

TE Verg Bescheid 2010/1/11 N/0117-BVA/02/2009-EV16

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 11.01.2010

Norm

BVergG 2006 §329 Abs3

1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 329 Abs. 3 Bundesvergabegesetz 2006, BGBl I Nr. 17/2006, in der Fassung BGBl I Nr. 86/2007 (BVergG), durch die Vorsitzende des Senates 2, Mag. Viktoria Mugli-Maschek, im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe "GU Ausbau Fertigstellung Skylink" des Auftraggebers Flughafen Wien AG, Postfach 1, A-1300 Wien Flughafen, vertreten durch X*** wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 329, Absatz 3, Bundesvergabegesetz 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, (BVergG), durch die Vorsitzende des Senates 2, Mag. Viktoria Mugli-Maschek, im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe "GU Ausbau Fertigstellung Skylink" des Auftraggebers Flughafen Wien AG, Postfach 1, A-1300 Wien Flughafen, vertreten durch X*** wie folgt entschieden:

Spruch

Die einstweilige Verfügung vom 9.12.2009, GZ N/0117-BVA/02/2009-EV8, wird von Amts wegen erstreckt. Die Teilnahmeantragsfrist wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis 22.2.2010 ausgesetzt und dem Auftraggeber wird bis zum selben Datum untersagt, die im Vergabeverfahren "GU Ausbau Fertigstellung Skylink" eingelangten Teilnahmeanträge zu öffnen.

Begründung

Die Veröffentlichung der Bekanntmachung zur Auftragsvergabe "GU Ausbau Fertigstellung Skylink", in einem Verhandlungsverfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb des Auftraggebers Flughafen Wien AG, Postfach 1, A-1300 Wien Flughafen, erfolgte national am 23.11.2009 im Lieferanzeiger zur Wiener Zeitung unter L-465301-9b19 und europaweit am 25.11.2009 im Supplement des Amtsblattes der Europäischen Gemeinschaften unter 2009/S 227-326473. In der Bekanntmachung sind als Vertragslaufzeit 15 Monate ab Auftragsvergabe vorgesehen. Der Zuschlag soll dem wirtschaftlich günstigsten Angebot im Bezug auf die, in den Verdingungs-/Ausschreibungsunterlagen, in der Aufforderung zur Angebotsabgabe oder zur Verhandlung aufgeführten Kriterien erteilt werden. Zur Vergabe gelangt ein Los eines Bauauftrages mit einem geschätzten Auftragswert von Euro 90 Mio exkl. Ust; der geschätzte Auftragswert des gesamten Bauprojektes beläuft sich auf Euro 657 Mio exkl. Ust. Unter Punkt IV.3.2) der

Ausschreibungsbekanntmachung werden der Schlusstermin für die Anforderung von oder die Einsicht in die Unterlagen, mit 4.12.2009 und - nach Berichtigung durch den Auftraggeber vom 2.12.2009, europaweit am 5.12.2009 im Supplement des Amtsblattes der Europäischen Gemeinschaften unter 2009/S 235-335485 kundgemacht - der Schlusstermin für den Eingang der Teilnahmeanträge mit 14.12.2009, 10.00 Uhr, festgelegt. Die Veröffentlichung der Bekanntmachung zur Auftragsvergabe "GU Ausbau Fertigstellung Skylink", in einem Verhandlungsverfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb des Auftraggebers Flughafen Wien AG, Postfach 1, A-1300 Wien Flughafen, erfolgte national am 23.11.2009 im Lieferanzeiger zur Wiener Zeitung unter L-465301-9b19 und europaweit am 25.11.2009 im Supplement des Amtsblattes der Europäischen Gemeinschaften unter 2009/S 227-326473. In der Bekanntmachung sind als Vertragslaufzeit 15 Monate ab Auftragsvergabe vorgesehen. Der Zuschlag soll dem wirtschaftlich günstigsten Angebot im Bezug auf die, in den Verdingungs-/Ausschreibungsunterlagen, in der Aufforderung zur Angebotsabgabe oder zur Verhandlung aufgeführten Kriterien erteilt werden. Zur Vergabe gelangt ein Los eines Bauauftrages mit einem geschätzten Auftragswert von Euro 90 Mio exkl. Ust; der geschätzte Auftragswert des gesamten Bauprojektes beläuft sich auf Euro 657 Mio exkl. Ust. Unter Punkt römisch vier.3.2) der Ausschreibungsbekanntmachung werden der Schlusstermin für die Anforderung von oder die Einsicht in die Unterlagen, mit 4.12.2009 und - nach Berichtigung durch den Auftraggeber vom 2.12.2009, europaweit am 5.12.2009 im Supplement des Amtsblattes der Europäischen Gemeinschaften unter 2009/S 235-335485 kundgemacht - der Schlusstermin für den Eingang der Teilnahmeanträge mit 14.12.2009, 10.00 Uhr, festgelegt.

In der Ausschreibungsunterlage "Teilnahmebedingungen zum Verhandlungs-verfahren mit vorherigem Aufruf zum Wettbewerb der Flughafen Wien AG, "GU Ausbau Fertigstellung Skylink", Stand "Vberichtigt 2.12.2009" wird, soweit für die verfahrensgegenständliche Entscheidung von Bedeutung, in den Kapiteln 1. Verfahrensbestimmungen, 2. Eignungskriterien, 3. Termin- und Einreichform und 4. Auswahlverfahren auszugsweise wie folgt festgelegt:

"1.4.2. Verfahrensablauf

...

Die 5 (fünf) bestgereihten Bewerber werden zur Angebotslegung eingeladen.

...

1.6. Bewerbergemeinschaften

Die Bildung von Bewerbergemeinschaften ist im gegenständlichen Vergabeverfahren zulässig. Für jedes Unternehmen ist nur eine Bewerbung, gleich ob im eigenen Namen oder als Mitglied einer (einzigen) Bewerbergemeinschaft zulässig. Die Teilnahme eines Unternehmers als Subunternehmer an einer oder mehreren Bewerbergemeinschaften ist zulässig, auch wenn er gleichzeitig Bewerber oder Mitglied einer (einzigen) anderen Bewerbergemeinschaft ist.

Wird eine Bewerbergemeinschaft gebildet, so gilt Folgendes:

Die Bewerbergemeinschaft hat die genaue Zusammensetzung bekannt zu geben sowie ein Mitglied zu benennen, das federführend berechtigt ist, uneingeschränkt für die Gemeinschaft rechtsverbindliche Erklärungen abzugeben und als Zustellungsbevollmächtigter für die Gemeinschaft zu fungieren (Formblatt 2). Alle Mitglieder der Bewerbergemeinschaft sind im Auftragsfall als Arbeitsgemeinschaft zur vertragsgemäßen Erbringung der Leistung und zur Einhaltung der sonstigen Verpflichtungen aus dem Auftrag solidarisch verpflichtet.

Bewerbergemeinschaften müssen unverändert in die Bietergemeinschaften übergehen. Der nachträgliche Zusammenschluss (nach Abgabe der Teilnahmeanträgen von Bewerbern oder Bewerbergemeinschaften zu einer neuen Bewerber oder Bietergemeinschaft ist ausgeschlossen.

Konzernverbundene Unternehmen (d.s. Unternehmen, die horizontal oder vertikal miteinander verbundene Unternehmen i.S. des § 2 Z 39 BVergG 2006 darstellen) - gleichgültig über wie viel organisatorische Zwischenebenen - dürfen sich nur im Rahmen einer gemeinsamen Bietergemeinschaft am Vergabeverfahren beteiligen. Solche Unternehmen gelten im Rahmen einer Bietergemeinschaft als ein Unternehmen. Konzernverbundene Unternehmen (d.s. Unternehmen, die horizontal oder vertikal miteinander verbundene Unternehmen i.S. des Paragraph 2, Ziffer 39, BVergG 2006 darstellen) - gleichgültig über wie viel organisatorische Zwischenebenen - dürfen sich nur im Rahmen einer gemeinsamen Bietergemeinschaft am Vergabeverfahren beteiligen. Solche Unternehmen gelten im Rahmen einer Bietergemeinschaft als ein Unternehmen.

...

1.13. Beschränkung der Haftung für Schadenersatz

Der Auftraggeber und die vergebende Stelle haften im Rahmen des Vergabeverfahrens ausschließlich im Falle nachgewiesener grober Fahrlässigkeit oder Vorsatzes für Schadenersatz.

