

TE Verg Bescheid 2009/11/16 N/0106-BVA/05/2009-22

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 16.11.2009

Norm

BVergG 2006 §1 Abs1 Z1
BVergG 2006 §1 Abs1 Z3
BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitdd
BVergG 2006 §2 Z20 litc
BVergG 2006 §19
BVergG 2006 §25 Abs5
BVergG 2006 §69
BVergG 2006 §69 Z2
BVergG 2006 §69 Z3
BVergG 2006 §70
BVergG 2006 §71
BVergG 2006 §72
BVergG 2006 §73
BVergG 2006 §74
BVergG 2006 §75
BVergG 2006 §76
BVergG 2006 §77
BVergG 2006 §78
BVergG 2006 §86
BVergG 2006 §103 Abs3
BVergG 2006 §103 Abs4
BVergG 2006 §103 Abs6
BVergG 2006 §103 Abs7
BVergG 2006 §126
BVergG 2006 §129
BVergG 2006 §129 Z7
BVergG 2006 §303 Abs1
BVergG 2006 §304 Abs1
BVergG 2006 §312 Abs1
BVergG 2006 §312 Abs2
BVergG 2006 §318

BVergG 2006 §318 Abs1

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §321 Abs1 Z7

BVergG 2006 §322 Abs1

1. BVergG 2006 § 1 gültig von 01.01.2008 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 1 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 1 gültig von 01.01.2008 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 1 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013

3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013

3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 19 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

4. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 25 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 25 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 69 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 69 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 69 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 70 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

4. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

5. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 71 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 71 gültig von 05.03.2010 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

3. BVergG 2006 § 71 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 72 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 72 gültig von 05.03.2010 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

3. BVergG 2006 § 72 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

4. BVergG 2006 § 72 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 73 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 73 gültig von 01.01.2008 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 73 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 74 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

- [illegible]

6. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.02.2006 bis 19.11.2007

1. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 318 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 318 gültig von 20.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 84/2007
6. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.02.2006 bis 19.11.2007

1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

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

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

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senats 5, Mag. Bernhard Ditz sowie Mag. Georg Konetzky als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Theodor Taurer als Mitglied der Auftragnehmerseite, im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "Facility Services 2009" der Bundesrechenzentrum GmbH, Hintere Zollamtsstraße 4, 1030 Wien entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Dem Antrag der Bewerbergemeinschaft A***, vertreten durch X*** vom 7. Oktober 2009

"die Entscheidung der Auftraggeberin vom 23. September 2009 über die Nicht-Zulassung zur Teilnahme der Bietergemeinschaft A*** für nichtig zu erklären"

wird stattgegeben.

Die der Bewerbergemeinschaft A*** von der Bundesrechenzentrum GmbH, Hintere Zollamtsstraße 4, 1030 Wien mit Telefax vom 23. September 2009 mitgeteilte Entscheidung, dass die Bewerbergemeinschaft nicht zu jenen Bewerbern gehört, die eingeladen werden sollen im weiteren Vergabeverfahren Facility Services 2009 teilzunehmen, wird für nichtig erklärt.

II.römisch zwei.

Die Anträge der Bewerbergemeinschaft A***, vertreten durch X*** vom 7. Oktober 2009

"der Auftraggeberin aufzutragen, der Antragstellerin die entrichtete Pauschalgebühr für diesen Nachprüfungsantrag binnen 14 Tagen zu Händen ihres Rechtsvertreters bei sonstiger Exekution zu bezahlen,"

und

"den Ersatz der von der Antragstellerin für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichteten Pauschalgebühr binnen 14 Tagen zu Händen ihres Rechtsvertreters bei sonstiger Exekution aufzuerlegen"

werden zurückgewiesen.

Begründung

Mit Schriftsatz vom 7. Oktober 2009, eingelangt im Bundesvergabeamt am selben Tag, beantragte die Bewerbergemeinschaft A*** (im Weiteren: Antragstellerin), vertreten durch X*** die Nichtigerklärung der "Nicht-Zulassung zur Teilnahme" am weiteren Vergabeverfahren "Facility Services 2009" der Bundesrechenzentrum GmbH, Hintere Zollamtsstraße 4, 1030 Wien (im Weiteren: Auftraggeberin), den im Spruchpunkt II dieses Bescheides wiedergegebenen Kostenersatz, die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung, eine Akteneinsicht und die Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Begründet wurde dieses Begehren in Stellungnahmen vom 7. Oktober 2009 und vom 30. Oktober 2009 sowie in der mündlichen Verhandlung am 6. November 2009 im Wesentlichen zusammengefasst damit, dass die Auftraggeberin in einem Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung gemäß § 25 Abs. 5 BVergG den Auftrag "Facility Services 2009" ausgeschrieben habe. Die Antragstellerin habe im Vergabeverfahren fristgerecht einen Teilnahmeantrag gestellt. Dabei sei ausschreibungskonform zu prüfen gewesen, ob Ausschlussgründe vorliegen würden und in weiterer Folge, ob ein Bewerber zur Leistungserbringung geeignet sei. Bei Nicht-Vorliegen aller Ausschlussgründe und Erfüllen aller Eignungskriterien habe die Auftraggeberin nach den Auswahlkriterien gemäß Punkt 5 der Teilnahmeunterlage im Auswahlverfahren die eingelangten Teilnahmeanträge der Bewerber zu bewerten gehabt. Die so geprüften und bewerteten Teilnahmeanträge wären nach der erreichten Punkteanzahl zu reihen und jene drei Bewerber zur Teilnahme zur Angebotsabgabe einzuladen gewesen, von denen zu erwarten sei, dass sie die geforderte Leistung bestmöglich erbringen könnten, weil sie die Auswahlkriterien am besten erfüllten.

Mit Schriftsatz vom 7. Oktober 2009, eingelangt im Bundesvergabeamt am selben Tag, beantragte die Bewerbergemeinschaft A*** (im Weiteren: Antragstellerin), vertreten durch X*** die Nichtigerklärung der "Nicht-Zulassung zur Teilnahme" am weiteren Vergabeverfahren "Facility Services 2009" der Bundesrechenzentrum GmbH, Hintere Zollamtsstraße 4, 1030 Wien (im Weiteren: Auftraggeberin), den im Spruchpunkt römisch zwei dieses Bescheides wiedergegebenen Kostenersatz, die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung, eine Akteneinsicht und die Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Begründet wurde dieses Begehren in Stellungnahmen vom 7. Oktober 2009 und vom 30. Oktober 2009 sowie in der mündlichen Verhandlung am 6. November 2009 im Wesentlichen zusammengefasst damit, dass die Auftraggeberin in einem Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung gemäß Paragraph 25, Absatz 5, BVergG den Auftrag "Facility Services 2009" ausgeschrieben habe. Die Antragstellerin habe im Vergabeverfahren fristgerecht einen Teilnahmeantrag gestellt. Dabei sei ausschreibungskonform zu prüfen gewesen, ob Ausschlussgründe vorliegen würden und in weiterer Folge, ob ein Bewerber zur Leistungserbringung geeignet sei. Bei Nicht-Vorliegen aller Ausschlussgründe und Erfüllen aller Eignungskriterien habe die Auftraggeberin nach den Auswahlkriterien gemäß Punkt 5 der Teilnahmeunterlage im Auswahlverfahren die eingelangten Teilnahmeanträge der Bewerber zu bewerten gehabt. Die so geprüften und bewerteten Teilnahmeanträge wären nach der erreichten Punkteanzahl zu reihen und jene drei Bewerber zur Teilnahme zur Angebotsabgabe einzuladen gewesen, von denen zu erwarten sei, dass sie die geforderte Leistung bestmöglich erbringen könnten, weil sie die Auswahlkriterien am besten erfüllten.

Die Antragstellerin habe mit ihrem Teilnahmeantrag insgesamt 25 Referenzen abgegeben (9 Referenzen für den Bereich "Heizung, Klima, Lüftung, Sanitär" (im Weiteren: HKLS), 9 Referenzen im Bereich Elektrotechnik (im Weiteren: E) sowie 7 Referenzen für den Punkt 5.6 "Koordinationsprojekte").

Mit Schreiben vom 23. März 2009 sei ihr von der Auftraggeberin unter anderem mitgeteilt worden, dass die eingereichten Unterlagen Unklarheiten aufweisen würden. Unter Punkt 3. "Aufklärung betreffend die angeführten Unternehmensreferenzen" sei ihr Folgendes mitgeteilt worden:

"Der Bewerber wird aufgefordert, anzugeben, welche konkreten 5 von den im Teilnahmeantrag angeführten Referenzprojekten im Bereich HKLS und welche konkreten 5 von den im Teilnahmeantrag angeführten Referenzprojekten im Bereich Elektrotechnik zur Eignungsprüfung und Bewertung im Rahmen der Auswahlkriterien herangezogen werden. Der Bewerber wird weiters aufgefordert, jene von ihm in seinem Teilnahmeantrag angeführten Referenzprojekte, die im Rahmen der Eignungsprüfung und der Auswahlkriterien geprüft und bewertet werden sollen, zu beschreiben (Kurzbeschreibung). In der Beschreibung der Referenz des Referenzprojektes muss die Tätigkeit des Bewerbers im Rahmen des Referenzprojektes (insbesondere der Inhalt seiner Tätigkeit, auf welche Anlage und welche Systemräume sich seine Leistungen bezogen haben), die Anzahl und Größe des bzw. der Systemräume und der Umfang seiner Leistungen (Auftragsvolumen) angegeben sein ...".

Mit Schreiben vom 1. April 2009 habe die Antragstellerin - wie von der Auftraggeberin gefordert jeweils 5 Referenzen

für den Bereich HKLS und Elektrotechnik namhaft gemacht.

Mit Telefax vom 23. September 2009 sei ihr von der Auftraggeberin mitgeteilt worden, dass sie nicht zu den einzuladenden Bewerbern gehöre. In den Bewertungsblättern der mit Nr. 3 und Nr. 4 bezifferten, von der Antragstellerin abgegebenen Unternehmensreferenzen "Pensionsversicherungsanstalt, 1021 Wien, Friedrich Hillegeist Straße 1" und "PVA" sei als Anmerkung angeführt, dass "das Projekt nicht die Mindestanforderungen nach Punkt 4.3.4 erfülle, weil es älter als drei Jahre sei und zudem weniger als zwei Jahre gedauert habe".

Aus den Ausschreibungsunterlagen, insbesondere aus Punkt 4.3.4 (letzter Absatz auf Seite 23 und fortgesetzt auf Seite 24 der Ausschreibungsunterlagen) ergebe sich, dass in einem Teilnahmeantrag jedenfalls mehr als 10 Referenzprojekte genannt werden durften und folglich bei der Bewertung auch zu berücksichtigen wären. Die Auftraggeberin habe widersprüchliche Festlegungen bezüglich der maximalen Anzahl der Unternehmensreferenzen getroffen. Das Aufklärungsersuchen der Auftraggeberin vom 23. März 2009 sei unzureichend gewesen. Da bei den mit Nr. 3 und Nr. 4 bezifferten, von der Antragstellerin abgegebenen Unternehmensreferenzen "Pensionsversicherungsanstalt, 1021 Wien, Friedrich Hillegeist Straße 1" und "PVA" ein offensichtlicher Erklärungsirrtum vorhanden sei, hätte die Antragstellerin ein entsprechendes konkretes Aufklärungsersuchen an die Auftraggeberin zu richten gehabt. Die Auftraggeberin habe es auch unterlassen, die Antragstellerin zur Verbesserung der Formblätter im Hinblick auf die Erfüllung der Mindestkriterien (wie an anderer Stelle beim Schlüsselpersonal) aufzufordern.

Für die Beurteilung des Teilnahmeantrages hinsichtlich der Eignung im Bereich HKLS und Eignung im Bereich E bzw. hinsichtlich der Beurteilung bezüglich der Auswahlkriterien der Teilnahmeunterlage wären folgende bereits im Teilnahmeantrag genannten Referenzprojekte zu berücksichtigen und zu bewerten gewesen, woraus sich folgende Punkte ergeben würden:

Kriterium	Referenzprojekt	Punkte
-----------	-----------------	--------

Eignung HKLS	- Bundesrechenzentrum	
--------------	-----------------------	--

	- Parallelrechenzentrum	
--	-------------------------	--

	- Direktion der Wiener Linien	
--	-------------------------------	--

Eignung E	- BRZ-Erweiterung der	
-----------	-----------------------	--

	Energieversorgung	
--	-------------------	--

	- KA-Rudolfstiftung	
--	---------------------	--

	- Umbau bzw. Ausbau	
--	---------------------	--

	Parallelrechenzentrum	
--	-----------------------	--

	Erdberg, 1030 Wien	
--	--------------------	--

Anzahl der zusätzlichen

Unternehmensreferenzen

HKLS

	- Allg. Rechenzentrum Innsbruck	5
--	---------------------------------	---

	- Direktion der Wienstrom GmbH	5
--	--------------------------------	---

Anzahl der zusätzlichen

Unternehmensreferenzen E

	- Energieversorgung (NSHV+USV)	5
--	--------------------------------	---

	für Rechenzentrum	
--	-------------------	--

	- UKH-Graz, Ausbau der	
--	------------------------	--

	Energieversorgung	5
--	-------------------	---

Systemraumgröße

Unternehmensreferenzen HKLS

- Bundesrechenzentrum 2
- Parallelrechenzentrum 1
- Direktion der Wiener Linien 1
- Allg. Rechenzentrum Innsbruck 2
- Direktion der Wienstrom GmbH 1

Systemraumgröße

Unternehmensreferenzen E

- BRZ-Erweiterung der
Energieversorgung 2
- KA-Rudolfstiftung 5
- Umbau bzw. Ausbau 1
Parallelrechenzentrum Erdberg,
1030 Wien
- Energieversorgung (NSHV+USV)
für Rechenzentrum 2
- UKH-Graz, Ausbau
der Energieversorgung 1

Zusätzliche® Systemraum /

Systemräume

- Bundesrechenzentrum 1
- Parallelrechenzentrum 1
- Direktion der Wiener Linien 1
- Allg. Rechenzentrum Innsbruck 1
- Direktion der Wienstrom GmbH 1
- BRZ-Erweiterung der
Energieversorgung 1
- KA-Rudolfstiftung 1
- Umbau bzw. Ausbau 1
Parallelrechenzentrum Erdberg,
1030 Wien
- Energieversorgung (NSHV+USV) 1
für Rechenzentrum
- UKH-Graz, Ausbau der
Energieversorgung 1

Koordinationsprojekte

- BRZ- Erweiterung der
Energieversorgung 2

- KA-Rudolfstiftung	2
- Umbau bzw. Ausbau	2
Parallelrechenzentrum Erdberg, 1030 Wien	
- Energieversorgung (NSHV+USV)	2
für Rechenzentrum	
Gesamtpunkte	56

Insgesamt sei davon auszugehen, dass die Bewertung der im Vergabeverfahren eingelangten Teilnahmeanträge nicht ausschreibungs- und somit vergaberechtskonform erfolgt sei. Bei ausschreibungskonformer Prüfung und Bewertung der Teilnahmeanträge im Vergabeverfahren sei ihr Teilnahmeantrag unter jene drei mit den meisten Punkten einzuordnen, was dazu führen müsste, dass sie zur nächsten Stufe des Verhandlungsverfahrens einzuladen sei.

Der Nachprüfungsantrag sei fristgerecht und erfülle darüber hinaus auch alle formalen Antragsvoraussetzungen.

Sofern die Auftraggeberin hinweise, der Antragstellerin mangle es an der Antragslegitimation, da ihr Teilnahmeantrag einen nicht behebbaren Mangel aufweise, werde dieses Vorbringen bestritten. Bei der mangelnden Zuordnung von der Antragstellerin mit dem Teilnahmeantrag vorgelegten Referenzen zur Eignungsund/oder Auswahlprüfung handle es sich um einen behebbaren Mangel. Es trete dadurch insbesondere keine materielle Verbesserung der Wettbewerbssituation der Antragstellerin ein. Das Vorliegen eines behebbaren Mangels in einem Teilnahmeantrag führe zu einem von der Auftraggeberin zu initiiierenden Verbesserungsverfahren, welchem der Bewerber zu entsprechen habe. All dies habe stattgefunden. Ein etwaiges Ausscheiden ihres Teilnahmeantrages habe nicht stattgefunden. Die Auftraggeberin verwende zudem eine verwirrende Diktion im Zusammenhang mit der Anzahl der vorzulegenden Unternehmensreferenzen und habe durch das Schreiben vom 23. März 2009 selbst zum Ausdruck gebracht, dass ihr Teilnahmeantrag nicht auszuschneiden sei. Die Auftraggeberin habe in der Teilnahmeunterlage insbesondere nicht festgelegt, dass jeweils nur 5 Referenzen für die beiden Bereiche HKLS und E vorgelegt werden dürfen. Vielmehr ergebe sich aus einzelnen Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen eindeutig, dass jedenfalls mehr als 10 Referenzprojekte namhaft gemacht werden könnten.

