

TE Verg Bescheid 2005/3/22 16N-9/05-19

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 22.03.2005

Norm

BVergG 2002 §7 Abs1
BVergG 2002 §20 Z13
BVergG 2002 §20 Z42
BvergG 2002 §21
BVergG 2002 §97 Abs1
BvergG 2002 §98 Z1
BvergG 2002 §100
BVergG 2002 §120 Abs2
BVergG 2002 §163 Abs1
BVergG 2002 §166 Abs1
BVergG 2002 §166 Abs2
BVergG 2002 §169
BvergG 2002 §177 Abs1
BVergG 2002 §177 Abs5
AVG §10
AVG §37
AVG §39 Abs2
AVG §45 Abs2
AVG §74
EGVG ArtII Abs2 Z40a
VwGG §59
ABGB §863
ABGB §914
ABGB §915
ABGB §1393
HGB §362
BMG §2
BundesbahnG §2
BundesbahnG §29
BundesbahnG §30
BundesbahnG §31

BundesbahnG §32

BundesbahnG §35 Abs1

BundesbahnG §41

HochleistungsstreckenG §7 Abs1

HochleistungsstreckenG §14 Abs1

1. AVG § 10 heute
2. AVG § 10 gültig ab 01.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 58/2018
3. AVG § 10 gültig von 01.01.2012 bis 31.07.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2011
4. AVG § 10 gültig von 01.01.2010 bis 31.12.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 135/2009
5. AVG § 10 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 5/2008
6. AVG § 10 gültig von 01.01.1999 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 158/1998
7. AVG § 10 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.1998

1. AVG § 37 heute
2. AVG § 37 gültig ab 01.01.1999 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 158/1998
3. AVG § 37 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.1998

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 § 45 heute
2. AVG § 45 gültig ab 01.02.1991

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. VwGG § 59 heute
2. VwGG § 59 gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
3. VwGG § 59 gültig von 01.03.2013 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
4. VwGG § 59 gültig von 01.07.2008 bis 28.02.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 4/2008
5. VwGG § 59 gültig von 05.01.1985 bis 30.06.2008

1. ABGB § 863 heute
2. ABGB § 863 gültig ab 01.01.1917 zuletzt geändert durch RGrBl. Nr. 69/1916

1. ABGB § 914 heute
2. ABGB § 914 gültig ab 01.01.1917 zuletzt geändert durch RGrBl. Nr. 69/1916

1. ABGB § 915 heute
2. ABGB § 915 gültig ab 01.01.1812

1. ABGB § 1393 heute
2. ABGB § 1393 gültig ab 01.01.1812

1. BMG § 2 heute
2. BMG § 2 gültig ab 01.04.2025 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2025
3. BMG § 2 gültig von 29.01.2020 bis 31.03.2025 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2020
4. BMG § 2 gültig von 21.02.1986 bis 28.01.2020

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat am 22. März 2005 durch den Vorsitzenden des Senats 16, Dr. Christian Fink, sowie Dr. Ernst Reitermaier als Vertreter der Auftraggeberseite und Dr. Ulrich E. Zellenberg als Vertreter der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 162 Abs 2 Z 2 BVergG 2002 (BVergG), BGBl. I Nr. 99/2002 idF BGBl. II Nr. 56/2005,

betreffend das Vergabeverfahren "Koralmbahn Graz-Klagenfurt/Deutschlandsberg-St. Andrä, weiterführende Erkundung Koralm-bahn, Erkundungstunnel Leibenfeld, Baulos 1257" des Auftraggebers ÖBB-Infrastruktur Bau AG, Vivenotgasse 10, 1120 Wien, vertreten durch X***, über die Anträge der A***, vertreten durch Y***, vom 24. Februar 2005 bzw. 15. März 2005 wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat am 22. März 2005 durch den Vorsitzenden des Senats 16, Dr. Christian Fink, sowie Dr. Ernst Reitermaier als Vertreter der Auftraggeberseite und Dr. Ulrich E. Zellenberg als Vertreter der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 162, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2002 (BVergG), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 99 aus 2002, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 56 aus 2005,, betreffend das Vergabeverfahren "Koralmbahn Graz-Klagenfurt/Deutschlandsberg-St. Andrä, weiterführende Erkundung Koralm-bahn, Erkundungstunnel Leibenfeld, Baulos 1257" des Auftraggebers ÖBB-Infrastruktur Bau AG, Vivenotgasse 10, 1120 Wien, vertreten durch X***, über die Anträge der A***, vertreten durch Y***, vom 24. Februar 2005 bzw. 15. März 2005 wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Die Anträge vom 24. Februar 2005 auf Nichtigerklärung der Entscheidung, das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden, sowie der Zuschlagsentscheidung werden abgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 162 Abs 2 Z 2, 120 Abs 1, 21 Abs 1 sowie 98 Z 1 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraphen 162, Absatz 2, Ziffer 2, 120, Absatz eins, 21, Absatz eins, sowie 98 Ziffer eins, BVergG

II.römisch zwei.

Der Antrag vom 24. Februar 2005, den Auftraggeber zur Zahlung der Pauschalgebühr in Höhe von Euro 10.000,- binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu Handen des Vertreters der Antragstellerin zu verpflichten, wird zurückgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 177 Abs 5 BVergG, § 74 AVGR
Rechtsgrundlage: Paragraph 177, Absatz 5, BVergG, Paragraph 74, AVG

III.römisch drei.

Der Antrag vom 15. März 2005, das Schreiben von B*** vom 2. März 2005 mangels Vorliegens eines korrekten Vollmachtsverhältnisses der Entscheidung des Bundesvergabeamtes nicht zugrunde zu legen, wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 37, 39 Abs 2 und 45 Abs 2 AVGR
Rechtsgrundlage: Paragraphen 37, 39, Absatz 2 und 45 Absatz 2, AVG

Begründung

Mit Schreiben vom 24. Februar 2005, eingelangt beim Bundesvergabeamt am 25. Februar 2005, stellte die Antragstellerin das dem Spruch zu entnehmende Begehren. Zugleich beantragte sie die Durchführung einer mündlichen Verhandlung. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen wie folgt aus:

Der gegenständliche Auftrag umfasse Bauleistungen für den Erkundungstunnel Leibenfeld, der wiederum eine Vorarbeit für den geplanten Ausbau der Koralmstrecke Graz-Klagenfurt darstelle. Der geschätzte Auftragswert übersteige Euro 5 Millionen bei weitem. Die Angebotsfrist sei am 1. Dezember 2004 abgelaufen. Man habe fristgerecht ein Angebot mit einer Bruttoauftragssumme von Euro 14.328.236,22 eingereicht. Bei der Angebotsöffnung sei zutage getreten, dass der Antragstellerin die Rolle der Bestbieterin zukomme.

In der Folge seien zwei Aufklärungsgespräche mit der Auftraggeberseite geführt worden, um bestehende Unklarheiten auszuräumen. Dem ersten Aufklärungsgespräch am 10. Dezember 2004 mit der Eisenbahn-Hochleistungsstrecken-Aktiengesellschaft (HL-AG) sei die Übermittlung von diversen Unterlagen voran gegangen. Die Anfragen der Vertreter der HL-AG seien umgehend beantwortet worden, in einigen Fällen habe eine schriftliche Auskunftserteilung binnen der eingeräumten Frist am 17. Dezember 2004 stattgefunden. Mit Schreiben vom 11. Jänner 2005 seien weitere Präzisierungen von der Auftraggeberseite begehrt worden. Diesem Auskunftsbegehren habe man umgehend mittels der im Gespräch vom 14. Jänner 2005 vorgelegten Beantwortung entsprochen. Im Rahmen dieses zweiten Gesprächs seien ausschließlich (Einzel) Positionen des Angebotes der Antragstellerin besprochen und nach Ansicht der Auftraggebervertreter etwaig bestehende Unklarheiten beseitigt worden. Dennoch habe man am 11. Februar 2005 ein Telefax der ÖBB-Infrastruktur Bau AG erhalten, wonach eine Zuschlagserteilung an die C*** beabsichtigt werde. Des Weiteren sei der Antragstellerin mitgeteilt worden, dass ihr Angebot gemäß § 98 Z 1 und 3 BVergG ausgeschieden

werden müsse. In einem Auskunftsschreiben vom 21. Februar 2005 habe die ÖBB-Infrastruktur Bau AG ausgeführt, dass von Seiten der Antragstellerin die im Hinblick auf die technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit geforderten Nachweise nicht erbracht worden seien. In der Folge seien zwei Aufklärungsgespräche mit der Auftraggeberseite geführt worden, um bestehende Unklarheiten auszuräumen. Dem ersten Aufklärungsgespräch am 10. Dezember 2004 mit der Eisenbahn-Hochleistungsstrecken-Aktiengesellschaft (HL-AG) sei die Übermittlung von diversen Unterlagen voran gegangen. Die Anfragen der Vertreter der HL-AG seien umgehend beantwortet worden, in einigen Fällen habe eine schriftliche Auskunftserteilung binnen der eingeräumten Frist am 17. Dezember 2004 stattgefunden. Mit Schreiben vom 11. Jänner 2005 seien weitere Präzisierungen von der Auftraggeberseite begehrt worden. Diesem Auskunftsbegehren habe man umgehend mittels der im Gespräch vom 14. Jänner 2005 vorgelegten Beantwortung entsprochen. Im Rahmen dieses zweiten Gespräches seien ausschließlich (Einzel) Positionen des Angebotes der Antragstellerin besprochen und nach Ansicht der Auftraggebervertreter etwaig bestehende Unklarheiten beseitigt worden. Dennoch habe man am 11. Februar 2005 ein Telefax der ÖBB-Infrastruktur Bau AG erhalten, wonach eine Zuschlagserteilung an die C*** beabsichtigt werde. Des Weiteren sei der Antragstellerin mitgeteilt worden, dass ihr Angebot gemäß Paragraph 98, Ziffer eins und 3 BVergG ausgeschieden werden müsse. In einem Auskunftsschreiben vom 21. Februar 2005 habe die ÖBB-Infrastruktur Bau AG ausgeführt, dass von Seiten der Antragstellerin die im Hinblick auf die technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit geforderten Nachweise nicht erbracht worden seien.

Durch diese Zuschlagsentscheidung erachte man sich im Recht auf richtige Anwendung der Bestimmungen über das Ausscheiden von Angeboten, insbesondere auf Nichtausschluss von ausschreibungskonformen Angeboten sowie im Recht auf Durchführung eines Vergabeverfahrens gemäß den europarechtlichen und bundesgesetzlichen Vorschriften und Grundsätzen verletzt. Der drohende Schaden liege zunächst darin, dass der Zuschlag bei Aufrechterhaltung der angefochtenen Entscheidungen nicht erhalten werde. Es gehe ein bedeutendes Referenzprojekt verloren. Durch die frustrierte Angebotserstellung sei ein Schaden von Euro 41.490,25 entstanden. Bei Nichterhalt des Zuschlages sei mit einem tatsächlichen finanziellen Schaden von Euro 429.847,08 zu rechnen. Dies ergebe sich aus einem Deckungsbeitrag von 2,5% und einem entgangenen Gewinn von 0,5% des gesamten angebotenen Preises von etwa Euro 14.328.236,22. Des Weiteren sei die Wertschöpfung von Euro 71.641,18 aus dem Projekt zu addieren. Der Schaden setze sich einerseits aus dem entgangenen Gewinn, andererseits aus dem entgangenen Deckungsbeitrag zusammen. Da der Anteil des Deckungsbeitrages am Schaden nicht zuletzt davon abhängt, inwiefern die Deckung bereits durch andere Projekte gegeben sei, sei eine Aufteilung auf diese beiden Posten derzeit nicht möglich. Erfahrungsgemäß sei jedoch davon auszugehen, dass ungefähr 1,75% des Auftragswertes, also gegenständliche Euro 250.747,13 den entgangenen Gewinn darstellen. Zu diesem Schaden seien die Gebühren für den Nachprüfungsantrag verbunden mit dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung in Höhe von insgesamt Euro 10.000,- sowie die Anwaltskosten für die Beratung und Vertretung in Höhe von weiteren Euro 10.000,- hinzu zu rechnen.

Im Rahmen des klassischen Vergaberechtes bestünde eine Rechtspflicht des Auftraggebers, mangelhafte Angebote unverzüglich aus dem Vergabeverfahren auszuschneiden. Sofern die technischen und wirtschaftlichen Voraussetzungen (vor allem im Hinblick auf die geforderten Umsatzschwellen und Bohrungstiefen) - was ausdrücklich bestritten werde - zu Recht gefordert worden wären, so wäre das Angebot der Antragstellerin umgehend auszuschneiden gewesen. Als offensichtlicher Sektorenauftraggeber habe jedoch die HL-AG bzw. ÖBB-Infrastruktur Bau AG Aufklärungsversuche geführt. Es sei daher davon auszugehen, dass die Auftraggeberseite unter Anwendung der allgemeinen Vergabegrundsätze des § 21 BVergG die Darlegung der Eignungskriterien nicht in starrer Anlehnung an die in der Ausschreibung normierten Parameter erforscht habe. Vielmehr habe man in Übereinstimmung mit dem in der Ausschreibung gewählten Wortlaut vergleichbare Arbeiten genügen lassen. In der Ausschreibung werde an keiner Stelle gefordert, dass der Nachweis über ein Schachprojekt im offenen Abteufen mit mindestens 5 Meter Durchmesser und mindestens 20 Meter Tiefe erbracht werden müsse. Man habe es bei der Forderung nach vergleichbaren Arbeiten in den letzten 5 Jahren bewenden lassen. Im Rahmen des klassischen Vergaberechtes bestünde eine Rechtspflicht des Auftraggebers, mangelhafte Angebote unverzüglich aus dem Vergabeverfahren auszuschneiden. Sofern die technischen und wirtschaftlichen Voraussetzungen (vor allem im Hinblick auf die geforderten Umsatzschwellen und Bohrungstiefen) - was ausdrücklich bestritten werde - zu Recht gefordert worden wären, so wäre das Angebot der Antragstellerin umgehend auszuschneiden gewesen. Als offensichtlicher Sektorenauftraggeber habe jedoch die HL-AG bzw. ÖBB-Infrastruktur Bau AG Aufklärungsversuche geführt. Es sei daher davon auszugehen, dass die Auftraggeberseite unter Anwendung der allgemeinen Vergabegrundsätze des Paragraph 21, BVergG die Darlegung der

Eignungskriterien nicht in starrer Anlehnung an die in der Ausschreibung normierten Parameter erforscht habe. Vielmehr habe man in Übereinstimmung mit dem in der Ausschreibung gewählten Wortlaut vergleichbare Arbeiten genügen lassen. In der Ausschreibung werde an keiner Stelle gefordert, dass der Nachweis über ein Schachprojekt im offenen Abteufen mit mindestens 5 Meter Durchmesser und mindestens 20 Meter Tiefe erbracht werden müsse. Man habe es bei der Forderung nach vergleichbaren Arbeiten in den letzten 5 Jahren bewenden lassen.

Nach ständiger Spruchpraxis der Vergabekontrollinstanzen seien Ausschreibungsunterlagen als Vertragsanbote nach den Bestimmungen zur Auslegung von Verträgen (insbesondere § 914 ABGB) zu interpretieren. Maßgebend sei jener objektive Erklärungswert der Ausschreibung, wie er der Übung des redlichen Verkehrs entspreche. Im vorliegenden Fall haben die Wortwahl sowie die Gesamtumstände zur Folge, dass sich die Auftraggeberseite gefallen lassen müsse, dass die genannten Parameter eben nicht als "Knock-Out-Kriterien" zu verstehen seien. Sie würden lediglich Anhaltspunkte für den Umfang der Eignung und das Ausmaß der geforderten Nachweise bilden. Der solcherart zu sehenden Vorgabe sei die Antragstellerin durch sinngemäße Erfüllung der Kriterien nachgekommen. Nach ständiger Spruchpraxis der Vergabekontrollinstanzen seien Ausschreibungsunterlagen als Vertragsanbote nach den Bestimmungen zur Auslegung von Verträgen (insbesondere Paragraph 914, ABGB) zu interpretieren. Maßgebend sei jener objektive Erklärungswert der Ausschreibung, wie er der Übung des redlichen Verkehrs entspreche. Im vorliegenden Fall haben die Wortwahl sowie die Gesamtumstände zur Folge, dass sich die Auftraggeberseite gefallen lassen müsse, dass die genannten Parameter eben nicht als "Knock-Out-Kriterien" zu verstehen seien. Sie würden lediglich Anhaltspunkte für den Umfang der Eignung und das Ausmaß der geforderten Nachweise bilden. Der solcherart zu sehenden Vorgabe sei die Antragstellerin durch sinngemäße Erfüllung der Kriterien nachgekommen.

