

TE Verg Bescheid 2007/10/10 F/0003- BVA/04/2007-21, F/0004- BVA/04/2007-21

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 10.10.2007

Norm

BVergG 2006 §100

BVergG 2006 §126 Abs1

BVergG 2006 §129 Abs1 Z3

BVergG 2006 §318 Abs1

BVergG 2006 §319 Abs1

BVergG 2006 §321 Abs2

BVergG 2006 §331 Abs1 Z2

BVergG 2006 §331 Abs4

BVergG 2006 §332 Abs4

1. BVergG 2006 § 100 gültig von 01.01.2008 bis 29.02.2016 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 7/2016
2. BVergG 2006 § 100 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 126 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 126 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

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

1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 321 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

4. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 331 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 331 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 332 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 332 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 332 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
4. BVergG 2006 § 332 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
5. BVergG 2006 § 332 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
6. BVergG 2006 § 332 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

Bescheid

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 4, Dr. Margit Möslinger-Gehmayr, und GenLt Ing.Mag.Dr. Ernst Hladik als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Helmut Heindl als Mitglied der Auftragnehmerseite im Feststellungsverfahren gemäß § 331 Abs 4 Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG 2006), BGBl I Nr. 17/2006, und im Feststellungsverfahren gemäß § 331 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 betreffend das Vergabeverfahren "Metall-Restauratorenarbeiten, Bauteil 2c Bauvorhaben Brunnensanierung Belvederegarten, Generalsanierung Bauteil 2c-Muschelbrunnen, Projektnummer B-00359" des Auftraggebers Republik Österreich (Bund), vertreten durch die Burghauptmannschaft Österreich, Hofburg - Schweizerhof, 1010 Wien, diese vertreten durch den Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit, Stubenring 1, 1010 Wien, über die Anträge von A***, vertreten durch X***, vom 20. 7. 2007, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 4, Dr. Margit Möslinger-Gehmayr, und GenLt Ing.Mag.Dr. Ernst Hladik als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Helmut Heindl als Mitglied der Auftragnehmerseite im Feststellungsverfahren gemäß Paragraph 331, Absatz 4, Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG 2006), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, und im Feststellungsverfahren gemäß Paragraph 331, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 betreffend das Vergabeverfahren "Metall-Restauratorenarbeiten, Bauteil 2c Bauvorhaben Brunnensanierung Belvederegarten, Generalsanierung Bauteil 2c-Muschelbrunnen, Projektnummer B-00359" des Auftraggebers Republik Österreich (Bund), vertreten durch die Burghauptmannschaft Österreich, Hofburg - Schweizerhof, 1010 Wien, diese vertreten durch den Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit, Stubenring 1, 1010 Wien, über die Anträge von A***, vertreten durch X***, vom 20. 7. 2007, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Der Feststellungsantrag gemäß § 331 Abs 4 BVergG 2006 wird abgewiesen Der Feststellungsantrag gemäß Paragraph 331, Absatz 4, BVergG 2006 wird abgewiesen.

II.römisch zwei.

Der Feststellungsantrag gemäß § 331 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 wird zurückgewiesen Der Feststellungsantrag gemäß Paragraph 331, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 wird zurückgewiesen.

III.römisch drei.

Der Antrag "auf Ersatz der für den gegenständlichen Feststellungsantrag entstandenen Kosten und Pauschalgebühren an den Antragsteller gemäß § 19a RAO zuhanden des Antragstellervertreeters binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution",

wird hinsichtlich des auf den Ersatz der Pauschalgebühren gerichteten Begehrens abgewiesen, hinsichtlich des darüber hinaus gehenden Begehrens zurückgewiesen. Der Antrag "auf Ersatz der für den gegenständlichen Feststellungsantrag entstandenen Kosten und Pauschalgebühren an den Antragsteller gemäß Paragraph 19 a, RAO zuhanden des Antragstellervertreeters binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution", wird hinsichtlich des auf den Ersatz der Pauschalgebühren gerichteten Begehrens abgewiesen, hinsichtlich des darüber hinaus gehenden Begehrens zurückgewiesen.

Begründung

Die Ausschreibungsbekanntmachung zum Vergabeverfahren "Metall-Restauratorenarbeiten, Bauteil 2c Bauvorhaben Brunnensanierung Belvederegarten, Generalsanierung Bauteil 2c-Muschelbrunnen, Projektnummer B-00359" wurde am 30.5.2007 im Amtsblatt der Wiener Zeitung/Rubrik: Amtlicher Lieferanzeiger zu L328839-7525 veröffentlicht. Der Auftragsgegenstand wurde als Bauauftrag in Form eines offenen Verfahrens im Unterschwellenbereich ausgeschrieben. Der Zuschlag sollte an das wirtschaftlich günstigste Angebot ergehen.

In den Ausschreibungsunterlagen wurde unter Pkt. 6. (Angebotsbestimmungen) Unterpkt. 6.3. darauf hingewiesen, dass ein Angebot den Ausschreibungsbestimmungen widerspreche, wenn es nicht auf den Vordrucken des Ausschreibers erstellt werde. Dies sei als Mangel zu werten. Unter Unterpkt. 6.4. wurde nochmals hervorgehoben, dass die Vordrucke vollständig auszufüllen seien. Ausgenommen davon seien Angebote mit Datenträgeraustausch.

Im Leistungsverzeichnis der Ausschreibungsunterlagen wurde unter

Unterpkt. 00.11.24 wie folgt ausgeführt:

"Die Wahl des Angebotes für den Zuschlag erfolgt nach folgenden

Zuschlagskriterien:

00.11.24B Zuschlagskriterien siehe Beilage

Das zur Anwendung gelangende Bewertungsverfahren ist in der Beilage zum Leistungsverzeichnis festgelegt, siehe: "Beilage Zuschlagskriterien".

In der als "Zuschlagskriterien" bezeichneten Beilage wurden als Zuschlagskriterien der mit 60% gewichtete Angebotspreis (maximal 120 Punkte) sowie die Referenzen genannt, zu denen die mit 20% gewichtete Referenz 1 (maximal 40 Punkte) und die jeweils mit 10% gewichteten Referenzen 2 und 3 (maximal jeweils 20 Punkte) zählten. Insgesamt waren 200 Punkte zu erreichen.

Zu den Referenzen wurde weiters Nachfolgendes ausgeführt:

"Jeder Bewerber hat nachfolgende angeführte Referenzen mit folgenden Spezifikationen nachzuweisen:

- Umfang: max. 3 A4-Seiten je Projekt
- Nur abgeschlossene und vom Auftraggeber übernommene Leistungen
- Realisierungszeitraum: Projektfertigstellung innerhalb der letzten 5 bzw. 10 Jahre
- Darstellung (bitte Formblatt verwenden)

Projektbezeichnung

Projektadresse

Auftraggeber und Ansprechperson mit aktueller Telefonnummer

(die genannte Person wird im Zuge der Prüfung der

Teilnahmeanträge kontaktiert und um eine Bewertung der Leistung

nach dem Schulnotensystem von 1 bis 5 gebeten. Diese Bewertung

ergibt die erreichte Punkteanzahl....

.....

.....

Planungs- und Errichtungszeitraum

kurze Projektbeschreibung

mind. eine aussagekräftige Abbildung (Pläne, Fotos, Schaubilder)

Referenz 1:

Metallrestaurierung von figuralen und plastischen Elementen (nicht jünger als zweite Hälfte des 19. Jahrhunderts) aus Blei, bei denen Teilerneuerungs- und Instandsetzungsarbeiten erbracht wurden, die mit der Aufgabenstellung beim Muschelbrunnen vergleichbar sind. Für Elemente, die ständig mit Wasser in Berührung kommen, können zusätzliche Punkte erworben werden.

Punktebewertung

- Entspricht Anforderung 30 Punkte
- Figuren wasserberührt 5 Punkte
- Bewertung Auftraggeber max. 5 Punkte

Referenz 2:

Metallrestaurierung von figuralen und plastischen Elementen (nicht jünger als zweite Hälfte des 19. Jahrhunderts) aus Metall, bei denen Instandsetzungs- und Konservierungsleistungen erbracht wurden, die mit der Aufgabenstellung beim Muschelbrunnen vergleichbar sind. Für Elemente, die ständig mit Wasser in Berührung kommen, können zusätzliche Punkte erworben werden.

Punktebewertung

- Entspricht Anforderung 10 Punkte
- Figuren wasserberührt 5 Punkte
- Bewertung Auftraggeber max. 5 Punkte

Referenz 3:

Metallrestaurierung von figuralen und plastischen Elementen (nicht jünger als zweite Hälfte des 19. Jahrhunderts) aus Metall, bei denen Instandsetzungs- und Konservierungsleistungen erbracht wurden, die mit der Aufgabenstellung beim Muschelbrunnen vergleichbar sind. Für Elemente, die ständig mit Wasser in Berührung kommen, können zusätzliche Punkte erworben werden.

Punktebewertung

- Entspricht Anforderung 10 Punkte
- Figuren wasserberührt 5 Punkte
- Bewertung Auftraggeber max. 5 Punkte

....."

In dem mit "Referenz 1" [Metallrestaurierung von figuralen und plastischen Elementen (nicht jünger als zweite Hälfte des 19. Jahrhunderts) aus Blei, bei denen Teilerneuerungs- und Instandsetzungsarbeiten erbracht wurden, die mit der Aufgabestellung beim Muschelbrunnen vergleichbar sind] bezeichneten beiliegenden Formblatt zu den Zuschlagskriterien wurde angeführt, dass diese Referenz den Schwerpunkt in der Sanierung von figuralen und plastischen Elementen aus Blei haben müsse und als Zusatzqualifikation Elemente mit ständiger Wasserberührung gewertet werde. In der Zeile "Wasserberührte Figuren" war JA/Nein angeführt. In der Rubrik "Planungs- und Errichtungszeitraum" wurde auf einen Errichtungszeitraum von nicht älter als zehn Jahren hingewiesen.

In den weiters den Zuschlagskriterien beiliegenden Formblättern "Referenz 2" [Metallrestaurierung von figuralen und plastischen Elementen (nicht jünger als zweite Hälfte des 19. Jahrhunderts) aus Metall, bei denen Instandsetzungs- und Konservierungsleistungen erbracht wurden, die mit der Aufgabenstellung beim Muschelbrunnen vergleichbar sind] und Referenz 3 [Metallrestaurierung von figuralen und plastischen Elementen (nicht jünger als zweite Hälfte des 19.

Jahrhunderts) aus Metall, bei denen Instandsetzungs- und Konservierungsleistungen erbracht wurden, die mit den Aufgabestellungen beim Muschelbrunnen vergleichbar sind] wurde ebenso darauf hingewiesen, dass als Zusatzqualifikation Elemente mit ständiger Wasserberührung gewertet werden. In der Zeile "wasserberührte Figuren" war auch JA/Nein angeführt und unter der Rubrik "Planungs- und Errichtungszeitraum" wurde auf einen Errichtungszeitraum von nicht älter als fünf Jahren hingewiesen.