Die Auftraggeberin, vertreten durch die Finanzprokurator, Singerstraße 17-19, 1011 Wien übermittelte die Original-Verfahrensunterlagen, beantragte die Zurückweisung des Nichtigerklärungsbegehrens, in eventu dessen Abweisung und führte im Wesentlichsten zusammengefasst in Stellungnahmen vom

1. 9.Ziffer 9

und 16. Oktober 2009 sowie vom 3. November 2009 und in der mündlichen Verhandlung am 6. November 2009 dazu Folgendes aus:

Die Antragstellerin führe das Vergabeverfahren "Facility Services 2009" zum Zweck der Beschaffung von Facility-Management-Leistungen. Es werde ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung, wobei die Bewerberauswahl für die zweite Stufe abgeschlossen sei, durchgeführt. Die Antragstellerin werde entsprechend der Auswahlprüfung mangels Erreichung einer entsprechenden Punkteanzahl nicht in die zweite Stufe des Vergabeverfahrens eingeladen. Diese Nicht-Zulassung zur Teilnahme sei der Antragstellerin mit Telefax am 23. September 2009 mitgeteilt worden. Gegen diese Entscheidung richte sich der Nachprüfungsantrag. Der Antragstellerin komme jedoch keine Antragslegitimation zu, da sie im Vergabeverfahren auszuschneiden sei.

Aus dem Gesamtzusammenhang, dem Zweck sowie dem Wortlaut der Bestimmungen 5.1 bis 5.4. der Ausschreibungsunterlagen, wobei Punkt 5.3. und Punkt 5.4. ausdrücklich die Anzahl an Referenzprojekten mit maximal fünf festlegen sowie dem Wort "nachgewiesen" in Punkt 5.5. und 5.6. der Ausschreibungsbestimmungen, sei klar gestellt, dass sich diese Auswahlkriterien auf jene fünf Referenzprojekte je Bereich (HKLS bzw. E) beziehen würden, die bereits für den Nachweis in den Punkten 5.1. bis 5.4. genannt worden seien. Daraus sei abzuleiten, dass mit einem Teilnahmeantrag maximal fünf Referenzprojekte aus dem Bereich HKLS und maximal 5 Referenzprojekte aus dem Bereich E vorgelegt werden durften. Die Antragstellerin habe mit dem Teilnahmeantrag insgesamt 25 Referenzprojekte vorgelegt, weswegen nicht erkennbar gewesen sei, welche Referenzprojekte für die Prüfung der Eignung bzw. Beurteilung und Bewertung im Rahmen der Auswahl entsprechend den Auswahlkriterien der

Ausschreibungsunterlagen heranzuziehen wären. Im Rahmen eines Verbesserungsauftrages sei daher an die Antragstellerin der Auftrag die zulässigen fünf Referenzprojekte aus dem Bereich HKLS und die zulässigen fünf Referenzprojekte aus dem Bereich E zu benennen, ergangen. Das bedeute, dass der Antragstellerin nach Öffnen der Teilnahmeanträge die Möglichkeit eröffnet worden sei, eine Konkretisierung bzw. Auswahl im Bereich der zu beurteilenden Referenzen vorzunehmen. Dadurch ergebe sich eine materielle Verbesserung der Stellung der Antragstellerin im Vergabeverfahren. Es liege ein nicht verbesserungsfähiger Mangel vor, der zum Ausscheiden der Antragstellerin bereits in der ersten Stufe des Vergabeverfahrens führen müsste. Selbst wenn eine Prüfung und Beurteilung der in einem Schreiben der Antragstellerin vom 1. April 2009 nominierten fünf Referenzprojekte aus dem Bereich HKLS und der fünf Referenzprojekte aus dem Bereich E durchgeführt werden würde, würden die dabei erreichten 36 Punkte nicht auslangen um unter die drei am besten bewerteten Bewerber zu gelangen.

Auf Seite sechs ihres Schriftsatzes vom 16. Oktober 2009, Punkt 3. räumt die Auftraggeberin ein, dass es möglich sei, dass die Ausschreibungsunterlagen so gelesen werden könnten, dass für jede der verschiedenen Prüfstufen verschiedene Referenzen herangezogen werden könnten. Dies bedeute aber eine Mehrbelastung im Prüfungsvorgang sowohl für einen Bewerber als auch für die Auftraggeberin. Eine Besserbewertung könne dadurch aber nicht erfolgen. Es mache daher wenig Sinn bei verschiedenen Auswahlkriterien unterschiedliche Referenzprojekte zu benennen. Die Antragstellerin habe die Teilnahmeunterlage so verstehen müssen, dass sie ihrem Teilnahmeantrag insgesamt nur bis zu zehn Referenzen beilegen könne.

Die von der Antragstellerin vorgelegten Unternehmensreferenzen Nr. 3 und Nr. 4 "Pensionsversicherungsanstalt, 1021 Wien, Friedrich Hillegeist Straße 1" und "PVA" erfüllten die Mindestkriterien des Punktes 4.3.4. der Teilnahmeunterlage nicht. Die Antragstellerin selbst habe deren Vertragsende eindeutig, ohne jegliche Unklarheit, mit 12/2005 angegeben. Unabhängig wie man 12/2005 interpretieren möge, stehe jedenfalls fest, dass das Ende der Vertragslaufzeit bei diesen Referenzprojekten somit im Jahr 2005 gelegen sei, und damit zumindest eine Mindestforderung, die an Referenzen gestellt werde, nicht erfüllt sei. Daher könnte für diese Referenzen eine Punktevergabe nicht vorgenommen werden. Die von der Antragstellerin vorgelegten Unternehmensreferenzen Nr. 3 und Nr. 4 "Pensionsversicherungsanstalt, 1021 Wien, Friedrich Hillegeist Straße 1" und "PVA" erfüllten die Mindestkriterien des Punktes 4.3.4. der Teilnahmeunterlage nicht. Die Antragstellerin selbst habe deren Vertragsende eindeutig, ohne jegliche Unklarheit, mit 12 aus 2005, angegeben. Unabhängig wie man 12 aus 2005, interpretieren möge, stehe jedenfalls fest, dass das Ende der Vertragslaufzeit bei diesen Referenzprojekten somit im Jahr 2005 gelegen sei, und damit zumindest eine Mindestforderung, die an Referenzen gestellt werde, nicht erfüllt sei. Daher könnte für diese Referenzen eine Punktevergabe nicht vorgenommen werden.

Auf der Grundlage der Schriftsätze der Antragstellerin vom 7. Oktober 2009

(OZ 1) und vom 30. Oktober 2009 (OZ 12), der Schriftsätze der Auftraggeberin vom 9. Oktober 2009 (OZ 3), vom 16. Oktober 2009 (OZ 8) sowie vom 3. November 2009 (OZ 14), den von der Auftraggeberin vorgelegten Unterlagen des Vergabeverfahrens sowie dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung vom 6. November 2009

(OZ 17) wurde nachfolgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Die Auftraggeberin hat am 22. Dezember 2008 durch Übermittlung an das Amt für amtliche Veröffentlichung der Europäischen Union das Beschaffungsvorhaben "Facility Services 2009" europaweit bekanntgemacht. Diese Bekanntmachung wurde im Supplement S zum Amtsblatt unter 2008/S 250-334587 am 24. Dezember 2008 veröffentlicht. Gegenstand gemäß Ausschreibungsbekanntmachung ist die Übernahme und Durchführung von Facility Services mit Schwerpunkt Betriebsführung und Instandhaltung der haustechnischen Anlagen für die Gewerke Heizung, Klima, Lüftung, Sanitär und Elektrotechnik an den Rechenzentrumsstandorten Bundesrechenzentrum Wien 3, Hintere Zollamtsstraße 4 samt Nebengebäuden und Parallelrechenzentrum, Wien 3.

Als Verfahrensart wurde ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung gewählt. In einer ersten Stufe sollten die fristgerecht eingereichten Teilnahmeanträge der Bewerber in einem Eignungs- und Auswahlverfahren geprüft werden. Aus dem Kreis der als geeignet ermittelten Bewerber sollen jene drei zur Teilnahme zur Angebotsabgabe eingeladen werden, von denen zu erwarten sei, dass sie die in den Ausschreibungsunterlagen beschriebenen geforderten Leistungen bestmöglich erbringen können, weil sie die Auswahlkriterien am besten erfüllten. Dazu wird unter Punkt 3.2.2. der Teilnahmeunterlage für die erste Stufe des Vergabeverfahrens festgehalten, dass bei Nicht-Vorliegen aller Ausschlussgründe und Erfüllung aller Eignungskriterien die Auftraggeberin im

Auswahlverfahren die Teilnahmeanträge der Bewerber nach den Auswahlkriterien gemäß Punkt 5 der Ausschreibungsunterlagen prüft und bewertet. Die so geprüften und bewerteten Teilnahmeanträge würden nach der erreichten Punktzahl gereiht werden.

Punkt 4. der Teilnahmeunterlage für die erste Stufe des Vergabeverfahrens enthält die Eignungskriterien, die die Bewerber erfüllen müssen um allenfalls eingeladen zu werden, ein Angebot in der zweiten Stufe des Vergabeverfahrens zu stellen. Die Unterpunkte 4.1. und 4.2. enthalten Regelungen zu Befugnis und wirtschaftlicher bzw. finanzieller Leistungsfähigkeit.

Punkt 4.3. der Teilnahmeunterlage ist mit "Technische Leistungsfähigkeit" überschrieben und weist folgenden Inhalt auf:

"...

4.3.4. Unternehmensreferenzen

- -Strichaufzählung

Namhaft gemachte Referenzen werden im Rahmen der Eignungsprüfung gewertet, wenn der Bewerber (bzw das betreffende Mitglied der Bewerbergemeinschaft bzw das mit ihm verbundene Unternehmen oder der allenfalls namhaft gemachte Dritte) selbst Auftragnehmer, Mitglied der beauftragten Arbeitsgemeinschaft oder Subunternehmer war. In den beiden zuletzt genannten Fällen (dh Mitglied der beauftragten Arbeitsgemeinschaft oder Subunternehmer) wird das Referenzprojekt im Rahmen dieser Eignungsprüfung nur dann berücksichtigt, wenn der Leistungsanteil des betreffenden Bewerbers (bzw des Mitglieds der Bewerbergemeinschaft bzw des mit ihm verbundenen Unternehmens, des Subunternehmers oder eines allenfalls genannten Dritten) an dem von der Arbeitsgemeinschaft durchgeführten Referenzauftrag zumindest 50 % des Auftragswerts des Referenzprojektes betragen hat und die Leistung von diesem selbst durchgeführt wurden.

- -Strichaufzählung

Für alle Referenzprojekte gilt, dass Projekte, die vor mehr als drei Jahren beendet wurden (Stichtag ist der Schlusstermin für den Eingang der Teilnahmeanträge) oder die mangels Detailangaben nicht überprüfbar sind, nicht als Referenzen gewertet werden.

- -Strichaufzählung

Für die Bescheinigung von Referenzen sind die dafür vorgesehenen Referenzblätter in der Beilage./5 zu verwenden. Für jedes Referenzprojekt sind die fachlichen, technischen und organisatorischen Grundlagen der Tätigkeit des Bewerbers / der Bewerbergemeinschaft im Projekt in einer Kurzdarstellung zu erläutern. Zudem hat der Bewerber schlüssig darzustellen, warum das Referenzprojekt ein geeigneter Nachweis für seine Fähigkeit zur Erbringung der für diese Ausschreibung geforderten Leistungen ist.

- -Strichaufzählung

Für jede nachgewiesene Referenz hat der Bewerber dem Teilnahmeantrag in den Beilagen./5 eine Auftraggeber-Bestätigung beizubringen, mit welcher der ehemalige Auftraggeber die Referenzangaben bestätigt, insbesondere auch, dass der Bewerber die Leistungen fachgerecht und ordnungsgemäß durchgeführt hat. Der Bewerber erklärt sich einverstanden, dass der Auftraggeber zur Prüfung der angegebenen Referenzen mit den (ehemaligen) Auftraggebern Kontakt aufnimmt.

- -Strichaufzählung

Handelt es sich beim Referenzauftraggeber um einen öffentlichen Auftraggeber, ist die jeweilige Beilage vom öffentlichen Auftraggeber auszustellen oder (durch seine Unterschrift in der dafür vorgesehenen Spalte) zu beglaubigen. Die jeweilige Beilage kann vom Referenzauftraggeber auch direkt dem Auftraggeber der gegenständlichen Ausschreibung zugeleitet werden. Falls eine derartige Bescheinigung nicht erhältlich ist, kann sie durch eine einfache Erklärung des Bewerbers ersetzt werden.

- -Strichaufzählung

Handelt es sich beim Referenzauftraggeber um einen privaten Auftraggeber, ist die jeweilige Beilage vom privaten Auftraggeber (durch seine Unterschrift in der dafür vorgesehenen Spalte) zu beglaubigen. Falls eine derartige Bescheinigung nicht erhältlich ist, kann sie durch eine einfache Erklärung des Bewerbers ersetzt werden.

- -Strichaufzählung

Handelt es sich um eine Eigenreferenz, ist die Richtigkeit der Angaben durch eine einfache Erklärung des

Bewerbers zu bestätigen.

Dem Bewerber steht es frei, zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit angegebene Referenzprojekte auch als Referenzprojekte für die Auswahl der Bewerber hinsichtlich der qualitativen Bewertung (Auswahlkriterien gemäß Punkt 5.3 bis 5.6) namhaft zu machen; hinsichtlich der quantitativen Bewertung (Auswahlkriterium gemäß Punkt 5.1 und 5.2) können für die Auswahl keine Referenzprojekte angegeben werden, die auch zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit angeführt wurden.

Als Mindestanforderung im Bereich der Unternehmensreferenzen sind drei Referenzprojekte für den Bereich HKLS und drei Referenzprojekte für den Bereich Elektrotechnik namhaft zu machen, bei denen folgende Anforderungen erfüllt sein müssen:

Referenzen aus dem Bereich HKLS:

Als Mindestanforderung an die Referenzprojekte für den Bereich HKLS wird gefordert, dass

- Der Bewerber im Rahmen des Referenzprojektes die Betriebsführung und Instandhaltung (Wartung, Instandsetzung und Inspektion) für HKLS-Anlagen und Einrichtungen erbracht hat

UND

- seine Leistungen einen Bereitschaftsdienst 7x24x365 umfasst haben

UND

- der Referenzauftraggeber ein Rechenzentrum betreibt, wobei sich die vom Bewerber erbrachten Leistungen jedenfalls auf das Rechenzentrum (auf den Systemraum bzw die Systemräume) beziehen müssen und für dieses erbracht worden sind

UND

- die Nettogrundrissfläche (gemessen in der Projektion) eines Systemraumes mindestens 200m² beträgt, wobei sich die vom Bewerber erbrachten Leistungen auch auf diesen Systemraum beziehen müssen und für diesen erbracht worden sind (Anmerkung:

Es erfolgt keine Addition mehrerer Systemräume; sollte der Referenzauftrag mehrere Systemräume erfassen, so ist eine Zusammenrechnung der Flächen der einzelnen Systemräume unzulässig. Weiters ist festzuhalten, dass es nichts an der Qualifikation eines Raumes als einen Systemraum ändert, wenn sich darin Abtrennungen durch Gitter und / oder Glaswände und / oder sonstige Abtrennungen in Leichtbauweise

(zB Gipskarton ohne Brandschutzqualifikation) befinden; sonstige wie immer geartete Raumtrennungen (insbesondere Beton-, Stahlbetonwände bzw. decken) bedingen, dass durch die Trennung kein einheitlicher Systemraum vorliegt.)

