

TE Verg Bescheid 2006/7/10 N/0044-BVA/10/2006-027

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 10.07.2006

Norm

BVergG 2006 §129 Abs1 Z2

BVergG 2006 §129 Abs2

BVergG 2006 §319

BVergG 2006 §320 Abs1 Z2

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 § 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

1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

Bescheid

Das Bundesvergabeamt hat durch den Senat 10 bestehend aus Mag. Hubert Reisner als Vorsitzendem sowie Generalanwalt i.R. Dr. Peter Reindl als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Manfred Müllner als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "S36 Murtalschnellstraße, Tunnel Rothenthurm, Erkundungsbohrungen Teilabschnitt 1 Tunnelbau" des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft vertreten durch die vergebende Stelle Amt der Steiermärkischen Landesregierung, Fachabteilung 18B vertreten durch ASFINAG Baumanagement GmbH über die Anträge der A*** vertreten durch X***, Rechtsanwalt, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Der Antrag auf Nichtigkeitsklärung der Ausscheidensentscheidung wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 129 Abs 1 Z 2, Abs 2 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2,, Absatz 2, BVergG

II.römisch zwei.

Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung wird zurückgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 320 Abs 1 Z 2 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraph 320, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG

III.römisch drei.

Der Antrag auf Ersatz der für den Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung und den Nachprüfungsantrag entrichteten Pauschalgebühr wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 319 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraph 319, BVergG

Begründung

1. 1.Ziffer eins

Vorbringen der Parteien

Die A*** vertreten durch X***, Rechtsanwalt, in der Folge Antragstellerin genannt, brachte den gegenständlichen Nachprüfungsantrag und einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung am 12. Juni 2006 beim Bundesvergabeamt ein. Er betrifft das Vergabeverfahren "S36 Murtalschnellstraße, Tunnel Rothenthurm, Erkundungsbohrungen Teilabschnitt 1 Tunnelbau" der Auftraggeberin ASFINAG Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs- Aktiengesellschaft vertreten durch das Amt der Steiermärkischen Landesregierung, Fachabteilung 18B im Nachprüfungsverfahren vertreten durch ASFINAG Baumanagement GmbH.

In dem Nachprüfungsantrag wird im Wesentlichen vorgebracht, dass die Antragstellerin zu Unrecht ausgeschieden worden sei. Zwar sei derzeit keine Zuschlagsentscheidung bekannt gemacht worden. Für den Fall, dass diese aber schon bekannt gemacht worden und lediglich die Antragstellerin nicht davon informiert sein sollte, werde auch die Zuschlagsentscheidung als gesondert anfechtbare Entscheidung angefochten. Sie wäre auch durch das rechtswidrige Ausscheiden der Antragstellerin und den Umstand, dass ohne dieses rechtswidrige Ausscheiden der Antragstellerin der Zuschlag zu erteilen wäre, ebenfalls mit Rechtswidrigkeit belastet. Unter diesem Aspekt werde neben dem "Nachprüfen des Ausscheidens" auch die "Nachprüfung der Zuschlagsentscheidung" beantragt.

Das Angebot der Antragstellerin sei gemäß Teil B.8 der Ausschreibungsunterlagen "Erklärungen des Bieters" Pkt. B.8,5. "Anhänge" gestaltet gewesen. Anhang B.8 - 5.3 "Eignungskriterien" umfasse eine Seite. Darin habe die Antragstellerin zwei Projekte angegeben, die den Anforderungen einer Rotationskernbohrung entsprechen würden, die in einer Tiefe von mehr als 250 m und entsprechend den Ausschreibungsanforderung in den letzten zehn Jahren ausgeführt worden seien. Darüber hinaus habe die Antragstellerin zwei Referenzprojekte und ein Alternativangebot angegeben, die entsprechend den Ausschreibungsunterlagen die Rotationskernbohrungen mit Neigungen bis zu 60 Grad aus der Lotrechten mit Endteufen von mindestens 150 m vom Bohransatz umfassen würden.

Die Antragstellerin habe auch ein gefordertes Referenzprojekt und ein heranzuziehendes Alternativprojekt angegeben, die mindestens fünf Bohrstellen umfassen würden, in denen geophysikalische Bohrlochdocks auszuführen gewesen seien. Das jeweils erstgenannte Projekt sei das Projekt "B***" aus dem Jahr 2004. Das zweite angegebene Projekt zu den beiden erstgenannten Referenzkriterien sei der Tunnel C***, ein Teilabschnitt des D*** Basistunnels, ein Projekt, das im Jahr 2002 begonnen habe und voraussichtlich im Jahr 2012 abgeschlossen werde. Zum zweiten Referenzkriterium sei zudem als alternativ heranzuziehendes Referenzprojekt das Projekt E*** angegeben worden, welches seit dem Jahr 2002 laufe und voraussichtlich im Jahr 2007 abgeschlossen sein werde. Als Alternativprojekt für das dritte Referenzkriterium sei ein Projekt aus dem Jahr 2004, das Projekt "F***" angegeben worden. Damit seien alle drei Eignungskriterien mit jeweils ausreichenden Referenzprojekten belegt worden.

Am 18. April 2006 sei die Antragstellerin von der vergebenden Stelle aufgefordert worden, zu den in der Ausschreibung unter Punkt B.8 angegebenen Referenzen die entsprechenden Referenzbestätigungen mit der Unterschrift des Auftraggebers zum C***- und E***tunnel zuzusenden. Dazu habe die vergebende Stelle in einem weiteren Schreiben vom 20. April 2006 mitgeteilt, dass laut telefonischer Auskunft des Bauherrn bei den Bohrarbeiten für den "B***-, C***- und E***tunnel" die Antragstellerin zwar ARGE-Mitglied gewesen sei, jedoch die als Nachweis der technischen

Leistungsfähigkeit angeführten Bohrarbeiten von einem anderen ARGE-Mitglied erbracht worden seien. Die Antragstellerin habe es in ihrem Angebot unterlassen, diesen Partner als Subunternehmer zu deklarieren, sodass kein gültiger Nachweis über die technische Leistungsfähigkeit vorliege.

Die Antragstellerin habe jedoch bereits mit ihrem Angebot drei Bestätigungen zum Tunnel C***, D***-Basistunnel datiert mit 9. Juni 2004, zum Bauvorhaben F*** 2. Röhre, datiert mit 17. Jänner 2006 und zum Bauvorhaben B***, Erkundungsphase 1, datiert mit 14. März 2005, vorgelegt. Darin sei die Antragstellerin bzw ein mit ihr konzernverbundenes Unternehmen als (allein- oder zumindest mitausführendes) Unternehmen genannt. Deshalb sei von der Antragstellerin im Schreiben vom 24. April 2006 für jedes der für die Eignungskriterien relevanten Subkriterien bei jedem der genannten Projekte ausgeführt worden, welche Arbeiten von wem geleistet worden seien und welche Belege dafür vorlegbar gewesen seien. Diesem Schreiben seien 14 Beilagen angeschlossen gewesen. In einem weiteren Schreiben habe die Antragstellerin eine Bestätigung für die ausgeführten Bohrleistungen "G****" und eine Beilage ./10 vorgelegt. Am 22. Mai 2006 habe die Antragstellerin die von der Geschäftsleitung H*** D*** AG unterfertigte Referenz über die ausgeführten Kernbohrungen nachgereicht, welche mit 2. Mai 2006 datiert gewesen seien.

Obwohl die Antragstellerin den Verbesserungsaufträgen nachgekommen sei, sei sie mit Faxmitteilung vom 2. Juni 2006 über ihr Ausscheiden gemäß § 129 Abs 3 BVergG verständigt worden. Begründend sei darin ausgeführt worden, dass die in den Ausschreibungsunterlagen in Teil B.8 Anhang 5.3 "Eignungskriterien" verlangten Angaben von der Antragstellerin nicht nachgewiesen worden seien. In einigen der in den Tabellen angegebenen Referenzprojekte seien von der Antragstellerin keine gemäß den Anforderungen des Auftraggebers vom 18. April 2006 bzw 20. April 2006 überprüfbaren, unterfertigten Auftraggeberbestätigungen als Eignungsnachweis vorgelegt worden. Obwohl die Antragstellerin den Verbesserungsaufträgen nachgekommen sei, sei sie mit Faxmitteilung vom 2. Juni 2006 über ihr Ausscheiden gemäß Paragraph 129, Absatz 3, BVergG verständigt worden. Begründend sei darin ausgeführt worden, dass die in den Ausschreibungsunterlagen in Teil B.8 Anhang 5.3 "Eignungskriterien" verlangten Angaben von der Antragstellerin nicht nachgewiesen worden seien. In einigen der in den Tabellen angegebenen Referenzprojekte seien von der Antragstellerin keine gemäß den Anforderungen des Auftraggebers vom 18. April 2006 bzw 20. April 2006 überprüfbaren, unterfertigten Auftraggeberbestätigungen als Eignungsnachweis vorgelegt worden.

Die Antragstellerin habe ihr Interesse am Vertragsabschluss insbesondere durch ihre Beteiligung am Vergabeverfahren und durch Nachreichung von Unterlagen entsprechend den Aufforderungen der vergebenden Stelle dargetan. Das fortdauernde Interesse am Vertragsabschluss werde auch durch den eingebrachten Nachprüfungsantrag belegt. Da sie Bestbieterin sei, bestehe auch weiterhin das Interesse an der Zuschlagserteilung. Durch die angefochtene Ausscheidensentscheidung verliere sie ihre Möglichkeit, weiter am Vergabeverfahren teilzunehmen und insbesondere ihre Chancen auf Zuschlagserteilung wahrzunehmen. Darüber hinaus drohen der Antragstellerin die Frustration ihrer Kosten für die Angebotserstellung und sowie der Verlust der Kosten für die Teilnahme am Vergabeverfahren und der der Beratungs- und Vertretungskosten. Die Höhe des drohenden Schadens belaufe sich auf Euro 22.000,--.

Die Antragstellerin sei in ihrem Recht auf korrekte Angebotsprüfung, insbesondere vergaberechtskonforme Eignungsprüfung, in ihrem Recht auf Berücksichtigung in der Zuschlagsentscheidung auf Grund der nachgewiesenen Erfüllung aller Eignungskriterien und damit in ihrem Recht auf Zuschlagserteilung als Bestbieterin verletzt. Der Antrag der Antragstellerin sei auch gemäß § 321 Abs 1 Z 5 BVergG rechtzeitig, zumal die Mitteilung über das Ausscheiden der Antragstellerin am 2. Juni 2006 per Telefax übermittelt worden sei. Die vergebende Stelle habe es auch unterlassen, Angaben darüber zu machen, zu welchen der angegebenen Referenzprojekte Bestätigungen fehlen würden. Vielmehr sei nur auf einige Referenzprojekte Bezug genommen worden. Die Bestätigungen der Antragstellerin würden den notwendigen Inhalt gemäß § 75 Abs 3 BVergG aufweisen und würden vom Auftraggeber selbst stammen. Die Antragstellerin sei in ihrem Recht auf korrekte Angebotsprüfung, insbesondere vergaberechtskonforme Eignungsprüfung, in ihrem Recht auf Berücksichtigung in der Zuschlagsentscheidung auf Grund der nachgewiesenen Erfüllung aller Eignungskriterien und damit in ihrem Recht auf Zuschlagserteilung als Bestbieterin verletzt. Der Antrag der Antragstellerin sei auch gemäß Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG rechtzeitig, zumal die Mitteilung über das Ausscheiden der Antragstellerin am 2. Juni 2006 per Telefax übermittelt worden sei. Die vergebende Stelle habe es auch unterlassen, Angaben darüber zu machen, zu welchen der angegebenen Referenzprojekte Bestätigungen fehlen

würden. Vielmehr sei nur auf einige Referenzprojekte Bezug genommen worden. Die Bestätigungen der Antragstellerin würden den notwendigen Inhalt gemäß Paragraph 75, Absatz 3, BVergG aufweisen und würden vom Auftraggeber selbst stammen.

Da es sich teilweise um ausländische Projekte gehandelt habe, seien die entsprechenden Nachweise nicht in der siebentägigen Frist gemäß Position B.8,3.2 der Ausschreibungsunterlagen zu erbringen gewesen. Die Antragstellerin habe sie so rasch wie möglich, jedenfalls auch in angemessener Frist vorgelegt, sodass ein Ausscheiden wegen Nichtvorlage von geforderten weiteren Nachweisen nicht gerechtfertigt sei. Denkbar wäre damit nur mehr, dass die vergebende Stelle die Ausscheidensentscheidung darauf stütze, dass die Antragstellerin nicht bei allen von ihm angegebenen Referenzprojekten allein ausführendes Unternehmen gewesen sei. Dies könne jedoch nicht ein Ausscheiden begründen.

