

TE Verg Bescheid 2008/11/24 N/0139-BVA/05/2008-16

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 24.11.2008

Norm

BVergG 2006 §19

BVergG 2006 §25 Abs5

BVergG 2006 §69

BVergG 2006 §70

BVergG 2006 §71

BVergG 2006 §76

BVergG 2006 §76 Abs1

BVergG 2006 §83

BVergG 2006 §103 Abs3

BVergG 2006 §103 Abs4

BVergG 2006 §103 Abs6

BVergG 2006 §103 Abs7

BVergG 2006 §126

BVergG 2006 §129

BVergG 2006 §129 Z7

BVergG 2006 §138 Abs2

BVergG 2006 §139 Abs2 Z2

BVergG 2006 §312 Abs1

BVergG 2006 §312 Abs2

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §321 Abs1 Z7

AVG 1991 §17

ABGB §915

GewO 1994 §373c

1. BVergG 2006 § 19 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 25 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 25 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

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

- [illegible]

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. ABGB § 915 heute

2. ABGB § 915 gültig ab 01.01.1812

1. GewO 1994 § 373c heute

2. GewO 1994 § 373c gültig ab 18.01.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 155/2015

3. GewO 1994 § 373c gültig von 14.11.2012 bis 17.01.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2012

4. GewO 1994 § 373c gültig von 27.02.2008 bis 13.11.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 42/2008

5. GewO 1994 § 373c gültig von 01.08.2002 bis 26.02.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002

6. GewO 1994 § 373c gültig von 11.08.2000 bis 31.07.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 88/2000

7. GewO 1994 § 373c gültig von 11.02.2000 bis 10.08.2000 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 12/2000

8. GewO 1994 § 373c gültig von 01.07.1997 bis 10.02.2000 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 63/1997

9. GewO 1994 § 373c gültig von 01.07.1996 bis 30.06.1997 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/1997

10. GewO 1994 § 373c gültig von 19.03.1994 bis 30.06.1996

Text

Bescheid

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senats 5, Mag. Bernhard Ditz sowie Mag. Georg Konetzky als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Theodor Taurer als Mitglied der Auftragnehmerseite, im Nachprüfungsverfahren zum Vergabeverfahren "Neuausschreibung AMS-IT-Unterstützung" des Arbeitsmarktservice Österreich entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Der Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 30. Oktober 2008 "auf Nichtigerklärung der Entscheidungen, die Antragstellerin zur weiteren Teilnahme am Verhandlungsverfahren nicht zuzulassen und das Vergabeverfahren widerrufen zu wollen," wird abgewiesen.

II.römisch zwei.

Der Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 30. Oktober 2008 "Das Bundesvergabeamt möge der Auftraggeberin auftragen, der Antragstellerin die Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag in Höhe von € 1.600.-- und für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung in Höhe von € 800.--, insgesamt sohin in Höhe von € 2.400.-- bei sonstiger Exekution binnen 14 Tagen zu Händen deren rechtsfreundlichen Vertreter zu bezahlen," wird abgewiesen.

Begründung

Mit Schriftsatz vom 30. Oktober 2008, eingelangt im Bundesvergabeamt am 31. Oktober 2008, beantragte die A*** (im Weiteren: Antragstellerin), vertreten durch X*** die Nichtigerklärung der Entscheidungen des Auftraggebers Arbeitsmarktservice Österreich im Vergabeverfahren "Neuausschreibung AMS-IT-Unterstützung", die Antragstellerin zur weiteren Teilnahme am Verhandlungsverfahren nicht zuzulassen und das Vergabeverfahren widerrufen zu wollen. Begründet wurde dieses Nichtigerklärungsbegehren in Stellungnahmen vom 30. Oktober 2008 und vom 13. November 2008 sowie in der mündlichen Verhandlung am 17. November 2008 im Wesentlichen zusammengefasst damit, dass der Auftraggeber die Dienstleistung bezüglich Steuerung, Koordination und Erbringung von IT-Dienstleistungen in einem Verhandlungsverfahren mit Bekanntmachung im Oberschwellenbereich ausgeschrieben habe. Die Antragstellerin habe im Vergabeverfahren fristgerecht einen ausschreibungskonformen Teilnahmeantrag abgegeben

und eine ausreichende Zahl an Referenzprojekten nachgewiesen. Mit Telefax sei ihr am 24. Oktober 2008 von der vergabenden Stelle mitgeteilt worden, dass sie keine - wie in Punkt 4.3.3. der Teilnahmeantragsunterlagen gefordert - wertbare Unternehmensreferenz beigebracht habe und daher ihr Teilnahmeantrag nicht berücksichtigt werden könne.

Gleichzeitig sei der Antragstellerin eine Widerrufsentscheidung mitgeteilt worden, da gemäß § 139 Abs. 2 Z 2 nur ein Bewerber seine Eignung ausschreibungskonform nachgewiesen habe. Diese Entscheidungen seien aber nicht vergaberechtskonform, da aus den Teilnahmeantragsunterlagen und aus Anfragebeantwortungen im Vergabeverfahren nicht erkennbar gewesen wäre, dass die geforderten Eignungsreferenzen nicht gemäß § 76 Abs. 1 BVergG durch angegebene Subunternehmer substituiert werden könnten. Eine solche Festlegung hätte auch nicht bestandsfest werden können. Vielmehr sei § 76 Abs. 1 BVergG anzuwenden. Drei angegebene Eignungsreferenzen ihres Subunternehmens B*** wären zu akzeptieren. Sie sei zum weiteren Verfahren zuzulassen. Daher würde auch mehr als nur ein Bewerber im Vergabeverfahren verbleiben. Der aus § 139 Abs. 2 Z 2 BVergG ableitbare Widerrufsgrund dürfe nicht angewendet werden. Daher sei die bekanntgegebene Widerrufsentscheidung ebenfalls für nichtig zu erklären. Im Übrigen werde auch auf

Gleichzeitig sei der Antragstellerin eine Widerrufsentscheidung mitgeteilt worden, da gemäß Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 2, nur ein Bewerber seine Eignung ausschreibungskonform nachgewiesen habe. Diese Entscheidungen seien aber nicht vergaberechtskonform, da aus den Teilnahmeantragsunterlagen und aus Anfragebeantwortungen im Vergabeverfahren nicht erkennbar gewesen wäre, dass die geforderten Eignungsreferenzen nicht gemäß Paragraph 76, Absatz eins, BVergG durch angegebene Subunternehmer substituiert werden könnten. Eine solche Festlegung hätte auch nicht bestandsfest werden können. Vielmehr sei Paragraph 76, Absatz eins, BVergG anzuwenden. Drei angegebene Eignungsreferenzen ihres Subunternehmens B*** wären zu akzeptieren. Sie sei zum weiteren Verfahren zuzulassen. Daher würde auch mehr als nur ein Bewerber im Vergabeverfahren verbleiben. Der aus Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG ableitbare Widerrufsgrund dürfe nicht angewendet werden. Daher sei die bekanntgegebene Widerrufsentscheidung ebenfalls für nichtig zu erklären. Im Übrigen werde auch auf

§ 915 ABGB hingewiesen, wonach eine undeutliche Äußerung zum Nachteil desjenigen sei, der sich derselben bedient habe. Zur vorgelegten Referenz "GGG***" sei anzuführen, dass der Auftraggeber in der Beantwortung der Frage 17 lediglich festlege, dass nur Unternehmen als Generalunternehmer angesehen würden, die als unmittelbarer Vertragspartner des Auftraggebers aufgetreten seien. Ihr Subunternehmer B*** erfülle gerade dieses Erfordernis. Konsequenz der Ansicht des Auftraggebers wäre, dass gerade dasjenige Projekt, hinsichtlich dessen Leistungsumfangs die gegenständliche Neuausschreibung erfolge und somit die Anforderungen an Referenzen am besten erfüllen würde, nicht herangezogen werden könnte. Paragraph 915, ABGB hingewiesen, wonach eine undeutliche Äußerung zum Nachteil desjenigen sei, der sich derselben bedient habe. Zur vorgelegten Referenz "GGG***" sei anzuführen, dass der Auftraggeber in der Beantwortung der Frage 17 lediglich festlege, dass nur Unternehmen als Generalunternehmer angesehen würden, die als unmittelbarer Vertragspartner des Auftraggebers aufgetreten seien. Ihr Subunternehmer B*** erfülle gerade dieses Erfordernis. Konsequenz der Ansicht des Auftraggebers wäre, dass gerade dasjenige Projekt, hinsichtlich dessen Leistungsumfangs die gegenständliche Neuausschreibung erfolge und somit die Anforderungen an Referenzen am besten erfüllen würde, nicht herangezogen werden könnte.

Das Arbeitsmarktservice Österreich, Treustraße 35-43, 1200 Wien (im Weiteren: Auftraggeber oder AMS), vertreten durch Y*** übermittelte am 5. November 2008 die Originalunterlagen des Vergabeverfahrens und führte im Wesentlichsten zusammengefasst in Stellungnahmen vom 5. November 2008 und vom 10. November 2008 sowie in der mündlichen Verhandlung am 17. November 2008 aus, dass sowohl die Entscheidung, die Antragstellerin nicht zum weiteren Verhandlungsverfahren und die Widerrufsentscheidung ausschreibungs- und sohin vergaberechtskonform getroffen worden wären.

Aus dem in den Teilnahmeunterlagen, Anlage A, enthaltenen sehr detailliert beschriebenen Leistungsbild könne für einen Bewerber nicht zweifelhaft sein, dass der Auftraggeber für die AMS-IT-Unterstützung einen gesamtverantwortlichen Generalunternehmer als ihren Vertragspartner suche. In Punkt

4.3.3 auf Seite 25 der Teilnahmeunterlagen heiße es dazu:

"Steuerung komplexer IT-Leistungserbringung im Bereich IT-Sourcing als
Konsortialführer)

Generalunternehmer (bei ARGE

- 3 Referenzen als Generalunternehmer (bei ARGE – Konsortialführer) ..."

Auch die Formblätter für den Nachweis der Unternehmensreferenzen würden auf den Generalunternehmer (bei ARGE Konsortialführer) hinweisen. Auch aus anderen Passagen in den Teilnahmeunterlagen müsse eindeutig entnommen werden, dass die geforderten Unternehmensreferenzen vom Generalunternehmer (im Falle einer anbietenden ARGE vom Konsortialführer) selbst stammen müssten. Nach dem Verständnis des Auftraggebers wären daher von einem Bewerber Referenzen des Generalunternehmers als Generalunternehmer vorzulegen gewesen. Eine Substitution durch Subunternehmer im Sinne des § 76 Abs. 1 BVergG sei ausgeschlossen gewesen, und da diese Festlegung im Zuge des Vergabeverfahrens auch nicht angefochten und aufgehoben worden wäre, sei diese Festlegung auch bestandsfest geworden. Auch die Formblätter für den Nachweis der Unternehmensreferenzen würden auf den Generalunternehmer (bei ARGE Konsortialführer) hinweisen. Auch aus anderen Passagen in den Teilnahmeunterlagen müsse eindeutig entnommen werden, dass die geforderten Unternehmensreferenzen vom Generalunternehmer (im Falle einer anbietenden ARGE vom Konsortialführer) selbst stammen müssten. Nach dem Verständnis des Auftraggebers wären daher von einem Bewerber Referenzen des Generalunternehmers als Generalunternehmer vorzulegen gewesen. Eine Substitution durch Subunternehmer im Sinne des Paragraph 76, Absatz eins, BVergG sei ausgeschlossen gewesen, und da diese Festlegung im Zuge des Vergabeverfahrens auch nicht angefochten und aufgehoben worden wäre, sei diese Festlegung auch bestandsfest geworden.

Die Antragstellerin habe dieses Eignungskriterium nicht erfüllt. Sie habe zum Nachweis der Unternehmensreferenzen auf zwei Referenzen ihres Subunternehmers B*** und eine "eigene Referenz" zurückgegriffen. Die eigene Referenz der Antragstellerin (GGG***) leide daran, dass für das referenzierte Projekt die B*** Generalunternehmer, sohin mit dem AMS direkt verbundener Vertragspartner sei. Die B*** übe jedoch diese Tätigkeit selbst nicht mehr faktisch aus, sondern habe zu diesem Zweck die Antragstellerin gegründet, der die Auftragsabwicklung in den letzten Jahren zur Gänze überbunden worden sei. In diesem Referenzprojekt fungiere die Antragstellerin als Bevollmächtigte des Auftragnehmers B***. Eben diese Konstellation sei jedoch in der Beantwortung zu Frage 17 im Zuge der Bewerberanfragenbeantwortung ausgeschlossen worden, wonach eine Referenz nur dann gewertet werden könne, wenn der Unternehmer als unmittelbarer Vertragspartner des Auftraggebers anzusehen sei und diese Leistung auch tatsächlich erbringe. Das bedeute, die Antragstellerin habe ausschreibungswidrig keine einzige eigene Unternehmerreferenz vorgelegt. Selbst wenn man eine Substituierung durch Subunternehmer zulassen würde, könnte die Unternehmerreferenz GGG*** weder bei der Antragstellerin noch bei ihrem Subunternehmer B*** gewertet werden, da diese Referenz gegen die Festlegung, die sich aus der Anfragebeantwortung zu Frage 17 ergebe, verstoße und weder der Antragstellerin noch ihrem Subunternehmer ausschreibungskonform zugeordnet werden könnte. Eine Verbesserung dieses an sich verbesserungsfähigen Mangels sei durch eine Festlegung in Punkt 3.2.2 der Teilnahmeunterlagen ausgeschlossen worden.

