

TE Verg Bescheid 2008/11/28 N/0131-BVA/12/2008-29

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 28.11.2008

Norm

BVergG 2006 §19 Abs1

BVerGG 2006 §68 Abs1 Z7

BVergG 2006 §75 Abs2

BVergG 2006 §123

BVergG 2006 §127 Abs1

BVergG 2006 §128 Abs1

BVergG 2006 §130 Abs1

BVergG 2006 §312 Abs2 Z2

BVergG 2006 §319

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §325 Abs1

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 § 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
3. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 123 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 123 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 127 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 128 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 128 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 130 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
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 § 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 § 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

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Senat 12 bestehend aus Dr. Michael Etlinger als Vorsitzenden sowie Mag. Martin Sailer als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Johannes Schenk als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe "Leopold Franzens Universität Innsbruck, Technische Fakultät, technische Funktionssanierung der elektrischen Anlagen" des Auftraggebers Bundesimmobiliengesellschaft mbH, Hintere Zollamtsstraße 1, 1030 Wien, eingeleitet über Antrag vom 16. Oktober 2008 der A***, vertreten durch X***, wie folgt entschieden:

Spruch

1. 1.Ziffer eins

Dem Antrag, das Bundesvergabeamt möge die Entscheidung der BIG, das Angebot von A*** im Vergabeverfahren "Leopold Franzens Universität Innsbruck; technische Funktionssanierung der elektrischen Anlagen" auszuscheiden (gesondert Anfechtbare Entscheidung: "das Ausscheiden eines Angebotes"), für nichtig erklären, wird stattgegeben.

Die Entscheidung des Auftraggebers vom 29. September 2008, zugestellt am 9. Oktober 2008, das Angebot der Antragstellerin auszuscheiden, wird für nichtig erklärt.

Rechtsgrundlage: §§ 19 Abs 1, 68 Abs 1 Z 7, 75 Abs 2, 123, 127 Abs 1, 128 Abs 1, 312 Abs 2 Z 2, 320 Abs 1 und 325 Abs 1 BVergG 2006
Rechtsgrundlage: Paragraphen 19, Absatz eins, 68, Absatz eins, Ziffer 7, 75, Absatz 2, 123, 127, Absatz eins, 128, Absatz eins, 312, Absatz 2, Ziffer 2, 320, Absatz eins und 325 Absatz eins, BVergG 2006

1. 2.Ziffer 2

Dem Antrag, das Bundesvergabeamt möge die Entscheidung des Auftraggebers, dem Angebot der B*** im Vergabeverfahren "Leopold Franzens Universität Innsbruck; technische Funktionssanierung der elektrischen Anlagen" den Zuschlag erteilen zu wollen (gesondert Anfechtbare Entscheidung: "Zuschlagsentscheidung"), für nichtig erklären, wird stattgegeben.

Die Entscheidung des Auftraggebers vom 29. September 2008, bekannt gegeben am 9. Oktober 2008, den Zuschlag an B***, zu erteilen, wird für nichtig erklärt.

Rechtsgrundlage: §§ 130 Abs 1, 312 Abs Z 2, 320 Abs 1 und 325 Abs 1 BVergG 2006
Rechtsgrundlage: Paragraphen 130, Absatz eins, 312, Abs Ziffer 2, 320, Absatz eins und 325 Absatz eins, BVergG 2006

1. 3.Ziffer 3

Dem Antrag, das Bundesvergabeamt möge dem Auftraggeber auftragen, der Antragstellerin die Pauschalgebühren von EUR 2500,00 für diesen Nachprüfungsantrag gemäß § 319 BVergG zu Handen ihrer ausgewiesenen Rechtsvertreter zu ersetzen, wird stattgegeben. Dem Antrag, das Bundesvergabeamt möge dem Auftraggeber auftragen, der Antragstellerin die Pauschalgebühren von EUR 2500,00 für diesen Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 319, BVergG zu Handen ihrer ausgewiesenen Rechtsvertreter zu ersetzen, wird stattgegeben.

Der Auftraggeber ist verpflichtet, der A***, zu

Handen ihres rechtsfreundlichen Vertreters X***, die für den Nachprüfungsantrag sowie den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichteten Pauschalgebühren von insgesamt EUR 2500,00 binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Bescheides bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Rechtsgrundlage: 319 BVergG 2006

Begründung

Die Antragstellerin stellte am 16. Oktober 2008 die im Spruch ersichtlichen Begehren. Der Auftraggeber habe die Ausscheidensentscheidung ausschließlich damit begründet, dass sich die Antragstellerin bei Erteilung von Auskünften hinsichtlich ihrer Eignung "erheblicher Falschauskünfte" schuldig gemacht habe und daher gemäß § 68 Abs 1 Z 7 BVergG auszuschließen gewesen wäre. Dieser Ausschluss sei jedoch zu Unrecht erfolgt. Die Antragstellerin habe zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit fünf Referenzprojekte bekannt gegeben. Bei einem Referenzprojekt sei es bezüglich des Auftragswertes zu einer Verwechslung mit einem anderen Projekt gekommen. Dieser Irrtum wäre leicht aufzuklären gewesen. Jedoch habe der Auftraggeber der Antragstellerin dazu keine Gelegenheit mehr gegeben und die weitere Prüfung "abgebrochen". Auch seien zu den vier anderen Referenzen keine weiteren Auskünfte eingeholt worden. Die Angebotsprüfung des Angebotes der Antragstellerin sei daher nicht vollständig erfolgt. Aufgrund der rechtswidrigen Nichtberücksichtigung des Angebotes der Antragstellerin bei der Bestbieterermittlung sei auch die Zuschlagsentscheidung rechtswidrig, da die Antragstellerin einen erheblich niedrigeren Preis als die präsumtive Zuschlagsempfängerin angeboten habe. Die Antragstellerin stellte am 16. Oktober 2008 die im Spruch ersichtlichen Begehren. Der Auftraggeber habe die Ausscheidensentscheidung ausschließlich damit begründet, dass sich die Antragstellerin bei Erteilung von Auskünften hinsichtlich ihrer Eignung "erheblicher Falschauskünfte" schuldig gemacht habe und daher gemäß Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG auszuschließen gewesen wäre. Dieser Ausschluss sei jedoch zu Unrecht erfolgt. Die Antragstellerin habe zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit fünf Referenzprojekte bekannt gegeben. Bei einem Referenzprojekt sei es bezüglich des Auftragswertes zu einer Verwechslung mit einem anderen Projekt gekommen. Dieser Irrtum wäre leicht aufzuklären gewesen. Jedoch habe der Auftraggeber der Antragstellerin dazu keine Gelegenheit mehr gegeben und die weitere Prüfung "abgebrochen". Auch seien zu den vier anderen Referenzen keine weiteren Auskünfte eingeholt worden. Die Angebotsprüfung des Angebotes der Antragstellerin sei daher nicht vollständig erfolgt. Aufgrund der rechtswidrigen Nichtberücksichtigung des Angebotes der Antragstellerin bei der Bestbieterermittlung sei auch die Zuschlagsentscheidung rechtswidrig, da die Antragstellerin einen erheblich niedrigeren Preis als die präsumtive Zuschlagsempfängerin angeboten habe.

Der Auftraggeber erstattete am 27. Oktober 2008 eine Stellungnahme zum gesamten Antragsvorbringen und führte einleitend aus, dass das Angebot der Antragstellerin vollständig, ordnungsgemäß und sorgfältig geprüft worden sei. Die Antragstellerin sei vom gegenständlichen Vergabeverfahren zu Recht ausgeschlossen worden. Entgegen der Festlegung des Auftraggebers vom 27. August 2008, wonach als Referenzprojekte nur Anlagen anerkannt werden könnten, welche als Hauptauftragnehmer ausgeführt wurden, sei die Antragstellerin in den Referenzprojekten "Stadtteilzentrum Olympisches Dorf" sowie "Multifunktionales Zentrum M4" jeweils lediglich als Subunternehmer genannt. Auch fehle bei diesen Referenzen die Bestätigung des jeweiligen Auftraggebers. Der Wert der Leistung sei überdies nicht - wie gefordert - als Nettowert angegeben. Bei den Referenzprojekten "Landhaus 1" sowie "Bobbahn Igls" habe man über Rückfrage bei dem Auftraggebervertreter in Erfahrung gebracht, dass es sich bei den angegebenen Auftragswerten - entgegen der in der Ausschreibung geforderten Nettosumme - jeweils um Bruttosummen handeln würde. Die Überprüfung der Referenz "Volksschule Sautens" habe ergeben, dass es sich hierbei nicht um einen Auftrag in der von der Antragstellerin fälschlich angegebenen Höhe handle.

Entgegen der Behauptung der Antragstellerin würden somit auch nicht "immer noch vier gültige Referenzen für den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit" vorliegen. Selbst bei wohlwollendster Betrachtung für die Antragstellerin (Heranziehung der wahren, in der Referenz nicht genannten Nettoauftragsummen) verbleibe nur mehr das Referenzprojekt "Landhaus 1" für die Bewertung als eines der geforderten Referenzprojekte über der geforderten Nettoauftragsumme EUR 500.000,00. Ungeachtet des Ausschlussgrundes gemäß § 68 Abs 1 Z 7 BVergG sei das Angebot der Antragstellerin daher bereits wegen der mangelnden Erfüllung der geforderten Musskriterien für die technische Leistungsfähigkeit gemäß § 129 Abs 1 Z 1 BVergG auszuschließen gewesen. Selbst wenn man jedoch dem Vorbringen der Antragstellerin folge, wonach die falsche Angabe des Auftragswertes bei der Referenz "Volksschule Sautens" auf einem Irrtum beruhe, sei für die Antragstellerin nichts gewonnen. Ein nachträglicher "Austausch" der betreffenden Referenz würde eine Änderung des Angebotes und somit eine materielle Änderung der

