

TE Verg Bescheid 2009/4/30 N/0028-BVA/03/2009-19

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 30.04.2009

Norm

BVergG 2006 §2 Z8
BVergG 2006 §3 Abs1 Z2
BVergG 2006 §4
BVergG 2006 §12 Abs1 Z3
BVergG 2006 §19 Abs1
BVergG 2006 §20 Abs1
BVergG 2006 §20 Abs2
BVergG 2006 §20 Abs3
BVergG 2006 §69 Z1
BVergG 2006 §70 Abs1
BVergG 2006 §70 Abs2
BVergG 2006 §70 Abs3
BVergG 2006 §106 Abs1 1Satz
BVergG 2006 §129 Abs1
BVergG 2006 §129 Abs1 Z7
BVergG 2006 §312 Abs2
BVergG 2006 §318
BVergG 2006 §319 Abs1
BVergG 2006 §319 Abs3
BVergG 2006 §320
BVergG 2006 §321 Abs2
BVergG 2006 §325 Abs1 Z2
BVergG 2006 §328 Abs2
B-VG Art14b Abs2 Z1 lita
WRG 1959 §87

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

- [illegible]

4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
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 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
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 § 325 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
-
1. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 328 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. B-VG Art. 14b heute
 2. B-VG Art. 14b gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
 3. B-VG Art. 14b gültig von 01.07.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
 4. B-VG Art. 14b gültig von 01.01.2003 bis 30.06.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2002
-
1. WRG 1959 § 87 heute
 2. WRG 1959 § 87 gültig ab 22.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 82/2003
 3. WRG 1959 § 87 gültig von 01.01.2000 bis 21.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 155/1999
 4. WRG 1959 § 87 gültig von 01.10.1997 bis 31.12.1999 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 74/1997
 5. WRG 1959 § 87 gültig von 01.11.1959 bis 30.09.1997

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 3, Dr. Sybill Huber-Mataushek sowie die Beisitzer Mag. Maria Ulmer als Mitglied der Auftraggeberseite und DI Heinz Marschalek als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs. 2 Z 2 Bundesvergabegesetz 2006 - BVergG 2006, BGBl I Nr. 17/2006 idF BGBl I Nr. 86/2007 betreffend die Auftragsvergabe "Bauvorhaben AWW Wiener Neustadt-Süd Abwasserreinigungsanlage (ARA) Anpassung und Erweiterung BA13, VE 13.008 Elektrotechnik E-Verteilergebäude" des Auftraggebers Abwasserverband Wiener Neustadt-Süd, Erschlachtweg 3, 2700 Wiener Neustadt, vertreten durch das Ingenieurbüro F***, als ausschreibende Stelle, alle vertreten durch RA X***, eingeleitet über Antrag der A***, vertreten durch Y***

Rechtsanwälte OEG, , vom 2.4.2009, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 3, Dr. Sybill Huber-Mataushek sowie die Beisitzer Mag. Maria Ulmer als Mitglied der Auftraggeberseite und DI Heinz Marschalek als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, Bundesvergabegesetz 2006 - BVergG 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, betreffend die Auftragsvergabe "Bauvorhaben AWV Wiener Neustadt-Süd Abwasserreinigungsanlage (ARA) Anpassung und Erweiterung BA13, VE 13.008 Elektrotechnik E-Verteilergebäude" des Auftraggebers Abwasserverband Wiener Neustadt-Süd, Erschlachtweg 3, 2700 Wiener Neustadt, vertreten durch das Ingenieurbüro F***, als ausschreibende Stelle, alle vertreten durch RA X***, eingeleitet über Antrag der A***, vertreten durch Y*** Rechtsanwälte OEG, , vom 2.4.2009, wie folgt entschieden:

SPRUCH

I.römisch eins.

Dem Antrag "das Bundesvergabeamt möge im bezeichneten Verfahren die Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers zugunsten der die B*** GmbH, betreffend deren Angebot mit einer Hauptangebotssumme von Euro 94.220,17 exkl. Ust für nichtig erklären", wird stattgegeben .

Die Zuschlagsentscheidung des Auftraggeber, datiert 27.3.2009, zugunsten der B*** GmbH, wird für nichtig erklärt.

II.römisch zwei.

Dem Antrag, den Auftraggeber zum Ersatz der von der Antragstellerin entrichteten Pauschalgebühren binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu verpflichten, wird stattgegeben.

Dem Auftraggeber Abwasserverband Wiener Neustadt-Süd, Erschlachtweg 3, 2700 Wiener Neustadt, vertreten durch das F*** ZT- GmbH, als ausschreibende Stelle, alle vertreten durch X*** RA, hat der Antragstellerin, der A*** , vertreten durch Y*** Rechtsanwälte OEG, die gemäß § 318 BVergG für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichteten Pauschalgebühren in der Höhe von Euro 3.750.- binnen zwei Wochen ab Zustellung dieses Bescheides bei sonstiger Exekution zu ersetzen. Dem Auftraggeber Abwasserverband Wiener Neustadt-Süd, Erschlachtweg 3, 2700 Wiener Neustadt, vertreten durch das F*** ZT- GmbH, als ausschreibende Stelle, alle vertreten durch X*** RA, hat der Antragstellerin, der A*** , vertreten durch Y*** Rechtsanwälte OEG, die gemäß Paragraph 318, BVergG für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichteten Pauschalgebühren in der Höhe von Euro 3.750.- binnen zwei Wochen ab Zustellung dieses Bescheides bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

BEGRÜNDUNG

1. 1.Ziffer eins

Vorbringen der Parteien

Die Antragstellerin stellte am 2. 4. 2009 die im Spruch ersichtlichen Begehren, sowie Anträge auf Akteneinsicht gemäß § 17 AVG und auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung. Die Antragstellerin stellte am 2. 4. 2009 die im Spruch ersichtlichen Begehren, sowie Anträge auf Akteneinsicht gemäß Paragraph 17, AVG und auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung.

Begründend führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus, der Auftraggeber habe die Leistung "VE13008 Elektrotechnik E-Verteilergebäude", daher Leistungen aus dem Gewerbe der Elektroinstallation, ausgeschrieben. Es handle sich um eine Ausschreibung, die in der Bauphase 1 "Baufeldfreimachung" für die Anpassung und Erweiterung einer Kläranlage des Auftraggebers die Ausführung der Energieversorgung und Stromverrechnungseinrichtung zum Ziel habe. Neben der Antragstellerin habe unter anderem die B*** GmbH, angeboten.

Die Angebotseröffnung habe am 30.1.2009, 9.20 Uhr stattgefunden. Nach Angebotsbewertung durch den Auftraggeber habe dieser eine Zuschlagsentscheidung zugunsten des Angebotes der B*** GmbH getroffen, was der Antragstellerin mit Fax vom 27.3.2009 mitgeteilt worden sei. Diese Zuschlagsentscheidung basiere jedoch auf einer § 19 Abs. 1 BVergG 2006 widersprechenden Ungleichbehandlung der Bieter. Der Auftraggeber weiche nämlich ohne ersichtliche Rechtfertigung zugunsten der für den Zuschlag in Aussicht genommenen Bieterin von seinen eigenen Festlegungen in der Ausschreibung ab. Der für die Beurteilung wesentliche Punkt D3.1. der Ausschreibung laute in seinem hier maßgeblichen Teil: Die Angebotseröffnung habe am 30.1.2009, 9.20 Uhr stattgefunden. Nach

Angebotsbewertung durch den Auftraggeber habe dieser eine Zuschlagsentscheidung zugunsten des Angebotes der B*** GmbH getroffen, was der Antragstellerin mit Fax vom 27.3.2009 mitgeteilt worden sei. Diese Zuschlagsentscheidung basiere jedoch auf einer Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 widersprechenden Ungleichbehandlung der Bieter. Der Auftraggeber weiche nämlich ohne ersichtliche Rechtfertigung zugunsten der für den Zuschlag in Aussicht genommenen Bieterin von seinen eigenen Festlegungen in der Ausschreibung ab. Der für die Beurteilung wesentliche Punkt D3.1. der Ausschreibung laute in seinem hier maßgeblichen Teil:

" Gütebestimmungen

Es sind die einschlägigen Produktrichtlinien der österreichischen Güteanforderungen idgF für Produkte im Siedlungswasserbau einzuhalten. Der Nachweis über die Einhaltung der GWT-Richtlinien (Technische Güteanforderungen für Maschinen, Behälter und Ausrüstungsteile, M06 und M07, Gütegemeinschaft Wassertechnik - GWT, 1045 Wien, Wiedner Hauptstraße 63, Postfach 333) in der jeweils gültigen bzw. aktuellen Fassung sowie die darin zitierten EN-Normen ist zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe in schriftlicher Form (Nachweis über die Mitgliedschaft oder Nachweis von Einzelprüfungen) vorzulegen, (....)". Diese Ausschreibungsbestimmung sei unbekämpft geblieben.