Die Antragstellerin sei stets Auftragnehmerin bei den Tunneln B***, C*** und E*** gewesen. Zum erstgenannten Tunnel sei die Bestätigung der ASFINAG Baumanagement GmbH vom 14. März 2005 vorgelegt worden. Bei diesem Projekt sei die Antragstellerin allein ausführendes Unternehmen gewesen. Beim C***tunnel sei die Bestätigung des Auftraggebers vom 23. Jänner 2004 vorgelegt worden. Daraus ergebe sich, dass die mit der Antragstellerin verbundene A*** AG zu 28 % mit der Durchführung des Auftrages befasst gewesen sei. Dies gelte auch für die aktualisierte Bestätigung vom 25. April 2006 und 2. Mai 2006. Leistungserbringung durch eine ARGE schade allerdings nicht und vermöge ein Ausscheiden nicht zu rechtfertigen. Der Tunnel E*** sei schließlich nur als alternativ heranzuziehende Referenz zu bewerten. Da die beiden anderen Referenzprojekte ordnungsgemäß belegt worden seien, sei diese Alternativreferenz nicht erforderlich und ein darauf gestütztes Ausscheiden rechtswidrig.

Im Rahmen des Nachprüfungsantrages beantrage die Antragstellerin deshalb, ein Nachprüfungsverfahren einzuleiten und eine mündliche Verhandlung anzuberaumen, sowie die angefochtene Ausscheidensentscheidung für nichtig zu erklären, in eventu die Ausscheidensentscheidung und die Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären und jedenfalls den Antragsgegner zum Ersatz der von der Antragstellerin entrichteten Verfahrensgebühren binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu verpflichten und Beilage ./9 von der Akteneinsicht auch gegenüber dem Auftraggeber und der vergebenden Stelle auszunehmen.

Am 14. Juni 2006 legte die Auftraggeberin die Unterlagen des Vergabeverfahrens vor und nahm zum Antragsvorbringen Stellung. Im Sinne der Gleichbehandlung aller Bieter habe die Prüfung der Angebote gemäß den Bestimmungen der §§ 122 ff BVergG nach den Festlegungen in der Ausschreibung zu erfolgen. Insbesondere dürfe der Auftraggeber nicht nachträglich von den Bedingungen der Ausschreibung abweichen. Dies ergebe sich auch aus der Judikatur des BVA und des EuGH. In den Ausschreibungsunterlagen sei unter Punkt 8.5 (Teil B.8) klar und unmissverständlich geregelt, dass die verlangten Nachweise gemäß der §§ 70 ff BVergG (Teil B.1) auf Aufforderung innerhalb von sieben Kalendertagen nachzureichen seien. Der Antragstellerin musste daher bewusst sein, dass die geforderten Nachweise und auch die sonstigen Unterlagen binnen einer siebentägigen Frist nachzureichen seien. Diese Ausschreibungsbestimmung sei auch von der Antragstellerin nicht bekämpft worden. Mit Schreiben vom 20. April 2006 sei die Antragstellerin aufgefordert worden, die Referenzbescheinigungen hinsichtlich bestimmter Referenzprojekte nachzureichen. Dieser Aufforderung der Auftraggeberin sei die Antragstellerin nur unzureichend nachgekommen. Die Referenzbescheinigungen für den D*** Basistunnel und den C***tunnel seien trotz dieser Aufforderung nie vorgelegt worden. Das Angebot der Antragstellerin sei daher auszuschneiden gewesen. Am 14. Juni 2006 legte die Auftraggeberin die Unterlagen des Vergabeverfahrens vor und nahm zum Antragsvorbringen Stellung. Im Sinne der Gleichbehandlung aller Bieter habe die Prüfung der Angebote gemäß den Bestimmungen der Paragraphen 122, ff BVergG nach den Festlegungen in der Ausschreibung zu erfolgen. Insbesondere dürfe der Auftraggeber nicht nachträglich von den Bedingungen der Ausschreibung abweichen. Dies ergebe sich auch aus der Judikatur des BVA und des EuGH. In den Ausschreibungsunterlagen sei unter Punkt 8.5 (Teil B.8) klar und unmissverständlich geregelt, dass die verlangten Nachweise gemäß der Paragraphen 70, ff BVergG (Teil B.1) auf Aufforderung innerhalb von sieben Kalendertagen nachzureichen seien. Der Antragstellerin musste daher bewusst sein, dass die geforderten Nachweise und auch die sonstigen Unterlagen binnen einer siebentägigen Frist nachzureichen seien. Diese Ausschreibungsbestimmung sei auch von der Antragstellerin nicht bekämpft worden. Mit Schreiben vom 20. April 2006 sei die Antragstellerin aufgefordert worden, die Referenzbescheinigungen hinsichtlich

bestimmter Referenzprojekte nachzureichen. Dieser Aufforderung der Auftraggeberin sei die Antragstellerin nur unzureichend nachgekommen. Die Referenzbescheinigungen für den D*** Basistunnel und den C***tunnel seien trotz dieser Aufforderung nie vorgelegt worden. Das Angebot der Antragstellerin sei daher auszuschneiden gewesen.

Gemäß § 126 Abs 1 BVergG sei die Antragstellerin schriftlich zur Aufklärung innerhalb einer angemessenen Frist gefordert worden. Dies sei nach telefonischer Überprüfung der Referenz der Antragstellerin zum "B***" erfolgt, die ergeben habe, dass diese Leistung nicht von der Antragstellerin erbracht worden sei. Sollte der Hinweis der Antragstellerin im Schreiben vom 24. April 2006, dass 15 Stück Vertikalbohrungen in Summe 588,10 m mit Einzeltiefen bis 120,40 m durchgeführt worden seien, als entsprechende Aufklärung zu verstehen sein, sei darauf hinzuweisen, dass gemäß den Ausschreibungsbestimmungen in Teil B8, Anhang 8.5.3, als Referenznachweise Rotationskernbohrungen in Tiefen mehr als 250,0 m gefordert gewesen seien. Daraus ergebe sich, dass das von der Antragstellerin angeführte Referenzprojekt "B***" für den Nachweis der Rotationsbohrungen in Tiefen von mehr als 250,0 m nicht geeignet sei. Hinsichtlich der geforderten Aufklärung betreffend die Referenz B*** für die Referenzprojekte 2 und 3 habe die Antragstellerin keine Auskünfte erteilt. Gemäß Paragraph 126, Absatz eins, BVergG sei die Antragstellerin schriftlich zur Aufklärung innerhalb einer angemessenen Frist gefordert worden. Dies sei nach telefonischer Überprüfung der Referenz der Antragstellerin zum "B***" erfolgt, die ergeben habe, dass diese Leistung nicht von der Antragstellerin erbracht worden sei. Sollte der Hinweis der Antragstellerin im Schreiben vom 24. April 2006, dass 15 Stück Vertikalbohrungen in Summe 588,10 m mit Einzeltiefen bis 120,40 m durchgeführt worden seien, als entsprechende Aufklärung zu verstehen sein, sei darauf hinzuweisen, dass gemäß den Ausschreibungsbestimmungen in Teil B8, Anhang 8.5.3, als Referenznachweise Rotationskernbohrungen in Tiefen mehr als 250,0 m gefordert gewesen seien. Daraus ergebe sich, dass das von der Antragstellerin angeführte Referenzprojekt "B***" für den Nachweis der Rotationsbohrungen in Tiefen von mehr als 250,0 m nicht geeignet sei. Hinsichtlich der geforderten Aufklärung betreffend die Referenz B*** für die Referenzprojekte 2 und 3 habe die Antragstellerin keine Auskünfte erteilt.

Es sei nicht Aufgabe der Auftraggeberin, so lange nachzufragen, bis der Antragstellerin die Aufklärung gelingen würde. Nachdem bereits der Ausscheidensgrund der Antragstellerin mitgeteilt worden sei, seien weitere Ausscheidensgründe nicht mehr geprüft worden zumal solche nicht für die Ermittlung des Bestbieters mehr von wesentlichem Einfluss gewesen seien.

Die Antragstellerin habe in ihrem Schreiben vom 25. März 2006 weitere neue Referenzprojekte angeführt bzw Referenzprojekte geändert. Diese nachträgliche Nennung eines im Angebot nicht angeführten Referenzprojektes komme einer Änderung des Angebotes gleich, die dem Gleichbehandlungsgrundsatz der Bieter widerspreche. Bei dem vorgenommenen Austausch eines im Angebot nicht genannten Referenzprojektes handle es sich auch nicht um eine zulässige Aufklärung des ursprünglichen Angebotes der Antragstellerin, da die von einem Bieter erteilten Auskünfte nicht zu einer inhaltlichen Abänderungen des ursprünglichen Angebotes führen dürften. Aufklärungen dürften nur dem Zweck dienen, Zweifel über die Angebote aufzuklären. Sie dürfen jedoch nicht das Ziel verfolgen, eine nachträgliche Verbesserung von Angebotsbestandteilen zu erreichen. Die nachträgliche Nennung bzw die Umreihung von Referenzprojekten sei als eine solche unzulässige Nachbesserung anzusehen. Auch diesbezüglich liege ein Ausscheidensgrund vor. Aus diesen Gründen beantragte die Auftraggeberin die Abweisung sämtlicher Anträge der Antragstellerin.

Am 3. Juli 2006 erhob die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin begründete Einwendungen und beantragte, die angefochtene Ausscheidungsentscheidung aufrecht zu halten und weder dem Nachprüfungsantrag noch der beantragten einstweiligen Verfügung des Antragestellers Folge zu geben. Sie führte aus, dass die I***, ein Mitglied der für den Zuschlag in Aussicht genommenen Bietergemeinschaft, bei dem Projekt "B***" Subunternehmerin der Antragstellerin gewesen sei und die 300 m tiefen Bohrungen ausgeführt habe. Die 600 m tiefen Bohrungen im Projekt "B***" habe die J*** ebenfalls als Subunternehmerin durchgeführt. Die Antragstellerin könne daher das Projekt "B***" nicht zum Nachweis selbst erbrachter Leistungen wie die ausschreibungsgegenständliche heranziehen.

Am 4. Juli 2006 fand eine mündliche Verhandlung statt. Die Antragstellerin wandte sich gegen das Vorbringen der Auftraggeberin. Sie habe bereits in ihrem Angebot auf Referenzen verwiesen und Auftraggeberbestätigungen beigelegt. Im Schreiben vom 24. April 2006 habe sie umfangreiche Nachweise für Referenzen vorgelegt. Mit Schreiben vom 27. April 2006 habe sie eine ergänzende Referenz vorgelegt. Mit Schreiben vom 22. Mai 2006 habe sie die Auftraggeberbestätigung für das Projekt Tunnel C*** vorgelegt. Zur Rechtzeitigkeit dieser Vorlage sei auszuführen,

dass nicht alle Unterlagen innerhalb von sieben Tagen vorzulegen gewesen seien. Der Verweis der Ausschreibung auf Punkt B.1 ergebe, dass an dieser Stelle Referenzen in erster Linie als Zuschlagskriterien behandelt werden. § 75 Abs 2 1. Satz BVergG sei nicht heranzuziehen, weil die H*** D*** AG kein öffentlicher Auftraggeber sei. Zum Nachweis der Eignung durch Referenzprojekte, an denen Subunternehmer beteiligt waren, sei auf Gölles in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz, § 57, zu verweisen, wonach auch Referenzprojekte zu berücksichtigen seien, die unter Beiziehung eines Subunternehmers oder in einer ARGE erbracht worden seien. Der neue Wortlaut des § 75 Abs 4 BVergG bestätige diese Ansicht. Verwiesen werde auf das EuGH-Urteil in der Sache Holst Italia. Bei allen Leistungen habe die Antragstellerin die Gesamtverantwortung getragen. Sie sei für Aufsicht, Planung und Koordination zuständig gewesen. Die Ausschreibung enthalte keine Angaben betreffend die Art der Durchführung der Referenzprojekte. Daher seien auch Referenzen mit Subunternehmern zulässig. Nach der ständigen Judikatur des VwGH sei das Nachreichen von Unterlagen zum Nachweis der Eignung zulässig. Bei dem Projekt Tschirganttunnel habe es sehr wohl Bohrungen mit einer Länge von mehr als 250 m, nämlich ua eine Horizontalbohrung in der Länge von 667 m gegeben. Am 4. Juli 2006 fand eine mündliche Verhandlung statt. Die Antragstellerin wandte sich gegen das Vorbringen der Auftraggeberin. Sie habe bereits in ihrem Angebot auf Referenzen verwiesen und Auftraggeberbestätigungen beigelegt. Im Schreiben vom 24. April 2006 habe sie umfangreiche Nachweise für Referenzen vorgelegt. Mit Schreiben vom 27. April 2006 habe sie eine ergänzende Referenz vorgelegt. Mit Schreiben vom 22. Mai 2006 habe sie die Auftraggeberbestätigung für das Projekt Tunnel C*** vorgelegt. Zur Rechtzeitigkeit dieser Vorlage sei auszuführen, dass nicht alle Unterlagen innerhalb von sieben Tagen vorzulegen gewesen seien. Der Verweis der Ausschreibung auf Punkt B.1 ergebe, dass an dieser Stelle Referenzen in erster Linie als Zuschlagskriterien behandelt werden. Paragraph 75, Absatz 2, 1. Satz BVergG sei nicht heranzuziehen, weil die H*** D*** AG kein öffentlicher Auftraggeber sei. Zum Nachweis der Eignung durch Referenzprojekte, an denen Subunternehmer beteiligt waren, sei auf Gölles in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz, Paragraph 57,, zu verweisen, wonach auch Referenzprojekte zu berücksichtigen seien, die unter Beiziehung eines Subunternehmers oder in einer ARGE erbracht worden seien. Der neue Wortlaut des Paragraph 75, Absatz 4, BVergG bestätige diese Ansicht. Verwiesen werde auf das EuGH-Urteil in der Sache Holst Italia. Bei allen Leistungen habe die Antragstellerin die Gesamtverantwortung getragen. Sie sei für Aufsicht, Planung und Koordination zuständig gewesen. Die Ausschreibung enthalte keine Angaben betreffend die Art der Durchführung der Referenzprojekte. Daher seien auch Referenzen mit Subunternehmern zulässig. Nach der ständigen Judikatur des VwGH sei das Nachreichen von Unterlagen zum Nachweis der Eignung zulässig. Bei dem Projekt Tschirganttunnel habe es sehr wohl Bohrungen mit einer Länge von mehr als 250 m, nämlich ua eine Horizontalbohrung in der Länge von 667 m gegeben.

