

TE Verg Bescheid 2011/3/28 N/0002-BVA/04/2011-23

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 28.03.2011

Norm

BVergG 2006 §129 Abs1 Z2

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

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vertreterin der Vorsitzenden des Senates 4, Mag. Angela Schidlof und Mag. Maria Ulmer als Mitglied der Auftraggeberseite sowie Mag. Helmut Heindl als Mitglied der Auftragnehmerseite gemäß § 312 Abs 2 Z 2 Bundesvergabegesetz 2006 idF der Novelle BGBl I Nr. 15/2010 (BVergG) betreffend das Vergabeverfahren "REIS-Implementierung eines Rehabilitations-Informationssystems" der Auftraggeberin Pensionsversicherungsanstalt (PVA), Friedrich-Hillegeist-Straße 1, 1021 Wien, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 30. Dezember 2010, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vertreterin der Vorsitzenden des Senates 4, Mag. Angela Schidlof und Mag. Maria Ulmer als Mitglied der Auftraggeberseite sowie Mag. Helmut Heindl als Mitglied der Auftragnehmerseite gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, (BVergG) betreffend das Vergabeverfahren "REIS-Implementierung eines Rehabilitations-Informationssystems" der Auftraggeberin Pensionsversicherungsanstalt (PVA), Friedrich-Hillegeist-Straße 1, 1021 Wien, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 30. Dezember 2010, wie folgt entschieden:

Spruch

1. 1.Ziffer eins

Den Anträgen, "das Bundesvergabeamt wolle die angefochtene Entscheidung der Antragsgegnerin vom 23.12.2010 mit der Bezeichnung Bewerberauswahl gemäß § 103 Abs 7 BVergG 2006 und der Nichtzulassung der Antragstellerin zur zweiten Stufe des Vergabeverfahrens Projekt REIS-Implementierung eines Rehabilitations-Informationssystems für nichtig erklären, in eventuelle die Auftraggeberentscheidung für nichtig erklären", wird nicht stattgegeben. Den Anträgen, "das Bundesvergabeamt wolle die angefochtene Entscheidung der Antragsgegnerin vom 23.12.2010 mit der Bezeichnung Bewerberauswahl gemäß Paragraph 103, Absatz 7, BVergG 2006 und der Nichtzulassung der Antragstellerin zur zweiten Stufe des Vergabeverfahrens Projekt REIS-Implementierung eines Rehabilitations-Informationssystems für nichtig erklären, in eventuelle die Auftraggeberentscheidung für nichtig erklären", wird nicht stattgegeben.

2. 2.Ziffer 2

Der Antrag, "das Bundesvergabeamt wolle der Antragstellerin den Ersatz der von der Antragstellerin entrichteten Gebühren in der gesetzlichen Höhe gegenüber der Auftraggeberin zu Handen der rechtsfreundlichen Vertreterin der Antragstellerin binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zuerkennen", wird abgewiesen.

Begründung

Mit Schriftsatz vom 30.12.2010, eingelangt beim Bundesvergabeamt am 3.1.2011, stellte die A***, vertreten durch X*** (in der Folge Antragstellerin), einen Antrag auf Nichtigerklärung der Nichtzulassung zur Teilnahme am Vergabeverfahren "REIS-Implementierung eines Rehabilitations-Informationssystems", verbunden mit einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

Begründend wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass die Auftraggeberin das gegenständliche Beschaffungsverfahren als Verhandlungsverfahren mit Bekanntmachung im Oberschwellenbereich durchführe. Die Antragstellerin habe in diesem Vergabeverfahren fristgerecht einen Teilnahmeantrag eingebracht. Mit Telefax vom 6.12.2010 sei der Antragstellerin mitgeteilt worden, dass ihr Teilnahmeantrag mit einer Gesamtpunkteanzahl von 37,5 von maximal 100 erreichbaren Punkten bewertet worden sei. Gleichzeitig sei ihr bekannt gegeben worden, dass die Bewerber auf den Rängen 1-5 höhere Punkteanzahlen erreicht hätten. Mit E-Mail vom 15.12.2010 habe die Auftraggeberin der Antragstellerin eine detaillierte Bewertung (Ergebnis der kommissionellen Abstimmung der Bewertung der einzelnen Subkriterien) des Teilnahmeantrages der Antragstellerin zur Verfügung gestellt. Daraus sei hervorgegangen, dass die Antragstellerin beim Zuschlagskriterium "Unternehmen" (A) 19,11 Punkte, beim Zuschlagskriterium "Personal" (B) 14,58 Punkte und beim Zuschlagskriterium "Konzepte" (C) 3,36 Punkte erreicht habe.

Die Antragstellerin habe am 16.12.2010 einen Nachprüfungsantrag gegen die Nicht-Zulassung zur Angebotslegung vom 6.12.2010 eingebracht. Mit Schreiben vom 20.12.2010 habe die Auftraggeberin die angefochtene Bewerberauswahl vom 6.12.2010 für gegenstandslos erklärt. Die Antragstellerin habe daraufhin ihren Antrag auf Nichtigerklärung zurückgezogen.

Mit Telefax vom 23.12.2010 habe die Auftraggeberin der Antragstellerin die "neue Bewerberauswahl" mitgeteilt und ausgeführt, dass diese "sämtliche Mindestanforderungen laut den Bewerbungsunterlagen der 1. Stufe des Verhandlungsverfahrens erfüllt" habe. Der Teilnahmeantrag der Antragstellerin sei nunmehr mit einer Gesamtpunkteanzahl von 38,5 von maximal 100 erreichbaren Punkten bewertet worden. Gleichzeitig sei ihr bekannt gegeben worden, dass die Bewerber auf den Rängen 1-5 höhere Punkteanzahlen erreicht hätten. Die von den auf den ersten fünf Rängen gereihten Bewerbern erreichten Punktezahlen hätten sich nicht verändert.