Mit Verordnung des BMWA, BGBl 11468/2004 sei die Gütegemeinschaft Wassertechnik (GWT) als Produktzertifikationsstelle akkreditiert worden. Ihre Zertifizierungsbefugnis umfasse die Zertifizierung von Produkten, Verfahren und Dienstleistungen im Bereich ICS 23 Fluidsysteme und - bauteile gemäß einem in der Verordnungsanlage spezifizierten Umfang. Obwohl der Auftraggeber in seiner Ausschreibung festgelegt habe, von den Bietern einen schriftlichen Nachweis über das Vorliegen der entsprechenden Güteanforderungen in Form eines Nachweises über die Mitgliedschaft bei der Gütegemeinschaft Wassertechnik oder eines Nachweises von Einzelprüfungen durch die Gütegemeinschaft Wassertechnik zu fordern, habe die für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Gesellschaft solche Nachweise ihrem Angebot nicht beigelegt. Die B*** GmbH sei vielmehr zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe und auch derzeit nicht Mitglied der Gütegemeinschaft Wassertechnik und sie habe weder zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe und auch zum Zeitpunkt der Einbringung des gegenständlichen Antrages über keine Nachweise der vom Auftraggeber alternativ geforderten Einzelprüfungen bzw. über keine Zertifizierung im Sinne der Richtlinien M06 und M07 der Gütegemeinschaft Wassertechnik verfügt. Das ohne die im Punkt D 3.1. der Ausschreibung geforderten Nachweise erstattete Angebot der für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Bieterin widerspreche daher den Ausschreibungsbestimmungen. Mangels Mitgliedschaft bei der Gütegemeinschaft Wassertechnik und mangels zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe und auch mangels derzeit vorliegender Nachweise von Einzelprüfungen sei der Mangel des Angebotes der B*** GmbH als unbehebbar zu qualifizieren. Mit Verordnung des BMWA, BGBl 11468 aus 2004, sei die Gütegemeinschaft Wassertechnik (GWT) als Produktzertifikationsstelle akkreditiert worden. Ihre Zertifizierungsbefugnis umfasse die Zertifizierung von Produkten, Verfahren und Dienstleistungen im Bereich ICS 23 Fluidsysteme und - bauteile gemäß einem in der Verordnungsanlage spezifizierten Umfang. Obwohl der Auftraggeber in seiner Ausschreibung festgelegt habe, von den Bietern einen schriftlichen Nachweis über das Vorliegen der entsprechenden Güteanforderungen in Form eines Nachweises über die Mitgliedschaft bei der Gütegemeinschaft Wassertechnik oder eines Nachweises von Einzelprüfungen durch die Gütegemeinschaft Wassertechnik zu fordern, habe die für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Gesellschaft solche Nachweise ihrem Angebot nicht beigelegt. Die B*** GmbH sei vielmehr zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe und auch derzeit nicht Mitglied der Gütegemeinschaft Wassertechnik und sie habe weder zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe und auch zum Zeitpunkt der Einbringung des gegenständlichen Antrages über keine Nachweise der vom Auftraggeber alternativ geforderten Einzelprüfungen bzw. über keine Zertifizierung im Sinne der Richtlinien M06 und M07 der Gütegemeinschaft Wassertechnik verfügt. Das ohne die im Punkt D 3.1. der Ausschreibung geforderten Nachweise erstattete Angebot der für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Bieterin widerspreche daher den Ausschreibungsbestimmungen. Mangels Mitgliedschaft bei der Gütegemeinschaft Wassertechnik und mangels zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe und auch mangels derzeit vorliegender Nachweise von Einzelprüfungen sei der Mangel des Angebotes der B*** GmbH als unbehebbar zu qualifizieren.

Das Angebot der für den Zuschlag in Aussicht genommenen Bieterin wäre daher nach § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006 auszuschneiden gewesen, weshalb die Zuschlagsentscheidung mit Rechtswidrigkeit belastet sei. Das Angebot der für den Zuschlag in Aussicht genommenen Bieterin wäre daher nach Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 auszuschneiden gewesen, weshalb die Zuschlagsentscheidung mit Rechtswidrigkeit belastet sei.

Zudem enthalte das Faxschreiben des Auftraggebers die in § 131 Abs 1

Zudem enthalte das Faxschreiben des

Auftraggebers die in Paragraph 131, Absatz eins

1. 4.Ziffer 4

Satz BVergG 2006 geforderten Angaben nicht und gebe auch die Stillhaltefrist des § 132 Abs 1 BVergG unrichtig wieder. Satz BVergG 2006 geforderten Angaben nicht und gebe auch die Stillhaltefrist des Paragraph 132, Absatz eins, BVergG unrichtig wieder.

Zum berechtigten Interesse führte die Antragstellerin aus, sie habe als befugtes, leistungsfähiges und zuverlässiges Unternehmen ein eminentes Interesse am Abschluss des Leistungsvertrages. Sie habe auch ein berücksichtigungswürdiges und gerechtfertigtes Interesse am Erhalt des vorliegenden, als weiteres Referenzprojekt verwendbaren Auftrages.

Zum drohenden Schaden brachte die Antragstellerin vor, das rechtswidrige Vorenthalten des Auftrages würde eine Schädigung der wirtschaftlichen und finanziellen Interessen der Antragstellerin zur Folge haben. Darüber hinaus habe die Antragstellerin bereits Arbeitskapazität in die Angebotserstellung investiert. Diese Aufwendungen seien frustriert und seien jedenfalls mit einem Wert von rund Euro 5.000,-- bis Euro 10.000,-- anzugeben. Letztlich verbliebe als weiterer Schaden auch der Entgang des Entgelts für den Auftrag und der damit verbundene Entgang des Gewinns, der, vorsichtig geschätzt, mit 7 % der Angebotssumme angesetzt werden müsse. Darüber hinaus werde der Antragstellerin bzw. ihren Mitgliedern die Möglichkeit genommen, die erforderlichen Deckungsbeiträge zu verdienen. Der Verlust eines Referenzprojektes und die Unmöglichkeit, die eigene Sachkunde und Leistungsbereitschaft unter Beweis stellen zu können, seien definitiv. Dieser Schaden könne auch durch ein allfälliges Feststellungsverfahren und zivilrechtlichen Schadenersatz, der stets nur in Geld bestehe, nicht ausgeglichen werden.

Im Gegensatz zur für den Zuschlag in Aussicht genommenen Gesellschaft verfüge die Antragstellerin über die vom Auftraggeber geforderten Nachweise und habe diese dem Angebot auch beigelegt. Da die Antragstellerin das zweit gereichte Angebot gelegt habe, sei bei rechtmäßiger Ausscheidensentscheidung des Auftraggebers hinsichtlich des Angebotes der B*** GmbH die Zuschlagsentscheidung zugunsten der Antragstellerin die notwendige und dem Gesetz entsprechende Folge.

Die Antragstellerin erachte sich durch die Vorgehensweise des Auftraggebers in ihren Rechten auf Gleichbehandlung aller Bieter, auf Ausscheidung des Angebotes der B*** GmbH, wofür die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen, auf gesetzmäßige Zuschlagsentscheidung und auf gesetzmäßige Zuschlagserteilung verletzt.

Der Auftraggeber erteilte in seiner Stellungnahme vom 3.4.2009 allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und bestätigte im Wesentlichen den von der Antragstellerin dargestellten zeitlichen Ablauf des Vergabeverfahrens.

