



N/0098-BVA/08/2011-54

Betreff: Betreff: Eisenbahnachse München - Verona, Brenner Basistunnel, AP 133 Tiefbohrungen "Tulfer" offenes Verfahren im Unterschwellenbereich, Antrag auf Nachprüfung

B E S C H E I D

Das Bundesvergabeamt hat durch den Senat 8 (Senatsvorsitzender OR Mag Reinhard Grasböck, Beisitzerin aus dem Kreis der Auftraggeber DI Dr Sabine Weniger, Beisitzer aus dem Kreis der Auftragnehmer Mag Matthias Wohlgemuth) gemäß § 303 Abs 1 BVergG 2006 im Nachprüfungsverfahren **betreffend** die seitens der Antragstellerin, der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A1*** und 2. A2***, erfolgte **Anfechtung einer Zuschlagsentscheidung** der Auftraggeberin Galleria di Base del Brennero - Brenner Basistunnel BBT SE aus dem Vergabeverfahren *Eisenbahnachse München - Verona, Brenner Basistunnel, AP 133 Tiefbohrungen "Tulfer" offenes Verfahren im Unterschwellenbereich*, wie folgt **entschieden**:

S p r u c h

I. Dem Begehren, *im offenen Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich der Auftraggeberin Galleria di Base del Brennero - Brenner Basistunnel BBT SE zur Vergabe der Tiefbohrungen "Tulfer" die Entscheidung der Auftraggeberin, den Zuschlag an B1***/B2*** zu erteilen, für nichtig zu erklären*, **wird stattgegeben.**

Die namens der Auftraggeberin Galleria di Base del Brennero - Brenner Basistunnel BBT SE im Vergabeverfahren Eisenbahnachse München - Verona Brenner Basistunnel AP 133 Tiefbohrungen "Tulfer" am 27.9.2011 per e-mail an die Antragstellerin **übermittelte Zuschlagsentscheidung, mit der die Absicht mitgeteilt wurde, der Bieterin B1***/B2***, also der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. der B1*** und 2. der B2*** den Zuschlag zu erteilen, wird hiermit nichtig erklärt.**

Rechtsgrundlagen: §§ 129f, 322 und 325 Abs 1 BVergG 2006, BGBl I 2006/17 idF BGBl I 2010/15; § 13 AVG

II. Dem Pauschalgebührenersatzbegehren, die Auftraggeberin zu verpflichten, die von uns entrichteten Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung von insgesamt 4104,00 Euro zu Händen unserer Vertreterin binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen, **wird stattgegeben**.

Die Galleria di Base del Brennero - Brenner Basistunnel BBT SE **ist schuldig**, der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A1*** und 2. A2*** **zu Händen der X*** Rechtsanwälte GmbH** binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution **4.104,00 Euro** an Pauschalgebührenersatz **zu bezahlen**.

Rechtsgrundlagen: §§ 318f BVergG 2006, BGBl I 2006/17 idF BGBl I 2010/15;
§ 19a RAO

B e g r ü n d u n g

1. Sachverhalt einschließlich Verfahrensgeschehen vor dem Bundesvergabeamt

1.1. Die im Spruch ersichtliche Auftraggeberin (= AG bzw BBT) ist eine Europäische Aktiengesellschaft gemäß der Verordnung 2157/2001/EG.

1.1.1. Sie hat im Juli 2011 ihren Sitz von Österreich nach Italien verlegt.

Der bis Ende Juni in Innsbruck bestehende Hauptsitz stellt nunmehr eine österreichische Niederlassung dieser Gesellschaft dar.

1.1.2. Unstrittig ist die Eigenschaft der Auftraggeberin als öffentliche Auftraggeberin und weiters, dass an der Auftraggeberin die ÖBB Infrastruktur AG zu 50 % beteiligt ist; und damit mittelbar die ÖBB Holding AG bzw letztlich die Republik Österreich (Bund) gleichfalls zu 50 %; siehe dazu auch die §§ 2 und 30 Bundesbahngesetz, BGBl 1992/825 idF BGBl I 2010/111 über die Beteiligungsverhältnisse an den vorerwähnten ÖBB - Gesellschaften.