Zum behaupteten Fehlen der technischen Leistungsfähigkeit sei festzuhalten, dass im Aufklärungsgespräch vom 10. Dezember 2004 dargelegt worden sei, dass sich die Schachttiefen im Rahmen der Referenzprojekte zwischen 18,64 Meter und 19,54 Meter bewegen. In diesen Bereichen werde die gleiche Technik eingesetzt, wie dies bei Schachttiefen von 20 Metern der Fall sei. Es könne daher auf kein technisches Unvermögen der Antragstellerin geschlossen werden. Man habe sogar bereits Abteufungen in Tiefen bis zu 80 Meter durchgeführt. Der Grund für das geringfügige Unterschreiten der durchschnittlichen Umsatzschwelle von Euro 30 Millionen sei den Vertretern der Auftraggeberseite ebenfalls im Gespräch vom 10. Dezember 2004 dargelegt worden. Hierbei handle es sich nicht um ein Unvermögen der Antragstellerin, es sei vielmehr der Tatsache Rechnung zu tragen, dass die insbesondere in Deutschland schlechte Wirtschaftslage gerade in den letzten Jahren zu einem massiven Rückgang vergleichbarer Projekte geführt habe. Rückschlüsse auf eine wirtschaftliche Unfähigkeit der Antragstellerin könnten hieraus jedoch nicht getroffen werden.

Im Übrigen sei eine Rechtswidrigkeit des Vergabeverfahrens insgesamt gegeben. Im gegenständlichen Fall trete die ÖBB-Infrastruktur Bau AG als Rechtsnachfolgerin der HL-AG auf. Dieses Vorgehen finde jedoch keine Entsprechung im Firmenbuch. In § 32 Bundesbahngesetz werde zwar ausgeführt, dass die HL-AG mit 31. Dezember 2004 mit der ÖBB-Infrastruktur Bau AG als übernehmende Gesellschaft verschmolzen werde, zugleich werde festgeschrieben, dass spätestens am 30. September 2005 die Verschmelzung zur Eintragung in das Firmenbuch anzumelden sei. Allerdings gelange für den gegenständlichen Vorgang die Legalfiktion des § 41 Bundesbahngesetz nicht zur Geltung. Dies bewirke, dass mangels Firmenbucheintragung eine Gesamtrechtsnachfolge der ÖBB-Infrastruktur Bau AG gegenüber der HL-AG zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht eingetreten sei. Demgemäß könne erstere auch keine Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung im gegenständlichen Verfahren treffen. Die bekämpfte Zuschlagsentscheidung sei daher schon aus diesem Grund für nichtig zu erklären und in weiterer Folge werde das Vergabeverfahren allenfalls zu widerrufen sein. Im Übrigen sei eine Rechtswidrigkeit des Vergabeverfahrens insgesamt gegeben. Im gegenständlichen Fall trete die ÖBB-Infrastruktur Bau AG als Rechtsnachfolgerin der HL-AG auf. Dieses Vorgehen finde jedoch keine Entsprechung im Firmenbuch. In Paragraph 32, Bundesbahngesetz werde zwar ausgeführt, dass die HL-AG mit 31. Dezember 2004 mit der ÖBB-Infrastruktur Bau AG als übernehmende Gesellschaft verschmolzen werde, zugleich werde festgeschrieben, dass spätestens am 30. September 2005 die Verschmelzung zur Eintragung in das Firmenbuch anzumelden sei. Allerdings gelange für den gegenständlichen Vorgang die Legalfiktion des Paragraph 41, Bundesbahngesetz nicht zur Geltung. Dies bewirke, dass mangels Firmenbucheintragung eine Gesamtrechtsnachfolge der ÖBB-Infrastruktur Bau AG gegenüber der HL-AG zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht eingetreten sei. Demgemäß könne erstere auch keine Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung im gegenständlichen Verfahren treffen. Die bekämpfte Zuschlagsentscheidung sei daher schon aus diesem Grund für nichtig zu erklären und in weiterer Folge werde das Vergabeverfahren allenfalls zu widerrufen sein.

Schlussendlich stelle sich mangels eines Firmenbucheintrags die Frage, ob das Schreiben der ÖBB-Infrastruktur Bau AG vom 11. Februar 2005 sowie die Auskunftserteilung vom 21. Februar 2005 überhaupt firmenmäßig unterfertigt worden seien. Beide Schreiben seien von D*** gefertigt worden. Diesem komme zwar Prokura für die HL-AG, mangels Eintrags ins Firmenbuch jedoch nicht für die ÖBB-Infrastruktur Bau AG zu. Es sei daher in Ansehung der strengen Rechtsprechung des OGH davon auszugehen, dass auch aus diesem Grund keine rechtsgültige Zuschlagsentscheidung vorliege.

In der mündlichen Verhandlung vom 10. März 2005 legte die Antragstellerin überdies auszugsweise ihren Handelsregisterauszug vor. Daraus könne ersehen werden, dass die zu den Aufklärungsgesprächen entsandten Vertreter zwar handlungsbevollmächtigt, aber nicht zur Zeichnung berechtigt gewesen wären. Demgemäß könne im Rahmen des zweiten Aufklärungsgesprächs keine Zustimmung zu einer Einzelrechtsnachfolge erklärt worden sein.

In einer Stellungnahme vom 15. März 2005 tätigte die Antragstellerin zuletzt Ausführungen zur übermittelten Bekanntgabe der ÖBB-Infrastruktur Bau AG, wonach das Übergabeprotokoll vom 15. Dezember 2004 seitens der ÖBB von E*** und F*** unterfertigt worden sei. Besagtes Schreiben sei von B*** gefertigt. Dessen Name sei weder dem Firmenbuchauszug der ÖBB zu entnehmen, noch sei eine Beendigung des Vollmachtsverhältnisses von Seiten der rechtsfreundlichen Vertretung der Auftraggeberseite bekannt gegeben worden. Es werde daher beantragt, dass das Bundesvergabeamt dieses Schreiben vom 2. März 2005, eingelangt bei der Behörde am 11. März 2005, bei seiner Entscheidung nicht berücksichtigt.

In ihrer Stellungnahme vom 2. März 2005 gab die ÖBB-Infrastruktur Bau AG (im Folgenden auch als Auftraggeber bezeichnet) zunächst bekannt, dass das Bauvorhaben B 1257 ein Los des Gesamtbauvorhabens "Koralmbahn" darstelle. Die Gesamtkosten sowohl für Bau- als auch Dienstleistungen würden sich derzeit auf Euro 2 Milliarden belaufen. Für dieses Großprojekt würden zur Zeit vier Erkundungsvorhaben durchgeführt bzw. seien diese bereits zur Vergabe gebracht worden. Dabei handle es sich um den verfahrensgegenständlichen Erkundungstunnel Leibenfeld mit einem geschätzten Auftragswert (ohne USt.) in der Höhe von Euro 19.286.086,34 (B 1257), den Erkundungstunnel Paierdorf (B 1258) mit einer Kostenschätzung von Euro 64.630.000,-, den Erkundungsschacht Paierdorf (B 1259) mit einer Auftragssumme von Euro 2.500.750,38 sowie den Erkundungstunnel Mitterpichling (B 1260), welcher um eine Auftragssumme von Euro 24.091.053,23 bereits zur Vergabe gebracht worden sei. Der verfahrensgegenständliche Auftrag sei bislang weder vergeben, noch sei das Vergabeverfahren widerrufen worden. Die Zuschlagsentscheidung sei sämtlichen Bietern am 11. Februar 2005 gleichzeitig, unverzüglich und nachweislich mittels Telefax bekannt gegeben worden.

In ihrem Schriftsatz vom 24. Februar 2005 habe die Antragstellerin den entscheidungserheblichen Sachverhalt im Wesentlichen richtig wieder gegeben. Es sei allerdings festzuhalten, dass der Antragstellerin nach Öffnung der Angebote keine Stellung als Bestbieterin zugebilligt worden sei, da ihr Angebot offensichtliche Mängel aufgewiesen habe. Der Antragstellerin sei im Rahmen von zwei Aufklärungsgesprächen am 10. Dezember 2004 sowie am 14. Jänner 2005 jeweils nach vorangegangener schriftlicher Aufforderung die Möglichkeit eingeräumt worden, die aufgetretenen Unklarheiten bzw. Mängel aufzuklären bzw. zu beheben. Im Aufklärungsgespräch vom 10. Dezember 2004 sei die Antragstellerin ausdrücklich mit der Problematik konfrontiert worden, dass auf Grund ihrer Angaben der geforderte Mindestumsatz in der Höhe von Euro 30 Millionen nicht nachgewiesen worden sei. Die Antragstellerin habe dies mit der schlechten Baukonjunktur in den letzten Jahren gerechtfertigt, sodass es ihr nicht möglich gewesen sei, größere Aufträge zu erlangen. Weiters sei am betreffenden Gesprächstermin vorgehalten worden, dass nach Überprüfung der technischen Leistungsfähigkeit die Schachttiefe der Referenzprojekte zu klären sei. In ihrer Antwort habe die Antragstellerin die Ausführung der beiden Referenzen gemäß der dem Angebot beiliegenden Pläne bestätigt. Aus diesen sei ersichtlich, dass beim Schacht Garching Notausstieg 3 die Schachttiefe 19,54 Meter und beim Tunnel Stammham die Tiefe des Rettungsschachtes 18,64 Meter betrage. Man habe daher der Antragstellerin die Eignung absprechen und eine betreffende Ausscheidensentscheidung treffen müssen. Auf Grund der offenkundig nicht vorliegenden Eignung mangle es der Antragstellerin zudem an der Möglichkeit, durch die beabsichtigte Zuschlagserteilung an die präsumtive Bestbieterin einen Schaden zu erleiden. Ihr sei daher des Weiteren die Antragslegitimation abzusprechen.

Zum gerügten Unterbleiben eines sofortigen Ausscheidens sei anzumerken, dass ein Auftraggeber nach der Rechtsprechung des EuGH und des Bundesvergabeamtes vor Ausscheiden eines Angebotes den betreffenden Bieter bei Unklarheiten bzw. Mängeln Gelegenheit zur Aufklärung bzw. Behebung zu geben habe. Diese gebotene

Vorgangsweise ergebe sich insbesondere aus dem - auch im Sektorenbereich - verbindlichen Gebot einer objektiven und diskriminierungsfreien Angebotsprüfung, wobei diese grundsätzlich in einem kontradiktorischen Verfahren zwischen Auftraggeber und Bieter durchzuführen sei. Der Auftraggeber habe daher zu Recht von einem sofortigen Ausscheiden abgesehen. Daraus könne jedoch nicht der Schluss gezogen werden, dass die Entscheidung, das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden, rechtswidrig wäre.

In weiterer Folge werde von der Antragstellerin eingestanden, dass sie die Vorgaben für die wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit lediglich sinngemäß erfülle. Die diesbezüglich angestellten Interpretationsversuche würden dem klaren Wortlaut der Ausschreibung widersprechen. Bei tatsächlich anderweitiger Sicht der Ausschreibung hätte die Antragstellerin rechtzeitig vor Ablauf der Angebotsfrist die Ausschreibung bekämpfen müssen. Nunmehr sei diese anfechtungsfest und dem gegenständlichen Vergabeverfahren zu Grunde zu legen. Ein Abweichen von den festgelegten Ausschreibungsbedingungen von Seiten des Auftraggebers würde den vergaberechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz verletzen. Erläuternd sei anzumerken, dass beim mittleren spartenspezifischen Jahresumsatz von Euro 30 Millionen eine Grenze gewählt worden sei, die gewährleiste, dass lediglich finanziell und wirtschaftlich ausreichend leistungsfähige Unternehmen für die Auftragsdurchführung in Frage kommen. Aus dem Umstand, dass von den zwölf Bietern bzw. Bietergemeinschaften zehn Bieter die geforderte finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit erbringen, könne die Ausgewogenheit des gewählten Eignungskriteriums abgeleitet werden. Zur Forderung eines Referenzprojektes im offenen Abteufen mit mindestens 20 Metern Tiefe sei festzuhalten, dass nur ausreichend technisch leistungsfähige Unternehmen eine termingerechte und fachlich ordnungsgemäße Fertigstellung der gegenständlichen Arbeiten garantieren könnten. Da die Tunnelvortriebsarbeiten erst nach dem erfolgten Abteufen eines mehr als 50 Meter tiefen und 100 Meter durchmessenden Schachtes aufgenommen werden könnten, sei zum einen eine ausreichende technische Leistungsfähigkeit für den zeitkritischen Weg der Erkundungsarbeiten für das Hauptbauwerk von besonderer Bedeutung. Zum anderen würden für die Ausführung dieser Schachtbauarbeiten nur Unternehmen in Frage kommen, die über die erforderliche einschlägige Erfahrung beim Umgang mit leistungsfähigen Schachtförder- und Vortriebseinrichtungen verfügen. Diese kämen üblicherweise erst im gegenständlich gebotenen Umfang ab etwa der geforderten Tiefenstufe zur Anwendung. Von den zwölf Bietern bzw. Bietergemeinschaften hätten elf Bieter in diesem Punkt die geforderte technische Leistungsfähigkeit erbracht.

Die Antragstellerin bringe zudem vor, dass das Vergabeverfahren insgesamt deshalb rechtswidrig sei, da die Zuschlagsentscheidung nicht vom Rechtsnachfolger des ausschreibenden Unternehmens (HL-AG) getroffen worden sei. Hiezu sei anzumerken, dass die ÖBB-Infrastruktur Bau AG bisher noch nicht im Firmenbuch eingetragen worden sei. Die Umwandlung der Österreichischen Bundesbahnen (ÖBB) in die ÖBB-Infrastruktur Bau AG sei jedoch trotzdem mit 1. Jänner 2005, 00.00 Uhr, ex lege wirksam geworden. Bereits zuvor habe die HL-AG sämtliche, ihr gemäß § 8 Hochleistungsstreckengesetz übertragenen Projekte zum 31. Dezember 2004, 24.00 Uhr, an die ÖBB gemäß § 14 Hochleistungsstreckengesetz im Wege einer Einzelrechtsfolge übertragen. Diese Übertragung im Wege der Einzelrechtsnachfolge beziehe sich gemäß notariell beglaubigtem Übernahmeprotokoll vom 15. Dezember 2004 auch auf alle in Planung, in Planung und Bau sowie im Bau befindlichen Projekte gemäß der dem Übernahmeprotokoll beiliegenden Aufstellung. In diesem Übernahmeprotokoll würde sich insbesondere auch das ausschreibungsgegenständliche Projekt befinden. Die auf diese Art erfolgte Rechtsnachfolge sei seitens der HL-AG rechtzeitig sämtlichen bekannten Auftragnehmern schriftlich mitgeteilt worden. Überdies könne auf der Homepage der HL-AG eine betreffende Veröffentlichung nachgelesen werden. Der Antragstellerin sei zudem im Rahmen des ersten Aufklärungsgespräches am 10. Dezember 2004 die in Kürze eintretende Rechtsnachfolge mündlich angekündigt worden. Da insbesondere für die Wirksamkeit der vorstehend beschriebenen Einzelrechtsnachfolge der ÖBB-Infrastruktur Bau AG kein Firmenbucheintrag erforderlich sei und die Umwandlung der ÖBB in die ÖBB-Infrastruktur Bau AG ex lege ohne Firmenbucheintragung zum 31. Dezember 2004 wirksam geworden sei, könne nicht weiter daran gezweifelt werden, dass die ÖBB-Infrastruktur Bau AG im gegenständlichen Vergabeverfahren die Rechtsnachfolge nach der ursprünglich in der Ausschreibung genannten HL-AG angetreten habe. Die ÖBB-Infrastruktur Bau AG sei daher berechtigt bzw. verpflichtet, das Vergabeverfahren fortzuführen und insbesondere eine Zuschlagsentscheidung zu treffen und bekannt zu geben. Abschließend werde daher beantragt, sämtliche Anträge der Antragstellerin vom 24. Februar 2005 zurück- bzw. in eventu abzuweisen. Die Antragstellerin bringe zudem vor, dass das Vergabeverfahren insgesamt deshalb rechtswidrig sei, da die Zuschlagsentscheidung nicht vom Rechtsnachfolger des ausschreibenden Unternehmens (HL-AG) getroffen worden sei. Hiezu sei anzumerken, dass die ÖBB-Infrastruktur Bau AG bisher noch nicht im Firmenbuch eingetragen worden sei. Die Umwandlung der Österreichischen Bundesbahnen (ÖBB) in die ÖBB-

