

# TE Verg Bescheid 2012/5/31 N/0043-BVA/13/2012-40

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 31.05.2012

## Norm

BVergG 2006 §125

1. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 125 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

## Text

### BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 13 Mag. Thomas Gruber sowie Dr. Wolfgang Wimmer als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Kurt Lang als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "Digitale Luftbilder u. Orthophotos 2012" der Auftraggeber 1. Bund, Bundesamt für Eich- und Vermessungswesen, Schiffamtsgasse 1-3, 1020 Wien, 2. Land-, forst- und wasserwirtschaftliches Rechenzentrum GmbH, Dresdner Straße 89, 1200 Wien, 3. Land Kärnten, Amt der Kärntner Landesregierung, Abt. 8, Umwelt, Wasser und Naturschutz, Flatschacher Straße 70, 9020 Klagenfurt am Wörthersee, 4. Land Niederösterreich, Amt der NÖ Landesregierung, BD3 Abt. Hydrologie und Geoinformation, Landhausplatz 1, Haus 13, 3109 St. Pölten, 5. Land Oberösterreich, Amt der OÖ Landesregierung, Abt. Geoinformation und Liegenschaft, Bahnhofplatz 1, 4021 Linz, 6. Land Salzburg, Amt der Salzburger Landesregierung, Ref. Landesplanung und SAGIS, Postfach 527, 5010 Salzburg, 7. Land Steiermark, Amt der Steiermärkischen Landesregierung, Abteilungsgruppe Landesbaudirektion-Stabstelle Geoinformation, Stempfergasse 7, 8010 Graz und 8. Land Tirol, Amt der Tiroler Landesregierung, Abteilung Geoinformation, Plangrundlagen, Herrengasse 1-3, 6020 Innsbruck, sämtliche vertreten durch die vergebende Stelle Bund, Bundesamt für Eich- und Vermessungswesen, Schiffamtsgasse 1-3, 1020 Wien, aufgrund des Antrages der Bietergemeinschaft A\*\*\* und Aa\*\*\*, vertreten durch X\*\*\*, vom 20. April 2012, eingeschränkt mit Schreiben vom 23. Mai 2012, wie folgt entschieden:

I.römisch eins.

Dem Antrag "das Bundesvergabeamt möge die Entscheidung des Auftraggebers, das Angebot der Antragsteller auszuscheiden, für nichtig erklären" wird gemäß § 312 BVergG 2006 stattgegeben. Die Entscheidung der Auftraggeber das Angebot der Antragsteller auszuscheiden wird für nichtig erklärt. Dem Antrag "das Bundesvergabeamt möge die Entscheidung des Auftraggebers, das Angebot der Antragsteller auszuscheiden, für nichtig erklären" wird gemäß Paragraph 312, BVergG 2006 stattgegeben. Die Entscheidung der Auftraggeber das Angebot der Antragsteller auszuscheiden wird für nichtig erklärt.

II.römisch zwei.

Dem Antrag "das Bundesvergabeamt möge die Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers vom 11.04.2012 für die Lose 1-3, 5, 7-9 für nichtig erklären" wird gemäß § 312 BVerG 2006 stattgegeben. Die Zuschlagsentscheidung vom 11. April 2012 wird soweit die Lose 1-3, 5, 7-9 betroffen sind für nichtig erklärt. Dem Antrag "das Bundesvergabeamt möge die Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers vom 11.04.2012 für die Lose 1-3, 5, 7-9 für nichtig erklären" wird gemäß Paragraph 312, BVerG 2006 stattgegeben. Die Zuschlagsentscheidung vom 11. April 2012 wird soweit die Lose 1-3, 5, 7-9 betroffen sind für nichtig erklärt.

III.römisch drei.

Dem Antrag "das Bundesvergabeamt möge den Auftraggeber anweisen, den Antragsstellern den Ersatz der Pauschalgebühren des gegenständlichen Verfahrens zu Handen ihres ausgewiesenen Rechtsvertreters zu ersetzen" wird gem § 319 BVerG 2006 stattgegeben. Die Auftraggeber sind verpflichtet, der Antragstellerin die Pauschalgebühren in Höhe von € 3.000,- Dem Antrag "das Bundesvergabeamt möge den Auftraggeber anweisen, den Antragsstellern den Ersatz der Pauschalgebühren des gegenständlichen Verfahrens zu Handen ihres ausgewiesenen Rechtsvertreters zu ersetzen" wird gem Paragraph 319, BVerG 2006 stattgegeben. Die Auftraggeber sind verpflichtet, der Antragstellerin die Pauschalgebühren in Höhe von € 3.000,-

innen 14 Tagen ab Zustellung dieses Bescheides bei sonstiger Exekution zu Handen der Antragstellervertreterin zu bezahlen.

#### Begründung

##### 1. Vorbringen der Parteien

Mit Schreiben vom 20.04.2012, beim BVA eingelangt am 23.04.2012, beehrte die Antragstellerin die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, die Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung, die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 11.4.2012, die Erlassung einer einstweiligen Verfügung und den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren durch die Auftraggeber.

Begründend wurde von der Antragstellerin im Wesentlichen ausgeführt, dass die Auftraggeber Anfang 2012 den Abschluss eines Vertrages über die Durchführung von Befliegungen zur Herstellung digitaler Luftbilder mit großformatigen Luftbildsensoren, die Bestimmung der Orientierungsparameter der Luftbilder und die Herstellung digitaler Orthophotos, BEV-DOP- 2012, für ein Projektgebiet von ca. 22.000 Quadratkilometer innerhalb der Republik Österreich als offenes Verfahren im Oberschwabenbereich ausgeschrieben hätten. Der Ausschreibungsgegenstand umfasse verschiedene Teilleistungen wie Flugplanung, Durchführung von Bildmessflügen mit großformatigen digitalen Luftbildsensoren, Messung von Passpunkten, Aerotriangulierung etc. und sei das Projektgebiet dazu in 9 Lose unterteilt worden. Gemäß der Ausschreibung könne eine Angebotslegung für ein oder mehrere Lose erfolgen und sei die Zuschlagserteilung, ebenfalls für ein oder mehrere Lose, jeweils nach dem Billigstbieterprinzip vorgesehen. Die Antragstellerin habe am 24.02.2012 fristgerecht ein ausschreibungskonformes Angebot für die Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen und zwar für jedes der 9 Lose übermittelt. Bei der Angebotsöffnung seien Angebote von fünf Unternehmen vorgelegen, teils für alle, teils für nur einzelne Lose, und sei die Antragstellerin für 7 Lose, und zwar "Weinviertel - Ost", "Weinviertel - West", "Graz", "Tauern", "Pinzgau", "Zillertal" und "Osttirol" jeweils die Billigstbieterin gewesen. Die Antragstellerin sei mit Schreiben vom 13.03.2012 und 28.03.2012 aufgefordert worden, weitere Unterlagen vorzulegen, dem die Antragstellerin mit Schreiben vom 19.03.2012 bzw 30.03.2012 fristgerecht und ordnungsgemäß nachgekommen sei. Mit Schreiben vom 11.04.2012 hätten die Auftraggeber bekanntgegeben, dass sie beabsichtigen würden, anderen Bietern den Zuschlag zu erteilen. Das Angebot der Antragstellerin sei dagegen gem § 129 Abs. 1 Z 2 BVerG aus dem Verfahren ausgeschieden worden, da aufgrund des Ergebnisses der vertieften Angebotsprüfung angeblich die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Antragstellerin nicht gegeben sei. Diese Entscheidung, insbesondere die Ausscheidung der Antragstellerin aus dem Vergabeverfahren, sei nicht nachvollziehbar und beantrage die Antragstellerin daher die Nichtigerklärung der Ausscheidungs- und Zuschlagsentscheidung. Insbesondere sei nicht nachvollziehbar, auf welcher Grundlage die Auftraggeber ihre Entscheidung getroffen hätten und sei die Ausscheidungs- und Zuschlagsentscheidung der Auftraggeber daher rechtswidrig, weil willkürlich. Denn die Antragstellerin habe, wie in Punkt

Begründend wurde von der Antragstellerin im Wesentlichen ausgeführt, dass die Auftraggeber Anfang 2012 den Abschluss eines Vertrages über die Durchführung von Befliegungen zur Herstellung digitaler Luftbilder mit großformatigen Luftbildsensoren, die Bestimmung der

