

TE Verg Bescheid 2012/6/22 N/0053-BVA/08/2012-93

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 22.06.2012

Norm

BVergG 2006 §229

1. BVergG 2006 § 229 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 229 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 229 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Senat 8 (Senatsvorsitzender OR Mag Reinhard Grasböck, Beisitzer aus dem Kreis der Auftraggeber Mag Wolfgang Pointner, Beisitzer aus dem Kreis der Auftragnehmer Dr Theodor Taurer) gemäß § 303 Abs 1 BVergG 2006 im Nachprüfungsverfahren betreffend die seitens der Antragstellerin A*** erfolgte Anfechtung einer Zuschlagsentscheidung namens der ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft aus dem offenen Vergabeverfahren "ID Nr.: 9333 Koralmbahn, Aich-Althofen, 3. Stufe Bau / Baulos 60.6 - Drauquerung, Baumeisterarbeiten" wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch den Senat 8 (Senatsvorsitzender OR Mag Reinhard Grasböck, Beisitzer aus dem Kreis der Auftraggeber Mag Wolfgang Pointner, Beisitzer aus dem Kreis der Auftragnehmer Dr Theodor Taurer) gemäß Paragraph 303, Absatz eins, BVergG 2006 im Nachprüfungsverfahren betreffend die seitens der Antragstellerin A*** erfolgte Anfechtung einer Zuschlagsentscheidung namens der ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft aus dem offenen Vergabeverfahren "ID Nr.: 9333 Koralmbahn, Aich-Althofen, 3. Stufe Bau / Baulos 60.6 - Drauquerung, Baumeisterarbeiten" wie folgt entschieden:

Spruch

I. Dem Begehren, die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 4.5.2012 für nichtig zu erklären, wird stattgegeben. römisch eins. Dem Begehren, die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 4.5.2012 für nichtig zu erklären, wird stattgegeben.

Die Zuschlagsentscheidung der ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft vom 4.5.2012 zu Gunsten der B***, die im offenen Vergabeverfahren "ID Nr.: 9333 Koralmbahn, Aich-Althofen, 3. Stufe Bau / Baulos 60.6 - Drauquerung, Baumeisterarbeiten", ergangen ist, wird hiermit nichtig erklärt.

Rechtsgrundlagen: § 325 BVergG 2006, BGBl I 2006/17 idF BGBl I 2012/10; § 13 AVG idF Rechtsgrundlagen: Paragraph 325, BVergG 2006, BGBl römisch eins 2006/17 in der Fassung BGBl römisch eins 2012/10; Paragraph 13, AVG idF

II. Dem Pauschalgebührenersatzbegehren, die Antragsgegnerin dazu zu verhalten, der Antragstellerin die Pauschalgebühren für das gegenständliche Verfahren, sowie die Pauschalgebühr für das gleichzeitig eingeleitete Verfahren auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu Handen der Antragstellervertreter zu ersetzen, wird

stattgegeben.römisch zwei. Dem Pauschalgebührenersatzbegehren, die Antragsgegnerin dazu zu verhalten, der Antragstellerin die Pauschalgebühren für das gegenständliche Verfahren, sowie die Pauschalgebühr für das gleichzeitig eingeleitete Verfahren auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu Handen der Antragstellervertreter zu ersetzen, wird stattgegeben.

Die ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft ist schuldig, der A*** 9.000,00 Euro an Pauschalgebührenersatz binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu Handen der X*** Rechtsanwälte zu bezahlen.

Rechtsgrundlagen: §§ 318f BVergG 2006, BGBl I 2006/17 idF BGBl I 2012/10; § 19a RAO idgF
Rechtsgrundlagen: Paragraphen 318 f, BVergG 2006, BGBl römisch eins 2006/17 in der Fassung BGBl römisch eins 2012/10; Paragraph 19 a, RAO idgF

Begründung

1. Sachverhalt einschließlich Verfahrensgeschehen vor dem Bundesvergabeamt

1.1. Die Auftraggeberin führt derzeit das im Spruch ersichtliche Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich als offenes Vergabeverfahren nach den Bestimmungen des Sektorenvergaberechts mit einem Billigstbieterprinzip durch. Das Vergabeverfahren wurde 2011 eingeleitet.

1.2. Die Angebotseröffnung erfolgte am 22.12.2011. Es wurde eine fünfmonatige Zuschlagsfrist ab Angebotsfristende festgesetzt. Die Auftraggeberin gab in der Vergabebekanntmachung zudem einen Bauvertragsbeginn am 2.7.2012 und ein Ausführungsende am 31.7.2014 an.

1.3. Am 4.5.2012 versandte die Auftraggeberin eine Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der B*** (= Mitbeteiligte)

Die Antragstellerin A*** brachte gegen diese Zuschlagsentscheidung am 14.5.2012 den hier gegenständlichen Nachprüfungsantrag ein. Im Nachprüfungsantrag wird abseits eines vergaberechtswidrigen Preises der Mitbeteiligten insb gerügt, dass ein vormaliger einzelvertretungsbefugter Geschäftsführer der Mitbeteiligten, nunmehr seit 6.2.2012 einzelvertretungsbefugter Prokurist der Mitbeteiligten, am 18.1.2012 vom Landesgericht Klagenfurt rechtskräftig wegen eines Finanzvergehens gewerbsmäßiger Abgabenhinterziehung verurteilt worden ist; und deshalb eine Zuschlagserteilung an die Mitbeteiligte vergaberechtlich unzulässig wäre. Die Antragstellerin erwirkte zur Absicherung ihres Nachprüfungsbegehrens eine einstweilige Verfügung, mit welcher - bei geringfügiger Abweisung eines zeitlichen Mehrbegehrens - die Zuschlagserteilung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt wurde - lfd Nr 26 des Verwaltungsakts.

1.4. Die Auftraggeberin wendete gegen diesen zentralen Streitpunkt im Nachprüfungsverfahren insb ein, dass die Mitbeteiligte va auch nach dieser Verurteilung ihres zwischenzeitig ehemaligen Geschäftsführers Reorganisationsmaßnahmen analog § 73 BVergG 2006 zwecks vergaberechtlicher Selbstreinigung gesetzt hätte und daher eine Auftragsvergabe an die Mitbeteiligte zulässig wäre. 1.4. Die Auftraggeberin wendete gegen diesen zentralen Streitpunkt im Nachprüfungsverfahren insb ein, dass die Mitbeteiligte va auch nach dieser Verurteilung ihres zwischenzeitig ehemaligen Geschäftsführers Reorganisationsmaßnahmen analog Paragraph 73, BVergG 2006 zwecks vergaberechtlicher Selbstreinigung gesetzt hätte und daher eine Auftragsvergabe an die Mitbeteiligte zulässig wäre.

1.5. Die Mitbeteiligte bestritt vorrangig die Anwendbarkeit des Sektorenvergaberegimes über § 164 BVergG 2006, sondern verwies insoweit auf eine Anwendbarkeit des Sektorenvergaberechts über §165 BVergG 2006, womit die zwingenden Ausschlussgründe gemäß § 229 Abs 2 BVergG 2006 nicht zur Anwendung kämen; und brachte zudem weitere Argumente gegen die begehrte Nichtigerklärung vor. 1.5. Die Mitbeteiligte bestritt vorrangig die Anwendbarkeit des Sektorenvergaberegimes über Paragraph 164, BVergG 2006, sondern verwies insoweit auf eine Anwendbarkeit des Sektorenvergaberechts über §165 BVergG 2006, womit die zwingenden Ausschlussgründe gemäß Paragraph 229, Absatz 2, BVergG 2006 nicht zur Anwendung kämen; und brachte zudem weitere Argumente gegen die begehrte Nichtigerklärung vor.