Neben A*** (in der Folge Antragsteller) mit einem Angebotspreis von Euro 79.450,-- und der Bietergemeinschaft B*** (in der Folge Zuschlagsempfänger) mit einem Angebotspreis von Euro 99.145,-- legte ein weiterer Bieter C*** (Euro 94.725,--) fristgerecht ein Angebot. Der Antragsteller zog für die bekanntzugebenden Referenzen für die Zuschlagskriterien Referenz 1, Referenz 2 und 3 nicht die dafür vorgesehenen Formblätter heran, sondern verwies in diesen lediglich auf bestimmte, seinem Angebot angefügte, selbst konzipierte Beilagen.

Im nicht ausgefüllten Formblatt "Referenz 1" verwies der Antragsteller auf seine Beilage 4, in der sein im Durchführungsraum 2000 - 2001 verwirklichtes Projekt "Museumsquartier - Kandelaber" aufschien. Angeführt war darin außerdem, dass die Objekte permanent im Freien und damit auch ständig dem Niederschlagwasser ausgesetzt seien. Den "Beispielfotos" war ein im Freien stehender, aufwendig verzierter Beleuchtungskörper zu entnehmen.

Dem vom Antragsteller nicht ausgefüllten Formblatt "Referenz 2" ist der Verweis auf Beilage 5 zu entnehmen, in der das im Durchführungszeitraum 2000-2001 verwirklichte Projekt "Museumsquartier - Pferdeköpfe" bekannt gegeben wurde. Wiederum hob der Antragsteller hervor, dass die Objekte permanent im Freien und damit auch ständig dem Niederschlagwasser ausgesetzt seien. Den "Beispielfotos" waren an der Fassade angebrachte Pferdeköpfe zu entnehmen.

Dem vom Antragsteller nicht ausgefüllten Formblatt "Referenz 3" ist der Verweis auf seine Beilagen 6 und 7 zu entnehmen. In Beilage 6 bezog sich der Antragsteller auf Brunnenfiguren im Volksgarten im Durchführungszeitraum von 1996 - 1997. Er führte dazu aus, dass die Objekte permanent im Freien und damit auch ständig dem Niederschlag ausgesetzt seien. In der warmen Jahreszeit seien die Brunnen in Betrieb und die Metallteile auch immer im Wasser. Den "Beispielfotos" waren Brunnen zu entnehmen. In der Beilage 7 führte der Antragsteller weitere neun Projekte ohne "Beispielfotos" an. Die darin genannten ersten acht Projekte wurden von ihm im Zeitraum 1993 - 2000 verwirklicht. Zum neunten, von ihm angeführten Projekt wurde von ihm Nachfolgendes ausgeführt:

" Palais Coburg Wien L*** Privatstiftung 2000/03

Einfriedung Gusseisen Hr. M***

Messingbeschläge Hr. N***

Zinkguss: Baluster, Säulenbasen-,Kapitelle

Demontage, Restaurierung, Nachgießen von Zierelementen und

Wiedermontage samt Oberflächenbehandlung der verschiedenen
Metallteile."

Die Angebotsöffnung fand am 26.6.2007 statt. Aus der Niederschrift zur Anbotsöffnung ergibt sich, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger unter der Rubrik "Namen und Firmensitz des Bieters" unter der Bezeichnung B***, geführt wird. In der Folge ergab eine Prüfung und Bewertung der Angebote, dass die vom Antragsteller angeführten Referenzen 2 und 3 außerhalb des geforderten, nicht älter als 5-jährigen Errichtungszeitraum lagen, sodass diese bei der Bewertung nicht berücksichtigt werden konnten. Die Punktezahl des Antragstellers setzt sich aus den für den Angebotspreis erreichten 120 Punkten, sowie aus den für die Referenz 1 erreichten 35 Punkten (Summe 155 Punkte) zusammen. Der Antragsteller wurde an zweiter Stelle, nach dem Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers, bei dem alle drei vorgelegten Referenzen berücksichtigt und dem 171,16 Punkte zuerkannt wurden, gereiht.

Mit Telefax vom 4.7.2007 wurde den Bietern mitgeteilt, dass das Angebot der B***, mit einer Gesamtpunkteanzahl von 171,20 für den Zuschlag in Aussicht genommen werde. Der Zuschlagsentscheidung waren auch eine Darstellung der Punktebewertung des jeweiligen Angebotes des Bieters sowie eine Gesamtdarstellung der Punktebewertung aller Bieter angeschlossen.

Am 5.7.2007 teilte der Antragsteller dem Auftraggeber mit, dass das Alter der Referenzen als Ausschlusskriterium weder aus der Beschreibung der Zuschlagskriterien noch aus dem Formblatt hervorgehe. Wäre ihm die Bedeutung der

möglichst jungen Referenzen bekannt gewesen, hätte er eine andere Auswahl der Referenzen getroffen. Sicherheitshalber seien dem Angebot auch neun weitere, der ausgeschriebenen Leistungen entsprechende Referenzen beigelegt worden. Diese seien allerdings bei der Bewertung nicht berücksichtigt worden. Auf dieser Liste würde sich auch ein Projekt befinden, das jünger als fünf Jahre sei und bei dem zwei von den fünf auszuführenden Aufträgen alle anderen zu bewertenden Kriterien erfülle. Dies betreffe das Palais Coburg, Restaurierung Fassadenelemente, Zinkguss und Restaurierung Ballsaaldecke in Zinkguss und Rekonstruktion der historischen Ballsaaldecke in Aluguss. Eine detaillierte Projektbeschreibung samt Fotos sei bereits per E-Mail geschickt worden. Es sei davon auszugehen, dass mit der Bekanntgabe einer größeren als der geforderten Zahl an Referenzen die Anforderung der Ausschreibung jedenfalls erfüllt sei und mit der Nachreichung der Detailbeschreibung allenfalls ein behebbarer Mangel vorliege, der umgehend nach Bekanntgabe behoben worden sei.

Mit Telefax vom 6.7.2007 übermittelte der Antragsteller dem Auftraggeber zwei, das Palais Coburg betreffende Referenzen. Eine Referenz bezog sich auf die Ballsaaldecke für einen Durchführungszeitraum von 2002-2003. Dazu wurde vom Antragsteller ausgeführt, dass im Zuge der Restaurierungsarbeiten alle Originalteile abgeformt, neue Modelle gebaut und die komplette Decke nachgegossen und als Nachbildung ein Geschoß höher, komplett und originalgetreu samt Fassung rekonstruiert worden seien. Die zweite Referenz betreffend Palais Coburg betraf "Fassadenelemente Zinkguss." Als Durchführungszeitraum wurde der Zeitraum 2000-2003 genannt. Der Antragsteller gab dazu an, dass die Metalloberflächen von Fassungsschichten mittels schonendem Strahlenverfahren gereinigt, bestehende Verformungen und Risse instandgesetzt und gelötet worden seien. Im Bereich der Dachbalustrade sei eine neue, verdeckte Stützkonstruktion in Edelstahl zur Gewichtsentlastung der Zinkgussbalustrade angefertigt und eingebaut worden. Fehlende Teile seien nachgegossen und eingebaut sowie die Oberfläche neue steinlimitierend gefasst worden. Das Objekt sei permanent im Freien und daher auch ständig Niederschlagswasser ausgesetzt. Zur Demonstration waren den Referenzen "Beispielfotos" angeschlossen.

Mit Schreiben vom 9.7.2007 teilte der Auftraggeber dem Antragsteller mit, dass im gegenständlichen Verfahren nach dem Abgabetermin eine Änderung hinsichtlich der zur Bewertung eingereichten Referenzen unzulässig sei. Es liege auch kein behebbarer Mangel vor. Die Referenzen, die neben dem Preis eines der Zuschlagskriterien darstellen würden, hätten alle grundsätzlichen Anforderungen zu erfüllen. Der Realisierungszeitraum sei als Anforderung genannt, wobei ein spezieller Hinweis auch noch in den beigelegten Formblättern für die Referenzen enthalten sei. Die Zuschlagsentscheidung bleibe aufrecht. Der Aufforderung des Antragstellers zur Übermittlung des Angebotsöffnungsprotokolls kam der Auftraggeber nach.

Am 11.7.2007 brachte der Antragsteller einen Nachprüfungsantrag mit einem auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung gerichteten Begehren, protokolliert unter ZI N/0069-BVA/04/2007, ein. Am 13.7.2007 erteilte der Auftraggeber dem präsumtiven Zuschlagsempfänger den Zuschlag und setzte die übrigen Bieter davon in Kenntnis, dass ihr Angebot nicht berücksichtigt hätte werden können.

Am 20.7.2007 brachte der Antragsteller beim Bundesvergabeamt einen Antrag mit dem Begehren ein, "das vor dem Bundesvergabeamt anhängige Nachprüfungsverfahren gemäß § 320ff BVergG 2006 (A*** / Burghauptmannschaft Österreich) als Feststellungsverfahren weiter zu führen, weil am 12.7.2007 der Zuschlag an die Firma B***, erteilt wurde." Dieser Feststellungsantrag wurde unter der Aktenzahl F/0003-BVA/04/2007 protokolliert. Weiters wurde der Antrag auf Feststellung, "dass gemäß § 331 Abs 2 Z 2 der Zuschlag im gegenständlichen Ausschreibungsverfahren wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz oder die hiezu ergangenen Verordnungen nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde" eingebracht. Dieser Feststellungsantrag wurde unter der Aktenzahl F/0004- BVA/04/2007 protokolliert. Ebenso wurde der Ersatz der für den Feststellungsantrag entstandenen Kosten und Pauschalgebühren an den Antragsteller gemäß § 19a RAO zuhanden des Antragstellervertreeters binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution begehrt. Am 20.7.2007 brachte der Antragsteller beim Bundesvergabeamt einen Antrag mit dem Begehren ein, "das vor dem Bundesvergabeamt anhängige Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 320 f, f, BVergG 2006 (A*** / Burghauptmannschaft Österreich) als Feststellungsverfahren weiter zu führen, weil am 12.7.2007 der Zuschlag an die Firma B***, erteilt wurde." Dieser Feststellungsantrag wurde unter der Aktenzahl F/0003-BVA/04/2007 protokolliert. Weiters wurde der Antrag auf Feststellung, "dass gemäß Paragraph 331, Absatz 2, Ziffer 2, der Zuschlag im gegenständlichen Ausschreibungsverfahren wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz oder die hiezu ergangenen Verordnungen nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis

oder technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde" eingebracht. Dieser Feststellungsantrag wurde unter der Aktenzahl F/0004- BVA/04/2007 protokolliert. Ebenso wurde der Ersatz der für den Feststellungsantrag entstandenen Kosten und Pauschalgebühren an den Antragsteller gemäß Paragraph 19 a, RAO zuhanden des Antragstellervertreeters binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution begehrt.

Der Feststellungsantrag vom 20.7.2007 wurde mit Schriftsatz vom 14.9.2007 dahingehend konkretisiert, dass festgestellt werden möge, dass die Erteilung des Zuschlages rechtswidrig sei. Begründend wurde in diesem Schriftsatz sowie in einem weiteren am 22.8.2007 eingebrachten Schriftsatz im Wesentlichen vorgebracht, dass der Antragsteller das billigste Angebot gelegt habe, dem neben weiteren Beilagen "die Beilage 4 (Referenz 1), die Beilage 5 (Referenz 2), die Beilage 6 (Referenz 3) und die Beilage 7 (weitere Referenzen mit figuralen und plastischen Elementen teilweise mit Wasserberührung)" beigelegt worden seien. Dem Antragsteller sei vom Auftraggeber mitgeteilt worden, dass der Zuschlag der Firma B*** erteilt worden sei. Aufgrund dessen sei der Antragsteller in seinem Recht auf Erteilung des Zuschlages bzw. Fällung der Zuschlagsentscheidung an ihn als Bestbieter, in der Vergabe nach den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbs und der Gleichbehandlung aller Bieter und in seinem Recht auf Wahl des Angebotes für den Zuschlag gemäß den Angaben in der Ausschreibung verletzt.