UND

- die Dauer der Leistungserbringung mindestens 2 Jahre beträgt.

Referenzen aus dem Bereich Elektrotechnik

Als Mindestanforderung an die Referenzprojekte für den Bereich Elektrotechnik wird gefordert, dass

- Der Bewerber im Rahmen des Referenzprojektes die Betriebsführung und Instandhaltung (Wartung, Instandsetzung und Inspektion) für elektrotechnische Anlagen und Einrichtungen erbracht hat

UND

- seine Leistungen einen Bereitschaftsdienst von 7x24x365 umfasst haben

UND

- der Referenzauftraggeber ein Rechenzentrum betreibt, wobei sich die vom Bewerber erbrachten Leistungen jedenfalls auch auf das Rechenzentrum (Systemräume) beziehen müssen und für dieses erbracht worden sind

UND

- die Nettogrundrissfläche (gemessen in der Projektion) eines Systemraumes mindestens 200m² beträgt, wobei sich die vom Bewerber erbrachten Leistungen auch auf diesen Systemraum beziehen müssen und für diesen erbracht worden sind (Anmerkung:

Es erfolgt keine Addition mehrerer Systemräume; sollte der Referenzauftrag mehrere Systemräume erfassen, so ist eine Zusammenrechnung der Flächen der einzelnen Systemräume unzulässig. Weiters ist festzuhalten, dass es nichts an der Qualifikation eines Raumes als einen Systemraum ändert, wenn sich darin Abtrennungen durch Gitter und / oder Glaswände und / oder sonstige Abtrennungen in Leichtbauweise

(zB Gipskarton ohne Brandschutzqualifikation) befinden; sonstige wie immer geartete Raumtrennungen (insbesondere Beton-, Stahlbetonwände bzw. decken) bedingen, dass durch die Trennung kein einheitlicher Systemraum vorliegt.)

UND

- die Dauer der Leistungserbringung mindestens 2 Jahre beträgt.

Der Bewerber wird darauf hingewiesen, dass es zulässig ist, ein Referenzprojekt aus dem Bereich HKLS auch für den Bereich Elektrotechnik bzw. ein Referenzprojekt aus dem Bereich Elektrotechnik auch für den Bereich HKLS anzuführen, sofern das betreffende Projekt auch die Mindestanforderungen aus dem jeweils anderen Bereich erfüllt. Laufende Projekte werden dann berücksichtigt, wenn die Leistungen (im Zeitpunkt des Schlusstermins für den Eingang der Teilnahmeanträge) seit mindestens zwei Jahren erbracht werden.

Weiters wird darauf hingewiesen, dass für den Fall, dass hinsichtlich eines Auftraggebers mehrere Systemräume an ein und demselben Standort von der Leistungserbringung umfasst sind, dies lediglich als ein Referenzprojekt gewertet wird und nicht jeder einzelne Systemraum als eigenes Referenzprojekt angeführt werden kann."

Unter Punkt "4.4 Zuverlässigkeit" wird in den Ausschreibungsunterlagen folgendes angeführt:

"4.4.1 Katalog an Ausscheidensgründen

Bewerber werden nicht in die zweite Stufe des Verfahrens zur Angebotsabgabe eingeladen, wenn

1. a.Litera a

der Auftraggeber Kenntnis von einer rechtskräftigen Verurteilung gegen sie oder - sofern es sich um juristische Personen, eingetragene Personengesellschaften oder Arbeitsgemeinschaften handelt - gegen in deren Geschäftsführung tätige physische Personen hat, die einen der folgenden Tatbestände betrifft: Mitgliedschaft bei einer kriminellen Organisation

(§ 278a des Strafgesetzbuches - StGB, BGBl I 60/1974), Bestechung (§§ 302, 307, 308 und 310 StGB; § 10 des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 - UWG, BGBl I 448), Betrug(Paragraph 278 a, des Strafgesetzbuches - StGB, Bundesgesetzblatt Teil eins, 60 aus 1974,)), Bestechung (Paragraphen 302, 307, 308 und 310 StGB; Paragraph 10, des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 - UWG, Bundesgesetzblatt römisch eins 448), Betrug

(§§ 146 ff StGB), Untreue §153 StGB), Geschenkannahme (§153a StGB), Förderungsmissbrauch (§153b StGB) oder Geldwäscherei (§ 165 StGB) bzw einen entsprechenden Straftatbestand gemäß den Vorschriften des Landes in dem der Unternehmer seinen Sitz hat;(Paragraphen 146, ff StGB), Untreue §153 StGB), Geschenkannahme (§153a StGB), Förderungsmissbrauch (§153b StGB) oder Geldwäscherei (Paragraph 165, StGB) bzw einen entsprechenden Straftatbestand gemäß den Vorschriften des Landes in dem der Unternehmer seinen Sitz hat;

1. b.Litera b

gegen sie ein Konkurs- bzw Insolvenzverfahren, ein gerichtliches Ausgleichsverfahren, ein Vergleichsverfahren oder ein Zwangsausgleich eingeleitet oder die Eröffnung eines Konkursverfahrens mangels hinreichendem Vermögen abgewiesen wurde;

1. c.Litera c

sie sich in Liquidation befinden oder ihre gewerbliche Tätigkeit einstellen oder eingestellt haben;

1. d.Litera d

gegen sie oder - sofern es sich um juristische Personen, eingetragene Personengesellschaften oder Arbeitsgemeinschaften handelt - gegen physische Personen, die in der Geschäftsführung tätig sind, ein

rechtskräftiges Urteil wegen eines Deliktes ergangen ist, das ihre berufliche Zuverlässigkeit in Frage stellt;

1. e.Litera e

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

1. f.Litera f

sie ihre Verpflichtungen zur Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge oder der Steuern und Abgaben in Österreich oder nach den Vorschriften des Landes, in dem sie niedergelassen sind, nicht erfüllt haben, oder

1. g.Litera g

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

Die allgemeine berufliche Zuverlässigkeit muss grundsätzlich spätestens zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe vorliegen.

4.4.2 Nachweise für das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen

Die Bewerber können das Nichtvorliegen der Ausschlussgründe wie folgt nachweisen:

- -Strichaufzählung

Auszug aus dem aktuellen Firmenbuch (nicht bei natürlichen Personen) oder jeweils eine gleichwertige Bescheinigung einer Gerichts- oder Verwaltungsbehörde des Herkunftslandes des Bewerbers, aus der hervorgeht, dass die Erfordernisse gemäß Punkt 4.4.1 lit b bis c erfüllt sind; Auszug aus dem aktuellen Firmenbuch (nicht bei natürlichen Personen) oder jeweils eine gleichwertige Bescheinigung einer Gerichts- oder Verwaltungsbehörde des Herkunftslandes des Bewerbers, aus der hervorgeht, dass die Erfordernisse gemäß Punkt 4.4.1 Litera b bis c erfüllt sind;

- -Strichaufzählung

Letztgültiger Kontoauszug der zuständigen Sozialversicherungsanstalt (maximal drei Monate alt) und letztgültige Lastschriftanzeige der zuständigen Finanzbehörde (maximal drei Monate alt) oder gleichwertige Dokumente des Herkunftslandes des Bewerbers, um die in Punkt 4.4.1 lit f geforderten Erfordernisse nachzuweisen; Letztgültiger Kontoauszug der zuständigen Sozialversicherungsanstalt (maximal drei Monate alt) und letztgültige Lastschriftanzeige der zuständigen Finanzbehörde (maximal drei Monate alt) oder gleichwertige Dokumente des Herkunftslandes des Bewerbers, um die in Punkt 4.4.1 Litera f, geforderten Erfordernisse nachzuweisen;

- -Strichaufzählung

Mit rechtsgültiger Unterfertigung des Teilnahmeantrages, wodurch der Bewerber verbindlich erklärt, dass die Erfordernisse gemäß Punkt 4.4.1 lit a, d und g erfüllt sind. Mit rechtsgültiger Unterfertigung des Teilnahmeantrages, wodurch der Bewerber verbindlich erklärt, dass die Erfordernisse gemäß Punkt 4.4.1 Litera a, d und g erfüllt sind.

4.4.3. Besondere berufliche Zuverlässigkeit

Bewerber werden nicht in die zweite Stufe des Verfahrens zur Angebotsabgabe eingeladen, wenn diese das Erfordernis der besonderen beruflichen Zuverlässigkeit nicht erfüllen. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn ein Bewerber im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung, insbesondere gegen Bestimmungen des Arbeits-, Sozial- oder Umweltrechts, begangen hat, die vom Auftraggeber nachweislich festgestellt wurde oder sich aus der Abfrage der zentralen Verwaltungsstrafevidenz des Bundesministeriums für Finanzen die berufliche Unzuverlässigkeit des Bewerbers iSd § 73 BVergG ergibt. Bewerber werden nicht in die zweite Stufe des Verfahrens zur Angebotsabgabe eingeladen, wenn diese das Erfordernis der besonderen beruflichen Zuverlässigkeit nicht erfüllen. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn ein Bewerber im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung, insbesondere gegen Bestimmungen des Arbeits-, Sozial- oder Umweltrechts, begangen hat, die vom Auftraggeber nachweislich festgestellt wurde oder sich aus der Abfrage der zentralen Verwaltungsstrafevidenz des Bundesministeriums für Finanzen die berufliche Unzuverlässigkeit des Bewerbers iSd Paragraph 73, BVergG ergibt.

Die besondere berufliche Zuverlässigkeit muss grundsätzlich spätestens zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe vorliegen.

4.4.4. Ausschlussgründe bei Bewerbergemeinschaften und Subunternehmen

Bei Bewerbergemeinschaften hat jedes Mitglied den Nachweis des Nichtvorliegens der Ausschlussgründe zu führen. Für angeführte Subunternehmer ist der Nachweis des Nichtvorliegens von Ausschlussgründen wie für den Bewerber bereits im Teilnahmeantrag zu erbringen."

Die "Auswahlkriterien" sind im Punkt 5 der Ausschreibungsunterlagen enthalten und weisen folgenden Inhalt auf:

"Aus dem Kreis der als geeignet ermittelten Bewerber werden jene drei zur Teilnahme zur Angebotsabgabe eingeladen (§ 103 Abs 6 BVergG), von denen zu erwarten ist, dass sie die unter Punkt 2 geforderte Leistung bestmöglich erbringen können, weil sie die Auswahlkriterien am besten erfüllen." Aus dem Kreis der als geeignet ermittelten Bewerber werden jene drei zur Teilnahme zur Angebotsabgabe eingeladen (Paragraph 103, Absatz 6, BVergG), von denen zu erwarten ist, dass sie die unter Punkt 2 geforderte Leistung bestmöglich erbringen können, weil sie die Auswahlkriterien am besten erfüllen.

Die Vorgaben in Hinblick auf Bewerbergemeinschaften, verbundene Unternehmen und sonstige Dritte im Rahmen der Eignungsprüfung (Punkt 4) gelten dabei sinngemäß auch für das gegenständliche Auswahlverfahren.

Die Auswahl der einzuladenden Bewerber erfolgt nach den nachstehend angeführten Auswahlkriterien, wobei der Bewerber die in der Tabelle angegebene maximale Punkteanzahl pro Auswahlkriterium erreichen kann:

Auswahlkriterium	Maximal erreichbare Punktezahl
Anzahl der (zusätzlichen Referenzprojekte (Unternehmensreferenz) HKLS	10
Anzahl der (zusätzlichen Referenzprojekte (Unternehmensreferenz) Elektrotechnik	10
Systemraumgröße der Referenzprojekte (Unternehmensreferenz) HKLS	25
Systemraumgröße der Referenzprojekte (Unternehmensreferenz) Elektrotechnik	25
Zusätzliche Systemräume	10
Koordinationsprojekte	20
Gesamtpunkte maximal	100

Die von einem Bewerber in den vorgenannten Auswahlkriterien erreichten Punkte werden addiert. Die drei Bewerber, die dabei die höchste Punkteanzahl erzielen, werden zur Angebotslegung eingeladen. Bei Punktegleichheit gilt Folgendes: Es wird dem Bewerber der Vorzug gegeben, der in der größten Systemraumkategorie (siehe Punkt 5.3 und 5.4) in Summe (HKLS und Elektrotechnikreferenzprojekte werden addiert) die meisten Referenzprojekte aufweist. Verfügt keiner dieser Bewerber über Referenzprojekte in der größten Rechenzentrumskategorie oder verfügen diese über dieselbe Anzahl in dieser Kategorie, so ist die Anzahl der Referenzprojekte in der zweitgrößten Rechenzentrumskategorie entscheidend. Ist auch dann eine Auswahl nicht möglich, ist die Anzahl der drittgrößten, danach der viertgrößten, danach der fünftgrößten und danach in der sechstgrößten Rechenzentrumskategorie entscheidend; sollte danach noch immer Gleichstand bestehen, werden die Bewerber als ex aequo zur Angebotslegung eingeladen.

Für jede Projektreferenz sind die fachlichen, technischen und organisatorischen Grundlagen der Tätigkeit des Bewerbers / der Bewerbergemeinschaft im Projekt in einer Kurzdarstellung zu erläutern. Zudem hat der Bewerber schlüssig darzustellen, warum die Projektreferenz ein geeigneter Nachweis für seine Fähigkeit zur Erbringung der für diese Ausschreibung geforderten Leistungen ist.

5.1. Anzahl der (zusätzlichen) Unternehmensreferenzen HKLS

In diesem Auswahlkriterium wird die zahlenmäßige Übererfüllung der Unternehmensreferenzen bewertet. Für jedes zusätzliche Referenzprojekt (Unternehmensreferenz), welches die Mindestanforderungen nach Punkt 4.3.4 erfüllt, erhält der Bewerber 5 Punkte. Es können maximal zwei zusätzliche Referenzprojekte angeführt werden, die durch Ausfüllen der Beilage./5 nachzuweisen sind. In Summe können in diesem Auswahlkriterium maximal 10 Punkte erreicht werden.

5.2. Anzahl der (zusätzlichen) Unternehmensreferenzen

Elektrotechnik

In diesem Auswahlkriterium wird die zahlenmäßige Übererfüllung der Unternehmensreferenzen bewertet. Für jedes zusätzliche Referenzprojekt (Unternehmensreferenz), welches die Mindestanforderungen nach Punkt 4.3.4 erfüllt, erhält der Bewerber 5 Punkte. Es können maximal zwei zusätzliche Referenzprojekte angeführt werden, die durch Ausfüllen der Beilage./5 nachzuweisen sind. In Summe können in diesem Auswahlkriterium maximal 10 Punkte erreicht werden.

5.3. Systemraumgröße der Unternehmensreferenzen HKLS

In diesem Auswahlkriterium wird die Übererfüllung der geforderten Systemraumgröße der Unternehmensreferenzen bewertet. Für jedes Referenzprojekt (Unternehmensreferenz), welches die Mindestanforderungen nach Punkt 4.3.4 erfüllt, werden folgende Punkte vergeben:

Systemraumgröße der Unternehmensreferenzen HKLS

Größe der Nettogrundrissfläche	Punkteanzahl
--------------------------------	--------------

(gemessen in der Projektion)

des (eines) Systemraumes,

auf den sich die vom Bewerber

erbrachten Leistungen

beziehen und für den diese erbracht

worden sind (Anmerkung: es erfolgt keine

Addition mehrerer Systemräume;

sollte der Referenzauftrag mehrere

Systemräume erfassen, ist eine

Zusammenrechnung der Fläche der einzelnen

Systemräume unzulässig.)