Zur beanstandeten Widerrufsentscheidung sei festzuhalten, dass ein Widerruf zum jetzigen Zeitpunkt des Vergabeverfahrens ein Widerruf vor Ablauf der Angebotsfrist sei. Ein allfälliger Widerruf könne daher nur auf § 138 Abs. 2 BVergG gestützt werden. Die Begründung für die Widerrufsentscheidung könne jedoch in § 139 Abs. 2 Z 2 BVergG entnommen werden. Der in § 138 Abs. 2 BVergG geforderte sachliche Grund bestehe darin, dass, wenn der Widerruf nicht erfolgen würde, das Verhandlungsverfahren mit nur einem Bewerber und in weiter Folge mit nur einem Anbieter weitergeführt werden würde. Dieser Umstand sei dem Auftraggeber nicht zuzumuten. Es würde dann auch kein echter Wettbewerb stattfinden. Zur beanstandeten Widerrufsentscheidung sei festzuhalten, dass ein Widerruf zum jetzigen Zeitpunkt des Vergabeverfahrens ein Widerruf vor Ablauf der Angebotsfrist sei. Ein allfälliger Widerruf könne daher nur auf Paragraph 138, Absatz 2, BVergG gestützt werden. Die Begründung für die Widerrufsentscheidung könne jedoch in Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG entnommen werden. Der in Paragraph 138, Absatz 2, BVergG geforderte sachliche Grund bestehe darin, dass, wenn der Widerruf nicht erfolgen würde, das Verhandlungsverfahren mit nur einem Bewerber und in weiter Folge mit nur einem Anbieter weitergeführt werden würde. Dieser Umstand sei dem Auftraggeber nicht zuzumuten. Es würde dann auch kein echter Wettbewerb stattfinden.

Auf der Grundlage der Schriftsätze der Antragstellerin vom 30. Oktober 2008 (OZ 1 = OZ 2) und vom 13. November 2008 (OZ 10 = OZ 16), der Schriftsätze des Auftraggebers vom 5. November 2008 (OZ 5) bzw. vom 10. November 2008 (OZ 7), den vom Auftraggeber vorgelegten Unterlagen des Vergabeverfahrens sowie dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung vom 17. November 2008 (OZ 13) wurde nachfolgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Am 14. Juli 2008 wurde unter der Bezeichnung "Neuausschreibung AMS-IT-Unterstützung" eine

Ausschreibungsbekanntmachung zur Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union übermittelt. Die Bekanntmachung im Supplement des Amtsblattes der Europäischen Union erfolgte am 19. Juli 2008. Im Amtsblatt zur Wiener Zeitung / Amtlicher Lieferanzeiger wurde die Ausschreibungs-Bekanntmachung am 17. Juli 2008 veröffentlicht. Gegenstand gemäß Ausschreibungsbekanntmachung ist ein Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich, wobei dieser Auftrag mit "Steuerung, Koordination und Erbringung von IT-Dienstleistungen" umschrieben wird. Als Verfahrensart wurde ein Verhandlungsverfahren gemäß § 25 Abs. 5 BVergG gewählt. Es ist geplant fünf Bewerber zur Abgabe eines Angebotes einzuladen. Hinsichtlich weiterer Teilnahmebedingungen wird auf die Teilnahmeunterlagen (im Weiteren: TNU) hingewiesen. Am 14. Juli 2008 wurde unter der Bezeichnung "Neuausschreibung AMS-IT-Unterstützung" eine Ausschreibungsbekanntmachung zur Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union übermittelt. Die Bekanntmachung im Supplement des Amtsblattes der Europäischen Union erfolgte am 19. Juli 2008. Im Amtsblatt zur Wiener Zeitung / Amtlicher Lieferanzeiger wurde die Ausschreibungs-Bekanntmachung am 17. Juli 2008 veröffentlicht. Gegenstand gemäß Ausschreibungsbekanntmachung ist ein Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich, wobei dieser Auftrag mit "Steuerung, Koordination und Erbringung von IT-Dienstleistungen" umschrieben wird. Als Verfahrensart wurde ein Verhandlungsverfahren gemäß Paragraph 25, Absatz 5, BVergG gewählt. Es ist geplant fünf Bewerber zur Abgabe eines Angebotes einzuladen. Hinsichtlich weiterer Teilnahmebedingungen wird auf die Teilnahmeunterlagen (im Weiteren: TNU) hingewiesen.

Die TNU bestehen aus 97 Seiten, beginnend mit einem auszufüllenden Muster für den Teilnahmeantrag, einem Inhaltsverzeichnis, Hinweisen zum Auftraggeber und zur vergebenden Stelle, der Beschreibung des Ist-Zustandes, des Beschaffungszieles und des Leistungsbildes, Angaben zur Verfahrensart und zum Verfahrensablauf, Hinweisen zu Ausschlussgründen und Eignungskriterien sowie Auswahlkriterien, zu Terminen und zur Einreichungsform, betreffend allfällige Anfragen, zu Subunternehmern und zu anderen Informationen. Ergänzt werden die TNU um 35 Beilagen, die von einem Bewerber auszufüllen waren.

Ziel des Vergabeverfahrens ist der Vertragsabschluss mit einem IT-Dienstleister als Generalunternehmer, der gesamtverantwortlich ist für alle Daten, Anwendungen und die komplette IT-Infrastruktur des AMS. Dem Generalunternehmer obliegen bei der Erbringung der näher beschriebenen "Leistungspakete", nämlich

- * Entwicklung von Anwendungen
 - * Wartung von Anwendungen
 - * Service Desk
 - * Schulung
 - * Bereitstellung & Betriebsführung Rechenzentrum
 - * Bereitstellung & Betriebsführung Netzwerk, inkl Telekommunikation
 - * Arbeitsplatzausstattung und -betreuung, inkl Beschaffung der Arbeitsplatzausstattung,
- gemäß den "Allgemeinen Vorgaben und Grundlagen des AMS", welche die Basis und den Rahmen der Leistungsbeziehung bilden,
- * Steuerung und Koordination aller IT-Dienstleistungen * Vertragsmanagement
 - * Programm- und Projektmanagement.

Zu "Steuerung und Koordination aller IT-Dienstleistungen" ist ua in einer Anlage zu den TNU festgehalten:

"Der AN plant die Systeme, organisiert die IT-Leistungsprozesse, konsolidiert Systeme und Informationen, steuert und überwacht den IT-Betrieb und die Projekte, priorisiert die technische Umsetzung, beschafft und implementiert die notwendigen IT-Komponenten. Der AN ist verantwortlich für den Schutz der Verfügbarkeit, Integrität und Vertraulichkeit der eingesetzten IT-Systeme und Daten des AMS."

"Hinsichtlich Steuerung und Koordination aller IT-Dienstleistungen wird vom Generalunternehmer jedenfalls verlangt, dass er

- * einen hauptverantwortlichen Ansprechpartner für die strategische Partnerschaft mit dem AMS nominiert,

* zur Vermeidung von Schnittstellenproblematiken seine Sub-Auftragnehmer steuert und koordiniert,

* die "End-to-End-Verantwortung" in Bezug auf die Serviceerbringung übernimmt "

Zu "Vertragsmanagement" heißt es ua:

"In der Rolle des GU hat der AN das Vertragsmanagement gegenüber seinen Subauftragnehmern durchzuführen. Auch die Koordination unterhalb der Subauftragnehmer obliegt dem AN (in seiner Rolle als GU). Somit steht dem AG ein hauptverantwortlicher Ansprechpartner gegenüber."

Zu "Programm- und Projektmanagement" ist ua ausgeführt:

"Ziel des Leistungspakets Programm- und Projektmanagement ist der Aufbau und die Etablierung eines effizienten und zielgerichteten Managements der IT-Programme und -Projekte."

"Der AN übernimmt für den AG die führende Umsetzungsverantwortung. Die Leistungen des AN sind dabei in allen Phasen (Programm- bzw. Projektinitialisierung, -vorbereitung, -durchführung, -abschluss, etc.) zu erbringen. Durch Programm- und Projektmanagement steuert der AN alle projektrelevanten Aktivitäten sowohl leistungspaketunabhängig bzw. leistungspaketspezifisch.

Der AN stellt in den einzelnen Phasen die Ergebnisse des Programm- und Projektmanagements sicher. Auf der Ebene der Planung zählen hierzu zum Beispiel Programm-Strukturplan, Programm-Organisationsplan, Programm-Zielplan, Programm- und Projekt-Meilensteinplanung, Projektsteckbrief, Arbeitsplanung, Ressourcenplanung und Kostenplanung, etc.

Der AN ist verantwortlich für die fachgerechte Anwendung der erforderlichen Methoden, Prozesse und Tools. Der AN stellt damit eine effiziente und erfolgreiche Projektabwicklung sicher.

Darüber hinaus hat der AN ein Projektstruktur- und Vorgehensmodell einzubringen oder zu entwickeln, das mit der Methodik des AG abgestimmt ist. Dabei hat der AN die Gesamtprojektleitung und -verantwortung zu übernehmen.

Weiters obliegt dem AN die Aufgabe, die Projektanforderungen umfassend zu dokumentieren sowie deren Umsetzung zu planen und zu überwachen."

Weitere zum Projekterfolg beitragende Maßnahmen werden vom AN verantwortlich durchgeführt. Hierzu zählen insbesondere Qualitätsmanagement, Risikomanagement und Change Management."

Das Vergabeverfahren befindet sich derzeit in der ersten Stufe (Teilnahmewettbewerb). Die interessierten Unternehmer hatten gemäß Punkt 7 der TNU die Gelegenheit, bis zum 11. August 2008 Anfragen zu den TNU zu stellen. Die Beantwortung erfolgte in anonymisierter Form am 14. August 2008.

Die Antragstellerin hat fristgerecht einen Teilnahmeantrag gestellt und dabei folgende Subunternehmen bekannt gegeben:

* C***

* B***

* D***

* E***

* F***

Der Auftraggeber hat in weiterer Folge auch den Teilnahmeantrag der Antragstellerin unter Berücksichtigung der in den TNU enthaltenen Vorgaben geprüft.

Zur Vorgabe betreffend Unternehmensreferenzen in den TNU:

Nach den TNU sind für die Eignungsvoraussetzung der technischen Leistungsfähigkeit (Pkt 4.3 TNU) bestimmte Mindestvoraussetzungen zu erfüllen und nachzuweisen.

Neben einer bestimmten Mindestpersonalausstattung (Pkt 4.3.1 der TNU) und Mindestanforderungen für je einen Mitarbeiter in bestimmten Schlüsselfunktionen, die durch personenbezogene Referenzen nachzuweisen sind (Pkt 4.3.2 der TNU), verlangt Pkt 4.3.3 Unternehmensreferenzen, für die, gegliedert nach

* Steuerung komplexer IT-Leistungserbringung im Bereich IT-Sourcing und

* nach Leistungspaketen,

bestimmte Mindestanforderungen vorgegeben sind.

Für die in dieser Entscheidung zu beantwortende Schlüsselfrage, ist die Textierung der Anforderungen an die "Steuerung komplexer IT-Leistungserbringung im Bereich IT-Sourcing" betreffenden Unternehmensreferenzen von besonderer Relevanz.

In Pkt 4.3.3, auf Seite 25 der TNU heißt es dazu wörtlich, wobei auch die Hervorhebungen durch Fettdruck mitübernommen werden:

"4.3.3 Unternehmensreferenzen

Für alle Referenzprojekte gilt, dass Projekte, die vor mehr als drei Jahren beendet (erfolgreiche Abnahme bzw. erfolgreiche Vertragsbeendigung) wurden (Stichtag ist der Schlusstermin für den Eingang der Teilnahmeanträge) oder die mangels Detailangaben nicht überprüfbar sind, nicht als Referenzen gewertet werden. Ebenfalls nicht berücksichtigt werden nicht abgeschlossene Referenzprojekte, für die der Bewerber bisher weniger als die geforderten Eignungskriterien für die Referenz geleistet hat (mit eingeschlossenem Nachweis über die bisherige erfolgreiche Projektdurchführung durch den Referenzpartner). Der Bewerber erklärt sich einverstanden, dass der Auftraggeber zur Überprüfung der angegebenen Referenzangaben mit dem genannten (auskunftsbereiten) Referenzpartner Kontakt aufnimmt. Eigenreferenzen sind zugelassen.

