 Abs 5 BVergG 2006 nach sich ziehen. Laut Aussage von Prof. L***, die auch von Dr. J*** bestätigt wurde, war Prof. L*** Initiator und Projektkoordinator des europäischen Forschungsprojektes TISROCK. Gegenstand des Projekts war die Entwicklung von ganzheitlichen Methoden zur Herstellung von tief liegenden Tunneln in druckhaftem Gebirge mit TBM. Dieses Forschungsprojekt wurde völlig unabhängig von einem konkreten Tunnelbauvorhaben durchgeführt. Die Ergebnisse des allgemeinen Forschungsprojektes TISROCK sind daher auch für den verfahrensgegenständlichen Erkundungsstollen nicht relevant, weil in diesem Bereich - wie sich auch aus dem Kurzbericht 2002, Seite 33 ergibt - weder drückendes Gebirge vorliegt, noch der entsprechende Ausbruchsdurchmesser gegeben ist. Bei TISROCK waren überdies Maschinen mit größerem Durchmesser als jenem des Erkundungsstollens zu untersuchen. Darüber hinaus wurde in der konkreten Ausschreibung auf herkömmliche TBM-Typen zurückgegriffen und nicht auf solche, die Gegenstand des Forschungsprojektes waren. Wie Dr. J***

ausführte, hat TISROCK auch gar keine neue Maschine gebracht. Laut Stellungnahme des Auftraggebers vom 6.6.2007 war die BBT an diesem Projekt weder beteiligt, noch hat sie finanzielle oder anderweitige Unterstützung geleistet. Dies ergibt auch eine Einsicht unter www.eureka.be/inaction/AcShowProjectParticipants.do. Darüber hinaus kann nach Ansicht des erkennenden Senates eine Mitarbeit an einem europäischen Forschungsprojekt, welches unabhängig von einem bestimmten Vergabeverfahren durchgeführt wird und in welchem der Auftraggeber auch zu keinem Zeitpunkt involviert war, keinen Ausschluss gemäß Paragraph 20, Absatz 5, BVergG 2006 nach sich ziehen.

Durch eine Einsichtnahme des erkennenden Senates, insbesondere des Mitglieds der Auftragnehmerseite, DI Marschalek, welcher auf 37 Jahre Tätigkeit in Arbeitsgemeinschaften mit Tunnelplanern zurückblicken kann und dementsprechend Erfahrungen auch auf diesem Gebiet aufweist, konnte sich dieser davon überzeugen, dass auch der Langbericht kein Detailwissen vermittelte, das für die Kalkulation und Ausarbeitung des gegenständlichen Angebotes einen relevanten Wissensvorsprung iSd obzitierten Judikates des VfGH verschafft. Sowohl im Lang- als auch im Kurzbericht werden nur allgemeine Anforderungen definiert, weiters verschiedene Möglichkeiten von Bau- und anderen Methoden sowie Alternativen aufgezeigt. Die Studie baut auf jahrzehntelanger Erfahrung beider Autoren bei der Planung von mehr als 400 km Tunnel errichtet mit TBM in verschiedensten geologischen Bedingungen auf (siehe Langfassung, Seite 39). Diese Erfahrungen sind in die Studie eingeflossen und wurden mit der Veröffentlichung des Kurzberichtes weitergegeben. Für die Erstellung dieser Studie, die sich auf das gesamte Projekt Brenner Basistunnel bezog, benötigte Dr. J*** 16 Tage (demgegenüber stand für die Erstellung des Angebotes des gegenständlichen Vergabeverfahrens eine Frist von 2 ½ Monaten zur Verfügung) und erhielt ein Honorar von Euro 20.000 - 25.000 für die Bearbeitung. Auch daraus ergibt sich, dass sich Dr. J*** in dieser Studie nur sehr wenig bis gar nicht mit neuen Erkenntnissen auseinander gesetzt haben kann. Die Autoren räumen in der Langfassung selbst ein, dass weitere Erkundungsmaßnahmen in Form weiterer Bohrkampagnien erforderlich sein werden, um kritische Bereiche näher zu untersuchen, insbesondere auch um bessere Daten über die Gebirgsqualität und das squeezing potential zu gewinnen. Sie empfehlen, eine Risikoanalyse zur besseren Abschätzung der möglichen Einsatzbereiche von TBM und konventionellen Methoden durchzuführen. Die Grobkostenschätzung in der Studie 2002 beruht auf einer geologischen Prognose mit der schon oft beschriebenen Ungenauigkeit und ist auf Grund der in der Zwischenzeit erfolgten geologischen Aufschließungen und der Veränderung des Tunnelquerschnittes überholt. Daraus erhellt, dass der Langbericht für die Kalkulation des gegenständlichen Angebotes ebenso wenig relevant ist wie der Kurzbericht.

