jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE Verg Bescheid 2007/1/19 N/0001-BVA/10/2007-021

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 19.01.2007

Norm

BVergG 2006 §2 Z13
BVergG 2006 §2 Z14
BVergG 2006 §2 Z36
BVergG 2006 §3 Abs1 Z2
BVergG 2006 §316 Abs1
BVergG 2006 §316 Abs2 Z1
BVergG 2006 §320 Abs1
BVergG 2006 §328 Abs1

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

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

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

1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 316 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 316 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2013

1. BVergG 2006 § 316 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 316 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2013

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

1. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 328 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Senat 10 bestehend aus Mag. Hubert Reisner als Vorsitzendem sowie Generalanwalt i.R. Dr. Peter Reindl als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Annemarie Mille als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe "Sanierung Hochwasserschutz March, Marchegg - Baumgarten – Zwerndorf" des Auftraggebers via donau Österreichische Wasserstraßen-Gesellschaft mbH vertreten durch X*** Rechtsanwälte eingeleitet über Antrag vom 9. Jänner 2007 der A*** wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Der Antrag der A*** auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 5. Jänner 2007 wird zurückgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 320 Abs 1 BVergGRechtsgrundlage: Paragraph 320, Absatz eins, BVergG

II.römisch zwei.

Der Antrag der via donau Österreichische Wasserstraßen-Gesellschaft mbH vertreten durch X*** Rechtsanwälte auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 316 Abs 2 Z 1 BVergGRechtsgrundlage: Paragraph 316, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG

III.römisch drei.

Der Antrag der A*** auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 319 Abs 1, Abs 2 BVergGRechtsgrundlage: Paragraph 319, Absatz eins,, Absatz 2, BVergG

Begründung

1. 1.Ziffer eins
   Vorbringen der Parteien

Die Antragstellerin stellte am 9. Jänner 2007 neben dem im Spruch ersichtlichen Begehren und Anträgen auf Gebührenersatz gemäß § 319 BVergG den Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung betreffend ihr Angebot. Sie brachte im Wesentlichen vor, dass sie an dem im Betreff genannten Vergabeverfahren, einem nicht offenen Verfahren, teilgenommen hat. Sie sei zur Angebotslegung eingeladen worden und habe das billigste Angebot gelegt. Der Zuschlag sollte dem billigsten Angebot erteilt werden. Mit Fax vom 22. Dezember 2006 sei die Bietergemeinschaft B*** - A*** auf das Fehlen einer Dienstleistungsanzeige oder der Beantragung eines Gleichhaltungsverfahrens hingewiesen und zur Nachreichung bis zum 2. Jänner 2007 aufgefordert worden. Es sei zu keiner Zeit des Nachprüfungsverfahrens gefordert gewesen, eine solche Anzeige nachzuweisen. Die Vorlage einer solchen Nachricht sei erst mit dem Zustandekommen des Vertrags erforderlich. Die Berechtigung ihres Partners sei in einem anderen Projekt nachgewiesen worden, weshalb ein vorläufiger Nachweis nicht erforderlich sei. Aus den Ausschreibungsunterlagen gehe ein solcher Zwang nicht hervor. Da die Antragstellerin zur Angebotslegung ausgewählt worden sei, sei sie davon ausgegangen, dass die Befugnis geprüft worden sei. Es liege kein Grund für einen zwingenden Ausschluss vor. Ein derartiger Nachweis sei auch nicht unter den zwingend vorzulegenden Angebotsbestandteilen genannt. Die Antragstellerin empfinde sich als übergangener Bewerber und habe der Auftraggeberin mehrmals mitgeteilt, dass ihr der Zuschlag zustehe. Der Antragstellerin drohe der Verlust des