Infrastruktur Bau AG sei jedoch trotzdem mit 1. Jänner 2005, 00.00 Uhr, ex lege wirksam geworden. Bereits zuvor habe die HL-AG sämtliche, ihr gemäß Paragraph 8, Hochleistungsstreckengesetz übertragenen Projekte zum 31. Dezember 2004, 24.00 Uhr, an die ÖBB gemäß Paragraph 14, Hochleistungsstreckengesetz im Wege einer Einzelrechtsfolge übertragen. Diese Übertragung im Wege der Einzelrechtsnachfolge beziehe sich gemäß notariell beglaubigtem Übernahmeprotokoll vom 15. Dezember 2004 auch auf alle in Planung, in Planung und Bau sowie im Bau befindlichen Projekte gemäß der dem Übernahmeprotokoll beiliegenden Aufstellung. In diesem Übernahmeprotokoll würde sich insbesondere auch das ausschreibungsgegenständliche Projekt befinden. Die auf diese Art erfolgte Rechtsnachfolge sei seitens der HL-AG rechtzeitig sämtlichen bekannten Auftragnehmern schriftlich mitgeteilt worden. Überdies könne auf der Homepage der HL-AG eine betreffende Veröffentlichung nachgelesen werden. Der Antragstellerin sei zudem im Rahmen des ersten Aufklärungsgesprächs am 10. Dezember 2004 die in Kürze eintretende Rechtsnachfolge mündlich angekündigt worden. Da insbesondere für die Wirksamkeit der vorstehend beschriebenen Einzelrechtsnachfolge der ÖBB-Infrastruktur Bau AG kein Firmenbucheintrag erforderlich sei und die Umwandlung der ÖBB in die ÖBB-Infrastruktur Bau AG ex lege ohne Firmenbucheintragung zum 31. Dezember 2004 wirksam geworden sei, könne nicht weiter daran gezweifelt werden, dass die ÖBB-Infrastruktur Bau AG im gegenständlichen Vergabeverfahren die Rechtsnachfolge nach der ursprünglich in der Ausschreibung genannten HL-AG angetreten habe. Die ÖBB-Infrastruktur Bau AG sei daher berechtigt bzw. verpflichtet, das Vergabeverfahren fortzuführen und insbesondere eine Zuschlagsentscheidung zu treffen und bekannt zu geben. Abschließend werde daher beantragt, sämtliche Anträge der Antragstellerin vom 24. Februar 2005 zurück- bzw. in eventu abzuweisen.

Mit Schreiben vom 2. März 2005, eingelangt bei der Behörde am 11. März 2005, gab die ÖBB-Infrastruktur Bau AG bekannt, dass das Übernahmeprotokoll vom 15. Dezember 2004 seitens der ÖBB von E*** und F*** unterfertigt worden sei. Diese Bekanntgabe erging in Folge einer Aufforderung des Senatsvorsitzenden in der mündlichen Verhandlung vom 10. März 2005 und wurde ausschließlich von B*** gefertigt. Mit - vom bevollmächtigten Vertreter unterfertigter - Stellungnahme vom 22. März 2005 verwies die ÖBB-Infrastruktur Bau AG hinsichtlich des von der Antragstellerin eingeforderten Unterbleibens der Berücksichtigung der betreffenden Bekanntgabe der Unterzeichner des Übernahmeprotokolls auf die Geltung des AVG im Verfahren vor dem Bundesvergabeamt.

Auf Grund der vorgelegten Stellungnahmen der Antragstellerin und der ÖBB-Infrastruktur Bau AG, der Ausschreibungsunterlagen sowie der Ausführungen in der mündlichen Verhandlung vom 10. März 2005 wurde folgender, für die Entscheidung maßgeblicher Sachverhalt festgestellt:

Im Rahmen des Gesamtbauvorhabens "Koralmbahn" hat die Eisenbahn-Hochleistungsstrecken-Aktiengesellschaft (HL-AG) im Oktober 2004 unter anderem die Errichtung des Erkundungstunnels Leibenfeld im offenen Verfahren ausgeschrieben. Der geschätzte Auftragswert des Gesamtbauvorhabens beläuft sich auf Euro 2 Milliarden (exkl. USt.), jener des verfahrensgegenständlichen Erkundungstunnels auf Euro 19.286.086,34 (exkl. USt.; vgl. Vergabebekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, Beilage zu OZ 3, sowie Vorbringen der ÖBB-Infrastruktur Bau AG, OZ 4). In der Ausschreibung wird festgehalten, dass der Zuschlag "von den Angeboten, die nach dem Ausscheiden zu Folge § 98 BVergG übrig bleiben, (..) dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt" wird. Neben dem Gesamtpreis wird die Bauzeit als weiteres Zuschlagskriterium vorgegeben. Dabei wird eine mittlere Bauzeit von 720 Kalendertagen angenommen. Für jeden diesen Wert unter- bzw. überschreitenden Tag sollen Euro 2.000,- (exkl. USt.) vom jeweiligen Gesamtpreis abgerechnet bzw. diesem hinzu gezählt werden. Zur Veranschaulichung findet sich in den Ausschreibungsunterlagen eine tabellarische Aufstellung mit exemplarischen Angebotsbewertungen (siehe Punkt 2.4. - Zuschlagskriterien des Teiles A der Ausschreibungsunterlagen, Beilage zu OZ 3). Im Rahmen des Gesamtbauvorhabens "Koralmbahn" hat die Eisenbahn-Hochleistungsstrecken-Aktiengesellschaft (HL-AG) im Oktober 2004 unter anderem die Errichtung des Erkundungstunnels Leibenfeld im offenen Verfahren ausgeschrieben. Der geschätzte Auftragswert des Gesamtbauvorhabens beläuft sich auf Euro 2 Milliarden (exkl. USt.), jener des verfahrensgegenständlichen Erkundungstunnels auf Euro 19.286.086,34 (exkl. USt.; vergleiche Vergabebekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, Beilage zu OZ 3, sowie Vorbringen der ÖBB-Infrastruktur Bau AG, OZ 4). In der Ausschreibung wird festgehalten, dass der Zuschlag "von den Angeboten, die nach dem Ausscheiden zu Folge Paragraph 98, BVergG übrig bleiben, (..) dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt" wird. Neben dem Gesamtpreis wird die Bauzeit als weiteres Zuschlagskriterium vorgegeben. Dabei wird eine mittlere Bauzeit von 720 Kalendertagen angenommen. Für jeden diesen Wert unter- bzw. überschreitenden Tag sollen Euro 2.000,- (exkl.

USt.) vom jeweiligen Gesamtpreis abgerechnet bzw. diesem hinzu gezählt werden. Zur Veranschaulichung findet sich in den Ausschreibungsunterlagen eine tabellarische Aufstellung mit exemplarischen Angebotsbewertungen (siehe Punkt 2.4. - Zuschlagskriterien des Teiles A der Ausschreibungsunterlagen, Beilage zu OZ 3).

Entsprechend Punkt 2.5. der Ausschreibung erfolgt das Ausscheiden von Angeboten gemäß § 98 BVergG (siehe Punkt 2.5. Entsprechend Punkt 2.5. der Ausschreibung erfolgt das Ausscheiden von Angeboten gemäß Paragraph 98, BVergG (siehe Punkt 2.5.

- -Strichaufzählung

Ausscheiden von Angeboten des Teiles A der Ausschreibungsunterlagen, Beilage zu OZ 3). Punkt 4.2. der Ausschreibung gibt vor, dass Einzelbieter "die dem Leistungsumfang entsprechende Leistungsfähigkeit, Sachkenntnis und Erfahrung besitzen und im Übrigen alle in den einzelnen Bestandteilen dieser Ausschreibung angeführten Bedingungen bzw. Kriterien erfüllen" müssen. Gemäß Punkt 4.4. wird die ausgeschriebene Leistung "nur an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen vergeben. Die dazu vom Auftraggeber geforderten Nachweise der Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit entsprechend den nachstehenden angeführten Kriterien sind mit dem Angebot vorzulegen". In einer Punktation zu Punkt 4.4.4 der Ausschreibung wird gefordert, dass "der spartenspezifische Umsatz im Untertagebau der 3 letzten abgeschlossenen Geschäftsjahre (..) durchschnittlich zumindest Euro 30,00 Mio. je Geschäftsjahr zu betragen" hat. Bei den betreffenden Nachweisen für die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit wird bestimmt, dass "eine Erklärung über den spartenspezifischen Umsatz im Untertagebau der letzten 3 Jahre (aufgeschlüsselt nach Umsatz je Geschäftsjahr) von jedem Mitglied der Bietergemeinschaft vorzulegen" ist. Unter Punkt 4.4.5 der Ausschreibung wird ausgeführt, dass "für die Vergabe der Arbeiten (..) nur Unternehmungen in Betracht [kommen], die die Gewähr dafür geben, dass sie über die erforderliche Erfahrung für die ausgeschriebenen Leistungen verfügen, vergleichbare Arbeiten in den letzten 5 Jahren (01.01.2000 bis 31.12.2004) bereits durchgeführt haben und die entsprechende Leistungsfähigkeit über die gesamte Bauzeit gewährleisten". In einer unmittelbar anschließenden Punktation finden sich mit den Wortfolgen "zumindest ein Schachtprojekt im offenen Abteufen mit mindestens 5 m Durchmesser und mindestens 20 m Tiefe" sowie "zumindest zwei Tunnel- oder Stollenprojekte im zyklischen Vortrieb im Lockergestein mit einem Ausbruchsquerschnitt von Größe 15 m² mit einer Gesamtlänge im Lockergestein von mehr als 500 m" zwei Anforderungen. Als betreffender Nachweis für die technische Leistungsfähigkeit wird "eine Liste der in den letzten 5 Jahren erbrachten Bauleistungen" gefordert (soweit Punkt 4 - Auftragnehmer/Eignungskriterien des Teiles A der Ausschreibungsunterlagen, Beilage zu OZ 3).

Die Angebotsöffnung fand am 1. Dezember 2004 statt. Die Antragstellerin legte ein Hauptangebot mit einer Angebotssumme von Euro 11.940.196,85 (exkl. USt.). Die C*** gab rechtzeitig ein Hauptangebot in der Höhe von Euro 12.325.665,41 (exkl. USt.) ab. Zugleich wurde von ihr ein Alternativvorschlag mit einer Angebotssumme von Euro 11.662.514,13 (exkl. USt.) erstellt (vgl. Angebotsöffnungsprotokoll vom 1. Dezember 2004; Angebot der Antragstellerin vom 29. November 2004 sowie Angebote der C*** vom 30. November 2004, jeweils Beilage zu OZ 3). Die Angebotsöffnung fand am 1. Dezember 2004 statt. Die Antragstellerin legte ein Hauptangebot mit einer Angebotssumme von Euro 11.940.196,85 (exkl. USt.). Die C*** gab rechtzeitig ein Hauptangebot in der Höhe von Euro 12.325.665,41 (exkl. USt.) ab. Zugleich wurde von ihr ein Alternativvorschlag mit einer Angebotssumme von Euro 11.662.514,13 (exkl. USt.) erstellt vergleiche Angebotsöffnungsprotokoll vom 1. Dezember 2004; Angebot der Antragstellerin vom 29. November 2004 sowie Angebote der C*** vom 30. November 2004, jeweils Beilage zu OZ 3).

Dem Angebot der Antragstellerin war eine Auflistung ihrer Umsätze der letzten Jahre beigegeben. Demnach betrug der Umsatz im Untertagebau für das Jahr 2001 Euro 17.165.000,-, für das Jahr 2002 Euro 26.500.000,- und für das Jahr 2003 Euro 16.500.000,-. Für das Jahr 2004 wurde ein geschätzter Wert von Euro 23 Millionen angegeben. Dem Angebot waren des Weiteren diverse Referenzprojekte beigegeben. Den diesbezüglichen Unterlagen kann im Hinblick auf das offene Abteufen kein Schachtprojekt mit einer Mindesttiefe von 20 Meter entnommen werden (siehe Angebot der Antragstellerin vom 29. November 2004; Protokoll zum Aufklärungsgespräch vom 10. Dezember 2004 und Bericht zur Angebotsprüfung vom 26. Jänner 2005, jeweils Beilage zu OZ 3, sowie übereinstimmendes Parteienvorbringen).

Am 10. Dezember 2004 führte die HL-AG unter anderem mit der Antragstellerin ein Aufklärungsgespräch durch. Als Vertreter der HL-AG trat unter anderem der mit der Prokura versehene D*** auf. In einleitenden Worten verwies er auf die unmittelbar bevorstehende "Einverleibung" der HL-AG in die ÖBB. Von Seiten der anwesenden Vertreter der Antragstellerin wurden keine Vorbehalte geäußert (siehe übereinstimmende Zeugenaussagen in der mündlichen

Verhandlung vom 10. März 2005, OZ 11). Im Gespräch wurde weiters festgehalten, dass ein allfälliges Ansprechen von Mängeln des Angebotes in diesem und allen weiteren Aufklärungsgesprächen keinerlei Präjudiz hinsichtlich der Behebbarkeit dieses Mangels darstelle. Überdies erklärte die Antragstellerin auf Anfrage, dass bei der Bearbeitung des Angebotes keinerlei Unklarheiten aufgetaucht seien und sämtliche Angaben klar für die Kalkulation waren. Auf den Vorhalt des Nichterreichens der geforderten Mindestumsätze verwies die Antragstellerin auf die schlechte Baukonjunktur der letzten Jahre. Im Übrigen wurden die vom Auftraggeber aus den vorgelegten Referenzen abgeleiteten Schachttiefen, die sich für einen Notausstieg 3 in Garching auf 19,54 Meter und für einen Rettungsschacht beim Tunnel Stammham auf 18,64 Meter belaufen, bestätigt (vgl. Protokoll zum Aufklärungsgespräch vom 10. Dezember 2004, Beilage zu OZ 3, und übereinstimmendes Parteienvorbringen). Am 10. Dezember 2004 führte die HL-AG unter anderem mit der Antragstellerin ein Aufklärungsgespräch durch. Als Vertreter der HL-AG trat unter anderem der mit der Prokura versehene D*** auf. In einleitenden Worten verwies er auf die unmittelbar bevorstehende "Einverleibung" der HL-AG in die ÖBB. Von Seiten der anwesenden Vertreter der Antragstellerin wurden keine Vorbehalte geäußert (siehe übereinstimmende Zeugenaussagen in der mündlichen Verhandlung vom 10. März 2005, OZ 11). Im Gespräch wurde weiters festgehalten, dass ein allfälliges Ansprechen von Mängeln des Angebotes in diesem und allen weiteren Aufklärungsgesprächen keinerlei Präjudiz hinsichtlich der Behebbarkeit dieses Mangels darstelle. Überdies erklärte die Antragstellerin auf Anfrage, dass bei der Bearbeitung des Angebotes keinerlei Unklarheiten aufgetaucht seien und sämtliche Angaben klar für die Kalkulation waren. Auf den Vorhalt des Nichterreichens der geforderten Mindestumsätze verwies die Antragstellerin auf die schlechte Baukonjunktur der letzten Jahre. Im Übrigen wurden die vom Auftraggeber aus den vorgelegten Referenzen abgeleiteten Schachttiefen, die sich für einen Notausstieg 3 in Garching auf 19,54 Meter und für einen Rettungsschacht beim Tunnel Stammham auf 18,64 Meter belaufen, bestätigt (vgl. Protokoll zum Aufklärungsgespräch vom 10. Dezember 2004, Beilage zu OZ 3, und übereinstimmendes Parteienvorbringen).