Orientierungsparameter der Luftbilder und die Herstellung digitaler Orthophotos, BEV-DOP- 2012, für ein Projektgebiet von ca. 22.000 Quadratkilometer innerhalb der Republik Österreich als offenes Verfahren im Oberschwellenbereich ausgeschrieben hätten. Der Ausschreibungsgegenstand umfasse verschiedene Teilleistungen wie Flugplanung, Durchführung von Bildmessflügen mit großformatigen digitalen Luftbildsensoren, Messung von Passpunkten, Aerotriangulierung etc. und sei das Projektgebiet dazu in 9 Lose unterteilt worden. Gemäß der Ausschreibung könne eine Angebotslegung für ein oder mehrere Lose erfolgen und sei die Zuschlagserteilung, ebenfalls für ein oder mehrere Lose, jeweils nach dem Billigstbieterprinzip vorgesehen. Die Antragsstellerin habe am 24.02.2012 fristgerecht ein ausschreibungskonformes Angebot für die Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen und zwar für jedes der 9 Lose übermittelt. Bei der Angebotsöffnung seien Angebote von fünf Unternehmen vorgelegen, teils für alle, teils für nur einzelne Lose, und sei die Antragsstellerin für 7 Lose, und zwar "Weinviertel - Ost", "Weinviertel - West", "Graz", "Tauern", "Pinzgau", "Zillertal" und "Osttirol" jeweils die Billigstbieterin gewesen. Die Antragsstellerin sei mit Schreiben vom 13.03.2012 und 28.03.2012 aufgefordert worden, weitere Unterlagen vorzulegen, dem die Antragsstellerin mit Schreiben vom 19.03.2012 bzw 30.03.2012 fristgerecht und ordnungsgemäß nachgekommen sei. Mit Schreiben vom 11.04.2012 hätten die Auftraggeber bekanntgegeben, dass sie beabsichtigen würden, anderen Bietern den Zuschlag zu erteilen. Das Angebot der Antragsstellerin sei dagegen gem Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG aus dem Verfahren ausgeschieden worden, da aufgrund des Ergebnisses der vertieften Angebotsprüfung angeblich die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Antragstellerin nicht gegeben sei. Diese Entscheidung, insbesondere die Ausscheidung der Antragsstellerin aus dem Vergabeverfahren, sei nicht nachvollziehbar und beantrage die Antragsstellerin daher die Nichtigerklärung der Ausscheidungs- und Zuschlagsentscheidung. Insbesondere sei nicht nachvollziehbar, auf welcher Grundlage die Auftraggeber ihre Entscheidung getroffen hätten und sei die Ausscheidungs- und Zuschlagsentscheidung der Auftraggeber daher rechtswidrig, weil willkürlich. Denn die Antragsstellerin habe, wie in Punkt

4.3. der allgemeinen Ausschreibungsbedingungen gefordert, ordnungsgemäße Erklärungen über die Gesamtjahresumsätze der letzten drei Geschäftsjahre vorgelegt, wobei sie den durchschnittlich geforderten Gesamtjahresumsatz von EUR 400.000,- netto jedenfalls erfülle und habe den Nachweis über das Bestehen einer Berufshaftpflichtversicherung mit einer Mindesthaftsumme von EUR 200.000,- erbracht. Auch habe sie auftragsgemäß die Bilanz der letzten drei Geschäftsjahre samt Anhang vorgelegt und würden die aus den Unterlagen ersichtlichen Daten allen für das gegenständliche Vergabeverfahren festgelegten Anforderungen entsprechen.

Mit Schreiben vom 24. April 2012 hat sich die B\*\*\* gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung ausgesprochen. Sie hat jedoch keine begründeten Einwendungen iSd § 324 Abs 3 BVergG 2006 innerhalb der dort vorgesehenen Frist von 10 Tagen gegen die von der Antragstellerin begehrte Entscheidung erhoben. Mit Schreiben vom 24. April 2012 hat sich die B\*\*\* gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung ausgesprochen. Sie hat jedoch keine begründeten Einwendungen iSd Paragraph 324, Absatz 3, BVergG 2006 innerhalb der dort vorgesehenen Frist von 10 Tagen gegen die von der Antragstellerin begehrte Entscheidung erhoben.

Mit Schreiben der Auftraggeber vom 25. April 2012 gaben diese bekannt, dass Auftraggeber die im Spruch genannten 8 Personen seien. Bei dem gegenständlichen Vergabeverfahren handle es sich um einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich mit einem geschätzten Auftragswert von € 688.650,- exklusive USt der in einem offenen Verfahren nach dem Billigstbieterprinzip vergeben werden solle. Die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Bieter C\*\*\*, D\*\*\* / E\*\*\* / F\*\*\*, B\*\*\* und G\*\*\* sei am 5. April 2012 erfolgt. Der Antragstellerin sei die Zuschlagsentscheidung am 11. April 2012 per Telefax zugestellt worden. Die Auftraggeber würden sich nicht gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung aussprechen.

Mit Schreiben vom 25. April 2012 hat die H\*\*\* angegeben, dass sie arbeitstechnische Kapazitäten freihalten würde um die gewohnt korrekten und termingerechten Arbeiten abzugeben.

Mit Schreiben der Auftraggeber vom 27. April 2012 haben diese im Wesentlichen vorgebracht, dass sie die angebliche Rechtsverletzung durch die Auftraggeber und das Vorbringen die Auftraggeber hätten eine willkürliche Entscheidung getroffen bestreiten würden. Die vergebende Stelle hätte eine Prüfung der Angemessenheit der Preise der Antragstellerin vorgenommen, zumal diese erheblich günstiger als jene der meisten anderen Bieter gewesen seien. Im Zuge dessen habe die vergebende Stelle auch eine vertiefte Angebotsprüfung über die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit aller Bieter durchgeführt. Die vergebende Stelle gehe auf Basis dieser Prüfschritte von der Angemessenheit der Preise der Antragstellerin aus. Die vertiefte Angebotsprüfung hinsichtlich der wirtschaftlichen

Leistungsfähigkeit habe die vergebende Stelle an den begleiteten Wirtschaftsprüfer und Steuerberater J\*\*\* übertragen. Zusammengefasst sei der Privatsachverständige J\*\*\* in seinem Gutachten zu dem Schluss gekommen, dass es aus seiner sachverständigen Sicht Bedenken gegen eine Auftragsvergabe an die Antragstellerin aus wirtschaftlicher Sicht gebe. Daher sei die vergebende Stelle aus sachlichen Erwägungen gezwungen gewesen die Antragstellerin auszuschneiden, obwohl sich für die Auftraggeber damit die Beschaffung um circa € 171.000 netto verteuern würde.

Mit Bescheid des Bundesvergabebeamten vom 30. April 2012, N/0043-BVA/13/2012-EV14, wurde den Auftraggebern die Erteilung des Zuschlags für die Lose 1-3,5 und 7 bis 9 für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt.

Mit Schreiben der Bietergemeinschaft Vermessung D\*\*\* und F\*\*\* vom 4. Mai 2012 erhob diese begründete Einwendungen gegen den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin. Darin brachte diese im Wesentlichen vor, dass über das Vermögen der J\*\*\* bereits ein Insolvenzverfahren eröffnet worden sei und dass die J\*\*\* über eine schwache Bonität und die Aa\*\*\* über eine sehr schwache Bonität verfügen würden. Weiters wäre das Angebot der Antragstellerin bei Zutreffen bestimmter Vermutungen wegen fehlender technischer Leistungsfähigkeit auszuschneiden gewesen. Es würden bei den Losen 5 und 7-9 ungewöhnlich hohe Preisunterschiede zwischen den Lospreisen der Antragstellerin und den Lospreisen der restlichen Bieter bestehen.

Mit Schreiben der H\*\*\* vom 5. Mai 2012, beim BVA eingelangt mit E-Mail vom 7. Mai 2012, erhob diese verspätet (die Frist dafür ist am 4. Mai 2012 abgelaufen) Einwendungen gegen den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin.