Durch Verweigerung der Möglichkeit der Verbesserung eines Angebots mangels werde er auch in seinem Recht auf Einräumung der Möglichkeit zur Verbesserung eines Mangels verletzt. Gemäß § 126 BVergG 2006 habe der Auftraggeber bei Vorliegen eines Mangels eine verbindliche schriftliche Aufklärung zu verlangen, der die allenfalls vorgelegten Nachweise der Niederschrift über die Angebotsprüfung beizuschließen seien. Zwar könne im Unterschwellenbereich von dieser Vorgangsweise abgesehen werden, bei einem festgestellten Mangel müsse jedoch dem Bieter Parteigehör eingeräumt werden. Dies sei jedoch im gegenständlichen Vergabeverfahren nicht erfolgt. Durch Verweigerung der Möglichkeit der Verbesserung eines Angebots mangels werde er auch in seinem Recht auf Einräumung der Möglichkeit zur Verbesserung eines Mangels verletzt. Gemäß Paragraph 126, BVergG 2006 habe der Auftraggeber bei Vorliegen eines Mangels eine verbindliche schriftliche Aufklärung zu verlangen, der die allenfalls vorgelegten Nachweise der Niederschrift über die Angebotsprüfung beizuschließen seien. Zwar könne im Unterschwellenbereich von dieser Vorgangsweise abgesehen werden, bei einem festgestellten Mangel müsse jedoch dem Bieter Parteigehör eingeräumt werden. Dies sei jedoch im gegenständlichen Vergabeverfahren nicht erfolgt.

Der entsprechend den vorgelegten Referenzen auf die ausgeschriebenen Arbeiten spezialisierte Antragsteller habe ein massives und berechtigtes Interesse am Vertragsabschluss. Es drohe ein gravierender Schaden, der insbesondere die Kosten der Angebotserstellung, aber auch den Verdienstentgang sowie die verloren gehende Auslastung umfasse. Darüber hinaus entgehe ihm auch ein Referenzprojekt.

Für die Referenzen 2 und 3 habe der Antragsteller fälschlicher Weise keine Punkte erhalten. Die Referenzen 2 und 3 seien nach drei Kategorien zu beurteilen. Es seien zehn Punkte zu vergeben, sofern die Nebenreferenz der Anforderung, die anhand von vier Kriterien beurteilt werde, entsprechen würde. Das Alter der Referenz stelle nur eines dieser vier Kriterien dar. Zu den weiteren gleichwertigen Kriterien würden erstens die Metallrestaurierung mit figuralen und plastischen Elementen, bei denen Instandsetzungs- und Konservierungsleistungen erbracht worden seien, und zweitens die Metallrestaurierung aus Metall zählen. Drittens dürften die restaurierten Elemente nicht jünger als aus der 2. Hälfte des 19. Jhdt. stammen.

Da die drei Kriterien jedenfalls bei den beiden Referenzen 2 und 3 erfüllt worden seien, wären je 7,5 Punkte zu vergeben gewesen. Ein Punkteabzug von jeweils 2,5 Punkten sei aufgrund der Tatsache, dass die Referenzen älter als fünf Jahre seien, sachlich nicht gerechtfertigt. Gerade bei Restaurierungsarbeiten hätten ältere Referenzen bei weitem mehr Aussagekraft als jüngere Referenzen.

Außerdem wären nach Auskunft des seinerzeitigen Auftraggebers in dieser Kategorie je 5 Punkte zu vergeben gewesen. Darüber hinaus hätten bei der Referenz 3 weitere fünf Punkte in der Kategorie "Wasserberührt" vergeben werden müssen. Daraus ergebe sich, dass die Referenz 2 mit 17,5 Punkten bzw. die Referenz 3 mit 12,5 Punkten hätte bewertet werden müssen. Darüber hinaus sei bei der Referenz 3 nicht einmal die Weiterempfehlung des Auftraggebers überprüft und damit keine Punktezahl vergeben worden. Das Alter der Referenz könne entsprechend den Ausschreibungsunterlagen keinen Ausschlussgrund darstellen. Wäre dem Antragsteller klar gewesen, dass möglichst junge Referenzen von Bedeutung seien, hätte er eine andere Auswahl der Referenzen getroffen. Im Sinne einer objektiven Entscheidung nach dem Bestbieterprinzip seien auch ältere Referenzen bei der Beurteilung zu

berücksichtigen. Aufgrund der dem Angebotsschreiben beigelegten Beilage 7 sei dem Auftraggeber auch bekannt gewesen, dass vom Antragsteller in den letzten fünf Jahren Referenzarbeiten im Palais Coburg erbracht worden seien. Um bei der Angebotslegung keine Mängel zu verursachen, habe der Antragsteller auch eine Liste von neun weiteren Referenzen, die der ausgeschriebenen Leistung entsprechen würden, beigelegt. Aufgrund der Kenntnis des Auftraggebers von diesen Referenzen im Palais Coburg hätten im Sinne einer objektiven Überprüfung nach dem Bestbieterprinzip eine Aufklärung bzw. ein Verbesserungsauftrag an ihn ergehen müssen. Diese Unterlassung stelle eine Rechtswidrigkeit dar, die für den Ausgang des Verfahrens von wesentlichem Einfluss gewesen wäre.

Bei Berücksichtigung des Referenzprojektes Coburg, für das zwei weitere Referenzen vorgelegt worden seien, die allen Anforderungen entsprochen hätten und auch einmal wasserberührt gewesen seien, hätten maximal 35 Punkte zugesprochen werden müssen. Zum günstigsten Angebotspreis, für den der Antragsteller 120 Punkte erhalten habe und den zugesprochenen 35 Punkten für die Referenz 1, hätte der Antragsteller unter Berücksichtigung der übermittelten Referenzen 2 und 3 (Palais Coburg) zusätzliche Punkte in der Höhe von maximal 35 erlangen können, wodurch sich 190 Punkte ergeben würden. Damit wäre die Zuschlagsentscheidung zugunsten des Antragstellers ausgefallen.

Außerdem ergäbe sich aus dem übermittelten Protokoll, dass das Angebot des Zuschlagsempfängers nicht rechtsgültig gefertigt sei. Eine Gesellschaft B*** sei auch nicht im Firmenbuch eingetragen. Es könne sich daher nur um eine Arbeitsgemeinschaft handeln. Bei einer solchen hätten alle Gesellschafter der Arbeitsgemeinschaft zu unterfertigen. Die Identität der Firma B*** sei nicht feststellbar, sodass auch eine Zuordnung der Referenzen nicht erfolgen könne. Dieser Mangel sei unbehebbar und wäre daher das Angebot der Firma B*** richtiger Weise auszuschneiden gewesen. Außerdem wäre eine verbindliche schriftliche Aufklärung iSv § 126 BVergG 2006 zu verlangen gewesen, um den um Euro 20.000,- höheren Angebotspreis des Zuschlagsempfängers aufzuklären. Außerdem ergäbe sich aus dem übermittelten Protokoll, dass das Angebot des Zuschlagsempfängers nicht rechtsgültig gefertigt sei. Eine Gesellschaft B*** sei auch nicht im Firmenbuch eingetragen. Es könne sich daher nur um eine Arbeitsgemeinschaft handeln. Bei einer solchen hätten alle Gesellschafter der Arbeitsgemeinschaft zu unterfertigen. Die Identität der Firma B*** sei nicht feststellbar, sodass auch eine Zuordnung der Referenzen nicht erfolgen könne. Dieser Mangel sei unbehebbar und wäre daher das Angebot der Firma B*** richtiger Weise auszuschneiden gewesen. Außerdem wäre eine verbindliche schriftliche Aufklärung iSv Paragraph 126, BVergG 2006 zu verlangen gewesen, um den um Euro 20.000,- höheren Angebotspreis des Zuschlagsempfängers aufzuklären.

Beim Zuschlagskriterium "Referenzen" handle es sich nach herrschender Auffassung um ein Eignungskriterium. Ein Zuschlagskriterium "Referenzen" gewährleiste insbesondere keine Gleichbehandlung, weil ein solches Zuschlagskriterium einen Vergleich und eine objektive Bewertung der Angebote nicht ermögliche. Entgegen der Ansicht des Auftraggebers stehe ein solches Zuschlagskriterium auch nicht im unmittelbaren Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand. Die vom Antragsteller vorgelegten Referenzen seien jedenfalls zur Ermittlung des Bestbieters geeignet.

Aus den Ausschreibungsunterlagen gehe nicht hervor, ob der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot oder dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt werden soll. Auch habe es der Auftraggeber unterlassen, in den Ausschreibungsunterlagen alle Zuschlagskriterien, deren Verwendung vorgesehen sei, im Verhältnis der ihnen zuerkannten Bedeutung anzugeben. Es müsse daher der Zuschlag dem Angebot mit dem niedrigsten Preis, sohin dem Antragsteller, erteilt werden. Die losen Bestandteile des Angebotes des Antragstellers seien mit Namen versehen gewesen und als zum Angebot gehörend gekennzeichnet und damit mit diesem abgegeben worden. Bei diesen losen Bestandteilen handle es sich um ein Begleitschreiben, um die Beilage 1 (Führungsbestätigung A***), um die Beilage 2 (Beitragsrechnung OÖGKK), die Beilage 3 (Bestätigung zur Vorlage der Sparkasse OÖ), die Beilage 4 (Referenz 1), die Beilage 5 (Referenz 2), die Beilage 6 (Referenz 3) und die Beilage 7 (weitere Referenzen mit figuralen und plastischen Elementen mit Wasserberührung). Bei diesbezüglich allfälligen Unklarheiten hätte zumindest telefonische Rücksprache mit dem Antragsteller gehalten werden müssen.

In den Schriftsätzen vom 7.8.2007 und vom 10.9.2007 teilte der Auftraggeber mit, dass das Zuschlagskriterium "Referenzen" bestandfest geworden sei. Dieses Zuschlagskriterium stehe mit dem Auftragsgegenstand in unmittelbarem Zusammenhang. Als Subkriterium sei auch die Bewertung durch den jeweiligen Auftraggeber erfragt worden, womit ein qualitatives Subkriterium Eingang in die Bewertung gefunden habe. Die Bewertung dieses Kriteriums sei in seiner Aufgliederung in Subkriterien in nachvollziehbarer Weise in den Ausschreibungsunterlagen

vorgegeben gewesen.

