

TE Verg Bescheid 2012/8/13 N/0069-BVA/03/2012-19

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 13.08.2012

Norm

ABGB §§914f

BVergG 2006 §2 Z8

BVergG 2006 §2 Z41

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitdd

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §6

BVergG 2006 §12 Abs1 Z2

BVergG 2006 §291 Abs2

BVergG 2006 §312 Abs2

BVergG 2006 §312 Abs2 Z2

BVergG 2006 §318

BVergG 2006 §319 Abs1

BVergG 2006 §319 Abs2

BVergG 2006 §320

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §321

BVergG 2006 §321 Abs4

BVergG 2006 §322 Abs1

BVergG 2006 §322 Abs2

B-VG Art14b Abs2 Z1 lita

B-VG Art14b Abs2 Z1 litd

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
 3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
 3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

- [illegible]

3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 321 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 321 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 322 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 322 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. B-VG Art. 14b heute
2. B-VG Art. 14b gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
3. B-VG Art. 14b gültig von 01.07.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
4. B-VG Art. 14b gültig von 01.01.2003 bis 30.06.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2002

1. B-VG Art. 14b heute
2. B-VG Art. 14b gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
3. B-VG Art. 14b gültig von 01.07.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
4. B-VG Art. 14b gültig von 01.01.2003 bis 30.06.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2002

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 3, MR Dr. Sybill Andrea Böck sowie die Beisitzer Dkfm. Dr. Johann Hackl, als Mitglied der Auftraggeberseite und DI Joachim Kleiner, als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs. 2 Z 2 Bundesvergabegesetz 2006 - BVergG 2006, idF BGBl II Nr. 10/2012 (BVergG) betreffend das Vergabeverfahren "Generalplanerleistung Erweiterung und Sanierung der HerzReha Bad Ischl" des Auftraggebers Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft, Wiedner Hauptstraße 84-86, 1051 Wien, vergebende Stelle SVD Büromanagement GmbH, Dresdner Straße 45, 1200 Wien, vertreten durch X***, Rechtsanwälte, eingeleitet über Antrag der A***, vertreten durch RA Y***, vom 3. Juli 2012 wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 3, MR Dr. Sybill Andrea Böck sowie die Beisitzer Dkfm. Dr. Johann Hackl, als Mitglied der Auftraggeberseite und DI Joachim Kleiner, als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, Bundesvergabegesetz 2006 - BVergG 2006, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 10 aus 2012, (BVergG) betreffend das Vergabeverfahren "Generalplanerleistung Erweiterung und Sanierung der HerzReha Bad Ischl" des Auftraggebers Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft, Wiedner Hauptstraße 84-86, 1051 Wien, vergebende Stelle SVD Büromanagement GmbH, Dresdner Straße 45, 1200 Wien, vertreten durch X***, Rechtsanwälte, eingeleitet über Antrag der A***, vertreten durch RA Y***, vom 3. Juli 2012 wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Der Antrag "das Bundesvergabeamt möge die mit Fax vom 27.6.2012 (Beilage ./1) bekanntgegebene Entscheidung des Auftraggebers Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft vertreten durch die SVD Büromanagement GmbH uns nicht zur 2. Stufe des Vergabeverfahrens (Abgabe Angebot, Verhandlung) einzuladen, betreffend das Vergabeverfahren "Generalplanerleistung Erweiterung und Sanierung der HerzReha in Bad Ischl", vertreten durch SVD Büromanagement GmbH für nichtig erklären" wird abgewiesen.

II.römisch zwei.

Der Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und den Nachprüfungsantrag wird abgewiesen.

Begründung

Die Antragstellerin stellte am 3. 7. 2012 neben dem im Spruch ersichtlichen Begehren Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, auf Gebührenersatz und auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung.

1. 1.Ziffer eins

Vorbringen der Parteien

Die Antragstellerin brachte im Wesentlichen vor, ihr sei mit Fax vom 27.6.2012 seitens des Auftraggebers mitgeteilt worden, nicht zur

1. 2.Ziffer 2

Stufe des Vergabeverfahrens eingeladen zu werden, im Wesentlichen mit der Begründung, dass für die Mindestreferenz "Generalplaner" eine Substitution unzulässig sei und weder die Eignung noch die Referenzbestätigungen des namhaft gemachten Subunternehmers nachgewiesen noch die Formblätter unzureichend gefertigt worden seien und darüber hinaus das Referenzprojekt für das Auswahlkriterium Generalplanung, nämlich das "Postsparkassengebäude", nicht bewertet werden konnte, weil dieses nicht die geforderten Kriterien erfülle, sodass die Punktezah nicht gereicht habe, um die Antragstellerin zur 2. Stufe des Verhandlungsverfahrens einzuladen. Diese Behauptungen seien rechtswidrig, vielmehr widerspreche die vom Auftraggeber vorgenommene Neuberechnung der Punktezah der Antragstellerin dem vorgegebenen Bewertungsmodus der Teilnahmeunterlagen, weshalb bei richtiger Bewertung diese jedenfalls zur 2. Stufe einzuladen sei. Aus diesen Gründen sei daher die Nichteinladung zur 2. Stufe des Verhandlungsverfahrens für nichtig zu erklären.

Ergänzend führte die Antragstellerin aus, sie habe fristgerecht einen ausschreibungskonformen Teilnahmeantrag gestellt. Mit Schreiben vom 23.2.2012 sei ihr mitgeteilt worden, nicht für die 2. Stufe des Vergabeverfahrens eingeladen zu werden. Mit Antrag vom 2.3.2012 habe sie daher die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens beim BVA beantragt. Dieses sei aufgrund der Zurückziehung der Entscheidung durch den Auftraggeber und dem Auftrag der neuerlichen Durchführung der Bewertung der Teilnahmeanträge eingestellt worden. Mit Schreiben vom 17.4.2012 sei die Antragstellerin vollständig und zeitgerecht dem Aufklärungsersuchen des Auftraggebers vom 6.4.2012 zu verschiedenen Punkten des Teilnahmeantrages nachgekommen. Mit Fax vom 27.6.2012 sei jedoch erneut die Nicht-Zulassung zur Teilnahme an der 2. Stufe ausgesprochen worden. Dagegen richte sich der gegenständliche Nachprüfungsantrag.

Zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit werde ausgeführt, dass die Behauptung des Auftraggebers, die Antragstellerin hätte sich nicht um die geforderte Aufklärung hinsichtlich des Umstandes bemüht, dass das Projekt von einem Subunternehmer durchgeführt worden sei, aktenwidrig sei. Wie schon mit Schreiben vom 17.4.2012 festgestellt, ergebe sich aus den Teilnahmeunterlagen überhaupt kein Hinweis darauf, dass für die Mindestreferenz "Generalplaner" keine Substitution möglich sei. Die von der Antragstellerin angeführte Zitierung aus Pkt. 7.1.1.: "der/die Bewerber (..) auf eine formlosen Schreiben die Mindestreferenz (..) bestätigen zu lassen", lasse keine Schlussfolgerung dahin gehend zu, dass die Referenz nicht vom Subunternehmer stammen dürfe. Mit dem Ausdruck "der/die Bewerber" seien auch Subunternehmer umfasst, da jene unter Berücksichtigung der Zulässigkeit von Subunternehmern auch als "Bewerber" zu qualifizieren seien. Auch lasse der von der Antragstellerin dazu angeführte Pkt. 6 keine dementsprechende Schlussfolgerung zu. Dort werde von "Verfahrensteilnehmern" gesprochen. Dieser Ausdruck schließe Subunternehmer ebenso wenig aus. Wäre es dem Auftraggeber tatsächlich darauf angekommen, dass die Mindestreferenz von keinem Subunternehmer stammen dürfe, hätte sie zu einer klareren Formulierung

greifen müssen. Darüber hinaus sehe auch das Gesetz keine Beschränkung hinsichtlich der Erbringung einer Mindestanforderung durch einen Subunternehmer vor. Vielmehr könne die Leistungsfähigkeit auch durch die genannten Subunternehmer erbracht werden.

Zur Nichtvorlage der Eignungsnachweise für Subunternehmer und der Erklärung von Subunternehmer werde ausgeführt, dass der Subunternehmer Mag. Arch. B*** ordnungsgemäß im Teilnahmeantrag bekanntgegeben worden sei. Er habe persönlich die geforderten Referenzerklärungen für das gegenständliche Vergabeverfahren gezeichnet. Die von Mag. B*** gefertigte Referenzerklärung nehme ausdrücklich auf das gegenständliche Vergabeverfahren Bezug, sodass schon durch diese Abgabe der Referenzerklärung klar sei, dass Mag. B*** für die Auftragserfüllung im gegenständlichen Fall zur Verfügung stehe. Hinzu kommen die von Mag. B*** bereits im Verfahren abgegebenen Erklärungen. Darüber hinaus seien mit Schreiben der Antragstellerin vom 17.4.2012, also vor Entscheidung der Einladung zur Abgabe eines Angebotes, sämtliche Eignungsnachweise einschließlich einer ausdrücklichen Subunternehmererklärung nachgereicht worden.

Hätte der Auftraggeber die Vorlage der Subunternehmererklärung / Eignungsnachweise zwingend bei Abgabe des Teilnahmeantrages gefordert, hätte das ausdrücklich festgehalten werden müssen. In den Teilnahmeunterlagen sei die Nachreichung der Eignungsnachweise nicht ausgeschlossen, weshalb für das gegenständliche 2-stufige Verhandlungsverfahren die gesetzliche Bestimmung des § 69 Z 3 BVergG, wonach die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit, also auch die Eignungsnachweise des Subunternehmers, spätestens zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe vorliegen müsse, zur Anwendung komme. Dass fehlende Eignungsnachweise nachgereicht werden dürfen, entspreche der gängigen Vorgehensweise in der 1. Stufe eines Vergabeverfahrens. Sohin stehe fristgerecht zweifelsfrei fest, dass Mag. B*** der Antragstellerin als Subunternehmer zur Verfügung stehe. Hätte der Auftraggeber die Vorlage der Subunternehmererklärung / Eignungsnachweise zwingend bei Abgabe des Teilnahmeantrages gefordert, hätte das ausdrücklich festgehalten werden müssen. In den Teilnahmeunterlagen sei die Nachreichung der Eignungsnachweise nicht ausgeschlossen, weshalb für das gegenständliche 2-stufige Verhandlungsverfahren die gesetzliche Bestimmung des Paragraph 69, Ziffer 3, BVergG, wonach die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit, also auch die Eignungsnachweise des Subunternehmers, spätestens zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe vorliegen müsse, zur Anwendung komme. Dass fehlende Eignungsnachweise nachgereicht werden dürfen, entspreche der gängigen Vorgehensweise in der 1. Stufe eines Vergabeverfahrens. Sohin stehe fristgerecht zweifelsfrei fest, dass Mag. B*** der Antragstellerin als Subunternehmer zur Verfügung stehe.

Zur unzureichenden Fertigung der Formblätter werde ausgeführt, dass der Auftraggeber erneut eine aktenwidrige Zitierung mit der Behauptung wieder gebe, die Antragstellerin hätte in ihrem Schreiben vom 17.4.2012 lediglich erklärt, dass das Fehlen eines Stempels keinen Mangel darstelle. Diese Zitierung sei insoweit unvollständig, als explizit darauf hingewiesen worden sei, dass entsprechend den Festlegungen in den Teilnahmeunterlagen auch "alternative Nachweise" zulässig seien. Insofern sei dem Aufklärungsersuchen vom 6.4.2012 nachgekommen worden.

Eine unzureichende Fertigung der Formblätter sei der Antragstellerin nicht vorzuwerfen, da die bewertungsrelevante rechtsgültige Unterfertigung der Auftraggeber bei sämtlichen Referenzbestätigungen enthalten sei. Die Bestätigung lasse sich auch ohne Stempel den jeweiligen Auftraggebern zurechnen. Abgesehen davon, dass die Stempel der NÖ Gebietskrankenkasse bereits dem Teilnahmeantrag zu entnehmen gewesen seien, finde sich dieser auf dem nunmehr vorgelegten Schreiben auch der C*** GmbH. Der "Stempel" der Generalplanung zum Postsparkassengebäude Georg-Koch-Platz 2 könne nicht geliefert werden, weil zwischenzeitig die Postsparkasse bekanntlich nicht mehr existiere. Der Nachweis sei durch den damaligen Projektleiter auf Seiten des Bauherrn, Herrn D***, erbracht worden. Es werde darauf hingewiesen, dass die Postsparkasse kein öffentlicher Auftraggeber sei und § 75 Abs 2 BVergG 2006 für private Auftraggeber auch alternative Bescheinigungen, wie zB eine einfache Erklärung des Unternehmers zulasse. Eine derartige "einfache Erklärung" gemäß § 75 Abs 2 13VergG 2006 sei bereits mit dem Teilnahmeantrag übermittelt worden, ergänzt durch die Bestätigung des damaligen Projektleiters. Bestätigt werde dies nochmals durch die im Rahmen des Verfahrens vor dem Bundesvergabeamt mit Email vom 3.4.2012 übermittelten Unterlagen. Eine unzureichende Fertigung der Formblätter sei der Antragstellerin nicht vorzuwerfen, da die bewertungsrelevante rechtsgültige Unterfertigung der Auftraggeber bei sämtlichen Referenzbestätigungen enthalten sei. Die Bestätigung lasse sich auch ohne Stempel den jeweiligen Auftraggebern zurechnen. Abgesehen davon, dass die Stempel der NÖ Gebietskrankenkasse bereits dem Teilnahmeantrag zu entnehmen gewesen seien, finde sich dieser auf dem nunmehr

vorgelegten Schreiben auch der C*** GmbH. Der "Stempel" der Generalplanung zum Postsparkassengebäude Georg-Koch-Platz 2 könne nicht geliefert werden, weil zwischenzeitig die Postsparkasse bekanntlich nicht mehr existiere. Der Nachweis sei durch den damaligen Projektleiter auf Seiten des Bauherrn, Herrn D***, erbracht worden. Es werde darauf hingewiesen, dass die Postsparkasse kein öffentlicher Auftraggeber sei und Paragraph 75, Absatz 2, BVergG 2006 für private Auftraggeber auch alternative Bescheinigungen, wie zB eine einfache Erklärung des Unternehmers zulasse. Eine derartige "einfache Erklärung" gemäß Paragraph 75, Abs2 13VergG 2006 sei bereits mit dem Teilnahmeantrag übermittelt worden, ergänzt durch die Bestätigung des damaligen Projektleiters. Bestätigt werde dies nochmals durch die im Rahmen des Verfahrens vor dem Bundesvergabeamt mit Email vom 3.4.2012 übermittelten Unterlagen.

Zur Bewertung des Generalplaner- Referenzprojektes "Postsparkasse" werde ausgeführt, dass dieses zu Unrecht vom Auftraggeber mit "0" bewertet worden sei. Richtigerweise hätte der Auftraggeber lediglich Punkte für den fehlenden Fachbereich "Architektur" abziehen dürfen.

Die vom Auftraggeber vorgenommene Neuberechnung der Punkteanzahl der Antragstellerin widerspreche dem vorgegebenen Bewertungsmodus der Teilnahmeunterlagen. Im Aufklärungsschreiben vom 17.4.2012 werde darauf hingewiesen, dass zur Definition des Generalplanerauftrages und den dazu gehörigen Fachgebieten unterschiedliche Meinungen bestünden. Eine klare Kategorisierung eines Auftrages als Generalplaners sei zwar schwer möglich, aber genau deswegen sei in den Ausschreibungsunterlagen unter Pkt. 7.2.1.4. der Teilnahmeunterlagen die Berechnung mit unterschiedlichen Faktoren abhängig von der Anzahl der Fachgebiete festgelegt worden. Der unter Pkt. 2 der Teilnahmeunterlagen beschriebene Gegenstand der Bewertung sei eine taxative Aufzählung der Fachgebiete des Generalplanerauftrages, sondern lediglich die allgemeine Leistungsbeschreibung. Dies ergebe sich zusätzlich daraus, dass unter Pkt. 7.2.1.4. der Teilnahmeunterlagen überhaupt nicht auf Pkt. 2 der Teilnahmeunterlagen Bezug genommen worden sei, sondern die Fachbereiche klar aufgezählt würden.

Klar sei daher, dass der Fachbereich "Architektur" nicht als Voraussetzung für die Erfüllung einer Referenz als Generalplaner festgelegt worden sei. Generalplanungen würden oft ohne der Beauftragung mit 'Architektur' durchgeführt. Oftmals werde der Architekt im Zuge eines Architekturwettbewerbs beauftragt, wobei der Generalplanerauftrag und alle anderen Ingenieurbereiche gesondert beauftragt würden.

In diesem Sinne sei das Referenzprojekt "Postsparkassengebäude" der Antragstellerin aufgrund des Umstandes, dass diese mit 5 Fachbereichen beauftragt gewesen sei und lediglich "Architektur" fehle, mit dem Faktor 0,7 zu multiplizieren gewesen. Multipliziert mit den laut Formel erreichten Punkten der Nettobauwerkskosten (20 Punkte) ergebe dies 14 Punkte. In Summe würden sich damit unter Berücksichtigung der anderen Indikatoren 94 Punkte ergeben. Den Teilnahmeunterlagen entsprechend, ergäbe sich bei einer Gewichtung von 40 % der Generalplanung eine Punkteanzahl der Generalplanerreferenz "Postsparkassengebäude" in der Höhe von 37,60 Punkten. In der Gesamtbewertung würde dies zu einer Punkteanzahl von 195,85 führen. In Hinblick auf die Punkteanzahl des am besten bewerteten geheim gehaltenen Unternehmens (195,55 Punkte) würde die Antragstellerin mit 195,55 Punkten daher auf jeden Fall zur zweiten Stufe eingeladen werden müssen.

Der Auftraggeber sei daher in rechtswidriger Weise von den Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen abgewichen bzw. sei ein unrichtiger Inhalt unterstellt worden. Es sei nie gefordert gewesen, dass die Mindestreferenz nicht durch einen genannten Subunternehmer substituiert werden dürfe, dass der Subunternehmer sämtliche Referenzbestätigungen bzw. Eignungsnachweise zwingend mit Abgabe des Teilnahmeantrages einzureichen habe und dass der Fachbereich "Architektur" als Voraussetzung zur Erfüllung einer Generalplanerreferenz vorgesehen sei.

Zum Interesse am Vertragsabschluss und zum drohenden Schaden führte die Antragstellerin aus, sie habe einen ausschreibungskonformen Teilnahmeantrag gelegt und dadurch das Interesse am gegenständlichen Auftrag dokumentiert. Im Rahmen dieses Verfahrens seien bisher Kosten in Höhe von EUR 8.000,00 entstanden, die sich im Wesentlichen durch die Kosten im Zusammenhang mit der Abgabe des Teilnahmeantrags und dem ersten Nachprüfungsverfahren ergeben würden. Hinzu würden noch die Kosten, der - infolge der von der Antragstellerin geltend gemachten Vergabeverletzung erfolgten rechtlichen Beratung und Vertretung, die die Antragstellerin - vor Verhandlung und Hinterlegung von Pauschalgebühren - mit EUR 3.000,00(netto) beziffere. Würde der Zuschlag rechtswidrigerweise an einen Mitbewerber erteilt, wären diese aufgewendeten Kosten frustriert.

Vor allem habe die Antragstellerin ein erhebliches Erfüllungsinteresse an der Erfüllung des gegenständlichen Auftrags,

das sich aber derzeit noch nicht beziffern lasse. Allein den bisherigen Informationen zum Projekt "Erweiterung und Sanierung der HerzReha Bad Ischl" sei jedoch zu entnehmen, dass es sich um ein Projekt mit Projektherstellungskosten von zumindest mehr als EUR 8 Mio handle. Daraus leite sich ab, dass der Generalplanungsauftrag einen erheblichen Umfang habe. Dieser Generalplanungsauftrag sei geeignet, den von der Antragstellerin vorgehaltenen Planerkapazitäten eine beachtliche Auslastung über die Projektlaufzeit zu ermöglichen. Das Interesse sei sohin nicht bloß auf den reinen entgangenen Gewinn beschränkt, sondern auf die Interessen der Antragstellerin, die gegenständliche Planungsleistung auch tatsächlich selbst ausführen zu dürfen. Hinzu komme, dass diese Arbeit ein wichtiges Referenzprojekt darstelle, welches für künftige Ausschreibungen genutzt werden könnte. Dies gelte gerade für die gegenständliche Generalplanerleistung. Dieses Projekt sichere die fortgesetzte technische Leistungsfähigkeit der Antragstellerin in den folgenden 3 Jahren.

