

TE Verg Bescheid 2012/12/20 N/0103-BVA/10/2012-34

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 20.12.2012

Norm

BVergG 2006 §68 Abs1 Z7

BVergG 2006 §69 Z1

BVergG 2006 §70

BVergG 2006 §74

BVergG 2006 §75

BVergG 2006 §129 Abs1 Z1

BVergG 2006 §129 Abs1 Z2

BVergG 2006 §129 Abs1 Z7

BVergG 2006 §139

BVergG 2006 §140

BVergG 2006 §319

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §325 Abs1

1. BVergG 2006 § 68 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 68 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 68 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 68 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 69 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 70 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 74 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

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

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

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

1. BVergG 2006 § 139 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 140 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 140 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 140 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

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

1. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Senat 10 bestehend aus Mag. Hubert Reisner als Vorsitzendem sowie Sabine Prewein MAS als Mitglied der Auftraggeberseite und DI Josef Robl als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe "AP03 vorgehängte Fassade Neubau Technikzentrum WIFI St. Pölten" der Auftraggeberin Gebäudeerrichtungs- und Betriebs GmbH vertreten durch die ausschreibende Stelle MAPL Beschaffungsberatung und Management GmbH vertreten durch X*** Rechtsanwälte GmbH eingeleitet über Antrag der A*** vertreten durch Y***, Rechtsanwalt, vom 7. November 2012 wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Der Antrag der A***, "das Bundesvergabeamt möge die mit Telefax vom 29.10.2012 (Beilage ./1) bekanntgegebene Widerrufsentscheidung des Auftraggebers Gebäudeerrichtungs- und Betriebs GmbH vertreten durch die MAPL Beschaffungsberatung und Management GmbH betreffend das Vergabeverfahren 'Gewerk 'Vorgehängte Fassade' für den Neubau des Technikzentrums des WIFI St. Pölten' für nichtig erklären", wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 139 BVergG 2006 Rechtsgrundlage: Paragraph 139, BVergG 2006

II.römisch zwei.

Der Antrag der A***, "der Antragsgegnerin auftragen, die von uns bezahlte Pauschalgebühr in Höhe von EUR 4.500,00 binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu Handen unseres Rechtsvertreters RA Y***, zu ersetzen", wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 319 BVergG 2006 Rechtsgrundlage: Paragraph 319, BVergG 2006

Begründung

1. 1.Ziffer eins

Vorbringen der Parteien und Gang des Verfahrens

Die A*** vertreten durch Y***, Rechtsanwalt, in der Folge Antragstellerin genannt, stellte am 7. November 2012 neben dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und Anträgen auf Gebührenersatz gemäß § 319 BVergG und auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung den Antrag auf Nichtigklärung der Widerrufsentscheidung. Sie erachtet sich in ihren Rechten auf eine ausreichende Begründung der Widerrufsentscheidung, die

Zuschlagsentscheidung und die Auftragserteilung, den Nicht-Widerruf des Vergabeverfahrens "Gewerk vorgehängte Fassade", eine sachverständige Erstellung eines Kostenanschlags, und die Durchführung eines fairen, lauten Vergabeverfahrens, das nicht zu Markterkundungszwecken erfolgt (§ 19 BVergG 2006) beschwert. Nach Darlegung der Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags und Darstellung des entscheidungserheblichen Sachverhalts, gab sie als drohenden Schaden Kosten in der Höhe von ca Euro 15.000 für die Beteiligung an dem Vergabeverfahren, Kosten der Rechtsberatung von ca Euro 5.000, das Erfüllungsinteresse in Höhe des Gemeinkostenzuschlag bzw Gewinnzuschlags von 15 %, des Wegfalls der Auslastung der Produktionskapazitäten sowie des Verlusts eines Referenzprojekts. Begründend führt sie im Wesentlichen aus, dass die Widerrufsentscheidung wie die Zuschlagsentscheidung zu begründen sei. Bereits spätestens mit der Widerrufsentscheidung seien den Bietern alle Informationen zu geben, die es ihnen ermöglichten, die Rechtmäßigkeit der Widerrufsentscheidung zu beurteilen. Die Widerrufsentscheidung sei mit der Zuschlagsentscheidung systematisch vergleichbar; sie sei die letzte anfechtbare Entscheidung in einem Vergabeverfahren. Es sei zwar begründend angegeben worden, dass das billigste Angebot 20 % über dem Kostenvoranschlag liege. Der Kostenvoranschlag sei jedoch nicht bekannt gegeben worden. Die Antragstellerin könne nicht feststellen, ob der billigste Angebotspreis tatsächlich 20 % über dem Kostenvoranschlag liege. Der Kostenvoranschlag müsse sachverständig ermittelt sein. Der Angebotspreis der Antragstellerin lasse sich angesichts der Einkaufspreise des notwendigen Materials nicht um 20 % unterbieten. Dem Vernehmen nach wolle die Auftraggeberin nach dem Widerruf ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung durchführen. Eine derartige Vorgangsweise widerspreche den Grundsätzen eines fairen und lauten Wettbewerbs. Wäre ein Widerruf ohne weitere Prüfung, ob der Kostenanschlag zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung sachverständig geschätzt vorgelegen sei, zulässig und könnte der Auftraggeber daraufhin ein Vergabeverfahren ohne Bekanntmachung durchführen, erübrige sich jedes Vergabeverfahren. Ein Auftraggeber könnte jederzeit das Überschreiten eines Kostenanschlags behaupten und danach nach eigenem Gutdünken verhandeln. In Ermangelung weiterer Informationen sei anzumerken, dass zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung kein sachverständig geschätzter Kostenanschlag vorgelegen sei, der um mehr als 20 % unter dem Preis der Antragstellerin gelegen sei. Zu beachten sei, dass der Antragstellerin bis heute nicht einmal bekanntgegeben worden sei, wer den Kostenanschlag erstellt habe und wie hoch der Kostenanschlag sei, obwohl es sich hierbei mittlerweile um keinerlei schützenswerte Geheimnisse handle. Im Hinblick darauf, dass der Gesamtpreis des Angebots der Antragstellerin allgemein bekannt sei, sei zu befürchten, dass die Antragstellerin keine faire Chance in einem weiteren Verfahren habe. Es liege kein sachlicher Widerrufsgrund vor. Es liege weder ein Widerrufsgrund nach Punkt E der Ausschreibungsbedingungen noch nach § 130 BVergG vor. Die angestrebte Vorgangsweise verstoße auch gegen den Grundsatz eines fairen und lauten Vergabeverfahrens. Die A*** vertreten durch Y***, Rechtsanwalt, in der Folge Antragstellerin genannt, stellte am 7. November 2012 neben dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und Anträgen auf Gebührenersatz gemäß Paragraph 319, BVergG und auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung den Antrag auf Nichtigerklärung der Widerrufsentscheidung. Sie erachtet sich in ihren Rechten auf eine ausreichende Begründung der Widerrufsentscheidung, die Zuschlagsentscheidung und die Auftragserteilung, den Nicht-Widerruf des Vergabeverfahrens "Gewerk vorgehängte Fassade", eine sachverständige Erstellung eines Kostenanschlags, und die Durchführung eines fairen, lauten Vergabeverfahrens, das nicht zu Markterkundungszwecken erfolgt (Paragraph 19, BVergG 2006) beschwert. Nach Darlegung der Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags und Darstellung des entscheidungserheblichen Sachverhalts, gab sie als drohenden Schaden Kosten in der Höhe von ca Euro 15.000 für die Beteiligung an dem Vergabeverfahren, Kosten der Rechtsberatung von ca Euro 5.000, das Erfüllungsinteresse in Höhe des Gemeinkostenzuschlag bzw Gewinnzuschlags von 15 %, des Wegfalls der Auslastung der Produktionskapazitäten sowie des Verlusts eines Referenzprojekts. Begründend führt sie im Wesentlichen aus, dass die Widerrufsentscheidung wie die Zuschlagsentscheidung zu begründen sei. Bereits spätestens mit der Widerrufsentscheidung seien den Bietern alle Informationen zu geben, die es ihnen ermöglichten, die Rechtmäßigkeit der Widerrufsentscheidung zu beurteilen. Die Widerrufsentscheidung sei mit der Zuschlagsentscheidung systematisch vergleichbar; sie sei die letzte anfechtbare Entscheidung in einem Vergabeverfahren. Es sei zwar begründend angegeben worden, dass das billigste Angebot 20 % über dem Kostenvoranschlag liege. Der Kostenvoranschlag sei jedoch nicht bekannt gegeben worden. Die Antragstellerin könne nicht feststellen, ob der billigste Angebotspreis tatsächlich 20 % über dem Kostenvoranschlag liege. Der Kostenvoranschlag müsse sachverständig ermittelt sein. Der Angebotspreis der Antragstellerin lasse sich angesichts der Einkaufspreise des notwendigen Materials nicht um 20 % unterbieten. Dem Vernehmen nach wolle die Auftraggeberin nach dem Widerruf ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung durchführen. Eine

derartige Vorgangsweise widerspreche den Grundsätzen eines fairen und lauterer Wettbewerbs. Wäre ein Widerruf ohne weitere Prüfung, ob der Kostenanschlag zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung sachverständig geschätzt vorgelegen sei, zulässig und könnte der Auftraggeber daraufhin ein Vergabeverfahren ohne Bekanntmachung durchführen, erübrige sich jedes Vergabeverfahren. Ein Auftraggeber könnte jederzeit das Überschreiten eines Kostenanschlages behaupten und danach nach eigenem Gutdünken verhandeln. In Ermangelung weiterer Informationen sei anzumerken, dass zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung kein sachverständig geschätzter Kostenanschlag vorgelegen sei, der um mehr als 20 % unter dem Preis der Antragstellerin gelegen sei. Zu beachten sei, dass der Antragstellerin bis heute nicht einmal bekanntgegeben worden sei, wer den Kostenanschlag erstellt habe und wie hoch der Kostenanschlag sei, obwohl es sich hierbei mittlerweile um keinerlei schützenswerte Geheimnisse handle. Im Hinblick darauf, dass der Gesamtpreis des Angebots der Antragstellerin allgemein bekannt sei, sei zu befürchten, dass die Antragstellerin keine faire Chance in einem weiteren Verfahren habe. Es liege kein sachlicher Widerrufsgrund vor. Es liege weder ein Widerrufsgrund nach Punkt E der Ausschreibungsbedingungen noch nach Paragraph 130, BVergG vor. Die angestrebte Vorgangsweise verstoße auch gegen den Grundsatz eines fairen und lauterer Vergabeverfahrens.

Am 9. November 2012 legte die Auftraggeberin Teil C der Ausschreibungsunterlagen vor.

Die Auftraggeberin erstattete die Stellungnahme vom 12. November 2012. Zum Hauptverfahren behielt sie sich eine Stellungnahme vor. Zum Provisorialverfahren sah die Auftraggeberin von einer Stellungnahme ab, behauptete jedoch unter Verweis auf die Festlegung in Punkt E der Ausschreibungsunterlage eine Chancenlosigkeit des Nachprüfungsantrags.

Die Auftraggeberin erteilte mit Schriftsatz vom 13. November 2012 allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren.

Am 14. November 2012 erließ das Bundesvergabeamt zur Zahl N/0103-BVA/10/2012-EV12 eine einstweilige Verfügung, mit der sie für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Erklärung des Widerrufs untersagte.

Am 14. November 2012 legte die Auftraggeberin die Unterlagen des Vergabeverfahrens vor.

Am 14. November 2012 nahm die Auftraggeberin zum Nachprüfungsantrag Stellung. Darin gab sie im Wesentlichen an, dass sie das Angebot der Antragstellerin hätte ausscheiden müssen. Der Antragstellerin fehle die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, da sie den geforderten Mindestumsatz von Euro 5.000.000 im Mittel der drei letzten Geschäftsjahre nicht erfülle. Sie sei nämlich erst am 11. Mai 2012 gegründet worden und führe "in Form einer Einzelrechtsnachfolge einen Teilbetrieb des Unternehmens" der (aufgrund eines Konkursverfahrens aufgelösten) B*** weiter. Im Zeitraum zwischen Juli 2012 und September 2012 habe sie einen Umsatz von Euro 1.661.857 erzielt. Eine Zurechnung des Umsatzes der (aufgelösten) B*** sei nicht möglich. Die Auftraggeberin habe aufgrund der Widerrufsentscheidung vom 29. Oktober 2012 von einem Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin Abstand genommen. Das Angebot der Antragstellerin wäre jedoch aufgrund der mangelnden finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit zwingend auszuschneiden gewesen. Der zwingende Ausscheidensgrund sei aus dem Vergabeakt klar ersichtlich. Daher sei der Nachprüfungsantrag aufgrund mangelnder Antragslegitimation zurückzuweisen. Die Antragstellerin gebe in Punkt VI.3 des Nachprüfungsantrages an, dass sie das Angebot "unter Berücksichtigung aller möglichen Sublieferanten" gelegt habe. Allerdings habe die Antragstellerin in ihrem Angebot keine Subunternehmererklärung gemäß Formblatt 4 vorgelegt. Daher sei es fraglich, ob das Angebot der Antragstellerin vollständig sei und die Antragstellerin über die erforderliche Eignung verfüge. Die Auftraggeberin habe aufgrund der Widerrufsentscheidung vom formellen Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin Abstand genommen. Das Angebot der Antragstellerin wäre jedoch gemäß § 129 BVergG auszuschneiden gewesen. Der Ausscheidensgrund sei aus dem Vergabeakt klar ersichtlich. Daher sei der Nachprüfungsantrag aufgrund mangelnder Antragslegitimation zurückzuweisen. Im Unterschied zur Begründung der Zuschlagsentscheidung genüge es bei der Begründung der Widerrufsentscheidung, wenn objektive Gründe vorlägen, die die Widerrufsentscheidung trügen, auch wenn sie in der Widerrufsentscheidung selbst nicht genannt seien. Die Auftraggeberin habe die Widerrufsentscheidung im Einklang mit § 140 Abs 1 BVergG begründet. Die Auftraggeberin habe den Auftragswert des verfahrensgegenständlichen Gewerkes "Vorgehängte Fassade!" durch einen Sachverständigen iSd § 78 Abs 9 BVergG ermittelt. Der Kostenanschlag sei von der C*** Architektur ZT GmbH erstellt worden. Die in den einschlägigen Fachkreisen angesehene Ziviltechnikergesellschaft bestehe bereits seit dem Jahr 1999 und verfüge über die erforderliche Fachkunde. Der Kostenanschlag von Euro 2,370.780 ohne USt sei der Auftraggeberin am 3. September 2012 übermittelt worden, dh vor