...

2.3.1. Bilanzen

Vorlage von Bilanzen oder Bilanzauszügen der letzten drei Geschäftsjahre, in dem Umfang in dem ihre Offenlegung im Herkunftsland des Unternehmers gesetzlich vorgeschrieben ist. Sofern eine attestierte Bilanz für das Jahr 2008 noch nicht vorliegt, für die drei vorangegangenen Jahre.

...

2.3.3. Unternehmensbeteiligungen und Eigentümerstrukturen Angaben über Unternehmensbeteiligungen und Eigentümerstrukturen (Organigramm), aus denen insbesondere alle verbundenen Unternehmen hervorgehen. Angaben über in den letzten drei Geschäftsjahren stattgefundenen Eigentümerwechsel und Veränderungen der Eigentümerstruktur sofern eine Änderung der Struktur mehr als 25% der Geschäftsanteile betroffen hat.

2.3.4. Umsatz

Erklärung über den Umsatz der letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahre (oder für einen kürzeren Zeitraum, falls das Unternehmen noch nicht so lange besteht). Mindestens ist jedoch ein Umsatz von 200 Mio. Euro für das letzte abgeschlossene Geschäftsjahr und 500 Mio. Euro insgesamt über die letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahre nachzuweisen. Der Nachweis erfolgt über die vorzulegenden Bilanzen. Sollten die Umsätze des Bewerbers im Sitzstaat nicht veröffentlichungspflichtig sein, hat er eine verbindliche Erklärung eines Wirtschaftsprüfers / Steuerberaters über die Umsätze der letzten drei Geschäftsjahre vorzulegen.

Im Falle von Bewerbungsgemeinschaften haben die Unternehmen der Gemeinschaft gemeinsam den oben angeführten Umsatz zu erbringen.

2.4. Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit

Der Bewerber muss für die Erbringung der Leistung die technische Leistungsfähigkeit besitzen. Dies ist nachzuweisen mittels zweier Referenzen über in den letzten fünf Jahren ordnungsgemäß abgeschlossene vergleichbare Leistungen (näheres zum Mindestinhalt der Referenzen vgl. unter Kapitel 4) Der Bewerber muss für die Erbringung der Leistung die technische Leistungsfähigkeit besitzen. Dies ist nachzuweisen mittels zweier Referenzen über in den letzten fünf Jahren ordnungsgemäß abgeschlossene vergleichbare Leistungen (näheres zum Mindestinhalt der Referenzen vergleiche unter Kapitel 4)

...

3.3. Termin und Ort für die Einreichung der Teilnahmeanträge

1. a) Litera a

Tag: 9. Dezember 2009 14. Dezember 2009

2. b) Litera b

Zeit: 10.00 Uhr (Einlangen!)

3. c) Litera c

Ort: Kanzlei der öffentlichen Notare Dr. Harald Mezriczky und Dr. Martin Roch
Himberger Strasse 7/4
2320 Schwechat

Die Übermittlung der Teilnahmeanträge per Telefax oder E-Mail ist nicht zulässig.

Das Risiko des rechtzeitigen Einlangens trägt der Bewerber. Es werden nur jene Teilnahmeanträge berücksichtigt, die rechtzeitig bei der Abgabestelle einlangen.

...

1. 4. Ziffer 4

Auswahlverfahren

4.1. Anforderungen und Bewertung von Referenzen

Alle Bewerber sind eingeladen, im Rahmen des Teilnahmeverfahrens Referenzaufträge anzugeben. Dafür sind ausschließlich die angeschlossenen Formblätter zu verwenden.

4.1.1. Voraussetzungen für die Vergabe von 10 Basispunkten

Als vergleichbare Referenz gilt die Erbringung von Leistungen auf dem Gebiet des Innenausbaus (Kostenbereich 4 iS der ÖNORM B1801-1) von Bauwerken, sowohl bei Neubauten als auch bei Umbauten, die jedenfalls folgende Aufgabenbereiche umfasst haben:

- -Strichaufzählung
Baumeisterarbeiten
- -Strichaufzählung
Boden- und Fliesenlegearbeiten
- -Strichaufzählung
Schlosser und Stahlbauarbeiten
- -Strichaufzählung
Glaserarbeiten (Innenverglasung)

Die Referenz muss vom Bewerber selbst als verantwortlicher GU (oder Teil - GU) oder - im Fall von Arbeitsgemeinschaften - entweder mit einem wesentlichen ARGE Anteil (größer 25%) oder unter seiner Federführung (technische ARGE Geschäftsführung) erbracht worden sein. Auch Gesamt-GU Referenzen, bei denen die bezughabenden Leistungen im Zuge eines Gesamtbauvorhabens ausgeführt wurden, zählen als Referenz.

Der Mindestumfang der bezughabenden Leistungen (KB 4 Bauwerk Ausbau iS der ÖNORM B1801-1) muss 30 Mio Euro netto betragen haben und das Projekt muss innerhalb der letzten 5 Jahre abgeschlossen worden sein (es gilt der Tag der Abgabe der Teilnahmeanträge als Stichtag). Hilfsweise können sich bis zu 2 der vorgelegten Referenzprojekte noch in Bau befinden, wobei jedoch der Fertigstellungsgrad mindestens 50% betragen muss (vom Referenzauftraggeber zu bestätigen). Der Referenzauftraggeber hat die ordnungsgemäße Leistungserbringung auf dem Formblatt zu bestätigen, andernfalls wird die Referenz nicht anerkannt. Mindestens 2 derartige Referenzen muss der Bewerber nachweisen, andernfalls wird sein Teilnahmeantrag ausgeschieden.

Eine solche vom Auftraggeber bestätigte Referenz zählt 10 Punkte.

4.1.2. Vergabe von Zusatzpunkten vergleichbar hoher TGA Anteil Wurde eine Referenz gem 4.1.1. in einem Gebäude mit hohem Gebäudetechnikanteil (zB Krankenhaus, Hochschule, Bahnhof udgl) mit einem Anteil des KB 3 Bauwerk Technik iS der ÖNORM B1801-1 von mehr als 35% der Bauwerkskosten (KB 2 bis 4) erbracht, erhält der Bewerber für diese Referenz 2 Zusatzpunkte.

...

4.1.4. Vergabe von Zusatzpunkten Flughafen

Wurde eine Referenz gem 4.1.1 auf einem Flughafen erbracht, erhält der Bewerber für diese Referenz 5 Zusatzpunkte.

Maximal können daher mit einer Referenz, die alle in 4.1.1 bis 4.1.4. genannten Voraussetzungen erfüllt, 20 Punkte erzielt werden.

Maximal 5 Referenzen je Teilnehmer werden bewertet. Somit kann ein Bewerber im Auswahlverfahren maximal 100 Punkte mit der Vorlage von Referenzen erreichen.

4.2.Vergabe von Punkten für die Qualifikation des Leitungspersonals Gleichzeitig mit dem Teilnahmeantrag hat der Bewerber jene Personen zu benennen, die er im Auftragsfall als Bauleiter bzw als Stellvertreter des Bauleiters einzusetzen gedenkt. Grundsätzlich ist der Bieter verpflichtet, diese Personen im Auftragsfall auch tatsächlich einzusetzen. Dies wird im Leistungsvertrag entsprechend festgehalten werden. Die Regeln für einen Austausch des Leitungspersonals richten sich ebenfalls nach den Bestimmungen des Leistungsvertrages.

Für Zwecke des Auswahlverfahrens hat der Bewerber nachzuweisen, dass ihm die betreffenden Personen im Auftragsfall tatsächlich zur Verfügung stehen. Zum Nachweis der besonderen Erfahrung der benannten Leitungspersonen kann je Leitungsperson ein Referenzprojekt genannt werden. Punkte nach den folgenden

Bestimmungen können jeweils nur für einen Bauleiter und einen Stellvertreter für jeweils nur ein Projekt erzielt werden.

Werden als Bauleiter bzw als dessen Stellvertreter Personen benannt, die bereits in der Funktion Bauleiter bzw Bauleiterstellvertreter ein Projekt umgesetzt haben, das den Anforderungen von Punkt 4.1.1 entspricht, erhält der Bewerber jeweils 10 Punkte für jede derartige Person. Waren die benannten Personen in jenem Projekt, das als Referenz benannt wurde, mehr als die Hälfte der Umsetzungszeit in einer Funktion als Bauleiter oder Stellvertreter tätig, erhält der Bewerber jeweils 5 weitere Punkte für jede derartige Person. Haben die beiden benannten Personen in jenem Projekt, das als Referenz benannt wurde, als Bauleiter bzw Stellvertreter zusammen gewirkt, erhält der Bewerber 5 weitere Punkte.

