

TE Verg Bescheid 2005/8/26 16N-74/05-41

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 26.08.2005

Norm

SektorenRL 1993 Art2 Abs2

SektorenRL 2004 Art5 Abs1

BVergG 2002 §7 Abs1 Z1

BVergG 2002 §20 Z13 lita sublitaa

BVergG 2002 §98 Z8

BVergG 2002 §99 Abs1

BVergG 2002 §120 Abs1

BVergG 2002 §120 Abs2

BVergG 2002 §131 Abs4

BVergG 2002 §163 Abs1

BVergG 2002 §166 Abs2 Z1

BVergG 2002 §169 Abs1 Z1

BVergG 2002 §174 Abs1

BVergG 2002 §177 Abs1

BVergG 2002 §177 Abs5

AVG §39 Abs2

AVG §74

Bundesbahngesetz §2

Bundesbahngesetz §29

Bundesbahngesetz §30

Bundesbahngesetz §31

Bundesbahngesetz §41

1. AVG § 39 heute

2. AVG § 39 gültig ab 15.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 57/2018

3. AVG § 39 gültig von 20.04.2002 bis 14.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 65/2002

4. AVG § 39 gültig von 01.01.1999 bis 19.04.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 158/1998

5. AVG § 39 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.1998

1. AVG § 74 heute

2. AVG § 74 gültig ab 01.01.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 5/2008

3. AVG § 74 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.2007

1. § 2 heute

2. § 2 gültig ab 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2003
 3. § 2 gültig von 21.08.2003 bis 30.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 71/2003
 4. § 2 gültig von 01.01.2002 bis 20.08.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 32/2002
 5. § 2 gültig von 01.01.2000 bis 31.12.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 26/2000
 6. § 2 gültig von 01.01.2000 bis 31.12.1999 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 166/1999
 7. § 2 gültig von 10.01.1998 bis 31.12.1999 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/1998
 8. § 2 gültig von 01.07.1996 bis 09.01.1998 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 201/1996
 9. § 2 gültig von 01.05.1996 bis 30.06.1996 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 201/1996
 10. § 2 gültig von 01.01.1994 bis 30.04.1996
1. § 29 heute
 2. § 29 gültig ab 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2003
1. § 30 heute
 2. § 30 gültig ab 19.08.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 95/2009
 3. § 30 gültig von 31.12.2003 bis 18.08.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2003
1. § 31 heute
 2. § 31 gültig ab 19.08.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 95/2009
 3. § 31 gültig von 27.07.2006 bis 18.08.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 125/2006
 4. § 31 gültig von 31.12.2003 bis 26.07.2006 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2003
1. § 41 gültig von 31.12.2003 bis 18.08.2009 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 95/2009

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat am 26. August 2005 durch den Vorsitzenden des Senats 16, Dr. Christian Fink, sowie Dr. Josef Bosina als Vertreter der Auftraggeberseite und Dr. Ulrich E. Zellenberg als Vertreter der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 162 Abs 2 Z 2 Bundesvergabegesetz 2002 (BVerG), BGBl I Nr. 99/2002 idF BGBl II Nr. 56/2005, betreffend das Vergabeverfahren "B 1044, Lainzer Tunnel, Baulos LT 44 'Güterschleife'" des Auftraggebers ÖBB-Infrastruktur Bau AG, Vivenotgasse 10, 1120 Wien, vertreten durch X***, über die Anträge der Bietergemeinschaft, bestehend aus (1) A***, (2) B***, (3) C*** und (4) D***, vertreten durch Y***, bzw. der Bietergemeinschaft, bestehend aus (1) E***, (2) F*** und (3) G***, vertreten durch Z***, vom 19. Juli 2005 und 12. August 2005 bzw. vom 25. Juli 2005 wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat am 26. August 2005 durch den Vorsitzenden des Senats 16, Dr. Christian Fink, sowie Dr. Josef Bosina als Vertreter der Auftraggeberseite und Dr. Ulrich E. Zellenberg als Vertreter der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 162, Absatz 2, Ziffer 2, Bundesvergabegesetz 2002 (BVerG), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 99 aus 2002, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 56 aus 2005,, betreffend das Vergabeverfahren "B 1044, Lainzer Tunnel, Baulos LT 44 'Güterschleife'" des Auftraggebers ÖBB-Infrastruktur Bau AG, Vivenotgasse 10, 1120 Wien, vertreten durch X***, über die Anträge der Bietergemeinschaft, bestehend aus (1) A***, (2) B***, (3) C*** und (4) D***, vertreten durch Y***, bzw. der Bietergemeinschaft, bestehend aus (1) E***, (2) F*** und (3) G***, vertreten durch Z***, vom 19. Juli 2005 und 12. August 2005 bzw. vom 25. Juli 2005 wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Der Antrag der Bietergemeinschaft, bestehend aus (1) A***, (2) B***, (3) C*** und (4) D***, vertreten durch Y***, vom 19. Juli 2005 "die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Bietergemeinschaft E***/F***/G*** für nichtig zu erklären" wird zurückgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 98 Z 8 und 163 Abs 1 BVerG; § 39 Abs 1 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (AVG) BGBl I Nr. 51/1991 idF BGBl I Nr. 10/2004
 Rechtsgrundlage: Paragraphen 98, Ziffer 8 und 163 Absatz eins, BVerG; Paragraph 39, Absatz eins, Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (AVG) Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 51 aus 1991, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2004,

II.römisch zwei.

Der Antrag der Bietergemeinschaft, bestehend aus (1) A***, (2) B***, (3) C*** und (4) D***, vertreten durch Y***, vom 12. August 2005 "die Entscheidung des Auftraggebers, unser Hauptangebot auszuscheiden, für nichtig zu erklären" wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 20 Z 13 lit. a sublit. aa, 99 Abs 1, 131 Abs 4, 163 Abs 1, 166 Abs 2 Z 1, 169 Abs 1 Z 1 und 174 Abs 1 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraphen 20, Ziffer 13, Litera a, Sub-Litera, a, a,, 99 Absatz eins, 131, Absatz 4, 163, Absatz eins, 166, Absatz 2, Ziffer eins, 169, Absatz eins, Ziffer eins und 174 Absatz eins, BVergG

III.römisch drei.

Der Antrag der Bietergemeinschaft, bestehend aus (1) A***, (2) B***, (3) C*** und (4) D***, vertreten durch Y***, vom 19. Juli 2005 "der Auftraggeberin den Ersatz der von uns bezahlten Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag in der Höhe von Euro 5.000 aufzuerlegen" wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 177 Abs 1 und 5 BVergG sowie § 74 AVGR
Rechtsgrundlage: Paragraph 177, Absatz eins und 5 BVergG sowie Paragraph 74, AVG

IV.römisch vier.

Dem Antrag der Bietergemeinschaft, bestehend aus (1) E***, (2) F*** und (3) G***, vertreten durch Z***, "auf Zuspruch der von der Teilnahmeantragstellerin entrichteten Gebühren" wird stattgegeben.

Die Bietergemeinschaft, bestehend aus (1) A***, (2) B***, (3) C*** und (4) D***, vertreten durch Y***, ist als Antragstellerin verpflichtet, der Bietergemeinschaft, bestehend aus (1) E***, (2) F*** und (3) G***, vertreten durch Z***, die für den Teilnahmeantrag entrichtete Pauschalgebühr in der Höhe von Euro 2.500,- binnen vier Wochen ab Zustellung dieses Bescheides bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Rechtsgrundlage: § 177 Abs 1 und 5 BVergG sowie § 74 AVGR
Rechtsgrundlage: Paragraph 177, Absatz eins und 5 BVergG sowie Paragraph 74, AVG

Begründung

Mit Schreiben vom 19. Juli 2005 (OZ 1) stellte die Bietergemeinschaft, bestehend aus (1) A***, (2) B***, (3) C*** und (4) D***, (in der Folge auch Antragstellerin und Antrag stellende Bietergemeinschaft) das den Spruchpunkten I und III zu entnehmende Begehren. Zur Begründung führte sie aus, dass ihr im gegenständlichen Vergabeverfahren mit Schreiben vom 6. Juli 2005 mitgeteilt worden sei, dass der Zuschlag der Bietergemeinschaft E***/F***/G*** erteilt werden solle. Eine derartige Entscheidung sei allerdings aus mehreren Gründen als rechtswidrig einzustufen. Mit Schreiben vom 19. Juli 2005 (OZ 1) stellte die Bietergemeinschaft, bestehend aus (1) A***, (2) B***, (3) C*** und (4) D***, (in der Folge auch Antragstellerin und Antrag stellende Bietergemeinschaft) das den Spruchpunkten römisch eins und römisch drei zu entnehmende Begehren. Zur Begründung führte sie aus, dass ihr im gegenständlichen Vergabeverfahren mit Schreiben vom 6. Juli 2005 mitgeteilt worden sei, dass der Zuschlag der Bietergemeinschaft E***/F***/G*** erteilt werden solle. Eine derartige Entscheidung sei allerdings aus mehreren Gründen als rechtswidrig einzustufen.

Zunächst sei auch im Sektorenbereich der Grundsatz der Preisangemessenheit zu beachten. Der Auftraggeber habe im gegenständlichen Fall zwei Varianten vorgesehen. Die Antragstellerin habe sich für die Variante A, die im betreffenden Teil eine Ausführung in offener Bauweise vorsehe, entschieden. Die beiden Mitbieter hätten demgegenüber eine Ausführung in geschlossener Bauweise (Variante B) angeboten. Bei letzterer handle es sich im Vergleich zur offenen Bauweise um die objektiv deutlich teurere Ausführungsvariante. Die Antragstellerin habe zu marktüblichen Preisen angeboten, dennoch würden die Gesamtpreise der Mitbieter deutlich darunter liegen. Dies lasse begründete Zweifel an der Angemessenheit der Preise entstehen. Diese Sichtweise werde dadurch bestätigt, dass der Auftraggeber tatsächlich das Angebot der erstgereihten Bietergemeinschaft einer vertieften Angebotsprüfung unterzogen habe. Des Weiteren sei aber auch der Angebotspreis der zweitgereihten Bietergemeinschaft als nicht marktüblich zu werten, sodass insgesamt von eklatanten Unterpreisen auszugehen sei.

Der Auftraggeber habe sich bereits in der Ausschreibung dahingehend festgelegt, in jedem Fall eine vertiefte Angebotsprüfung durchzuführen. Die Prüfung der Preisangemessenheit sei jedoch lediglich an Hand eines Preisspiegels mit den beiden Angeboten der Ausführungsvariante B erfolgt. Preisspiegelwerte würden keinesfalls vergleichbare Erfahrungswerte zur Beurteilung der relevanten Marktverhältnisse ersetzen. Damit könnten lediglich "Ausreißerangebote" festgestellt, nicht aber ein Unterpreis entlarvt werden. Die Angebote der beiden vorgereihten

Mitbieter könnten nun weder betriebswirtschaftlich nachvollzogen noch durch außergewöhnlich günstige Bedingungen erklärt werden. Bei ordnungsgemäßer Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung hätte daher der Auftraggeber zu dem Schluss gelangen müssen, dass die Angebote wegen nicht plausibler Zusammensetzung des Gesamtpreises, insbesondere wegen nicht plausibler Unterpreise, auszuschneiden seien. Da die Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung nicht im Ermessen des Auftraggebers liege und der bloße Vergleich von Preisspiegeln nicht den Vorgaben des § 93 BVergG entspreche, sei die Zuschlagsentscheidung im Übrigen bereits auf Grund einer nicht entsprechend durchgeführten Angebotsprüfung für nichtig zu erklären. Des Weiteren würden die Mitbieter bzw. deren Subunternehmer nicht die erforderliche Eignung aufweisen bzw. sei diese vom Auftraggeber jedenfalls nicht entsprechend geprüft worden. Mit den betreffenden Angeboten seien keine hinreichenden Unterlagen vorgelegt worden. Zuletzt sei ins Treffen zu führen, dass die Mitbieter den in den Ausschreibungsunterlagen geforderten Referenzen nicht nachkommen könnten. Es fehle daher an der spezifischen technischen Leistungsfähigkeit. Die Angebote der vorgereichten Mitbieter seien daher auch nach § 98 Z 1 BVergG auszuschneiden. Der Auftraggeber habe sich bereits in der Ausschreibung dahingehend festgelegt, in jedem Fall eine vertiefte Angebotsprüfung durchzuführen. Die Prüfung der Preisangemessenheit sei jedoch lediglich an Hand eines Preisspiegels mit den beiden Angeboten der Ausführungsvariante B erfolgt. Preisspiegelwerte würden keinesfalls vergleichbare Erfahrungswerte zur Beurteilung der relevanten Marktverhältnisse ersetzen. Damit könnten lediglich "Ausreißerangebote" festgestellt, nicht aber ein Unterpreis entlarvt werden. Die Angebote der beiden vorgereichten Mitbieter könnten nun weder betriebswirtschaftlich nachvollzogen noch durch außergewöhnlich günstige Bedingungen erklärt werden. Bei ordnungsgemäßer Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung hätte daher der Auftraggeber zu dem Schluss gelangen müssen, dass die Angebote wegen nicht plausibler Zusammensetzung des Gesamtpreises, insbesondere wegen nicht plausibler Unterpreise, auszuschneiden seien. Da die Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung nicht im Ermessen des Auftraggebers liege und der bloße Vergleich von Preisspiegeln nicht den Vorgaben des Paragraph 93, BVergG entspreche, sei die Zuschlagsentscheidung im Übrigen bereits auf Grund einer nicht entsprechend durchgeführten Angebotsprüfung für nichtig zu erklären. Des Weiteren würden die Mitbieter bzw. deren Subunternehmer nicht die erforderliche Eignung aufweisen bzw. sei diese vom Auftraggeber jedenfalls nicht entsprechend geprüft worden. Mit den betreffenden Angeboten seien keine hinreichenden Unterlagen vorgelegt worden. Zuletzt sei ins Treffen zu führen, dass die Mitbieter den in den Ausschreibungsunterlagen geforderten Referenzen nicht nachkommen könnten. Es fehle daher an der spezifischen technischen Leistungsfähigkeit. Die Angebote der vorgereichten Mitbieter seien daher auch nach Paragraph 98, Ziffer eins, BVergG auszuschneiden.

Die Kosten der Angebotsbearbeitung wurden seitens der Antragstellerin mit Euro 275.850,- angegeben. Der drohende Verdienstentgang belaufe sich weiters auf Euro 6.259.727,76. Man habe ein massives wirtschaftliches und rechtliches Interesse an der Zuschlagserteilung. Dies wäre auch dann der Fall, wenn die Ausschreibung zu widerrufen sei. In einem derartigen Fall würde die Chance bestehen, sich an einer neuerlichen Ausschreibung zu beteiligen. Durch die angefochtene Zuschlagsentscheidung und das Vorgehen des Auftraggebers erachte man sich in den Rechten auf Erteilung des Zuschlages bzw. Fällung der Zuschlagsentscheidung an den Billigst- und Bestbieter, auf Vergabe nach den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbs und der Gleichbehandlung aller Bieter an geeignete Bieter zu angemessenen Preisen, auf Ausschluss von Mitbietern an der Teilnahme am Vergabeverfahren, auf Ausscheiden ausschreibungs- bzw. vergaberechtswidriger Angebote von Mitbietern sowie auf vertiefte Prüfung von Angeboten, die einen im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis aufweisen bzw. bei denen begründete Zweifel hinsichtlich der Preisangemessenheit bestehen, verletzt.

In einem weiteren Schreiben vom 12. August 2005 (OZ 28) beantragte die Antragstellerin wie Spruchpunkt II zu entnehmen. Mit Schreiben vom 11. Juli 2005 habe ihr der Auftraggeber mitgeteilt, dass ihre Alternativangebote ausgeschieden worden seien und ihr Hauptangebot an die dritte Stelle gereiht worden sei. Am 19. Juli 2005 habe man dem Auftraggeber mitgeteilt, dass eine Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung angestrengt werde, und einen entsprechenden Nachprüfungsantrag beim Bundesvergabeamt eingebracht. In weiterer Folge habe der Auftraggeber sodann mit Schreiben vom 29. Juli 2005 mitgeteilt, dass auch das Hauptangebot entsprechend § 98 Z 8 BVergG auszuschneiden sei. Dieses Ausscheiden des Hauptangebotes werde nunmehr bekämpft. Wenngleich die Ausscheidensentscheidung nach Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung ausgesprochen worden sei und somit keine gesondert anfechtbare Entscheidung nachfolge, sei von der Zulässigkeit eines solchen Vorgehens auszugehen. Das Ausscheiden des Hauptangebotes könne zwar bei Überprüfung der Zuschlagsentscheidung im Rahmen der Antragslegitimation hinterfragt werden, gelange das Bundesvergabeamt jedoch zu dem Schluss, dass die Angebote der

Mitbieter auszuscheiden seien, so trete ein ex-lege-Widerruf ein und das eigene Ausscheiden könne nicht mehr bekämpft werden. In einem weiteren Schreiben vom 12. August 2005 (OZ 28) beantragte die Antragstellerin wie Spruchpunkt römisch zwei zu entnehmen. Mit Schreiben vom 11. Juli 2005 habe ihr der Auftraggeber mitgeteilt, dass ihre Alternativangebote ausgeschieden worden seien und ihr Hauptangebot an die dritte Stelle gereiht worden sei. Am 19. Juli 2005 habe man dem Auftraggeber mitgeteilt, dass eine Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung angestrengt werde, und einen entsprechenden Nachprüfungsantrag beim Bundesvergabeamt eingebracht. In weiterer Folge habe der Auftraggeber sodann mit Schreiben vom 29. Juli 2005 mitgeteilt, dass auch das Hauptangebot entsprechend Paragraph 98, Ziffer 8, BVergG auszuscheiden sei. Dieses Ausscheiden des Hauptangebotes werde nunmehr bekämpft. Wenngleich die Ausscheidensentscheidung nach Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung ausgesprochen worden sei und somit keine gesondert anfechtbare Entscheidung nachfolge, sei von der Zulässigkeit eines solchen Vorgehens auszugehen. Das Ausscheiden des Hauptangebotes könne zwar bei Überprüfung der Zuschlagsentscheidung im Rahmen der Antragslegitimation hinterfragt werden, gelange das Bundesvergabeamt jedoch zu dem Schluss, dass die Angebote der Mitbieter auszuscheiden seien, so trete ein ex-lege-Widerruf ein und das eigene Ausscheiden könne nicht mehr bekämpft werden.