der Einleitung des Vergabeverfahrens durch die Veröffentlichung der Bekanntmachung am 10. September 2012. Entgegen der Ansicht der Antragstellerin bestehe keine Pflicht der Auftraggeberin zur Bekanntgabe des Kostenanschlages an die Bieter. Im Gegenteil, die Veröffentlichung des Kostenanschlages könnte zur Wettbewerbsverzerrung führen. Der Kostenanschlag sei wegen des Schutzes von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen von der Akteneinsicht auszunehmen. Die Angebotspreise seien allesamt um mehr als 20 % teurer als der Kostenanschlag. Dies berechtige die Auftraggeberin gemäß Punkt E, Teil A Angebotsbestimmungen zum Widerruf. Nach der Rechtsprechung des OGH stelle eine Überschreitung der Angebotspreise von 20 % einen sachlichen Grund für den Widerruf dar. Im konkreten Fall überstiegen die Angebotspreise die budgetäre Deckung der Auftraggeberin. Daher liege ein sachlicher Widerrufsgrund gemäß § 139 Abs 2 BVergG vor. Die Widerrufsentscheidung sei rechtmäßig. Die Vergabeabsicht der Auftraggeberin liege - im Rahmen der budgetären Deckung - eindeutig vor. Die Vergabe des gegenständlichen Gewerkes werde selbstverständlich rechtmäßig erfolgen. Am 14. November 2012 nahm die Auftraggeberin zum Nachprüfungsantrag Stellung. Darin gab sie im Wesentlichen an, dass sie das Angebot der Antragstellerin hätte ausscheiden müssen. Der Antragstellerin fehle die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, da sie den geforderten Mindestumsatz von Euro 5.000.000 im Mittel der drei letzten Geschäftsjahre nicht erfülle. Sie sei nämlich erst am 11. Mai 2012 gegründet worden und führe "in Form einer Einzelrechtsnachfolge einen Teilbetrieb des Unternehmens" der (aufgrund eines Konkursverfahrens aufgelösten) B*** weiter. Im Zeitraum zwischen Juli 2012 und September 2012 habe sie einen Umsatz von Euro 1.661.857 erzielt. Eine Zurechnung des Umsatzes der (aufgelösten) B*** sei nicht möglich. Die Auftraggeberin habe aufgrund der Widerrufsentscheidung vom 29. Oktober 2012 von einem Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin Abstand genommen. Das Angebot der Antragstellerin wäre jedoch aufgrund der mangelnden finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit zwingend auszuschneiden gewesen. Der zwingende Ausscheidensgrund sei aus dem Vergabeakt klar ersichtlich. Daher sei der Nachprüfungsantrag aufgrund mangelnder Antragslegitimation zurückzuweisen. Die Antragstellerin gebe in Punkt römisch sechs.3 des Nachprüfungsantrages an, dass sie das Angebot "unter Berücksichtigung aller möglichen Sublieferanten" gelegt habe. Allerdings habe die Antragstellerin in ihrem Angebot keine Subunternehmererklärung gemäß Formblatt 4 vorgelegt. Daher sei es fraglich, ob das Angebot der Antragstellerin vollständig sei und die Antragstellerin über die erforderliche Eignung verfüge. Die Auftraggeberin habe aufgrund der Widerrufsentscheidung vom formellen Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin Abstand genommen. Das Angebot der Antragstellerin wäre jedoch gemäß Paragraph 129, BVergG auszuschneiden gewesen. Der Ausscheidensgrund sei aus dem Vergabeakt klar ersichtlich. Daher sei der Nachprüfungsantrag aufgrund mangelnder Antragslegitimation zurückzuweisen. Im Unterschied zur Begründung der Zuschlagsentscheidung genüge es bei der Begründung der Widerrufsentscheidung, wenn objektive Gründe vorlägen, die die Widerrufsentscheidung trügen, auch wenn sie in der Widerrufsentscheidung selbst nicht genannt seien. Die Auftraggeberin habe die Widerrufsentscheidung im Einklang mit Paragraph 140, Absatz eins, BVergG begründet. Die Auftraggeberin habe den Auftragswert des verfahrensgegenständlichen Gewerkes "Vorgehängte Fassade!" durch einen Sachverständigen iSd Paragraph 78, Absatz 9, BVergG ermittelt. Der Kostenanschlag sei von der C*** Architektur ZT GmbH erstellt worden. Die in den einschlägigen Fachkreisen angesehene Ziviltechnikergesellschaft bestehe bereits seit dem Jahr 1999 und verfüge über die erforderliche Fachkunde. Der Kostenanschlag von Euro 2,370.780 ohne USt sei der Auftraggeberin am 3. September 2012 übermittelt worden, dh vor der Einleitung des Vergabeverfahrens durch die Veröffentlichung der Bekanntmachung am 10. September 2012. Entgegen der Ansicht der Antragstellerin bestehe keine Pflicht der Auftraggeberin zur Bekanntgabe des Kostenanschlages an die Bieter. Im Gegenteil, die Veröffentlichung des Kostenanschlages könnte zur Wettbewerbsverzerrung führen. Der Kostenanschlag sei wegen des Schutzes von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen von der Akteneinsicht auszunehmen. Die Angebotspreise seien allesamt um mehr als 20 % teurer als der Kostenanschlag. Dies berechtige die Auftraggeberin gemäß Punkt E, Teil A Angebotsbestimmungen zum Widerruf. Nach der Rechtsprechung des OGH stelle eine Überschreitung der Angebotspreise von 20 % einen sachlichen Grund für den Widerruf dar. Im konkreten Fall überstiegen die Angebotspreise die budgetäre Deckung der Auftraggeberin. Daher liege ein sachlicher Widerrufsgrund gemäß Paragraph 139, Absatz 2, BVergG vor. Die Widerrufsentscheidung sei rechtmäßig. Die Vergabeabsicht der Auftraggeberin liege - im Rahmen der budgetären Deckung - eindeutig vor. Die Vergabe des gegenständlichen Gewerkes werde selbstverständlich rechtmäßig erfolgen.

Am 15. November 2012 übermittelte das Bundesvergabeamt der Antragstellerin die Stellungnahme der Auftraggeberin vom 14. November 2012, forderte sie auf zu den vorgebrachten Ausscheidensgründen Stellung zu nehmen und wies sie auf die Konsequenz der Zurückweisung des Nachprüfungsantrages bei Zutreffen der Ausscheidensgründe hin.

Am 23. November 2012 brachte die Antragstellerin die am 26. November 2012 beim Bundesvergabebeamten eingelangte Stellungnahme ein. Darin führte sie im Wesentlichen aus, dass bei Unternehmen, die noch nicht drei Jahre bestünden, die Umsätze für den Zeitraum des Bestehens in das Formblatt 6 einzutragen gewesen seien. Die Antragstellerin habe die Umsätze der B*** eingetragen und dies in der Fußnote gekennzeichnet. Auf Nachfrage durch die Auftraggeberin habe die Antragstellerin daraufhin geantwortet, dass keine Gesamtrechtsnachfolge erfolgt sei, dass sie aber einen Teilbetrieb der insolventen B*** übernommen habe, der sich aus 65 Mitarbeitern, eines Großteils des Vermögens der Firma B*** einschließlich Lager und Halbfabrikate sowie der bestehenden Aufträge bestanden habe. Für weitere Rückfragen habe sie auf den Masseverwalter D*** verwiesen. Gleichzeitig habe sie das Formblatt 6 bezogen auf A*** ausgefertigt. Darin habe sie die Umsätze von Juni bis September 2012 und eine Umsatzprognose für 2012 angegeben. Die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sei von der Auftraggeberin offenbar nicht mehr weiter geprüft und als ausreichend akzeptiert worden. Es seien weder weitere Nachfragen noch ein Ausscheiden ihres Angebots erfolgt. Zu den Umsätzen von Juni bis September 2012 seien noch die Umsätze aus Aufträgen hinzuzurechnen gewesen, die die Antragstellerin von der B*** übernommen habe. Die Umsätze seien insgesamt bezogen auf das Jahr erheblich über Euro 5.000.000 gelegen. Die Umsätze seien aliquot auf das Jahr hochzurechnen. Es ergebe sich ein Monatsumsatz von Euro 416.666. Auch die Umsätze aus Aufträgen, die die Antragstellerin von der B*** übernommen habe, seien einzurechnen. Die Umsatzprognose liege bei Euro 12.000.000. Die Auftraggeberin hätte daher erkennen können, dass die Antragstellerin die Anforderungen an die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit erfülle. Die Antragstellerin verfüge über notwendigen Anlagen, Materialien und Mitarbeiter. Sie benötige keine Subunternehmer. Lediglich das Glas werde von einem "Sublieferanten" geliefert. Der Einbau der Materialien vor Ort erfolge ausschließlich durch die Antragstellerin und ihre Mitarbeiter. Der Ausscheidensgrund liege daher nicht vor. Eine ausreichend begründete Widerrufsentscheidung hätte die Bekanntgabe des geschätzten Auftragswerts erfordert. In den Materialien werde auf die Begründung der Zuschlagsentscheidung verwiesen. Der Gesetzgeber lege daher an die Begründung der Widerrufsentscheidung den gleichen Maßstab wie an die Begründung der Zuschlagsentscheidung. Die ausgeschriebenen Leistungen seien nicht zu den geschätzten Preisen am Markt erhältlich, wenn die Kosten der Jalousiegläser entsprechend angesetzt würden. Im Einzelnen werde die vermeintlich vorliegende sachverständige Kostenschätzung dahin zu überprüfen sein, ob alle ausgeschriebenen Leistungspositionen veranschlagt seien, welcher Einheitspreis für die Jalousiegläser veranschlagt worden sei und mit welcher Begründung allenfalls von dem durchschnittlichen Marktpreis von circa Euro 500,00/m² abgewichen werde und mit welchen Leistungspositionspreisen für die einzelnen Positionen gerechnet worden sei. Die Antragstellerin stellt den Antrag auf Einsicht in diese Kostenschätzung bzw. Mitteilung der Kostenschätzung. Es bestehe kein schützenswertes Interesse daran. Unter Berücksichtigung der Unschärfe einer Kostenschätzung von +/- 10 % und der Bauherrenreserve bezweifelt die Antragstellerin die Überschreitung des Budgets.

Die Auftraggeberin nahm am 4. Dezember 2012 erneut Stellung. Darin behauptet sie, dass das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden gewesen wäre, weil sie zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung keinen Jahresumsatz von Euro 5.000.000 hatte. Damit fehle die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit. Eine Prognose sei gänzlich irrelevant. Es sei der Zeitraum zwischen Firmengründung und Angebotsöffnung relevant. Die Berücksichtigung der Umsätze der B*** im Zeitraum 1. Jänner 2012 bis 30. Mai 2012 sei nicht möglich, da die Antragstellerin erst am 11. Mai 2012 gegründet worden sei. Die Auftraggeberin habe um Aufklärung des mangelhaft ausgefüllten Formblatts 6 ersucht. Die Antragstellerin räume offensichtlich ein, dass die Erklärung über die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit falsch gewesen sei. Es sei daher der Ausschlussgrund des § 68 Abs 1 Z 7 BVergG zu untersuchen. Der Nachprüfungsantrag sei aufgrund mangelnder Antragslegitimation zurückzuweisen. Die Angebotspreise überstiegen die budgetierten Kosten von Euro 25.000.000 ohne USt. Diese Summe sei ein maximaler nicht überschreitbarer Kostendeckel. Für die Baukosten seien Euro 18.000.000 ohne USt budgetiert. Im Falle drohender Budgetüberschreitungen sollten diese durch Planungsänderungen oder den gänzlichen Entfall von Leistungen unter Einschränkung der Nutzerqualität dennoch eingehalten werden. Der Kostenbereich 4 Bauwerk-Ausbau sei mit Euro 6.190.000 gedeckelt. Die ausschreibungsgegenständlichen Fassadenleistungen beträfen das Gewerk 4.8 dieses Bereichs. Die Kostenvorschau vom 5. September 2012 bilde die prognostizierten bzw. budgetierten Kosten zu Beginn des Vergabeverfahrens ab. In Zusammenschau mit der Kostenübersicht sei deutlich ersichtlich, dass der für den Bereich 4 Bauwerk-Ausbau budgetierten Betrag von Euro 6.190.000 mit dem im Kostenanschlag festgehaltenen Betrag eingehalten werde. Im Vergleich dazu sei aus der Kostenvorschau vom 22. Oktober 2012, dem Stand kurz vor Widerruf des Vergabeverfahrens, deutlich erkennbar, dass unter Zugrundelegung des Angebotspreises der Antragstellerin der in

der Kostenübersicht für den Bereich 4 Bauwerk-Ausbau budgetierte Betrag von Euro 6,190.000 nicht mehr eingehalten werden könne. Für das Gesamtprojekt würden in diesem Fall lediglich knapp über Euro 100.000 an Reserven verbleiben. Der Angebotspreis der Antragstellerin übersteige daher deutlich die budgetäre Deckung. Mangels budgetärer Deckung liege somit ein sachlicher Widerrufsgrund gemäß § 139 Abs 2 BVergG vor. Die Widerrufsentscheidung sei rechtmäßig. Der Kostenanschlag sei sachverständig sowie auf Basis des ausgeschriebenen Leistungsverzeichnisses erstellt worden. Er beruhe insbesondere auf den relevanten Erfahrungssätzen aus vergleichbaren Projekten, auf Angaben aus den einschlägigen Datenbanken sowie auf aktuellen Marktpreisen der Hersteller und Lieferanten. Es sei ein fachspezifischer Fassadenplaner eingebunden worden. Die Richtigkeit des Kostenanschlages werde auch durch die im Vergabeverfahren angebotenen (Positions-)Preise bestätigt. Errechne man den Gesamtauftragswert, indem man den jeweils niedrigsten von einem Bieter angebotenen Preis je Position ansetze, so weiche der derart ermittelte Gesamtpreis um weniger als 5 % vom Kostenanschlag des Generalplaners ab. Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin seien die für Jalousiegläser angesetzten Preise am Markt erzielbar bzw marktüblich und keineswegs "illusorisch". Der Durchschnittspreis pro m² Fassade in PfostenRiegel-Bauweise liege zwischen Euro 450 und Euro 500. Zu diesem Preis sei eine Aufzahlung von Euro 175 für Jalousiegläser hinzugerechnet worden. Die Marktkonformität dieser Aufzahlung bzw des so ermittelten (Durchschnitts-)Preises von gesamt Euro 675 sei auf Nachfragen von verschiedenen Marktteilnehmern bestätigt worden. Zudem liege nach dem aktuellen Baukostenindex, dem BKI 2012, der Durchschnittspreis für einen m² Fassade mit hohem Standard bei Euro 663. Die Auftraggeberin beantragte die vertrauliche Behandlung verschiedener vorgelegter Unterlagen und hielt im Übrigen ihre Anträge aufrecht. Die Auftraggeberin nahm am 4. Dezember 2012 erneut Stellung. Darin behauptet sie, dass das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden gewesen wäre, weil sie zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung keinen Jahresumsatz von Euro 5,000.000 hatte. Damit fehle die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit. Eine Prognose sei gänzlich irrelevant. Es sei der Zeitraum zwischen Firmengründung und Angebotsöffnung relevant. Die Berücksichtigung der Umsätze der B*** im Zeitraum 1. Jänner 2012 bis 30. Mai 2012 sei nicht möglich, da die Antragstellerin erst am 11. Mai 2012 gegründet worden sei. Die Auftraggeberin habe um Aufklärung des mangelhaft ausgefüllten Formblatts 6 ersucht. Die Antragstellerin räume offensichtlich ein, dass die Erklärung über die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit falsch gewesen sei. Es sei daher der Ausschlussgrund des Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG zu untersuchen. Der Nachprüfungsantrag sei aufgrund mangelnder Antragslegitimation zurückzuweisen. Die Angebotspreise überstiegen die budgetierten Kosten von Euro 25,000.000 ohne USt. Diese Summe sei ein maximaler nicht überschreitbarer Kostendeckel. Für die Baukosten seien Euro 18,000.000 ohne USt budgetiert. Im Falle drohender Budgetüberschreitungen sollten diese durch Planungsänderungen oder den gänzlichen Entfall von Leistungen unter Einschränkung der Nutzerqualität dennoch eingehalten werden. Der Kostenbereich 4 Bauwerk-Ausbau sei mit Euro 6,190.000 gedeckelt. Die ausschreibungsgegenständlichen Fassadenleistungen beträfen das Gewerk 4.8 dieses Bereichs. Die Kostenvorschau vom 5. September 2012 bilde die prognostizierten bzw budgetierten Kosten zu Beginn des Vergabeverfahrens ab. In Zusammenschau mit der Kostenübersicht sei deutlich ersichtlich, dass der für den Bereich 4 Bauwerk-Ausbau budgetierten Betrag von Euro 6,190.000 mit dem im Kostenanschlag festgehaltenen Betrag eingehalten werde. Im Vergleich dazu sei aus der Kostenvorschau vom 22. Oktober 2012, dem Stand kurz vor Widerruf des Vergabeverfahrens, deutlich erkennbar, dass unter Zugrundelegung des Angebotspreises der Antragstellerin der in der Kostenübersicht für den Bereich 4 Bauwerk-Ausbau budgetierte Betrag von Euro 6,190.000 nicht mehr eingehalten werden könne. Für das Gesamtprojekt würden in diesem Fall lediglich knapp über Euro 100.000 an Reserven verbleiben. Der Angebotspreis der Antragstellerin übersteige daher deutlich die budgetäre Deckung. Mangels budgetärer Deckung liege somit ein sachlicher Widerrufsgrund gemäß Paragraph 139, Absatz 2, BVergG vor. Die Widerrufsentscheidung sei rechtmäßig. Der Kostenanschlag sei sachverständig sowie auf Basis des ausgeschriebenen Leistungsverzeichnisses erstellt worden. Er beruhe insbesondere auf den relevanten Erfahrungssätzen aus vergleichbaren Projekten, auf Angaben aus den einschlägigen Datenbanken sowie auf aktuellen Marktpreisen der Hersteller und Lieferanten. Es sei ein fachspezifischer Fassadenplaner eingebunden worden. Die Richtigkeit des Kostenanschlages werde auch durch die im Vergabeverfahren angebotenen (Positions-)Preise bestätigt. Errechne man den Gesamtauftragswert, indem man den jeweils niedrigsten von einem Bieter angebotenen Preis je Position ansetze, so weiche der derart ermittelte Gesamtpreis um weniger als 5 % vom Kostenanschlag des Generalplaners ab. Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin seien die für Jalousiegläser angesetzten Preise am Markt erzielbar bzw marktüblich und keineswegs "illusorisch". Der Durchschnittspreis pro m² Fassade in PfostenRiegel-Bauweise liege zwischen Euro 450 und Euro 500. Zu diesem Preis sei eine Aufzahlung von Euro 175 für Jalousiegläser

hinzugerechnet worden. Die Marktkonformität dieser Aufzählung bzw des so ermittelten (Durchschnitts-)Preises von gesamt Euro 675 sei auf Nachfragen von verschiedenen Marktteilnehmern bestätigt worden. Zudem liege nach dem aktuellen Baukostenindex, dem BKI 2012, der Durchschnittspreis für einen m² Fassade mit hohem Standard bei Euro 663. Die Auftraggeberin beantragte die vertrauliche Behandlung verschiedener vorgelegter Unterlagen und hielt im Übrigen ihre Anträge aufrecht.