Insgesamt kann ein Bewerber in diesem Kriterium also maximal 35 Punkte erhalten.

4.3. Vergabe von Punkten ISO Zertifizierung

Weist der Bewerber (im Falle von Bewerbergemeinschaften jedes Mitglied der Bewerbergemeinschaft, nicht jedoch Subunternehmer oder sonstige Dritte) nach, dass er/sie über eine aufrechte Zertifizierung gemäß EN ISO 9001 verfügt, erhält der Bewerber 5 Punkte.

Somit sind im Auswahlverfahren maximal 140 Punkte erreichbar."

Einen weiteren Teil der Ausschreibungsunterlage bilden die Formblätter 1 bis 8 im Anhang zu den Teilnahmebedingungen.

Mit Schriftsatz vom 30.11.2009 beantragte A***, vertreten durch Y*** (idF Antragstellerin), die Nichtigerklärung der "Ausschreibung (Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages) im Vergabeverfahren `GU Ausbau Fertigstellung Skylink`" sowie eventualiter die Nichtigerklärung von Mit Schriftsatz vom 30.11.2009 beantragte A***, vertreten durch Y*** in der Fassung Antragstellerin), die Nichtigerklärung der "Ausschreibung (Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages) im Vergabeverfahren `GU Ausbau Fertigstellung Skylink`" sowie eventualiter die Nichtigerklärung von

- -Strichaufzählung
Punkt IV.3.2) der Bekanntmachungen im Supplement S des Amtsblattes der Europäischen Union und Lieferanzeiger der Wiener Zeitung und Punkt 3.3 der Teilnahmeunterlagen, Punkt römisch vier.3.2) der Bekanntmachungen im Supplement S des Amtsblattes der Europäischen Union und Lieferanzeiger der Wiener Zeitung und Punkt 3.3 der Teilnahmeunterlagen,
- -Strichaufzählung
Punkt 1.6 Absatz 6 der Teilnahmeunterlagen [Der nachträgliche Zusammenschluss (nach Abgabe der Teilnahmeanträge) von Bewerbern oder Bewerbergemeinschaften zu einer neuen Bewerber- oder Bietergemeinschaft ist ausgeschlossen.],
- -Strichaufzählung
Punkt 1.13 der Teilnahmeunterlagen,
- -Strichaufzählung
Punkt 2.3.1 der Teilnahmeunterlagen,
- -Strichaufzählung
Punkt 2.3.3 der Teilnahmeunterlagen,
- -Strichaufzählung
Punkt 2.3.4 der Teilnahmeunterlagen,
- -Strichaufzählung
Punkt 4.1 und 4.2 und Formblätter 7 und 8 Teilnahmeunterlagen".

Weiters wurde die Durchführung einer mündlichen Verhandlung und der Ersatz der Pauschalgebühren sowohl im Nachprüfungsverfahren als auch im Verfahren auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung begehrt.

Dem gleichzeitig gestellten Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 9.12.2009, GZ N/0117-BVA/02/2009- EV8, insoweit stattgegeben, als die Teilnahmeantragsfrist im verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens,

längstens jedoch bis 11.1.2010, ausgesetzt wurde und dem Auftraggeber untersagt wurde, bis zum genannten Datum, die eingelangten Teilnahmeanträge zu öffnen.

Begründend führte die Antragstellerin in ihren Schriftsätzen vom 30.11.2009 und 15.12.2009 zum Nachprüfungsantrag im Wesentlichen aus, dass die Ausschreibung (Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages) - auch nach Berichtigung bzw. Aufklärung seitens des Auftraggebers - durch zahlreiche Festlegungen gegen das BVergG 2006 verstoße.

Pkt. 1.4.2 letzter Satz der Teilnahmeunterlagen, wonach "die `fünf` bestgereihten Bewerber zur Angebotslegung eingeladen" werden, sei unklar und regle nicht den Fall, dass mehr als fünf Unternehmer an die erste Stelle zu reihen seien.

Die Formulierung "der nachträgliche Zusammenschluss (nach Abgabe der Teilnahmeanträge) von Bewerbern oder Bewerbergemeinschaften zu einer neuen Bewerber- oder Bietergemeinschaft (...) ausgeschlossen" in Pkt. 1.6 der Teilnahmeunterlagen widerspreche § 188 Abs 2 BVergG 2006 und beschränke Bewerberkonstellationen. Die Formulierung "der nachträgliche Zusammenschluss (nach Abgabe der Teilnahmeanträge) von Bewerbern oder Bewerbergemeinschaften zu einer neuen Bewerber- oder Bietergemeinschaft (...) ausgeschlossen" in Pkt. 1.6 der Teilnahmeunterlagen widerspreche Paragraph 188, Absatz 2, BVergG 2006 und beschränke Bewerberkonstellationen.

Die weitere Festlegung in Pkt. 1.6 der Teilnahmeunterlagen, dass sich "konzernverbundene Unternehmen (...) nur im Rahmen einer gemeinsamen Bietergemeinschaft am Vergabeverfahren beteiligen" dürfen und "Solche Unternehmen im Rahmen einer Bietergemeinschaft als ein Unternehmen gelten" greife in die Wahlfreiheit der Unternehmer, wie und in welcher Form sie sich an einem Vergabeverfahren beteiligen wollen (Bietergemeinschaft oder Subunternehmer), ein und sei sachlich nicht gerechtfertigt.

Der Haftungsausschluss für leichte Fahrlässigkeit in Pkt. 1.13. der Teilnahmeunterlagen - die Antragsgegnerin hafte "im Rahmen des Vergabeverfahrens ausschließlich im Falle nachgewiesener grober Fahrlässigkeit oder Vorsatzes für Schadenersatz" - widerspreche § 338 Abs 1 BVergG 2006. Der vom Auftraggeber herangezogene § 97 Abs. 2 BVergG gelte nicht für Sektorenauftraggeber. Dies betreffe auch § 99 Abs. 2 BVergG, der gleichfalls keine Parallelregelung im 3. Teil des BVergG habe. Auch das Heranziehen der ÖNORM B 2110 sei nicht einschlägig, denn diese Bestimmung beziehe sich auf die Phase nach Vertragsabschluss und betreffe das Verhältnis Auftraggeber und Auftragnehmer. § 338 Abs. 1 BVergG 2006 hingegen erfasse Verstöße vor Vertragsabschluss und beziehe sich auf die Ansprüche übergangener Bieter. Der Haftungsausschluss für leichte Fahrlässigkeit in Pkt. 1.13. der Teilnahmeunterlagen - die Antragsgegnerin hafte "im Rahmen des Vergabeverfahrens ausschließlich im Falle nachgewiesener grober Fahrlässigkeit oder Vorsatzes für Schadenersatz" - widerspreche Paragraph 338, Absatz eins, BVergG 2006. Der vom Auftraggeber herangezogene Paragraph 97, Absatz 2, BVergG gelte nicht für Sektorenauftraggeber. Dies betreffe auch Paragraph 99, Absatz 2, BVergG, der gleichfalls keine Parallelregelung im 3. Teil des BVergG habe. Auch das Heranziehen der ÖNORM B 2110 sei nicht einschlägig, denn diese Bestimmung beziehe sich auf die Phase nach Vertragsabschluss und betreffe das Verhältnis Auftraggeber und Auftragnehmer. Paragraph 338, Absatz eins, BVergG 2006 hingegen erfasse Verstöße vor Vertragsabschluss und beziehe sich auf die Ansprüche übergangener Bieter.