Nettogrundrissfläche des Systemraumes

> 200m ²	0
---------------------	---

Nettogrundrissfläche des Systemraumes

> 200m ² bis 400m ²	1
---	---

Nettogrundrissfläche des Systemraumes

> 400 m ² bis 600 m ²	2
---	---

Nettogrundrissfläche des Systemraumes

> 600 m ² bis 800 m ²	3
---	---

Nettogrundrissfläche des Systemraumes

> 800 m ² bis 1000 m ²	4
--	---

Nettogrundrissfläche des Systemraumes

> 1000 m2

5

Die Referenzprojekte sind durch Ausfüllen der Beilage./5 nachzuweisen. Es dürfen maximal fünf Referenzen genannt werden, wobei in diesem Auswahlkriterium auch Referenzprojekte genannt werden dürfen, welche zum Nachweis der Eignung angeführt wurden. Es können daher maximal 25 Punkte (5 Projekte erfüllen die größte Systemraumkategorie; 5 x 5 Punkte) erreicht werden. Weiters wird festgehalten, dass in diesem Auswahlkriterium nur ein Systemraum je Referenzprojekt bewertet wird. Umfasst ein Referenzprojekt mehrere Systemräume, hat der Bieter anzugeben, welcher für die Bewertung in diesem Kriterium heranzuziehen ist.

5.4 Systemraumgröße der Unternehmensreferenzen Elektrotechnik

In diesem Auswahlkriterium wird die Übererfüllung der geforderten Systemraumgröße der Unternehmensreferenzen bewertet. Für jedes Referenzprojekt (Unternehmensreferenz), welches die Mindestanforderungen nach Punkt 4.3.4 erfüllt, werden folgende Punkte vergeben:

Systemraumgröße der Unternehmensreferenzen HKLS

Größe der Nettogrundrissfläche	Punkteanzahl
--------------------------------	--------------

(gemessen in der Projektion)

des (eines) Systemraumes,

auf den sich die vom Bewerber

erbrachten Leistungen

beziehen und für den diese erbracht

worden sind (Anmerkung: es erfolgt keine

Addition mehrerer Systemräume;

sollte der Referenzauftrag mehrere

Systemräume erfassen, ist eine

Zusammenrechnung der Fläche der einzelnen

Systemräume unzulässig.)

Nettogrundrissfläche des Systemraumes

> 200m²

0

Nettogrundrissfläche des Systemraumes

> 200m² bis 400m²

1

Nettogrundrissfläche des Systemraumes

> 400 m2 bis 600 m2

2

Nettogrundrissfläche des Systemraumes

> 600 m2 bis 800 m2

3

Nettogrundrissfläche des Systemraumes

> 800 m2 bis 1000 m2

4

Nettogrundrissfläche des Systemraumes

> 1000 m2

5

Die Referenzprojekte sind durch Ausfüllen der Beilage ./5 nachzuweisen. Es dürfen maximal fünf Referenzen genannt werden, wobei in diesem Auswahlkriterium auch Referenzprojekte genannt werden dürfen, welche zum Nachweis der Eignung angeführt wurden. Es können daher maximal 25 Punkte (5 Projekte erfüllen die größte Systemraumkategorie;

5 x 5 Punkte) erreicht werden. Weiters wird festgehalten, dass in diesem Auswahlkriterium nur ein Systemraum je Referenzprojekt bewertet wird. Umfasst ein Referenzprojekt mehrere Systemräume, hat der Bieter anzugeben, welcher für die Bewertung in diesem Kriterium heranzuziehen ist.

5.5. Zusätzliche(r) Systemraum / Systemräume

Für jedes nachgewiesene Referenzprojekt für den Bereich HKLS und

für jedes nachgewiesene Referenzprojekt für den Bereich Elektrotechnik, welches die Mindestanforderungen nach Punkt

4.3.4 erfüllt, erhält der Bewerber zusätzlich 1 Punkt, wenn das Referenzprojekt mehr als einen Systemraum umfasst, dessen Nettogrundrissfläche mindestens 200 m² beträgt. In diesem Auswahlkriterium können maximal 10 Punkte erreicht werden.

5.6. Koordinationsprojekte

Für jedes nachgewiesene Referenzprojekt, welches die Mindestanforderungen erfüllt, erhält der Bewerber zusätzlich 2 Punkte, wenn vom Referenzprojekt die Gewerke HKLS und Elektrotechnik umfasst sind und der Bewerber für die Koordination der Leistungserbringung in beiden Gewerken (Gesamtprojektleitung) verantwortlich war. Wird dasselbe Referenzprojekt sowohl für den Nachweis von Referenzen für HKLS als auch für Elektrotechnik angeführt, werden die Zusatzpunkte insgesamt nur einmal für dieses Projekt vergeben. Es können maximal 20 Punkte erreicht werden (die Maximalpunktzahl wird erreicht, wenn sowohl für den Bereich HKLS als auch Elektrotechnik jeweils 5 verschiedene Referenzprojekte genannt werden, die die vorgenannten Anforderungen erfüllen."

Als Schlusstermin für den Eingang der Teilnahmeanträge wurde in Punkt 6 der Ausschreibungsunterlagen der 29. Jänner 2009, 12.00 Uhr festgesetzt.

In Punkt 12 der Teilnahmeunterlage wird hingewiesen, dass im Falle mangelhafter Teilnahmeanträge die Bestimmungen des BVergG 2006 zu mangelhaften Angeboten sinngemäß gelten. Im Falle unvollständiger oder fehlerhafter Teilnahmeanträge werde der Auftraggeber - soweit die Behebung derartiger Mängel nicht zu einer materiellen Verbesserung der Stellung des Bewerbers im Sinn der einschlägigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes im Auswahlverfahren führen würde - die Bewerber einmalig zu einer Verbesserung auffordern.

Während offener Frist für die Einbringung von Teilnahmeanträgen gab es Bewerberanfragen, welche samt Beantwortung anonymisiert am 21. Jänner 2009 auf der Homepage der Auftraggeberin veröffentlicht wurden.

Die Antragstellerin hat fristgerecht einen Teilnahmeantrag gestellt. Es waren einem Teilnahmeantrag Unternehmensreferenzen beizulegen, wobei die entsprechenden Angaben in das von der Auftraggeberin vorgegebene Formular "Beilage./5" einzutragen waren, das in zwei Fassungen der Teilnahmeunterlage beigelegt wurde. Die Beilage./5 hat folgendes Aussehen:

"Beilage ./5

(Unternehmensreferenz)

Der Bewerber hat nachstehend für die Eignungsprüfung (Punkt 4) nachzuweisen, dass er über zumindest drei Referenzen aus dem Bereich HKLS und drei aus dem Bereich Elektrotechnik verfügt, welche die unter Punkt 4.3.4 definierten Anforderungen erfüllen. Darüber hinaus kann der Bewerber für die Auswahlprüfung (Punkt 5) nachweisen, dass er über weitere Referenzen verfügt, die eine qualitativ abgestufte Bewertung der Referenz ermöglichen. Der Bewerber hat durch Ankreuzen bekannt zu geben, in welchem Prüfschritt (Eignungsprüfung oder Auswahlprüfung) die nachgewiesene Referenz bewertet werden soll. Dem Bewerber steht es frei, ein und dieselbe Referenz sowohl für das Eignungs- als auch für das Auswahlverfahren namhaft zu machen, was die qualitative Bewertung der Referenzen betrifft (hinsichtlich der Auswahlkriterien gemäß Punkt 5.3 bis 5.6). Diesfalls sind beide Kategorien anzukreuzen.

Referenzprojekt Nummer

Unternehmensreferenz HKLS

Referenz für Eignungsprüfung (gegebenenfalls ankreuzen)

(Punkt 4)

Referenz für Auswahlprüfung (gegebenenfalls ankreuzen)

(Punkt 5)

Projekt-Titel

Auftragnehmer

(Firma/ARGE)

Leistungszeitraum

(insbesondere Abschluss):

Name des Auftraggebers:

Ansprechperson:

Telefon:

Adresse:

Kurzbeschreibung:

Eignungskriterien	Ja	Nein	Wert/ Größe/ Erläuterung
-------------------	----	------	--------------------------

(Punkt 4.3.4)

Der Bewerber hat im

Rahmen des Referenz-

projektes die Betriebs-

führung und

Instandhaltung

(Wartung, Instandsetzung

und

Inspektion) für HKLS-Anlagen

und Einrichtungen

erbracht.

Die Leistungen haben

einen Bereitschaftsdienst

von 7x24x365 umfasst.

Der Referenzauftraggeber

betreibt ein Rechenzentrum,

wobei sich die vom Bewerber

erbrachten Leistungen auf

das Rechenzentrum (Systemraum

bzw Systemräume) beziehen und

für dieses erbracht worden sind.

Die Nettogrundrissfläche

(gemessen in der

Projektion) eines

Systemraumes beträgt

mindestens 200m², wobei sich
die vom Bewerber
erbrachten Leistungen auch
auf diesen
Systemraum beziehen und
für diesen erbracht
worden sind.

Auswahlkriterium	Ja	Nein	Wert/ Größe/ Erläuterung
------------------	----	------	--------------------------

Punkt 5.3

Nettogrundrissfläche
des Systemraumes, der
im Rahmen dieses
Auswahlkriteriums
bewertet werden
soll.

Die vom Bewerber
erbrachten Leistungen
wurden für diesen
Systemraum erbracht.

Auswahlkriterium	Ja	Nein	Wert/ Größe/ Erläuterung
------------------	----	------	--------------------------

Das Referenzprojekt
umfasst mehr als einen
Systemraum, dessen
Nettogrundrissfläche
mindestens 200 m² beträgt.

Auswahlkriterium	Ja	Nein	Wert/ Größe/ Erläuterung
------------------	----	------	--------------------------

Punkt 5.6

Das Referenzprojekt
umfasst auch Leistungen
aus dem Gewerk
Elektrotechnik.

Der Bewerber war bei
diesem Referenzprojekt
für die Koordination
der Leistungserbringung
in den Gewerken HKLS
und Elektrotechnik
verantwortlich

(Gesamtprojektleitung).

Beglaubigung durch

den Referenzauftraggeber

Ich bestätige als

Vertreter der

durch meine Unterschrift,

dass das oben angeführte

Referenzprojekt nach

meinem Wissensstand

die angegebenen Kennzahlen

erfüllt und darüber hinaus

die Leistungen fachgerecht

und ordnungsgemäß erbracht

wurden.

Datum und Unterschrift samt Name(n) in Blockbuchstaben

Ersatzbeglaubigung durch Bewerber*

Ich bestätige als Vertreter des Bewerbers/der Bewerbergemeinschaft durch meine Unterschrift, dass eine Beglaubigung durch den Referenzauftraggeber nicht erhältlich ist und erkläre im Rahmen der gegenständlichen Ersatzbeglaubigung, dass das oben angeführte Referenzprojekt nach meinem Wissensstand die angegebenen Kennzahlen erfüllt und darüber hinaus die Leistungen fachgerecht und ordnungsgemäß erbracht wurden.

Datum und Unterschrift samt Name(n) in Blockbuchstaben

*Nur im Fall der mangelnden Beglaubigung durch den Referenzauftraggeber ausfüllen!"

In der zweiten Fassung der Beilage./5 wurde die Bezugnahme auf HKLS durch eine Bezugnahme auf Elektrotechnik ersetzt.

Die Antragstellerin hat unter Heranziehung des Formulars "Beilage./5" ihrem Teilnahmeantrag folgende Unternehmensreferenzen beigefügt:

"Unternehmensreferenz HKLS

Referenzprojekt Nummer 1 (soll sowohl bei Eignungsprüfung als auch für Auswahlprüfung herangezogen werden): 1a

Referenzprojekt Nummer 2 (soll sowohl bei Eignungsprüfung als auch für Auswahlprüfung herangezogen werden): 2a

Referenzprojekt Nummer 3 (soll sowohl bei Eignungsprüfung als auch für Auswahlprüfung herangezogen werden): 3a

Referenzprojekt Nummer 4 (soll sowohl bei Eignungsprüfung als auch für Auswahlprüfung herangezogen werden): 4a

Referenzprojekt Nummer 5 (soll sowohl bei Eignungsprüfung als auch für Auswahlprüfung herangezogen werden): 5a

Referenzprojekt Nummer 6 (soll sowohl bei Eignungsprüfung als auch für Auswahlprüfung herangezogen werden): 6a

Referenzprojekt Nummer 7 (soll für Auswahlprüfung herangezogen werden): 7a

Referenzprojekt Nummer 8 (soll für Auswahlprüfung herangezogen werden): 8a

Referenzprojekt Nummer 9 (soll Auswahlprüfung herangezogen werden): 9a

Unternehmensreferenz Elektrotechnik

Referenzprojekt Nummer 1 (soll sowohl bei Eignungsprüfung als auch für Auswahlprüfung herangezogen werden): 1b

Referenzprojekt Nummer 2 (soll sowohl bei Eignungsprüfung als auch für Auswahlprüfung herangezogen werden): 2b

Referenzprojekt Nummer 3 (soll sowohl bei Eignungsprüfung als auch für Auswahlprüfung herangezogen werden): 3b

Referenzprojekt Nummer 4 (soll sowohl bei Eignungsprüfung als auch für Auswahlprüfung herangezogen werden): 4b
Referenzprojekt Nummer 5 (soll sowohl bei Eignungsprüfung als auch für Auswahlprüfung herangezogen werden): 5b
Referenzprojekt Nummer 6 (soll für Auswahlprüfung herangezogen werden): 6b

Referenzprojekt Nummer 7 (soll für Auswahlprüfung herangezogen werden): 7b

Referenzprojekt Nummer 8 (soll sowohl bei Eignungsprüfung als auch für Auswahlprüfung herangezogen werden): 8b
Referenzprojekt Nummer 9 (soll für Auswahlprüfung herangezogen werden): 9b

Koordinationsprojekt

Referenzprojekt Nummer 1 (soll für Auswahlprüfung herangezogen werden): 1c

Referenzprojekt Nummer 2 (soll für Auswahlprüfung herangezogen werden): 2c

Referenzprojekt Nummer 3 (soll für Auswahlprüfung herangezogen werden): 3c

Referenzprojekt Nummer 4 (soll für Auswahlprüfung herangezogen werden): 4c

Referenzprojekt Nummer 5 (soll für Auswahlprüfung herangezogen werden): 5c

Referenzprojekt Nummer 6 (soll für Auswahlprüfung herangezogen werden): 6c

Referenzprojekt Nummer 7 (soll für Auswahlprüfung herangezogen werden): 7c"

Bei den Unternehmensreferenzen 1a - 9a und 1b - 9b wurden bei den Angaben zu "Eignungskriterien (Punkt 4.3.4) alle vier "Ja-Kästchen" angekreuzt. Bei den von der Antragstellerin vorgelegten Unternehmensreferenzen 1c - 7c wurde zumindest eines dieser vier "Ja-Kästchen" nicht sondern das entsprechende "Nein-Kästchen" angekreuzt. Das hat zur Folge, dass im Weiteren die Referenzprojekte 1c-7c keiner näheren Betrachtung mehr unterzogen werden, da diese Unternehmensreferenzen offensichtlich nicht die Mindestanforderungen des Punktes 4.3.4 der Teilnahmeunterlage erfüllen.

Bei den Unternehmensreferenzen 1a, 1b, 2b, 3b, 4b und 5b wurde von der Antragstellerin eine Beglaubigung durch den Referenzgeber vorgelegt; bei den Unternehmensreferenzen 2a, 3a, 4a, 5a, 6a, 7a, 8a, 9a, 6b, 7b, 8b und 9b erfolgte eine Eigenerklärung. Bei allen vorgelegten Referenzen ist eine Kontaktadresse samt Ansprechperson und zugehöriger Telefonnummer des Referenzgebers angeführt. Die Kurzbeschreibungen bei allen angeführten Referenzen sind sehr kurz und bestehen in der Regel nur aus einer Projektbezeichnung ohne weitere Ausführungen über das Was bzw. Wie der Leistungserbringung bei der angeführten Referenz. Bei den Unternehmensreferenzen 7a, 8a wurden bei den beiden Fragen zum Auswahlkriterium des Punktes 5.3 die beiden "Nein-Kästchen" angekreuzt. Bei den Unternehmensreferenzen 1a, 2a, 5a, 8a, 1b, 2b, 3b, 4b, 5b, 6b, 7b, 8b und 9b wurde ausgeführt, dass dabei ein zusätzlicher Systemraum mit mindestens 200m² mitbetreut wird. Bei den Unternehmensreferenzen 3a, 4a, 6a, 7a und 9a wurde das entsprechende "Nein-Kästchen" angekreuzt. Zu den Unternehmensreferenzen 1b, 2b, 3b, 4b, 5b und 6b wurde angeführt, dass das Referenzprojekt auch Leistungen aus dem Gewerk HKLS mitumfasst und als Koordinationsprojekt zu werten sei. Bei den Unternehmensreferenzen 1a, 2a, 3a, 4a, 5a, 6a, 7a, 8a, 9a, 7b, 8b und 9b wurden diesbezüglich die jeweiligen "Nein-Kästchen" angekreuzt.