1.6. Nach schriftlicher Erörterung der verschiedenen Parteienstandpunkte für und wider die Nichtigerklärung und Durchführung der mündlichen Verhandlung am 15.6.2012 sind hier folgende Tatsachen (teilweise zwecks Übersichtlichkeit wiederholend) ausdrücklich festzustellen:

1.6.1. Die Auftraggeberin (= AG) hat das streitgegenständliche offene Vergabeverfahren über einen Bauauftrag im Oberschwellenbereich im Herbst 2011, und sohin vor Kundmachung der BVergG - Novelle gemäß BGBl I 2012/10,

gemeinschaftsweit bekanntgemacht. 1.6.1. Die Auftraggeberin (= AG) hat das streitgegenständliche offene Vergabeverfahren über einen Bauauftrag im Oberschwellenbereich im Herbst 2011, und sohin vor Kundmachung der BVergG - Novelle gemäß BGBl römisch eins 2012/10, gemeinschaftsweit bekanntgemacht.

1.6.2. Beschafft werden soll gegenständlich die Errichtung einer Überquerung = Brücke über die Drau iZm der Koralmbahn. Die AG legte insoweit in den Ausschreibungsunterlagen das Billigstbieterprinzip fest, wobei sie darin gleichzeitig zwei Ausführungsmöglichkeiten sprich: - varianten als zulässig für die Leistungserbringung normierte. Die Drauquerung konnte bieterseitig sowohl in der Variante "Freier Vorbau" als auch in der Variante "Taktschiebverfahren" angeboten werden. Für beide Varianten, sprich zulässigen Baumethoden, enthielten die Ausschreibungsunterlagen eigene Leistungsverzeichnisse (= LV's),

1.6.3. Die im Ordner 2 der gemäß § 313 BVergG 2006 vorgelegten Vergabeunterlagen abgelegten Ausschreibungsunterlagen enthalten als Teil 1 das Inhaltsverzeichnis, als Teil 2 die Baubeschreibung, als Teil 3A insb das LV samt Vorbemerkungen zur Variante "Freivorbau", als Teil 3B insb das LV samt Vorbemerkungen zur Variante "Taktschieben", als Teil 4 die Unterlagen zum Baugrund, als Teil 5 den SIGE - Plan laut Bauarbeitenkoordinierungsgesetz, als Teil 6 Allgemeine Geschäftsbedingungen und als Teil 7 Planunterlagen. 1.6.3. Die im Ordner 2 der gemäß Paragraph 313, BVergG 2006 vorgelegten Vergabeunterlagen abgelegten Ausschreibungsunterlagen enthalten als Teil 1 das Inhaltsverzeichnis, als Teil 2 die Baubeschreibung, als Teil 3A insb das LV samt Vorbemerkungen zur Variante "Freivorbau", als Teil 3B insb das LV samt Vorbemerkungen zur Variante "Taktschieben", als Teil 4 die Unterlagen zum Baugrund, als Teil 5 den SIGE - Plan laut Bauarbeitenkoordinierungsgesetz, als Teil 6 Allgemeine Geschäftsbedingungen und als Teil 7 Planunterlagen.

1.6.4. Im Teil 6 dieser Ausschreibungsunterlagen sind neben einer Vertraulichkeitserklärung und einer Subunternehmererklärung die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (= AGB) des ÖBB - Konzerns für Bauaufträge, Ausgabe 06/2009, - insb auch als Vergabeverfahrensgrundlage - abgelegt. In Punkt 1.9.2. dieser AGB hat die AG selbstbindend festgelegt, dass sie unter Bedachtnahme auf § 267 Abs 3 die §§ 229 Abs 1 und 269 Abs 1 BVergG2006 anwendet. 1.6.4. Im Teil 6 dieser Ausschreibungsunterlagen sind neben einer Vertraulichkeitserklärung und einer Subunternehmererklärung die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (= AGB) des ÖBB - Konzerns für Bauaufträge, Ausgabe 06 aus 2009,, - insb auch als Vergabeverfahrensgrundlage - abgelegt. In Punkt 1.9.2. dieser AGB hat die AG selbstbindend festgelegt, dass sie unter Bedachtnahme auf Paragraph 267, Absatz 3, die Paragraphen 229, Absatz eins und 269 Absatz eins, BVergG2006 anwendet.

1.6.5. Beginnend ab Seite 7 des LV's der Variante "Freivorbau" hat die AG im Rahmen der "ständigen Vorbemerkung der LB" eignungsrelevante Ausschreibungsbestimmungen festgelegt, wobei auf Seite 8 dieses LV's zweifach normiert ist, dass die Bewerber bzw Bieter bzw alle Mitglieder einer Bewerber- bzw Bietergemeinschaft die allgemeine berufliche Zuverlässigkeit gemäß § 229 Abs 1 BVergG 2006 besitzen müssen. 1.6.5. Beginnend ab Seite 7 des LV's der Variante "Freivorbau" hat die AG im Rahmen der "ständigen Vorbemerkung der LB" eignungsrelevante Ausschreibungsbestimmungen festgelegt, wobei auf Seite 8 dieses LV's zweifach normiert ist, dass die Bewerber bzw Bieter bzw alle Mitglieder einer Bewerber- bzw Bietergemeinschaft die allgemeine berufliche Zuverlässigkeit gemäß Paragraph 229, Absatz eins, BVergG 2006 besitzen müssen.

Beginnend ab Seite 7 des LV's der Variante "Taktscheiben" hat die AG ident im Rahmen der dortigen "ständigen Vorbemerkung der LB" eignungsrelevante Ausschreibungsbestimmungen festgelegt, wobei auf Seite 8 dieses LV's zweifach normiert ist, dass die Bewerber bzw Bieter bzw alle Mitglieder einer Bewerber- bzw Bietergemeinschaft die allgemeine berufliche Zuverlässigkeit gemäß § 229 Abs 1 BVergG 2006 besitzen müssen. Beginnend ab Seite 7 des LV's der Variante "Taktscheiben" hat die AG ident im Rahmen der dortigen "ständigen Vorbemerkung der LB" eignungsrelevante Ausschreibungsbestimmungen festgelegt, wobei auf Seite 8 dieses LV's zweifach normiert ist, dass die Bewerber bzw Bieter bzw alle Mitglieder einer Bewerber- bzw Bietergemeinschaft die allgemeine berufliche Zuverlässigkeit gemäß Paragraph 229, Absatz eins, BVergG 2006 besitzen müssen.

1.6.6. Die in den Vorpassagen zitierten Ausschreibungsfestlegungen über die Anwendbarkeit des § 229 Abs 1 BVergG 2006 blieben bieterseitig beim BVA innerhalb der Fristen des § 321 BVergG 2006 (sowohl idF BGBl I 2010/15 als auch idF BGBl I 2012/10) unangefochten. Die Rechtsvertreterin der AG bestätigte insoweit über Rückfrage in der Verhandlung am 15.6.2012 allseits unbestritten, dass die streitrelevanten Eignungserfordernisse in den vorgenannten Ausschreibungspassagen festgelegt worden sind. Die Angebotseröffnung im vorliegenden offenen Vergabeverfahren

fand wie bereits erwähnt am 22.12.2011 statt. 1.6.6. Die in den Vorpassagen zitierten Ausschreibungsfestlegungen über die Anwendbarkeit des Paragraph 229, Absatz eins, BVergG 2006 blieben bieterseitig beim BVA innerhalb der Fristen des Paragraph 321, BVergG 2006 (sowohl in der Fassung BGBl römisch eins 2010/15 als auch in der Fassung BGBl römisch eins 2012/10) unangefochten. Die Rechtsvertreterin der AG bestätigte insoweit über Rückfrage in der Verhandlung am 15.6.2012 allseits unbestritten, dass die streitrelevanten Eignungserfordernisse in den vorgenannten Ausschreibungspassagen festgelegt worden sind. Die Angebotseröffnung im vorliegenden offenen Vergabeverfahren fand wie bereits erwähnt am 22.12.2011 statt.