Der Vertreter der Auftraggeberin brachte vor, dass Rotationskernbohrungen in die Tiefe technisch andere Anforderung als Horizontalbohrungen stellten. Unter Eignungskriterien seien Bohrungen in die Tiefe verlangt worden. Die Ausschreibung enthalte einen Hinweis auf nachträgliches Ausscheiden bei nicht fristgerechter Vorlage angeforderter Unterlagen. Das Schreiben der Antragstellerin vom 24. April 2006 sei am 28. April 2006 beim Amt der Steiermärkischen Landesregierung eingelangt. Es hätte dort spätestens am 25. April 2006 einlangen müssen, um noch fristgerecht zu sein. Zur Erbringung einer Leistung als Mitglied einer ARGE sei anzumerken, dass es der ASFINAG beim gegenständlichen Projekt darauf ankomme, dass der jeweilige Bieter die Leistung selbst ausgeführt habe.

Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin verwies auf Punkt B.1,206 Abs 4 der Ausschreibungsunterlagen. Dort seien nicht ausschließlich Nachweise für den Bieter, sondern für den Subunternehmer gefordert. Im Übrigen werde auf das im Schriftsatz vorgelegte Referenzblatt verwiesen. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin verwies auf Punkt B.1,206 Absatz 4, der Ausschreibungsunterlagen. Dort seien nicht ausschließlich Nachweise für den Bieter, sondern für den Subunternehmer gefordert. Im Übrigen werde auf das im Schriftsatz vorgelegte Referenzblatt verwiesen.

Die Auftraggeberin gab an, dass in Anhang B.8-5.2 allgemeine Angaben zu bisher durchgeführten Projekten zu machen gewesen seien. Sie sollten dem Prüfer ein allgemeines Bild über den Bieter vermitteln. In Anhang B.8-5.3 seien Eignungskriterien formuliert, die ein Bieter erfüllen müsse, um für den Auftrag geeignet zu sein. Gegenstand der Ausschreibung seien Bodenerkundungen. Die Vertikalbohrungen gäben einen punktuellen Aufschluss über die geophysikalischen und hydrogeologischen Verhältnisse. Die Schrägbohrungen dienten dazu, ein Bild des dreidimensionalen Aufbaues des Bodens zu erhalten. Die Auswertung der Bohrlöcher passiere größtenteils im Bohrloch, teilweise auch außerhalb.

Die Antragstellerin brachte vor, dass das Schreiben vom 24. April 2006 vorab per Mail mit allen Anhängen geschickt wurde. Die Frist von sieben Tage sei kurz bemessen. Das Schreiben sei als Einschreibbrief innerhalb der Frist weggeschickt worden. Verwiesen werde auf § 57 BVergG 2006. Die Antragstellerin brachte vor, dass das Schreiben vom 24. April 2006 vorab per Mail mit allen Anhängen geschickt wurde. Die Frist von sieben Tage sei kurz bemessen. Das Schreiben sei als Einschreibbrief innerhalb der Frist weggeschickt worden. Verwiesen werde auf Paragraph 57, BVergG 2006.

Die Auftraggeberin verweist auf Punkt B.1,212 der Ausschreibung. Dort sei geregelt, dass der Informationsaustausch ausschließlich an eine dort genannte Faxnummer zu erfolgen habe. Das E-Mail sei bei der vergebenden Stelle nicht angekommen.

Die Antragstellerin brachte vor, dass in Punkt B.1,212 auch eine E-Mailadresse angegeben sei.

Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin brachte vor, dass in Punkt B.8.2 seitens des Bieters ausschließlich eine Faxnummer anzugeben sei.

Die Antragstellerin brachte vor, dass das Projekt E*** nicht mehr belegt worden sei, weil es bei näherer Prüfung nicht als geeignete Referenz als Alternative erschienen sei.

Die Auftraggeberin brachte vor, dass sie bei der Prüfung des Angebotes der Antragstellerin zehn Punkte festgehalten habe. Im Angebot sei eine falsche Telefonnummer angegeben gewesen. Die Antwort auf das Schreiben vom 18. April 2006 sei erst am 28. April 2006 eingelangt. Die Antragstellerin habe um Verschiebung des Termins zur Vorlage der Auftraggeberbestätigung des Tunnels C*** ersucht. Dies hätte einen Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter bedeutet. Darüber hinaus sei beabsichtigt gewesen, bereits im Juni zu bohren. Die Bestätigung des Tunnels C*** habe gefehlt. Das Projekt B*** hätten mehrere Bieter als Referenz genannt. Dies sei Anlass gewesen nachzufragen. Die ASFINAG Baumanagement GmbH habe mitgeteilt, dass die Bohrungen an Subunternehmer vergeben worden seien. Die Auftraggeberin legte das Schreiben vom 3. Juli 2006 vor. Der Inhalt wurde von der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung nicht bestritten. Die Referenzen dürften nicht älter als sechs Monate sein. Die vorgelegte Auftraggeberbestätigung betreffend den B*** sei vom 14. März 2005 und damit zu alt. Im Schreiben vom 24. April 2006 seien Referenzen getauscht worden. Bei der Referenz B*** wiesen lediglich die Horizontalbohrungen die für Vertikalbohrungen geforderte Mindestlänge von 250 m auf. Das Projekt sei als Referenz dreimal gestrichen worden. Von sieben angegebenen Referenzen sei somit bloß die F*** verblieben. Die Angebotsöffnung sei am 29. März 2006, die Aufforderung zur Vorlagen der Auftraggeberbestätigung für den Tunnel C*** am 18. April 2006 erfolgt. Sie sei am 1. Juni 2006 eingelangt. Über Befragen gab die Auftraggeberin an, dass horizontale und vertikale Bohrungen wegen der Schwerkraft unterschiedlich seien. Sie erforderten andere Geräte und verursachten andere Kosten.

Die Antragstellerin gab an, dass das Wort Teufe ein bergmännischer Begriff sei. Er sei aus der deutschen Tradition entstanden. Ursprünglich habe er die Tiefe eines Schachtes oder Stollens bezeichnet. Das Wort Tiefe bezeichne keine bestimmte Richtung. Weiters brachte sie vor, dass die Ausschreibungsunterlagen vom Amt der Steiermärkischen Landesregierung erstellt worden seien. Allfällige Unklarheiten gingen zu Lasten der ausschreibenden Stelle. Aus den Ausschreibungskriterien gehe nicht hervor, dass ausschließlich Vertikalbohrungen als Referenz akzeptiert werden. Die Antragstellerin habe es so verstanden, dass das Wort Tiefe auch auf Horizontalbohrungen anzuwenden sei.

Die Auftraggeberin bestritt, dass die Ausschreibung unklar gewesen sei. Aus den Planbeilagen und der Ausschreibung selbst sei erkennbar, welche Bohrungen in welche Richtung durchzuführen seien. Bei Unklarheiten hätte die Antragstellerin nachfragen können.

1. 2.Ziffer 2 Sachverhalt

Die Auftraggeberin beabsichtigt, im Zuge der Murtalschnellstraße den Tunnel Rothenthurm zu errichten. Zur Vorbereitung dieses Vorhabens sind Erkundungsbohrungen im offenen Verfahren als Bauauftrag im Unterschwellenbereich unter der Bezeichnung "S 36 Murtalschnellstraße, Tunnel Rothenthurm, Erkundungsbohrungen Teilabschnitt 1" ausgeschrieben. Der Zuschlag soll dem wirtschaftlich und technisch günstigsten Angebot erteilt werden. Der gegenständliche Auftrag wurde am 4. Mai 2006 in der Wiener Zeitung im amtlichen Lieferungsanzeiger

bekannt gemacht. Der geschätzte Auftragswert beträgt Euro 1.710.552,50 exklusive USt. Als Termin für die Angebotsöffnung wurde der 29. März 2006, 11.30 Uhr, festgelegt. (Stellungnahme der Auftraggeberin; Bekanntmachung des Vergabeverfahrens; Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Punkt B.1,212 der Ausschreibungsunterlagen lautet:

"B.1,212 Informationsübermittlung

- Unter Bezug auf § 43 BVergG 2006 wird festgelegt, dass sämtliche Mitteilungen, Anträge, Aufforderungen und Benachrichtigungen sowie jeder sonstige Informationsaustausch zwischen Bietern und der ausschreibenden Stelle ausschließlich per Fax an folgende Nummer zu erfolgen hat:- Unter Bezug auf Paragraph 43, BVergG 2006 wird festgelegt, dass sämtliche Mitteilungen, Anträge, Aufforderungen und Benachrichtigungen sowie jeder sonstige Informationsaustausch zwischen Bietern und der ausschreibenden Stelle ausschließlich per Fax an folgende Nummer zu erfolgen hat:

Fax: +43 (0) 316 / 877 - ****

e-mail: ****.****@stmk.gv.at"

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Punkt B.1,213 der Ausschreibungsunterlagen lautet:

"B.1,213 Angebotsprüfung, Zuschlag und Leistungsvertrag, vertiefte Angebotsprüfung

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

[...]"

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Punkt B.1,304 der Ausschreibungsunterlagen lautet:

"B.1,304 Eignungskriterien, Zuschlagskriterien, auftragsbezogen

B.1,304.1 Eignungskriterien,

B.1,304.1.1 Allgemeines

- -Strichaufzählung
Zur Angebotsabgabe berechtigt und zur Vergabe zugelassen werden nur jene Unternehmen, die über die notwendige Eignung (Mindestqualifikation) verfügen und bei denen kein Ausschlussgrund gemäß § 68 BVergG vorliegt. Zur Überprüfung der Eignung werden vom Bieter bzw. Subunternehmer die nachstehenden Nachweise gemäß den §§ 70 ff BVergG verlangt. Zur Angebotsabgabe berechtigt und zur Vergabe zugelassen werden nur jene Unternehmen, die über die notwendige Eignung (Mindestqualifikation) verfügen und bei denen kein Ausschlussgrund gemäß Paragraph 68, BVergG vorliegt. Zur Überprüfung der Eignung werden vom Bieter bzw. Subunternehmer die nachstehenden Nachweise gemäß den Paragraphen 70, ff BVergG verlangt.
- -Strichaufzählung
Das Alter der geforderten Nachweise darf 6 Monate vor Angebotsabgabe nicht überschreiten.
- -Strichaufzählung
Ausdrücklich wird darauf hingewiesen, dass für den AG derzeit die mögliche Nachweiserbringung betreffend Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit gemäß § 70 Abs. 4 BVergG im Wege des Auftragnehmerkataster Österreich (ANKÖ) als nicht ausreichend qualifiziert wird. Ein Verweis des Bieters auf den ANKÖ zur

Nachweiserbringung der Eignung entbindet diesen keinesfalls von der in den Ausschreibungsbestimmungen geforderten tatsächlichen (physischen) Beibringung der erforderlichen Nachweise. Ausdrücklich wird darauf hingewiesen, dass für den AG derzeit die mögliche Nachweiserbringung betreffend Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit gemäß Paragraph 70, Absatz 4, BVergG im Wege des Auftragnehmerkataster Österreich (ANKÖ) als nicht ausreichend qualifiziert wird. Ein Verweis des Bieters auf den ANKÖ zur Nachweiserbringung der Eignung entbindet diesen keinesfalls von der in den Ausschreibungsbestimmungen geforderten tatsächlichen (physischen) Beibringung der erforderlichen Nachweise.

- -Strichaufzählung

Für den Nachweis der Eignung ist die Abgabe einer Kopie bei der Angebotsabgabe ausreichend. Über Verlangen des Auftraggeber ist der Nachweis mittels einer beglaubigten Abschrift zu führen.

- -Strichaufzählung

Nur bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 78 BVergG sieht der Auftraggeber vom Nachweis der Befugnis, der Zuverlässigkeit und der Leistungsfähigkeit ab. Nur bei Vorliegen der Voraussetzungen des Paragraph 78, BVergG sieht der Auftraggeber vom Nachweis der Befugnis, der Zuverlässigkeit und der Leistungsfähigkeit ab.