Die tatsächlich erfolgte Bewertung stehe im Einklang mit diesen Vorgaben und sei auf Basis der Angaben in den Formblättern für die Referenzvorhaben erfolgt. Die erste Referenz sei von allen Bietern nachgewiesen worden. Die zweite Referenz hätte der Antragsteller durch die in dem entsprechenden Formblatt angegebene Arbeit nicht erfüllt, da sie mehr als fünf Jahre zurückgelegen sei. Die dritte Referenz (ebenfalls nicht fünf Jahre älter) hätte überhaupt nur vom präsumtiven Zuschlagsempfänger nachgewiesen werden können. Bei der ersten Referenz sei ein längerer Referenzzeitraum festgelegt worden, um die Konkurrenz nicht zu stark einzuschränken. Bei der zweiten und dritten Referenz seien gesetzeskonforme Referenzzeiträume (§ 75 BVergG 2006) festgelegt worden. Der Auftraggeber sei völlig im Einklang mit den Bestimmungen des BVergG vorgegangen. Dies ergäbe sich auch aus den Formblättern. Selbst wenn die Vorgaben rechtswidrig gewesen sein sollte, seien sie in Folge Unterbleibens der Bekämpfung der Ausschreibung bestandsfest geworden. Dagegen sei weder ein Nachprüfungsantrag gemäß § 322 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 noch ein Feststellungsantrag gemäß § 332 Abs 4 leg. cit. zulässig. Die tatsächlich erfolgte Bewertung stehe im Einklang mit diesen Vorgaben und sei auf Basis der Angaben in den Formblättern für die Referenzvorhaben erfolgt. Die erste Referenz sei von allen Bietern nachgewiesen worden. Die zweite Referenz hätte der Antragsteller durch die in dem entsprechenden Formblatt angegebene Arbeit nicht erfüllt, da sie mehr als fünf Jahre zurückgelegen sei. Die dritte Referenz (ebenfalls nicht fünf Jahre älter) hätte überhaupt nur vom präsumtiven Zuschlagsempfänger nachgewiesen werden können. Bei der ersten Referenz sei ein längerer Referenzzeitraum festgelegt worden, um die Konkurrenz nicht zu stark einzuschränken. Bei der zweiten und dritten Referenz seien gesetzeskonforme Referenzzeiträume (Paragraph 75, BVergG 2006) festgelegt worden. Der Auftraggeber sei völlig im Einklang mit den Bestimmungen des BVergG vorgegangen. Dies ergäbe sich auch aus den Formblättern. Selbst wenn die Vorgaben rechtswidrig gewesen sein sollte, seien sie in Folge Unterbleibens der Bekämpfung der Ausschreibung bestandsfest geworden. Dagegen sei weder ein Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 322, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 noch ein Feststellungsantrag gemäß Paragraph 332, Absatz 4, leg. cit. zulässig.

Das Alter der Referenz stelle ein "K.O. - Kriterium" dar. Dies ergäbe sich aus dem Text der Referenzblätter wie auch aus den Vorgaben in den unbekämpft gebliebenen Ausschreibungsunterlagen. Im Übrigen seien auch die drei anderen Kriterien "K.O. - Kriterien". Diese seien durch die vorgelegten Referenzen des Bieters zu erfüllen, um eine Referenz zur Bewertung heranziehen zu können. Außerdem könne aufgrund des Alters einer Referenz nicht auf deren Qualität geschlossen werden.

Die Ausschreibungsunterlagen seien klar und unmissverständlich formuliert gewesen. Die Vorgabe des maximal zulässigen Alters der Referenz sei ins Auge gesprungen. Von einem durchschnittlich fachkundigen Bieter sei zu verlangen, diese Vorgaben zu verstehen. Im Zweifelsfall hätte der Auftraggeber kontaktiert werden können.

Die vom Antragsteller geforderte Gelegenheit zur Aufklärung iSv § 126 BVergG 2006 stehe nicht im Einklang mit den Formvorschriften des § 107 Abs 1 BVergG 2006. Es könne nicht Aufgabe des Auftraggebers sein, sich bei einer von einem Bieter vorgelegten über die Angaben in den Referenzformblättern hinausgehenden Liste von Referenzen selbst die passende Referenz herauszusuchen. Auch sei der Auftraggeber nicht dazu verhalten, dem Bieter Gelegenheit zu geben, nachträglich jene Angaben zu machen, die ausdrücklich bereits mit dem Angebot in den Referenzformblättern in der geforderten Tiefe zu machen gewesen wären. Die beiden anderen Bieter hätten diese Angaben völlig zutreffend gemacht. Die vom Antragsteller geforderte Gelegenheit zur Aufklärung iSv Paragraph 126, BVergG 2006 stehe nicht im Einklang mit den Formvorschriften des Paragraph 107, Absatz eins, BVergG 2006. Es könne nicht Aufgabe des Auftraggebers sein, sich bei einer von einem Bieter vorgelegten über die Angaben in den Referenzformblättern hinausgehenden Liste von Referenzen selbst die passende Referenz herauszusuchen. Auch sei der Auftraggeber nicht dazu verhalten, dem Bieter Gelegenheit zu geben, nachträglich jene Angaben zu machen, die ausdrücklich bereits mit dem Angebot in den Referenzformblättern in der geforderten Tiefe zu machen gewesen wären. Die beiden anderen Bieter hätten diese Angaben völlig zutreffend gemacht.

Der Antragsteller habe der Bestimmung des § 107 Abs 1 BVergG 2006, wonach Angebote die in den Ausschreibungsunterlagen vorgeschriebene Form aufzuweisen hätten, nicht Rechnung getragen. Diese Unterlassung sei auch einer Aufklärung gemäß § 126 BVergG 2006 nicht zugänglich. Dies stelle zwar keinen Ausscheidensgrund dar, es sei jedoch vom Auftraggeber in korrekter Weise nur die im Formblatt nachgewiesene und den Vorgaben der Ausschreibung entsprechende Referenz 1 gewertet worden. Die Referenzen 2 und 3 seien mangels Entsprechung der Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen nicht zur Bewertung herangezogen worden. Der Antragsteller habe der

Bestimmung des Paragraph 107, Absatz eins, BVergG 2006, wonach Angebote die in den Ausschreibungsunterlagen vorgeschriebene Form aufzuweisen hätten, nicht Rechnung getragen. Diese Unterlassung sei auch einer Aufklärung gemäß Paragraph 126, BVergG 2006 nicht zugänglich. Dies stelle zwar keinen Ausscheidensgrund dar, es sei jedoch vom Auftraggeber in korrekter Weise nur die im Formblatt nachgewiesene und den Vorgaben der Ausschreibung entsprechende Referenz 1 gewertet worden. Die Referenzen 2 und 3 seien mangels Entsprechung der Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen nicht zur Bewertung herangezogen worden.

Eine allfällige Unklarheit, ob es sich um ein Vergabeverfahren gemäß dem Prinzip des Billigstbieters oder des Bestbieters handle, hätte vom Antragsteller innerhalb der dafür vorgesehenen gesetzlichen Frist geltend gemacht werden müssen. Auch in diesem Punkt sei die Ausschreibung bestandsfest geworden. Auch wenn die Ausschreibung nicht die in § 80 Abs 3 BVergG 2006 geforderte verbale Formulierung, ob der Zuschlag dem Billigstbieter oder dem Bestbieter erteilt werde, enthalte, sei schlüssig erkennbar gewesen, dass es sich um das Bestbieterprinzip handle. Dazu werde auf die Positionen 00.11.24 und 00.11.24B in den Ausschreibungsunterlagen verwiesen, die auf die Wahl des zum Zuschlag gelangenden Angebotes nach den Zuschlagskriterien gemäß der Beilage Bezug nehmen würden und damit auf zwei oder mehrere Zuschlagskriterien hinweisen würden. Auch sei die Titelseite mit "Zuschlagskriterien" also mit einer Mehrzahlform betitelt gewesen. Auf Seite 2 seien die Überschriften "Angebotspreis" und "Referenzen" fettgedruckt. In der Folge werde der Modus der Bewertung beider Kriterien erläutert. Auf Seite 3 werde unter der Überschrift "Übersicht über die Punktebewertung" ausdrücklich einerseits nach (Absolut)punkten und andererseits nach Prozentpunkten erläutert, wie die Bewertung der Angebote erfolge, aufgeschlüsselt nach Preis, Referenz 1, Referenz 2 und Referenz 3. Für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter sei es schlüssig und nachvollziehbar, dass das Prinzip des Zuschlags auf das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot nach den vorgegebenen Bewertungsmodalitäten gelte. Eine allfällige Unklarheit, ob es sich um ein Vergabeverfahren gemäß dem Prinzip des Billigstbieters oder des Bestbieters handle, hätte vom Antragsteller innerhalb der dafür vorgesehenen gesetzlichen Frist geltend gemacht werden müssen. Auch in diesem Punkt sei die Ausschreibung bestandsfest geworden. Auch wenn die Ausschreibung nicht die in Paragraph 80, Absatz 3, BVergG 2006 geforderte verbale Formulierung, ob der Zuschlag dem Billigstbieter oder dem Bestbieter erteilt werde, enthalte, sei schlüssig erkennbar gewesen, dass es sich um das Bestbieterprinzip handle. Dazu werde auf die Positionen 00.11.24 und 00.11.24B in den Ausschreibungsunterlagen verwiesen, die auf die Wahl des zum Zuschlag gelangenden Angebotes nach den Zuschlagskriterien gemäß der Beilage Bezug nehmen würden und damit auf zwei oder mehrere Zuschlagskriterien hinweisen würden. Auch sei die Titelseite mit "Zuschlagskriterien" also mit einer Mehrzahlform betitelt gewesen. Auf Seite 2 seien die Überschriften "Angebotspreis" und "Referenzen" fettgedruckt. In der Folge werde der Modus der Bewertung beider Kriterien erläutert. Auf Seite 3 werde unter der Überschrift "Übersicht über die Punktebewertung" ausdrücklich einerseits nach (Absolut)punkten und andererseits nach Prozentpunkten erläutert, wie die Bewertung der Angebote erfolge, aufgeschlüsselt nach Preis, Referenz 1, Referenz 2 und Referenz 3. Für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter sei es schlüssig und nachvollziehbar, dass das Prinzip des Zuschlags auf das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot nach den vorgegebenen Bewertungsmodalitäten gelte.

Restauratorenleistungen seien künstlerische Leistungen, bei denen die Referenzen eine weit höhere Bedeutung hätten wie bei einem Auftrag in vergleichbarer Höhe im Baugewerbe oder bei Professionistenleistungen, bei denen der Grad der Standardisierung der Ausführung wesentlich höher sei.

In der mündlichen Verhandlung vom 2.10.2007 wurden gemäß § 39 Abs 2 AVG der unter der Aktenzahl F/0003-BVA/04/2007 protokollierte Feststellungsantrag gemäß § 331 Abs 4 BVergG 2006 und der unter der Aktenzahl F/0004-BVA/04/2007 protokollierte Feststellungsantrag gemäß § 331 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 zu einer gemeinsamen Verhandlung verbunden. In der mündlichen Verhandlung vom 2.10.2007 wurden gemäß Paragraph 39, Absatz 2, AVG der unter der Aktenzahl F/0003-BVA/04/2007 protokollierte Feststellungsantrag gemäß Paragraph 331, Absatz 4, BVergG 2006 und der unter der Aktenzahl F/0004-BVA/04/2007 protokollierte Feststellungsantrag gemäß Paragraph 331, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 zu einer gemeinsamen Verhandlung verbunden.