Zur bestimmten Bezeichnung des verletzten Rechts führte die Antragstellerin aus, durch die Nichtzulassung zur Teilnahme im gegenständlichen Ausschreibungsverfahren in ihren vergaberechtlich zugesicherten Rechten verletzt worden zu sein, da diese gegen das das Gleichbehandlungsgebot verstoße.

Die Auftraggeberin erteilte in ihrer Stellungnahme vom 6.7.2012 allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und legte mit Schriftsatz vom selben Tag die Originalunterlagen des Vergabeverfahrens vor. Ergänzend führte sie in o.a. Schriftsatz aus, dass sie nach erneuter Bewertung der Teilnahmeanträge die Nichtzulassung zur Teilnahme an die Antragstellerin am 27.6.2012 per E-Mail versendet habe.

Begründung für die Nichtzulassung sei, dass die Antragstellerin zwei Referenzprojekte für die Generalplanung in den Formhaltern TA-3.1/1 (Raiffeisenhaus Wien) und TA-3.1/2 (Postsparkassengebäude) namhaft gemacht habe. Beide Referenzen seien nicht durch rechtsgültige Fertigung des Bauherrn bestätigt worden. Eine Beglaubigung der Antragstellerin sei nicht erfolgt. Nach der Eigenbewertung der Antragstellerin hätte diese jeweils 100 Punkte, insgesamt somit 200 Punkte, erhalten sollen. Mit E-Mail vom 30.1.2012 habe die Antragstellerin eine neue Eigenbewertung hinsichtlich des Referenzprojektes Postsparkassengebäude übermittelt. In Folge dessen seien die beiden Referenzprojekte (Raiffeisenhaus Wien und Postsparkassengebäude) beim jeweiligen Bauherrn im Rahmen eines Telefonates mit dem namhaft gemachten Ansprechpartner - Mag E*** und Dir Ing D***- überprüft worden. In dem Telefonat am 31.1.2012 mit Dir. Ing. D*** hinsichtlich des Postsparkassengebäudes sei telefonisch ausdrücklich festgehalten worden, dass ebenfalls keine volle Beauftragung gegeben sei. In einem Aktenvermerk über dieses Telefonat habe die Auftraggeberin festgehalten wie folgt:

"Betrifft: Erweiterung und Sanierung der HerzReha Bad Ischl - Gartenstrasse 9 4820 Bad Ischl

Am heutigen Tage wurde von mir - F*** DI - zur Abklärung offener Fragen betreffend des Projektes der SVA: "Erweiterung und Sanierung der HerzReha Bad Ischl - Gartenstrasse 9 in 4820 Bad Ischl, im Speziellen hinsichtlich des Bewerbers 7: "A****" und seines Referenzprojektes 2 Generalplanung: "Postsparkassengebäude Georg-Coch-Platz 2 in 1010 Wien" mit dem genannten Ansprechpartner Bauherr, Herrn Dir Ing. D*** ein Telefonat geführt.

Darin erklärte selbiger auf Anfrage, dass das "Büro A****" bei obgenannten Projekt mit

- -Strichaufzählung der Statik und als
- -Strichaufzählung Prüfenieur für das Gesamtprojekt tätig war.

für die Pläne war das "Büro Arch. G****" als bekannter Otto-Wagner-Spezialist beauftragt.

Eine Generalplanerleistung wurde nicht vergeben.

Herr Dir Ing. D*** erklärt auf Anfrage, dass man sich auf dieses Telefonat berufen kann."

Hinsichtlich des Referenzprojektes Raiffeisenhaus Wien sei in dem Telefonat mit Mag. E***am 2. 2.2012 ausdrücklich festgehalten worden, dass keine volle Beauftragung mit der Projektsteuerung und Kostenmanagement, keine volle Beauftragung mit der Generalplanerkoordination / technisch geschäftlichen Oberleitung sowie volle Beauftragung der Fachgebiete (Architektur, Statik, gesamte Haustechnik, Bauphysik, etc) erfolgt sei. In einem Aktenvermerk über dieses Telefonat habe die Auftraggeberin wie folgt festgehalten:

"Betrifft: Erweiterung und Sanierung der HerzReha Bad Ischl - Gartenstrasse 9, 4820 Bad Ischl

Am heutigen Tage wurde von mir - DI F***- zur Abklärung offener Fragen betreffend des Projektes der SVA:

"Erweiterung und Sanierung der HerzReha Bad Ischl - Gartenstrasse 9 in 4820 Bad Ischl, im Speziellen hinsichtlich des Bewerbers 7: "Asko + Partner Z-7 f. Bauwesen und Verfahrenstechnik GmbH" und seines Referenzprojektes 1 Generalplanung. "Raiffeisenhaus Wien" mit dem genannten Ansprechpartner Bauherr, Herrn Mag E*** ein Telefonat geführt.

Darin erklärte selbiger auf Anfrage, dass das "Büro A***" bei obgenannten Projekt mit

- -Strichaufzählung
den techn. Belangen beschäftigt war.
- -Strichaufzählung
Die Architektur wurde von Arch. H*** geliefert
- -Strichaufzählung
Es gab keine Generalplanung:

Die von der Antragstellerin bekanntgegebenen Referenzprojekte waren somit entgegen der von der Antragstellerin vorgenommenen Eigenbewertung hinsichtlich der Generalplanung mit jeweils 0 Punkten zu bewerten. Die Antragstellerin wurde somit mit lediglich 108,34 Punkten bewertet.

Weiters ist festzuhalten, dass das von der Antragstellerin bekanntgegebene Referenzprojekt (Zahn- und Physikoambulatorium der NÖGKK) entgegen der bestandsfesten Festlegungen unter Punkt 7.1.1 der Teilnahmeunterlagen nicht fertiggestellt wurde. Dies wurde im Rahmen eines Telefonates am 2.2.2012 von DI F*** bestätigt.

In einem Aktenvermerk betreffend die Mindestreferenz " Zahn-und Physikoambulatorien der NÖGKK" über ein Telefonat habe die Auftraggeberin wie folgt festgehalten:

,Betrifft: Erweiterung und Sanierung der HerzReha Bad Ischl - Gartenstrasse 9, 4820 Bad Ischl

Am heutigen Tage wurde von mir-DI F***- zur Abklärung offener Fragen betreffend des Projektes der SVA: Erweiterung und Sanierung der HerzReha Bad Ischl - Gartenstrasse 9 in 4820 Bad Ischl", im Speziellen hinsichtlich des Bewerbers 7: .A*** und seines Referenzprojektes 2 Architektur - ident Mindestreferenz: „Erneuerung der Zahn- und Physikoambulatorien der NÖGKK" mit dem genannten Ansprechpartner Bauherr, Herrn Ing. i*** ein Telefonat geführt.

Darin erklärte selbiger auf Anfrage, dass das "Büro B***" bei obgenannten Projekt mit

- -Strichaufzählung
Planung und Bauleitung für insgesamt 14 Ambulatorien beauftragt ist.
- -Strichaufzählung
Dies erfolgte durch einen Vertrag.
- -Strichaufzählung
Die durch die NÖGKK bestätigte Nettobausumme bezieht sich auf die fertiggestellten Ambulatorien. Derzeit ist eines noch in Bau, 2 in Planung und 2 werden nicht realisiert.
- -Strichaufzählung
Von den fertiggestellten Ambulatorien wurden 4 in einem Neubau, 4 durch Generalsanierung und 5 im Zuge einer Erweiterung mit Sanierung realisiert.

Die Firma J*** fungierte bzw fungiert als Subunternehmer für das Büro B***.

- -Strichaufzählung
auch hier wurden seitens der NÖGKK die bislang verbauten Kosten bestätigt.
- -Strichaufzählung
Herr Ing. R. i*** steht euch weiterhin für Auskünfte zur Verfügung. Die schriftlichen Bestätigungen sind durch Herrn K. K*** erfolgt.

Tel. 2.2.2012: Herrn Ing. i*** verweist auf Dir K*** (3 Wochen Urlaub), da er keine Bestätigungen unterfertigt hat. Weiterleitung an das Sekretariat.

Tel. 3.2.2012: Herr Mag. L*** bestätigt die Generalplanerleistung für die Zahn- und Physikoambulatorien, und teilt mit, dass bei den Situierungen derselbigen in Neubauten, diese Neubauten von anderen Architekten (Schwechat - Arch.M***, Wr. Neustadt - Panis), mit Ausnahme von Ambulatorien, geplant wurden.

Die Eignung sei somit nicht nachgewiesen worden. Der Antragstellerin sei dementsprechend mit E-Mail vom 23.2.2012 mitgeteilt worden, dass sie nicht zur zweiten Stufe des gegenständlichen Vergabeverfahrens zugelassen werde. Gegen diese Entscheidung sei von der Antragstellerin am 2.3.2012 ein Nachprüfungsantrag auf Nichtigerklärung der Entscheidung vom 23.2.2012 beim BVA gestellt worden (N/0029- BVA/03/2012). Im Rahmen dieses Nachprüfungsverfahrens habe die Auftraggeberin ihre Entscheidung, die Antragstellerin nicht zur zweiten Stufe des Vergabeverfahrens zuzulassen, zurückgezogen.

Im Rahmen einer neuerlichen Bewertung der Teilnahmeanträge habe die Auftraggeberin die Antragstellerin mit Schreiben vom 6.4.2012 aufgefordert, zu nachfolgenden Punkten Stellung zu nehmen:

" Fertigung der Formblätter

In den bestandsfesten Formblättern wurde ausdrücklich festgelegt, dass die Bestätigung von Referenzen durch frühere Auftraggeber durch "rechtsgültige Unterschrift" und "Stempel" zu erfolgen hat. Die von ihnen übermittelten Formblätter enthalten allesamt keinen Stempel der Auftraggeber.

Der Teilnahmeantrag Ihres Unternehmens ist sohin ausschreibungswidrig. Da die Formblätter bewertungsrelevante Referenzen enthalten, liegt unseres Erachtens ein nicht behebbarer Mangel vor. Wir ersuchen diesbezüglich um Stellungnahme und Aufklärung.

2.1. Eignungskriterium

In den bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen wurde in Punkt

7.1.1. ausdrücklich festgelegt, dass der "Nachweis einer Mindestreferenz als Generalplaner den Teilnahmeunterlagen beizulegen ist. Weiters wurde festgelegt, dass diese Mindestreferenz als Generalplaner zwischen 2001 und 2011 fertig gestellt worden sein muss.

Nach der Judikatur (zum Generalunternehmer) muss eine Referenz "als Generalplaner" vom Bewerber selbst stammen. Dies unter anderem deswegen, weil Auftraggeber sicherzustellen haben, dass Bewerber im Zusammenhang mit Generalplanerleistungen nicht nur eine umfassende haftungsrechtliche Verantwortung, sondern auch die Fähigkeit einer erfolversprechenden Tätigkeit als Koordinator nachweisen. Dementsprechend wurde in Punkt 7.1.1 ausdrücklich klargestellt, dass der/die Bewerber/in sich die eigene Mindestreferenz bestätigen zu lassen hat.

Wir ersuchen diesbezüglich um Stellungnahme und Aufklärung.

Weiters ergibt sich aus beiliegendem Aktenvermerk vom 2.2.2012 über das Telefonat von DI F***und Ing.i***, dass das nachgewiesene Referenzprojekt entgegen der bestandsfest gewordenen Festlegung in Punkt 7.1.1. nicht zwischen 2001 und 2011 fertig gestellt wurde. Wir ersuchen um entsprechende Aufklärung durch Vorlage geeigneter Nachweise (schriftliche Erklärung des Auftraggebers, Leistungsbild aus Verträgen etc).

Ihr Unternehmen hat nach den uns derzeit vorliegenden Informationen den Nachweis der Mindestreferenz gemäß 7.1.1 nicht erbracht und wäre daher aus dem Vergabeverfahren auszuscheiden.

2.2. Generalplanerreferenzen

In Punkt 2 der bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen ist festgelegt, dass Generalplanerleistungen, die "Architektur, Planungskoordination, Statik, Bauphysik, Haustechnik, Einreichungsplan und teilweise Medizintechnik" umfassen müssen. Punkt 7.2.1.4 der bestandsfesten Ausschreibungsunterlage legt einerseits fest, dass für die alleinige Abwicklung von Referenzprojekten 20 Punkte vergeben werden, wenn unter anderem auch "Architektur" vom Bewerber selbst erbracht wurde. Bei der Abwicklung von Referenzprojekten als ARGE wird bei der Bewertung der Referenzen differenziert vorgegangen. Je nach dem, womit der konkrete Bewerber beauftragt war, werden bei der Bewertung von Referenzprojekten die vergebenen Punkte mit einem Faktor multipliziert.

Aus beiliegendem Aktenvermerk über ein Telefonat vom 31.1.2012 zwischen DI und Dir. Ing. F*** und Dir.Ing. D*** ergibt sich, dass im Zusammenhang mit der Referenz "Postsparkassengebäude" nicht sämtliche genannte Leistungen (Architektur, Planungskoordination, Statik, Bauphysik, Haustechnik, Einreichungsplan und teilweise Medizintechnik) von Ihrem Unternehmen erbracht wurden. Explizit wurde in diesem Telefonat die Auskunft erteilt, dass "eine Generalplanerleistung [...] nicht vergeben" wurde.

Wir ersuchen um entsprechende Aufklärung durch Vorlage geeigneter Nachweise (schriftliche Erklärung des Auftraggebers, Leistungsbild aus Verträgen etc).

Weiters ergibt sich aus beiliegendem Aktenvermerk über ein Telefonat vom 22.2012 zwischen DI

F*** und Mag. E***, dass im Zusammenhang mit der Referenz "Raiffeisenhaus Wien" nicht sämtliche obgenannten Leistungen (Architektur, Planungskoordination, Statik, Bauphysik, Haustechnik, Einreichungsplan und teilweise Medizintechnik) von Ihrem Unternehmen erbracht wurden. Explizit wurde in diesem Telefonat die Auskunft erteilt, dass "es [...] keine Generalplanung" gab.

Wir ersuchen um entsprechende Aufklärung durch Vorlage geeigneter Nachweise (schriftliche Erklärung des Auftraggebers, Leistungsbild aus Verträgen etc).

Die beiden Referenzen entsprechen nach den uns derzeit vorliegenden Informationen nicht den bestandsfest festgelegten Kriterien in der Ausschreibungsunterlage und wären daher mit "0" zu bewerten.

3. Subunternehmer

In Punkt 4 der bestandsfesten Ausschreibungsunterlage ist festgelegt, dass sämtliche Subunternehmer sämtliche Eignungskriterien sowie die geforderten Referenzen nachweisen müssen. Mit Fragebeantwortung vom 12.1.2012 wurde dies von der vergebenden Stelle ausdrücklich bestätigt.

Für die in ihrem Teilnahmeantrag bekanntgegebenen Subunternehmen wurden nicht sämtliche Eignungskriterien und nicht die festgelegten Referenzen nachgewiesen.

Wir bitten dazu um Stellungnahme bzw Aufklärung und Vorlage allfälliger Nachweise.

Weiters wurde für den von Ihrem Unternehmen in seinem Teilnahmeantrag genannten Subunternehmer nicht der Nachweis erbracht, dass Ihrem Unternehmen für die Ausführung des Auftrages im erforderlichen Ausmaß vorhandene Mittel des Subunternehmers auch tatsächlich zur Verfügung stehen. Ein derartiger Nachweis ist von Bewerbern bereits dem Teilnahmeantrag beizuschließen.

Wir ersuchen diesbezüglich um Stellungnahme und Aufklärung. Ihr Unternehmen hat daher; nach den uns derzeit zur Verfügung stehenden Informationen, den notwendigen Subunternehmer nicht ordnungsgemäß im Teilnahmeantrag namhaft gemacht. Weiters ist, nach den uns derzeit vorliegenden Informationen, der Teilnahmeantrag ihres Unternehmens unvollständig. Es wäre daher aus dem Vergabeverfahren auszuscheiden."

Die Antragstellerin habe daraufhin mit Schreiben vom 17.4.2012 vertreten durch ihren Rechtsanwalt nachfolgendes mitgeteilt:

"Das Fehlen der Stempel stellt keinen Mangel dar, der eine Bearbeitung unseres Angebotes hindert. Die bewertungsrelevante rechtsgültige Unterfertigung der Auftraggeber ist bei sämtlichen Referenzbestätigungen enthalten. Die Bestätigung lässt sich auch ohne Stempel den jeweiligen Auftraggebern zurechnen. Im Übrigen ist den Teilnahmeunterlagen selbst zu entnehmen, dass auch "alternative Nachweise" zugelassen sind (vgl Fußzeile zu den zu unterfertigenden Referenzbestätigungen "kann auch durch Begleitschreiben etc. ersetzt werden"). Hier darf ich auch auf die Ihnen bereits im Verfahren vor dem Bundesvergabeamt übermittelten Schreiben/Stellungnahmen der NO Gebietskrankenkasse und des Herrn Architekten B*** vom 30.3.2012, die Stellungnahme von C*** GmbH/Mag. E*** und Herrn D***, verweisen. Abgesehen davon, dass die Stempel der NO Gebietskrankenkasse bereits schon dem Teilnahmeantrag zu entnehmen waren, findet sich dieser auf dem nunmehr vorgelegten Schreiben auch der C*** GmbH (Beilage .13). Der "Stempel" der Generalplanung zum Postsparkassengebäude Georg-Koch-Platz 2, kann nicht geliefert werden, weil zwischenzeitig die Postsparkasse (unser vormaliger Auftraggeber) bekanntlich nicht mehr existiert. Den Nachweis haben wir durch den damaligen Projektleiter auf Seiten des Bauherrn (Herrn D***) erbracht. Hier dürfen wir darauf hinweisen, dass die Postsparkasse kein öffentlicher Auftraggeber ist und § 75 Abs 2 BVergG 2006 für private Auftraggeber auch alternative Bescheinigungen, wie zB eine einfache Erklärung des Unternehmers (hier: durch uns) zulässt. Eine derartige "einfache Erklärung" gemäß § 75 Abs 2 BVG haben wir bereits mit dem Teilnahmeantrag übermittelt, ergänzt durch die Bestätigung des damaligen Projektleiters! Bestätigt wird dies nochmals durch die Ihnen im Rahmen des Verfahrens vor dem Bundesvergabeamt mit Email vom 3.4.2012 übermittelten Unterlagen. Der guten Ordnung halber übermittle ich Ihnen diese Unterlagen nunmehr nochmals (Beilagen 11 bis .13), mache auch mein gesamtes Vorbringen und Unterlagen aus dem Verfahren vor dem Bundesvergabeamt zum Inhalt

der gegenständlichen Erklärung."Das Fehlen der Stempel stellt keinen Mangel dar, der eine Bearbeitung unseres Angebotes hindert. Die bewertungsrelevante rechtsgültige Unterfertigung der Auftraggeber ist bei sämtlichen Referenzbestätigungen enthalten. Die Bestätigung lässt sich auch ohne Stempel den jeweiligen Auftraggebern zurechnen. Im Übrigen ist den Teilnahmeunterlagen selbst zu entnehmen, dass auch "alternative Nachweise" zugelassen sind vergleiche Fußzeile zu den zu unterfertigenden Referenzbestätigungen "kann auch durch Begleitschreiben etc. ersetzt werden"). Hier darf ich auch auf die Ihnen bereits im Verfahren vor dem Bundesvergabeamt übermittelten Schreiben/Stellungnahmen der NO Gebietskrankenkasse und des Herrn Architekten B*** vom 30.3.2012, die Stellungnahme von C*** GmbH/Mag. E*** und Herrn D***, verweisen. Abgesehen davon, dass die Stempel der NO Gebietskrankenkasse bereits schon dem Teilnahmeantrag zu entnehmen waren, findet sich dieser auf dem nunmehr vorgelegten Schreiben auch der C*** GmbH (Beilage .13). Der "Stempel" der Generalplanung zum Postsparkassengebäude Georg-Koch-Platz 2, kann nicht geliefert werden, weil zwischenzeitig die Postsparkasse (unser vormaliger Auftraggeber) bekanntlich nicht mehr existiert. Den Nachweis haben wir durch den damaligen Projektleiter auf Seiten des Bauherrn (Herrn D***) erbracht. Hier dürfen wir darauf hinweisen, dass die Postsparkasse kein öffentlicher Auftraggeber ist und Paragraph 75, Absatz 2, BVergG 2006 für private Auftraggeber auch alternative Bescheinigungen, wie zB eine einfache Erklärung des Unternehmers (hier: durch uns) zulässt. Eine derartige "einfache Erklärung" gemäß Paragraph 75, Absatz 2, BVG haben wir bereits mit dem Teilnahmeantrag übermittelt, ergänzt durch die Bestätigung des damaligen Projektleiters! Bestätigt wird dies nochmals durch die Ihnen im Rahmen des Verfahrens vor dem Bundesvergabeamt mit Email vom 3.4.2012 übermittelten Unterlagen. Der guten Ordnung halber übermittle ich Ihnen diese Unterlagen nunmehr nochmals (Beilagen 11 bis .13), mache auch mein gesamtes Vorbringen und Unterlagen aus dem Verfahren vor dem Bundesvergabeamt zum Inhalt der gegenständlichen Erklärung.