Die Festlegungen zur finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit unter Pkt. 2.3.1 seien unklar. Wann Bewerber aufgrund Pkt. 2.3.1 (Bilanzen) bzw. Pkt. 2.3.3 (Unternehmensbeteiligung und Eigentümerstrukturen) nicht zur Angebotsabgabe einzuladen seien, ergebe sich nicht aus den Teilnahmeunterlagen. Das Fehlen einer Definition, wann die Eignungskriterien erfüllt seien und wann Unternehmer vom Vergabeverfahren auszuschließen seien, widerspreche § 228 Abs. 2 BVergG 2006. Auch die Antragstellerin sei durch eine derart unklare Bestimmung beschwert, weil ihr ein (nicht einzuladender) Unternehmer vorgereiht werden könnte und sie damit um die Teilnahme am Vergabeverfahren und damit um die Chance auf den Zuschlag gebracht werde. Die Festlegungen zur finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit unter Pkt. 2.3.1 seien unklar. Wann Bewerber aufgrund Pkt. 2.3.1 (Bilanzen) bzw. Pkt. 2.3.3 (Unternehmensbeteiligung und Eigentümerstrukturen) nicht zur Angebotsabgabe einzuladen seien, ergebe sich nicht aus den Teilnahmeunterlagen. Das Fehlen einer Definition, wann die Eignungskriterien erfüllt seien und wann Unternehmer vom Vergabeverfahren auszuschließen seien, widerspreche Paragraph 228, Absatz 2, BVergG 2006. Auch die Antragstellerin sei durch eine derart unklare Bestimmung beschwert, weil ihr ein (nicht einzuladender) Unternehmer vorgereiht werden könnte und sie damit um die Teilnahme am Vergabeverfahren und damit um die Chance auf den Zuschlag gebracht werde.

Während nach Pkt. 2.3.1 die Vorlage von "Bilanzen oder Bilanzauszügen der letzten drei Geschäftsjahre in dem Umfang, in dem ihre Offenlegung im Herkunftsland des Unternehmens gesetzlich vorgeschrieben ist. Sofern eine attestierte Bilanz für das Jahr 2008 noch nicht vorliegt, für die drei vorangegangenen Jahre" verlange, finde sich in Pkt. 2.3.4 der Hinweis, dass Umsätze des Bewerbers entweder durch eine Bilanz oder, wenn die Umsätze nicht veröffentlichungspflichtig seien, durch eine verbindliche Erklärung eines Wirtschaftsprüfers/ Steuerberaters nachzuweisen seien. Da eine Einschränkung - wie in Pkt. 2.3.4 betreffend die Bilanzvorlage, in Pkt. 2.3.1 - fehle, sei unklar, ob Unternehmer, die nicht zur Bilanzierung verpflichtet seien, aufgrund Pkt. 2.3.1 in diskriminierender und rechtswidriger Weise "Bilanzen" beizubringen hätten.

Es sei unklar, was unter dem Begriff "Umsatz" in Pkt. 2.3.4 der Teilnahmeunterlagen zu verstehen sei. § 231 UGB kenne nur auszuweisende "Umsatzerlöse" (Z1) und "die Veränderung des Bestandes an fertigen und unfertigen Erzeugnissen sowie an noch nicht abrechenbaren Leistungen" (Z2). Werde in Pkt. 2.3.4 nur auf den reinen Umsatzerlös abgestellt, könne keine aussagekräftige Einschätzung des Unternehmens erfolgen, da ein Umsatzerlös, wenn zB ein Bauvorhaben über mehrere Jahre abgewickelt werde, uU erst mit der Übernahme ausgewiesen werde. Diese Festlegung in Punkt 2.3.4 bleibe auch nach Erläuterung durch den Auftraggeber unklar, denn der Begriff "Umsatz" sei vergleichbar zum ebenfalls im BVergG verwendeten Begriff "berufliche Befugnis" und daher vom Auftraggeber zu präzisieren. Auch habe diese Frage Auswirkungen auf die Teilnahmeform interessierter Unternehmer. Es sei unklar, was unter dem Begriff "Umsatz" in Pkt. 2.3.4 der Teilnahmeunterlagen zu verstehen sei. Paragraph 231, UGB kenne nur auszuweisende "Umsatzerlöse" (Z1) und "die Veränderung des Bestandes an fertigen und unfertigen Erzeugnissen sowie an noch nicht abrechenbaren Leistungen" (Z2). Werde in Pkt. 2.3.4 nur auf den reinen Umsatzerlös abgestellt, könne keine aussagekräftige Einschätzung des Unternehmens erfolgen, da ein Umsatzerlös, wenn zB ein Bauvorhaben über mehrere Jahre abgewickelt werde, uU erst mit der Übernahme ausgewiesen werde. Diese Festlegung in Punkt 2.3.4 bleibe auch nach Erläuterung durch den Auftraggeber unklar, denn der Begriff "Umsatz" sei vergleichbar zum ebenfalls im BVergG verwendeten Begriff "berufliche Befugnis" und daher vom Auftraggeber zu präzisieren. Auch habe diese Frage Auswirkungen auf die Teilnahmeform interessierter Unternehmer.

Die gleichfalls in Pkt. 2.3.4 der Teilnahmeunterlagen festgelegten Umsatzgrenzen in Höhe von Euro 200 Mio für das Geschäftsjahr 2008 und in Höhe von Euro 500 Mio für die letzten drei Geschäftsjahre seien keinesfalls iSv § 231 Abs 2 BVergG 2006 gerechtfertigt. Kleine und mittlere Unternehmen seien vom Vergabeverfahren ausgeschlossen. Selbst wenn es interessierten Unternehmen offen stehe, eine Bewerbergemeinschaft zu gründen, führe das aufgrund der - § 188 Abs 2 6.Satz BVergG 2006 widersprechenden - Regelungen in Pkt.1.6 der Teilnahmeunterlagen "der nachträgliche Zusammenschluss (nach Abgabe der Teilnahmeanträge) von Bewerbern oder Bewerbergemeinschaften zu einer neuen Bewerber- oder Bietergemeinschaft (...) ausgeschlossen" nicht zur Rechtskonformität der Ausschreibung. Dass interessierten Unternehmern lediglich eine Arbeitswoche verbleibe, um sich mit künftigen ARGE-Partnern zusammenzuschließen, verletze den Wettbewerbsgrundsatz. Die gleichfalls in Pkt. 2.3.4 der Teilnahmeunterlagen festgelegten Umsatzgrenzen in Höhe von Euro 200 Mio für das Geschäftsjahr 2008 und in Höhe von Euro 500 Mio für die letzten drei Geschäftsjahre seien keinesfalls iSv Paragraph 231, Absatz 2, BVergG 2006 gerechtfertigt. Kleine und mittlere Unternehmen seien vom Vergabeverfahren ausgeschlossen. Selbst wenn es interessierten Unternehmen offen stehe, eine Bewerbergemeinschaft zu gründen, führe das aufgrund der - Paragraph 188, Absatz 2, 6.Satz BVergG 2006 widersprechenden - Regelungen in Pkt.1.6 der Teilnahmeunterlagen "der nachträgliche Zusammenschluss (nach Abgabe der Teilnahmeanträge) von Bewerbern oder Bewerbergemeinschaften zu einer neuen Bewerber- oder Bietergemeinschaft (...) ausgeschlossen" nicht zur Rechtskonformität der Ausschreibung. Dass interessierten Unternehmern lediglich eine Arbeitswoche verbleibe, um sich mit künftigen ARGE-Partnern zusammenzuschließen, verletze den Wettbewerbsgrundsatz.

Der Hinweis des Auftraggebers in Pkt. 2.3.3 hinsichtlich des vorzulegenden Organigramms zum Nachweis der Mindestumsätze, trage nicht zur Klarheit der Regelung bei, denn die Mindestumsätze ergäben sich bereits aus den vorzulegenden Bilanzen und Erklärungen des Steuerberaters/Wirtschaftsprüfers.

Das Organigramm helfe nicht festzustellen, ob ein Ausschlussgrund im Sinne von § 68 BVergG vorliege. Die Angaben über Unternehmensbeteiligungen und Eigentümerstrukturen im Organigramm würden seitens des Auftraggebers auch nicht zum Nachweis der Zuverlässigkeit in Pkt. 2.2, sondern vielmehr zum Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit (vgl. Pkt. 2.3) verlangt. Die Ausschreibung ist auch in diesem Punkt unklar. Das Organigramm helfe nicht festzustellen, ob ein Ausschlussgrund im Sinne von Paragraph 68, BVergG vorliege. Die

Angaben über Unternehmensbeteiligungen und Eigentümerstrukturen im Organigramm würden seitens des Auftraggebers auch nicht zum Nachweis der Zuverlässigkeit in Pkt. 2.2, sondern vielmehr zum Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit vergleiche Pkt. 2.3) verlangt. Die Ausschreibung ist auch in diesem Punkt unklar.