Wettbewerbstellung der Antragstellerin nach sich ziehen. Im übrigen sei jedoch das Vorbringen der Antragstellerin im Hinblick auf die Möglichkeit einer Aufklärung gemäß § 126 BVergG auch insofern verfehlt, als eine allfällige Aufklärungspflicht des Auftraggebers jedenfalls nach ständiger Rechtsprechung nicht überspannt werden dürfe und der Auftraggeber im konkreten Fall daher etwa nicht angehalten gewesen sei, der Antragstellerin nochmals die Möglichkeit der Verbesserung der Mangelhaftigkeit ihres Angebots einzuräumen bzw. ein solches Vorgehen gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter verstoßen hätte, zumal der Antragstellerin zur Nachreichung ausreichend Zeit eingeräumt worden sei. Außerdem seien für den Auftraggeber auch keine Unklarheiten im Sinne des § 126 BVergG vorgelegen, da sich herausgestellt habe, dass die Antragstellerin schlicht eine falsche Erklärung hinsichtlich des Auftragwertes im Fall der Referenz "Volksschule Sautens" abgegeben habe. In Verbindung mit den übrigen falschen/mangelhaften Erklärungen und Angaben, bewirke diese Falscherklärung über den Auftragswert bei der Referenz "Volksschule Sautens" eine den Ausschluss der Antragstellerin gemäß § 68 Abs 1 Z 7 BVergG rechtfertigende ernste Störung bzw. Erschütterung des Vertrauensverhältnisses zwischen Bieter und Auftraggeber. Das angeblich "verwechselte" Projekt "Parkhotel Hall" sei von der Antragstellerin im Übrigen bis dato weder in ihrem Nachprüfungsantrag als Beweis vorgelegt noch sonst als Nachweis im Vergabeverfahren angeboten worden. Entgegen der Behauptung der Antragstellerin würden somit auch nicht "immer noch vier gültige Referenzen für den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit" vorliegen. Selbst bei wohlwollendster Betrachtung für die Antragstellerin (Heranziehung der wahren, in der Referenz nicht genannten Nettoauftragssummen) verbleibe nur mehr das Referenzprojekt "Landhaus 1" für die Bewertung als eines der geforderten Referenzprojekte über der geforderten Nettoauftragssumme EUR 500.000,00. Ungeachtet des Ausschlussgrundes gemäß Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG sei das Angebot der Antragstellerin daher bereits wegen der mangelnden Erfüllung der geforderten Musskriterien für die technische Leistungsfähigkeit gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG auszuschneiden gewesen. Selbst wenn man jedoch dem Vorbringen der Antragstellerin folge, wonach die falsche Angabe des Auftragwertes bei der Referenz "Volksschule Sautens" auf einem Irrtum beruhe, sei für die Antragstellerin nichts gewonnen. Ein nachträglicher "Austausch" der betreffenden Referenz würde eine Änderung des Angebotes und somit eine materielle Änderung der Wettbewerbstellung der Antragstellerin nach sich ziehen. Im übrigen sei jedoch das Vorbringen der Antragstellerin im Hinblick auf die Möglichkeit einer Aufklärung gemäß Paragraph 126, BVergG auch insofern verfehlt, als eine allfällige Aufklärungspflicht des Auftraggebers jedenfalls nach ständiger Rechtsprechung nicht überspannt werden dürfe und der Auftraggeber im konkreten Fall daher etwa nicht angehalten gewesen sei, der Antragstellerin nochmals die Möglichkeit der Verbesserung der Mangelhaftigkeit ihres Angebots einzuräumen bzw. ein solches Vorgehen gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter verstoßen hätte, zumal der Antragstellerin zur Nachreichung ausreichend Zeit eingeräumt worden sei. Außerdem seien für den Auftraggeber auch keine Unklarheiten im Sinne des Paragraph 126, BVergG vorgelegen, da sich herausgestellt habe, dass die Antragstellerin schlicht eine falsche Erklärung hinsichtlich des Auftragwertes im Fall der Referenz "Volksschule Sautens" abgegeben habe. In Verbindung mit den übrigen falschen/mangelhaften Erklärungen und Angaben, bewirke diese Falscherklärung über den Auftragswert bei der Referenz "Volksschule Sautens" eine den Ausschluss der Antragstellerin gemäß Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG rechtfertigende ernste Störung bzw. Erschütterung des Vertrauensverhältnisses zwischen Bieter und Auftraggeber. Das angeblich "verwechselte" Projekt "Parkhotel Hall" sei von der Antragstellerin im Übrigen bis dato weder in ihrem Nachprüfungsantrag als Beweis vorgelegt noch sonst als Nachweis im Vergabeverfahren angeboten worden.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin erstattete am 25. Oktober 2008, eingelangt 28. Oktober 2008, begründete Einwendungen gemäß §§ 323 Abs 4 und 324 BVergG. Einleitend wurde darauf hingewiesen, dass es der Antragstellerin an der erforderlichen Aktivlegitimation ermangle, da die Antragstellerin die Umstände, die zu der Ausscheidensentscheidung geführt hätten, nicht bestreite, sondern nur darauf verweise, dass diese auf einem Irrtum beruhen würden. Zur angeführten Verwechslung des Referenzprojektes ("Parkhotel Hall" statt "Volksschule Sautens") führte sie aus, dass dieses Werk von der C*** ausgeführt worden sei. Mit der Elektroplanung sei die D*** beauftragt worden. Diese habe bestätigt, dass die Firma C*** weder im Angebot noch im Werkvertrag einen Arge-Partner oder einen Sub-Auftragnehmer namhaft gemacht habe. Die Antragstellerin sei zur Einbringung des gegenständlichen Nichtigerklärungsantrages nicht befugt, da sie gemäß § 68 Abs 1 Z 7 BVergG zu Recht vom gegenständlichen Vergabeverfahren ausgeschlossen worden sei. Damit sei die Antragstellerin nicht zur Einbringung eines Nachprüfungsantrages legitimiert und dieser Antrag zurückzuweisen. Somit sei aber auch der weiters von ihr gestellte Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens ebenfalls nicht

berechtigt und daher zurückzuweisen. Die präsuntive Zuschlagsempfängerin erstattete am 25. Oktober 2008, eingelangt 28. Oktober 2008, begründete Einwendungen gemäß Paragraphen 323, Absatz 4 und 324 BVergG. Einleitend wurde darauf hingewiesen, dass es der Antragstellerin an der erforderlichen Aktivlegitimation ermangle, da die Antragstellerin die Umstände, die zu der Ausscheidensentscheidung geführt hätten, nicht bestreite, sondern nur darauf verweise, dass diese auf einem Irrtum beruhen würden. Zur angeführten Verwechslung des Referenzprojektes ("Parkhotel Hall" statt "Volksschule Sautens") führte sie aus, dass dieses Werk von der C*** ausgeführt worden sei. Mit der Elektroplanung sei die D*** beauftragt worden. Diese habe bestätigt, dass die Firma C*** weder im Angebot noch im Werkvertrag einen Arge-Partner oder einen Sub-Auftragnehmer namhaft gemacht habe. Die Antragstellerin sei zur Einbringung des gegenständlichen Nichtigerklärungsantrages nicht befugt, da sie gemäß Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG zu Recht vom gegenständlichen Vergabeverfahren ausgeschlossen worden sei. Damit sei die Antragstellerin nicht zur Einbringung eines Nachprüfungsantrages legitimiert und dieser Antrag zurückzuweisen. Somit sei aber auch der weiters von ihr gestellte Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens ebenfalls nicht berechtigt und daher zurückzuweisen.

Die Antragstellerin erstattete am 19. November 2008 eine Gegenstellungnahme zu den Stellungnahmen des Auftraggebers sowie der präsuntiven Zuschlagsempfängerin. In den Ausschreibungsunterlagen sei ausdrücklich vorgesehen gewesen, dass die geforderten Eignungsnachweise nachgereicht werden könnten. Auf Grund dieser Bestimmung habe der Auftraggeber die Antragstellerin aufgefordert, diverse Unterlagen vorzulegen. Dies sei somit kein Verbesserungsauftrag des Auftraggebers gewesen. Die Antragstellerin habe alle vom Auftraggeber in diesem Schreiben geforderten Unterlagen fristgerecht beigebracht. Die Argumentation des Auftraggebers, dass das Angebot der Antragstellerin von Anfang an mangelhaft gewesen sei, sei daher unrichtig. Ein Verbesserungsauftrag oder die Möglichkeit einer Aufklärung sei der Antragstellerin hingegen nie eingeräumt worden. Aus den gesamten Ausschreibungsunterlagen gehe nicht hervor, dass nur Referenzen anerkannt würden, die als "Hauptauftragnehmer" durchgeführt worden seien. Diese Anforderung sei vom Auftraggeber erstmals mit Schreiben vom 27. August 2008 erwähnt worden. Bei der in diesem Schreiben festgelegten "neuen" Anforderung (Voraussetzung) handle es sich um eine unzulässige nachträgliche Änderung der Ausschreibungsunterlagen. Eine Abänderung der Anforderungen an die Referenzen sei daher unwirksam. Aus der Angebotsprüfung sei ersichtlich, dass die Referenzprojekte "Stadtteilzentrum Olympisches Dorf" und "Multifunktionales Zentrum M4" nicht näher geprüft worden seien. Der Antragstellerin sei auch keine Möglichkeit zur Aufklärung gegeben worden. Weiters sei in den Prüfungsunterlagen mehrmals ausgeführt, dass "eine juristische Prüfung der Unterlagen nicht durchgeführt wurde, da ein Technisches Büro über keine derartige Befugnis verfügt (...) und gegebenenfalls durch das Bundesvergabeamt zu prüfen ist". Daraus sei ersichtlich, dass das Angebot der Antragstellerin weder vollständig noch ordnungsgemäß geprüft worden sei. Allein aus diesen Gründen sei das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin nicht gerechtfertigt gewesen. Die Antragstellerin nahm schließlich noch zu den Referenzen "Landhaus 1", "Olympisches Dorf" sowie "Multifunktionales Zentrum M4" ausführlich Stellung. Zur Antragslegitimation führte sie aus, dass übersehen werde, dass Gegenstand des Verfahrens die Frage sei, ob das Angebot der Antragstellerin auszuscheiden ist oder nicht. Würde man allen Bietern, deren Angebot ausgeschieden wurde, die Antragslegitimation für die Bekämpfung der Ausscheidensentscheidung absprechen, wäre die Ausscheidensentscheidung des Auftraggebers nicht mehr bekämpfbar.

Am 20. November 2008 fand vor dem BVA eine öffentliche mündliche Verhandlung statt:

Über Befragung des Vorsitzenden an den Vertreter des Auftraggebers, führte dieser aus:

Das Ausschreibungskonvolut "Auflistung Ausschreibungsunterlagen" ist Teil der gegenständlichen Ausschreibung.