1.1.3. Die BBT leitete das gegenständliche Vergabeverfahren im Juni 2011 durch gemeinschaftsweite Vergabebekanntmachung als offenes Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich ein. Die BBT bezeichnete sich in der Vergabebekanntmachung als Einrichtung öffentlichen Rechts und als öffentlicher Auftraggeber. Als zuständige Rechtsschutzbehörde wurde bereits in dieser Bekanntmachung das Bundesvergabeamt festgeschrieben; siehe dazu die

Vergabebekanntmachung in einem der zwei lilafarbenen Ordner der vorgelegten Vergabeunterlagen im Trennblatt "*Bekanntmachung*".

1.1.4. In diesem Bekanntmachungsformular wurden Bestimmungen des 2. Teils des BVergG 2006 - betreffend die klassischen öffentlichen Auftraggeber - zitiert, und dadurch Aussagen zu den erforderlichen Eignungsnachweisen getroffen. Im Bekanntmachungsformular wurde bereits eine bieteröffentliche Angebotseröffnung für 18.7.2011 vorgegeben.

1.1.5. Das Beschaffungsvorhaben wurde in diesem Formular wie folgt charakterisiert:
"Rotationskernbohrung mit durchgehender Kerngewinnung mit einer voraussichtlichen Tiefe von 1.350m, einschließlich hydraulische und geotechnische versuche sowie Bohrlochgeophysik"

Der Leistungsort gemäß Ausschreibung ist in Italien.

1.1.6. Die Antragstellerin vor dem BVA ist eine Bietergemeinschaft bestehend aus einem schweizerischen und einer italienischen Unternehmerin.

Die in der angefochtenen Zuschlagsentscheidung in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin ist wiederum eine Bietergemeinschaft mit einer italienischen und einer schweizer Unternehmerin, letztere mit zusätzlicher Postadresse in D*** in Vorarlberg.

1.2. Teil der an die Bieter ausgegebenen Ausschreibungsunterlagen sind neben einem Leistungsverzeichnis etc insb auch die "*Ausschreibungsgrundlagen*", abgelegt in einem zweiten lilafarbenen Ordner der vorgelegten Vergabeunterlagen.

1.2.1. Aus diesen Ausschreibungsgrundlagen und insb aus deren Punkten 2, 3 und 6 war für die Bieter neuerlich eindeutig ersichtlich, dass die BBT die gegenständliche Vergabe als offenes Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich gemäß den Bestimmungen des 2. Teils des BVergG 2006 durchführt.

1.2.2. Punkt 6. dieser Ausschreibungsgrundlagen regelt die von den Bietern bzw Bietergemeinschaften abverlangten Eignungsnachweise.

1.2.3. Der in der mündlichen Verhandlung am 9.11.2011 relevierte Punkt 6.1. lautet insoweit:

6.1. Eignungskriterien, Eignungsnachweise

Für eine Zuschlagserteilung kommen nur Bieter/Bietergemeinschaften in Betracht, die nachweislich über die geforderte Erfahrung für die Ausführung der ausgeschriebenen Leistungen verfügen, ähnliche Arbeiten bereits ausgeführt und die Eignungsnachweise vorgelegt haben.

Gemäß der Ausschreibung und §§ 69-76 BVergG 2006 wird die Teilnahme am Vergabeverfahren an die Erfüllung von Bedingungen gebunden, weshalb entsprechende Nachweise beizuschließen sind. Die Nachweise der Eignungskriterien beziehen sich auf Befugnis, allgemeine und besondere berufliche Zuverlässigkeit, finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sowie die technische Leistungsfähigkeit der Unternehmer.