Die nähere Beschreibung der Eignungs- oder Auswahlkriterien sowie der umfänglichen, bereits mit dem Teilnahmeantrag abzugeben Eignungsnachweise, finde sich nicht in den Bekanntmachungen, sondern erst in den Teilnahmeunterlagen. Der Antragstellerin seien die Teilnahmeunterlagen erst nach wiederholter Urgenz am 26.11.2009 übermittelt worden, sodass sie, zunächst (bei Festsetzung des Endes der Teilnahmefrist mit 9.12.2009) den Teilnahmeantrag innerhalb von 13 Kalendertagen abzugeben gehabt habe. Der Auftraggeber habe diese Fristen so zu bemessen und festzusetzen, dass den Unternehmen ausreichend Zeit für die Vornahme der entsprechenden Handlungen verbleibe. Eine derart knapp bemessene Teilnahmeantragsfrist sei nicht ausreichend und widerspreche § 226 Abs 1 Z 1 und § 222 Abs 1 BVergG 2006. Auch nach Verlängerung der Bewerbungsfrist mit Berichtigung des Auftraggebers vom 2.12.2009 um drei Arbeitstage, bliebe auf Grund der gerügten Rechtswidrigkeiten weiterhin unklar, welche Unterlagen von den Bietern beizubringen seien. Eine derartige Frist sei keinesfalls als angemessen zu qualifizieren.

Die nähere Beschreibung der Eignungs- oder Auswahlkriterien sowie der umfänglichen, bereits mit dem Teilnahmeantrag abzugeben Eignungsnachweise, finde sich nicht in den Bekanntmachungen, sondern erst in den Teilnahmeunterlagen. Der Antragstellerin seien die Teilnahmeunterlagen erst nach wiederholter Urgenz am 26.11.2009 übermittelt worden, sodass sie, zunächst (bei Festsetzung des Endes der Teilnahmefrist mit 9.12.2009) den Teilnahmeantrag innerhalb von 13 Kalendertagen abzugeben gehabt habe. Der Auftraggeber habe diese Fristen so zu bemessen und festzusetzen, dass den Unternehmen ausreichend Zeit für die Vornahme der entsprechenden Handlungen verbleibe. Eine derart knapp bemessene Teilnahmeantragsfrist sei nicht ausreichend und widerspreche Paragraph 226, Absatz eins, Ziffer eins und Paragraph 222, Absatz eins, BVergG 2006. Auch nach Verlängerung der Bewerbungsfrist mit Berichtigung des Auftraggebers vom 2.12.2009 um drei Arbeitstage, bliebe auf Grund der gerügten Rechtswidrigkeiten weiterhin unklar, welche Unterlagen von den Bietern beizubringen seien. Eine derartige Frist sei keinesfalls als angemessen zu qualifizieren.

Nach Pkt. 4.1.1. habe der Bieter 2 Referenzen als Eignungskriterien nachzuweisen, anderenfalls werde sein Teilnahmeantrag ausgeschieden. Für diese 2 Referenzen seien zudem 20 Punkte zu vergeben. Es sei nicht nachvollziehbar, warum "KO-Kriterien" bewertet würden. Dies stehe im Widerspruch zu § 2 Z. 20 lit.c BVergG. Eignungskriterien seien "keiner qualitativ-quantitativen" Wertung zugänglich" (vgl. 1171 BLG NR XXII. GP, 16).

Nach Pkt. 4.1.1. habe der Bieter 2 Referenzen als Eignungskriterien nachzuweisen, anderenfalls werde sein Teilnahmeantrag ausgeschieden. Für diese 2 Referenzen seien zudem 20 Punkte zu vergeben. Es sei nicht nachvollziehbar, warum "KO-Kriterien" bewertet würden. Dies stehe im Widerspruch zu Paragraph 2, Ziffer 20, Litera c, BVergG. Eignungskriterien seien "keiner qualitativ-quantitativen" Wertung zugänglich" vergleiche 1171 BLG NR römisch 22 . GP, 16).

In Pkt. 4 der Teilnahmeunterlagen werde lediglich pauschal auf die ÖNORM B1801-1 verwiesen. Dabei bleibe unklar, ob der Auftraggeber auf die Fassung vom 1.6.2009 oder auf jene mit dem Ausgabedatum 1.5.1995, abstelle, welche in der Praxis noch immer herangezogen werde. Relevant werde dieser Unterschied, weil in Pkt. 4 auf Kostenbereiche Bezug genommen werde, die in den angeführten Fassungen Unterschiede aufwiesen. Die ÖNORM B1801-1 in beiden Fassungen kenne die Begriffe "TGA" und "Haustechnik" nicht. Diese fänden sich jedoch in Pkt 4.1.2 und im Formblatt 7. Es sei daher fraglich, ob im Zusammenhang mit dem Kostenbereich 3 Bauwerk-Technik weitere Anforderungen gestellt würden.

Die Forderung nach einem mehr als 35%igen Haustechnikanteil erstaune, denn dieser Wert sei im Zusammenhang mit den ausgeschriebenen Leistungen unüblich. Somit sei auch die Vergabe von insgesamt 10 Zusatzpunkten für Referenzen nach Punkt 4.1.1 mit einem mehr als 35%igen Haustechnikanteil aufgrund der Marktkennntnisse der Antragstellerin nicht nachvollziehbar.

In Pkt. 4.1 der Teilnahmeunterlagen werde festgelegt, dass zum Nachweis von Referenzen die in den Teilnahmeunterlagen vorgegebenen Formblätter 7 und 8

zwingend zu verwenden seien. Dabei bleibe unberücksichtigt, dass

interessierten Bietern dadurch lediglich eine Arbeitswoche für die Erstellung eines Teilnahmeantrages verbleibe, um diese Referenzprojekte vom Referenzauftraggeber auf den vom Auftraggeber vorgegebenen Formularen bestätigen zu lassen.

Eine Zusammenschau der Pkte 4.1.1 und 4.1.4 mache die Teilnahme von mittelgroßen Bauunternehmern unmöglich. 100 Punkte mit der Vorlage von Referenzen könnten nur erreicht werden, wenn 5 Referenzen im Sinne der Vorgaben der Pkte 4.1.1 bis 4.1.4 beigebracht würden. Wobei alle diese Referenzen vom ehemaligen Referenzauftraggeber unter Verwendung der vorgegebenen Formblätter, somit auf einem speziellen Formblatt, zu unterfertigen seien.

Pkt. 4.3 lege fest, dass für die ISO-Zertifizierung eines Bewerbers 5 Punkte erreicht werden könnten. Im Falle von Bewerbungsgemeinschaften müsse jedes Mitglied der Bewerbungsgemeinschaft eine ISO-Zertifizierung aufweisen, um 5 Punkte zu erhalten. Eine sachliche Rechtfertigung, warum für die ISO-Zertifizierung zB lediglich eines oder zweier Mitglieder einer Bewerbungsgemeinschaft keine Punkte vergeben werden, sei nicht ersichtlich.

Die Antragstellerin beabsichtige zur verfahrensgegenständlichen Ausschreibung einen Teilnahmeantrag und ein Angebot zu legen. Durch die Ausgestaltung der Ausschreibung, deren rechtswidrigen Festlegungen und die unangemessene Bewerbungsfrist, sei es der Antragstellerin mangels ausreichender Vorbereitungszeit unmöglich, einen ausschreibungskonformen Teilnahmeantrag und letztlich ein Angebot zu konzipieren. Damit werde ihr die Abgabe eines Teilnahmeantrages verwehrt. Zusammenfassend erachte sich die Antragstellerin in ihrem Recht auf rechtskonforme, nicht diskriminierende und klare Ausgestaltung der Ausschreibung, auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens und auf Teilnahme an diesem Verfahren durch die Abgabe eines Teilnahmeantrages und die Abgabe eines Angebotes verletzt. Durch die aufgezeigten Rechtswidrigkeiten drohe ihr ein Schaden aus Nichtabdeckung der Gemeinkosten samt entgangenem Gewinn und dem entgangenem Deckungsbeitrag. Für die Bearbeitung der Ausschreibung und Kosten der Rechtsberatung seien ihr bisher Kosten von etwa Euro 5000,-- entstanden. Außerdem drohe der Verlust eines Referenzprojektes.