Zum Verhältnis des Formulars "Geforderte Eignungsnachweise für Bauaufträge" und der einschlägigen Bestimmung im Ausschreibungs-Leistungsverzeichnis (Pos. 001100AZ): Durch die Bestimmung im LV sollte zum Ausdruck gebracht werden, dass die Referenzen mit Angebotsabgabe anzugeben waren. Der Formulierungsbegriff "ähnliche Anlagen" bezieht sich auf den Auftragsgegenstand. Das Formular war im Sinne der dort zitierten Bestimmung gemeint. Hier wurde im Wesentlichen der Gesetzeswortlaut zitiert.

Der Auftraggeber stellte über Nachfragen klar, dass sowohl bei der Antragstellerin als auch bei der präsuntiven Zuschlagsempfängerin bei Angebotsabgabe eine allgemeine Referenzliste vorgelegen ist. Bei der präsuntiven Zuschlagsempfängerin waren jedoch - im Unterschied zur Antragstellerin - schon bei Angebotsabgabe bestätigte Referenzen vorhanden. Sinn und Zweck dieses Formulars war, dass der Auftraggeber nachträgliche Informationen

(beispielsweise über Referenzprojekte) erwerben konnte. Über Befragen des Vorsitzenden, wie im hypothetischen Falle vorgegangen worden wäre, wenn die Bieter überhaupt keine Referenzen im Angebot namhaft gemacht hätten, gab der Auftraggeber an, dass in einem solchen Fall im Sinne des Gleichbehandlungsgrundsatzes die Bieter zur nachträglichen Benennung sowie iSv § 70 Abs. 3 BVergG von Referenzen aufgefordert werden hätten können. Der Auftraggeber stellte über Nachfragen klar, dass sowohl bei der Antragstellerin als auch bei der präsumentiven Zuschlagsempfängerin bei Angebotsabgabe eine allgemeine Referenzliste vorgelegen ist. Bei der präsumentiven Zuschlagsempfängerin waren jedoch - im Unterschied zur Antragstellerin - schon bei Angebotsabgabe bestätigte Referenzen vorhanden. Sinn und Zweck dieses Formulars war, dass der Auftraggeber nachträgliche Informationen (beispielsweise über Referenzprojekte) erwerben konnte. Über Befragen des Vorsitzenden, wie im hypothetischen Falle vorgegangen worden wäre, wenn die Bieter überhaupt keine Referenzen im Angebot namhaft gemacht hätten, gab der Auftraggeber an, dass in einem solchen Fall im Sinne des Gleichbehandlungsgrundsatzes die Bieter zur nachträglichen Benennung sowie iSv Paragraph 70, Absatz 3, BVergG von Referenzen aufgefordert werden hätten können.

Der Auftraggeber bestätigte Punkt 5 der Angebotsniederschrift (Aufklärungsgespräch). Nach Übermittlung der Referenzprojekte wurde kein Aufklärungsgespräch mit der Antragstellerin geführt. Sehr wohl wurde jedoch bei den jeweiligen Referenzauftraggebern nachgefragt.

Zu Punkt 6.2 (Zusammenfassung der Angebotsniederschrift) führte der Auftraggeber aus, dass es sich bei der Bezeichnung "Bundesvergabeamt" um einen Irrtum gehandelt hat. Es sollte "BMWA" (E***, Punkt 8, Conclusio) richtiger Weise lauten. Zusätzliche Unterlagen (zur Conclusio) bezüglich Einbeziehung von E*** liegen nicht vor.

Zu den Anmerkungen bezüglich einzelner Referenzprojekte ("Subunternehmer, Summe unklar" etc.), gab der Auftraggeber an, dass Aufklärungsgespräche noch vor Einbeziehung des E*** stattgefunden haben; allerdings nicht mit dem Antragsteller, sondern mit den Referenzauftraggebern. Über Befragen, warum beispielsweise beim Referenzprojekt "Olympisches Dorf" die angegebene Auftragssumme unklar war, gibt der Auftraggeber an:

Allein der Umstand, dass nicht ausdrücklich das Wort "netto" angefügt wurde, hatte zu Zweifeln geführt, weshalb die Anmerkung "Summe unklar" erfolgt ist.

Der Vertreter der präsumentiven Zuschlagsempfängerin brachte ergänzend vor, dass die Antragstellerin ihrer Substantiierungspflicht hinsichtlich maßgeblicher Voraussetzungen ihrer Antragslegitimation nicht nachgekommen sei.

Der Auftraggeber brachte zum Vorwurf der unvollständigen Angebotsprüfung ergänzend vor, dass dieser für den Auftraggeber nicht nachvollziehbar ist, da der Prüfbericht unmissverständlich die durchgeführte und ordnungsgemäße Prüfung dokumentiert und im Übrigen die Frage der Prüfung von der Frage getrennt werden muss, ob zusätzlich Anlass besteht, sämtliche Referenzen zu hinterfragen, zumal bestimmte Referenzen aus anderen Gründen nicht wertbar waren. Der Auftraggeber verwies auf die Entscheidung des BVA vom 11.6.2002, N-128/01-128, wonach keine grundsätzliche Pflicht des Auftraggebers besteht, alle Referenzen bzw. die Eigenangaben zu den Referenzen zu hinterfragen.

Auf Grund der vorliegenden Unterlagen (vgl. insbesondere den Vergabeakt des Auftraggebers), Stellungnahme der Parteien sowie der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung wurde nachfolgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt: Auf Grund der vorliegenden Unterlagen vergleiche insbesondere den Vergabeakt des Auftraggebers), Stellungnahme der Parteien sowie der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung wurde nachfolgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

1. 1) Ziffer eins

Die Bundesimmobiliengesellschaft mbH, vertreten durch das Objektmanagement Team Tirol, hat das Bauvorhaben "Leopold Franzens Universität Innsbruck, Technische Fakultät, technische Funktionssanierung der elektrischen Anlagen" als offenes Verfahren im Unterschwellenbereich ausgeschrieben. Als Zuschlagskriterien waren der Preis mit 98 % sowie die verlängerte Gewährleistung mit 2 % gewichtet. Das Ende der Angebotsfrist war mit 5. August 2008 festgelegt. Innerhalb dieser Frist langten insgesamt 4 Angebote ein. Die Angebotsöffnung fand am 5. August 2008 statt.

1. 2) Ziffer 2

Die Ausschreibungsunterlagen enthielten ein Musterformular "Geforderte Eignungsnachweise für Bauaufträge".

Darin wurde einleitend festgehalten:

"Über Aufforderung sind nachstehende gekennzeichnete (angekreuzte) Eignungsnachweise innerhalb von 7 Werktagen zu erbringen [nach § 70 Abs. 3 BVergG 2006]:"Über Aufforderung sind nachstehende gekennzeichnete (angekreuzte) Eignungsnachweise innerhalb von 7 Werktagen zu erbringen [nach Paragraph 70, Absatz 3, BVergG 2006]:

...

Zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit [nach § 75 BVergG 2006]Zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit [nach Paragraph 75, BVergG 2006]

13 X Liste der in den letzten fünf Jahren erbrachten Bauleistungen (Referenzen). Daraus müssen der Wert der Bauleistung, Zeit und Ort der Leistungserbringung und Name und Sitz des Leistungsempfängers sowie Name der Auskunftsperson hervorgehen. Weiters muss ersichtlich sein, ob die Leistung fachgerecht und ordnungsgemäß ausgeführt wurde. Sofern davon Leistungen in Arbeitsgemeinschaften erbracht wurden, ist der Anteil des Unternehmers an der Leistungserbringung anzugeben. War der Leistungsempfänger ein öffentlicher Auftraggeber, ist der Nachweis in Form einer vom öffentlichen Auftraggeber ausgestellten oder beglaubigten Bescheinigung beizubringen. War der Leistungserbringer ein privater Auftraggeber, ist der Nachweis in Form einer vom Leistungsempfänger ausgestellten Bescheinigung oder, falls eine derartige Bescheinigung nicht erhältlich ist, durch eine einfache Erklärung des Unternehmer zu erbringen."13 römisch zehn Liste der in den letzten fünf Jahren erbrachten Bauleistungen (Referenzen). Daraus müssen der Wert der Bauleistung, Zeit und Ort der Leistungserbringung und Name und Sitz des Leistungsempfängers sowie Name der Auskunftsperson hervorgehen. Weiters muss ersichtlich sein, ob die Leistung fachgerecht und ordnungsgemäß ausgeführt wurde. Sofern davon Leistungen in Arbeitsgemeinschaften erbracht wurden, ist der Anteil des Unternehmers an der Leistungserbringung anzugeben. War der Leistungsempfänger ein öffentlicher Auftraggeber, ist der Nachweis in Form einer vom öffentlichen Auftraggeber ausgestellten oder beglaubigten Bescheinigung beizubringen. War der Leistungserbringer ein privater Auftraggeber, ist der Nachweis in Form einer vom Leistungsempfänger ausgestellten Bescheinigung oder, falls eine derartige Bescheinigung nicht erhältlich ist, durch eine einfache Erklärung des Unternehmer zu erbringen."

1. 3)Ziffer 3

Das Ausschreibungs-Leistungsverzeichnis (LV-Version 07.07.2008) enthält zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit nachfolgende Bestimmung (Pos 001100A):

"Als technisch Leistungsfähig werden nur Firmen anerkannt, welche mindestens 3 ähnliche Anlagen in den letzten 5 Jahren ausgeführt nachweisen können.

Erste Referenz mit Nettoauftragssumme > EUR 1.000.000,00 Zweite und dritte Referenz mit Nettoauftragssumme > EUR 500.000,00

Die Referenzprojekte sind in einem gesonderten Schreiben anzugeben und mit der Bestätigung des jeweiligen Auftraggebers zu versehen.

Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit nach §75, Abs. 3 BVERGG 2006: (3) Nachweise über erbrachte Leistungen (Referenzen) müssen jedenfalls folgende Angaben enthalten: 1. Name und Sitz des Leistungsempfängers sowie Name der Auskunftsperson; 2. Wert der Leistung; 3. Zeit und Ort der Leistungserbringung 4. Angabe, ob die Leistung fachgerecht und ordnungsgemäß ausgeführt wurde."Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit nach §75, Absatz 3, BVERGG 2006: (3) Nachweise über erbrachte Leistungen (Referenzen) müssen jedenfalls folgende Angaben enthalten: 1. Name und Sitz des Leistungsempfängers sowie Name der Auskunftsperson; 2. Wert der Leistung; 3. Zeit und Ort der Leistungserbringung 4. Angabe, ob die Leistung fachgerecht und ordnungsgemäß ausgeführt wurde."

1. 4)Ziffer 4

Der Auftraggeber ersuchte am 27. August 2008 die Antragstellerin um Übermittlung noch fehlender Unterlagen (innerhalb von 7 Werktagen). In diesem Schreiben hielt er bezüglich "Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit" insbesondere fest: Als Referenzprojekte werden nur Anlagen anerkannt, welche als Hauptauftragnehmer ausgeführt werden.

1. 5)Ziffer 5

Die Antragstellerin übermittelte am 1. September 2008 ergänzende Unterlagen zu ihrem Angebot, darunter insgesamt 5 Referenzprojekte. Bei den Referenzprojekten "Stadtteilzentrum Olympisches Dorf" sowie

"Multifunktionales Zentrum M4" ist jeweils ein handschriftlicher Vermerk des F*** mit den Anmerkungen "Subunternehmer" sowie "Summe unklar" enthalten.

1. 6) Ziffer 6

In der "Niederschrift über die Prüfung der Ausschreibung im offenen Verfahren" (Datum 15.09.2008) finden sich insbesondere nachfolgende Originalpassagen:

"2 Prüfung der Bieter und ihrer Angebote

Die Prüfung der für den Zuschlag in Betracht kommenden Bieter und ihrer Angebote wurde gemäß BVergG 2006, § 122 bis 128 durchgeführt. Die Prüfung der für den Zuschlag in Betracht kommenden Bieter und ihrer Angebote wurde gemäß BVergG 2006, Paragraph 122 bis 128 durchgeführt.

Bei der Prüfung auf die Grundsätze der Leistungsvergabe, die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit und die rechnerische Richtigkeit (nach Punkt 2.1, 2.2. und 2.3) wurde der Bestbieter berücksichtigt.

...

2.2. Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit der Bieter

Die Befugnis, finanzielle, wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit sowie die Zuverlässigkeit wurde gemäß BVergG 2006, § 123 Abs. 2 bzw. AEB sowie den Vorbemerkungen zum Leistungsverzeichnis geprüft. Die Befugnis, finanzielle, wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit sowie die Zuverlässigkeit wurde gemäß BVergG 2006, Paragraph 123, Absatz 2, bzw. AEB sowie den Vorbemerkungen zum Leistungsverzeichnis geprüft.

...

A***

...

Stellungnahme des Prüfers zu den nachgereichten Unterlagen:

...

Die nachgereichte Auflistung enthält 5 Referenzprojekte:

- -Strichaufzählung
Stadtteilzentrum Olympisches Dorf, angegebene Summe ca. EUR 1.600.000,-;

der Hauptauftragnehmer war die G***; Fa. A*** war als Subunternehmer bestellt. Aus den Unterlagen geht nicht hervor, ob es sich bei der angegebenen Summe um Netto- oder Bruttosummen handelt.

- -Strichaufzählung
Multifunktionales Zentrum M4, angegebene Summe ca. EUR 595.583,-;

der Hauptauftragnehmer war die Fa. G***; Fa. A*** war als Subunternehmer bestellt. Aus den Unterlagen geht nicht hervor, ob es sich bei der angegebenen Summe um Netto- oder Bruttosummen handelt.

- -Strichaufzählung
Landhaus 1, angegebene Summe ca. EUR 1.120.000,00,-; Hauptauftragnehmer war die Fa. A***; aus den Unterlagen ging nicht hervor, ob es sich bei der angegebenen Summe um Netto- oder Bruttosummen handelt. Eine Rückfrage beim angegebenen Ansprechpartner (Herr H***) ergab, dass die angegebene Summe brutto inkl. MwSt ist.

(entspricht netto ca. EUR 933.333,33)

- -Strichaufzählung
Bobbahn Igls, angegebene Summe ca. 517.133,-;

Hauptauftragnehmer war die Fa. A***; aus den Unterlagen ging nicht hervor, ob es sich bei der angegebenen Summe um Netto- oder Bruttosummen handelt. Eine Rückfrage beim angegebenen Ansprechpartner (Herr H***) ergab, dass die angegebene Summe brutto inkl. MwSt ist.

(entspricht netto ca. EUR 430.944,16)

- -Strichaufzählung

Volksschule Sautens, angegebene Summe ca. EUR 511.400,-; Hauptauftragnehmer war die Fa. A***; Aus den Unterlagen geht nicht hervor, ob es sich bei der angegebenen Summe um Netto- oder Bruttosummen handelt. Eine Rückfrage bei der Projektsteuerung (Hr. I***) ergab, dass die geprüfte Schlussrechnungssumme auf netto EUR 188.298,48 lautet. (Das Schlussrechnungsprotokoll liegt bei)

Die nachgereichte Vollmacht zur rechtsverbindlichen Unterfertigung, die Fertigung mittels Bleistift sowie die angegebenen Referenzobjekte sowie die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit (Umsatz, Bonitätsauskunft) können durch den Prüfer nicht gewertet werden und sind gegebenenfalls durch das Bundesvergabeamt zu prüfen.

Eine juristische Prüfung der Unterlagen wurde nicht durchgeführt, da ein Technisches Büro über keine derartige Befugnis verfügt.

...

2.5. Formrichtigkeit und Vollständigkeit der Angebote:

Die Prüfung auf Einhaltung der Bestimmungen der Ausschreibung, insbesondere auf Formrichtigkeit und Vollständigkeit wurde gemäß BVergG 2006, § 123 Abs. 5 durchgeführt. Die Prüfung auf Einhaltung der Bestimmungen der Ausschreibung, insbesondere auf Formrichtigkeit und Vollständigkeit wurde gemäß BVergG 2006, Paragraph 123, Absatz 5, durchgeführt.

Im Rahmen der Prüfung wurden die Angebote der beiden erstgereihten Bieter geprüft.

A***

...

Stellungnahme des Prüfers für die weitere Vorgangsweise:

Zur Beseitigung der einzelnen Mängel wurden im Zuge der Angebotsprüfung Informationen nachgefordert. Die nachgereichten Unterlagen liegen dem Prüfbericht bei.

Die nachgereichte Vollmacht zur rechtsverbindlichen Unterfertigung, die Fertigung mittels Bleistift sowie die angegebenen Referenzobjekte sowie die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit (Umsatz, Bonitätsauskunft) können durch den Prüfer nicht gewertet werden und sind gegebenenfalls durch das Bundesvergabeamt zu prüfen.

Eine juristische Prüfung der Unterlagen wurde nicht durchgeführt, da ein Technisches Büro über keine derartige Befugnis verfügt.

...

2.7. Juristische Prüfung

Eine Juristische Prüfung der Unterlagen wurde nicht durchgeführt, da ein Technisches Büro über keine derartige Befugnis verfügt.

...

5. Aufklärungsgespräch

Gemäß ÖNORM A 2050, Punkt 7.3.8.1 sind bei Unklarheiten im Angebot von den Bietern verbindliche Aufklärungen zu verlangen.

Wenn nicht angeführt wurden keine Aufklärungsgespräche mit den Bietern geführt.

6 Vergabe

...

6.2. Zusammenfassung

Die nachgereichte Vollmacht zur rechtsverbindlichen Unterfertigung,

die Fertigung mittels Bleistift sowie

die angegebenen Referenzobjekte sowie

die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit (Umsatz, Bonitätsauskunft)

können durch den Prüfer nicht gewertet werden und sind gegebenenfalls durch das Bundesvergabeamt zu prüfen.

Eine juristische Prüfung der Unterlagen wurde nicht durchgeführt, da ein Technisches Büro über keine derartige Befugnis verfügt."

1. 7)Ziffer 7

In der "Ergänzung zur Niederschrift über die Prüfung der Ausschreibung im offenen Verfahren" (Datum 23.09.2008) finden sich insbesondere nachfolgende Originalpassagen:

"8 Conclusio

Aufgrund der Besprechung mit Hrn. E*** am 19.09.2008 im Beisein von Hrn. J*** wurde von Hrn. E*** nach Durchsicht und Erörterung aller zur Verfügung stehenden Unterlagen und Erkenntnisse folgende weitere Vorgangsweise vorgeschlagen:

Aufgrund der Verletzung bzw. Nichtbeachtung des § 68 Abs. 7 BVergG 2006 (Anm.: mit Kugelschreiber durchgestrichen und handschriftlich ersetzt durch "Abs 1 Z 7") ist der rechnerische Bestbieter, Fa A*** von der Teilnahme am weiteren Vergabeverfahren auszuschließen. Aufgrund der Verletzung bzw. Nichtbeachtung des Paragraph 68, Absatz 7, BVergG 2006 Anmerkung, mit Kugelschreiber durchgestrichen und handschriftlich ersetzt durch "Abs 1 Ziffer 7,) ist der rechnerische Bestbieter, Fa A*** von der Teilnahme am weiteren Vergabeverfahren auszuschließen.

Begründung: Die vom Bieter angegebene Referenz "Volksschule Sautens" weicht nach Rückfrage der tatsächlichen Nettoauftragssumme in erheblichem Umfang von der angegebenen Summe ab.

Angegebene Summe: EUR 511.400,00

Tatsächliche Summe: EUR 188.298,48

Abweichung in Prozent: ca. 270%"

1. 8)Ziffer 8

Mit Schreiben vom 29. September 2008 teilte der Auftraggeber der Antragstellerin nachfolgendes mit:

Die Bundesimmobiliengesellschaft mbH bedauert Ihnen mitteilen zu müssen, dass Ihr obiges Angebot nicht berücksichtigt werden konnte. Das Angebot wurde aufgrund der Verletzung bzw. Nichtbeachtung des § 68 Abs. 1 Z. 7 BVergG 2006 von der Teilnahme am weiteren Vergabeverfahren ausgeschlossen. Die Bundesimmobiliengesellschaft mbH bedauert Ihnen mitteilen zu müssen, dass Ihr obiges Angebot nicht berücksichtigt werden konnte. Das Angebot wurde aufgrund der Verletzung bzw. Nichtbeachtung des Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 von der Teilnahme am weiteren Vergabeverfahren ausgeschlossen.