Die Öffnung der fristgerecht eingelangten Teilnahmeanträge fand am 29. Jänner 2009 statt.

Im Zuge der Prüfung der eingelangten Teilnahmeanträge, die von 29. Jänner 2009 bis 23. September 2009 dauerte, wurde von der Auftraggeberin mit Referenzgebern der Antragstellerin kein Kontakt aufgenommen.

Mit Schreiben vom 23. März 2009 wurde die Antragstellerin von der Auftraggeberin kontaktiert. Dieses Schreiben enthält - soweit es für das gegenständliche Nachprüfungsverfahren relevant ist und einen Bezug zu den vorgelegten Unternehmensreferenzen aufweist - folgenden Inhalt:

"...

Die Prüfung des Teilnahmeantrags der Bewerbergemeinschaft A*** hat ergeben, dass die eingereichten Unterlagen unvollständig sind sowie Unklarheiten aufweisen. Konkret handelt es sich um folgende, bis spätestens Mittwoch, 1. April 2009, 15:00 Uhr einlangend, nachzubringende Nachweise bzw. Erklärungen:

...

Aufklärung betreffend die angeführten Unternehmensreferenzen

Der Bewerber wird aufgefordert anzugeben, welche konkreten fünf von den im Teilnahmeantrag angeführten Referenzprojekten im Bereich HKLS und welche konkreten fünf von den im Teilnahmeantrag angeführten Referenzprojekte im Bereich Elektrotechnik zur Eignungsprüfung und Bewertung im Rahmen der Auswahlkriterien herangezogen werden sollen.

Der Bewerber wird weiters aufgefordert, jene von ihm in seinem Teilnahmeantrag angeführten Referenzprojekte, die im Rahmen der Eignungsprüfung und der Auswahlkriterien geprüft und bewertet werden sollen, zu beschreiben (Kurzbeschreibung). In der Beschreibung des Referenzprojektes muss die Tätigkeit des Bewerbers im Rahmen des Referenzprojektes (insbesondere der Inhalt seiner Tätigkeit, auf welche Anlagen und welche Systemräume sich sein Leistungen bezogen haben), die Anzahl und Größe des bzw. der Systemräume und der Umfang seiner Leistungen (Auftragsvolumen) angegeben sein. Weiters hat der Bewerber anzugeben, ob er die Leistungen in Bietergemeinschaft oder als Subunternehmer erbracht hat. Sollte der Bewerber Leistungen als Mitglied einer Bietergemeinschaft oder als Subunternehmer erbracht haben, ist der Wert der Gesamtleistung sowie der Anteil des Bewerbers an der Gesamtleistung anzugeben.

..."

Die Antragstellerin hat am 1. April 2009 fristgerecht ein umfassendes Unterlagenkonvolut an die Auftraggeberin übermittelt und im Begleitschreiben Folgendes ausgeführt:

"...

Ad 3: Aufklärung betreffend die angeführten

Unternehmensreferenzen

Als Referenzprojekt für den Bereich HKLS werden namhaft gemacht:

Referenzprojekt 1: Bundesrechenzentrum

Referenzprojekt 2: Parallelrechenzentrum

Referenzprojekt 3: Direktion der Wiener Linien

Referenzprojekt 4: Allgemeines Rechenzentrum Linz

Referenzprojekt 5: Direktion der Wienstrom GmbH

Als Referenzprojekte für den Bereich Elektro werden namhaft gemacht:

Referenzprojekt 1: BRZ Erweiterung der Energieversorgung

Referenzprojekt 2: Krankenanstalt Rudolfstiftung

Referenzprojekt 3: Umbau Rechenzentrum PVA Friedrich-Hillegeist-Straße 1

Referenzprojekt 4: Umbau Rechenzentrum Schiffamtsgasse PVA

Referenzprojekt 5: Umbau bzw. Ausbau Parallelrechenzentrum Erdberg

Es wird ersucht, diese Referenzprojekte für die Eignungs- und Auswahlprüfung heranzuziehen.

Eine Kurzbeschreibung der einzelnen Referenzprojekte ist, jeweils getrennt nach den Unternehmen A*** ebenfalls angeschlossen.

Ebenso die darin enthaltene Erklärung, dass die Leistungen von den Unternehmen jeweils allein, dh weder in Bietergemeinschaften noch als Subunternehmer erbracht wurden."

Im von der Antragstellerin vorgelegten Unterlagenkonvolut sind die zehn angeforderten Leistungsbeschreibungen beigegeben, wobei es sich bei der Bezeichnung "Referenzprojekt 4:

Allgemeines Rechenzentrum Linz" um einen offensichtlichen Bezeichnungsirrtum handelt und "Linz" durch "Innsbruck" zu ersetzen ist, zumal im Teilnahmeantrag diesbezüglich auf "Innsbruck" Bezug genommen wird und sich auch die Kurzbeschreibung auf das Allgemeine Rechenzentrum Innsbruck bezieht.

Ergebnis der Prüfung durch die Auftraggeberin ist, dass der Teilnahmeantrag der Antragstellerin mit 36 Punkten

bewertet wurde und nicht zu den drei am besten bewerteten Teilnahmeanträgen gehört. Entsprechend dieser Bewertung wurden alle Bewerber bzw. Bewerbergemeinschaften mit Telefax vom 23. September 2009 in Kenntnis gesetzt, ob sie dem weiteren Vergabeverfahren hinzugezogen werden oder nicht. Eine Einladung von Bewerbern zur Legung eines Angebotes erfolgte bislang nicht. Der Antragstellerin wurde die Nicht-Zulassung zur Teilnahme mitgeteilt. Gegen diese Entscheidung richtet sich der gegenständliche Nachprüfungsantrag.

Im Nachprüfungsverfahren wurde der Auftraggeberin mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 13. Oktober 2009, N/0106-BVA/05/2009- 6EV im Rahmen der Erlassung einer einstweiligen Verfügung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, Bewerber des Vergabeverfahrens zur Legung eines Angebotes einzuladen. Am 22. Oktober erfolgte beim Bundesvergabeamt eine Akteneinsicht durch die Antragstellerin.

Der Senatsvorsitzende des Senates 5 des Bundesvergabeamtes wies die Buchhaltung des Bundesvergabeamtes am 9. November 2009 an, die von der Antragstellerin entrichteten Pauschalgebühren im Nachprüfungsverfahren in Höhe von € XXX an die Antragstellerin zu Handen ihrer Rechtsvertretung zurückzuüberweisen. Am 10. November 2009 wurde der Senatsvorsitzende über die Anweisung der Rücküberweisung verständigt. Der Senatsvorsitzende des Senates 5 des Bundesvergabeamtes wies die Buchhaltung des Bundesvergabeamtes am 9. November 2009 an, die von der Antragstellerin entrichteten Pauschalgebühren im Nachprüfungsverfahren in Höhe von € römisch 30 an die Antragstellerin zu Handen ihrer Rechtsvertretung zurückzuüberweisen. Am 10. November 2009 wurde der Senatsvorsitzende über die Anweisung der Rücküberweisung verständigt.

Dem vorliegenden Sachverhalt liegt folgende Beweiswürdigung zugrunde:

Der wiedergegebene Sachverhalt ergibt sich aus den übereinstimmenden bzw. widerspruchsfreien Angaben der Verfahrensparteien und findet volle Deckung in den von der Auftraggeberin vorgelegten Verfahrensunterlagen.

Der vorliegende Sachverhalt ist rechtlich wie folgt zu beurteilen:

Zu Spruchpunkt I.: Zu Spruchpunkt römisch eins.:

Gemäß § 312 Abs. 1 BVergG ist das Bundesvergabeamt nach Maßgabe der Bestimmungen des 2. Abschnittes des 1. Hauptstückes des 4. Teiles des BVergG auf Antrag zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren, zur Erlassung einstweiliger Verfügungen und zur Durchführung von Feststellungsverfahren zuständig. Gemäß Paragraph 312, Absatz eins, BVergG ist das Bundesvergabeamt nach Maßgabe der Bestimmungen des 2. Abschnittes des 1. Hauptstückes des 4. Teiles des BVergG auf Antrag zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren, zur Erlassung einstweiliger Verfügungen und zur Durchführung von Feststellungsverfahren zuständig.

Da in der gegenständlichen Vergabeangelegenheit ein Widerruf oder ein Zuschlag im Vergabeverfahren nicht erfolgte, ist das Bundesvergabeamt gemäß § 312 Abs. 2 BVergG zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen das BVergG und die hierzu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht zuständig. Da in der gegenständlichen Vergabeangelegenheit ein Widerruf oder ein Zuschlag im Vergabeverfahren nicht erfolgte, ist das Bundesvergabeamt gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen das BVergG und die hierzu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht zuständig.

1. 1. Ziffer eins
zur Erlassung einstweiliger Verfügungen sowie
2. 2. Ziffer 2
zur Nichtigklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen der Auftraggeber im Rahmen der von der Antragstellerin geltend gemachten Beschwerdepunkte.

An der Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Entscheidung über das gegenständliche Nachprüfungsbegehren bestehen keine Zweifel, zumal der Beschaffungsvorgang durch einen öffentlichen Auftraggeber (vgl. Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 13. Oktober 2009, N/0106-BVA/05/2009-6EV) zweifelsfrei unter den Regelungsgegenstand des § 1 Abs. 1 Z 1 BVergG und das Nachprüfungsverfahren unter den Regelungsgegenstand des § 1 Abs. 1 Z 3 BVergG fällt. Das Bundesvergabegesetz und damit auch der Rechtsschutz des 4. Teiles des BVergG gelangen zur Anwendung; es besteht die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes, wobei dieses gemäß § 303 Abs. 1 iVm § 304 Abs. 1 BVergG im Senat 5, dem diese Angelegenheit gemäß der Geschäftsverteilung des Bundesvergabeamtes vom Vorsitzenden zugewiesen wurde, tätig wird. An der Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Entscheidung über das

gegenständliche Nachprüfungsbegehren bestehen keine Zweifel, zumal der Beschaffungsvorgang durch einen öffentlichen Auftraggeber vergleiche Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 13. Oktober 2009, N/0106-BVA/05/2009-6EV) zweifelsfrei unter den Regelungsgegenstand des Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG und das Nachprüfungsverfahren unter den Regelungsgegenstand des Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG fällt. Das Bundesvergabegesetz und damit auch der Rechtsschutz des 4. Teiles des BVergG gelangen zur Anwendung; es besteht die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes, wobei dieses gemäß Paragraph 303, Absatz eins, in Verbindung mit Paragraph 304, Absatz eins, BVergG im Senat 5, dem diese Angelegenheit gemäß der Geschäftsverteilung des Bundesvergabeamts vom Vorsitzenden zugewiesen wurde, tätig wird.

Für die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens sieht § 320 Abs. 1 BVergG vor, dass ein Unternehmer bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen kann, sofern

Für die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens sieht Paragraph 320, Absatz eins, BVergG vor, dass ein Unternehmer bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen kann, sofern

1. 1.Ziffer eins

er ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG unterliegenden Vertrages behauptet, und

2. 2.Ziffer 2

ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Hiezu wird vom entscheidenden Senat ausgeführt, dass bislang weder eine Zuschlagserteilung noch eine Widerrufserklärung vorliegt. Die "Nicht-Zulassung zur Teilnahme" ist eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. dd BVergG. Das Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG unterliegenden Vertrages hat die Antragstellerin glaubhaft dokumentiert, indem sie im Vergabeverfahren einen Teilnahmeantrag abgegeben und letztlich auch den gegenständlichen Nachprüfungsantrag gestellt hat. Auf einen drohenden Schaden wurde im Nachprüfungsantrag hingewiesen. Somit war das Nachprüfungsverfahren einzuleiten. Hiezu wird vom entscheidenden Senat ausgeführt, dass bislang weder eine Zuschlagserteilung noch eine Widerrufserklärung vorliegt. Die "Nicht-Zulassung zur Teilnahme" ist eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d, BVergG. Das Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG unterliegenden Vertrages hat die Antragstellerin glaubhaft dokumentiert, indem sie im Vergabeverfahren einen Teilnahmeantrag abgegeben und letztlich auch den gegenständlichen Nachprüfungsantrag gestellt hat. Auf einen drohenden Schaden wurde im Nachprüfungsantrag hingewiesen. Somit war das Nachprüfungsverfahren einzuleiten.

Der Nachprüfungsantrag ist unter Hinweis auf § 321 Abs. 1 Z 7 BVergG rechtzeitig
Der Nachprüfungsantrag ist unter Hinweis auf Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG rechtzeitig.

Auch die sonstigen Antragsvoraussetzungen des § 322 Abs. 1 BVergG sind erfüllt. Eine Pauschalgebühr war nicht zu entrichten (siehe dazu die Ausführungen im Spruchpunkt II. dieses Bescheides). Auch die sonstigen Antragsvoraussetzungen des Paragraph 322, Absatz eins, BVergG sind erfüllt. Eine Pauschalgebühr war nicht zu entrichten (siehe dazu die Ausführungen im Spruchpunkt römisch zwei. dieses Bescheides).

Sofern die Auftraggeberin in ihren Ausführungen die Antragslegitimation der Antragstellerin in Zweifel zieht, ist dazu Folgendes auszuführen:

Das Verfahren befindet sich im Stadium des Teilnahmewettbewerbs. Von der Auftraggeberin wird die Auffassung vertreten, dass der Teilnahmeantrag der Antragstellerin einen Mangel aufweist. Daher ist vorab die Frage zu klären, welche Rechtsfolgen das BVergG an das Vorliegen mangelhafter Teilnahmeanträge knüpft. Insbesondere ist zu untersuchen, ob Mängel in den Teilnahmeanträgen überhaupt und bejahendenfalls unter welchen Voraussetzungen verbesserungsfähig (behebbar) sind. Die Frage ist deshalb klärungsbedürftig, weil das BVergG zwar Bestimmungen über das Vorgehen bei Mangelhaftigkeit der Angebote (§ 126 BVergG) und über das Ausscheiden von Angeboten enthält (§ 129 BVergG) und dabei hinsichtlich fehlerhafter oder unvollständiger Angebote zwischen behebbaren und unbehebbaen Angebotsmängeln unterscheidet (§ 129 Z 7 BVergG – ohne jedoch auszuführen, unter welchen Voraussetzungen ein Angebotsmangel behebbar ist oder nicht). Wie jedoch mit mangelhaften Teilnahmeanträgen, insbesondere im Hinblick auf ihre Verbesserbarkeit, zu verfahren ist, ist im BVergG explizit nicht geregelt. Das

Verfahren befindet sich im Stadium des Teilnahmewettbewerbs. Von der Auftraggeberin wird die Auffassung vertreten, dass der Teilnahmeantrag der Antragstellerin einen Mangel aufweist. Daher ist vorab die Frage zu klären, welche Rechtsfolgen das BVergG an das Vorliegen mangelhafter Teilnahmeanträge knüpft. Insbesondere ist zu untersuchen, ob Mängel in den Teilnahmeanträgen überhaupt und bejahendenfalls unter welchen Voraussetzungen verbesserungsfähig (behebbar) sind. Die Frage ist deshalb klärungsbedürftig, weil das BVergG zwar Bestimmungen über das Vorgehen bei Mangelhaftigkeit der Angebote (Paragraph 126, BVergG) und über das Ausscheiden von Angeboten enthält (Paragraph 129, BVergG) und dabei hinsichtlich fehlerhafter oder unvollständiger Angebote zwischen behebbaren und unbehebbaen Angebotsmängeln unterscheidet (Paragraph 129, Ziffer 7, BVergG – ohne jedoch auszuführen, unter welchen Voraussetzungen ein Angebotsmangel behebbar ist oder nicht). Wie jedoch mit mangelhaften Teilnahmeanträgen, insbesondere im Hinblick auf ihre Verbesserbarkeit, zu verfahren ist, ist im BVergG explizit nicht geregelt.