Die Antragstellerin sei geeignet und antragslegitimiert. Mit seiner Argumentation zur Antragslegitimation nehme der Auftraggeber die Eignungsprüfung vorweg, was eklatant dem Grundsatz des effektiven Vergaberechtsschutzes widerspreche. Folge man der Argumentationskette des Auftraggebers, führe das zur Unanfechtbarkeit von diskriminierenden Ausschreibungen. Die Antragstellerin sei befugt, die ausgeschriebenen Generalunternehmerleistungen zu erbringen. Sie habe zwischen 2003 und 2006 mit dem Bauvorhaben OPP-I OPP-II sowie Air Cargo-Center Euro 151,80 Mio. als GU und GÜ im Bereich des Flughafens Wien-Schwechat abgewickelt. Überdies sei die Antragstellerin mit der Durchführung des gesamten Innenausbauwerkes, welches die überwiegenden Leistungen der im gegenständlichen Fall ausgeschriebenen GU-Leistungen umfasse, im Projekt Skylink beauftragt.

Mit Schriftsatz vom 2.12.2009 gab der Auftraggeber zunächst allgemein an, dass die verfahrensgegenständliche Ausschreibung europaweit - nach Absendung der Bekanntmachung am 20.11.2009 - am 25.11.2009 und zuvor national am 23.11.2009 im Lieferanzeiger zur Wiener Zeitung unter L-465301-9b19 bekannt gemacht worden sei. Der geschätzte Auftragswert des gegenständlich zu vergebenden Bauloses betrage Euro 90 Mio ohne Ust und der geschätzte Auftragswert des gesamten Bauprojektes belaufe sich auf Euro 657 Mio ohne Ust. Das Vergabeverfahren befinde sich in der ersten Stufe (Präqualifikation). Bislang seien weder eine Widerrufs- noch eine Zuschlagsentscheidung bzw. ein Widerruf oder Zuschlag erfolgt.

Zu den von der Antragstellerin aufgezeigten rechtswidrigen Bedingungen in der Teilnahmeunterlage führte der Auftraggeber in seinen Stellungnahmen vom 2.12.2009 und 10.12.2009 insbesondere aus wie folgt:

Die von der Antragstellerin aufgezeigte - im Übrigen vergaberechtskonforme - Festlegung unter Pkt. 1.6 der Teilnahmeunterlage, sei dahingehend berichtigt worden, dass die Sätze "Bewerbungsgemeinschaften müssen unverändert in die Bietergemeinschaft übergehen. Der nachträgliche Zusammenschluss (nach Abgabe der Teilnahmeanträge) von Bewerbern oder Bewerbungsgemeinschaften zu einer neuen Bewerber- oder Bietergemeinschaft ist ausgeschlossen" ersatzlos gestrichen worden seien. Diese Argumentation der Antragstellerin gehe ins Leere.

Auch eine Einschränkung der Bewerberkonstellation läge nicht vor. Aus Pkt. 1.6 der Teilnahmeunterlage, wonach sich konzernverbundene Unternehmen "nur im Rahmen einer gemeinsamen Bietergemeinschaft am Vergabeverfahren beteiligen" dürften, ergebe sich kein subjektives Recht der Antragstellerin. Durch diese behauptete Rechtsverletzung drohe der Antragstellerin kein Rechtsnachteil, da sie kein im Bausektor operativ tätiges verbundenes Unternehmen

sei, welches für die Zuschlagserteilung in Frage komme. Die Antragstellerin werde durch diese Festlegung auch nicht diskriminiert, denn sie verfüge nicht über ein zweites konzernverbundenes Unternehmen. Somit mangle es der Antragstellerin am rechtlichen Interesse, diese Bestimmung der Teilnahmeunterlage nachprüfen zu lassen.

Diese Festlegung unter Pkt. 1.6 der Teilnahmeunterlage sei inhaltlich rechtskonform, denn § 188 Abs. 2 BVergG räume dem Auftraggeber ausdrücklich das Recht ein, die Zusammensetzung von Arbeits- oder Bietergemeinschaften aus sachlichen Gründen zu beschränken. Ein sachlicher Grund liege vor allem in der Gewährleistung des freien Wettbewerbs. Von dieser Beschränkungsmöglichkeit habe der Auftraggeber auch Gebrauch gemacht, widrigenfalls könnten konzernverbundene Unternehmen die Möglichkeit nutzen, wettbewerbswidrige Handlungen (etwa Bieterabsprachen) zu setzen. Diese Festlegung unter Pkt. 1.6 der Teilnahmeunterlage sei inhaltlich rechtskonform, denn Paragraph 188, Absatz 2, BVergG räume dem Auftraggeber ausdrücklich das Recht ein, die Zusammensetzung von Arbeits- oder Bietergemeinschaften aus sachlichen Gründen zu beschränken. Ein sachlicher Grund liege vor allem in der Gewährleistung des freien Wettbewerbs. Von dieser Beschränkungsmöglichkeit habe der Auftraggeber auch Gebrauch gemacht, widrigenfalls könnten konzernverbundene Unternehmen die Möglichkeit nutzen, wettbewerbswidrige Handlungen (etwa Bieterabsprachen) zu setzen.

Das Argument der Antragstellerin, der Haftungsausschluss für leichte Fahrlässigkeit in Pkt. 1.13 der Teilnahmeunterlage widerspreche § 338 Abs. 1 BVergG, sei nicht nachvollziehbar. § 338 Abs. 1 BVergG spreche ausdrücklich von "schuldhafter Verletzung"; die Haftung für die Verschuldensformen des Vorsatzes und der groben Fahrlässigkeit bleibe somit im Sinne von § 338 Abs. 2 leg.cit. bestehen. Auch die ÖNORM B 2110, welche gemäß § 97 Abs. 2 BVergG zwingend heranzuziehen sei, sehe die Möglichkeit einer Einschränkung der Haftung auf grobe Fahrlässigkeit ausdrücklich vor (Argument: "wenn im Einzelfall nicht anders geregelt"). Die gegenständliche Beschränkung der Haftungsvoraussetzung entspreche der ständigen Praxis diverser Sektorenauftraggeber sowie öffentlicher Auftraggeber und sei Teil von deren Standard-Teilnahmeunterlagen. Das Argument der Antragstellerin, der Haftungsausschluss für leichte Fahrlässigkeit in Pkt. 1.13 der Teilnahmeunterlage widerspreche Paragraph 338, Absatz eins, BVergG, sei nicht nachvollziehbar. Paragraph 338, Absatz eins, BVergG spreche ausdrücklich von "schuldhafter Verletzung"; die Haftung für die Verschuldensformen des Vorsatzes und der groben Fahrlässigkeit bleibe somit im Sinne von Paragraph 338, Absatz 2, leg.cit. bestehen. Auch die ÖNORM B 2110, welche gemäß Paragraph 97, Absatz 2, BVergG zwingend heranzuziehen sei, sehe die Möglichkeit einer Einschränkung der Haftung auf grobe Fahrlässigkeit ausdrücklich vor (Argument: "wenn im Einzelfall nicht anders geregelt"). Die gegenständliche Beschränkung der Haftungsvoraussetzung entspreche der ständigen Praxis diverser Sektorenauftraggeber sowie öffentlicher Auftraggeber und sei Teil von deren Standard-Teilnahmeunterlagen.