Dieses Schreiben wurde der Antragstellerin per Telefax am 9. Oktober 2008 zugestellt.

1. 9)Ziffer 9

Am 29. September 2008 erging seitens des Auftraggebers die Entscheidung, den Zuschlag an die B***, zu erteilen. Diese Zuschlagsentscheidung wurde den im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern ebenfalls am 9. Oktober 2008 per Fax übermittelt.

1. 10)Ziffer 10

Am 13. Oktober 2008 teilte der Auftraggeber dem rechtsfreundlichen Vertreter der Antragstellerin nachfolgendes mit:

In Beantwortung Ihres Schreibens v. 10.10.08 bestätigt die Bundesimmobiliengesellschaft mbH, dass die Zuschlagsentscheidungen, wie auch das gegenständliche Ausschluss Schreiben am 09.10.08 an die Bieter übermittelt wurden und bringt Ihnen nachfolgend die Zuschlagsentscheidungen, wie gewünscht, zur Kenntnis.

Die Ausschlussgründe fundieren in der Verletzung bzw. Nichtbeachtung des § 68 Abs. 1 Zi 7 BVergG 2006 idGF. Die vom Bieter angegebene Referenz "Volksschule Sautens" weist, nach Rückfrage mit dem damaligen Auftraggeber, eine erhebliche Abweichung zwischen der von Bieter Fa. A*** angegebenen und der tatsächlichen Nettoauftragssumme auf. (ca. 270 %) Die Ausschlussgründe fundieren in der Verletzung bzw. Nichtbeachtung des Paragraph 68, Absatz eins, Zi 7 BVergG 2006 idGF. Die vom Bieter angegebene Referenz "Volksschule Sautens" weist, nach Rückfrage mit dem damaligen Auftraggeber, eine erhebliche Abweichung zwischen der von Bieter Fa. A*** angegebenen und der tatsächlichen Nettoauftragssumme auf. (ca. 270 %)

1. 11) Ziffer 11

Im Vergabeverfahren wurde mit der Antragstellerin kein Aufklärungsgespräch iSd § 127 Abs 1 BVergG 2006 geführt. Im Vergabeverfahren wurde mit der Antragstellerin kein Aufklärungsgespräch iSd Paragraph 127, Absatz eins, BVergG 2006 geführt.

1. 12) Ziffer 12

Den Vergabeunterlagen lässt sich ein Aktenvermerk vom 15. Oktober 2008 entnehmen: In den Räumlichkeiten der BIG, Team Tirol, fand eine informative Besprechung zur Ausschreibungsprüfung betreffend Ausschluss der Fa. A***, Ibk. vom Vergabeverfahren gemäß § 68 Abs 1 Z 7 BVergG 2006 statt. Aus dem Protokoll ist ersichtlich, dass den Vertretern der Fa. A*** Gelegenheit erstattet worden ist, zu den fünf benannten Referenzprojekten Stellung zu nehmen. Den Vergabeunterlagen lässt sich ein Aktenvermerk vom 15. Oktober 2008 entnehmen: In den Räumlichkeiten der BIG, Team Tirol, fand eine informative Besprechung zur Ausschreibungsprüfung betreffend Ausschluss der Fa. A***, Ibk. vom Vergabeverfahren gemäß Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 statt. Aus dem Protokoll ist ersichtlich, dass den Vertretern der Fa. A*** Gelegenheit erstattet worden ist, zu den fünf benannten Referenzprojekten Stellung zu nehmen.

Der vorliegende Antrag ist rechtlich wie folgt zu beurteilen:

Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages

Auftraggeber im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. Die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG. Beim gegenständlichen Auftrag handelt es sich um einen Bauauftrag iSd § 4 BVergG. Der geschätzte Auftragswert beträgt Euro 3,2 Mio (ohne Ust) und liegt somit unter dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 3 BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Unterwellenbereich gemäß § 12 Abs 3 BVergG vorliegt. Auftraggeber im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. Die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG. Beim gegenständlichen Auftrag handelt es sich um einen Bauauftrag iSd Paragraph 4, BVergG. Der geschätzte Auftragswert beträgt Euro 3,2 Mio (ohne Ust) und liegt somit unter dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Unterwellenbereich gemäß Paragraph 12, Absatz 3, BVergG vorliegt.

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

Da darüber hinaus das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit in concreto gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG zur Nichtigkeitsklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zuständig. Da darüber hinaus das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit in concreto gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG zur Nichtigkeitsklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zuständig.

Schließlich ist festzuhalten, dass der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach § 320 BVergG nicht offensichtlich fehlen. Ein Grund für die Unzulässigkeit nach § 322 Abs 2 BVergG liegt nicht vor. Schließlich ist festzuhalten, dass der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, BVergG nicht offensichtlich fehlen. Ein Grund für die Unzulässigkeit nach Paragraph 322, Absatz 2, BVergG liegt nicht vor.

Soweit die präsumtive Zuschlagsempfängerin auf die mangelnde Aktivlegitimation (Antragslegitimation) der Antragstellerin zur Einbringung des Antrages auf Nichtigkeitsklärung der Ausscheidensentscheidung hinweist, da deren Angebot zu Recht vom Vergabeverfahren ausgeschlossen worden sei, verkennt sie die Rechtsprechung des VwGH grundlegend. Danach kommt nur einem Bieter, dessen Angebot auszuschneiden wäre (vom Auftraggeber faktisch aber nicht ausgeschieden wurde) keine Antragslegitimation hinsichtlich der Zuschlagsentscheidung zu, weil er für eine Zuschlagserteilung ohnehin nicht in Betracht käme. Hingegen kann ein tatsächlich ausgeschiedener Bieter gemäß § 20

Z. 13 lit. b BVergG die Zuschlagsentscheidung als die seiner Ausscheidung nächstfolgende gesondert anfechtbare Entscheidung bekämpfen (VwGH 23.5.2007 2005/04/0103). Diese Ausführungen, die noch zum "alten" BVergG 2002 ergingen, müssen jedoch umso mehr für das geltende BVergG 2006 zur Anwendung gelangen, da gemäß § 2 Z 16 lit a sublit aa BVergG die Entscheidung des Auftraggebers, ein Angebot auszuschneiden, nunmehr explizit als gesondert anfechtbare Entscheidung aufgezählt wird. Im Übrigen muss einem tatsächlich ausgeschiedenen Bieter die Überprüfung der Ausscheidensentscheidung schon aufgrund von Art 1 Abs 1 RMRL 89/665/EWG ermöglicht werden (siehe dazu EuGH 19.6.2003, Rs C- 249/01, Hackermüller, abgedruckt in Sturm/Fink, Die europäische Rechtsprechung zum Vergaberecht [2003] 571). Soweit die präsumtive Zuschlagsempfängerin auf die mangelnde Aktivlegitimation (Antragslegitimation) der Antragstellerin zur Einbringung des Antrages auf Nichtigkeitsklärung der Ausscheidensentscheidung hinweist, da deren Angebot zu Recht vom Vergabeverfahren ausgeschlossen worden sei, verkennt sie die Rechtsprechung des VwGH grundlegend. Danach kommt nur einem Bieter, dessen Angebot auszuschneiden wäre (vom Auftraggeber faktisch aber nicht ausgeschieden wurde) keine Antragslegitimation hinsichtlich der Zuschlagsentscheidung zu, weil er für eine Zuschlagserteilung ohnehin nicht in Betracht käme. Hingegen kann ein tatsächlich ausgeschiedener Bieter gemäß Paragraph 20, Ziffer 13, Litera b, BVergG die Zuschlagsentscheidung als die seiner Ausscheidung nächstfolgende gesondert anfechtbare Entscheidung bekämpfen (VwGH 23.5.2007 2005/04/0103). Diese Ausführungen, die noch zum "alten" BVergG 2002 ergingen, müssen jedoch umso mehr für das geltende BVergG 2006 zur Anwendung gelangen, da gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG die Entscheidung des Auftraggebers, ein Angebot auszuschneiden, nunmehr explizit als gesondert anfechtbare Entscheidung aufgezählt wird. Im Übrigen muss einem tatsächlich ausgeschiedenen Bieter die Überprüfung der Ausscheidensentscheidung schon aufgrund von Artikel eins, Absatz eins, RMRL 89/665/EWG ermöglicht werden (siehe dazu EuGH 19.6.2003, Rs C- 249/01, Hackermüller, abgedruckt in Sturm/Fink, Die europäische Rechtsprechung zum Vergaberecht [2003] 571).

Inhaltliche Beurteilung

Zu Spruch Punkt 1:

Aus der Ergänzung zur Niederschrift über die Prüfung der Ausschreibung im offenen Verfahren vom 23. September 2008 (bzw. aus dem Schreiben des Auftraggebers an die Antragstellerin vom 29. September 2008) ist ersichtlich, dass das Angebot der Antragstellerin gemäß § 68 Abs 1 Z 7 BVergG ausgeschieden worden ist, da die von der Antragstellerin angegebene Auftragssumme hinsichtlich des Referenzprojektes "Volksschule Sautens" von der tatsächlichen Nettoauftragssumme in erheblichem Umfang von der angegebenen Summe abweichen würde. Eine abschließende Beurteilung über die Rechtmäßigkeit dieser Entscheidung kann jedoch schon deshalb dahinstehen, da - wie im Folgenden ausführlich dazulegen sein wird - die Angebotsprüfung des Auftraggebers iSd §§ 122 ff BVergG im Zeitpunkt dieser Ausscheidensentscheidung (noch) nicht abgeschlossen war und somit diese Entscheidung jedenfalls verfrüht getroffen worden ist. Aus der Ergänzung zur Niederschrift über die Prüfung der Ausschreibung im offenen Verfahren vom 23. September 2008 (bzw. aus dem Schreiben des Auftraggebers an die Antragstellerin vom 29. September 2008) ist ersichtlich, dass das Angebot der Antragstellerin gemäß Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG ausgeschieden worden ist, da die von der Antragstellerin angegebene Auftragssumme hinsichtlich des Referenzprojektes "Volksschule Sautens" von der tatsächlichen Nettoauftragssumme in erheblichem Umfang von der angegebenen Summe abweichen würde. Eine abschließende Beurteilung über die Rechtmäßigkeit dieser Entscheidung kann jedoch schon deshalb dahinstehen, da - wie im Folgenden ausführlich dazulegen sein wird - die Angebotsprüfung des Auftraggebers iSd Paragraphen 122, ff BVergG im Zeitpunkt dieser Ausscheidensentscheidung (noch) nicht abgeschlossen war und somit diese Entscheidung jedenfalls verfrüht getroffen worden ist.