In der Teilnahmeantragsunterlage lege die Auftraggeberin fest, dass die besten fünf Bewerber der ersten Stufe des Verhandlungsverfahrens durch Übermittlung der Ausschreibungsunterlagen zur Abgabe eines verbindlichen Angebots in der zweiten Stufe des Verhandlungsverfahrens eingeladen würden. Bezüglich der Kriterien für die Auswahl der Bewerber für die Teilnahme an der zweiten Stufe des Vergabeverfahrens bestünden drei Hauptkriterien, die nach Blöcken benannt seien (Block A: Unternehmen, Block B: Personal und Block C: Konzepte). Zu diesen Kriterien gebe es Subkriterien und zusätzlich weitere Subsubkriterien.

Die mit "2.12.2010" (gemeint offenkundig "23.12.2010") bekannt gegebene Entscheidung der Auftraggeberin sei rechtswidrig, da bei rechtmäßigem, den Festlegungen der Auftraggeberin in der Teilnahmeantragsunterlage entsprechendem Vorgehen der Teilnahmeantrag der Antragstellerin unter die besten fünf Bewerber zu reihen gewesen wäre.

Zunächst sei darauf hingewiesen worden, dass in der Begründung der Entscheidung über den Teilnahmeantrag der Antragstellerin eine nachvollziehbare Bewertung, insbesondere dahingehend, wie die Auftraggeberin die Bewertung vorgenommen und Punkte zwischen 1 und 5 vergeben habe, fehle. Es fehle eine nachvollziehbare verbale Beurteilung der Bewertung des Teilnahmeantrags der Antragstellerin, weshalb die Entscheidung über die punktemäßige Bewertung des Teilnahmeantrags der Antragstellerin nicht nachvollziehbar sei.

So verlange das Kriterium "Konzepte" (C) zwei Konzepte, nämlich das Konzept Prozessharmonisierung und das Konzept zur Implementierung. Jedes Konzept selbst werde gemäß der Festlegung in der Teilnahmeantragsunterlage jeweils nach weiteren Subkriterien wie "Vollständigkeit", "praktische Umsetzbarkeit in der Organisations- und Projektstruktur der PVA", "Stringenz des Vorgehens", "Berücksichtigung gängiger und erprobter Standards", "Beispiel mit Relevanz für die PVA", etc. bewertet. Für die einzelnen vorgegebenen erreichten Bewertungsstufen würden 0 bis 5 Punkte vergeben

werden. Der Antragstellerin sei nicht nachvollziehbar, wie sich etwa beim Subkriterium "Konzeptprozess Harmonisierung" für ihren Teilnahmeantrag ein Wert von lediglich 1,84 (von 20 möglichen) Punkten ergeben könne. Im Subkriterium "Vollständigkeit" wäre das Konzept der Antragstellerin mindestens mit "3" zu bewerten und hätte die Antragstellerin daher zumindest 12 % erreichen müssen. Im Subkriterium "praktische Umsetzbarkeit in der Organisations- und Projektstruktur" der PVA" wäre das Konzept der Antragstellerin mindestens mit "3" zu bewerten und hätte die Antragstellerin daher zumindest 24 % erreichen müssen. Im Subkriterium "Stringenz des Vorgehens" hätte die Bewertung des Konzepts der Antragstellerin jedenfalls mit 5 Punkten erfolgen müssen und hätte die Antragstellerin daher jedenfalls 10 % erreichen müssen. Beim Subkriterium "Berücksichtigung gängiger und erprobter Standards" wäre eine Bewertung des Konzepts der Antragstellerin mit 5 Punkten angemessen und hätte die Antragstellerin daher zumindest 10 % erreichen müssen. Beim Subkriterium "Beispiel mit Relevanz für die PVA" hätte das Konzept der Antragstellerin mit mindestens 3 Punkten bewertet werden müssen und hätte die Antragstellerin daher zumindest 12 % erreichen müssen. Wie die Bewertung der einzelnen Subkriterien tatsächlich erfolgt sei, sei jedoch nicht erkennbar. Insgesamt zeige sich, dass bei richtiger und fairer Bewertung der Teilnahmeantrag der Antragstellerin allein beim Subkriterium "Konzept Prozessharmonisierung" 68 % oder 13,6 Punkte erhalten hätte müssen. Tatsächlich habe sie jedoch bei diesem Subkriterium nur 1,84 Punkte erhalten. Schon allein bei richtiger Bewertung dieses Subkriteriums hätte der Teilnahmeantrag der Antragstellerin daher bereits eine Gesamtpunkteanzahl von 48,81 Punkten erreicht und läge damit auf dem 5. Platz. Damit wäre die Antragstellerin aber in die zweite Stufe des Vergabeverfahrens einzuladen gewesen. Weiters sei für die Antragstellerin nicht nachvollziehbar, wie sich etwa beim Subkriterium "Konzept zur Implementierung" ein Wert von lediglich 1,52 (von 20 möglichen) Punkten ergeben könne. Beim Subkriterium "Vollständigkeit" wären an das Konzept der Antragstellerin zumindest 3 Punkte zu vergeben und hätte die Antragstellerin daher in diesem Subkriterium zumindest 12 % erreichen müssen. Im Subkriterium "Stringenz des Vorgehens" wären an das Konzept der Antragstellerin zumindest 3 Punkte zu vergeben und hätte die Antragstellerin daher in diesem Subkriterium zumindest 6 % erreichen müssen. Beim Subkriterium "praktische Umsetzbarkeit in der Organisations- und Projektstruktur der PVA" wären an das Konzept der Antragstellerin zumindest 3 Punkte zu vergeben und hätte die Antragstellerin daher in diesem Subkriterium zumindest 40 % erreichen müssen. Beim Subkriterium "Zielorientierung" wären an das Konzept der Antragstellerin zumindest 3 Punkte zu vergeben und hätte die Antragstellerin daher in diesem Subkriterium zumindest 30 % erreichen müssen. Wie die Bewertung der einzelnen Subkriterien tatsächlich erfolgt sei, sei jedoch nicht erkennbar.

Insgesamt zeige sich, dass bei richtiger und fairer Bewertung allein beim Subkriterium "Konzept Implementierung" der Teilnahmeantrag der Antragstellerin 78% oder 15,6 Punkte hätte erhalten müssen. Tatsächlich habe sie jedoch bei diesem Subkriterium nur 1,52 Punkte erhalten. Schon allein bei richtiger Bewertung in diesem Subkriterium hätte die Antragstellerin daher bereits eine Gesamtpunkteanzahl von 52,93 Punkten erreicht und läge damit auf dem 5. Platz.