Der Antragsteller bestätigte, den Feststellungsantrag gemäß § 331 Abs 4 leg cit, der am 14.9.2007 präzisiert wurde, und den Feststellungsantrag gemäß § 331 Abs 1 Z 2 leg. cit. aufrecht zu erhalten. Das Zuschlagsprinzip des wirtschaftlich günstigsten Angebotes lasse sich aus den Bekanntmachungsunterlagen entnehmen. Zur näheren Konkretisierung werde darin auf die Ausschreibungsunterlagen verwiesen. Die Formblätter für die Referenzen seien aus EDV-technischen Gründen nicht verwendet worden, sodass auch die Vorgabe des nicht länger als fünf Jahre

zurückliegenden Errichtungszeitraumes für die Referenzen 2 und 3 übersehen worden sei. Die Verwendung der Referenzformblätter sei allerdings in der Ausschreibung nicht zwingend vorgegeben gewesen. Eine ausschreibungskonforme Bewertung liege vor, wenn für nur im freien stehende Objekte, die nicht ständig mit Wasser in Berührung kommen würden, keine Punkte für das Kriterium "wasserberührte Figuren" vergeben worden seien. Aus diesem Grund sei auch die Bewertung für die von ihm gelegte Referenz 1 ordnungsgemäß erfolgt. Für die Referenz 3 seien allerdings zwei Brunnen genannt worden, für die fünf Punkte für wasserberührte Figuren zu vergeben gewesen wären. Die Vorgangsweise des Auftraggebers bei der Bewertung seines Angebotes, das mehrere Referenzen umfassen würde, wäre nicht nachvollziehbar. Beilage 7 sei jedenfalls Bestandteil seines Angebotes gewesen. Dies ergebe sich sowohl aus dem Hinweis auf Seite 6, Pkt 17.10. in seinem Angebot als auch aus dem Protokoll über die Angebotsöffnung, wonach sein Angebot diverse Beilagen umfasse. Der vom Auftraggeber für die Referenzen reklamierte, in der Ausschreibung vorgegebene Formalismus sei lediglich als Empfehlung zu werten. Die Besonderheit beim Muschelbrunnen im Belvedere liege in der Materialverwendung. Dieses Kriterium wäre daher in der Ausschreibung besonders zu berücksichtigen gewesen. Außerdem seien ältere Referenzen im Vergleich zu jüngeren aussagekräftiger. Seine Angebotserstellung sei darauf ausgerichtet gewesen. Unter der Angabe "2000/03" bei der Antragsteller bestätigte, den Feststellungsantrag gemäß Paragraph 331, Absatz 4, leg cit, der am 14.9.2007 präzisiert wurde, und den Feststellungsantrag gemäß Paragraph 331, Absatz eins, Ziffer 2, leg. cit. aufrecht zu erhalten. Das Zuschlagsprinzip des wirtschaftlich günstigsten Angebotes lasse sich aus den Bekanntmachungsunterlagen entnehmen. Zur näheren Konkretisierung werde darin auf die Ausschreibungsunterlagen verwiesen. Die Formblätter für die Referenzen seien aus EDV-technischen Gründen nicht verwendet worden, sodass auch die Vorgabe des nicht länger als fünf Jahre zurückliegenden Errichtungszeitraumes für die Referenzen 2 und 3 übersehen worden sei. Die Verwendung der Referenzformblätter sei allerdings in der Ausschreibung nicht zwingend vorgegeben gewesen. Eine ausschreibungskonforme Bewertung liege vor, wenn für nur im freien stehende Objekte, die nicht ständig mit Wasser in Berührung kommen würden, keine Punkte für das Kriterium "wasserberührte Figuren" vergeben worden seien. Aus diesem Grund sei auch die Bewertung für die von ihm gelegte Referenz 1 ordnungsgemäß erfolgt. Für die Referenz 3 seien allerdings zwei Brunnen genannt worden, für die fünf Punkte für wasserberührte Figuren zu vergeben gewesen wären. Die Vorgangsweise des Auftraggebers bei der Bewertung seines Angebotes, das mehrere Referenzen umfassen würde, wäre nicht nachvollziehbar. Beilage 7 sei jedenfalls Bestandteil seines Angebotes gewesen. Dies ergebe sich sowohl aus dem Hinweis auf Seite 6, Pkt 17.10. in seinem Angebot als auch aus dem Protokoll über die Angebotsöffnung, wonach sein Angebot diverse Beilagen umfasse. Der vom Auftraggeber für die Referenzen reklamierte, in der Ausschreibung vorgegebene Formalismus sei lediglich als Empfehlung zu werten. Die Besonderheit beim Muschelbrunnen im Belvedere liege in der Materialverwendung. Dieses Kriterium wäre daher in der Ausschreibung besonders zu berücksichtigen gewesen. Außerdem seien ältere Referenzen im Vergleich zu jüngeren aussagekräftiger. Seine Angebotserstellung sei darauf ausgerichtet gewesen. Unter der Angabe "2000/03" bei der

1. 9.Ziffer 9

Referenz in der Beilage 7 sei der Zeitraum 2000-2003 zu verstehen. Eine Abwicklung der Restaurierungsarbeiten im Palais Coburg im Zeitraum März 2000 wäre auch nicht möglich gewesen. Diese in Beilage 7 genannte Referenz umfasse Arbeiten an der Außenfassade, der Einfriedung sowie auf Grund des Begriffes "Messingbeschläge" solche an der Ballsaaldecke im Palais Coburg. Der Antrag auf Kostenersatz bleibe aufrecht. Es wird eine weitere Kostennote gelegt.

Der Auftraggeber gab an, dass der geschätzte Auftragswert auf einem von der O*** erstellten Kostenanschlag basiere. Die dem Angebot des Antragstellers zugrund liegenden Referenzen 1, 2 und 3 seien zu bewerten gewesen. Eine darüber hinausgehende Referenzliste könne bei der Bewertung nicht berücksichtigt werden. Das in der Ausschreibung vorgegebene Bewertungsschema ergebe, dass beim 10-jährigen Realisierungszeitraum eine höhere Punktezahl zu vergeben wäre als beim 5-jährigen Realisierungszeitraum für die Referenzen 2 und 3. Bei der zuletzt genannten Referenz sei der in den Ausschreibungsunterlagen vorgegebene Zeitraum nicht eingehalten worden, sodass für diese Referenz keine Punkte zu vergeben gewesen seien. Die beigelegte Referenzliste könne nicht den in der Ausschreibung vorgegebenen Formalismus ersetzen. Nach Ansicht des Auftraggebers sei die Ausschreibung klar gewesen. Es wäre am Antragsteller gelegen, allenfalls beim Auftraggeber nachzufragen.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

I. Verbindung gemäß § 39 Abs 2 AVGrömisches eins. Verbindung gemäß Paragraph 39, Absatz 2, AVG:

Im Hinblick auf die Grundsätze der Zweckmäßigkeit, Raschheit, Einfachheit und der Kostenersparnis wurden gemäß § 39 Abs 2 AVG der unter der Aktenzahl F/0003-BVA/04/2007 protokollierte Feststellungsantrag gemäß § 331 Abs 4 BVergG 2006 und der unter der Aktenzahl F/0004-BVA/04/2007 protokollierte Feststellungsantrag gemäß § 331 Abs 1 Z 2 leg cit zu einer gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden. Im Hinblick auf die Grundsätze der Zweckmäßigkeit, Raschheit, Einfachheit und der Kostenersparnis wurden gemäß Paragraph 39, Absatz 2, AVG der unter der Aktenzahl F/0003-BVA/04/2007 protokollierte Feststellungsantrag gemäß Paragraph 331, Absatz 4, BVergG 2006 und der unter der Aktenzahl F/0004-BVA/04/2007 protokollierte Feststellungsantrag gemäß Paragraph 331, Absatz eins, Ziffer 2, leg cit zu einer gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden.

II. Zuständigkeit des Bundesvergabebeamtes:römisch zwei. Zuständigkeit des Bundesvergabebeamtes:

Aus den Ausschreibungsunterlagen sowie aus der Zuschlagserteilung vom 13. 7.2007 ergibt sich, dass Auftraggeber der Bund (Republik Österreich) ist, sodass es sich um einen öffentlichen Auftraggeber iSv § 3 Abs 1 Z 1 BVergG 2006 handelt. Dieser wird vertreten durch die Burghauptmannschaft, welche ihrerseits wiederum durch den Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit vertreten wird. Aus den Ausschreibungsunterlagen sowie aus der Zuschlagserteilung vom 13. 7.2007 ergibt sich, dass Auftraggeber der Bund (Republik Österreich) ist, sodass es sich um einen öffentlichen Auftraggeber iSv Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006 handelt. Dieser wird vertreten durch die Burghauptmannschaft, welche ihrerseits wiederum durch den Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit vertreten wird.

Der gegenständliche Auftrag ist als Bauauftrag iSv § 4 BVergG 2006 zu qualifizieren. Mit einem geschätzten Auftragswert in der Höhe von Euro 122.045,-- (ohne Ust) ist der Auftrag jedenfalls dem Unterschwellenbereich zuzuordnen. Der gegenständliche Auftrag ist als Bauauftrag iSv Paragraph 4, BVergG 2006 zu qualifizieren. Mit einem geschätzten Auftragswert in der Höhe von Euro 122.045,-- (ohne Ust) ist der Auftrag jedenfalls dem Unterschwellenbereich zuzuordnen.

Der Antragsteller hat vor Erteilung des Zuschlages einen Nachprüfungsantrag am 11.7.2007, protokolliert unter Zl. N/0069- BVA/04/2007, eingebracht. Am 13.7.2007 wurde der Zuschlag erteilt. Der am 20.7.2007 eingebrachte Feststellungsantrag gemäß § 331 Abs 4 BVergG 2006, präzisiert am 14.9.2007, entspricht den formalen Voraussetzungen und ist daher in dieser Hinsicht zulässig. Darüber hinaus wurde ein explizit als solcher bezeichneter Feststellungsantrag gemäß § 331 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 eingebracht. Die Aufrechterhaltung der genannten Feststellungsanträge wurde auch in der mündlichen Verhandlung am 2.10.2007 bestätigt. Der Antragsteller hat vor Erteilung des Zuschlages einen Nachprüfungsantrag am 11.7.2007, protokolliert unter Zl. N/0069- BVA/04/2007, eingebracht. Am 13.7.2007 wurde der Zuschlag erteilt. Der am 20.7.2007 eingebrachte Feststellungsantrag gemäß Paragraph 331, Absatz 4, BVergG 2006, präzisiert am 14.9.2007, entspricht den formalen Voraussetzungen und ist daher in dieser Hinsicht zulässig. Darüber hinaus wurde ein explizit als solcher bezeichneter Feststellungsantrag gemäß Paragraph 331, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 eingebracht. Die Aufrechterhaltung der genannten Feststellungsanträge wurde auch in der mündlichen Verhandlung am 2.10.2007 bestätigt.