Die Antragstellerin und die Mitbeteiligte legten je zwei Angebote, wobei die Antragstellerin mit dem Variantenangebot der Variante "Taktschieben" zweitbilligste Bieterin gewesen ist und damit bei Ausscheiden der Angebote der Mitbeteiligten für die Zuschlagserteilung in Betracht kommt - Angebotseröffnungsprotokoll Ordner 1A der Vergabeunterlagen, Einlage F und Ausschreibungsunterlagen, Ordner 2, woraus ersichtlich ist, dass die Mitbeteiligte mit ihrem (Varianten-) Angebot betreffend "Freivorbau", im Angebotseröffnungsprotokoll auch als Basisangebot bezeichnet, billigste Bieterin gewesen ist; und danach die Antragstellerin mit ihrem Variantenangebot betreffend "Taktschieben" zweitbilligste Bieterin.

1.6.7. Herr G*** war bis Anfang Februar 2012 alleinvertretungsbefugter Geschäftsführer und ist seit damals bis dato alleinvertretungsbefugter Prokurist der Mitbeteiligten. Er wurde am 18.1.2012 vom Landesgericht L***

zu xxHv xxx - bei teilweisem Ausschluss der Öffentlichkeit jedenfalls vor

der Urteilsverkündung - wegen gewerbsmäßiger Abgabenhinterziehung iZm diversen Malversationen in den Kalenderjahren 2006 bis 2010 zu einer unbedingten Geldstrafe von 650.000,00 Euro verurteilt. Die Mitbeteiligte wurde mit gleichem Urteil zu einer Verbandsgeldbuße gemäß VbVG von 500.000,00 Euro verurteilt, wobei diese Geldbuße im Ausmaß vom 100.000,00 Euro unbedingt und im Ausmaß von 400.000,00 Euro bedingt verhängt wurde.

Diese Verurteilungen sind rechtskräftig.

Herr G*** ist neben seinem Bruder, dem nunmehrigen Alleingeschäftsführer, gleichteilig mit 47,5 % an der Mitbeteiligten beteiligt, den Rest von 5 % Geschäftsanteilen an der Mitbeteiligten hält eine Privatstiftung, die ebenfalls (auch) iZm Herrn G*** steht (- Firmenbuchauszug im Ordner 3 der Vergabeunterlagen; unbestrittenes Parteivorbringen). (Zur Verurteilung wird zwecks Nachprüfbarkeit der Entscheidung des BVA einerseits auf den als Blg ./D zum Nachprüfungsantrag vorgelegten Zeitungsartikel vom 20.1.2012, andererseits auf die im Amtshilfeweg beigeschaffte und bislang seitens des BVA nicht an die Antragstellerin und die Auftraggeberin ausgefolgte gekürzte Urteilsausfertigung in lfd Nr 57 des Verwaltungsakts und wiederum andererseits auf die am 14.6.2012 nach Amtsstundenende von der Mitbeteiligten vorgelegte Abschrift einer eidesstattigen Erklärung des Herrn G*** verwiesen, wie sie an die anderen Verfahrensparteien am 15.6.2012 in der mündlichen Verhandlung ausgefolgt worden ist; siehe idZ EuGH Rs C-450/06.)

1.6.8. Die AG, die in der Ausschreibung zum Nachweis der Eignung im hier interessierenden Bereich alternativ ANKÖ - Auszüge oder aber insb Unbedenklichkeitsbescheinigungen der Finanzverwaltung bzw der Sozialversicherung verlangt hatte, erfuhr von der hier streitrelevanten Verurteilung durch die mediale Berichterstattung (Aussage der Vertreterin der AG am 15.6.2012 in der Verhandlung).

Die AG richtete diesbezüglich ein mit 31.1.2012 datiertes Aufklärungsschreiben an die Mitbeteiligte.

Dieses Aufklärungsschreiben wurde namens der Mitbeteiligten Anfang Februar 2012 beantwortet; und wurden ausweislich der vorgelegten Vergabeunterlagen weitere Angebotsprüfschritte der AG in Bezug auf die Frage der Vergabezulässigkeit an die Mitbeteiligte gesetzt.

Die Antragstellerin monierte gegenüber der AG im März 2012 die Unzulässigkeit einer Vergabe des gegenständlichen Auftrags an die Mitbeteiligte bereits vor diesem Nachprüfungsverfahren.

1.6.9. Der Konzern der AG holte insb von einer im Vergaberecht ausgewiesenen, von der Verfahrensvertretung beim BVA verschiedenen - Anwaltskanzlei ein Rechtsgutachten zur Frage der Vergabezulässigkeit an die Mitbeteiligte ein, das datiert mit April 2012 im Ordner 1B, Einlage U der Vergabeunterlagen erliegt; und in welchem einerseits insb der Ausschlussgrund des § 229 Abs 1 Z 4 und Z 5 als zu prüfend erachtet wurde, in welchem allerdings ausgehend von der Sektorenauftraggebereigenschaft der AG gemäß § 164 BVergG 2006 eine "Selbstreinigungsmöglichkeit" analog § 73 Abs 2 BVergG 2006 im Bereich des § 229 Abs 2 BVergG 2006 vertreten wurde, welche auftraggeberseitig zumindest

teilweise erst genauer zu prüfen wäre. 1.6.9. Der Konzern der AG holte insb von einer im Vergaberecht ausgewiesenen, von der Verfahrensvertretung beim BVA verschiedenen - Anwaltskanzlei ein Rechtsgutachten zur Frage der Vergabezulässigkeit an die Mitbeteiligte ein, das datiert mit April 2012 im Ordner 1B, Einlage U der Vergabeunterlagen erliegt; und in welchem einerseits insb der Ausschlussgrund des Paragraph 229, Absatz eins, Ziffer 4 und Ziffer 5, als zu prüfend erachtet wurde, in welchem allerdings ausgehend von der Sektorenauftraggebereigenschaft der AG gemäß Paragraph 164, BVergG 2006 eine "Selbstreinigungsmöglichkeit" analog Paragraph 73, Absatz 2, BVergG 2006 im Bereich des Paragraph 229, Absatz 2, BVergG 2006 vertreten wurde, welche auftraggeberseitig zumindest teilweise erst genauer zu prüfen wäre.

1.6.10. Die AG nahm nach diesem Rechtsgutachten weitere Prüfschritte iZm dem Angebot der Mitbeteiligten vor, und versandte schließlich am 4.5.2012 die hier angefochtene Zuschlagsentscheidung zu Gunsten des - billigsten - Angebots der Mitbeteiligten in der Ausführungsart "Freivorbau".

1.7. Am 15.6.2012 fand die mündliche Verhandlung vor dem BVA statt, in welcher das Ermittlungsverfahren geschlossen wurde.

1. 2.Ziffer 2

Beweismittel und Beweiswürdigung

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem Verwaltungsakt zu N/0053- BVA/08/2012, den vorgelegten Vergabeunterlagen, und insb aus den Aussagen in der mündlichen Verhandlung am 15.6.2012, soweit die Tatsachen nicht ohnehin als notorisch bzw gemäß § 313 Abs 2 BVergG 2006 zu Grunde gelegt werden konnten. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem Verwaltungsakt zu N/0053- BVA/08/2012, den vorgelegten Vergabeunterlagen, und insb aus den Aussagen in der mündlichen Verhandlung am 15.6.2012, soweit die Tatsachen nicht ohnehin als notorisch bzw gemäß Paragraph 313, Absatz 2, BVergG 2006 zu Grunde gelegt werden konnten.