Durch die Rechtswidrigkeit dieser gesondert anfechtbaren Entscheidung erachte sich die Antragstellerin insbesondere in ihren Rechten auf Teilnahme an einem rechtskonformen Vergabeverfahren, auf rechtskonforme Bewertung der Teilnahmeanträge und Bieterauswahl für die zweite Stufe des Verhandlungsverfahrens, auf ordnungsgemäße und rechtskonforme Durchführung durch Fortsetzung und Beendigung des Verfahrens unter Einhaltung der Grundsätze des fairen und lauten Wettbewerbes und des Gleichbehandlungsgrundsatzes verletzt. Durch die Nichtberücksichtigung ihres Teilnahmeantrages für die zweite Stufe des Vergabeverfahrens drohe der Antragstellerin der Entgang der Chance auf den Zuschlag und somit ein entgangener Gewinn in beträchtlicher Höhe.

Die Auftraggeberin erteilte in ihrer Stellungnahme vom 04.01.2011 zunächst allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und führte in einer weiteren Stellungnahme vom 13.01.2011 ergänzend aus, der Teilnahmeantrag der Antragstellerin wäre aufgrund der Nichterfüllung von Mindestanforderungen auszuschneiden gewesen. Die Antragstellerin habe in ihrem Teilnahmeantrag vom 27.10.2010 das Referenzprojekt mit der Bezeichnung ESRA (EDV System Rehabilitationszentren B***) sowohl als Unternehmensreferenz mit der Nummer 1 als auch als Personalreferenz für die Projektkoordinatorin C***, die Verantwortliche für Implementierung, Customizing und Rollout, D***, den Verantwortlichen für Systemintegration und Schnittstellen, E***, den Schulungsverantwortlichen, F***, sowie den Verantwortlichen für Support und Help Desk, G***, also für alle 5 Rollen bzw. namhaft gemachten Schlüsselpersonen, angeführt. Aus den Unterlagen sei ersichtlich, dass Auftraggeberin des Referenzprojektes die B*** gewesen sei, als Auftragnehmerin sei "A****" unter Hinweis auf deren Alleinverantwortung im Referenzprojekt angeführt. Aus den beigelegten Schreiben des B*** an die Firma H***, vom 29.10.2010, gehe die Zustimmung hervor,

die B*** als Referenz zu akzeptieren. Zur Aufklärung dieser widersprüchlichen Angaben sei die Antragstellerin von der Auftraggeberin in dem Schreiben zur ersten Aufklärungsrunde vom 10.11.2010 unter anderem mit folgender Frage konfrontiert worden:

Nr.	Bezug	Frage
1.	1.Ziffer eins	
	Unternehmensreferenzen	Hinsichtlich der Referenz 1 - B***
	ist unter Berücksichtigung des beiliegenden Schreibens dieses Auftraggebers nicht ersichtlich, inwieweit dieses Projekt der Fa. entsprechende Aufklärung wird ersucht, wobei ausdrücklich darauf hingewiesen wird, dass Referenzprojekte anderer Unternehmen unter Berücksichtigung Ihrer Bewerbung als Einzelbewerber keine Berücksichtigung finden können. In den von Ihnen beigebrachten Unternehmensreferenzen fehlen ferner folgende Angaben:	A*** zuzurechnen ist. Um
	• Referenz 1 - B***: Unterfertigung bzw. entsprechende Erklärung gemäß Punkt 2.5	

Die Antwort der Antragstellerin vom 12.10.2010 habe dargelegt, dass die Firma H*** in Österreich die Generalvertretung der Firma A*** sei und A*** Produkte im Projekt ESRA eingesetzt habe. Zur Erfüllung des Auftrages seien Leistungen der Firma A*** zu 80% herangezogen worden. Der ESRA Auftrag sei von der Firma H*** mit A*** Produkten und Dienstleistungen abgewickelt worden. Beigelegt sei ein Schreiben der Antragstellerin vom 22.08.2005 an die B***, wonach unter anderem A*** Deutschland die Erfüllung des ESRA Vertrages gegenüber der Firma H*** vollumfänglich übernommen habe, auch wenn im gegenständlichen ESRA Projekt keine direkte vertragliche Beziehung zwischen A*** und der B*** bestehe. Ferner werde ein von der Referenzstelle unterfertigtes neu ausgefülltes Formblatt E vorgelegt, in welchem die Verantwortlichkeit im Referenzprojekt mit einem Anteil von 80% in einer Arge angegeben worden sei. Weiters seien in der Bezeichnung der Auftragnehmerin Änderungen vorgenommen worden (nunmehr: A*** (H***), des Auftragswertes sowie der Zufriedenheit mit der Ausführung des Referenzprojektes (nunmehr lediglich ausreichend mit einem Hinweis auf die derzeitige Anzeige/Performanceproblematik).

Zur Verifizierung dieser Angaben sei seitens der Auftraggeberin telefonisch am 19.11.2010 Kontakt mit der angeführten Auskunftsperson der Referenzstelle, Herrn I***, aufgenommen worden, welcher diese im Wesentlichen bestätigt habe. Daraus ergebe sich aber, dass Auftragnehmerin des Referenzprojektes ESRA der B*** allein die Firma H*** (in dessen Rahmen A*** Produkte zum Einsatz gelangten) sei. Somit handle es sich bei der Angabe im Formblatt E "neu", wonach die Leistungen in einer Arge der Firma A*** und H*** erbracht worden wären, um eine irreführende Darstellung des tatsächlichen vertragsrechtlichen Konstruktes. Das Referenzprojekt sei demnach zur Gänze der Firma H*** zuzurechnen und könne in Übereinstimmung mit Punkt 2.6.1.2 der "Bewerbersuche" auf Seite 12/75 nicht zu Gunsten des Bewerbers A*** gewertet werden.