Weder der Lang- noch der Kurzbericht sind Bestandteil der Ausschreibung. Dass der Kurzbericht auf der homepage der BBT zum download bereitgestellt wird, bestätigt, dass dieser für die interessierte Öffentlichkeit zur Verfügung stand.

Auch wenn die Trassenführung auf Erkenntnissen des Vorprojektes aufbaut, war Dr. J*** an der Festlegung der neuen verfahrensgegenständlichen Trasse gänzlich unbeteiligt und nahm darauf auch keinerlei Einfluss. Durch die weitreichenden Änderungen aller wesentlichen Parameter, die Einfluss auf Technologie, Bauzeit und Baukosten sowie die Funktion des nunmehr ausgeschriebenen Erkundungsstollens gegenüber dem Projekt, welches Gegenstand der von Dr. J*** erarbeiteten Studie "Maschinelle Vortriebskonzepte" war, haben, waren seine "Vorarbeiten" für die Ausschreibung des gegenständlichen Erkundungsstollen sohin nicht maßgeblich. Maßgeblich waren vielmehr die Ergebnisse des Ausführungsprojektes, an dessen Erarbeitung er jedoch nicht beteiligt war. Gleichmaßen war er aufgrund der Tatsache, dass zum Zeitpunkt des Vorprojektes nur unvollständige geologische und hydrologische Daten vorlagen, gar nicht in der Lage, einen Wettbewerbsvorteil für den präsumtiven Zuschlagsempfänger zu ziehen. Denn gerade die weitere Präzisierung der Rohdaten, weitere umfangreiche Bohrungen, umfangreiche Studien 2005 und Festlegungen von zuvor offenen Alternativen schließen einen relevanten Wettbewerbsvorteil des präsumtiven Zuschlagsempfängers aus. Diese Daten wurden aber allen Bietern im Rahmen des Vergabeverfahrens nachweislich zur Verfügung gestellt. Der präsumtive Zuschlagsempfänger verfügte somit über keine weitergehenden kalkulationsrelevanten Erkenntnisse hinsichtlich des Ausschreibungsgegenstandes als alle übrigen Bieter.

Den von Prof. CC*** getroffenen Aussagen kann insofern nicht gefolgt werden, als diesem - wie sich aus seiner gesamten Erörterung ergibt - zur exakten Beurteilung der gegenständlichen Sachlage detaillierte Unterlagen, wie sie dem BVA und dem Auftraggeber vorlagen, fehlten. Seine Schlussfolgerungen sind äußerst hypothetisch und bauen auf keinem Befund auf. Somit entspricht die vorgelegte gutachterliche Stellungnahme vom 28.6.2007 weder den gesetzlichen noch den höchstgerichtlichen Anforderungen.

Es ist Aufgabe des Auftraggebers, Ausschlussgründe wahrzunehmen. Der EuGH hat zwar in seinem Urteil vom 3.3.2005, C-21/03 und C- 34/03 (Fabricom) ausgesprochen, dass einem Bieter, der bestimmte vorbereitende Arbeiten

durchgeführt hat, vor Ausscheiden seines Angebotes Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen, dh. ein kontradiktorisches Verfahren durchzuführen ist. Liegt jedoch kein Ausschlussgrund vor, so hat nach Ansicht des erkennenden Senates der Auftraggeber den Bieter auch nicht aufzufordern, nachzuweisen, dass die von ihm erworbenen Erkenntnisse und Erfahrungen den Wettbewerb nicht haben verfälschen können. Darüber hinaus hat der präsumtive Zuschlagsempfänger im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens umfangreich dargelegt, dass die von ihm erworbenen Erkenntnisse und Erfahrungen den Wettbewerb nicht haben verfälschen können.

Aufgrund der umfangreichen Zeugenaussagen, insbesondere von Dr. J*** und Prof. L***, konnte von der von der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung am 26.6.2007 beantragten Beischaffung des Vertrages zwischen Dr. J*** und dem Auftraggeber betreffend die Erstellung der Studie Abstand genommen werden.