Zum Inhalt der mündlichen Verhandlung wird insb auf die Niederschrift, lfd Nr 89 des Verwaltungsakts, verwiesen

1. 3.Ziffer 3

Rechtliche Beurteilung

3.0. Gegenständlich findet wegen der Vergabeverfahrenseinleitung nach dem 5.3.2010 und vor dem 1.4.2012 das BVergG 2006, BGBl I 2006/17 idF BGBl I 2010/15 auf das Vergabeverfahren der Auftraggeberin Anwendung - § 345 Abs 14 und Abs 15 Z 3 BVergG 2006 idF BGBl I 2012/10. 3.0. Gegenständlich findet wegen der Vergabeverfahrenseinleitung nach dem 5.3.2010 und vor dem 1.4.2012 das BVergG 2006, BGBl römisch eins 2006/17 in der Fassung BGBl römisch eins 2010/15 auf das Vergabeverfahren der Auftraggeberin Anwendung - Paragraph 345, Absatz 14 und Absatz 15, Ziffer 3, BVergG 2006 in der Fassung BGBl römisch eins 2012/10.

Das Rechtsschutzverfahren ist gemäß dem BVergG 2006 (bereits) idFBGBl I 2012/10 durchzuführen, da die Novellierung gemäß BGBl I 2012/10 am 16.2.2012 im BGBl kundgemacht wurde und am ersten 1.4.2012 in Kraft getreten ist, womit insoweit § 345 Abs 15 Z 1 iVm Z 3 BVergG 2006 idF BGBl I 2012/10 bereits die Anwendbarkeit der Letztfassung vorsieht. Zitate materiellrechtlicher Bestimmungen des BVergG 2006 in diesem Bescheid beziehen sich mangels ausdrücklicher anderer Angabe auf die Gesetzesfassung gemäß BGBl I 2010/15. Das Rechtsschutzverfahren ist gemäß dem BVergG 2006 (bereits) in der Fassung BGBl römisch eins 2012/10 durchzuführen, da die Novellierung gemäß BGBl römisch eins 2012/10 am 16.2.2012 im BGBl kundgemacht wurde und am ersten 1.4.2012 in Kraft getreten ist, womit insoweit Paragraph 345, Absatz 15, Ziffer eins, in Verbindung mit Ziffer 3, BVergG 2006 in der Fassung BGBl römisch eins 2012/10 bereits die Anwendbarkeit der Letztfassung vorsieht. Zitate materiellrechtlicher Bestimmungen des BVergG 2006 in diesem Bescheid beziehen sich mangels ausdrücklicher anderer Angabe auf die Gesetzesfassung gemäß BGBl römisch eins 2010/15.

3.1. Die formellen Antragserfordernisse gemäß §§ 312 Abs 2, 320f und 322 BVergG 2006 idFBGBl I 2012/10 sind zwischen den drei Verfahrensparteien unbestritten und im Vergabe- sowie Verwaltungsakt als gegeben ersichtlich. Die Antragstellerin hat insb vorerst 7.728,00 Euro und danach weitere 1.272,00 Euro an Pauschalgebühren für ihr Nachprüfungs- und eV - Begehren an das Bundesvergabeamt entrichtet, womit die für die gestellten Rechtsschutzgesuche (Nichtigerklärungs- und Provisorialbegehren) betreffend ein offenes Bauauftrags - Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich gemäß BGBl II 2012/130 vorgesehenen Pauschalgebühren an das BVA entrichtet worden sind - lfd Nri 13 und 16a des Verwaltungsakts. 3.1. Die formellen Antragserfordernisse gemäß Paragraphen 312, Absatz 2, 320 f und 322 BVergG 2006 in der Fassung BGBl römisch eins 2012/10 sind zwischen den

drei Verfahrensparteien unbestritten und im Vergabe- sowie Verwaltungsakt als gegeben ersichtlich. Die Antragstellerin hat insb vorerst 7.728,00 Euro und danach weitere 1.272,00 Euro an Pauschalgebühren für ihr Nachprüfungs- und eV - Begehren an das Bundesvergabeamt entrichtet, womit die für die gestellten Rechtsschutzgesuche (Nichtigerklärungs- und Provisorialbegehren) betreffend ein offenes Bauauftrags - Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich gemäß BGBl römisch zwei 2012/130 vorgesehenen Pauschalgebühren an das BVA entrichtet worden sind - lfd Nri 13 und 16a des Verwaltungsakts.

3.2. Zum gebotenen Ausscheiden des Angebots der Mitbeteiligten ist nunmehr festzuhalten:

3.2.1. Insb seitens der Mitbeteiligten wird bestritten, dass das Sektorenvergaberecht gegenständlich gemäß § 164 BVergG 2006 Anwendung zu finden hat. Das Sektorenvergaberecht würde betreffend die streitverfangene Auftraggeberin lediglich gemäß § 165 BVergG 2006 Anwendung finden, womit insb auch § 229 Abs 2 BVergG 2006 nicht einschlägig wäre. Die gegenständliche AG ist als Aktiengesellschaft rechtsfähig. Ihre Aktien stehen zu 100% im Eigentum der ÖBB-Holding AG - § 30 Bundesbahngesetz BGBl 1992/825 idF BGBl I 2012/35, wobei die ÖBB-Holding AG gemäß §§ 2 und 3 Bundesbahngesetz zu 100% im Bundeseigentum steht und die Aktien von der Bundesministerin für Verkehr, Innovation und Technologie verwaltet werden. Wie insb aus den §§ 31 und 42 Bundesbahngesetz ersichtlich ist, nimmt die gegenständliche AG, die ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben wahr, die nicht gewerblicher Art sind, zumal die Bereitstellung der Schieneninfrastruktur gemäß § 42 Bundesbahngesetz - zur Durchführung dieser Aufgabe - offenkundig einer Finanzierung durch den Bund bedarf. 3.2.1. Insb seitens der Mitbeteiligten wird bestritten, dass das Sektorenvergaberecht gegenständlich gemäß Paragraph 164, BVergG 2006 Anwendung zu finden hat. Das Sektorenvergaberecht würde betreffend die streitverfangene Auftraggeberin lediglich gemäß Paragraph 165, BVergG 2006 Anwendung finden, womit insb auch Paragraph 229, Absatz 2, BVergG 2006 nicht einschlägig wäre. Die gegenständliche AG ist als Aktiengesellschaft rechtsfähig. Ihre Aktien stehen zu 100% im Eigentum der ÖBB-Holding AG - Paragraph 30, Bundesbahngesetz BGBl 1992/825 in der Fassung BGBl römisch eins 2012/35, wobei die ÖBB-Holding AG gemäß Paragraphen 2 und 3 Bundesbahngesetz zu 100% im Bundeseigentum steht und die Aktien von der Bundesministerin für Verkehr, Innovation und Technologie verwaltet werden. Wie insb aus den Paragraphen 31 und 42 Bundesbahngesetz ersichtlich ist, nimmt die gegenständliche AG, die ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben wahr, die nicht gewerblicher Art sind, zumal die Bereitstellung der Schieneninfrastruktur gemäß Paragraph 42, Bundesbahngesetz - zur Durchführung dieser Aufgabe - offenkundig einer Finanzierung durch den Bund bedarf.