Inhaltlich sei das Vorgehen des Auftraggebers bereits deshalb rechtswidrig, weil nach Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung ein Ausscheiden eines Angebots nicht mehr vorgesehen sei. Des Weiteren sei dem Argument eines allfälligen Unterpreises entgegen zu halten, dass jegliche Aufklärung unterblieben sei. Der allfällige Widerspruch des Technischen Berichtes im Angebot der Antragstellerin sei wiederum im Hinblick auf dessen Nachrangigkeit gegenüber den sonstigen Angebotsbestimmungen unbeachtlich.

In ergänzenden Ausführungen vom 17. August 2005 (OZ 32) hält die Antragstellerin fest, dass sich dem Prüfungsprotokoll entnehmen lasse, dass die vertiefte Prüfung des Angebotes der für die Zuschlagserteilung ausersehenen Bietergemeinschaft allein anhand des Preisspiegels durchgeführt worden sei. Weitere Unterlagen über eine Preisprüfung würden nicht vorliegen, zumindest seien solche Unterlagen trotz ausdrücklichen Antrages auf umfassende Akteneinsicht nicht zur Kenntnis gebracht worden. Es sei daher weiterhin davon auszugehen, dass die Angebotsprüfung des Auftraggebers mangelhaft erfolgt sei. Immerhin sei aber zutage getreten, dass das Angebot der potentiellen Zuschlagsempfängerin bei einer größeren Anzahl wesentlicher Positionen keine nachvollziehbare Preisbildung aufweise. Die potentielle Zuschlagsempfängerin habe jedenfalls die zum Ulmenstollenvortrieb geforderte Referenz nicht erbracht. Die von Mitgliedern der erstgereihten Bietergemeinschaft genannten Referenzprojekte würden keine diesbezüglichen Arbeiten im Referenzzeitraum vom 1. Jänner 2000 bis 31. Dezember 2004 beinhalten. Beim "Tunnel Dernbach" seien etwa die Ulmenstollen bereits praktisch vollständig zum Jahreswechsel 1999/2000 fertig gestellt worden. Dies offenbare auch eine genaue Analyse der vorgelegten Bestätigung der H*** vom 12. April 2005. Darin werde nämlich nur ausgesagt, dass "von der Gesamtstrecke Ulmenstollen rd. 272 m erst nach dem 1. Jänner 2000 fertig gestellt" worden seien. Mangels entsprechenden Nachweises der technischen Leistungsfähigkeit sei daher das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Angebot der Mitbieterin auszuscheiden. In ergänzenden Ausführungen vom 17. August 2005 (OZ 32) hält die Antragstellerin fest, dass sich dem Prüfungsprotokoll entnehmen lasse, dass die vertiefte Prüfung des Angebotes der für die Zuschlagserteilung ausersehenen Bietergemeinschaft allein anhand des Preisspiegels durchgeführt worden sei. Weitere Unterlagen über eine Preisprüfung würden nicht vorliegen, zumindest seien solche Unterlagen trotz ausdrücklichen Antrages auf umfassende Akteneinsicht nicht zur Kenntnis gebracht worden. Es sei daher weiterhin davon auszugehen, dass die Angebotsprüfung des Auftraggebers mangelhaft erfolgt sei. Immerhin sei aber zutage getreten, dass das Angebot der potentiellen Zuschlagsempfängerin bei einer größeren Anzahl wesentlicher Positionen keine nachvollziehbare Preisbildung aufweise. Die potentielle Zuschlagsempfängerin habe jedenfalls die zum Ulmenstollenvortrieb geforderte Referenz nicht erbracht. Die von Mitgliedern der erstgereihten Bietergemeinschaft genannten Referenzprojekte würden keine diesbezüglichen Arbeiten im Referenzzeitraum vom 1. Jänner 2000 bis 31. Dezember 2004 beinhalten. Beim "Tunnel Dernbach" seien etwa die Ulmenstollen bereits praktisch vollständig zum Jahreswechsel 1999 aus 2000, fertig gestellt worden. Dies offenbare auch eine genaue Analyse der vorgelegten Bestätigung der H*** vom 12. April 2005. Darin werde nämlich nur ausgesagt, dass "von der Gesamtstrecke Ulmenstollen rd. 272 m erst nach dem 1. Jänner 2000 fertig gestellt" worden seien. Mangels entsprechenden Nachweises der technischen Leistungsfähigkeit sei daher das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Angebot der Mitbieterin auszuscheiden.

Zum Ausscheiden des eigenen Hauptangebots sei anzumerken, dass man angesichts eines allenfalls gebotenen

Widerrufs jedenfalls legitimiert sei, die Zuschlagsentscheidung anzufechten. Im Übrigen würden die ins Treffen geführten Ausscheidensgründe nicht vorliegen. Der Technische Bericht könne bestenfalls als Unterlage im Sinne von Punkt 2.c im Teil D der Ausschreibung angesehen werden. Er erlange somit nur dann Vertragsrelevanz, wenn er im Zuge der Vergabe vom Auftraggeber schriftlich anerkannt werde. Einem Technischen Bericht gehe jedenfalls das Leistungsverzeichnis vor. Folge man nun den Ausführungen des Auftraggebers, so sei zu erkennen, dass er sich auf Positionstexte im Leistungsverzeichnis, also dem Technischen Bericht vorgehende Ausführungen beziehe, in denen wiederum auf RVS und ÖNormen verwiesen werde. Lediglich in den entsprechend Punkt 2 des Teiles D nachrangigen technischen Bestimmungen des Teiles C würden sich jene Formulierungen finden, auf die sich der Auftraggeber nunmehr berufen möchte. Der Auftraggeber habe daher zunächst darzulegen, warum diese technischen Vertragsbestimmungen dem vorrangigen Leistungsverzeichnis mit den darin befindlichen Verweisen nunmehr vorgehen sollten.

In einer Stellungnahme vom 22. August 2005 (OZ 38) führte die Antragstellerin infolge der mündlichen Verhandlung aus, dass sich aus dem Bauzeitplan ergebe, dass eine Rampe als Bauhilfsmaßnahme zu errichten sei. Für diese untergeordnete Baumaßnahme seien allerdings keine statischen Neubemessungen und Neuberechnungen erforderlich. Ebenso wenig komme es zu Massenverschiebungen. Überdies sei nochmals darauf hinzuweisen, dass sich die Ausscheidensfrage als Prozessvoraussetzung in keinem Fall stelle, wenn die Ausschreibung widerrufen werden sollte. In diesem Fall habe die Antragstellerin jedenfalls ein rechtliches Interesse. Es sei richtig, dass aus Punkt 11.1 des Teiles A der Ausschreibungsunterlagen hervorgehe, dass der Technische Bericht mit dem Angebot abzugeben sei. Es sage jedoch nichts über seinen Rang im vertragsrechtlichen Sinne aus. In Punkt

11.1 werde ausdrücklich hervorgehoben, dass die darin benannten Unterlagen mit dem Angebot und den Bietererklärungen Teil G samt Anhang G I abzugeben seien. Damit werde klargestellt, dass die Beilage G3, der Technische Bericht, eben gerade nicht Bestandteil der Erklärungen des Teiles G sei. Er sei vielmehr separiert zu betrachten, sodass ihm ebenso wie dem Bauzeitplan nicht der Rang einer Bietererklärung zukomme. Schon allein deshalb seien die vom Auftraggeber dargelegten Abweichungen irrelevant. Zum im Rahmen der mündlichen Verhandlung relevierten Referenzprojekt für den Ulmenstollenvortrieb sei nochmals ergänzend festzuhalten, dass die Gesamtbaumaßnahme, also einmal der Vortrieb der Ulmenstollen und zum anderen die restlichen Arbeitsschritte, im maßgeblichen Referenzzeitraum erbracht hätte werden müssen. Diesem Erfordernis könnten die Mitglieder der erstgereihten Bietergemeinschaft nicht nachkommen. 11.1 werde ausdrücklich hervorgehoben, dass die darin benannten Unterlagen mit dem Angebot und den Bietererklärungen Teil G samt Anhang G römisch eins abzugeben seien. Damit werde klargestellt, dass die Beilage G3, der Technische Bericht, eben gerade nicht Bestandteil der Erklärungen des Teiles G sei. Er sei vielmehr separiert zu betrachten, sodass ihm ebenso wie dem Bauzeitplan nicht der Rang einer Bietererklärung zukomme. Schon allein deshalb seien die vom Auftraggeber dargelegten Abweichungen irrelevant. Zum im Rahmen der mündlichen Verhandlung relevierten Referenzprojekt für den Ulmenstollenvortrieb sei nochmals ergänzend festzuhalten, dass die Gesamtbaumaßnahme, also einmal der Vortrieb der Ulmenstollen und zum anderen die restlichen Arbeitsschritte, im maßgeblichen Referenzzeitraum erbracht hätte werden müssen. Diesem Erfordernis könnten die Mitglieder der erstgereihten Bietergemeinschaft nicht nachkommen.

In einer ersten Stellungnahme vom 22. Juli 2005 (OZ 8) gab der Auftraggeber bekannt, dass sich der geschätzte Auftragswert des ausgeschriebenen Bauauftrages auf Grund einer Schätzung eines Ziviltechnikern vom Dezember 2004 auf Euro 83.462.943,95 (exkl. USt) für die Variante A und Euro 80.262.300,05 (exkl. USt) für die Variante B belaufe. Das gegenständliche Vorhaben sei Teil des Gesamtvorhabens Lainzer Tunnel, dessen geschätzter Auftragswert Euro 1.158.904.600 betrage. Bislang sei der verfahrensgegenständliche Auftrag weder vergeben, noch das Vergabeverfahren widerrufen worden.

In einer weiteren Stellungnahme vom 3. August 2005 (OZ 17) legte der Auftraggeber zunächst dar, dass auch das Hauptangebot der Antragstellerin zwischenzeitig mit Schreiben vom 29. Juli 2005 ausgeschieden worden sei. Es mangle daher an der entsprechenden Antragslegitimation. Ausschreibungskonform habe die Antragstellerin einen Technischen Bericht als Bestandteil ihres Angebotes abgegeben. In diesem werde unter Punkt 3.1.5 ausgeführt, dass die maximal zulässige vertikale Abweichung der Schlitzwände 1 % der Tiefe im Bereich der zu nützenden Innenfläche und 1,5 % für sonstige Bereiche betrage. Der angegebene Wert von 1,5 % stehe im Widerspruch zu den Ausschreibungsbedingungen. Im Leistungsverzeichnis werde unter der Position 001700010Z festgehalten, dass die RVS 8B.05.6 gelte. In dieser werde wiederum hinsichtlich der Herstellung von Schlitzwänden auf die ÖNorm EN 1538

verwiesen. In deren Punkt 8.2.1 werde wiederum ausgeführt, dass bei Schlitzwänden mit stützender Funktion Abweichungen der Vertikalen kleiner als 1 % sowohl in der Längs- als auch in der Querrichtung zu sein haben. In den technischen Vertragsbestimmungen des Teiles C der Ausschreibung werde wiederum ausgeführt, dass im Hinblick auf die Solllage der Schlitzwand eine Toleranz von 10cm bis 10m Tiefe und darüber von 1% als zulässig gewertet werde. Die von der Antragstellerin angebotenen 1,5 % würden diesen Bedingungen jedenfalls widersprechen.

Hinsichtlich der Lage der Bohrpfähle werde in Punkt 3.2.5 des Technischen Berichtes eine maximale Neigungsabweichung von 0,02m/m genannt. Im Ausschreibungsleistungsverzeichnis werde unter der Position 001700010Z wiederum auf die RVS 8B.05.6 verwiesen. In dieser werde festgehalten, dass bei der Herstellung von Bohrpfählen die Bestimmungen der ÖNorm EN 1536 zu berücksichtigen seien. Bei Bohrpfählen, die Wände von Verkehrsbauwerken bilden, sei bei vertikalen Pfählen eine Neigungsabweichung von 1% zulässig. In den technischen Vertragsbestimmungen des Teiles C werde wiederum festgehalten, dass abweichend zur ÖNorm EN 1536 die Toleranz für die Solllage und die Abweichung von der Vertikalen bis zu einer Tiefe von 10m mit 10cm und bei einer Tiefe von über 10m mit 1% der Tiefe festgelegt werde. Die von der Antragstellerin angebotene Neigungsabweichung von 2% entspreche somit ebenfalls nicht dem in der Ausschreibung geforderten 1% in der Tiefe. Überdies genüge der im Technischen Bericht unter Punkt

5.2 im Hinblick auf die Notstromversorgung eingeräumte eingeschränkte Notbetrieb nicht den Ausschreibungsvorgaben. Zuletzt seien in einer Reihe von Positionen im Angebot der Antragstellerin überhöhte oder zu geringe Preise enthalten. Es sei daher zusätzlich von einer spekulativen Preisgestaltung auszugehen.

Hinsichtlich des behaupteten Unterpreises auf Seiten der Angebote der erst- und zweitgereihten Bietergemeinschaften sei anzumerken, dass auf Grund der gewählten Ausführungsvariante eine Schlussfolgerung auf eine unzulässige Zusammensetzung des Gesamtpreises nicht nachvollziehbar sei. Die ohne Begründung aufgestellte Behauptung, wonach die geschlossene Bauweise die deutlich teurere Ausführungsweise darstellen würde, sei schlicht unrichtig. Vor Einleitung des Vergabeverfahrens sei eine sachverständige Kostenschätzung durchgeführt worden. Diese sei für jene Bereiche, die in offener Bauweise auszuführen seien, von einer Preisdatenbank ausgegangen. Dabei seien Daten aus Angebotsergebnissen der letzten beiden Jahre zu vergleichbaren Positionen eingeflossen. Nicht hinreichend vergleichbare Positionen seien wiederum durchkalkuliert worden. Für jene Teile der Ausschreibung, die eine geschlossene Bauweise betreffen, sei eine detaillierte Kostenschätzung erstellt worden. Eine positionsweise Kostenschätzung sei anhand der bisherigen Erfahrungswerte angesichts einer maßgeblichen Abhängigkeit vom konkreten Projekt jedoch nicht möglich gewesen. Daher seien die diesbezüglichen Kalkulationsüberlegungen anhand von geschätzten Laufmeterkosten erfolgt.

Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin sei die Prüfung der Preisangemessenheit nicht lediglich aufgrund eines Preisspiegels durchgeführt worden. Als erster Schritt seien sämtliche Preise des Angebotes der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin sowie der zweitgereihten Bietergemeinschaft eingelese und ein Preisspiegel erstellt worden. In weiterer Folge seien jene Positionen aus dem Angebot der Antragstellerin mit den betreffenden Positionen der beiden anderen Bieter verglichen worden, die auf Grund der geringen Divergenz der beiden Ausführungsvarianten untereinander nicht abweichen. Hierauf habe ein Ziviltechniker eine detaillierte Prüfung der Preisangemessenheit positionsweise anhand der K7-Blätter vorgenommen. Bei einzelnen Positionen sei der Bestbieter vor Durchführung von zwei Aufklärungsgesprächen schriftlich um Erklärung ersucht worden. Eine detaillierte Prüfung der Angebote sei beim Zweitgereihten ebenso durchgeführt worden wie beim Erstgereihten. Aufklärungsgespräche habe man jedoch ausschließlich mit der erstgereihten Bietergemeinschaft geführt, da ein entsprechend großer Abstand zwischen den Angebotspreisen bestehe. Die Behauptung der Antragstellerin, wonach die Preisprüfung lediglich anhand eines Preisspiegels erfolgt sei, treffe ebenso wenig zu wie die Behauptung, dass die Angebote ihrer Mitbieter keine plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufweisen würden. Abschließend könne man das unsubstantiierte Vorbringen zur mangelnden Eignung der Mitbieter sowie zum Fehlen hinreichender Referenzen nicht nachvollziehen. Der Auftraggeber habe eine entsprechende Prüfung der betreffenden Angebote vorgenommen. Es werde daher beantragt, die Anträge der Antragstellerin zurück-, in eventu abzuweisen.