Zur Bestätigung unserer Referenz als Generalplaner für die Erneuerung der Zahn- und Physikoambulatorien der NÖGKK übermitteln wir Ihnen erneut das Schreiben von B*** Architekt vom 30.3.2012 samt Bestätigung von Dir. Rat Karl K*** von der NÖGKK (Beilage 1.1). Die Schreiben belegen, dass der Generalplanerauftrag durch Vertrag auf 8 Ambulatorien reduziert wurde und dieser Gesamtauftrag 2011 von uns fertiggestellt wurde. Auch hier verweise ich auf unser bisheriges Vorbringen vor dem Bundesvergabeamt und die diesbezüglichen Nachreichungen, wie zB unser Email vom 3.4.2012.

Die Behauptung, dass eine Mindestreferenz als Generalplaner nicht durch einen Subunternehmer erbracht werden kann, findet sich weder in gesetzlichen Bestimmungen noch in den gegenständlichen Ausschreibungsunterlagen. Vielmehr kann die Leistungsfähigkeit auch durch die genannten Subunternehmer erbracht werden (vgl § 76 BVergG 2006). Die zitierte Klarstellung in Punkt 7.1.1 schränkt den Einsatz von Subunternehmern ebenso wenig ein wie deren Heranziehung zum Beleg unserer Eignung. Die Behauptung, dass eine Mindestreferenz als Generalplaner nicht durch einen Subunternehmer erbracht werden kann, findet sich weder in gesetzlichen Bestimmungen noch in den gegenständlichen Ausschreibungsunterlagen. Vielmehr kann die Leistungsfähigkeit auch durch die genannten Subunternehmer erbracht werden vergleiche Paragraph 76, BVergG 2006). Die zitierte Klarstellung in Punkt 7.1.1 schränkt den Einsatz von Subunternehmern ebenso wenig ein wie deren Heranziehung zum Beleg unserer Eignung.

Wir möchten darauf hinweisen, dass zur Definition des Generalplanerauftrages und den dazu gehörigen Fachgebieten unterschiedliche Meinungen bestehen. Eine klare Kategorisierung eines Auftrages als Generalplanung ist nur schwer möglich. Genau deswegen wurde in den Ausschreibungsunterlagen unter Pkt. 7.2.1.4. die Berechnung mit unterschiedlichen Faktoren abhängig von der Anzahl der Fachgebiete festgelegt. Demnach stellt der unter Pkt. 2 beschriebene Gegenstand der Bewerbung nicht die taxative Aufzählung der Fachgebiete des Generalplanerauftrages dar, sondern lediglich die allgemeine Leistungsbeschreibung. In diesem Sinne übermitteln wir Urnen zur Bestätigung unserer Tätigkeit als Generalplaner beim Projekt "Postsparkassengebäude" die Stellungnahme von Dir D*** (Beilage 1. 2) sowie zur Bestätigung unserer Tätigkeit als Generalplaner beim Projekt "Raiffeisenhaus Wien" die Stellungnahme von Mag. E*** (Beilage ./3)

In diesem Sinn sind die uns jetzt zur Kenntnis gebrachten Telefonprotokolle, wie im Verfahren vor dem Bundesvergabeamt vorgebracht, unrichtig! Zur Begründung verweisen wir auf unser bisheriges Vorbringen (insb. Beilagen ../1 bis ./3).

Im Zusammenhang mit unserem Subunternehmer Mag. Arch. B*** möchten wir darauf hinweisen, dass es sich bei dem gegenständlichen Ausschreibungsverfahren um ein Verhandlungsverfahren handelt Demnach muss gemäß § 69 Z 3 BVergG die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit, also auch die Eignungsnachweise des

Subunternehmers, spätestens zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe vorliegen. Die Einladung zur zweiten Stufe ist noch nicht erfolgt und wir haben unseren Subunternehmer Mag. Arch. B*** ordnungsgemäß im Teilnahmeantrag bekanntgegeben (vgl. Punkt 2). Die Nachweise seiner Eignung schließen wir diesem Schreiben an (Beilage ./4). Im Übrigen verweisen wir auf unser Ihnen bekanntes Vorbringen vor dem Bundesvergabeamt in der Rechtssache N/0029-BVA/03/2012 samt vorgelegten Beilagen. Der Subunternehmer Mag. Arch. B*** steht zur Verfügung, wie nunmehr auch in der beigelegten Subunternehmererklärung angeführt. Hinzuweisen habe ich darauf, dass der Subunternehmer Mag. B*** persönlich die geforderten Referenzerklärungen für das gegenständliche Vergabeverfahren gezeichnet hat (vgl. Teilnahmeantrag 3.2/1 und Teilnahmeantrag 3.2/2). Die von Mag. B*** gefertigte Referenzerklärung nimmt ausdrücklich auf das gegenständliche Vergabeverfahren Bezug, sodass schon durch diese Abgabe der Referenzerklärung klar ist, dass Mag. B*** für Auftragserfüllung im gegenständlichen Fall zur Verfügung steht. Hinzu kommt nun die von Mag. B*** bereits im Verfahren abgegebenen Erklärungen (vgl. Beilage ./1, Schreiben vom 30.3.2012). Neuerlich ist darauf hinzuweisen, dass für die Beurteilung der Eignung im Verhandlungsverfahren es auf den Zeitpunkt der Einladung zur Angebotsabgabe ankommt, sohin nunmehr zweifelsfrei feststeht, dass Mag. B*** uns als Subunternehmer zur Verfügung steht."Im Zusammenhang mit unserem Subunternehmer Mag. Arch. B*** möchten wir darauf hinweisen, dass es sich bei dem gegenständlichen Ausschreibungsverfahren um ein Verhandlungsverfahren handelt. Demnach muss gemäß Paragraph 69, Ziffer 3, BVergG die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit, also auch die Eignungsnachweise des Subunternehmers, spätestens zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe vorliegen. Die Einladung zur zweiten Stufe ist noch nicht erfolgt und wir haben unseren Subunternehmer Mag. Arch. B*** ordnungsgemäß im Teilnahmeantrag bekanntgegeben (vergleiche Punkt 2). Die Nachweise seiner Eignung schließen wir diesem Schreiben an (Beilage ./4). Im Übrigen verweisen wir auf unser Ihnen bekanntes Vorbringen vor dem Bundesvergabeamt in der Rechtssache N/0029-BVA/03/2012 samt vorgelegten Beilagen. Der Subunternehmer Mag. Arch. B*** steht zur Verfügung, wie nunmehr auch in der beigelegten Subunternehmererklärung angeführt. Hinzuweisen habe ich darauf, dass der Subunternehmer Mag. B*** persönlich die geforderten Referenzerklärungen für das gegenständliche Vergabeverfahren gezeichnet hat (vergleiche Teilnahmeantrag 3.2/1 und Teilnahmeantrag 3.2/2). Die von Mag. B*** gefertigte Referenzerklärung nimmt ausdrücklich auf das gegenständliche Vergabeverfahren Bezug, sodass schon durch diese Abgabe der Referenzerklärung klar ist, dass Mag. B*** für Auftragserfüllung im gegenständlichen Fall zur Verfügung steht. Hinzu kommt nun die von Mag. B*** bereits im Verfahren abgegebenen Erklärungen (vergleiche Beilage ./1, Schreiben vom 30.3.2012). Neuerlich ist darauf hinzuweisen, dass für die Beurteilung der Eignung im Verhandlungsverfahren es auf den Zeitpunkt der Einladung zur Angebotsabgabe ankommt, sohin nunmehr zweifelsfrei feststeht, dass Mag. B*** uns als Subunternehmer zur Verfügung steht."

Trotz Stellungnahme der Antragstellerin vom 17.4.2012 habe diese ihre Eignung nicht nachweisen können, weshalb der Antragstellerin mit E-Mail der Auftraggeberin vom 27.6.2012 die Nichtzulassung zur 2. Stufe des Vergabeverfahrens mitgeteilt worden sei, im Wesentlichen mit der Begründung, dass der Nachweis einer Referenz "als Generalplaner" und sohin der technischen Leistungsfähigkeit nicht erbracht worden sei, zudem für die in dem Teilnahmeantrag bekanntgegebenen Subunternehmer nicht sämtliche Eignungskriterien und nicht die festgelegten Referenzen nachgewiesen worden seien, dem Teilnahmeantrag keine Subunternehmererklärung beigelegt worden sei, aus der hervorgehe, dass für die Ausführung des Auftrages die im erforderlichen Ausmaß vorhandenen Mittel von Subunternehmern tatsächlich zur Verfügung stehen, die übermittelten Formblätter keinen Stempel der Bauherren enthalten und das Referenzprojekt "Postsparkassengebäude" mit 0 Punkten zu bewerten war, weil es die Mindestanforderungen nicht erfüllt habe.

Die Auftraggeberin beantragte daher, die Anträge der Antragstellerin zurück- in eventu abzuweisen.

Mit Schriftsatz vom 10.7.2012, OZ 7, führte die Auftraggeberin ergänzend aus, die Antragstellerin habe ihrem Teilnahmeantrag als Mindestreferenz das Projekt "Erneuerung der Zahn- und Physioambulanz der NÖGKK" des Mag. Arch. B*** (genannter Subunternehmer) beigelegt. In Punkt 7.1.1 der bestandfesten Teilnahmeunterlagen sei ausdrücklich festgelegt, dass für den "Nachweis einer Mindestreferenz als Generalplaner" der/die Bewerber/in [...] sich die Mindestreferenz und deren Angaben vom Bauherren bestätigen" zu lassen habe. Es sei somit durch die Auftraggeberin eindeutig festgelegt worden, dass die Mindestreferenz durch den Bewerber selbst erbracht werden müsse. Dies entspreche auch dem Verständnis der Judikatur (BVA 24.11.2008, N/0139-BVA/05/2008-16) nach welcher

es sich bei der Beschaffung von Generalunternehmerleistungen, um die Beschaffung von Koordinationstätigkeiten handle und nicht nur um eine Koordinationsverantwortung, somit eine Weitergabe von genuinen Leistungen, die Tätigkeiten eines Generalunternehmers ad absurdum führen würde.

Auf Vorhalt der Auftraggeberin mit Schreiben vom 6.4.2012 habe die Antragstellerin mit Schreiben vom 17.4.2012 Stellung genommen und ausgeführt, dass es sich bei der unter Punkt 7.1.1 der Teilnahmeunterlagen getroffenen Festlegung um eine "Klarstellung" darüber handle, dass die Mindestreferenzen nicht durch einen Subunternehmer erbracht werden können. Die weitere Ausführung der Antragstellerin, dass trotz der Klarstellung der Einsatz von Subunternehmern möglich sei, sei unbegründet geblieben. Die Mindestreferenz könne nach den bestandfesten Teilnahmeunterlagen nicht substituiert werden. Aufgrund der fehlenden technischen Leistungsfähigkeit sei die Antragstellerin nicht zur zweiten Stufe zuzulassen.

Zur Nichtvorlage der Eignungsnachweise für Subunternehmer und der Erklärung von Subunternehmern werde darauf hingewiesen, dass nach Punkt 4 der Teilnahmeunterlagen "die Teilnahmeberechtigung [...] zum Zeitpunkt der Abgabe des Teilnahmeantrages aufrecht sein muss". Dementsprechend sei in Punkt 6 der Teilnahmeunterlagen bestandfest festgelegt, dass mit "Bewerbung [...] die Eignung des/der Bewerbers/in bzw. der Teampartner durch Bescheinigung über die berufliche Befähigung/Befugnis und sonstige gesetzlich geforderte Nachweise der Eignung beizulegen" seien. Hinsichtlich des Erfordernisses, auch für Subunternehmer sämtliche Nachweise der Eignungskriterien sowie die geforderten Referenzen zu erbringen, sei dieses mit Fragebeantwortung vom 12.1.2012 ausdrücklich von der Auftraggeberin bestätigt worden.

Im Teilnahmeantrag der Antragstellerin seien weder die Eignungskriterien noch die festgelegten Referenzen des genannten Subunternehmers nachgewiesen worden. Die Antragstellerin sei dieser bestandfesten Festlegung nicht nachgekommen. Die Antragstellerin sei somit nicht zur zweiten Stufe zuzulassen. Zudem sei dem Teilnahmeantrag der Antragstellerin keine Subunternehmererklärung beigelegt gewesen, wonach dem Bewerber im Auftragsfall die im erforderlichen Ausmaß vorhandenen Mittel tatsächlich zur Verfügung stehen würden. Die von Mag. B*** persönlich unterfertigte Referenzerklärung reiche demnach für die Legung eines "verbindlichen Angebotes" nicht aus, da aus der Referenzerklärung weder herauszulesen sei, welche konkreten Leistungen durch den Subunternehmer erbracht werden sollen, noch dass sich der Subunternehmer dazu verpflichte, diese im Auftragsfall zu erbringen. Das mit Schreiben vom 17.4.2012 nachgereichte Schreiben vom 10.1.2012 sei unter Berücksichtigung, dass der eignungsrelevante Zeitpunkt mit 17.1.2012 festgelegt gewesen sei, nicht zur Verbesserung tauglich. Obwohl die Erklärung des genannten Subunternehmers mit Datum vom 10.1.2012 gezeichnet worden sei, sei in dem dazugehörigen Begleitschreiben vom 17.4.2012 jedoch die Formulierung gewählt worden "der Subunternehmer Mag. Arch. B*** steht zur Verfügung, wie nunmehr auch in der beigelegten Subunternehmererklärung angeführt".

Auch aus diesem Grund sei die Antragstellerin nicht zur zweiten Stufe zuzulassen.

Zur unzureichenden Fertigung der Formblätter werde ausgeführt, dass in den Formblättern zur Bewerbungsunterlage ausdrücklich festgelegt sei, dass die Referenzen mit rechtsgültiger Unterschrift und mit Stempel des Bauherrn zu versehen seien. Die von der Antragstellerin übermittelten Formblätter würden jedoch keinen Stempel des Bauherrn enthalten. Auf Aufforderung der Auftraggeberin zu dem Mangel Stellung zu nehmen, sei von der Antragstellerin keine konkrete Äußerung erfolgt. Die Antragstellerin habe einzig erklärt, dass das Fehlen der Stempel keinen Mangel darstelle und dass die rechtsgültige Unterfertigung des Bauherrn auf den Referenzbestätigungen ausreichend wäre. Dies sei keinesfalls als ausreichende Stellungnahme zu beurteilen, da die Auftraggeberin eindeutig in den Teilnahmeunterlagen festgelegt habe, dass sowohl eine rechtsgültige Unterfertigung als auch ein Stempel des jeweiligen Bauherrn verlangt sei.

Die von der Antragstellerin vorgelegten Schreiben vom 30.3.2012 (Schreiben an die NÖGKK vom 30.3.2012; Stellungnahme von Mag E*** vom 30.3.2012), beide diesmal rechtsgültig unterfertigt und mit Stempel, würden keine Verbesserung des Mangels darstellen. Wie unter Punkt 6 der Teilnahmeunterlagen bestandfest festgelegt, sei die Eignung zum Zeitpunkt der Legung des Teilnahmeantrages nachzuweisen. Teilnahmefristende sei der 17.1.2012, 12:00 Uhr gewesen. Darüber hinaus sei darauf hinzuweisen, dass es sich bei den Referenzen um bewertungsrelevante Angaben handle. Eine Verbesserung durch nachgereichte - wenn auch unterfertigte und mit Stempel versehene -

Formblätter sei demnach jedenfalls nicht möglich. Die Antragstellerin habe somit ihre Eignung zum, durch die bestandfesten Teilnahmeunterlagen festgelegten Zeitpunkt, nicht nachgewiesen. Die Antragstellerin sei daher nicht zur zweiten Stufe zuzulassen.

Zur "ordnungsgemäßen Bewertung" führte die Auftraggeberin aus, die Antragstellerin sei aufgrund der Bewertung auf Basis der bestandfesten Auswahlkriterien nicht "unter den erstgereihten Bewerbern gelegen". Die Auftraggeberin habe - wie in der Stellungnahme vom 8.7.2012 ausgeführt - die Auswahlkriterien bestandfest festgelegt und das Prozedere der Bewertung dargelegt. Die Bewertung sollte insbesondere auf Basis zweier "Referenzen Generalplanung" erfolgen. Die von der Antragstellerin vorgenommen Eigenbewertungen seien in beiden Referenzprojekten unrichtig gewesen.

Hinsichtlich des Referenzprojektes "Postsparkassengebäude" sei ohne Aufforderung durch die Auftraggeberin die Eigenbewertung abgeändert und eine neue Beilage nach Ablauf der Teilnahmefrist an die Auftraggeberin übermittelt worden. Im Hinblick darauf, dass beide Referenzprojekte nicht ordnungsgemäß rechtsgültig durch die Auftraggeberin gefertigt gewesen seien und bei einem Referenzprojekt offensichtlich unrichtige zu hohe Bewertungen vorgenommen worden seien, seien beide Referenzprojekte seitens der Auftraggeberin vergaberechtskonform geprüft worden. Die Prüfung habe ergeben, dass der Teilnahmeantrag der Antragstellerin mit einer Gesamtbewertung von 148,42 Punkten zu bewerten gewesen sei. Mit dieser Punkteanzahl sei der Teilnahmeantrag der Antragstellerin jedoch nicht unter den ersten fünf in die zweite Stufe des Verfahrens einzuladenden Bewerbern.

Die schlechte Bewertung des Teilnahmeantrags der Antragstellerin habe sich insbesondere daraus ergeben, dass das Referenzprojekt "Postsparkassengebäude" mit 0 Punkten zu bewerten gewesen sei, weil es nicht den in den bestandfesten Teilnahmeunterlagen unter Punkt 2 festgelegten Mindestanforderungen entsprochen habe. Gemäß Punkt

7.2.1.4 der bestandfesten Teilnahmeunterlagen könne eine Referenz nur dann bewertet werden, wenn sämtliche der genannten Fachbereiche "alleine oder im Rahmen einer ARGE" erbracht würden. Seien die Fachgebiete im Rahmen einer ARGE erbracht worden, erfolge eine verhältnismäßige Bewertung, wenn mindestens drei bzw. mindestens zwei Fachgebiete vom Referenzgeber selbst erbracht worden seien. Dieser Umstand ergebe sich auch aus dem Formblatt TA-3.1/2. Die Antragstellerin habe bei der Referenz "Postsparkassengebäude" das Fachgebiet der "Architektur" nicht erbracht. Die Referenz sei dementsprechend mit 0 Punkten zu bewerten. Eine ARGE habe zwischen der Antragstellerin und dem Architekten nicht bestanden. Die Antragstellerin sei somit rechtmäßig nicht zur zweiten Stufe des Vergabeverfahrens zugelassen worden.