Sohin erfüllt die AG alle Voraussetzungen gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG 2006, womit die AG - in Wertungseinheit zB mit EuGH Rs C-462 und 463/03 als Sektorenauftraggeberin gemäß § 164 BVerG 2006 zu bewerten ist, die der Vergabekontrolle des BVA gemäß Art 14b B-VG iVm § 291 Abs 2 BVergG 2006 idF BGBl I 2012/10 unterliegt. Sohin erfüllt die AG alle Voraussetzungen gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006, womit die AG - in Wertungseinheit zB mit EuGH Rs C-462 und 463/03 als Sektorenauftraggeberin gemäß Paragraph 164, BVerG 2006 zu bewerten ist, die der Vergabekontrolle des BVA gemäß Artikel 14 b, B-VG in Verbindung mit Paragraph 291, Absatz 2, BVergG 2006 in der Fassung BGBl römisch eins 2012/10 unterliegt.

Als Sektorenauftraggeberin gemäß § 164 BVergG 2006 hat die AG gemäß § 229 Abs 2 BVergG 2006 die in § 229 Abs 1 angeführten Ausschlussgründe als zwingend anzuwendend vorzusehen. Als Sektorenauftraggeberin gemäß Paragraph 164, BVergG 2006 hat die AG gemäß Paragraph 229, Absatz 2, BVergG 2006 die in Paragraph 229, Absatz eins, angeführten Ausschlussgründe als zwingend anzuwendend vorzusehen.

Dieses Gebot des Vorsehens der zwingenden Anwendung der Ausschlussgründe gemäß § 229 Abs 1 BVergG 2006 ergibt sich insb auch daraus, dass § 229 Abs 2 BVergG 2006 Tatbestände normiert, bei denen trotz des erfolgten zwingenden Vorsehens dennoch vom tatsächlichen Ausschluss Abstand genommen werden kann; mögen diese Sondertatbestände gegenständlich evident auch nicht vorliegen, siehe zB die Vergabeunterlagen mit 7 Bietern iZm § 229 Abs 2 Z 1 BVergG 2006. Dieses Gebot des Vorsehens der zwingenden Anwendung der Ausschlussgründe gemäß Paragraph 229, Absatz eins, BVergG 2006 ergibt sich insb auch daraus, dass Paragraph 229, Absatz 2, BVergG 2006 Tatbestände normiert, bei denen trotz des erfolgten zwingenden Vorsehens dennoch vom tatsächlichen Ausschluss Abstand genommen werden kann; mögen diese Sondertatbestände gegenständlich evident auch nicht vorliegen, siehe zB die Vergabeunterlagen mit 7 Bietern iZm § 229 Absatz 2, Ziffer eins, BVergG 2006.

Die AG hat in der beim Bundesvergabeamt innerhalb der Fristen des § 321 BVergG 2006 idF BGBl I 2010/15 bzw auch

idF BGBl I 2012/10 unangefochten gebliebenen Ausschreibung mehrfach die Anwendung des § 229 Abs 1 BVergG 2006 ausdrücklich festgelegt, wie oben dargestellt. Wenn daher der VwGH in ZI 2008/04/0087 ausdrücklich vom Gebot der gesetzeskonformen Auslegung von Ausschreibungsbedingungen spricht, sind die im Sachverhalt bereits wiedergegebenen Ausschreibungspassagen betreffend die Eignung und insb Punkt 1.9.2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen des ÖBB - Konzerns für Bauaufträge, Ausgabe 06/2009, objektiv redlich nur dahin zu verstehen, dass die AG allenfalls vorliegende Ausschlussgründe aus dem Katalog des § 229 Abs 1 BVergG 2006 zwingend zum Ausschluss verwendet. Die AG hat insb mit dieser Bestimmung aus den AGB - wie dargestellt - die Anwendung der Ausschlussgründe nach § 229 Abs 1 BVergG 2006 eben zwingend - entsprechend dem Gesetz - vorgesehen. Die AG hat in der beim Bundesvergabeamt innerhalb der Fristen des Paragraph 321, BVergG 2006 in der Fassung BGBl römisch eins 2010/15 bzw auch in der Fassung BGBl römisch eins 2012/10 unangefochten gebliebenen Ausschreibung mehrfach die Anwendung des Paragraph 229, Absatz eins, BVergG 2006 ausdrücklich festgelegt, wie oben dargestellt. Wenn daher der VwGH in ZI 2008/04/0087 ausdrücklich vom Gebot der gesetzeskonformen Auslegung von Ausschreibungsbedingungen spricht, sind die im Sachverhalt bereits wiedergegebenen Ausschreibungspassagen betreffend die Eignung und insb Punkt 1.9.2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen des ÖBB - Konzerns für Bauaufträge, Ausgabe 06 aus 2009,, objektiv redlich nur dahin zu verstehen, dass die AG allenfalls vorliegende Ausschlussgründe aus dem Katalog des Paragraph 229, Absatz eins, BVergG 2006 zwingend zum Ausschluss verwendet. Die AG hat insb mit dieser Bestimmung aus den AGB - wie dargestellt - die Anwendung der Ausschlussgründe nach Paragraph 229, Absatz eins, BVergG 2006 eben zwingend - entsprechend dem Gesetz - vorgesehen.

3.2.2. Nach der hM muss Eignung beim offenen Verfahren ab Angebotseröffnung bis zur Zuschlagserteilung vorliegen, gebietet doch auch § 187 Abs 1 BVergG 2006 die Vergabe, sprich Zuschlagserteilung, an geeignete Unternehmer, siehe dazu nur Heid/Kondert in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³, Rz 1011 bzw C. Mayr in Schramm et al, BVergG 2006 § 230 RZ 10.3.2.2. Nach der hM muss Eignung beim offenen Verfahren ab Angebotseröffnung bis zur Zuschlagserteilung vorliegen, gebietet doch auch Paragraph 187, Absatz eins, BVergG 2006 die Vergabe, sprich Zuschlagserteilung, an geeignete Unternehmer, siehe dazu nur Heid/Kondert in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³, Rz 1011 bzw C. Mayr in Schramm et al, BVergG 2006 Paragraph 230, RZ 10.

3.2.3. Insb mit C. Mayr, aaO, bzw mit BVA 6.7.2011, N/0038-BVA/12/2011-42 ist auszuführen, dass die AG gegenständlich die Eignung ab Angebotsöffnung im offenen Vergabeverfahren nicht permanent zu prüfen hat, jedoch zu einer Eignungsprüfung auch erst nach Angebotsöffnung dann gehalten ist, wenn konkrete Anhaltspunkte auf einen Eignungsverlust hindeuten.

3.2.4. Bereits am 18.5.2005 hat der VwGH zu ZI2004/04/0094 klargestellt, dass der AG bei der Eignungsprüfung nicht auf die in der Ausschreibung dazu ausdrücklich verlangten Dokumente beschränkt ist. Der AG kann vielmehr von einem Bieter auch andere Dokumente zum Zwecke der Eignungsprüfung verlangen; könnte doch gegenteilig ein AG sehr schwer den Wahrheitsgehalt vorgelegter Eignungsnachweise (hier:) für den Zeitraum ab Angebotsöffnung bis zur Zuschlagserteilung prüfen, was allerdings nach dem Vorstehenden jedenfalls zu geschehen hat. Die AG hat nämlich von der geschilderten rechtskräftigen Verurteilung nach Angebotseröffnung nachweislich Kenntnis erlangt.