Bei der Firma H*** handle es sich nach eigenen Angaben um die Generalvertretung der Antragstellerin in Österreich. Konzernverbundenheit sei nach den der Auftraggeberin vorliegenden Informationen keine gegeben. Die Antragstellerin fungiere unbestritten als Einzelbewerberin in dem nunmehr vor dem BVA anhängigen Vergabeverfahren.

Der Umstand, dass es sich bei dem Referenzprojekt ESRA um eine ungültige Referenz handle, habe zwar keine Auswirkungen auf die erforderliche Mindestanzahl an zulässigen Unternehmensreferenzen gemäß Punkt 2.6.1.2 der

Bewerbersuche, habe aber teilweise unmittelbaren Einfluss auf die Erfüllung von Mindestanforderungen durch das namhaft gemachte Schlüsselpersonal zum Subkriterium Personentage, wonach die von der Schlüsselperson in der Summe aller Referenzprojekte erbrachte Leistung einen Mindestumfang von 100 Personentagen haben müsse. Konkret betroffen seien hiervon die Schlüsselpersonen E*** und F***.

Zu Gunsten von E*** könne nur das Referenzprojekt "Klinikum Lippert GmbH" mit 45 geleisteten Personentagen als zulässige Referenz gewertet werden. Das Projekt "Zollernalp Kliniken" könne aufgrund des Projektendes Mai 2004 keine Berücksichtigung finden, da dieses nicht in den Referenzzeitraum gemäß Punkt 2.6.2.1 der Bewerbersuche falle. Bei Nichtberücksichtigung des Projektes ESRA der B*** lägen somit für diese Schlüsselperson lediglich 45 anrechenbare Personentage vor und könnte der Mindestumfang von 100 Personentagen nicht nachgewiesen werden. Somit handle es sich um die Nennung einer unzulässigen Schlüsselperson.

Vergleichbar stelle sich die Situation betreffend F*** dar. Auch betreffend diese Schlüsselperson verbliebe einzig das Referenzprojekt "Klinikum Lippe GmbH" mit diesfalls 60 Personentagen. Für das Projekt "Klinikum Saarbrücken GmbH" liege trotz entsprechender Aufforderung zur Nachreichung in der ersten Aufklärungsrunde keine Unterfertigung der Referenzstelle bzw. eine entsprechende Erklärung gemäß Punkt

2.5 vor. Bei Nichtberücksichtigung des Projektes ESRA der B*** lägen somit für diese Schlüsselperson lediglich 60 anrechenbare Personentage vor und könnte der Mindestumfang von 100 Personentagen nicht nachgewiesen werden. Somit handle es sich auch in diesem Fall um die Nennung einer unzulässigen Schlüsselperson.

Weiters wurde von der Auftraggeberin vorgebracht, dass es sich auch bei der Namhaftmachung von Frau D*** um die Nennung einer unzulässigen Schlüsselperson handle. Wie nämlich aus dem dem Teilnahmeantrag beigelegten Lebenslauf ersichtlich sei, sei Frau D*** seit Februar 2010 ausschließlich in den Bereichen "Praxisvertretungen, Wohnsitzarzt, Ärzteflugdienst" tätig und befinde sich aufgrund eigener unbestrittener Angaben in keinem Beschäftigungsverhältnis zur Antragstellerin. Somit agiere D*** aufgrund der Aktenlage offensichtlich auf Basis einer selbstständigen Tätigkeit. Diese Auslegung werde auch bestärkt durch den Umstand, dass Frau D*** ihre Leistungen als freie Mitarbeiterin in dem gegenständlichen Projekt auch der Auftraggeberin selbst angeboten habe. Diesfalls hätte sie jedoch entweder eine Bewerbergemeinschaft mit der Antragstellerin gemäß Punkt 1.3 Bewerbersuche eingehen müssen, oder aber wäre die Antragstellerin verpflichtet gewesen, Frau D*** als Subunternehmerin namhaft zu machen. Da beides nicht der Fall sei und die Antragstellerin laut Teilnahmeantrag vielmehr als Einzelbewerberin fungiere, entspreche die Namhaftmachung von Frau D*** nicht den Bedingungen für die erste Stufe des Vergabeverfahrens. Darüber hinaus könne für Frau D*** auch nicht die Mindestanforderung von 100 Personentagen nachgewiesen werden, da bei Nichtberücksichtigung des Projektes "ESRA" kein für Frau D*** anrechenbares Referenzprojekt verbleibe. Die beiden anderen namhaft gemachten Referenzen entsprächen nämlich ebenfalls nicht den von der Auftraggeberin festgelegten Voraussetzungen.

In weiterer Folge trat die Auftraggeberin dem Vorbringen der Antragstellerin bezüglich der Bewertung entgegen.

In Stellungnahmen vom 21. Februar sowie vom 28. Februar 2011 brachte die Antragstellerin vor, sie habe zu Recht das Projekt ESRA der B*** als Referenzprojekt im gegenständlichen Vergabeverfahren angegeben. Auch die B*** habe diese Referenz mit einem neu ausgefüllten Formblatt E bestätigt. Ebenso habe die angeführte Auskunftsperson der Referenzstelle bestätigt, dass die Antragstellerin das ESRA Projekt durchgeführt habe. Die von der Antragstellerin genannten Referenzpersonen E*** und F*** seien im Projekt ESRA der B*** tätig gewesen. Daher seien die von diesen Personen in jenem Projekt geleisteten Personentage in die Ermittlung des Mindestumfanges von 100 Personentagen einzubeziehen.

Bezüglich der Schlüsselperson Frau D*** führte die Antragstellerin aus, diese sei von 2003 bis 2008 Angestellte der H*** gewesen. In dieser Eigenschaft sei sie ausschließlich für das Projekt ESRA für die Antragstellerin bei der B*** tätig gewesen. Sämtliche Kosten aus der Beschäftigung von Frau. D*** habe die H*** an die Antragstellerin weiterverrechnet. Frau D*** sei seit Dezember 2010 für die H*** tätig. Ein schriftlicher Dienstvertrag darüber existiere nicht. Die Verpflichtung, einen schriftlichen Dienstvertrag abzuschließen, ergebe sich weder aus gesetzlichen Vorschriften noch aus der Ausschreibungsunterlage. Selbst wenn man Frau D*** nicht als Arbeitnehmerin der Antragstellerin ansehen wollte, wäre sie doch unstreitig für die H*** tätig und diese wiederum sei nach dem Vorbringen der Auftraggeberin Referenzauftragnehmerin des Referenzprojektes ESRA. Zumindest für Frau D*** müsse daher nach dem Vorbringen der Auftraggeberin selbst das Referenzprojekt gültig nachgewiesen sein.