- -Strichaufzählung

Folgende Nachweise gemäß §§ 70 ff BVergG 2006 werden vom AG verlangt: Folgende Nachweise gemäß Paragraphen 70, ff BVergG 2006 werden vom AG verlangt:

[...]

B.1,304.1.5 Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit gem. § 75 B.1,304.1.5 Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit gem. Paragraph 75

BVergG:

- -Strichaufzählung

Eine Erklärung, aus der hervorgeht, über welche Ausstattung, welche Baugeräte und welche technische Ausrüstung der Unternehmer für die Ausführung des Bauvorhabens verfügen wird.

[...]

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

In Punkt B.2,08.2 der Ausschreibungsunterlagen findet sich eine Übersicht über das Bohr- und Versuchsprogramm für die Bohrungen. Daraus ergibt sich, dass Vertikal- und Schrägbohrungen sowie eine Reihe von Bohrlochversuchen durchzuführen sind. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Punkt B.6,2 der Ausschreibungsunterlagen lautet:

"B.6,2 Besondere rechtliche Vertragsbestimmungen

Anmerkung: Nachfolgende Punkte sind als vorrangige Ergänzung zu den in Punkt 6,1 angeführten Vertragsbestimmungen (ÖNORM B 2117) zu verstehen. Die zugehörigen Bezugspunkte sind jeweils angeführt. Bei Fehlen von Bezugspunkten handelt es sich um freie Zusatzbestimmungen des Auftraggebers (AG).

Ferner gilt folgende Rangordnung der rechtlichen Vertragsbestandteile in absteigender Reihenfolge:

1. 1) Ziffer eins

Schlussbrief

2. 2) Ziffer 2

Die Vertragsbestimmungen der Ausschreibung. Bei Widersprüchen gelten die Ausschreibungskapitel in folgender Reihenfolge B8, B7, B6, B5, B4, B3, B2, B1. Sämtliche Verweise (Hinweise) in den Leistungspositionstexten sind nachrangig zum Bauvertrag.

3. 3) Ziffer 3

ÖNORM B 2117

4. 4) Ziffer 4

Allgemein Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB)"

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

In den Positionen 01 0103 Z und 02 0103 Z des Leistungsverzeichnisses in Teil B.7 der Ausschreibungsunterlagen, jeweils "Bohrungen", findet sich die Festlegung, dass die Bohrungen

- -Strichaufzählung
sofern keine anders lautenden Anordnungen getroffen werden - lotrecht auszuführen und grundsätzlich zu verrohren sind. Punkt B.8.3.1 der Ausschreibungsunterlagen enthält unter dem Titel gesetzlich geforderte Unterlagen, die mit dem Angebot als dessen Bestandteil abzugeben sind (sofortige Ausscheidungsaktion) unter Punkt B.8.3.7 Qualitätskriterien gemäß Anhang B.8-5.4. Weiters findet sich in Punkt B.8.3.1 der Ausschreibungsunterlage eine Liste von auf Anforderung innerhalb von sieben Kalendertagen nachzureichenden Unterlagen ("nachträgliche" Ausscheidungssanktion)
- -Strichaufzählung
soweit sie nicht bereits mit dem Angebot als dessen Bestandteil mit abgegeben wurden.

Unter Punkt 8.3.2.9 wird eine Erklärung hinsichtlich durchgeführter einschlägiger Arbeiten unter den angeführten Bedingungen (Anhang B.8-5.2) verlangt. Unter Punkt 8.3.2.13 ist festgelegt, dass sämtliche Anlagen, welche in der Ausschreibung verlangt werden, als Angebotsbestandteil abzugeben sind. Unter Punkt 8.3.2.15 sind verlangte Nachweise gemäß den §§ 70 ff BVergG (Teil B.1) gefordert. In Punkt B.8.5. Anhänge finden sich die Liste der Anhänge B.8-5.1 bis B.8-5.5 und die Angabe, dass sie integraler Bestandteil der wesentlichen Unterlagen gemäß Punkt 8.3 und sind als solche mit den wesentlichen Unterlagen abzugeben sind. Unter Punkt 8.3.2.9 wird eine Erklärung hinsichtlich durchgeführter einschlägiger Arbeiten unter den angeführten Bedingungen (Anhang B.8-5.2) verlangt. Unter Punkt 8.3.2.13 ist festgelegt, dass sämtliche Anlagen, welche in der Ausschreibung verlangt werden, als Angebotsbestandteil abzugeben sind. Unter Punkt 8.3.2.15 sind verlangte Nachweise gemäß den Paragraphen 70, ff BVergG (Teil B.1) gefordert. In Punkt B.8.5. Anhänge finden sich die Liste der Anhänge B.8-5.1 bis B.8-5.5 und die Angabe, dass sie integraler Bestandteil der wesentlichen Unterlagen gemäß Punkt 8.3 und sind als solche mit den wesentlichen Unterlagen abzugeben sind.

In Anhang B.8-5.2 muss der Bieter oder die Bietergemeinschaft erklären, einschlägige Arbeiten unter den angeführten Bedingungen durchgeführt zu haben. Anzugeben sind Bezeichnung des Bauleses bzw. der Arbeiten, Bauzeit von / bis, Beteiligung als Einzelunternehmer oder Mitglied einer ARGE, der eigene Bauleiter und die Summe der Schlussrechnung. In Anhang B.8-5.3 Eignungskriterien sind jeweils zwei durchgeführte Projekte und ein gegebenenfalls heranzuziehendes Alternativprojekt in den Kategorien Rotationskernbohrungen in Tiefen von mehr als 250 m, die in den letzten 10 Jahren ausgeführt wurden, Rotationskernbohrungen mit Neigungen bis 60° aus der Lotrechten mit Endteufen von mindestens 150 m vom Bohransatzpunkt sowie ein Referenzprojekt und ein gegebenenfalls heranzuziehendes Alternativprojekt mit mindestens fünf Bohrstellen, in denen geophysikalische Bohrlochlogs ausgeführt wurden (mindestens Flowmetertests, Temp.- und Sal. Log) anzugeben. In Anhang B.8-5.4 Zuschlagskriterien können bis zu fünf Referenzprojekte betreffend Rotationskernbohrungen in Hangbewegungen mit Bohrlängen von > 350 m, > 300 m, > 250 m, > 200 m, > 150 m bzw. > 100 m angegeben werden. Bei allen Projekten sind Auftraggeber, Jahr, Projekt, Ort und Auftragssumme anzugeben. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Am 17. März 2006 erfolgte die erste Nachsendung. Diese war eine Sammlung von Antworten auf Bieteranfragen und betraf Einzelheiten der durchzuführenden Bohrungen. Sie wurde an alle Unternehmer versandt, die Angebotsunterlagen bezogen hatten. Am 29. März 2006,

11.30 Uhr erfolgte die Angebotsöffnung. Die Antragstellerin legte neben weiteren vier Bietern fristgerecht ein Angebot. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

In ihrem Angebot machte sie unter B.8-5.2 "Erklärung hinsichtlich durchgeführter einschlägiger Arbeiten" einen Hinweis auf die Beilage. Darin finden sich in einem ersten Blatt drei Referenzprojekte für Bohrlochgeophysik. Weiters ist eine Liste von 60 Referenzprojekten für Aufschluss- und Brunnenbohrungen mit Auftragssummen zwischen Euro 5.000 und Euro 1.500.000 unter Angabe des Auftraggebers, des Jahres der Durchführung und der beteiligten Mitarbeiter enthalten. Weiters sind Kopien von Auftraggeberbestätigungen betreffend elf Projekte, unter Anderem der Projekte "B****" und "F****, Aufschlussbohrungen" enthalten. B.8-5.3 "Eignungskriterien" als Referenzprojekte für Rotationskernbohrungen in Tiefen von mehr als 250 m, die in den letzten zehn Jahren ausgeführt wurden, die Projekte "B****" mit einer Auftragssumme von ca. 1,5 Mio. Euro und "Tunnel C****, D**** Basistunnel" mit einer Auftragssumme von 750.000.000 Euro aus den Jahren 2002 bis 2012 namhaft. Alternativprojekt gab sie keines an. Als Referenzprojekte mit Rotationskernbohrungen mit Neigungen bis 60° aus der Lotrechten mit Endteufen von mindestens 150 m vom Bohransatzpunkt machte sie die beiden genannten Projekte und als Alternative das Projekt "E****tunnel" mit einer Auftragssumme von circa Euro 20.000.000 namhaft. Als Referenzprojekt mit mindestens fünf Bohrstellen, in denen

geophysikalische Bohrlochlogs ausgeführt wurden, gab die Antragstellerin das genannte Projekt "B****" und als Alternative das Projekt "F****" mit einem geschätzten Auftragswert von Euro 250.000 an. In Anhang B.8-5.4 "Zuschlagskriterien" nannte sie die Projekte B****, Tunnel C**** und E****tunnel. In Anhang B.8-5.5 "Verzeichnis der Subunternehmer" gab die Antragstellerin eine Subunternehmerin zur Durchführung geophysikalischer Untersuchungen mit einem Anteil von 7,07 % an der Gesamtleistung an. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Mit E-Mail vom 18. April 2006 forderte die vergebende Stelle die Antragstellerin auf, zu den in der Ausschreibung B.8 angegebenen Referenzen die entsprechenden Referenzbestätigungen mit Unterschrift des Auftraggebers zu Tunnel C**** und E****tunnel binnen sieben Tagen zur Bearbeitung des Angebotes zu senden. Mit Telefax vom 20. April 2006 forderte die vergebende Stelle unter Androhung des Ausscheidens binnen Wochenfrist auf, zu den genannten Bohrarbeiten Tunnel B****, Bauherr Asfinag, Tunnel C****, Bauherr H**** D**** AG und E****tunnel die notwendigen Nachweise für die technische Leistungsfähigkeit (siehe B.8 Anhang 5.2) in prüfbarer Form zu übermitteln, da telefonische Nachfragen bei dem Bauherrn zwar ergeben haben, dass die Antragstellerin Argemitglied bei dem betreffenden Bohrvorhaben gewesen sei, jedoch seien die als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit verlangten Bohrarbeiten von anderen Mitgliedern der Arge erbracht worden. Da im Angebot der Antragstellerin diese Partner nicht als Subunternehmer deklariert worden seien, liege ihr kein gültiger Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit vor. Mit Schreiben vom 24. April 2006 nahm die Antragstellerin dazu Stellung und brachte vor, dass sie die Ausstellung der gewünschten Unterlagen für die Referenzbestätigung mit der Unterschrift des Auftraggebers unverzüglich in die Wege geleitet habe. Bezüglich der Tunnel C**** werde diese Bestätigung noch zwei bis drei Wochen dauern. Die Antragstellerin ersuchte dabei um Fristverlängerung. In weiterer Folge führte die Antragstellerin die verschiedenen Referenzprojekte an und schloss die entsprechenden Bestätigungen an. Zu Anhang B.8- 5.3 Rotationskernbohrungen > 250 m nannte sie die Projekte "B****" und "Tunnel C****" sowie als Alternative "Altlastensanierung und Abraumdeponie (ALSAD) K****". Zu den Rotationskernbohrungen mit Neigungen bis 60° aus der Lotrechten > 150 m machte sie die Projekte "B****" und "Altlastensanierung und Abraumdeponie (ALSAD) K****" sowie als Alternative "Tunnel C****" namhaft. Zu den geophysikalischen Bohrlochlogs mit mindestens fünf Bohrstellen nannte sie das Projekt "B****" und als Alternative das Projekt "F****". Zu Anhang B.8-5.4 "Zuschlagskriterien" machte sie die beiden bereits im Angebot genannten Projekte und darüber hinaus die Projekte "F****", "Altlastensanierung und Abraumdeponie (ALSAD) K****" namhaft und wies auf weitere Projekte hin. Lediglich die Bestätigung für das Projekt "Tunnel C****" war nicht vom Auftraggeber gefertigt. Dieses Schreiben langte bei der Auftraggeberin am 28. April 2006 ein. Die Antragstellerin sandte es nach eigenen Angaben am 24. April 2006 per E-Mail. Dieses Mail langte jedoch bei der Auftraggeberin nicht ein. Mit Schreiben vom 27. April 2006 legte die Antragstellerin die Bestätigung über die ausgeführten Bohrleistungen "G****" ausgestellt von der A**** Gas and Oil Services **** Ltd. vor. Mit Schreiben vom 22. Mai 2006 legte die Antragstellerin die unterfertigte Referenz betreffend den Tunnel B**** vor. (Unterlagen des Vergabeverfahrens; Aussagen der Auftraggeberin und der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung)