Mit sowohl von der HL-AG als auch der ÖBB entsprechend dem Firmenbuch gefertigtem Übergabeprotokoll vom 15. Dezember 2004 wurden sämtliche in Planung, in Planung und Bau sowie in Bau befindlichen Projekte mit Wirkung zum 31. Dezember 2004, 24.00 Uhr, von der HL-AG an die ÖBB übergeben. Im betreffenden Protokoll wird festgehalten, dass gemäß § 32 Bundesbahngesetz 1992 (BBG) idF Bundesbahnstrukturgesetz 2003 (BBSG) die HL-AG zum Stichtag 31. Dezember 2004 mit der Nachfolgegesellschaft der ÖBB, der ÖBB-Infrastruktur Bau AG, verschmolzen wird (vgl. notariell beglaubigtes Übergabeprotokoll vom 15. Dezember 2004, Beilage zu OZ 4, und Mitteilung der ÖBB-Infrastruktur Bau AG vom 2. März 2005, eingelangt bei der Behörde am 11. März 2005, OZ 12; ergänzend erfolgte eine amtliche Einschau in die historischen Firmenbuchauszüge der HL-AG sowie der ÖBB). Mit sowohl von der HL-AG als auch der ÖBB entsprechend dem Firmenbuch gefertigtem Übergabeprotokoll vom 15. Dezember 2004 wurden sämtliche in Planung, in Planung und Bau sowie in Bau befindlichen Projekte mit Wirkung zum 31. Dezember 2004, 24.00 Uhr, von der HL-AG an die ÖBB übergeben. Im betreffenden Protokoll wird festgehalten, dass gemäß Paragraph 32, Bundesbahngesetz 1992 (BBG) in der Fassung Bundesbahnstrukturgesetz 2003 (BBSG) die HL-AG zum Stichtag 31. Dezember 2004 mit der Nachfolgegesellschaft der ÖBB, der ÖBB-Infrastruktur Bau AG, verschmolzen wird (vgl. notariell beglaubigtes Übergabeprotokoll vom 15. Dezember 2004, Beilage zu OZ 4, und Mitteilung der ÖBB-Infrastruktur Bau AG vom 2. März 2005, eingelangt bei der Behörde am 11. März 2005, OZ 12; ergänzend erfolgte eine amtliche Einschau in die historischen Firmenbuchauszüge der HL-AG sowie der ÖBB).

Am 14. Jänner 2005 wurde unter anderem mit der Antragstellerin ein weiteres Aufklärungsgespräch durchgeführt. Die betreffende Einladung hiezu erfolgte bereits namens der ÖBB-Infrastruktur Bau AG (soweit G*** in der mündlichen Verhandlung vom 10. März 2005, OZ 11). In Vorbereitung des Gesprächs wurden der Antragstellerin von der die Ausschreibung begleitenden H*** Fragen zur Detailkalkulation ihres Angebots übermittelt (Schreiben der I*** vom 11. Jänner 2005, Beilage zu OZ 3). Im Rahmen des Aufklärungsgesprächs traten die betreffenden Auftraggebervertreter für die ÖBB-Infrastruktur Bau AG auf. Einleitend hielt D*** fest, dass die Umstrukturierung nunmehr vollzogen wurde (soweit übereinstimmende Zeugenaussagen in der mündlichen Verhandlung vom 10. März 2005, OZ 11). Für die Antragstellerin nahmen unter anderem der als Zeuge befragte G*** sowie der nicht einzelvertretungsbefugte Geschäftsführer J*** den Aufklärungstermin wahr. Von diesen wurden gegen die Umstrukturierung keine Einwände erhoben. Das betreffende, von den Vertretern der Antragstellerin unterfertigte Protokoll unterscheidet sich vom Gesprächsprotokoll vom 10. Dezember 2004 durch das gänzliche Ersetzen der Bezeichnung "HL-AG" durch die Bezeichnung "ÖBB-Infrastruktur Bau AG". Zudem findet sich in der Kopfzeile der einzelnen Seiten des Protokolls ein Logo der ÖBB-Infrastruktur Bau AG (vgl. Protokoll zum Aufklärungsgespräch vom 14. Jänner 2005, Beilage zu OZ 3;

Handelsregistrauszug der A***, Beilage zu OZ 11, und Vorbringen der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vom 10. März 2005, OZ 11). Am 14. Jänner 2005 wurde unter anderem mit der Antragstellerin ein weiteres Aufklärungsgespräch durchgeführt. Die betreffende Einladung hiezu erfolgte bereits namens der ÖBB-Infrastruktur Bau AG (soweit G*** in der mündlichen Verhandlung vom 10. März 2005, OZ 11). In Vorbereitung des Gesprächs wurden der Antragstellerin von der die Ausschreibung begleitenden H*** Fragen zur Detailkalkulation ihres Angebots übermittelt (Schreiben der I*** vom 11. Jänner 2005, Beilage zu OZ 3). Im Rahmen des Aufklärungsgesprächs traten die betreffenden Auftraggebervertreter für die ÖBB-Infrastruktur Bau AG auf. Einleitend hielt D*** fest, dass die Umstrukturierung nunmehr vollzogen wurde (soweit übereinstimmende Zeugenaussagen in der mündlichen Verhandlung vom 10. März 2005, OZ 11). Für die Antragstellerin nahmen unter anderem der als Zeuge befragte G*** sowie der nicht einzelvertretungsbefugte Geschäftsführer J*** den Aufklärungstermin wahr. Von diesen wurden gegen die Umstrukturierung keine Einwände erhoben. Das betreffende, von den Vertretern der Antragstellerin unterfertigte Protokoll unterscheidet sich vom Gesprächsprotokoll vom 10. Dezember 2004 durch das gänzliche Ersetzen der Bezeichnung "HL-AG" durch die Bezeichnung "ÖBB-Infrastruktur Bau AG". Zudem findet sich in der Kopfzeile der einzelnen Seiten des Protokolls ein Logo der ÖBB-Infrastruktur Bau AG vergleiche Protokoll zum Aufklärungsgespräch vom 14. Jänner 2005, Beilage zu OZ 3; Handelsregistrauszug der A***, Beilage zu OZ 11, und Vorbringen der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vom 10. März 2005, OZ 11).

Mit Schreiben vom 26. Jänner 2005 wandte sich der rechtsfreundliche Vertreter der Antragsstellerin an die "Österr. Bundesbahnen", um gegen eine allenfalls beabsichtigte Vergabe an einen Mitbieter zu argumentieren. In einem Antwortschreiben der ÖBB-Infrastruktur Bau AG vom 28. Jänner 2005 wird auf die noch ausstehende Zuschlagsentscheidung verwiesen (siehe betreffende Schreiben, Beilage zu OZ 3). Mit Telefax vom 11. Februar 2005 teilte die ÖBB-Infrastruktur Bau AG den Bietern mit, dass eine Zuschlagserteilung an die C*** beabsichtigt wird. Das betreffende Schriftstück weist die Fertigung von D*** auf. Zugleich wurde der Antragstellerin mitgeteilt, dass ihr Angebot ausgeschieden wird. Mit Schreiben vom 21. Februar 2005 informierte die ÖBB-Infrastruktur Bau AG die Antragstellerin, dass ihr Angebot wegen des Fehlens eines spartenspezifischen Umsatzes im Untertagebau der drei letzten abgeschlossenen Geschäftsjahre im Durchschnitt von zumindest Euro 30 Millionen sowie wegen eines fehlenden Schachtprojektes im offenen Abteufen mit mindestens 5 Metern Durchmesser und mindestens 20 Metern Tiefe ausgeschieden wurde (siehe betreffende Schreiben, Beilage zu OZ 3).

Am 25. Februar 2005 langten die verfahrensgegenständlichen Anträge beim Bundesvergabeamt ein (OZ 1). Mit Schreiben vom 1. März 2005 wandte sich der rechtsfreundliche Vertreter der Antragstellerin an die HL-AG und wies für die Jahre 2001 bis 2003 neue, durchschnittlich Euro 30 Millionen übersteigende Umsatzzahlen aus (siehe betreffendes Schreiben, Beilage zu OZ 3). Im Zuge der mündlichen Verhandlung am 10. März 2005 legte der Vertreter der Antragstellerin ein weiteres Schreiben vor, wonach beim als Referenz angeführten Notausstieg 3 in Garching entgegen dem Plan tatsächlich ein Abteufen mit einer Tiefe von 20,35 Metern erforderlich war. Dieses Schreiben wurde am selben Tag - adressiert an die HL-AG - dem Auftraggeber mittels Telefax übermittelt (Beilage zu OZ 11).

Im Hinblick auf das benachbarte Baulos B 1258 erhielt die Antragstellerin von der ÖBB-Infrastruktur Bau AG am 19. Jänner 2005 ein als zweite Nachsendung titulierte Schreiben. In diesem wird ausdrücklich auf die mit 1. Jänner 2005, 0.00 Uhr, eingetretene Umstrukturierung der HL-AG hingewiesen. Zudem wird festgehalten, dass "in den gesamten Ausschreibungsunterlagen die Bezeichnung Eisenbahn-Hochleistungsstrecken AG bzw. HL-AG als durch ÖBB-Infrastruktur Bau AG ersetzt zu betrachten ist". Dieses Schreiben wurde - unterfertigt unter anderem vom Geschäftsführer J*** - dem Angebot der Antragstellerin für das Baulos B 1258 beigegeben. Die diesbezügliche Angebotsöffnung erfolgte am 23. Februar 2005 (vgl. Schreiben vom 19. Jänner 2005 samt Fertigung der Antragstellerin, Beilage zu OZ 11, sowie Vorbringen in der mündlichen Verhandlung vom 10. März 2005, OZ 11; die Fertigung des Geschäftsführers J*** konnte anhand eines Vergleichs mit dem verfahrensgegenständlichen Angebot vom 29. November 2004 identifiziert werden). Im Hinblick auf das benachbarte Baulos B 1258 erhielt die Antragstellerin von der ÖBB-Infrastruktur Bau AG am 19. Jänner 2005 ein als zweite Nachsendung titulierte Schreiben. In diesem wird ausdrücklich auf die mit 1. Jänner 2005, 0.00 Uhr, eingetretene Umstrukturierung der HL-AG hingewiesen. Zudem wird festgehalten, dass "in den gesamten Ausschreibungsunterlagen die Bezeichnung Eisenbahn-Hochleistungsstrecken AG bzw. HL-AG als durch ÖBB-Infrastruktur Bau AG ersetzt zu betrachten ist". Dieses Schreiben wurde - unterfertigt unter anderem vom Geschäftsführer J*** - dem Angebot der Antragstellerin für das Baulos B 1258 beigegeben. Die diesbezügliche Angebotsöffnung erfolgte am 23. Februar 2005 vergleiche Schreiben vom 19. Jänner 2005 samt

Fertigung der Antragstellerin, Beilage zu OZ 11, sowie Vorbringen in der mündlichen Verhandlung vom 10. März 2005, OZ 11; die Fertigung des Geschäftsführers J*** konnte anhand eines Vergleichs mit dem verfahrensgegenständlichen Angebot vom 29. November 2004 identifiziert werden).

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. Die Ausführungen der im Zuge der mündlichen Verhandlung befragten Zeugen stellten sich in der Zusammenschau als stimmig dar. Bedeutung kommt dem Umstand zu, dass der als Zeuge befragte G*** (für die Antragstellerin bei den Aufklärungsgesprächen anwesend) festhielt, dass man im Wissen um eine Einladung der ÖBB-Infrastruktur Bau AG am zweiten Aufklärungsgespräch teilnahm. In diesem Gespräch wurde entsprechend den Ausführungen des betreffenden Zeugen das angesprochene Umstrukturierungsvorhaben angesichts gleich bleibender Ansprechpartner akzeptiert. Ergänzend ist darauf zu verweisen, dass der Zeuge G*** auf die Frage nach dem Kontrahierungswillen in Bezug auf die ÖBB-Infrastruktur Bau AG ausweichend antwortete. Dies ist auch vor dem Hintergrund der zum benachbarten Baulos schriftlich ergangenen Zustimmung zum Tätigwerden der ÖBB-Infrastruktur Bau AG zu sehen.

Hinsichtlich der Berücksichtigung der Bekanntgabe der Unterzeichner des Übergabeprotokolls vom 15. Dezember 2004 (OZ 13) ist auf die Ausführungen zu Spruchpunkt III zu verweisen. Hinsichtlich der Berücksichtigung der Bekanntgabe der Unterzeichner des Übergabeprotokolls vom 15. Dezember 2004 (OZ 13) ist auf die Ausführungen zu Spruchpunkt römisch drei zu verweisen.

Die vorliegenden Anträge sind rechtlich wie folgt zu beurteilen:

A. Zuständigkeit und anzuwendende Rechtsvorschriften Gemäß § 7 Abs 1 Z 1 BVergG gilt dieses Bundesgesetz unter anderem für Vergabeverfahren, die von einer Einrichtung, die (a) zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben, die nicht gewerblicher Art sind, und A. Zuständigkeit und anzuwendende Rechtsvorschriften Gemäß Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG gilt dieses Bundesgesetz unter anderem 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, (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.

Im gegenständlichen Vergabeverfahren traten angesichts der zwischenzeitlich erfolgten Umstrukturierung der Schieneninfrastrukturunternehmen zwei Auftraggeber auf den Plan. Eingeleitet und bis 31. Dezember 2004 durchgeführt wurde das Verfahren zunächst durch die HL-AG. Dieser obliegt gemäß § 7 Abs 1 Hochleistungsstreckengesetz, BGBl. Nr. 135/1989 idF BGBl. I Nr. 112/2003, die Planung und der Bau von Hochleistungsstrecken, sofern die Errichtung nicht von den ÖBB, der Brenner Eisenbahn GmbH (BEG) oder Dritten wahrzunehmen ist. Die Anteile an besagter Aktiengesellschaft sind zu 100% dem Bund, vertreten durch den Bundesminister für Wissenschaft und Verkehr vorbehalten. Entsprechend lit. K Z 9 Anlage zu § 2 Bundesministeriengesetz 1986, BGBl. Nr. 76/1986 idF BGBl. I Nr. 17/2003, kommt die Verwaltung der Anteilsrechte von Gesellschaften, die für die Belange der Schieneninfrastruktur bestehen, nunmehr dem Bundesminister für Verkehr,

Innovation und Technologie (BMVIT) zu. Wenngleich es sich bei der HL-AG um eine reine Planungs- und Errichtungsgesellschaft handelt, die gemäß § 14 Abs 1 Hochleistungsstreckengesetz (idF BGBl. I Nr. 112/2003) fertig gestellte Streckenabschnitte den ÖBB zum Betrieb und zur Erhaltung zu übergeben hat(te), wird diese - ausgehend von der Zuweisungspraxis des Senats 1 - nach der Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes als Bereitstellerin eines Schienenverkehrsnetzes angesehen (siehe ua. BVA vom 20. Februar 2004, 16N-144/03, RPA 2004, 189 mit Anm. Reisner sowie vom 22. August 2003, 16N-69/03-11, ZVB 2003/110 mit Anm. Gutknecht). Sie übt daher gemäß § 120 Abs 2 Z 3 BVergG eine Sektorentätigkeit aus. Im gegenständlichen Vergabeverfahren traten angesichts der zwischenzeitlich erfolgten Umstrukturierung der Schieneninfrastrukturunternehmen zwei Auftraggeber auf den Plan. Eingeleitet und bis 31. Dezember 2004 durchgeführt wurde das Verfahren zunächst durch die HL-AG. Dieser obliegt gemäß Paragraph 7, Absatz eins, Hochleistungsstreckengesetz, Bundesgesetzblatt Nr. 135 aus 1989, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 112 aus 2003,, die Planung und der Bau von Hochleistungsstrecken, sofern die Errichtung nicht von den ÖBB, der Brenner Eisenbahn GmbH (BEG) oder Dritten wahrzunehmen ist. Die Anteile an besagter Aktiengesellschaft sind zu 100% dem Bund, vertreten durch den Bundesminister für Wissenschaft und Verkehr vorbehalten. Entsprechend lit. K Ziffer 9, Anlage zu Paragraph 2, Bundesministeriengesetz 1986, Bundesgesetzblatt Nr. 76 aus 1986, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2003,, kommt die Verwaltung der Anteilsrechte von Gesellschaften, die für die Belange der Schieneninfrastruktur bestehen, nunmehr dem Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie (BMVIT) zu. Wenngleich es sich bei der HL-AG um eine reine Planungs- und Errichtungsgesellschaft handelt, die gemäß Paragraph 14, Absatz eins, Hochleistungsstreckengesetz in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 112 aus 2003,) fertig gestellte Streckenabschnitte den ÖBB zum Betrieb und zur Erhaltung zu übergeben hat(te), wird diese - ausgehend von der Zuweisungspraxis des Senats 1 - nach der Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes als Bereitstellerin eines Schienenverkehrsnetzes angesehen (siehe ua. BVA vom 20. Februar 2004, 16N-144/03, RPA 2004, 189 mit Anmerkung Reisner sowie vom 22. August 2003, 16N-69/03-11, ZVB 2003/110 mit Anmerkung Gutknecht). Sie übt daher gemäß Paragraph 120, Absatz 2, Ziffer 3, BVergG eine Sektorentätigkeit aus.