Mit Schriftsatz vom 27.7.2012 (OZ 13) führte die Auftraggeberin weiter ergänzend aus, dass die technische Leistungsfähigkeit der Antragstellerin nicht nachgewiesen worden sei. In den Teilnahmeunterlagen sei bestandsfest festgelegt, dass für den ausschreibungskonformen Nachweis der Mindestreferenz eine vom Bewerber selbst erbrachte Referenz als Generalplaner nachzuweisen sei. Als fachkundige Bewerberin sei dies der Antragstellerin auch bewusst gewesen. Sie selbst halte im zweiten Absatz des Punktes 1 auf Seite 5 ihres Nachprüfungsantrags vom 3.7.2012 fest, dass die Mindestreferenz vom Bewerber selbst stammen müsse und sich der Bewerber selbst „auf einem formlosen Schreiben die Mindestreferenz (..) bestätigen zu lassen“ habe.

Unrichtig gehe die Antragstellerin allerdings davon aus, dass von "dem Ausdruck der/die Bewerber [...] auch Subunternehmer umfasst" seien. Die Rechtsansicht, auch Subunternehmer seien vom Begriff der "Bewerber" umfasst, sei unrichtig.

Anders würde sich die Situation freilich darstellen, wenn die Antragstellerin eine Bewerbergemeinschaft mit ihrem Subunternehmer (Arch. B***) gebildet hätte. Dies sei aber gegenständlich nicht der Fall. Die Auftraggeberin habe somit bestandsfest festgelegt, dass die Mindestreferenz nur vom "Bewerber" selbst erbracht werden könne. Die Antragstellerin habe den Nachweis der Mindestreferenz rechtswidrig durch einen Subunternehmer erbracht.

Zur Bewertung der Teilnahmeunterlagen werde ausgeführt, dass die Behauptungen der Antragstellerin unrichtig seien. Es sei bestandsfest festgelegt, dass für die alleinige Abwicklung sämtlicher Planungsleistungen 20 Punkte vergeben würden. Auch aus Beilage TA- 3.1/2 des Teilnahmeantrags ergebe sich aus dem Punkt "Leistungserbringung", dass bei alleiniger Abwicklung des Referenzprojekts nur dann Punkte vergeben werden, wenn die Planungsleistungen zu 100 % selbst erbracht worden seien. Dies bedeute, dass bei alleiniger Abwicklung des Referenzprojekts 20 Punkte vergeben werden, wenn 100 % der Planungsleistungen eben selbst erbracht worden seien. Seien bei alleiniger Abwicklung des Referenzprojekts weniger als 100 % der Planungsleistungen selbst erbracht worden, sei das

Referenzprojekt mit 0 Punkten zu bewerten. Wie sich dies aus Punkt 7.2.1.4 der Teilnahmeunterlage ergebe, erfolge eine anteilmäßige Bewertung der Referenzprojekte ausschließlich bei "Leistungserbringung in AR-GE's". Die von der Antragstellerin immer wieder ins Treffen geführte Multiplikation von Punkten mit Faktoren komme nach den bestandfesten Festlegungen in der Teilnahmeunterlage nur dann in Frage, wenn die Abwicklung des Referenzprojekts in einer ARGE erfolge. Dies ergebe sich explizit auch aus Beilage TA-3.1/2 der Teilnahmeunterlage. Dort sei unter Punkt "Leistungserbringung" im Rahmen einer ARGE bekannt zu geben, ob der eigene Planungsanteil 3 oder lediglich 2 Fachgebiete umfasse. Je nachdem, ob 3 oder lediglich 2 Fachgebiete vom Referenzträger selbst erbracht worden seien, sei die Punktzahl der Referenz mit dem Faktor 0,7 oder 0,5 zu multiplizieren gewesen.

Die Antragstellerin habe aber die Referenz "Postsparkassengebäude" nicht in einer ARGE, sondern alleine erbracht. Eine von ihr geforderte Multiplikation von Punkten mit Faktoren könne daher nicht erfolgen. Da aber der Planungsanteil der Referenz nicht zu 100 % von ihr erbracht worden sei, sei die Referenz sei daher mit 0 Punkten zu bewerten.

Die Antragstellerin replizierte mit Schriftsatz vom 31.7.2012 (OZ 14), bestritt das Vorbringen der Auftraggeberin und führte aus, nach den gesetzlichen Vorgaben seien auch die von einem Subunternehmer nachgewiesenen Referenzen bei der Beurteilung der Mindestleistungsfähigkeit eines Bieters bzw. Bewerbers heranzuziehen. Somit sei die vom Subunternehmer der Antragstellerin, Mag. Arch. B***, erzielte Referenz zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit anzuerkennen. Dies werde von der Gegenseite auch nicht inhaltlich begründet bestritten.

Strittig sei, ob die Auftraggeberin eine von diesen gesetzlichen Vorgaben abweichende bestandsfeste Regelung in den Teilnahmeunterlagen getroffen habe. Die Auftraggeberin berufe sich dabei auf folgenden Satz im Kapitel "7.1.1 Eignungskriterien": "Der/Die Bewerber/in hat sich auf einem formlosen Schreiben die Mindestreferenz und deren Angaben vom Bauherrn bestätigen zu lassen hat." Richtig sei, dass bei Auslegung der Teilnahmeunterlagen und in weiterer Folge für die Frage, ob die Mindestreferenz "Erneuerung der Zahn- und Physioambulanz der NÖGKK" durch den Subunternehmer Mag Arch B*** erbracht werden könne, die Grundsätze der Vertragsauslegung gemäß §§914 f ABGB heranzuziehen. Im gegenständlichen Fall könne von einem redlichen Erklärungsempfänger nicht erwartet werden, dass mit dem zitierten Satz "Der/Die Bewerber/in hat sich auf einem formlosen Schreiben die Mindestreferenz und deren Angaben vom Bauherrn bestätigen zu lassen hat." der gesetzlichen Regelung (§§ 76 und 83 BVergG) widersprochen werden sollte. Den Teilnahmeunterlagen sei nicht zu entnehmen, dass die Mindestreferenz nicht auch durch einen Subunternehmer beigebracht werden dürfe bzw. die Mindestreferenz ausschließlich vom Bewerber selbst zu erbringen sei. Strittig sei, ob die Auftraggeberin eine von diesen gesetzlichen Vorgaben abweichende bestandsfeste Regelung in den Teilnahmeunterlagen getroffen habe. Die Auftraggeberin berufe sich dabei auf folgenden Satz im Kapitel "7.1.1 Eignungskriterien": "Der/Die Bewerber/in hat sich auf einem formlosen Schreiben die Mindestreferenz und deren Angaben vom Bauherrn bestätigen zu lassen hat." Richtig sei, dass bei Auslegung der Teilnahmeunterlagen und in weiterer Folge für die Frage, ob die Mindestreferenz "Erneuerung der Zahn- und Physioambulanz der NÖGKK" durch den Subunternehmer Mag Arch B*** erbracht werden könne, die Grundsätze der Vertragsauslegung gemäß §§914 f ABGB heranzuziehen. Im gegenständlichen Fall könne von einem redlichen Erklärungsempfänger nicht erwartet werden, dass mit dem zitierten Satz "Der/Die Bewerber/in hat sich auf einem formlosen Schreiben die Mindestreferenz und deren Angaben vom Bauherrn bestätigen zu lassen hat." der gesetzlichen Regelung (Paragraphen 76 und 83 BVergG) widersprochen werden sollte. Den Teilnahmeunterlagen sei nicht zu entnehmen, dass die Mindestreferenz nicht auch durch einen Subunternehmer beigebracht werden dürfe bzw. die Mindestreferenz ausschließlich vom Bewerber selbst zu erbringen sei.

Im gegenständlichen Fall fehle es nicht nur an einer das Gesetz einschränkenden Regelung. Es würden Subunternehmer sogar ausdrücklich zugelassen (vgl. Pkt 2 Teilnahmeunterlagen). Ausdrücklich können mehrere Subunternehmer genannt werden, die jeweils eine "Referenz 1 und eine "Referenz 2" nennen konnten. Ausdrückliche Einschränkungen gebe es nicht. Wenn die Auftraggeberin aus dem Begriff "Bewerber" ableiten wolle, dass eben nur Bewerber die Mindestreferenz selbst nachweisen können, versuche sie ihre eigene etwas oberflächliche Formulierung im Nachhinein zu Ihren Gunsten zu verwerten. Sie übersehe dabei, dass sie auch zu den jeweiligen Formblättern ausschließlich den Begriff "Bewerber" für die Referenzprojekte verwendet habe. Auch bei diesen Referenzblättern fehle also ein Bezug auf die Subunternehmer. Im gegenständlichen Fall fehle es nicht nur an einer das Gesetz einschränkenden Regelung. Es würden Subunternehmer sogar ausdrücklich zugelassen vergleiche Pkt 2 Teilnahmeunterlagen). Ausdrücklich können mehrere Subunternehmer genannt werden, die jeweils eine "Referenz 1

und eine "Referenz 2" nennen konnten. Ausdrückliche Einschränkungen gebe es nicht. Wenn die Auftraggeberin aus dem Begriff "Bewerber" ableiten wolle, dass eben nur Bewerber die Mindestreferenz selbst nachweisen können, versuche sie ihre eigene etwas oberflächliche Formulierung im Nachhinein zu Ihren Gunsten zu verwerten. Sie übersehe dabei, dass sie auch zu den jeweiligen Formblättern ausschließlich den Begriff "Bewerber" für die Referenzprojekte verwendet habe. Auch bei diesen Referenzblättern fehle also ein Bezug auf die Subunternehmer.

Zur Nichtvorlage der Eignungsnachweise für Subunternehmer und der Erklärung von Subunternehmern werde vorgebracht, dass der Zweck der Prüfung der Eignung von Subunternehmer und der Subunternehmererklärung die Absicherung für den Auftraggeber sei, dass der Subunternehmer bei Auftrags Erfüllung zur Verfügung stehe sowie geeignet sei den Auftrag ordnungsgemäß zu erbringen. Über diese Absicherung müsse der Auftraggeber sinnvollerweise auch erst zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe verfügen. Aus diesem Grund lege auch der § 69 Z3 BVerG genau diesen Zeitpunkt fest. Zum Zeitpunkt der Abgabe des Teilnahmeantrages benötige der Auftraggeber die Nachweise zur Absicherung noch gar nicht, sondern sei dieser Zeitpunkt dafür vorgesehen, sich einen Überblick über die Anzahl der Interessenten zu machen. Zur Nichtvorlage der Eignungsnachweise für Subunternehmer und der Erklärung von Subunternehmern werde vorgebracht, dass der Zweck der Prüfung der Eignung von Subunternehmer und der Subunternehmererklärung die Absicherung für den Auftraggeber sei, dass der Subunternehmer bei Auftrags Erfüllung zur Verfügung stehe sowie geeignet sei den Auftrag ordnungsgemäß zu erbringen. Über diese Absicherung müsse der Auftraggeber sinnvollerweise auch erst zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe verfügen. Aus diesem Grund lege auch der Paragraph 69, Z3 BVerG genau diesen Zeitpunkt fest. Zum Zeitpunkt der Abgabe des Teilnahmeantrages benötige der Auftraggeber die Nachweise zur Absicherung noch gar nicht, sondern sei dieser Zeitpunkt dafür vorgesehen, sich einen Überblick über die Anzahl der Interessenten zu machen.

Die Antragstellerin habe nachgewiesen, bei Angebotsabgabe über den Subunternehmer bereits zu verfügen. Dazu seien nicht nur bei Angebotsabgabe vom Subunternehmer entsprechend ausgefüllte Referenzblätter vorgelegt worden, sondern auch eine entsprechende Subunternehmererklärung vom 10.1.2012. Unerheblich sei, dass diese Subunternehmererklärung nachgereicht worden sei.

Zur unzureichenden Fertigung der Formblätter werde aufgeführt, dass die rechtsgültige Unterfertigung sowie ein Begleitschreiben "alternative Nachweise" im Sinne der Ausschreibungsbestimmungen seien. Es sei nicht nur im Zusammenhang mit der eingereichten Stellungnahme die geforderten Bestätigungen der Auftraggeber einschließlich "Stempel" nachgereicht worden, sondern sei bereits davor dem Auftraggeber im Zuge des ersten Nachprüfungsverfahrens vor dem Bundesvergabeamt übermittelt worden. Lediglich zur Postsparkasse habe keine "gestempelte" Bestätigung vorlegt werden, weil der Auftraggeber bereits seit längerer Zeit nicht mehr existent sei. Unrichtig sei, dass die Teilnahmeunterlagen das "Fehlen eines Stempels" als unbehebbarer Mangel bestandsfest festgelegt hätten. Die Auftraggeberin verweise zwar auf Pkt 6 der Teilnahmeunterlagen, ohne diesen vermeintliche bestandsfeste Regelung konkret bezeichnen zu können. Es gehe hier um für die Auswahl der geeignetsten Unternehmer, die zur Angebotslegung erst eingeladen werden und nicht um die Angebotsbewertung, auf die sich das "Verbot der Nachreichung von bewertungsrelevanten Angaben" beziehe.

Zur Bewertung werde ausgeführt, unstrittig sei, dass die Antragstellerin die Leistung des "Generalplaners" einschließlich 5 Fachplaner (Projektsteuerung und Kostenmanagement, Statik, Haustechnik, Baukoordination, örtliche Bauaufsicht, Bauphysik) erbracht habe, nicht aber die Leistung "Architektur". Dies sei auch niemals behauptet worden. Teil der Generalplanerleistung der Antragstellerin sei aber die Steuerung und Koordination auch der "Architektur" gewesen. Entgegen der Auffassung der Auftraggeberin mache bereits die Definition des Leistungsgegenstands in Pkt 2 der Teilnahmeunterlagen klar, dass die Generalplanung nicht mit der Leistung aus dem Fachbereich "Architektur" gleichzusetzen sei bzw. die Architekturleistung ein Teil der Generalplanung sei. Pkt 2 der Teilnahmeunterlagen spreche von der "Architektur-, Planungs- und Baukoordination" und nicht von "Architektur, Planungs- und Baukoordination". Dieser von der Auftraggeberin in den Teilnahmeunterlagen zu Recht eingesetzte Bindestrich mache deutlich, dass es bei der Generalplanung nicht um die Architektur, sondern unter anderem um deren Koordination gehe. Genau diese Architekturkoordination sei auch Teil der Generalplanung der Antragstellerin beim PSK-Auftrag gewesen.

Dass sich die "Generalplanung" von der "Architektur" unterscheide, zeige aber auch eine Vielzahl weiterer Regelungen in den Teilnahmeunterlagen: Schon in Pkt 6, drittes Aufzählungszeichen unterscheide die Auftraggeberin zwischen "Referenzen des Generalplaners, des Architekten und des Haustechnikplaners"; in Punkt 7.1.2 seien die drei Kategorien

"Referenzen Generalplanung", "Referenzen Architektur" und "Referenzen des Haustechnikplanung" an unterschiedlichen Auswahlkriterien vertieft worden und in Punkt 7.2 werde der detaillierte Bewertungsmodus zu diesen drei Kategorien "Referenzen Generalplanung", "Referenzen Architektur" und "Referenzen der Haustechnikplanung" im Detail festgelegt und hierbei auch voneinander abgegrenzt.

Wäre der Auftraggeber tatsächlich der unrichtigen Auffassung gewesen, dass zwingender Inhalt einer Generalplanung jedenfalls Leistungen der Architektur seien, hätte sie dies entsprechend klarmachen müssen wie zB durch den Begriff "Generalplanung inkl. Architektur". Die zitierten gegenteiligen Festlegungen zeigen, dass sie die Architektur von der Generalplanung abgrenze und sie zumindest nicht zwingender Inhalt der Generalplanung sei.

Schließlich bestätige das Subkriterium "7.2.1.4 Leistungserbringung allein oder in ARGE's", dass die Architektur nicht zwingender Inhalt einer Generalplanerreferenz sei. Unrichtig sei, dass dieser Bestimmung zu entnehmen wäre, dass sämtliche Fachbereiche vom Auftragnehmer allein oder in einer ARGE mit einem Dritten erbracht worden sein mussten, widrigenfalls die Referenz nicht gewertet werden dürfe. Sobald daher auch nur ein Fachbereich von einem Dritten - nicht ARGE Partner- erbracht werde, dürfte diese Referenz nicht gewertet werden. Dies sei den Teilnahmeunterlagen nicht einmal ansatzweise zu entnehmen. Die Teilnahmeunterlagen würden ausdrücklich von "voller Beauftragung, voller Beauftragung Generalplanerkoordination, .. voller Beauftragung von mindestens 3 bzw 2 der folgenden Fachgebiete (Architektur, Statik gesamte Haustechnik, Bauphysik etc)" sprechen, was bedeute, dass gerade nicht mehr als 2 Fachgebiete beauftragt sein mussten; "Architektur" musste nicht zwingend beauftragt gewesen sein.

Wolle man die Auslegung der Auftraggeberin verfolgen, gebe es keinen vernünftigen, sachlich gerechtfertigten Anwendungsfall für eine Differenzierung in Faktor 1, Faktor 0,7 und Faktor 0,5. Tatsächlich käme es nur zur Bewertung nach dem Faktor "1" (Bewerber hat Generalplanung inkl. aller Fachbereich) und Faktor "0" (Bewerber hat nicht alle Fachbereiche). Dass mit einem oder mehreren Dritten eine echte ARGE gebildet und so einzelne Fachbereiche gesondert abgewickelt worden seien, sei einerseits ein Ausnahmefall, andererseits fehle es dieser Auslegung an einer sachlichen Rechtfertigung, weshalb eine Referenz, bei der die Architektur von einem Dritten in einer ARGE erbracht worden sei, mit dem Faktor "0,7" und dieselbe Referenz, bei der die Architektur von einem Dritten selbständig erbracht worden sei, mit dem Faktor "0" gewertet werden solle. In beiden Fällen sei der Unternehmer für die Koordination auch der Architektur aufgrund seiner Generalplaneraufgabe verantwortlich. In beiden Fällen habe der Unternehmer selbst nicht die Architektur geplant.

Im Übrigen solle auch die Bewertung der übrigen Bewerber die gemachten Ausführungen bestätigen. Gemäß Absageschreiben des Auftraggebers vom 27.06.2012, Punkt 4, seien 5 Unternehmungen (167,32 Punkte, 175,47 Punkte, 195,55 Punkte, 194,01 Punkte und 182,26 Punkte) besser bewertet worden als die Antragstellerin (148,42 Punkte). Es sei dementsprechend davon auszugehen, dass alle diese Unternehmen für die 2 Referenzen Generalplanung mit der Architektur "gepunktet" haben. Kenne man den Markt, sei davon auszugehen, dass es praktisch kein Unternehmen gebe, das Architektur plus sämtliche Planungsleistungen abdecke. Es sei schon äußerst fragwürdig, ob sich unter den weiteren Bietern überhaupt Unternehmen befänden, die auch nur 2 Fachgebiete selbst abdecken würden.

In der vor dem Bundesvergabeamt am 2.8.2012 durchgeführten mündlichen Verhandlung gab die Antragstellerin auf Befragen der Vorsitzenden, mit welchen Bereichen diese bei der "Postsparkasse", die als Referenz für das Auswahlkriterium "Generalplanung" im gegenständlichen Vergabeverfahren angegeben worden sei, beauftragt gewesen sei, die Fachbereiche "Bauphysik, Prüfenieur" "Statik" und "ÖBA, Projektsteuerung, Baustellenkoordinator" an und legte dem Senat die jeweiligen Beauftragungsschreiben vor (OZ 16, Beilagen 1-3). Richtig sei, so die Antragstellerin, dass sie nicht mit dem zusätzlich geforderten Fachgebiet "Architektur" beauftragt worden sei, vielmehr sei damit der Architekt G*** beauftragt worden. Mit diesem habe weder eine ARGE bestanden noch sei dieser als Subunternehmer für die Antragstellerin tätig gewesen.