Am 5. Dezember 2012 übermittelte das Bundesvergabeamt der Antragstellerin die Stellungnahme der Auftraggeberin vom 4. Dezember 2012, forderte sie auf zu den vorgebrachten Ausscheidensgründen Stellung zu nehmen und wies sie auf die Konsequenz der Zurückweisung des Nachprüfungsantrags bei Zutreffen der Ausscheidensgründe hin.

17. Dezember 2012 brachte die Antragstellerin eine weitere Stellungnahme ein. Darin begehrte sie Einsicht in die Beilagen zur Stellungnahme der Auftraggeberin, die die Kostenschätzung und die Budgetierung des Projekts durch die Auftraggeberin betreffen. In der Stellungnahme führte sie im Wesentlichen aus, dass sie zu keinem Zeitpunkt falsche Erklärungen über die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit abgegeben habe. Es sei nicht notwendig, ein abgeschlossenes Geschäftsjahr nachzuweisen. Ein kürzerer Zeitraum genüge auch. Für die Monate Juli bis September 2012 habe sie Euro 1,661.857 angegeben. Für fünf Monate liege der Umsatz nach den Berechnungen des Steuerberaters bei Euro 2,251.136. Damit werde das geforderte monatliche Mittel von Euro 460.616,66 überschritten. Der Masseverwalter habe bestätigt, dass der der Antragstellerin zuzurechnende Umsatz bei Euro 3.129.885,08 liege. Damit überschreite die Antragstellerin den geforderten Umsatz von Euro 5,000.000 pro Geschäftsjahr. Ein Herausfiletieren einzelner Kostenbereiche nach der ÖNORM B 1801 habe nichts mit einer budgetären Bedeckung zu tun, geschweige denn das Abstellen auf einzelne Aufträge. Die Antragsgegnerin habe ein Budget für das gesamte Bauvorhaben und nicht mehrerer Budgets heruntergebrochen auf einzelne Kostenbereiche bzw Aufträge. Daran ändere auch der Umstand nichts, dass selbstverständlich dem Präsidium eine Kostenvorschau in Bezug auf die einzelnen Kostenbereiche gegeben werde. Davon zu unterscheiden sei jedoch das genehmigte Budget. Dieses richte sich nach dem Gesamtbauvorhaben. Allfällige Kostenüberschreitungen in einem Auftrag änderten nichts daran, dass eine budgetäre Bedeckung gegeben sei. Es sei möglich eine Kostenüberschreitung durch Einsparungen in andern Bereichen zu kompensieren. In diesem Sinn seien Kostenüberschreitung und fehlende budgetierte Bedeckung zwei unterschiedliche Themen, die gegebenenfalls Widerruf unterschiedlich rechtfertigen könnten. Diese träfen hier nicht zu. Der Auftragswert von Euro 2,900.000 entspräche ca 11 % des Gesamtbudgets von Euro 25,000.000. Es liege an der Auftraggeberin, für eine zusätzliche budgetäre Bedeckung der zusätzlichen Gewerke zu sorgen. Wenn die Antragsgegnerin selbst zugesteh, dass trotz der Kostenüberschreitung im gegenständlichen Fall noch eine Bauherrenreserve von Euro 100.000 verbleibe, könne ohnehin nicht von einer fehlenden budgetären Bedeckung gesprochen werden. Das Vorbringen der Antragsgegnerin in Punkt 3.3 bestätige die nicht sachverständige Kostenschätzung. Die Antragsgegnerin picke die jeweils günstigsten Preispositionen der einzelnen Bieter heraus, stopple sie so zu einem künstlichen Gesamtangebot zusammen und vergleiche dies mit ihrer eigenen Kostenschätzung. Selbst bei dieser Zusammensetzung sei das fiktive Angebot offenbar noch immer ca 5 % höher als die Kostenschätzung. Diese Argumentation verkenne den Kalkulationsspielraum der einzelnen Bieter, insbesondere, dass die Bieter die Gemeinkosten und deren Umlage sowie diverse Nebenkosten unterschiedlich kalkulierten und in unterschiedlichen Preispositionen erfassten. In diesem Sinn lasse das gegenständliche Leistungsverzeichnis zB folgende Kalkulationsräume zu:

- -Strichaufzählung

Die Ausbildung des Glas-Stufenfalzes, sowie die auf den Rahmen bzw. Flügelprofil aufzuklebenden Emailgaser könnten lt. LV bei der AZ Position für Fenster und Türen Pos. 91.02.50A - 50T oder auch in die Fassadenpositionen Pos. 91.02.10A - 91.02.42B eingerechnet werden

- -Strichaufzählung

Bei den LV Pos. 91.03.02A - 03H (Beschläge) könnten Teile der Beschläge schon in der Position Einsetzelemente (Fenster Türen) Position 91.02.50A-T enthalten sein.

- -Strichaufzählung

Die Verkabelungsarbeiten, welche in der LV Pos, 91.04.01 B angeführt sind, könnten auch in der LV-Position 91.04.01F oder bei den einzelnen Gläsern eingerechnet werden, gleiches gelte für das Steuerkabel zum Glas.

- -Strichaufzählung

Materialien zur Befestigung des Starren Sonnenschutzes LV-Position 92.09.01A könnten auch in der LV Pos

92.08.50A enthalten sein. Im Übrigen seien der Antragstellerin die Argumente der Auftraggeberin im Detail nicht vorgelegt worden, sodass sie darauf auch nicht replizieren könne. Zu den genannten Durchschnittspreisen der Fassade in Pfosten-Riegel-Bauweise bzw den statistischen Durchschnittspreisen sei zu sagen, dass es sich dabei um "Durchschnittspreise" bei einer normalen Planung handle. Unberücksichtigt seien dabei die Sonderwünsche und die Sonderplanung im gegenständlichen Fall. Im Einzelnen sei zu Punkt 3.4 der Stellungnahme der Antragsgegnerin Folgendes einzuwenden:

- -Strichaufzählung
Der Durchschnittspreis für Gläser bei Pfosten Riegelfassaden liegt laut Beilage ./9 für Gläser ohne Jalousie im Scheibenzwischenraum bei Euro 36 bis Euro 53 pro m², wobei diese Gläser sogar einen besseren Ug-Wert als die Jalousiegläser, nämlich 0,6, hätten.
- -Strichaufzählung
Der Preis für Jalousiegläser laut Beilage ./10 liege bei Euro 497 je m². Die Differenz zu üblichen hochwertigen Gläsern betrage also Euro 444 je m².
- -Strichaufzählung
Die ermittelte Differenz von Euro 444 je m² Glas abzüglich der von der Antragsgegnerin angeführten Aufzahlung von Euro 175 pro m² ergebe Euro 269 pro m² dieses multipliziert mit der Fassadenfläche von ca 3.200 m² ergebe einen Fehlbetrag von Euro 860.800, der in der Kalkulation der Antragsgegnerin nicht berücksichtigt worden sei.
- -Strichaufzählung
Die in Punkt 3.4 angeführte Aufzahlung von EUR 175 pro m² entspreche wie in den beiliegenden Wettbewerbsangeboten (Beilagen ./9 und ./10) ersichtlich in keinsten Weise den erzielbaren Marktpreisen und erkläre die falsche Kostenschätzung.

Auch dies beweise die nicht sachverständige Kostenschätzung.

Am 19. Dezember 2012 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt statt. Darin brachte X***, Rechtsvertreter der Auftraggeberin, vor, dass in der Beilage ./7 zum Schriftsatz der Antragstellerin vom 17. Dezember 2012 Umsatz und Betriebsleistung gleichgesetzt würden. Dabei handle es sich um unterschiedliche Größen. Die Betriebsleistung könne höher als der Umsatz sein. Die Zahlen seien für die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit nicht aussagekräftig. Der Umsatz und die Betriebsleistung zum 31. Oktober 2012 seien jedenfalls irrelevant, weil die Angebotsfrist bereits am 15. Oktober 2012 ausgelaufen sei. Die in Beilage ./7 angegebenen Zahlen seien weiters auch deswegen nicht einschlägig, weil hier wohl auch Umsätze aus mit dem Auftragsgegenstand nicht vergleichbaren Leistungen enthalten seien. Weiters nehme die E*** Wirtschaftstreuhand in ihrem Schreiben gar nicht auf ein bestimmtes Unternehmen Bezug; es sei unklar, wessen Betriebsleistung hier angegeben werde. Auch werde die Betriebsleistung nur entsprechend den vorgelegten Unterlagen bestätigt. Das heiße, die E*** habe hier keine eigenen Ermittlungen durchgeführt. Ohne Vorlage dieser Unterlagen bleibe zweifelhaft, wie hoch der hier relevante Umsatz von A*** in dem hier relevanten Zeitraum tatsächlich gewesen sei. Aus Beilage ./8, dem Schreiben der Z*** sei nicht erkennbar, welche Umsätze im relevanten Zeitraum vom 15. Mai 2012 bis 15. Oktober 2012 erarbeitet worden seien. Die angegebenen Umsätze im Zeitraum 1. Jänner 2012 bis 23. Dezember 2012 hätten keine Aussagekraft, da die Antragstellerin erst am 15. Mai 2012 im Firmenbuch eingetragen worden sei. Dieses Schreiben sei auch insoweit unwichtig, als die Antragstellerin nicht das gesamte Personal in der B*** übernommen habe, wie dies im Schreiben suggeriert werde. Die Beilage ./F der Auftraggeberin und der darin ermittelte Vergleichspreis auf Basis der billigsten Angebotspreise aus den einzelnen Positionen sei sehr wohl relevant. Der von der Antragstellerin behauptete Kalkulationsspielraum bestehe tatsächlich nicht; die von der Antragstellerin angedachte Umlage von Kosten auf andere Positionen würde zu spekulativen Angebotspreisen führen. Y***, Rechtsvertreter der Antragstellerin, bestritt das Vorbringen von X*** und verwies auf sein bisheriges Vorbringen. Zur Beilage ./7: Aus der Adressierung des Schreibens Beilage ./7 ergebe sich der Bezug auf die Antragstellerin. Den Anforderungen zur wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit sei nur eine Erklärung über den allgemeinen Umsatz zu entnehmen. Dass es sich hierbei um einen mit dem Ausschreibungsgegenstand vergleichbaren Umsatz handeln müsse, sei nicht zu entnehmen. Die Betriebsleistung sei Teil des geforderten Umsatzes und ergebe sich aus der notwendigen Abgrenzung der Leistungen zum 15. Oktober 2012. Der Unterschied in den Zahlen des Formblatts 6 und der Beilage ./7 ergebe sich aus dem unterschiedlichen Betrachtungszeitraum (Juli bis September 2012; 15. Mai bis 15. Oktober 2012). X*** verwies darauf, dass das Formblatt 6 Jahresumsätze bezüglich Leistungen, die Gegenstand der Ausschreibung seien, verlange. F***, Geschäftsführer der Antragstellerin, gab an, dass der Steuerberater Saldenlisten als Grundlage seiner Aussage über

den Umsatz zur Verfügung gehabt habe. Die im Vergabeverfahren nachgereichte Erklärung über die Umsätze der A*** für den Zeitraum Juli bis September 2012 seien auch auf Grund einer Saldenliste erstellt worden. Die Saldenliste umfasse sämtliche Bewegungen auf allen Finanzbuchhaltungskonten. Die Liste Beilage ./8 zu OZ 25 beinhalte die von der B*** übernommenen Aufträge, die die A*** fertiggestellt habe. Der Grad der von A*** erbrachten Leistungen sei dabei unterschiedlich. Bei dem Projekt ***** habe die A*** etwa 50 % des Auftrags erfüllt. Die Summen in Beilage ./8 seien ohne USt. Die B*** habe 110 Mitarbeiter gehabt, von denen zehn nicht am Standort ***** beschäftigt gewesen seien. Die A*** habe 65 Mitarbeiter übernommen. Die Auskunft im ANKÖ ergäbe sich daraus, dass auf Grund der Insolvenz nicht sofort alle Mitarbeiter übernommen werden haben können und der Beschäftigungsstand erst Ende Juni 2012 erreicht worden sei. Die A*** habe einen eher geringen Teil der Aufträge der B*** übernommen. Beilage ./8 enthalte die Umsätze der B*** vom 1. Jänner 2012 bis zur Schließung des Unternehmens am 23. Juni 2012. Y*** brachte vor, dass die von A*** angegebenen Umsatzzahlen um die Beträge bereinigt seien, die die A*** der Masse der B*** für deren Leistungen bezahlen habe müssen. Diese Zahlungen seien in Beilage ./8 aufgelistet. F*** gab an, dass alle in Beilage ./8 genannten Projekte Fassadenbauarbeiten gewesen seien. Die Schlosserarbeiten dienten immer nur der Abrundung oder Ergänzung des Fassadenbaus. G***, Geschäftsführer der vergebenden Stelle, gab an, dass für das Gesamtprojekt Euro 25 Mio ohne USt budgetiert seien. Davon seien rund 5 % Reserve für statistisch erwartbare Änderungen bei der Abrechnung vorgesehen. Circa Euro 18 Mio seien für die Bauwerkskosten, die Kostenbereiche 2 bis 4 nach ÖNORM B 1801-1, vorgesehen. Das Gesamtbudget könne auch wegen der Zusammenarbeit mit dem *** nicht erhöht werden. Bei Überschreitungen in einzelnen Gewerken fänden Umplanungen statt. H***, Mitarbeiter der Auftraggeberin, gab an, dass der Generalplaner bei Überschreibungen der Kosten Kosteneinsparungen finden müsse. I***, Generalplaner, gab an, dass die C*** innerhalb der ARGE die Hochbaugewerke inklusive Schätzung und Planung über habe. Bei dem gegenständlichen Gewerk sei Herr J*** von der K*** beigezogen worden. Er habe sich auch mit der Kostenseite befasst. Sowohl der C*** als auch Herr J*** stünden Vergleichspreise aus verschiedenen Projekten zur Verfügung. Die C*** frage auch bei Lieferanten und herstellenden Betrieben Preise zur Orientierung bei der Ausschreibung an. Die großen Unterschiede zwischen dem Kostenanschlag und dem Angebot der Antragstellerin bestünden bei der Brandschutzverglasung, den Beschlägen, bei der Aufzahlung für die Einsatzfenster, Lichtdächern, Paneelverglasungen und dem Sonnenschutz. Im Bereich der Jalousiengläser betrügen die Unterschiede höchstens 10 %. Y*** brachte vor, dass es sich bei den genannten Positionen außer den Jalousiengläsern um Nebenpositionen handle, die zusammen 15 % des Auftragswertes ausmachten. Dadurch sei eine Kostenüberschreitung von über 20 % nicht plausibel.