Mit Schreiben der Auftraggeber vom 8. Mai 2012 brachten diese im Wesentlichen vor, dass es sich bei Land-, forst- und wasserwirtschaftliche Rechenzentrum GmbH jedenfalls um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des § 3 BVergG handeln würde. Die Mindestanforderung eines durchschnittlichen Jahresumsatzes von € 400.000 netto in den letzten drei Jahren werde von der Antragstellerin erfüllt. Auch das Bestehen einer Berufshaftpflichtversicherung mit einer Mindesthaftpflichtversicherungssumme von € 200.000 sei nachgewiesen worden. Mit Schreiben der Auftraggeber vom 8. Mai 2012 brachten diese im Wesentlichen vor, dass es sich bei Land-, forst- und wasserwirtschaftliche Rechenzentrum GmbH jedenfalls um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des Paragraph 3, BVergG handeln würde. Die Mindestanforderung eines durchschnittlichen Jahresumsatzes von € 400.000 netto in den letzten drei Jahren werde von der Antragstellerin erfüllt. Auch das Bestehen einer Berufshaftpflichtversicherung mit einer Mindesthaftpflichtversicherungssumme von € 200.000 sei nachgewiesen worden.

Mit Schreiben der Antragstellerin vom 9. Mai 2012 brachte diese im Wesentlichen vor, dass die J\*\*\* im September 2010 von einer starken Investorengruppe übernommen worden sei und sowohl finanziell als auch die Ausstattung betreffend völlig neu aufgestellt sei. Das Insolvenzverfahren über die J\*\*\* sei bereits 2010 abgeschlossen worden. Die Preise der Antragstellerin seien, wie sich auch aus der Offenlegung der Kalkulation ergebe, auskömmlich und seien auch auf ihre Angemessenheit von den Auftraggebern geprüft worden.

Mit Schreiben der Bietergemeinschaft D\*\*\* und F\*\*\* vom 14. Mai 2012 brachte diese im Wesentlichen vor, dass die Antragstellerin nicht kostendeckend angeboten habe. Auch wenn die in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Mindestanforderungen von der Antragstellerin erfüllt sein sollten, gelte der Grundsatz gemäß § 19 Abs. 1 Bundesvergabegesetz wonach die Vergabe nur an leistungsfähige Unternehmer zu erfolgen habe. Durch den gerichtlich beeideten Sachverständigen I\*\*\* sei fachkundig nachgewiesen worden, dass die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Antragstellerin nicht gegeben sei. Weiters sei die Befugnis der Antragstellerin nicht gegeben, da diese zwar eine Dienstleistungsanzeige beim BMWFJ gemäß § 373a GewO gemacht habe, doch sei diese nur mehr bis 10. August 2012 gültig. Eine Befliegung sei jedoch auch nach dem 10. August 2012 nötig. Aa\*\*\* habe eine solche Dienstleistungsanzeige gar nicht erstattet, weshalb Aa\*\*\* zur grenzüberschreitenden Dienstleistung nicht befugt sei. Die Antragstellerin würde weiters erst seit 1. April 2012 über eine vierte Kamera verfügen, weshalb diese erst seit 1. April 2012 über die erforderliche Anzahl von geeigneten Kameras verfügen würde, weshalb die technische Leistungsfähigkeit der Antragstellerin nicht gegeben sei. Mit Schreiben der Bietergemeinschaft D\*\*\* und F\*\*\* vom 14. Mai 2012 brachte diese im Wesentlichen vor, dass die Antragstellerin nicht kostendeckend angeboten habe. Auch wenn die in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Mindestanforderungen von der Antragstellerin erfüllt sein sollten, gelte der Grundsatz gemäß Paragraph 19, Absatz eins, Bundesvergabegesetz wonach die Vergabe nur an leistungsfähige Unternehmer zu erfolgen habe. Durch den gerichtlich beeideten Sachverständigen I\*\*\* sei fachkundig nachgewiesen worden, dass die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Antragstellerin nicht

gegeben sei. Weiters sei die Befugnis der Antragstellerin nicht gegeben, da diese zwar eine Dienstleistungsanzeige beim BMWFJ gemäß Paragraph 373 a, GewO gemacht habe, doch sei diese nur mehr bis 10. August 2012 gültig. Eine Befliegung sei jedoch auch nach dem 10. August 2012 nötig. Aa\*\*\* habe eine solche Dienstleistungsanzeige gar nicht erstattet, weshalb Aa\*\*\* zur grenzüberschreitenden Dienstleistung nicht befugt sei. Die Antragstellerin würde weiters erst seit 1. April 2012 über eine vierte Kamera verfügen, weshalb diese erst seit 1. April 2012 über die erforderliche Anzahl von geeigneten Kameras verfügen würde, weshalb die technische Leistungsfähigkeit der Antragstellerin nicht gegeben sei.

Am 16. Mai 2012 fand im Bundesvergabeamt eine mündliche Verhandlung statt. Die Auftraggeber haben dabei im Wesentlichen vorgebracht, dass laut Vereinsregisterauszug der Land-, forst- und wasserwirtschaftliches Rechenzentrum Verein gemäß § 3 Abs 1 Z 2c BVergG 2006 unter Leitung und Aufsicht des Bundes stehe und die Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber ebenfalls gegeben sei. Die Anteile an dem Gesamtauftragswert würden sich wie folgt zwischen den Auftraggebern aufteilen: 1 Drittel Bundesamt für Eich- und Vermessungswesen, 1 Drittel Land-, forst- und wasserwirtschaftliches Rechenzentrum GmbH und 1 Drittel die 6 Länder. Punkt 4.3 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen regle die Anforderungen an die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit umfassend. Darüber hinaus gebe es keine weiteren diesbezüglichen Anforderungen in der Ausschreibung. Die Antragstellerin erfülle sämtliche Mindestanforderungen an die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit wie sie in Punkt 4.3 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen vorgesehen seien. Insbesondere werde das Kriterium durchschnittlicher Gesamtjahresumsatz von zumindest € 400.000 netto, die Berufshaftpflichtversicherung von € 200.000 sowie das Vorlegen der Bilanz samt Anhang des letzten Geschäftsjahres von der Antragstellerin erfüllt. Über dieses geforderte Mindestmaß hinaus hätten die Auftraggeber im Sinne des § 19 BVergG das Vorliegen der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit auf Basis der zusätzlich übermittelten Unterlagen der Antragstellerin geprüft und seien zu dem Schluss gekommen, dass auf dieser Basis nicht von einer erfolgreichen Auftragserfüllung ausgegangen werden könne und bereits aus allgemein rechtlichen Grundlagen die Auftraggeber nicht gezwungen werden könnten einen Auftrag zu erteilen, wenn zum Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung damit gerechnet werden könne, dass der Leistungsvertrag nachträglich aufgrund mangelnder Leistungsfähigkeit wegfallen würde. Zur vertieften Angebotsprüfung geben die Auftraggeber an, dass auf Seite 1 der "Technischen Prüfung der am 13.03.2012 nachgeforderten Bieterunterlagen" die Anzahl der zu kalkulierenden Luftbilder aus einer Standardplanung und die Angaben der Bieter mit der eigenen Flugplanungssoftware verglichen worden seien um wesentliche Kalkulationsfehler auszuschließen. Der Einfluss der Topografie speziell im Hochgebirge sei durch die Verwendung eines digitalen Höhenmodells berücksichtigt worden und die Standardrichtung Ost West sei als weiterer Parameter vorgegeben worden. Die Prüfung der Preise durch die Auftraggeber sei durch Vergleich der km<sup>2</sup> Preise von Vergabeverfahren 2011 und 2012 erfolgt. Zwischen den Vergabeverfahren 2010 und den Einzelvergaben 2011 sei eine deutlich abfallende Preiskurve zu bemerken gewesen und daher seien vor allem Preise aus dem Verfahren 2011 herangezogen worden. Bei den Vergleichsverfahren seien nur die Preise aus der Vergangenheit herangezogen worden die auch erfolgreich von Auftragnehmer zur Zufriedenheit des Auftraggebers durchgeführt worden seien; dies mit Ausnahme der Vergabe von Vorarlberg 2012, bei welcher Vergabe noch keine Durchführung stattgefunden habe. Zur Frage der Befugnis der Antragstellerin gaben sowohl die Antragstellerin als auch die Auftraggeber übereinstimmend an, dass die J\*\*\* die Befliegungen und die Luftbilddaufnahmen durchführen werde und nicht die Aa\*\*\*. Zum Zeitpunkt der Angebotsprüfung sei die technische Leistungsfähigkeit nach der fachkundigen Sicht des prüfenden Personals gegeben gewesen. Zur technischen Leistungsfähigkeit der Antragstellerin gaben die Auftraggeber an, dass die erforderliche Anzahl der Kameras im Angebot ausreichend angeboten gewesen sei. Im Angebot die Antragstellerin seien sämtliche geforderten Bedingungen der Ausschreibung zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorgelegen. Es sei im Angebot der Antragstellerin nachvollziehbar dargestellt worden, dass drei Systeme zur Befliegung zu Verfügung stehen würden. Überdies habe sich die Auftraggeberin mit der Problematik der dazu eingesetzten Fotografen nicht näher auseinander zu setzen, da der § 373a Bescheid auf die Antragstellerin ausgestellt sei und es der Antragstellerin obliege das geeignete Personal zu Verfügung zu stellen. Am 16. Mai 2012 fand im Bundesvergabeamt eine mündliche Verhandlung statt. Die Auftraggeber haben dabei im Wesentlichen vorgebracht, dass laut Vereinsregisterauszug der Land-, forst- und wasserwirtschaftliches Rechenzentrum Verein gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2 c, BVergG 2006 unter Leitung und Aufsicht des Bundes stehe und die Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber ebenfalls gegeben sei. Die Anteile an dem Gesamtauftragswert würden sich wie folgt zwischen den Auftraggebern aufteilen: 1 Drittel Bundesamt für Eich- und Vermessungswesen, 1 Drittel Land-, forst- und wasserwirtschaftliches Rechenzentrum GmbH