Diesbezüglich verwies die Antragstellerin auf die Beilage 5 zum Schriftsatz OZ 1, worin diese Angaben bestätigt würden. Weiter verwies die Antragstellerin auf die Auftragsschreiben der BAWAG als Auftraggeber der "Postsparkasse" vom 15.12.2003. Zur Frage, ob die BAWAG die Antragstellerin als Generalplaner beauftragt habe, wurde dies von der Antragstellerin verneint und ausgeführt, dass kein expliziter Generalplanungsauftrag, sondern ein "Projektsteuerungsauftrag" vergeben worden sei. Vergeben worden sei die Generalplanerkoordination/technische Oberleitung im Rahmen dieses "Projektsteuerungsauftrags".

Auf Vorhalt des von der Antragstellerin ausgefüllten Formulars zum gegenständlichen Vergabeverfahren TA-3.1/2 des Teilnahmeantrages gab die Antragstellerin an, richtig sei, dass sie bei der Rubrik "Leistungserbringung" die Zeile "alleine" bzw. angekreuzt habe, dass der "eigene Planungsanteil 100%" betragen habe.

Die Antragstellerin legte auf Vorhalt, warum sie trotz Nichterbringung des Fachgebietes "Architektur" bei der Referenz "Postsparkasse" (in weiterer Folge: PSK) im genannten Formular eine "Leistungserbringung alleine zu 100%" angegeben habe, ein mit 26.1.2012 datiertes und dem AG mit e-mail vom selben Tag übermitteltes neues TA 3.1/2 Formular dem Senat vor, in dem eine Korrektur von der Antragstellerin insofern vorgenommen worden ist, als diese ihren Irrtum dahingehend mitteilte, dass nunmehr richtigerweise die Zeile Leistungserbringung "in ARGE" - eigener Planungsanteil 3 Fachgebiete" angekreuzt worden sei. Da sich dieses korrigierte Formular nicht bei den Originalunterlagen befand, wurde dies zum Akt genommen (OZ 16, Blg.4). Die Antragstellerin führte dazu ergänzend aus, es sei eben im Hinblick auf die Nichterbringung der Leistung "Architektur" bei der Referenz PSK im Zusammenhalt mit den Bewertungsmaßstäben in der Ausschreibung ursprünglich nicht klar gewesen, wie dieses Formular TA 3 auszufüllen sei. Weil aber klar gewesen sei, dass die Antragstellerin nicht 100% der Leistung bei der Referenz PSK erbracht habe, sondern nur 5 Fachbereiche, habe sie diese Vorgangsweise gewählt.

Auf die Frage, ob die Ausschreibungsbestimmungen bekämpft worden seien, wurde dies von der Antragstellerin verneint. Auch seien von der Antragstellerin keine Anfragen an den Auftraggeber diesbezüglich gestellt worden.

Zu Pkt. 7.2.1.4 (Leistungserbringung alleine oder in ARGE) der Teilnahmebestimmungen führte die Antragstellerin (DI N***) aus, dass zunächst keine Unklarheit hinsichtlich der Auslegung bestanden habe, weil die Antragstellerin davon ausgegangen sei, dass sie betreffend die Referenz PSK alles allein erbracht habe und somit mit 20 Punkte gerechnet habe. Erst nach Mitteilung des Auftraggebers im Jänner 2012 sei klar geworden, dass die Leistung "Architektur" bei der PSK nicht von der Antragstellerin erbracht worden sei, weshalb die Korrektur, wie ausgeführt, vorgenommen und dem Auftraggeber nachgereicht worden sei. Da aber ohnehin die gesamte Koordination der Antragstellerin obliegen sei, sei sie davon ausgegangen, dass im Hinblick auf den Bewertungsmaßstab in Pkt. 7.2.1.4 der Ausschreibungsbestimmungen zumindest 14 Punkte, weil mit Faktor 0,7 zu multiplizieren, erhalten werde. Die Antragstellerin (DI N***) gab auf Befragen an, diesen Bewertungsmaßstab so verstanden zu haben. Sie führte weiter aus, dass sie deshalb im Formular TA 3.1/2 ursprünglich "Leistungserbringung allein - eigener Planungsanteil 100%" angekreuzt habe, weil sie der Meinung gewesen sei, 100% bedeute, dass das, was sie selbst gemacht habe, ohnehin zu 100% von ihr selbst gemacht worden sei. Was auch der Fall gewesen sei. Auf Vorhalt, dass aber der Bereich "Architektur" nicht von der Antragstellerin erbracht worden sei, führte DI N***aus, es sei immer bekannt gewesen, dass die Leistung "Architektur" von jemandem anderen, nämlich von Architekt G*** erbracht würde. Daher habe die Antragstellerin später ein TA 3.1/2 Formular nachgereicht und in diesem eben dann "Leistungserbringung in ARGE-eigener Planungsanteil 3 Fachgebiete" angekreuzt.

Der Auftraggeber bestritt das Vorbringen und führte unter Verweis auf die Schriftsätze aus, dass die Antragstellerin bei der Generalreferenz PSK nicht in einer ARGE gewesen sei. Die Bewertung der Referenz Postsparkasse mit 0 Punkten sei gerechtfertigt, weil die Antragstellerin die geforderte Referenz nicht wie in den Ausschreibungsbestimmungen gefordert zu 100% alleine erbracht habe und auch nicht in einer ARGE gewesen sei. Auf Befragen durch die Vorsitzende, was der Auftraggeber unter "alleine" verstehe, gab dieser an, darunter die Erbringung sämtlicher Planungsleistungen der jeweiligen Referenz zu verstehen. Es sei der Nachweis einer Generalplanerreferenz gefordert, die entweder "alleine zu 100% " oder "in einer ARGE mit einem Mindestanteil von 3 oder 2 Fachgebieten" erbracht werde.

Auf Grundlage des Akteninhaltes, der Schriftsätze der Parteien, der vorgelegten Originalunterlagen und insbesondere der Aussagen der Parteien in den mündlichen Verhandlungen, wurde folgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

1. 2.Ziffer 2

Entscheidungsrelevanter, festgestellter Sachverhalt

Im Dezember 2011 schrieb der Auftraggeber Generalplanerleistungen (Architektur,-, Planungscoordination, Statik, Bauphysik, Haustechnikplanung, Einrichtungsplanung mit teilweise Medizintechnik) im Rahmen der Sanierung und Erweiterung der bestehenden Gesundheitseinrichtung HerzReHa Bad Ischl, CPV Code 71240000, laut Angaben des

Auftraggebers EU-weit im zweistufigen Verhandlungsverfahren nach öffentlicher Bekanntmachung als Dienstleistungsauftrag (Kategorie Nr.12) im Oberschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip aus.

Die EU-weite Bekanntmachung wurde am 13.12.2011 versendet (zum Supplement des Amtsblattes der Europäischen Gemeinschaft -2011/S 242- 392744), die Bekanntmachung erfolgte am 14.12.2011 im elektronischen Lieferanzeiger (L-499542-1c9).

Gegenstand des Auftrages sind im Wesentlichen Generalplanerleistungen betreffend die Bereiche Architektur,- Planungskoordination, Statik, Bauphysik, Haustechnikplanung, Einrichtungsplanung mit teilweise Medizintechnik.

Eine Aufteilung in Lose ist nicht vorgesehen. Die Vergabe der ausschreibungsgegenständlichen Leistung erfolgt gemäß Pkt. 8 der Ausschreibungsunterlagen nach dem Bestbieterprinzip, wobei zur 2. Stufe des Verfahrens jene Bewerber eingeladen werden, die die Ränge 1-5 aufgrund der 1. Stufe des Verfahrens einnehmen.

In Teilnahmeunterlagen ist dazu folgendes festgelegt:

"

.....

4 TEILNEHMER

Zur Teilnahme am gegenständlichen Verfahren sind GeneralplanerInnen bzw. Teams berechtigt (Bietergemeinschaften mit federführendem/r Planungsbefugtem/r oder Planungsbefugter/e/ Einzelunternehmer mit Subunternehmer und planende BaumeisterInnen).

Für die Federführung sind zugelassen:

- -Strichaufzählung
Österreichische ArchitektInnen, ZivilingenieurInnen für Hochbau und ZT-Gesellschaft mit aufrechter Befugnis, planende BaumeisterInnen bzw. Planungsbefugte gem. EU-Arch.-Verordnung und EU-Ing. Konsumentenverordnung in der geltenden Fassung sowie Schweizer StaatsbürgerInnen mit einer Planungsberechtigung gem. EU-Architekten und/oder Ing. Konsumentenverordnung in der letztgültigen Fassung.
- -Strichaufzählung
Natürliche Personen, die Staatsangehörige einer Vertragspartei des Abkommens über dem EWR sowie der Schweiz sind und eine sonstige Planungsberechtigung zur selbständigen Planung des Verfahrensgegenstandes besitzen.
- -Strichaufzählung
Juristische Personen im vorgenannten Sinne, sofern deren satzungsmäßiger Gesellschaftsbereich auf Planungsleistungen ausgerichtet ist und der Planungsaufgabe entspricht und einer der vertretungsbefugten GF die an natürliche Personen gestellten Anforderungen erfüllt.

Die Teilnahmeberechtigung muss zum Zeitpunkt der Abgabe des Teilnahmeantrages aufrecht sein. Der Nachweis der Teilnahmeberechtigung ist durch Bescheinigung über die berufliche Befähigung (Befugnis) des Dienstleistungserbringers und/oder der Führungskräfte des Unternehmens zu erbringen:

Bei Bewerbungsgemeinschaften müssen alle Mitglieder, aber auch alle Subunternehmer, die Teilnahmeberechtigung sowie die geforderten Referenzen besitzen. Bei juristischen Personen muss wenigstens ein Organ der Geschäftsleitung die an natürliche Personen gestellten Anforderungen (Teilnahmeberechtigung und Referenzen) erfüllen.

Jede/r teilnehmende, planende Baumeister/in hat eine Verzichtserklärung für jedwede ausführende Tätigkeit beim gegenständlichen Bauvorhaben abzugeben.

5 ABSICHTSERKLÄRUNG DES AUFTRAGGEBERS

Im Anschluss an die Stufe 1 des Verfahrens wird mit Hinweis auf Pkt.8 der gegenständlichen Unterlage ein Verhandlungsverfahren über die Beauftragung der GP-Leistung nach den Leistungsbildern der in Betracht kommenden Honorarrichtlinien durchgeführt. Rechtsanspruch auf einen Gesamtauftrag oder sonstigen Auftrag besteht nicht.

6 BEWERBUNGSUNTERLAGEN

- Die Bewerbung der potentiellen Verfahrensteilnehmer erfolgt mittels Teilnahmeantrag (Formblatt TA). Dieser Antrag

ist schriftlich per Brief an das Büro des Beraters des Auftraggebers (siehe Pkt. 1.2) bis spätestens 17.01.2012, 12:00 Uhr (Einlangen) einzubringen.

- -Strichaufzählung
Mit der Bewerbung ist die Eignung des/der Bewerbers/in bzw. der Teampartner durch Bescheinigungen über die berufliche Befähigung/Befugnis und sonstige gesetzlich geforderten Nachweise der Eignung beizulegen (siehe Eignungskriterien Pkt.7.1.1).
- -Strichaufzählung
Für die Auswahl sind sowohl Referenzen des Generalplaners, des Architekten und des Haustechnikplaners (je max. 10 DIN-A4 Seiten - siehe Auswahlkriterium Pkt. 7.1.2) als auch von genannten Subplanern vorzulegen.

Selbstverpflichtung:

Die BewerberInnen verpflichten sich, im Falle einer Auswahl, am Verhandlungsverfahren teilzunehmen und der Aufforderung zur Angebotsabgabe Folge zu leisten.

Weiters verpflichten Sie sich schriftlich, dass

- -Strichaufzählung
Die erforderliche personelle, maschinelle und softwaremäßige Kapazität zur Abwicklung der GP-Leistungen ab 5/2012 verfügbar sind undDie erforderliche personelle, maschinelle und softwaremäßige Kapazität zur Abwicklung der GP-Leistungen ab 5 aus 2012, verfügbar sind und
- -Strichaufzählung
Ein ständiger Einsatz eines/r entscheidungsbefugten Planers/in vor Ort in der genannten Projektabwicklung gewährleistet ist.
1. 7.Ziffer 7
Auswahlkriterien

Für die Auswahl unter den geeigneten Bewerberinnen, die zur Angebotslegung eingeladen werden, ist das nachfolgende Auswahlverfahren festgelegt:

7.1. Kriterien

7.1.1. Eignungskriterien

- -Strichaufzählung
Nachweise gem. § 70 BVergG 2006 (ANKÖ nicht ausreichend)Nachweise gem. Paragraph 70, BVergG 2006 (ANKÖ nicht ausreichend):
- -Strichaufzählung
Nachweis über Befähigung bzw. Befugnis (Architektur, Zivil-Ing. bzw. -konsulent für Bauwesen, Haustechniker etc.) gem. § 71Nachweis über Befähigung bzw. Befugnis (Architektur, Zivil-Ing. bzw. -konsulent für Bauwesen, Haustechniker etc.) gem. Paragraph 71
- -Strichaufzählung
Nachweis der beruflichen Zuverlässigkeit gem. § 72 und 73Nachweis der beruflichen Zuverlässigkeit gem. Paragraph 72 und 73
- -Strichaufzählung
Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit gem. § 74Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit gem. Paragraph 74
Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit gem. § 75Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit gem. Paragraph 75
- -Strichaufzählung
Nachweis einer Mindestreferenz als Generalplaner
Kriterien der Mindestreferenz:

o öffentlicher Auftraggeber

o Anwendung des BVergG

o Errichtung oder Umbau von Gebäuden im Gesundheits-, Kur-, oder Krankenanstaltsbereich

o Projektsherstellungskosten Euro 8,0 Mio.

o Fertigstellungszeitraum 2001 - 2011

Der/Die Bewerber/in hat sich auf einem formlosen Schreiben die Mindestreferenz und deren Angaben von dem jeweiligen Bauherrn (AG) bestätigen zu lassen. Für den Fall, dass eine Bescheinigung durch den Bauherrn nicht erhältlich ist, kann sie durch eine zusätzliche, einfache Beglaubigung des/der Bewerbers/in ersetzt werden.

7.1.2 Auswahlkriterien

Aus den die vorgenannten Bedingungen erfüllenden Bewerbungen wählt die Bewertungskommission aufgrund der vorzulegenden Referenzen die geeigneten Bewerberinnen für die 2. Stufe des Verfahrens aus.

- -Strichaufzählung
Referenzen Generalplanung Ober Generalsanierung Altbau / komplexe Umbauten, allenfalls auch im laufenden Betrieb mit Schwerpunkt Kostenmanagement / Kostensicherheit mit
- -Strichaufzählung
Beschreibung und Fotodokumentation
- -Strichaufzählung
Kostenangaben sowie Bauherrnbestätigung über die ordnungsgemäße Abwicklung des Kostenmanagements und Einhaltung der Kosten
- -Strichaufzählung
Referenzen Architektur über Bauvorhaben im Gesundheits-, Kur-, Pflege- und/oder Krankenanstaltenwesen, sowie Wellness- und Vitalbereich,sonst wie vor
- -Strichaufzählung
Referenzen des Haustechnikplaners über Generalsanierung Altbau / komplexe Umbauten, allenfalls auch im laufenden Betrieb sonst wie vor

Auf die Nachhelligkeit der Maßnahmen bzw. die Steigerung der Energieeffizienz ist gesondert einzugehen.

Für die Wahl unter den geeigneten Bewerberinnen, die in der Folge zur Angebotslegung eingeladen werden, Ist das nachfolgende

Auswahlverfahren festgelegt:

Auswahlkriterium und Gewichtung:

- -Strichaufzählung
Referenzen Generalplanung 40%
- -Strichaufzählung
Referenzen Architektur 25%
- -Strichaufzählung
Referenz Haustechnik 35%

7.2 Bewertungsmethode

7.2.1 Referenzen Generalplanung

Die Bewerberauswahl unter den befugten, zuverlässigen und leistungsfähigen Bewerberinnen erfolgt durch Bewertung der Projektreferenz von 2 Referenzprojekten auf Basis der Bewerberangaben unter Berücksichtigung folgender Indikatoren:

- -Strichaufzählung
Nettobauwerkskosten gemäß Ö-Norm B 1801-1
- -Strichaufzählung
Projektstatus
- -Strichaufzählung
Projektart oder Komplexität
- -Strichaufzählung
Leistungserbringung allein oder In ARGE

- -Strichaufzählung

Relevanz des Projektes für die Aufgabenstellung

Die max. erreichbare Punkteanzahl aus jedem Indikator beträgt 20 Punkte; d.h. es können in Summe max. 100 Punkte je Referenzprojekt, insgesamt also max. 200 Punkte, erreicht werden. Bei der Ermittlung der max. Punkteanzahl erfolgt keine Mittelwertbildung aus den eingereichten Referenzprojekten. Werden weniger als 2 Referenzprojekte eingereicht, werden auch weniger Punkte vergeben.

Für die Nachweisführung über die Projektreferenz des/der Bewerbers/in bzw. der Bewerbungsgemeinschaft sind ausschließlich die beiliegenden Formblätter TA-3 (sowie TA-3.1/1-2) zu verwenden. Darin ist die schriftliche Erklärung des jeweiligen Auftraggebers durch Unterfertigung beinhaltet.

7.2.1.1 Nettobauwerkskosten

Die Projektreferenzen werden nach den Nettobauwerkskosten gem. Ö-NORM

B 1801-1 in die Kategorien

A > 20,0 Mio. Euro netto = 20 Punkte

B > 10,0 = 20,0 Mio. Euro netto = 15 Punkte

C > 5,0 = 10,0 Mio. Euro netto = 10 Punkte

D > 5,0 Mio. Euro netto = 5 Punkte

(Pb.0972011)

unterschieden.

7.2.1.2 Projektstatus

Für den jeweiligen Status des Referenzprojektes werden max. 20 Punkte vergeben. Abgeschlossene Projekte werden wie folgt bewertet:

Fertigstellung nach dem u. 01.01.2005

= Punkte gem. 7.2.1.1 x Faktor 1,0

Fertigstellung zw. 01.01.2001 u. 31.12.2004

= Punkte gem. 7.2.1.1 x Faktor 0,7

Fertigstellung vor dem 01.01.2001

= Punkte gem. 7.2.1.1 x Faktor 0,5

Laufende Projekte werden wie folgt bewertet:

Aktuelle Projektphase ab Baubeginn

= Punkte gem. 7.2.1.1 x Faktor 0,8

Aktuelle Projektphase bis Baubeginn

= Punkte gem. 7.2.1.1 x Faktor 0,6

7.2.1.3 Projektart, Komplexität

Für den Indikator Projektart und Komplexität werden max. 20 Punkte vergeben und dabei unter folgenden unterschiedlichen Projektarten unterschieden und bewertet:

Ständig vom Umbau vor Ort Betroffene (Dienstnehmer, Patienten etc.) > 500 / Umbauphasen > 5

= Punkte gem. 7.2.1.1 x Faktor 1,1)

Ständig vom Umbau vor Ort Betroffene (Dienstnehmer, Patienten etc.)

> 200 Umbauphasen > 3

= Punkte gem. 7.2.1.1 x Faktor 0,9

Ständig vom Umbau vor Ort Betroffene (Dienstnehmer, Patienten etc.)

> 200 / Umbauphasen ? 3

= Punkte gem. 7.2.1.1 x Faktor 0,7

Die Nachweisführung hat durch eine schriftliche Erklärung des jeweiligen Auftraggebers zu erfolgen.

7.2.1.4 Leistungserbringung allein oder In ARGE's

Für die alleinige Abwicklung der Planungsleistungen werden 20 Punkte vergeben. Die Leistungserbringung in ARGE's wird entsprechend dem ARGE-Anteil ggf. unter Berücksichtigung der ARGE-internen Leistungstrennung abgewertet.