1. 2.Ziffer 2 Sachverhalt

Die Gebäudeerrichtungs- und Betriebs GmbH ist zu FN 228007f im Firmenbuch eingetragen. Die einzige Gesellschafterin ist die Wirtschaftskammer Niederösterreich. (amtliche Einschau im offenen Firmenbuch)

Die A*** wurde am 15. Mai 2012 zu FN ***** * im Firmenbuch eingetragen. Am 13. Juni 2012 wurden die Sitzverlegung und eine Kapitalerhöhung im Firmenbuch eingetragen. (Unterlagen des Vergabeverfahrens; amtliche Einschau im offenen Firmenbuch)

Die Gebäudeerrichtungs- und Betriebs GmbH errichtet ein Technikzentrum beim WIFI St. Pölten. Als vergebende Stelle fungiert die MAPL Beschaffungsberatung und Management GmbH. Dazu hat sie das Los der Errichtung der Fassade unter der Bezeichnung "AP03 Fassade Neubau Technikzentrum WIFI St. Pölten" als Bauauftrag in einem offenen Verfahren nach den Regeln für den Oberschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip ausgeschrieben. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Das gesamte Projektvolumen beträgt Euro 25.000.000 ohne USt. Davon sind rund 5 % Reserve für statistisch erwartbare Änderungen bei der Abrechnung vorgesehen. Circa Euro 18 Mio sind für die Bauwerkskosten, die Kostenbereiche 2 bis 4 nach ÖNORM B 1801-1, vorgesehen. Das Gesamtbudget kann nicht erhöht werden. Bei Überschreitungen in einzelnen Gewerken finden Umplanungen statt. Der Generalplaner muss bei Überschreitung der Kosten Kosteneinsparungen finden. (Aussagen von G***, Geschäftsführer der vergebenden Stelle, und H***, Mitarbeiter der Auftraggeberin, in der mündlichen Verhandlung)

Für das gegenständliche Gewerk sind Euro 2.370.780 budgetiert. (Beilagen ./D und ./E zu OZ 23; Aussagen von G*** in der mündlichen Verhandlung)

Der geschätzte Auftragswert beträgt Euro 2,370.780. Er ist in einem mit "Kostenvoranschlag" betitelten und mit 3. September 2012 datierten, ausgefüllten Leistungsverzeichnis hergeleitet. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die Veröffentlichung der Vorinformation erfolgte im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom 29. Februar 2012 zur Zahl 2012/S 41-066350 und im öffentlichen Lieferungsanzeiger vom 28. Februar 2012 zur Zahl L-502442-2213, beide abgesandt am 27. Februar 2012. Die Bekanntmachung der Ausschreibung erfolgte im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom 12. September 2012 zur Zahl 2012/S 175-288471 und im Amtlichen Lieferungsanzeiger vom 10. September 2012 zur Zahl L-513762-294, beide abgesandt am 7. September 2012. (amtliche Einschau unter ted.europa.eu und unter auftrag.at)

Der CPV-Code für die Hauptleistung ist 45443000 - Fassadenarbeiten und für ergänzende Gegenstände 45421100 - Einbau von Türen und Fenstern sowie Zubehör. (Auskunft der Auftraggeberin; amtliche Einschau unter ted.europa.eu und unter auftrag.at)

Teil A "Angebotsbestimmungen" der Ausschreibungsbedingungen lautet auszugsweise wie folgt:

"...

A.2 Allgemeines zum Projekt

Die Gebäudeerrichtungs- und Betriebs GmbH beabsichtigt die Errichtung eines Technikzentrums auf dem Areal des WIFI St. Pölten. Als Baubeginn ist August 2012 vorgesehen (Abbrucharbeiten), die weiteren Termine sind dem Bauzeitenplan zu entnehmen, Baufertigstellungstermin ist für Jänner 2014 und die Inbetriebnahme ist für April 2014 geplant.

In das Technikzentrum des WIFI St. Pölten werden neben dem Schweißzentrum auch die Werkstätten und Labors im Bereich Metall- und Elektrotechnik, weiters Automatisierung, neue Technologien sowie Informationstechnik einziehen, zusätzlich werden Theorielehrsäle geschaffen. Mieter des neuen Technikzentrums wird zudem die New Design University sein, für die eigene Räumlichkeiten vorgesehen sind.

Das Technikzentrum wird auf dem Grundstück vis à vis des WIFI (Grundstück ***/** - KG *****) errichtet. Das sich derzeit darauf befindliche Parkdeck wird abgerissen, an seiner Stelle wird der Neubau errichtet.

Das sich auf dem angrenzenden Grundstück (Grundstück ***/** - KG *****) befindliche Schweißzentrum wird im Anschluss an die Errichtung des Neubaus abgesiedelt und hernach abgerissen. Auf diesem Areal werden neue Parkplätze geschaffen.

B. VERGABEVERFAHREN UND RECHTSGRUNDLAGEN

B.1 Verfahrensart und Verfahrenskontrolle

Das gegenständliche Vergabeverfahren wird als offenes Verfahren gem. § 25 Abs 2 iVm § 27 BVergG 2006 im Oberschwellenbereich durchgeführt. Das gegenständliche Vergabeverfahren wird als offenes Verfahren gem. Paragraph 25, Absatz 2, in Verbindung mit Paragraph 27, BVergG 2006 im Oberschwellenbereich durchgeführt.

Auf das gegenständliche Vergabeverfahren finden die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 i.d.g.F. Anwendung.

...

B.10 Berater des Auftraggebers

Die Ausschreibungsunterlagen wurden vom Auftraggeber in Zusammenarbeit mit der MAPL Beschaffungsberatung und Management GmbH sowie der L*** und der Arbeitsgemeinschaft C*** Architektur ZT GmbH/M*** ZT GmbH erstellt.

...

B.16 Rechtlicher Hinweis

Für das Vergabeverfahren gilt neben gegenständlichen Bestimmungen der Punkt 4 der AVB des Auftraggebers, soweit in diesem Dokument nichts anderes ausdrücklich bestimmt wird.

Es wird ausdrücklich darauf aufmerksam gemacht, dass nur vollständig ausgefüllte und mit allen geforderten Nachweisen versehene Angebote bewertet werden. Der Bewerber haftet für die Vollständigkeit und Richtigkeit aller im Angebot gemachten Angaben.

Fehlerhafte oder unvollständige Angebote sind auszuschneiden, wenn die Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind. Fehlende Nachweise sind nach Aufforderung durch den Auftraggeber binnen gesetzter Frist nachzureichen. Reicht der Bewerber die Nachweise nicht fristgerecht nach, kann das Angebot ausgeschieden werden.

C. EIGNUNGSKRITERIEN UND NACHWEISE

C.1 Allgemeines

Der Bieter erklärt, dass er für die Erbringung der Leistungen alle erforderlichen rechtlichen, fachlichen und technischen Voraussetzungen besitzt.

Die Erklärung zur eigenen vergaberechtlichen Eignung (Formblatt 1) ist zu unterzeichnen.

Die geforderte Referenz ist bereits mit dem Angebot abzugeben.

Der preislich an erster Stelle gereichte Bieter hat nach Aufforderung innerhalb von 5 Werktagen folgende Nachweise beizubringen.

Die Nachweise dürfen bei Ihrer Abgabe nicht älter als 12 Monate sein. Liegen die Nachweise beim ANKÖ in der geforderten Aktualität auf, genügt die Bekanntgabe der ANKÖ-Nummer.

...

C.3 Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit

- -Strichaufzählung
Erklärung über die solidarische Haftung von Subunternehmern gegenüber dem Auftraggeber, falls sich der Unternehmer zum Nachweis seiner finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit auf Kapazitäten von Subunternehmern stützt
- -Strichaufzählung
Angaben über Unternehmensbeteiligungen (formfrei)
- -Strichaufzählung
Erklärung über den Umsatz der letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahre oder für einen kürzeren Zeitraum, falls das Unternehmen noch nicht so lange besteht (Formblatt 6). Verlangt wird ein Mindestumsatz von Euro 5.000.000 pro Jahr im Mittel über die letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahre.

Der für den Zuschlag ausgewählte Bieter muss zudem vor Auftragserteilung den Nachweis einer Berufshaftpflichtversicherung mit einer Versicherungssumme iHv Euro 1.000.000 nachweisen.

...

E. WIDERRUF DES VERFAHRENS.

Bei einer dem Auftraggeber nicht vorwerfbaren Versagung bzw. bei unvorhersehbarer Verzögerung der Baubewilligung oder anderer für das Projekt erforderlicher behördlicher Genehmigungen über 7 Monate hinaus oder aus einem anderen sachlichen Grund kann der Auftraggeber das Verfahren aufheben, ohne dass Forderungen seitens der Bieter gestellt werden können.

Insbesondere behält sich der Auftraggeber vor, das Verfahren dann zu widerrufen, wenn das für den Zuschlag in Betracht kommende Angebot um mehr als 20% über dem Wert des beim Auftraggeber vorliegenden Kostenanschlages für das gegenständliche Gewerk liegt.

F. VERTRAGSBESTIMMUNGEN

F.1 Vertragsbestandteile

Als Vertragsbestandteile gelten in Abänderung der Bestimmung 2.2. der allgemeinen Vertragsbedingungen für Bauleistungen der Gebäudeerrichtungs- und Betriebs GmbH in hierarchischer Reihenfolge:

I. das Auftragsschreiben römisch eins. das Auftragsschreiben

II. die gegenständlichen Vertragsbestimmungen (insbesondere Kapitel F der Angebotsbestimmungen)römisch zwei. die gegenständlichen Vertragsbestimmungen (insbesondere Kapitel F der Angebotsbestimmungen)

III. Teil B Allgemeine Vertragsbedingungen für Bauleistungen der Gebäudeerrichtungs- und BetriebsgmbH, Version vom 20.5.2011 (ohne Punkt 2 "Vertragsgrundlagen")römisch drei. Teil B Allgemeine Vertragsbedingungen für Bauleistungen der Gebäudeerrichtungs- und BetriebsgmbH, Version vom 20.5.2011 (ohne Punkt 2 "Vertragsgrundlagen")

IV. Die Ausschreibungrömisch vier. Die Ausschreibung

V. Das aufgrund der Angebotsbestimmungen, des Leistungsverzeichnisses des Auftraggebers und der dazugehörigen technischen Bestimmungen lt. Niederösterreichischer Bauordnung ("NÖ-BO"), niederösterreichischer Bautechnikverordnung sowie etwaige Erlässe der Landesregierung oder des zuständigen Magistrates und anderer einschlägiger gesetzlicher Bestimmungen erstellte Angebot des Auftragnehmers;römisch fünf. Das aufgrund der Angebotsbestimmungen, des Leistungsverzeichnisses des Auftraggebers und der dazugehörigen technischen Bestimmungen lt. Niederösterreichischer Bauordnung ("NÖ-BO"), niederösterreichischer Bautechnikverordnung sowie etwaige Erlässe der Landesregierung oder des zuständigen Magistrates und anderer einschlägiger gesetzlicher Bestimmungen erstellte Angebot des Auftragnehmers;

VI. Alle in Betracht kommenden, im ÖNORMEN-Verzeichnis enthaltenen Normen mit vornormierten Vertragsinhalten für einzelne Sachgebiete, soweit die Leistung oder auch nur Teile der Leistung (einzelne Positionen) derselben diese Sachgebiete betreffen;römisch sechs. Alle in Betracht kommenden, im ÖNORMEN-Verzeichnis enthaltenen Normen mit vornormierten Vertragsinhalten für einzelne Sachgebiete, soweit die Leistung oder auch nur Teile der Leistung (einzelne Positionen) derselben diese Sachgebiete betreffen;

VII. die ÖNORMEN mit vornormierten allgemeinen Vertragsinhalten für Bauleistungen, ÖNORMEN B 2110 (Fassung vom 1.3.2011), B 2111, B 2112, 2113, undrömisch sieben. die ÖNORMEN mit vornormierten allgemeinen Vertragsinhalten für Bauleistungen, ÖNORMEN B 2110 (Fassung vom 1.3.2011), B 2111, B 2112, 2113, und

B 2114 in der jeweils aktuellen Fassung

...

Formblatt 6

GEWERK VORGEHÄNGTE FASSADEN FÜR DEN NEUBAU DES TECHNIKZENTRUMS DES WIFI

ST. PÖLTEN

Offenes Verfahren

JAHRESUMSÄTZE DER LETZTEN DREI JAHRE

(bezüglich Leistungen, die Gegenstand dieser Ausschreibung sind. Bei Unternehmen, die noch keine drei Jahre bestehen, die Umsätze für den Zeitraum des Bestehens)

20_____ EUR

20_____ EUR

20_____ EUR

.....

Firmenmäßige Unterschrift des Bieters

..."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Teil B der Angebotsbestimmungen "Allgemeine Vertragsbedingungen für Bauleistungen der Gebäudeerrichtungs- und BetriebsgmbH" lautet auszugsweise wie folgt:

"Überarbeitete Version: 20.5.2011

ALLGEMEINE VERTRAGSBEDINGUNGEN

für

BAULEISTUNGEN

der

GEBÄUDEERRICHTUNGS- UND BETRIEBSGMBH

1. 1.Ziffer eins

Geltungsbereich

Die allgemeinen Vertragsbedingungen dienen zunächst als Kalkulationsgrundlage zur Erstellung des Angebotes und werden im Falle des Zustandekommens eines Bauvertrages integrierender Vertragsbestandteil zwischen dem Auftraggeber und den Auftragnehmern von Arbeiten und Lieferungen, welche die Ausführung von Bauleistungen betreffen.

1. 2.Ziffer 2

Vertragsgrundlagen

2.1 Vertragsgrundlagen sind

2.1.1 das Auftragsschreiben,

2.1.2 die vorliegenden Bedingungen,

2.1.3 das aufgrund der Leistungsverzeichnisse des Auftraggebers und der dazugehörigen technischen Bestimmungen lt. Bauordnung bzw. Erlass der Landesregierung oder des zuständigen Magistrates erstellte Anbot des Auftragnehmers unter Berücksichtigung der eventuell gemeinsam mit dem Auftraggeber festgesetzten Änderungen,

2.1.4 die dem Leistungsverzeichnis beiliegenden oder an einem im LV angeführten Ort zur Einsichtnahme aufliegenden Bau-, Konstruktions-, Installations- und Bauzeitpläne,

2.1.5 alle in Betracht kommenden, im ÖNORMEN Verzeichnis enthaltenen ÖNORMEN technischen Inhaltes. Existiert für ein Fachgebiet keine ÖNORM so gilt die Euronorm, existiert auch diese nicht, so gilt die DIN.

2.1.6 alle in Betracht kommenden, im ÖNORMEN-Verzeichnis enthaltenen Normen mit vornormierten Vertragsinhalten für einzelne Sachgebiete, soweit die Leistung oder auch nur Teile der Leistung (einzelne Positionen) derselben diese Sachgebiete betreffen.

2.1.7 Die ÖNORMEN mit vornormierten allgemeinen Vertragsinhalten für Bauleistungen, ÖNORMEN 82110, B2111, 82112, B2113 und B2114

Entgegen der Bestimmungen der ÖNORM B2110 gelten die ÖNORMEN B2113 und B2061 auch für die Leistungen der Haustechnik.

2.2 Reihenfolge der Gültigkeit der Vertragsgrundlagen Sofern in den Vertragsgrundlagen Widersprüche aufscheinen gelten die Bedingungen in der laut Punkt 2.1 angeführten Reihenfolge.

4. Allgemeine Angebotsbestimmungen

4.1 Vergabe

Die Vergabe erfolgt gemäß dem Bundesvergabegesetz und den dazu ergangenen Verordnungen in der jeweils gültigen Fassung sowie den dazu ergangenen internen Richtlinien des Auftraggebers in der jeweils gültigen Fassung.

..."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die Fragebeantwortung vom 5. Oktober 2012 lautet auszugsweise wie folgt:

"...

Fragebeantwortung V-Fassaden-LV GW 456

Betrifft: Beantwortung der eingelangten Fragen bis zum 04.10.2012

...

2 Fragen zur LG 91:

2.1 welchen Ug Wert, müssen die Glastypeen GT 4, GT 5 und GT 6 erfüllen, da im LV ein 2-fach Isolierglas beschrieben ist. Ein Ug Wert von 0,7 W/m²K wie in der Beschreibung angeführt ist aber mit dem 2-fach Aufbau (ebenfalls beschrieben) nicht möglich.

Die Angabe ist falsch. Es muss beim GT4, GT5 und GT6 ein Ug-Wert von 1,1W/m²K erreicht werden.

...

2.3 Die Jalousien im Scheibenzwischenraum werden einmal als Wendejalousien und einem mit Heben Senken beschreiben wie kommt jetzt die Ausführung?

Gemäß Pos 91 01 15 I sind die Jalousien im Scheibenzwischenraum grundsätzlich mit der Funktion "Heben, Senken und Wenden" auszuführen. Ausnahme Fassadentyp 4.2 (ULG 91 02 42): hier sind die Jalousien im Scheibenzwischenraum starr auszuführen (siehe S. 61, 1. Absatz und S. 139, Pkt. 9). Gemäß Pos 91 01 15 römisch eins sind die Jalousien im Scheibenzwischenraum grundsätzlich mit der Funktion "Heben, Senken und Wenden" auszuführen. Ausnahme Fassadentyp 4.2 (ULG 91 02 42): hier sind die Jalousien im Scheibenzwischenraum starr auszuführen (siehe S. 61, 1. Absatz und S. 139, Pkt. 9).

gez.