und 1 Drittel die 6 Länder. Punkt 4.3 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen regle die Anforderungen an die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit umfassend. Darüber hinaus gebe es keine weiteren diesbezüglichen Anforderungen in der Ausschreibung. Die Antragstellerin erfülle sämtliche Mindestanforderungen an die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit wie sie in Punkt 4.3 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen vorgesehen seien. Insbesondere werde das Kriterium durchschnittlicher Gesamtjahresumsatz von zumindest € 400.000 netto, die Berufshaftpflichtversicherung von € 200.000 sowie das Vorlegen der Bilanz samt Anhang des letzten Geschäftsjahres von der Antragstellerin erfüllt. Über dieses geforderte Mindestmaß hinaus hätten die Auftraggeber im Sinne des Paragraph 19, BVergG das Vorliegen der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit auf Basis der zusätzlich übermittelten Unterlagen der Antragstellerin geprüft und seien zu dem Schluss gekommen, dass auf dieser Basis nicht von einer erfolgreichen Auftragserfüllung ausgegangen werden könne und bereits aus allgemein rechtlichen Grundlagen die Auftraggeber nicht gezwungen werden könnten einen Auftrag zu erteilen, wenn zum Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung damit gerechnet werden könne, dass der Leistungsvertrag nachträglich aufgrund mangelnder Leistungsfähigkeit wegfallen würde. Zur vertieften Angebotsprüfung geben die Auftraggeber an, dass auf Seite 1 der "Technischen Prüfung der am 13.03.2012 nachgeforderten Bieterunterlagen" die Anzahl der zu kalkulierenden Luftbilder aus einer Standardplanung und die Angaben der Bieter mit der eigenen Flugplanungssoftware verglichen worden seien um wesentliche Kalkulationsfehler auszuschließen. Der Einfluss der Topografie speziell im Hochgebirge sei durch die Verwendung eines digitalen Höhenmodells berücksichtigt worden und die Standardrichtung Ost West sei als weiterer Parameter vorgegeben worden. Die Prüfung der Preise durch die Auftraggeber sei durch Vergleich der km<sup>2</sup> Preise von Vergabeverfahren 2011 und 2012 erfolgt. Zwischen den Vergabeverfahren 2010 und den Einzelvergaben 2011 sei eine deutlich abfallende Preiskurve zu bemerken gewesen und daher seien vor allem Preise aus dem Verfahren 2011 herangezogen worden. Bei den Vergleichsverfahren seien nur die Preise aus der Vergangenheit herangezogen worden die auch erfolgreich von Auftragnehmer zur Zufriedenheit des Auftraggebers durchgeführt worden seien; dies mit Ausnahme der Vergabe von Vorarlberg 2012, bei welcher Vergabe noch keine Durchführung stattgefunden habe. Zur Frage der Befugnis der Antragstellerin gaben sowohl die Antragstellerin als auch die Auftraggeber übereinstimmend an, dass die J\*\*\* die Befliegungen und die Luftbildaufnahmen durchführen werde und nicht die Aa\*\*\*. Zum Zeitpunkt der Angebotsprüfung sei die technische Leistungsfähigkeit nach der fachkundigen Sicht des prüfenden Personals gegeben gewesen. Zur technischen Leistungsfähigkeit der Antragstellerin gaben die Auftraggeber an, dass die erforderliche Anzahl der Kameras im Angebot ausreichend angeboten gewesen sei. Im Angebot der Antragstellerin seien sämtliche geforderten Bedingungen der Ausschreibung zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorgelegen. Es sei im Angebot der Antragstellerin nachvollziehbar dargestellt worden, dass drei Systeme zur Befliegung zu Verfügung stehen würden. Überdies habe sich die Auftraggeberin mit der Problematik der dazu eingesetzten Fotografen nicht näher auseinander zu setzen, da der Paragraph 373 a, Bescheid auf die Antragstellerin ausgestellt sei und es der Antragstellerin obliege das geeignete Personal zu Verfügung zu stellen.

Die Bietergemeinschaft D\*\*\* und F\*\*\* wandten sich in der mündlichen Verhandlung gegen die Heranziehung des Vergleichspreises von € 48,-/km<sup>2</sup> bei dem Auftrag Vorarlberg 2012 obwohl sie selbst - als Mitglied einer Bietergemeinschaft - Auftragnehmer dieses Auftrages war. Sie gab weiters an, dass zur Prüfung der Angemessenheit des Angebotes ein Vergleich von Billigstbieterverfahren keine plausible Methode sei. Plausibel sei zur Prüfung der Angemessenheit vielmehr ein Mittelwert der Angebotspreise der Vergabeverfahren in der Vergangenheit. Bezüglich der Preise der Vergleichslose 2011 für abseits des Hochgebirges gelegene Fluglose von 17,75 € pro km<sup>2</sup> gab die B\*\*\* an, dass dieser Preis nicht angemessen aber plausibel sei. Die H\*\*\* gab an, dass dieser Preis von 17,75 € pro km<sup>2</sup> nicht angemessen sei, wenn man nicht vor Ort stationiert sei. Sei man vor Ort stationiert sei dieser Preis jedoch angemessen. Die Bietergemeinschaft D\*\*\* und F\*\*\* gab an, dass sie über die technische Leistungsfähigkeit der Antragstellerin lediglich spekulieren könne und mangels Kenntnis des Angebotes der Antragstellerin spekulierend angebe, dass die J\*\*\* für die Auftragsdurchführung lediglich ein System besitze, sodass für die Auftragsdurchführung andere Unternehmen herangezogen werden müssten. Weiters gab die Bietergemeinschaft D\*\*\* und F\*\*\* an, dass aufgrund der technischen Vergleichbarkeit zum Vergleich der Angebotspreise bei Hochgebirgslosen vom BEV nur ein Vergleichspreis herangezogen worden sei, woraus keine Marktüblichkeit ableitbar sei.

Mit Schreiben der Bietergemeinschaft D\*\*\* und F\*\*\* vom 21. Mai 2012 brachte diese im Wesentlichen vor, dass die Antragstellerin wirtschaftlich und finanziell sowie technisch nicht leistungsfähig sei, und zu einem nicht auskömmlichen Preis angeboten habe, welcher den Markt nachhaltig schädigen würde und seitens der Auftraggeberin in absolut unzureichender und unzulässiger Form auf Auskömmlichkeit geprüft worden sei. Es liege eine Umgehung

vor, weil die Aa\*\*\* als Mitglied der Bietergemeinschaft der Antragstellerin offiziell nach außen nicht fliegend tätig werden solle, andererseits aber ihr Personal und ihre Flugzeuge und Sensoren sehr wohl eingesetzt werden müssten. Der Preis der Antragstellerin für die Hochgebirgslose sei keinesfalls auskömmlich. Bei knapper Kalkulation würden sich Preise für schwierige Hochgebirgslose von € 42,50 bis 49,36 € pro Quadratkilometer ergeben, die Antragstellerin habe dies jedoch im Schnitt um 32 € pro Quadratkilometer angeboten.

Mit Schreiben der Auftraggeber vom 21. Mai 2012 brachten diese im Wesentlichen vor, dass der einzige Gesellschafter der Land-, forst- und wasserwirtschaftliches Rechenzentrum GmbH der Verein Land-, forst- und wasserwirtschaftliches Rechenzentrum sei. Ungefähr 90 % des Umsatzes werde mit dem Bund erzielt.