Beginnend mit 1. Jänner 2005 wurde das Vergabeverfahren von der ÖBB-Infrastruktur Bau AG weitergeführt. Diese AG hat insbesondere die gegenständlich angefochtenen Auftraggeberentscheidungen getroffen. Zum Eintritt einer rechtswirksamen Rechtsnachfolge gegenüber der HL-AG wird zu Spruchpunkt I auszuführen sein. 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 wiederum 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. Es handelt sich somit bei der ÖBB-Infrastruktur Bau AG - hinausgehend über eine "bloße" Planungs- und Errichtungsgesellschaft - zweifellos um eine Bereitstellerin von Schieneninfrastruktur. Beginnend mit 1. Jänner 2005 wurde das Vergabeverfahren von der ÖBB-Infrastruktur Bau AG weitergeführt. Diese AG hat insbesondere die gegenständlich angefochtenen Auftraggeberentscheidungen getroffen. Zum Eintritt einer rechtswirksamen Rechtsnachfolge gegenüber der HL-AG wird zu Spruchpunkt römisch eins auszuführen sein. 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 wiederum 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. Es handelt sich somit bei der ÖBB-Infrastruktur Bau AG - hinausgehend über eine "bloße" Planungs- und Errichtungsgesellschaft - zweifellos um eine Bereitstellerin von Schieneninfrastruktur.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass es sich bei beiden Einrichtungen, die auf der Auftraggeberseite aufgetreten sind, um öffentliche Auftraggeber nach § 7 BVergG handelt. Beiden Einrichtungen wird zudem nach der Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes die Rolle eines im Sektorenbereich tätigen Unternehmens zugesonnen. Es ist daher im gegenständlichen Fall dem eingeschränkten Sektorenregime Berücksichtigung zu schenken. Überdies übersteigt bereits der Auftragswert des gegenständlichen Vorhabens der Errichtung eines Erkundungstunnels den - auf Grund der mit 1. März 2005 in Kraft getretenen Schwellenwerte-Verordnung 2005, BGBl II Nr 56/2005 - nunmehr der Entscheidung des Bundesvergabeamtes zugrunde zu legenden Schwellenwert von Euro 5.923.000,- bei weitem. Demzufolge wurden die zu behandelnden Anträge am 25. Februar 2005 dem unter anderem für Bauvorhaben im Sektorenbereich "Verkehr" zuständigen Senat 16 zugewiesen. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass es sich bei beiden Einrichtungen, die auf der Auftraggeberseite aufgetreten sind, um öffentliche Auftraggeber nach Paragraph 7, BVergG handelt. Beiden Einrichtungen wird zudem nach der Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes die Rolle eines im Sektorenbereich tätigen Unternehmens zugesonnen. Es ist daher im gegenständlichen Fall dem eingeschränkten Sektorenregime Berücksichtigung zu schenken. Überdies übersteigt bereits der Auftragswert des gegenständlichen Vorhabens der Errichtung eines Erkundungstunnels den - auf Grund der mit 1. März 2005 in Kraft getretenen Schwellenwerte-Verordnung 2005, Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr 56 aus 2005, - nunmehr der Entscheidung des Bundesvergabeamtes zugrunde zu legenden Schwellenwert von Euro 5.923.000,- bei weitem. Demzufolge wurden die zu behandelnden Anträge am 25. Februar 2005 dem unter anderem für Bauvorhaben im Sektorenbereich "Verkehr" zuständigen Senat 16 zugewiesen.

Dieser ist zur Behandlung der Anträge berufen, zumal des Weiteren keine Aspekte durch das Vorbringen der ÖBB-Infrastruktur Bau AG und die amtswegige Prüfung zutage getreten sind, die gemäß § 166 BVergG die Zulässigkeit ausschließen. Dieser ist zur Behandlung der Anträge berufen, zumal des Weiteren keine Aspekte durch das Vorbringen der ÖBB-Infrastruktur Bau AG und die amtswegige Prüfung zutage getreten sind, die gemäß Paragraph 166, BVergG die Zulässigkeit ausschließen.

B. Zu Spruchpunkt IB. Zu Spruchpunkt römisch eins

1. a) Litera a
Antragslegitimation

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. Das Vorliegen der Antragslegitimation wird somit im Nachprüfungsverfahren zum einen an die Behauptung eines Interesses am Vertragsabschluß und zum anderen an die Möglichkeit, durch die behauptete Rechtswidrigkeit einen Schaden zu erleiden, geknüpft (siehe etwa Fink, Die Antragslegitimation nach dem BVergG, in Schramm/Aicher, Vergaberecht und PPP [2004] 199). 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. Das Vorliegen der Antragslegitimation wird

somit im Nachprüfungsverfahren zum einen an die Behauptung eines Interesses am Vertragsabschluß und zum anderen an die Möglichkeit, durch die behauptete Rechtswidrigkeit einen Schaden zu erleiden, geknüpft (siehe etwa Fink, Die Antragslegitimation nach dem BVergG, in Schramm/Aicher, Vergaberecht und PPP [2004] 199).

Das Bundesvergabeamt vertritt in ständiger Rechtsprechung die Ansicht, dass einem Bieter, dessen Angebot auszuschneiden ist, im Hinblick auf die Nichtigerklärung 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-3/98, bbl 1998/183 = wbl 1999/163; vom 19. März 2001, N-12/01, N-16/01, N-17/01, RPA 2001, 24 mit Anm. Pock = wbl 2002/33; vom 4. April 2003, 12N- 27/03, RPA 2003, 143; vom 14. Mai 2003, 5N-36/03-29, RdW 2003/276 sowie vom 25. August 2004, 16N-64/04-39, ZVB 2005/16 mit Anm. Gutknecht). Einer ähnlichen Argumentation bedient sich - unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes - auch der Verwaltungsgerichtshof (siehe VwGH vom 27. September 2000, 2000/04/0050, bbl 2001/22 = wbl 2001/165 = ZfVB 2001/1739). Anderes hat nur dann zu gelten, wenn die den Nachprüfungsantrag stellende Partei ihr Ausscheiden durch den Auftraggeber bekämpft, droht ihr 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. Gruber). Das bekämpfte Ausscheiden bildet sodann den Gegenstand der Sachentscheidung. Die Antragslegitimation ist auch dann anders zu beurteilen, wenn das Vergabeverfahren insgesamt zwingend zu widerrufen ist. Bei einer derartigen Konstellation besteht die Schadenseignung darin, dass die Antragstellerin bei Unterlassen des gebotenen Widerrufs keine Möglichkeit zur (ordnungsgemäßen) Beteiligung an einem neu auszuschreibenden Vergabeverfahren hat (siehe BVA vom 26. April 2004, 12N-2/04- 55 [verstärkter Senat], ZVB 2004/62 mit Anm. Huber-Matauschek/Etlinger und vom 21. Dezember 2004, 6N-105/04-27). Das Bundesvergabeamt vertritt in ständiger Rechtsprechung die Ansicht, dass einem Bieter, dessen Angebot auszuschneiden ist, im Hinblick auf die Nichtigerklärung 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; vom 19. März 2001, N-12/01, N-16/01, N-17/01, RPA 2001, 24 mit Anmerkung Pock = wbl 2002/33; vom 4. April 2003, 12N- 27/03, RPA 2003, 143; vom 14. Mai 2003, 5N-36/03-29, RdW 2003/276 sowie vom 25. August 2004, 16N-64/04-39, ZVB 2005/16 mit Anmerkung Gutknecht). Einer ähnlichen Argumentation bedient sich - unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes - auch der Verwaltungsgerichtshof (siehe VwGH vom 27. September 2000, 2000/04/0050, bbl 2001/22 = wbl 2001/165 = ZfVB 2001/1739). Anderes hat nur dann zu gelten, wenn die den Nachprüfungsantrag stellende Partei ihr Ausscheiden durch den Auftraggeber bekämpft, droht ihr 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 Gruber). Das bekämpfte Ausscheiden bildet sodann den Gegenstand der Sachentscheidung. Die Antragslegitimation ist auch dann anders zu beurteilen, wenn das Vergabeverfahren insgesamt zwingend zu widerrufen ist. Bei einer derartigen Konstellation besteht die Schadenseignung darin, dass die Antragstellerin bei Unterlassen des gebotenen Widerrufs keine Möglichkeit zur (ordnungsgemäßen) Beteiligung an einem neu auszuschreibenden Vergabeverfahren hat (siehe BVA vom 26. April 2004, 12N-2/04- 55 [verstärkter Senat], ZVB 2004/62 mit Anmerkung Huber-Matauschek/Etlinger und vom 21. Dezember 2004, 6N-105/04-27).

Im gegenständlichen Fall bekämpft die Antragstellerin sowohl das Ausscheiden ihres Angebotes als auch die auf ein Konkurrenzunternehmen lautende Zuschlagsentscheidung. Die Auftraggeberseite argumentiert, dass angesichts der rechtskonform erfolgten Ausscheidensentscheidung durch eine Zuschlagserteilung an einen Mitbieter kein Schaden erwachsen könne, weshalb der Antragstellerin die Antragslegitimation abzusprechen sei. Im Hinblick auf die angefochtene Ausscheidensentscheidung bildet aber gerade die Beurteilung des Vorgehens des Auftraggebers nach § 98 BVergG den Gegenstand der Sachentscheidung. Im Hinblick auf die zuvor ins Treffen geführte Rechtsprechung des VwGH ist jedenfalls das Vorliegen der Antragslegitimation zu bejahen. Im gegenständlichen Fall bekämpft die Antragstellerin sowohl das Ausscheiden ihres Angebotes als auch die auf ein Konkurrenzunternehmen lautende Zuschlagsentscheidung. Die Auftraggeberseite argumentiert, dass angesichts der rechtskonform erfolgten Ausscheidensentscheidung durch eine Zuschlagserteilung an einen Mitbieter kein Schaden erwachsen könne, weshalb der Antragstellerin die Antragslegitimation abzusprechen sei. Im Hinblick auf die angefochtene

Ausscheidensentscheidung bildet aber gerade die Beurteilung des Vorgehens des Auftraggebers nach Paragraph 98, BVergG den Gegenstand der Sachentscheidung. Im Hinblick auf die zuvor ins Treffen geführte Rechtsprechung des VwGH ist jedenfalls das Vorliegen der Antragslegitimation zu bejahen.

Hinsichtlich der Zuschlagsentscheidung werden von der Antragstellerin mit dem zu unrecht erfolgten Ausscheiden, der nicht eingetretenen Rechtsnachfolge durch die ÖBB-Infrastruktur Bau AG sowie der nicht entsprechenden Fertigung der Zuschlagsentscheidung drei allfällige Rechtswidrigkeiten behauptet. Die Beurteilung des Ausscheidens stellt somit wiederum einen wesentlichen Gegenstand der Sachentscheidung dar. Bei Verneinung einer Rechtsnachfolge wäre wiederum - angesichts der Fülle an Entscheidungen, die seitens der ÖBB-Infrastruktur Bau AG bereits getroffen wurden - von einem gebotenen Widerruf der Ausschreibung auszugehen. Diesbezüglich würde der Antragstellerin trotz allenfalls zu Recht erfolgten Ausscheidens die Beteiligungsmöglichkeit am Nachfolgeverfahren verloren gehen. Die Beurteilung der Frage, ob ein Widerruf geboten ist, bildet somit ebenfalls einen maßgeblichen weiteren Gegenstand der Sachentscheidung. Es ist daher in Ansehung der Ausführungen des VwGH vom 25. Juni 2003, 2001/04/0202, der Antragstellerin auch bezüglich der Zuschlagsentscheidung die Antragslegitimation zu zusprechen. Ein "Splitting" der Antragslegitimation im Hinblick auf die einzelnen gegen eine Auftraggeberentscheidung geltend gemachten Rechtswidrigkeiten erscheint im Übrigen trotz des Wortlauts des § 163 Abs 1 BVergG ("...sofern durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht") nicht geboten. Hinsichtlich der Zuschlagsentscheidung werden von der Antragstellerin mit dem zu unrecht erfolgten Ausscheiden, der nicht eingetretenen Rechtsnachfolge durch die ÖBB-Infrastruktur Bau AG sowie der nicht entsprechenden Fertigung der Zuschlagsentscheidung drei allfällige Rechtswidrigkeiten behauptet. Die Beurteilung des Ausscheidens stellt somit wiederum einen wesentlichen Gegenstand der Sachentscheidung dar. Bei Verneinung einer Rechtsnachfolge wäre wiederum - angesichts der Fülle an Entscheidungen, die seitens der ÖBB-Infrastruktur Bau AG bereits getroffen wurden - von einem gebotenen Widerruf der Ausschreibung auszugehen. Diesbezüglich würde der Antragstellerin trotz allenfalls zu Recht erfolgten Ausscheidens die Beteiligungsmöglichkeit am Nachfolgeverfahren verloren gehen. Die Beurteilung der Frage, ob ein Widerruf geboten ist, bildet somit ebenfalls einen maßgeblichen weiteren Gegenstand der Sachentscheidung. Es ist daher in Ansehung der Ausführungen des VwGH vom 25. Juni 2003, 2001/04/0202, der Antragstellerin auch bezüglich der Zuschlagsentscheidung die Antragslegitimation zu zusprechen. Ein "Splitting" der Antragslegitimation im Hinblick auf die einzelnen gegen eine Auftraggeberentscheidung geltend gemachten Rechtswidrigkeiten erscheint im Übrigen trotz des Wortlauts des Paragraph 163, Absatz eins, BVergG ("...sofern durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht") nicht geboten.

1. b) Litera b

Ausscheidensentscheidung

Gemäß § 98 Z 1 BVergG hat die vergebende Stelle (bzw. der Auftraggeber) vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auf Grund des Ergebnisses seiner Prüfung Angebote von Bietern auszuschneiden, bei welchen die finanzielle, wirtschaftliche oder technische Leistungsfähigkeit oder die Zuverlässigkeit nicht gegeben ist. Wenngleich § 98 BVergG - wie von der Antragstellerin vorgebracht - im Sektorenbereich mangels eines entsprechenden Verweises grundsätzlich nicht zur Anwendung gelangt, so bejaht das Bundesvergabeamt doch in mittlerweile ständiger Rechtsprechung im (Um)Weg des § 21 BVergG eine mittelbare Geltung. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass es einem Auftraggeber gerade bei den privilegierten Tätigkeiten verwehrt bleibt, mit wie auch immer gearteten Mängeln behaftete Angebote auszuschneiden (vgl. BVA vom 28. April 2003, 17N-26/03-15, RPA 2003, 134; vom 4. März 2004, 16N-8/04-14; vom 20. Februar 2004, 16N-144/03-36, RPA mit Anm. Reisner sowie Fink/Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht 2 [2005] 176). Im gegenständlichen Fall wurde in der Ausschreibung zudem ausdrücklich die Geltung des § 98 BVergG festgeschrieben. Gemäß Paragraph 98, Ziffer eins, BVergG hat die vergebende Stelle (bzw. der Auftraggeber) vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auf Grund des Ergebnisses seiner Prüfung Angebote von Bietern auszuschneiden, bei welchen die finanzielle, wirtschaftliche oder technische Leistungsfähigkeit oder die Zuverlässigkeit nicht gegeben ist. Wenngleich Paragraph 98, BVergG - wie von der Antragstellerin vorgebracht - im Sektorenbereich mangels eines entsprechenden Verweises grundsätzlich nicht zur Anwendung gelangt, so bejaht das Bundesvergabeamt doch in mittlerweile ständiger Rechtsprechung im (Um)Weg des Paragraph 21, BVergG eine mittelbare Geltung. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass es einem Auftraggeber gerade bei den privilegierten Tätigkeiten verwehrt bleibt, mit wie auch immer gearteten Mängeln behaftete Angebote auszuschneiden vergleiche BVA vom 28. April 2003, 17N-26/03-15, RPA 2003, 134; vom 4. März 2004, 16N-8/04-14; vom 20. Februar

2004, 16N-144/03-36, RPA mit Anmerkung Reisner sowie Fink/Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht 2 [2005] 176). Im gegenständlichen Fall wurde in der Ausschreibung zudem ausdrücklich die Geltung des Paragraph 98, BVergG festgeschrieben.