Zum Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung brachte der Auftraggeber vor, dass die B*** GmbH über die geforderten Nachweise nach der GWT - Richtlinie verfüge. Richtig sei, dass dieser Nachweis nicht dem Angebot angeschlossen gewesen, jedoch auf Aufforderung fristgerecht nachgereicht worden sei. Die Zuschlagsentscheidung berücksichtige entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin auch die an die Bieter gesetzten Anforderungen betreffend den Nachweis über die Einhaltung der GWT -Richtlinien.

Betreffend die vergaberechtliche Einstufung des Nachweises über die GWT -Richtlinie werde vorgebracht, dass der Nachweis über die GWT - Richtlinie kein Nachweis über die technische Leistungsfähigkeit eines Bieters sei. Wolle man diesen als Nachweis zur technischen Leistungsfähigkeit verstehen, widerspreche dies dem § 75 Abs 6 BVergG 2006. Ein derartiger Nachweis hätte gar nicht gefordert werden dürfen. Daher sei die Forderung nach dem Nachweis der österreichischen Güteanforderung für Produkte im Siedlungswasserbau auch nicht als Leistungsfähigkeitsnachweis gefordert worden, sondern unter Punkt D 3 "Qualitätsanforderungen, allgemeine Ausführungsbedingungen und Richtlinien". Im Einzelnen sei folgende Vorgabe den Ausschreibungsunterlagen zu entnehmen: Betreffend die vergaberechtliche Einstufung des Nachweises über die GWT -Richtlinie werde vorgebracht, dass der Nachweis über die GWT - Richtlinie kein Nachweis über die technische Leistungsfähigkeit eines Bieters sei. Wolle man diesen als Nachweis zur technischen Leistungsfähigkeit verstehen, widerspreche dies dem Paragraph 75, Absatz 6, BVergG 2006. Ein derartiger Nachweis hätte gar nicht gefordert werden dürfen. Daher sei die Forderung nach dem Nachweis der österreichischen Güteanforderung für Produkte im Siedlungswasserbau auch nicht als Leistungsfähigkeitsnachweis gefordert worden, sondern unter Punkt D 3 "Qualitätsanforderungen, allgemeine Ausführungsbedingungen und Richtlinien". Im Einzelnen sei folgende Vorgabe den Ausschreibungsunterlagen zu entnehmen:

"Die in den technischen Vertragsbestimmungen beschriebenen Bedingungen gelten für alle neu zu liefernden Komponenten. Die Ausführung der Leistungen hat in Abstimmung mit der auf der Kläranlage installierten Ausführungen zu erfolgen.

D 3.1 Gütebestimmungen

"Es sind die einschlägigen Produktrichtlinien der österreichischen Produktrichtlinien der österreichischen Güteanforderung in der geltenden Fassung für die Produkte im Siedlungswasserbau einzuhalten

..." .

Die Ausschreibungsbestimmungen über die technische Leistungsfähigkeit seien dagegen in Punkt B 13.1 "erforderliche Nachweise" zu finden: Hier werde auf § 75 BVergG 2006 verwiesen und dazu ergänzend ausgeführt eine Referenzliste und Angabe und Anzahl der beschäftigten Dienstnehmer. Die Forderung über nach dem Nachweis über die Einhaltung der GWT - Richtlinie sei daher kein geforderter Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit, sondern eine im Auftragsfall zu beachtende Qualitätsanforderung. Sie sei eine technische Vertragsbestimmung. Die Ausschreibungsbestimmungen über die technische Leistungsfähigkeit seien dagegen in Punkt B 13.1 "erforderliche Nachweise" zu finden: Hier werde auf Paragraph 75, BVergG 2006 verwiesen und dazu ergänzend ausgeführt eine Referenzliste und Angabe und Anzahl der beschäftigten Dienstnehmer. Die Forderung über nach dem Nachweis über die Einhaltung der GWT - Richtlinie sei daher kein geforderter Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit, sondern eine im Auftragsfall zu beachtende Qualitätsanforderung. Sie sei eine technische Vertragsbestimmung.

Betreffend den Zeitpunkt des Vorliegens des GWT -Nachweises und die Behebbarkeit des fehlenden Nachweises bei Angebotsabgabe werde ausgeführt, richtig sei, dass nach Punkt D.3.1 der GWT -Nachweis bei Angebotsabgabe vorzuliegen gehabt habe und die präsumtive Bestbieterin diesen Nachweis bei Angebotsabgabe nicht vorgelegt habe. Das Nachreichen dieses Nachweises sei zulässig bzw sei dieser Mangel behebbar. Den Ausschreibungsunterlagen sei nicht zu entnehmen, dass dieser GWT -Nachweis bei sonstigem Ausscheiden des Angebots zwingend bei Angebotsabgabe habe vorliegen müssen. Die Frage nach der Behebbarkeit dieses Mangels richte sich daher nach den allgemeinen vergaberechtlichen Regeln. Der präsumtive Bestbieter habe sich bereits mit Abgabe des gegenständlichen Angebots zur Einhaltung der gegenständlichen technischen Vertragsbestimmungen, so auch zur Einhaltung des Nachweises über die GWT -Richtlinie verpflichtet. Damit sei der Leistungsinhalt bereits bei Angebotsabgabe festgestanden und eine Verbesserung der Wettbewerbsstellung des Bestbieters ausgeschlossen.

Ob der Bestbieter bereits zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe diesen Nachweis führen könne oder erst vor Auftragserteilung erbringe, sei daher unerheblich. Es werde auch kein ungerechtfertigter Wettbewerbsvorteil daraus gezogen, dass der Nachweis über das geforderte GWT - Gütezeichen nachgereicht werde. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin sei hiezu nicht nur schon aufgrund des Angebots verpflichtet, sondern habe bereits zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe über die geforderte Produkt- und Ausführungsgüte verfügt. Andernfalls wäre es nicht möglich gewesen, in so kurzer Zeit die GWT Zertifizierung nachzureichen. Wenn hiefür die Zertifizierung nachgereicht werde, werde keine Besserstellung gegenüber den Mitbewerbern erzielt, wie insbesondere der Antragstellerin. Vor diesem Hintergrund sei das Nachreichen eines fehlenden Nachweises zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe als behebbarer Mangel zu qualifizieren und habe nicht das Ausscheiden des Angebots der präsumtiven Bestbieterin zur Folge. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung und auf Ersatz der getätigten Pauschalgebühren sei daher abzuweisen.

Am 6.4.2009 legte der Auftraggeber die Originalunterlagen des Vergabeverfahrens dem Bundesvergabeamt vor.

In der am 24. 4. 2009 vor dem Bundesvergabeamt durchgeführten mündlichen Verhandlung brachte die Antragstellerin zur behaupteten Rechtswidrigkeit der mangelnden Rechtzeitigkeit der Erbringung der geforderten Nachweise und der mit der Zuschlagsentscheidung dadurch verbundenen Ungleichbehandlung der Bieter ergänzend vor, dass die Rechtzeitigkeit der Zertifizierung wie aus Beilage 2 zum Schriftsatz OZ 5 ersichtlich, durch die präsumtive Zuschlagsempfängerin nicht nachgewiesen worden sei, vielmehr die präsumtive Zuschlagsempfängerin zur Durchführung von Verbesserungsmaßnahmen aufgefordert worden sei. Diese seien jedoch bis jetzt noch nicht endgültig erbracht worden und würden auch derzeit nicht vorliegen. Zudem sei eine Verbesserung der Wettbewerbsstellung entgegen der Ansicht des Auftraggebers sehr wohl gegeben, da die Einhaltung der GWT-Richtlinien mit finanziellen Kosten verbunden sei, die jedoch der präsumtiven Zuschlagsempfängerin fehlen würde, da die Maßnahmen zur Zertifizierung erst nach Angebotsöffnung eingeleitet worden seien und schon deshalb ihrem

Angebot die Kalkulationsgrundlage fehle. Auf Befragen führte der Geschäftsführer der Antragstellerin, DI C***, betreffend die laufenden und bestehenden Kosten im Zusammenhang mit der Aufrechterhaltung der Zertifikate und der GWT-Mitgliedschaft aus, dass, hätte die präsumtive Zuschlagsempfängerin diese zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung gehabt, sie diese Kosten bereits in ihrem Angebot hätte berücksichtigen müssen und möglicherweise einen höheren Angebotspreis angeben hätte müssen. Ein nachträglicher Erhalt und eine erst nachträgliche Verpflichtung zur Einhaltung der GWT-Richtlinien, so wie vom Auftraggeber vorgebracht, würde einem nachträglichen Nachlass gleichkommen. Darüber hinaus müsse ein Bieter, der über ein Zertifikat verfüge, einen höheren Aufwand einkalkulieren, den dieser am Projekt selbst aufwenden müsse, um die Qualitätsrichtlinien einhalten zu können. Die Gütegemeinschaft Wassertechnik nehme auch regelmäßig Prüfungen am ausgeführten Projekt vor, was jedenfalls zu einem höheren Stundenaufwand und höherem Kontrollaufwand führe. Diese Aufwände seien ebenfalls einzukalkulieren.