Mit Schreiben der Antragstellerin vom 23. Mai 2012 brachte diese im Wesentlichen vor, dass sie den Nachprüfungsantrag vom 20. April 2012 betreffend Punkt 8.4 um die Lose 4 und 6 einschränke, sodass Punkt 8.4 nunmehr laute: "Das Bundesvergabeamt möge [...] die Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers vom 11.04.2012 für die Lose 1-3,5, 7-9 für nichtig erklären".

Mit Schreiben der Auftraggeber vom 24. Mai 2012 brachten diese im Wesentlichen vor, dass die technische Leistungsfähigkeit der Antragstellerin von der vergebenden Stelle an Hand der Anbotsunterlagen geprüft worden sei. Dies sei in Beilage 9 (Lfd.Nr. 40) zum Akt GZ 2012/2012 (DOP2012 - Technische Bewertung der Bieterunterlagen) in Kurzform dokumentiert. Es sei bei der sachkundigen Prüfung kein Grund gefunden worden einen der Bieter mangels technischer Leistungsfähigkeit auszuschneiden. Die Antragstellerin biete an, die zugeschlagenen Lose mit 3 Ausrüstungen (Luftfahrzeug plus Digitalkamera) zu befliegen. Davon sei eine Ausrüstung im Eigentum der Antragstellerin. Für die beiden anderen würden Abtretungserklärungen zu Gunsten der Antragstellerin vorliegen. Alle drei Ausrüstungen würden den geforderten Spezifikationen genügen (Lfd.Nr. 48, Beilagen .17 der Anbotsunterlagen). Die Antragstellerin habe eine ausreichende Anzahl von Referenzprojekten vorgelegt. Diese seien von der vergebenden Stelle hinsichtlich Flächenausdehnung und Sollauflösung der Luftbilder als ausreichend angesehen worden. Das Projekt "Steiermark 2011", für das zum Zeitpunkt der Anbotslegung die Teilleistung Bildflug der Antragstellerin bereits abgenommen und bezahlt worden sei, sei von der vergebenden Stelle hinsichtlich Topographie des Geländes als ausreichend charakteristisch für die Lose DOP 2012 bewertet worden (Lfd.Nr. 48, Beilagen .16 der Anbotsunterlagen). Die von der Antragstellerin genannte Projektleiterin erfülle gemäß ihres CV alle Anforderungen. Angaben zu weiteren am Projekt DOP 2012 beteiligten Personen seien in der Ausschreibung nicht gefordert worden (Lfd.Nr. 48, Beilage 18 der Anbotsunterlagen). Im Rahmen einer vertieften Angebotsprüfung seien seitens der vergebenden Stelle weitere Unterlagen (u.a. hinsichtlich der Kalkulationsgrundlagen zu den Angebotspreisen) von den Bietern angefordert worden. Mit diesen Angaben der Bieter sei die Angemessenheit der angebotenen Preise der Billigstbieter geprüft worden - dokumentiert in Beilage 8 (Lfd.Nr. 39) zum Akt GZ 2012/2012 (DOP 2012 - Vertiefte technische Prüfung der Bieterunterlagen). Die Nachvollziehbarkeit der technischen Planungsparameter aller Bieter sei von der vergebenden Stelle exemplarisch für drei der neun Fluglose fachkundig geprüft und für in Ordnung befunden worden. Die von der Antragstellerin schon in der Angebotsphase abgegebenen Flugplanungen würden belegen, dass die Antragstellerin die jeweiligen lokalen topographischen Gegebenheiten der angebotenen Lose ausreichend berücksichtigt habe. Von der vergebenden Stelle seien im Zuge der Prüfung der Angemessenheit der Preise auch noch km<sup>2</sup>-Preise von abgerechneten oder zugeschlagenen vergleichbaren Vergaben der jüngsten Vergangenheit (2011 oder 2012) erhoben worden. Als Ergebnis dieser Recherche seien in Österreich eine für die vergebende Stelle ausreichende Anzahl von Referenzprojekten mit km<sup>2</sup>-Preisen in einer zu den Billigstbieterpreisen der Ausschreibung DOP 2012 vergleichbaren Größenordnung gefunden worden, sodass die vergebende Stelle keinen Zweifel an der Angemessenheit der Preis der Antragstellerin habe. Mit Schreiben der Auftraggeber vom 24. Mai 2012 brachten diese im Wesentlichen vor, dass die technische Leistungsfähigkeit der Antragstellerin von der vergebenden Stelle an Hand der Anbotsunterlagen geprüft worden sei. Dies sei in Beilage 9 (Lfd.Nr. 40) zum Akt GZ 2012 aus 2012, (DOP2012 - Technische Bewertung der Bieterunterlagen) in Kurzform dokumentiert. Es sei bei der sachkundigen Prüfung kein Grund gefunden worden einen der Bieter mangels technischer Leistungsfähigkeit auszuschneiden. Die Antragstellerin biete an, die zugeschlagenen Lose mit 3 Ausrüstungen (Luftfahrzeug plus Digitalkamera) zu befliegen. Davon sei eine Ausrüstung im Eigentum der Antragstellerin. Für die beiden anderen würden Abtretungserklärungen zu Gunsten der Antragstellerin vorliegen. Alle drei Ausrüstungen würden den geforderten Spezifikationen genügen (Lfd.Nr. 48, Beilagen .17 der Anbotsunterlagen). Die Antragstellerin habe eine ausreichende Anzahl von Referenzprojekten vorgelegt. Diese seien von der vergebenden Stelle hinsichtlich Flächenausdehnung und Sollauflösung der Luftbilder als ausreichend angesehen worden. Das

Projekt "Steiermark 2011", für das zum Zeitpunkt der Anbotslegung die Teilleistung Bildflug der Antragstellerin bereits abgenommen und bezahlt worden sei, sei von der vergebenden Stelle hinsichtlich Topographie des Geländes als ausreichend charakteristisch für die Lose DOP 2012 bewertet worden (Lfd.Nr. 48, Beilagen .16 der Anbotsunterlagen). Die von der Antragstellerin genannte Projektleiterin erfülle gemäß ihres CV alle Anforderungen. Angaben zu weiteren am Projekt DOP 2012 beteiligten Personen seien in der Ausschreibung nicht gefordert worden (Lfd.Nr. 48, Beilage 18 der Anbotsunterlagen). Im Rahmen einer vertieften Angebotsprüfung seien seitens der vergebenden Stelle weitere Unterlagen (u.a. hinsichtlich der Kalkulationsgrundlagen zu den Angebotspreisen) von den Bieterinnen angefordert worden. Mit diesen Angaben der Bieter sei die Angemessenheit der angebotenen Preise der Billigstbieter geprüft worden - dokumentiert in Beilage 8 (Lfd.Nr. 39) zum Akt GZ 2012 aus 2012, (DOP 2012 - Vertiefte technische Prüfung der Bieterunterlagen). Die Nachvollziehbarkeit der technischen Planungsparameter aller Bieter sei von der vergebenden Stelle exemplarisch für drei der neun Fluglose fachkundig geprüft und für in Ordnung befunden worden. Die von der Antragstellerin schon in der Angebotsphase abgegebenen Flugplanungen würden belegen, dass die Antragstellerin die jeweiligen lokalen topographischen Gegebenheiten der angebotenen Lose ausreichend berücksichtigt habe. Von der vergebenden Stelle seien im Zuge der Prüfung der Angemessenheit der Preise auch noch km<sup>2</sup>-Preise von abgerechneten oder zugeschlagenen vergleichbaren Vergaben der jüngsten Vergangenheit (2011 oder 2012) erhoben worden. Als Ergebnis dieser Recherche seien in Österreich eine für die vergebende Stelle ausreichende Anzahl von Referenzprojekten mit km<sup>2</sup>-Preisen in einer zu den Billigstbieterpreisen der Ausschreibung DOP 2012 vergleichbaren Größenordnung gefunden worden, sodass die vergebende Stelle keinen Zweifel an der Angemessenheit der Preis der Antragstellerin habe.