1.2.4. Der im Punkte der Eignung der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin zentral streitentscheidende Punkt 6.4 und insb 6.4.4.1. der Ausschreibungsgrundlagen lautet in den hier interessierenden Teilen:

6.4. Geforderte Eignungskriterien

Die geforderten Eignungskriterien sowie die dazu erforderlichen Nachweise werden im Folgenden genau aufgelistet und erläutert:

...

6.4.4. Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit

Als Nachweis für die technische Leistungsfähigkeit gem § 70 Abs 1 Z 4 iVm 75 Abs 7 BVergG 2006 sind vom/von der Bieter/Bietergemeinschaft folgende Nachweise zu erbringen:

6.4.4.1. Ausführungserfahrung des/der Bieters/Bietergemeinschaft bei Erkundungsbohrungen (Anlage A 04)

Nachweis, dass der/die Bieter/Bietergemeinschaft bereits **eine Vertikalbohrung** mit durchgehender Kerngewinnung durchgeführt und dabei folgende Kriterien erfüllt hat:

- der Beginn der Referenzbohrung darf nicht länger als 10 Jahre vor der Bekanntmachung des gegenständlichen Vergabeverfahrens liegen

- Mindesttiefe der Vertikalbohrung \geq 1.000 m

Der Nachweis ist als Anlage A 04, unter Verwendung des beiliegenden Vordruckes, ins Abgabeexemplar einzulegen.

...

1.3. Die in der angefochtenen Zuschlagsentscheidung für den Zuschlag in Aussicht genommene Bietergemeinschaft (= Mitbeteiligte) konnte unstrittig im Vergabeverfahren keine dem Wortlaut der Ausschreibungsgrundlagen nach geforderte Vertikalbohrungsreferenz größer/gleich 1.000 Meter Tiefe zum Nachweis ihrer eigenen Eignung beibringen.

1.3.1. Die BBT und die Mitbeteiligte argumentierten diesbezüglich vor dem BVA zusammengefasst zentral damit, dass eine von der Mitbeteiligten erbrachte Schrägbohrungsreferenz jedenfalls als der geforderten Vertikalbohrungsreferenz gleichwertig anzusehen wäre, da eine Schrägbohrung zumindest einen Schwierigkeitsgrad einer Vertikalbohrung aufweist.

1.3.2. Die Mitbeteiligte hätte iSd Punkts 6.1 der Ausschreibungsgrundlagen mit ihrer Schrägbohrung jedenfalls eine der Vertikalbohrung ähnliche Leistung durchgeführt.

1.3.3. Fest steht jedoch abseits dieses Vorbringens, dass die Ausschreibung nicht zulässt, dass man die geforderte Vertikalbohrungsreferenz auch durch eine gleichwertige andere Referenz nachweisen könnte.

1.3.4. In der Verhandlung am 9.11.2011 vor dem BVA hat der Vertreter der Mitbeteiligten idZ und insb auch hinsichtlich der Frage des Verlangens einer Vertikalbohrungsreferenz wie folgt ausgeführt:

... Über Rückfrage, ob nach dem allgemeinen Sprachgebrauch und auch in den beteiligten Verkehrskreisen bei Bohrungsunternehmen zwischen Vertikalbohrungen und Schrägbohrungen dem Wortlaut nach unterschieden wird, gebe ich an, hinsichtlich der technischen Ausführung und des Bohrziels werden diese Begriffe selbstverständlich unterschieden. Dies ändert jedoch nichts daran, dass hinsichtlich der Leistungsfähigkeit gilt, dass derjenige, der eine Schrägbohrung ausführen kann, von der technischen Leistungsfähigkeit jedenfalls auch eine Vertikalbohrung in der Tiefe ausführen kann und der Nachweis der Schrägbohrung gegenüber der Vertikalbohrung technisch höherwertig anzusehen ist.