Der Auftraggeber bestritt das Vorbringen und führte ergänzend aus, dass eine Zertifizierung nicht gefordert worden sei, vielmehr Einzelprüfungen genügen würden. Ein Nachweis der Einzelprüfungen sei jedenfalls zum Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung vorgelegen, was aus den Beilagen 2 zum Schriftsatz OZ 5 ersichtlich sei, wobei dieses Schreiben der GWT vom 25.3.2009 im Zusammenhang mit dem Bericht des TÜV vom 10.3.2009 zu lesen sei, aus dem hervorgehe, dass die vom TÜV aufgezeigten Mängel behoben worden seien. Betreffend das Vorbringen der Antragstellerin hinsichtlich der finanziellen Kosten werde vorgebracht, dass auch die präsumtive Zuschlagsempfängerin die Kosten der Zertifizierung einrechnen habe müssen, da diese Vertragsbestandteile seien und diese von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auch vollkommen zu 100 % angenommen worden seien.

Die Antragstellerin wendete wiederholt ein, dass die geforderten Maßnahmen von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin erst nach Angebotsöffnung eingeleitet worden seien und schon deshalb auch die Kalkulationsgrundlage fehle.

Der Auftraggeber führte dazu aus, dass sich die präsumtive Zuschlagsempfängerin bereits zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe verpflichtet habe, die GWT-Richtlinien einzuhalten, zumal diese ohnehin bekannt seien, da diese auch per Internet abgerufen werden können, sodass die präsumtive Zuschlagsempfängerin die Zustimmung somit bereits zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe erteilt habe und somit auch die Kosten einkalkuliert habe. Da eine Mitgliedschaft - wie bereits ausgeführt - nicht erforderlich sei, seien auch die diesbezüglichen Kosten nicht einzukalkulieren gewesen.

Auf Befragung der Senatsvorsitzenden hinsichtlich der Einleitung des Prüfprozesses betreffend den Nachweis von Einzelprüfungen stellte der Auftraggeber außer Streit, dass diese Nachweise zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung jedenfalls nicht vorgelegen seien und auch der Prüfprozess erst nach Angebotsöffnung eingeleitet worden sei. Richtig sei auch, so der Auftraggeber, dass die Frist zur Erbringung der Nachweise mit Schreiben der ausschreibenden Stelle vom 17.2.2009 auf den 13.3.2009 bei sonstigem Ausscheiden festgelegt worden sei, jedoch in weiterer Folge diese Frist auf Ersuchen der präsumtive Zuschlagsempfängerin verlängert worden sei und zwar bis 27.3.2009. Richtig sein auch, dass das Schreiben der Gütegemeinschaft Wassertechnik vom 25.3.2009, in welchem ausgeführt werde, dass die Verbesserungsmaßnahmen "vom Prüfer in einer ersten kurzen Stellungnahme prinzipiell als geeignet befunden werden", vom Auftraggeber so beurteilt worden sei, dass der geforderte Einzelprüfungsnachweis, der ohnedies bereits mit dem TÜV-Bericht vom 10.3.2009 erbracht worden sei, nunmehr auch im Hinblick auf die durchgeführten Verbesserungsmaßnahmen vorliege.

Die Antragstellerin brachte dazu vor, dass es sich dabei um keine Angebotsverbesserung im Sinne des Gesetzes handle, sondern vielmehr um eine Leistungsverbesserung, die offensichtlich so lange nachverhandelt werde, bis sie den geforderten Qualitätsanforderungen entspreche.

DI C*** führt ergänzend aus, dass die notwendigen Verbesserungsmaßnahmen ein Indiz dafür seien, dass die Kalkulation nicht unter Einbeziehung der Auflagen in den Richtlinien M06 und M07 erfolgt sein und die präsumtive Zuschlagsempfängerin diese daher auch nicht zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung eingehalten haben könne.

Als Zeuge vernommen gab DI D***, Geschäftsführer der Gütegemeinschaft - Wassertechnik an, mit der Beitritts - und Produktprüfung von Unternehmen befasst zu sein. Die Gütegemeinschaft Wassertechnik habe auch die Prüfung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin und zwar im Februar 2009 oder März 2009 durchgeführt. Richtig sei, dass, wie im Schreiben der GWT vom 25.3.2009 ausgeführt, die präsumtiven Zuschlagsempfängerin die laut TÜV Bericht zu erbringenden Verbesserungsmaßnahmen laut ihren eigenen Angaben durchgeführt und der Prüfer - hier Dr. E*** vom

TÜV - diese als prinzipiell für geeignet beurteilt habe. Der TÜV-Bericht sei für die Gütegemeinschaft Wassertechnik Grundlage für die weiteren Auflagen und Maßnahmen, für die Aufnahme und die Verleihung des Zertifikates und für die Weiterverlängerung. Die zu verbessernden Maßnahmen hinsichtlich der Produktrichtlinie M06 seien von Dr. E*** festgestellt und von der Fa. B*** GmbH als verbessert im Protokoll angeführt worden. Die dem TÜV-Bericht beigelegte "GWT-Checklist" werde von der GWT ausgegeben und zwar mit den vorgegebenen Angaben, die dann auf der rechten Seite vom Prüfer Dr. E*** ausgefüllt worden sei.

Der Zeuge gab auf Befragen des Auftraggebers an, Einzelprüfnachweise seien nicht Thema der GWT, sondern nur die Aufnahme von Mitgliedern und die Zertifikate. Einzelprüfungsnachweise würden von akkreditierten Prüfstellen vorgenommen, aber dazu könne er nichts sagen, weil er damit nicht befasst sei.

Auf Vorhalt des Schreibens vom 25.3.2009 gab der Zeuge an, dass es sich bei dem Prüfer um Dr. E*** vom TÜV gehandelt habe.

Auf Befragen von Beisitzer der Auftragnehmerseite, DI Marschalek, betreffend die weitere Vorgangsweise, wenn vom Prüfer der akkreditierten Stelle die Vornahme von Verbesserungsmaßnahmen für erforderlich erachtet werde, führte der Zeuge aus, dass der TÜV Verbesserungsvorschläge betreffend die zu erbringenden Maßnahmen mache und das geprüfte Unternehmen dann angebe, diese Maßnahme erbracht zu haben. Ob die Maßnahmen auch tatsächlich erbracht und entsprechend erfüllt worden seien, werde dann vom Prüfausschuss der Gütegemeinschaft Wassertechnik beurteilt und entsprechende allfällige weitere Maßnahmen gesetzt. Es könne daher auch sein, dass im Falle der nicht entsprechenden Erfüllung eine weitere Frist zur Erfüllung gesetzt werde und die Erfüllung dann wiederum zu prüfen sei.

Auf weiteres Befragen durch den Auftraggeber gab der Zeuge an, dass das Prüfprozedere grundsätzlich ein längeres sei, jedoch von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin um Beschleunigung des Verfahrens ersucht worden sei.

Aufgrund der Akteninhalte, der vorgelegten Originalunterlagen und der Stellungnahmen des Auftraggebers und der Antragstellerin, insbesondere in der mündlichen Verhandlung, wird folgender Sachverhalt festgestellt.