In einer letzten Stellungnahme vom 18. August 2005 (OZ 34) verweist der Auftraggeber darauf, dass der Technische Bericht nicht als nachrangig einzustufen sei. Aus Punkt 3 des Teiles G der Ausschreibungsunterlagen in Verbindung mit Punkt 11.1 des Teiles A gehe zweifelsfrei hervor, dass dieser mit dem Angebot abzugeben sei. Unter Bezugnahme auf die in Teil D dargestellte Hierarchie sei der Technische Bericht ebenso wie der abzugebende Bauzeitplan den

technischen Bestimmungen sowie ÖNormen vorgereicht. Das Vorbringen der Antragstellerin sei daher nicht nachzuvollziehen, wonach die von ihr angebotene ausschreibungswidrigen Leistungen unbeachtlich sein sollten. Darüber hinaus sei zwischenzeitig ein weiterer Ausscheidensgrund zutage getreten. Im Bauzeitplan seien lediglich für das westliche Drittel der Aushub bis zum ersten Hilfssteifenhorizont, der Einbau des ersten Hilfssteifenhorizontes sowie der weitere Aushub bis auf Deckelniveau ausgewiesen. Für die restlichen zwei Drittel würden die betreffenden Arbeitsabläufe im Bauzeitplan zur Gänze fehlen. Die Antragstellerin habe somit entgegen den Vorgaben in der Ausschreibungsunterlage vor, die restlichen Deckelelemente etwa erst 1 1/2 Jahre nach der Ausführung der Arbeitsabläufe im ersten Drittel herzustellen. Weiters ergebe sich aus dem Bauzeitplan, dass der Aushub unter dem Deckel im westlichen Bereich des Bauteiles U und der Aushub im westlich daran anschließenden Bauteil D vom zuerst hergestellten ersten Drittel des Bauteiles U aus erfolgen solle. In diesem Bereich sei allerdings weder eine Arbeitsöffnung zum Hochheben der Erdmassen vorgesehen, noch sei in diesem Bereich ein Hebezug von der Antragstellerin dargestellt worden. Dies bedeute, dass die Antragstellerin zwangsläufig den Arbeitslauf so vorgesehen habe, dass über eine Erdrampe vom Niveau unter dem Deckel bis an die Oberfläche mit Transportfahrzeugen hinaufgefahren werden könne. Die Errichtung einer solchen Erdrampe hätte allerdings zur Folge, dass in diesem Bereich eine ganz andere Aushubsituation und vor allem Aussteifungssituation für die Schlitzwände angenommen werden müsste. Dadurch weiche das Angebot nicht nur erheblich von den Vorgaben der Ausschreibungsunterlage ab, es werde zudem eine Änderung im gesamten statischen System erforderlich.

Überdies sei die Behauptung einer mangelhaften Angebotsprüfung nochmals zurückzuweisen. Zur in Zweifel gezogenen Referenz der für die Zuschlagserteilung ausersehenen Bietergemeinschaft sei anzumerken, dass unter Ulmenstollenvortrieb nach Auffassung von Wissenschaft und Praxis ein Bauverfahren mit einer bestimmten Art von Teilausbrüchen zu verstehen sei. Dies zeige, dass nicht der Vortrieb des Ulmenstollens selbst, sondern die gesamte Tunnelbauweise und damit die Methode des Ausbruchs des gesamten Tunnelquerschnitts unter dieser Bezeichnung falle. Dies sei auch bei der gegenständlichen Ausschreibung der Fall, zumal ein bloßes Abstellen auf den Vortrieb des Ulmenstollens nicht gemeint sein könne. Zum einen würden in der Praxis Ulmenstollen mit einem Querschnitt von 65 m² nicht hergestellt und zum anderen würde in der Ausschreibung ansonsten nicht von einem ein- oder mehrrüttigen Ulmenstollenvortrieb die Rede sein. In diesem Sinne sei auch das Referenzschreiben der H*** vom 12. April 2005 als Bestätigung der Ausschreibungsvorgabe anzusehen.

Die Bietergemeinschaft, bestehend aus (1) E***, (2) F*** und

(3) G***, (auch potentielle Zuschlagsempfängerin und für die Zuschlagserteilung ausersehene Bietergemeinschaft) beantragte mit Schreiben vom 25. Juli 2005, eingelangt bei der Behörde am 27. Juli 2005, ua. die Teilnahme am gegenständlichen Nachprüfungsverfahren, die Zurück-, in eventu Abweisung des Nachprüfungsantrages sowie - wie Spruchpunkt IV zu entnehmen - den Zuspruch der entrichteten Pauschalgebühr. Begründend führte sie aus, dass sie durch Stattgabe des Nachprüfungsantrages in ihren Rechten auf Zuschlagserteilung, auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens mit ordnungsgemäßer Bestbieterermittlung und sich daraus ergebender Beauftragung sowie auf Aufrechterhaltung einer zu ihren Gunsten getroffenen nicht rechtswidrigen Zuschlagsentscheidung verletzt werden würde.(3) G***, (auch potentielle Zuschlagsempfängerin und für die Zuschlagserteilung ausersehene Bietergemeinschaft) beantragte mit Schreiben vom 25. Juli 2005, eingelangt bei der Behörde am 27. Juli 2005, ua. die Teilnahme am gegenständlichen Nachprüfungsverfahren, die Zurück-, in eventu Abweisung des Nachprüfungsantrages sowie - wie Spruchpunkt römisch vier zu entnehmen - den Zuspruch der entrichteten Pauschalgebühr. Begründend führte sie aus, dass sie durch Stattgabe des Nachprüfungsantrages in ihren Rechten auf Zuschlagserteilung, auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens mit ordnungsgemäßer Bestbieterermittlung und sich daraus ergebender Beauftragung sowie auf Aufrechterhaltung einer zu ihren Gunsten getroffenen nicht rechtswidrigen Zuschlagsentscheidung verletzt werden würde.

Der Nachprüfungsantrag enthalte keinerlei konkrete Vorwürfe oder Anhaltspunkte, die eine Unzulässigkeit der Zuschlagsentscheidung begründen würden. Die Mutmaßung, dass die von der Antragstellerin gewählte Variante der offenen Bauweise zwangsläufig billiger sei als jene der geschlossenen Bauweise, treffe schlicht nicht zu. Gerade im konkreten Fall zeige sich, dass aufgrund einer nicht unerheblichen Überdeckung bei der offenen Bauweise zahlreiche aufwändige Tätigkeiten, die bei der geschlossenen nicht in dieser Form auszuführen seien, anfallen. Aus diesem Grund habe sich auch die Zuschlagsempfängerin für eine Ausführung des besagten eingeleisigen Teilstückes im Bereich östlich der Altmannsdorfer Straße in geschlossener Bauweise entschieden. Die höheren Errichtungskosten einer offenen

Bauweise können auch auf Grund der Auftragswertschätzung eines beigezogenen Ziviltechnikers vom Dezember 2004 ersehen werden. Dieser sei für die Variante A zu einem Betrag von Euro 83.462.943,95 und für die Variante B zu einer Summe von Euro 80.262.300,05 gelangt. Dies zeige, dass im gegenständlichen Fall tatsächlich eine geschlossene Bauausführung zu einem günstigeren Ergebnis führe. Der Preisunterschied zwischen dem Angebot der Nachprüfungsantragstellerin und der Zuschlagsempfängerin erkläre sich darüber hinaus aus dem Umstand, dass letztere Synergieeffekte generieren könne. Schließlich sei sie bereits vor Jahren mit der Errichtung des angrenzenden Bauloses LT42 beauftragt worden, wobei dessen Fertigstellung unmittelbar bevorstehe. Es würden sich daher ua. im Bereich der Baustelleneinrichtung erhebliche Einsparungspotentiale ergeben. Als unkonkret und unzutreffend seien die beiden Behauptungen der Antragstellerin einzustufen, wonach es der Teilnahmeantragstellerin an der hinreichenden Eignung fehle und entsprechende Referenznachweise nicht erbracht werden könnten.

Zuletzt sei auszuführen, dass der Nachprüfungsantrag angesichts fehlender Antragslegitimation unzulässig sei. In Punkt 5.2 des Teiles A der Ausschreibungsunterlagen werde verlangt, dass mit dem Angebot die gebundene Ausfertigung der Erklärungen des Bieters samt allen in Punkt 11.1 angegebenen Unterlagen abzugeben sei. Diesem Formerfordernis sei die Antragstellerin nicht nachgekommen, weil sie ihr Angebot lediglich in mehreren Büroordnern abgegeben habe. Ein derartig fehlerhaftes Angebot sei aber mit einem nicht behebbaren Formmangel behaftet und daher auszuschneiden. Es gelte nach der Judikatur, die Transparenz des Vergabeverfahrens und den Auftraggeber vor allfälligen Verdächtigungen zu schützen.

Auf Grund der vorgelegten Stellungnahmen der Antragstellerin, des Auftraggebers und der Teilnahmeantragstellerin, der Ausschreibungsunterlagen sowie der Ausführungen in der mündlichen Verhandlung vom 18. August 2005 wurde folgender, für die Entscheidung maßgeblicher Sachverhalt festgestellt:

Im Rahmen des Gesamtvorhabens "Lainzer Tunnel" hat die Eisenbahn-Hochleistungsstrecken-Aktiengesellschaft (HL-AG) im Dezember 2004 die Errichtung einer "Güterschleife" (Baulos LT 44) in einem offenen Verfahren ausgeschrieben. Der Auftrag umfasst im Wesentlichen Tunnel-, Gleis- und Brückenbauarbeiten (siehe Bekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 16. Dezember 2004, OZ 7 bzw. Beilage zu OZ 8). Im Bereich des ehemaligen Bahnhofes Unterhetzendorf sieht die Ausschreibung für den Bau eines 213m langen Teilstücks eines eingleisigen Tunnels zwischen dem in offener Bauweise zu errichtenden viergleisigen Abzweigungsbauwerk Altmannsdorf und einem bereits errichteten Überführungsbauwerk zwei Ausführungsvarianten vor. Der Variante A liegt eine offene Deckelbauweise mit Schlitzwänden und Innenschale zugrunde. Die Variante B beruht wiederum auf einer geschlossenen Bauweise mit zyklischem Vortrieb. Es wurden hiefür zwei getrennte Ausschreibungsexemplare erstellt, die sich im Leistungsverzeichnis durch eine Obergruppe unterscheiden. Für den Fall einer Ausführung der Variante A sind mit der Verlegung von Gleisen und einer Kabeltrasse sowie der Aufrechterhaltung von bestehenden Entwässerungen Maßnahmen an der Oberfläche erforderlich, die bei der Angebotserstellung und -bewertung mit zu berücksichtigen waren (vgl. Variantenerläuterung zur "Freigabe der Ausschreibung" und Teile A bis G der Ausschreibung jeweils zur Variante A und Variante B, Beilagen zu OZ 8).

Im Rahmen des Gesamtvorhabens "Lainzer Tunnel" hat die Eisenbahn-Hochleistungsstrecken-Aktiengesellschaft (HL-AG) im Dezember 2004 die Errichtung einer "Güterschleife" (Baulos LT 44) in einem offenen Verfahren ausgeschrieben. Der Auftrag umfasst im Wesentlichen Tunnel-, Gleis- und Brückenbauarbeiten (siehe Bekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 16. Dezember 2004, OZ 7 bzw. Beilage zu OZ 8). Im Bereich des ehemaligen Bahnhofes Unterhetzendorf sieht die Ausschreibung für den Bau eines 213m langen Teilstücks eines eingleisigen Tunnels zwischen dem in offener Bauweise zu errichtenden viergleisigen Abzweigungsbauwerk Altmannsdorf und einem bereits errichteten Überführungsbauwerk zwei Ausführungsvarianten vor. Der Variante A liegt eine offene Deckelbauweise mit Schlitzwänden und Innenschale zugrunde. Die Variante B beruht wiederum auf einer geschlossenen Bauweise mit zyklischem Vortrieb. Es wurden hiefür zwei getrennte Ausschreibungsexemplare erstellt, die sich im Leistungsverzeichnis durch eine Obergruppe unterscheiden. Für den Fall einer Ausführung der Variante A sind mit der Verlegung von Gleisen und einer Kabeltrasse sowie der Aufrechterhaltung von bestehenden Entwässerungen Maßnahmen an der Oberfläche erforderlich, die bei der Angebotserstellung und -bewertung mit zu berücksichtigen waren vergleiche Variantenerläuterung zur "Freigabe der Ausschreibung" und Teile A bis G der Ausschreibung jeweils zur Variante A und Variante B, Beilagen zu OZ 8).

Der geschätzte Auftragswert für das Gesamtvorhaben "Lainzer Tunnel" beläuft sich auf Euro 1.158.904.600,- (exkl. USt.). Hinsichtlich des konkreten Vorhabens wurden im Vorfeld der Ausschreibung von Ziviltechnikern die Kosten für

die Variante A mit Euro 83.462.943,95 (exkl. USt.) und für die Variante B mit Euro 80.262.300,05 (exkl. USt.) geschätzt. Dabei wurden die Kosten für den in offener Bauweise zu errichtenden Teil jeweils auf Positionsebene berechnet. Die Kosten für den geschlossenen Bauteil wurden angesichts der Unmöglichkeit einer genaueren Kalkulation jeweils auf Laufmeterbasis geschätzt (vgl. Stellungnahme zur Kostenschätzung zur "Freigabe der Ausschreibung" sowie Kostenberechnung der Varianten A und B vom 16. Dezember 2004 durch die I***, der Planungsgemeinschaft Lainzer Tunnel und J***, jeweils Beilage zu OZ 8). Der geschätzte Auftragswert für das Gesamtvorhaben "Lainzer Tunnel" beläuft sich auf Euro 1.158.904.600,- (exkl. USt.). Hinsichtlich des konkreten Vorhabens wurden im Vorfeld der Ausschreibung von Ziviltechnikern die Kosten für die Variante A mit Euro 83.462.943,95 (exkl. USt.) und für die Variante B mit Euro 80.262.300,05 (exkl. USt.) geschätzt. Dabei wurden die Kosten für den in offener Bauweise zu errichtenden Teil jeweils auf Positionsebene berechnet. Die Kosten für den geschlossenen Bauteil wurden angesichts der Unmöglichkeit einer genaueren Kalkulation jeweils auf Laufmeterbasis geschätzt vergleiche Stellungnahme zur Kostenschätzung zur "Freigabe der Ausschreibung" sowie Kostenberechnung der Varianten A und B vom 16. Dezember 2004 durch die I***, der Planungsgemeinschaft Lainzer Tunnel und J***, jeweils Beilage zu OZ 8).

Zunächst war vorgesehen, dass die Angebote bis 15. März 2005 einzureichen sind (Bekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 16. Dezember 2004, OZ 7 bzw. Beilage zu OZ 8). Insgesamt erfolgten vor Ablauf der Angebotsfrist drei Nachsendungen zur Ausschreibung. In der ersten Nachsendung vom 20. Jänner 2005 wurde ua. festgehalten, dass anstelle der HL-AG nunmehr deren Rechtsnachfolgerin, die ÖBB-Infrastruktur Bau AG, als Auftraggeber auftritt (vgl. Punkt 1 des Teiles A - Allgemeine Ausschreibungsgrundlagen der

Zunächst war vorgesehen, dass die Angebote bis 15. März 2005 einzureichen sind (Bekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 16. Dezember 2004, OZ 7 bzw. Beilage zu OZ 8). Insgesamt erfolgten vor Ablauf der Angebotsfrist drei Nachsendungen zur Ausschreibung. In der ersten Nachsendung vom 20. Jänner 2005 wurde ua. festgehalten, dass anstelle der HL-AG nunmehr deren Rechtsnachfolgerin, die ÖBB-Infrastruktur Bau AG, als Auftraggeber auftritt vergleiche Punkt 1 des Teiles A - Allgemeine Ausschreibungsgrundlagen der

1. Nachsendung zur Variante A bzw. Variante B, Beilage zu OZ 8, sowie Firmenbuchauszüge der HL-AG unter FN 54371h und der ÖBB-Infrastruktur Bau AG unter FN 71396w, amtliche Einschau). Zudem wurde eine Modifikation bei der Ermittlung des Bestbieters bekannt gegeben (soweit Punkt 2.4 des Teiles A - Allgemeine Ausschreibungsgrundlagen der 1. Nachsendung zur Variante A bzw. Variante B, Beilage zu OZ 8). Die zweite Nachsendung erging am 23. Februar 2005 und sah ua. eine Verlängerung der Angebotsfrist bis 4. April 2005 vor (soweit Punkt 10 des Teiles A - Allgemeine Ausschreibungsgrundlagen der 2. Nachsendung zur Variante A bzw. Variante B, Beilage zu OZ 8). Die dritte Nachsendung vom 17. März 2005 beinhaltet ua. eine Adaption der Bauabfolge (siehe Punkt 2.9 des Teiles B - Baubeschreibung der 3. Nachsendung zur Variante A bzw. Variante B, Beilage zu OZ 8). Der Erhalt der drei Nachsendungen wurde ua. von sämtlichen Antragstellern jeweils bestätigt (siehe betreffende Schreiben, Beilage zu OZ 8).