3.2.5. Die hier einschlägigen Bestimmungen des BVergG 2006 idFBGBl I 2010/15 iZm der Ausscheidensnotwendigkeit des Angebots der Mitbeteiligten lauten:3.2.5. Die hier einschlägigen Bestimmungen des BVergG 2006 in der Fassung BGBl römisch eins 2010/15 iZm der Ausscheidensnotwendigkeit des Angebots der Mitbeteiligten lauten:

3. Teil

Vergabeverfahren für Sektorenauftraggeber

1. Hauptstück

Geltungsbereich, Grundsätze

1. Abschnitt

Persönlicher Geltungsbereich

Sektorenauftraggeber

§ 163. Für Vergabeverfahren von Sektorenauftraggebern, das sind Auftraggeber nach den §§ 164, 165 und 166, gilt

dieses Bundesgesetz mit Ausnahme seines 2. Teiles.Paragraph 163, Für Vergabeverfahren von Sektorenauftraggebern, das sind Auftraggeber nach den Paragraphen 164, 165 und 166, gilt dieses Bundesgesetz mit Ausnahme seines 2. Teiles.

Öffentliche Auftraggeber als Sektorenauftraggeber

§ 164. Soweit ein öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs. 1 eine Sektorentätigkeit (§§ 167 bis 172) ausübt, ist er Sektorenauftraggeber. Öffentliche Unternehmen als SektorenauftraggeberParagraph 164, Soweit ein öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, eine Sektorentätigkeit (Paragraphen 167 bis 172) ausübt, ist er Sektorenauftraggeber. Öffentliche Unternehmen als Sektorenauftraggeber

§ 165. (1) Soweit öffentliche Unternehmen eine Sektorentätigkeit (§§ 167 bis 172) ausüben, sind sie Sektorenauftraggeber.Paragraph 165, (1) Soweit öffentliche Unternehmen eine Sektorentätigkeit (Paragraphen 167 bis 172) ausüben, sind sie Sektorenauftraggeber.

(2) Öffentliches Unternehmen gemäß Abs. 1 ist jedes Unternehmen, auf das ein öffentlicher Auftraggeber auf Grund von Eigentum, finanzieller Beteiligung oder der für das Unternehmen geltenden Vorschriften unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben kann. Die Ausübung eines beherrschenden Einflusses wird vermutet, wenn ein öffentlicher Auftraggeber unmittelbar oder mittelbar(2) Öffentliches Unternehmen gemäß Absatz eins, ist jedes Unternehmen, auf das ein öffentlicher Auftraggeber auf Grund von Eigentum, finanzieller Beteiligung oder der für das Unternehmen geltenden Vorschriften unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben kann. Die Ausübung eines beherrschenden Einflusses wird vermutet, wenn ein öffentlicher Auftraggeber unmittelbar oder mittelbar

1. 1.Ziffer eins

die Mehrheit des gezeichneten Kapitals des Unternehmens besitzt oder

2. 2.Ziffer 2

über die Mehrheit der mit den Anteilen am Unternehmen verbundenen Stimmrechte verfügt oder

3. 3.Ziffer 3

mehr als die Hälfte der Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans des Unternehmens bestellen kann.

[...]

6. Abschnitt

Grundsätze des Vergabeverfahrens und allgemeine Bestimmungen

Grundsätze des Vergabeverfahrens

§ 187. (1) Vergabeverfahren sind nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.Paragraph 187,

(1) Vergabeverfahren sind nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

(2) ...

[...]

5. Abschnitt

Eignung der Unternehmer

Allgemeine Bestimmungen

§ 228. (1) Sektorenauftraggeber haben für die Durchführung eines Vergabeverfahrens objektive Eignungskriterien festzulegen, die allen interessierten Unternehmern zugänglich sein müssen.Paragraph 228, (1) Sektorenauftraggeber haben für die Durchführung eines Vergabeverfahrens objektive Eignungskriterien festzulegen, die allen interessierten Unternehmern zugänglich sein müssen.

(2) Unternehmer, die die gemäß Abs. 1 festgelegten Eignungskriterien nicht erfüllen, sind vom Vergabeverfahren auszuschließen.(2) Unternehmer, die die gemäß Absatz eins, festgelegten Eignungskriterien nicht erfüllen, sind vom Vergabeverfahren auszuschließen.

(3) Erfolgt der Aufruf zum Wettbewerb durch eine Bekanntmachung über das Bestehen eines Prüfsystems, so erfolgt die Prüfung und Auswahl der Unternehmer gemäß § 232.(3) Erfolgt der Aufruf zum Wettbewerb durch eine Bekanntmachung über das Bestehen eines Prüfsystems, so erfolgt die Prüfung und Auswahl der Unternehmer gemäß Paragraph 232,

Ausschlussgründe

§ 229. (1) Unbeschadet des Abs. 2 können Sektorenauftraggeber Unternehmer von der Teilnahme am Vergabeverfahren ausschließen, wennParagraph 229, (1) Unbeschadet des Absatz 2, können Sektorenauftraggeber Unternehmer von der Teilnahme am Vergabeverfahren ausschließen, wenn

1. 1.Ziffer eins

der Sektorenauftraggeber Kenntnis von einer rechtskräftigen Verurteilung gegen sie oder - sofern es sich um juristische Personen, eingetragene Personengesellschaften oder Arbeitsgemeinschaften handelt - gegen in deren Geschäftsführung tätige physische Personen hat, die einen der folgenden Tatbestände betrifft: Mitgliedschaft bei einer kriminellen Organisation (§ 278a StGB), Bestechung (§§ 302, 307, 308 und 310 StGB;§ 10 UWG), Betrug (§§ 146 ff StGB), Untreue (§ 153 StGB), Geschenkannahme (§ 153a StGB), Förderungsmissbrauch (§ 153b StGB) oder Geldwäscherei (§ 165 StGB) bzw. einen entsprechenden Straftatbestand gemäß den Vorschriften des Landes in dem der Unternehmer seinen Sitz hat;der Sektorenauftraggeber Kenntnis von einer rechtskräftigen Verurteilung gegen sie oder - sofern es sich um juristische Personen, eingetragene Personengesellschaften oder Arbeitsgemeinschaften handelt - gegen in deren Geschäftsführung tätige physische Personen hat, die einen der folgenden Tatbestände betrifft: Mitgliedschaft bei einer kriminellen Organisation (Paragraph 278 a, StGB), Bestechung (Paragraphen 302, 307, 308 und 310 StGB; Paragraph 10, UWG), Betrug (Paragraphen 146, ff StGB), Untreue (Paragraph 153, StGB), Geschenkannahme (Paragraph 153 a, StGB), Förderungsmissbrauch (Paragraph 153 b, StGB) oder Geldwäscherei (Paragraph 165, StGB) bzw. einen entsprechenden Straftatbestand gemäß den Vorschriften des Landes in dem der Unternehmer seinen Sitz hat;

[...];

2. 4.Ziffer 4

gegen sie oder - sofern es sich um juristische Personen, eingetragene Personengesellschaften oder Arbeitsgemeinschaften handelt - gegen physische Personen, die in der Geschäftsführung tätig sind, ein rechtskräftiges Urteil wegen eines Deliktes ergangen ist, das ihre berufliche Zuverlässigkeit in Frage stellt;

3. 5.Ziffer 5

sie im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung, insbesondere gegen Bestimmungen des Arbeits-, Sozial- oder Umweltrechts, begangen haben, die vom Sektorenauftraggeber nachweislich festgestellt wurde;

[...]