Als Mindestanforderung wird festgelegt für folgende Unternehmensreferenz:

* Steuerung komplexer IT-Leistungserbringung im Bereich IT-Sourcing als Generalunternehmer (bei ARGE Konsortialführer)

- -Strichaufzählung
3 Referenzen als Generalunternehmer (bei ARGE - Konsortialführer) mit jeweils mind. EUR 2,5 Mio Umsatz (Dauer der Leistungserbringung: mind. 2 Jahre)
- -Strichaufzählung
und mit mind. 3 der 7 Leistungspakete in jeder Referenz..."

Im Beilagenkonvolut./5, das die Formblätter für den Nachweis der Unternehmensreferenzen enthält, ist das Formblatt ./5-1 übertitelt mit:

"Steuerung komplexer IT-Leistungserbringung im Bereich IT-Sourcing als Generalunternehmer (bei ARGE Konsortialführer)".

In Pkt 5.3, auf Seite 33 der TNU, in dem für das Auswahlverfahren die Bewertung der über die Mindestanforderungen hinausgehenden Referenzparameter, wieder gegliedert nach "Steuerung komplexer IT-Leistungserbringung im Bereich IT-Sourcing" und nach "Leistungspaketen", enthalten ist, wird die Referenzkategorie beschrieben mit

"Steuerung komplexer IT-Leistungserbringung im Bereich IT-Sourcing durch den Generalunternehmer (bei ARGE Konsortialführer)"

und wird der nach zwei Umsatzhöhen gestaffelte Referenzparameter beschrieben mit

"Referenzen des Generalunternehmers (bei ARGE Konsortialführer)."

In dem die Anlage B zu den TNU bildenden Dokument (Excel-Liste für die Eignungs- und Auswahlkriterien: Kriterienstruktur und Bewertungsraster) 080714_eF.xls ist unter

1. "3.Ziffer 3

Technische Leistungsfähigkeit hinsichtlich Steuerung und Koordination aller IT-Leistungen-
Unternehmensreferenzen" (mit der Beifügung) "Allgemeine Vorgaben und Grundlagen des AMS"

als Basiskriterium unter 3.1 genannt:

"Steuerung komplexer IT-Leistungserbringung im Bereich IT-Sourcing durch den Generalunternehmer (bei ARGE Konsortialführer)"

und wird dieses in der Spalte Eignungskriterien mit den Worten beschrieben

"3 Referenzen des Generalunternehmers (bei ARGE-Konsortialführer)"

Die unterschiedliche Textierung in Pkt 4.3.3 TNU sowie in Formblatt./5-1 "als Generalunternehmer" einerseits und in Pkt 5.3 TNU sowie in Pkt 3.1 Dokument 080714_eF.xls "des Generalunternehmers" andererseits, ist einem Bewerber aufgefallen.

Die 1. Fragenbeantwortung vom 14. August 2008 enthält folgende Frage 17:

"Im Punkt 4.3.3 wird als Mindestanforderung für Unternehmensreferenzen hins. "Steuerung komplexer IT-Leistungserbringung im Bereich IT – Sourcing als Generalunternehmer" 3 Referenzen als Generalunternehmer gefordert. Im Dokument

"AMS_IT_Anlage_B_Kriterienkatalog_080714_eF.xls" (ist) unter

3.1 in der Tabelle angeführt, dass 3 Referenzen des Generalunternehmers gefordert sind. Dürfen wir dies so verstehen, dass aus dem unterschiedlichen Wording nichts ableitbar ist. In concreto, dass damit keine unterschiedlichen Konsequenzen gemäß BVergG daran geknüpft sind."

Der AG hat die Frage 17 wie folgt beantwortet:

"Richtig. Aus dem unterschiedlichen Wording ist nichts ableitbar. Es wird darauf hingewiesen, dass sich die GU-Eigenschaft nicht auf die faktische Abwicklung eines Projektes beschränkt, sondern auch die rechtliche Verantwortung für die Abwicklung gegenüber dem Auftraggeber umfasst. Als GU sind daher nur unmittelbare Vertragspartner des Auftraggebers anzusehen. Unternehmen, die kein unmittelbares Vertragsverhältnis zu einem Auftraggeber unterhalten (zB Subunternehmer), werden – ungeachtet ihrer tatsächlichen Leistungserbringung – daher nicht als GU gewertet."

In diesem Zusammenhang ist auch auf Pkt 10, auf Seite 38 der TNU zu verweisen:

"Subunternehmer

Die Weitergabe von Teilen der Leistung an Subunternehmer ist grundsätzlich zulässig. Die Weitergabe des gesamten Auftrages ist – ausgenommen bei Kaufverträgen und an verbundene Unternehmen – unzulässig. Der Auftragnehmer hat wesentliche Teile jener Arbeiten, die in seine Befugnis fallen, selbst auszuführen. Die Weitergabe von Teilen der Leistung an Subunternehmer ist nur insoweit zulässig, als der Subunternehmer die für die Ausführung seines Teils der Leistung erforderliche Befugnis und Eignung besitzt.

Der Bewerber hat in seinem Teilnahmeantrag die Person des Subunternehmers, die vom Subunternehmer zu übernehmenden Leistungen und den Wert der Subunternehmerleistung in Prozent vom Gesamtrechnungswert anzugeben (Beilage./12). Weiters ist ein Nachweis über die tatsächliche Verfügbarkeit des Subunternehmers im Beauftragungsfall (Beilage./13) beizulegen. Die Nennung mehrerer Subunternehmer für einen Leistungsteil, dessen Weitergabe der Bewerber beabsichtigt, ist möglich. Ein Wechsel des Subunternehmers ist nur mit Zustimmung des Auftraggebers zulässig. Der Auftraggeber wird einem Wechsel zustimmen, wenn die Gleichwertigkeit der Subunternehmer gewährleistet ist, wofür der Bewerber beweispflichtig ist. Zur Frage der Mehrfachbeteiligung siehe die Ausführungen zu Punkt 9."

Bei der Beurteilung des Nachprüfungsbegehrens kommt auch dem Punkt 3.2.2 der TUN eine besondere Bedeutung zu. Diese Bestimmung hat folgenden Wortlaut:

"Der Auftraggeber prüft im Eignungsverfahren die Angaben und Nachweise der Bewerber in ihren Teilnahmeanträgen auf Nicht-Vorliegen von Ausschlussgründen und Erfüllung der Eignungskriterien (§ 2 Z 20 lit c BVergG) gemäß Punkt 4. (zwingende Mindestanforderungen/K.O.-Kriterien). Bei Vorliegen eines Ausschlussgrundes oder bei Nicht-Erfüllen eines Eignungskriteriums kann der Bewerber jedenfalls nicht zur Angebotsabgabe eingeladen werden.""Der Auftraggeber prüft im Eignungsverfahren die Angaben und Nachweise der Bewerber in ihren Teilnahmeanträgen auf Nicht-Vorliegen von Ausschlussgründen und Erfüllung der Eignungskriterien (Paragraph 2, Ziffer 20, Litera c, BVergG) gemäß Punkt 4. (zwingende Mindestanforderungen/K.O.-Kriterien). Bei Vorliegen eines Ausschlussgrundes oder bei Nicht-Erfüllen eines Eignungskriteriums kann der Bewerber jedenfalls nicht zur Angebotsabgabe eingeladen werden."

Aus den Stellungnahmen des Auftraggebers kann entnommen werden, dass seitens des AG beabsichtigt war, mit der

Formulierung der Anforderung der GU-Referenzen die Eignungskriterien so zu gestalten, dass ein Unternehmen (GU oder ARGE) nur dann als geeignet angesehen werden kann, wenn der GU oder bei einer ARGE der Konsortialführer selbst über drei Referenzen als Generalunternehmer verfügt. Nach dem Verständnis des Auftraggebers waren Referenzen des Generalunternehmers als Generalunternehmer vorzulegen. Die Möglichkeit zur Substitution dieser Eignungsforderung durch Dritte sollte – soweit europarechtlich möglich – verhindert werden.

Von Interesse ist auch Bewerberanfrage 50 und deren Antwort:

"4.3 verbundene Unternehmen und Referenzen

Wie muss der Nachweis der Verfügbarkeit auf Ressourcen von konzernverbundenen Unternehmen zum Ersatz bzw. zur Ergänzung der technischen Leistungsfähigkeit aussehen, wenn diese Unternehmen nicht zusätzlich als Subunternehmer genannt werden (i.S.d. § 76 BVergG) Wie muss der Nachweis der Verfügbarkeit auf Ressourcen von konzernverbundenen Unternehmen zum Ersatz bzw. zur Ergänzung der technischen Leistungsfähigkeit aussehen, wenn diese Unternehmen nicht zusätzlich als Subunternehmer genannt werden (i.S.d. Paragraph 76, BVergG)

Antwort: siehe dazu die Antwort auf Frage 19."

Die Frage 19 und deren Antwort lauten wie folgt:

„Gemäß § 76 BVergG 2006 kann sich ein Unternehmer zum Nachweis seiner Leistungsfähigkeit für einen bestimmten Auftrag auf die Kapazitäten anderer Unternehmer ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und diesen Unternehmer bestehenden Verbindungen stützen. In diesem Fall muss er den Nachweis erbringen, dass ihm für die Ausführung des Auftrages die bei den anderen Unternehmen im erforderlichen Ausmaß nachgewiesenermaßen vorhandenen Mittel auch tatsächlich zur Verfügung stehen.“ Gemäß Paragraph 76, BVergG 2006 kann sich ein Unternehmer zum Nachweis seiner Leistungsfähigkeit für einen bestimmten Auftrag auf die Kapazitäten anderer Unternehmer ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und diesen Unternehmer bestehenden Verbindungen stützen. In diesem Fall muss er den Nachweis erbringen, dass ihm für die Ausführung des Auftrages die bei den anderen Unternehmen im erforderlichen Ausmaß nachgewiesenermaßen vorhandenen Mittel auch tatsächlich zur Verfügung stehen.

In diesem Zusammenhang finden sich für die Substitution der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit entsprechende Formulierungen, wie der Nachweis durch ein mit dem Bewerber verbundenes Unternehmen oder durch einen Dritten (im Besonderen durch einen Subunternehmer) zu erbringen ist. Spezifizieren Sie bitte, wie der Nachweis gem § 76 BVergG für die technische Leistungsfähigkeit auszusehen hat oder dürfen wir davon ausgehen, dass eine Eigenerklärung als Nachweis ausreicht? In diesem Zusammenhang finden sich für die Substitution der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit entsprechende Formulierungen, wie der Nachweis durch ein mit dem Bewerber verbundenes Unternehmen oder durch einen Dritten (im Besonderen durch einen Subunternehmer) zu erbringen ist. Spezifizieren Sie bitte, wie der Nachweis gem Paragraph 76, BVergG für die technische Leistungsfähigkeit auszusehen hat oder dürfen wir davon ausgehen, dass eine Eigenerklärung als Nachweis ausreicht?

Antwort: Die Erklärung, dass auf einen Dritten und wenn ja, in welchem Ausmaß und in welchen Leistungsbereichen zurückgegriffen wird, ist vom Bewerber abzugeben. Die Verfügbarkeitserklärung (gilt auch für verbundene Unternehmen) ist Beilage ./14 nachzubilden und von diesem Unternehmen rechtsverbindlich zu fertigen."

Die Antragstellerin hat zum Nachweis der Unternehmensreferenzen, insbesondere der Eignungskriterien gemäß Punkt 4.3.3 der TUN für die Unternehmensreferenz "Steuerung komplexer IT-Leistungserbringung im Bereich IT-Sourcing als Generalunternehmer (bei ARGE: Konsortialführer)" auf drei Referenzen ihres Subunternehmers B*** (bei allen drei Referenzen wird die B*** als Auftragnehmer genannt) hingewiesen und die entsprechend ausgefüllten Formulare ihrem Teilnahmeantrag beigelegt. Diese drei Referenzen betreffen die Projekte:

- -Strichaufzählung
GGG***
- -Strichaufzählung
HHH***
- -Strichaufzählung
LLL***

Hinsichtlich des Projektes "G***" ist festzustellen, dass dabei die B*** der Auftragnehmer (mit dem AMS als

Auftraggeber direkt verbundener Vertragspartner) ist. Die B*** übt jedoch diese Tätigkeiten selbst nicht mehr faktisch aus, sondern hat zu diesem Zweck die Antragstellerin gegründet, der die Auftragsabwicklung in den letzten Jahren zur Gänze übertragen wurde.