Die Ausschreibung enthält im Anhang A I eine Auflistung der wesentlichen Positionen. Unter Punkt 2.3 des Teiles A der Ausschreibung wird ausgeführt, dass "der Auftraggeber in jedem Fall eine vertiefte Angebotsprüfung durch[führt]. [...] Es werden aber nur jene Angebote einer formalen, rechnerischen und vertieften Prüfung unterzogen, die aufgrund des Ergebnisses der Angebotsöffnung bzw. der Prüfungen selbst als Bestbieter in Frage kommen." Unter Punkt 2.4 des Teiles A der Ausschreibung wird die Methodik zur Ermittlung des Zuschlagsempfängers offen gelegt. Hinsichtlich eines jeden Angebots wird ein modifizierter Angebotspreis ermittelt, der sich aus (a) dem verlesenen Angebotspreis, (b) den von der angebotenen Variante und der Bauzeit abhängigen, baubegleitenden Dienstleistungskosten des Auftraggebers und (c) den angebotsabhängigen Kosten Dritter zusammensetzt. Den Zuschlag soll der Bieter mit dem niedrigsten, errechneten modifizierten Angebotspreis erhalten. Hinsichtlich der Dienstleistungskosten des Auftraggebers wurde für beide Varianten eine Gesamtbaubauzeit von 1230 Kalendertagen vorgegeben. Der Zu- bzw. Abschlagswert wurde für die Variante A mit Euro 6.490,- (exkl. USt.) und für die Variante B mit Euro 6.649,- (exkl. USt.) jeweils pro Kalendertag festgelegt. Im Hinblick auf die angebotsabhängigen Kosten Dritter wurde im Zuge der ersten Nachsendung für die Variante A ein Wert von Euro 128,500,- für die Umlegung einer 15kV-Leitung festgeschrieben. In weiterer Folge enthält die Ausschreibung Beispiele für die Ermittlung des Bestbieters (siehe Punkte 2.3 und 2.4 des Teiles A - Allgemeine Ausschreibungsgrundlagen der Ausschreibung in der Fassung der Nachsendungen, Beilage zu OZ 8). Die Ausschreibung enthält im Anhang A römisch eins eine Auflistung der wesentlichen Positionen. Unter Punkt 2.3 des Teiles A der

Ausschreibung wird ausgeführt, dass "der Auftraggeber in jedem Fall eine vertiefte Angebotsprüfung durch[führt]. [...] Es werden aber nur jene Angebote einer formalen, rechnerischen und vertieften Prüfung unterzogen, die aufgrund des Ergebnisses der Angebotsöffnung bzw. der Prüfungen selbst als Bestbieter in Frage kommen." Unter Punkt 2.4 des Teiles A der Ausschreibung wird die Methodik zur Ermittlung des Zuschlagsempfängers offen gelegt. Hinsichtlich eines jeden Angebots wird ein modifizierter Angebotspreis ermittelt, der sich aus (a) dem verlesenen Angebotspreis, (b) den von der angebotenen Variante und der Bauzeit abhängigen, baubegleitenden Dienstleistungskosten des Auftraggebers und (c) den angebotsabhängigen Kosten Dritter zusammensetzt. Den Zuschlag soll der Bieter mit dem niedrigsten, errechneten modifizierten Angebotspreis erhalten. Hinsichtlich der Dienstleistungskosten des Auftraggebers wurde für beide Varianten eine Gesamtbaubauzeit von 1230 Kalendertagen vorgegeben. Der Zu- bzw. Abschlagswert wurde für die Variante A mit Euro 6.490,- (exkl. USt.) und für die Variante B mit Euro 6.649,- (exkl. USt.) jeweils pro Kalendertag festgelegt. Im Hinblick auf die angebotsabhängigen Kosten Dritter wurde im Zuge der ersten Nachsendung für die Variante A ein Wert von Euro 128,500,- für die Umlegung einer 15kV-Leitung festgeschrieben. In weiterer Folge enthält die Ausschreibung Beispiele für die Ermittlung des Bestbieters (siehe Punkte 2.3 und 2.4 des Teiles A - Allgemeine Ausschreibungsgrundlagen der Ausschreibung in der Fassung der Nachsendungen, Beilage zu OZ 8).

Unter Punkt 2.5. des Ausschreibungsteiles A hält der Auftraggeber fest, dass das "Ausscheiden von Angeboten [...] gemäß § 98 BVergG [erfolgt]". Punkt 3.2 des Teiles A enthält eine Auflistung der vollständigen Ausschreibungsunterlagen, wobei ausdrücklich darauf hingewiesen wird, dass "der Umfang und die Reihenfolge der Gültigkeit der Vertragsbestandteile in Teil D angegeben sind". Nach Punkt 11.1 des Ausschreibungsteiles A sind "die im folgenden genannten Unterlagen zum ausschreibungsgemäßen Angebot [...] bereits mit dem Angebot und den Bietererklärungen Teil G samt Anhang G I abzugeben." Im einzelnen werden die "Beilage G 0 Vollständigkeitserklärung des Bieters über den Erhalt eines vollständigen Ausschreibungsexemplars", die "Beilage G 1 händisch ausgefülltes Leistungsverzeichnis (Teil F3 Abgabeexemplar) oder EDV-Ausdruck (rechtsgültig unterfertigtes Leistungsverzeichnis) und Datenträger", die "Beilage G 2 Kalkulationsblätter K3", die "Beilage G 3 Technischer Bericht zur Bauausführung", die "Beilage G 5 Detaillierter Bauzeitplan", die "Beilage G 6 Pläne für die Baustelleneinrichtungsflächen", die "Beilage G 9 Kalkulationsblätter K7" sowie die "Beilage G 10 Unterlagen zu den [...] geforderten Eignungsnachweisen" angeführt. Der unter Beilage G 3 abzugebende "Technische Bericht zur Bauausführung" hat hinsichtlich der offenen Bauweise ua. zumindest die Schlitzwände und Bohrpfahlgeräte bzw. deren Löse- und Fördermethoden zu beschreiben. Hinsichtlich der Grundwasserhaltung Obertage wird ua. die Notstromversorgung als Mindestinhalt des "Technischen Berichts zur Bauausführung" vorgegeben (siehe betreffende Punkte des Teiles A - Allgemeine Ausschreibungsgrundlagen der Ausschreibung in der Fassung der Nachsendungen, Beilage zu OZ 8). Unter Punkt 2.5. des Ausschreibungsteiles A hält der Auftraggeber fest, dass das "Ausscheiden von Angeboten [...] gemäß Paragraph 98, BVergG [erfolgt]". Punkt 3.2 des Teiles A enthält eine Auflistung der vollständigen Ausschreibungsunterlagen, wobei ausdrücklich darauf hingewiesen wird, dass "der Umfang und die Reihenfolge der Gültigkeit der Vertragsbestandteile in Teil D angegeben sind". Nach Punkt 11.1 des Ausschreibungsteiles A sind "die im folgenden genannten Unterlagen zum ausschreibungsgemäßen Angebot [...] bereits mit dem Angebot und den Bietererklärungen Teil G samt Anhang G römisch eins abzugeben." Im einzelnen werden die "Beilage G 0 Vollständigkeitserklärung des Bieters über den Erhalt eines vollständigen Ausschreibungsexemplars", die "Beilage G 1 händisch ausgefülltes Leistungsverzeichnis (Teil F3 Abgabeexemplar) oder EDV-Ausdruck (rechtsgültig unterfertigtes Leistungsverzeichnis) und Datenträger", die "Beilage G 2 Kalkulationsblätter K3", die "Beilage G 3 Technischer Bericht zur Bauausführung", die "Beilage G 5 Detaillierter Bauzeitplan", die "Beilage G 6 Pläne für die Baustelleneinrichtungsflächen", die "Beilage G 9 Kalkulationsblätter K7" sowie die "Beilage G 10 Unterlagen zu den [...] geforderten Eignungsnachweisen" angeführt. Der unter Beilage G 3 abzugebende "Technische Bericht zur Bauausführung" hat hinsichtlich der offenen Bauweise ua. zumindest die Schlitzwände und Bohrpfahlgeräte bzw. deren Löse- und Fördermethoden zu beschreiben. Hinsichtlich der Grundwasserhaltung Obertage wird ua. die Notstromversorgung als Mindestinhalt des "Technischen Berichts zur Bauausführung" vorgegeben (siehe betreffende Punkte des Teiles A - Allgemeine Ausschreibungsgrundlagen der Ausschreibung in der Fassung der Nachsendungen, Beilage zu OZ 8).

Eine dem Ausschreibungsteil C vorangestellte Tabelle 1-7 gibt ua. wieder, dass bei Verweisen auf die ÖNorm EN 1536 - Ausführung von besonderen geotechnischen Arbeiten (Spezialtiefbau), Bohrpfähle auf das Ausgabedatum 1. August 1999 und bei einem Rückgriff auf die ÖNorm EN 1538 - Ausführung von besonderen geotechnischen Arbeiten (Spezialtiefbau), Schlitzwände auf deren Ausgabedatum 1. Juli 2000 Bezug genommen wird. In Punkt 3.5 des Teiles C der Ausschreibung wird festgehalten, dass "abweichend von Punkt

8.2.1 der ÖNorm EN 1538 folgende Toleranzen der Soll-Lage der Schlitzwand [gelten]: Die Abweichung der tatsächlichen Schlitzwandoberfläche einschließlich allfälligen Überprofils von der lotrechten Sollage beträgt 10cm bis zu einer Tiefe von 10m gemessen von der Leitwandoberkante, bei einer Tiefe größer 10m beträgt sie 1% der Tiefe. Die Vermessungstoleranz ist in diesen Werten bereits enthalten. An keinem Punkt der Schlitzwand darf die Toleranz überschritten werden." Nach Punkt 3.6 des Ausschreibungsteiles C wird bei den Bohrpfahlarbeiten "abweichend zur ÖNorm EN 1536, Pkt. 7.2.1, [...] die Toleranz für die Sollage und die Abweichung von der Vertikalen bis zu einer Tiefe von 10m mit 10cm, bei einer Tiefe über 10m mit 1% der Tiefe festgelegt. Die Ansatztoleranz ist in diesen Werten bereits enthalten" (siehe Punkte 1.2, 3.5 und 3.6 des Teiles C - Technische Vertragsbestimmungen der Ausschreibung sowohl für die Variante A als auch die Variante B, Beilage zu OZ 8).

Punkt 2 des Ausschreibungsteiles D gibt im Hinblick auf die Zuschlagserteilung ua. folgende Vertragsbestandteile an:

1. "a)Litera a
Die schriftliche Vereinbarung, durch die der Vertrag zustande gekommen ist.
2. b)Litera b
Angebotsunterlagen bzw. allgemeine Bestimmungen des AG b.1 Erklärungen des Bieters (Teil G - ohne K-Blätter)
b.2 Vorbemerkungen zum Leistungsverzeichnis (Teil F1) b.3 Rechtliche Vertragsbestimmungen (Teil D)
b.4 Leistungsverzeichnis mit eingetragenen Preisen (Teil F2 + F3)
3. c)Litera c
Durch den AG vom Bieter geforderte Unterlagen, welche im Zuge der Vergabe vom AG schriftlich anerkannt wurden.
4. d)Litera d
Technische Bestimmungen
d.1 Technische Vertragsbestimmungen (Teil C)
d.2 Technische Vertragsbestimmungen für Straßenbauten (RVS Kapitel 8) sowie die Kapitel Brücken (RVS Kapitel 15) und Tunnel (RVS Kapitel 9), erarbeitet von der Forschungsgemeinschaft für Straße und Verkehr"

In Punkt 3 des besagten Ausschreibungsteils wird zur Reihenfolge der Vertragsbestandteile festgehalten, dass bei Widersprüchen "die im Pkt. 2 (a bis i) Teil D angeführten Unterlagen in der dort angegebenen Reihenfolge [gelten].
Ergeben sich Widersprüche innerhalb einer Unterlage (a bis i), dann gilt der voranstehende Bestandteil (b1 bis b4, d1 bis d2,...) einer Unterlage vor dem nachfolgenden Bestandteil" (siehe Punkte 2 und 3 des Teiles D - Rechtliche Vertragsbestimmungen der Ausschreibung sowohl für die Variante A als auch die Variante B, Beilage zu OZ 8).

Im Leistungsverzeichnis wird unter der Position 00 1700010Z für "Pfähle und Schlitzwände TV" die Geltung der "RVS 8B.05.6" festgeschrieben (siehe betreffende Position in Teil F2 - Geschlossenes Leistungsverzeichnis [LV-Langtext] der Ausschreibung sowohl zu Variante A als auch Variante B, Beilage zu OZ 8). Diese Vertragsbestimmungen für Brückenbauten der Österreichischen Forschungsgemeinschaft Straße und Verkehr (FSV) führen in ihrer Ausgabe vom November 2004 unter Punkt

3.2 aus, dass "bei der Herstellung von Bohrpfählen [...] die Bestimmungen der ÖNorm EN 1536, Abschnitt 7.2, [gelten]" und "bei Bohrpfählen, die Wände von Verkehrsbauten bilden, [...] eine Neigungsabweichung von 1% bei vertikalen Pfählen [gilt]". Für die "Herstellung von Schlitzwänden gelten die Bestimmungen der ÖNorm EN 1538, Abschnitt 8.2" (siehe Beilage zu OZ 17 und www.fsv.at). In Punkt 7.2.1 der ÖNorm EN 1536 idF 1. August 1999 wird die Neigungsabweichung vertikaler Pfähle mit maximal 0,02 festgelegt. Punkt 8.2.1 der ÖNorm EN 1538 aus dem Jahre 2000 gibt wiederum vor, dass bei Schlitzwänden mit stützender Funktion die Abweichungen der Schlitzwandelemente von der Vertikalen kleiner als 1% sowohl in der Längs- als auch der Querrichtung zu sein haben (soweit Einsicht in der Behörde vorliegende Normen).3.2 aus, dass "bei der Herstellung von Bohrpfählen [...] die Bestimmungen der ÖNorm EN 1536, Abschnitt 7.2, [gelten]" und "bei Bohrpfählen, die Wände von Verkehrsbauten bilden, [...] eine Neigungsabweichung von 1% bei vertikalen Pfählen [gilt]". Für die "Herstellung von Schlitzwänden gelten die Bestimmungen der ÖNorm EN 1538, Abschnitt 8.2" (siehe Beilage zu OZ 17 und www.fsv.at). In Punkt 7.2.1 der ÖNorm EN 1536 in der Fassung 1. August 1999 wird die Neigungsabweichung vertikaler Pfähle mit maximal 0,02 festgelegt. Punkt 8.2.1 der ÖNorm EN 1538 aus dem Jahre 2000 gibt wiederum vor, dass bei Schlitzwänden mit stützender Funktion die Abweichungen der Schlitzwandelemente von der Vertikalen kleiner als 1% sowohl in der Längs- als auch der Querrichtung zu sein haben (soweit Einsicht in der Behörde vorliegende Normen).

Im Hinblick auf den Teil G war in den ursprünglichen Ausschreibungsunterlagen in gebundener Weise ein Teil G - Bietererklärungen beigegeben. In dessen Punkt 3 wird ausgeführt, dass den vollständig ausgefüllten Bietererklärungen sämtliche Unterlagen gemäß Teil A, Punkt 11, beizuschließen sind. Zugleich wird den Bietern die Kenntnisnahme abverlangt, "dass das Angebot bei Fehlen auch nur einer der Unterlagen bei Angebotsabgabe ausgeschieden werden kann." In den Punkten 4.2 (Ableitung der Dauern für den Basisvortrieb), 4.3 (Ableitung der Dauern für das Herstellen der Innenschale) und 4.4 (Ableitung der Teilzeiten BW und BO) wird jeweils gefordert, dass abgeleitete Zykluszeiten bzw. eine detaillierte Ableitung der Dauern jeweils dem Technischen Bericht beizulegen sind. Weiters war in der ursprünglichen Ausschreibung ein gebundener Teil G0 - Vollständigkeitserklärung enthalten (siehe Ausschreibung in der ursprünglichen Fassung, Beilage zu OZ 8). Im Zuge der ersten Nachsendung wurde den interessierten Unternehmen - jeweils getrennt nach Variante A und Variante B - ein Anhang G I betreffend die Beschreibung des Bauzeitmodells übermittelt (soweit Ausschreibungsunterlagen in der Fassung der 1. Nachsendung vom 20. Jänner 2005, Beilage zu OZ 8).

Im Hinblick auf den Teil G war in den ursprünglichen Ausschreibungsunterlagen in gebundener Weise ein Teil G - Bietererklärungen beigegeben. In dessen Punkt 3 wird ausgeführt, dass den vollständig ausgefüllten Bietererklärungen sämtliche Unterlagen gemäß Teil A, Punkt 11, beizuschließen sind. Zugleich wird den Bietern die Kenntnisnahme abverlangt, "dass das Angebot bei Fehlen auch nur einer der Unterlagen bei Angebotsabgabe ausgeschieden werden kann." In den Punkten 4.2 (Ableitung der Dauern für den Basisvortrieb), 4.3 (Ableitung der Dauern für das Herstellen der Innenschale) und 4.4 (Ableitung der Teilzeiten BW und BO) wird jeweils gefordert, dass abgeleitete Zykluszeiten bzw. eine detaillierte Ableitung der Dauern jeweils dem Technischen Bericht beizulegen sind. Weiters war in der ursprünglichen Ausschreibung ein gebundener Teil G0 - Vollständigkeitserklärung enthalten (siehe Ausschreibung in der ursprünglichen Fassung, Beilage zu OZ 8). Im Zuge der ersten Nachsendung wurde den interessierten Unternehmen - jeweils getrennt nach Variante A und Variante B - ein Anhang G römisch eins betreffend die Beschreibung des Bauzeitmodells übermittelt (soweit Ausschreibungsunterlagen in der Fassung der 1. Nachsendung vom 20. Jänner 2005, Beilage zu OZ 8).

Die Angebotsöffnung fand am 4. April 2005 statt. Die aus den Antragstellern bestehende Bietergemeinschaft legte ein auf der Variante A basierendes Hauptangebot mit einer Summe von Euro 99.360.758,08 (exkl. USt.). Daneben wurden von dieser sieben Alternativangebote mit Angebotssummen zwischen Euro 95.143.240,85 und Euro 98.544.794,57 (jeweils exkl. USt.) erstellt. Die für die Zuschlagserteilung ausersehene Bietergemeinschaft, deren Mitglieder im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren einen Teilnahmeantrag stellten, gab fristgerecht ein auf der Variante B basierendes Hauptangebot mit einer Angebotssumme von Euro 84.951.304,44 (exkl. USt. und inkl. Nachlass von 1,45%) ab. Des Weiteren bot sie drei Alternativen mit Summen zwischen Euro 84.290.254,49 und Euro 84.799.397,12 (jeweils exkl. USt.) an. Ein weiteres, ebenfalls auf der Variante B basierendes Hauptangebot wurde von der Bietergemeinschaft K*** - L*** - M*** mit einer Summe von Euro 94.301.916,11 (wiederum exkl. USt.) gelegt (vgl. Protokoll der Angebotsöffnung vom 4. April 2005 sowie betreffende Angebote, jeweils Beilage zu OZ 8).