Gemäß § 122 BVergG ist die Prüfung und Beurteilung eines Angebotes nur solchen Personen zu übertragen, welche die fachlichen Voraussetzungen hierfür erfüllen. Gemäß § 123 Abs 2 Z 2 BVergG ist im Einzelnen die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Bieters zu prüfen. Gemäß Abs 2 Z 5 leg cit ist im Einzelnen zu prüfen, ob das Angebot den sonstigen Bestimmungen der Ausschreibung entspricht, insbesondere ob es formrichtig und vollständig ist. Gemäß § 128 Abs 1 BVergG ist über die Prüfung der Angebote und ihr Ergebnis eine Niederschrift zu verfassen, in welcher alle für die Beurteilung der Angebote wesentlichen Umstände festzuhalten sind. Gemäß Paragraph 122, BVergG ist die Prüfung und Beurteilung eines Angebotes nur solchen Personen zu übertragen, welche die fachlichen Voraussetzungen hierfür erfüllen. Gemäß Paragraph 123, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG ist im Einzelnen die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Bieters zu prüfen. Gemäß Absatz 2, Ziffer 5, leg cit ist im Einzelnen zu

prüfen, ob das Angebot den sonstigen Bestimmungen der Ausschreibung entspricht, insbesondere ob es formrichtig und vollständig ist. Gemäß Paragraph 128, Absatz eins, BVergG ist über die Prüfung der Angebote und ihr Ergebnis eine Niederschrift zu verfassen, in welcher alle für die Beurteilung der Angebote wesentlichen Umstände festzuhalten sind.

Aus der Angebotsniederschrift vom 15. September 2008 ist evident ersichtlich (vgl. insbesondere Punkt 6.2 "Zusammenfassung"), dass der Auftraggeber wesentliche Angebotsprüfungsschritte iSd § 123 BVergG unterlassen und diese - bei Bedarf - auf das "Bundesvergabeamt" (gemeint "BMWA") "verlagern" wollte. Abgesehen davon, dass aus keiner Bestimmung des BVergG 2006 ableitbar ist, dass das Bundesvergabeamt im Zuge eines Nachprüfungsverfahrens eine nicht vollständig abgeschlossene oder nicht durchgeführte Angebotsprüfung (gleichsam "an Stelle des Auftraggebers") abschließen oder durchführen darf (dazu grundlegend BVA 23.3.2007, N/0015-BVA/05/2007-32 sowie BVA 16.4.2008, N/0028-BVA/08/2008-81; siehe zu dieser Problematik auch Etlinger, Unvollständige Angebotsprüfung: Keine Substitution durch das BVA, RPA 2007, 119), sind auch die schriftlich dokumentierten Aufzeichnungen über die Angebotsprüfung in sich widersprüchlich. Wenn Punkt 2 einleitend festhält, dass "die Prüfung der für den Zuschlag in Betracht kommenden Bietern und ihrer Angebote gemäß BVergG 2006, § 122 bis 128 durchgeführt wurde", Punkt 2.2 darauf hinweist, dass "die Befugnis finanzielle, wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit sowie die Zuverlässigkeit gemäß BVergG 2006, § 123 Abs. 2 geprüft wurde" und schließlich auch nach Punkt 2.5 die Prüfung "insbesondere auf Formrichtigkeit und Vollständigkeit gemäß BVergG 2006, § 123 Abs. 5 durchgeführt" worden sei, so erscheint die (offenkundig ergebnisrelevante) Zusammenfassung unter Punkt 6.2, wonach "die nachgereichte Vollmacht zur rechtsverbindlichen Unterfertigung, die Fertigung mittels Bleistift sowie die angegebenen Referenzobjekte sowie die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit (Umsatz, Bonitätsauskunft) durch den Prüfer nicht gewertet werden können und gegebenenfalls durch das Bundesvergabeamt zu prüfen sind", nicht plausibel. Aus der Angebotsniederschrift vom 15. September 2008 ist evident ersichtlich vergleiche insbesondere Punkt 6.2 "Zusammenfassung"), dass der Auftraggeber wesentliche Angebotsprüfungsschritte iSd Paragraph 123, BVergG unterlassen und diese - bei Bedarf - auf das "Bundesvergabeamt" (gemeint "BMWA") "verlagern" wollte. Abgesehen davon, dass aus keiner Bestimmung des BVergG 2006 ableitbar ist, dass das Bundesvergabeamt im Zuge eines Nachprüfungsverfahrens eine nicht vollständig abgeschlossene oder nicht durchgeführte Angebotsprüfung (gleichsam "an Stelle des Auftraggebers") abschließen oder durchführen darf (dazu grundlegend BVA 23.3.2007, N/0015-BVA/05/2007-32 sowie BVA 16.4.2008, N/0028-BVA/08/2008-81; siehe zu dieser Problematik auch Etlinger, Unvollständige Angebotsprüfung: Keine Substitution durch das BVA, RPA 2007, 119), sind auch die schriftlich dokumentierten Aufzeichnungen über die Angebotsprüfung in sich widersprüchlich. Wenn Punkt 2 einleitend festhält, dass "die Prüfung der für den Zuschlag in Betracht kommenden Bietern und ihrer Angebote gemäß BVergG 2006, Paragraph 122 bis 128 durchgeführt wurde", Punkt 2.2 darauf hinweist, dass "die Befugnis finanzielle, wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit sowie die Zuverlässigkeit gemäß BVergG 2006, Paragraph 123, Absatz 2, geprüft wurde" und schließlich auch nach Punkt 2.5 die Prüfung "insbesondere auf Formrichtigkeit und Vollständigkeit gemäß BVergG 2006, Paragraph 123, Absatz 5, durchgeführt" worden sei, so erscheint die (offenkundig ergebnisrelevante) Zusammenfassung unter Punkt 6.2, wonach "die nachgereichte Vollmacht zur rechtsverbindlichen Unterfertigung, die Fertigung mittels Bleistift sowie die angegebenen Referenzobjekte sowie die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit (Umsatz, Bonitätsauskunft) durch den Prüfer nicht gewertet werden können und gegebenenfalls durch das Bundesvergabeamt zu prüfen sind", nicht plausibel.

Aus der Angebotsniederschrift ist weiters ersichtlich, dass das Angebot der Antragstellerin zu diesem Zeitpunkt noch an erster Stelle rangierte und demzufolge (offenkundig) noch für eine Vergabe in Aussicht genommen wurde. Nach Einbeziehung von Herrn E*** in die Angebotsprüfung erging der Vergabevorschlag schließlich zu Gunsten der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, nachdem das Angebot der Antragstellerin (offensichtlich zwischenzeitig) ausgeschieden worden ist. Von der (explizit erwähnten) Besprechung mit Herrn E*** am 19. September 2008 existiert hingegen keine Niederschrift iSd § 128 Abs 1 BVergG. Aus der Angebotsniederschrift ist weiters ersichtlich, dass das Angebot der Antragstellerin zu diesem Zeitpunkt noch an erster Stelle rangierte und demzufolge (offenkundig) noch für eine Vergabe in Aussicht genommen wurde. Nach Einbeziehung von Herrn E*** in die Angebotsprüfung erging der Vergabevorschlag schließlich zu Gunsten der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, nachdem das Angebot der Antragstellerin (offensichtlich zwischenzeitig) ausgeschieden worden ist. Von der (explizit erwähnten) Besprechung mit Herrn E*** am 19. September 2008 existiert hingegen keine Niederschrift iSd Paragraph 128, Absatz eins, BVergG.

Aufgrund obiger Erwägungen ist zusammenfassend festzuhalten, dass der Auftraggeber jedenfalls gegen die Bestimmungen der §§ 123 Abs 2 Z 2 und 5 sowie 128 Abs 1 BVergG verstoßen hat. Hinzu kommt, dass gemäß § 19 Abs 1 BVergG eine Vergabe nur an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer erfolgen darf. Fehlen jedoch elementare Schritte der Eignungsprüfung iSd § 123 Abs 2 BVergG, so darf der Auftraggeber gar keinen Zuschlag erteilen. Aufgrund obiger Erwägungen ist zusammenfassend festzuhalten, dass der Auftraggeber jedenfalls gegen die Bestimmungen der Paragraphen 123, Absatz 2, Ziffer 2 und 5 sowie 128 Absatz eins, BVergG verstoßen hat. Hinzu kommt, dass gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG eine Vergabe nur an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer erfolgen darf. Fehlen jedoch elementare Schritte der Eignungsprüfung iSd Paragraph 123, Absatz 2, BVergG, so darf der Auftraggeber gar keinen Zuschlag erteilen.

Gemäß § 127 Abs 1 BVergG sind während eines offenen oder eines nicht offenen Verfahrens nur Aufklärungsgespräche zum Einholen von Auskünften über die finanzielle und wirtschaftliche oder die technische Leistungsfähigkeit sowie Auskünfte, die zur Prüfung der Preisangemessenheit, der Erfüllung der Mindestanforderungen und der Gleichwertigkeit von Alternativ- oder Abänderungsangeboten erforderlich sind, zulässig. Als unstrittig kann festgehalten werden, dass der Auftraggeber mit der Antragstellerin - nach Erhalt der ergänzenden Unterlagen am 2. September 2008 - kein Aufklärungsgespräch iSd § 127 Abs 1 BVergG geführt hat. Die (laut Aktenvermerk) am 15. Oktober 2008 durchgeführte "informative Besprechung zur Ausschreibungsprüfung" kann schon deshalb nicht als "Aufklärungsgespräch" gewertet werden, da zu diesem Zeitpunkt das Angebot der Antragstellerin bereits ausgeschieden war. Gemäß Paragraph 127, Absatz eins, BVergG sind während eines offenen oder eines nicht offenen Verfahrens nur Aufklärungsgespräche zum Einholen von Auskünften über die finanzielle und wirtschaftliche oder die technische Leistungsfähigkeit sowie Auskünfte, die zur Prüfung der Preisangemessenheit, der Erfüllung der Mindestanforderungen und der Gleichwertigkeit von Alternativ- oder Abänderungsangeboten erforderlich sind, zulässig. Als unstrittig kann festgehalten werden, dass der Auftraggeber mit der Antragstellerin - nach Erhalt der ergänzenden Unterlagen am 2. September 2008 - kein Aufklärungsgespräch iSd Paragraph 127, Absatz eins, BVergG geführt hat. Die (laut Aktenvermerk) am 15. Oktober 2008 durchgeführte "informative Besprechung zur Ausschreibungsprüfung" kann schon deshalb nicht als "Aufklärungsgespräch" gewertet werden, da zu diesem Zeitpunkt das Angebot der Antragstellerin bereits ausgeschieden war.