Die Antragstellerin führte im Rahmen des Projektes "B****" horizontale, geneigte und vertikale Erkundungsbohrungen mit diversen Bohrlochversuchen durch. Die Hauptausmaße für die Aufschlussbohrungen im kristallinen Festgestein betrugen 588,10 lfm Vertikalbohrungen mit bis zu 120,40 m Teufe, 300,50 lfm Schrägbohrung und 667,40 lfm Horizontalbohrung. Die I**** war Subunternehmerin der Antragstellerin und führte die 300 m tiefen Bohrungen aus. Die 600 m tiefen Bohrungen führte die J**** als Subunternehmerin der Antragstellerin durch. Der Wert der Bauleistung betrug ca. Euro 1,5 Mio. (Bestätigung der Auftraggeberin ASFINAG Baumanagement GmbH vom 14.3.2005; unbestrittene Aussagen der Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung; Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Im Zuge des Projektes Tunnel C**** waren zur Vorauserkundung Rotationskernbohrungen mit Durchmessern von 76 mm bis 140 mm in Längen bis maximal 400 m auszuführen. Bisher kamen 29 Kernbohrungen mit einer maximalen Teufe von 250 m zur Ausführung. Die mit der Antragstellerin konzernverbundene A**** AG ist zu 28 % Partnerin der ausführenden Arbeitsgemeinschaft. Die Auftraggeberin H**** D**** AG ist eine 100 %-ige Tochter der schweizerischen Bundesbahnen. Letztere steht zu 100 % im Eigentum des schweizerischen Staates, Bund. Die Befugnisse der Generalversammlung nimmt der schweizerische Bundestag wahr, solange der Bund Alleineigentümer ist. (Bestätigung der H**** D**** AG vom 25.4.2006; Website der H**** D**** AG www.****.ch; Geschäftsbericht der SBB für das Jahr 2005; Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Bei dem Projekt F**** führte die Antragstellerin Baggerschürfe bis 3,5 m Tiefe, Rotationskernbohrungen 146 mm mit einer maximalen Tiefe von 136,8 m, Rotationskernbohrungen 220 mm mit einer maximalen Tiefe von 35,3 m, einen

Inklinometerausbau 2" mit einer maximalen Tiefe von 35 m, GW-Messstellen DN 75 PVC mit einer maximalen Tiefe von 79 m, eine GW-Messstelle DN 125 PVC mit einer maximalen Tiefe von 35 m, Wasserabpressversuche, Dilatometerversuche, Bohrlochfernsehen optisch in eine Ausmaß von 50 m und Bohrlochfernsehen akustisch im Ausmaß von gesamt 93 m durch. Die Abrechnungssumme betrug Euro 265.000. (Auftraggeberbestätigung der ÖSAG vom 17.1.2006; Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Bei dem Projekt "Beweissicherung Hangrutschung Erweiterung der Deponie K***, Aufschlussbohrungen" führte die Antragstellerin eine Rotationskernbohrung vertikal mit einer Tiefe von 285 m und eine Rotationskernbohrung geneigt mit einer Tiefe von 175 m sowie 2 Stück Inklinometerausbauten 2" mit einer maximalen Tiefe von 215 m aus. Die Abrechnungssumme betrug Euro 168.000. (Auftraggeberbestätigung der Altlastensanierung und Abraumdeponie K*** vom 20.4.2006; Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Mit Telefax vom 2. Juni 2006 teilte die Auftraggeberin der Antragstellerin mit, dass ihr Angebot nach § 129 Abs 2 BVergG ausgeschieden werde, da die in Teil B.8 Anhang 5.3 "Eignungskriterien" geforderten Angaben von Seiten der Antragstellerin nicht nachgewiesen worden seien. Für einige dieser Referenzprojekte seien innerhalb der angegebenen Frist keine prüfbaren, unterfertigten Auftraggeberbestätigungen zum Nachweis der Eignung vorgelegt worden. Mit Telefax vom 2. Juni 2006 gab die Auftraggeberin allen nicht ausgeschiedenen Bietern die Zuschlagsentscheidung bekannt. Mit E-Mail vom 9. Juni 2006 teilte die Antragstellerin der Auftraggeberin die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens unter Anschluss des verfahrenseinleitenden Antrages mit. (Unterlagen des Vergabeverfahrens) Mit Telefax vom 2. Juni 2006 teilte die Auftraggeberin der Antragstellerin mit, dass ihr Angebot nach Paragraph 129, Absatz 2, BVergG ausgeschieden werde, da die in Teil B.8 Anhang 5.3 "Eignungskriterien" geforderten Angaben von Seiten der Antragstellerin nicht nachgewiesen worden seien. Für einige dieser Referenzprojekte seien innerhalb der angegebenen Frist keine prüfbaren, unterfertigten Auftraggeberbestätigungen zum Nachweis der Eignung vorgelegt worden. Mit Telefax vom 2. Juni 2006 gab die Auftraggeberin allen nicht ausgeschiedenen Bietern die Zuschlagsentscheidung bekannt. Mit E-Mail vom 9. Juni 2006 teilte die Antragstellerin der Auftraggeberin die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens unter Anschluss des verfahrenseinleitenden Antrages mit. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die Antragstellerin bezahlte Pauschalgebühren in der Höhe insgesamt Euro 5.000. (Verfahrensakt des Bundesvergabeamtes)

Mit Bescheid vom 19. Juni 2006, N/0044-BVA/10/2006-EV009 erließ das Bundesvergabeamt die beantragte einstweilige Verfügung und untersagte der Auftraggeberin die Zuschlagserteilung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens. (Gegenständlicher Verfahrensakt)

Die getroffenen Feststellungen ergeben sich aus den jeweils in Klammer genannten Beweismitteln. Diese sind die Originalunterlagen des Vergabeverfahrens sowie amtliche Veröffentlichungen. Soweit Parteivorbringen berücksichtigt wurde, handelt es sich um Auskünfte der Auftraggeberin, die lediglich von ihr erteilt werden können. Widersprüche traten dabei keine auf.

3. Rechtliche Würdigung

3.1 Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes

Der gegenständliche Auftrag wurde als Bauauftrag iSv § 4 BVergG ausgeschrieben. Es handelt sich um Arbeiten für Erkundungsbohrungen im Teilabschnitt 1, Tunnelbau, des Tunnels Rothenthurm (Falkenberg) des S36 Murtalschnellstraße, somit um Bauarbeiten nach Klasse 45.25 in Anhang I zum BVergG. Der gegenständliche Auftrag wurde als Bauauftrag iSv Paragraph 4, BVergG ausgeschrieben. Es handelt sich um Arbeiten für Erkundungsbohrungen im Teilabschnitt 1, Tunnelbau, des Tunnels Rothenthurm (Falkenberg) des S36 Murtalschnellstraße, somit um Bauarbeiten nach Klasse 45.25 in Anhang römisch eins zum BVergG.

Auftraggeberin ist die ASFINAG. Als Unternehmensgegenstand ist nach Art II § 2 Abs 1 ASFINAG-Gesetz, BGBl Nr 591/1982 idFBGBl I Nr 26/2006, im Wesentlichen die Finanzierung, die Planung, der Bau und die Erhaltung von Bundesstraßen einschließlich der hierzu notwendigen und zweckdienlichen Infrastruktur, die Einhebung von zeit- und fahrleistungsabhängigen Mauten von den Nutzern dieser Straßen sowie die Bedienung der von der Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft mit Ermächtigung des Bundesministers für Finanzen gemäß Art II § 5 eingegangenen Verbindlichkeiten, soweit sie für Zwecke der Planung, des Baues und der Erhaltung von Bundesstraßen

eingegangen wurden. Sie ist eine Aktiengesellschaft und ist unter FN 92191a im Firmenbuch eingetragen. Sie genießt daher Rechtspersönlichkeit. Ihre Anteile sind gemäß Art II § 1 ASFINAG-Gesetz zu 100 % dem Bund vorbehalten. Gemäß Art II § 9 Abs 2 ASFINAG-Gesetz sind der ASFINAG umfangreiche Auskunftspflichten gegenüber dem Bund auferlegt. Es handelt sich bei der ASFINAG daher um eine öffentliche Einrichtung iSv § 7 Abs 1 Z 2 BVergG 2002. Aufgrund der Eigentumsverhältnisse fällt sie nach Art 14b Abs 2 lit. d B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes. Daher ist eine Zuständigkeit des Bundesvergabebeamtes gegeben. Auftraggeberin ist die ASFINAG. Als Unternehmensgegenstand ist nach Artikel römisch zwei, Paragraph 2, Absatz eins, ASFINAG-Gesetz, Bundesgesetzblatt Nr 591 aus 1982, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 26 aus 2006,, im Wesentlichen die Finanzierung, die Planung, der Bau und die Erhaltung von Bundesstraßen einschließlich der hiezu notwendigen und zweckdienlichen Infrastruktur, die Einhebung von zeit- und fahrleistungsabhängigen Mauten von den Nutzern dieser Straßen sowie die Bedienung der von der Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft mit Ermächtigung des Bundesministers für Finanzen gemäß Artikel römisch zwei, Paragraph 5, eingegangenen Verbindlichkeiten, soweit sie für Zwecke der Planung, des Baues und der Erhaltung von Bundesstraßen eingegangen wurden. Sie ist eine Aktiengesellschaft und ist unter FN 92191a im Firmenbuch eingetragen. Sie genießt daher Rechtspersönlichkeit. Ihre Anteile sind gemäß Artikel römisch zwei, Paragraph eins, ASFINAG-Gesetz zu 100 % dem Bund vorbehalten. Gemäß Artikel römisch zwei, Paragraph 9, Absatz 2, ASFINAG-Gesetz sind der ASFINAG umfangreiche Auskunftspflichten gegenüber dem Bund auferlegt. Es handelt sich bei der ASFINAG daher um eine öffentliche Einrichtung iSv Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2002. Aufgrund der Eigentumsverhältnisse fällt sie nach Artikel 14 b, Absatz 2, Litera d, B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes. Daher ist eine Zuständigkeit des Bundesvergabebeamtes gegeben.

Als vergebende Stelle tritt das Amt der Steiermärkischen Landesregierung auf. Im Vergabeverfahren ist die Auftraggeberin von der ASFINAG BMG vertreten.

3.2 Zulässigkeit des Antrages

Nach § 320 Abs 1 BVergG kann ein Unternehmer bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern Nach Paragraph 320, Absatz eins, BVergG kann ein Unternehmer bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern

1. 1.Ziffer eins

er ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, und

2. 2.Ziffer 2

ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Der Nachprüfungsantrag wurde innerhalb der Antragsfrist des § 321 Abs 1 Z 5 BVergG eingebracht. Es ist die Nichtigkeitsklärung der Ausscheidensentscheidung, in eventu die Nichtigkeitsklärung der Ausscheidensentscheidung und der Zuschlagsentscheidung beantragt und genügt den formalen Anforderungen des § 322 Abs 1 BVergG. Ein Grund für die Unzulässigkeit des Antrages nach § 322 Abs 2 BVergG liegt nicht vor. Er ist daher zulässig. Die Antragstellerin hat insbesondere durch die Angebotslegung und die Mitwirkung an der Angebotsprüfung ein massives Interesse an der Nichtigkeitsklärung der Ausscheidensentscheidung bzw. Erlangung des Zuschlages dokumentiert. Bei Zutreffen ihrer Behauptungen ist ein anderer Ausgang des Vergabeverfahrens zu erwarten. Der Nachprüfungsantrag wurde innerhalb der Antragsfrist des Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG eingebracht. Es ist die Nichtigkeitsklärung der Ausscheidensentscheidung, in eventu die Nichtigkeitsklärung der Ausscheidensentscheidung und der Zuschlagsentscheidung beantragt und genügt den formalen Anforderungen des Paragraph 322, Absatz eins, BVergG. Ein Grund für die Unzulässigkeit des Antrages nach Paragraph 322, Absatz 2, BVergG liegt nicht vor. Er ist daher zulässig. Die Antragstellerin hat insbesondere durch die Angebotslegung und die Mitwirkung an der Angebotsprüfung ein massives Interesse an der Nichtigkeitsklärung der Ausscheidensentscheidung bzw. Erlangung des Zuschlages dokumentiert. Bei Zutreffen ihrer Behauptungen ist ein anderer Ausgang des Vergabeverfahrens zu erwarten.

Da das Angebot der Antragstellerin förmlich ausgeschieden wurde und somit nicht im Vergabeverfahren verblieb, war ihr die Zuschlagsentscheidung entsprechend § 131 Abs 1 BVergG nicht zuzustellen. Sie konnte daher zum Zeitpunkt der Antragstellung nicht wissen, ob die Zuschlagsentscheidung bereits bekannt gegeben worden war.