Die Angebotsöffnung fand am 4. April 2005 statt. Die aus den Antragstellern bestehende Bietergemeinschaft legte ein auf der Variante A basierendes Hauptangebot mit einer Summe von Euro 99.360.758,08 (exkl. USt.). Daneben wurden von dieser sieben Alternativangebote mit Angebotssummen zwischen Euro 95.143.240,85 und Euro 98.544.794,57 (jeweils exkl. USt.) erstellt. Die für die Zuschlagserteilung ausersehene Bietergemeinschaft, deren Mitglieder im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren einen Teilnahmeantrag stellten, gab fristgerecht ein auf der Variante B basierendes Hauptangebot mit einer Angebotssumme von Euro 84.951.304,44 (exkl. USt. und inkl. Nachlass von 1,45%) ab. Des Weiteren bot sie drei Alternativen mit Summen zwischen Euro 84.290.254,49 und Euro 84.799.397,12 (jeweils exkl. USt.) an. Ein weiteres, ebenfalls auf der Variante B basierendes Hauptangebot wurde von der Bietergemeinschaft K*** - L*** - M*** mit einer Summe von Euro 94.301.916,11 (wiederum exkl. USt.) gelegt (vgl. Protokoll der Angebotsöffnung vom 4. April 2005 sowie betreffende Angebote, jeweils Beilage zu OZ 8).

Im "Technischen Bericht" zum Angebot jener Bietergemeinschaft, der die Antragsteller angehören, wird unter Punkt 1.1 festgehalten, dass dieser "integrierender Bestandteil [des] Angebots" ist. In Punkt 3.1.5 wird zur Lage und Vertikalität der Schlitzwände ausgeführt, dass "die maximal zulässige vertikale Abweichung [...] $\pm 10\text{cm}$ oder 1% der Tiefe im Bereich der zu nützenden Innenfläche, 1,5% für sonstige Bereiche [beträgt]. Örtliche Unebenheiten sind soweit zulässig, als sie nicht den Verwendungszweck beeinträchtigen." Zur Lage und Vertikalität der Bohrpfähle ist Punkt 3.2.5 eine "Neigungsabweichung $i < 0,02\text{m/m}$ " zu entnehmen (siehe die betreffenden Punkte des "Technischen Berichts" in Ordner 2 des Angebots der Antragsteller, Beilage zu OZ 8). Dem Angebot der K*** - L*** - M*** ist eine umfangreiche Auflistung von Referenzprojekten beigegeben. Ua. finden sich mit den Tunneln Irlahüll und Limburg zwei

Tunnelprojekte, die nach dem 1. Jänner 2000 mittels Ulmenstollenvortriebs fertig gestellt wurden (siehe Ordner 4 des betreffenden Angebots mit teils anschaulichen Darstellungen der Referenzprojekte und Referenzschreiben, Beilage zu OZ 8).

Im Rahmen der Angebotsprüfung wurden sämtliche Alternativangebote als auszuschneiden bewertet und in weiterer Folge nicht mehr berücksichtigt (vgl. Punkt 3.2 des Prüfberichts der I*** vom 17. Juni 2005; Stellungnahme der N*** vom 7. April 2005 als Beilage zum Prüfbericht; Stellungnahme der I*** vom 5. April 2005 als Beilage zum Prüfbericht; Schreiben des Büros O*** vom 6. April 2005 als Beilagen zum Prüfbericht; Protokoll zum 1. Aufklärungsgespräch vom 18. April 2005 sowie Schreiben an die Antragsteller vom 11. Juli 2005, jeweils Beilagen zu OZ 8). Das Hauptangebot der potentiellen Zuschlagsempfängerin wurde einer vertieften Angebotsprüfung unterzogen. Dabei wurden zunächst die einzelnen Positionspreise in einem Preisspiegel den betreffenden Preisen des zweiten, auf der Variante B beruhenden Hauptangebots gegenübergestellt. Zugleich erfolgte ein Vergleich mit den Preisen der Kostenschätzung (siehe Punkt 3 des Prüfberichts der I*** vom 17. Juni 2005, Beilage zu OZ 8). Im Rahmen eines ersten Aufklärungsgesprächs wurden allgemeine Fragen der Kalkulation besprochen. Ua. erklärte die potentielle Zuschlagsempfängerin, dass sie "sich der erschwerten Bedingungen der Bauarbeiten im Bereich der U6- Querung und der WLB-Querung bewusst ist und dies im Rahmen [ihres] Angebotes entsprechend berücksichtigt hat" (soweit Einladungsschreiben zum 1. Aufklärungsgespräch vom 12. April 2005 und Protokoll zum 1. Aufklärungsgespräch vom 18. April 2005, jeweils Beilage zu OZ 8). Mit Schreiben vom 3. Mai 2005 wurde die potentielle Zuschlagsempfängerin zu einem weiteren, ausschließlich der Kalkulation gewidmetem Aufklärungsgespräch eingeladen. Das Einladungsschreiben enthält einen umfangreichen Fragenkatalog zur Detailkalkulation einzelner Positionen. Im zweiten Aufklärungsgespräch am 10. Mai 2005 wurde am Vormittag die Kalkulation zur geschlossenen Bauweise und am Nachmittag die Kalkulation zur offenen Bauweise behandelt. Die Vertreter der potentiellen Zuschlagsempfängerin gaben zu allen angefragten Positionen Erklärungen ab und bestätigten sämtliche im Angebot angeführten (Einheits)Preise (vgl. Einladungsschreiben zum 2. Aufklärungsgespräch vom 3. Mai 2005 sowie Protokoll zum 2. Aufklärungsgespräch vom 10. Mai 2005, jeweils Beilage zu OZ 8). Im Prüfungsbericht wird eine Vergabe an die potentielle Zuschlagsempfängerin empfohlen. Dieses Ergebnis wird seitens einer "Begleitenden Kontrolle zum Vergabevorschlag" bestätigt (siehe Punkt 6 des Prüfberichts der I*** vom 17. Juni 2005 und Stellungnahme der Begleitenden Kontrolle zum Vergabevorschlag der P*** vom 27. Juni 2005, jeweils Beilage zu OZ 8). Im Rahmen der Angebotsprüfung wurden sämtliche Alternativangebote als auszuschneiden bewertet und in weiterer Folge nicht mehr berücksichtigt (siehe Punkt 3.2 des Prüfberichts der I*** vom 17. Juni 2005; Stellungnahme der N*** vom 7. April 2005 als Beilage zum Prüfbericht; Stellungnahme der I*** vom 5. April 2005 als Beilage zum Prüfbericht; Schreiben des Büros O*** vom 6. April 2005 als Beilagen zum Prüfbericht; Protokoll zum 1. Aufklärungsgespräch vom 18. April 2005 sowie Schreiben an die Antragsteller vom 11. Juli 2005, jeweils Beilagen zu OZ 8). Das Hauptangebot der potentiellen Zuschlagsempfängerin wurde einer vertieften Angebotsprüfung unterzogen. Dabei wurden zunächst die einzelnen Positionspreise in einem Preisspiegel den betreffenden Preisen des zweiten, auf der Variante B beruhenden Hauptangebots gegenübergestellt. Zugleich erfolgte ein Vergleich mit den Preisen der Kostenschätzung (siehe Punkt 3 des Prüfberichts der I*** vom 17. Juni 2005, Beilage zu OZ 8). Im Rahmen eines ersten Aufklärungsgesprächs wurden allgemeine Fragen der Kalkulation besprochen. Ua. erklärte die potentielle Zuschlagsempfängerin, dass sie "sich der erschwerten Bedingungen der Bauarbeiten im Bereich der U6- Querung und der WLB-Querung bewusst ist und dies im Rahmen [ihres] Angebotes entsprechend berücksichtigt hat" (soweit Einladungsschreiben zum 1. Aufklärungsgespräch vom 12. April 2005 und Protokoll zum 1. Aufklärungsgespräch vom 18. April 2005, jeweils Beilage zu OZ 8). Mit Schreiben vom 3. Mai 2005 wurde die potentielle Zuschlagsempfängerin zu einem weiteren, ausschließlich der Kalkulation gewidmetem Aufklärungsgespräch eingeladen. Das Einladungsschreiben enthält einen umfangreichen Fragenkatalog zur Detailkalkulation einzelner Positionen. Im zweiten Aufklärungsgespräch am 10. Mai 2005 wurde am Vormittag die Kalkulation zur geschlossenen Bauweise und am Nachmittag die Kalkulation zur offenen Bauweise behandelt. Die Vertreter der potentiellen Zuschlagsempfängerin gaben zu allen angefragten Positionen Erklärungen ab und bestätigten sämtliche im Angebot angeführten (Einheits)Preise (vgl. Einladungsschreiben zum 2. Aufklärungsgespräch vom 3. Mai 2005 sowie Protokoll zum 2. Aufklärungsgespräch vom 10. Mai 2005, jeweils Beilage zu OZ 8). Im Prüfungsbericht wird eine Vergabe an die potentielle Zuschlagsempfängerin empfohlen. Dieses Ergebnis wird seitens einer "Begleitenden Kontrolle zum Vergabevorschlag" bestätigt (siehe Punkt 6 des Prüfberichts der I*** vom 17. Juni 2005 und Stellungnahme der Begleitenden Kontrolle zum Vergabevorschlag der P*** vom 27. Juni 2005, jeweils Beilage zu OZ 8).

Mit Telefax vom 6. Juli 2005 wurde den Bietern die beabsichtigte Zuschlagserteilung an die Bietergemeinschaft E*** -

F*** - G*** bekannt gegeben. Die beiden übrigen Bieter ersuchten in Schreiben vom 7. bzw. 8. Juli 2005 um Bekanntgabe des Ergebnisses der Angebotsprüfung sowie der Merkmale und Vorteile des für die Zuschlagserteilung ausersehenen Angebots. Seitens des Auftraggebers wurde mit Schreiben vom 11. Juli 2005 geantwortet (vgl. betreffende Schreiben, jeweils Beilage zu OZ 8). Mittels Telefax vom 19. Juli 2005 setzte die rechtsfreundliche Vertretung der Antragsteller den Auftraggeber von der beabsichtigen Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung in Kenntnis. Am selben Tag wurde der betreffende Antrag beim Bundesvergabeamt eingebracht (siehe Antrag vom 19. Juli 2005, OZ 1, und Beilage K zum Antrag, OZ 2). Mit Schreiben vom 29. Juli 2005 teilte der Auftraggeber der Antragstellerin mit, dass deren Hauptangebot gemäß § 98 Z 8 BVergG ausgeschieden wurde (soweit Beilage 4 zu OZ 17). Bereits zuvor, mit Schriftsatz vom 25. Juli 2005, eingelangt beim Bundesvergabeamt am 27. Juli 2005, stellten die Mitglieder der für die Zuschlagserteilung ausersehenen Bietergemeinschaft einen Antrag auf Teilnahme am Nachprüfungsverfahren (siehe OZ 11). Mit Telefax vom 6. Juli 2005 wurde den Bietern die beabsichtigte Zuschlagserteilung an die Bietergemeinschaft E*** - F*** - G*** bekannt gegeben. Die beiden übrigen Bieter ersuchten in Schreiben vom 7. bzw. 8. Juli 2005 um Bekanntgabe des Ergebnisses der Angebotsprüfung sowie der Merkmale und Vorteile des für die Zuschlagserteilung ausersehenen Angebots. Seitens des Auftraggebers wurde mit Schreiben vom 11. Juli 2005 geantwortet (vergleiche betreffende Schreiben, jeweils Beilage zu OZ 8). Mittels Telefax vom 19. Juli 2005 setzte die rechtsfreundliche Vertretung der Antragsteller den Auftraggeber von der beabsichtigen Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung in Kenntnis. Am selben Tag wurde der betreffende Antrag beim Bundesvergabeamt eingebracht (siehe Antrag vom 19. Juli 2005, OZ 1, und Beilage K zum Antrag, OZ 2). Mit Schreiben vom 29. Juli 2005 teilte der Auftraggeber der Antragstellerin mit, dass deren Hauptangebot gemäß Paragraph 98, Ziffer 8, BVergG ausgeschieden wurde (soweit Beilage 4 zu OZ 17). Bereits zuvor, mit Schriftsatz vom 25. Juli 2005, eingelangt beim Bundesvergabeamt am 27. Juli 2005, stellten die Mitglieder der für die Zuschlagserteilung ausersehenen Bietergemeinschaft einen Antrag auf Teilnahme am Nachprüfungsverfahren (siehe OZ 11).

Der Sachverhalt ergibt sich aus den bei den einzelnen Feststellungen kursiv und in Klammer angeführten Beweismitteln. Bei der Beweiswürdigung haben sich gegen die Echtheit und Richtigkeit der vorgelegten Unterlagen keine Bedenken ergeben. Im Rahmen der mündlichen Verhandlung am 18. August 2005 (OZ 35) wurde von den Vertretern der Antragstellerin nicht in Abrede gestellt, dass im Technischen Bericht ihres Angebots zur Lage und Vertikalität der Schlitzwände für die sonstigen Bereiche ein Wert von 1,5% und für die Bohrpfähle eine Neigungsabweichung von 0,02 m/m angegeben wurde. Letztere entspricht - wie in der mündlichen Verhandlung unwidersprochen zutage getreten ist - einem Wert von 2%. Das diesbezügliche Vorbringen der Antragstellerin beschränkte sich vor allem auf die Hinweise, dass dem Technischen Bericht nachrangige Bedeutung beizumessen sei und die diesbezüglichen Ausschreibungsvorgaben widersprüchlich seien.

Die vorliegenden Anträge sind rechtlich wie folgt zu beurteilen:

A. Zuständigkeit und anzuwendende Rechtsvorschriften Gemäß § 7 Abs 1 Z 1 BVergG gilt dieses Bundesgesetz ua. für Vergabeverfahren, die von einer Einrichtung, die (a) zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben, die nicht gewerblicher Art sind, und (b) zumindest teilrechtsfähig ist und (c) überwiegend von Auftraggebern gemäß Z 1 oder anderen Einrichtungen im Sinne der Z 2 finanziert wird oder die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch letztere unterliegt oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die von Auftraggebern gemäß Z 1 oder anderen Einrichtungen im Sinne der Z 2 ernannt worden sind, durchgeführt werden. Im Sinne der Rechtsprechung des EuGH stellen im Allgemeinen Tätigkeiten, die zum einen auf andere Art als durch das Angebot von Waren oder Dienstleistungen auf dem Markt erfüllt werden und die zum anderen der Staat aus Gründen des Allgemeininteresses selbst erfüllen oder bei denen er einen entscheidenden Einfluss behalten möchte, in der Regel im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art dar (soweit EuGH vom 10. November 1998, C-360/96, "BFI Holding", Rz 50f; vom 10. Mai 2001, C-223/99 und C-260/99, "Agorà und Excelsior", Rz 37 sowie vom 27. Februar 2003, C- 373/00, "Truley", Rz 50). Dies ist auch für die Errichtung einer leistungsfähigen Schieneninfrastruktur anzunehmen. A. Zuständigkeit und anzuwendende Rechtsvorschriften Gemäß Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG gilt dieses Bundesgesetz ua. für Vergabeverfahren, die von einer Einrichtung, die (a) zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben, die nicht gewerblicher Art sind, und (b) zumindest teilrechtsfähig ist und (c) überwiegend von Auftraggebern gemäß Ziffer eins, oder anderen Einrichtungen im Sinne der Ziffer 2, finanziert wird oder die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch letztere unterliegt oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder

Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die von Auftraggebern gemäß Ziffer eins, oder anderen Einrichtungen im Sinne der Ziffer 2, ernannt worden sind, durchgeführt werden. Im Sinne der Rechtsprechung des EuGH stellen im Allgemeinen Tätigkeiten, die zum einen auf andere Art als durch das Angebot von Waren oder Dienstleistungen auf dem Markt erfüllt werden und die zum anderen der Staat aus Gründen des Allgemeininteresses selbst erfüllen oder bei denen er einen entscheidenden Einfluss behalten möchte, in der Regel im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art dar (soweit EuGH vom 10. November 1998, C-360/96, "BFI Holding", Rz 50f; vom 10. Mai 2001, C-223/99 und C-260/99, "Agorà und Excelsior", Rz 37 sowie vom 27. Februar 2003, C- 373/00, "Truley", Rz 50). Dies ist auch für die Errichtung einer leistungsfähigen Schieneninfrastruktur anzunehmen.

§ 120 Abs 1 BVergG hält fest, dass bei Ausübung einer der in Abs 2 angeführten Tätigkeiten ein dem BVergG unterliegender Auftraggeber "lediglich" einem eingeschränkten Regelungsregime Berücksichtigung zu schenken hat. Dies gilt allerdings nur dann, wenn die konkrete Leistung dem Zweck der jeweiligen (Sektoren)Tätigkeit dient (siehe etwa EuGH vom 16. Juni 2005, verb. Rs C-462/03 und C-463/03, "Strabag/Kostmann vs. ÖBB", insb. Rz 37; BVA vom 1. Juli 2005, 16N-36/05-36; Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht² [2005] 50 und Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG-Kommentar [2005] Rz 4 zu § 120). Es muss somit ein funktionaler Zusammenhang zwischen dem Ausschreibungsgegenstand und der betreffenden Tätigkeit gegeben sein. Verfolgt der jeweilige Auftraggeber sektorenfremde Zwecke, so sind bei einem öffentlichen Unternehmen die "klassischen" Vergabebestimmungen zu berücksichtigen. In Abweichung von Art 2 Abs 2 SektorenRL 1993, aber in Entsprechung zu Art 5 Abs 1 SektorenRL 2004 zählt nun § 120 Abs 2 Z 3 BVergG ua. "die Bereitstellung" und "das Betreiben von Netzen zur Versorgung der Öffentlichkeit im Bereich des Verkehrs auf der Schiene" zu den Sektorentätigkeiten. Paragraph 120, Absatz eins, BVergG hält fest, dass bei Ausübung einer der in Absatz 2, angeführten Tätigkeiten ein dem BVergG unterliegender Auftraggeber "lediglich" einem eingeschränkten Regelungsregime Berücksichtigung zu schenken hat. Dies gilt allerdings nur dann, wenn die konkrete Leistung dem Zweck der jeweiligen (Sektoren)Tätigkeit dient (siehe etwa EuGH vom 16. Juni 2005, verb. Rs C-462/03 und C-463/03, "Strabag/Kostmann vs. ÖBB", insb. Rz 37; BVA vom 1. Juli 2005, 16N-36/05-36; Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht² [2005] 50 und Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG-Kommentar [2005] Rz 4 zu Paragraph 120,). Es muss somit ein funktionaler Zusammenhang zwischen dem Ausschreibungsgegenstand und der betreffenden Tätigkeit gegeben sein. Verfolgt der jeweilige Auftraggeber sektorenfremde Zwecke, so sind bei einem öffentlichen Unternehmen die "klassischen" Vergabebestimmungen zu berücksichtigen. In Abweichung von Artikel 2, Absatz 2, SektorenRL 1993, aber in Entsprechung zu Artikel 5, Absatz eins, SektorenRL 2004 zählt nun Paragraph 120, Absatz 2, Ziffer 3, BVergG ua. "die Bereitstellung" und "das Betreiben von Netzen zur Versorgung der Öffentlichkeit im Bereich des Verkehrs auf der Schiene" zu den Sektorentätigkeiten.