Zusammenfassend ergebe sich, dass die Antragstellerin sowohl für die Teilnahme an der zweiten Stufe des gegenständlichen Vergabeverfahrens ausreichend qualifiziert, als auch zur Stellung des gegenständlichen Nachprüfungsantrages legitimiert sei.

In der Verhandlung vom 23.03.2011 gaben der Vertreter der Antragstellerin, Herr J***, der Vertreter der Fa. H***, Herr K***, sowie die Zeugin, Frau D***, übereinstimmend an, dass die Fa. A*** jemanden vor Ort für das Referenzprojekt ESRA benötigt habe und Frau D*** daher bei der H*** beschäftigt worden sei. Für die Tätigkeiten im Rahmen des Referenzprojektes ESRA seien die Kosten für Frau D*** durch die A*** getragen worden. Falls der gegenständliche Auftrag an die Antragstellerin erteilt werden sollte, sei geplant, dass Frau D*** wieder bei H*** angestellt werden solle und die anfallenden Lohnkosten durch die A*** getragen würden. Derzeit sei Frau D*** auf Werkvertragsbasis tätig und habe auch zu diesen Bedingungen bereits am verfahrensgegenständlichen Teilnahmeantrag mitgearbeitet.

Die Zeugin, Frau D***, führte darüber hinaus aus, sie habe bei ihrer Tätigkeit für das Projekt ESRA aufgrund von Kontakten und von Anweisungen der Fa. A*** gearbeitet. Sie habe auch das Equipment von der A*** zur Verfügung gestellt bekommen. Ihre Gehaltsauszahlung sei zwar über die Fa. H*** erfolgt. Diese habe jedoch diese Kosten von der A*** zurückerstattet erhalten. Sie habe für das Projekt ESRA fünf Jahre lang auf dieser Basis gearbeitet. Im Sommer 2010 habe ein Gespräch mit Herrn K*** ergeben, dass die Zeugin auf der gleichen Basis wie für das Projekt ESRA für das verfahrensgegenständliche Projekt der PVA tätig werden sollte. Die Mitarbeit an der Erstellung des Teilnahmeantrages sei auf Werkvertragsbasis mit dem Vertragspartner H*** abgewickelt worden. Dabei sei wieder auf das bewährte Modell zurückgegriffen worden, dass nämlich die Honorare von der A*** getragen worden seien. Für das Projekt ESRA, das derzeit noch laufe, sei die Zeugin ebenfalls auf Werkvertragsbasis tätig. Für die Auftragserteilung im gegenständlichen Projekt sei geplant, dass sie in ein Angestelltenverhältnis zur H*** übernommen werden soll. Herr J*** (Antragstellerin) sowie Herr K*** (H***), stimmen darin überein, dass es sich bei der H*** lediglich um die Interessenvertretung der A*** in Österreich im Bereich Marketing und Vertrieb handle. Es handle sich um zwei völlig voneinander unabhängige Unternehmen, die auch in keiner Mutter-Tochter Beziehung stünden. Frau D*** sei derzeit für die H*** tätig. Sie stünde jedoch derzeit in keinem Angestelltenverhältnis zur Fa. H***. Die Basis ihrer Tätigkeit bilden ein Werkvertrag bzw. stundenweise Abrechnung.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

Die Pensionsversicherungsanstalt ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (vgl. BVA 14.04.2010, N/0029- BVA/14/2010-10). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag iSd § 6 BVergG. Der geschätzte Auftragswert ohne USt. beläuft sich auf € 4.860.000,--. Es handelt sich somit um ein Verhandlungsverfahren im Oberschwellenbereich. Die Pensionsversicherungsanstalt ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG vergleiche BVA 14.04.2010, N/0029- BVA/14/2010-10). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag iSd Paragraph 6, BVergG. Der geschätzte Auftragswert ohne USt. beläuft sich auf € 4.860.000,--. Es handelt sich somit um ein Verhandlungsverfahren im Oberschwellenbereich.

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

Zu Spruchpunkt 1.:

Die vorliegende Ausschreibung legt unter Punkt 1.4 "Subunternehmer" fest, dass die Weitergabe hinsichtlich konkret zu bezeichnender Teile der Leistungen an - gleichfalls im Teilnahmeantrag (Formblatt A) zu benennende - Subunternehmer grundsätzlich zulässig ist. Die Weitergabe des gesamten Auftrages ist in jedem Fall unzulässig, ausgenommen hiervon sind Kaufverträge, zu deren Erfüllung sich der Auftragnehmer eines Zulieferers bedient, sowie die Weitergabe an verbundene Unternehmer.

Unter Punkt 2.4 "Nachweis der wirtschaftlichen, finanziellen und technischen Leistungsfähigkeit (Mindestkriterien)" legt

die Ausschreibung weiters fest:

"Zum Nachweis der hinsichtlich der wirtschaftlichen, finanziellen und technischen Leistungsfähigkeit geforderten Mindestkriterien müssen die in den Formblättern geforderten Angaben vollständig und richtig ausgefüllt werden bzw. müssen die geforderten Nachweise zur Verfügung stehen.

Können von einem Bewerber die angeführten Mindestkriterien nicht (bzw. nicht vollständig) nachgewiesen werden, wird dieser von der Teilnahme am Vergabeverfahren ausgeschlossen."