§ 97 Abs 1 BVergG sieht vor, dass während eines offenen Verfahrens Aufklärungsgespräche zum Einholen von Auskünften unter anderem über die wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit zulässig sind. Nach Abs 3 leg.cit. sind derartige Aufklärungsgespräche kommissionell zu führen und die Gründe und Ergebnisse in einer Niederschrift festzuhalten. Auch diese Bestimmung besitzt mangels Verweises keine Geltung im Sektorenbereich. Es erscheint aber nahe liegend und zulässig, dass sich ein im Sektorenbereich tätiger Auftraggeber an den Vorgaben des § 97 BVergG orientiert, um - durchaus im Interesse der Bieter - dem Grundsatz eines fairen und lauterer Wettbewerbs nach § 21 Abs 1 BVergG sowie der Forderung der Rechtsprechung nach kontradiktorischer Angebotsprüfung (zB EuGH vom 27. November 2001, Rs C-285/99 und C-286/99, "Lombardini und Mantovani") zu genügen. Das diesbezügliche Vorgehen des Auftraggebers ist somit - entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin - als rechtskonform einzustufen. Paragraph 97, Absatz eins, BVergG sieht vor, dass während eines offenen Verfahrens Aufklärungsgespräche zum Einholen von Auskünften unter anderem über die wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit zulässig sind. Nach Absatz 3, leg.cit. sind derartige Aufklärungsgespräche kommissionell zu führen und die Gründe und Ergebnisse in einer Niederschrift festzuhalten. Auch diese Bestimmung besitzt mangels Verweises keine Geltung im Sektorenbereich. Es erscheint aber nahe liegend und zulässig, dass sich ein im Sektorenbereich tätiger Auftraggeber an den Vorgaben des Paragraph 97, BVergG orientiert, um - durchaus im Interesse der Bieter - dem Grundsatz eines fairen und lauterer Wettbewerbs nach Paragraph 21, Absatz eins, BVergG sowie der Forderung der Rechtsprechung nach kontradiktorischer Angebotsprüfung (zB EuGH vom 27. November 2001, Rs C-285/99 und C-286/99, "Lombardini und Mantovani") zu genügen. Das diesbezügliche Vorgehen des Auftraggebers ist somit - entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin - als rechtskonform einzustufen.

Der Ausschreibung lässt sich nun betreffend die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit die Forderung entnehmen, dass der spartenspezifische Umsatz im Untertagebau in den letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahren durchschnittlich zumindest Euro 30 Millionen zu betragen hat. Bereits mit dem Angebot hatten die einzelnen Bieter eine betreffende Erklärung abzugeben. Die diesbezügliche Erklärung der Antragstellerin, die ihrem Angebot vom 29. November 2004 beigegeben wurde, weist nun für die Jahre 2001 bis 2003 einen durchschnittlichen Umsatz von etwa Euro 20 Millionen aus. Im ersten Aufklärungsgespräch wurde dies mit dem Hinweis auf die schlechte Konjunktur bestätigt. In ihrem Antragsvorbringen tritt die Antragstellerin dieser Abfolge nicht entgegen, bestreitet aber die sachliche Rechtfertigung dieser Vorgabe und legt dar, dass ihre Umsätze bei Einrechnung ihrer Beteiligungen an Arbeitsgemeinschaften (eigentlich) Euro 30 Millionen bei weitem überschreiten würden.

Zu diesem Vorbringen ist zunächst darauf zu verweisen, dass die Ausschreibung vor Ablauf der Angebotsfrist nicht angefochten wurde. Demgemäß ist nach dem Zusammenspiel von gesondert anfechtbaren Entscheidungen gemäß § 20 Z 13 BVergG und den Fallfristen des § 169 BVergG Präklusion eingetreten. Die Ausschreibung ist bestandsfest geworden. Ein Hinterfragen der sachlichen Rechtfertigung der Umsatzschwelle bleibt somit dem Bundesvergabeamt verwehrt, zumal eine Unmöglichkeit, die Ausschreibungsvorgaben in gleicher Weise auf alle Bieter anzuwenden, weder behauptet wurde noch anderweitig zutage getreten ist (vgl BVA vom 20. März 2003, 12N-10/03-11, RPA 2003, 53 mit Anm. Mecenovic; vom 23. Juni 2003, 6N-41/03-15, RPA 2003, 292 mit Anm. Hofer; vom 29. August 2003, 13N-72/03- 11, ZVB 2004, 13 mit Anm. Möslinger-Gehmayr; vom 2. Oktober 2003, 16N-74/03-21 sowie vom 12. Dezember 2003, 4N-107/03-38). Überdies ist festzuhalten, dass der Antragstellerin entgegen ihrem Vorbringen ausreichend Gelegenheit zur Aufklärung gegeben wurde. Der Auftraggeber musste somit zum maßgeblichen Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung zu dem Schluss gelangen, dass die in der Ausschreibung vorgegebene Hürde für die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit nicht "übersprungen" wird. Es war daher zu Recht von der Verwirklichung des Ausscheidenstatbestands des § 98 Z 1 BVergG auszugehen. In diesem Zusammenhang ist weiters anzumerken, dass der Auftraggeber - auch im Sektorenbereich - gehalten ist, sich an die eigenen, in Bestandskraft erwachsenen Ausschreibungsbedingungen zu halten. Bei einem nachträglichen Abgehen käme es zur Verletzung des Gleichbehandlungsgebots, zumal der einzelne Bieter auf die Geltung der Ausschreibungsvorgaben vertrauen darf (siehe zB BVA vom 17. Dezember 2004, 7N-115/04-30). Zu diesem Vorbringen ist zunächst darauf zu verweisen, dass die Ausschreibung vor Ablauf der Angebotsfrist nicht angefochten wurde. Demgemäß ist nach dem Zusammenspiel von gesondert anfechtbaren Entscheidungen gemäß Paragraph 20, Ziffer 13, BVergG und den Fallfristen des Paragraph

169, BVergG Präklusion eingetreten. Die Ausschreibung ist bestandsfest geworden. Ein Hinterfragen der sachlichen Rechtfertigung der Umsatzschwelle bleibt somit dem Bundesvergabeamt verwehrt, zumal eine Unmöglichkeit, die Ausschreibungsvorgaben in gleicher Weise auf alle Bieter anzuwenden, weder behauptet wurde noch anderweitig zutage getreten ist vergleiche BVA vom 20. März 2003, 12N-10/03-11, RPA 2003, 53 mit Anmerkung Mecenovic; vom 23. Juni 2003, 6N-41/03-15, RPA 2003, 292 mit Anmerkung Hofer; vom 29. August 2003, 13N-72/03-11, ZVB 2004, 13 mit Anmerkung Möslinger-Gehmayr; vom 2. Oktober 2003, 16N-74/03-21 sowie vom 12. Dezember 2003, 4N-107/03-38). Überdies ist festzuhalten, dass der Antragstellerin entgegen ihrem Vorbringen ausreichend Gelegenheit zur Aufklärung gegeben wurde. Der Auftraggeber musste somit zum maßgeblichen Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung zu dem Schluss gelangen, dass die in der Ausschreibung vorgegebene Hürde für die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit nicht "übersprungen" wird. Es war daher zu Recht von der Verwirklichung des Ausscheidenstatbestands des Paragraph 98, Ziffer eins, BVergG auszugehen. In diesem Zusammenhang ist weiters anzumerken, dass der Auftraggeber - auch im Sektorenbereich - gehalten ist, sich an die eigenen, in Bestandskraft erwachsenen Ausschreibungsbedingungen zu halten. Bei einem nachträglichen Abgehen käme es zur Verletzung des Gleichbehandlungsgebots, zumal der einzelne Bieter auf die Geltung der Ausschreibungsvorgaben vertrauen darf (siehe zB BVA vom 17. Dezember 2004, 7N-115/04-30).

Hinsichtlich der technischen Leistungsfähigkeit findet sich in Punkt 4.4.5 der Ausschreibungsunterlagen eine - insoweit ist der Antragstellerin beizupflichten - sprachlich eher verunglückte Formulierung. Die Interpretation einer Ausschreibung hat nach ständiger Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes sowie dem einschlägigen Schrifttum nach den Regeln der §§ 914f ABGB zu erfolgen (vgl. BVA vom 5. November 2003, 8N-94/03-192; vom 23. Februar 2004, 10N-145/03-19 sowie Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Es ist daher nicht nur auf den Wortsinn, sondern auch auf die dem Erklärungsempfänger (Bieter) erkennbare Absicht des Erklärenden (Auftraggeber) abzustellen (Estermann in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht 2 [2005] 263f). Nach Sicht des OGH kommt es "bei der Auslegung von Ausschreibungsbedingungen darauf an, wie diese bei objektiver Beurteilung der Sache vom Bieter zu verstehen waren, wobei bei Unklarheiten vor allem dem Geschäftszweck, der redlicher Weise der Erklärung zu unterstellen ist, und der Interessenslage Bedeutung" beizumessen ist (OGH vom 20. Jänner 2000, 6 Ob 69/99m). Hinsichtlich der technischen Leistungsfähigkeit findet sich in Punkt 4.4.5 der Ausschreibungsunterlagen eine - insoweit ist der Antragstellerin beizupflichten - sprachlich eher verunglückte Formulierung. Die Interpretation einer Ausschreibung hat nach ständiger Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes sowie dem einschlägigen Schrifttum nach den Regeln der Paragraphen 914 f, ABGB zu erfolgen vergleiche BVA vom 5. November 2003, 8N-94/03-192; vom 23. Februar 2004, 10N-145/03-19 sowie Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Es ist daher nicht nur auf den Wortsinn, sondern auch auf die dem Erklärungsempfänger (Bieter) erkennbare Absicht des Erklärenden (Auftraggeber) abzustellen (Estermann in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht 2 [2005] 263f). Nach Sicht des OGH kommt es "bei der Auslegung von Ausschreibungsbedingungen darauf an, wie diese bei objektiver Beurteilung der Sache vom Bieter zu verstehen waren, wobei bei Unklarheiten vor allem dem Geschäftszweck, der redlicher Weise der Erklärung zu unterstellen ist, und der Interessenslage Bedeutung" beizumessen ist (OGH vom 20. Jänner 2000, 6 Ob 69/99m).

Im gegenständlichen Fall ist die im ersten Satz des Punktes

4.4.5 anzutreffende Forderung nach Erbringung vergleichbarer Arbeiten in den letzten fünf Jahren zweifellos in Beziehung zu den unmittelbar zuvor ins Treffen geführten ausgeschriebenen Leistungen zu setzen. Die nachfolgende Punktation kann in ihrem Konnex nur dahingehend verstanden werden, dass jedenfalls ein Schachtprojekt im offenen Abteufen mit mindestens 5 Meter Durchmesser und mindestens 20 Meter Tiefe nachzuweisen ist. Dies scheint letztlich auch die Antragstellerin anzuerkennen, spricht sie doch in ihrem (Antrags)Vorbringen davon, dass die "Kriterien jedenfalls sinngemäß erfüllt wurden" sowie von einer "geringfügige[n] Unterschreitung dieser Richtwerte". Hinsichtlich der sachlichen Rechtfertigung einer Forderung von 20 Meter Schachttiefe ist auf die zuvor getätigten Ausführungen zur Präklusion zu verweisen. Anzumerken ist zudem, dass die Vertreter der Antragstellerin im ersten Aufklärungsgespräch vom 10. Dezember 2004 ausdrücklich das Unterschreiten der diesbezüglichen Vorgabe bestätigten. Der Auftraggeber hatte somit das Angebot der Antragstellerin überdies wegen Fehlens hinreichender technischer Leistungsfähigkeit gemäß § 98 Z 1 BVergG auszuschneiden. Dabei konnte er sich auf die zum maßgeblichen Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung vorliegenden Ergebnisse des kontradiktorischen Mängelbehebungsverfahrens stützen. Ein allenfalls nach Treffen der Zuschlagsentscheidung hervor kommendes Erfüllen der Ausschreibungsvorgaben kann dem

Auftraggeber bei entsprechend durchgeführter Angebotsprüfung nicht angelastet werden. 4.4.5 anzutreffende Forderung nach Erbringung vergleichbarer Arbeiten in den letzten fünf Jahren zweifellos in Beziehung zu den unmittelbar zuvor ins Treffen geführten ausgeschriebenen Leistungen zu setzen. Die nachfolgende Punktation kann in ihrem Konnex nur dahingehend verstanden werden, dass jedenfalls ein Schachtprojekt im offenen Abteufen mit mindestens 5 Meter Durchmesser und mindestens 20 Meter Tiefe nachzuweisen ist. Dies scheint letztlich auch die Antragstellerin anzuerkennen, spricht sie doch in ihrem (Antrags)Vorbringen davon, dass die "Kriterien jedenfalls sinngemäß erfüllt wurden" sowie von einer "geringfügige[n] Unterschreitung dieser Richtwerte". Hinsichtlich der sachlichen Rechtfertigung einer Forderung von 20 Meter Schachttiefe ist auf die zuvor getätigten Ausführungen zur Präklusion zu verweisen. Anzumerken ist zudem, dass die Vertreter der Antragstellerin im ersten Aufklärungsgespräch vom 10. Dezember 2004 ausdrücklich das Unterschreiten der diesbezüglichen Vorgabe bestätigten. Der Auftraggeber hatte somit das Angebot der Antragstellerin überdies wegen Fehlens hinreichender technischer Leistungsfähigkeit gemäß Paragraph 98, Ziffer eins, BVergG auszuschneiden. Dabei konnte er sich auf die zum maßgeblichen Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung vorliegenden Ergebnisse des kontradiktorischen Mängelbehebungsverfahrens stützen. Ein allenfalls nach Treffen der Zuschlagsentscheidung hervor kommendes Erfüllen der Ausschreibungsvorgaben kann dem Auftraggeber bei entsprechend durchgeführter Angebotsprüfung nicht angelastet werden.