Im gegenständlichen Vergabeverfahren traten angesichts einer Umstrukturierung der (öffentlichen) Schieneninfrastrukturunternehmen, die mit 1. Jänner 2005 Rechtswirkung erlangen sollte, zwei Auftraggeber auf den Plan. Die Verfahrenseinleitung erfolgte noch durch die HL-AG. Im Rahmen einer ersten Nachsendung zur Ausschreibung, somit innerhalb der Angebotsfrist, wurde den interessierten Unternehmen jedoch am 20. Jänner 2005 mitgeteilt, dass anstelle der HL-AG nunmehr deren Rechtsnachfolgerin, die ÖBB-Infrastruktur Bau AG, als Auftraggeber fungiert. Gegen diesen Vorgang wurde von keinem der interessierten Unternehmer ein Einwand erhoben; drei Bietergemeinschaften haben fristgerecht an die ÖBB-Infrastruktur Bau AG gerichtete Angebote abgegeben. Zwischenzeitlich sind zudem die betreffenden Eintragungen ins Firmenbuch erfolgt. Losgelöst von der Frage, ob es überhaupt einer Zustimmung von Bietern bedarf, ist somit im gegenständlichen Fall ein Auftraggeberwechsel erfolgt (vgl. BVA vom 22. Mai 2005, 16N-9/05-19, ZVB 2005, 187 mit Anm. Grasböck sowie Latzenhofer, "Haltet den Auftraggeber!" Probleme des Auftraggeberwechsels im Vergabeverfahren, RPA 2005, 153ff). Zum maßgeblichen Zeitpunkt der gegenständlichen Entscheidungsfindung durch den Senat kommt demnach unzweifelhaft der ÖBB-Infrastruktur Bau AG die Auftraggeberrolle zu. Im gegenständlichen Vergabeverfahren traten angesichts einer Umstrukturierung der (öffentlichen) Schieneninfrastrukturunternehmen, die mit 1. Jänner 2005 Rechtswirkung erlangen sollte, zwei Auftraggeber auf den Plan. Die Verfahrenseinleitung erfolgte noch durch die HL-AG. Im Rahmen einer ersten Nachsendung zur Ausschreibung, somit innerhalb der Angebotsfrist, wurde den interessierten Unternehmen jedoch am 20. Jänner 2005 mitgeteilt, dass anstelle der HL-AG nunmehr deren Rechtsnachfolgerin, die ÖBB-Infrastruktur Bau AG, als Auftraggeber fungiert. Gegen diesen Vorgang wurde von keinem der interessierten Unternehmer ein Einwand erhoben; drei Bietergemeinschaften haben fristgerecht an die ÖBB-Infrastruktur Bau AG gerichtete Angebote abgegeben. Zwischenzeitlich sind zudem die betreffenden Eintragungen ins Firmenbuch erfolgt.

Losgelöst von der Frage, ob es überhaupt einer Zustimmung von Bietern bedarf, ist somit im gegenständlichen Fall ein Auftraggeberwechsel erfolgt vergleiche BVA vom 22. Mai 2005, 16N-9/05-19, ZVB 2005, 187 mit Anmerkung Grasböck sowie Latzenhofer, "Haltet den Auftraggeber!" Probleme des Auftraggeberwechsels im Vergabeverfahren, RPA 2005, 153ff). Zum maßgeblichen Zeitpunkt der gegenständlichen Entscheidungsfindung durch den Senat kommt demnach unzweifelhaft der ÖBB-Infrastruktur Bau AG die Auftraggeberrolle zu.

Die ÖBB-Infrastruktur Bau AG wurde gemäß §§ 29 iVm 41 Bundesbahngesetz, BGBl Nr. 825/1992 idF BGBl I Nr. 180/2004, mit Ablauf des 31. Dezember 2004 - nach diversen Abspaltungen - aus den ÖBB geschaffen. Der ÖBB-Infrastruktur Bau AG sind insbesondere die vormaligen Teilbetriebe Planung und Engineering (Teilbereich Projekte) und Kraftwerke der ÖBB verblieben. Überdies wurde die ÖBB-Infrastruktur Bau AG gemäß § 32 Bundesbahngesetz als übernehmende Gesellschaft mit der HL-AG verschmolzen. Die Aktien der ÖBB-Infrastruktur Bau AG sind nach § 30 leg.cit. zu 100% der ÖBB-Holding AG vorbehalten. Letztere steht wiederum zu 100% im Eigentum des Bundes, wobei die Verwaltung der Anteilsrechte dem Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie zukommt (§§ 2 Bundesbahngesetz). Entsprechend § 31 leg.cit. obliegt der ÖBB-Infrastruktur Bau AG insbesondere die Planung und der Bau (einschließlich Ersatzinvestitionen, soweit sie über die Wartung oder Instandsetzung hinausgehen) von Schieneninfrastruktur einschließlich Hochleistungsstrecken, die Planung und der Bau von damit im Zusammenhang stehenden Projekten und Projektteilen, sofern für letztere die Kostentragung durch Dritte sichergestellt ist, und die Zurverfügungstellung von Schieneninfrastruktur. Gemäß § 35 Abs 1 Bundesbahngesetz hat die ÖBB-Infrastruktur Bau AG der ÖBB-Infrastruktur Betrieb AG ihre Schieneninfrastruktur samt den Anlagen und Einrichtungen für das Bereitstellen sonstiger Leistungen als Eisenbahninfrastrukturunternehmen mittels Nutzungsvertrag zur Verfügung zu stellen. Die ÖBB-Infrastruktur Bau AG tritt somit - hinausgehend über eine "bloße" Planungs- und Errichtungsgesellschaft - zweifellos als Bereitstellerin von Schieneninfrastruktur auf (siehe bereits BVA vom 22. Mai 2005, 16N-9/05-19, ZVB 2005, 187 mit Anm. Grasböck). Die ÖBB-Infrastruktur Bau AG wurde gemäß Paragraphen 29, in Verbindung mit 41 Bundesbahngesetz, Bundesgesetzblatt Nr. 825 aus 1992, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 180 aus 2004,, mit Ablauf des 31. Dezember 2004 - nach diversen Abspaltungen - aus den ÖBB geschaffen. Der ÖBB-Infrastruktur Bau AG sind insbesondere die vormaligen Teilbetriebe Planung und Engineering (Teilbereich Projekte) und Kraftwerke der ÖBB verblieben. Überdies wurde die ÖBB-Infrastruktur Bau AG gemäß Paragraph 32, Bundesbahngesetz als übernehmende Gesellschaft mit der HL-AG verschmolzen. Die Aktien der ÖBB-Infrastruktur Bau AG sind nach Paragraph 30, leg.cit. zu 100% der ÖBB-Holding AG vorbehalten. Letztere steht wiederum zu 100% im Eigentum des Bundes, wobei die Verwaltung der Anteilsrechte dem Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie zukommt (Paragraphen 2, Bundesbahngesetz). Entsprechend Paragraph 31, leg.cit. obliegt der ÖBB-Infrastruktur Bau AG insbesondere die Planung und der Bau (einschließlich Ersatzinvestitionen, soweit sie über die Wartung oder Instandsetzung hinausgehen) von Schieneninfrastruktur einschließlich Hochleistungsstrecken, die Planung und der Bau von damit im Zusammenhang stehenden Projekten und Projektteilen, sofern für letztere die Kostentragung durch Dritte sichergestellt ist, und die Zurverfügungstellung von Schieneninfrastruktur. Gemäß Paragraph 35, Absatz eins, Bundesbahngesetz hat die ÖBB-Infrastruktur Bau AG der ÖBB-Infrastruktur Betrieb AG ihre Schieneninfrastruktur samt den Anlagen und Einrichtungen für das Bereitstellen sonstiger Leistungen als Eisenbahninfrastrukturunternehmen mittels Nutzungsvertrag zur Verfügung zu stellen. Die ÖBB-Infrastruktur Bau AG tritt somit - hinausgehend über eine "bloße" Planungs- und Errichtungsgesellschaft - zweifellos als Bereitstellerin von Schieneninfrastruktur auf (siehe bereits BVA vom 22. Mai 2005, 16N-9/05-19, ZVB 2005, 187 mit Anmerkung Grasböck).

Zusammenfassend handelt es sich bei der ÖBB-Infrastruktur Bau AG um eine öffentliche Einrichtung, die eine Sektorentätigkeit ausübt. Die gegenständlichen Tunnel-, Gleis- und Brückenbauarbeiten sollen in Verfolgung der Tätigkeit "Bereitstellung von Schienenverkehrsnetzen" vergeben werden. Es ist also im konkreten Fall dem eingeschränkten Sektorenregime Berücksichtigung zu schenken. Des Weiteren übersteigt bereits der geschätzte Auftragswert des gegenständlichen Vorhabens der Errichtung einer "Güterschleife" von zumindest Euro 80.262.300,05 (exkl. USt.) den - auf Grund der mit 1. März 2005 in Kraft getretenen Schwellenwerte-Verordnung 2005, BGBl II Nr 56/2005 - der Entscheidung zugrunde zu legenden Schwellenwert von Euro 5.923.000,- bei weitem. Die gegenständlichen Nachprüfungsanträge sowie der in weiterer Folge eingebrachte Teilnahmeantrag wurden demzufolge dem ua. für Bauvorhaben im Sektorenbereich "Verkehr" zuständigen Senat 16 zugewiesen. Zusammenfassend handelt es sich bei der ÖBB-Infrastruktur Bau AG um eine öffentliche Einrichtung, die eine Sektorentätigkeit ausübt. Die gegenständlichen Tunnel-, Gleis- und Brückenbauarbeiten sollen in Verfolgung der Tätigkeit "Bereitstellung von Schienenverkehrsnetzen" vergeben werden. Es ist also im konkreten Fall dem

eingeschränkten Sektorenregime Berücksichtigung zu schenken. Des Weiteren übersteigt bereits der geschätzte Auftragswert des gegenständlichen Vorhabens der Errichtung einer "Güterschleife" von zumindest Euro 80.262.300,05 (exkl. USt.) den - auf Grund der mit 1. März 2005 in Kraft getretenen Schwellenwerte-Verordnung 2005, Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr 56 aus 2005, - der Entscheidung zugrunde zu legenden Schwellenwert von Euro 5.923.000,- bei weitem. Die gegenständlichen Nachprüfungsanträge sowie der in weiterer Folge eingebrachte Teilnahmeantrag wurden demzufolge dem ua. für Bauvorhaben im Sektorenbereich "Verkehr" zuständigen Senat 16 zugewiesen.

B. Zur beantragten Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung (Spruchpkt. Iß. Zur beantragten Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung (Spruchpkt. römisch eins)

Gemäß § 163 Abs 1 BVergG kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Angesichts dieser Formulierung gelangt das Bundesvergabeamt in ständiger Rechtsprechung zu dem Schluss, dass einem Bieter, dessen Angebot auszuschneiden ist, im Hinblick auf die Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung grundsätzlich keine Antragslegitimation zukommt. Diese Sichtweise beruht auf der Überlegung, dass einem Bieter, dessen Angebot bereits vor Ermittlung des Zuschlagsempfängers außer Acht zu lassen ist, durch die allenfalls rechtswidrig erfolgte Zuschlagsentscheidung kein Schaden erwachsen kann (vgl etwa BVA vom 18. Juni 1998, F-Gemäß Paragraph 163, Absatz eins, BVergG kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Angesichts dieser Formulierung gelangt das Bundesvergabeamt in ständiger Rechtsprechung zu dem Schluss, dass einem Bieter, dessen Angebot auszuschneiden ist, im Hinblick auf die Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung grundsätzlich keine Antragslegitimation zukommt. Diese Sichtweise beruht auf der Überlegung, dass einem Bieter, dessen Angebot bereits vor Ermittlung des Zuschlagsempfängers außer Acht zu lassen ist, durch die allenfalls rechtswidrig erfolgte Zuschlagsentscheidung kein Schaden erwachsen kann vergleiche etwa BVA vom 18. Juni 1998, F-

3/98, bbl 1998/183 = wbl 1999/163; BVA vom 19. März 2001, N-

12/01, N-16/01, N-17/01, RPA 2001, 24 mit Anm Pock = wbl 12/01, N-16/01, N-17/01, RPA 2001, 24 mit Anmerkung Pock = wbl

2002/33; BVA vom 4. April 2003, 12N-27/03, RPA 2003, 143; BVA vom 14. Mai 2003, 5N-36/03-29, RdW 2003/276; BVA vom 26. August 2004, 16N-64/04-39; Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 [2005] Rz 34 zu § 163 sowie R. Madl/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht2 [2005] 492ff). Einer ähnlichen Argumentation bedient sich - teils unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes - auch der Verwaltungsgerichtshof (vgl. VwGH vom 27. September 2000, 2000/04/0050, bbl 2001/22 = wbl 2001/165 = ZfVB 2001/1739; VwGH vom 25. Juni 2003, 2001/04/0202; VwGH vom 16. Februar 2005, 2004/04/0030; VwGH vom 1. März 2005, 2003/04/0039, und zuletzt VwGH vom 18. Mai 2005, 2004/04/0094). 2002/33; BVA vom 4. April 2003, 12N-27/03, RPA 2003, 143; BVA vom 14. Mai 2003, 5N-36/03-29, RdW 2003/276; BVA vom 26. August 2004, 16N-64/04-39; Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 [2005] Rz 34 zu Paragraph 163, sowie R. Madl/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht2 [2005] 492ff). Einer ähnlichen Argumentation bedient sich - teils unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes - auch der Verwaltungsgerichtshof vergleiche VwGH vom 27. September 2000, 2000/04/0050, bbl 2001/22 = wbl 2001/165 = ZfVB 2001/1739; VwGH vom 25. Juni 2003, 2001/04/0202; VwGH vom 16. Februar 2005, 2004/04/0030; VwGH vom 1. März 2005, 2003/04/0039, und zuletzt VwGH vom 18. Mai 2005, 2004/04/0094).

Die Antragslegitimation eines Bieters ist jedoch anders zu beurteilen, wenn gerade das Ausscheiden durch den Auftraggeber bekämpft werden soll, droht doch - entsprechend dem Wortlaut des § 163 Abs 1 BVergG - gerade durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden (VwGH vom 25. Juni 2003, 2001/04/0202, ZVB 2004/5 mit Anm G. Gruber). Das bekämpfte Ausscheiden bildet sodann den Gegenstand der Sachentscheidung. Das Bundesvergabeamt hat überdies mittels verstärktem Senat festgehalten, dass bei einer Ausschreibung, die zu widerrufen ist oder hinsichtlich

derer ex-lege ein Widerruf eintritt, auch einem auszuscheidenden Bieter Antragslegitimation zukommt. Die Schadensmöglichkeit ist dabei im Verlust, sich an einem neuerlichen Vergabeverfahren zu beteiligen, zu sehen (soweit BVA vom 26. April 2004, 12N-2/04-55, RPA 2004, 324 mit Anm. Hofer = ZVB 2004, 228 mit Anm. Huber-Matauschek/Etlinger; anders - allerdings zur Feststellung einer Rechtswidrigkeit - VwGH vom 18. Mai 2005, 2004/04/0094). Die Antragslegitimation eines Bieters ist jedoch anders zu beurteilen, wenn gerade das Ausscheiden durch den Auftraggeber bekämpft werden soll, droht doch - entsprechend dem Wortlaut des Paragraph 163, Absatz eins, BVergG - gerade durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden (VwGH vom 25. Juni 2003, 2001/04/0202, ZVB 2004/5 mit Anmerkung G. Gruber). Das bekämpfte Ausscheiden bildet sodann den Gegenstand der Sachentscheidung. Das Bundesvergabeamt hat überdies mittels verstärktem Senat festgehalten, dass bei einer Ausschreibung, die zu widerrufen ist oder hinsichtlich derer ex-lege ein Widerruf eintritt, auch einem auszuscheidenden Bieter Antragslegitimation zukommt. Die Schadensmöglichkeit ist dabei im Verlust, sich an einem neuerlichen Vergabeverfahren zu beteiligen, zu sehen (soweit BVA vom 26. April 2004, 12N-2/04-55, RPA 2004, 324 mit Anmerkung Hofer = ZVB 2004, 228 mit Anmerkung Huber-Matauschek/Etlinger; anders - allerdings zur Feststellung einer Rechtswidrigkeit - VwGH vom 18. Mai 2005, 2004/04/0094).