Soweit der Auftraggeber darauf hinweist, dass der Antragstellerin - durch das Aufforderungsschreiben vom 27. August 2008 - bereits einmal die Möglichkeit zur Mängelbehebung eingeräumt worden sei und somit weitere "Verbesserungen" gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstoßen hätten, verkennt er zunächst Konzeption und Intention der §§ 126 und 127 BVergG. Sofern man nämlich - wie offenbar der Auftraggeber - das Schreiben vom 27. August 2008 als "Mängelbehebungsauftrag" iSd § 126 Abs 1 BVergG qualifiziert, muss in weiterer Folge auch auf Abs 2 dieser Bestimmung Bedacht genommen werden. Danach darf die durch die erteilten Aufklärungen allenfalls veranlasste weitere Vorgangsweise die Grundsätze der §§ 19 Abs 1, 101 Abs 4, 104 Abs 2 und 127 nicht verletzen, womit aber bereits der Wortlaut der Bestimmung darauf abstellt, dass - bei etwaigen Unklarheiten - eine Aufklärung im Sinne des § 127 Abs 1 möglich scheint und somit nicht von vornherein unzulässig ist. Soweit der Auftraggeber darauf hinweist, dass der Antragstellerin - durch das Aufforderungsschreiben vom 27. August 2008 - bereits einmal die Möglichkeit zur Mängelbehebung eingeräumt worden sei und somit weitere "Verbesserungen" gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstoßen hätten, verkennt er zunächst Konzeption und Intention der Paragraphen 126 und 127 BVergG. Sofern man nämlich - wie offenbar der Auftraggeber - das Schreiben vom 27. August 2008 als "Mängelbehebungsauftrag" iSd Paragraph 126, Absatz eins, BVergG qualifiziert, muss in weiterer Folge auch auf Absatz 2, dieser Bestimmung Bedacht genommen werden. Danach darf die durch die erteilten Aufklärungen allenfalls veranlasste weitere Vorgangsweise die Grundsätze der Paragraphen 19, Absatz eins, 101, Absatz 4, 104, Absatz 2 und 127 nicht verletzen, womit aber bereits der Wortlaut der Bestimmung darauf abstellt, dass - bei etwaigen Unklarheiten - eine Aufklärung im Sinne des Paragraph 127, Absatz eins, möglich scheint und somit nicht von vornherein unzulässig ist.

Abgesehen von diesen grundsätzlichen Erwägungen zu § 126 BVergG, verkennt der Auftraggeber jedoch weiters seine eigenen (bestandfesten) Ausschreibungsbedingungen, wonach als Teil der Ausschreibungsunterlage das Formular "Geforderte Eignungsnachweise für Bauaufträge" heranzuziehen war. Daraus ist ersichtlich, dass die von den Bietern zu benennenden Referenzen keinesfalls bereits mit Angebotsabgabe zu benennen waren, sondern jedenfalls (über Aufforderung des Auftraggebers) nachgereicht werden konnten. Dies bestätigte im Übrigen auch der Auftraggeber in

der mündlichen Verhandlung. Über Befragen des Vorsitzenden, wie (im hypothetischen Fall) vorgegangen worden wäre, wenn ein Bieter überhaupt keine Referenzen im Angebot namhaft gemacht hätte (was gegenständlich bei der Antragstellerin nicht einmal behauptet worden ist), führte dieser aus, dass in einem solchen Fall der jeweilige Bieter zur nachträglichen Benennung (iSv § 70 Abs 3 BVergG) von Referenzen aufgefordert werden hätte können. Auch der ergänzenden Bestimmung in Position 001100A des Ausschreibungs-Leistungsverzeichnisses kann kein Hinweis entnommen werden, dass die Referenzprojekte bereits zwingend mit Angebotsabgabe (ohne Möglichkeit einer nachträglichen Verbesserung) zu benennen waren. Somit handelt es sich beim gegenständlichen Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit schon nach den eigenen Festlegungen des Auftraggebers um einen behebbaren Mangel. Abgesehen von diesen grundsätzlichen Erwägungen zu Paragraph 126, BVergG, verkennt der Auftraggeber jedoch weiters seine eigenen (bestandfesten) Ausschreibungsbedingungen, wonach als Teil der Ausschreibungsunterlage das Formular "Geforderte Eignungsnachweise für Bauaufträge" heranzuziehen war. Daraus ist ersichtlich, dass die von den Bietern zu benennenden Referenzen keinesfalls bereits mit Angebotsabgabe zu benennen waren, sondern jedenfalls (über Aufforderung des Auftraggebers) nachgereicht werden konnten. Dies bestätigte im Übrigen auch der Auftraggeber in der mündlichen Verhandlung. Über Befragen des Vorsitzenden, wie (im hypothetischen Fall) vorgegangen worden wäre, wenn ein Bieter überhaupt keine Referenzen im Angebot namhaft gemacht hätte (was gegenständlich bei der Antragstellerin nicht einmal behauptet worden ist), führte dieser aus, dass in einem solchen Fall der jeweilige Bieter zur nachträglichen Benennung (iSv Paragraph 70, Absatz 3, BVergG) von Referenzen aufgefordert werden hätte können. Auch der ergänzenden Bestimmung in Position 001100A des Ausschreibungs-Leistungsverzeichnisses kann kein Hinweis entnommen werden, dass die Referenzprojekte bereits zwingend mit Angebotsabgabe (ohne Möglichkeit einer nachträglichen Verbesserung) zu benennen waren. Somit handelt es sich beim gegenständlichen Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit schon nach den eigenen Festlegungen des Auftraggebers um einen behebbaren Mangel.

Soweit der Auftraggeber auf die (nach Angebotsöffnung) erfolgte "Festlegung" vom 27. August 2008 hinweist, wonach als Referenzprojekte nur Anlagen anerkannt werden, welche als "Hauptauftragnehmer" ausgeführt wurden, findet auch eine solche Festlegung in den (bestandfesten) Ausschreibungsunterlagen (siehe vor allem die einschlägige Position im LV) keine Grundlage. In den Materialien (siehe RV 1171 BlgNR 22. GP 65) wird zur Bestimmung des § 75 überdies festgehalten: Soweit der Auftraggeber auf die (nach Angebotsöffnung) erfolgte "Festlegung" vom 27. August 2008 hinweist, wonach als Referenzprojekte nur Anlagen anerkannt werden, welche als "Hauptauftragnehmer" ausgeführt wurden, findet auch eine solche Festlegung in den (bestandfesten) Ausschreibungsunterlagen (siehe vor allem die einschlägige Position im LV) keine Grundlage. In den Materialien (siehe Regierungsvorlage 1171 BlgNR 22. Gesetzgebungsperiode 65) wird zur Bestimmung des Paragraph 75, überdies festgehalten:

Leistungserbringungen als Subunternehmer können als Referenz angeführt werden (vgl. Abs. 2 letzter Halbsatz). Eine Nichtbewertung der beiden erstgenannten Referenzen "Stadtteilzentrum Olympisches Dorf" sowie "Multifunktionales Zentrum M4" allein aus dem Umstand, dass die Antragstellerin nicht Hauptauftragnehmer gewesen sein sollte, würde somit den eigenen Ausschreibungsbedingungen des Auftraggebers, die nicht nach Ablauf der Angebotsfrist verändert werden dürfen, widersprechen. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes müssen nämlich alle Bieter darauf vertrauen können, dass der Auftraggeber seine eigenen Ausschreibungsbedingungen auch einhält, andernfalls ein Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung iSd § 19 Abs 1 BVergG vorliegen würde (siehe dazu bereits BVA 30.9.2002, N-41/02-27 und BVA 5.6.2003, 12N-32/03-17). Leistungserbringungen als Subunternehmer können als Referenz angeführt werden vergleiche Absatz 2, letzter Halbsatz). Eine Nichtbewertung der beiden erstgenannten Referenzen "Stadtteilzentrum Olympisches Dorf" sowie "Multifunktionales Zentrum M4" allein aus dem Umstand, dass die Antragstellerin nicht Hauptauftragnehmer gewesen sein sollte, würde somit den eigenen Ausschreibungsbedingungen des Auftraggebers, die nicht nach Ablauf der Angebotsfrist verändert werden dürfen, widersprechen. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes müssen nämlich alle Bieter darauf vertrauen können, dass der Auftraggeber seine eigenen Ausschreibungsbedingungen auch einhält, andernfalls ein Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung iSd Paragraph 19, Absatz eins, BVergG vorliegen würde (siehe dazu bereits BVA 30.9.2002, N-41/02-27 und BVA 5.6.2003, 12N-32/03-17).