1. b) Litera b

Fehlende Nachweise der Eignung der Subunternehmer bzw. Leistungsteile der Subunternehmer:

Punkt 2.6 des Teils A 2 der Ausschreibungsunterlagen sieht Folgendes vor:

"Für Subunternehmer, die Ausführungen im Bereich Tunnelbau vornehmen, sind die Nachweise gemäß den Punkten 2.4.1 bis 2.4.5 zu erbringen.

Für alle sonstigen Subunternehmer sind die Nachweise gemäß Punkt

2.4.1 bis 2.4.2 und einen den Ausführungen ihres Teils entsprechenden Nachweis über die technische Leistungsfähigkeit zu erbringen."

Eine Einsichtnahme in das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers ergab, dass ausschließlich solche Subunternehmer namhaft gemacht wurden, die keine Arbeiten im Bereich "Tunnelbau" vornehmen. Der daraus folgenden reduzierten Nachweispflicht ist der präsumtive Zuschlagsempfänger ausschreibungsgemäß nachgekommen.

Die Antragstellerin vermeint, dass die Leistungsteile, für welche Subunternehmer eingesetzt werden sollen, nicht erkennbar seien bzw. Leistungsteile, die angegeben wurden, nicht einmal Ausschreibungsgegenstand seien, weshalb das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers auszuschneiden sei. Den von der Antragstellerin dazu zitierten Judikaten liegen jedoch andere Sachverhaltskonstellationen zu Grunde.

Der präsumtive Zuschlagsempfänger hat Subunternehmer namhaft gemacht und unter Hinweis auf deren gewerberechtliche Befugnis nach den italienischen Vorschriften in der Rubrik Leistungsbeschreibung stichwortartige Begriffe genannt. Im Sinne einer mit den Bestimmungen des BVergG 2006 in Einklang zu bringenden Verbesserung präzierte der präsumtive Zuschlagsempfänger diese Leistungsbeschreibung in der mündlichen Verhandlung vom 26.6.2007 in Übereinstimmung mit den im Angebot genannten Befugnissen zu den Subunternehmerleistungen. Eine Änderung des Angebotes des präsumtiven Zuschlagsempfängers liegt bei dieser Vorgangsweise nicht vor.

Punkt A2, projektbezogene Ausschreibungsgrundlage, in der Fassung der Berichtigung 04, Punkt 2.6. der bestandfest gewordenen Ausschreibungsunterlagen lautet:

"[...]Wird zum Nachweis der Leistungsfähigkeit des Bieters auf genannte Subunternehmer berufen, so sind die gem. Punkt 2.4.5 "Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit" angeführten Nachweise von den genannten Subunternehmern zu erbringen. Weiters ist in diesem Fall vom Bieter in geeigneter Weise nachzuweisen, dass tatsächlich über die Mittel der Subunternehmer verfügt werden kann. [...]"

Diese Bestimmung deckt sich mit § 108 Abs 1 Z 2 BVergG 2006. Wenngleich der präsumtive Zuschlagsempfänger sich nicht auf die Subunternehmer zur Substituierung der eigenen Leistungsfähigkeit berief, da er sowohl in rechtlicher als auch in technischer Hinsicht sämtliche Voraussetzungen erfüllt, um den gesamten Auftrag ohne Subunternehmer durchführen zu können, wurden dem erkennenden Senat mit Schriftsatz vom 29.6.2007 verbindliche Verfügbarkeitserklärungen der im Angebot genannten Subunternehmer vorgelegt (vgl. in diesem Zusammenhang auch VwGH 24.9.2003, 2003/04/0093). Diese Erklärungen sind jeweils vor dem Termin der Angebotsöffnung datiert. Diese Bestimmung deckt sich mit Paragraph 108, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006. Wenngleich der präsumtive Zuschlagsempfänger sich nicht auf die Subunternehmer zur Substituierung der eigenen Leistungsfähigkeit berief, da er sowohl in rechtlicher als auch in technischer Hinsicht sämtliche Voraussetzungen erfüllt, um den gesamten Auftrag ohne Subunternehmer durchführen zu können, wurden dem erkennenden Senat mit Schriftsatz vom 29.6.2007

verbindliche Verfügbarkeitserklärungen der im Angebot genannten Subunternehmer vorgelegt vergleiche in diesem Zusammenhang auch VwGH 24.9.2003, 2003/04/0093). Diese Erklärungen sind jeweils vor dem Termin der Angebotsöffnung datiert.