Mit den Original-Verfahrensunterlagen des Vergabeverfahrens wurde auch eine vergaberechtliche Stellungnahme zur Frage der weiteren Vorgangsweise nach Vorliegen der Teilnahmeanträge im Verhandlungsverfahren "Neuausschreibung AMS-IT-Unterstützung" vom 13. Oktober 2008 von Z*** mitübermittelt. Diese Stellungnahme wurde für den Auftraggeber angefertigt und behandelt auch die Rechtsgrundlage für einen allfälligen Widerruf. Dazu stellt Z*** fest, dass ein allfälliger Widerruf (letztlich empfiehlt er diesen auch) nur auf

§ 138 BVergG gestützt werden könnte. Denn ein Widerruf zum jetzigen Zeitpunkt sei ein Widerruf vor Ablauf der Angebotsfrist. Er konkretisiert weiter und weist darauf hin, dass allenfalls § 138 Abs. 2 BVergG in Betracht komme. Es werde klargestellt, dass zwar § 139 BVergG (Widerruf nach Ablauf der Angebotsfrist) nicht die Rechtsgrundlage für den Widerruf bilden könne, es aber keineswegs ausgeschlossen sei, den sachlichen Grund für den Widerruf nach § 138 Abs. 2 BVergG ua. auch aus dem Widerrufsgrund des § 139 Abs. 2 Z 2 BVergG zu konkretisieren. Paragraph 138, BVergG gestützt werden könnte. Denn ein Widerruf zum jetzigen Zeitpunkt sei ein Widerruf vor Ablauf der Angebotsfrist. Er konkretisiert weiter und weist darauf hin, dass allenfalls Paragraph 138, Absatz 2, BVergG in Betracht komme. Es werde klargestellt, dass zwar Paragraph 139, BVergG (Widerruf nach Ablauf der Angebotsfrist) nicht die Rechtsgrundlage für den Widerruf bilden könne, es aber keineswegs ausgeschlossen sei, den sachlichen Grund für den Widerruf nach Paragraph 138, Absatz 2, BVergG ua. auch aus dem Widerrufsgrund des Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG zu konkretisieren.

Schließlich teilte der Auftraggeber der Antragstellerin per Telefax am 24. Oktober 2008 Folgendes mit:

"...

Namens und auftrags des Auftraggebers teilen wir mit, dass der Teilnahmeantrag aus folgenden Gründen leider nicht berücksichtigt werden kann (Ausscheidensentscheidung):

A*** (Anmerkung des Bundesvergabeamtes: Damit ist die Antragstellerin gemeint) hat die Unternehmensreferenzen, insbesondere der Eignungskriterien gemäß Pkt 4.3.3 der Teilnahmeunterlagen für die Unternehmensreferenz "Steuerung komplexer IT-Leistungserbringung im Bereich IT-Sourcing als Generalunternehmer (bei ARGE: Konsortialführer)" durch zwei Referenzen ihres Subunternehmers B*** und durch eine eigene Referenz nachgewiesen. Damit hat die A*** jedoch keine, wie in Punkt 4.3.3 gefordert, wertbare Unternehmensreferenz beigebracht.

Die zwei Referenzen der B*** (Stadt Wien/MagAbt 4, Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger) sind deshalb nicht geeignet, weil es sich nicht – wie gefordert – um eigene Referenzen der amsbg als zukünftiger Generalunternehmer handelt.

Die eigene Referenz der A*** (AMS Österreich) leidet daran, dass für das referenzierte Projekt die B*** Generalunternehmer, sohin mit dem Auftraggeber direkt verbundener Vertragspartner (Auftragnehmer) ist. Die B*** übt jedoch diese Tätigkeit selbst nicht mehr faktisch aus, sondern hat zu diesem Zweck die A*** gegründet, der die Auftragsabwicklung in den letzten Jahren zur Gänze überbunden wurde. In diesem Referenzprojekt (GGG***) fungiert die amsbg als Bevollmächtigte des Auftragnehmers B***. Eben diese Konstellation wurde in der Fragebeantwortung durch die Antwort auf Frage 17 ausgeschlossen, weil danach ein Projekt nur dann als GU-Referenz verwertbar ist, wenn der Unternehmer als unmittelbarer Vertragspartner des Auftraggebers anzusehen ist, sodass – wie in der Antwort klargestellt – die tatsächliche Leistungserbringung nicht genügt.

Namens und auftrags des Auftraggebers teilen wir weiters mit, dass das Vergabeverfahren nach Ablauf der Stillhaltefrist von 14 Tagen widerrufen wird (Widerrufsentscheidung)

Die Stillhaltefrist endet am 7.11.2008.

Die Widerrufsentscheidung erfolgt gemäß § 139 Abs. 2 Z 2 BVergG, da nur ein Bewerber seine Eignung ausschreibungskonform nachgewiesen hat. Die Widerrufsentscheidung erfolgt gemäß Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG, da nur ein Bewerber seine Eignung ausschreibungskonform nachgewiesen hat.

Namens und auftrags des Auftraggebers geben wir weiters bekannt, dass das Vergabeverfahren unmittelbar nach Ablauf der Stillhaltefrist mit Bekanntmachung erneut eingeleitet werden wird. Die Versendung der EU-weiten Bekanntmachung wird – sofern kein Vergabekontrollverfahren eingeleitet wird – in KW 46 erfolgen...."

Innerhalb der Stillhaltefrist hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 30. Oktober 2008, eingelangt im Bundesvergabeamt am 31. Oktober 2008 einen Nachprüfungsantrag gestellt und neben den im Spruch dieses Bescheides wörtlich wiedergegebenen Anträge auch Anträge auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung, auf Akteneinsicht gem. § 17 AVG in alle von der Auftraggeberin vorzulegenden Bestandteile des Vergabeverfahrens und auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt. Die Antragstellerin hat Pauschalgebühren von insgesamt Euro 2.400.-- bezahlt. Innerhalb der Stillhaltefrist hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 30. Oktober 2008, eingelangt im Bundesvergabeamt am 31. Oktober 2008 einen Nachprüfungsantrag gestellt und neben den im Spruch dieses Bescheides wörtlich wiedergegebenen Anträge auch Anträge auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung, auf Akteneinsicht gem. Paragraph 17, AVG in alle von der Auftraggeberin vorzulegenden Bestandteile des Vergabeverfahrens und auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt. Die Antragstellerin hat Pauschalgebühren von insgesamt Euro 2.400.-- bezahlt.

Mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 7. November 2008, N/0139-BVA/05/2008-EV6 wurde es dem Auftraggeber untersagt, vorläufig den Widerruf zu erklären. Am 17. November 2008 fand eine mündliche Verhandlung im Bundesvergabeamt statt.

Dem vorliegenden Sachverhalt liegt folgende Beweiswürdigung zugrunde:

Der wiedergegebene Sachverhalt ergibt sich aus den Angaben der Verfahrensparteien und findet volle Deckung in den vom Auftraggeber vorgelegten Verfahrensunterlagen. Eine Widersprüchlichkeit liegt nur insofern vor, als der Auftraggeber von nur zwei Referenzen der B*** spricht, während nach Ansicht der Antragstellerin auch die Referenz "GGG***" der B*** zuzuordnen ist. Aus den von der Antragstellerin ihrem Teilnahmeantrag beigefügten Formularen, auf denen die Referenzen angeführt werden und der Nennung des Auftraggebers "B***" steht für das Bundesvergabeamt fest, dass alle drei vorgelegten Referenzen der B*** Österreich zuzuordnen sind.

Der vorliegende Sachverhalt ist rechtlich wie folgt zu beurteilen:

Zur Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Antragsvoraussetzungen bzw. Parteistellung:

Gemäß § 312 Abs. 1 BVergG ist das Bundesvergabeamt nach Maßgabe der Bestimmungen des 2. Abschnittes des 1. Gemäß Paragraph 312, Absatz eins, BVergG ist das Bundesvergabeamt nach Maßgabe der Bestimmungen des 2. Abschnittes des 1.

Hauptstückes des 4. Teiles des BVergG auf Antrag zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren, zur Erlassung einstweiliger Verfügungen und zur Durchführung von Feststellungsverfahren zuständig.

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

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

An der Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Entscheidung über das gegenständliche Nachprüfungsbegehren bestehen keine Zweifel, zumal der Beschaffungsvorgang durch einen öffentlichen Auftraggeber (vgl. Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 7. November 2008, N/0139-BVA/05/2008- EV6) zweifelsfrei unter den Regelungsgegenstand des § 1 Abs. 1 Z 1 BVergG und das Nachprüfungsverfahren unter den Regelungsgegenstand des § 1 Abs. 1 Z 3 BVergG fällt. Das Bundesvergabegesetz und damit auch der Rechtsschutz des 4. Teiles des BVergG gelangen zur Anwendung; es besteht die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes, wobei dieses gemäß § 303 Abs. 1 iVm § 304 Abs. 1 BVergG im

Senat 5, dem diese Angelegenheit gemäß der Geschäftsverteilung des Bundesvergabeamts vom Vorsitzenden zugewiesen wurde, tätig wird. An der Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Entscheidung über das gegenständliche Nachprüfungsbegehren bestehen keine Zweifel, zumal der Beschaffungsvorgang durch einen öffentlichen Auftraggeber vergleiche Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 7. November 2008, N/0139-BVA/05/2008- EV6) zweifelsfrei unter den Regelungsgegenstand des Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG und das Nachprüfungsverfahren unter den Regelungsgegenstand des Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG fällt. Das Bundesvergabegesetz und damit auch der Rechtsschutz des 4. Teiles des BVergG gelangen zur Anwendung; es besteht die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes, wobei dieses gemäß Paragraph 303, Absatz eins, in Verbindung mit Paragraph 304, Absatz eins, BVergG im Senat 5, dem diese Angelegenheit gemäß der Geschäftsverteilung des Bundesvergabeamts vom Vorsitzenden zugewiesen wurde, tätig wird.

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

1. 1.Ziffer eins

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

2. 2.Ziffer 2

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

Hiezu wird vom entscheidenden Senat ausgeführt, dass bislang weder eine Zuschlagserteilung noch eine Widerrufserklärung vorliegt. Die Nicht-Zulassung (Die in der Bekanntmachung des Auftraggebers vom 24. Oktober bekannt gegebene "Ausscheidensentscheidung" kann nur als "Nicht-Zulassung zur Teilnahme" verstanden werden) sowie die Widerrufsentscheidungen sind gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. dd BVergG. Das Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG unterliegenden Vertrages hat die Antragstellerin glaubhaft dokumentiert, indem sie auch im Vergabeverfahren einen Teilnahmeantrag abgegeben und letztlich auch den gegenständlichen Nachprüfungsantrag gestellt hat und die hierfür erforderlichen Pauschalgebühren zur Einzahlung gebracht hat. Auf einen drohenden Schaden wurde im Nachprüfungsantrag hingewiesen. Somit war das Nachprüfungsverfahren einzuleiten (siehe dazu auch die Ausführungen im Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 7. November 2008, N/0139-BVA/05/2008- EV6). Hiezu wird vom entscheidenden Senat ausgeführt, dass bislang weder eine Zuschlagserteilung noch eine Widerrufserklärung vorliegt. Die Nicht-Zulassung (Die in der Bekanntmachung des Auftraggebers vom 24. Oktober bekannt gegebene "Ausscheidensentscheidung" kann nur als "Nicht-Zulassung zur Teilnahme" verstanden werden) sowie die Widerrufsentscheidungen sind gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d, BVergG. Das Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG unterliegenden Vertrages hat die Antragstellerin glaubhaft dokumentiert, indem sie auch im Vergabeverfahren einen Teilnahmeantrag abgegeben und letztlich auch den gegenständlichen Nachprüfungsantrag gestellt hat und die hierfür erforderlichen Pauschalgebühren zur Einzahlung gebracht hat. Auf einen drohenden Schaden wurde im Nachprüfungsantrag hingewiesen. Somit war das Nachprüfungsverfahren einzuleiten (siehe dazu auch die Ausführungen im Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 7. November 2008, N/0139-BVA/05/2008- EV6).

Der Nachprüfungsantrag ist unter Hinweis auf § 321 Abs. 1 Z 7 BVergG rechtzeitig. § 140 Abs. 4 Z 5 BVergG und somit § 321 Abs. 1 Z 4 BVergG kommen nicht zur Anwendung, da § 140 Abs. 4 Z 5 BVergG ausdrücklich von einem Zeitpunkt spricht, zu dem bereits Angebote vorliegen. Dieser Verfahrenszeitpunkt ist im gegenständlichen Vergabeverfahren derzeit jedoch nicht erreicht. Auch die sonstigen Antragsvoraussetzungen des § 322 Abs. 1 BVergG sind erfüllt; die Pauschalgebühren wurden ordnungsgemäß entrichtet. Der Nachprüfungsantrag ist unter Hinweis auf Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG rechtzeitig. Paragraph 140, Absatz 4, Ziffer 5, BVergG und somit Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 4, BVergG kommen nicht zur Anwendung, da Paragraph 140, Absatz 4, Ziffer 5, BVergG ausdrücklich von

einem Zeitpunkt spricht, zu dem bereits Angebote vorliegen. Dieser Verfahrenszeitpunkt ist im gegenständlichen Vergabeverfahren derzeit jedoch nicht erreicht. Auch die sonstigen Antragsvoraussetzungen des Paragraph 322, Absatz eins, BVergG sind erfüllt; die Pauschalgebühren wurden ordnungsgemäß entrichtet.

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die Zuständigkeit des Senates 5 des Bundesvergabeamtes zur Entscheidung in der gegenständlichen Angelegenheit gegeben ist und die Antragstellerin sämtliche Antragsvoraussetzungen erfüllt.