Die Nachweisführung über den Leistungsanteil hat durch eine schriftliche Erklärung des jeweiligen Auftraggebers oder durch Vorlage der Leistungsbilder aus dem Vertrag mit dem AG und aus dem ARGE-Vertrag zu erfolgen.

Referenzprojekt mit voller Beauftragung Projektsteuerung und Kostenmanagement gem. HO-PS voller Beauftragung Generalplanerkoordination / Technisch-Geschäftliche Oberleitung lt. HOA sowie voller Beauftragung der Fachgebiete (Architektur, Statik, gesamte Haustechnik, Bauphysik etc.)

= Punkte gem. 7.2.1.1 x Faktor 1,0

Referenzprojekt mit voller Beauftragung, voller Beauftragung Generalplanerkoordination / Technisch-Geschäftliche Oberleitung lt. HOA sowie voller Beauftragung von mind. 3 der folgenden Fachgebiete (Architektur, Statik, gesamte Haustechnik, Bauphysik etc.) = Punkte gem. 7.2.1.1 x Faktor 0,7

Referenzprojekt mit voller Beauftragung, voller Beauftragung Generalplanerkoordination / Technisch-Geschäftliche Oberleitung lt. HOA sowie voller Beauftragung von mindestens 2 der folgenden Fachgebiete (Architektur, Statik, gesamte Haustechnik, Bauphysik etc.)

= Punkte gem. 7.2.1.1 x Faktor 0,5

7.2.1.5 Relevanz des Projektes für die Aufgabenstellung

Um die Relevanz der vorgelegten Referenzprojekte im Hinblick auf die Bewältigung der Aufgabenstellung (Pkt. 7.12) durch die Bewertungskommission beurteilen zu können, hat der Bewerber zu jedem als Auswahlkriterium genanntes Referenzprojekt eine Projektsbeschreibung beizulegen.

Je Referenzprojekt werden max. 20 Punkte vergeben.

Die max. Punktzahl wird vergeben, wenn aufgrund der Beschreibung des Referenzprojektes ein hohes Maß an Vergleichbarkeit gegeben ist. 0 Punkte werden vergeben, wenn diese beim Referenzprojekt nicht vorhanden war, dazwischen wird interpoliert. Der Bewerber nimmt zur Kenntnis und akzeptiert, dass bei diesem Kriterium auch subjektive Gesichtspunkte in die Bewertung durch die Kommission einfließen. Die diesbezüglichen Unterlagen - max. 2 A4 Seiten je Referenzprojekt - sind als Hardcopy einzureichen.

.....

8 EINLADUNG ZUR 2. STUFE DES VERFAHRENS

Ausschließlich die nach dem hier beschriebenen Verfahren ermittelten BewerberInnen, welche die Ränge 1-5 einnehmen, werden zur Teilnahme an der 2. Stufe des Verfahrens eingeladen und erhalten die Ausschreibungsunterlagen. Die Ausschreibungsunterlagen der 2. Stufe des Verfahrens beinhalten:

- -Strichaufzählung
das Leistungsverzeichnis
- -Strichaufzählung
Ausstattungsbeschreibung
- -Strichaufzählung
Raum- und Funktionsplan
- -Strichaufzählung
Bestandspläne
- -Strichaufzählung
Projektzeitplan

9 ZU VERWENDEnde FORMBLÄTTER

Für den Teilnahmeantrag sind zwingend Formblätter zu verwenden, die von der Homepage des Verfahrensberaters - www.svdgmbh.at - downloadbar sind:

Formblatt TA Teilnahmeantrag

Formblatt TA-1/1 Angaben zu Einzelbewerber od. Bietergemeinschaft

Formblatt TA-1/2 Angaben über Nachweise und Subunternehmer

Formblatt TA 2 Nachweis Umsatz Planerleistungen

Formblatt TA 3 Nachweis Projektreferenzen - für die Refe-

renzprojekte sind die Seiten TA-3.1/1-2 (Generalplanung), Seiten TA-3.2/1-2 (Architektur) und die Seiten TA-3.3/1-2 (Haustechnik) zu verwenden

Formblatt TA-3.4 Gesamtbewertung

Für die weiteren geforderten Nachweise bzw. Unterlagen sind keine Formblätter vorgesehen.

.....".

Das Vergabeverfahren befindet sich in der ersten Stufe. Laut Angaben des Auftraggebers wurden von zahlreichen Interessenten die Teilnahmeunterlagen heruntergeladen, 11 Teilnahmeanträge wurden fristgerecht gestellt. Als Abgabetermin war der 17.1.2012, 12.00 Uhr festgelegt. Die Nicht- Zulassung zur Teilnahme wurde am 23.2.2012 per E-Mail versendet, auch an die Antragstellerin.

Mit Schriftsatz protokolliert am 2.3.2012 hat die Antragstellerin neben den Anträgen auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, auf Gebührenersatz und auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung, einen Antrag auf Nichtigerklärung der mit E-mail vom 23.2.2012 bekanntgegebenen Entscheidung des Auftraggebers, nicht zur 2. Stufe des Vergabeverfahrens (Abgabe Angebot, Verhandlung) eingeladen zu werden, beim Bundesvergabeamt eingebracht.

In der mündlichen Verhandlung am 2.4.2012 hat der Auftraggeber seine Entscheidung vom 23.2.2012 (Nichtzulassung zur 2. Stufe des Verhandlungsverfahrens) mit der Begründung, eine neue Bewertung der Teilnahmeanträge durchzuführen, zurückgezogen. Die Antragstellerin hat daraufhin mit Schriftsatz vom 2.4.2012 beim Bundesvergabeamt protokolliert am 3.4.2012 sämtliche Anträge zurückgezogen. Aufgrund dieser Zurückziehung wurde das gegenständliche Verfahren eingestellt.

Mit Schreiben vom 17.4.2012 ist die Antragstellerin dem Aufklärungsersuchen des Auftraggebers vom 6.4.2012 zu einzelnen Punkten des Teilnahmeantrages zwar nachgekommen, doch nach neuerlicher Durchführung der Bewertung der Teilnahmeanträge hat der Auftraggeber mit Schreiben vom 27.6.2012 der Antragstellerin mitgeteilt, auch nunmehr nicht zur 2. Stufe des Verhandlungsverfahrens zugelassen zu werden.

Begründend führte der Auftraggeber im Wesentlichen folgendes aus:

" 1. Kein ordnungsgemäßer Nachweis bzw Mangel der technischen Leistungsfähigkeit

Gemäß Punkt 7.1.1 der Bewerbungsunterlagen war der Nachweis einer "Mindestreferenz als Generalplaner" zu erbringen und hatte sich "der/die Bewerber/in [...] auf einem formlosen Schreiben die Mindestreferenz [...] bestätigen zu lassen" (Hervorhebung durch die Zitierende). Aus dieser Formulierung ergibt sich, dass die Mindestreferenz als Generalplaner vom Bewerber selbst stammen muss und nicht substituiert werden kann. Diese Tatsache ergibt sich auch aus Punkt 6 der Bewerbungsunterlage.

Ihr Unternehmen hat den Nachweis einer Referenz "als Generalplaner" und sohin der technischen Leistungsfähigkeit nicht erbracht. Das Fehlen dieses Nachweises der technischen Leistungsfähigkeit wurde im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens vor dem BVA, N/0029- BVA/03/2012, ausführlich erörtert. Weiters wurde Ihr Unternehmen mit Aufklärungsersuchen vom 6.4.2012 ausdrücklich aufgefordert, zum mangelnden Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit Stellung zu nehmen bzw Aufklärung zu leisten. [...] Dieser bestandsfesten Festlegung ist Ihr Unternehmen nicht nachgekommen.

Ihr Unternehmen war daher auch aus diesem Grund in die zweite Stufe des Verfahrens nicht zuzulassen.

1. 2.Ziffer 2

Nichtvorlage der Eignungsnachweise für und der Erklärung von

Subunternehmern

In Punkt 4 der bestandsfesten Bewerbungsunterlage wurde festgelegt, dass sämtliche Subunternehmer sämtliche Eignungskriterien sowie die geforderten Referenzen nachweisen müssen. Mit Fragebeantwortung vom 12.1.2012 wurde dies von der vergebenden Stelle ausdrücklich bestätigt.

Für die in dem Teilnahmeantrag Ihres Unternehmens bekanntgegebenen Subunternehmer wurden nicht sämtliche Eignungskriterien und nicht die festgelegten Referenzen nachgewiesen.

Dieser Umstand wurde Ihnen im Aufklärungsersuchen vom 6.4.2012 auch ausdrücklich vorgehalten. In dem Schreiben von Rechtsanwalt Dr. Y*** vom 17.4.2012 hat sich Ihr Unternehmen auf den Hinweis beschränkt, dass "es sich bei dem gegenständlichen Ausschreibungsverfahren um ein Verhandlungsverfahren handelt" und "demnach [...] die Eignungsnachweise des Subunternehmers, spätestens zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe vorliegen" müssten. Gemäß Punkt 4 der Bewerbungsunterlage muss "die Teilnahmeberechtigung j zum Zeitpunkt der Abgabe des Teilnahmeantrages aufrecht sein." Dementsprechend wurde in Punkt 6 der Bewerbungsunterlage bestandsfest festgelegt, dass "mit der Bewerbung [...] die Eignung des/der Bewerbers/in bzw. der Teampartner durch Bescheinigung über die berufliche Befähigung/Befugnis und sonstige gesetzlich geforderte Nachweise der Eignung beizulegen" sind. Ihr Unternehmen ist dieser bestandsfest festgelegten Voraussetzung nicht nachgekommen.

Ihr Unternehmen war daher auch aus diesem Grund nicht für die zweite Stufe zuzulassen.

Dem Teilnahmeantrag Ihres Unternehmens war weiters keine Subunternehmererklärung beigelegt, wonach Ihrem Unternehmen für die Ausführung des Auftrages die im erforderlichen Ausmaß vorhandenen Mittel von Subunternehmern tatsächlich zur Verfügung stehen. Ein derartiger Nachweis ist von Bewerbern bereits dem Teilnahmeantrag beizulegen.

Auch diese Tatsache wurde Ihrem Unternehmen im Aufklärungsersuchen vom 6.4.2012 ausdrücklich vorgehalten. In dem Schreiben von Rechtsanwalt Dr. Y*** vom 17.4.2012 hat sich Ihr Unternehmen auf den Hinweis beschränkt" dass der Subunternehmer Mag. B*** persönlich die geforderte Referenzerklärung für das gegenständliche Vergabeverfahren gezeichnet" habe. "Die von Mag. B*** gefertigte Referenzerklärung nehme "ausdrücklich auf das gegenständliche Vergabeverfahren Bezug, sodass schon durch diese Abgabe der Referenzerklärung klare sei, "dass Mag. B*** für Auftragserfüllung im gegenständlichen Fall zu Verfügung" stehen würde. Die Unterschrift eines Subunternehmers auf dem Formblatt zum Nachweis einer Referenz kann nicht die Subunternehmererklärung bzw den Nachweis gemäß § 76 BVergG 2006 ersetzen. Auch diese Tatsache wurde Ihrem Unternehmen im Aufklärungsersuchen vom 6.4.2012 ausdrücklich vorgehalten. In dem Schreiben von Rechtsanwalt Dr. Y*** vom 17.4.2012 hat sich Ihr Unternehmen auf den Hinweis beschränkt" dass der Subunternehmer Mag. B*** persönlich die geforderte Referenzerklärung für das gegenständliche Vergabeverfahren gezeichnet" habe. "Die von Mag. B*** gefertigte Referenzerklärung nehme "ausdrücklich auf das gegenständliche Vergabeverfahren Bezug, sodass schon durch diese Abgabe der Referenzerklärung klare sei, "dass Mag. B*** für Auftragserfüllung im gegenständlichen Fall zu Verfügung" stehen würde. Die Unterschrift eines Subunternehmers auf dem Formblatt zum Nachweis einer Referenz kann nicht die Subunternehmererklärung bzw den Nachweis gemäß Paragraph 76, BVergG 2006 ersetzen.

Ihr Unternehmen war daher auch aus diesem Grund nicht für die zweite Stufe zuzulassen.

1. 3.Ziffer 3

Unzureichende Fertigung der Formblätter

In den Formblättern zur Bewerbungsunterlage wurde ausdrücklich festgelegt, dass die Referenzen durch die Unterschrift und mit Stempel des Bauherrn zu versehen sind. Die von Ihrem Unternehmen übermittelten Formblätter enthalten allesamt keinen Stempel der Bauherren.

Dieser Mangel wurde Ihrem Unternehmen in Punkt 2.1. des Aufklärungsschreibens vom 6.4.2012 ausdrücklich vorgehalten und Ihr Unternehmen ersucht, dazu Stellung zu nehmen und Aufklärung zu leisten. In dem Schreiben von Rechtsanwalt Dr. Y*** vom 17.4.2012 hat sich Ihr Unternehmen auf den Hinweis beschränkt, "das Fehlen der Stempel" stelle "keinen Mangel dar". Eine konkrete Stellungnahme bzw Aufklärung erfolgte nicht.

Ihr Unternehmen war daher auch aus diesem Grund nicht für die zweite Stufe zuzulassen.

1. 4.Ziffer 4

Bewertung

Lediglich der Vollständigkeit halber teilen wir mit, dass Ihr Unternehmen selbst dann nicht in die zweite Stufe zuzulassen gewesen wäre, wenn die Eignungsnachweise ordnungsgemäß erbracht worden wären.

Wäre der Teilnahmeantrag Ihres Unternehmens zu bewerten gewesen, hätte dies zu einer Gesamtbewertung von 148,42 Punkten geführt. Jene geheim zuhaltenden Unternehmen, die in die zweite Stufe eingeladen werden, wurden mit 167,32 Punkten, 175,47 Punkten, 195,55 Punkten, 194,01 Punkten und 182,26 Punkten bewertet.

Insbesondere Grund für die schlechtere Bewertung des Teilnahmeantrages Ihres Unternehmens liegt darin, dass das Referenzprojekt "Postsparkassengebäude" mit 0 Punkten zu bewerten war, weil es die Mindestanforderungen nicht erfüllt.

In Punkt 2 der Teilnahmeunterlagen wird der Begriff der Generalplanerleistung wie folgt definiert: „Architektur-, Proplanungskoordination, Statik, Bauphysik, Haustechnik Einrichtungsplanung mit teilweise Medizintechnik“. Gemäß Punkt 7.2.1.4 kann eine Referenz nur dann bewertet werden, wenn sämtliche der genannten Fachbereiche alleine oder im Rahmen einer ARGE erbracht wurden. Wurden die Fachgebiete im Rahmen einer ARGE erbracht, erfolgt eine verhältnismäßige Bewertung, wenn mindestens drei bzw mindestens zwei Fachgebiete vom Referenzgeber selbst erbracht wurden. Dieser Umstand ergibt sich auch aus dem Formblatt TA-3.1/2. Ihr Unternehmen hat bei der Referenz "Postsparkassengebäude" das Fachgebiet der "Architektur" nicht erbracht. Die Referenz war dementsprechend mit 0 Punkten zu bewerten. Eine ARGE bestand zwischen Ihrem Unternehmen und dem Architekten nicht."

Mit Schriftsatz vom 3.7.2012 beantragte die Antragstellerin ua die Erlassung einer einstweiligen Verfügung und die Nichtigerklärung der Nichtzulassung zur 2. Stufe des Verhandlungsverfahrens.

Mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 10.7.2012, OZ EV6, wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben.

Gemäß den Bestimmungen in Pkt.7 der Teilnahmeunterlagen werden jene 5 Bewerber zur Angebotslegung und somit in die 2. Stufe eingeladen, die die in Pkt. 7.1.1 festgelegten Eignungskriterien und die in Pkt. 7.1.2 festgelegten Auswahlkriterien erfüllen. Für die Wahl unter den geeigneten Bewerberinnen, die zur Angebotslegung eingeladen werden, sind folgende Auswahlkriterien festgelegt: "Referenzen Generalplanung" (gewichtet mit 40%), " Referenzen Architektur" (gewichtet mit 25%) und " Referenzen Haustechnik" (gewichtet mit 35%).

In Punkt 7.2 (Bewertungsmethoden) der Teilnahmeunterlagen ist in Unterpunkt 7.2.1 (Referenzen Generalplanung) bestandsfest festgelegt, dass die Bewerberauswahl unter den befugten, zuverlässigen und leistungsfähigen Bewerberinnen durch Bewertung der Projektreferenz von 2 Referenzprojekten auf Basis der Bewerberangaben unter Berücksichtigung folgender Indikatoren:

- -Strichaufzählung
Nettobauwerkskosten gemäß Ö-Norm B 1801-1
- -Strichaufzählung
Projektstatus
- -Strichaufzählung
Projektart oder Komplexität
- -Strichaufzählung
Leistungserbringung allein oder in ARGE
- -Strichaufzählung
Relevanz des Projektes für die Aufgabenstellung

erfolgt. Die max. erreichbare Punkteanzahl aus jedem Indikator beträgt 20 Punkte; d.h. es können in Summe max. 100 Punkte je Referenzprojekt, insgesamt also max. 200 Punkte, erreicht werden. Werden weniger als 2 Referenzprojekte eingereicht, werden auch weniger Punkte vergeben. Für die Nachweisführung über die Projektreferenz der Bewerber bzw. der Bergewergemeinschaft sind ausschließlich die beiliegenden Formblätter TA-3 sowie TA-3.1/1-2 gemäß Pkt. 9 der Teilnahmeunterlagen zu verwenden. Darin muss die schriftliche Erklärung des jeweiligen Auftraggebers durch Unterfertigung beinhaltet sein.

In Punkt 7.2.1.4 (Leistungserbringung allein oder in ARGE's) der Teilnahmeunterlagen ist bestandsfest wörtlich folgendes festgelegt:

"

Leistungserbringung allein oder in ARGE's

Für die alleinige Abwicklung der Planungsleistungen werden 20 Punkte vergeben.

Die Leistungserbringung in ARGES wird entsprechend dem ARGE-Anteil ggf. unter Berücksichtigung der ARGE-internen Leistungstrennung abgewertet.

Die Nachweisführung über den Leistungsanteil hat durch eine schriftliche Erklärung des jeweiligen Auftraggebers oder durch Vorlage der Leistungsbilder aus dem Vertrag mit dem AG aus dem ARGE-Vertrag zu erfolgen.

Referenzprojekt mit voller Beauftragung Projektsteuerung und Kostenmanagement gern. HO-PS, voller Beauftragung Generalplanerkoordination / Technisch-Geschäftliche Oberleitung lt. HOA sowie voller Beauftragung der Fachgebiete (Architektur, Statik, gesamte Haustechnik, Bauphysik, etc.) Referenzprojekt mit voller Beauftragung Projektsteuerung und Kostenmanagement gern. HO-PS, voller Beauftragung Generalplanerkoordination / Technisch-Geschäftliche Oberleitung römisch eins t. HOA sowie voller Beauftragung der Fachgebiete (Architektur, Statik, gesamte Haustechnik, Bauphysik, etc.)

= Punkte gem. 7.2.1.1 x Faktor 1,0

Referenzprojekt mit voller Beauftragung, voller Beauftragung Generalplanerkoordination / Technisch-Geschäftliche Oberleitung lt. HOA sowie voller Beauftragung von mind. 3 der folgenden Fachgebiete (Architektur, Statik, gesamte Haustechnik, Bauphysik, etc.) = Punkte gem. 7.2.1.1 x Faktor 0,7 Referenzprojekt mit voller Beauftragung, voller Beauftragung Generalplanerkoordination / Technisch-Geschäftliche Oberleitung römisch eins t. HOA sowie voller Beauftragung von mind. 3 der folgenden Fachgebiete (Architektur, Statik, gesamte Haustechnik, Bauphysik, etc.) = Punkte gem. 7.2.1.1 x Faktor 0,7

Referenzprojekt mit voller Beauftragung, voller Beauftragung Generalplanerkoordination / Technisch-Geschäftliche Oberleitung lt. HOA sowie voller Beauftragung von mindestens 2 der folgenden Fachgebiete (Architektur, Statik, gesamte Haustechnik, Bauphysik, etc.) = Punkte gem. 7.2.1.1 x Faktor 0,5 "

Die Antragstellerin hat ein rechtzeitig einen Teilnahmeantrag gelegt. Dieser enthält ua ausgefüllte Formblätter mit je 2 Referenzprojekten für die Referenzen Generalplanung, Architektur und Haustechnik. Im Formular TA-3.1/2 "Referenzprojekt-Generalplanung", datiert mit 12.1.2012, hat die Antragstellerin das Referenzprojekt "Postsparkassengebäude" angeführt und im Feld "Leistungserbringung" die Spalte "allein- eigener Planungsanteil 100%" angekreuzt.