1. c)Litera c

Verfügbarkeit der Tunnelbohrmaschine:

Gemäß Anl./All. A 04 02 ist die Verfügbarkeit der TBM nachzuweisen. Gemäß Anlage I, A, römisch zwei, A 04 02 ist die Verfügbarkeit der TBM nachzuweisen.

Eine Einsichtnahme in das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers ergab, dass dieser die Verfügbarkeit über die Hartgesteins-Doppelschild-TBM durch ein entsprechendes Schreiben von H*** nachgewiesen hat.

1. d)Litera d

Vollmachten

Eine Einsichtnahme in das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers ergab, dass dieser umfangreiche Vollmachten dem Angebot beilegte und die darin bezeichneten Personen dieses ordnungsgemäß unterfertigten.

1. e)Litera e

Besondere berufliche Zuverlässigkeit

Der Auftraggeber legte in der mündlichen Verhandlung vom 26.6.2007 ein Schreiben der Zentralen Koordinationsstelle für die Kontrolle illegaler Beschäftigung des BMF vom 21.6.2007 vor, woraus hervorgeht, dass weder den Mitgliedern des präsumtiven Zuschlagsempfängers noch der im Angebot genannten Subunternehmern eine zu berücksichtigende Bestrafung gemäß § 28b Abs 2 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes zuzurechnen ist. Der Auftraggeber legte in der mündlichen Verhandlung vom 26.6.2007 ein Schreiben der Zentralen Koordinationsstelle für die Kontrolle illegaler Beschäftigung des BMF vom 21.6.2007 vor, woraus hervorgeht, dass weder den Mitgliedern des präsumtiven Zuschlagsempfängers noch der im Angebot genannten Subunternehmern eine zu berücksichtigende Bestrafung gemäß Paragraph 28 b, Absatz 2, des Ausländerbeschäftigungsgesetzes zuzurechnen ist.

1. f)Litera f

Bieteranfragen/Berichtigungen

Gemäß § 325 Abs 1 hat das Bundesvergabeamt eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Bescheid für nichtig zu erklären, wenn Gemäß Paragraph 325, Absatz eins, hat das Bundesvergabeamt eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Bescheid für nichtig zu erklären, wenn

1. 1.Ziffer eins

sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung den Antragsteller in dem von ihm geltend gemachten Recht verletzt, und

2. 2.Ziffer 2

die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

Eine Einsichtnahme des erkennenden Senates in die Bieteranfragen und deren individuelle Beantwortung ergab, dass die Antragstellerin die meisten Bieteranfragen, der präsumtive Zuschlagsempfänger hingegen die geringste Anzahl an Anfragen tätigte.

Ein Großteil der individuellen Beantwortungen waren allgemeine Hinweise auf Ausschreibungsbestimmungen, allgemeine Erörterungen, die sich bereits aus den Ausschreibungsunterlagen ergeben, sowie Hinweise auf bereits erfolgte Berichtigungen. Allfällige darüber hinausgehende kalkulationsrelevante Ausführungen sind für den Ausgang des Verfahrens nicht von wesentlichem Einfluss. Soweit einzelnen Bietern eine Berichtigung vorweg bekannt gegeben wurde, wurde diese Berichtigung anschließend - wenn auch zeitlich etwas verzögert - allen Bietern per e-mail bekannt gegeben. Wenngleich diese Vorgangsweise grundsätzlich dem Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bieter widerspricht, so ist dies aufgrund des Inhalts der erfolgten Berichtigungen, insbesondere deren geringer Relevanz für die Kalkulation nicht von wesentlichem Einfluss für den Ausgang des Vergabeverfahrens.

1. 2.Ziffer 2

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 2006 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 Paragraph 319, Absatz eins, BVergG 2006 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 § 319 Abs. 2 BVergG 2006 besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung nur dann, wenn Gemäß Paragraph 319, Absatz 2, BVergG 2006 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 in der Höhe von jeweils Euro 5.000.--, insgesamt somit Euro 10.000.-- wurden von der Antragstellerin nachweislich entrichtet.

Da der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung mit Spruchpunkt I. abgewiesen 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. abgewiesen 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 5.6.2007, N/0054-BVA/07/2007-EV13, wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben. Da jedoch der Nachprüfungsantrag abgewiesen 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 5.6.2007, N/0054-BVA/07/2007-EV13, wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben. Da jedoch der Nachprüfungsantrag abgewiesen 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_20070703_N_0054_BVA_07_2007_60_00

Quelle: Vergabekontrollbehörden Verg, <https://www.ris.bka.gv.at/Verg>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at