1. 2.Ziffer 2

Entscheidungsrelevanter, festgestellter Sachverhalt

Im Dezember 2008 schrieb das Ingenieurbüro F*** ZT- GmbH als ausschreibende Stelle im Namen des Abwasserverbandes Wiener Neustadt Süd die Anpassung und Erweiterung der Kläranlage, Bauabschnitt 13, Elektroinstallationen für das E-Verteilergebäude sowie Kabelum- und -neuverlegungen als Bauauftrag, CPV Code 45200000, im offenen Verfahren im Unterschwellenbereich aus. Als Datum der Absendung der Bekanntmachung zur Veröffentlichung im Amtlichen Lieferungsanzeiger und im Landesamtsblatt der NÖ Landesregierung wurde vom Auftraggeber der 18.12.2008 angegeben. Der Zuschlag soll dem Angebot mit dem niedrigsten Preis (Billigstbieterprinzip) erteilt werden. Als Schlusstermin für die Abgabe der Angebote war der 30.1.2009, 09.20 Uhr festgelegt, die Angebotsöffnung erfolgte am selben Tag um 09.25 Uhr. Der geschätzte Auftragswert liegt laut Angaben des Auftraggebers im Unterschwellenbereich.

Die Antragstellerin hat neben 8 weiteren Bietern rechtzeitig ein Angebot abgegeben. Nach dem Preis ergab sich bei der Angebotsöffnung, bei der laut Niederschrift sowohl die präsumtive Zuschlagsempfängerin als auch die Antragstellerin vertreten waren, folgende Reihung (ohne Ust):

B*** GesmbH: Euro 94.220,17

A*** GesmbH: Euro 108.105,20

Fa. G*** GesmbH: Euro 143.841,20

Fa. H*** GmbH: Euro 145.854,20

Unter Punkt D3.1. der Ausschreibung ist festgelegt:

"

Gütebestimmungen

Es sind die einschlägigen Produktrichtlinien der österreichischen Güteanforderungen idgF für Produkte im Siedlungswasserbau einzuhalten. Der Nachweis über die Einhaltung der GWT-Richtlinien (Technische

Güteanforderungen für Maschinen, Behälter und Ausrüstungsteile, M06 und M07, Gütegemeinschaft Wassertechnik - GWT, 1045 Wien, Wiedner Hauptstraße 63, Postfach 333) in der jeweils gültigen bzw. aktuellen Fassung sowie die darin zitierten EN-Normen ist zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe in schriftlicher Form (Nachweis über die Mitgliedschaft oder Nachweis von Einzelprüfungen) vorzulegen, (....)".

Nach Prüfung der Angebote wurde das Angebot der B*** GmbH preislich an erste Stelle, jenes der Antragstellerin an zweite Stelle gereiht.

Mit Schreiben der ausschreibenden Stelle vom 17.2.2009 wurde die präsumtive Zuschlagsempfängerin bei sonstigem Ausscheiden ihres Angebotes wie folgt zur Nachreichung folgender Unterlagen aufgefordert:

"

Für die weitere Beurteilung ihres Angebotes für das o. g.

Bauvorhaben werden noch nachfolgende Unterlagen benötigt:

* Nachweis der Einzelprüfung über die Einhaltung der GWT - Richtlinien M06 "Elektrische Ausrüstung" und M07 "Prozessleittechnik und Messsystem" in der aktuellen Fassung gemäß Pkt. D 3.1 des Angebotsschreibens zur Erfüllung des geforderten Qualitätsniveaus.

Sie werden gebeten diesen Nachweis bis spätestens Freitag den 13.3.2009, 12.00 Uhr an unser Büro zu übermitteln.

Bei nicht fristgerechter Nachreichung dieses Nachweises muss ihr Angebot gemäß §129 Z 7 BvergG 411 2006 ausgeschieden werden."Bei nicht fristgerechter Nachreichung dieses Nachweises muss ihr Angebot gemäß §129 Ziffer 7, BvergG 411 2006 ausgeschieden werden."

Über die unstrittig erst nach Angebotsöffnung eingeleitete Einzelprüfung für die "Produktrichtlinie M 06 - Elektrotechnische Einrichtungen " und die " Produktrichtlinie M 07 - Prozessleittechnik und Messeinrichtungen" betreffend das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ist gemäß Bericht der akkreditierten Prüfstelle vom 10.3.2009 unter Punkt 4 (Abweichungen/Verbesserungsmaßnahmen) festgehalten:

"

Die Abweichungen gegenüber den Forderungen der GWT-Richtlinien (siehe beiliegende Verbesserungsmaßnahmen-Protokolle Nr. 01 und 02) sind gemeinsam mit den Auditierten formuliert und festgehalten worden. Um eine Übereinstimmung mit den GWT-Richtlinien zu erzielen, sind diese Abweichungen von der Fa. B*** Gesellschaft m.b.H. zu analysieren und durch die Einleitung von Verbesserungsmaßnahmen wirksam abzustellen.

Die zu treffenden Verbesserungsmaßnahmen und Nachweise sind der Gütegemeinschaft Wassertechnik bis zum 15. Mai 2009 im Teil 2 des Verbesserungsmaßnahmen-Protokolls schriftlich bekannt zugeben."

Weiter ist unter Punkt 5 (Hinweise und Bemerkungen) dieses TÜV-Berichts vom 10.3.2009 festgehalten:

"

Um eine vollständige Übereinstimmung mit den GWT-Richtlinien zu erreichen, wurden der Fa.B*** Gesellschaft m.b.H. bei der Beitritts- und Produktprüfung nachstehende Hinweise gegeben:

Es soll ein Standardbrief (Formular, adressiert an den Auftraggeber und gegebenenfalls den Planer), erstellt werden, der den Hinweis enthält, dass die Vorgaben der Planung den Forderungen der Gütegemeinschaft Wassertechnik - GVT nicht bzw. nicht vollständig erfüllen[...]"

Mit Schreiben der Gütegemeinschaft Wassertechnik vom 12.3.2009 hat diese der präsumtiven Zuschlagsempfängerin folgendes mitgeteilt:

"

Sehr geehrte Damen und Herren,

der Prüfungsausschuss der Gütegemeinschaft Wassertechnik (GWT) hat in seiner Sitzung vom 3.3. d.J. beschlossen, dass das Recht zur Führung des Gütezeichens der GWT verliehen werden kann, wenn die im Rahmen der Beitritts- und Produktprüfung am 9.3. und 10.3.2009- festgestellten Abweichungen durch entsprechende Verbesserungsmaßnahmen nachweislich behoben worden sind. Wir bitten daher um Übermittlung entsprechender

Nachweise bis 15. Mai 2009, damit der Prüfungsausschuss in seiner nächsten Sitzung über die Angemessenheit der Maßnahmen entscheiden kann. und wir Ihnen das Recht zur Führung des Gütezeichens der GWT verleihen können. [...]."

Einer von der präsuntiven Zuschlagsempfängerin beantragten Fristverlängerung zur Nachreichung der in der Ausschreibung geforderten Unterlagen wurde mit e-mail Schreiben der ausschreibenden Stelle vom 13.3.2009 mit Frist bis 27.3.2009 zugestimmt.

Mit einem weiteren Schreiben der Gütegemeinschaft Wassertechnik vom 25.3.2009 hat diese der präsuntiven Zuschlagsempfängerin neuerlich folgendes mitgeteilt:

"

Sehr geehrte Damen und Herren!

Die Verbesserungsmaßnahmen, welche aufgrund der im Rahmen der Beitritts- und Produktprüfung am 9.3. und 10.3.2009 festgestellten Abweichungen durchzuführen waren, sind per 23.3.2009 in der Geschäftsstelle der GWT eingelangt und wurden vom Prüfer in einer ersten kurzen Stellungnahme prinzipiell als geeignet beurteilt. Wir weisen an dieser Stelle jedoch ausdrücklich darauf hin, dass aufgrund von formalen Vorgaben nur der Prüfungsausschuss der GWT in seiner nächsten Sitzung am 27.5.2009 über die Angemessenheit der Maßnahmen entscheiden und Ihnen das Recht zur Führung des Gütezeichens der GWT verleihen kann.[...]"

Im Prüfbericht vom 1.4.2009 ist hinsichtlich der Beurteilung des Angebotes der B*** GmbH festgehalten, dass die geforderten Verbesserungsmaßnahmen seitens der Gütegemeinschaft Wassertechnik als geeignet beurteilt wurden und somit die geforderten Unterlagen fristgerecht nachgereicht worden sind.