Notwendigerweise musste sie jedoch auch eine allenfalls bereits ergangene Zuschlagsentscheidung bekämpfen, da diese bei Zutreffen ihrer Behauptungen wegen des rechtswidrigen Ausscheidens ihres Angebotes ebenfalls mit Rechtswidrigkeit belastet wäre und im Falle lediglich der Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung fortbestehen würde. Schließlich räumt ihr § 320 Abs 2 BVergG diese Möglichkeit ein. Andererseits konnte sie die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin im Nachprüfungsantrag aus diesem Grund nicht namentlich benennen, weshalb dieses Antragserfordernis nicht zu verlangen ist. Im gegenständlichen Fall war die Frist zwischen Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung kürzer als die in § 321 Abs 1 Z 5 BVergG vorgesehene Frist, weshalb die gemeinsame Anfechtung von Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung nach § 320 Abs 2 BVergG zulässig ist. Gegenständlich angefochten sind daher die Ausscheidensentscheidung und die Zuschlagsentscheidung, wobei jedoch davon auszugehen ist, dass zuerst die Rechtmäßigkeit der Ausscheidensentscheidung zu prüfen ist, da bei Abweisung des Antrages auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung allfällige Verstöße des Auftraggebers gegen Vergabevorschriften für die Rechtsposition der Antragstellerin ohne Belang sind (VwGH 18.5.2005, 2004/04/0094, ZVB 2006/16 [G. Gruber] = ZVB-LSK 2006/17). Da das Angebot der Antragstellerin förmlich ausgeschieden wurde und somit nicht im Vergabeverfahren verblieb, war ihr die Zuschlagsentscheidung entsprechend Paragraph 131, Absatz eins, BVergG nicht zuzustellen. Sie konnte daher zum Zeitpunkt der Antragstellung nicht wissen, ob die Zuschlagsentscheidung bereits bekannt gegeben worden war. Notwendigerweise musste sie jedoch auch eine allenfalls bereits ergangene Zuschlagsentscheidung bekämpfen, da diese bei Zutreffen ihrer Behauptungen wegen des rechtswidrigen Ausscheidens ihres Angebotes ebenfalls mit Rechtswidrigkeit belastet wäre und im Falle lediglich der Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung fortbestehen würde. Schließlich räumt ihr Paragraph 320, Absatz 2, BVergG diese Möglichkeit ein. Andererseits konnte sie die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin im Nachprüfungsantrag aus diesem Grund nicht namentlich benennen, weshalb dieses Antragserfordernis nicht zu verlangen ist. Im gegenständlichen Fall war die Frist zwischen Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung kürzer als die in Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG vorgesehene Frist, weshalb die gemeinsame Anfechtung von Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung nach Paragraph 320, Absatz 2, BVergG zulässig ist. Gegenständlich angefochten sind daher die Ausscheidensentscheidung und die Zuschlagsentscheidung, wobei jedoch davon auszugehen ist, dass zuerst die Rechtmäßigkeit der Ausscheidensentscheidung zu prüfen ist, da bei Abweisung des Antrages auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung allfällige Verstöße des Auftraggebers gegen Vergabevorschriften für die Rechtsposition der Antragstellerin ohne Belang sind (VwGH 18.5.2005, 2004/04/0094, ZVB 2006/16 [G. Gruber] = ZVB-LSK 2006/17).

3.3 Inhaltliche Beurteilung

Nach § 129 Abs 1 Z 2 BVergG hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auf Grund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschneiden: Nach Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auf Grund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschneiden:

1. "1. Ziffer eins

Angebote von Bieterinnen, die von der Teilnahme am Vergabeverfahren gemäß § 20 Abs 5 [BVergG] oder gemäß § 68 Abs 1 [BVergG] auszuschließen sind; Angebote von Bieterinnen, die von der Teilnahme am Vergabeverfahren gemäß Paragraph 20, Absatz 5, [BVergG] oder gemäß Paragraph 68, Absatz eins, [BVergG] auszuschließen sind;

2. 2. Ziffer 2

Angebote von Bieterinnen, deren Befugnis, finanzielle, wirtschaftliche oder technische Leistungsfähigkeit oder

Zuverlässigkeit nicht gegeben ist;

[...]"

Nach § 129 Abs 2 BVergG kann der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung Angebote von Bieterinnen ausschneiden, die es unterlassen haben, innerhalb der ihnen gestellten Frist die verlangten Aufklärungen zu geben oder deren Aufklärung einer nachvollziehbaren Begründung entbehrt. Nach Paragraph 129, Absatz 2, BVergG kann der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung Angebote von Bieterinnen ausschneiden, die es unterlassen haben, innerhalb der ihnen gestellten Frist die verlangten Aufklärungen zu geben oder deren Aufklärung einer nachvollziehbaren Begründung entbehrt.

Nach § 129 Abs 3 BVergG hat der Auftraggeber den Bieter vom Ausscheiden seines Angebotes unter Angabe des

Grundes nachweislich elektronisch oder mittels Telefax zu verständigen. Nach Paragraph 129, Absatz 3, BVergG hat der Auftraggeber den Bieter vom Ausscheiden seines Angebotes unter Angabe des Grundes nachweislich elektronisch oder mittels Telefax zu verständigen.

Nach § 68 Abs 1 Z 7 BVergG hat der Auftraggeber - unbeschadet der Abs 2 und 3 - Unternehmer von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen, wenn sie sich bei der Erteilung von Auskünften betreffend die Befugnis, die berufliche Zuverlässigkeit, die technische Leistungsfähigkeit sowie die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit in erheblichem Maße falscher Erklärungen schuldig gemacht oder diese Auskünfte nicht erteilt haben. Nach Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG hat der Auftraggeber - unbeschadet der Absatz 2 und 3 - Unternehmer von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen, wenn sie sich bei der Erteilung von Auskünften betreffend die Befugnis, die berufliche Zuverlässigkeit, die technische Leistungsfähigkeit sowie die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit in erheblichem Maße falscher Erklärungen schuldig gemacht oder diese Auskünfte nicht erteilt haben.

Ein Nachweis über erbrachte Leistungen (Referenzen), wenn ihn der Auftraggeber verlangt, ist nach § 75 Abs 2 BVergG, wenn der Leistungsempfänger ein öffentlicher Auftraggeber war, in Form einer vom öffentlichen Auftraggeber ausgestellten oder beglaubigten Bescheinigung beizubringen, die der Leistungsempfänger dem öffentlichen Auftraggeber auch direkt zuleiten kann. Ist der Leistungsempfänger ein privater Auftraggeber gewesen, ist der Nachweis über erbrachte Leistungen (Referenzen) in Form einer vom Leistungsempfänger ausgestellten Bescheinigung oder, falls eine derartige Bescheinigung nicht erhältlich ist, durch eine einfache Erklärung des Unternehmers zu erbringen. Ein Nachweis über erbrachte Leistungen (Referenzen), wenn ihn der Auftraggeber verlangt, ist nach Paragraph 75, Absatz 2, BVergG, wenn der Leistungsempfänger ein öffentlicher Auftraggeber war, in Form einer vom öffentlichen Auftraggeber ausgestellten oder beglaubigten Bescheinigung beizubringen, die der Leistungsempfänger dem öffentlichen Auftraggeber auch direkt zuleiten kann. Ist der Leistungsempfänger ein privater Auftraggeber gewesen, ist der Nachweis über erbrachte Leistungen (Referenzen) in Form einer vom Leistungsempfänger ausgestellten Bescheinigung oder, falls eine derartige Bescheinigung nicht erhältlich ist, durch eine einfache Erklärung des Unternehmers zu erbringen.

Das Bundesvergabeamt hat 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 nach § 322 Abs. 1 Z 5 BVergG geltenden gemachten Recht verletzt, und sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung den Antragsteller in dem von ihm nach Paragraph 322, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG geltenden gemachten Recht verletzt, und

2. 2. Ziffer 2

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

Die Ausschreibung wurde innerhalb der Frist des § 321 Abs 2 Z 2 BVergG nicht angefochten. Sie ist daher bestandsfest geworden. Sowohl die Auftraggeberin als auch die Bieter sind im Sinne der in § 19 Abs 1 BVergG festgelegten Grundsatzes der Gleichbehandlung aller Bieter an ihre Festlegungen gebunden und sie stellt die Grundlage der Prüfung und Bewertung der Angebote dar (z.B. BVA 5.6.2003, 12N-33/03-15 mwN; 5.8.2005, 17N-64/05-24; Estermann in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht² [2005] 264f; Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG 2002 [2005] § 162 Rz 181). Die Ausschreibung wurde innerhalb der Frist des Paragraph 321, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG nicht angefochten. Sie ist daher bestandsfest geworden. Sowohl die Auftraggeberin als auch die Bieter sind im Sinne der in Paragraph 19, Absatz eins, BVergG festgelegten Grundsatzes der Gleichbehandlung aller Bieter an ihre Festlegungen gebunden und sie stellt die Grundlage der Prüfung und Bewertung der Angebote dar (z.B. BVA 5.6.2003, 12N-33/03-15 mwN; 5.8.2005, 17N-64/05-24; Estermann in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht² [2005] 264f; Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG 2002 [2005] Paragraph 162, Rz 181).

Zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit verlangte die Auftraggeberin, dass die Bieter bereits verschiedene Arten von Bohrungen durchgeführt haben und dies der Auftraggeberin nachweisen. Zusammen mit der Ausschreibung waren die Anhänge B.8-5.2 "Erklärung hinsichtlich durchgeführter einschlägiger Arbeiten", B.8-5.3 "Eignungskriterien" und B.8-5.4 "Zuschlagskriterien" ausgefüllt abzugeben. Zum Nachweis sollten unter Androhung des

Ausscheidens nach Punkt B.8,3. der Ausschreibungsunterlagen binnen sieben Tagen Bestätigungen des jeweiligen Auftraggebers von diesem unterfertigt vorgelegt werden. Bezüglich des Tunnels Sedrun ersuchte die Antragstellerin um Verlängerung dieser Frist, da die entsprechend unterfertigte Bestätigung nicht innerhalb von sieben Tagen zu erlangen sei. Auf dieses Ersuchen antwortete die Auftraggeberin nicht.

Die Auftraggeberbestätigungen sollten die ordnungsgemäße Durchführung von einschlägigen Arbeiten nachweisen. Als Mittel des Nachweises der technischen Leistungsfähigkeit kommt nach § 75 Abs 6 Z 1 BVerG bei Bauaufträgen eine Liste der in den letzten fünf Jahren erbrachten Bauleistungen in Betracht. Nachzuweisen sind diese durch eine Bescheinigung des öffentlichen Auftraggebers oder des privaten Leistungsempfängers. Eine einfache Erklärung des Unternehmers genügt nur dann, wenn eine Bescheinigung des öffentlichen Auftraggebers nicht zu erhalten ist. Die abgefragten Referenzprojekte dienen offenbar dem Nachweise der Eignung und sind in den Anhängen B.8-5.2 "Erklärung hinsichtlich durchgeführter einschlägiger Arbeiten" und B.8-5.3 "Eignungskriterien" betreffen besondere Bauarbeiten, die den ausgeschriebenen entsprechen, anzugeben. Nähere Ausführungen zur technischen Leistungsfähigkeit enthält die Ausschreibung in Punkt B.1,304.1.5 nur hinsichtlich seiner technischen Ausrüstung. Allerdings geht nach Punkt B.6,2 der Ausschreibungsunterlagen Punkt B.8 Punkt B.1 vor. Die Auftraggeberbestätigungen sollten die ordnungsgemäße Durchführung von einschlägigen Arbeiten nachweisen. Als Mittel des Nachweises der technischen Leistungsfähigkeit kommt nach Paragraph 75, Absatz 6, Ziffer eins, BVerG bei Bauaufträgen eine Liste der in den letzten fünf Jahren erbrachten Bauleistungen in Betracht. Nachzuweisen sind diese durch eine Bescheinigung des öffentlichen Auftraggebers oder des privaten Leistungsempfängers. Eine einfache Erklärung des Unternehmers genügt nur dann, wenn eine Bescheinigung des öffentlichen Auftraggebers nicht zu erhalten ist. Die abgefragten Referenzprojekte dienen offenbar dem Nachweise der Eignung und sind in den Anhängen B.8-5.2 "Erklärung hinsichtlich durchgeführter einschlägiger Arbeiten" und B.8-5.3 "Eignungskriterien" betreffen besondere Bauarbeiten, die den ausgeschriebenen entsprechen, anzugeben. Nähere Ausführungen zur technischen Leistungsfähigkeit enthält die Ausschreibung in Punkt B.1,304.1.5 nur hinsichtlich seiner technischen Ausrüstung. Allerdings geht nach Punkt B.6,2 der Ausschreibungsunterlagen Punkt B.8 Punkt B.1 vor.