Zum behaupteten Fehlen einer Regelung, unter welchen Umständen auf Grund der Pkte 2.3.1 (Bilanzen) und 2.3.3 (Unternehmensbeteiligung und Eigentümerstrukturen) nicht zur Angebotsabgabe eingeladen würde, verwies der Auftraggeber insbesondere auf Pkt. 2 der Teilnahmeunterlagen, wo explizit klargestellt werde, dass nur jene Unternehmen, die nachweislich über die für die ausgeschriebene Leistung erforderliche Eignung (Befugnis, finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, technische Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit) verfügen und bei denen kein Ausschlussgrund im Sinne des § 68 vorliege, berechtigt seien, Teilnahmeanträge einzubringen und zum Verfahren zugelassen würden. Dasselbe gelte auch im Zusammenhang mit Pkt. 2.3.2 Unternehmensbeteiligungen und Eigentümerstrukturen. Nur aufgrund dieser "zwingenden" Angaben sei es dem Auftraggeber möglich, festzustellen, ob ein Ausschlussgrund im Sinne des § 68 BVergG vorläge. Die Angaben zu Unternehmensbeteiligungen und Eigentümerstrukturen seien entscheidende Voraussetzung dafür, dass der Auftraggeber seiner gesetzlichen Pflicht, nur geeignete Unternehmen mit den ausschreibungsgegenständlichen Leistungen zu betrauen, nachkommen könne. Zum behaupteten Fehlen einer Regelung, unter welchen Umständen auf Grund der Pkte 2.3.1 (Bilanzen) und 2.3.3 (Unternehmensbeteiligung und Eigentümerstrukturen) nicht zur Angebotsabgabe eingeladen würde, verwies der Auftraggeber insbesondere auf Pkt. 2 der Teilnahmeunterlagen, wo explizit klargestellt werde, dass nur jene Unternehmen, die nachweislich über die für die ausgeschriebene Leistung erforderliche Eignung (Befugnis, finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, technische Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit) verfügen und bei denen kein Ausschlussgrund im Sinne des Paragraph 68, vorliege, berechtigt seien, Teilnahmeanträge einzubringen und zum Verfahren zugelassen würden. Dasselbe gelte auch im Zusammenhang mit Pkt. 2.3.2 Unternehmensbeteiligungen und Eigentümerstrukturen. Nur aufgrund dieser "zwingenden" Angaben sei es dem Auftraggeber möglich, festzustellen, ob

ein Ausschlussgrund im Sinne des Paragraph 68, BVergG vorläge. Die Angaben zu Unternehmensbeteiligungen und Eigentümerstrukturen seien entscheidende Voraussetzung dafür, dass der Auftraggeber seiner gesetzlichen Pflicht, nur geeignete Unternehmen mit den ausschreibungsgegenständlichen Leistungen zu betrauen, nachkommen könne.

Die Festlegungen hinsichtlich des Nachweises der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit unter Pkt. 2.3.1 und Pkt. 2.3.4 der Teilnahmeunterlagen seien weder unklar noch diskriminierend. Pkt. 2.3.1 lege als Nachweismittel hinsichtlich der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit eines Bewerbers generell die Vorlage von Bilanzen fest. In Pkt. 2.3.4 der Teilnahmeunterlage werde diese Regel (Vorlage von Bilanzen) im Hinblick auf den Nachweis der Erfüllung der Mindestumsatzschwellen fortgeschrieben. Nur wenn die Umsätze des Bewerbers im Sitzstaat nicht veröffentlichungspflichtig seien, könne ersatzweise eine verbindliche Erklärung eines Wirtschaftsprüfers/Steuerberaters vorgelegt werden. Diese Regelung beziehe sich grundsätzlich auf ausländische Unternehmen, denn nach dem UGB sei ein österreichisches Unternehmen, mit einem Umsatz größer als Euro 400.000, regelmäßig zur Veröffentlichung seiner Umsätze verpflichtet. Angesichts des geforderten Mindestumsatzes für das Jahr 2008 mit Euro 200 Mio sei diese Bestimmung für österreichische Bewerber daher nicht von Relevanz.

Durch die behauptete Rechtsverletzung drohe der Antragstellerin kein Rechtsnachteil. Die angesprochene Festlegung in den Teilnahmeunterlagen greife nicht in ein subjektives Recht der Antragstellerin ein, denn sie sei ein bilanzierungspflichtiges Unternehmen und verfüge ohnedies über Bilanzen. Somit mangle es der Antragstellerin am Interesse, diese Bestimmung des Teilnahmeantrages nachprüfen zu lassen.

Zur aufgeworfenen Frage, was unter Umsatz in Pkt. 2.3.4 der Teilnahmeunterlage zu verstehen sei, bezog sich der Auftraggeber auf § 74 Abs. 1 Z 5 BVergG, wo zum Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit eine Erklärung über den Gesamtumsatz und gegebenenfalls über den Umsatz für einen Tätigkeitsbereich vorgesehen sei. Zur aufgeworfenen Frage, was unter Umsatz in Pkt. 2.3.4 der Teilnahmeunterlage zu verstehen sei, bezog sich der Auftraggeber auf Paragraph 74, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG, wo zum Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit eine Erklärung über den Gesamtumsatz und gegebenenfalls über den Umsatz für einen Tätigkeitsbereich vorgesehen sei.

Die Festlegungen der Umsatzschwellen seien nicht diskriminierend. § 231 Abs. 2 BVergG sehe vor, dass diese durch den Auftragsgegenstand zu rechtfertigen seien. Die in der Teilnahmeunterlage geforderten Mindestumsätze seien nach anerkannten Methoden festgelegt worden. Entscheidend sei dabei insbesondere das sogenannte Projektrisiko. Unter dem Projektrisiko verstehe man das Verhältnis zwischen geschätztem Auftragswert und Mindestumsatz. Nach der sogenannten "Oberndorfer Formel" könne das Projektrisiko 0,2% betragen, also der festgesetzte Mindestumsatz, das 5-fache des Auftragswertes. In der Literatur werde auch von einem Projektrisiko von 0,33 - 0,2 % also dem 3 - 5-fachen des jährlichen Leistungswertes gesprochen. Der geschätzte Auftragswert der gegenständlichen Leistungen betrage bis zu Euro 90 Mio, sodass sich der Auftraggeber mit dem 2,22-fachen begnüge, obwohl er nach der Oberndorfer Formel bzw. nach Gölles zumindest 270 - 350 Mio Euro vorsehen könne. Im Hinblick auf das gegenständliche Vergabeverfahren betrage das Projektrisiko lediglich 0,45%. Die Festlegungen der Umsatzschwellen seien nicht diskriminierend. Paragraph 231, Absatz 2, BVergG sehe vor, dass diese durch den Auftragsgegenstand zu rechtfertigen seien. Die in der Teilnahmeunterlage geforderten Mindestumsätze seien nach anerkannten Methoden festgelegt worden. Entscheidend sei dabei insbesondere das sogenannte Projektrisiko. Unter dem Projektrisiko verstehe man das Verhältnis zwischen geschätztem Auftragswert und Mindestumsatz. Nach der sogenannten "Oberndorfer Formel" könne das Projektrisiko 0,2% betragen, also der festgesetzte Mindestumsatz, das 5-fache des Auftragswertes. In der Literatur werde auch von einem Projektrisiko von 0,33 - 0,2 % also dem 3 - 5-fachen des jährlichen Leistungswertes gesprochen. Der geschätzte Auftragswert der gegenständlichen Leistungen betrage bis zu Euro 90 Mio, sodass sich der Auftraggeber mit dem 2,22-fachen begnüge, obwohl er nach der Oberndorfer Formel bzw. nach Gölles zumindest 270 - 350 Mio Euro vorsehen könne. Im Hinblick auf das gegenständliche Vergabeverfahren betrage das Projektrisiko lediglich 0,45%.

Der Auftraggeber unternehme alles, um einen maximalen Wettbewerb zu garantieren. Dies zeige sich insbesondere daran, dass anstatt der gesetzlichen Mindestanzahl von drei Bietern die fünf bestgereihten Bieter zur Angebotslegung einzuladen seien. In Pkt. 2.3.4 der Teilnahmeunterlagen werde explizit darauf hingewiesen, dass die Umsatzschwellen im Falle von Bewerbergemeinschaften von den Mitgliedern der Bewerbergemeinschaft gemeinsam zu erbringen seien. Für den Teilnahmeantrag einer Bewerbergemeinschaft sei ausreichend, wenn die Mitglieder der Bewerbergemeinschaft im Formblatt 1 und 2 bekanntgegeben würden. Eine Gründung einer Gesellschaft werde nicht

verlangt. Das Argument, durch die Umsatzschwellen würden kleine und mittlere Unternehmen vom Vergabeverfahren ausgeschlossen und der Wettbewerb beschränkt, treffe demnach nicht zu. Wenn die Antragstellerin nicht in der Lage sei, zwei A4-Formblätter innerhalb einer Arbeitswoche auszufüllen, indiziere dies ihre mangelnde Leistungsfähigkeit.

Der Antragstellerin seien (wie auch den übrigen zu diesem Zeitpunkt interessierten Unternehmen) die Teilnahmeunterlagen per e-mail am 26.11.2009 übermittelt worden. Die von der Antragstellerin gerügte Teilnahmeantragsfrist sei, obwohl diese nicht gegen die Vorgaben des BVergG verstoßen habe, mit Berichtigung am 2.12.2009 vom 9.12.2009 auf den 14.12.2009, 10.00 Uhr, erstreckt worden. Durch diese Verlängerung der Teilnahmeantragsfrist gehe sowohl die Argumentation der Antragstellerin zur nichtausreichenden Bewerbungsfrist als auch der Vorhalt, es verbleibe ihr nur eine Woche für die Einholung von Referenzen, ins Leere.