In § 103 Abs 3 BVergG ist nur bestimmt, dass der Unternehmer, der die Leistungsfähigkeit von Subunternehmern benötigt, um seine eigene Leistungsfähigkeit nachzuweisen, die in Frage kommenden Subunternehmer im Teilnahmeantrag zu nennen hat und die deren Leistungsfähigkeit und berufliche Zuverlässigkeit betreffenden Bescheinigungen und Nachweise bereits mit dem Teilnahmeantrag vorzulegen hat. In Paragraph 103, Absatz 3, BVergG ist nur bestimmt, dass der Unternehmer, der die Leistungsfähigkeit von Subunternehmern benötigt, um seine eigene Leistungsfähigkeit nachzuweisen, die in Frage kommenden Subunternehmer im Teilnahmeantrag zu nennen hat und die deren Leistungsfähigkeit und berufliche Zuverlässigkeit betreffenden Bescheinigungen und Nachweise bereits mit dem Teilnahmeantrag vorzulegen hat.

Damit ist für den Nachweis der Eignungsanforderungen der Leistungsfähigkeit, sollte diesen ein Bewerber über Subunternehmer führen (müssen) der Zeitpunkt "exakt" bestimmt, zu dem diese auf die Leistungsfähigkeit des Subunternehmers bezogenen Nachweise vorliegen müssen: mit dem eingehenden Teilnahmeantrag.

Daraus muss geschlossen werden, dass auch die Eignungsnachweise bzw. die Nachweise, die bei der Beurteilung im Zuge einer Auswahlentscheidung erforderlich sind, die ein Bewerber selbst zu erbringen hat, zu diesem Zeitpunkt erbracht werden müssen. Im gegenständlichen Vergabeverfahren wurden auch alle entscheidungsrelevanten Unternehmensreferenzprojekte bereits im Teilnahmeantrag der Antragstellerin nominiert, freilich jedoch ohne eine Zuordnung zu einzelnen Auswahlkriterien der Teilnahmeunterlage vorzunehmen.

Nun ist – wie die §§ 69 und 70 BVergG einerseits und die §§ 71 bis 76 BVergG andererseits lehren – zwischen dem Vorliegen (der Erfüllung) der Eignungskriterien (Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit) als Mindestanforderung an den Bewerber oder Bieter (§ 2 Z 20 lit c) BVergG) und den "Mitteln" zum Nachweis ihrer Erfüllung zu unterscheiden. Damit schreibt das BVergG 2006 die schon nach BVergG 2002 dem zweistufigen Vergabeverfahren anhaftende Problematik fort, dass mit dem Teilnahmeantrag bereits die Nachweise für die Eignung, die aber erst im Zeitpunkt der Einladung zur Angebotslegung gegeben sein muss (§ 69 Z 2 und 3 BVergG), zu erbringen sind. Das kann hier dahingestellt bleiben. Nun ist – wie die Paragraphen 69 und 70 BVergG einerseits und die Paragraphen 71 bis 76 BVergG andererseits lehren – zwischen dem Vorliegen (der Erfüllung) der Eignungskriterien (Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit) als Mindestanforderung an den Bewerber oder Bieter (Paragraph 2, Ziffer 20, Litera c.) BVergG) und den "Mitteln" zum Nachweis ihrer Erfüllung zu unterscheiden. Damit schreibt das BVergG 2006 die schon nach BVergG 2002 dem zweistufigen Vergabeverfahren anhaftende Problematik fort, dass mit dem Teilnahmeantrag bereits die Nachweise für die Eignung, die aber erst im Zeitpunkt der Einladung zur Angebotslegung gegeben sein muss (Paragraph 69, Ziffer 2 und 3 BVergG), zu erbringen sind. Das kann hier dahingestellt bleiben.

Beachtenswert ist aber die dargelegte Unterscheidung zwischen den Eignungsanforderungen und ihre Nachweismittel für die Frage der Verbesserbarkeit mangelhafter Teilnahmeanträge. Die Nichterfüllung einer (zeitpunktbezogenen) Eignungsvoraussetzung ist nicht durch spätere Erfüllung verbesserungsfähig; der zu einem bestimmten Zeitpunkt verlangte, aber fehlende Nachweis für eine zum relevanten Zeitpunkt tatsächlich gegebene (erfüllte) Eignungsvoraussetzung, ist durch "Nachholung" des Nachweises verbesserungsfähig, sofern das BVergG – wie zB § 86 leg. cit. für den Nachweis eines allfällig geforderten Vadiums – nichts anderes bestimmt. Beachtenswert ist aber die dargelegte Unterscheidung zwischen den Eignungsanforderungen und ihre Nachweismittel für die Frage der Verbesserbarkeit mangelhafter Teilnahmeanträge. Die Nichterfüllung einer (zeitpunktbezogenen) Eignungsvoraussetzung ist nicht durch spätere Erfüllung verbesserungsfähig; der zu einem bestimmten Zeitpunkt

verlangte, aber fehlende Nachweis für eine zum relevanten Zeitpunkt tatsächlich gegebene (erfüllte) Eignungsvoraussetzung, ist durch "Nachholung" des Nachweises verbesserungsfähig, sofern das BVergG – wie zB Paragraph 86, leg. cit. für den Nachweis eines allfällig geforderten Vadiums – nichts anderes bestimmt.

Dazu hat der VwGH beispielsweise in seinem Erkenntnis vom 24. Februar 2006, 2004/04/0078 ausgeführt, dass nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes solche Mängel als unbehebbar zu qualifizieren seien, deren Behebung nach Angebotsöffnung zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung der Bieter führen könne. Bei der Abgrenzung zwischen behebbaren und unbehebbaen Mängeln sei darauf abzustellen, ob durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbieter n materiell verbessert würde.

"Nach diesen Grundsätzen handelt es sich zwar beim Fehlen des Nachweises der – rechtzeitig erfolgten – Antragstellung gemäß § 373c GewO 1994 (ebenso wie beim Fehlen des Nachweises einer im maßgeblichen Zeitpunkt bereits vorhandenen Befugnis) um einen behebbaren, beim Fehlen der rechtzeitigen Antragstellung (ebenso wie etwa beim Fehlen einer Befugnis) jedoch um einen unbehebbaen Mangel." "Nach diesen Grundsätzen handelt es sich zwar beim Fehlen des Nachweises der – rechtzeitig erfolgten – Antragstellung gemäß Paragraph 373 c, GewO 1994 (ebenso wie beim Fehlen des Nachweises einer im maßgeblichen Zeitpunkt bereits vorhandenen Befugnis) um einen behebbaren, beim Fehlen der rechtzeitigen Antragstellung (ebenso wie etwa beim Fehlen einer Befugnis) jedoch um einen unbehebbaen Mangel."

Das ist für fehlende bzw. mangelhafte Nachweise bezüglich einer Auswahlentscheidung in Teilnahmeanträgen vor allem deshalb festzuhalten, weil auch den weiteren einschlägigen Vorschriften keine eindeutige Aussage zur Frage der Behebbarkeit von Mängeln in Teilnahmeanträgen zu entnehmen ist.

In § 103 Abs 4 BVergG ist angeordnet, dass Unternehmern, die aufgrund der Bekanntmachung rechtzeitig Teilnahmeanträge gestellt haben und die gemäß §§ 68 bis 78 leg. cit. als befugt, leistungsfähig und zuverlässig anzusehen sind, unter Bedachtnahme auf die festgelegte Anzahl der zur Angebotsabgabe aufzufordernden Unternehmer und auf die nach Auswahlkriterien zu treffende Auswahlentscheidung bei einer diese Anzahl überschreitenden Zahl von befugten, leistungsfähigen und zuverlässigen Unternehmern, Gelegenheit zur Teilnahme am offenen bzw am Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung zu geben ist. Die nicht zur Angebotsabgabe aufgefordernden Unternehmer sind unter Bekanntgabe der Gründe für die Nicht-Zulassung davon zu verständigen (§ 103 Abs 7 BVergG). Die Nicht-Zulassung zur Teilnahme (am weiteren Vergabeverfahren) ist eine gesondert anfechtbare Entscheidung (§ 2 Z 16 lit. a sublit. dd). In Paragraph 103, Absatz 4, BVergG ist angeordnet, dass Unternehmern, die aufgrund der Bekanntmachung rechtzeitig Teilnahmeanträge gestellt haben und die gemäß Paragraphen 68 bis 78 leg. cit. als befugt, leistungsfähig und zuverlässig anzusehen sind, unter Bedachtnahme auf die festgelegte Anzahl der zur Angebotsabgabe aufzufordernden Unternehmer und auf die nach Auswahlkriterien zu treffende Auswahlentscheidung bei einer diese Anzahl überschreitenden Zahl von befugten, leistungsfähigen und zuverlässigen Unternehmern, Gelegenheit zur Teilnahme am offenen bzw am Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung zu geben ist. Die nicht zur Angebotsabgabe aufgefordernden Unternehmer sind unter Bekanntgabe der Gründe für die Nicht-Zulassung davon zu verständigen (Paragraph 103, Absatz 7, BVergG). Die Nicht-Zulassung zur Teilnahme (am weiteren Vergabeverfahren) ist eine gesondert anfechtbare Entscheidung (Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d.).

Daraus ist zu entnehmen, dass der Auftraggeber die Eignung der Bewerber zu prüfen und sodann, wenn Teilnahmeanträge von mehr geeigneten Bewerbern vorliegen, als zur Angebotsabgabe eingeladen werden sollen, eine Auswahlentscheidung zu treffen hat. Das bedeutet aber auch, dass nur solche Bewerber bei einer Auswahlentscheidung berücksichtigt werden dürfen, die vom Auftraggeber als geeignet angesehen werden (das umschließt aber auch, dass diese Bewerber nicht auszuschneiden sind). Das bedeutet - angewandt auf das gegenständliche Vergabeverfahren - dass die Auftraggeberin selbst der Meinung war, dass nach damals abgeschlossener Prüfung die Antragstellerin nicht auszuschneiden ist. Ein auszuschneidender Bewerber wäre von der Auftraggeberin schon zu diesem Zeitpunkt auszuschneiden gewesen. Im Übrigen wäre es der Auftraggeberin auch danach und auch im Nachprüfungsverfahren jederzeit möglich die Antragstellerin auszuschneiden. Diese Befugnis wurde ihr durch die vom Bundesvergabeamt erlassene einstweilige Verfügung nicht genommen. Daraus kann letztlich ersehen werden, dass die Auftraggeberin selbst nicht der Auffassung ist, dass die Antragstellerin im gegenständlichen Vergabeverfahren auszuschneiden ist. Diese Behauptung ist somit eine bloße Schutzbehauptung um allenfalls das Nachprüfungsverfahren zu beschleunigen bzw. sich nicht mit den Inhalten der Auftraggeberprüfung im Rahmen der

Auswahlentscheidung auseinandersetzen zu müssen.

Die Gründe für die Nicht-Zulassung sind entweder solche der fehlenden Eignung oder eine Reihung der Teilnahmeanträge geeigneter Bewerber anhand der Bewertung der Teilnahmeanträge nach den Auswahlkriterien, die dazu führt, dass einige Bewerber nicht in den durch die Auswahl der Einzuladenden bestimmten Kreis der "besten Bewerber" aufzunehmen sind.

Hinterfragt man die vorstehend geschilderten Regelungen des § 103 Abs. 4, 6 und 7 BVergG nach einer Antwort auf die Frage nach einer Verbesserbarkeit von Teilnahmeanträgen mit fehlenden oder fehlerhaften Informationen für eine Auswahlentscheidung, könnte aus Abs. 6 eine verneinende Antwort abgeleitet werden. Wenn danach Unternehmen Gelegenheit zur Teilnahme am Vergabeverfahren gegeben werden muss, "die gemäß den §§ 68-78 leg. cit. als befugt, leistungsfähig und zuverlässig anzusehen sind", könnte der Verweis auf die zit. Bestimmungen des BVergG, die auch die Vorschriften über die Nachweismittel umfassen, iVm Abs. 3 dahingehend verstanden werden, dass Unternehmen, die nicht mit dem Teilnahmeantrag die erforderlichen Nachweise gelegt haben, keine Gelegenheit zur Teilnahme am Vergabeverfahren zu geben ist, sie also mit der Begründung fehlender oder unvollständiger Informationen für die Auswahlentscheidung – ohne Verbesserungsmöglichkeit – zum weiteren Verfahren nicht zuzulassen sind. Hinterfragt man die vorstehend geschilderten Regelungen des Paragraph 103, Absatz 4, 6 und 7 BVergG nach einer Antwort auf die Frage nach einer Verbesserbarkeit von Teilnahmeanträgen mit fehlenden oder fehlerhaften Informationen für eine Auswahlentscheidung, könnte aus Absatz 6, eine verneinende Antwort abgeleitet werden. Wenn danach Unternehmen Gelegenheit zur Teilnahme am Vergabeverfahren gegeben werden muss, "die gemäß den Paragraphen 68 -, 78, leg. cit. als befugt, leistungsfähig und zuverlässig anzusehen sind", könnte der Verweis auf die zit. Bestimmungen des BVergG, die auch die Vorschriften über die Nachweismittel umfassen, in Verbindung mit Absatz 3, dahingehend verstanden werden, dass Unternehmen, die nicht mit dem Teilnahmeantrag die erforderlichen Nachweise gelegt haben, keine Gelegenheit zur Teilnahme am Vergabeverfahren zu geben ist, sie also mit der Begründung fehlender oder unvollständiger Informationen für die Auswahlentscheidung – ohne Verbesserungsmöglichkeit – zum weiteren Verfahren nicht zuzulassen sind.

Dieses Auslegungsergebnis wird aber durch Abs. 7 insofern relativiert, als dort dem Auftraggeber für die allenfalls erforderliche Auswahlphase aufgetragen wird, "unter den befugten, leistungsfähigen und zuverlässigen Unternehmen anhand der Auswahlkriterien die besten Bewerber auszuwählen". Diese Formulierung ist eher so zu verstehen, dass die Unternehmer den Kreis jener Bewerber bilden, aus dem die Auswahlentscheidung zu treffen ist, die – ungeachtet des zeitgerechten Nachweises – tatsächlich geeignet sind, es also nicht auf den zeitgerechten Nachweis, sondern auf die Erfüllung der Eignungsvoraussetzungen bzw. auf das tatsächliche Vorlegen der griffbereiten Informationen ankommt. Dieses Auslegungsergebnis wird aber durch Absatz 7, insofern relativiert, als dort dem Auftraggeber für die allenfalls erforderliche Auswahlphase aufgetragen wird, "unter den befugten, leistungsfähigen und zuverlässigen Unternehmen anhand der Auswahlkriterien die besten Bewerber auszuwählen". Diese Formulierung ist eher so zu verstehen, dass die Unternehmer den Kreis jener Bewerber bilden, aus dem die Auswahlentscheidung zu treffen ist, die – ungeachtet des zeitgerechten Nachweises – tatsächlich geeignet sind, es also nicht auf den zeitgerechten Nachweis, sondern auf die Erfüllung der Eignungsvoraussetzungen bzw. auf das tatsächliche Vorlegen der griffbereiten Informationen ankommt.

Für diese Sichtweise kann auch ins Treffen geführt werden, dass durch eine Mängelbehebung, dh durch ein Nachreichen der erforderlichen Informationen für das Auswahlverfahren über einen konkreten und zulässigen Verbesserungsauftrag des Auftraggebers, iSd VwGH-Judikatur keine materielle Verbesserung der Wettbewerbsstellung des Bewerbers herbeigeführt werden würde, welche gegen eine Behebbarkeit des Mangels spräche (vgl. beispielsweise VwGH vom 26. Februar 2003, 2001/04/0037, VwGH vom 25. Februar 2004, 2003/04/0186, VwGH vom 29. Juni 2005, 2005/04/0024, VwGH vom 16. Februar 2005, 2004/04/0030 oder VwGH 24. Februar 2006, 2004/04/0078). Entweder kann der Bewerber die erforderlichen Informationen zum relevanten Zeitpunkt geben oder nicht. Ob er sie mit dem Teilnahmeantrag nachgewiesen hat oder später, ändert daran nichts. Für diese Sichtweise kann auch ins Treffen geführt werden, dass durch eine Mängelbehebung, dh durch ein Nachreichen der erforderlichen Informationen für das Auswahlverfahren über einen konkreten und zulässigen Verbesserungsauftrag des Auftraggebers, iSd VwGH-Judikatur keine materielle Verbesserung der Wettbewerbsstellung des Bewerbers herbeigeführt werden würde, welche gegen eine Behebbarkeit des Mangels spräche vergleiche beispielsweise VwGH vom 26. Februar 2003, 2001/04/0037, VwGH vom 25. Februar 2004, 2003/04/0186, VwGH vom 29. Juni 2005, 2005/04/0024, VwGH vom 16. Februar 2005,

2004/04/0030 oder VwGH 24. Februar 2006, 2004/04/0078). Entweder kann der Bewerber die erforderlichen Informationen zum relevanten Zeitpunkt geben oder nicht. Ob er sie mit dem Teilnahmeantrag nachgewiesen hat oder später, ändert daran nichts.