..."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die Angebotsöffnung erfolgte am 15. Oktober 2012 von 11.15 Uhr bis 11.55 Uhr. Folgende elf Angebote mit den nebenstehenden Angebotspreisen ohne USt wurden geöffnet. Der Übersichtlichkeit halber sind sie nach Preisen geordnet.

Bieter 1: A*** Euro 2.923.313,00

Bieter 4: N*** Euro 3.081.480,00

Bieter 7: O*** Euro 3.370.363,98

Bieter 9: P*** Euro 3.426.168,71

Bieter 11: Q*** Euro 3.567.949,00

Bieter 8: R*** Euro 3.605.481,86

Bieter 3: S*** Euro 3.624.781,12

Bieter 5: T*** Euro 3.660.870,00

Bieter 6: U*** Euro 3.775.988,30

Bieter 10: V*** Euro 3.814.171,18

Bieter 2: W*** Euro 4.228.558,27

Die Angebote wurden auf Vollständigkeit und auf die Fertigung kontrolliert. Die vorhandenen Formblätter und Beilagen wurden festgehalten. Allfällige Begleitschreiben wurden verlesen. Im Protokoll über die Angebotsöffnung ist festgehalten: "Die anwesenden Bieter werden befragt, ob ihre Angebote korrekt verlesen wurden. Die anwesenden Bieter bestätigen die korrekte Verlesung. Die Angebotsöffnung endet um 11:55 Uhr. Im Anschluss werden die Angebote gebunden und versiegelt. Die qualitative Bewertung der Angebote wird nach Prüfung aller relevanten Angebotsunterlagen vorgenommen." Bei der Angebotsöffnung waren Vertreter der O***, der Q***, der R***, der P***, der U*** und der V*** anwesend.

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Dem Angebot der Antragstellerin war folgende Erklärung über die Umsätze der letzten drei Jahre angeschlossen:

"Formblatt 6

GEWERK VORGEHÄNGTE FASSADEN FÜR DEN NEUBAU DES TECHNIKZENTRUMS DES WIFI

ST. PÖLTEN

Offenes Verfahren

JAHRESUMSÄTZE DER LETZTEN DREI JAHRE

(bezüglich Leistungen, die Gegenstand dieser Ausschreibung sind. Bei Unternehmen, die noch keine drei Jahre bestehen, die Umsätze für den Zeitraum des Bestehens)

*

2010__ Euro 20.136.902,18 EUR

*

2011__ Euro 20.709.186,42 EUR

2012__ NEUGRÜNDUNG (PROGNOSE ca. Euro 12 MIO.) EUR

* FA. B***

2012 FA. A***"

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die vergebende Stelle rief die Eignungsnachweise der O***, der N*** und der A*** beim ANKÖ ab. Darüber hinaus rief sie Firmenbuchauszüge aller genannten Gesellschaften sowie der B*** und der F*** Management GmbH und einen Auszug aus der Insolvenzdatei über die B*** ab. Die vergebende Stelle forderte von der N*** die Angabe, wer das Angebot unterfertigt hat, sowie Strafregistrauszüge der beiden Geschäftsführer und des allein zeichnungsberechtigten Prokuristen. Dieser Aufforderung kam die N*** fristgerecht nach.

Die vergebende Stelle forderte von der A*** Auskünfte über das genannte Referenzprojekt, das Formblatt 6 über die Umsätze und die Rechtsnachfolge nach der B***. Die A*** bestätigte, dass kein Insolvenz-, Schiedsgerichts- oder konkursrechtliches Verfahren gegen sie anhängig ist und legte ein korrigiertes Formblatt 6 wie folgt vor:

"Formblatt 6

GEWERK VORGEHÄNGTE FASSADEN FÜR DEN NEUBAU DES TECHNIKZENTRUMS DES WIFI

ST. PÖLTEN

Offenes Verfahren

JAHRESUMSÄTZE DER LETZTEN DREI JAHRE

(bezüglich Leistungen, die Gegenstand dieser Ausschreibung sind. Bei Unternehmen, die noch keine drei Jahre bestehen, die Umsätze für den Zeitraum des Bestehens)

2012__ JULI - SEPTEMBER 1.661.857,- EUR

2012__ PROGNOSE WJ ca. 12 MIO: EUR

20__ EUR"

In dem Schreiben vom 22. Oktober 2012 führte die A*** wie folgt aus:

"...

nachstehend geben wir Ihnen gerne die notwendigen Informationen betreffend A*** bekannt:

Das Unternehmen wurde am 11. Mai 2012 gegründet und hat einen Großteil des Vermögens der Firma B*** inklusive Lager und Halbfabrikate angekauft. Durch die Übernahme von 65 langjährig im Unternehmen tätiger Mitarbeiter konnte auch das vorhandene Know-how gesichert werden. Teilweise ist das Unternehmen in bestehende Aufträge mit sämtlichen Rechten und Pflichten eingetreten und hat diese Aufträge fertig gestellt.

Auch bei dem als Referenzprojekt genannten Auftrag '*****' sind wir in den Auftrag eingetreten und dadurch für die Fertigstellung, Legung der Schlussrechnung und Übernahme der Gewährleistung verantwortlich. Aufgrund dieser Tatsache sehen wir uns berechtigt, diesen Auftrag als Referenzprojekt zu nennen. Für eventuelle Rückfragen können

Sie mit dem Masseverwalter D*** Kontakt aufnehmen.

Das Unternehmen A*** ist nicht die Gesamtrechtsnachfolgerin der B*** sondern führt in Form einer Einzelrechtsnachfolge einen Teilbetrieb des Unternehmens mit dem dazugehörigen Personal hinsichtlich des genannten Referenzprojektes weiter.

..."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die vergebende Stelle erstellte den Prüfbericht vom 24. Oktober 2012. Darin ist ausgeführt, dass die Eignungsprüfung wegen des beabsichtigten Widerrufs nicht zu Ende geführt wurde. Auf der letzten Seite findet sich folgender Absatz:

"Widerruf des Verfahrens

Aufgrund der Überschreitung der Kostenschätzung (Euro 2.370.780) von mehr als 20% sieht sich der Auftraggeber aus wirtschaftlichen Gründen (Unannehmbarkeit der Angebote im Sinne des BVergG) gezwungen, das Verfahren gemäß Kapitel E der Ausschreibungsunterlagen zu widerrufen. Bieter 1 hat mit einem Angebotspreis von Euro 2.923.313 angeboten. Dies entspricht einer Überschreitung der fachkundigen Kostenschätzung des Architekten (Generalplaners) von 23,31%."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Es wurde kein Angebot ausgeschrieben. (Auskunft der Auftraggeberin)

Am 29. Oktober 2012 erhielt die Antragstellerin folgendes Schreiben von der vergebenden Stelle per Telefax:

"A***

**** *

**** *****

Fax: *****

Wien, 29.10.2012

Betrifft Widerruf des Vergabeverfahrens Gewerke 'Vorgehängte Fassaden' für den Neubau des Technikzentrums des WIFI St. Pölten

Sehr geehrte Damen und Herren!

Namens und im Auftrag der Gebäudeerrichtungs- und Betriebs GmbH als Auftraggeberin Im Vergabeverfahren Gewerke 'Vorgehängte Fassade' für den Neubau des Technikzentrums des WIFI St. Pölten müssen wir den Widerruf des Verfahrens erklären.

Gemäß Kapitel E der Ausschreibungsbestimmungen hat die Auftraggeberin das Recht, das Verfahren dann zu widerrufen, wenn das für den Zuschlag in Betracht kommende Angebot um mehr als 20% über dem Wert des beim Auftraggeber vorliegenden Kostenanschlages für das gegenständliche Gewerke liegt. Dies ist im gegenständlichen Vergabeverfahren selbst für den Bestbieter der Fall, weshalb die Auftraggeberin von dieser Klausel Gebrauch macht.

Die Stillhaltefrist beträgt gemäß § 140 Abs 4 BVergG 10 Tage Die Stillhaltefrist beträgt gemäß Paragraph 140, Absatz 4, BVergG 10 Tage.

Mit freundlichen Grüßen"

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Der Steuerberater der Antragstellerin bestätigte mit Schreiben vom 10. Dezember 2012 folgendes:

"Bestätigung des aktuellen Umsatzes/Betriebsleistung

Sehr geehrter Herr F***,

beiliegend bestätigen wir Ihnen die Höhe des Umsatzes/Betriebsleistung entsprechend den vorgelegten Unterlagen wie folgt:

Umsatz/Betriebsleistung zum 15.10.2012 EUR 2.251.138,00

Umsatz/Betriebsleistung zum 31.10.2012 EUR 2.778.734,00

Mit der Bitte um Kenntnisnahme verbleibe ich mit freundlichen Grüßen!" (Beilage ./7 zu OZ 25)

Mit Schreiben vom 12. Dezember 2012 bestätigte die Z***, dass die A*** aus der Konkursmasse der B*** das Anlagevermögen gekauft und das ehemalige Personal der B*** übernommen hat. Weiters gab sie an, dass die A*** 13 Projekte mit Auftragssummen zwischen Euro 1,246 und Euro 1,175.734,59 zur vollsten Zufriedenheit der Z*** fertig gestellt hat.

(Beilage ./8 zu OZ 25)

Der Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren wurde noch nicht erteilt, ein Widerruf hat nicht stattgefunden. (Auskunft der Auftraggeberin)

Die Antragstellerin bezahlte Euro 4.500 an Pauschalgebühren. (gegenständlicher Verfahrensakt)

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den jeweils in Klammern genannten Quellen. Diese sind Veröffentlichungen und die Unterlagen des Vergabeverfahrens, sowie Auskünfte, die nur die Auftraggeberin erteilen kann. Soweit Schriftstücke von der Antragstellerin vorgelegt wurden, spricht der Anschein für ihre Echtheit. Aussagen in der mündlichen Verhandlung wurden nur so weit herangezogen, als sie unbestritten blieben. Die herangezogenen Beweismittel sind daher echt. Ihre inhaltliche Richtigkeit steht außer Zweifel. Widersprüche traten nicht auf.

1. 3.Ziffer 3

Rechtliche Würdigung

3.1 Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes

Auftraggeberin im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die Gebäudeerrichtungs- und Betriebs GmbH. Sie steht zur Gänze im Eigentum der Wirtschaftskammer Niederösterreich, die öffentliche Auftraggeberin ist. Ihr Zweck ist die Errichtung und der Betrieb des WIFI St. Pölten. Die Gebäudeerrichtungs- und Betriebs GmbH ist öffentliche Auftraggeberin gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (siehe zur vergleichbaren Konstellation beim WIFI Vorarlberg BVA 10. 8. 2007, 17F-4/05-26 und 10. 8. 2007, 17F-5/05-23). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Bauauftrag. Der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 3 BVergG, jener des gegenständlichen Loses zwar unter jenem Wert, allerdings ist das Vergabeverfahren wegen des Gesamtauftragswertes und des Wertes des gegenständlichen Loses von mehr als Euro 1,000.000 nach den Regeln für den Oberschwellenbereich zu führen. Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die Gebäudeerrichtungs- und Betriebs GmbH. Sie steht zur Gänze im Eigentum der Wirtschaftskammer Niederösterreich, die öffentliche Auftraggeberin ist. Ihr Zweck ist die Errichtung und der Betrieb des WIFI St. Pölten. Die Gebäudeerrichtungs- und Betriebs GmbH ist öffentliche Auftraggeberin gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG (siehe zur vergleichbaren Konstellation beim WIFI Vorarlberg BVA 10. 8. 2007, 17F-4/05-26 und 10. 8. 2007, 17F-5/05-23). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Bauauftrag. Der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG, jener des gegenständlichen Loses zwar unter jenem Wert, allerdings ist das Vergabeverfahren wegen des Gesamtauftragswertes und des Wertes des gegenständlichen Loses von mehr als Euro 1,000.000 nach den Regeln für den Oberschwellenbereich zu führen.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs 2 BVergG iVm Art 14b Abs 2 Z 1 lit a B-VG ist sohin gegeben. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend Paragraph 312, Absatz 2, BVergG in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera a, B-VG ist sohin gegeben.

Da darüber hinaus laut Stellungnahme des Auftraggebers vom 13. Oktober 2012, OZ 10, das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit gemäß § 312 Abs 2 BVergG zur Nichtigklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers zuständig. Da darüber hinaus laut Stellungnahme des Auftraggebers vom 13. Oktober 2012, OZ 10, das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht

erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers zuständig.

3.2 Zulässigkeit des Antrags

Die einschlägigen Bestimmungen des BVergG lauten:

5. Abschnitt

Eignung der Unternehmer

1. Unterabschnitt

Von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließende Unternehmer

Ausschlussgründe

§ 68. (1) Der Auftraggeber hat - unbeschadet der Abs. 2 und 3 - Unternehmer von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen, wenn Paragraph 68, (1) Der Auftraggeber hat - unbeschadet der Absatz 2 und 3 - Unternehmer von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen, wenn

1. 1.Ziffer eins

...

2. 7.Ziffer 7

sie sich bei der Erteilung von Auskünften betreffend die Befugnis, die berufliche Zuverlässigkeit, die technische Leistungsfähigkeit sowie die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit in erheblichem Maße falscher Erklärungen schuldig gemacht oder diese Auskünfte nicht erteilt haben.

(2) ...

(3) Von einem Ausschluss von Unternehmern gemäß Abs. 1 kann Abstand genommen werden, wenn (3) Von einem Ausschluss von Unternehmern gemäß Absatz eins, kann Abstand genommen werden, wenn

1. 1.Ziffer eins

auf deren Beteiligung in begründeten Ausnahmefällen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses nicht verzichtet werden kann, oder

2. 2.Ziffer 2

im Falle des Abs. 1 Z 6 nur ein geringfügiger Rückstand hinsichtlich der Sozialversicherungsbeiträge oder der Steuern und Abgaben besteht. im Falle des Absatz eins, Ziffer 6, nur ein geringfügiger Rückstand hinsichtlich der Sozialversicherungsbeiträge oder der Steuern und Abgaben besteht.

2. Unterabschnitt

Eignungsanforderungen und Eignungsnachweise

Zeitpunkt des Vorliegens der Eignung

§ 69. Unbeschadet der Regelung des § 20 Abs. 1 muss die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit spätestens Paragraph 69, Unbeschadet der Regelung des Paragraph 20, Absatz eins, muss die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit spätestens

1. 1.Ziffer eins

beim offenen Verfahren zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung,

2. 2.Ziffer 2

...

vorliegen.

Eigenerklärung, Verlangen der Nachweise durch den Auftraggeber

§ 70. (1) Der Auftraggeber hat festzulegen, mit welchen Nachweisen gemäß den §§ 71 bis 75 Unternehmer, die an einem Vergabeverfahren teilnehmen, ihre Paragraph 70, (1) Der Auftraggeber hat festzulegen, mit welchen Nachweisen gemäß den Paragraphen 71 bis 75 Unternehmer, die an einem Vergabeverfahren teilnehmen, ihre

1. 1.Ziffer eins

berufliche Befugnis,

2. 2.Ziffer 2

berufliche Zuverlässigkeit,

3. 3.Ziffer 3

finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sowie

4. 4.Ziffer 4

technische Leistungsfähigkeit

zu belegen haben. Nachweise dürfen nur so weit festgelegt werden, wie es durch den Gegenstand des Auftrages gerechtfertigt ist. Dabei hat der Auftraggeber die berechtigten Interessen des Unternehmers am Schutz seiner technischen oder handelsbezogenen Betriebsgeheimnisse zu berücksichtigen.

(2) Bewerber oder Bieter können ihre Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit auch durch die Vorlage einer Erklärung belegen, dass sie die vom Auftraggeber verlangten Eignungskriterien erfüllen und die festgelegten Nachweise auf Aufforderung unverzüglich beibringen können (Eigenerklärung). In einer solchen Erklärung sind die Befugnisse anzugeben, über die der Unternehmer konkret verfügt.