Zu Spruchpunkt I:

Zum Antragsbegehren der Nichtigerklärung der Nicht-Zulassung zur Teilnahme:

Vorab ist festzuhalten, dass gegen die Eignungsanforderungen und ihre Textierung kein Nachprüfungsverfahren beantragt wurde (§ 321 Abs 2 BVergG). Sie sind daher, selbst wenn eine Festlegung gesetz- oder gemeinschaftsrechtswidrig sein sollte, bestandsfest geworden. (vgl. beispielsweise BVA vom 3. Mai 2006, N-0017-BVA/04/2006-25). Vorab ist festzuhalten, dass gegen die Eignungsanforderungen und ihre Textierung kein Nachprüfungsverfahren beantragt wurde (Paragraph 321, Absatz 2, BVergG). Sie sind daher, selbst wenn eine Festlegung gesetz- oder gemeinschaftsrechtswidrig sein sollte, bestandsfest geworden. vergleiche beispielsweise BVA vom 3. Mai 2006, N-0017-BVA/04/2006-25).

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

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

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

Daraus muss aber geschlossen werden, dass auch die Eignungsnachweise, die der Unternehmer gleichsam aus "eigener" Eignung für sich selbst führt (ohne auf Subunternehmer zu rekurrieren), zu diesem Zeitpunkt erbracht

werden müssen. Das Gleiche muss auch für den Nachweis der Leistungsfähigkeit durch einen Dritten, der nicht Subunternehmer ist, gelten, wenn der Unternehmer den Nachweis seiner Leistungsfähigkeit durch Berufung auf die ihm zur Verfügung stehenden Kapazitäten eines anderen Unternehmers führt (§ 76 BVergG). Denn es ist kein Grund ersichtlich, warum die auf die Leistungsfähigkeit des "notwendigen" Subunternehmers Bezug habenden Nachweise mit dem Teilnahmeantrag zu legen sind, während die "Eigennachweise" und der Nachweis tatsächlich zur Verfügung stehender Kapazitäten Dritter später (nicht mit dem Teilnahmeantrag) gelegt werden könnten. Daraus muss aber geschlossen werden, dass auch die Eignungsnachweise, die der Unternehmer gleichsam aus "eigener" Eignung für sich selbst führt (ohne auf Subunternehmer zu rekurrieren), zu diesem Zeitpunkt erbracht werden müssen. Das Gleiche muss auch für den Nachweis der Leistungsfähigkeit durch einen Dritten, der nicht Subunternehmer ist, gelten, wenn der Unternehmer den Nachweis seiner Leistungsfähigkeit durch Berufung auf die ihm zur Verfügung stehenden Kapazitäten eines anderen Unternehmers führt (Paragraph 76, BVergG). Denn es ist kein Grund ersichtlich, warum die auf die Leistungsfähigkeit des "notwendigen" Subunternehmers Bezug habenden Nachweise mit dem Teilnahmeantrag zu legen sind, während die "Eigennachweise" und der Nachweis tatsächlich zur Verfügung stehender Kapazitäten Dritter später (nicht mit dem Teilnahmeantrag) gelegt werden könnten.

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

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

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

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

(ebenso wie beim Fehlen des Nachweises einer im maßgeblichen Zeitpunkt bereits vorhandenen Befugnis) um einen behebbaren, beim Fehlen der rechtzeitigen Antragstellung (ebenso wie etwa beim Fehlen einer Befugnis) jedoch um einen unbehebaren Mangel."

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

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

Daraus ist zu entnehmen, dass der Auftraggeber die Eignung der Bewerber zu prüfen und sodann, wenn Teilnahmeanträge von mehr geeigneten Bewerbern vorliegen, als zur Angebotsabgabe eingeladen werden sollen, eine Auswahlentscheidung zu treffen hat.

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

Kommt es – wie im gegenständlichen Vergabeverfahren – zu keiner Auswahlentscheidung, weil ohnedies weniger Teilnahmeanträge eingehen als es der vom Auftraggeber vorgesehenen Anzahl von aufzufordernden Unternehmern entspricht, erschöpft sich die Prüfung zum Abschluss des Teilnahmewettbewerbes in der Eignungsprüfung. Die Gründe der Nicht-Zulassung sind ausschließlich solche der fehlenden Eignung.

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

die Nachweismittel umfassen, in Verbindung mit Absatz 3, dahingehend verstanden werden, dass Unternehmern, die nicht mit dem Teilnahmeantrag die erforderlichen Nachweise gelegt haben, keine Gelegenheit zur Teilnahme am Vergabeverfahren zu geben ist, sie also mit der Begründung fehlenden Eignungsnachweises – ohne Verbesserungsmöglichkeit – zum weiteren Verfahren nicht zuzulassen sind.

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

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

Dabei wird nicht verkannt, dass sowohl der VwGH (VwGH vom 25. Februar 2004, 2003/04/0186) als auch das BVA (beispielsweise BVA vom 3. Mai 2006, N/0017-BVA/04/2006-25) bei Angebotsmängeln es für die Unbehebbarkeit genügen lassen, dass dem betreffenden Bieter als Folge der Behebbarkeit mehr Zeit zur Verfügung stehen würde als den mangelfrei anbietenden Mitbewerbern, die er für ein qualitätsvolleres Angebot nützen könnte. Dieser Aspekt fällt indessen für die Beibringung von Eignungsnachweisen nicht wirklich ins Gewicht. Wenn ein Bewerber den Befugnisnachweis oder den Auszug aus dem Strafregister für ein Organ, den letztgültigen Kontoauszug der zuständigen Sozialversicherungsanstalt, die letztgültige Rückstandsbescheinigung dem Teilnahmeantrag nicht beischließt oder eine personenbezogene Referenz für ein vorgesehenes Schlüsselpersonal oder eine Unternehmensreferenz vorliegt, welche zB die geforderte Beschäftigungs- bzw Projektdauer nicht aufweisen, erwächst den Mitbewerbern kein irgendwie relevanter Wettbewerbsnachteil bzw zieht der betreffende Unternehmer keinen Wettbewerbsvorteil, wenn dieser nunmehr die fehlenden Bescheinigungen nachreicht oder die nicht anforderungskonformen Referenzen austauscht. Er muss sie nur (griffbereit) "haben".

Jedenfalls dann, wenn Referenzen – so wie hier – nur als Nachweismittel für die Erfüllung von Eignungskriterien zur Anwendung gelangen und nicht auch als Bewertungsgegenstand im Rahmen der Auswahlkriterien dienen, sodass auch nicht die Gefahr besteht, durch Nachschieben besserer Referenzen die Position im Auswahlwettbewerb nachträglich zu verbessern, sprechen nach Auffassung des zur Entscheidung berufenen Senates 5 des Bundesvergabeamtes die besseren Gründe dafür, jeden eignungsbezogenen Nachweisfehler im Teilnahmeantrag für einen behebbaren Mangel zu halten. Im Sinne des Wettbewerbsprinzips (§ 19 BVergG) ist der Auftraggeber, wenn er nicht in den Teilnahmeunterlagen andere bestandskräftig gewordene Festlegungen getroffen hat, gehalten, die Bewerber zur Verbesserung ihrer Teilnahmeanträge innerhalb angemessener (kurzer) Frist aufzufordern. Als Zwischenergebnis steht daher fest, dass Nachweismängel in Teilnahmeanträgen nach dem BVergG als behebbare Mängel anzusehen

sind. Jedenfalls dann, wenn Referenzen – so wie hier – nur als Nachweismittel für die Erfüllung von Eignungskriterien zur Anwendung gelangen und nicht auch als Bewertungsgegenstand im Rahmen der Auswahlkriterien dienen, sodass auch nicht die Gefahr besteht, durch Nachschieben besserer Referenzen die Position im Auswahlwettbewerb nachträglich zu verbessern, sprechen nach Auffassung des zur Entscheidung berufenen Senates 5 des Bundesvergabeamtes die besseren Gründe dafür, jeden eignungsbezogenen Nachweisfehler im Teilnahmeantrag für einen behebbaren Mangel zu halten. Im Sinne des Wettbewerbsprinzips (Paragraph 19, BVergG) ist der Auftraggeber, wenn er nicht in den Teilnahmeunterlagen andere bestandskräftig gewordene Festlegungen getroffen hat, gehalten, die Bewerber zur Verbesserung ihrer Teilnahmeanträge innerhalb angemessener (kurzer) Frist aufzufordern. Als Zwischenergebnis steht daher fest, dass Nachweismängel in Teilnahmeanträgen nach dem BVergG als behebbare Mängel anzusehen sind.

Bestandskräftig gewordene Festlegungen in den Teilnahmeunterlagen, an die der Auftraggeber auch selbst gebunden bleibt, können freilich davon Abweichendes bestimmen. Es ist daher zu prüfen, ob die TNU die Verbesserung von Nachweismängeln in den Teilnahmeanträgen ausschließen.

Einschlägig ist Pkt 3.2.2 TNU:

"Der Auftraggeber prüft im Eignungsverfahren die Angaben und Nachweise der Bewerber in ihren Teilnahmeanträgen auf Nicht-Vorliegen von Ausschlussgründen und Erfüllung der Eignungskriterien (§ 2 Z 20 lit c BVergG) gemäß Punkt 4. (zwingende Mindestanforderungen/K.O.-Kriterien). Bei Vorliegen eines Ausschlussgrundes oder bei Nicht-Erfüllen eines Eignungskriteriums kann der Bewerber jedenfalls nicht zur Angebotsabgabe eingeladen werden." "Der Auftraggeber prüft im Eignungsverfahren die Angaben und Nachweise der Bewerber in ihren Teilnahmeanträgen auf Nicht-Vorliegen von Ausschlussgründen und Erfüllung der Eignungskriterien (Paragraph 2, Ziffer 20, Litera c, BVergG) gemäß Punkt 4. (zwingende Mindestanforderungen/K.O.-Kriterien). Bei Vorliegen eines Ausschlussgrundes oder bei Nicht-Erfüllen eines Eignungskriteriums kann der Bewerber jedenfalls nicht zur Angebotsabgabe eingeladen werden."

Mit dieser Formulierung hat der Auftraggeber eindeutig festgelegt, dass er nur solche Bewerber in das (allenfalls) anschließende Auswahlverfahren einbeziehen will, die ihre Eignung bereits in den Teilnahmeunterlagen nachweisen. Gemäß Pkt 3.2.2 der TNU prüft der Auftraggeber im Eignungsverfahren die Angaben und Nachweise der Bewerber in ihren Teilnahmeanträgen. Des Weiteren ist festgehalten, dass bei Vorliegen eines Ausschlussgrundes oder bei Nichterfüllung eines (Mindest-) Eignungskriteriums der Bewerber jedenfalls nicht zur Angebotsabgabe eingeladen werden kann.

Im Zusammenhalt dieser Regelungen ist das nachvollziehbare Anliegen des Auftraggebers zum Ausdruck gebracht, dass er zum Schlusstermin für die Teilnahmeanträge die Unterlagen und Nachweise vorliegen haben will, um mit der Eignungsprüfung sogleich beginnen zu können, um keine Verzögerung durch Verbesserungsaufträge in Bezug auf die Eignungsnachweise zu erleiden. Diese zeitpunktbezogene Festlegung für die Erbringung der Nachweise (mit dem Teilnahmeantrag) ist bestandsfest geworden und bindet jetzt auch den Auftraggeber und alle Bewerber gleichermaßen.

Somit ist festzuhalten, dass der Auftraggeber durch eine entsprechende Festlegung in den TNU ein Nachreichen fehlender oder die Verbesserung fehlerhafter Eignungsnachweise ausgeschlossen hat.

Zu den mit einem Teilnahmeantrag abzugebenden Unternehmensreferenzen:

Ob die maßgeblichen Formulierungen in den TUN einschließlich der Antwort 17 der Fragenbeantwortung die Nichtberücksichtigung von Teilnahmeanträgen rechtfertigen, weil sie von den Bewerbern so zu verstehen waren, dass der Generalunternehmer selbst die erforderlichen Referenzen in eigener Person erbringen muss, stellt die Schlüsselfrage dar.

Die Frage betrifft die Auslegung der Punkte 4.3.3, 5.3 und 10 TNU sowie der Formulierung der Eignungs- und Auswahlkriterien in der Excel-Liste und der Antwort auf die Fragen 17 und 50

(19) der Fragenbeantwortung.

Festgehalten wird, dass es der ständigen Judikatur des VwGH und des BVA entspricht, dass die für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der §§ 914 ABGB auch im Vergaberecht anzuwenden sind und die Auslegung von Formulierungen in Ausschreibungsunterlagen (Teilnahmeunterlagen) leiten (vgl. beispielsweise VwGH vom 29. März 2006, 2004/04/0144, 0156, 0157 oder BVA vom 28. Juli 2006, N/0048-

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

"Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus einer Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind nicht danach zu beurteilen, was der Erklärende sagen wollte oder was der Erklärungsempfänger darunter verstanden hat, sondern danach, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgebend."