Mit Telefax, datiert 27.3.2009, hat daher der Auftraggeber der Antragstellerin die Zuschlagsentscheidung zugunsten der Fa. B*** GesmbH, mit einer Vergabesumme von Euro 94.220,17.-bekanntgegeben.

Mit Schriftsatz vom 2.4.2009 beantragte die Antragstellerin die Erlassung einer einstweiligen Verfügung und die Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung im Wesentlichen mit der Begründung, der Auftraggeber weiche ohne Rechtfertigung von seinen Festlegungen in der Ausschreibung ab. Die Zuschlagsentscheidung widerspreche der Ungleichbehandlung der Bieter und sei zu Unrecht zugunsten der B*** GmbH getroffen worden, da die präsuntive Zuschlagsempfängerin ihrem Angebot die in der Ausschreibung geforderten Nachweise nicht beigefügt habe und weder zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe noch derzeit über die geforderten Nachweise verfüge.

Die Ausschreibungsbestimmungen sind unbekämpft geblieben.

Die Verständigung des Auftraggebers ist erfolgt (OZ 3), die Antragstellerin hat Pauschalgebühren in der Höhe von Euro 3.750.- bezahlt.

Mit Bescheid des Bundesvergabebeamtes vom 9.4.2009, OZ 10, wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben.

Der präsuntive Zuschlagsempfänger hat keine gemäß § 324 Abs. 3 BVergG 2006 begründeten Einwendungen gegen die von der Antragstellerin begehrten Entscheidungen erhoben, sodass dieser keine Parteistellung gemäß § 324 Abs. 3 BVergG 2006 zukommt. Der präsuntive Zuschlagsempfänger hat keine gemäß Paragraph 324, Absatz 3, BVergG 2006 begründeten Einwendungen gegen die von der Antragstellerin begehrten Entscheidungen erhoben, sodass dieser keine Parteistellung gemäß Paragraph 324, Absatz 3, BVergG 2006 zukommt.

Bisher wurden keine Angebote ausgeschieden. Der Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren wurde noch nicht erteilt, ein Widerruf hat nicht stattgefunden.

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den genannten Quellen. Die herangezogenen Beweismittel sind echt. Ihre inhaltliche Richtigkeit steht außer Zweifel. Widersprüche traten nicht auf.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

1. 3.Ziffer 3
Rechtliche Beurteilung

3.1.Rechtslage

Das Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG 2006), BGBl I Nr 17/2006, wurde mit BGBl I Nr 86/2007, kundgemacht am 26.11.2007, (BVerG) novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind grundsätzlich mit dem zweiten der Kundmachung des Bundesgesetzes BGBl I Nr. 86/2007, somit am 1.1.2008 in Kraft getreten. Das Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG 2006), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 17 aus 2006,, wurde mit Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 86 aus 2007,, kundgemacht am 26.11.2007, (BVerG) novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind grundsätzlich mit dem zweiten der Kundmachung des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007,, somit am 1.1.2008 in Kraft getreten.

Gemäß § 345 Abs 13 Z 1 BVerG sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes BGBl I Nr 86/2007 bereits eingeleiteten Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit des vom Auftraggeber geführten Vergabeverfahrens, das im Jahr 2007 eingeleitet wurde, die Bestimmungen des BVerG 2006 in der Stammfassung des BGBl I Nr 17/2006 als Prüfmaßstab heranzuziehen hat. Darüber hinaus sind jedoch für die beim Bundesvergabeamt seit dem 1.1.2008 anhängigen Nachprüfungsverfahren und für Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom Bundesvergabeamt die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 idF der Novelle BGBl I Nr 86/2007 (BVerG) anzuwenden. Gemäß Paragraph 345, Absatz 13, Ziffer eins, BVerG sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 86 aus 2007, bereits eingeleiteten Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit des vom Auftraggeber geführten Vergabeverfahrens, das im Jahr 2007 eingeleitet wurde, die Bestimmungen des BVerG 2006 in der Stammfassung des Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 17 aus 2006, als Prüfmaßstab heranzuziehen hat. Darüber hinaus sind jedoch für die beim Bundesvergabeamt seit dem 1.1.2008 anhängigen Nachprüfungsverfahren und für Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom Bundesvergabeamt die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 86 aus 2007, (BVerG) anzuwenden.

3.2. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages

Auftraggeber im Sinne des § 2 Z 8 BVerG ist der Abwasserverband Wiener Neustadt, ein Wasserverband, der auf der Grundlage der §§ 87 ff WRG 1959 zu dem Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind. Es handelt sich somit um eine Körperschaft öffentlichen Rechts und einen Selbstverwaltungsträger mit Behördenqualität, weshalb dieser als öffentlicher Auftraggeber iSv § 3 Abs 1 Z 2 BVerG zu qualifizieren und damit der persönliche Geltungsbereich des BVerG gegeben ist (vgl BVA 17.03.2004, 15N-17/04-17; BVA 07.05.2004, 15N- 46/04-14). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um Bauauftrag (CPVCode 45200000) gemäß § 4 BVerG. Eine Unterteilung in Lose ist nicht vorgesehen. Der geschätzte Auftragswert liegt laut Angaben des Auftraggebers jedenfalls unter dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs.1 Z 3 BVerG, sodass ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich vorliegt. Auftraggeber im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVerG ist der Abwasserverband Wiener Neustadt, ein Wasserverband, der auf der Grundlage der Paragraphen 87, ff WRG 1959 zu dem Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind. Es handelt sich somit um eine Körperschaft öffentlichen Rechts und einen Selbstverwaltungsträger mit Behördenqualität, weshalb dieser als öffentlicher Auftraggeber iSv Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVerG zu qualifizieren und damit der persönliche Geltungsbereich des BVerG gegeben ist vergleiche BVA 17.03.2004, 15N-17/04-17; BVA 07.05.2004, 15N- 46/04-14). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um Bauauftrag (CPVCode 45200000) gemäß Paragraph 4, BVerG. Eine Unterteilung in Lose ist nicht vorgesehen. Der geschätzte Auftragswert liegt laut Angaben des Auftraggebers jedenfalls unter dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 3, BVerG, sodass ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich vorliegt.

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

Da darüber hinaus laut Stellungnahme des Auftraggebers das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit in concreto gemäß § 312 Abs 2 BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig. Da darüber hinaus laut Stellungnahme des Auftraggebers das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit in concreto gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.

Festzustellen ist, dass der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach § 320 BVergG nicht offensichtlich fehlen. Festzustellen ist, dass der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, BVergG nicht offensichtlich fehlen.

Die Anträge sind zulässig, wobei auch die Voraussetzungen des § 328 Abs 2 BVergG vorliegen. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt. Die Anträge sind zulässig, wobei auch die Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG vorliegen. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt.

Zu Spruchpunkt I Zu Spruchpunkt römisch eins

Gemäß § 19 Abs 1 BVergG 2006 sind Vergabeverfahren nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen. Gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 sind Vergabeverfahren nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