Schriftstück nicht anonymisierbar.

In einem neuen, mit 26.1.2012 datierten, - nach Ablauf der Bewerbungsfrist - nachgereichten Formular TA-3.1/2 hat die Antragstellerin jedoch beim Referenzprojekt "Postsparkassengebäude" im Feld "Leistungserbringung" die Spalte "in ARGE - eigener Planungsanteil 3 Fachgebiete" angekreuzt.

Schriftstück nicht anonymisierbar.

Nach neuerlicher Prüfung der Teilnahmeanträge hat der Auftraggeber die Antragstellerin mit Schreiben von 6.4.2012 zur Aufklärung der dokumentierten Fragen aufgefordert. Die Antragstellerin hat mit Schreiben von 17.4.2012 repliziert. Nach Durchführung einer dokumentierten Prüfung und Bewertung der Teilnahmeanträge (Protokoll der Kommissionssitzung vom 11.6.2012) wurde die Antragstellerin insgesamt mit 148,42 Punkten bewertet und an 6. Stelle gereiht. Die Teilnahmeanträge der besten 5 Bewerber wurden mit 195,55; 194,01; 182,26; 175,47 und 167,32 Punkten bewertet. Die Punktezahl der Antragstellerin wurde damit begründet, dass das Referenzprojekt "Postsparkassengebäude" mit 0 Punkte bewertet werden musste, weil gemäß Punkt 7.2.1.4 der Teilnahmeunterlagen die Referenz nur dann bewertet werden kann, wenn sämtliche Fachgebiete "alleine" oder "in einer AR-GE" erbracht wurden. 20 Punkte werden vergeben, wenn die genannte Referenz alleine erbracht wird, entsprechend Punkt 7.2.1.4. der Teilnahmeunterlagen differenziert wird, wenn die Referenz im Rahmen einer ARGE erbracht wird. Je nach

Fachgebietsanteil wird die Referenz mit dem Faktor 1 bzw. 0,7 bzw 0,5 bewertet. Dieser Umstand ergibt sich auch aus dem Formblatt TA-3.1/2. Da die Antragstellerin bei der Referenz "Postsparkassengebäude" das Fachgebiet "Architektur" nicht erbracht hat - auch nicht in einer ARGE - hat der Auftraggeber diese Referenz mit 0 Punkten bewertet.

Die Ausschreibungsbestimmungen wurden nicht bekämpft. Es gab keine Bieteranfrage zum Punkt "Leistungserbringung allein oder in ARGE" bzw. zur Vorgangsweise beim Ausfüllen des Formulars TA-3.1/2 der Teilnahmeunterlagen.

In der vor dem Bundesvergabeamt am 2.8.2012 durchgeführten mündlichen Verhandlung wurde den Parteien Gelegenheit gegeben, zu den Vorbringen Stellung zu nehmen.

Die Verständigung des Auftraggebers ist erfolgt (OZ 2), die Antragstellerin hat die Pauschalgebühren in der Höhe von Euro 2.500.- bezahlt. Der Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren wurde noch nicht erteilt, ein Widerruf hat nicht stattgefunden.

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den genannten Quellen. Die herangezogenen Beweismittel sind echt. Ihre inhaltliche Richtigkeit steht außer Zweifel. Widersprüche traten nicht auf.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

1. 3.Ziffer 3
Rechtliche Beurteilung

3.1 Rechtslage

Das Bundesvergabegesetz 2006 idF der Novelle BGBl I Nr. 15/2010 wurde mit BGBl I Nr. 10/2012, kundgemacht am 16.2.2012, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind - mit Ausnahme der §§ 52 Abs 1 und 2, 55 Abs 2 bis 6, 216 Abs 1 und 2 und 219 Abs 2 bis 6 - mit dem der Kundmachung zweitfolgenden Monatsersten, somit am 1.4.2012, in Kraft getreten. Das Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, wurde mit Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2012,, kundgemacht am 16.2.2012, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind - mit Ausnahme der Paragraphen 52, Absatz eins und 2, 55 Absatz 2 bis 6, 216 Absatz eins und 2 und 219 Absatz 2 bis 6 - mit dem der Kundmachung zweitfolgenden Monatsersten, somit am 1.4.2012, in Kraft getreten.

Gemäß § 345 Abs 15 Z 3 BVergG sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes BGBl I Nr. 10/2012 bereits eingeleiteten Vergabeverfahren bzw beim Bundesvergabeamt anhängigen Verfahren nach der bisherigen Rechtslage fortzuführen. Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit des vom Auftraggeber geführten Vergabeverfahrens, welches durch die am 26.3.2012 national bekannt gemachte Ausschreibung eingeleitet wurde, die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle BGBl I Nr. 15/2010 (BVergG 2006) als Prüfmaßstab heranzuziehen hat. Da das gegenständliche Rechtsschutzverfahren am 3.7.2012 beim Bundesvergabeamt protokolliert wurde, sind für das Nachprüfungsverfahren die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle BGBl I Nr 10/2012 (BVergG) maßgeblich. Die Paragraphenzitate beziehen sich auf diese Bestimmungen. Gemäß Paragraph 345, Absatz 15, Ziffer 3, BVergG sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2012, bereits eingeleiteten Vergabeverfahren bzw beim Bundesvergabeamt anhängigen Verfahren nach der bisherigen Rechtslage fortzuführen. Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit des vom Auftraggeber geführten Vergabeverfahrens, welches durch die am 26.3.2012 national bekannt gemachte Ausschreibung eingeleitet wurde, die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, (BVergG 2006) als Prüfmaßstab heranzuziehen hat. Da das gegenständliche Rechtsschutzverfahren am 3.7.2012 beim Bundesvergabeamt protokolliert wurde, sind für das Nachprüfungsverfahren die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 10 aus 2012, (BVergG) maßgeblich. Die Paragraphenzitate beziehen sich auf diese Bestimmungen.

3.2 Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages

Auftraggeber im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft. Es handelt um einen Sozialversicherungsträger, somit um eine bundesgesetzlich eingerichtete Körperschaft öffentlichen Rechts. Diese ist als Selbstverwaltungskörperschaften voll rechtsfähig und unterliegt der Aufsicht des Bundes. Sie ist daher öffentlicher Auftraggeber nach § 3 Abs 1 Z 2 BVergG, der nach Art 14b Abs 2 Z 1 lit d B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes und nach § 291 Abs 2 BVergG unter die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Nachprüfung von

Vergabeverfahren fällt (st Rspr zB VfGH 28. 2. 2000, B 2184/98; 25. 3. 2002, B 457/02; 10. 1. 2003, B 14/03; VwGH 7. 11. 2005, 2003/04/0109; 21. 12. 2005, 2003/04/0048; 27. 6. 2007, 2005/04/0111; BVA 3. 6. 2005, 17N-50/05- 15; 25. 4. 2006, N/0013-BVA/08/2006-73; 23. 1. 2008, N/0125- BVA/10/2007-026; 5. 8. 2008, F/0003-BVA/10/2008-42, 10. 6. 2011, N/0045-BVA/05/2011-EV6). Auftraggeber im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft. Es handelt um einen Sozialversicherungsträger, somit um eine bundesgesetzlich eingerichtete Körperschaft öffentlichen Rechts. Diese ist als Selbstverwaltungskörperschaften voll rechtsfähig und unterliegt der Aufsicht des Bundes. Sie ist daher öffentlicher Auftraggeber nach Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG, der nach Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera d, B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes und nach Paragraph 291, Absatz 2, BVergG unter die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Nachprüfung von Vergabeverfahren fällt (st Rspr zB VfGH 28. 2. 2000, B 2184/98; 25. 3. 2002, B 457/02; 10. 1. 2003, B 14/03; VwGH 7. 11. 2005, 2003/04/0109; 21. 12. 2005, 2003/04/0048; 27. 6. 2007, 2005/04/0111; BVA 3. 6. 2005, 17N-50/05- 15; 25. 4. 2006, N/0013-BVA/08/2006-73; 23. 1. 2008, N/0125- BVA/10/2007-026; 5. 8. 2008, F/0003-BVA/10/2008-42, 10. 6. 2011, N/0045-BVA/05/2011-EV6).

Beim gegenständlichen Auftrag handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag gemäß § 6 BVergG. Laut Angaben des Auftraggebers liegt der geschätzte Auftragswert jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 2 BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt. Der Zuschlag soll in dem in Form eines zweistufigen Verhandlungsverfahrens nach vorheriger Bekanntmachung durchgeführten Vergabeverfahren dem Bestbieter erteilt werden. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Nicht-Zulassung zur 2. Stufe des Verhandlungsverfahrens wurde innerhalb der Fristen des § 321 BVergG eingebracht. Beim gegenständlichen Auftrag handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag gemäß Paragraph 6, BVergG. Laut Angaben des Auftraggebers liegt der geschätzte Auftragswert jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt. Der Zuschlag soll in dem in Form eines zweistufigen Verhandlungsverfahrens nach vorheriger Bekanntmachung durchgeführten Vergabeverfahren dem Bestbieter erteilt werden. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Nicht-Zulassung zur 2. Stufe des Verhandlungsverfahrens wurde innerhalb der Fristen des Paragraph 321, BVergG eingebracht.

Das gegenständliche Vergabeverfahren wird von der SVD Büromanagement GmbH im Auftrag und im Namen des Auftraggebers als vergebende Stelle iSd § 2 Z 41 BVergG geführt. Das gegenständliche Vergabeverfahren wird von der SVD Büromanagement GmbH im Auftrag und im Namen des Auftraggebers als vergebende Stelle iSd Paragraph 2, Ziffer 41, BVergG geführt.

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 das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit gemäß § 312 Abs 2 BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig. Da darüber hinaus laut Stellungnahme des Auftraggebers 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 und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.

Die Entscheidung über die Nichtzulassung zur zweiten Stufe des Vergabeverfahrens wurde der Antragstellerin am 27.6.2012 bekannt gegeben. Der Nachprüfungsantrag wurde per E-Mail am 3.7. 2012 beim Bundesvergabeamt eingebracht und ist daher rechtzeitig (BVA 15. 6. 2010, N/0038-BVA/10/2010-44, RdW 2010/658 = ZVB-LSK 2011/13) eingelangt.

Schließlich ist festzuhalten, dass der Antragsteller die Antragsvoraussetzungen nach § 320 BVergG nicht offensichtlich fehlen. Im Ergebnis ist daher der Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs 1 BVergG zulässig, wobei auch die

Voraussetzungen des § 322 Abs 1 BVergG vorliegen. Er richtet sich gegen die Nicht-Zulassung zur Teilnahme, eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit a sublit dd BVergG. Der Nachprüfungsantrag enthält alle gemäß § 322 Abs 1 BVergG geforderten Inhalte. Es liegt kein Grund für seine Unzulässigkeit gemäß § 322 Abs 2 BVergG vor. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt. Schließlich ist festzuhalten, dass der Antragsteller die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, BVergG nicht offensichtlich fehlen. Im Ergebnis ist daher der Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG zulässig, wobei auch die Voraussetzungen des Paragraph 322, Absatz eins, BVergG vorliegen. Er richtet sich gegen die Nicht-Zulassung zur Teilnahme, eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d, BVergG. Der Nachprüfungsantrag enthält alle gemäß Paragraph 322, Absatz eins, BVergG geforderten Inhalte. Es liegt kein Grund für seine Unzulässigkeit gemäß Paragraph 322, Absatz 2, BVergG vor. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt.

3.3 Inhaltliche Beurteilung des Antrages

Zu Spruchpunkt I Zu Spruchpunkt römisch eins

Gemäß § 312 Abs. 2 Z 2 BVergG 2006 ist das Bundesvergabeamt bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens zum Zwecke von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hierzu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht zuständig zur Nichtigklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte. Gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 ist das Bundesvergabeamt bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens zum Zwecke von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hierzu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht zuständig zur Nichtigklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte.

Die einschlägigen Bestimmungen des BVergG lauten weiter:

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....

3....beim Verhandlungsverfahren grundsätzlich zum Zeitpunkt

der Aufforderung zur Angebotsabgabe,

4....

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.

1. (2) Absatz 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.
2. (3) Absatz 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 Bauaufträgen, deren geschätzter Auftragswert mindestens 120 000 Euro beträgt, und bei der Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen, deren geschätzter Auftragswert mindestens 80 000 Euro beträgt, 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 diese Schwellenwerte erreicht.
3. (4) Absatz 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. 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.
4. (5) Absatz 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.
5. (6) Absatz 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. 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.

Teilnehmer im nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung und im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung

§ 103. (1) Nicht offene Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung und Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung sind in den einschlägigen Publikationsmedien gemäß den §§ 46, 50 bis 52 und 55 bekannt zu machen. Paragraph 103, (1) Nicht offene Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung und Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung sind in den einschlägigen Publikationsmedien gemäß den Paragraphen 46, 50 bis 52 und 55 bekannt zu machen.

1. (2) Absatz 2, Anträge auf Teilnahme können brieflich oder elektronisch gestellt werden. Interessenbekundungen auf Teilnahme können auch telefonisch oder mittels Telefax übermittelt werden.
2. (3) Absatz 3, Benötigt der Unternehmer Subunternehmer, um die erforderliche Leistungsfähigkeit oder Befugnis nachzuweisen, so hat er die in Frage kommenden Subunternehmer bereits mit dem Teilnahmeantrag bekannt zu geben.
3. (4) Absatz 4, Unternehmern, die auf Grund der Bekanntmachung rechtzeitig Teilnahmeanträge gestellt haben und die gemäß den §§ 68 bis 77 als befugt, leistungsfähig und zuverlässig anzusehen sind, ist unter Bedachtnahme auf Abs. 6 und 7 Gelegenheit zur Beteiligung am nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung und am Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung zu geben. Unternehmern, die auf Grund der Bekanntmachung rechtzeitig Teilnahmeanträge gestellt haben und die gemäß den Paragraphen 68 bis 77 als befugt, leistungsfähig und zuverlässig anzusehen sind, ist unter Bedachtnahme auf Absatz 6 und 7 Gelegenheit zur Beteiligung am nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung und am Verhandlungsverfahren mit

vorheriger Bekanntmachung zu geben.

4. (5) Absatz 5, Der Auftraggeber darf vom Inhalt der Teilnahmeanträge erst nach Ablauf der Frist für deren Einreichung Kenntnis erhalten. Über die Prüfung der Teilnahmeanträge ist eine Niederschrift zu verfassen, in welcher alle für die Beurteilung der Teilnahmeanträge wesentlichen Umstände festzuhalten sind. Der Bewerber kann in den seinen Teilnahmeantrag betreffenden Teil der Niederschrift Einsicht nehmen.
5. (6) Absatz 6, Die Anzahl der aufzufordernden Unternehmer ist entsprechend der Leistung festzulegen, darf aber bei nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung nicht unter fünf liegen. Bei Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung darf sie bei Existenz einer hinreichenden Anzahl von befugten, leistungsfähigen und zuverlässigen Unternehmern nicht unter drei liegen. Die festgelegte Anzahl muss einen echten Wettbewerb gewährleisten und ist in der Bekanntmachung anzugeben. Die objektiven und nicht diskriminierenden Auswahlkriterien haben den besonderen Erfordernissen der zur Ausführung gelangenden Leistung Rechnung zu tragen und sind in der Bekanntmachung bekannt zu geben.
6. (7) Absatz 7, Liegen in der Folge mehr Teilnahmeanträge als die vom Auftraggeber festgelegte Anzahl von aufzufordernden Unternehmern ein, so hat der Auftraggeber unter den befugten, leistungsfähigen und zuverlässigen Unternehmern anhand der Auswahlkriterien die besten Bewerber auszuwählen. Die maßgeblichen Gründe für die Auswahl sind in nachvollziehbarer Form festzuhalten. Der Auftraggeber hat die nicht zur Angebotsabgabe aufgeforderten Bewerber von dieser Entscheidung unverzüglich, jedenfalls aber eine Woche, bei der Durchführung eines beschleunigten Verfahrens gemäß den §§ 61 bis 63, 66 und 67 drei Tage, nach Abschluss der Auswahl unter Bekanntgabe der Gründe für die Nicht-Zulassung zu verständigen. Die Gründe der Nicht-Zulassung sind nicht bekannt zu geben, sofern die Bekanntgabe dieser Informationen öffentlichen Interessen oder den berechtigten Geschäftsinteressen von Unternehmern widersprechen oder dem freien und lauten Wettbewerb schaden würde. Liegen in der Folge mehr Teilnahmeanträge als die vom Auftraggeber festgelegte Anzahl von aufzufordernden Unternehmern ein, so hat der Auftraggeber unter den befugten, leistungsfähigen und zuverlässigen Unternehmern anhand der Auswahlkriterien die besten Bewerber auszuwählen. Die maßgeblichen Gründe für die Auswahl sind in nachvollziehbarer Form festzuhalten. Der Auftraggeber hat die nicht zur Angebotsabgabe aufgeforderten Bewerber von dieser Entscheidung unverzüglich, jedenfalls aber eine Woche, bei der Durchführung eines beschleunigten Verfahrens gemäß den Paragraphen 61 bis 63, 66 und 67 drei Tage, nach Abschluss der Auswahl unter Bekanntgabe der Gründe für die Nicht-Zulassung zu verständigen. Die Gründe der Nicht-Zulassung sind nicht bekannt zu geben, sofern die Bekanntgabe dieser Informationen öffentlichen Interessen oder den berechtigten Geschäftsinteressen von Unternehmern widersprechen oder dem freien und lauten Wettbewerb schaden würde.
7. (8) Absatz 8,...

Allgemeine Regelungen für Angebote

§ 106. (1) Der Bieter hat sich bei offenen oder nicht offenen Verfahren bei der Erstellung des Angebotes an die Ausschreibungsunterlagen zu halten. Der vorgeschriebene Text der Ausschreibungsunterlagen darf weder geändert noch ergänzt werden. Paragraph 106, (1) Der Bieter hat sich bei offenen oder nicht offenen Verfahren bei der Erstellung des Angebotes an die Ausschreibungsunterlagen zu halten. Der vorgeschriebene Text der Ausschreibungsunterlagen darf weder geändert noch ergänzt werden.

.....

(6) Ist aus Sicht eines Unternehmers eine Berichtigung der Ausschreibung oder der Ausschreibungsunterlagen erforderlich, so hat er dies umgehend dem Auftraggeber mitzuteilen. Der Auftraggeber hat erforderlichenfalls eine Berichtigung gemäß § 90 durchzuführen.

Begriffsbestimmungen

§ 2 Z 16 Entscheidung: ist jede Festlegung eines Auftraggebers im Vergabeverfahren.

a) Gesondert anfechtbar sind folgende, nach außen in Erscheinung

treten Entscheidungen

.....

1. dd) Sub-Literatur, d, d

im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung.... die Ausschreibung (Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages); die Nicht-Zulassung zur Teilnahme

Arten der Vergabeverfahren

§ 25. (5) Beim Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung werden, nachdem eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen öffentlich zur Abgabe von Teilnahmeanträgen aufgefordert wurde, ausgewählte Bewerber zur Abgabe von Angeboten aufgefordert. Danach kann über den gesamten Auftragsinhalt verhandelt werden. Paragraph 25, (5) Beim Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung werden, nachdem eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen öffentlich zur Abgabe von Teilnahmeanträgen aufgefordert wurde, ausgewählte Bewerber zur Abgabe von Angeboten aufgefordert. Danach kann über den gesamten Auftragsinhalt verhandelt werden.