Angesichts der zuvor getätigten Ausführungen war der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung abzuweisen. Festzuhalten bleibt zudem, dass im Hinblick auf die Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes zur Behandlung eines Antrages auf Nichtigerklärung einer bloß verbunden anfechtbaren Entscheidung eine inhaltliche Prüfung der Ausscheidensentscheidung vorzunehmen war (siehe eingehend BVA 26. April 2004, 12N-2/04-55 mwN, ZVB 2004/62 mit Anm. Huber-Matauschek/Etlinger). Angesichts der zuvor getätigten Ausführungen war der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung abzuweisen. Festzuhalten bleibt zudem, dass im Hinblick auf die Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes zur Behandlung eines Antrages auf Nichtigerklärung einer bloß verbunden anfechtbaren Entscheidung eine inhaltliche Prüfung der Ausscheidensentscheidung vorzunehmen war (siehe eingehend BVA 26. April 2004, 12N-2/04-55 mwN, ZVB 2004/62 mit Anmerkung Huber-Matauschek/Etlinger).

c) Zuschlagsentscheidung

Neben dem - wie zuvor dargelegt - zu Recht erfolgten Ausscheiden ihres Angebots erblickte die Antragstellerin insbesondere im Tätigwerden der ÖBB-Infrastruktur Bau AG eine weitere Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung. Hiezu ist festzuhalten, dass die Einleitung des gegenständlichen Vergabeverfahrens durch die HL-AG erfolgte. Sowohl die Bekanntmachungen als auch die Ausschreibungsunterlagen weisen ausschließlich die HL-AG als Auftraggeber aus. Die einzelnen Auftraggebervertreter traten im Rahmen des ersten Aufklärungsgesprächs am 10. Dezember 2004 im Namen der HL-AG auf. Im Zuge dieses Gesprächs wurde bereits auf den bevorstehenden Unternehmensübergang hingewiesen. Überdies musste die Antragstellerin bereits zum Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens mit einer Umstrukturierung auf der Auftraggeberseite rechnen. Das Bundesbahnstrukturgesetz 2003 wurde trotz eines grundsätzlichen Inkrafttretens mit 1. Jänner 2005 - wohl auch aus Rechtssicherheitsüberlegungen - bereits am 30. Dezember 2003(!) im BGBl. I Nr. 138/2003 kundgemacht. Dieses enthält wiederum einen § 32 Bundesbahngesetz, dem unmissverständlich eine Gesamtrechtsnachfolge der ÖBB-Infrastruktur Bau AG gegenüber der HL-AG mit Ablauf des 31. Dezember 2004 zu entnehmen ist. Neben dem - wie zuvor dargelegt - zu Recht erfolgten Ausscheiden ihres Angebots erblickte die Antragstellerin insbesondere im Tätigwerden der ÖBB-Infrastruktur Bau AG eine weitere Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung. Hiezu ist festzuhalten, dass die Einleitung des gegenständlichen Vergabeverfahrens durch die HL-AG erfolgte. Sowohl die Bekanntmachungen als auch die Ausschreibungsunterlagen weisen ausschließlich die HL-AG als Auftraggeber aus. Die einzelnen Auftraggebervertreter traten im Rahmen des ersten Aufklärungsgesprächs am 10. Dezember 2004 im Namen der HL-AG auf. Im Zuge dieses Gesprächs wurde bereits auf den bevorstehenden Unternehmensübergang hingewiesen. Überdies musste die Antragstellerin bereits zum Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens mit einer Umstrukturierung auf der Auftraggeberseite rechnen. Das Bundesbahnstrukturgesetz 2003 wurde trotz eines grundsätzlichen Inkrafttretens mit 1. Jänner 2005 - wohl auch aus Rechtssicherheitsüberlegungen - bereits am 30. Dezember 2003(!) im Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 138 aus 2003, kundgemacht. Dieses enthält wiederum einen Paragraph 32, Bundesbahngesetz, dem unmissverständlich eine Gesamtrechtsnachfolge der ÖBB-Infrastruktur Bau AG gegenüber der HL-AG mit Ablauf des 31. Dezember 2004 zu entnehmen ist.

Der Antragstellerin ist allerdings zu zustimmen, dass angesichts eines offenkundigen Versehens des Gesetzgebers der

§ 41 Bundesbahngesetz idF BGBl. I Nr. 138/2003 für die Verschmelzung von HL-AG und ÖBB-Infrastruktur Bau AG keine Geltung besitzt. Demgemäß kommt die gesetzliche Fiktion einer Rechtswirksamkeit der Umstrukturierungsmaßnahme unabhängig von der Firmenbucheintragung mit Ablauf des 31. Dezember 2004 für den gegenständlichen Verschmelzungsvorgang nicht zum Tragen. Eine betreffende Firmenbucheintragung ist bislang noch nicht erfolgt, sodass entgegen der Intention des Gesetzgebers die Gesamtrechtsnachfolge noch keine Wirksamkeit erlangt hat (zum konstitutiven Charakter der Firmenbucheintragung bei der Verschmelzung siehe zB Szep in Jabornegg/Strasser, Kommentar zum Aktiengesetz III4 [2001] Rz 10 zu § 219). Dies dürfte auch die Auftraggeberseite erkannt haben, sodass mit notariell beglaubigtem Übergabeprotokoll vom 15. Dezember 2004 der zulässige Weg einer Einzelrechtsnachfolge (zunächst) der - in weiterer Folge in die ÖBB-Infrastruktur Bau AG umgewandelten - ÖBB gewählt wurde. In der betreffenden Beilage (siehe OZ 4) wird ausdrücklich auf das verfahrensgegenständliche Vorhaben verwiesen. Der Antragstellerin ist allerdings zu zustimmen, dass angesichts eines offenkundigen Versehens des Gesetzgebers der Paragraph 41, Bundesbahngesetz in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 138 aus 2003, für die Verschmelzung von HL-AG und ÖBB-Infrastruktur Bau AG keine Geltung besitzt. Demgemäß kommt die gesetzliche Fiktion einer Rechtswirksamkeit der Umstrukturierungsmaßnahme unabhängig von der Firmenbucheintragung mit Ablauf des 31. Dezember 2004 für den gegenständlichen Verschmelzungsvorgang nicht zum Tragen. Eine betreffende Firmenbucheintragung ist bislang noch nicht erfolgt, sodass entgegen der Intention des Gesetzgebers die Gesamtrechtsnachfolge noch keine Wirksamkeit erlangt hat (zum konstitutiven Charakter der Firmenbucheintragung bei der Verschmelzung siehe zB Szep in Jabornegg/Strasser, Kommentar zum Aktiengesetz III4 [2001] Rz 10 zu Paragraph 219,). Dies dürfte auch die Auftraggeberseite erkannt haben, sodass mit notariell beglaubigtem Übergabeprotokoll vom 15. Dezember 2004 der zulässige Weg einer Einzelrechtsnachfolge (zunächst) der - in weiterer Folge in die ÖBB-Infrastruktur Bau AG umgewandelten - ÖBB gewählt wurde. In der betreffenden Beilage (siehe OZ 4) wird ausdrücklich auf das verfahrensgegenständliche Vorhaben verwiesen.

Unabhängig davon, ob man diese Vorgehensweise angesichts des Stadiums vor Abschluss eines Vertrages als Übertragung von Gestaltungsrechten bewertet (siehe Ertl in Rummel, Kommentar zum ABGB II³ [2002] Rz 5 zu § 1393) oder bereits der Rechtsprechung zur Vertragsübernahme Berücksichtigung schenkt (vgl. OGH vom 17. Jänner 1990, 1Ob 719/89 JBl 1990, 717; vom 9. Juli 1996, 4Ob 2146/96 JBl 1997, 169; Krejci zu OGH vom 10. Jänner 1984, 4Ob 193/82, JBl 1986, 133 sowie Reich-Rohrwig, Unternehmenskauf und Beteiligungserwerb I, ecolex 1990, 140), bedarf es jedenfalls einer Zustimmung der Antragstellerin, um ihr gegenüber eine wirksame Rechtsnachfolge sicherzustellen. Eine derartige Zustimmung kann durchaus im Wege schlüssiger Handlungen erfolgen. Für die Konkludenz, somit die Schlüssigkeit eines Verhaltens im Hinblick auf das Vorliegen eines rechtsgeschäftlichen Willens legt § 863 ABGB einen durchaus strengen Maßstab an. Es darf kein vernünftiger Grund des Zweifels verbleiben (vgl. Rummel in Rummel, Kommentar zum ABGB I 3 [2000] Rz 14 zu § 863 sowie Apathy in Schwimann, ABGB 3 [1997] Rz 19 zu § 863; siehe aber auch § 362 HGB). Unabhängig davon, ob man diese Vorgehensweise angesichts des Stadiums vor Abschluss eines Vertrages als Übertragung von Gestaltungsrechten bewertet (siehe Ertl in Rummel, Kommentar zum ABGB II³ [2002] Rz 5 zu Paragraph 1393,) oder bereits der Rechtsprechung zur Vertragsübernahme Berücksichtigung schenkt vergleiche OGH vom 17. Jänner 1990, 1Ob 719/89 JBl 1990, 717; vom 9. Juli 1996, 4Ob 2146/96 JBl 1997, 169; Krejci zu OGH vom 10. Jänner 1984, 4Ob 193/82, JBl 1986, 133 sowie Reich-Rohrwig, Unternehmenskauf und Beteiligungserwerb römisch eins, ecolex 1990, 140), bedarf es jedenfalls einer Zustimmung der Antragstellerin, um ihr gegenüber eine wirksame Rechtsnachfolge sicherzustellen. Eine derartige Zustimmung kann durchaus im Wege schlüssiger Handlungen erfolgen. Für die Konkludenz, somit die Schlüssigkeit eines Verhaltens im Hinblick auf das Vorliegen eines rechtsgeschäftlichen Willens legt Paragraph 863, ABGB einen durchaus strengen Maßstab an. Es darf kein vernünftiger Grund des Zweifels verbleiben vergleiche Rummel in Rummel, Kommentar zum ABGB römisch eins 3 [2000] Rz 14 zu Paragraph 863, sowie Apathy in Schwimann, ABGB 3 [1997] Rz 19 zu Paragraph 863,; siehe aber auch Paragraph 362, HGB).

Im gegenständlichen Fall hat die Antragstellerin - wie in der mündlichen Verhandlung zutage getreten - bereits im vorherigen Wissen um das nunmehrige Tätigwerden der ÖBB-Infrastruktur Bau AG am zweiten Aufklärungsgespräch am 14. Jänner 2005 teilgenommen. Auf Grund der zuvor übermittelten Fragen wusste sie auch um das zu besprechende Thema, nämlich die Detailkalkulation ihres Angebotes. In Kenntnis dieser Sachlage wurde unter anderem mit dem - zwar nicht zur Einzelvertretung berechtigten - Geschäftsführer J*** und dem Leiter des Tunnelbaus der in Gründung befindlichen Österreich-Tochter der Antragstellerin maßgebliche Vertreter entsandt. Diesen wurde die erfolgte Umstrukturierung (nochmals) mitgeteilt. Es wurden dagegen keine Einwände erhoben; das mehrfach mit dem Logo der ÖBB-Infrastruktur Bau AG versehene Protokoll wurde vorbehaltlos unterfertigt. Durch die

Entsendung informierter Vertreter zu einem Aufklärungsgespräch, im Rahmen dessen das "heikle" Thema der Kalkulation zu behandeln war, und das Unterbleiben jeglichen Einwands wurde aus Sicht des Senats dem Auftreten der ÖBB-Infrastruktur Bau AG anstelle der HL-AG und somit der Rechtsnachfolge in schlüssiger Weise zugestimmt. Angesichts dieser Abfolge kommt auch dem - in der mündlichen Verhandlung geäußerten - Umstand, dass durch die Antragstellerin keine dem Handelsregister entsprechende Beschickung erfolgte und somit auch keine diese bindende (Willens)Erklärung abgegeben werden konnte, keine Relevanz zu. Mit dieser Bewertung sieht sich der Senat im Einklang mit der Rechtsprechung des OGH; wurde doch von diesem eine schlüssige Zustimmung zu einer Vertragsübernahme beispielsweise bei Fortsetzung eines vertragsgemäßen Verhaltens angenommen (siehe wiederum Rummel in Rummel, Kommentar zum ABGB I 3 [2000] Rz 1 zu § 863). Ähnlich lässt sich bei einem dem vorvertraglichen Stadium zuzuordnenden Vergabeverfahren bei unveränderter Teilnahme argumentieren. Im gegenständlichen Fall hat die Antragstellerin - wie in der mündlichen Verhandlung zutage getreten - bereits im vorherigen Wissen um das nunmehrige Tätigwerden der ÖBB-Infrastruktur Bau AG am zweiten Aufklärungsgespräch am 14. Jänner 2005 teilgenommen. Auf Grund der zuvor übermittelten Fragen wusste sie auch um das zu besprechende Thema, nämlich die Detailkalkulation ihres Angebotes. In Kenntnis dieser Sachlage wurde unter anderem mit dem - zwar nicht zur Einzelvertretung berechtigten - Geschäftsführer J*** und dem Leiter des Tunnelbaus der in Gründung befindlichen Österreich-Tochter der Antragstellerin maßgebliche Vertreter entsandt. Diesen wurde die erfolgte Umstrukturierung (nochmals) mitgeteilt. Es wurden dagegen keine Einwände erhoben; das mehrfach mit dem Logo der ÖBB-Infrastruktur Bau AG versehene Protokoll wurde vorbehaltlos unterfertigt. Durch die Entsendung informierter Vertreter zu einem Aufklärungsgespräch, im Rahmen dessen das "heikle" Thema der Kalkulation zu behandeln war, und das Unterbleiben jeglichen Einwands wurde aus Sicht des Senats dem Auftreten der ÖBB-Infrastruktur Bau AG anstelle der HL-AG und somit der Rechtsnachfolge in schlüssiger Weise zugestimmt. Angesichts dieser Abfolge kommt auch dem - in der mündlichen Verhandlung geäußerten - Umstand, dass durch die Antragstellerin keine dem Handelsregister entsprechende Beschickung erfolgte und somit auch keine diese bindende (Willens)Erklärung abgegeben werden konnte, keine Relevanz zu. Mit dieser Bewertung sieht sich der Senat im Einklang mit der Rechtsprechung des OGH; wurde doch von diesem eine schlüssige Zustimmung zu einer Vertragsübernahme beispielsweise bei Fortsetzung eines vertragsgemäßen Verhaltens angenommen (siehe wiederum Rummel in Rummel, Kommentar zum ABGB römisch eins 3 [2000] Rz 1 zu Paragraph 863.). Ähnlich lässt sich bei einem dem vorvertraglichen Stadium zuzuordnenden Vergabeverfahren bei unveränderter Teilnahme argumentieren.

Die Antragstellerin konnte überdies im Kontrollverfahren nicht darlegen, inwiefern bei Tätigwerden derselben Akteure auf der Auftraggeberseite ihre Position durch das Auftreten der ÖBB-Infrastruktur Bau AG beeinträchtigt wird. Die ausweichenden Antworten des Zeugen G*** in der mündlichen Verhandlung sowie die - nahezu zeitgleich mit der gegenständlichen Antragstellung - erfolgte Zustimmung im benachbarten Baulos legen den Schluss nahe, dass gegen einen Vertragsabschluss mit der ÖBB-Infrastruktur Bau AG tatsächlich keine Vorbehalte bestehen. Vielmehr scheint es, dass gegen das Tätigwerden der ÖBB-Infrastruktur Bau AG erst mit der auf einen Konkurrenten lautenden Zuschlagsentscheidung Bedenken "hervorgekommen" sind. Dies belegt auch das im Vorfeld der Zuschlagsentscheidung in der verfahrensgegenständlichen Vergabesache an die "Österr. Bundesbahnen" adressierte Schreiben des Vertreters der Antragstellerin vom 26. Jänner 2005. Es war daher von einem zivilrechtlich wie auch aus der Warte der allgemeinen Vergabegrundsätze des § 21 BVergG zulässigen Auftraggeberwechsel auszugehen. Die Antragstellerin konnte überdies im Kontrollverfahren nicht darlegen, inwiefern bei Tätigwerden derselben Akteure auf der Auftraggeberseite ihre Position durch das Auftreten der ÖBB-Infrastruktur Bau AG beeinträchtigt wird. Die ausweichenden Antworten des Zeugen G*** in der mündlichen Verhandlung sowie die - nahezu zeitgleich mit der gegenständlichen Antragstellung - erfolgte Zustimmung im benachbarten Baulos legen den Schluss nahe, dass gegen einen Vertragsabschluss mit der ÖBB-Infrastruktur Bau AG tatsächlich keine Vorbehalte bestehen. Vielmehr scheint es, dass gegen das Tätigwerden der ÖBB-Infrastruktur Bau AG erst mit der auf einen Konkurrenten lautenden Zuschlagsentscheidung Bedenken "hervorgekommen" sind. Dies belegt auch das im Vorfeld der Zuschlagsentscheidung in der verfahrensgegenständlichen Vergabesache an die "Österr. Bundesbahnen" adressierte Schreiben des Vertreters der Antragstellerin vom 26. Jänner 2005. Es war daher von einem zivilrechtlich wie auch aus der Warte der allgemeinen Vergabegrundsätze des Paragraph 21, BVergG zulässigen Auftraggeberwechsel auszugehen.