In der Ausschreibung gab die Auftraggeberin durch die Androhung des nachträglichen Ausscheidens bei Nichtvorlage verlangter Unterlagen binnen sieben Tagen in Punkt B.8,3 zu erkennen, dass sie nicht fristgerechte Aufklärungen als Ausscheidensgrund anzusehen gedachte. Im Sinne von § 129 Abs 2 BVerG steht es der Auftraggeberin offen, nicht fristgerechte Aufklärungen als Ausscheidensgründe zu behandeln. Im Sinne der Grundsätze der Gleichbehandlung aller Bieter und der Transparenz ist ein Auftraggeber gehalten, entsprechende Festlegungen in der Ausschreibung zu treffen, wenn er von der genannten Ausscheidenssanktion Gebrauch machen will. Dies erfolgt in der gegenständlichen Ausschreibung. Die Antragstellerin war sich in ihrem Schreiben vom 24. April 2006 offenbar auch bewusst, dass eine mehr als sieben Tage nach Aufforderung getätigte Vorlage der entsprechenden Bestätigung die Sanktion des Ausscheidens ihres Angebotes zur Folge haben könnte. Dies ergibt sich daraus, dass sie um Verlängerung der Frist zur Vorlage der Bestätigung ersuchte. In der Ausschreibung gab die Auftraggeberin durch die Androhung des nachträglichen Ausscheidens bei Nichtvorlage verlangter Unterlagen binnen sieben Tagen in Punkt B.8,3 zu erkennen, dass sie nicht fristgerechte Aufklärungen als Ausscheidensgrund anzusehen gedachte. Im Sinne von Paragraph 129, Absatz 2, BVerG steht es der Auftraggeberin offen, nicht fristgerechte Aufklärungen als Ausscheidensgründe zu behandeln. Im Sinne der Grundsätze der Gleichbehandlung aller Bieter und der Transparenz ist ein Auftraggeber gehalten, entsprechende Festlegungen in der Ausschreibung zu treffen, wenn er von der genannten Ausscheidenssanktion Gebrauch machen will. Dies erfolgt in der gegenständlichen Ausschreibung. Die Antragstellerin war sich in ihrem Schreiben vom 24. April 2006 offenbar auch bewusst, dass eine mehr als sieben Tage nach Aufforderung getätigte Vorlage der entsprechenden Bestätigung die Sanktion des Ausscheidens ihres Angebotes zur Folge haben könnte. Dies ergibt sich daraus, dass sie um Verlängerung der Frist zur Vorlage der Bestätigung ersuchte.

Grundsätzlich steht es dem Auftraggeber nicht offen, willkürlich von Ausscheidensgründen Gebrauch zu machen. Bei Vorliegen von Ausscheidensgründen hat er auszuschheidende Angebote auch auszuschneiden. Ein Abweichen davon würde zu einer Benachteiligung anderer Bieter und damit zu einer Ungleichbehandlung aller Bieter, somit zu einer Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung aller Bieter führen. (zB BVA 5.6.2003, 12N-33/03-15 mwN)

Aus Punkt 8.3 der Ausschreibung ergibt sich daher, dass sich die Auftraggeberin die Möglichkeit vorbehalten hat, im Zuge der Angebotsprüfung die dem Angebot nicht beizulegenden Nachweise nachzufordern. Es ergibt sich weiters aus den Festlegungen der Ausschreibung, dass die Bieter diese binnen sieben Tagen nachzubringen haben. Schließlich

ergibt sich, dass die Auftraggeberin bei Verletzung dieser Verpflichtung der Bieter, dh bei nicht fristgerechter Vorlage der verlangten Nachweise verpflichtet war, den entsprechenden Bieter auszuschneiden.

Die erste Aufforderung zur Vorlage von Nachweisen erfolgte am 18. April 2006, die zweite am 20. April 2006. Diese Aufforderungen wurden per Mail und per Fax übermittelt und langten noch am selben Tag bei der Antragstellerin ein. Die Frist zur Vorlage der ersten Unterlagen wurde daher am 18. April 2006 in Gang gesetzt. Sie lief sieben Tage später, am Dienstag, den 25. April 2006 ab. Es handelt sich dabei nicht um eine verfahrensrechtliche Frist iSd AVG sondern um eine materiellrechtliche Frist, sodass auf das Einlangen bei der Auftraggeberin abzustellen ist. Die Antragstellerin sandte ihr Schreiben zwar am 24. April 2006 ab. Das Einlangen bei der Auftraggeberin am Freitag, den 28. April 2006, ist daher verspätet. Hinsichtlich der behaupteten und im Briefkopf mit der Formulierung "vorweg per E-Mail" angedeuteten Übermittlung per E-Mail ist anzuführen, dass sich in den vorgelegten Unterlagen des Vergabeverfahrens kein E-Mail findet. Ebenso gab die Auftraggeberin unwidersprochen an, dass kein E-Mail bei ihr eingelangt ist. Ob dies an Beschränkungen der maximalen Größe von E-Mails am Mailserver des Amtes der Steiermärkischen Landesregierung oder an anderen Gründen lag, konnte nicht nachvollzogen werden und bedarf auch keiner näheren Begründung, zumal die Wahl der Sendart im Risiko dessen liegt, der sich ihrer bedient. Bei einer Übermittlung per E-Mail kann sich der Absender schließlich auch den Empfang und das Lesen der Nachricht bestätigen lassen, um sicher sein zu können, dass die Nachricht auch angekommen ist. Punkt B.1,212 der Ausschreibung ist in diesem Punkt zweifellos missverständlich, da einerseits eine Informationsübermittlung ausschließlich per Telefax festgelegt und andererseits eine E-Mail Adresse angegeben ist. Nach §§ 914f ABGB ist daher davon auszugehen, dass eine Übermittlung per E-Mail zulässig ist. Da dieses Mail bei der Auftraggeberin jedoch nicht und die briefliche Übermittlung erst am 28. April 2006 einlangte, erfolgte die Vorlage der Nachweise verspätet. Die erste Aufforderung zur Vorlage von Nachweisen erfolgte am 18. April 2006, die zweite am 20. April 2006. Diese Aufforderungen wurden per Mail und per Fax übermittelt und langten noch am selben Tag bei der Antragstellerin ein. Die Frist zur Vorlage der ersten Unterlagen wurde daher am 18. April 2006 in Gang gesetzt. Sie lief sieben Tage später, am Dienstag, den 25. April 2006 ab. Es handelt sich dabei nicht um eine verfahrensrechtliche Frist iSd AVG sondern um eine materiellrechtliche Frist, sodass auf das Einlangen bei der Auftraggeberin abzustellen ist. Die Antragstellerin sandte ihr Schreiben zwar am 24. April 2006 ab. Das Einlangen bei der Auftraggeberin am Freitag, den 28. April 2006, ist daher verspätet. Hinsichtlich der behaupteten und im Briefkopf mit der Formulierung "vorweg per E-Mail" angedeuteten Übermittlung per E-Mail ist anzuführen, dass sich in den vorgelegten Unterlagen des Vergabeverfahrens kein E-Mail findet. Ebenso gab die Auftraggeberin unwidersprochen an, dass kein E-Mail bei ihr eingelangt ist. Ob dies an Beschränkungen der maximalen Größe von E-Mails am Mailserver des Amtes der Steiermärkischen Landesregierung oder an anderen Gründen lag, konnte nicht nachvollzogen werden und bedarf auch keiner näheren Begründung, zumal die Wahl der Sendart im Risiko dessen liegt, der sich ihrer bedient. Bei einer Übermittlung per E-Mail kann sich der Absender schließlich auch den Empfang und das Lesen der Nachricht bestätigen lassen, um sicher sein zu können, dass die Nachricht auch angekommen ist. Punkt B.1,212 der Ausschreibung ist in diesem Punkt zweifellos missverständlich, da einerseits eine Informationsübermittlung ausschließlich per Telefax festgelegt und andererseits eine E-Mail Adresse angegeben ist. Nach Paragraphen 914 f, ABGB ist daher davon auszugehen, dass eine Übermittlung per E-Mail zulässig ist. Da dieses Mail bei der Auftraggeberin jedoch nicht und die briefliche Übermittlung erst am 28. April 2006 einlangte, erfolgte die Vorlage der Nachweise verspätet.

Nach den Maßstäben von § 3 Abs 1 Z 2 BVergG handelte es sich bei der H*** D*** AG, wäre sie eine österreichische Gesellschaft, um einen öffentlichen Auftraggeber, da sie mittelbar zu 100 % im Eigentum des Staates steht und die übrigen Voraussetzungen für einen öffentlichen Auftraggeber erfüllt. Der Unterschied besteht nur darin, dass es sich um eine schweizerische Aktiengesellschaft im Eigentum des Schweizer Staates handelt. Daher wäre eine Bescheinigung nach § 75 Abs 2 erster Satz BVergG möglich. Selbst bei Behandlung als privater Leistungsempfänger ergibt sich aus § 75 Abs 2 zweiter Satz BVergG, dass eine Bestätigung des privaten Leistungsempfängers erforderlich war, zumal dieser Leistungsempfänger das Tunnelbauvorhaben erst 2012 fertig stellen wird, die Bauarbeiten im Gange sind, keine erkennbaren Gründe für eine Weigerung der H*** D*** AG die Bescheinigung auszustellen erkennbar sind und die Bescheinigung daher erhältlich ist. Die Regierungsvorlage führt dazu aus, dass Bescheinigungen zB dann "nicht erhältlich" sind, wenn der Leistungsempfänger aus welchem Grund immer nicht zur Ausstellung der Bescheinigung oder Abgabe der Erklärung bereit ist (RV 1171 BlgNR 22 GP 65). Diese Bereitschaft der Alp-Transit Gotthard AG ist durch die - zwar verspätete aber schließlich doch erfolgte - Ausstellung der Bescheinigung belegt. Die Abgabe einer eigenen Erklärung durch die Antragstellerin war daher keineswegs ausreichend. Da die Antragstellerin den Nachweis

für das Referenzprojekt "Tunnel C***" nicht innerhalb von sieben Tagen ab der Aufforderung vorgelegt hat, liegt der Ausscheidensgrund des § 129 Abs 2 BVergG vor. Nach den Maßstäben von Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG handelte es sich bei der H*** D*** AG, wäre sie eine österreichische Gesellschaft, um einen öffentlichen Auftraggeber, da sie mittelbar zu 100 % im Eigentum des Staates steht und die übrigen Voraussetzungen für einen öffentlichen Auftraggeber erfüllt. Der Unterschied besteht nur darin, dass es sich um eine schweizerische Aktiengesellschaft im Eigentum des Schweizer Staates handelt. Daher wäre eine Bescheinigung nach Paragraph 75, Absatz 2, erster Satz BVergG möglich. Selbst bei Behandlung als privater Leistungsempfänger ergibt sich aus Paragraph 75, Absatz 2, zweiter Satz BVergG, dass eine Bestätigung des privaten Leistungsempfängers erforderlich war, zumal dieser Leistungsempfänger das Tunnelbauvorhaben erst 2012 fertig stellen wird, die Bauarbeiten im Gange sind, keine erkennbaren Gründe für eine Weigerung der H*** D*** AG die Bescheinigung auszustellen erkennbar sind und die Bescheinigung daher erhältlich ist. Die Regierungsvorlage führt dazu aus, dass Bescheinigungen zB dann "nicht erhältlich" sind, wenn der Leistungsempfänger aus welchem Grund immer nicht zur Ausstellung der Bescheinigung oder Abgabe der Erklärung bereit ist (Regierungsvorlage 1171 BlgNR 22 Gesetzgebungsperiode 65). Diese Bereitschaft der Alp-Transit Gotthard AG ist durch die - zwar verspätete aber schließlich doch erfolgte - Ausstellung der Bescheinigung belegt. Die Abgabe einer eigenen Erklärung durch die Antragstellerin war daher keineswegs ausreichend. Da die Antragstellerin den Nachweis für das Referenzprojekt "Tunnel C***" nicht innerhalb von sieben Tagen ab der Aufforderung vorgelegt hat, liegt der Ausscheidensgrund des Paragraph 129, Absatz 2, BVergG vor.

Anzumerken ist, dass die Antragstellerin auf den Vorhalt der Auftraggeberin, dass sie die vergleichbaren Arbeiten im Zuge der Referenzprojekte nicht selbst, sondern ein anderes Mitglied der Arbeitsgemeinschaft durchgeführt hat, im Zuge der Angebotsprüfung nicht geantwortet hat.

Nach der Regierungsvorlage handelt es sich bei dem nach § 129 Abs 1 Z 1 BVergG mit Ausscheiden sanktionierten Ausschlussgrund des § 68 Abs 1 Z 7 BVergG um eine lex specialis zu § 129 Abs 2 BVergG (RV 1171 BlgNR 22. GP 85). Die Antragstellerin hat die verlangte Auskunft betreffend die technische Leistungsfähigkeit zwar verspätet, im Ergebnis aber doch erteilt. Eine auf den ersten Blick falsche Auskunft hat sie nicht erteilt. Der Ausschlussgrund des § 68 Abs 1 Z 7 BVergG und damit der Ausscheidensgrund des § 129 Abs 1 Z 1 BVergG liegen daher nicht vor. Nach der Regierungsvorlage handelt es sich bei dem nach Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG mit Ausscheiden sanktionierten Ausschlussgrund des Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG um eine lex specialis zu Paragraph 129, Absatz 2, BVergG (Regierungsvorlage 1171 BlgNR 22. Gesetzgebungsperiode 85). Die Antragstellerin hat die verlangte Auskunft betreffend die technische Leistungsfähigkeit zwar verspätet, im Ergebnis aber doch erteilt. Eine auf den ersten Blick falsche Auskunft hat sie nicht erteilt. Der Ausschlussgrund des Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG und damit der Ausscheidensgrund des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG liegen daher nicht vor.