Während der Auftraggeber mit der Textierung der einschlägigen Punkte der TNU zum Ausdruck bringen wollte, dass ein Unternehmer nur dann als geeignet anzusehen ist, wenn der Einzelbewerber als GU oder bei einer GU-ARGE der Konsortialführer selbst über drei Referenzen als Generalunternehmer verfügt (und unter Zugrundelegung dieses Verständnisses auch die Frage 17 beantwortet hat), vermeinte die Antragstellerin die einschlägigen Formulierungen so verstehen zu dürfen, dass der Eignungsnachweis auch durch Rückgriff auf GU-Referenzen von Subunternehmern und verbundenen Unternehmen geführt werden darf (und unter Zugrundelegung dieses Verständnisses die Antwort auf die Frage 17 verstanden haben).

Das abweichende Verständnis der Antragstellerin wurde zumindest auch dadurch mitveranlasst, dass die vom Auftraggeber in den darauf Bezug habenden Dokumenten gewählte Textierung unterschiedlich ist und die Antwort auf Frage 50 (mit Verweis auf die Antwort zu Frage 19) nichts Klärendes beiträgt. Während es in Pkt 4.3.3 TNU sowie in Formblatt./5-1 "Referenzen als Generalunternehmer" heißt, heißt es in Pkt 5.3 TNU und in Pkt 3.1 der Excel-Tabelle "Referenzen des Generalunternehmers".

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

Dabei ist freilich zu berücksichtigen, dass der Empfängerhorizont kundiger Bewerber und Bieter auch von der bestehenden Gesetzeslage mitgeprägt ist. Bewerber und Bieter dürfen davon ausgehen, dass der Auftraggeber seine Festlegungen im Rahmen des Gesetzes trifft. Schon aus Rechtsschutzgründen folgt für ein System gesondert anfechtbarer Entscheidungen mit Präklusionswirkung nicht fristgerechter Bekämpfung (§ 2 Z 16 lit a iVm § 321 BVergG) daraus das Gebot zu klarer und eindeutiger Formulierung getroffener Festlegungen, weil sich bei unklarer und mehrdeutiger Textierung ein Bewerber oder Bieter, wenn auch ein gesetzeskonformes Verständnis möglich ist, veranlasst sehen könnte, unter Bedachtnahme darauf die Anfechtung derselben zu unterlassen, um dann – wenn die Anfechtbarkeit präkludiert ist – einem vom Gesetz abweichenden Verständnis des Auftraggebers ausgeliefert zu sein. Nicht zuletzt verlangt dieser Aspekt auch nach einer klaren Antwort auf Bieteranfragen. Die Verpflichtung des Auftraggebers zu eindeutiger Formulierung der Teilnahme- und Ausschreibungsunterlagen sowie zu einem die Bewerber und Bieter nicht im Unklaren lassenden Verhalten ist aus dem Urteil des EuGH vom 27. Februar 2003, Rs C-327/00-Santex ableitbar (vgl. dazu auch BVA vom 7. Juli 2006, N/0039- BVA/05/2006-60). Dabei ist freilich zu

berücksichtigen, dass der Empfängerhorizont kundiger Bewerber und Bieter auch von der bestehenden Gesetzeslage mitgeprägt ist. Bewerber und Bieter dürfen davon ausgehen, dass der Auftraggeber seine Festlegungen im Rahmen des Gesetzes trifft. Schon aus Rechtsschutzgründen folgt für ein System gesondert anfechtbarer Entscheidungen mit Präklusionswirkung nicht fristgerechter Bekämpfung (Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, in Verbindung mit Paragraph 321, BVergG) daraus das Gebot zu klarer und eindeutiger Formulierung getroffener Festlegungen, weil sich bei unklarer und mehrdeutiger Textierung ein Bewerber oder Bieter, wenn auch ein gesetzeskonformes Verständnis möglich ist, veranlasst sehen könnte, unter Bedachtnahme darauf die Anfechtung derselben zu unterlassen, um dann – wenn die Anfechtbarkeit präkludiert ist – einem vom Gesetz abweichenden Verständnis des Auftraggebers ausgeliefert zu sein. Nicht zuletzt verlangt dieser Aspekt auch nach einer klaren Antwort auf Bieteranfragen. Die Verpflichtung des Auftraggebers zu eindeutiger Formulierung der Teilnahme- und Ausschreibungsunterlagen sowie zu einem die Bewerber und Bieter nicht im Unklaren lassenden Verhalten ist aus dem Urteil des EuGH vom 27. Februar 2003, Rs C-327/00-Santex ableitbar vergleiche dazu auch BVA vom 7. Juli 2006, N/0039- BVA/05/2006-60).

Die hier einschlägige Gesetzeslage ist durch zwei Eckpunkte geprägt.

Zum einen durch § 76 BVergG, wonach sich ein Unternehmer zum Nachweis seiner Leistungsfähigkeit auf die Kapazitäten anderer Unternehmer ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und diesen Unternehmer bestehenden Verbindung stützen kann, wenn er nachweist, dass ihm für die Ausführung des Auftrages die bei den anderen Unternehmern im erforderlichen Ausmaß nachgewiesenermaßen vorhandenen Mittel auch tatsächlich zur Verfügung stehen. Zum anderen durch Paragraph 76, BVergG, wonach sich ein Unternehmer zum Nachweis seiner Leistungsfähigkeit auf die Kapazitäten anderer Unternehmer ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und diesen Unternehmer bestehenden Verbindung stützen kann, wenn er nachweist, dass ihm für die Ausführung des Auftrages die bei den anderen Unternehmern im erforderlichen Ausmaß nachgewiesenermaßen vorhandenen Mittel auch tatsächlich zur Verfügung stehen.

Zum anderen ist § 83 BVergG maßgebend. Danach ist es zwar untersagt, den gesamten Auftrag weiterzugeben. Indessen darf es den Unternehmern nicht verwehrt werden, auch wesentliche Leistungsteile an Subunternehmer weiterzugeben. Letzteres ist aus dem Urteil des EuGH vom 18. März 2004, Rs C-314/01- Siemens, ARGE Telekom abzuleiten. In diesem Urteil hat der EuGH einen Zusammenhang mit der Ballast Nedam/Holst-Judikatur hergestellt und es als damit unvereinbar qualifiziert, wenn das Recht des Unternehmers sich für seine Leistungsfähigkeit auf die für ihn verfügbaren Kapazitäten eines Dritten zu berufen, dadurch eingeschränkt wäre, dass ihm vom Auftraggeber die Weitergabe wesentlicher Leistungsteile an Subunternehmer verboten wird. Zum anderen ist Paragraph 83, BVergG maßgebend. Danach ist es zwar untersagt, den gesamten Auftrag weiterzugeben. Indessen darf es den Unternehmern nicht verwehrt werden, auch wesentliche Leistungsteile an Subunternehmer weiterzugeben. Letzteres ist aus dem Urteil des EuGH vom 18. März 2004, Rs C-314/01- Siemens, ARGE Telekom abzuleiten. In diesem Urteil hat der EuGH einen Zusammenhang mit der Ballast Nedam/Holst-Judikatur hergestellt und es als damit unvereinbar qualifiziert, wenn das Recht des Unternehmers sich für seine Leistungsfähigkeit auf die für ihn verfügbaren Kapazitäten eines Dritten zu berufen, dadurch eingeschränkt wäre, dass ihm vom Auftraggeber die Weitergabe wesentlicher Leistungsteile an Subunternehmer verboten wird.

Demgemäß dient § 83 BVergG der konsequenten Umsetzung der Judikatur des EuGH zur Substitution der Leistungsfähigkeit durch Dritte. Dies erkennen völlig zutreffend auch die ErlRV, wenn es dort heißt: Demgemäß dient Paragraph 83, BVergG der konsequenten Umsetzung der Judikatur des EuGH zur Substitution der Leistungsfähigkeit durch Dritte. Dies erkennen völlig zutreffend auch die ErlRV, wenn es dort heißt:

"Da ein Unternehmer den Nachweis seiner Leistungsfähigkeit jedenfalls dadurch erbringen kann, dass er die tatsächliche Verfügbarkeit von Kapazitäten eines leistungsfähigen Dritten nachweist (siehe dazu § 76 BVergG sowie die Erläuterungen dazu), kann die bisherige Regelung (Erbringung des wesentlichen Leistungsteils durch den Auftragnehmer) nicht mehr aufrechterhalten werden." "Da ein Unternehmer den Nachweis seiner Leistungsfähigkeit jedenfalls dadurch erbringen kann, dass er die tatsächliche Verfügbarkeit von Kapazitäten eines leistungsfähigen Dritten nachweist (siehe dazu Paragraph 76, BVergG sowie die Erläuterungen dazu), kann die bisherige Regelung (Erbringung des wesentlichen Leistungsteils durch den Auftragnehmer) nicht mehr aufrechterhalten werden."

Die Bestimmungen der §§ 76 und 83 BVergG stehen somit in einem sachlichen Zusammenhang. Die Bestimmungen der Paragraphen 76 und 83 BVergG stehen somit in einem sachlichen Zusammenhang.

In Pkt 10 Satz 2 TNU ist der Auftraggeber indessen in bemerkenswerter Klarheit von den Vorgaben des § 83 BVergG abgewichen und hat die Regelung des § 70 BVergG 2002, die der Gesetzgeber vermeinte, nicht mehr aufrechterhalten zu können, für dieses Verfahren festgelegt: "Der Auftragnehmer hat wesentliche Teile jener Arbeiten, die in seine Befugnis fallen, selbst auszuführen". In Pkt 10 Satz 2 TNU ist der Auftraggeber indessen in bemerkenswerter Klarheit von den Vorgaben des Paragraph 83, BVergG abgewichen und hat die Regelung des Paragraph 70, BVergG 2002, die der Gesetzgeber vermeinte, nicht mehr aufrechterhalten zu können, für dieses Verfahren festgelegt: "Der Auftragnehmer hat wesentliche Teile jener Arbeiten, die in seine Befugnis fallen, selbst auszuführen".

Damit ist klar zum Ausdruck gebracht, dass diese Leistungsteile nicht an Subunternehmer weitergegeben werden dürfen. Diese eindeutige Vorgabe ist zwar angesichts des gemeinschaftsrechtlich fundierten § 83 BVergG bedenklich, gerade für eine Generalunternehmerausschreibung, welche die vorliegende ja ohne Zweifel – und daher auch für die Bewerber erkennbar – ist, gleichwohl nachvollziehbar. Nun ist es zwar rechtlich möglich, dass ein Unternehmer mit einem Auftraggeber ein Generalunternehmerverhältnis begründet und damit für das Projekt rechtlich gesamt verantwortlich ist und bleibt, er jedoch einen Großteil, wenn nicht fast alle Generalunternehmerleistungen (wie hier: Steuerung und Koordination aller IT-Dienstleistungen, insbesondere Steuerung komplexer IT-Leistungserbringung im Bereich IT-Sourcing, Vertragsmanagement, Programm- und Projektmanagement) wiederum an Subunternehmer weitergibt, sodass sich der Vertrag einem Generalübernehmervertrag annähert, welcher der gegenständliche Vertrag aufgrund des beschriebenen Leistungsbildes gerade nicht sein sollte. Im Ergebnis ist die Möglichkeit der Weitergabe genuiner (iSv dem Generalunternehmer – wie festgelegt – obliegender) Leistungen bei aller aufrecht bleibender Gesamtverantwortung des Vertragspartners als Generalunternehmer gegenüber dem Auftraggeber eine Perversion des Generalunternehmerverhältnisses. Denn der Auftraggeber will nicht nur haftungsrechtliche Gesamtverantwortung, sondern erfolgversprechende Koordinationstätigkeit (und nicht nur Koordinationsverantwortung) durch den, den er aufgrund nachgewiesener Eignung für dazu befähigt hält. Damit ist klar zum Ausdruck gebracht, dass diese Leistungsteile nicht an Subunternehmer weitergegeben werden dürfen. Diese eindeutige Vorgabe ist zwar angesichts des gemeinschaftsrechtlich fundierten Paragraph 83, BVergG bedenklich, gerade für eine Generalunternehmerausschreibung, welche die vorliegende ja ohne Zweifel – und daher auch für die Bewerber erkennbar – ist, gleichwohl nachvollziehbar. Nun ist es zwar rechtlich möglich, dass ein Unternehmer mit einem Auftraggeber ein Generalunternehmerverhältnis begründet und damit für das Projekt rechtlich gesamt verantwortlich ist und bleibt, er jedoch einen Großteil, wenn nicht fast alle Generalunternehmerleistungen (wie hier: Steuerung und Koordination aller IT-Dienstleistungen, insbesondere Steuerung komplexer IT-Leistungserbringung im Bereich IT-Sourcing, Vertragsmanagement, Programm- und Projektmanagement) wiederum an Subunternehmer weitergibt, sodass sich der Vertrag einem Generalübernehmervertrag annähert, welcher der gegenständliche Vertrag aufgrund des beschriebenen Leistungsbildes gerade nicht sein sollte. Im Ergebnis ist die Möglichkeit der Weitergabe genuiner (iSv dem Generalunternehmer – wie festgelegt – obliegender) Leistungen bei aller aufrecht bleibender Gesamtverantwortung des Vertragspartners als Generalunternehmer gegenüber dem Auftraggeber eine Perversion des Generalunternehmerverhältnisses. Denn der Auftraggeber will nicht nur haftungsrechtliche Gesamtverantwortung, sondern erfolgversprechende Koordinationstätigkeit (und nicht nur Koordinationsverantwortung) durch den, den er aufgrund nachgewiesener Eignung für dazu befähigt hält.