Dabei wird nicht verkannt, dass sowohl der VwGH (VwGH vom 25. Februar 2004, 2003/04/0186) als auch das BVA (vgl. beispielsweise BVA vom 3. Mai 2006, N/0017-BVA/04/2006-25) bei Angebotsmängeln es für die Unbehebbarkeit genügen lassen, dass dem betreffenden Bieter als Folge der Behebbarkeit mehr Zeit zur Verfügung stehen würde als den mangelfrei anbietenden Mitbewerbern, die er für ein qualitätsvolleres Angebot nützen könnte. Dieser Aspekt fällt indessen für die Zuordnung von bereits nominierten und vorgelegten Unternehmensreferenzen zu Auswahlkriterien nicht wirklich ins Gewicht. Wenn ein Bewerber eine Unternehmensreferenz vorliegt, welche bestimmte erforderliche Informationen nicht aufweist, erwächst den Mitbewerbern kein irgendwie relevanter Wettbewerbsnachteil bzw. bezieht der betreffende Unternehmer keinen Wettbewerbsvorteil, wenn dieser nunmehr die fehlenden Informationen über Aufforderung eines Auftraggebers ergänzt. Er muss sie nur (griffbereit) "haben". Dabei wird nicht verkannt, dass sowohl der VwGH (VwGH vom 25. Februar 2004, 2003/04/0186) als auch das BVA vergleiche beispielsweise BVA vom 3. Mai 2006, N/0017-BVA/04/2006-25) bei Angebotsmängeln es für die Unbehebbarkeit genügen lassen, dass dem betreffenden Bieter als Folge der Behebbarkeit mehr Zeit zur Verfügung stehen würde als den mangelfrei anbietenden Mitbewerbern, die er für ein qualitätsvolleres Angebot nützen könnte. Dieser Aspekt fällt indessen für die Zuordnung von bereits nominierten und vorgelegten Unternehmensreferenzen zu Auswahlkriterien nicht wirklich ins Gewicht. Wenn ein Bewerber eine Unternehmensreferenz vorliegt, welche bestimmte erforderliche Informationen nicht aufweist, erwächst den Mitbewerbern kein irgendwie relevanter Wettbewerbsnachteil bzw. bezieht der betreffende Unternehmer keinen Wettbewerbsvorteil, wenn dieser nunmehr die fehlenden Informationen über Aufforderung eines Auftraggebers ergänzt. Er muss sie nur (griffbereit) "haben".

Im gegenständlichen Vergabeverfahren wurden alle für die Eignungsprüfung und die Auswahlentscheidung relevanten Unternehmensreferenzen bereits im Teilnahmeantrag genannt. Es wurde auch nicht durch Nachschieben besserer Referenzen die Position der Antragstellerin im Auswahlwettbewerb nachträglich verbessert. Wenn nunmehr die vorgelegten Referenzen erforderliche Informationen, die für die weitere Beurteilung bei der Eignungsprüfung oder im Zusammenhang mit einer zu treffenden Auswahlentscheidung (so zB wofür die Referenzen herangezogen werden sollen oder hinsichtlich des Umfangs der damit verbundenen Leistungserfüllung) nicht enthalten, so ist im Sinne des Wettbewerbsprinzips (§ 19 BVergG) die Auftraggeberin, wenn sie nicht in den Teilnahmeunterlagen andere bestandskräftig gewordene Festlegungen getroffen hat, gehalten, die Bewerber zur konkreten Verbesserung ihrer Teilnahmeanträge innerhalb angemessener (kurzer) Frist aufzufordern. Als Zwischenergebnis steht daher fest, dass Nachweismängel oder Mängel die in Inhalten vorgelegter Unternehmensreferenzen zu erblicken sind in Teilnahmeanträgen nach dem BVergG als behebbare Mängel anzusehen sind. Im gegenständlichen Vergabeverfahren wurden alle für die Eignungsprüfung und die Auswahlentscheidung relevanten Unternehmensreferenzen bereits im Teilnahmeantrag genannt. Es wurde auch nicht durch Nachschieben besserer Referenzen die Position der Antragstellerin im Auswahlwettbewerb nachträglich verbessert. Wenn nunmehr die vorgelegten Referenzen erforderliche Informationen, die für die weitere Beurteilung bei der Eignungsprüfung oder im Zusammenhang mit einer zu treffenden Auswahlentscheidung (so zB wofür die Referenzen herangezogen werden sollen oder hinsichtlich des Umfangs der damit verbundenen Leistungserfüllung) nicht enthalten, so ist im Sinne des Wettbewerbsprinzips (Paragraph 19, BVergG) die Auftraggeberin, wenn sie nicht in den Teilnahmeunterlagen andere bestandskräftig gewordene Festlegungen getroffen hat, gehalten, die Bewerber zur konkreten Verbesserung ihrer Teilnahmeanträge innerhalb angemessener (kurzer) Frist aufzufordern. Als Zwischenergebnis steht daher fest, dass Nachweismängel oder Mängel die in Inhalten vorgelegter Unternehmensreferenzen zu erblicken sind in Teilnahmeanträgen nach dem BVergG als behebbare Mängel anzusehen sind.

Bestandskräftig gewordene Festlegungen in der Teilnahmeunterlage, an die die Auftraggeberin auch selbst gebunden bleibt, können freilich davon Abweichendes bestimmen. Es ist daher zu prüfen, ob die Teilnahmeunterlage die Verbesserung von Nachweismängeln in den Teilnahmeanträgen ausschließt. Diesbezüglich wird jedoch in der Teilnahmeunterlage nichts Abweichendes geregelt.

Damit kommt man im gegenständlichen Vergabeverfahren zur eigentlichen Kernfrage: Können im gegenständlichen Vergabeverfahren mit einem Teilnahmeantrag mehr als 10 Referenzprojekte, die im Rahmen der Eignungsprüfung bzw. bei der Auswahlentscheidung zu berücksichtigen sind, beigelegt werden? Vorangeführt wird, dass die

Teilnahmeunterlage nicht in einem Nachprüfungsverfahren angefochten wurde. Sie ist bestandsfest geworden.

Festgehalten wird, dass es der ständigen Judikatur des VwGH und des BVA entspricht, dass die für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der §§ 914 ABGB auch im Vergaberecht anzuwenden sind und die Auslegung von Formulierungen in Ausschreibungsunterlagen (Teilnahmeunterlagen) leiten (vgl. beispielsweise VwGH vom 29. März 2006, 2004/04/0144, 0156, 0157 oder BVA vom 28. Juli 2006, N/0048-BVA/14/2006-28, BVA vom 23. November 2006, N/0083- BVA/15/2006-23, BVA vom 27. November 2006, F/0001-BVA/14/2006-44 oder BVA vom 11. Jänner 2008, N/0112-BVA/14/2007-20): Festgehalten wird, dass es der ständigen Judikatur des VwGH und des BVA entspricht, dass die für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der Paragraphen 914, ABGB auch im Vergaberecht anzuwenden sind und die Auslegung von Formulierungen in Ausschreibungsunterlagen (Teilnahmeunterlagen) leiten vergleiche beispielsweise VwGH vom 29. März 2006, 2004/04/0144, 0156, 0157 oder BVA vom 28. Juli 2006, N/0048-BVA/14/2006-28, BVA vom 23. November 2006, N/0083- BVA/15/2006-23, BVA vom 27. November 2006, F/0001-BVA/14/2006-44 oder BVA vom 11. Jänner 2008, N/0112-BVA/14/2007-20);

"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 einer Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind nicht danach zu beurteilen, was der Erklärende sagen wollte oder was der Erklärungsempfänger darunter verstanden hat, sondern danach, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war 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 maßgebend."

Nach den oben mitgeteilten Auslegungsgrundsätzen ist daher zu fragen, wie die gegenständlichen Formulierungen nach dem Verständnishorizont eines redlichen Erklärungsempfängers verstanden werden durften. Dabei ist nicht bei einer reinen Wortinterpretation stehen zu bleiben. Vielmehr ist der Bedeutungsinhalt des Textes unter Bedachtnahme auf den Zusammenhang der einzelnen Regelungen und auf den dem Erklärungsempfänger erkennbaren Zweck der Bestimmungen am "Empfängerhorizont" zu messen (vgl. Rummel, in Rummel, ABGB3, § 914 Rz 4). Nach den oben mitgeteilten Auslegungsgrundsätzen ist daher zu fragen, wie die gegenständlichen Formulierungen nach dem Verständnishorizont eines redlichen Erklärungsempfängers verstanden werden durften. Dabei ist nicht bei einer reinen Wortinterpretation stehen zu bleiben. Vielmehr ist der Bedeutungsinhalt des Textes unter Bedachtnahme auf den Zusammenhang der einzelnen Regelungen und auf den dem Erklärungsempfänger erkennbaren Zweck der Bestimmungen am "Empfängerhorizont" zu messen vergleiche Rummel, in Rummel, ABGB3, Paragraph 914, Rz 4).

Die Regelungen zu Unternehmensreferenzen sind in der Teilnahmeunterlage in Punkt 4.3.4., der die Überschrift "Unternehmensreferenzen" trägt, enthalten. Ein klares Gebot oder Verbot zu einer genauen reglementierten Anzahl von Unternehmensreferenzen, die vorgelegt werden können, ist darin - wie auch in sonstigen Bestimmungen der Teilnahmeunterlage - nicht enthalten. Diesbezüglich ist lediglich festgehalten, dass als Mindestforderung im Bereich der Unternehmensreferenzen drei Referenzprojekte für den Bereich HKLS und drei Referenzprojekte für den Bereich Elektrotechnik namhaft zu machen sind, bei denen bestimmte Anforderungen erfüllt sein müssen.

Im letzten Absatz auf Seite 23 der Teilnahmeunterlage, und fortgesetzt auf Seite 24 der Teilnahmeunterlage ist festgehalten, dass es einem Bewerber frei steht, zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit angegebene Referenzprojekte (Anmerkung: das sind die namhaft zu machenden drei Referenzprojekte für den Bereich HKLS und drei Referenzprojekte für den Bereich Elektrotechnik) auch als Referenzprojekt für die Auswahl der Bewerber hinsichtlich der qualitativen Bewertung (Auswahlkriterien gemäß Punkt 5.3 bis 5.6) namhaft zu machen. Das kann nur so verstanden werden, dass ein Bewerber eine im Zuge der Eignungsprüfung genannte Unternehmensreferenz auch für die Auswahlprüfung nominieren kann, aber nicht nominieren muss. Um aber bei der Auswahlprüfung Punkte erhalten zu können, muss ein Bewerber aber auch für die Bewertung bei den einzelnen Auswahlkriterien Unternehmensreferenzen benennen. Das Wort "auch" kann nur so verstanden werden dass "auch solche und andere" Unternehmensreferenzen herangezogen werden können. Würde man der Auffassung der Auftraggeberin anhängen, müsste diese Bestimmung folgenden Wortlaut haben:

"Der Bewerber kann Referenzprojekte für die Auswahl der Bewerber hinsichtlich der qualitativen Bewertung bei den Punkten 5.3 bis

5.6 nur dann namhaft machen, wenn diese Referenzprojekte zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit oder für die Auswahl der Bewerber hinsichtlich der quantitativen Bewertung bei den Punkten 5.1 und/oder 5.2 namhaft gemacht wurden."

Ein derartiger Sinn kann aus der Bestimmung der Teilnahmeunterlage auf Seite 23, und fortgesetzt auf Seite 24 genauso nicht entnommen werden wie den Bestimmungen der Punkte

5.3 und 5.4, jeweils letzter Absatz, die ebenfalls das nicht ausschließende Wort "auch" enthalten.

Zu den in der Teilnahmeunterlage enthaltenen Auswahlkriterien wird einschränkend in der Teilnahmeunterlage nur ausgeführt, dass bei allen bezugnehmenden Referenzprojekten die Mindestanforderungen des Punktes 4.3.4. der Teilnahmeunterlage erfüllt sein müssen, dass bei den zusätzlichen Unternehmensreferenzen (Punkt 5.1 und 5.2) nicht auf Unternehmensreferenzen, die im Bereich der Eignungsprüfung gewertet wurden, zurückgegriffen werden darf und dass bei den Punkten 5.1 und 5.2 nur bis zu je zwei zusätzliche Referenzen, bei den Punkten 5.3 und 5.4 nur bis zu fünf und bei den Punkten

5.5 und 5.6 nur bis zu zehn Unternehmensreferenzen bewertet werden. In welchem Verhältnis die jeweiligen zu prüfenden Unternehmensreferenzen bei der Auswahlprüfung zueinander stehen müssen, wird an keiner Stelle der Teilnahmeunterlage ausgeführt. Hätte die Auftraggeberin eine entsprechende Einschränkung haben wollen, hätte sie eine derartige Einschränkung auch ausdrücklich und nachvollziehbar bereits in der Teilnahmeunterlage festlegen müssen. Aus keiner Formulierung der Bestimmungen in der Teilnahmeunterlage vermag der zur Entscheidung berufene Senat 5 des Bundesvergabeamtes eine Einschränkung der Anzahl an vorzulegenden Unternehmensreferenzen zu erkennen, so dass das diesbezügliche Vorbringen der Auftraggeberin nicht nachvollziehbar ist.

Sofern die Auftraggeberin darlegt es wäre sinnwidrig mehr als 10 Unternehmensreferenzen zu benennen, so ist dem entgegenzutreten. Es könnte zB der Fall eintreten, dass ein Bewerber auf Referenzprojekte aus dem Bereich HKLS mit sehr großen Systemräumen zurückgreifen möchte, die jedoch keine Leistungserbringung im Bereich E beinhalten. In einem solchen Fall könnte durch eine solche Unternehmensreferenz die Maximalpunktzahl beim Auswahlkriterium 5.3, aber keine punktemäßige Bewertung beim Auswahlkriterium 5.6 erzielt werden. Um in einem solchen Fall beim Auswahlkriterium 5.6 ebenfalls die maximal erreichbare Punktzahl zu erhalten, ist es jedenfalls erforderlich ein weiteres Referenzprojekt zu benennen (mit Leistungen in beiden Bereich HKLS und E, aber allenfalls einem kleineren Systemraum) und darzulegen, dass dieses zusätzliche Referenzprojekt als eines der zehn zulässigen Referenzprojekte bezüglich des Auswahlkriteriums des Punktes 5.6 zu werten ist.

Zusammenfassend ist an dieser Stelle sohin festzuhalten, dass ein Bewerber auf Grund der Bestimmungen in der Teilnahmeunterlage einem Teilnahmeantrag auch mehr als zehn Unternehmensreferenzen beilegen durfte.