Zur Antragslegitimation der Antragstellerin brachte der Auftraggeber in seiner Stellungnahme vom 10.12.2009 im Wesentlichen vor, dass es der Antragstellerin an der Antragslegitimation fehle. Nach dem VfGH könne zwar schon vor Abgabe des Angebotes bzw. Teilnahmeantrages die Antragslegitimation gegeben sein, jedoch nur dann, wenn die Antragstellerin die Überprüfung (angeblich) diskriminierender Ausschreibungsbestimmungen geltend mache. Zum einen lägen derartige diskriminierende Ausschreibungsbestimmungen in der Teilnahmeunterlage nicht vor, zum anderen fehle es der Antragstellerin selbst dann, wenn solche diskriminierenden Bestimmungen in der Teilnahmeunterlage enthalten wären, an der Antragslegitimation, denn sie sei nicht befugt, die ausschreibungsgegenständlichen Leistungen zu erbringen. Es fehle ihr somit an der Erfüllung der Prozessvoraussetzungen.

Nach Pkt. 2.1 der Teilnahmeunterlagen habe ein Bewerber zwingend über die Befugnisse eines Baumeisters im Sinne der GewO 2004, eines Schlossers, eines Glasers, eines Malers, eines Trockenbauers, eines Fliesenlegers, eines Steinmetzes, eines Tischlers, eines Elektrikers und für HKLS-Installationen zu verfügen und diese auch nachzuweisen. Da die Antragstellerin, wie aus dem Gewerbeverzeichnisauszug vom 10.12.2009 ersichtlich sei, ausschließlich über die Gewerbeberechtigungen des Baumeisters und Immobilientreuhänders (Immobilienmakler, Immobilienverwalter, Bauträger) eingeschränkt auf Bauträger; industrielle Erzeugung von Betonfertigwaren, Bauelementen der Betonverarbeitung jeder Art von Fertigbeton; verfüge, fehle es der Antragstellerin an zwingend erforderlichen Gewerbeberechtigungen für den konkreten Auftragsgegenstand. Dies gelte insbesondere für die Kunst- und Natursteinarbeiten (Restarbeiten aus dem LG 26-29 der LB-HB 17), die Schlosserarbeiten (Restarbeiten aus den LG 31-34 der LB-HB 17), die Tischlerarbeiten (Restarbeiten aus den LG 37 der LB-HB 17), die Glaserarbeiten (Restarbeiten aus den LG 42 der LB-HB 17), die Maler- und Anstreicherarbeiten (Restarbeiten aus den LG 45-47 der LB-HB 17), die Elektroinstallationen, die Überwachungssysteme und die Baustelleninstallation im Rahmen der Baustelleneinrichtung. Auch die Gewerbebefugnis des Baumeisters berechne nicht zur Erbringung der oben genannten Leistungen, sodass die Antragstellerin nicht über alle erforderlichen Gewerbeberechtigungen verfüge. Sie komme für eine Verfahrensteilnahme (Präqualifikation oder Zuschlagsentscheidung) im Sinne von Pkt. 2 der Teilnahmeunterlagen nicht in Betracht. Da sie nicht über die notwendige Befugnis verfüge, sei sie zur Leistungserbringung gesetzlich nicht berechtigt und es fehle ihr damit an der Möglichkeit, den Zuschlag zu erhalten und somit einen Schaden zu erleiden.

Der Antragstellerin fehle es auch an der Leistungsfähigkeit. Nach Pkt. 2.3.4 der Teilnahmeunterlagen bedürfe es eines Mindestumsatzes von Euro 200 Mio für das letzte abgeschlossene Geschäftsjahr sowie von Euro 500 Mio für die letzten 3 abgeschlossenen Geschäftsjahre. Laut dem Auszug des Auftragnehmerkatasters Österreich ("ANKÖ") unterschreite die Antragstellerin mit ca. Euro 163 Mio Umsatz exkl. Umsatzsteuer diese Mindestumsatzschwelle für das letzte Geschäftsjahr deutlich. Mit einem Umsatz von ca. Euro 409 Mio für die Jahre 2006, 2007 und 2008 liege die Antragstellerin weit unter der geforderten Mindestumsatzschwelle von Euro 500 Mio für die letzten 3 abgeschlossenen Geschäftsjahre. Der Antragstellerin fehle es somit an der Leistungsfähigkeit und demgemäß auch an der Antragslegitimation in diesem Nachprüfungsverfahren.

Mit Bekanntgabe vom 22.12.2009, zugestellt per Telefax allen dem Auftraggeber am verfahrensgegenständlichen Auftrag bekannt interessierten Bietern, nahm der Auftraggeber insbesondere "Klarstellungen" zu den Bestimmungen der Teilnahmeunterlage, konkret den Pkten 1.4.2, 1.6, 2.3.3, 2.3.4, 4.1.1, 4.1.2, 4.1.3 und 4.3 vor.

Mit Schriftsatz vom 8.1.2010, eingelangt beim Bundesvergabeamt am 11.1.2010, gab die Antragstellerin unter Bezugnahme auf die vom Auftraggeber mit Schriftsatz vom 22.12.2009 vorgenommene Benachrichtigung insbesondere an, dass die von ihr monierten Rechtswidrigkeiten darin nur teilweise beseitigt worden seien.

Trotz der Festlegung des Auftraggebers, dass bei Reihung von fünf Bewerbern an die erste Stelle "alle gleich gereihten Bewerber zu Angebotslegung eingeladen werden", blieben zu Pkt 1.4.2. letzter Satz der Teilnahmeunterlagen generell jene Fälle unklar, in welchen Bewerber gleich gereiht würden, wie zB: 1. Platz:

1 Bewerber, 2. Platz: 2 Bewerber, 3. Platz: 4 Bewerber, 4 Platz: 1 Bewerber und

1. 5.Ziffer 5

Platz: 1 Bewerber.

Obwohl der Begriff "Umsatz" in Pkt. 2.3.4 der Teilnahmeunterlage präzisiert worden sei, habe sich an der Höhe der Umsatzschwellen nichts geändert.

Zwar sei der Widerspruch zwischen Pkt. 4.1.2 und Formblatt 7 der Teilnahmeunterlagen beseitigt worden, zur Höhe des "Anteils KB 3 Bauwerk Technik" (über 35% der Bauwerkskosten) finde sich jedoch keine Änderung.

Keine Änderung enthalte die Benachrichtigung des Auftraggeber zu den Rechtswidrigkeiten bei Pkt. 1.13 der Teilnahmeunterlage zur Beschränkung der Haftung des Auftraggebers für Schadenersatz, bei Pkt. 4.1 der Teilnahmeunterlage zur Anzahl der bewerteten Referenzen und den kumulativ zu erfüllenden Kriterien der Referenzprojekte, um die Maximalpunkteanzahl zu erreichen und bei Pkt. 4.3 der Teilnahmeunterlage zur Bewertung einzelner Mitglieder einer Bewerbergemeinschaft.

Mit Bekanntmachung vom 7.1.2010, GZ N/0117-BVA/02/2009-14, wurde die mündliche Verhandlung für das verfahrengegenständliche Vergabeverfahren für den 14.1.2010, ab 10:00 Uhr, anberaumt.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

Gemäß § 329 Abs. 3 BVergG 2006 ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung, mit dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird, außer Kraft. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen. Gemäß Paragraph 329, Absatz 3, BVergG 2006 ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung, mit dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird, außer Kraft. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen.

Das Nachprüfungsverfahren kann aus ermittlungstechnischen Gründen und dem Dazwischentreten der Weihnachtsfeiertage nicht bis zum 11.1.2010 abgeschlossen werden. Die Voraussetzungen, die am 9.12.2009 zur Erlassung der einstweiligen Verfügung geführt haben, bestehen jedoch fort. Die einstweilige Verfügung war daher von Amts wegen zu erstrecken.

Schlagworte

Einstweilige Verfügung, Amtswegige Erstreckung;

Zuletzt aktualisiert am

10.05.2010

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