Die beschriebene Gefahr, dass sich der Generalunternehmer im Wesentlichen auf die haftungsrechtliche Gesamtverantwortung zurückzieht, löst § 83 BVergG aus. Gerade diese Gefahr wollte der Auftraggeber von vornherein durch Pkt 10 S 2 TNU bannen. Die beschriebene Gefahr, dass sich der Generalunternehmer im Wesentlichen auf die haftungsrechtliche Gesamtverantwortung zurückzieht, löst Paragraph 83, BVergG aus. Gerade diese Gefahr wollte der Auftraggeber von vornherein durch Pkt 10 S 2 TNU bannen.

Im Ergebnis läuft es aber auf das Gleiche hinaus, wenn es dem Unternehmer gestattet ist, die Leistungsfähigkeit für die Generalunternehmerleistung durch die des Subunternehmers bzw durch Dritte nachzuweisen. Der Unterschied liegt nur darin, dass der Austausch der Leistungserbringung durch den Generalunternehmer durch die des Dritten, der als Kapazitätsgarant fungiert, erst im pathologischen Fall, den der Generalunternehmer weitgehend selbst "definiert", erfolgt. Wenn der Bewerber oder Bieter für seine eigene Leistungsfähigkeit auf die verfügbaren Kapazitäten Dritter verweisen darf, setzt dies voraus, dass der Generalunternehmer, wenn er für seine Leistungen die Kapazität nicht aufbringt, die Kapazitäten dieses Dritten – ungeachtet seiner haftungsrechtlichen Gesamtverantwortung – heranziehen darf.

Da jedoch dem AMS daran gelegen war, dass der Generalunternehmer die ihm obliegenden Generalunternehmerleistungen selbst erbringt (Pkt 10 S 2 TNU), hat das AMS darauf abgestellt, dass insoweit die Eignung beim Generalunternehmer selbst vorliegt und mit auf ihn bezogenen Referenzen nachgewiesen wird.

Wie auf Gesetzesebene ein sachlicher Zusammenhang zwischen § 76 und § 83 BVergG besteht, hat der Auftraggeber in Konsequenz der Abweichung des Pkt 10 S 2 TNU von § 83 BVergG die Bestimmungen über die Eignung und deren Nachweis dahingehend modifiziert, dass der Generalunternehmer in Abweichung von § 76 BVergG seine Eignung für die Generalunternehmerleistungen durch eigene, auf seine Person bezogenen Referenzen nachweisen muss. Wie auf Gesetzesebene ein sachlicher Zusammenhang zwischen Paragraph 76 und Paragraph 83, BVergG besteht, hat der Auftraggeber in Konsequenz der Abweichung des Pkt 10 S 2 TNU von Paragraph 83, BVergG die Bestimmungen über die Eignung und deren Nachweis dahingehend modifiziert, dass der Generalunternehmer in Abweichung von Paragraph 76, BVergG seine Eignung für die Generalunternehmerleistungen durch eigene, auf seine Person bezogenen Referenzen nachweisen muss.

Fraglich ist nur, ob der Auftraggeber dieses konsequente Verständnis auch hinreichen deutlich zum Ausdruck gebracht hat.

Zunächst ist davon auszugehen, dass der Auftraggeber in Pkt 10 TNU unmissverständlich klargestellt hat, dass der Generalunternehmer die wesentlichen Teile jener Tätigkeit, die in seine Befugnis fallen, selbst auszuführen hat. Dann ist es aber nicht das naheliegendste Verständnis der auf den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit bezogenen Bestimmungen über Unternehmensreferenzen, dass diese Eignung des Generalunternehmers durch die Referenzen Dritter nachgewiesen werden kann. Wenn so deutlich gemacht wird, dass der Unternehmer die wesentlichen Generalunternehmerleistungen selbst erbringen muss, liegt das Verständnis näher, dass er die dann erforderliche technische Leistungsfähigkeit auch durch Eigenreferenzen nachweisen muss.

Das wäre ganz unzweifelhaft dann, wenn der Auftraggeber – wie in Pkt 5.3 TNU und in der Excel-Liste für Eignungs- und Auswahlkriterien erfolgt – durchgängig von Referenzen des Generalunternehmers gesprochen hätte. Das ist aber nicht geschehen. In Pkt 4.3.3 TNU sowie im Formblatt ./5-1 – und damit in Dokumenten, die nur auf die Eignung Bezug haben – ist von Referenzen als Generalunternehmer die Rede. Die Antwort auf die auch auf den Textierungsunterschied hinweisende Frage 17, die nur um die Klarstellung ersucht, dass an das unterschiedliche wording "keine unterschiedlichen Konsequenzen gemäß BVergG geknüpft sind", bestätigt nur, dass aus dem unterschiedlichen Wortlaut nichts ableitbar ist, besagt aber zur Frage, welcher der beiden möglichen Bedeutungsinhalte jetzt maßgeblich ist, nichts.

Andererseits ist es auch nicht zwingend, die Formulierung "als Generalunternehmer" für sich genommen schon als Hinweis darauf zu deuten, dass damit Referenzen Dritter zugelassen werden. Während die Wortfolge "Referenzen des Generalunternehmers" ein Verständnis, es könnten auch Referenzen eines Dritten sein, ausschließt, ist es nicht ausgeschlossen, "Referenzen als Generalunternehmer" als solche des Generalunternehmers zu lesen, zumal in anderen Bezug habenden Bestimmungen es ohnedies "des Generalunternehmers" heißt und das "Vorverständnis" der Bewerber, der Auftraggeber habe wohl, dem § 76 BVergG entsprechend Unternehmensreferenzen Dritter zulassen wollen, durch die eindeutige Regelung des Pkt 10, Satz 2 TNU entscheidend geschwächt sein musste. Dass diese genuinen Generalunternehmerleistungen durch den Generalunternehmer selbst zu erbringen sind, wird auch durch Pkt 3.1 Excel-Tabelle klargestellt, wenn es dort unter der Spalte Basiskriterien heißt: Andererseits ist es auch nicht zwingend, die Formulierung "als Generalunternehmer" für sich genommen schon als Hinweis darauf zu deuten, dass damit Referenzen Dritter zugelassen werden. Während die Wortfolge "Referenzen des Generalunternehmers" ein Verständnis, es könnten auch Referenzen eines Dritten sein, ausschließt, ist es nicht ausgeschlossen, "Referenzen als Generalunternehmer" als solche des Generalunternehmers zu lesen, zumal in anderen Bezug habenden Bestimmungen es ohnedies "des Generalunternehmers" heißt und das "Vorverständnis" der Bewerber, der Auftraggeber habe wohl, dem Paragraph 76, BVergG entsprechend Unternehmensreferenzen Dritter zulassen wollen, durch die eindeutige Regelung des Pkt 10, Satz 2 TNU entscheidend geschwächt sein musste. Dass diese genuinen Generalunternehmerleistungen durch den Generalunternehmer selbst zu erbringen sind, wird auch durch Pkt 3.1 Excel-Tabelle klargestellt, wenn es dort unter der Spalte Basiskriterien heißt:

"Steuerung komplexer IT-Leistungserbringung im Bereich IT-Sourcing durch den Generalunternehmer (bei ARGE Konsortialführer)"

und die dazugehörige Beschreibung der Eignungskriterien lautet:

"3 Referenzen des Generalunternehmers (bei ARGE-Konsortialführer) mit jeweils mind 2,5 Mio EUR Umsatz (Dauer der Leistungserbringung: mind. 2 Jahre)."

Spätestens hier musste für einen redlichen Erklärungsempfänger das Verständnis der Bezug habenden Regelungen in ihrem Zusammenhang naheliegen, dass der die wesentlichen GU-Leistungen selbsterbringende Unternehmer seine technische Leistungsfähigkeit durch eigene Referenzen nachzuweisen hat. Dem gegenüber tritt die insoweit neutrale Formulierung "als Generalunternehmer" zurück.

Schließlich ist noch darauf hinzuweisen, dass die Teilnahmeunterlagen sowohl Einzelbewerber als auch Arbeitsgemeinschaften (Bewerbergemeinschaften) als Generalunternehmer zulassen. Dementsprechend wird durchgängig, also auch dort, wo von Referenzen als Generalunternehmer die Rede ist, in Klammer beigefügt "bei ARGE-Konsortialführer". Das kann nur so verstanden werden, dass der Konsortialführer einer ARGE als Generalunternehmer drei Referenzen im festgelegten Ausmaß über seine Tätigkeit bei Steuerung komplexer IT-Leistungserbringung im Bereich IT-Sourcing als Generalunternehmer nachweisen muss. Es machte wenig Sinn, den Klammerausdruck dahingehend zu verstehen, der Konsortialführer müsse "Beibringer" der Unternehmensreferenzen, allenfalls auch dritter Unternehmer sein. Denn dem Auftraggeber müsste es ganz gleichgültig sein, welches Konsortialmitglied die Referenzen eines dritten Unternehmers, welcher der ARGE die erforderlichen Kapazitäten zur Verfügung stellt, beibringt, wenn er die Leistungsfähigkeit der ARGE durch Referenzen dritter Unternehmer, auf deren Kapazitäten die ARGE Zugriff hat, für ausreichend gehalten hätte.

Nach all dem ist festzuhalten, dass der Auftraggeber trotz der "schwankenden" Formulierung mit hinreichender Deutlichkeit, auch für die Bewerber erkennbar, zum Ausdruck gebracht hat, dass ein Unternehmer (Generalunternehmer oder Generalunternehmer-ARGE) nur dann hinsichtlich der technischen Leistungsfähigkeit als geeignet angesehen werden kann, wenn der Generalunternehmer und bei einer ARGE der Konsortialführer selbst über drei Referenzen als Generalunternehmer verfügt, die ihn selbst als mit einem Auftraggeber direkt vertraglich verbundenen Generalunternehmer ausweisen. Die Antwort auf Frage 17 hat Letzteres klargestellt. Die Antwort auf Frage 17 enthält keine Aussage, die ein Verständnis der Bewerber dahingehend zuließe, dass der Generalunternehmer (bei ARGE der Konsortialführer) die erforderlichen Referenzen nicht selbst in eigener Person erbringen müsste.

Auf der Basis des vorstehend gewonnenen Auslegungsergebnisses kommt der zur Entscheidung berufene Senat 5 des Bundesvergabeamtes daher zum Ergebnis, dass die Entscheidung, die Antragstellerin nicht zum weiteren Vergabeverfahren zuzulassen, vergaberechtskonform getroffen hat. Der Teilnahmeantrag der Antragstellerin darf aufgrund der maßgeblichen, bestandsfesten Formulierungen in der TNU nicht berücksichtigt werden, weil er an einem nicht verbesserbaren Mangel leidet (Pkt 3.2.2 TNU), indem in diesem die technische Leistungsfähigkeit durch Rückgriff auf Unternehmensreferenzen Dritter substituiert wird. Damit hat die Antragstellerin jedoch keine wertbare Unternehmensreferenz beigebracht.

Hinsichtlich der von der Antragstellerin abgegebenen Referenz "AMS2000plus" wird darüber hinaus festgehalten, dass diese daran leidet, dass für das referenzierte Projekt die B*** Generalunternehmer, sohin mit dem AMS direkt verbundener Vertragspartner (Auftragnehmer) ist. Die B*** übt jedoch diese Tätigkeit selbst nicht mehr faktisch aus, sondern hat zu diesem Zweck die A*** gegründet, der die Auftragsabwicklung in den letzten Jahren zur Gänze überbunden wurde. In diesem Referenzprojekt (GGG***) fungiert die Antragstellerin als Bevollmächtigte des Auftragnehmers B***, die ihre 100%-ige "Mutter" ist. Eben diese Konstellation wurde durch die Antwort auf die Frage 17 ausgeschlossen, weil danach ein Projekt nur dann als GU-Referenz verwertbar ist, wenn der Unternehmer als unmittelbarer Vertragspartner des Auftraggebers anzusehen ist und auch faktisch abwickelt, was bei der B*** in den letzten Jahren nicht mehr gegeben ist. Die faktische Abwicklung wird zu 100% durch die Antragstellerin ausgeführt, sodass – wie in der Antwort 17 klargestellt wird – die rechtliche Verantwortung (Vertragsverhältnis) für dieses Referenzprojekt alleine jedenfalls auch nicht genügen würde.

Zum Antragsbegehren der Nichtigerklärung der Widerrufsentscheidung:

Wie sich aus oben stehender Begründung ergibt, war die Entscheidung, die Antragstellerin zum weiteren Vergabeverfahren nicht zuzulassen, vergaberechtskonform und ausgehend von dieser Entscheidung muss das Bundesvergabeamt auch in parallellaufenden Nachprüfungsverfahren diese Entscheidung berücksichtigen. Das Bundesvergabeamt kommt damit zum Ergebnis, dass – so wie der Auftraggeber mit Telefax am 24. Oktober 2008 auch

der Antragstellerin mitgeteilt hat - nur ein einziger Bewerber im weiteren Vergabeverfahren einzuladen wäre, ein Angebot zu legen.