In Entsprechung des Gleichbehandlungsgrundsatzes und aufgrund der allgemeinen Bestimmungen des § 19 BVergG 2006 iVm § 80 leg.cit müssen alle Bieter darauf vertrauen können, dass sich der Auftraggeber an die von ihm festgelegten Ausschreibungsbestimmungen hält (EuGH 22.6.1993, Rs C-243/89, Storebaelt; EuGH 25.04.1996 Rs C-87/94-Kommission/Belgien). Da die Ausschreibung mangels Anfechtung innerhalb der in § 321 Abs.2 BVergG 2006 festgelegten Fristen Bestandskraft erlangt hat, ist diese unveränderliche Grundlage für die Bewertung der Angebote geworden (vgl. BVA vom 22.6.2005, 03N-35/05-26). Damit sind die Bieter und auch der Auftraggeber an die in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen gebunden (vgl. BVA vom 20.3.2003, 12N-10/03-11; BVA 11.12.2003, 17N-115/03-30; BVA 18.8.2003, 10N-60/03-26; BVA vom 13.1.2005, 03N-111/04-10; s. auch Huber-Mataushek in ZVB 10/2005, 286). Die Leistung ist unter Berücksichtigung der festgelegten Zuschlagskriterien zu vergeben, Abweichungen von den in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen begründen eine Verletzung der wesentlichen Grundsätze des Vergabeverfahrens. In Entsprechung des Gleichbehandlungsgrundsatzes und aufgrund der allgemeinen Bestimmungen des Paragraph 19, BVergG 2006 in Verbindung mit Paragraph 80, leg.cit müssen alle Bieter darauf vertrauen können, dass sich der Auftraggeber an die von ihm festgelegten Ausschreibungsbestimmungen hält (EuGH 22.6.1993, Rs C-243/89, Storebaelt; EuGH 25.04.1996 Rs C-87/94-Kommission/Belgien). Da die Ausschreibung mangels Anfechtung innerhalb der in Paragraph 321, Absatz 2, BVergG 2006 festgelegten Fristen Bestandskraft erlangt hat, ist diese unveränderliche Grundlage für die Bewertung der Angebote geworden (vergleiche BVA vom 22.6.2005, 03N-35/05-26). Damit sind die Bieter und auch der Auftraggeber an die in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen gebunden (vergleiche BVA vom 20.3.2003, 12N-10/03-11; BVA 11.12.2003, 17N-115/03-30; BVA 18.8.2003, 10N-60/03-26; BVA vom 13.1.2005, 03N-111/04-10; s. auch Huber-Mataushek in ZVB 10 aus 2005, 286). Die Leistung ist unter Berücksichtigung der festgelegten Zuschlagskriterien zu vergeben, Abweichungen von den in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen begründen eine Verletzung der wesentlichen Grundsätze des Vergabeverfahrens.

Gemäß § 69 Z 1 BVergG muss unbeschadet der Regelung des § 20 Abs.1 die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit beim offenen Verfahren spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen. Gemäß Paragraph 69, Ziffer eins, BVergG muss unbeschadet der Regelung des Paragraph 20, Absatz eins, die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit beim offenen Verfahren spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen.

Gemäß § 70 Abs.1 BVergG kann der Auftraggeber von Unternehmern, die an einem Vergabeverfahren teilnehmen,

Nachweise darüber verlangen, dass ihre 1. berufliche Befugnis, 2. berufliche Zuverlässigkeit, 3. finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, sowie 4. technische Leistungsfähigkeit gegeben ist. Gemäß Abs.2 leg.cit. dürfen Nachweise vom Unternehmer nur so weit verlangt werden, wie es durch den Gegenstand des Auftrages gerechtfertigt ist. Dabei hat der Auftraggeber die berechtigten Interessen des Unternehmers am Schutz seiner technischen oder handelsbezogenen Betriebsgeheimnisse zu berücksichtigen. Gemäß Abs.3 leg.cit. kann der Auftraggeber den Unternehmer auffordern, erforderliche Nachweise binnen einer angemessenen Frist vorzulegen bzw. vorgelegte Bescheinigungen binnen einer angemessenen Frist zu vervollständigen oder zu erläutern. Nachweise können auch in Kopie oder elektronisch vorgelegt werden. Gemäß Paragraph 70, Absatz eins, BVerG kann der Auftraggeber von Unternehmern, die an einem Vergabeverfahren teilnehmen, Nachweise darüber verlangen, dass ihre 1. berufliche Befugnis, 2. berufliche Zuverlässigkeit, 3. finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, sowie 4. technische Leistungsfähigkeit gegeben ist. Gemäß Absatz 2, leg.cit. dürfen Nachweise vom Unternehmer nur so weit verlangt werden, wie es durch den Gegenstand des Auftrages gerechtfertigt ist. Dabei hat der Auftraggeber die berechtigten Interessen des Unternehmers am Schutz seiner technischen oder handelsbezogenen Betriebsgeheimnisse zu berücksichtigen. Gemäß Absatz 3, leg.cit. kann der Auftraggeber den Unternehmer auffordern, erforderliche Nachweise binnen einer angemessenen Frist vorzulegen bzw. vorgelegte Bescheinigungen binnen einer angemessenen Frist zu vervollständigen oder zu erläutern. Nachweise können auch in Kopie oder elektronisch vorgelegt werden.

Gemäß § 129 Abs.1 BVerG hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auf Grund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschneiden: Gemäß Paragraph 129, Absatz eins, BVerG hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auf Grund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschneiden:

...

1. 2. Ziffer 2

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

....

1. 7. Ziffer 7

den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Teil-, Alternativ- und Abänderungsangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, nicht gleichwertige Alternativ- oder Abänderungsangebote und Alternativangebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen, sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind.....

Die Angebotsöffnung erfolgte am 30.1.2009, 9.25 Uhr. Gemäß Punkt D3.1. der unbekämpft gebliebenen Ausschreibung ist der " Nachweis über die Einhaltung der GWT-Richtlinien (Technische Güteanforderungen für Maschinen, Behälter und Ausrüstungsteile, M06 und M07, Gütegemeinschaft Wassertechnik - GWT, 1045 Wien, Wiedner Hauptstraße 63, Postfach 333) in der jeweils gültigen bzw. aktuellen Fassung sowie die darin zitierten EN-Normen" zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe " in schriftlicher Form (Nachweis über die Mitgliedschaft oder Nachweis von Einzelprüfungen) vorzulegen, (...)" . Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat zwar rechtzeitig ein Angebot gelegt, jedoch keinen der o.a. Nachweise vorgelegt. Der Auftraggeber hat in weiterer Folge die präsumtive Zuschlagsempfängerin mit Schreiben vom 17.2.2009 zur Nachreichung der fehlenden Unterlagen bei sonstigem Ausscheiden bis 13.3.2009 aufgefordert und diese Frist auf Ersuchen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin bis 26.3.2009 verlängert. Wenn nun die präsumtive Zuschlagsempfängerin in der mündlichen Verhandlung behauptet, sie sei zum einen diesem Ersuchen jedenfalls fristgerecht nachgekommen, da mit der am 26.3.2009 erfolgten Vorlage des TÜV Berichts vom 10.3.2009 der Nachweis der in der Ausschreibung geforderten Einzelprüfungen damit ausschreibungskonform erbracht worden sei und zwar trotz unstrittiger Tatsache, dass dieser Nachweis zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung deshalb nicht erbracht werden konnte, weil dieses Einzelprüfverfahren für die Produktrichtlinien M 06 und M 07 erst nach der am 30.1.2009 erfolgten Angebotsöffnung, konkret am 9 und 10.3.2009, auf Antrag der präsumtive Zuschlagsempfängerin eingeleitet worden sei, zum anderen sich die präsumtive Zuschlagsempfängerin bereits " mit Abgabe des Angebotes zur Einhaltung der gegenständlichen technischen Vertragsbestimmungen, so auch zur Einhaltung des Nachweises über die GWT - Richtlinie verpflichtet habe" und damit " der Leistungsinhalt bereits bei der Angebotsabgabe festgestanden und eine Verbesserung der Wettbewerbsstellung des Bestbieters ausgeschlossen" sei, übersieht sie, dass ein Bieter gemäß § 108 Abs.2 BVerG zwar mit der Abgabe seines Angebotes erklärt, dass er die Bestimmungen der