III. Zu Spruchpunkt I (Feststellungsantrag gemäß § 331 Abs 4 BVergG 2006)römisch drei. Zu Spruchpunkt römisch eins (Feststellungsantrag gemäß Paragraph 331, Absatz 4, BVergG 2006):

1. 1.Ziffer eins

Bestandskraft der Ausschreibung:

Die gegenständliche Ausschreibung wurde vom Antragsteller nicht innerhalb der in § 321 Abs 2 BVergG 2006 vorgesehenen Frist angefochten. Sie ist daher bestandfest geworden (Vgl. VwGH 7.11.2005, 2003/04/0135; 1.3.2007, 2005/04/0239; 28.3.2007, 2005/04/0200; 23.5.2007, 2005/04/0103; 27.6.2007, 2005/04/0234; Die gegenständliche Ausschreibung wurde vom Antragsteller nicht innerhalb der in Paragraph 321, Absatz 2, BVergG 2006 vorgesehenen Frist angefochten. Sie ist daher bestandfest geworden (Vgl. VwGH 7.11.2005, 2003/04/0135; 1.3.2007, 2005/04/0239; 28.3.2007, 2005/04/0200; 23.5.2007, 2005/04/0103; 27.6.2007, 2005/04/0234; BVA 20.6.2007, N/0050-BVA/04/2007-41 u. N/0051-BVA/04/2007-47;

20.3.2007, N/0012-BVA/07/2007-63 u.a.). Die Fristgebundenheit von Nachprüfungsanträgen wäre sinnlos, könnte die Vergabekontrollbehörde eine unanfechtbar gewordene (bestandfeste) Entscheidung des Auftraggebers im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens gegen auf dieser Entscheidung aufbauende Entscheidungen des Auftraggebers überprüfen. Dieser Unanfechtbarkeit stehen auch die Bestimmungen der Rechtsmittelrichtlinie nicht entgegen (VwGH

27.6.2007, 2005/04/0234).

Auch im Feststellungsverfahren ist die Vergabekontrollbehörde an diese Präklusionswirkung gebunden. Die Bestandskraft der Ausschreibung bewirkt, dass der Einwand des Antragstellers, dass das Zuschlagskriterium "Referenz" ein Eignungskriterium sei und als Zuschlagskriterium keine Gleichbehandlung der Bieter gewähre, ins Leere geht. Dies gilt auch für das in der mündlichen Verhandlung am 2.10.2007 vorgebrachte Argument des Antragstellers, wonach das Kriterium der Materialverwendung in der Ausschreibung besonders berücksichtigt werden hätte müssen.

Mit Eintritt der Bestandsfestigkeit der Ausschreibung sind sowohl der Auftraggeber als auch die Bieter an die in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen gebunden. Die Bindung der für die Zuschlagserteilung in Frage kommenden Angebote an die Ausschreibung ist für die Gleichbehandlung der Bieter iSv § 19 Abs 1 BVerG 2006 entscheidend (Vgl. VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050 und die dort zitierte Rechtsprechung des EuGH vom 25.4.1996, Rs C-87/94, Wallonische Busse, wonach die Abweichung von in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen eine Verletzung wesentlicher Grundsätze des Vergabeverfahrens darstellt; ebenso BVA 7.5.2007, N/0007-BVA/15/2007-67; 3.5.2006, N/0017-BVA/04/2006-25; 17.3.2006, N/0007-BVA/05/2006-54; 8.2.2006, 15N-127/05-25 u.a.). Mit Eintritt der Bestandsfestigkeit der Ausschreibung sind sowohl der Auftraggeber als auch die Bieter an die in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen gebunden. Die Bindung der für die Zuschlagserteilung in Frage kommenden Angebote an die Ausschreibung ist für die Gleichbehandlung der Bieter iSv Paragraph 19, Absatz eins, BVerG 2006 entscheidend (Vgl. VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050 und die dort zitierte Rechtsprechung des EuGH vom 25.4.1996, Rs C-87/94, Wallonische Busse, wonach die Abweichung von in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen eine Verletzung wesentlicher Grundsätze des Vergabeverfahrens darstellt; ebenso BVA 7.5.2007, N/0007-BVA/15/2007-67; 3.5.2006, N/0017-BVA/04/2006-25; 17.3.2006, N/0007-BVA/05/2006-54; 8.2.2006, 15N-127/05-25 u.a.).

1. 2.Ziffer 2

Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen:

2.1. Zuschlagsprinzip:

Der Auftraggeber hat gemäß § 100 BVerG 2006 im Unterschwellenbereich die freie Wahl des Zuschlagsprinzips (RV 1171 BlgNR XXII GP 77). Abgesehen davon, dass in der Bekanntmachung als Zuschlagsprinzip das wirtschaftlich günstigste Angebot genannt wurde, welches zwar in der Folge in den Ausschreibungsunterlagen nicht noch einmal expressis verbis aufschien, wäre für die Anwendung des Billigstbieterangebotsprinzips erforderlich, dass der Preis als einziges Zuschlagskriterium in den Ausschreibungsunterlagen aufscheint. Dies ist jedoch im gegenständlichen Vergabeverfahren - entgegen dem Vorbringen des Antragstellers - nicht der Fall. Der Auftraggeber hat gemäß Paragraph 100, BVerG 2006 im Unterschwellenbereich die freie Wahl des Zuschlagsprinzips Regierungsvorlage 1171 BlgNR römisch 22 Gesetzgebungsperiode 77). Abgesehen davon, dass in der Bekanntmachung als Zuschlagsprinzip das wirtschaftlich günstigste Angebot genannt wurde, welches zwar in der Folge in den Ausschreibungsunterlagen nicht noch einmal expressis verbis aufschien, wäre für die Anwendung des Billigstbieterangebotsprinzips erforderlich, dass der Preis als einziges Zuschlagskriterium in den Ausschreibungsunterlagen aufscheint. Dies ist jedoch im gegenständlichen Vergabeverfahren - entgegen dem Vorbringen des Antragstellers - nicht der Fall.

Vielmehr hat der Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen alle Zuschlagskriterien, deren Verwendung er vorsah, im Verhältnis der ihnen zuerkannten Bedeutung angegeben. Im Leistungsverzeichnis wird dazu unter Pkt. 00.11.24B auf die "Beilage Zuschlagskriterien" verwiesen. Als Zuschlagskriterien werden darin der mit 60% gewichtete Angebotspreis (maximal 120 Punkte) sowie die Referenzen genannt, zu denen die mit 20% gewichtete Referenz 1 (maximal 40 Punkte) sowie die jeweils mit 10% gewichteten Referenzen 2 und 3 (maximal 20 Punkte) zählen. Unter diesen Umständen war für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei der Anwendung der üblichen Sorgfalt [Vgl. EuGH 4.12.2003, Rs C-448/01 (EVN - AG Wienstrom GmbH gegen Republik Österreich); VwGH 17.11.2004, 2002/04/0078; 16.4.2005, 2004/04/0030; BVA 19.1.2006, 04N-134/05-17; 10.5.2007, N/0007-BVA/15/2007-67] - auch wenn das Zuschlagsprinzip in den Ausschreibungsunterlagen nicht nochmals ausdrücklich genannt war - eindeutig erkennbar, dass der Zuschlag nicht dem Angebot mit dem niedrigsten Preis, sondern dem wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werden soll.

2.2. Musskriterium beim Zuschlagskriterium "Referenzen":

Für die als Zuschlagskriterien zu wertenden Referenzen 1, 2 u. 3 sahen die Ausschreibungsunterlagen einen Nachweis mit bestimmten Spezifika (Musskriterien) vor. Dazu zählte neben der Anforderung einer abgeschlossenen und vom

Auftraggeber übernommenen Leistung unter anderem ein Realisierungszeitraum für die Projektfertigstellung innerhalb der letzten 10 bzw fünf Jahre. In den den Zuschlagskriterien beiliegenden Formblättern für die Referenzen wurde bei "Referenz 1" auf einen nicht älteren als 10-jährigen Errichtungszeitraum hingewiesen bei den "Referenzen 2 u. 3" auf einen von nicht älter als 5-jährigen Errichtungszeitraum hingewiesen.

Dass der Realisierungszeitraum der Referenzen als "Musskriterien" zu qualifizieren ist, ergibt sich auch - entgegen den Darstellungen des Antragstellers - aus der den Anforderungen voran gestellten Formulierung, wonach jeder Bieter die nachfolgenden ausgeführten Referenzen mit folgenden Spezifikationen nachzuweisen "hat". Hierbei spielt auch keine Rolle, wie der Antragsteller vermeint, dass ältere Referenzen bei weitem mehr Aussagekraft als jüngere Referenzen hätten. Der Antragsteller hat es nämlich - wie oben dargestellt - verabsäumt, die bestandfest gewordene Ausschreibung rechtzeitig zu bekämpfen.

Im Anschluss an die Darstellung der Spezifikationen, die jeder Bieter für die Referenzen 1, 2 u. 3 zu erfüllen hatte, wurde eine bestimmte Anforderung an die einzelnen Referenzen genannt. Bei Erfüllung dieser speziellen für die jeweilige Referenz genannten Anforderung wurden bei der "Referenz 1" 30 Punkte, bei den "Referenzen 2 u. 3" jeweils 10 Punkte zuerkannt, wobei bei allen Referenzen zusätzlich jeweils 5 Punkte für die Kriterien "Figuren wasserberührt" und "Bewertung Auftraggeber" zu vergeben waren.

Sowohl unter Zugrundelegung des Interpretationsmaßstabes des objektiven Erklärungswertes der Ausschreibungsunterlagen (Vgl. VwGH 29.3.2006, 2004/04/0144, 0156, 0157) als auch aus der Sicht eines durchschnittlichen, fachkundigen Bieters bei Anwendung der üblichen Sorgfalt [Vgl. EuGH 4.12.2003, Rs C-448/01 (EVN - AG Wienstrom GmbH gegen Republik Österreich); VwGH 17.11.2004, 2002/04/0078; 16.2.2005, 2004/04/0030; BVA 3.5.2006, N/0017- BVA/04/2006-25] ist daher davon auszugehen, dass die Referenzen 1, 2 u. 3 jedenfalls die ihnen vorangestellten Spezifikationen - wie etwa den genannten Realisierungszeitraum für die Projektfertigstellung innerhalb der letzten zehn bzw fünf Jahre oder den Leistungsabschluss in Verbindung mit der Übernahme durch den Auftraggeber - zu erfüllen hatten. Die Anforderung des genannten Realisierungszeitraumes spiegelte sich auch in den der Beschreibung der Zuschlagskriterien angeschlossenen jeweiligen Formblättern für die Referenzen wieder, in denen für die Referenz 1 auf einen Errichtungszeitraum von nicht älter als zehn Jahren bzw. in denen für die Referenzen 2 u. 3 auf einen Errichtungszeitraum von nicht älter als fünf Jahren hingewiesen wurde. Im Sinne der Gleichbehandlung aller Bieter gemäß § 19 Abs 1 BVergG 2006 war jedenfalls diese Spezifikation des Realisierungszeitraumes ebenso wie etwa jene des Leistungsabschlusses und die Übernahme durch den Auftraggeber zu erfüllen, damit die jeweilige Referenz überhaupt einer Bewertung zugänglich gemacht werden kann. Der Antragsteller bestritt in der mündlichen Verhandlung am 2.10.2007 auch nicht die gebotene Spezifikation des Realisierungszeitraumes, räumte aber ein, dass der genannte nicht älter als 5-jährige Errichtungszeitraum für die Referenzen 2 und 3 von ihm übersehen worden sei, da er aus EDV-technischen Gründen nicht die für die Referenzen vorgesehenen Formblätter verwendet, sondern selbst Referenzbeilagen zu seinem Angebot erstellt habe. Sowohl unter Zugrundelegung des Interpretationsmaßstabes des objektiven Erklärungswertes der Ausschreibungsunterlagen (Vgl. VwGH 29.3.2006, 2004/04/0144, 0156, 0157) als auch aus der Sicht eines durchschnittlichen, fachkundigen Bieters bei Anwendung der üblichen Sorgfalt [Vgl. EuGH 4.12.2003, Rs C-448/01 (EVN - AG Wienstrom GmbH gegen Republik Österreich); VwGH 17.11.2004, 2002/04/0078; 16.2.2005, 2004/04/0030; BVA 3.5.2006, N/0017- BVA/04/2006-25] ist daher davon auszugehen, dass die Referenzen 1, 2 u. 3 jedenfalls die ihnen vorangestellten Spezifikationen - wie etwa den genannten Realisierungszeitraum für die Projektfertigstellung innerhalb der letzten zehn bzw fünf Jahre oder den Leistungsabschluss in Verbindung mit der Übernahme durch den Auftraggeber - zu erfüllen hatten. Die Anforderung des genannten Realisierungszeitraumes spiegelte sich auch in den der Beschreibung der Zuschlagskriterien angeschlossenen jeweiligen Formblättern für die Referenzen wieder, in denen für die Referenz 1 auf einen Errichtungszeitraum von nicht älter als zehn Jahren bzw. in denen für die Referenzen 2 u. 3 auf einen Errichtungszeitraum von nicht älter als fünf Jahren hingewiesen wurde. Im Sinne der Gleichbehandlung aller Bieter gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 war jedenfalls diese Spezifikation des Realisierungszeitraumes ebenso wie etwa jene des Leistungsabschlusses und die Übernahme durch den Auftraggeber zu erfüllen, damit die jeweilige Referenz überhaupt einer Bewertung zugänglich gemacht werden kann. Der Antragsteller bestritt in der mündlichen Verhandlung am 2.10.2007 auch nicht die gebotene Spezifikation des Realisierungszeitraumes, räumte aber ein, dass der genannte nicht älter als 5-jährige Errichtungszeitraum für die Referenzen 2 und 3 von ihm übersehen worden sei, da er aus EDV-technischen Gründen nicht die für die Referenzen vorgesehenen Formblätter verwendet, sondern selbst Referenzbeilagen zu seinem Angebot erstellt habe.