Schließlich bietet auch die Stellungnahme des Prüfers zu den nachgereichten Unterlagen (vgl. Punkt 2.2 der Niederschrift) keine hinreichende Grundlage für eine abschließende Beurteilung des Ausschlussstatbestandes gemäß § 68 Abs 1 Z 7 BVergG. Grundsätzlich kann mit Gölles davon ausgegangen werden, dass eine Pflicht zur misstrauischen

Hinterfragung aller eigenen Angaben des Bieters oder Bewerbers für den Auftraggeber oder die vergebende Stelle nicht besteht. Wenn aber konkrete Zweifel bei der Eignungsprüfung (die mit pflichtgemäßer Sorgfalt zu erfolgen hat) bestehen, ist die Richtigkeit der Eigenangaben (beispielsweise zu Referenzen) eines Bewerbers oder Bieters sorgfältig zu prüfen (Gölles in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 - Kommentar [2005] § 51 Rz 48). Von einer "sorgfältigen" Prüfung kann aber gegenständlich schon deshalb nicht ausgegangen werden, da nicht nachvollziehbar ist, warum der Auftraggeber etwa bei den seitens der Antragstellerin angegebenen Referenzprojekten "Stadtteilzentrum Olympisches Dorf" sowie "Multifunktionales Zentrum M4" einen Hinweis mit der Bemerkung: "Summe unklar" angefügt hat, somit offenkundig die von der Antragstellerin angegebene Summe von vornherein bezweifelt, jedoch keine weiteren Erkundigungen (etwa durch Nachfrage bei der Antragstellerin bzw. beim Referenzbeauftragten) eingeholt hat. Der Auftraggeber konnte diesen Umstand auch nicht in der mündlichen Verhandlung (für den Senat plausibel und nachvollziehbar) aufklären. Zum "einschlägigen" Referenzprojekt "Volksschule Sautens" ist im Übrigen auszuführen, dass es nicht dem "Ermessen" des Auftraggebers anheimgestellt werden kann, ein einzelnes (möglicherweise falsch angegebenes) Referenzprojekt herauszugreifen und daran anschließend den Ausschlussstatbestand des § 68 Abs 1 Z 7 festzustellen, ohne auch nur ein einziges Mal mit der Antragstellerin darüber Rücksprache gehalten zu haben. Dies insbesondere unter Berücksichtigung des Umstandes, dass - selbst unter Annahme der tatsächlichen Nichtberücksichtigung des Projekts "Volksschule Sautens" - für die abschließende Beurteilung der technischen Leistungsfähigkeit der Antragstellerin noch insgesamt vier (nicht zu Ende geprüfte) Referenzprojekte "verblieben" sind. Schließlich bietet auch die Stellungnahme des Prüfers zu den nachgereichten Unterlagen vergleiche Punkt 2.2 der Niederschrift) keine hinreichende Grundlage für eine abschließende Beurteilung des Ausschlussstatbestandes gemäß Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG. Grundsätzlich kann mit Gölles davon ausgegangen werden, dass eine Pflicht zur misstrauischen Hinterfragung aller eigenen Angaben des Bieters oder Bewerbers für den Auftraggeber oder die vergebende Stelle nicht besteht. Wenn aber konkrete Zweifel bei der Eignungsprüfung (die mit pflichtgemäßer Sorgfalt zu erfolgen hat) bestehen, ist die Richtigkeit der Eigenangaben (beispielsweise zu Referenzen) eines Bewerbers oder Bieters sorgfältig zu prüfen (Gölles in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 - Kommentar [2005] Paragraph 51, Rz 48). Von einer "sorgfältigen" Prüfung kann aber gegenständlich schon deshalb nicht ausgegangen werden, da nicht nachvollziehbar ist, warum der Auftraggeber etwa bei den seitens der Antragstellerin angegebenen Referenzprojekten "Stadtteilzentrum Olympisches Dorf" sowie "Multifunktionales Zentrum M4" einen Hinweis mit der Bemerkung: "Summe unklar" angefügt hat, somit offenkundig die von der Antragstellerin angegebene Summe von vornherein bezweifelt, jedoch keine weiteren Erkundigungen (etwa durch Nachfrage bei der Antragstellerin bzw. beim Referenzbeauftragten) eingeholt hat. Der Auftraggeber konnte diesen Umstand auch nicht in der mündlichen Verhandlung (für den Senat plausibel und nachvollziehbar) aufklären. Zum "einschlägigen" Referenzprojekt "Volksschule Sautens" ist im Übrigen auszuführen, dass es nicht dem "Ermessen" des Auftraggebers anheimgestellt werden kann, ein einzelnes (möglicherweise falsch angegebenes) Referenzprojekt herauszugreifen und daran anschließend den Ausschlussstatbestand des Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 7, festzustellen, ohne auch nur ein einziges Mal mit der Antragstellerin darüber Rücksprache gehalten zu haben. Dies insbesondere unter Berücksichtigung des Umstandes, dass - selbst unter Annahme der tatsächlichen Nichtberücksichtigung des Projekts "Volksschule Sautens" - für die abschließende Beurteilung der technischen Leistungsfähigkeit der Antragstellerin noch insgesamt vier (nicht zu Ende geprüfte) Referenzprojekte "verblieben" sind.

Den Anmerkungen in der Angebotsprüfungsniederschrift kann somit jedenfalls entnommen werden, dass bezüglich der (verbliebenen) vier Referenzprojekte noch Unklarheiten (Netto- oder Bruttosumme, fehlende Bestätigung des Referenzbeauftragten) bestanden haben. Nach ständiger Rechtsprechung handelt es sich jedoch bei eignungsbezogenen Nachweisfehlern um verbesserungsfähige Mängel, insbesondere unter Berücksichtigung des Umstandes, dass Referenzen - wie im gegenständlichen Vergabeverfahren - ausschließlich als Nachweismittel für die Erfüllung der Eignung zur Anwendung gelangen und nicht Einklang in die Bestbieterermittlung finden (siehe dazu grundlegend Heid/Schiefer, Referenzen im Vergabeverfahren, Infoletter, 9/Okttober 2008 sowie die dort zitierte Judikatur). Auch nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist ein zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung fehlender Eignungsnachweis als behebbarer Mangel zu qualifizieren (siehe VwGH 24.2.2006, 2004/04/0078). Der Auftraggeber wäre daher verpflichtet gewesen, seine im Zuge der Überprüfung hervorgetretenen Bedenken zu den Referenzangaben konkret der Antragstellerin vorzuhalten, um ihr die Gelegenheit zu geben, dazu auch im Detail Stellung zu nehmen. Keinesfalls ist es jedoch Aufgabe des Bundesvergabeamtes, im Zuge des Nachprüfungsverfahrens

Referenzprüfungen ("an Stelle des Auftraggebers") vorzunehmen und deren Ergebnis zur Begründung der Ausscheidungsentscheidung "nachzuschießen" (siehe dazu treffend VKS Wien 13.3.2008, VKS - 3/08 = ZVB 2008, 273 [Oppel]).

Die Ausschlussentscheidung des Auftraggebers gemäß § 68 Abs 1 Z 7 BVergG erweist sich somit im Ergebnis als rechtswidrig und auch iSd § 325 Abs 2 Z 2 BVergG wesentlich für den Verfahrensausgang, da nicht ausgeschlossen werden kann, dass der Auftraggeber - bei rechtmäßiger Angebotsprüfung - zu einem anderen Ergebnis gelangen könnte (RV 1171 BlgNR 22. GP 141). Die Ausschlussentscheidung des Auftraggebers gemäß Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG erweist sich somit im Ergebnis als rechtswidrig und auch iSd Paragraph 325, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG wesentlich für den Verfahrensausgang, da nicht ausgeschlossen werden kann, dass der Auftraggeber - bei rechtmäßiger Angebotsprüfung - zu einem anderen Ergebnis gelangen könnte Regierungsvorlage 1171 BlgNR 22. Gesetzgebungsperiode 141).

Zu Spruchpunkt 2:

Da sich durch die Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung des Angebotes der Antragstellerin das Vergabeverfahren im Verfahrensabschnitt "Prüfung der Angebote" befindet, war auch die bereits getroffene Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären. Nach § 130 Abs 1 BVergG ist der Zuschlag gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot, das nach dem Ausscheiden übrig bleibt, zu erteilen. Dafür kommt nach derzeitigem Verfahrensstand - insbesondere unter Berücksichtigung der Zuschlagskriterien - auch das Angebot der Antragstellerin in Betracht. Die Zuschlagsentscheidung ist die abschließende Auftraggeberentscheidung, mit der die Phase der Prüfung der Angebote formal abgeschlossen wird. Voraussetzung der Zuschlagsentscheidung ist jedoch eine abgeschlossene vergaberechtskonforme Angebotsprüfung (BVA 23.3.2007, N/0015- BVA/05/2007-32). Da sich durch die Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung des Angebotes der Antragstellerin das Vergabeverfahren im Verfahrensabschnitt "Prüfung der Angebote" befindet, war auch die bereits getroffene Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären. Nach Paragraph 130, Absatz eins, BVergG ist der Zuschlag gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot, das nach dem Ausscheiden übrig bleibt, zu erteilen. Dafür kommt nach derzeitigem Verfahrensstand - insbesondere unter Berücksichtigung der Zuschlagskriterien - auch das Angebot der Antragstellerin in Betracht. Die Zuschlagsentscheidung ist die abschließende Auftraggeberentscheidung, mit der die Phase der Prüfung der Angebote formal abgeschlossen wird. Voraussetzung der Zuschlagsentscheidung ist jedoch eine abgeschlossene vergaberechtskonforme Angebotsprüfung (BVA 23.3.2007, N/0015- BVA/05/2007-32).

Zu Spruchpunkt 3:

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

Gemäß § 319 Abs 2 BVergG besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung nur dann, wenn Gemäß Paragraph 319, Absatz 2, BVergG besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung nur dann, wenn

1. 1. Ziffer eins
dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und
2. 2. Ziffer 2
dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde.

Wie sich aus Spruchpunkt 1 und 2 dieses Bescheides ergibt, hat die Antragstellerin zumindest teilweise obsiegt. Dem auf Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung sowie der Zuschlagsentscheidung gerichteten Nachprüfungsbegehren wurde stattgegeben.

Da auch dem auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gerichteten Antragsbegehren mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 23. Oktober 2008, N/0131-BVA/12/2008-EV9, stattgegeben wurde, war auch gemäß § 319 Abs 1 und 2 BVergG dem Begehren auf Ersatz der ordnungsgemäß entrichteten Pauschalgebühren stattzugeben. Da auch dem auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gerichteten Antragsbegehren mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 23. Oktober 2008, N/0131-BVA/12/2008-EV9, stattgegeben wurde, war auch gemäß Paragraph 319, Absatz eins und 2 BVergG dem Begehren auf Ersatz der ordnungsgemäß entrichteten Pauschalgebühren stattzugeben.

Schlagworte

Eignung, Referenzen, Aufklärungsgespräch, Ausschluss, behebbarer Mangel, Zuständigkeit des BVA, Angebotsprüfung;

Zuletzt aktualisiert am

30.01.2009

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