Im gegenständlichen Fall ist nun zunächst zu prüfen, ob - entsprechend dem Vorbringen und Vorgehen des Auftraggebers - das (Haupt)Angebot der Antragstellerin tatsächlich mit einem Ausscheidensgrund behaftet ist. Sofern dies bejaht werden muss, gilt es weiters zu hinterfragen, ob bei der hier anzutreffenden Konstellation eine spezifische Betrachtung der Antragslegitimation geboten ist.

§ 98 BVergG, auf den in der Ausschreibung ausdrücklich Rückgriff genommen wird, sieht in seiner Z 8 vor, dass der Auftraggeber vor der Zuschlagsentscheidung den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote sowie nicht gleichwertige Alternativangebote, fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn die Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind, ferner Teil- und Alternativangebote, wenn diese nicht zugelassen sind, auszuscheiden hat. Von Seiten der Rechtsprechung werden dabei - im Gegensatz zu vereinzelt Stimmen im Schrifttum - auch Ausschreibungswidersprüche als grundsätzlich einer Behebung zugänglich erachtet (siehe zB VwGH vom 25. Februar 2004, 2003/04/0186, RPA 2004, 92 mit Anm. Latzenhofer = ZVB 2004, 189 mit Anm. G. Gruber sowie Fink/Schiefer in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht2 [2005] 402f mwN). Von der Unbehebbarkeit eines Mangels ist nach der Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes und der einschlägigen Literatur wiederum dann auszugehen, wenn die nachträgliche Mängelbehebung den Wert der angebotenen Leistung beeinflussen würde. Diesfalls könnte nämlich der Bieter durch eine nachträgliche Ergänzung seines Angebotes seine eigene Position in Kenntnis der Angebotspreise seiner Mitbewerber in unzulässiger Weise verbessern (vgl. ua. BVA vom 18. Juni 1998, F-3/98-12; BVA vom 3. April 1998, N-10/98-11; BVA vom 1. Oktober 1999, N-39/99- 18; BVA vom 7. April 2000, N-45/99-74, N-46/99-59 und N-5/00- 44; BVA vom 10. Jänner 2001, N-59/00-14; BVA vom 19. Februar 2002, N-139/01-21; BVA vom 20. März 2003, 12N-10/03-11; BVA vom 23. Juni 2003, 6N-41/03-15; BVA vom 30. Juni 2003, 14N- 56/03-12; BVA vom 26. August 2004, 16N-64/04-39; Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabe-gesetz 2002 [2005] Rz 150ff zu § 98; Fink/Schiefer in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht2 [2005] 404ff; sowie ursprünglich Aicher, Wettbewerbsrechtliche und wettbewerbspolitische Überlegungen zur Regierungsvorlage eines Vergabegesetzes, in Korinek/Rill, Zur Reform des Vergaberechts 111). Dies deckt sich auch mit der Sichtweise des Verwaltungsgerichtshofes (etwa VwGH vom 27. September 2000, 2000/04/0050, und VwGH vom 25. Februar 2004, 2003/04/0186). Paragraph 98, BVergG, auf den in der Ausschreibung ausdrücklich Rückgriff genommen wird, sieht in seiner Ziffer 8, vor, dass der Auftraggeber vor der Zuschlagsentscheidung den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote sowie nicht gleichwertige Alternativangebote, fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn die Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind, ferner Teil- und Alternativangebote, wenn diese nicht zugelassen sind, auszuscheiden hat. Von Seiten der Rechtsprechung werden dabei - im Gegensatz zu vereinzelt Stimmen im Schrifttum - auch Ausschreibungswidersprüche als grundsätzlich einer Behebung zugänglich erachtet (siehe zB VwGH vom 25. Februar 2004, 2003/04/0186, RPA 2004, 92 mit Anmerkung Latzenhofer = ZVB 2004, 189 mit Anmerkung G. Gruber sowie Fink/Schiefer in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht2 [2005] 402f mwN). Von der Unbehebbarkeit eines Mangels ist nach der Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes und der einschlägigen Literatur wiederum dann auszugehen, wenn die nachträgliche Mängelbehebung den Wert der angebotenen Leistung beeinflussen würde. Diesfalls könnte nämlich der Bieter durch eine nachträgliche Ergänzung seines Angebotes seine eigene Position in Kenntnis der Angebotspreise seiner Mitbewerber in unzulässiger Weise verbessern vergleiche ua. BVA vom 18. Juni 1998, F-3/98-12; BVA vom 3. April 1998, N-10/98-11; BVA vom 1. Oktober 1999, N-39/99- 18; BVA vom 7. April 2000, N-

45/99-74, N-46/99-59 und N-5/00- 44; BVA vom 10. Jänner 2001, N-59/00-14; BVA vom 19. Februar 2002, N-139/01-21; BVA vom 20. März 2003, 12N-10/03-11; BVA vom 23. Juni 2003, 6N-41/03-15; BVA vom 30. Juni 2003, 14N- 56/03-12; BVA vom 26. August 2004, 16N-64/04-39; Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 [2005] Rz 150ff zu Paragraph 98.; Fink/Schiefer in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht2 [2005] 404ff; sowie ursprünglich Aicher, Wettbewerbsrechtliche und wettbewerbspolitische Überlegungen zur Regierungsvorlage eines Vergabegesetzes, in Korinek/Rill, Zur Reform des Vergaberechts 111). Dies deckt sich auch mit der Sichtweise des Verwaltungsgerichtshofes (etwa VwGH vom 27. September 2000, 2000/04/0050, und VwGH vom 25. Februar 2004, 2003/04/0186).

Im Technischen Bericht, der dem Angebot der Antragstellerin beigegeben wurde, wird nun hinsichtlich der Lage und Vertikalität für nicht der zu nützenden Innenfläche zurechenbare Bereiche der Schlitzwände eine Toleranz von 1,5% und für Bohrpfähle eine generelle Toleranz von 2% angegeben. Damit wird sowohl von den Vorgaben der ÖNormen EN 1536 und EN 1538 (in den Fassungen vom 1. August 1999 bzw. 1. Juli 2000), auf die in den Positionstexten des Leistungsverzeichnisses mittelbar verwiesen wird, als auch von den zulässigen Maximaltoleranzen, die im Teil C der Ausschreibung ausdrücklich als leichte Abwandlungen der besagten Normen ausgewiesen werden, abgewichen. Diesem Abgehen kommt zudem - wie in der mündlichen Verhandlung zutage getreten ist - im Hinblick auf die Möglichkeit, schneller und ungenauer arbeiten zu können, auf eine allfällige Verkleinerung der (Tunnel)Querschnitte, auf allfällige Probleme mit dem Erschütterungsschutz sowie auf allfällige Massenverschiebungen inhaltliche Relevanz zu.

Auch aus "formaler" Sicht ist dieser Umstand bedeutend. Der Antragstellerin ist zwar zunächst beizupflichten, dass der Technische Bericht nicht zweifelsfrei in der unter Punkt 2 des Ausschreibungsteiles D anzutreffenden Hierarchie der Vertragsbestandteile eingeordnet werden kann. Der Wortlaut des Punktes 11.1 des Ausschreibungsteiles A legt zum einen den Schluss nahe, dass die unter dem Großbuchstaben "G" zusammengefassten Beilagen getrennt von den gebundenen Bietererklärungen Teil G zu sehen sind. Zum anderen wird in den besagten, gebunden vorgegebenen Bietererklärungen mehrmals auf den mit dem Angebot abzugebenden Technischen Bericht und dessen zwingende Inhalte verwiesen. Letztlich kann aber eine Zuordnung entsprechend Punkt 2 des Teiles D dahinstehen. Die Parteien scheinen zu verkennen, dass besagter Punkt 2 des Teiles D der Ausschreibung ausschließlich im Hinblick auf die Auslegung des abgeschlossenen Vertrags schlagend wird. Hievon ist die Auslegung der Ausschreibungsunterlagen und der im Rahmen eines Vergabeverfahrens von den Bietern und dem Auftraggeber abgegebenen Erklärungen zu trennen. Andernfalls könnte ein Ausschreibungswiderspruch entgegen eindeutiger Ausführungen in Angeboten stets "wegargumentiert" werden. Diese Sichtweise wird zudem dadurch gestützt, dass die in den rechtlichen Vertragsbestimmungen hierarchisch an erster Stelle geführte "schriftliche Vereinbarung, durch die der Vertrag zustande gekommen ist" während des Vergabeverfahrens noch nicht existiert. Dazu kommt, dass ein "Uminterpretieren" von Bietererklärungen Auswirkungen auf die jeweilige Kalkulation des Bieters nach sich zieht, die gerade im offenen Verfahren nicht zu fassen sind.

Es ist somit vom Vorliegen eines Ausschreibungswiderspruchs auszugehen. Entsprechend der oben ins Treffen geführten Formel gilt es nun zu fragen, ob durch eine nachträgliche Adaption des Technischen Berichts der Wert der angebotenen Leistung beeinflusst werden würde. Dies ist angesichts der Tatsache, dass bei einer Nachbesserung eine exaktere und somit höherwertige Leistung zu einem gleich bleibenden Preis angeboten würde, zu bejahen. Damit würde grundsätzlich auch eine materielle Verbesserung der Wettbewerbsstellung einhergehen, die nach der Rechtsprechung gerade nicht eintreten darf (VwGH vom 25. Februar 2004, 2003/04/0186). Diese wird allerdings angesichts des beträchtlichen Abstands der Angebotspreise in der konkreten Konstellation nicht schlagend. Dennoch ist vom Vorliegen eines unbehebbarer Angebotsfehlers auszugehen. Eine andere Sicht würde der Rechtsprechung des VwGH unterstellen, dass diese bei einem "preislich abgeschlagenen" Angebot stets von der Behebbarkeit von Angebotsmängeln und Ausschreibungswidersprüchen ausginge. In Ansehung dieser Überlegungen ist daher das (Haupt)Angebot der Antragstellerin tatsächlich auszuschneiden. Auf die weiteren geltend gemachten Ausscheidensgründe, denen zum Teil ein missverständliches Vorbringen zugrunde liegt (Notstromversorgung hinsichtlich der Wasserhaltung) bzw. deren Überprüfung der Beziehung eines Sachverständigen bedürfte (Unterpreis und Bauzeitplan), braucht somit nicht eingegangen zu werden.

Da das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden ist, kann dieser durch die angefochtene Zuschlagsentscheidung auch kein Schaden erwachsen, sodass ihr prinzipiell die Antragslegitimation abzusprechen ist. Allerdings verweist diese

mehrmals auf einen allenfalls gebotenen Widerruf der Ausschreibung. Angesichts des Fehlens jeglichen Hinweises auf das Vorliegen eines Widerrufsgrundes dürfte dabei im Sinne eines ex-lege Widerrufs argumentiert werden, der in Folge des Ausscheidens sämtlicher Angebote eintreten würde. Ob ein solcher zu erfolgen hat, kann im Lichte der Verfahrensgrundsätze des § 39 Abs 2 AVG zweckmäßigerweise anhand des Angebots der zweitgereihten Bietergemeinschaft K*** - L*** - M*** überprüft werden. Da das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden ist, kann dieser durch die angefochtene Zuschlagsentscheidung auch kein Schaden erwachsen, sodass ihr prinzipiell die Antragslegitimation abzusprechen ist. Allerdings verweist diese mehrmals auf einen allenfalls gebotenen Widerruf der Ausschreibung. Angesichts des Fehlens jeglichen Hinweises auf das Vorliegen eines Widerrufsgrundes dürfte dabei im Sinne eines ex-lege Widerrufs argumentiert werden, der in Folge des Ausscheidens sämtlicher Angebote eintreten würde. Ob ein solcher zu erfolgen hat, kann im Lichte der Verfahrensgrundsätze des Paragraph 39, Absatz 2, AVG zweckmäßigerweise anhand des Angebots der zweitgereihten Bietergemeinschaft K*** - L*** - M*** überprüft werden.

Die Antragstellerin begnügt sich in ihren Ausführungen zur zweitgereihten Bietergemeinschaft mit nicht näher belegten Hinweisen, das betreffende Angebot würde zum einen angesichts des Gesamtpreises einen Unterpreis aufweisen und zum anderen könnten geforderte Referenzen nicht beigebracht werden. Beide unsubstantiierten Behauptungen finden in den Verfahrensunterlagen keine Deckung. Der Gesamtpreis von Euro 94.301.916,11 (exkl. USt.) stellt sich angesichts einer in nachvollziehbarer Weise durchgeführten Kostenschätzung für die Variante B von Euro 80.262.300,05 (exkl. USt.) keineswegs als "unterpreisig" dar. Weitere Anhaltspunkte für nicht plausibel zusammengesetzte Gesamtpreise lassen sich hinsichtlich des besagten Angebots weder dem Vorbringen der Antragstellerin entnehmen, noch sind solche bei der behördlichen Durchsicht der Angebotsunterlagen zutage getreten. Des Weiteren kann auch das dem Angebot beiliegende Konvolut an Referenzbelegen als dem Grunde nach vollständig bezeichnet werden. Insbesondere finden sich Belege für einen - bei der potentiellen Zuschlagsempfängerin in Zweifel gezogenen - Ulmenstollenvortrieb innerhalb des geforderten Referenzzeitraums. Vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des VwGH, wonach die Vergabekontrolle bei einer "in keiner Weise konkretisierten lapidaren Behauptung" oder im Rahmen der Prüfung der Antragsvoraussetzungen von der Beiziehung eines Sachverständigen absehen kann (vgl. VwGH vom 21. April 2004, 2004/04/0016, und VwGH vom 1. März 2005, 2003/04/0199), ist kein Ausscheidensgrund auf Seiten der zweitgereihten Bietergemeinschaft zu ersehen. Die Antragstellerin begnügt sich in ihren Ausführungen zur zweitgereihten Bietergemeinschaft mit nicht näher belegten Hinweisen, das betreffende Angebot würde zum einen angesichts des Gesamtpreises einen Unterpreis aufweisen und zum anderen könnten geforderte Referenzen nicht beigebracht werden. Beide unsubstantiierten Behauptungen finden in den Verfahrensunterlagen keine Deckung. Der Gesamtpreis von Euro 94.301.916,11 (exkl. USt.) stellt sich angesichts einer in nachvollziehbarer Weise durchgeführten Kostenschätzung für die Variante B von Euro 80.262.300,05 (exkl. USt.) keineswegs als "unterpreisig" dar. Weitere Anhaltspunkte für nicht plausibel zusammengesetzte Gesamtpreise lassen sich hinsichtlich des besagten Angebots weder dem Vorbringen der Antragstellerin entnehmen, noch sind solche bei der behördlichen Durchsicht der Angebotsunterlagen zutage getreten. Des Weiteren kann auch das dem Angebot beiliegende Konvolut an Referenzbelegen als dem Grunde nach vollständig bezeichnet werden. Insbesondere finden sich Belege für einen - bei der potentiellen Zuschlagsempfängerin in Zweifel gezogenen - Ulmenstollenvortrieb innerhalb des geforderten Referenzzeitraums. Vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des VwGH, wonach die Vergabekontrolle bei einer "in keiner Weise konkretisierten lapidaren Behauptung" oder im Rahmen der Prüfung der Antragsvoraussetzungen von der Beiziehung eines Sachverständigen absehen kann vergleiche VwGH vom 21. April 2004, 2004/04/0016, und VwGH vom 1. März 2005, 2003/04/0199), ist kein Ausscheidensgrund auf Seiten der zweitgereihten Bietergemeinschaft zu ersehen.

Ein ex-lege Widerruf - wie von der Antragstellerin offenkundig angedacht - tritt angesichts eines nicht auszuschneidenden Angebots in der gegenwärtigen Konstellation nicht ein. Die Antragstellerin erlangt somit auch nicht über den "Umweg" eines Widerrufs ihre Antragslegitimation. Der Antrag auf Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung war demnach entsprechend Spruchpunkt I zurückweisen. Ein Eingehen auf das Vorbringen hinsichtlich eines allenfalls gebotenen Ausscheidens des Angebots der potentiellen Zuschlagsempfängerin, deren Antrag auf Teilnahme am Nachprüfungsverfahren im Übrigen faktisch entsprochen wurde, erübrigt sich. Weiters war über die diesbezüglichen Anträge der Teilnahmeantragstellerin nicht gesondert abzusprechen. Ein ex-lege Widerruf - wie von der Antragstellerin offenkundig angedacht - tritt angesichts eines nicht auszuschneidenden Angebots in der gegenwärtigen Konstellation nicht ein. Die Antragstellerin erlangt somit auch nicht über den "Umweg" eines Widerrufs

ihre Antragslegitimation. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung war demnach entsprechend Spruchpunkt römisch eins zurückweisen. Ein Eingehen auf das Vorbringen hinsichtlich eines allenfalls gebotenen Ausscheidens des Angebots der potentiellen Zuschlagsempfängerin, deren Antrag auf Teilnahme am Nachprüfungsverfahren im Übrigen faktisch entsprochen wurde, erübrigt sich. Weiters war über die diesbezüglichen Anträge der Teilnahmeantragstellerin nicht gesondert abzusprechen.