Bzw dieser Parteienvertreter zu Verhandlungsende finalisierend:

... . Vertikalbohrungen sind technisch einfacher, weil sie der Gravitation folgen und dadurch die Bohrrichtung wesentlich einfacher einzuhalten ist. Sie sind jedoch geländebedingt nur dort möglich, wo senkrecht oberhalb des gewünschten Zielpunktes die technische Möglichkeit für die Einrichtung des Bohrloches besteht. Da dies gerade im alpinen Gelände nicht überall möglich ist, kann dort nur auf eine Schrägbohrung zurückgegriffen werden. Wenn - wie im vorliegenden Fall - eine Vertikalbohrung möglich ist, und die Auftraggeberin daher nur die Referenz für eine solche Bohrung verlangt, kann der Nachweis der technisch aufwendigeren Schrägbohrung nicht als Nichterfüllung der technischen Leistungsfähigkeit für die erforderliche Vertikalbohrung verstanden werden. Bis auf den begehrten Sachverständigenbeweis keine weiteren Beweisanträge, Akteneinsichtsanträge bzw. kein weiteres Vorbringen.

Der Rechtsvertreter der BBT idZ zu Verhandlungsende im Anschluss an das gerade wiedergegebene Vorbringen des Vertreters der Mitbeteiligten:

Die Auftraggeberin schließt sich dem soeben erstatteten Vorbringen an. Die Ausführungen sind technisch zutreffend. ...

1.4. Im Nachprüfungsantrag machte die Antragstellerin über das oben dargestellte vergaberechtliche Eignungsthema insb auch noch Verlesungsfehler bei der Angebotseröffnung iSd § 118 BVergG 2006 geltend. Diese Rügen wurde in der Verhandlung am 9.11.2011 aber teilweise ausdrücklich zurückgenommen.

1.5. Die Mitbeteiligte bestritt den Schaden der Antragstellerin mit einer Eingabe vom 7.11.2011 bzw in der Verhandlung wie folgt:

Die Mitbeteiligte bestreitet die Antragslegitimation der Antragstellerin mit ihrem Schriftsatz vom 7.11.2011 nicht. Dort wurde mit anderen Worten vorgebracht, dass der Schaden bei der Antragstellerin nicht durch das Nicht-Ausscheiden der Mitbeteiligten entsteht, sondern erst durch die Zuschlagserteilung an die Mitbeteiligte.

1.6. Die Antragslegitimation der Antragstellerin und die Erfüllung der Antragserfordernisse gemäß § 322 BVergG 2006 wurden weder von der BBT noch von der Mitbeteiligten, abseits des Vorbringens, wie gerade wiedergegeben, substantiiert bestritten.

1.7. Die Bezahlung der Pauschalgebühren für das Nachprüfungs- und eV - Verfahren betreffend einen Bauauftrag im offenen Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich ist durch die lfd Nr 15 des Verwaltungsakts N/0098-BVA/08/2011 nachgewiesen.

Das BVA hat per eV die Zuschlagserteilung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt - § 328 Abs 5 BVergG 2006.

1.8. Rücksichtlich des starken Auslandsbezugs der vorliegenden Streitsache wurde mit den Verfahrensparteien insb auch die Zuständigkeit des BVA und die Anwendbarkeit des BVergG 2006 erörtert. Das BVA hatte diesbezüglich in der für dieses Verfahren erlassenen einstweiligen Verfügung - *ohne dortige Parteistellung der Mitbeteiligten gemäß § 330 BVergG 2006 und unter Stützung insb auch auf § 313 BVergG 2006* - die Auffassung vertreten, dass Vergaberecht materielles Sonderzivilrecht im Anwendungsbereich der EuGVVO für den vorvertraglichen Bereich wäre. Unionsrechtlich wäre das BVA iSv VwGH ZI 2011/04/0043 bzw iSv EuGH Rs C-454/06 als Gericht zu bewerten - lfd Nr 19 des Verwaltungsakts.