1. 7.Ziffer 7

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

(2) Sektorenauftraggeber gemäß § 164 (öffentliche Auftraggeber) haben die in Abs. 1 angeführten Ausschlussgründe jedenfalls vorzusehen. Sektorenauftraggeber gemäß § 164 können von einem Ausschluss von Unternehmern gemäß Abs. 1 Abstand nehmen, wenn(2) Sektorenauftraggeber gemäß Paragraph 164, (öffentliche Auftraggeber) haben die in Absatz eins, angeführten Ausschlussgründe jedenfalls vorzusehen. Sektorenauftraggeber gemäß Paragraph 164, können von einem Ausschluss von Unternehmern gemäß Absatz eins, Abstand nehmen, wenn

1. 1.Ziffer eins

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

2. 2.Ziffer 2

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

3. 3.Ziffer 3

ein Auftrag im Verhandlungsverfahren gemäß § 195 Z 10 und 11 an einen Unternehmer vergeben werden soll, gegen den ein Konkurs- bzw. Insolvenzverfahren, ein gerichtliches Ausgleichsverfahren, ein Vergleichsverfahren oder ein Zwangsausgleich eingeleitet wurde oder der sich in Liquidation befindet oder seine gewerbliche Tätigkeit einstellt, und seine Leistungsfähigkeit dazu hinreicht. ein Auftrag im Verhandlungsverfahren gemäß Paragraph 195, Ziffer 10 und 11 an einen Unternehmer vergeben werden soll, gegen den ein Konkurs- bzw. Insolvenzverfahren, ein gerichtliches Ausgleichsverfahren, ein Vergleichsverfahren oder ein Zwangsausgleich eingeleitet wurde oder der sich in Liquidation befindet oder seine gewerbliche Tätigkeit einstellt, und seine Leistungsfähigkeit dazu hinreicht.

Zeitpunkt des Vorliegens der Eignung

§ 230. Unbeschadet der Regelung des § 188 Abs. 1 muss die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit spätestens Paragraph 230, Unbeschadet der Regelung des Paragraph 188, Absatz eins, muss die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit spätestens

1. beim offenen Verfahren zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung,

[...]

vorliegen.

[...]

Prüfung der Angebote

§ 267. (1) Die Prüfung der Angebote erfolgt in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien. Paragraph 267, (1) Die Prüfung der Angebote erfolgt in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien.

(2) Bei Angeboten, die für eine Zuschlagserteilung in Betracht kommen, ist im Einzelnen zu prüfen,

1. 1.Ziffer eins

ob den in § 187 Abs. 1 angeführten Grundsätzen entsprochen wurde; ob den in Paragraph 187, Absatz eins, angeführten Grundsätzen entsprochen wurde;

2. 2.Ziffer 2

nach Maßgabe des § 231 die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Bieters bzw. - bei der Weitergabe von Leistungen - der namhaft gemachten Subunternehmer; nach Maßgabe des Paragraph 231, die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Bieters bzw. - bei der Weitergabe von Leistungen - der namhaft gemachten Subunternehmer;

3. 3.Ziffer 3

ob das Angebot rechnerisch richtig ist;

4. 4.Ziffer 4

die Angemessenheit der Preise;

5. 5.Ziffer 5

ob das Angebot den sonstigen Bestimmungen der Ausschreibung entspricht, insbesondere ob es formrichtig und vollständig ist. Prüfung der Angemessenheit der Preise - vertiefte Angebotsprüfung

§ 268. [...] Paragraph 268, [...]

Ausscheiden von Angeboten

§ 269. (1) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der Sektorenauftraggeber auf Grund des Ergebnisses der Prüfung im Oberschwellenbereich folgende Angebote auszuschneiden: Paragraph 269, (1) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der Sektorenauftraggeber auf Grund des Ergebnisses der Prüfung im Oberschwellenbereich folgende Angebote auszuschneiden:

1. 1.Ziffer eins

Angebote von Bietern, die von der Teilnahme am Vergabeverfahren gemäß § 188 Abs. 5 oder - sofern der Sektorenauftraggeber dies so vorgesehen hat - gemäß § 229 Abs. 1 auszuschließen sind; Angebote von Bietern, die von der Teilnahme am Vergabeverfahren gemäß Paragraph 188, Absatz 5, oder - sofern der Sektorenauftraggeber dies so vorgesehen hat - gemäß Paragraph 229, Absatz eins, auszuschließen sind;

2. 2.Ziffer 2

Angebote von Bietern, deren Befugnis, finanzielle, wirtschaftliche oder technische Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit nicht gegeben ist;

[...]

1. 5.Ziffer 5

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;

[...]

3.2.6. Die im Sachverhalt aufgezeigte rechtskräftige Verurteilung des damaligen Geschäftsführers der Mitbeteiligten, Herrn G***, am 18.1.2012 ist eine solche, die die berufliche Zuverlässigkeit der Mitbeteiligten in Frage stellt - § 229 Abs 1 Z 4 BVergG 2006. Sohin hat sich ein eignungsvernichtender Ausschlussgrund im Zeitraum zwischen Angebotseröffnung und Zuschlagserteilung realisiert, der nach dem Vorgesagten zum Ausschluss der Mitbeteiligten und sohin zum Ausscheiden der Angebote der Mitbeteiligten; 3.2.6. Die im Sachverhalt aufgezeigte rechtskräftige Verurteilung des damaligen Geschäftsführers der Mitbeteiligten, Herrn G***, am 18.1.2012 ist eine solche, die die berufliche Zuverlässigkeit der Mitbeteiligten in Frage stellt - Paragraph 229, Absatz eins, Ziffer 4, BVergG 2006. Sohin hat sich ein eignungsvernichtender Ausschlussgrund im Zeitraum zwischen Angebotseröffnung und Zuschlagserteilung realisiert, der nach dem Vorgesagten zum Ausschluss der Mitbeteiligten und sohin zum Ausscheiden der Angebote der Mitbeteiligten;

und sohin insb auch zum Ausscheiden des Angebots lt angefochtener Zuschlagsentscheidung, jeweils gemäß § 269 Abs 1 Z 1 BVergG 2006, führen hätte müssen. Da nach einem derartigen Ausscheiden die Antragstellerin mit einem ihrer beiden (Varianten-) Angebote für die Zuschlagserteilung in Betracht käme, liegen sohin die Voraussetzungen für die Nichtigerklärung gemäß § 325 Abs 1 BVergG 2006 idF BGBl I 2012/10 vor. und sohin insb auch zum Ausscheiden des Angebots lt angefochtener Zuschlagsentscheidung, jeweils gemäß Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006, führen hätte müssen. Da nach einem derartigen Ausscheiden die Antragstellerin mit einem ihrer beiden (Varianten-) Angebote für die Zuschlagserteilung in Betracht käme, liegen sohin die Voraussetzungen für die Nichtigerklärung gemäß Paragraph 325, Absatz eins, BVergG 2006 in der Fassung BGBl römisch eins 2012/10 vor.

Bei diesem Verfahrensstand kann dahinstehen, ob die ausgesprochene Nichtigerklärung nicht auch deshalb zu erfolgen hätte, weil der rechtskräftig verurteilte Herr G*** nach den Verfahrensergebnissen ab Februar 2012 weiterhin alleinvertretungsbefugter Prokurist der Mitbeteiligten; damit Entscheidungsträger gemäß § 2 Abs 1 Z 1 VbVG; und damit gleichfalls ohnehin eine in der Geschäftsführung tätige Person iSd § 229 Abs 1 Z 4 BVergG 2006 wäre, wie dies zB von Heid/Kondert in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ Rz 1081 vertreten werden dürften. Für ein derartiges Ergebnis könnte nämlich rechtlich zusätzlich sprechen, dass das Gesetz in § 229 Abs 1 Z 4 BVergG 2006 den Begriff der Geschäftsführung verwendet, obwohl zB Aktiengesellschaften formalbegrifflich keine Geschäftsführer, sondern Vorstandsmitglieder iSd §§ 70ff AktG haben, was aber einen materiellen Geschäftsführungsbegriff in § 229 Abs 1 Z 4 BVergG 2006 nahelegt, wenn man nicht insoweit die Anwendbarkeit des § 229 Abs 1 Z 4 AktG abseits von GmbH - Geschäftsführern gänzlich in Frage stellen möchte. Bei diesem Verfahrensstand kann dahinstehen, ob die ausgesprochene Nichtigerklärung nicht auch deshalb zu erfolgen hätte, weil der rechtskräftig verurteilte Herr G*** nach den Verfahrensergebnissen ab Februar 2012 weiterhin alleinvertretungsbefugter Prokurist der Mitbeteiligten; damit Entscheidungsträger gemäß Paragraph 2, Absatz eins, Ziffer eins, VbVG; und damit gleichfalls ohnehin eine in der Geschäftsführung tätige Person iSd Paragraph 229, Absatz eins, Ziffer 4, BVergG 2006 wäre, wie dies zB von Heid/Kondert in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ Rz 1081 vertreten werden dürften. Für ein derartiges Ergebnis könnte nämlich rechtlich zusätzlich sprechen, dass das Gesetz in Paragraph 229, Absatz eins, Ziffer 4, BVergG 2006 den Begriff der Geschäftsführung verwendet, obwohl zB Aktiengesellschaften formalbegrifflich keine Geschäftsführer, sondern Vorstandsmitglieder iSd Paragraphen 70 f, f, AktG haben, was aber einen materiellen