Ausscheiden von Angeboten

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

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. 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;

4. 8. Ziffer 8

1. (2) Absatz 2, Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung kann der Auftraggeber Angebote von Bietern ausschließen, die es unterlassen haben, innerhalb der ihnen gestellten Frist die verlangten Aufklärungen zu geben oder deren Aufklärung einer nachvollziehbaren Begründung entbehrt. Von einem Bieter, der im Gebiet einer anderen Vertragspartei des EWR-Abkommens oder in der Schweiz ansässig ist, können auch Aufklärungen über die Zulässigkeit der Ausübung der Tätigkeit in Österreich verlangt werden.

2. (3) Absatz 3, Der Auftraggeber hat den Bieter vom Ausscheiden seines Angebotes unter Angabe des Grundes nachweislich elektronisch oder mittels Telefax zu verständigen.

Der Antragstellerin wurde die Nicht-Zulassung zur Teilnahme an der zweiten Stufe des Verhandlungsverfahrens mitgeteilt. Die Auftraggeberin begründete dies im Wesentlichen damit, dass für die Mindestreferenz "Generalplaner" eine Substitution unzulässig sei und weder die Eignung noch die Referenzbestätigungen des namhaft gemachten Subunternehmers nachgewiesen noch die Formblätter unzureichend gefertigt worden seien und darüber hinaus das Referenzprojekt für das Auswahlkriterium Generalplanung, nämlich das "Postsparkassengebäude", nicht bewertet werden konnte, weil dieses nicht die geforderten Kriterien erfülle, sodass die Punktzahl nicht gereicht habe, um die Antragstellerin zur 2. Stufe des Verhandlungsverfahrens einzuladen.

Die Teilnahmeunterlagen wurden innerhalb der Frist des § 321 Abs 4 BVergG nicht angefochten. Sie sind daher bestandsfest (st Rspr, zB VwGH 26. 11. 2010, 2008/04/0027, 0036; BVA 2. 5. 2011, N/0021- BVA/10/2011-33). Alle

Einwendungen gegen die Teilnahmeunterlagen, insbesondere gegen die Bewertungsmethode hinsichtlich der Referenzprojekte bzw der Bewertungsmodalitäten sind daher präkludiert (st Rspr, zB VwGH 22. 6. 2011, 2011/04/0007; BVA 5. 8. 2011, N/0060- BVA/04/2011-20). Alle am Vergabeverfahren Beteiligten sind ebenso wie das Bundesvergabeamt an die Festlegungen der Teilnahmeunterlagen gebunden (st Rspr, zB VwGH 14. 4. 2011, 2008/04/0065; BVA 28. 7. 2010, N/0051-BVA/10/2010-37). 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). Es ist von einer strengen Bindung an die Ausschreibungs- bzw. Teilnahmeunterlagen auszugehen - § 2 Z 16 lit a sublit dd BVergG spricht explizit von "Ausschreibung (Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages)" - (s. 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 vorläge (zB BVA 28. 11. 2008, N/0131- BVA/12/2008-29). Die Teilnahmeunterlagen wurden innerhalb der Frist des Paragraph 321, Absatz 4, BVergG nicht angefochten. Sie sind daher bestandsfest (st Rspr, zB VwGH 26. 11. 2010, 2008/04/0027, 0036; BVA 2. 5. 2011, N/0021- BVA/10/2011-33). Alle Einwendungen gegen die Teilnahmeunterlagen, insbesondere gegen die Bewertungsmethode hinsichtlich der Referenzprojekte bzw der Bewertungsmodalitäten sind daher präkludiert (st Rspr, zB VwGH 22. 6. 2011, 2011/04/0007; BVA 5. 8. 2011, N/0060- BVA/04/2011-20). Alle am Vergabeverfahren Beteiligten sind ebenso wie das Bundesvergabeamt an die Festlegungen der Teilnahmeunterlagen gebunden (st Rspr, zB VwGH 14. 4. 2011, 2008/04/0065; BVA 28. 7. 2010, N/0051- BVA/10/2010-37). 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). Es ist von einer strengen Bindung an die Ausschreibungs- bzw. Teilnahmeunterlagen auszugehen - Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d, BVergG spricht explizit von "Ausschreibung (Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages)" - (s. 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 vorläge (zB BVA 28. 11. 2008, N/0131- BVA/12/2008-29).

Somit sind sowohl der Inhalt der Ausschreibungsunterlagen als auch des Teilnahmeantrags der Antragstellerin zu ermitteln. Da es sich bei der Ausschreibung um eine Erklärung des Auftraggebers und beim Teilnahmeantrag um eine Erklärung des Bieters handelt, ist ihr Inhalt von Bedeutung. Dieser ist nach ständiger Rechtsprechung und der Literatur nach den Regeln der §§ 914 f ABGB zu ermitteln (zB BVA 15. 6. 2010, N/0038-BVA/10/2010-44; Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und der Vertrag so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus einer Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind nicht danach zu beurteilen, was der Erklärende sagen wollte oder was der Erklärungsempfänger darunter verstanden hat, sondern danach, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war (OGH 26. 4. 1961, 5 Ob 135/61) und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Es kommt nämlich nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern es sind vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung und des Angebots maßgebend (st Rspr, zB VwGH 29. 3. 2006, 2004/04/0144; BVA 10. 7. 2009, N/0058- BVA/10/2009-25; Heid/Kurz in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010] Rz 961). Im Zweifel sind Festlegungen in der Ausschreibung gesetzeskonform und sohin in Übereinstimmung mit den maßgeblichen Bestimmungen, hier des BVergG 2006 idgF, zu lesen (zB VwGH 12. 5. 2011, 2008/04/0087). Somit sind sowohl der Inhalt der Ausschreibungsunterlagen als auch des Teilnahmeantrags der Antragstellerin zu ermitteln. Da es sich bei der Ausschreibung um eine Erklärung des Auftraggebers und beim Teilnahmeantrag um eine Erklärung des Bieters handelt, ist ihr Inhalt von Bedeutung. Dieser ist nach ständiger Rechtsprechung und der Literatur nach den Regeln der Paragraphen 914, f ABGB zu ermitteln (zB BVA 15. 6. 2010, N/0038-BVA/10/2010-44; Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und der Vertrag so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus einer Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind nicht danach zu beurteilen, was der Erklärende sagen wollte oder was der Erklärungsempfänger darunter verstanden hat, sondern danach, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war (OGH 26. 4. 1961, 5 Ob 135/61) und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Es kommt nämlich nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern es sind vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung und des Angebots maßgebend (st Rspr, zB VwGH 29. 3. 2006, 2004/04/0144; BVA 10. 7. 2009, N/0058- BVA/10/2009-25; Heid/Kurz in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010] Rz 961). Im Zweifel sind Festlegungen in der Ausschreibung gesetzeskonform und sohin in Übereinstimmung mit den maßgeblichen Bestimmungen, hier des BVergG 2006 idgF, zu lesen (zB VwGH 12. 5. 2011, 2008/04/0087).

Der Auftraggeber hat in den Teilnahmeunterlagen Auswahlkriterien iSd § 2 Z 20 lit a BVergG festgelegt, nach welchen

die Auswahl der besten Bewerber erfolgt, sowie die Reihenfolge der Bedeutung einschließlich der Gewichtung bekannt gemacht. Die Bewertung von je 2 Referenzprojekten pro Auswahlkriterium erfolgt auf Basis der Bewerberangaben unter Berücksichtigung der Indikatoren Nettobauwerkskosten gemäß Ö-Norm B 1801-1, Projektstatus, Projektart oder Komplexität, Leistungserbringung allein oder in ARGE und Relevanz des Projektes für die Aufgabenstellung. Für die Nachweisführung über die jeweilige Projektreferenz sind gemäß Punkt 7.2.1 der bestandfesten Teilnahmeunterlagen ausschließlich die Formblätter TA-3 sowie TA- 3.1/1-2 zu verwenden. Der Auftraggeber hat in den Teilnahmeunterlagen Auswahlkriterien iSd Paragraph 2, Ziffer 20, Litera a, BVergG festgelegt, nach welchen die Auswahl der besten Bewerber erfolgt, sowie die Reihenfolge der Bedeutung einschließlich der Gewichtung bekannt gemacht. Die Bewertung von je 2 Referenzprojekten pro Auswahlkriterium erfolgt auf Basis der Bewerberangaben unter Berücksichtigung der Indikatoren Nettobauwerkskosten gemäß Ö-Norm B 1801-1, Projektstatus, Projektart oder Komplexität, Leistungserbringung allein oder in ARGE und Relevanz des Projektes für die Aufgabenstellung. Für die Nachweisführung über die jeweilige Projektreferenz sind gemäß Punkt 7.2.1 der bestandfesten Teilnahmeunterlagen ausschließlich die Formblätter TA-3 sowie TA- 3.1/1-2 zu verwenden.

Wenn die Antragstellerin vorbringt, dass die Berechnung der Punktezahl dem vorgegebenen Bewertungsmodus der Teilnahmeunterlagen widerspricht und die Bewertung der Referenz "Postsparkasse" mit "0" unzulässig sei, vielmehr lediglich Punkte für den fehlenden Fachbereich "Architektur" hätten abgezogen werden dürfen, sodass nach einer Multiplikation mit dem Faktor 0,7 dies in Summe bei Berücksichtigung der anderen Indikatoren 94 Punkte bzw. bei einer Gewichtung von 40% der Generalplanung 37,60 Punkte ergeben hätte, was wiederum eine Gesamtbewertung von 195,85 Punkte bedeute und somit eine Zulassung zur

1. 2. Ziffer 2

Stufe des Vergabeverfahrens, ist dem entgegenzuhalten, dass ein durchschnittlich fachkundiger Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt [vgl. EuGH 4.12.2003, Rs C-448/01 (EVN-AG Wien Strom GmbH gegen Republik Österreich); VwGH 22.11.2011, 2006/04/0024, 17.11.2004, 2002/04/0078; 16.2.2005, 2004/04/0030; BVA 13.7.2011, N/0066-BVA/04/2010-33; 11.2.2008, N/0006-BVA/04/2008-24; BVA 12.5.2009, N/0022-BVA/11/2009-27; BVA 25.11.2009, N/0110-BVA/09/2009- 28 u.a.] aufgrund der oben wiedergegebenen, mangels Anfechtung bestandsfest gewordenen Bestimmungen (VwGH 7.9.2009, 2007/04/0090; 1.10.2008, 2005/04/2004) davon ausgehen musste, dass entsprechend der festgelegten Bewertungsmethode ein Referenzprojekt nur bei alleiniger Abwicklung der Planungsleistungen mit 20 Punkte gewertet wird, also nur dann, wenn dieses allein im Sinne eines eigenen Planungsanteils von 100% erbracht wurde. Wurde das Referenzprojekt nicht alleine, sondern im Rahmen einer ARGE erbracht, musste ein durchschnittlich fachkundiger Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt erkennen, dass dieses entsprechend dem ARGE-Anteil bzw. dem eigenen Leistungsanteil differenziert gewertet wird. Daran ändert auch das Vorbringen der Antragstellerin sowohl in den Schriftsätzen als auch in der mündlichen Verhandlung, der Fachbereich "Architektur" sei nicht als Voraussetzung für die Erfüllung einer Referenz als Generalplaner festgelegt worden, nichts. Im konkreten Fall geht es vielmehr darum, zu beurteilen, ob das von der Antragstellerin für die Generalplanung angeführte Referenzprojekt "Postsparkassengebäude" den bestandsfesten Festlegungen in den Teilnahmeunterlagen entspricht oder nicht entspricht. Unstrittig ist, dass die Antragstellerin beim

Referenzprojekt "Postsparkassengebäude" für die Generalplanung mit

5 Fachbereichen beauftragt war, nicht aber mit allen Fachbereichen. Mit dem weiteren, eigenen Fachbereich "Architektur" war unstrittig Herr Architekt G*** beauftragt. Die erst im Schriftsatz vom 31.7.2012 und in der mündlichen Verhandlung vorgebrachte Behauptung der Antragstellerin, sie habe jedoch alles koordiniert, auch den Bereich "Architektur", geht jedenfalls ins Leere: zum Einen war der Fachbereich "Architektur" kein Fachbereich, der der Generalplanung - bei der Postsparkasse - unterstellt war, sondern handelte es sich um eine eigene Planungsaufgabe außerhalb der Generalplanung, was auch dem Auftragsschreiben der BAWAG vom 15.12.2003, Punkt 3.1.c, zu entnehmen ist, wonach "die örtliche Bauaufsicht nicht die Obliegenheiten der Bauführung umfasst. Die Bestimmungen des zur Erfüllung der Aufgaben erforderlichen zeitlichen und personellen Einsatzes obliegt dem Architekten.....". Zum Anderen hat die Antragstellerin diese Unrichtigkeit ohnehin selbst erkannt. Zunächst hat sie das Formular TA-3.1/2, datiert mit 11.1.2012, zum Referenzprojekt Generalplanung mit den Angaben "Leistungserbringung allein - eigener Planungsanteil 100%" ausgefüllt und dazu in der mündlichen Verhandlung ausgeführt, sie habe das, was sie selbst erbracht habe, ohnehin zu 100% selbst erbracht und sei der Fachbereich "Architektur" unstrittig zwar nicht von ihr

selbst erbracht, jedoch ihrer Meinung nach von ihr koordiniert worden, weshalb sie davon ausgegangen ist, ohnehin alles "allein" erbracht zu haben. Diese Meinung korrigierte die Antragstellerin im Jänner 2012 jedoch dann dahingehend, als sie dem Auftraggeber ein neues TA-3.1/2 Formular, datiert mit 26.1.2012, nachreichte, in welchem sie beim Referenzprojekt "Postsparkassengebäude" nunmehr angab, die Leistung in einer "ARGE mit einem Planungsanteil von 3 Fachgebieten" erbracht zu haben. Unstrittig und wie in der mündlichen Verhandlung auch ausgeführt, hat die Antragstellerin ihre Leistungen beim fraglichen Referenzprojekt weder im Rahmen einer ARGE erbracht, noch war die Antragstellerin mit der Generalplanung beauftragt, noch wurde der Fachbereich "Architektur" im Rahmen einer ARGE erbracht und war Herr Architekt G*** auch nicht als Subunternehmer für die Antragstellerin tätig.

Bei einem Nachprüfungsverfahren handelt es sich um ein antragsgebundenes Verfahren. Sein Prozessgegenstand wird durch den Antrag determiniert (VwGH 1. 7. 2010, 2009/04/0129; 22. 6. 2011, 2007/04/0037; 22. 6. 2011, 2007/04/0080). Im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren wurde die Nichtigkeitsklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers, nämlich der Nicht-Zulassung zur Teilnahme, beantragt. Sie ist ausschließlich auf Grundlage jenes Sachverhalts und jener Unterlagen zu beurteilen, der zum dem Zeitpunkt vorlag, zu dem die Auftraggeberin die Entscheidung traf. Erst im Vergabekontrollverfahren nachgereichte Unterlagen sind dabei nicht zu berücksichtigen (VwGH 28. 9. 2011, 2007/04/0102; VKS Wien 16. 9. 2010, VKS-7278/10), was auch der Fall war. Dem steht auch die Verpflichtung der Auftraggeberin nicht entgegen, ungeachtet einer gesetzten Frist bis zu dieser Entscheidung alle relevanten Verbesserungen der Antragstellerin zu berücksichtigen (VwGH 12. 5. 2011, 2007/04/0012). Weiter ist das Bundesvergabeamt nur zur Nichtigkeitsklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen zuständig (VwGH 28. 1. 2004, 2003/04/0134, VwSlg 16274). Die Überprüfung der Rechtmäßigkeit dieser Entscheidung stellt den Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens dar (VwGH 23. 1. 2002, 2001/04/0041, VwSlg 15.750). Somit ist nicht die objektive Eignung der Antragstellerin, sondern die Rechtmäßigkeit der Nicht-Zulassung zur Teilnahme zu beurteilen.

Die Antragstellerin wurde nach begründeter, dokumentierter und nachvollziehbarer Prüfung der Teilnahmeanträge durch den Auftraggeber an

1. 6.Ziffer 6

Stelle gereiht und daher entsprechend den bestandsfesten Festlegungen in den Teilnahmeunterlagen nicht zu 2. Stufe des Verhandlungsverfahrens zugelassen. Fest steht, dass die Antragstellerin unrichtige Angaben zu dem von ihr für das Auswahlkriterium "Generalplanung" als Referenzprojekt im bestandsfesten Formular TA-3 der Teilnahmeunterlagen genannten "Postsparkassengebäude" gemacht hat. Sie hat nachweislich unrichtige Erklärungen hinsichtlich der Leistungserbringung abgegeben, sodass die Auftraggeberin zu Recht das Referenzprojekt "Postsparkassengebäude" nicht bewertet hat. Durch die Anwendung der Auswahlkriterien ergibt sich eine Reihung der Bewerber. Der Teilnahmeantrag der Antragstellerin wurde mit 148,42 Punkten bewertet, Die Teilnahmeanträge der besten 5 Bewerber wurden mit 195,55; 194,01; 182,26; 175,47 und 167,32 Punkten bewertet. Da von einer strengen Bindung an die Ausschreibungs- bzw. Teilnahmeunterlagen auszugehen ist (s. BVA 30. 4. 2009, N/0021-BVA/10/2009-28; 2. 5. 2011, N/0021-BVA/10/2011-33), andernfalls eine Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes vorliegt (zB BVA 28. 11. 2008, N/0131- BVA/12/2008-29), wurde die Antragstellerin im Hinblick auf die obigen Ausführungen aufgrund der Reihung ihres Teilnahmeantrags an erfolgloser Stelle daher zu Recht nicht zur 2. Stufe des Verhandlungsverfahrens zugelassen.

Da schon aus diesem Grund dem Begehren der Antragstellerin nicht stattzugeben war, konnte die Erörterung des weiteren Vorbringens dahinstehen.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Zu Spruchpunkt II Zu Spruchpunkt römisch zwei

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

Da - wie sich aus Spruchpunkt I ergibt - der Nachprüfungsantrag vom 8.6.2012 abgewiesen wurde und daher auch kein "teilweises Obsiegen" der Antragstellerin iSv § 319 Abs 1 BVergG vorliegt, ist der diesbezügliche Antrag, soweit er sich auf den Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag bezieht, abzuweisen. Da - wie sich aus Spruchpunkt römisch eins ergibt - der Nachprüfungsantrag vom 8.6.2012 abgewiesen wurde und daher auch kein "teilweises Obsiegen" der Antragstellerin iSv Paragraph 319, Absatz eins, BVergG vorliegt, ist der diesbezügliche Antrag, soweit er sich auf den Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag bezieht, abzuweisen.

Ebenso ist der Antrag der Antragstellerin, soweit er sich auf Ersatz der Pauschalgebühr für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom 8.6.2012 bezieht, gemäß § 319 Abs. 2 BVergG abzuweisen. Zwar wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit Bescheid vom 15.6.2012, N/0061-BVA/02/2012-EV7, stattgegeben, der Nachprüfungsantrag wurde jedoch gemäß § 320 Abs. 1 leg. cit. unter Spruchpunkt I abgewiesen. Ebenso ist der Antrag der Antragstellerin, soweit er sich auf Ersatz der Pauschalgebühr für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom 8.6.2012 bezieht, gemäß Paragraph 319, Absatz 2, BVergG abzuweisen. Zwar wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit Bescheid vom 15.6.2012, N/0061-BVA/02/2012-EV7, stattgegeben, der Nachprüfungsantrag wurde jedoch gemäß Paragraph 320, Absatz eins, leg. cit. unter Spruchpunkt römisch eins abgewiesen.

Schlagworte

Teilnahmeantrag; Nicht-Zulassung zur 2. Stufe des Verhandlungsverfahrens; Auswahlkriterien; Falsche Angaben;

Zuletzt aktualisiert am

05.11.2012

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