Die Auftraggeberin verständigte die Antragstellerin entsprechend § 129 Abs 3 BVergG von der Ausscheidensentscheidung per Telefax und teilte darin die herangezogenen Ausscheidensgründe mit. Die Mitteilung der Ausscheidensentscheidung entspricht daher den formalen Voraussetzungen des § 129 Abs 3 BVergG. Die Zuschlagsentscheidung war der Antragstellerin nach § 131 BVergG nicht mehr mitzuteilen, da ein ausgeschiedenes Angebot bei der Auswahl der Angebote für den Zuschlag nicht mehr zu berücksichtigen ist. Angemerkt sei lediglich, dass darin keine Aussage über die technische Leistungsfähigkeit der Auftraggeberin liegt. Die Auftraggeberin verständigte die Antragstellerin entsprechend Paragraph 129, Absatz 3, BVergG von der Ausscheidensentscheidung per Telefax und teilte darin die herangezogenen Ausscheidensgründe mit. Die Mitteilung der Ausscheidensentscheidung entspricht daher den formalen Voraussetzungen des Paragraph 129, Absatz 3, BVergG. Die Zuschlagsentscheidung war der Antragstellerin nach Paragraph 131, BVergG nicht mehr mitzuteilen, da ein ausgeschiedenes Angebot bei der Auswahl der Angebote für den Zuschlag nicht mehr zu berücksichtigen ist. Angemerkt sei lediglich, dass darin keine Aussage über die technische Leistungsfähigkeit der Auftraggeberin liegt.

Darüber hinaus ist der Vorhalt des ungenügenden Nachweises der technischen Leistungsfähigkeit zu untersuchen. Die Auftraggeberin brachte vor, dass die genannten Referenzprojekte zum Nachweis der geforderten technischen Leistungsfähigkeit nicht geeignet seien, da die geforderten Bohrtiefen nicht erreicht worden seien. Zu Projekten mit einer Bohrtiefe von 250 m gab die Antragstellerin in ihrem Angebot die Projekte "B***" und "Tunnel C***" an. In ihrem Schreiben vom 24. April 2006 fügte sie als Alternative das Projekt "Altlastensanierung und Abraumdeponie (ALSAD) K***" hinzu. Bei dem Projekt "B***" erreichte die maximale Teufe der Vertikalbohrungen nicht die geforderten 250 m. Die Horizontalbohrungen erreichten jedenfalls diese Tiefe. Referenzprojekte sollen dem Auftraggeber verdeutlichen,

dass der potentielle Auftragnehmer im Stande ist, Aufträge wie die ausgeschriebenen durchzuführen. Zweck der Referenzen ist der Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit des Bieters für den konkreten Auftrag. Grundsätzlich steht es dem Bieter frei, sich zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit auf Subunternehmer zu berufen (VwGH 11.7.2002, 2002/04/0023, ZVB 2002/102 [Pachner] = ÖJZ 2003/106 A [VwGH A]). Bediente sich der Bieter bei der Durchführung der als Referenzen genannten Vorhaben Dritter als Subunternehmer, die die relevanten Leistungen erbrachten, erbrachte er die Leistungen nicht selbst. Daher sind derartige Leistungen nicht geeignet, die Fähigkeit des Bieters solche Leistungen zu erbringen nachzuweisen, und können nicht als Referenzen dienen. Somit ist das Projekt "B****" nicht als Referenz heranzuziehen, da die abgefragten Bohrarbeiten nicht durch die Antragstellerin selbst, sondern durch Subunternehmer erbracht wurden. Diese - ehemaligen - Subunternehmer sind auch keine konzernverbundenen Unternehmen. Sie stehen für den gegenständlichen Auftrag nicht zur Verfügung, sind im gegenständlichen Vergabeverfahren ebenfalls Bieter und damit Konkurrenten der Antragstellerin. Das Projekt "Tunnel B****" enthält eine Bohrung mit der geforderten Länge. Wer diese ausgeführt hat, ist der Bestätigung nicht zu entnehmen. Im Rahmen einer Arbeitsgemeinschaft erbrachte Leistungen können nur insofern herangezogen werden, als sie selbst erbracht wurden (Estermann in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht² [2005] Fn 1310).

Schließlich handelt es sich bei dem ausführenden Unternehmen um ein Schwesterunternehmen der Antragstellerin. Im Sinne der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes und des Verwaltungsgerichtshofes ist die Berufung auf solche Referenzen zulässig, wenn nachgewiesen ist, dass die Mittel bei der Auftragsdurchführung auch zur Verfügung stehen (EuGH 2.12.1999, Rs C-176/98, Holst Italia, Slg 1999, I-8607, Rn 31, wbl 2000/40;

EuGH 18.3.2004, C-314/01, Siemens und ARGE Telekom, Slg 2004 I-2549,

Rn 46, wbl 2004/137 = bbl 2004/90 = RPA 2004, 121 [Pock]; VwGH

11.7.2002, 2002/04/0023, ZVB 2002/102 [Pachner] = ÖJZ 2003/106 A

[VwGH A]; 17.10.2003, 2003/04/0093, RPA 2003, 345 [Latzenhofer] =

ZVB 2004/29 [G. Gruber] = ZfVB 2004/1747). Diesen Nachweis hat die

Antragstellerin nicht einmal versucht. Das Projekt "Tunnel B****" ist daher auch aus diesem Grund nicht heranzuziehen.

Das Projekt "K****" enthält eine Vertikalbohrung mit der geforderten Länge und ist daher als Referenz geeignet. Ohne auf die von der Auftraggeberin aufgeworfene Frage der Zulässigkeit des Austausches der Referenzprojekte im Schreiben vom 24. April 2006 näher eingehen zu müssen hat die Antragstellerin die nötigen Referenzen in diesem Punkt nicht nachgewiesen. Die Frage, ob Referenzen Vertikal- oder Horizontalbohrungen nachweisen sollten, stellt sich daher ebenfalls nicht mehr.

Zu Rotationskernbohrungen mit Neigungen bis 60 Grad aus der Lotrechten mit Endteufen von mindestens 150 m vom Bohransatzpunkt machte sie die Projekte "B****" und "Tunnel C****" sowie als Alternative das Projekt "E****tunnel" namhaft. Zu dem Projekt "E****tunnel" legte sie keine Auftraggeberbestätigung und keine Unterlagen über die Bohrungen vor. In der mündlichen Verhandlung gezeichnete sie dieses Projekt als ungeeignet. In ihrem Schreiben vom 24. April 2006 führte sie in diesem Punkt die Projekte "B****" und "Altlastensanierung und Abraumdeponie (ALSAD) K****" sowie als Alternative "Tunnel C****" an. Dazu sei auf die obigen Ausführungen verwiesen.

Als Referenzprojekt mit mindestens fünf Bohrstellen, in denen geophysikalische Bohrlochlogs ausgeführt wurden, gab die Antragstellerin das genannte Projekt "B****" und als Alternative das Projekt "F****" an. Letzteres Projekt genügt nach den Ausführungen der Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung den Anforderungen der Ausschreibung. In diesem Punkt liegen daher die erforderlichen Referenzprojekte vor.

Eine Ergänzung der Projekte in Anhang B.8-5.4 kommt nicht in

Betracht, da diese für die Bewertung des Angebotes, die erzielbare

Punktezahl und damit für die Auswahl des Angebotes für den Zuschlag

im Sinne des § 130 Abs 1 BVergG ausschlaggebend sind. Ihre Anzahl

bestimmt die Zahl der Punkte im Zuschlagskriterium Qualität. Eine

Ergänzung, insbesondere die Erhöhung der Anzahl der Projekte in

diesem Punkt vermag die Wettbewerbsstellung der Antragstellerin gegenüber allen anderen Mitbietern nach Angebotsöffnung zu verbessern (VwGH 25.2.2004, 2003/04/0186, RdW 2004/317 [Öhler] = RPA 2004, 92 [Latzenhofer] = ZVB 2004, 362 [Gruber]; BVA 2.5.2005, 17N-18/05-26, RPA 2005, 242 [Etlinger] = ZVB 2005/69 [Hackl]) und ist daher nach Angebotsöffnung im offenen Verfahren unzulässig.

Die Frage der Zulässigkeit der Abänderung der Referenzprojekte zum Nachweis der Eignung im Zuge der Aufklärung stellt sich nach inhaltlicher Prüfung der Projekte nicht mehr. Angemerkt sei lediglich, dass diese nur über die Zulässigkeit des Angebotes entscheidet und daher abgesehen vom Ausscheiden des Angebotes bei fehlendem Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit keinen Einfluss auf die Bewertung und damit die Wettbewerbsstellung des Angebotes hat.

Insgesamt ist daher festzuhalten, dass die Antragstellerin die notwendigen Referenzen nicht nachgewiesen hat. Der Ausscheidensgrund des § 129 Abs 1 Z 2 BVergG liegt daher vor. Insgesamt ist daher festzuhalten, dass die Antragstellerin die notwendigen Referenzen nicht nachgewiesen hat. Der Ausscheidensgrund des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG liegt daher vor.

Im Sinne der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes kann die Nachprüfungsbehörde im Zuge des Nachprüfungsverfahrens vom Auftraggeber nicht herangezogene Ausscheidensgründe aufgreifen, solange dabei die Möglichkeit besteht, dazu Stellung zu nehmen (EuGH 19.6.2003, Rs C-249/01, Hackermüller, Slg 2003, I-6319, BVergSlg 33.9 = wbl 2003/238 = RPA 2003, 307 [Katary] = ZVB 2003/86 [Latzenhofer] = ZVB-LSK 2003/102 = ZVB-LSK 2003/103).

In der mündlichen Verhandlung wurde der Antragstellerin Gelegenheit geboten, zu den bereits vom der Auftraggeberin vorgebrachten Einwendungen Stellung zu nehmen.

Wie oben ausgeführt war das Angebot der Antragstellerin bereits nach § 129 Abs 2 BVergG auszuschneiden. Bereits das Vorliegen eines stichhaltigen Ausscheidensgrundes vermag die Ausscheidensentscheidung zu tragen. Kommen während des Nachprüfungsverfahrens weitere Ausscheidensgründe zutage, vermag dieser Umstand nichts an der Richtigkeit der Ausscheidensentscheidung zu ändern. Wie oben ausgeführt war das Angebot der Antragstellerin bereits nach Paragraph 129, Absatz 2, BVergG auszuschneiden. Bereits das Vorliegen eines stichhaltigen Ausscheidensgrundes vermag die Ausscheidensentscheidung zu tragen. Kommen während des Nachprüfungsverfahrens weitere Ausscheidensgründe zutage, vermag dieser Umstand nichts an der Richtigkeit der Ausscheidensentscheidung zu ändern.

Da die Auftraggeberin das Angebot der Antragstellerin zu Recht ausschied und somit dieses Angebot für die Wahl des Angebotes für den Zuschlag nicht in Betracht kam, der Antragstellerin kein Schaden entstehen konnte, war der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung zurückzuweisen.

3.4 Ersatz der Pauschalgebühr

Mit Bescheid vom 19. Juni 2006, N/0044-BVA/10/2006-EV009 erließ das Bundesvergabeamt die beantragte einstweilige Verfügung.

Mit dem gegenständlichen Bescheid weist das Bundesvergabeamt den Nachprüfungsantrag ab.

Gemäß § 319 Abs 1 BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz der gemäß § 318 BVergG entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Die Antragstellerin hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 BVergG entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt wenn

auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz der gemäß Paragraph 318, BVergG entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Die Antragstellerin hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, BVergG entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird.

Gemäß § 319 Abs 2 BVergG besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung nur dann, wenn
Gemäß Paragraph 319, Absatz 2, BVergG besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung nur dann, wenn

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

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

Die Antragstellerin hat die Pauschalgebühr in der Höhe von Euro 5.000,-- für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und den Nachprüfungsantrag tatsächlich bezahlt. Der Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren wurde zusammen mit dem verfahrenseinleitenden Antrag auf Nichtigkeitsklärung und Erlassung einer einstweiligen Verfügung, damit rechtzeitig gestellt. Der Anspruch auf Ersatz der Gebühren für den Antrag auf einstweilige Verfügung besteht schon nach § 319 Abs 2 Z 1 BVergG nicht, da dem Hauptantrag nicht stattgegeben wurde. Ebenso besteht der Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag nach § 319 Abs 1 BVergG nicht, da die Antragstellerin weder obsiegt hat noch klaglos gestellt wurde. Es besteht daher kein Anspruch auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren.
Die Antragstellerin hat die Pauschalgebühr in der Höhe von Euro 5.000,-- für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und den Nachprüfungsantrag tatsächlich bezahlt. Der Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren wurde zusammen mit dem verfahrenseinleitenden Antrag auf Nichtigkeitsklärung und Erlassung einer einstweiligen Verfügung, damit rechtzeitig gestellt. Der Anspruch auf Ersatz der Gebühren für den Antrag auf einstweilige Verfügung besteht schon nach Paragraph 319, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG nicht, da dem Hauptantrag nicht stattgegeben wurde. Ebenso besteht der Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag nach Paragraph 319, Absatz eins, BVergG nicht, da die Antragstellerin weder obsiegt hat noch klaglos gestellt wurde. Es besteht daher kein Anspruch auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren.

Dokumentnummer

VERGT_20060710_N_0044_BVA_10_2006_027_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