2.3. Bewertungsmaßstab beim Zuschlagskriterium "Referenzen":

30 Punkte (entspricht Anforderungen) waren für die vom Bieter benannte "Referenz 1" zu vergeben, wenn es sich bei dieser um eine Metallrestaurierung von figuralen und plastischen Elementen (nicht jünger als zweite Hälfte des 19. Jahrhunderts) aus Blei handelte, bei der Teilerneuerungs- und Instandsetzungsarbeiten erbracht wurden, die mit der Aufgabenstellung beim Muschelbrunnen vergleichbar sind. Bei der "Referenz 2" wurden 10 Punkte (entspricht Anforderungen) vergeben, wenn die vom Bieter genannte Referenz 2 als Metallrestaurierung von figuralen und plastischen Elementen (nicht jünger als zweite Hälfte des 19. Jahrhunderts) aus Metall zu qualifizieren war, bei der Instandsetzungs- und Konservierungsleistungen erbracht wurden, die mit der Aufgabenstellung beim Muschelbrunnen vergleichbar sind. Ebenso waren bei der vom Bieter genannten "3. Referenz" 10 Punkte zu vergeben, wenn es sich bei dieser um eine Metallrestaurierung von figuralen und plastischen Elementen (nicht jünger als zweite Hälfte des 19. Jahrhunderts) aus Metall handelt, bei denen Instandsetzungs- und Konservierungsleistungen erbracht wurden, die mit der Aufgabenstellung beim Muschelbrunnen vergleichbar sind.

Dieses sich aus dem Wortlaut und auch aus der Gestaltung des Textbildes beim Zuschlagskriterium "Referenzen" im Zusammenhang mit den diesbezüglich zu verwendenden Formblättern zu den Referenzen 1 bis 3 unmissverständlicher Weise ergebende Bewertungsschema hat der Antragsteller offensichtlich verkannt. Auf die Verwendung der Formblätter wurde im Übrigen nicht nur bei dem Zuschlagskriterium "Referenzen" hingewiesen, sondern auch in den Ausschreibungsunterlagen unter Pkt. 6.3. und unter Pkt. 6.4.

3. Bewertung der Referenzen beim Angebot des Antragstellers:

3.1. "Referenz 1":

Auf dem Formblatt "Referenz 1" wurde im Angebot des Antragstellers auf seine Beilage 4 verwiesen. Unter Zugrundelegung des Interpretationsmaßstabes des objektiven Erklärungswertes des Angebotes (VwGH 16.2.2005, 2004/04/0030) ist davon auszugehen, dass der Antragsteller als "Referenz 1" das in der Beilage 4 benannte Objekt als seine 1. Referenz benannte. Gegen die vom Auftraggeber zuerkannten 35 Punkte für diese Referenz erhob der Antragsteller auch keine Einwände. Aus dem in Beilage 4 enthaltenen Hinweis, dass das genannte Objekt permanent im Freien und daher auch ständig dem Niederschlag ausgesetzt sei, wurde vom Auftraggeber zu Recht nicht darauf geschlossen, dass es sich hierbei um "wasserberührte Figuren" handelt, die mit weiteren 5 Punkten zu bewerten gewesen wären. Dieser Form der Bewertung stimmte auch der Antragsteller in der mündlichen Verhandlung am 2.10.2007 zu, wonach beim Kriterium "Figuren wasserberührt" jene Objekte, die nur im Freien stehen würden und nicht ständig mit Wasser in Berührung kämen, keine Punkte erhalten sollten.

3.2. "Referenz 2"

Aufgrund des sich am Formblatt zur "Referenz 2" befindlichen Hinweis auf Beilage 5 im Angebot des Antragstellers ist unter Zugrundelegung des Interpretationsmaßstabes des objektiven Erklärungswertes des Angebotes (VwGH 16.2.2005, 2004/04/0030) davon auszugehen, dass der Antragsteller zu Referenz 2 das Projekt "Museumsquartier - Pferdeköpfe" benannt hat. Da der Durchführungszeitraum von 2000-2001 angegeben war, hatte der Auftraggeber die vom Antragsteller angeführte "Referenz 2" keiner Bewertung zu unterziehen, da diese nicht dem Musskriterium für die zu benennenden "Referenzen 2" - nicht älter als fünfjähriger Errichtungszeitraum - entsprach. Der vom Antragsteller angegebene Realisierungszeitraum 2000-2001 liegt jedenfalls in zeitlicher Hinsicht außerhalb des genannten Errichtungszeitraumes.

Im Übrigen wird angemerkt, dass nicht nachvollziehbar ist, wie der Antragsteller auf die vom ihm errechneten 17,5 Punkte bei der Referenz 2 gelangt. Abgesehen davon dass diese Referenz dem erforderlichen Errichtungszeitraum nicht entsprach und damit nicht einer Bewertung zugänglich war, ergibt sich auch aus den Aussagen des Antragstellers in der mündlichen Verhandlung am 2.10.2007, dass von ihm die Beurteilung des Auftraggebers akzeptiert wurde, dass aufgrund des Hinweises, das Objekt sei permanent im Freien und damit auch ständig dem Niederschlag ausgesetzt, zu Recht nicht von "wasserberührten Figuren" auszugehen sei. Es seien daher seiner Meinung nach bei der "Referenz 2" für einen solchen Hinweis nicht fünf Punkte für das Kriterium "Figuren wasserberührt" zu vergeben. Aufgrund der Ausschreibungsunterlagen musste auch ein durchschnittlich fachkundiger Bieter mit üblicher Sorgfalt davon ausgehen, dass unter dem Begriff "wasserberührte Figuren" nur solche Figuren zu verstehen sind, die während eines Wasserbetriebes - vergleichbar mit Figuren, die während eines Brunnenbetriebes mit Wasser berührt werden - mit Wasser in Berührung kommen. Dieser Anforderung entsprechen jedenfalls nicht jene Figuren, die lediglich im Freien

stehen und dem Niederschlag ausgesetzt sind.

3.3. "Referenz 3"

Aufgrund der sich am Formblatt zur "Referenz 3" befindlichen Hinweise auf Beilage 6 und 7 im Angebot des Antragstellers ist unter Zugrundelegung des Interpretationsmaßstabes des objektiven Erklärungswertes des Angebotes (VwGH 16.2.2005, 2004/04/0030) davon auszugehen, dass der Antragsteller zu Referenz 3 primär das Projekt "Brunnenfiguren im Volksgarten" benannte. Dieses Projekt wurde auch ausführlich beschrieben und mit "Beispielsfotos" dokumentiert. Allerdings war dieses, der Beilage 6 zu entnehmende Projekt, für die Referenz 3 - entsprechend der von Auftraggeber vorgenommenen Bewertung - keiner Bewertung zugänglich, da der Durchführungszeitraum mit 1996-1997 bekannt gegeben wurde und daher eindeutig außerhalb des in der Ausschreibung vorgegebenen nicht älter als 5-jährigen Errichtungszeitraums lag.

Selbst wenn davon ausgegangen würde, dass die in Beilage 7 vom Antragsteller benannten neun weiteren, nicht mit "Beispielsfotos" dokumentierten Projekte für die Vorlage einer dritten Referenz zu berücksichtigen wären, wäre für den Antragsteller auch unter diesem Aspekt aus folgenden Gründen nichts gewonnen:

Die darin ersten acht genannten Projekte bezogen sich auf einen Durchführungszeitraum von 1993 - 2000 und lägen damit jedenfalls außerhalb der für die 3. Referenz maßgeblichen Vorgabe eines nicht älter als 5-jährigen Errichtungszeitraums.

Beim neunten, in Beilage 7 genannten Projekte "Palais Coburg" war vom Antragsteller die Zahlenfolge "2000/03" angegeben. Dieser Zeitraum würde sich zumindest mit den Jahren 2002 und 2003 mit dem nicht älter als 5-jährigen Errichtungszeitraumes überschneiden. Allerdings würde es bei diesem Projekt an "wasserberührten Figuren" fehlen, sodass für das neunte, in Beilage 7 genannte Projekt "Palais Coburg" keine fünf Punkte beim Kriterium "Figuren wasserberührt" zuerkannt werden könnten. Er würde damit auch in Fall eines hypothetischen Punktemaximums bei den restlichen beiden Kriterien der 3. Referenz (1. Kriterium "Entspricht Anforderung" 10 Punkte und 2. Kriterium "Bewertung Auftraggeber 5 Punkte) mit 15 Punkten - in Verbindung mit dem ihm zuerkannten 155 Punkten - allenfalls ein sich daraus ergebendes hypothetisches Gesamtpunktemaximum von 170 Punkten erreichen. Der Antragsteller würde damit noch immer hinter den vom Zuschlagsempfänger erreichten 171,20 Punkten liegen. Der Zuschlagsempfänger würde auch in diesem Fall der gleiche bleiben.

4. Das Angebot des Zuschlagsempfängers:

Der Zuschlagsempfänger legte als Bietergemeinschaft bestehend aus vier einzelnen Unternehmern, von denen jeder über eine akademische Ausbildung in der Studienrichtung "Restaurierung und Konservierung" verfügt, ein Angebot. Dieses war von den vier einzelnen Mitgliedern der Bietergemeinschaft rechtsgültig gefertigt. Der Auftraggeber hat die von dieser Bietergemeinschaft vorgelegten drei Referenzen überprüft. "Zuordnungsprobleme" - wie der Antragsteller vorbringt- traten dabei nicht auf.