(3) Bei der Vergabe von Aufträgen kann der Auftraggeber die Vorlage bestimmter Nachweise von bestimmten Bewerbern oder Bietern verlangen, sofern dies nach Auffassung des Auftraggebers erforderlich ist. Bei der Vergabe von Aufträgen im Oberschwellenbereich hat der Auftraggeber vor Zuschlagserteilung die Vorlage der festgelegten Nachweise vom Zuschlagsempfänger jedenfalls zu verlangen; bei einer Vergabe in Losen gilt dies nur, wenn der geschätzte Wert des einzelnen Loses den in § 12 Abs. 1 genannten jeweiligen Schwellenwert erreicht.(3) Bei der Vergabe von Aufträgen kann der Auftraggeber die Vorlage bestimmter Nachweise von bestimmten Bewerbern oder Bietern verlangen, sofern dies nach Auffassung des Auftraggebers erforderlich ist. Bei der Vergabe von Aufträgen im Oberschwellenbereich hat der Auftraggeber vor Zuschlagserteilung die Vorlage der festgelegten Nachweise vom Zuschlagsempfänger jedenfalls zu verlangen; bei einer Vergabe in Losen gilt dies nur, wenn der geschätzte Wert des einzelnen Loses den in Paragraph 12, Absatz eins, genannten jeweiligen Schwellenwert erreicht.

(4) Nach Maßgabe des Abs. 3 kann der Auftraggeber den Unternehmer auffordern, erforderliche Nachweise binnen einer angemessenen Frist vorzulegen bzw. vorgelegte Bescheinigungen binnen einer angemessenen Frist zu vervollständigen oder zu erläutern. Nachweise können auch in Kopie oder elektronisch vorgelegt werden.(4) Nach Maßgabe des Absatz 3, kann der Auftraggeber den Unternehmer auffordern, erforderliche Nachweise binnen einer angemessenen Frist vorzulegen bzw. vorgelegte Bescheinigungen binnen einer angemessenen Frist zu vervollständigen oder zu erläutern. Nachweise können auch in Kopie oder elektronisch vorgelegt werden.

(5) Der Unternehmer kann den Nachweis der Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit auch durch den Nachweis der Eintragung in einem einschlägigen, allgemein zugänglichen Verzeichnis eines Dritten führen, sofern diesem die vom Auftraggeber festgelegten Unterlagen in der vom Auftraggeber gewünschten Aktualität vorliegen und vom Auftraggeber selbst unmittelbar abrufbar sind. Der Unternehmer kann den Nachweis der Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit auch mit anderen als den vom Auftraggeber festgelegten Unterlagen führen, sofern die festgelegten Unterlagen aus einem gerechtfertigten Grund nicht beigebracht werden können und die vorgelegten Unterlagen die gleiche Aussagekraft wie die ursprünglich festgelegten aufweisen. Der Nachweis der gleichen Aussagekraft ist vom Unternehmer nach Aufforderung zu erbringen.

(6) Im Falle der Angebotslegung durch eine Arbeitsgemeinschaft oder eine Bietergemeinschaft hat jedes Mitglied die Befugnis für den ihm konkret zufallenden Leistungsteil nach Maßgabe der Abs. 2 und 3 nachzuweisen.(6) Im Falle der Angebotslegung durch eine Arbeitsgemeinschaft oder eine Bietergemeinschaft hat jedes Mitglied die Befugnis für den ihm konkret zufallenden Leistungsteil nach Maßgabe der Absatz 2 und 3 nachzuweisen.

Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit

§ 74. (1) Als Nachweis für die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit gemäß § 70 Abs. 1 Z 3 kann der Auftraggeber insbesondere verlangen:Paragraph 74, (1) Als Nachweis für die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit gemäß Paragraph 70, Absatz eins, Ziffer 3, kann der Auftraggeber insbesondere verlangen:

1. 1.Ziffer eins

eine entsprechende Bankerklärung (Bonitätsauskunft),

2. 2.Ziffer 2

einen Nachweis einer entsprechenden Berufshaftpflichtversicherung,

3. 3.Ziffer 3

die Vorlage von Bilanzen oder Bilanzauszügen, sofern deren Offenlegung im Herkunftsland des Unternehmers gesetzlich vorgeschrieben ist,

4. 4.Ziffer 4

eine Erklärung über die solidarische Haftung von Subunternehmern gegenüber dem Auftraggeber, falls sich der Unternehmer zum Nachweis seiner finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit auf die Kapazitäten von Subunternehmern stützt,

5. 5.Ziffer 5

eine Erklärung über den Gesamtumsatz und gegebenenfalls über den Umsatz für den Tätigkeitsbereich, in den die gegenständliche Vergabe fällt, höchstens für die letzten drei Geschäftsjahre oder für einen kürzeren Tätigkeitszeitraum, falls das Unternehmen noch nicht so lange besteht.

(2) Kann ein Unternehmer aus einem von ihm glaubhaft zu machenden berechtigten Grund die vom Auftraggeber gemäß Abs. 1 geforderten Nachweise nicht beibringen, so kann er den Nachweis seiner finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit durch Vorlage jedes anderen vom Auftraggeber für geeignet erachteten Nachweises erbringen. Als geeignete Nachweise sind jedenfalls anzusehen:(2) Kann ein Unternehmer aus einem von ihm glaubhaft zu machenden berechtigten Grund die vom Auftraggeber gemäß Absatz eins, geforderten Nachweise nicht beibringen, so kann er den Nachweis seiner finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit durch Vorlage jedes anderen vom Auftraggeber für geeignet erachteten Nachweises erbringen. Als geeignete Nachweise sind jedenfalls anzusehen:

1. 1.Ziffer eins

Angaben über die Anzahl der beschäftigten Dienstnehmer;

2. 2.Ziffer 2

Angaben über Unternehmensbeteiligungen;

3. 3.Ziffer 3

Angaben über Kapitalausstattung, Anlagevermögen, Grundbesitz. Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit

§ 75. (1) Als Nachweis für die technische Leistungsfähigkeit gemäß § 70 Abs. 1 Z 4 kann der Auftraggeber je nach Art, Menge oder Umfang und Verwendungszweck der zu liefernden Waren, der zu erbringenden Bau- oder Dienstleistungen die in Abs. 5 bis 7 angeführten Nachweise verlangen. Andere als die in den Abs. 5 bis 7 angeführten Nachweise darf der Auftraggeber nicht verlangen.Paragraph 75, (1) Als Nachweis für die technische Leistungsfähigkeit gemäß Paragraph 70, Absatz eins, Ziffer 4, kann der Auftraggeber je nach Art, Menge oder Umfang und Verwendungszweck der zu liefernden Waren, der zu erbringenden Bau- oder Dienstleistungen die in Absatz 5 bis 7 angeführten Nachweise verlangen. Andere als die in den Absatz 5 bis 7 angeführten Nachweise darf der Auftraggeber nicht verlangen.

(2) Verlangt der Auftraggeber einen Nachweis über erbrachte Leistungen (Referenzen), ist er, wenn der Leistungsempfänger ein öffentlicher Auftraggeber war, in Form einer vom öffentlichen Auftraggeber ausgestellten oder beglaubigten Bescheinigung beizubringen, die der Leistungsempfänger dem öffentlichen Auftraggeber auch direkt zuleiten kann. Ist der Leistungsempfänger ein privater Auftraggeber gewesen, ist der Nachweis über erbrachte Leistungen (Referenzen) in Form einer vom Leistungsempfänger ausgestellten Bescheinigung oder, falls eine derartige Bescheinigung nicht erhältlich ist, durch eine einfache Erklärung des Unternehmers zu erbringen.

(3) Nachweise über erbrachte Leistungen (Referenzen) müssen jedenfalls folgende Angaben enthalten:

1. 1.Ziffer eins

Name und Sitz des Leistungsempfängers sowie Name der Auskunftsperson;

2. 2.Ziffer 2

Wert der Leistung;

3. 3.Ziffer 3

Zeit und Ort der Leistungserbringung;

4. 4.Ziffer 4

Angabe, ob die Leistung fachgerecht und ordnungsgemäß ausgeführt wurde.

(4) Werden Nachweise über Leistungen vorgelegt, die der Unternehmer in Arbeitsgemeinschaften erbracht hat, ist der vom Unternehmer erbrachte Anteil an der Leistungserbringung anzugeben.

(5) ...

(6) Als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit können bei Bauaufträgen verlangt werden:

1. 1.Ziffer eins
eine Liste der in den letzten fünf Jahren erbrachten Bauleistungen;
2. 2.Ziffer 2
Angaben über die technischen Fachkräfte oder die technischen Stellen, unabhängig davon, ob diese dem Unternehmen angeschlossen sind oder nicht, und zwar insbesondere über diejenigen, die mit der Qualitätskontrolle beauftragt sind oder über die der Unternehmer bei der Ausführung des Bauvorhabens verfügen wird;
3. 3.Ziffer 3
Ausbildungsnachweise und Bescheinigungen über die berufliche Befähigung des Unternehmers und der Führungskräfte des Unternehmers, insbesondere der für die Ausführung der Arbeiten verantwortlichen Personen;
4. 4.Ziffer 4
bei Bauleistungen, deren Art ein entsprechendes Verlangen des Auftraggebers rechtfertigt, die Angabe der Umweltmanagementmaßnahmen, die der Unternehmer bei der Ausführung des Auftrages gegebenenfalls anwenden will;
5. 5.Ziffer 5
eine Erklärung, aus der hervorgeht, über welche Ausstattung, welche Baugeräte und welche technische Ausrüstung der Unternehmer für die Ausführung des Auftrages verfügen wird;
6. 6.Ziffer 6
eine Erklärung, aus der das jährliche Mittel der vom Unternehmer in den letzten drei Jahren Beschäftigten und die Anzahl seiner Führungskräfte in den letzten drei Jahren ersichtlich sind;
7. 7.Ziffer 7
eine Angabe, welche Teile des Auftrages der Unternehmer unter Umständen als Subaufträge zu vergeben beabsichtigt;
8. 8.Ziffer 8
die Bescheinigung, dass der Unternehmer die für die Erbringung der Bauleistung erforderliche berufliche Befähigung, Fachkunde und Erfahrung besitzt.

(7) ...

Ausscheiden von Angeboten

§ 129. (1) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der Auftraggeber auf Grund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschneiden: Paragraph 129, (1) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der Auftraggeber auf Grund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschneiden:

1. 1.Ziffer eins
Angebote von Bietern, die von der Teilnahme am Vergabeverfahren gemäß § 20 Abs. 5 oder gemäß § 68 Abs. 1 auszuschließen sind; Angebote von Bietern, die von der Teilnahme am Vergabeverfahren gemäß Paragraph 20, Absatz 5, oder gemäß Paragraph 68, Absatz eins, auszuschließen sind;
2. 2.Ziffer 2
Angebote von Bietern, deren Befugnis, finanzielle, wirtschaftliche oder technische Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit nicht gegeben ist;
3. 3.Ziffer 3
...
4. 7.Ziffer 7
den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Teil-, Alternativ- und Abänderungsangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, nicht gleichwertige Alternativ- oder Abänderungsangebote und Alternativangebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen, sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind;
5. 8.Ziffer 8

...

Einleitung des Verfahrens

§ 320. (1) Ein Unternehmer kann bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern

Paragraph 320, (1) Ein Unternehmer kann bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern

1. 1.Ziffer eins

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

2. 2.Ziffer 2

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

(2) ...

Der Nachprüfungsantrag enthält alle nach § 322 Abs 1 BVergG geforderten Angaben. Ein Grund für seine Unzulässigkeit nach § 322 Abs 2 BVergG liegt nicht vor. Der Nachprüfungsantrag enthält alle nach Paragraph 322, Absatz eins, BVergG geforderten Angaben. Ein Grund für seine Unzulässigkeit nach Paragraph 322, Absatz 2, BVergG liegt nicht vor.

Allerdings bringt die Auftraggeberin vor, dass das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden gewesen wäre und ihr damit die Antragslegitimation fehle.

Auszuschneiden wäre das Angebot der Antragstellerin vorerst, weil sie die in Punkt C.3 in Teil A der Ausschreibungsunterlagen "Angebotsbestimmungen" geforderten Mindestumsatz von Euro 5,000.000 im Mittel in den letzten drei Jahren nicht nachweisen könne und ihr daher die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit fehle.

Grundsätzlich ist es zulässig, Mindestanforderungen an die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit unter Bezugnahme auf bestimmte Elemente der Bilanz festzulegen (EuGH 18. 10. 2012, Rs C-218/11, Édukóvízig und Hochtief Construction, Rn 27). Bei der Beurteilung der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit ist der Auftraggeber an die in der Ausschreibung festgelegten Mindestanforderungen gebunden (BVA 31. 5. 2012, N/0043-BVA/13/2012-40).

Das Fehlen der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit stellt einen unbehebbarer Mangel, das Fehlen eines Nachweises für die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit einen behebbaren Mangel iSd § 129 Abs 1 Z 7 BVergG dar (VwGH 12. 5. 2011, 2008/04/0087). Der Nachweis muss jedoch für den relevanten Zeitpunkt für das Vorliegen der Eignung erfolgen (VwGH 24. 2. 2010, 2005/04/0253). Das Fehlen der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit stellt einen unbehebbarer Mangel, das Fehlen eines Nachweises für die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit einen behebbaren Mangel iSd Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG dar (VwGH 12. 5. 2011, 2008/04/0087). Der Nachweis muss jedoch für den relevanten Zeitpunkt für das Vorliegen der Eignung erfolgen (VwGH 24. 2. 2010, 2005/04/0253).

Gemäß § 69 Z 1 BVergG ist im offenen Verfahren die Eignung für den Zeitpunkt der Angebotsöffnung nachzuweisen. Im vorliegenden Vergabeverfahren ist dies der 15. Oktober 2012. Das hat zur Folge, dass alle nach diesem Zeitpunkt getätigten Umsätze für den Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit unbeachtlich sind (VwGH 22. 11. 2011, 2006/04/0056), sodass sich ein weiteres Eingehen auf diese Zahlen erübrigt. Gemäß Paragraph 69, Ziffer eins, BVergG ist im offenen Verfahren die Eignung für den Zeitpunkt der Angebotsöffnung nachzuweisen. Im vorliegenden Vergabeverfahren ist dies der 15. Oktober 2012. Das hat zur Folge, dass alle nach diesem Zeitpunkt getätigten Umsätze für den Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit unbeachtlich sind (VwGH 22. 11. 2011, 2006/04/0056), sodass sich ein weiteres Eingehen auf diese Zahlen erübrigt.

In Punkt C.3 in Teil A der Ausschreibungsunterlagen "Angebotsbestimmungen" fordert die Auftraggeberin einen Mindestumsatz von Euro 5,000.000 im Mittel der letzten drei Jahre. Falls das Unternehmen noch nicht so lange besteht, ist dieser Nachweis auch für einen kürzeren Zeitraum möglich. Nach Beilage 6 muss sich der Umsatz auf Leistungen beziehen, die Gegenstand der Ausschreibung, also Fassadenbau, sind.

Die Antragstellerin hat die ursprüngliche Angabe des Umsatzes, die die Umsätze der B*** aus den Jahren 2010 und 2011 sowie für die A*** lediglich eine Umsatzprognose von Euro 12,000.000 enthielt, insofern korrigiert, als sie für den

Zeitraum von Juli bis September 2012 einen Umsatz von Euro 1,661.857 und eine Umsatzprognose für das Jahr 2012 von Euro 12,000.000 angab. Eine Umsatzprognose oder -schätzung ist bei der Beurteilung der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit unbeachtlich (B-VKK 26. 8. 1996, S-30/96; T. Jäger in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, BVergG2 2. Lfrg [2012], § 74 Rz 26). Das Unternehmen der Antragstellerin wurde erst am 15. Mai 2012 im Firmenbuch eingetragen. Daher wäre der Umsatz von 15. Mai 2012 bis 15. Oktober 2012, also für einen Zeitraum von fünf Monaten heranzuziehen. Die ursprünglich dem Angebot beigelegte Erklärung über den Umsatz ist ohne relevante Aussage, weil Umsätze der B*** der A*** mangels Gesamtrechtsnachfolge nicht zugerechnet werden können und einer Umsatzprognose kein bei der Beurteilung der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit relevanter Aussagewert zukommt. Bei der Vorlage von Nachweisen für die Eignung handelt es sich jedoch um einen verbesserbaren Mangel (VwGH 22. 11. 2011, 2006/04/0056). Die Antragstellerin hat die ursprüngliche Angabe des Umsatzes, die die Umsätze der B*** aus den Jahren 2010 und 2011 sowie für die A*** lediglich eine Umsatzprognose von Euro 12,000.000 enthielt, insofern korrigiert, als sie für den Zeitraum von Juli bis September 2012 einen Umsatz von Euro 1,661.857 und eine Umsatzprognose für das Jahr 2012 von Euro 12,000.000 angab. Eine Umsatzprognose oder -schätzung ist bei der Beurteilung der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit unbeachtlich (B-VKK 26. 8. 1996, S-30/96; T. Jäger in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, BVergG2 2. Lfrg [2012], Paragraph 74, Rz 26). Das Unternehmen der Antragstellerin wurde erst am 15. Mai 2012 im Firmenbuch eingetragen. Daher wäre der Umsatz von 15. Mai 2012 bis 15. Oktober 2012, also für einen Zeitraum von fünf Monaten heranzuziehen. Die ursprünglich dem Angebot beigelegte Erklärung über den Umsatz ist ohne relevante Aussage, weil Umsätze der B*** der A*** mangels Gesamtrechtsnachfolge nicht zugerechnet werden können und einer Umsatzprognose kein bei der Beurteilung der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit relevanter Aussagewert zukommt. Bei der Vorlage von Nachweisen für die Eignung handelt es sich jedoch um einen verbesserbaren Mangel (VwGH 22. 11. 2011, 2006/04/0056).