Darüber hat das Bundesvergabeamt erwogen:

1. 2.Ziffer 2

Sachverhalt (schlüssiges Beweismittel)

Die Auftraggeber 1. Bund, Bundesamt für Eich- und Vermessungswesen, 2. Land-, forst- und wasserwirt. Rechenzentrum GmbH, 3. Land Kärnten, 4. Land Niederösterreich,

1. 5.Ziffer 5

Land Oberösterreich, 6. Land Salzburg, 7. Land Steiermark und 8. Land Tirol haben zur Beschaffung "Digitale Luftbilder

1. u.Litera u

Orthophotos 2012" einen Dienstleistungsauftrag im Wege eines offenen Verfahrens mit einem geschätzten Auftragswert von € 688.650,- exklusive USt nach dem Billigstbieterprinzip, unterteilt in 9 Lose, ausgeschrieben. Die Bekanntmachung in Österreich erfolgte am 17.1.2012 und in der EU am 18.1.2012. Die Antragstellerin hat ein Angebot gelegt. Die Auftraggeber haben mit Schreiben vom 5.4.2012 eine Zuschlagsentscheidung betreffend die Lose 1 bis 4 und 6 zugunsten der H\*\*\*, betreffend das Los 5 zugunsten der B\*\*\*, sowie betreffend die Lose 7 bis 9 zugunsten der Bietergemeinschaft D\*\*\* und F\*\*\* getroffen. Das Angebot der Antragstellerin wurde mit Schreiben der Auftraggeber vom 5.4.2012 ausgeschieden und ihr mit Schreiben vom 11.4.2012 die Zuschlagsentscheidung bekannt gegeben. (Schreiben der Auftraggeber vom 25.4.2012; Akt des Vergabeverfahrens)

Punkt 4.3 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen lautet (Hervorhebung durch das BVA):

"4.3 Finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit

Der Bieter muss die für die Erbringung der Leistung erforderliche finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit aufweisen. Diese muss spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen. Das Mindestniveau der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit für die Erbringung der Leistungen ist gegeben, wenn zumindest folgende Voraussetzung erfüllt ist:

\* Für die Erbringung der ausschreibungsgegenständlichen Leistungen hat der Bieter eine Erklärung über den Gesamtjahresumsatz der letzten drei Geschäftsjahre; sofern Bieter weniger als drei Jahre besteht, eine Erklärung über den Gesamtumsatz pro Jahr seit seinem Bestehen vorzulegen, wobei der durchschnittliche Gesamtjahresumsatz eine Höhe von zumindest Euro 400.000,-

- netto aufweisen muss. Bei Arbeits- und Bietergemeinschaften gilt der konsolidierte (die Innenumsätze - also die zwischen den verbundenen Unternehmen erzielten Umsätzen - sind zu eliminieren, soweit Doppelzählungen

vorliegen). Sofern ein bietendes Unternehmen weniger als drei Jahre besteht, gilt das Zwölfwache des durchschnittlichen Monatsumsatzes seit Bestand des bietenden Unternehmens.

Weiters hat der Bieter zum Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit folgende Urkunden und Erklärungen vorzulegen:

- \* Nachweis über das Bestehen einer Berufshaftpflichtversicherung mit einer Mindesthaftungssumme von Euro 200.000,-- sowie

- \* auf Verlangen der vergebenden Stelle die Bilanz samt Anhang des letzten Geschäftsjahres, sofern diese im Herkunftsland des Unternehmers zur Veröffentlichung vorgeschrieben sind."

#### 1. 3.Ziffer 3

Zur Zuständigkeit des BVA

Die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes in der gegenständlichen Sache ist unstrittig gegeben. Die Anteile an dem Gesamtauftragswert teilen sich wie folgt zwischen den Auftraggebern auf: 1/3 Bundesamt für Eich- und Vermessungswesen, 1/3 Land-, forst- und wasserwirtschaftliches Rechenzentrum GmbH und 1/3 die 6 Länder. Die finanzielle Beteiligung und der durch andere finanzielle oder sonstige wirtschaftliche oder organisatorische Maßnahmen vermittelte Einfluss des Bundes an der Land-, forst- und wasserwirtschaftliches Rechenzentrum GmbH ist jedenfalls größer als die finanzielle Beteiligung oder der Einfluss der Länder. Alle 8 Auftraggeber sind auch unstrittig öffentliche Auftraggeber iSd. § 3 Abs 1 BVergG 2006. Die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes in der gegenständlichen Sache ist unstrittig gegeben. Die Anteile an dem Gesamtauftragswert teilen sich wie folgt zwischen den Auftraggebern auf: 1/3 Bundesamt für Eich- und Vermessungswesen, 1/3 Land-, forst- und wasserwirtschaftliches Rechenzentrum GmbH und 1/3 die 6 Länder. Die finanzielle Beteiligung und der durch andere finanzielle oder sonstige wirtschaftliche oder organisatorische Maßnahmen vermittelte Einfluss des Bundes an der Land-, forst- und wasserwirtschaftliches Rechenzentrum GmbH ist jedenfalls größer als die finanzielle Beteiligung oder der Einfluss der Länder. Alle 8 Auftraggeber sind auch unstrittig öffentliche Auftraggeber iSd. Paragraph 3, Absatz eins, BVergG 2006.

#### 1. 4.Ziffer 4

Zu den Ausscheidensgründen der Auftraggeber

Das Angebot der Antragstellerin wurde mit Schreiben der Auftraggeber vom 5.4.2012 mit der Begründung ausgeschieden, dass aufgrund des Ergebnisses der vertieften Angebotsprüfung die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Antragstellerin nicht gegeben sei. Zur Begründung dieser Entscheidung wurde von den Auftraggebern im Nachprüfungsverfahren auf ein Gutachten des Privatsachverständigen I\*\*\* verwiesen, wonach es Bedenken gegen eine Auftragsvergabe an die Antragstellerin aus wirtschaftlicher Sicht gebe. Die Auftraggeber bestätigten jedoch, dass die Antragstellerin sämtliche Mindestanforderungen an die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit wie sie in Punkt 4.3 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen vorgesehen sind, erfüllt.

Demgegenüber gab die Antragstellerin an, dass sie alle in Punkt 4.3 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen geforderten Anforderungen an die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit erfüllen würde und ihr daher die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit nicht abgesprochen werden könne.

Zusammengefasst ist gemäß Punkt 4.3 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen, welche nicht angefochten und daher bestandfest geworden sind, das Mindestniveau der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit für die Erbringung der Leistungen gegeben, wenn der durchschnittliche Gesamtjahresumsatz der letzten drei Geschäftsjahre eine Höhe von zumindest Euro 400.000,-- netto aufweist. Die Auftraggeber haben bestätigt, dass die Antragstellerin diese Voraussetzung erfüllt. Wie die Auftraggeber weiters angegeben haben und dies auch nicht von den anderen Parteien bezweifelt wurde, hat die Antragstellerin auch die in Punkt 4.3 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen geforderten weiteren Urkunden und Erklärungen (Berufshaftpflichtversicherung mit einer Mindesthaftungssumme von Euro 200.000,-- sowie die geforderte Bilanz) vorgelegt. Es ergibt sich weder aus dem Vergabeakt noch sonst ein berechtigter Grund an diesen Aussagen der Auftraggeber zu zweifeln und wurde auch von den anderen Parteien kein solcher geäußert.

Sind die Ausschreibungsbestimmungen nicht innerhalb der gesetzlich vorgesehenen Frist angefochten worden, sind aufgrund ihrer Bestandsfestigkeit sowohl der Auftraggeber als auch der Bieter an die in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen gebunden (Heid/Schreibmayer in Heid/Preslmayer, Handbuch Vergaberecht<sup>3</sup> (2010) 1324 mwN). Die Erfüllung des Punktes 4.3 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen durch die Antragstellerin wird im

konkreten Fall selbst von den Auftraggebern nicht bezweifelt. Die Auftraggeber haben jedoch ihre Ausscheidensentscheidung darauf gestützt, dass ein Gutachten des Privatsachverständigen I\*\*\* Bedenken gegen eine Auftragsvergabe an die Antragstellerin aus wirtschaftlicher Sicht ergeben habe. In diesem Gutachten wird jedoch nicht nach Kriterien der Ausschreibungsbedingungen geprüft, sondern nach offenbar willkürlich herangezogenen anderen Kriterien. Da die Auftraggeber an ihre in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen gebunden sind, können sie ihre Ausscheidensentscheidung nicht auf willkürlich herangezogene, in der Ausschreibung nicht vorgesehene Kriterien stützen. Daher konnte das Angebot der Antragstellerin nicht zu Recht wegen mangelnder finanzieller und wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit ausgeschieden werden.