Geschäftsführungsbegriff in Paragraph 229, Absatz eins, Ziffer 4, BVergG 2006 nahelegt, wenn man nicht insoweit die Anwendbarkeit des Paragraph 229, Absatz eins, Ziffer 4, AktG abseits von GmbH - Geschäftsführern gänzlich in Frage stellen möchte.

3.2.7. Klarzustellen ist insoweit ergänzend, dass die AG - wie oben bereits dargestellt - bestandfest in den Ausschreibungsunterlagen den § 229 Abs 1 BVergG 2006 und damit auch dessen Z 4 als anzuwendend festgelegt hat. Wenn es daher die AG - durch die Mitbeteiligte bzw sonstige Bieter unangefochten beim BVA - unterlassen hat, bei der Anwendbarerklärung des § 229 Abs 1 BVergG 2006 nach § 229 Abs 2 leg cit in ihrer Ausschreibung - gleichheitskonform ist einer verfassungskonformen Vergaberechtsanwendung - auch vorzusehen, dass ein potentiell unzuverlässig erscheinender Bieter gemäß § 73 Abs 2 BVergG 2006 per analogiam dennoch seine Zuverlässigkeit und Eignung dartun kann, so würde es nach Senatsauffassung ein gegen § 187 Abs 1 BVergG 2006 verstoßendes Abgehen von der bestandfesten Ausschreibung bedeuteten, wenn man der Mitbeteiligten entgegen der präkludierten Ausschreibung nunmehr dennoch eine Glaubhaftmachungsmöglichkeit ihrer Zuverlässigkeit und Eignung einräumen möchte.

3.2.7. Klarzustellen ist insoweit ergänzend, dass die AG - wie oben bereits dargestellt - bestandfest in den Ausschreibungsunterlagen den Paragraph 229, Absatz eins, BVergG 2006 und damit auch dessen Ziffer 4, als anzuwendend festgelegt hat. Wenn es daher die AG - durch die Mitbeteiligte bzw sonstige Bieter unangefochten beim BVA - unterlassen hat, bei der Anwendbarerklärung des Paragraph 229, Absatz eins, BVergG 2006 nach Paragraph 229, Absatz 2, leg cit in ihrer Ausschreibung - gleichheitskonform ist einer verfassungskonformen Vergaberechtsanwendung - auch vorzusehen, dass ein potentiell unzuverlässig erscheinender Bieter gemäß Paragraph 73, Absatz 2, BVergG 2006 per analogiam dennoch seine Zuverlässigkeit und Eignung dartun kann, so würde es nach Senatsauffassung ein gegen Paragraph 187, Absatz eins, BVergG 2006 verstoßendes Abgehen von der bestandfesten Ausschreibung bedeuteten, wenn man der Mitbeteiligten entgegen der präkludierten Ausschreibung nunmehr dennoch eine Glaubhaftmachungsmöglichkeit ihrer Zuverlässigkeit und Eignung einräumen möchte.

3.2.8. Bei diesem Verfahrensstand war es gemäß § 39 Abs 3 AVG nicht mehr geboten, mit den Streitteilen allfällige weitere Ausscheidensgründe zu Lasten der Mitbeteiligten oder aber die Frage der ausreichenden Angebotsprüfung der AG gemäß § 267 BVergG 2006 zu erörtern.

3.2.8. Bei diesem Verfahrensstand war es gemäß Paragraph 39, Absatz 3, AVG nicht mehr geboten, mit den Streitteilen allfällige weitere Ausscheidensgründe zu Lasten der Mitbeteiligten oder aber die Frage der ausreichenden Angebotsprüfung der AG gemäß Paragraph 267, BVergG 2006 zu erörtern.

3.3. Über das am 14.5.2012 eventualiter gestellte Begehren auf Nichtigerklärung des gesamten Vergabeverfahrens war wegen der stattgebenden Entscheidung betreffend das Primärbegehren auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung nicht abzusprechen - § 13 AVG.

3.3. Über das am 14.5.2012 eventualiter gestellte Begehren auf Nichtigerklärung des gesamten Vergabeverfahrens war wegen der stattgebenden Entscheidung betreffend das Primärbegehren auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung nicht abzusprechen - Paragraph 13, AVG.

3.4. Zum Pauschalgebührenersatz ist auszuführen, dass die Antragstellerin mit ihrem primären gegen die Zuschlagsentscheidung gerichteten Nichtigerklärungsbegehren obsiegt hat, eine weitgehend stattgebende einstweilige Verfügung erwirkt - lfd Nr 26 des Verwaltungsakts - und daher auch insoweit jedenfalls auch obsiegt hat, sowie 9.000,00 Euro an das BVA an Pauschalgebühren bezahlt hat. Dementsprechend war der Ersatz der Pauschalgebühren durch die Auftraggeberin auszusprechen - § 319 Abs 1, 2 und 3 iVm § 303 Abs 1 BVergG 2006 idF BGBl I 2012/10. Wegen des Begehrens auf Bezahlung zu Handen des Verfahrensvertreters war die Zahlungspflicht an diese Rechtsvertretung (nach deren letztgültiger Eigenbezeichnung gemäß Eingabe lfd Nr 44) auszusprechen - § 19a RAO.

3.4. Zum Pauschalgebührenersatz ist auszuführen, dass die Antragstellerin mit ihrem primären gegen die Zuschlagsentscheidung gerichteten Nichtigerklärungsbegehren obsiegt hat, eine weitgehend stattgebende einstweilige Verfügung erwirkt - lfd Nr 26 des Verwaltungsakts - und daher auch insoweit jedenfalls auch obsiegt hat, sowie 9.000,00 Euro an das BVA an Pauschalgebühren bezahlt hat. Dementsprechend war der Ersatz der Pauschalgebühren durch die Auftraggeberin auszusprechen - Paragraph 319, Absatz eins, 2 und 3 in Verbindung mit Paragraph 303, Absatz eins, BVergG 2006 in der Fassung BGBl römisch eins 2012/10. Wegen des Begehrens auf Bezahlung zu Handen des Verfahrensvertreters war die Zahlungspflicht an diese Rechtsvertretung (nach deren letztgültiger Eigenbezeichnung gemäß Eingabe lfd Nr 44) auszusprechen - Paragraph 19 a, RAO.

Schlagworte

gewerbsmäßige Abgabenhinterziehung; Ausschlussgrund im Sektorenbereich; Frage der Reorganisation;

Zuletzt aktualisiert am

24.08.2012

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