Auftrages. Die Kosten der Angebotserstellung seien frustriert. Ihr entgehe ein wertvolles Referenzprojekt. Der Antrag ist ausschließlich von der A*** unterfertigt. Es findet sich kein Hinweis auf ein Auftreten im Namen der Bietergemeinschaft.Die Antragstellerin stellte am 9. Jänner 2007 neben dem im Spruch ersichtlichen Begehren und Anträgen auf Gebührenersatz gemäß Paragraph 319, BVergG den Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung betreffend ihr Angebot. Sie brachte im Wesentlichen vor, dass sie an dem im Betreff genannten Vergabeverfahren, einem nicht offenen Verfahren, teilgenommen hat. Sie sei zur Angebotslegung eingeladen worden und habe das billigste Angebot gelegt. Der Zuschlag sollte dem billigsten Angebot erteilt werden. Mit Fax vom 22. Dezember 2006 sei die Bietergemeinschaft B*** - A*** auf das Fehlen einer Dienstleistungsanzeige oder der Beantragung eines Gleichhaltungsverfahrens hingewiesen und zur Nachreichung bis zum 2. Jänner 2007 aufgefordert worden. Es sei zu keiner Zeit des Nachprüfungsverfahrens gefordert gewesen, eine solche Anzeige nachzuweisen. Die Vorlage einer solchen Nachricht sei erst mit dem Zustandekommen des Vertrags erforderlich. Die Berechtigung ihres Partners sei in einem anderen Projekt nachgewiesen worden, weshalb ein vorläufiger Nachweis nicht erforderlich sei. Aus den Ausschreibungsunterlagen gehe ein solcher Zwang nicht hervor. Da die Antragstellerin zur Angebotslegung ausgewählt worden sei, sei sie davon ausgegangen, dass die Befugnis geprüft worden sei. Es liege kein Grund für einen zwingenden Ausschluss vor. Ein derartiger Nachweis sei auch nicht unter den zwingend vorzulegenden Angebotsbestandteilen genannt. Die Antragstellerin empfinde sich als übergangener Bewerber und habe der Auftraggeberin mehrmals mitgeteilt, dass ihr der Zuschlag zustehe. Der Antragstellerin drohe der Verlust des Auftrages. Die Kosten der Angebotserstellung seien frustriert. Ihr entgehe ein wertvolles Referenzprojekt. Der Antrag ist ausschließlich von der A*** unterfertigt. Es findet sich kein Hinweis auf ein Auftreten im Namen der Bietergemeinschaft.

Am 12. Jänner 2007 legte die Auftraggeberin die Unterlagen des Vergabeverfahrens vor, erteilte Auskünfte zu dem Vergabeverfahren und gab zu dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung eine Stellungnahme ab. Darin führte sie aus, dass der Erlassung einer einstweiligen Verfügung öffentliche Interesse entgegenstehen. Die Beschaffung diene der Erfüllung des gesetzlichen Auftrags des Hochwasserschutzes. Bei dem letzten Hochwasserereignis im März und April 2006 seien weite Bereiche entlang der March durch ein "mehr als 100jährliches" Hochwasser überschwemmt worden, das erhebliche Schäden von ca 68 Mio Euro verursacht habe. Es sei daher ein "3- Stufen-Plan" zur Sanierung der Hochwasserschutzdämme entlang der March ins Leben gerufen worden. Die Endfertigstellung sie für Ende 2007 geplant. Es sei ein geotechnisches und erdbautechnisches Gutachten beauftrag worden. Daraus ergebe sich eine Prioritätenreihung von 1 bis 5. Dem vorliegenden Projekt sei deshalb oberste Priorität zugeordnet, da im Falle eines neuerlichen Hochwassers ein Dammbruch zu befürchten sei. Der betroffene Abschnitt der March liege überdies im Rückstaubereich der Donau. Die Auftraggeberin habe auch eine Novellierung des NÖ Naturschutzgesetzes bewirkt, um Bewilligungsverfahren zu vereinfachen. Um möglichst wenig Zeit zu verlieren, führe die Auftraggeberin ein beschleunigtes Verfahren mit verkürzten Fristen durch. Die Erlassung der einstweiligen Verfügung würde eine Verzögerung der erforderlichen Sanierung des Marchdammes bedeuten. Die Antragstellerin habe den ihr drohenden Schaden in keiner Weise bescheinigt, beziffert oder konkretisiert. Es aufgrund der Aktenlage abzusehen, dass die Antragstellerin mit ihrem Nachprüfungsantrag nicht durchdringen werde. Somit überwiege das besondere öffentliche Interesse die Interessen der Antragstellerin erheblich. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung sei zurück- bzw abzuweisen.

Am 15. Jänner 2007 brachte die Antragstellerin eine ergänzende Stellungnahme ein. Darin führte die sie aus, dass als Antragstellerin die Bietergemeinschaft B*** - A*** anzusehen sei. Der A*** sei seitens der B*** der Auftrag erteilt worden, den gegenständlichen Nachprüfungsantrag namens der Bietergemeinschaft einzubringen. Zum Nachweis dafür legte die Antragstellerin ein Schreiben von C***, Regionalbereichsleiter der B*** vom 3. Jänner 2007 vor, in dem ersucht wird, im Namen der Bietergemeinschaft für den Hochwasserschutz March die entsprechenden Anträge auf Nachprüfung und Erklärung der Nichtigkeit beim Bundesvergabeamt einzubringen. Aus Unzulänglichkeiten bei der Führung des Vergabeverfahrens dürfe der Antragstellerin kein Nachteil erwachsen. Die Eile entstamme einem verschleppten UVP-Verfahren bzw naturschutzrechtlichen Rahmenbedingungen. Es sei bereits vor 2006 an diesem Projekt geplant worden. Die via donau könne den Auftrag an den Bestbieter, die Antragstellerin vergeben, um den Projektzeitplan einzuhalten. Da die Hochwasserschutzmaßnahmen noch nicht geplant worden seien und die Auftraggeberin in ihren Ausschreibungsunterlagen keine Bauzeit angeben könne, könne eine Verzögerung eines noch unbekannten Gesamtzeitplanes nicht vorgebracht werden. Nach Durchführung der ersten Stufe habe die Auftraggeberin Bieter für die zweite Stufe ausgewählt. Dabei seien alle Eignungskriterien geprüft worden. Bei der