Die allgemeinen für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der §§ 914ff ABGB sind auch im Vergaberecht anzuwenden (vgl Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus der Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind danach zu beurteilen, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgeblich (vgl VwGH 29.3.2006, 2004/04/0144, 0156, 0157; Die allgemeinen für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der Paragraphen 914 f, f, ABGB sind auch im Vergaberecht anzuwenden vergleiche Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus der Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind danach zu beurteilen, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgeblich vergleiche VwGH 29.3.2006, 2004/04/0144, 0156, 0157;

ebenso BVA 11.1.2008, N/0112-BVA/14/2007-20, BVA 11.2.2008, N/0006-BVA/04/2008-24, BVA 12.5.2009 N/0022-BVA/11/2009-27;

BVA 25.11.2009, N/0110-BVA/09/2009-28 uva.).

Aus der Sicht eines durchschnittlichen, fachkundigen Bieters bei Anwendung der üblichen Sorgfalt [vgl EuGH 4.12.2003, Rs C- 448/01 (L*** gegen Republik Österreich); VwGH 17.11.2004, 2002/04/0078; 16.2.2005, 2004/04/0030; BVA 11.2.2008, N/0006- BVA/04/2008-24; BVA 12.5.2009, N/0022-BVA/11/2009-27; BVA 25.11.2009, N/0110-BVA/09/2009-28 u.a.] ist den Punkten 1.4 sowie 2.4 der Ausschreibungsunterlage unzweifelhaft zu entnehmen, dass der Bieter verpflichtet ist, Subunternehmer, die er zur Leistungserbringung heranzuziehen beabsichtigt, im Formblatt A namhaft zu machen.

Vom Bieter ist in Formblatt F2 seines Teilnahmeantrages "Schlüsselpersonal Verantwortlicher für Implementierung, Customizing und Roll -Out" anzugeben. Diese Anforderung der Ausschreibungsunterlage stellt einen Aspekt zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit im Sinne von Pkt.2.4 i.V.m Pkt 1.4 der Ausschreibung dar. Es handelt sich also um ein Mindestkriterium, dessen Nichterfüllung zum Ausschluss von der Teilnahme am Vergabeverfahren führt. Vom Bieter ist in Formblatt F2 seines Teilnahmeantrages "Schlüsselpersonal Verantwortlicher für Implementierung, Customizing und Roll -Out" anzugeben. Diese Anforderung der Ausschreibungsunterlage stellt einen Aspekt zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit im Sinne von Pkt.2.4 in Verbindung mit Pkt 1.4 der Ausschreibung dar. Es handelt sich also um ein Mindestkriterium, dessen Nichterfüllung zum Ausschluss von der Teilnahme am Vergabeverfahren führt.

Im Angebot der Antragstellerin im Formblatt F2 wird Frau D*** als "Schlüsselpersonal Verantwortlicher für Implementierung, Customizing und Roll -Out" namhaft gemacht. Wie aus den Angebotsunterlagen, dem im Nachprüfungsverfahren vor dem Bundesvergabeamt erstatteten Vorbringen der Antragstellerin sowie den Aussagen der Zeugin Frau D*** selbst hervorgeht, war Frau D*** von 2003 bis 2008 als Mitarbeiterin bei der H*** angestellt. Diese Angaben wurden im Übrigen auch auf Anfrage des Bundesvergabeamtes von der M*** mit Schreiben vom

25.02.2011 bestätigt (OZ 15). Laut Angaben der Antragstellerin in ihren Schriftsätzen vom 21.02. bzw. 28.02.2011 (OZ 11 sowie OZ 13) sowie den Aussagen der Vertreter der Antragstellerin sowie von Frau D*** in der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt, ist Frau D*** seit Dezember 2010 für die H*** auf Werkvertragsbasis und auf Basis stundenweiser Abrechnung tätig. Das Bundesvergabeamt forderte die Antragstellerin auf Grund dieses Vorbringens auf, den mit Frau D*** abgeschlossenen Dienstvertrag vorzulegen. Ein schriftlicher Dienstvertrag über dieses Dienstverhältnis konnte durch die Antragstellerin nicht vorgelegt werden, da ein solcher laut Ausführungen der Antragstellerin nicht existiert. Die Antragstellerin brachte in diesem Zusammenhang auch vor, dass es weder eine gesetzliche noch eine auf der Ausschreibung basierende Verpflichtung zum Abschluss eines schriftlichen Dienstvertrages gebe.

Auch die M*** bestätigte, dass Frau D*** derzeit nicht bei der M*** als Dienstnehmerin der H*** gemeldet ist. Frau D*** steht demnach derzeit in keinerlei Dienstverhältnis zur H***. Wie aus den Aussagen in der mündlichen Verhandlung eindeutig hervorgeht, ist Frau D*** auch nie in einem Dienstverhältnis zur Antragstellerin gestanden.

Im vorliegenden Fall erklärte die Antragstellerin im Formblatt A ihres Teilnahmeantrages eindeutig, dass sie ihr Angebot als Einzelbewerberin lege und nicht beabsichtige, sich eines Subunternehmers zur Leistungserbringung zu bedienen, sondern den Auftrag vielmehr zu 100% selbst abzuwickeln gedenke.

Bei der H*** handelt es sich, laut den Ausführungen von Herrn J***, dem Vertreter der Antragstellerin, um die Interessenvertretung der Antragstellerin in Österreich im Bereich Marketing und Vertrieb. Bei der H*** sowie der Antragstellerin handelt es sich, wie aus den weiteren Ausführungen von Herrn J*** in der mündlichen Verhandlung hervorgeht, um zwei voneinander völlig unabhängige Unternehmen, die auch in keinem Mutter-Tochter Verhältnis stehen. Eine Konzernverbundenheit zur Antragstellerin liegt also nicht vor.