Ausschreibungsunterlagen kennt, dass er über die erforderlichen Befugnisse zur Ausführung des Auftrages verfügt, dass er die ausgeschriebene Leistung zu diesen Bestimmungen und den von ihm angegebenen Preisen erbringt, und dass er sich bis zum Ablauf der Zuschlagsfrist - zivilrechtlich - an sein Angebot bindet, jedoch im Hinblick auf die zu erfüllenden Musskriterien aus den auf Aufforderung gemäß § 70 Abs.3 BVergG nachgereichten Nachweisen jedenfalls eindeutig hervorgehen muss, dass das vom Auftraggeber geforderte Musskriterium zum geforderten Zeitpunkt gegeben war (vgl. BVA 20.12.2007, N/0111-BVA/03/2007). Dies ist im gegenständlichen Fall beim offenen Verfahren der Zeitpunkt der Angebotsöffnung - und nicht später. Die Behauptung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, es sei unerheblich, ob der Bestbieter bereits zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe diesen Nachweis führen könne oder erst vor Auftragserteilung erbringe, widerspricht den allgemeinen Grundsätzen des Vergaberechts und dem Grundgedanken des § 106 Abs.1 Die Angebotsöffnung erfolgte am 30.1.2009, 9.25 Uhr. Gemäß Punkt D3.1. der unbekämpft gebliebenen Ausschreibung ist der " Nachweis über die Einhaltung der GWT-Richtlinien (Technische Güteanforderungen für Maschinen, Behälter und Ausrüstungsteile, M06 und M07, Gütegemeinschaft Wassertechnik - GWT, 1045 Wien, Wiedner Hauptstraße 63, Postfach 333) in der jeweils gültigen bzw. aktuellen Fassung sowie die darin zitierten EN-Normen" zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe " in schriftlicher Form (Nachweis über die Mitgliedschaft oder Nachweis von Einzelprüfungen) vorzulegen, (....)". Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat zwar rechtzeitig ein Angebot gelegt, jedoch keinen der o.a. Nachweise vorgelegt. Der Auftraggeber hat in weiterer Folge die präsumtive Zuschlagsempfängerin mit Schreiben vom 17.2.2009 zur Nachreichung der fehlenden Unterlagen bei sonstigem Ausscheiden bis 13.3.2009 aufgefordert und diese Frist auf Ersuchen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin bis 26.3.2009 verlängert. Wenn nun die präsumtive Zuschlagsempfängerin in der mündlichen Verhandlung behauptet, sie sei zum einen diesem Ersuchen jedenfalls fristgerecht nachgekommen, da mit der am 26.3.2009 erfolgten Vorlage des TÜV Berichts vom 10.3.2009 der Nachweis der in der Ausschreibung geforderten Einzelprüfungen damit ausschreibungskonform erbracht worden sei und zwar trotz unstrittiger Tatsache, dass dieser Nachweis zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung deshalb nicht erbracht werden konnte, weil dieses Einzelprüfverfahren für die Produktrichtlinien M 06 und M 07 erst nach der am 30.1.2009 erfolgten Angebotsöffnung, konkret am 9 und 10.3.2009, auf Antrag der präsumtive Zuschlagsempfängerin eingeleitet worden sei, zum anderen sich die präsumtive Zuschlagsempfängerin bereits " mit Abgabe des Angebotes zur Einhaltung der gegenständlichen technischen Vertragsbestimmungen, so auch zur Einhaltung des Nachweises über die GWT - Richtlinie verpflichtet habe" und damit " der Leistungsinhalt bereits bei der Angebotsabgabe festgestanden und eine Verbesserung der Wettbewerbsstellung des Bestbieters ausgeschlossen" sei, übersieht sie, dass ein Bieter gemäß Paragraph 108, Absatz 2, BVergG zwar mit der Abgabe seines Angebotes erklärt, dass er die Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen kennt, dass er über die erforderlichen Befugnisse zur Ausführung des Auftrages verfügt, dass er die ausgeschriebene Leistung zu diesen Bestimmungen und den von ihm angegebenen Preisen erbringt, und dass er sich bis zum Ablauf der Zuschlagsfrist - zivilrechtlich - an sein Angebot bindet, jedoch im Hinblick auf die zu erfüllenden Musskriterien aus den auf Aufforderung gemäß Paragraph 70, Absatz 3, BVergG nachgereichten Nachweisen jedenfalls eindeutig hervorgehen muss, dass das vom Auftraggeber geforderte Musskriterium zum geforderten Zeitpunkt gegeben war (vergleiche BVA 20.12.2007, N/0111-BVA/03/2007). Dies ist im gegenständlichen Fall beim offenen Verfahren der Zeitpunkt der Angebotsöffnung - und nicht später. Die Behauptung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, es sei unerheblich, ob der Bestbieter bereits zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe diesen Nachweis führen könne oder erst vor Auftragserteilung erbringe, widerspricht den allgemeinen Grundsätzen des Vergaberechts und dem Grundgedanken des Paragraph 106, Absatz eins

1. 1.Ziffer eins

Satz BVergG. Da schon der nachgereichte TÜV Bericht, datiert 10.3.2009, als Ergebnis der erst nach Angebotsöffnung eingeleiteten und am 9. und 10.3. 2009 durchgeführten Prüfung - unabhängig davon, ob dieser in Hinblick auf die vom Prüfer auferlegten Verbesserungsmaßnahmen als endgültig und die durchgeführten Prüfungen als den GWT-Richtlinien entsprechend bewertet werden kann - nicht als Nachweis der Eignung zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung ausreicht, weil eben dadurch kein Nachweis erbracht wurde, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin schon zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung am 30.1.2009 diesen Nachweis im Sinne der Ausschreibungsbestimmungen hätte erbringen und die Einhaltung der GWT-Richtlinien zum geforderten Zeitpunkt hätte belegen können. Da somit die vom Auftraggeber geforderte Mängelbehebung nicht erfolgt ist, wäre das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gemäß § 129 Abs.1 Z 7 BVergG auszuschneiden gewesen. Dies hat der Auftraggeber unterlassen und die Zuschlagsentscheidung zugunsten dieses Angebotes getroffen. Die Zuschlagsentscheidung ist daher mit Rechtswidrigkeit belastet, wobei die Rechtswidrigkeit iSd § 325

Abs. 1 Z 2 BVergG auch für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss war. Satz BVergG. Da schon der nachgereichte TÜV Bericht, datiert 10.3.2009, als Ergebnis der erst nach Angebotsöffnung eingeleiteten und am 9. und 10.3. 2009 durchgeführten Prüfung - unabhängig davon, ob dieser in Hinblick auf die vom Prüfer auferlegten Verbesserungsmaßnahmen als endgültig und die durchgeführten Prüfungen als den GWT-Richtlinien entsprechend bewertet werden kann - nicht als Nachweis der Eignung zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung ausreicht, weil eben dadurch kein Nachweis erbracht wurde, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin schon zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung am 30.1.2009 diesen Nachweis im Sinne der Ausschreibungsbestimmungen hätte erbringen und die Einhaltung der GWT-Richtlinien zum geforderten Zeitpunkt hätte belegen können. Da somit die vom Auftraggeber geforderte Mängelbehebung nicht erfolgt ist, wäre das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG auszuschneiden gewesen. Dies hat der Auftraggeber unterlassen und die Zuschlagsentscheidung zugunsten dieses Angebotes getroffen. Die Zuschlagsentscheidung ist daher mit Rechtswidrigkeit belastet, wobei die Rechtswidrigkeit iSd Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG auch für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss war.

Der angeführte Ausscheidenstatbestand war auch Gegenstand der mündlichen Verhandlung am 24.4.2009. Der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wurde Gelegenheit gegeben, dazu und damit auch zur Stichhaltigkeit der vom Bundesvergabeamt herangezogenen Ausscheidensgründe Stellung zu nehmen [vgl. EuGH 19.6.2003, Rs C- 249/01 (Hackermüller); VwGH 1.3.2005, 2003/04/0039; 16.2.2005, 2004/04/0030].

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden-

Zu Spruchpunkt II:

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

Gemäß § 319 Abs 3 BVergG entscheidet über den Gebührenersatz das Bundesvergabeamt. Gemäß Paragraph 319, Absatz 3, BVergG entscheidet über den Gebührenersatz das Bundesvergabeamt.

Die Antragstellerin hat die Pauschalgebühren in der Höhe von Euro 3.750,-- tatsächlich entrichtet. Der Antrag auf Ersatz allenfalls zu entrichtender Pauschalgebühren wurde zusammen mit dem Nachprüfungsantrag und damit rechtzeitig gestellt.

Da - wie sich aus Spruchpunkt I ergibt - dem Nachprüfungsantrag stattgegeben wurde und somit ein Obsiegen des Antragstellers iSv § 319 Abs 1 BVergG vorliegt, ist dem diesbezüglichen Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung stattzugeben. Da - wie sich aus Spruchpunkt römisch eins ergibt - dem Nachprüfungsantrag stattgegeben wurde und somit ein Obsiegen des Antragstellers iSv Paragraph 319, Absatz eins, BVergG vorliegt, ist dem diesbezüglichen Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung stattzugeben.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Schlagworte

Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung; Unterschwellenbereich; offenes Verfahren; Nachreichung von Unterlagen; Nachweis der Eignung maßgeblicher Zeitpunkt ist Angebotsöffnung;

Zuletzt aktualisiert am

10.06.2009

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