1. 5.Ziffer 5

Zu den von den in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängern vorgebrachten Ausscheidensgründen

2. 5.Ziffer 5

a Zum vorgebrachten eröffneten Insolvenzverfahren

Die Bietergemeinschaft D\*\*\* und F\*\*\* hat vorgebracht, dass über das Vermögen der J\*\*\* bereits ein Insolvenzverfahren eröffnet worden sei. Nach Vorhalt des Handelsregisterauszuges des Amtsgerichts Dresden vom 9. Mai 2012 insbesondere Nummer 12 in der mündlichen Verhandlung, wonach das Insolvenzverfahren gegen die J\*\*\* aufgehoben wurde, sind alle Parteien zutreffend davon ausgegangen, dass bezüglich der Antragstellerin kein Insolvenzverfahren anhängig ist.

1. 5.Ziffer 5

b Zur vorgebrachten mangelnden Befugnis der Antragstellerin

Die Bietergemeinschaft D\*\*\* und F\*\*\* hat vorgebracht, dass die Befugnis der Antragstellerin nicht gegeben sei, da diese zwar eine Dienstleistungsanzeige beim BMWFJ gemäß § 373a GewO gemacht habe, doch sei diese nur mehr bis 10. August 2012 gültig. Eine Befliegung sei jedoch auch nach dem 10. August 2012 nötig. Aa\*\*\* habe eine solche Dienstleistungsanzeige gar nicht erstattet, weshalb Aa\*\*\* zur grenzüberschreitenden Dienstleistung nicht befugt sei. Die Bietergemeinschaft D\*\*\* und F\*\*\* hat vorgebracht, dass die Befugnis der Antragstellerin nicht gegeben sei, da diese zwar eine Dienstleistungsanzeige beim BMWFJ gemäß Paragraph 373 a, GewO gemacht habe, doch sei diese nur mehr bis 10. August 2012 gültig. Eine Befliegung sei jedoch auch nach dem 10. August 2012 nötig. Aa\*\*\* habe eine solche Dienstleistungsanzeige gar nicht erstattet, weshalb Aa\*\*\* zur grenzüberschreitenden Dienstleistung nicht befugt sei.

Dazu ist zu sagen, dass sich aus dem bestandfest gewordenen Punkt 4.1 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen ergibt, dass Bewerber oder Bieter, die im Gebiet einer anderen Vertragspartei des EWR Abkommens ansässig sind ein Anerkennungs- oder Gleichhaltungsverfahren gemäß der GewO durchführen und entsprechende Anträge stellen müssen. Sie haben vor Ablauf der Angebotsfrist den Nachweis beizubringen, dass sie einen diesbezüglichen Antrag eingebracht haben. Die Antragstellerin hat einen entsprechenden Antrag rechtzeitig eingebracht und damit den Ausschreibungsbedingungen entsprochen. Da entsprechend den übereinstimmenden und zutreffenden Angaben der Antragstellerin und der Auftraggeber nur die J\*\*\* die Befliegungen und die Luftbildaufnahmen durchführen soll und nicht die Aa\*\*\*, war eine entsprechende Dienstleistungsanzeige der Letztgenannten nicht erforderlich. Die Befugnis der Antragstellerin ist daher gegeben.

1. 5.Ziffer 5

c Zur vorgebrachten mangelnden technischen Leistungsfähigkeit der Antragstellerin

Die Bietergemeinschaft D\*\*\* und F\*\*\* hat vorgebracht, dass sie über die technische Leistungsfähigkeit der Antragstellerin mangels Kenntnis des Angebotes lediglich spekulieren könne und spekulierend angebe, dass die J\*\*\* für die Auftragsdurchführung lediglich ein Kamerasystem besitze, sodass für die Auftragsdurchführung andere Unternehmen herangezogen werden müssten. Die Antragstellerin würde erst seit 1. April 2012 über eine vierte Kamera verfügen, weshalb diese erst seit 1. April 2012 über die erforderliche Anzahl von geeigneten Kameras verfügen würde und daher die technische Leistungsfähigkeit der Antragstellerin nicht gegeben sei. Die Antragstellerin hat dazu angegeben, dass sie bei Angebotslegung drei Kameras genannt habe, die ihr zu Verfügung stehen würden, die technisch der zweiten Generation angehören und die die geforderten Ausschreibungsbedingungen erfüllen würden. Die vierte Kamera stehe bei Bedarf seit 01.04.2012 also auch vor Projektbeginn für den Notfall zusätzlich zur Verfügung und sei zur eigentlichen Projektabwicklung nicht unbedingt erforderlich.

Die Auftraggeber haben dazu angegeben, dass die technische Leistungsfähigkeit der Antragstellerin von der

vergebenden Stelle an Hand der Anbotsunterlagen geprüft worden sei. Dies sei im Akt in Kurzform dokumentiert. Es sei bei der sachkundigen Prüfung kein Grund gefunden worden einen der Bieter mangels technischer Leistungsfähigkeit auszuschneiden. Die Antragstellerin biete an, die zugeschlagenen Lose mit 3 Ausrüstungen (Luftfahrzeug plus Digitalkamera) zu befliegen. Davon sei eine Ausrüstung im Eigentum der Antragstellerin. Für die beiden anderen würden Abtretungserklärungen zu Gunsten der Antragstellerin vorliegen. Alle drei Ausrüstungen würden den geforderten Spezifikationen genügen. Die Antragstellerin habe auch eine ausreichende Anzahl von Referenzprojekten vorgelegt. Die von der Antragstellerin genannte Projektleiterin erfülle gemäß ihres CV alle Anforderungen.

Die Ausführungen der Auftraggeber sind - auch im Vergabeakt dokumentiert - schlüssig, nachvollziehbar und plausibel. Es ist kein Grund hervorgekommen daran zu zweifeln. Die Auftraggeber sind offensichtlich bemüht, das Vergabeverfahren möglichst objektiv zu führen und geben auch Tatsachen die für die Antragstellerin sprechen objektiv an, obwohl sie versucht sein könnten die eigene bekämpfte Entscheidung durch Argumente die gegen die Antragstellerin vorgebracht werden zusätzlich abzusichern.

#### 1. 5.Ziffer 5

##### d Zur vertieften Angebotsprüfung

Die Bietergemeinschaft D\*\*\* und F\*\*\* hat weiters vorgebracht, dass die Antragstellerin nicht kostendeckend angeboten habe. Es würden bei den Losen 5 und 7-9 ungewöhnlich hohe Preisunterschiede zwischen den Lospreisen der Antragstellerin und den Lospreisen der restlichen Bieter bestehen.

Die Auftraggeber haben dazu angegeben, dass im Rahmen einer vertieften Angebotsprüfung seitens der vergebenden Stelle weitere Unterlagen (u.a. hinsichtlich der Kalkulationsgrundlagen zu den Angebotspreisen) von den Bietern angefordert worden seien. Mit diesen Angaben der Bieter sei die Angemessenheit der angebotenen Preise der Billigstbieter geprüft worden. Die Nachvollziehbarkeit der technischen Planungsparameter aller Bieter sei von der vergebenden Stelle exemplarisch für drei der neun Fluglose fachkundig geprüft und für in Ordnung befunden worden. Die von der Antragstellerin schon in der Angebotsphase abgegebenen Flugplanungen würden belegen, dass die Antragstellerin die jeweiligen lokalen topographischen Gegebenheiten der angebotenen Lose ausreichend berücksichtigt habe. Von der vergebenden Stelle seien im Zuge der Prüfung der Angemessenheit der Preise auch noch km<sup>2</sup>-Preise von abgerechneten oder zugeschlagenen vergleichbaren Vergaben der jüngsten Vergangenheit (2011 oder 2012) erhoben worden. Als Ergebnis dieser Recherche seien in Österreich eine für die vergebende Stelle ausreichende Anzahl von Referenzprojekten mit km<sup>2</sup>-Preisen in einer zu den Billigstbieterpreisen der Ausschreibung DOP 2012 vergleichbaren Größenordnung gefunden worden, sodass die vergebende Stelle keinen Zweifel an der Angemessenheit der Preis der Antragstellerin habe. Zwischen den Vergabeverfahren 2010 und den Einzelvergaben 2011 sei eine deutlich abfallende Preiskurve zu bemerken gewesen und daher seien vor allem Vergleichspreise aus dem Verfahren 2011 herangezogen worden.