Wie aus den übereinstimmenden Aussagen des Vertreters der Antragstellerin, des Vertreters der Fa. H*** sowie von Frau D*** hervorgeht, ist Frau D*** derzeit nur auf Werkvertragsbasis - also als selbstständige Unternehmerin - für die Fa. H*** tätig. Ein Angestelltenverhältnis zur Fa. H*** ist erst für den Fall der Zuschlagserteilung für das verfahrensgegenständliche Projekt an die Antragstellerin geplant. Daraus ergibt sich, dass Frau D*** im maßgeblichen Zeitpunkt der Legung des Teilnahmeantrages als selbstständig Tätige einzustufen ist. Dies bedeutet, wie vom Bundesvergabeamt bereits mehrfach ausgesprochen wurde (vgl. BVA 16.04.2008, N/0016-BVA/11/2008-37 sowie BVA 11.11.2009, N/0105-BVA/04/2009-39), dass Frau D***, sofern sie als Schlüsselpersonal eingesetzt werden sollte, im Teilnahmeantrag als Subunternehmerin namhaft zu machen gewesen wäre. Wie aus den übereinstimmenden Aussagen des Vertreters der Antragstellerin, des Vertreters der Fa. H*** sowie von Frau D*** hervorgeht, ist Frau D*** derzeit nur auf Werkvertragsbasis - also als selbstständige Unternehmerin - für die Fa. H*** tätig. Ein Angestelltenverhältnis zur Fa. H*** ist erst für den Fall der Zuschlagserteilung für das verfahrensgegenständliche Projekt an die Antragstellerin geplant. Daraus ergibt sich, dass Frau D*** im maßgeblichen Zeitpunkt der Legung des Teilnahmeantrages als selbstständig Tätige einzustufen ist. Dies bedeutet, wie vom Bundesvergabeamt bereits mehrfach ausgesprochen wurde vergleiche BVA 16.04.2008, N/0016-BVA/11/2008-37 sowie BVA 11.11.2009, N/0105-BVA/04/2009-39), dass Frau D***, sofern sie als Schlüsselpersonal eingesetzt werden sollte, im Teilnahmeantrag als Subunternehmerin namhaft zu machen gewesen wäre.

Wie Herr J*** in der mündlichen Verhandlung ausdrücklich betonte, handelt es sich bei der Antragstellerin und der H*** um zwei voneinander gänzlich unabhängige Unternehmen, die auch in keiner Mutter-Tochter Beziehung stehen.

Für die Antragstellerin wäre also selbst damit gewonnen, wenn Frau D*** als Angestellte der Fa. H*** tätig geworden wäre, da in diesem Fall die Fa. H*** als Subunternehmerin namhaft gemacht hätte werden müssen.

Die Antragstellerin hat somit mit der Namhaftmachung einer unzulässigen Schlüsselperson den gemäß Punkt 2.4. der Ausschreibungsunterlage geforderten Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit (Mindestkriterium) nicht erbracht. Da die Antragstellerin den Festlegungen der Ausschreibung hinsichtlich des Nachweises ihrer technischen Leistungsfähigkeit nicht entsprochen hat, wäre das Angebot der Antragstellerin bereits auf Grund der bestandfesten Ausschreibungsbedingungen auszuschließen gewesen.

Wenn die Antragstellerin vorbringt, es sei ihr von der Auftraggeberin mehrfach bestätigt worden, dass ihr Angebot den Ausschreibungsbedingungen entspreche, so ist ihr zu entgegnen, dass es nicht in der Disposition der Auftraggeberin steht, von Ausscheidenstatbeständen gemäß § 129 Abs 1 BVergG nach ihrem Ermessen Gebrauch zu machen. Die Bindung der für eine Zuschlagserteilung in Frage kommenden Angebote an die Ausschreibung ist für die

Gleichbehandlung der Bieter entscheidend [vgl dazu EuGH 25.4.1996, Rs C-87/94 (Wallonische Busse, RZ 89, wonach eine Abweichung von in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen eine Verletzung wesentlicher Grundsätze des Vergabeverfahrens darstellt)]. Allein deshalb, weil die Auftraggeberin vor der Wahl des Angebotes für den Zuschlag von einem formalen Ausscheiden eines Angebotes Abstand genommen hat, wird ein auszuscheidendes Angebot nicht zu einem zulässigen Angebot, dem der Zuschlag erteilt werden kann (vgl VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050; ebenso BVA 16.6.2009, N/0030-BVA/04/2009; 23.7.2004, 14F-09/03-18; 23.7.2004, 14N- 64/03-22, 28.1.2005, 04N-131/04-38 u.a.). Wenn die Antragstellerin vorbringt, es sei ihr von der Auftraggeberin mehrfach bestätigt worden, dass ihr Angebot den Ausschreibungsbedingungen entspreche, so ist ihr zu entgegnen, dass es nicht in der Disposition der Auftraggeberin steht, von Ausscheidenstatbeständen gemäß Paragraph 129, Absatz eins, BVergG nach ihrem Ermessen Gebrauch zu machen. Die Bindung der für eine Zuschlagserteilung in Frage kommenden Angebote an die Ausschreibung ist für die Gleichbehandlung der Bieter entscheidend [vgl dazu EuGH 25.4.1996, Rs C-87/94 (Wallonische Busse, RZ 89, wonach eine Abweichung von in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen eine Verletzung wesentlicher Grundsätze des Vergabeverfahrens darstellt)]. Allein deshalb, weil die Auftraggeberin vor der Wahl des Angebotes für den Zuschlag von einem formalen Ausscheiden eines Angebotes Abstand genommen hat, wird ein auszuscheidendes Angebot nicht zu einem zulässigen Angebot, dem der Zuschlag erteilt werden kann vergleiche VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050; ebenso BVA 16.6.2009, N/0030-BVA/04/2009; 23.7.2004, 14F-09/03-18; 23.7.2004, 14N-64/03-22, 28.1.2005, 04N-131/04-38 u.a.).