1.8.1. Die BBT erachtet das BVA insb deshalb für zuständig, weil die BBT dem Sinn des gemachten Vorbringens nach mittelbar zu 50% im Eigentum des Bunds steht, rechnungshofkontrollunterworfen ist; und insb auch durch die bisherige Spruchpraxis des BVA die Zuständigkeit des BVA immer bejaht wurde. Die angefochtene Zuschlagsentscheidung stammt aus einem Vergabeverfahren, das eingeleitet worden ist, als die BBT ihren (Haupt-) Sitz noch in Innsbruck hatte. Für den Fall der

Anwendbarkeit der EuGVVO würde sich die Zuständigkeit des BVA jedenfalls durch die Streiteinlassung der Streitteile gemäß Art 24 EuGVVO ergeben.

1.8.2. Die Antragstellerin erachtet das BVA gleichfalls auf Basis der historischen Rsp des BVA zur BBT zuständig, verneint jedoch die Anwendbarkeit der EuGVVO auf dieses Vergabe- (nachprüfungs-) verfahren.

1.8.3. Die Mitbeteiligte hat in ihrem Einwendungsschriftsatz gemäß § 324 Abs 3 BVergG 2006 die Zuständigkeit des BVA unbeanstandet gelassen, jedoch in ihrer Eingabe vom 7.11.2011, lfd Nr 46 des Verwaltungsakts, ausdrücklich eine Zuständigkeit des BVA gemäß Art 5 Z 5 bzw gemäß Art 23 EuGVVO bestritten.

Zum Vorbringen der Auftraggeberin zu Art 24 EuGVVO in der Verhandlung vor dem BVA hat die Mitbeteiligte insb erwidert, dass die Zuständigkeit des BVA über eine Streiteinlassung gemäß Art 24 EuGVVO insb wegen der aktuellen Rsp zur Streiteinlassung nach der EuGVVO nicht gegeben wäre.

2. Beweismittel und Beweiswürdigung

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem Verwaltungsakt zu N/0098-BVA/08/2011, den vorgelegten Vergabeunterlagen, und insb aus den Aussagen in der mündlichen Verhandlung, soweit die Tatsachen nicht ohnehin gemäß § 313 Abs 2 BVergG 2006 zu Grunde gelegt werden konnten.

3. Rechtliche Beurteilung

3.1. Das BVA hat zu seiner Zuständigkeit zur Kontrolle der Auftragsvergaben der BBT im Bescheid v 3.7.2007, N/0054-BVA/07/2007-60 ausgeführt.

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

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

die Durchführung ergänzender Studien und die Festlegung von Erkundungen, Bauwerken und zusätzlichen Anlagen, wenn die ursprünglich geplanten Anlagen sich als unzulänglich oder inadäquat erweisen.

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

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

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

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

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

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

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

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

Das BVA erachtet sich unter Beachtung der im Ergebnis übereinstimmenden Folgejudikatur des BVA zu dem Bescheid des Senats 7 des BVA, siehe dazu insb BVA 15.9.2009, N/0081-BVA/10/2009-60, auch gegenständlich zur meritorischen Vergabekontrolle der hier angefochtenen Zuschlagsentscheidung der BBT jedenfalls deshalb zuständig, da - in diesem Nachprüfungsverfahren unstrittig - nunmehr die

Republik Österreich (Bund) über vom Bund ausgegliederte Rechtsträger im ÖBB - Konzern, wie im Sachverhalt dargestellt, zur Gänze den österreichischen Hälfteanteil an der italienisch - österreichischen BBT hält.

Die BBT ist über diese mittelbare 50% - Beteiligung des Bunds an der BBT rechnungshofkontrollunterworfen - Art 126b Abs 2 B-VG.