C. Zur beantragten Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung (Spruchpkt. II)C. Zur beantragten Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung (Spruchpkt. römisch zwei)

Gemäß § 163 Abs 1 BVergG kann ein Unternehmer die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen. Das Bundesvergabeamt hat nach § 174 Abs 1 BVergG eine Auftraggeberentscheidung für nichtig zu erklären, wenn diese im Widerspruch zu Bestimmungen des BVergG oder der hierzu erlassenen Verordnungen steht und für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist. Im Katalog der gesondert anfechtbaren Entscheidungen des § 20 Z 13 lit. a BVergG werden im Hinblick auf die Durchführung eines offenen Verfahrens unter der sublit. aa die Ausschreibung, sonstige Festlegungen während der Angebotsfrist und die Zuschlagsentscheidung angeführt. § 166 Abs 2 Z 1 BVergG hält ergänzend fest, dass ein Nachprüfungsantrag ua. dann unzulässig ist, wenn er sich gegen eine nicht gesondert anfechtbare Entscheidung richtet. § 99 Abs 1 BVergG, der gemäß § 131 Abs 4 leg.cit. auch bei Ausübung einer Sektorentätigkeit berücksichtigt werden muss, ist weiters zu entnehmen, dass von den Angeboten, die nach dem Ausscheiden übrig bleiben, der Zuschlag gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot oder dem Angebot mit dem niedrigsten Preis zu erteilen ist. Gemäß Paragraph 163, Absatz eins, BVergG kann ein Unternehmer die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen. Das Bundesvergabeamt hat nach Paragraph 174, Absatz eins, BVergG eine Auftraggeberentscheidung für nichtig zu erklären, wenn diese im Widerspruch zu Bestimmungen des BVergG oder der hierzu erlassenen Verordnungen steht und für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist. Im Katalog der gesondert anfechtbaren Entscheidungen des Paragraph 20, Ziffer 13, Litera a, BVergG werden im Hinblick auf die Durchführung eines offenen Verfahrens unter der Sub-Litera, a, a, die Ausschreibung, sonstige Festlegungen während der Angebotsfrist und die Zuschlagsentscheidung angeführt. Paragraph 166, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG hält ergänzend fest, dass ein Nachprüfungsantrag ua. dann unzulässig ist, wenn er sich gegen eine nicht gesondert anfechtbare Entscheidung richtet. Paragraph 99, Absatz eins, BVergG, der gemäß Paragraph 131, Absatz 4, leg.cit. auch bei Ausübung einer Sektorentätigkeit berücksichtigt werden muss, ist weiters zu entnehmen, dass von den Angeboten, die nach dem Ausscheiden übrig bleiben, der Zuschlag gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot oder dem Angebot mit dem niedrigsten Preis zu erteilen ist.

Aus der Zusammenschau der angeführten Bestimmungen ergibt sich zum einen, dass es sich beim Ausscheiden eines Angebots um keine gesondert anfechtbare Entscheidung handelt und diese somit nur mit der nächstfolgenden gesondert anfechtbaren Entscheidung bekämpft werden kann. Zum anderen hat der Auftraggeber bereits vor der Auswahl des Zuschlagsempfängers und demzufolge vor der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung über das Ausscheiden zu befinden. Im gegenständlichen Fall wurden die Bieter mit Telefax vom 6. Juli 2005 von der beabsichtigten Zuschlagserteilung an die Bietergemeinschaft E*** - F*** - G*** in Kenntnis gesetzt. Mit Schreiben vom 19. Juli 2005 beantragte die Antragstellerin die Nichtigerklärung dieser Zuschlagsentscheidung. Mit Schreiben vom 29. Juli 2005 teilte ihr der Auftraggeber mit, dass ihr (Haupt)Angebot nunmehr als der Ausschreibung widersprechend ausgeschieden wurde. Auf dieses Vorgehen reagierte die Antragstellerin am 12. August 2005 mit der ergänzenden Beantragung der Nichtigerklärung dieser Ausscheidensentscheidung.

Die Entscheidung, das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden, ist somit nach der Zuschlagsentscheidung getroffen worden. Dies zieht nach der Systematik des BVergG die Konsequenz nach sich, dass das Ausscheiden mangels nachfolgender gesondert anfechtbarer Entscheidung nicht bekämpft werden kann. Allerdings hat der VwGH unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des EuGH bereits ausgeführt, dass bei Fehlen einer nachfolgenden gesondert anfechtbaren Entscheidung auch das Ausscheiden als gesondert anfechtbar anzusehen ist. § 20 Z 13 BVergG ist insofern außer Acht zu lassen. Dadurch wird das gemeinschafts-rechtswidrige Ergebnis vermieden, über eine Ausscheidensentscheidung nicht meritorisch entscheiden zu können (vgl. VwGH vom 28. Jänner 2004, 2003/04/0134, RPA 2004, 90 mit Anm. Latzenhofer = ZVB 2004/55 mit Anm. G. Gruber und EuGH vom 27. Februar 2003, Rs C-327/00,

"Santex"). Diese Erwägungen treffen auch auf die gegenständliche Konstellation zu, sodass von der grundsätzlichen Zulässigkeit des Antrags auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 29. Juli 2005 auszugehen ist. Zur Antragslegitimation ist anzumerken, dass entsprechend der bereits ins Treffen geführten Rechtsprechung gerade das Ausscheiden den Gegenstand der Sachentscheidung bildet und somit nicht als Vorfrage abzuklären ist (siehe VwGH vom 25. Juni 2003, 2001/04/0202, ZVB 2004/5 mit Anm G. Gruber). Überdies wurde der in Anlehnung an § 169 Abs 1 Z 1 BVergG hilfsweise heranzuziehenden Antragsfrist von 14 Tagen entsprochen. Die Entscheidung, das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden, ist somit nach der Zuschlagsentscheidung getroffen worden. Dies zieht nach der Systematik des BVergG die Konsequenz nach sich, dass das Ausscheiden mangels nachfolgender gesondert anfechtbarer Entscheidung nicht bekämpft werden kann. Allerdings hat der VwGH unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des EuGH bereits ausgeführt, dass bei Fehlen einer nachfolgenden gesondert anfechtbaren Entscheidung auch das Ausscheiden als gesondert anfechtbar anzusehen ist. Paragraph 20, Ziffer 13, BVergG ist insofern außer Acht zu lassen. Dadurch wird das gemeinschafts-rechtswidrige Ergebnis vermieden, über eine Ausscheidensentscheidung nicht meritorisch entscheiden zu können vergleiche VwGH vom 28. Jänner 2004, 2003/04/0134, RPA 2004, 90 mit Anmerkung Latzenhofer = ZVB 2004/55 mit Anmerkung G. Gruber und EuGH vom 27. Februar 2003, Rs C-327/00, "Santex"). Diese Erwägungen treffen auch auf die gegenständliche Konstellation zu, sodass von der grundsätzlichen Zulässigkeit des Antrags auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 29. Juli 2005 auszugehen ist. Zur Antragslegitimation ist anzumerken, dass entsprechend der bereits ins Treffen geführten Rechtsprechung gerade das Ausscheiden den Gegenstand der Sachentscheidung bildet und somit nicht als Vorfrage abzuklären ist (siehe VwGH vom 25. Juni 2003, 2001/04/0202, ZVB 2004/5 mit Anmerkung G. Gruber). Überdies wurde der in Anlehnung an Paragraph 169, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG hilfsweise heranzuziehenden Antragsfrist von 14 Tagen entsprochen.

Mit dem nachträglichen Ausscheiden des Angebots der Antragstellerin hat der Auftraggeber zweifellos gegen die Vorgaben des § 99 Abs 1 BVergG verstoßen. Es ist folglich zu klären, ob diesem Vorgehen Wesentlichkeit für den Ausgang des Verfahrens zukommt. Dadurch soll sichergestellt werden, dass nur jene Rechtsverstöße, die ein anderes Ergebnis des Vergabeverfahrens bewirken können, zu einer Nichtigerklärung führen (soweit zB Reisner in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 [2005] Rz 12 zu § 174 mwN). Im gegenständlichen Fall ist - wie zu Spruchpunkt I ausgeführt - das Angebot der Antragstellerin aus inhaltlicher Sicht zu Recht ausgeschieden worden. Das formal fehlerhafte Vorgehen des Auftraggebers ist daher nicht geeignet, eine andere Zuschlagsentscheidung und in weiterer Folge einen anderen Ausgang des Vergabeverfahrens herbeizuführen. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 29. Juli 2005 war somit entsprechend Spruchpunkt II abzuweisen. Mit dem nachträglichen Ausscheiden des Angebots der Antragstellerin hat der Auftraggeber zweifellos gegen die Vorgaben des Paragraph 99, Absatz eins, BVergG verstoßen. Es ist folglich zu klären, ob diesem Vorgehen Wesentlichkeit für den Ausgang des Verfahrens zukommt. Dadurch soll sichergestellt werden, dass nur jene Rechtsverstöße, die ein anderes Ergebnis des Vergabeverfahrens bewirken können, zu einer Nichtigerklärung führen (soweit zB Reisner in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 [2005] Rz 12 zu Paragraph 174, mwN). Im gegenständlichen Fall ist - wie zu Spruchpunkt römisch eins ausgeführt - das Angebot der Antragstellerin aus inhaltlicher Sicht zu Recht ausgeschieden worden. Das formal fehlerhafte Vorgehen des Auftraggebers ist daher nicht geeignet, eine andere Zuschlagsentscheidung und in weiterer Folge einen anderen Ausgang des Vergabeverfahrens herbeizuführen. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 29. Juli 2005 war somit entsprechend Spruchpunkt römisch zwei abzuweisen.

D. Zu den Anträgen auf Kostenersatz (Spruchpkt. III und IV) § 74 Abs 1 AVG normiert, dass jeder Beteiligter die im Verwaltungsverfahren erwachsenden Kosten selbst zu bestreiten hat. Abs 2 leg.cit. ist zu entnehmen, dass einem Beteiligten nur dann ein Kostenersatzanspruch gegen einen anderen Beteiligten zusteht, wenn die betreffenden Verwaltungsvorschriften Derartiges vorsehen. Gemäß § 177 Abs 1 BVergG sind ua. für Anträge auf Nichtigerklärung von Auftraggeberentscheidungen Pauschalgebühren zu entrichten. Deren Höhe richtet sich nach Anhang X des BVergG bzw. nach der VO der Bundesregierung betreffend die Gebühren für die Inanspruchnahme des Bundesvergabeamtes, BGBl II Nr. 324/2002. Abs 5 leg.cit. hält fest, dass der vor dem Bundesvergabeamt auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner entrichteten Pauschalgebühren durch den Antragsgegner hat. D. Zu den Anträgen auf Kostenersatz (Spruchpkt. römisch drei und römisch vier) Paragraph 74, Absatz eins, AVG normiert, dass jeder Beteiligter die im Verwaltungsverfahren erwachsenden Kosten selbst zu bestreiten hat. Absatz 2, leg.cit. ist zu entnehmen, dass einem Beteiligten nur dann ein Kostenersatzanspruch gegen einen anderen Beteiligten zusteht,

wenn die betreffenden Verwaltungsvorschriften Derartiges vorsehen. Gemäß Paragraph 177, Absatz eins, BVergG sind ua. für Anträge auf Nichtigerklärung von Auftraggeberentscheidungen Pauschalgebühren zu entrichten. Deren Höhe richtet sich nach Anhang römisch zehn des BVergG bzw. nach der VO der Bundesregierung betreffend die Gebühren für die Inanspruchnahme des Bundesvergabeamtes, Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 324 aus 2002, Absatz 5, leg.cit. hält fest, dass der vor dem Bundesvergabeamt auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner entrichteten Pauschalgebühren durch den Antragsgegner hat.

In den Materialien zum BVergG wird ausgeführt, dass es sich beim in § 177 Abs 5 BVergG vorgesehenen Gebührenersatz um einen zivilrechtlichen Ersatzanspruch handelt und dieser bei den ordentlichen Gerichten mittels Mahnklage geltend zu machen ist. Der VwGH vertritt hiezu die Ansicht, dass diese Aussage im Gesetz keinen Niederschlag gefunden hat und somit unbeachtlich ist (siehe VwGH vom 6. April 2005, 2004/04/0091 und 2004/04/0092, unter ausdrücklicher Bezugnahme auf Thienel/Bratschovsky, Gebührenersatz nach § 177 Abs 5 BVergG - wirklich bei Gericht einzuklagen?, ZVB 2004/33). In Entsprechung zu dieser Judikatur ging das Bundesvergabeamt in einem verstärktem Senat von seiner bisherigen Sichtweise ab und erklärte sich für zuständig, über einen Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühr abzusprechen (siehe BVA vom 13. Mai 2005, 4N-17/05-49; dem ua. folgend BVA vom 17. Mai 2005, 4N-17/05- 50; BVA vom 23. Mai 2005, 6N-41/05-7; BVA vom 3. Juni 2005, 17N-50/05-15; BVA vom 9. Juni 2005, 17N-54/05-15; BVA vom 13. Juni 2005, 17N-57/05-11; BVA vom 24. Juni 2005, 13N-48/05-18, sowie BVA vom 1. Juli 2005, 16N-36/05-36). Das Bundesvergabeamt hat daher über den Antrag der Antragstellerin vom 19. Juli 2005, dem Auftraggeber den Ersatz der für das Nachprüfungsverfahren entrichteten Pauschalgebühr in der Höhe von Euro 5.000,- aufzuerlegen, sowie den Antrag der Teilnahmeantragstellerin vom 25. Juli 2005 auf Zuspruch der von ihr entrichteten Gebühr zu entscheiden. Da sich die Zuständigkeit für den Kostenersatzanspruch nach der für die Hauptsache zuständigen Behörde richtet, hat im Oberschwellenbereich über die im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens gemäß § 163 Abs 1 BVergG angefallenen Kosten der jeweilige Senat zu befinden. In den Materialien zum BVergG wird ausgeführt, dass es sich beim in Paragraph 177, Absatz 5, BVergG vorgesehenen Gebührenersatz um einen zivilrechtlichen Ersatzanspruch handelt und dieser bei den ordentlichen Gerichten mittels Mahnklage geltend zu machen ist. Der VwGH vertritt hiezu die Ansicht, dass diese Aussage im Gesetz keinen Niederschlag gefunden hat und somit unbeachtlich ist (siehe VwGH vom 6. April 2005, 2004/04/0091 und 2004/04/0092, unter ausdrücklicher Bezugnahme auf Thienel/Bratschovsky, Gebührenersatz nach Paragraph 177, Absatz 5, BVergG - wirklich bei Gericht einzuklagen?, ZVB 2004/33). In Entsprechung zu dieser Judikatur ging das Bundesvergabeamt in einem verstärktem Senat von seiner bisherigen Sichtweise ab und erklärte sich für zuständig, über einen Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühr abzusprechen (siehe BVA vom 13. Mai 2005, 4N-17/05-49; dem ua. folgend BVA vom 17. Mai 2005, 4N-17/05- 50; BVA vom 23. Mai 2005, 6N-41/05-7; BVA vom 3. Juni 2005, 17N-50/05-15; BVA vom 9. Juni 2005, 17N-54/05-15; BVA vom 13. Juni 2005, 17N-57/05-11; BVA vom 24. Juni 2005, 13N-48/05-18, sowie BVA vom 1. Juli 2005, 16N-36/05-36). Das Bundesvergabeamt hat daher über den Antrag der Antragstellerin vom 19. Juli 2005, dem Auftraggeber den Ersatz der für das Nachprüfungsverfahren entrichteten Pauschalgebühr in der Höhe von Euro 5.000,- aufzuerlegen, sowie den Antrag der Teilnahmeantragstellerin vom 25. Juli 2005 auf Zuspruch der von ihr entrichteten Gebühr zu entscheiden. Da sich die Zuständigkeit für den Kostenersatzanspruch nach der für die Hauptsache zuständigen Behörde richtet, hat im Oberschwellenbereich über die im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens gemäß Paragraph 163, Absatz eins, BVergG angefallenen Kosten der jeweilige Senat zu befinden.

Mangels Antragslegitimation bzw. wegen der Verwirklichung eines Ausscheidenstatbestands vermochte die Antragstellerin nicht darzulegen, dass sie in einem der von ihr geltend gemachten Rechte verletzt wurde. Es kann daher im auf die Nichtigerklärung von Auftraggeberentscheidungen abzielenden Verfahren nicht von einem teilweisen Obsiegen gemäß § 177 Abs 5 BVergG ausgegangen werden, sodass entsprechend Spruchpunkt III abweislich zu entscheiden war. Demgegenüber obsiegte die Teilnahmeantragstellerin durch die Zurückweisung des Antrags auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung. Die Rolle der Antragsgegnerin gemäß § 177 Abs 5 BVergG fällt dabei der (Haupt)Antragstellerin zu (siehe etwa BVA vom 15. Juli 2005, 17N-56/05-33 sowie ebenfalls vom 15. Juli 2005, 17N-57/05-29), sodass dieser im Spruchpunkt IV der Ersatz der entrichteten Pauschalgebühr in der Höhe von Euro 2.500,- aufzuerlegen war. Mangels Antragslegitimation bzw. wegen der Verwirklichung eines Ausscheidenstatbestands vermochte die Antragstellerin nicht darzulegen, dass sie in einem der von ihr geltend gemachten Rechte verletzt wurde. Es kann daher im auf die Nichtigerklärung von Auftraggeberentscheidungen abzielenden Verfahren nicht von einem teilweisen Obsiegen gemäß Paragraph 177, Absatz 5, BVergG ausgegangen werden, sodass entsprechend Spruchpunkt römisch drei abweislich zu entscheiden war. Demgegenüber obsiegte die Teilnahmeantragstellerin durch

die Zurückweisung des Antrags auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung. Die Rolle der Antragsgegnerin gemäß Paragraph 177, Abs 5 BVergG fällt dabei der (Haupt)Antragstellerin zu (siehe etwa BVA vom 15. Juli 2005, 17N-56/05-33 sowie ebenfalls vom 15. Juli 2005, 17N-57/05-29), sodass dieser im Spruchpunkt römisch vier der Ersatz der entrichteten Pauschalgebühr in der Höhe von Euro 2.500,- aufzuerlegen war.

Schlagworte

Sektorentätigkeit, Antragslegitimation, Ausscheiden, Kostenersatz;

Dokumentnummer

VERGT_20050826_16N_74_05_41_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