Der Verwaltungsgerichtshof hat zur vertieften Angebotsprüfung nach § 125 BVergG 2006 mit Verweis auf seine Vorjudikatur zum BVergG 2002 (Erkenntnis vom 15. September 2004, Zl. 2004/04/0032) festgehalten, dass es Aufgabe des Auftraggebers ist, die Angemessenheit der Preise (gegebenenfalls im Rahmen einer vertieften Angebotsprüfung) zu beurteilen. Die Vergabekontrollbehörde hat nicht nur zu prüfen, ob die betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit von sachkundigen Personen auf Grund ausreichend detaillierter Unterlagen geprüft worden ist. Sie hat vielmehr - ebenso wie der Auftraggeber bei der vertieften Angebotsprüfung - unter Berücksichtigung der auch dem Auftraggeber zur Verfügung gestandenen Unterlagen die Preisgestaltung auf ihre betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit zu prüfen, wobei im Einzelnen die in § 125 Abs. 4 Z. 1 bis 3 BVergG 2006 genannten Kriterien maßgeblich sind. Da es sich hierbei um eine Plausibilitätsprüfung handelt, muss zweifellos nicht die gesamte Kalkulation des Bieters minutiös nachvollzogen, sondern nur - grob - geprüft werden, ob ein seriöser Unternehmer die angebotenen Leistungen zu den angebotenen Preisen erbringen kann (VwGH vom 22.6.2011, Zl. 2007/04/0076). Der Verwaltungsgerichtshof hat zur vertieften Angebotsprüfung nach Paragraph 125, BVergG 2006 mit Verweis auf seine Vorjudikatur zum BVergG 2002 (Erkenntnis vom 15. September 2004, Zl. 2004/04/0032) festgehalten, dass es Aufgabe des Auftraggebers ist, die Angemessenheit der Preise (gegebenenfalls im Rahmen einer vertieften Angebotsprüfung) zu beurteilen. Die Vergabekontrollbehörde hat nicht nur zu prüfen, ob die betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit von sachkundigen Personen auf Grund ausreichend detaillierter Unterlagen geprüft worden ist. Sie hat vielmehr - ebenso wie der Auftraggeber bei der vertieften Angebotsprüfung - unter Berücksichtigung der auch dem Auftraggeber zur Verfügung gestandenen Unterlagen die Preisgestaltung auf ihre betriebswirtschaftliche Erklär-

und Nachvollziehbarkeit zu prüfen, wobei im Einzelnen die in Paragraph 125, Absatz 4, Ziffer eins bis 3 BVergG 2006 genannten Kriterien maßgeblich sind. Da es sich hierbei um eine Plausibilitätsprüfung handelt, muss zweifellos nicht die gesamte Kalkulation des Bieters minutiös nachvollzogen, sondern nur - grob - geprüft werden, ob ein seriöser Unternehmer die angebotenen Leistungen zu den angebotenen Preisen erbringen kann (VwGH vom 22.6.2011, Zl. 2007/04/0076).

Die Auftraggeber haben dokumentiert in dem Schreiben "Technische Prüfung der am 13.3.2012 nachgeforderten Bieterunterlagen" eine Prüfung der Angemessenheit der Preise durchgeführt. Sie haben dabei die Preisgestaltung der Antragstellerin auf ihre betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit geprüft. Dabei haben sie als Vergleichspreise die Preise pro km<sup>2</sup> aus Vergaben vergleichbarer Losgrößen in Österreich nicht älter als 1 Jahr herangezogen. Dies ist plausibel da - entsprechend den Angaben der Auftraggeber - zwischen den Vergabeverfahren 2010 und den Einzelvergaben 2011 eine deutlich abfallende Preiskurve zu bemerken gewesen war. Die Auftraggeber sind in dieser plausibel und nachvollziehbar erscheinenden Prüfung zu dem Ergebnis gekommen, dass die Preise der Antragstellerin marktüblich sind und dass kein Zweifel an der Angemessenheit der Preis der Antragstellerin besteht. Die Auftraggeber sind offensichtlich bemüht, das Vergabeverfahren möglichst objektiv zu führen und geben auch Tatsachen die für die Antragstellerin sprechen objektiv an, obwohl sie versucht sein könnten die eigene bekämpfte Entscheidung durch Argumente die gegen die Antragstellerin vorgebracht werden zusätzlich abzusichern. Wenn die in Aussicht genommenen Zuschlagsempfänger - insbesondere in der mündlichen Verhandlung - die gegenteilige Position vertreten ist darin das Bestreben erkennbar, einerseits den Auftrag zu erhalten und andererseits das noch vor einigen Jahren offenbar höhere Preisniveau als das Angemessene erscheinen zu lassen, um höhere Gewinne lukrieren zu können. Auf die sehr ins (technische) Detail gehenden Argumente der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfänger, wie sie insbesondere in der mündlichen Verhandlung und mit Schreiben der Bietergemeinschaft D\*\*\* und F\*\*\* vom 21. Mai 2012 vorgebracht wurden konnte und durfte das Bundesvergabeamt nicht im Detail eingehen, da dafür die Bestellung eines Sachverständigen nötig gewesen wäre, es entsprechend der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 18.3.2009, 2007/04/0095) aber "nicht Aufgabe der Vergabekontrollbehörde ist, bei der Prüfung der Antragslegitimation die - vom Auftraggeber im Vergabeverfahren nicht bezweifelte - Plausibilität von Bieterangaben zu prüfen, wenn dazu die Heranziehung eines Sachverständigen erforderlich wäre."

Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass das Angebot der Antragstellerin weder zu Recht ausgeschieden wurde noch aus den vorgebrachten Gründen hätte ausgeschieden werden müssen. Daher ist die Ausscheidensentscheidung vom 5.4.2012 rechtswidrig. Da das Angebot der Antragstellerin für die Wahl des Angebotes für den Zuschlag nicht berücksichtigt wurde ist die Zuschlagsentscheidung ebenfalls rechtswidrig. Die Voraussetzungen des § 325 Abs. 1 BVergG 2006 sind gegeben. Sowohl die Ausscheidensentscheidung als auch die Zuschlagsentscheidung (mit Ausnahme der Lose 4 und 6) waren daher für nichtig zu erklären. Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass das Angebot der Antragstellerin weder zu Recht ausgeschieden wurde noch aus den vorgebrachten Gründen hätte ausgeschieden werden müssen. Daher ist die Ausscheidensentscheidung vom 5.4.2012 rechtswidrig. Da das Angebot der Antragstellerin für die Wahl des Angebotes für den Zuschlag nicht berücksichtigt wurde ist die Zuschlagsentscheidung ebenfalls rechtswidrig. Die Voraussetzungen des Paragraph 325, Absatz eins, BVergG 2006 sind gegeben. Sowohl die Ausscheidensentscheidung als auch die Zuschlagsentscheidung (mit Ausnahme der Lose 4 und 6) waren daher für nichtig zu erklären.

#### 1. 6.Ziffer 6

##### Gebührenersatz durch die Auftraggeber

§ 319 Abs 1 und 2 BVergG 2006 lautet Paragraph 319, Absatz eins und 2 BVergG 2006 lautet:

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

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

#### 1. 1.Ziffer eins

dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag)

stattgegeben wird und

1. 2.Ziffer 2

dem Antrag auf einstweilige Verfügung

stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde."

Die Antragstellerin hat an Pauschalgebühren Euro 3.000,- (€

2.000,-- für den Nachprüfungsantrag und Euro 1.000,-- für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung) entrichtet. Da sowohl dem Antrag auf einstweilige Verfügung (mit Bescheid des BVA vom 30. April 2012, N/0043-BVA/13/2012- EV14) als auch nunmehr dem Hauptantrag stattgegeben wurde, war gemäß § 319 BVergG 2006 den Auftraggebern der Gebührenersatz aufzuerlegen. 2.000,-- für den Nachprüfungsantrag und Euro 1.000,-- für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung) entrichtet. Da sowohl dem Antrag auf einstweilige Verfügung (mit Bescheid des BVA vom 30. April 2012, N/0043-BVA/13/2012- EV14) als auch nunmehr dem Hauptantrag stattgegeben wurde, war gemäß Paragraph 319, BVergG 2006 den Auftraggebern der Gebührenersatz aufzuerlegen.

**Zuletzt aktualisiert am**

13.02.2013

**Quelle:** Vergabekontrollbehörden Verg, <https://www.ris.bka.gv.at/Verg>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)