Der Gesetzgeber des Bundesvergabegesetzes hat in § 139 Abs. 2 Z 2 BVergG ausdrücklich festgehalten, dass es sachlich gerechtfertigt sein kann, ein Vergabeverfahren zu widerrufen, wenn nach dem Ausscheiden von Angeboten gemäß § 129 BVergG nur mehr ein Angebot bleibt. Dies hat der Gesetzgeber jedoch ausdrücklich nur für ein Verfahren festgelegt, bei welchem die Angebotsfrist bereits abgelaufen ist. Der Gesetzgeber des Bundesvergabegesetzes hat in Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG ausdrücklich festgehalten, dass es sachlich gerechtfertigt sein kann, ein Vergabeverfahren zu widerrufen, wenn nach dem Ausscheiden von Angeboten gemäß Paragraph 129, BVergG nur mehr ein Angebot bleibt. Dies hat der Gesetzgeber jedoch ausdrücklich nur für ein Verfahren festgelegt, bei welchem die Angebotsfrist bereits abgelaufen ist.

Bei der Entscheidung, ob ein Auftraggeber ein Vergabeverfahren widerrufen soll oder muss, hat er sich insbesondere auch von den im BVergG festgelegten Grundsätzen (§ 19 BVergG) leiten zu lassen. Es mag auch Konstellationen geben, wo ein Vergabeverfahren nur mehr mit einem Bewerber / Bieter geführt wird, und wo ein Widerruf nicht erforderlich bzw. geboten ist. Dies ist jedoch immer unter Berücksichtigung der Umstände des jeweiligen Vergabeverfahrens vom Auftraggeber zu beurteilen. Bei der Entscheidung, ob ein Auftraggeber ein Vergabeverfahren widerrufen soll oder muss, hat er sich insbesondere auch von den im BVergG festgelegten Grundsätzen (Paragraph 19, BVergG) leiten zu lassen. Es mag auch Konstellationen geben, wo ein Vergabeverfahren nur mehr mit einem Bewerber / Bieter geführt wird, und wo ein Widerruf nicht erforderlich bzw. geboten ist. Dies ist jedoch immer unter Berücksichtigung der Umstände des jeweiligen Vergabeverfahrens vom Auftraggeber zu beurteilen.

Im Hinblick auf die Judikatur des EuGH (vgl. EuGH vom 16. September 1999, Rs C-27/98, Fracasso und Leitschutz, Rn 23ff, bzw. darauf auch aufbauend BVA vom 3. April 2007, N/0018- BVA/10/2007-29 oder BVA vom 4. März 2008, N/0013-BVA/12/2008- 20) ist der Widerruf eines Vergabeverfahrens nicht vom Vorliegen schwerwiegender oder gar außergewöhnlicher Umstände abhängig. Ein Widerruf ist demnach zulässig, wenn der Auftraggeber die Leistung generell oder in der ausgeschriebenen Form nicht mehr benötigt, Änderungen in den Ausschreibungsunterlagen etwa aufgrund neuer Technologien notwendig werden, die budgetäre Bedeckung nachträglich wegfällt, die Bieteranzahl bzw. Bieterstruktur sich während der Angebotsfrist wesentlich verändert, usw.. Diese Aufzählung ist demonstrativ. Auch das Ergebnis, dass in einem Verhandlungsverfahren bereits in der Präqualifikationsphase alle bis auf einen einzigen Bewerber nicht eingeladen werden sollen, ein Angebot zu legen, kann einen sachlich gerechtfertigten Grund darstellen, ein Vergabeverfahren zu widerrufen. Insofern ist diese Auftraggeberentscheidung im gegenständlichen Vergabeverfahren jedenfalls nachvollziehbar. Dem Auftraggeber, der in einer solchen Konstellation den Widerruf eines Vergabeverfahrens erklärt, Willkür zu unterstellen, bedeutet, dass man auch dem Gesetzgeber Willkür unterstellt, da er für die durchaus vergleichbare Konstellation nach Ablauf der Angebotsfrist explizit die Möglichkeit eines Widerrufs vorsieht (vgl. § 139 Abs. 2 Z 2 BVergG). Das Bundesvergabeamt schließt sich daher unter ausdrücklicher Berücksichtigung der Verfahrensgrundsätze des § 19 BVergG der Auffassung des Auftraggebers an, dass der Umstand, dass nur ein Bewerber eingeladen werden könnte, ein Angebot zu legen, einen sachlichen Grund darstellt, das verfahrensgegenständliche Vergabeverfahren gemäß § 138 Abs. 2 BVergG zu widerrufen. Im Hinblick auf die Judikatur des EuGH vergleiche EuGH vom 16. September 1999, Rs C-27/98, Fracasso und Leitschutz, Rn 23ff, bzw. darauf auch aufbauend BVA vom 3. April 2007, N/0018- BVA/10/2007-29 oder BVA vom 4. März 2008, N/0013-BVA/12/2008- 20) ist der Widerruf eines Vergabeverfahrens nicht vom Vorliegen schwerwiegender oder gar außergewöhnlicher Umstände abhängig. Ein Widerruf ist demnach zulässig, wenn der Auftraggeber die Leistung generell oder in der ausgeschriebenen Form nicht mehr benötigt, Änderungen in den Ausschreibungsunterlagen etwa aufgrund neuer Technologien notwendig werden, die budgetäre Bedeckung nachträglich wegfällt, die Bieteranzahl bzw. Bieterstruktur sich während der Angebotsfrist wesentlich verändert, usw.. Diese Aufzählung ist demonstrativ. Auch das Ergebnis, dass in einem Verhandlungsverfahren bereits in der Präqualifikationsphase alle bis auf einen einzigen Bewerber nicht eingeladen werden sollen, ein Angebot zu legen, kann einen sachlich gerechtfertigten Grund darstellen, ein Vergabeverfahren zu widerrufen. Insofern ist diese Auftraggeberentscheidung im gegenständlichen Vergabeverfahren jedenfalls nachvollziehbar. Dem Auftraggeber, der in einer solchen Konstellation den Widerruf eines Vergabeverfahrens erklärt, Willkür zu unterstellen, bedeutet, dass man auch dem Gesetzgeber Willkür unterstellt, da er für die durchaus vergleichbare Konstellation nach Ablauf der Angebotsfrist explizit die Möglichkeit eines Widerrufs vorsieht (vergleiche Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG). Das Bundesvergabeamt schließt sich daher unter

ausdrücklicher Berücksichtigung der Verfahrensgrundsätze des Paragraph 19, BVergG der Auffassung des Auftraggebers an, dass der Umstand, dass nur ein Bewerber eingeladen werden könnte, ein Angebot zu legen, einen sachlichen Grund darstellt, das verfahrensgegenständliche Vergabeverfahren gemäß Paragraph 138, Absatz 2, BVergG zu widerrufen.

In der der Antragstellerin mitgeteilten Entscheidung vom 24. Oktober 2008 wird an der entsprechenden Stelle in einem ersten Satz die Widerrufsentscheidung ohne Hinzufügung einer Rechtsgrundlage mitgeteilt. In einem zweiten Satz wird auf das Ende der Stillhaltefrist hingewiesen. In einem dritten Satz wird hingewiesen, dass diese Entscheidung gemäß § 139 Abs. 2 Z 2 BVergG erfolge. Dieser letzte Satz kann nach Auffassung des Bundesvergabeamtes nur so verstanden werden, dass die Begründung für die Widerrufsentscheidung analog zu § 139 Abs. 2 Z 2 BVergG getroffen wird. Ein Bewerber, der in einem Vergabeverfahren erst einen Teilnahmeantrag abgegeben hat, kann nicht davon ausgehen, dass die Angebotsfrist bereits abgelaufen ist und daher zur Auffassung gelangen, dass ein Widerruf auf der Rechtsgrundlage des § 139 Abs. 2 Z 2 BVergG vorliegt. Viel mehr muss jedem Bewerber im Vergabeverfahren klar sein, dass die Rechtsgrundlage für den Widerruf vor Ende der Angebotsfrist nur in § 138 BVergG gefunden werden kann und sich die Rechtsgrundlage für den beabsichtigten Widerruf in dieser Bestimmung wiederfindet. In der der Antragstellerin mitgeteilten Entscheidung vom 24. Oktober 2008 wird an der entsprechenden Stelle in einem ersten Satz die Widerrufsentscheidung ohne Hinzufügung einer Rechtsgrundlage mitgeteilt. In einem zweiten Satz wird auf das Ende der Stillhaltefrist hingewiesen. In einem dritten Satz wird hingewiesen, dass diese Entscheidung gemäß Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG erfolge. Dieser letzte Satz kann nach Auffassung des Bundesvergabeamtes nur so verstanden werden, dass die Begründung für die Widerrufsentscheidung analog zu Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG getroffen wird. Ein Bewerber, der in einem Vergabeverfahren erst einen Teilnahmeantrag abgegeben hat, kann nicht davon ausgehen, dass die Angebotsfrist bereits abgelaufen ist und daher zur Auffassung gelangen, dass ein Widerruf auf der Rechtsgrundlage des Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG vorliegt. Viel mehr muss jedem Bewerber im Vergabeverfahren klar sein, dass die Rechtsgrundlage für den Widerruf vor Ende der Angebotsfrist nur in Paragraph 138, BVergG gefunden werden kann und sich die Rechtsgrundlage für den beabsichtigten Widerruf in dieser Bestimmung wiederfindet.

Zudem kann der Auftraggeber gemäß § 140 Abs. 2 BVergG die Widerrufsentscheidung nach Ablauf der Teilnahmefrist in einem Verhandlungsverfahren den verbliebenen Unternehmern nachweislich mitteilen. In der Mitteilung sind die Gründe für den beabsichtigten Widerruf und das jeweilige Ende der Stillhaltefrist – nicht jedoch die Rechtsgrundlage – bekannt zu geben. Zudem kann der Auftraggeber gemäß Paragraph 140, Absatz 2, BVergG die Widerrufsentscheidung nach Ablauf der Teilnahmefrist in einem Verhandlungsverfahren den verbliebenen Unternehmern nachweislich mitteilen. In der Mitteilung sind die Gründe für den beabsichtigten Widerruf und das jeweilige Ende der Stillhaltefrist – nicht jedoch die Rechtsgrundlage – bekannt zu geben.

Sollte man dennoch zur Auffassung gelangen, dass eine Widerrufsentscheidung auf der Rechtsgrundlage des § 139 Abs. 2 Z 2 BVergG vorliegt, würde das bedeuten, dass eine solche Entscheidung, die faktisch und rechtlich im gegenständlichen Vergabeverfahren nicht vorliegen kann, für nichtig zu erklären wäre. Dies würde jedoch unmittelbar im Anschluss zu einer erneuten Widerrufsentscheidung durch den Auftraggeber – diesmal auf der Grundlage des § 138 BVergG führen und somit letztlich am Ergebnis nichts ändern. Sollte man dennoch zur Auffassung gelangen, dass eine Widerrufsentscheidung auf der Rechtsgrundlage des Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG vorliegt, würde das bedeuten, dass eine solche Entscheidung, die faktisch und rechtlich im gegenständlichen Vergabeverfahren nicht vorliegen kann, für nichtig zu erklären wäre. Dies würde jedoch unmittelbar im Anschluss zu einer erneuten Widerrufsentscheidung durch den Auftraggeber – diesmal auf der Grundlage des Paragraph 138, BVergG führen und somit letztlich am Ergebnis nichts ändern.

Letztlich hat das Bundesvergabeamt gemäß § 325 Abs. 1 Z 2 BVergG eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Bescheid für nichtig zu erklären, wenn die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist. Letztlich hat das Bundesvergabeamt gemäß Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Bescheid für nichtig zu erklären, wenn die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

Unter Berücksichtigung aller dieser Umstände kommt das Bundesvergabeamt sohin zum Ergebnis, dass die Entscheidung des Auftraggebers, das Vergabeverfahren widerrufen zu wollen (Widerrufsentscheidung) nicht für nichtig

zu erklären ist und das entsprechende Begehren abzuweisen ist.

zu Spruchpunkt II. zu Spruchpunkt römisch zwei.:

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.

Da im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren die Antragstellerin nicht einmal teilweise obsiegt hat und auch nicht klaglos gestellt wurde, war das entsprechende Antragsbegehren gemäß Spruchpunkt II dieses Bescheides abzuweisen. Da im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren die Antragstellerin nicht einmal teilweise obsiegt hat und auch nicht klaglos gestellt wurde, war das entsprechende Antragsbegehren gemäß Spruchpunkt römisch zwei dieses Bescheides abzuweisen.

Schlagworte

verbesserungsfähiger Mangel auch in Verhandlungsverfahren, Präklusion, bestandsfeste Ausschreibungsunterlagen

Zuletzt aktualisiert am

25.02.2009

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