Der Verwaltungsgerichtshof hat in ständiger Judikatur ausgesprochen, dass die Nachprüfungsbehörde verpflichtet ist, bei Prüfung der Zulässigkeit eines Nachprüfungsantrages einen von ihr auf Grund der Akten des Vergabeverfahrens erkannten und vom Auftraggeber nicht aufgegriffenen Ausschlussgrund heranzuziehen (vgl. VwGH 27.05.2009, 2008/04/0041 mwN). Der Verwaltungsgerichtshof hat weiters wiederholt ausgesprochen, dass ein Bieter, dem es nicht gelingt, auf Grund einer ordnungsgemäß zustande gekommenen Ausschreibung ein für den Zuschlag geeignetes Angebot zu legen, nicht schutzwürdig ist und daher nicht geltend machen kann, dass auch andere bzw. alle anderen Bieter auszuschneiden gewesen wären (VwGH 11.11.2009, 2009/04/0240). Der Verwaltungsgerichtshof hat darüber hinaus mehrfach dargelegt, dass für einen Bieter, der selbst gegen die Ausschreibungsbedingungen oder gegen die Bestimmungen über öffentliche Aufträge verstoßen hat, kein Schaden dadurch entsteht, dass dieser Bieter am weiteren Vergabeverfahren nicht teilnehmen kann (vgl. zB. VwGH 28.03.2007, 2005/04/0200). In den Entscheidungsgründen zu diesem Erkenntnis wurde nicht nur auf die Vorjudikatur verwiesen, sondern auch darauf, dass diese Rechtsansicht nicht zuletzt mit den Ausführungen des Generalanwaltes in den Schlussanträgen in der Rechtssache C-249/01 im Einklang steht, nach denen ein Bieter den Zuschlag nicht erhalten könne, der selbst gegen die Ausschreibungsbedingungen oder gegen die Bestimmungen über öffentliche Aufträge verstoßen hat (VwGH 28.05.2008, 2007/04/0232). Der Verwaltungsgerichtshof hat in ständiger Judikatur ausgesprochen, dass die Nachprüfungsbehörde verpflichtet ist, bei Prüfung der Zulässigkeit eines Nachprüfungsantrages einen von ihr auf Grund der Akten des Vergabeverfahrens erkannten und vom Auftraggeber nicht aufgegriffenen Ausschlussgrund heranzuziehen vergleiche VwGH 27.05.2009, 2008/04/0041 mwN). Der Verwaltungsgerichtshof hat weiters wiederholt ausgesprochen, dass ein Bieter, dem es nicht gelingt, auf Grund einer ordnungsgemäß zustande gekommenen Ausschreibung ein für den Zuschlag geeignetes Angebot zu legen, nicht schutzwürdig ist und daher nicht geltend machen kann, dass auch andere bzw. alle anderen Bieter auszuschneiden gewesen wären (VwGH 11.11.2009, 2009/04/0240). Der Verwaltungsgerichtshof hat darüber hinaus mehrfach dargelegt, dass für einen Bieter, der selbst gegen die Ausschreibungsbedingungen oder gegen die Bestimmungen über öffentliche Aufträge verstoßen hat, kein Schaden dadurch entsteht, dass dieser Bieter am weiteren Vergabeverfahren nicht teilnehmen kann vergleiche zB. VwGH 28.03.2007, 2005/04/0200). In den Entscheidungsgründen zu diesem Erkenntnis wurde nicht nur auf die Vorjudikatur verwiesen, sondern auch darauf, dass diese Rechtsansicht nicht zuletzt mit den Ausführungen des Generalanwaltes in den Schlussanträgen in der Rechtssache C-249/01 im Einklang steht, nach denen ein Bieter den Zuschlag nicht erhalten könne, der selbst gegen die Ausschreibungsbedingungen oder gegen die Bestimmungen über öffentliche Aufträge verstoßen hat (VwGH 28.05.2008, 2007/04/0232).

Mangelt es einem Angebot an der grundsätzlichen Eignung gemäß den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes und den hierzu ergangenen Verordnungen für den Zuschlag in Betracht gezogen zu werden, so ist - wie der Verwaltungsgerichtshof wiederholt ausgesprochen hat - die Antragslegitimation iSv § 320 Abs. 1 BVergG 2006 zu verneinen (vgl. VwGH 3.1.2005, 2003/04/0039; 27.2.2002, 2000/04/0050; 16.2.2005, 2004/04/0030; ebenso BVA 19.1.2006, 04N-134/05-17). Der Antragstellerin wurde im Rahmen der mündlichen Verhandlung am 23.03.2011

Gelegenheit gegeben, dazu und damit auch zur Stichhaltigkeit des vom Bundesvergabeamt herangezogenen Ausscheidungsgrundes, Stellung zu nehmen [vgl. EuGH 19.6.2003, Rs C-249/01 (Hackermüller); VwGH 1.3.2005, 2003/04/0039; 16.2.2005, 2004/04/0030]. Mangelt es einem Angebot an der grundsätzlichen Eignung gemäß den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes und den hierzu ergangenen Verordnungen für den Zuschlag in Betracht gezogen zu werden, so ist - wie der Verwaltungsgerichtshof wiederholt ausgesprochen hat - die Antragslegitimation iSv Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006 zu verneinen (vergleiche VwGH 3.1.2005, 2003/04/0039; 27.2.2002, 2000/04/0050; 16.2.2005, 2004/04/0030; ebenso BVA 19.1.2006, 04N-134/05-17). Der Antragstellerin wurde im Rahmen der mündlichen Verhandlung am 23.03.2011 Gelegenheit gegeben, dazu und damit auch zur Stichhaltigkeit des vom Bundesvergabeamt herangezogenen Ausscheidungsgrundes, Stellung zu nehmen [vgl. EuGH 19.6.2003, Rs C-249/01 (Hackermüller); VwGH 1.3.2005, 2003/04/0039; 16.2.2005, 2004/04/0030].

Wie sich aus der zitierten Judikatur sowie aus den Festlegungen der bestandfesten Ausschreibung eindeutig ergibt, wäre die Antragstellerin bereits allein deshalb auszuschließen gewesen, weil sie die technische Leistungsfähigkeit nicht nachweisen konnte. Auf das weitere Antragsvorbringen war daher nicht mehr einzugehen.

Zu Spruchpunkt 2.:

Gemäß § 319 Abs. 1 1.Satz BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende, Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, 1.Satz BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende, Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber.

Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung besteht nur dann, wenn dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde (§ 319 Abs. 2 BVergG). Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung besteht nur dann, wenn dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde (Paragraph 319, Absatz 2, BVergG).

Der Antragsteller hat, wie sich aus Spruchpunkt 1 ergibt, mit seinem Nachprüfungsantrag auch nicht teilweise obsiegt. Dem Nachprüfungsantrag wurde nicht stattgegeben. Der sowohl für den Nachprüfungsantrag als auch für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung geltend gemachte Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühren war daher abzuweisen.

Zuletzt aktualisiert am

07.06.2011

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