Das Argument des Antragstellers, dass beim Angebot des Zuschlagsempfängers eine verbindliche schriftliche Aufklärung iSv § 126 BVergG 2006 zu verlangen gewesen wäre, stützt sich lediglich auf den im Vergleich zum Angebotspreis des Antragstellers [Euro 79.450,-- (ohne Ust)] um Euro 20.000,-- höheren Angebotspreis des Zuschlagsempfängers. Dabei lässt er außer acht, dass der Angebotspreis des Zuschlagsempfängers Euro 99.145,-- (ohne Ust) weit unter dem vom Auftraggeber geschätzten Auftragswert in der Höhe von Euro 122.045,-- (ohne Ust), der von der beauftragten Wehdorn Architekten ZT GmbH ermittelt wurde und gegen dessen Höhe sich der Antragsteller im Übrigen auch nicht aussprach, und lediglich um Euro 4.420,-- über dem Angebotspreis des beim Zuschlagskriterium "Angebotspreis" zweit gereihten Bieters Stephan Biró [Euro 94.725,--(ohne Ust)] liegt, während der Antragsteller [Euro 79.450,--(ohne Ust)] im Vergleich dazu mit 15.275,-- weit darunter liegt. Das Argument des Antragstellers, dass beim Angebot des Zuschlagsempfängers eine verbindliche schriftliche Aufklärung iSv Paragraph 126, BVergG 2006 zu verlangen gewesen wäre, stützt sich lediglich auf den im Vergleich zum Angebotspreis des Antragstellers [Euro 79.450,- (ohne Ust)] um Euro 20.000,-- höheren Angebotspreis des Zuschlagsempfängers. Dabei lässt er außer acht, dass der Angebotspreis des Zuschlagsempfängers Euro 99.145,-- (ohne Ust) weit unter dem vom Auftraggeber geschätzten Auftragswert in der Höhe von Euro 122.045,-- (ohne Ust), der von der beauftragten Wehdorn Architekten ZT GmbH ermittelt wurde und gegen dessen Höhe sich der Antragsteller im Übrigen auch nicht aussprach, und lediglich um Euro

4.420,-- über dem Angebotspreis des beim Zuschlagskriterium "Angebotspreis" zweit gereihten Bieters Stephan Biró [Euro 94.725,--(ohne Ust)] liegt, während der Antragsteller [Euro 79.450,--(ohne Ust)] im Vergleich dazu mit 15.275,-- weit darunter liegt.

Vor dem Hintergrund der Judikatur des VfGH (vgl. 22.9.2003, B 1211/01), wonach der Auftraggeber bei einer Preisdifferenz von 6,7 % zum zweitgereihten Bieter zu einer Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung nicht zwingend verpflichtet ist, kann auch bei der gegenständlichen Fallkonstellation bei der relativ geringfügigen Differenz zwischen dem Angebotspreis des Bieters C*** und dem des Zuschlagsempfängers nicht von vornherein von einem "zu hohem" Angebotspreis des Zuschlagsempfängers ausgegangen werden (siehe dazu auch BVA 30.1.2006, 13N-130/05-21). Wie sich auch aus dem bei der Angebotsprüfung angefertigten Preisspiegel ergibt, liegt die Preiskalkulation des Zuschlagsempfängers nicht so auffallend über dem der übrigen Angebote, dass von einem ungewöhnlich hohen Preis gesprochen werden könnte, der für den Auftraggeber eine Verpflichtung zur Vornahme einer vertieften Angebotsprüfung nach sich gezogen hätte (vgl. idS auch VwGH 13.6.2005, 2004/04/0090). Vor dem Hintergrund der Judikatur des VfGH (vergleiche 22.9.2003, B 1211/01), wonach der Auftraggeber bei einer Preisdifferenz von 6,7 % zum zweitgereihten Bieter zu einer Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung nicht zwingend verpflichtet ist, kann auch bei der gegenständlichen Fallkonstellation bei der relativ geringfügigen Differenz zwischen dem Angebotspreis des Bieters C*** und dem des Zuschlagsempfängers nicht von vornherein von einem "zu hohem" Angebotspreis des Zuschlagsempfängers ausgegangen werden (siehe dazu auch BVA 30.1.2006, 13N-130/05-21). Wie sich auch aus dem bei der Angebotsprüfung angefertigten Preisspiegel ergibt, liegt die Preiskalkulation des Zuschlagsempfängers nicht so auffallend über dem der übrigen Angebote, dass von einem ungewöhnlich hohen Preis gesprochen werden könnte, der für den Auftraggeber eine Verpflichtung zur Vornahme einer vertieften Angebotsprüfung nach sich gezogen hätte (vergleiche idS auch VwGH 13.6.2005, 2004/04/0090).

Auf Grund der obigen Ausführungen erging der Zuschlag zu Recht an das Angebot der Bietergemeinschaft Objektrestaurierung. Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

IV. Zu Spruchpunkt II (Feststellung § 331 Abs 1 Z 2 BVerGG 2006) römisch vier. Zu Spruchpunkt römisch zwei (Feststellung Paragraph 331, Absatz eins, Ziffer 2, BVerGG 2006)

Gemäß § 332 Abs 4 BVerGG 2006 ist ein Antrag auf Feststellung gemäß § 331 Abs 1 leg cit unzulässig, sofern der behauptete Verstoß im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens gemäß den §§ 320ff leg cit geltend gemacht werden hätte können. Gemäß Paragraph 332, Absatz 4, BVerGG 2006 ist ein Antrag auf Feststellung gemäß Paragraph 331, Absatz eins, leg cit unzulässig, sofern der behauptete Verstoß im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens gemäß den Paragraphen 320 f, f, leg cit geltend gemacht werden hätte können.

Der Gesetzgeber hat in § 332 Abs 4 BVerGG 2006 durch die Anführung der Geltendmachung ("hätte geltend gemacht werden können") nicht nur jenen Fall geregelt, in dem mit der Geltendmachung eines behaupteten Verstoßes unzulässiger Weise zugewartet wurde. Es ist dadurch vielmehr auch jener Fall erfasst, in dem ein behaupteter Verstoß bereits in einem Verfahren zur Nichtigerklärung nach § 320 leg cit geltend gemacht wurde. Andernfalls wäre nämlich der Antragsteller im Verfahren zur Nichtigerklärung nach § 320 leg cit im Fall der Zuschlagserteilung zur Wahrung der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen nach § 338 leg. cit. zu einer sukzessiven Antragstellung betreffend denselben behaupteten Verstoß im Feststellungsverfahren gezwungen (Vgl. in diesem Zusammenhang zum BVerGG 2002 VwGH 1.3.2004, 2004/04/0012; BVA 20.7.2005, 04N-1/05-28). Der Gesetzgeber hat in Paragraph 332, Absatz 4, BVerGG 2006 durch die Anführung der Geltendmachung ("hätte geltend gemacht werden können") nicht nur jenen Fall geregelt, in dem mit der Geltendmachung eines behaupteten Verstoßes unzulässiger Weise zugewartet wurde. Es ist dadurch vielmehr auch jener Fall erfasst, in dem ein behaupteter Verstoß bereits in einem Verfahren zur Nichtigerklärung nach Paragraph 320, leg cit geltend gemacht wurde. Andernfalls wäre nämlich der Antragsteller im Verfahren zur Nichtigerklärung nach Paragraph 320, leg cit im Fall der Zuschlagserteilung zur Wahrung der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen nach Paragraph 338, leg. cit. zu einer sukzessiven Antragstellung betreffend denselben behaupteten Verstoß im Feststellungsverfahren gezwungen (Vgl. in diesem Zusammenhang zum BVerGG 2002 VwGH 1.3.2004, 2004/04/0012; BVA 20.7.2005, 04N-1/05-28).

Wie sich aus den obigen Erörterungen ergibt, hat der Antragsteller den behaupteten Verstoß im Rahmen eines Verfahrens zur Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vor dem Bundesvergabeamt geltend gemacht. Ein in einem Feststellungsverfahren gemäß § 331 Abs 1 Z 2 BVerGG 2006 geltend gemachter Antrag auf Feststellung, dass

wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz oder die hiezu ergangenen Verordnungen der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde, ist gemäß § 332 Abs 4 leg cit daher zurückzuweisen. Wie sich aus den obigen Erörterungen ergibt, hat der Antragsteller den behaupteten Verstoß im Rahmen eines Verfahrens zur Nichtigserklärung der Zuschlagsentscheidung vor dem Bundesvergabeamt geltend gemacht. Ein in einem Feststellungsverfahren gemäß Paragraph 331, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 geltend gemachter Antrag auf Feststellung, dass wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz oder die hiezu ergangenen Verordnungen der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde, ist gemäß Paragraph 332, Absatz 4, leg cit daher zurückzuweisen.

Darüber hinaus wäre ein solches Begehren, selbst im Fall dass es zulässig wäre, im Hinblick auf obige Ausführungen nicht erfolgreich.

V. Zu Spruchpunkt III: römisch fünf. Zu Spruchpunkt III:

Gemäß § 319 Abs 1 BVergG 2006 hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller, Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 BVergG 2006 entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, BVergG 2006 hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller, Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, BVergG 2006 entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird.

Da - wie sich aus Spruchpunkt I und II ergibt, Feststellungsanträge ab- bzw. zurückgewiesen wurden und hier auch kein "teilweises Obsiegen" des Antragstellers iSv § 319 Abs 1 BVergG 2006 vorliegt, ist der diesbezügliche Antrag, soweit er sich auf den Ersatz der Pauschalgebühren bezieht, abzuweisen. Da - wie sich aus Spruchpunkt römisch eins und römisch zwei ergibt, Feststellungsanträge ab- bzw. zurückgewiesen wurden und hier auch kein "teilweises Obsiegen" des Antragstellers iSv Paragraph 319, Absatz eins, BVergG 2006 vorliegt, ist der diesbezügliche Antrag, soweit er sich auf den Ersatz der Pauschalgebühren bezieht, abzuweisen.

Zum Abspruch über das über den Ersatz der Pauschalgebühren hinausgehende Begehren auf Ersatz der Kosten wird auf die fehlende Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes verwiesen, wonach Gegenstand des Ersatzanspruches nach § 319 Abs 1 BVergG 2006 ausschließlich Pauschalgebühren und nicht auch andere Aufwendungen, wie beispielsweise die vom Antragsteller geltend gemachten Kosten der anwaltlichen Vertretung, sind (vgl in diesem Zusammenhang zu § 177 Abs 5 BVergG 2002 VwGH 27.6.2007, 2005/04/0257). Zum Abspruch über das über den Ersatz der Pauschalgebühren hinausgehende Begehren auf Ersatz der Kosten wird auf die fehlende Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes verwiesen, wonach Gegenstand des Ersatzanspruches nach Paragraph 319, Absatz eins, BVergG 2006 ausschließlich Pauschalgebühren und nicht auch andere Aufwendungen, wie beispielsweise die vom Antragsteller geltend gemachten Kosten der anwaltlichen Vertretung, sind vergleiche in diesem Zusammenhang zu Paragraph 177, Absatz 5, BVergG 2002 VwGH 27.6.2007, 2005/04/0257).

Dokumentnummer

VERGT_20071010_F_0004_BVA_04_2007_21_00

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