Damit steht man als Auftraggeberin vor dem Problem, dass sofern ein Bewerber zulässigerweise mehr als 10 Unternehmensreferenzen vorlegt und gleichzeitig nicht darlegt, welche Unternehmensreferenz bei der Eignungsprüfung und bei jedem einzelnen Auswahlkriterium zu berücksichtigen ist, eine vergaberechtskonforme Prüfung, Beurteilung und Bewertung nicht möglich ist. Unter Berücksichtigung der bereits getätigten Ausführungen hinsichtlich des Vorliegens von Mängeln und der Behebbarkeit von Mängeln hätte ein entsprechend konkretes Aufklärungsersuchen / Verbesserungsauftrag an die Antragstellerin ergehen müssen. Voraussetzung eines ordnungsgemäßen Verbesserungsauftrages ist jedoch, die klare Formulierung des Mängelbehebungsauftrages (vgl. zB. BVA vom 5. August 2005, 04N-70/05-26 oder BVA vom 23. März 2007, N/0015- BVA/05/2007-32). Insbesondere hätte konkret abgefragt werden müssen, welche Unternehmensreferenz für die Eignungsprüfung und welche Unternehmensreferenz bei welchem Auswahlkriterium berücksichtigt werden soll. Diesbezüglich wäre auch hinzuweisen, dass für die Eignungsprüfung genau drei Unternehmensreferenzen für den Bereich HKLS und drei Unternehmensreferenzen für den Bereich E, für das Auswahlkriterium des Punktes 5.1 maximal 2 Unternehmensreferenzen, für das Auswahlkriterium des Punktes 5.2 maximal 2 Unternehmensreferenzen, für das Auswahlkriterium des Punktes 5.3 maximal 5 Unternehmensreferenzen, für das Auswahlkriterium des Punktes 5.4 maximal 5 Unternehmensreferenzen, für das Auswahlkriterium des Punktes 5.5 maximal 10 Unternehmensreferenzen und für das Auswahlkriterium des Punktes 5.6 maximal 10 Unternehmensreferenzen genannt werden können. Diese

Aufklärung in der erforderlichen Klarheit ist im gegenständlichen Vergabeverfahren erst im Zuge der mündlichen Verhandlung vom 6. November 2009 vor dem Bundesvergabeamt erfolgt. Die Antragstellerin hat in der mündlichen Verhandlung am 6. November 2009 diese Festlegung wie folgt getroffen: Damit steht man als Auftraggeberin vor dem Problem, dass sofern ein Bewerber zulässigerweise mehr als 10 Unternehmensreferenzen vorlegt und gleichzeitig nicht darlegt, welche Unternehmensreferenz bei der Eignungsprüfung und bei jedem einzelnen Auswahlkriterium zu berücksichtigen ist, eine vergaberechtskonforme Prüfung, Beurteilung und Bewertung nicht möglich ist. Unter Berücksichtigung der bereits getätigten Ausführungen hinsichtlich des Vorliegens von Mängeln und der Behebbarkeit von Mängeln hätte ein entsprechend konkretes Aufklärungsersuchen / Verbesserungsauftrag an die Antragstellerin ergehen müssen. Voraussetzung eines ordnungsgemäßen Verbesserungsauftrages ist jedoch, die klare Formulierung des Mängelbehebungsauftrages vergleiche zB. BVA vom 5. August 2005, 04N-70/05-26 oder BVA vom 23. März 2007, N/0015- BVA/05/2007-32). Insbesondere hätte konkret abgefragt werden müssen, welche Unternehmensreferenz für die Eignungsprüfung und welche Unternehmensreferenz bei welchem Auswahlkriterium berücksichtigt werden soll. Diesbezüglich wäre auch hinzuweisen, dass für die Eignungsprüfung genau drei Unternehmensreferenzen für den Bereich HKLS und drei Unternehmensreferenzen für den Bereich E, für das Auswahlkriterium des Punktes 5.1 maximal 2 Unternehmensreferenzen, für das Auswahlkriterium des Punktes 5.2 maximal 2 Unternehmensreferenzen, für das Auswahlkriterium des Punktes 5.3 maximal 5 Unternehmensreferenzen, für das Auswahlkriterium des Punktes 5.4 maximal 5 Unternehmensreferenzen, für das Auswahlkriterium des Punktes 5.5 maximal 10 Unternehmensreferenzen und für das Auswahlkriterium des Punktes 5.6 maximal 10 Unternehmensreferenzen genannt werden können. Diese Aufklärung in der erforderlichen Klarheit ist im gegenständlichen Vergabeverfahren erst im Zuge der mündlichen Verhandlung vom 6. November 2009 vor dem Bundesvergabeamt erfolgt. Die Antragstellerin hat in der mündlichen Verhandlung am 6. November 2009 diese Festlegung wie folgt getroffen:

Kriterium Referenzprojekt

Eignung HKLS - Bundesrechenzentrum

- Parallelrechenzentrum

- Direktion der Wiener Linien

Eignung E - BRZ-Erweiterung der Energieversorgung

- KA-Rudolfstiftung

- Umbau bzw. Ausbau

Parallelrechenzentrum

Erdberg, 1030 Wien

Anzahl der zusätzlichen

Unternehmensreferenzen

HKLS

- -Strichaufzählung
Allg. Rechenzentrum Innsbruck
- -Strichaufzählung
Direktion der Wienstrom GmbH

Anzahl der zusätzlichen

Unternehmensreferenzen E

- -Strichaufzählung
Energieversorgung (NSHV+USV)

für Rechenzentrum

- -Strichaufzählung
UKH-Graz, Ausbau der Energieversorgung

Systemraumgröße

Unternehmensreferenzen HKLS

- -Strichaufzählung
Bundesrechenzentrum
- -Strichaufzählung
Parallelrechenzentrum
- -Strichaufzählung
Direktion der Wiener Linien
- -Strichaufzählung
Allg. Rechenzentrum Innsbruck
- -Strichaufzählung
Direktion der Wienstrom GmbH

Systemraumgröße

Unternehmensreferenzen E

- -Strichaufzählung
BRZ-Erweiterung der Energieversorgung
- -Strichaufzählung
KA-Rudolfstiftung
- -Strichaufzählung
Umbau bzw. Ausbau

Parallelrechenzentrum

Erdberg, 1030 Wien

- -Strichaufzählung
Energieversorgung (NSHV+USV)

für Rechenzentrum

- -Strichaufzählung
UKH-Graz, Ausbau der Energieversorgung

Zusätzlicher Systemraum /

Systemräume

- -Strichaufzählung
Bundesrechenzentrum
- -Strichaufzählung
Parallelrechenzentrum
- -Strichaufzählung
Direktion der Wiener Linien
- -Strichaufzählung
Allg. Rechenzentrum Innsbruck
- -Strichaufzählung
Direktion der Wienstrom GmbH
- -Strichaufzählung
BRZ-Erweiterung der Energieversorgung
- -Strichaufzählung
KA-Rudolfstiftung
- -Strichaufzählung
Umbau bzw. Ausbau

Parallelrechenzentrum

Erdberg, 1030 Wien

- -Strichaufzählung
Energieversorgung (NSHV+USV)

für Rechenzentrum

- -Strichaufzählung
UKH-Graz, Ausbau der Energieversorgung

Koordinationsprojekte

- -Strichaufzählung
BRZ- Erweiterung der Energieversorgung
- -Strichaufzählung
KA-Rudolfstiftung
- -Strichaufzählung
Umbau bzw. Ausbau

Parallelrechenzentrum Erdberg,

1030 Wien

- -Strichaufzählung
Energieversorgung (NSHV+USV)

für Rechenzentrum

Für die von der Auftraggeberin in Zweifel gezogene Antragslegitimation der Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren bedeutet das zusammengefasst, dass aufgrund der Teilnahmeunterlage ein Bewerber in einem Teilnahmeantrag mehr als 10 Unternehmensreferenzen, die bei der Eignungsprüfung und bei der Prüfung und Beurteilung im Auswahlverfahren zu berücksichtigen sind, beilegen konnte. Wenn ein Bewerber nicht bereits im Teilnahmeantrag darlegt, welche von ihm vorgelegte Unternehmensreferenz bei der Eignungsprüfung und bei der Prüfung und Beurteilung bei jedem einzelnen Auswahlkriterium zu berücksichtigen ist, liegt ein behebbarer Mangel vor. Daher hat in einem solchen Fall eine diesbezügliche konkrete Aufklärung bzw. Verbesserung zu erfolgen. Durch eine solche Konkretisierung kommt es zu keiner materiellen Verbesserung der Wettbewerbssituation des betreffenden Bewerbers. In letzter Konsequenz bedeutet das, dass ein solcher Bewerber deswegen nicht ausgeschieden werden darf und dass sein Teilnahmeantrag im anschließenden Auswahlverfahren entsprechend den Vorgaben in der Teilnahmeunterlage zu beurteilen und zu bewerten ist. Durch eine allenfalls mangelhafte Beurteilung bzw. Bewertung im Zuge des Auswahlverfahrens kann einem Bewerber ein Schaden entstehen. Ein solcher Bewerber erfüllt in einem Nachprüfungsverfahren damit alle Voraussetzungen des § 320 Abs. 1 BVergG. Ihm kommt im Nachprüfungsverfahren Parteistellung zu. Seine Antragslegitimation ist gegeben.

Für die von der Auftraggeberin in Zweifel gezogene Antragslegitimation der Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren bedeutet das zusammengefasst, dass aufgrund der Teilnahmeunterlage ein Bewerber in einem Teilnahmeantrag mehr als 10 Unternehmensreferenzen, die bei der Eignungsprüfung und bei der Prüfung und Beurteilung im Auswahlverfahren zu berücksichtigen sind, beilegen konnte. Wenn ein Bewerber nicht bereits im Teilnahmeantrag darlegt, welche von ihm vorgelegte Unternehmensreferenz bei der Eignungsprüfung und bei der Prüfung und Beurteilung bei jedem einzelnen Auswahlkriterium zu berücksichtigen ist, liegt ein behebbarer Mangel vor. Daher hat in einem solchen Fall eine diesbezügliche konkrete Aufklärung bzw. Verbesserung zu erfolgen. Durch eine solche Konkretisierung kommt es zu keiner materiellen Verbesserung der Wettbewerbssituation des betreffenden Bewerbers. In letzter Konsequenz bedeutet das, dass ein solcher Bewerber deswegen nicht ausgeschieden werden darf und dass sein Teilnahmeantrag im anschließenden Auswahlverfahren entsprechend den Vorgaben in der Teilnahmeunterlage zu beurteilen und zu bewerten ist. Durch eine allenfalls mangelhafte Beurteilung bzw. Bewertung im Zuge des Auswahlverfahrens kann einem Bewerber ein Schaden entstehen. Ein solcher Bewerber erfüllt in einem Nachprüfungsverfahren damit alle Voraussetzungen des Paragraph 320, Absatz eins, BVergG. Ihm kommt im Nachprüfungsverfahren Parteistellung zu. Seine Antragslegitimation ist gegeben.

Das bedeutet, dass die Prüfung des Teilnahmeantrages der Antragstellerin noch nicht abgeschlossen ist, zumal die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung am 6. November 2009 selbst ausgeführt hat, dass nicht alle von der Antragstellerin für die Beurteilung im Bereich der Auswahlkriterien genannten Unternehmensreferenzen überprüft, beurteilt und bewertet wurden. Eine Auswahlentscheidung im gegenständlichen Vergabeverfahren kann nur auf der Grundlage einer abgeschlossenen und ausschreibungskonformen Bewertung aller Teilnahmeanträge erfolgen. Zudem

ist zu erwarten, dass bei einer ausschreibungskonformen Bewertung des Teilnahmeantrages der Antragstellerin dieser mit mehr als 40 Punkten zu bewerten sein wird und damit unter jene drei Teilnahmeanträge mit den meisten Punkten einzuordnen ist und damit gemäß Teilnahmeunterlage die Antragstellerin einer der Bewerber ist, der einzuladen ist, im weiteren Vergabeverfahren ein Angebot zu legen, sodass die Entscheidung der Antragstellerin auf Nicht-Zulassung zur Teilnahme für nichtig zu erklären war.

Zu Spruchpunkt II.:Zu Spruchpunkt römisch zwei.:

Gemäß § 318 Abs. 1 BVerfG hat der Antragsteller für Anträge gemäß den §§ 320 Abs. 1, 328 Abs. 1 und § 331 Abs. 1 und 2 nach Maßgabe der in den Ziffern 1 bis 7 dieser Bestimmung jeweils eine Pauschalgebühr zu entrichten. Ziffer 1 dieser Bestimmung normiert, dass die Pauschalgebühr gemäß den in Anhang XIX festgesetzten Gebührensätzen bei Antragstellung zu entrichten ist. Anhang XIX des BVerfG in seiner aktuell geltenden Fassung enthält aber keine Bestimmung, dass bei "Sonstigen Verfahren im Oberschwellenbereich / Dienstleistungsaufträge" eine Pauschalgebühr zu entrichten ist. Gemäß Paragraph 318, Absatz eins, BVerfG hat der Antragsteller für Anträge gemäß den Paragraphen 320, Absatz eins, 328, Absatz eins und Paragraph 331, Absatz eins und 2 nach Maßgabe der in den Ziffern 1 bis 7 dieser Bestimmung jeweils eine Pauschalgebühr zu entrichten. Ziffer 1 dieser Bestimmung normiert, dass die Pauschalgebühr gemäß den in Anhang römisch neunzehn festgesetzten Gebührensätzen bei Antragstellung zu entrichten ist. Anhang römisch neunzehn des BVerfG in seiner aktuell geltenden Fassung enthält aber keine Bestimmung, dass bei "Sonstigen Verfahren im Oberschwellenbereich / Dienstleistungsaufträge" eine Pauschalgebühr zu entrichten ist.

Der Verfassungsgerichtshof hat dazu in einem Beschluss vom 23. September 2009, V 3/09-9 Folgendes festgehalten: "Ergänzend ist zu bemerken, dass auf Grund des Erkenntnisses des VfGH VfSlg. 18.248/2006 und des Umstandes, dass der Gesetzgeber dieses Erkenntnis nicht zum Anlass genommen hat, in Anhang XIX eine Gebühr für Dienstleistungsaufträge vorzusehen, auch nach dem 1. Jänner 2008 keine solche Gebühr zu entrichten ist." Der Verfassungsgerichtshof hat dazu in einem Beschluss vom 23. September 2009, römisch fünf 3/09-9 Folgendes festgehalten: "Ergänzend ist zu bemerken, dass auf Grund des Erkenntnisses des VfGH VfSlg. 18.248 aus 2006, und des Umstandes, dass der Gesetzgeber dieses Erkenntnis nicht zum Anlass genommen hat, in Anhang römisch neunzehn eine Gebühr für Dienstleistungsaufträge vorzusehen, auch nach dem 1. Jänner 2008 keine solche Gebühr zu entrichten ist."

Daraus ableitend hat der Senat 5 des Bundesvergabeamtes in seiner ersten Beratung am 6. November 2009 festgehalten, dass im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren eine Verpflichtung zur Entrichtung einer Pauschalgebühr im Sinne des § 318 BVerfG im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren nicht besteht. Der Senat hat beschlossen, dass die von der Antragstellerin entrichteten Pauschalgebühren im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren an die Antragstellerin zurückzubezahlen sind. Diesen Beschluss umsetzend hat der Senatsvorsitzende die dafür erforderlichen Veranlassungen getroffen. Am 10. November 2009 wurde der Senatsvorsitzende verständigt, dass die Rückzahlung der entrichteten Pauschalgebühren an die Antragstellerin in Höhe von € XXX zur Anweisung gebracht wurde. Das bedeutet, dass die entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von € XXX an die Antragstellerin zurückbezahlt wurden und daher ein weiterer Anspruch auf Kostenersatz nicht bestehen kann, sodass das diesbezügliche Antragsbegehren zurückzuweisen war. Daraus ableitend hat der Senat 5 des Bundesvergabeamtes in seiner ersten Beratung am 6. November 2009 festgehalten, dass im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren eine Verpflichtung zur Entrichtung einer Pauschalgebühr im Sinne des Paragraph 318, BVerfG im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren nicht besteht. Der Senat hat beschlossen, dass die von der Antragstellerin entrichteten Pauschalgebühren im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren an die Antragstellerin zurückzubezahlen sind. Diesen Beschluss umsetzend hat der Senatsvorsitzende die dafür erforderlichen Veranlassungen getroffen. Am 10. November 2009 wurde der Senatsvorsitzende verständigt, dass die Rückzahlung der entrichteten Pauschalgebühren an die Antragstellerin in Höhe von € römisch 30 zur Anweisung gebracht wurde. Das bedeutet, dass die entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von € römisch 30 an die Antragstellerin zurückbezahlt wurden und daher ein weiterer Anspruch auf Kostenersatz nicht bestehen kann, sodass das diesbezügliche Antragsbegehren zurückzuweisen war.

Schlagworte

Prüfung von Teilnahmeanträgen, verbesserbarer Mangel in Teilnahmeanträgen, Auslegung von Teilnahmeunterlagen

Zuletzt aktualisiert am

14.12.2010

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