Der im Zuge der Aufklärung angegebene Umsatz bezieht sich auf einen Zeitraum von drei Monaten. Umgelegt auf ein ganzes Jahr ergäbe sich ein Betrag von Euro 6,647.428, was über dem geforderten Mindestumsatz liegt. Da allerdings der relevante Zeitraum länger ist, führt eine solche Rechnung zu falschen Ergebnissen. Legt man den genannten Umsatz auf den Zeitraum von der Gründung der Antragstellerin bis Ende September 2012, also 4 ½ Monate um, ergibt sich ein Jahresumsatz von Euro 4,431.619. Damit hat die Antragstellerin die geforderte finanzielle Leistungsfähigkeit nicht. Der Steuerberater der Antragstellerin bestätigt in seinem Schreiben vom 10. Dezember 2012 "entsprechend den vorgelegten Unterlagen" zum 15. Oktober 2012 einen Umsatz von Euro 2,251.138. Legt man diesen Betrag auf ein Jahr um, ergibt sich ein Jahresumsatz von Euro 5,402.731,20. Damit würde die Antragstellerin das Mindesterfordernis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit erfüllen.

Fraglich ist nun, welche Unterlagen glaubwürdig sind. Den Umsatz von Euro 1,661.857 gab die Antragstellerin im Zuge der Verbesserung im Vergabeverfahren an. Er ergibt für den Zeitraum Juli bis September 2012 einem monatlichen Umsatz von Euro 553.952, für den Zeitraum von 15. Mai 2012 bis 30. September 2012 einen monatlichen Umsatz von Euro 369.302. Den Umsatz von Euro 2,251.138 gab sie im Zuge des Nachprüfungsverfahrens nach Vorhalt von Ausscheidensgründen an. Er ergibt einen monatlichen Umsatz von Euro 450.228. Aus der Umsatzprognose von Euro 12,000.000 für das Jahr 2012 ergibt sich ein monatlicher Umsatz von Euro 1,000.000. Aus der Forderung nach einem Jahresumsatz von Euro 5,000.000 ergibt sich ein monatlicher Umsatz von Euro 416.667.

Die von der Antragstellerin nunmehr behaupteten Umsatzzahlen sind von der Umsatzprognose weit entfernt. Es ist zwar zuzugestehen, dass die Umsatzzahlen eines laufenden Geschäftsjahres auf Eigenangaben des Unternehmens beruhen müssen. Die Salden der Konten, die der Steuerberater zur Verfügung hatte, sind zweifellos eine taugliche Grundlage zur Berechnung der Umsatzzahlen. Mitte Oktober 2012 standen möglicherweise auch erst die Umsatzzahlen bis Ende September 2012 zur Verfügung. Die nunmehr vorgelegte Auskunft über die Umsatzzahlen von 15. Mai 2012 bis 15. Oktober 2012 ist glaubwürdig und belegt, dass die Antragstellerin zwar die angestrebte Umsatzprognose nicht erreicht, jedoch den geforderten Mindestumsatz erfüllt. Aus diesem Grund liegt der Ausscheidensgrund des § 129 Abs 1 Z 2 BVergG nicht vor. Die von der Antragstellerin nunmehr behaupteten Umsatzzahlen sind von der Umsatzprognose weit entfernt. Es ist zwar zuzugestehen, dass die Umsatzzahlen eines laufenden Geschäftsjahres auf Eigenangaben des Unternehmens beruhen müssen. Die Salden der Konten, die der Steuerberater zur Verfügung hatte, sind zweifellos eine taugliche Grundlage zur Berechnung der Umsatzzahlen. Mitte Oktober 2012 standen möglicherweise auch erst die Umsatzzahlen bis Ende September 2012 zur Verfügung. Die

nunmehr vorgelegte Auskunft über die Umsatzzahlen von 15. Mai 2012 bis 15. Oktober 2012 ist glaubwürdig und belegt, dass die Antragstellerin zwar die angestrebte Umsatzprognose nicht erreicht, jedoch den geforderten Mindestumsatz erfüllt. Aus diesem Grund liegt der Ausscheidensgrund des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG nicht vor.

Die Auftraggeberin bringt weiters vor, dass das Angebot der Antragstellerin auszuschließen sei, da sie falsche Auskünfte über die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit erteilt und damit den Ausschlussgrund des § 68 Abs 1 Z 7 BVergG verwirklicht habe. Die Auftraggeberin bringt weiters vor, dass das Angebot der Antragstellerin auszuschließen sei, da sie falsche Auskünfte über die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit erteilt und damit den Ausschlussgrund des Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG verwirklicht habe.

Dieser Ausschlussgrund betrifft die Nichterteilung oder die Erteilung falscher Auskünfte betreffend die Eignung. Die Antragstellerin erteilte zusammen mit dem Angebot eine Auskunft über die Umsätze der B*** und ihre eigenen Umsätze. Über Nachfrage der vergebenden Stelle klärte sie diese dahingehend auf, dass sie über die jeweiligen Umsätze detailliert Auskunft gab.

Bei dem Ausschlussgrund des § 68 Abs 1 Z 7 BVergG handelt es sich um einen zwingenden Ausschlussgrund, der das zwingende Ausscheiden nach § 129 Abs 1 Z 1 BVergG nach sich zieht (VwGH 22. 5. 2012, 2008/04/0032). Bei dem Ausschlussgrund des Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG handelt es sich um einen zwingenden Ausschlussgrund, der das zwingende Ausscheiden nach Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG nach sich zieht (VwGH 22. 5. 2012, 2008/04/0032).

Der Auftraggeber muss konkret geltend machen, inwiefern der Unternehmer in so gravierendem Ausmaß gegen Treu und Glauben verstoßen hat, dass eine ernste Störung des Vertrauensverhältnisses eingetreten ist (VwGH 22. 4. 2009, 2007/04/0065). Dabei ist eine Einzelfallbeurteilung vorzunehmen (VwGH 29. 3. 2006, 2005/04/0038). Es sind auch Erklärungen bedeutsam, die im Zuge eines Nachprüfungsverfahrens abgegeben werden (C. Mayr in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel² § 68 Rz 77). Der Auftraggeber muss konkret geltend machen, inwiefern der Unternehmer in so gravierendem Ausmaß gegen Treu und Glauben verstoßen hat, dass eine ernste Störung des Vertrauensverhältnisses eingetreten ist (VwGH 22. 4. 2009, 2007/04/0065). Dabei ist eine Einzelfallbeurteilung vorzunehmen (VwGH 29. 3. 2006, 2005/04/0038). Es sind auch Erklärungen bedeutsam, die im Zuge eines Nachprüfungsverfahrens abgegeben werden (C. Mayr in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel² Paragraph 68, Rz 77).

Der Auftraggeber muss dem Bieter die Gelegenheit geben, zu dem Ausschlussgrund Stellung zu nehmen (BVA 28. 11. 2008, N/0131-BVA/12/2008-29). Diese Möglichkeit zur Stellungnahme erhielt die Antragstellerin unmittelbar nach der Behauptung des Ausschlussgrundes - ebenso wie zu den genannten Ausscheidensgründen - im Nachprüfungsverfahren unter Setzung einer Frist, die jener zur Einbringung eines Nachprüfungsantrags entspricht (VwGH 12. 5. 2011, 2007/04/0012).

Es ist erkennbar, dass die A*** Aufträge der insolventen B*** fertigstellt. Allerdings kommt die Berufung auf Umsätze der B***, die vor der Gründung der A*** erzielt wurden, schon denkmöglich nicht in Betracht, da einerseits Umsätze zu einem Zeitpunkt, zu dem der Rechtsträger noch gar nicht bestanden hat, undenkbar sind und andererseits rückwirkend Umsätze nicht erzielt werden können. Auch wenn die A*** die Umsätze der B*** als solche gekennzeichnet hat, musste ihr bewusst sein, dass diese ihr nicht zugerechnet werden können, zumal sie eine Teilrechtsnachfolge und keine Gesamtrechtsnachfolge angetreten hat. Damit ist die Erklärung über die Umsätze zwar nicht falsch. Sie ist aber irreführend und eignet sich nicht zum Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit. Im Zuge der Aufklärung wurde dieser Irrtum behoben. Wie die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung unwidersprochen vorgebracht hat, sind die Angaben über getätigte Umsätze auch so weit bereinigt, dass Umsätze der B*** darin nicht aufscheinen. Sie sind daher taugliche Angaben zur Beurteilung der Umsätze der Antragstellerin.

Wenn sich die Auftraggeberin darauf stützt, dass die Antragstellerin Subunternehmer nicht namhaft gemacht habe, ist darauf zu verweisen, dass die Antragstellerin ihr Angebot "unter Berücksichtigung aller möglicher Sublieferanten" gelegt hat. Sie hat jedoch keine Subunternehmer genannt. Die Antragstellerin gab dazu an, dass sie bloß Materialien zukaufe, im Übrigen jedoch die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit selbst besitze.

Der Auftrag hat die Herstellung einer Fassade zum Gegenstand. Von einem Auftragnehmer kann nicht erwartet werden, dass er alle Materialien, beim vorliegenden Auftrag insbesondere Metalle und Glas, selbst herstellt. Er muss

sie zukaufen. Dies macht er bei einem Lieferanten, der die Materialien dem Auftraggeber bringt, sie aber nicht selbst verbaut (BVA 9. 8. 2011, N/0055-BVA/14/2011-31). Zulieferer sind daher eben nicht als Subunternehmer anzusehen (BVA 22. 6. 2006, N/0030-BVA/10/2006-036).

Da die Antragstellerin behauptet, die nötige Eignung selbst zu besitzen und keine Subunternehmer einsetzen zu wollen, kann eine unrichtige Subunternehmererklärung nicht vorliegen. Ein Ausscheidensgrund ist daher nicht verwirklicht.

3.3 Inhaltliche Beurteilung - Spruchpunkt I3.3 Inhaltliche Beurteilung - Spruchpunkt römisch eins.

Die einschlägigen Bestimmungen des BVergG lauten:

Gründe für den Widerruf eines Vergabeverfahrens nach Ablauf der Angebotsfrist

§ 139. (1) ...Paragraph 139, (1) ...

(2) Ein Vergabeverfahren kann widerrufen werden, wenn

1. 1.Ziffer eins

...

2. 3.Ziffer 3

dafür sachliche Gründe bestehen.

Bekanntgabe der Widerrufsentscheidung, Stillhaltefrist, Unwirksamkeit des Widerrufs

§ 140. (1) Der Auftraggeber hat nachweislich mitzuteilen, dass er beabsichtigt, das Vergabeverfahren zu widerrufen,Paragraph 140, (1) Der Auftraggeber hat nachweislich mitzuteilen, dass er beabsichtigt, das Vergabeverfahren zu widerrufen,

1. 1.Ziffer eins

im Fall des § 139 Abs. 1 Z 1 und 2 und des § 139 Abs. 2 Z 3 allen Bieterñim Fall des Paragraph 139, Absatz eins, Ziffer eins und 2 und des Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 3, allen Bieterñ,

2. 2.Ziffer 2

im Fall des § 139 Abs. 1 Z 4 und des § 139 Abs. 2 Z 2 allen Bieterñ, deren Angebote zwar ausgeschieden wurden, die Ausscheidensentscheidung jedoch noch nicht rechtskräftig ist,im Fall des Paragraph 139, Absatz eins, Ziffer 4 und des Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 2, allen Bieterñ, deren Angebote zwar ausgeschieden wurden, die Ausscheidensentscheidung jedoch noch nicht rechtskräftig ist,

3. 3.Ziffer 3

im Fall des § 139 Abs. 2 Z 1 dem Bieter, dessen Angebot als einziges eingelangt istim Fall des Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer eins, dem Bieter, dessen Angebot als einziges eingelangt ist,

4. 4.Ziffer 4

im Fall des § 139 Abs. 2 Z 2 dem Bieter, dessen Angebot als einziges verblieben istim Fall des Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 2, dem Bieter, dessen Angebot als einziges verblieben ist.

In dieser Mitteilung sind den Bieterñ das jeweilige Ende der Stillhaltefrist gemäß Abs. 3 oder 4 sowie die Gründe für den beabsichtigten Widerruf bekannt zu geben.In dieser Mitteilung sind den Bieterñ das jeweilige Ende der Stillhaltefrist gemäß Absatz 3, oder 4 sowie die Gründe für den beabsichtigten Widerruf bekannt zu geben.

(2) ...

Nichtigerklärung von Entscheidungen des Auftraggebers

§ 325. (1) Das Bundesvergabeamt hat eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Bescheid für nichtig zu erklären, wennParagraph 325, (1) Das Bundesvergabeamt hat eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Bescheid für nichtig zu erklären, wenn

1. 1.Ziffer eins

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

2. 2.Ziffer 2

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

(2) ...

Der Antragstellerin wurde die Widerrufsentscheidung bekannt gegeben. Sie bringt vor, dass diese gemäß § 140 Abs 2 BVergG unzureichend begründet ist. Damit ist sie grundsätzlich im Recht, weil die Widerrufsentscheidung als Begründung des Widerrufs lediglich den Text des in der Ausschreibung festgelegten Widerrufsgrundes in Punkt E der Angebotsbestimmungen wiedergibt, aber keine Zahlen nennt. Zwar ist die Begründung der Widerrufsentscheidung in § 140 Abs 1 BVergG der Begründung der Zuschlagsentscheidung nachgebildet, enthält jedoch anders als § 131 Abs 1 BVergG keine Einschränkung der Begründungspflicht zum Schutz öffentlicher Interessen, der berechtigten Geschäftsinteressen von Unternehmern oder des freien und lauten Wettbewerbs. Damit sind die Gründe für den Widerruf jedenfalls mitzuteilen. Der Antragstellerin wurde die Widerrufsentscheidung bekannt gegeben. Sie bringt vor, dass diese gemäß Paragraph 140, Absatz 2, BVergG unzureichend begründet ist. Damit ist sie grundsätzlich im Recht, weil die Widerrufsentscheidung als Begründung des Widerrufs lediglich den Text des in der Ausschreibung festgelegten Widerrufsgrundes in Punkt E der Angebotsbestimmungen wiedergibt, aber keine Zahlen nennt. Zwar ist die Begründung der Widerrufsentscheidung in Paragraph 140, Absatz eins, BVergG der Begründung der Zuschlagsentscheidung nachgebildet, enthält jedoch anders als Paragraph 131, Absatz eins, BVergG keine Einschränkung der Begründungspflicht zum Schutz öffentlicher Interessen, der berechtigten Geschäftsinteressen von Unternehmern oder des freien und lauten Wettbewerbs. Damit sind die Gründe für den Widerruf jedenfalls mitzuteilen.