Die Vergabekontrollzuständigkeit des BVA für die dem österreichischen Rechnungshof gebarungskontrollunterworfenen BBT ergibt sich damit aus Art 14b Abs 2 Z 1 lit c B-VG iVm § 291 Abs 2 BVergG 2006 iVm Anhang III Punkt XI. zur RL 2004/18/EG, wobei die letztgenannte Passage aus dem Anhang III zur RL 2004/18/EG, dieser Anhang ergangen zu Art 1 Abs 9 dieser - unionsrechtlichen - Richtlinie mit der Definition des öffentlichen Auftraggebers inkl der Einrichtungen des öffentlichen Rechts, lautet:

...

XI. ÖSTERREICH

Alle Einrichtungen ohne industriellen oder kommerziellen Charakter, die der Finanzkontrolle des Rechnungshofes unterliegen.

...

Dass die BBT Aufgaben ohne finanziellen oder kommerziellen Charakter iSd Richtlinienanhangs wahrnimmt, ist ohnehin unstrittig.

3.1.2. Die Auftraggeberin hat in ihrer Vergabebekanntmachung und mit den Ausschreibungsunterlagen den 2. Teil des BVergG 2006 insb durch laufende Zitierung der einschlägigen Bestimmungen dieses zweiten Teils als anwendbar normiert. Dies wurde von den Bietern nie in Frage gestellt, geschweige denn beim BVA bekämpft, genauso wie die Angabe des BVA als Rechtsschutzbehörde gegenüber der Auftraggeberin unbestritten geblieben ist.

Sohin wurde das BVergG 2006 und insb dessen 2. Teil betreffend klassische öffentliche Auftraggeber als anwendbar ausgewählt - Art 3 iVm Art 10 der Verordnung 593/2008/EG bzw allenfalls subsidiär § 11 IPRG. Diese Rechtswahl blieb innerhalb der Fristen des § 321 BVergG 2006 unbekämpft.

3.1.3. Zitate des BVergG 2006 in diesem Bescheid beziehen sich mangels anderweitiger Angabe in diesem Bescheid auf das BVergG 2006 BGBl I 2006/17 idF BGBl I 2010/15.

Die Pauschalgebühren sind im gesetzlichen Ausmaß entrichtet worden.

In der verfahrenseinleitenden Eingabe sind in einer Gesamtbewertung jedenfalls jene Angaben enthalten, die § 322 BVergG 2006 für eine meritorische Erledigung eines Nachprüfungsantrags voraussetzt.

Es bestehen auch sonst keine rechtserheblichen Bedenken gegen die Antragszulässigkeit, zumal auch keine Zuschlagserteilung behauptet oder sonst bekannt ist.

Eine substantiierte Bestreitung der Antragslegitimation der Antragstellerin iSd § 320 Abs 1 BVergG 2006 erfolgte nicht.

Der Antragstellerin entsteht - rücksichtlich des Gegenarguments der Mitbeteiligten - bereits durch eine vergaberechtswidrige Zuschlagsentscheidung, die als zentraler Anfechtungsgegenstand nach § 2 Z 16 lit a BVergG 2006 definiert ist, und nicht erst durch eine anderweitige Zuschlagserteilung ein Schaden nach § 320 Abs 1 BVergG 2006; zu diesem weiten vergaberechtlichen Schadensbegriff siehe zB VwGH ZI 2009/04/0128.

3.2. Inhaltliche Beurteilung

3.2.1. In der Ausschreibung war ausdrücklich eine Vertikalbohrungsreferenz als Eignungsnachweis verlangt. Ein Referenznachweis durch ähnliche bzw gleichwertige Referenzen ist nicht vorgesehen gewesen. Der erkennende Senat schließt sich insoweit der Argumentation der Antragstellerin an. Es gilt der Wortlaut der Ausschreibung - VwGH ZI 2011/04/0043.

3.2.2. In Punkt 6.1. der im Sachverhalt wiedergegebenen Ausschreibungsgrundlagen wird die Teilnahme am Vergabeverfahren an Bedingungen geknüpft; und wird dort die Vorlage bestimmter Eignungsnachweise verlangt.