Zuletzt ist auf das Vorbringen der Antragstellerin einzugehen, wonach die am 11. Februar 2005 übermittelte Zuschlagsentscheidung angesichts der bislang unterbliebenen Firmenbucheintragung der ÖBB-Infrastruktur Bau AG

nicht entsprechend gefertigt sei. Hiezu ist auf eine jüngere Entscheidung des Bundesvergabeamtes zu verweisen, wonach gemäß §§ 169 und 100 Abs 2 BVergG für einen Bieter beim Erhalt einer Telefaxübermittlung mit einer dem § 20 Z 42 BVergG entsprechenden Botschaft klar zu sein hat, dass er nunmehr ein Dokument in Händen hält, auf Grundlage dessen eine Zuschlagserteilung erfolgen soll und demzufolge der Ablauf der Präklusionsfrist gemäß § 169 BVergG zur Anfechtung der Zuschlagsentscheidung droht. Für den Bieter muss somit objektiv redlich erkennbar sein, dass er nunmehr 14 Tage Zeit haben wird, um einen Nachprüfungsantrag einzubringen (siehe BVA vom 17. Februar 2004, 8N-10/02-27). Dies ist im gegenständlichen Fall - nicht zuletzt bestätigt durch den fristgerecht eingebrachten Nachprüfungsantrag - zweifellos der Fall. Die Mitarbeiter der Antragstellerin waren im laufenden Vergabeverfahren mit dem unterfertigenden D*** als maßgeblichem Vertreter sowohl der HL-AG als auch der ÖBB-Infrastruktur Bau AG konfrontiert. Sein "Auftreten" im Zusammenhang mit der Zuschlagsentscheidung konnte daher keineswegs - wie die Antragstellerin zu suggerieren versucht - für diesbezügliche Verwirrung sorgen. Zuletzt ist auf das Vorbringen der Antragstellerin einzugehen, wonach die am 11. Februar 2005 übermittelte Zuschlagsentscheidung angesichts der bislang unterbliebenen Firmenbucheintragung der ÖBB-Infrastruktur Bau AG nicht entsprechend gefertigt sei. Hiezu ist auf eine jüngere Entscheidung des Bundesvergabeamtes zu verweisen, wonach gemäß Paragraphen 169 und 100 Absatz 2, BVergG für einen Bieter beim Erhalt einer Telefaxübermittlung mit einer dem Paragraph 20, Ziffer 42, BVergG entsprechenden Botschaft klar zu sein hat, dass er nunmehr ein Dokument in Händen hält, auf Grundlage dessen eine Zuschlagserteilung erfolgen soll und demzufolge der Ablauf der Präklusionsfrist gemäß Paragraph 169, BVergG zur Anfechtung der Zuschlagsentscheidung droht. Für den Bieter muss somit objektiv redlich erkennbar sein, dass er nunmehr 14 Tage Zeit haben wird, um einen Nachprüfungsantrag einzubringen (siehe BVA vom 17. Februar 2004, 8N-10/02-27). Dies ist im gegenständlichen Fall - nicht zuletzt bestätigt durch den fristgerecht eingebrachten Nachprüfungsantrag - zweifellos der Fall. Die Mitarbeiter der Antragstellerin waren im laufenden Vergabeverfahren mit dem unterfertigenden D*** als maßgeblichem Vertreter sowohl der HL-AG als auch der ÖBB-Infrastruktur Bau AG konfrontiert. Sein "Auftreten" im Zusammenhang mit der Zuschlagsentscheidung konnte daher keineswegs - wie die Antragstellerin zu suggerieren versucht - für diesbezügliche Verwirrung sorgen.

Überdies scheint die Antragstellerin zu verkennen, dass der Gesetzgeber in § 100 BVergG von einer Forderung nach Fertigung des Ausgangsdokuments einer mittels Telefax übermittelten Zuschlagsentscheidung gänzlich absieht. Ein solches Ansinnen kann ihm auch angesichts der in den Materialien getroffenen Klarstellung, wonach es sich bei der Zuschlagsentscheidung "lediglich" um eine Wissenserklärung handelt, nicht unterstellt werden (siehe BVA vom 17. Februar 2004, 8N-10/02-27 und R. Madl/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht 2 [2005] 435f). Der im Antrag getätigte Verweis auf die Rechtsprechung des OGH geht somit ins Leere. Der Antrag auf Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung war wiederum mangels Zutreffens sämtlicher behaupteter Rechtswidrigkeiten entsprechend Spruchpunkt I abzuweisen. Überdies scheint die Antragstellerin zu verkennen, dass der Gesetzgeber in Paragraph 100, BVergG von einer Forderung nach Fertigung des Ausgangsdokuments einer mittels Telefax übermittelten Zuschlagsentscheidung gänzlich absieht. Ein solches Ansinnen kann ihm auch angesichts der in den Materialien getroffenen Klarstellung, wonach es sich bei der Zuschlagsentscheidung "lediglich" um eine Wissenserklärung handelt, nicht unterstellt werden (siehe BVA vom 17. Februar 2004, 8N-10/02-27 und R. Madl/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht 2 [2005] 435f). Der im Antrag getätigte Verweis auf die Rechtsprechung des OGH geht somit ins Leere. Der Antrag auf Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung war wiederum mangels Zutreffens sämtlicher behaupteter Rechtswidrigkeiten entsprechend Spruchpunkt römisch eins abzuweisen.

C. Zu Spruchpunkt IIC. Zu Spruchpunkt römisch zwei

§ 74 Abs 1 AVG normiert, dass jeder Beteiligte 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 unter anderem für Anträge auf Nichtigkeitsklärung von Auftraggeberentscheidungen sowie auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung 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. Paragraph 74, Absatz eins, AVG normiert, dass jeder Beteiligte 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 unter anderem für Anträge auf Nichtigerklärung von Auftraggeberentscheidungen sowie auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung 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.

Die angeführten Bestimmungen werden von der Antragstellerin offenkundig nun dahingehend verstanden, dass das Bundesvergabeamt über einen Antrag, dem Auftraggeber den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren aufzuerlegen, zu entscheiden hat. Das Bundesvergabeamt nimmt jedoch in ständiger Rechtsprechung eine gegenteilige Position ein. Zur Argumentation bedient es sich der unmissverständlichen Erläuterungen der Materialien, wonach 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 (vgl. BVA vom 18. Mai 2004, 7N-40/04-22; vom 28. Mai 2004, 4N- 41/04-26; vom 1. Juni 2004, 16N-38/04-18; RV 1087 BlgNR 21. GP 48 sowie AB 1118 BlgNR 21. GP 65). Die angeführten Bestimmungen werden von der Antragstellerin offenkundig nun dahingehend verstanden, dass das Bundesvergabeamt über einen Antrag, dem Auftraggeber den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren aufzuerlegen, zu entscheiden hat. Das Bundesvergabeamt nimmt jedoch in ständiger Rechtsprechung eine gegenteilige Position ein. Zur Argumentation bedient es sich der unmissverständlichen Erläuterungen der Materialien, wonach 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 vergleiche BVA vom 18. Mai 2004, 7N-40/04-22; vom 28. Mai 2004, 4N- 41/04-26; vom 1. Juni 2004, 16N-38/04-18; Regierungsvorlage 1087 BlgNR 21. Gesetzgebungsperiode 48 sowie Ausschussbericht 1118 BlgNR 21. Gesetzgebungsperiode 65).

Der auch für das Vergabekontrollverfahren Geltung besitzende § 74 Abs 2 AVG stellt es den jeweiligen Materiengesetzen anheim, Regelungen über den Kostenersatz vorzusehen. § 177 Abs 5 BVergG greift diese Möglichkeit zwar grundsätzlich auf, anders als in § 59 des in vielerlei Hinsicht als Vorbild herangezogenen VwGG kann dem Wortlaut des BVergG jedoch keine diesbezügliche Regelung der Zuständigkeit entnommen werden. Dies würde grundsätzlich den Schluss nahe legen, dass jene Behörde, die in der Hauptsache zur Entscheidung berufen ist, auch über die Kostenfrage abzusprechen hat. In nicht immer anzutreffender Klarheit ist aber zu § 177 Abs 5 BVergG eine anderweitige Intention des Gesetzgebers in den Materialien dokumentiert. Der Wille des Gesetzgebers, keine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes für den Kostenersatz zu begründen, kann zudem an dem Umstand ersehen werden, dass entgegen sonstiger Gepflogenheiten von der Integration der umfangreichen Regelungen des VwGG ins BVergG zum Kostenersatz im Generellen und zum Vorliegen eines Obsiegens im Besonderen Abstand genommen worden ist (soweit BVA vom 1. Juni 2004, 16N-38/04- 18). In Ansehung der bisherigen Judikaturlinie des Bundesvergabeamtes war daher der Antrag, dem Auftraggeber die Rückerstattung der Pauschalgebühr aufzuerlegen, entsprechend Spruchpunkt II zurückzuweisen. Ein teilweises Obsiegen könnte im Übrigen ohnedies nur im Hinblick auf die beantragte Erlassung einer einstweiligen Verfügung angenommen werden. Der auch für das Vergabekontrollverfahren Geltung besitzende Paragraph 74, Absatz 2, AVG stellt es den jeweiligen Materiengesetzen anheim, Regelungen über den Kostenersatz vorzusehen. Paragraph 177, Absatz 5, BVergG greift diese Möglichkeit zwar grundsätzlich auf, anders als in Paragraph 59, des in vielerlei Hinsicht als Vorbild herangezogenen VwGG kann dem Wortlaut des BVergG jedoch keine diesbezügliche Regelung der Zuständigkeit entnommen werden. Dies würde grundsätzlich den Schluss nahe legen, dass jene Behörde, die in der Hauptsache zur Entscheidung berufen ist, auch über die Kostenfrage abzusprechen hat. In nicht immer anzutreffender Klarheit ist aber zu Paragraph 177, Absatz 5, BVergG eine anderweitige Intention des Gesetzgebers in den Materialien dokumentiert. Der Wille des Gesetzgebers, keine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes für den Kostenersatz zu begründen, kann zudem an dem Umstand ersehen werden, dass entgegen sonstiger Gepflogenheiten von der Integration der umfangreichen Regelungen des VwGG ins BVergG zum Kostenersatz im Generellen und zum Vorliegen eines Obsiegens im Besonderen Abstand genommen worden ist (soweit BVA vom 1. Juni 2004, 16N-38/04- 18). In Ansehung der bisherigen Judikaturlinie des Bundesvergabeamtes war daher der Antrag, dem Auftraggeber die Rückerstattung der Pauschalgebühr aufzuerlegen, entsprechend Spruchpunkt römisch zwei zurückzuweisen. Ein teilweises Obsiegen könnte im Übrigen ohnedies nur im Hinblick auf die beantragte Erlassung einer einstweiligen Verfügung angenommen werden.

D. Zu Spruchpunkt IIID. Zu Spruchpunkt römisch drei

Entsprechend Art II Abs 2 Z 40a EGVG hat das Bundesvergabeamt das AVG anzuwenden. Gemäß 37 AVG liegt der Zweck des Ermittlungsverfahrens - unter Einräumung von Parteiengehör - in der Feststellung des für die Erledigung einer Verwaltungssache maßgebenden Sachverhalts. Nach § 39 Abs 2 AVG hat die Behörde von Amts wegen vorzugehen und den Gang des Ermittlungsverfahrens zu bestimmen. Sie hat sich dabei von Rücksichten auf möglichste Zweckmäßigkeit, Raschheit, Einfachheit und Kostenersparnis leiten zu lassen. § 45 Abs 2 AVG normiert, dass eine Behörde unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens nach freier Überzeugung zu beurteilen hat, ob eine Tatsache als erwiesen anzunehmen ist oder nicht. Entsprechend Artikel römisch zwei, Absatz 2, Ziffer 40 a, EGVG hat das Bundesvergabeamt das AVG anzuwenden. Gemäß Paragraph 37, AVG liegt der Zweck des Ermittlungsverfahrens - unter Einräumung von Parteiengehör - in der Feststellung des für die Erledigung einer Verwaltungssache maßgebenden Sachverhalts. Nach Paragraph 39, Absatz 2, AVG hat die Behörde von Amts wegen vorzugehen und den Gang des Ermittlungsverfahrens zu bestimmen. Sie hat sich dabei von Rücksichten auf möglichste Zweckmäßigkeit, Raschheit, Einfachheit und Kostenersparnis leiten zu lassen. Paragraph 45, Absatz 2, AVG normiert, dass eine Behörde unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens nach freier Überzeugung zu beurteilen hat, ob eine Tatsache als erwiesen anzunehmen ist oder nicht.

Aus den angeführten Rechtsvorschriften werden von der Rechtsprechung und dem Schrifttum die im Verwaltungsverfahren zu berücksichtigenden Grundsätze der materiellen Wahrheit, des amtswegigen Vorgehens (Offizialmaxime) sowie der freien Beweiswürdigung abgeleitet (siehe ua. Antonioli/Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht³ [1996] 607ff; Walter/Mayer, Verwaltungsverfahrensrecht 8 [2003] 164ff sowie Thienel, Verwaltungsverfahrensrecht 3 [2004] 170ff jeweils mwN). Die Antragstellerin vermeint nun, es wäre dem Bundesvergabeamt verwehrt, die am 11. März 2005 eingelangte Bekanntgabe betreffend die Unterfertigung des Übergabeprotokolls vom 15. Dezember 2004 seiner Entscheidung zugrunde zu legen. Es ist ihr beizupflichten, dass hinsichtlich des im Rahmen der mündlichen Verhandlung als Zeuge einvernommenen Mitarbeiters der ÖBB-Infrastruktur Bau AG B*** tatsächlich keine, den Anforderungen des § 10 AVG genügende Vollmacht vorliegt. Die Antragstellerin scheint jedoch zu verkennen, dass diesbezüglich dem Verwaltungsverfahren Beweisverwertungsverbote fremd sind. Die Behörde hat vielmehr nach bestem Wissen und Gewissen die vorliegenden Unterlagen allein nach ihrem Wahrheitsgehalt zu beurteilen und ist bei dieser Beweiswürdigung nicht an Beweisregeln gebunden (idS etwa Antonioli/Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht 3 [1996] 609). Aus den angeführten Rechtsvorschriften werden von der Rechtsprechung und dem Schrifttum die im Verwaltungsverfahren zu berücksichtigenden Grundsätze der materiellen Wahrheit, des amtswegigen Vorgehens (Offizialmaxime) sowie der freien Beweiswürdigung abgeleitet (siehe ua. Antonioli/Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht³ [1996] 607ff; Walter/Mayer, Verwaltungsverfahrensrecht 8 [2003] 164ff sowie Thienel, Verwaltungsverfahrensrecht 3 [2004] 170ff jeweils mwN). Die Antragstellerin vermeint nun, es wäre dem Bundesvergabeamt verwehrt, die am 11. März 2005 eingelangte Bekanntgabe betreffend die Unterfertigung des Übergabeprotokolls vom 15. Dezember 2004 seiner Entscheidung zugrunde zu legen. Es ist ihr beizupflichten, dass hinsichtlich des im Rahmen der mündlichen Verhandlung als Zeuge einvernommenen Mitarbeiters der ÖBB-Infrastruktur Bau AG B*** tatsächlich keine, den Anforderungen des Paragraph 10, AVG genügende Vollmacht vorliegt. Die Antragstellerin scheint jedoch zu verkennen, dass diesbezüglich dem Verwaltungsverfahren Beweisverwertungsverbote fremd sind. Die Behörde hat vielmehr nach bestem Wissen und Gewissen die vorliegenden Unterlagen allein nach ihrem Wahrheitsgehalt zu beurteilen und ist bei dieser Beweiswürdigung nicht an Beweisregeln gebunden (idS etwa Antonioli/Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht 3 [1996] 609).

Das am 11. März 2005 beim Bundesvergabeamt eingelangte Auskunftsschreiben des Mitarbeiters der ÖBB-Infrastruktur Bau AG war somit in das Beweisverfahren einzubeziehen. Die Ausführungen fanden bei der - am PC des Senatsvorsitzenden erfolgten - amtlichen Einschau in den historischen Firmenbuchauszug Bestätigung. Im Zuge des eingeräumten Parteiengehörs wurden von der Antragstellerin keine inhaltlichen Bedenken geäußert. Der Antrag auf "Ausnahme" dieses Schreibens vom Beweisverfahren war daher abzuweisen. Im Übrigen ist anzumerken, dass durch die vom rechtsfreundlichen Vertreter der ÖBB-Infrastruktur Bau AG erstellte Stellungnahme vom 22. März 2005 allfälligen Bedenken gegen das berechtigte Vorgehen des B*** die Grundlage entzogen wurde.

Schlagworte

Antragslegitimation, Sektorentätigkeit, Auftraggeberwechsel, Beretistellung von Schienenverkehrsnetzen,

Pauschalgebühr, Fertigung der Zuschlagsentscheidung;

Dokumentnummer

VERGT_20050322_16N_9_05_19_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