Anders als bei der Begründung der Zuschlagsentscheidung, deren Fehlen nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs jedenfalls von wesentlichem Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens ist (VwGH 22. 4. 2009, 2009/04/0081, 0085; 8. 10. 2010, 2006/04/0173), kann dieser wesentliche Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens beim Fehlen der Begründung der Widerrufsentscheidung oder bei einer falschen Begründung der Widerrufsentscheidung deshalb entfallen, weil der Widerruf aus einem anderen Grund objektiv gerechtfertigt ist und das Vergabeverfahren jedenfalls zu widerrufen ist (VwGH 3. 9. 2008, 2008/04/0109; 12. 5. 2011, 2007/04/0012; 25. 9. 2012, 2008/04/0054). Wenn somit die von der Auftraggeberin vorgebrachten Widerrufsgründe zutreffen, ist der Mangel der Begründung der Zuschlagsentscheidung nicht wesentlich für den Ausgang des Vergabeverfahrens iSd § 325 Abs 1 Z 2 BVergG und eine Nichtigerklärung der Widerrufsentscheidung scheidet aus diesem Grund aus. Anders als bei der Begründung der Zuschlagsentscheidung, deren Fehlen nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs jedenfalls von wesentlichem Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens ist (VwGH 22. 4. 2009, 2009/04/0081, 0085; 8. 10. 2010, 2006/04/0173), kann dieser wesentliche Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens beim Fehlen der Begründung der Widerrufsentscheidung oder bei einer falschen Begründung der Widerrufsentscheidung deshalb entfallen, weil der Widerruf aus einem anderen Grund objektiv gerechtfertigt ist und das Vergabeverfahren jedenfalls zu widerrufen ist (VwGH 3. 9. 2008, 2008/04/0109; 12. 5. 2011, 2007/04/0012; 25. 9. 2012, 2008/04/0054). Wenn somit die von der Auftraggeberin vorgebrachten Widerrufsgründe zutreffen, ist der Mangel der Begründung der Zuschlagsentscheidung nicht wesentlich für den Ausgang des Vergabeverfahrens iSd Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG und eine Nichtigerklärung der Widerrufsentscheidung scheidet aus diesem Grund aus.

Vorweg ist festzuhalten, dass die Ausschreibung nicht rechtzeitig angefochten wurde und daher bestandsfest ist. Alle am Vergabeverfahren Beteiligten sind daran gebunden (st Rspr zB VwGH 14. 4. 2011, 2008/04/0065).

Die Ausschreibung ist nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen. Gleiches gilt für die Willenserklärungen der Bieter (st Rspr zB VwGH 22. 11. 2011, 2006/04/0024). Ihre Festlegungen sind für alle am Vergabeverfahren Beteiligten bindend (zB EuGH 22. 6. 1993, Rs C-243/89, Kommission/Dänemark - Brücke über den "Storebælt", Slg 1993, I-3353, Rn 39; VwGH 7. 9. 2009, 2007/04/0090). Allfällige Rechtswidrigkeiten können auch von der Vergabekontrollbehörde nicht mehr aufgegriffen werden (zB VwGH 7. 11. 2005, 2003/04/0135; 27. 6. 2007, 2005/04/0234). Die Festlegungen der Ausschreibung sind der gegenständlichen Auftragsvergabe zugrunde zu legen (zB VwGH 7. 9. 2009, 2007/04/0090 mwN; 14. 4. 2011, 2008/04/0065). Es ist von einer strengen Bindung an die Ausschreibungsunterlagen auszugehen (BVA 30. 4. 2009, N/0021-BVA/10/2009-28; 2. 5. 2011, N/0021-BVA/10/2011-33), andernfalls ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz vorliegen würde (zB EuGH 22. 6. 1993, Rs C-243/89, Kommission/Dänemark - Brücke über den "Storebælt", Slg 1993, I-3353, Rn 37; BVA 28. 11. 2008, N/0131-BVA/12/2008-29).

In Punkt E der Angebotsbestimmungen hat die Auftraggeberin folgende Festlegung getroffen: "Insbesondere behält sich der Auftraggeber vor, das Verfahren dann zu widerrufen, wenn das für den Zuschlag in Betracht kommende Angebot um mehr als 20% über dem Wert des beim Auftraggeber vorliegenden Kostenanschlages für das gegenständliche Gewerk liegt." Sie hat damit einen Widerrufsgrund festgelegt.

Ähnlich wie bei Ausscheidensgründen (so bereits BVA 20. 3. 2003, 12N-10/03-11) steht es dem Auftraggeber nicht zu, selbst Widerrufsgründe festzulegen. Wird allerdings die Ausschreibung nicht angefochten, werden auch solche Widerrufsgründe bestandsfest und alle am Vergabeverfahren beteiligten Parteien sind daran gebunden (st Rpsr zB VwGH 14. 4. 2011, 2008/04/0065). Die Grenzen jener Festlegungen, die bestandsfest werden können, sind damit nicht überschritten, da einerseits zB die Wahl des Vergabeverfahrens (VwGH 26. 4. 2007, 2005/04/0222; 27. 6. 2007, 2005/04/0234), eine allenfalls nicht erfüllbare Ausschreibung (VwGH 12. 9. 2007, 2005/04/0181), der Vorbehalt einer allfälligen Teilleistungsvergabe (VwGH 12. 9. 2007, 2005/04/0236), der Zeitpunkt der Angebotsöffnung (VwGH 30. 4. 2008, 2006/04/0065), das Fehlen der verbalen Begründung der Zuschlagsentscheidung durch Mitglieder einer Jury (VwGH 19. 11. 2008, 2007/04/0018, 0019), das Zuschlagsprinzip (VwGH 7. 9. 2009, 2007/04/0090), die Aufforderung zur Abgabe von Teilnahmeanträgen neben einem Prüfsystem (VwGH 20. 5. 2010, 2007/04/0072), die Verkürzung der Angebotsfrist (VwGH 1. 7. 2010, 2009/04/0256) bestandsfest werden können, andererseits der gänzliche Ausschluss der Anwendung des BVergG (VwGH 17. 4. 2012, 2008/04/0112) oder Festlegungen über die Zuständigkeit der Vergabekontrollbehörde (VwGH 8. 11. 2012, 2010/04/0128) nicht bestandsfest werden können. Mit der Festlegung eines Widerrufsgrundes greift die Auftraggeberin ähnlich wie bei der Festlegung eines Ausscheidensgrundes nicht derart in die Grundsätze des Vergaberechts ein, dass diese einer Bestandsfestigkeit entgegenstünden.

Inhaltlich legt Punkt E der Angebotsbestimmungen einen Widerrufsgrund fest, der auf die Kostenschätzung des Auftraggebers abstellt, die bei ihm vorliegt. Damit bleibt - ungeachtet der Richtigkeit dieser Kostenschätzung - für eine inhaltliche Überprüfung dieser Kostenschätzung kein Raum. Die Festlegung ist bestandsfest. Die Kostenschätzung beträgt Euro 2,370.780. Das Angebot der Antragstellerin ist mit Euro 2.923.313 das billigste. Es liegt daher um Euro 552.533 oder 23,31 % über der Kostenschätzung. Daher ist der Widerrufsgrund in Punkt E der Angebotsbestimmungen verwirklicht.

Der Widerrufsgrund ist als optionaler Grund formuliert. Die Auftraggeberin hat ein Ermessen, das Vergabeverfahren aus diesem Grund zu widerrufen. Zu prüfen ist daher, ob sie dieses Ermessen entsprechend den Grundsätzen des Vergabeverfahrens ausgeübt hat. Wenn nämlich, wie die Auftraggeberin vorbringt, das billigste Angebot das projektierte Budget für das Los überschreitet, ist die Realisierung des Loses mangels budgetärer Deckung unmöglich. Änderungen am Projekt sind unumgänglich. Gleichzeitig tritt jedoch die Voraussetzung für den Widerruf gemäß Punkt E der Angebotsbestimmungen, eine mehr als 20 %-ige Überschreitung des geschätzten Auftragswerts, ein. In einer solchen Situation kann der Auftraggeberin kein Ermessensmissbrauch vorgeworfen werden.

Der Kostenanschlag wurde von der C*** Architektur ZT GmbH erstellt, die ungeachtet der eigenen Erfahrung einen Konsulenten für Fassaden die K*** Technisches Büro für Maschinenbau, Glas-, Alu- & Fassadentechnik einen auf Fassadenplanung spezialisiertes Unternehmen, beizog. Damit hat sich der Auftraggeberin gemäß § 78 Abs 9 BVergG bei der Erstellung der Ausschreibung entsprechender Fachleute bedient. Der Kostenanschlag wurde von der C*** Architektur ZT GmbH erstellt, die ungeachtet der eigenen Erfahrung einen Konsulenten für Fassaden die K*** Technisches Büro für Maschinenbau, Glas-, Alu- & Fassadentechnik einen auf Fassadenplanung spezialisiertes Unternehmen, beizog. Damit hat sich der Auftraggeberin gemäß Paragraph 78, Absatz 9, BVergG bei der Erstellung der Ausschreibung entsprechender Fachleute bedient.

Das Präsidium der Wirtschaftskammer Österreich beschloss die Errichtung eines WIFI-Technikzentrums mit einem Kostenrahmen von Euro 22,000.000 einschließlich USt. Unter weiteren Voraussetzungen genehmigte es weitere Euro 8,000.000. Somit stehen insgesamt Euro 30,000.000 einschließlich USt, somit Euro 25,000.000 ohne USt für das Projekt zur Verfügung. Für den Kostenbereich 4 Bauwerk-Ausbau sind Euro 6,190.000 budgetiert. Nach dem unwiderlegbaren Vorbringen der Auftraggeberin, kann dieses Budget auch nicht erhöht werden. Für das Gewerk vorgehängte Fassade, Gewerk 4.8, hat sie in der Kostenvorschau vom 5. September 2012 Euro 2,370.780 vorgesehen. Dass dieser Betrag vom billigsten Angebot, jenem der Antragstellerin, um mehr als 20 % überschritten wurde, steht außer Zweifel. Eine Deckung der Überschreitung aus der Bauherrenreserve würde diese stark reduzieren, zumal sie für indexabhängige

Preisänderungen vorgesehen ist. Ein Rückgriff darauf bereits zum Zeitpunkt der Auftragsvergabe ist daher nicht möglich. Eine Budgetüberschreitung kann nicht anhand des Gesamtbudgets beurteilt werden, sondern muss an den einzelnen geplanten Teilbudgets gemessen werden. Damit ist von einer Budgetüberschreitung auszugehen.

Der Auftraggeber ist nicht verpflichtet, einen Auftrag auch tatsächlich zu vergeben. Der Widerruf muss nicht auf schwerwiegenden Gründen basieren (EuGH 16. 9. 1999, Rs C-27/98, *Metalmecanica Fracasso*, Slg 1999, I-5697, Rn 23 und 25). Auch ein Widerruf wegen eines Fehlers des Auftraggebers ist möglich (EuGH 16. 10. 2003, C-244/02, *Kaupatalo Hansel*, Slg 2003, I-12.139, Rn 36). Der Auftraggeber ist also nicht gehalten, einen einmal ausgeschriebenen Auftrag auch tatsächlich zu vergeben.

§ 139 Abs 2 Z 3 BVergG verlangt keinen schwerwiegenden sondern lediglich einen sachlichen Grund. Ob ein solcher vorliegt, ist objektiv zu beurteilen. Es ist zu fragen, ob der Widerruf für einen besonnenen Auftraggeber in der konkreten Situation eine sinnvolle Handlungsalternative und ein taugliches Mittel zur "Problembehandlung" darstellt. Dabei ist kein strenger Maßstab anzulegen. Dies entbindet den Auftraggeber freilich nicht davon, die faktischen Grundlagen seiner Entscheidung sorgfältig zu ermitteln (Stickler/Zellhofer in Schramm/ Aicher/Fruhmann/Thienel², § 138, 139 Rz 27 f). Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 3, BVergG verlangt keinen schwerwiegenden sondern lediglich einen sachlichen Grund. Ob ein solcher vorliegt, ist objektiv zu beurteilen. Es ist zu fragen, ob der Widerruf für einen besonnenen Auftraggeber in der konkreten Situation eine sinnvolle Handlungsalternative und ein taugliches Mittel zur "Problembehandlung" darstellt. Dabei ist kein strenger Maßstab anzulegen. Dies entbindet den Auftraggeber freilich nicht davon, die faktischen Grundlagen seiner Entscheidung sorgfältig zu ermitteln (Stickler/Zellhofer in Schramm/ Aicher/Fruhmann/Thienel², Paragraph 138, 139, Rz 27 f).

Stellt der Auftraggeber fest, dass er eine Projektänderung vornehmen muss, stellt das einen sachlichen Grund für den Widerruf dar (BVA 3. 4. 2007, N/0018-BVA/10/2007-029).

Die Überschreitung des Budgets stellt jedenfalls eine sachliche Rechtfertigung für einen Widerruf des Vergabeverfahrens dar, da sie die Ausführung des Gewerks unmöglich macht (VKS Wien 2. 2. 2012, VKS-11555/11: 23,3 % Überschreitung; so bereits auch B-VKK 27. 1. 1997, S-4/97-8; Stickler/Zellhofer in Schramm/Aicher/ Fruhmann/Thienel², § 138, 139 Rz 34; Reisner, *Der Widerruf des Vergabeverfahrens* in Gruber/Gruber/Sachs, *Jahrbuch Vergaberecht* 2008 [2008], 291). Allfällige Rechtswidrigkeiten der angefochtenen Widerrufsentscheidung sind dann nicht mehr von wesentlicher Bedeutung für den Ausgang des Vergabeverfahrens iSd § 325 Abs 1 Z 2 BVergG (VwGH 25. 9. 2012, 2008/04/0054), sodass darauf nicht mehr weiter einzugehen ist. Die Überschreitung des Budgets stellt jedenfalls eine sachliche Rechtfertigung für einen Widerruf des Vergabeverfahrens dar, da sie die Ausführung des Gewerks unmöglich macht (VKS Wien 2. 2. 2012, VKS-11555/11: 23,3 % Überschreitung; so bereits auch B-VKK 27. 1. 1997, S-4/97-8; Stickler/Zellhofer in Schramm/Aicher/ Fruhmann/Thienel², Paragraph 138, 139, Rz 34; Reisner, *Der Widerruf des Vergabeverfahrens* in Gruber/Gruber/Sachs, *Jahrbuch Vergaberecht* 2008 [2008], 291). Allfällige Rechtswidrigkeiten der angefochtenen Widerrufsentscheidung sind dann nicht mehr von wesentlicher Bedeutung für den Ausgang des Vergabeverfahrens iSd Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG (VwGH 25. 9. 2012, 2008/04/0054), sodass darauf nicht mehr weiter einzugehen ist.

Wenn die Antragstellerin vorbringt, dass die Auftraggeberin das offene Verfahren nur deshalb zu widerrufen, um ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung einleiten zu können, ist ihr keineswegs zuzustimmen. Wenn die Auftraggeberin die Ausschreibung in der vorliegenden Form weiterverwendet, ist diese Vorgangsweise zweifellos möglich. Sie kann jedoch gemäß § 28 Abs 1 BVergG nur dann von der Ausschreibung absehen, wenn sie ua die Antragstellerin zur Angebotslegung auffordert. Wenn sie jedoch, wie sie es vorgebracht hat, umplant und eine geänderte Fassade ausschreibt, ist die Wahl eines Verhandlungsverfahrens gemäß § 28 BVergG wegen der Änderung des Leistungsgegenstandes nicht möglich. Wenn die Antragstellerin vorbringt, dass die Auftraggeberin das offene Verfahren nur deshalb zu widerrufen, um ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung einleiten zu können, ist ihr keineswegs zuzustimmen. Wenn die Auftraggeberin die Ausschreibung in der vorliegenden Form weiterverwendet, ist diese Vorgangsweise zweifellos möglich. Sie kann jedoch gemäß Paragraph 28, Absatz eins, BVergG nur dann von der Ausschreibung absehen, wenn sie ua die Antragstellerin zur Angebotslegung auffordert. Wenn sie jedoch, wie sie es vorgebracht hat, umplant und eine geänderte Fassade ausschreibt, ist die Wahl eines Verhandlungsverfahrens gemäß Paragraph 28, BVergG wegen der Änderung des Leistungsgegenstandes nicht möglich.

3.4 Ersatz der Pauschalgebühr

Die einschlägigen Bestimmungen des BVergG lauten:

Gebührenersatz

§ 319. (1) Der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller hat Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Paragraph 319, (1) Der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller hat Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird.

(2) Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung besteht nur dann, wenn

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

(3) [...]

Die Antragstellerin hat die Pauschalgebühr in der gesetzlich geschuldeten Höhe tatsächlich bezahlt. Das Bundesvergabeamt erließ die beantragte einstweilige Verfügung. Das Bundesvergabeamt gab zwar dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung statt, wies jedoch den Nachprüfungsantrag ab. Ein Ersatz der Pauschalgebühr findet daher nicht statt.

Schlagworte

Mindestanforderungen an die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit; bestandsfeste Festlegung eines Widerrufsgrundes; Bindung an die Ausschreibung; Umsatzprognose; Stellungnahme zu einem Ausschlussgrund; Pflicht zur Begründung der Widerrufsentscheidung; Festlegung von Widerrufsgründen; Verpflichtung zur Vergabe;

Zuletzt aktualisiert am

13.02.2013

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