3.2.3. In Punkt 6.4.4.1 wird als ein solcher Eignungsnachweis exakt eine Vertikalbohrungsreferenz nach bestimmten technischen Kriterien gefordert.

Unstrittig hat die Mitbeteiligte den Vertikalbohrungsnachweis nicht erbringen können. Es wird auch nicht substantiiert bestritten, dass sich eine Vertikalbohrung technisch und auch vom Wortlaut her von einer Schrägbohrung unterscheidet, siehe die Angaben des Rechtsvertreters der Mitbeteiligten.

3.2.4. Damit wäre das Angebot der mitbeteiligten mangels Vorlage einer Vertikalbohrungsreferenz gemäß § 129 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 mangels technischer Leistungsfähigkeit auszuschneiden gewesen.

Eine Zuschlagsentscheidung zu Gunsten eines auszuschneidenden Angebots war damit gemäß §§ 129 iVm 130 BVergG 2006 iVm 325 Abs 1 BVergG 2006 als ergebnisrelevant vergaberechtswidrig nichtig zu erklären, da die Mitbeteiligte nicht in die Zuschlagsbewertung einbezogen hätte werden dürfen und damit auch nicht in der Zuschlagsentscheidung nach § 131 BVergG 2006 aufscheinen hätte dürfen. Mangels zulässiger Zuschlagserteilung an die Mitbeteiligte ist diese Rechtswidrigkeit evident eine solche, die zu einem anderen Vergabeverfahrensausgang führt - § 325 Abs 1 Z 1 und Z 2 BVergG 2006.

3.2.5. Dem insb in der Verhandlung vom 9.11.2011 nachhaltig vorgebrachten Argument, Punkt 6.1. erster Satz der Ausschreibungsgrundlagen würde einen Eignungsnachweis über ähnliche Arbeiten zulassen, ist entgegenzuhalten, dass genau in diesem Punkt 6.1. selbst - abseits dieses singulär argumentierten Teils des dortigen ersten Satzes - verlangt worden ist, dass die Eignungsnachweise vorgelegt werden. Die weitere Vergabeverfahrensteilnahme war damit eindeutig an diese Bedingung der Eignungsnachweisvorlage gebunden.

Wenn Punkt 6.4. der Ausschreibungsgrundlagen danach die in Punkt 6.1. erwähnten Eignungsnachweise auflistet, die die BBT gleichbehandelnd nach Ausschreibungspräklusion iSd § 321 BVergG 2006 von den Bietern verlangen darf; und danach Punkt 6.4.4.1 ausdrücklich eine Vertikalbohrungsreferenz mit mindestens 1.000m Tiefe verlangt, ist der Mitbeteiligten ihr durch Ausschreibung abverlangter (technischer) Eignungsnachweis nicht gelungen.

Hätte die Auftraggeberin Schrägbohrungsreferenzen als Eignungsnachweis - neben Vertikalbohrungsreferenzen - zulassen wollen, wäre sie gehalten gewesen, eine solche Zulässigkeit bereits in der Ausschreibung eindeutig festzulegen. Ein nachmaliges Abweichen von den - unangefochten gebliebenen - insoweit eindeutigen Ausschreibungsunterlagen - ist unzulässig und verstößt gegen das grundlegende Bietergleichbehandlungsgebot - § 19 Abs 1 BVergG 2006.

3.3. Die Antragstellerin hat mit ihrem Nachprüfungs- und eV - Begehren obsiegt; und daher dem Grunde nach einen Pauschalgebührenersatzanspruch gemäß § 319 Abs 1 und 2 BVergG 2006.

Daher waren die an das BVA entrichteten 4.104,00 Euro, die dem § 318 BVergG 2006 idF BGBl I 2010/15 iVm der Kundmachung BGBl II 2011/281 entsprechen, der Auftraggeberin als Pauschalgebührenersatz aufzuerlegen.

Wien, am 11.11.2011
Der Vorsitzende des Senats 8

OR Mag Reinhard Grasböck