Anbotseröffnung sei das Angebot der Antragstellerin mit dem Vermerk "keine offensichtlichen Mängel" versehen worden. Der Auftraggeberin stehe es nicht zu, rückwirkend Entscheidungen der ersten Stufe des Vergabeverfahrens zu revidieren. Am 3. Jänner 2007 sei eine Anfrage an die Ziviltechnikerkammer gestellt worden. Am 5. Jänner 2007 sei der Antragstellerin der Ausschluss aus dem Vergabeverfahren mitgeteilt worden.

Am 16. Jänner 2007 brachte die Auftraggeberin eine Stellungnahme ein. Darin bestritt sie das Vorbringen der Antragstellerin, soweit sie es nicht ausdrücklich außer Streit stellte. Sie führte im Wesentlichen aus, dass der A*** keine Antragsbefugnis zukommt. Nach ständiger Rechtsprechung des VwGH sei nur die Bietergemeinschaft als solche zur Einbringung des Nachprüfungsantrages legitimiert, nicht aber ein einzelner Bieter. Dem Nachprüfungsantrag fehle jeder Hinweis auf das zweite Mitglied der Bietergemeinschaft. Es fehle die Darlegung der auftretenden Gesellschafter. Die interne Beauftragung zur Einbringung eines Nachprüfungsantrages stamme vom 3. Jänner 2007, einem Zeitpunkt, zu dem die Ausscheidensentscheidung weder angekündigt noch getroffen gewesen sei. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und der Nachprüfungsantrag seien daher ohne weiteres zurückzuweisen. Der Nachweis der Befugnis sei nicht erfolgt. Jeder Bieter müsse selbst wissen, welche Arbeiten er im Rahmen seiner Befugnis ausführen dürfe. Im nicht offenen Verfahren müsse die erforderliche Befugnis gemäß § 69 Z 2 BVergG spätestens im Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe vorliegen. Von diesem Grundsatz normiere § 20 Abs 1 BVergG eine Ausnahme für Unternehmer aus anderen Mitgliedssaaten des EWR. Erfolge die Antragstellung oder deren Nachweis nicht rechtzeitig, so komme eine Zuschlagsentscheidung auf das Angebot des betreffenden Bieters nicht in Betracht. Nach der Rechtsprechung des VwGH sei zwar der Nachweis der rechtzeitigen Antragstellung sanierbar, nicht jedoch die Antragstellung selbst. Erfolge diese verspätet, sei dies durch das Ausscheiden des Angebotes sanktioniert. Diese Antragstellung sei nicht erfolgt. Die Bestätigung der Kammer der Architekten und Ingenieurkonsulenten für Oberösterreich und Salzburg betreffe ein anderes Projekt und verleihe keine Befugnis für das ausschreibungsgegenständliche Projekt. Die mit Schreiben vom 2. Jänner 2007 vorgelegte und mit 15. Dezember 2006 datierte Anzeige weise nicht nach, dass die Anzeige vor Ende der Angebotsfrist eingebracht worden sei. Vielmehr habe die Kammer der Architekten und Ingenieurkonsulenten für Wien, Niederösterreich und das Burgenland informiert, dass bis 3. Jänner 2007 keine derartige Anzeige bei ihr eingelangt sei. Es sei jedoch nicht auf das Absenden, sondern auf das Einlangen eines solchen Antrages abzustellen. Aufgrund der Ausführungen, dass der Antragstellerin die Notwendigkeit einer solchen Anzeige nicht bewusst gewesen sei, sei eine Antragstellung mit 15. Dezember 2006 unglaubwürdig. Die Antragstellerin sei daher gemäß § 68 Abs 1 Z 7 BVergG von der Teilnahme an dem Vergabeverfahren auszuschließen. Das Angebot der Bietergemeinschaft sei daher zu Recht ausgeschieden worden. Auch daher sei der Nachprüfungsantrag zurückzuweisen. Aus dem Umstand der Einladung zur Angebotslegung sei für die Antragstellerin nichts zu gewinnen. Ausscheidensgründe sind nach der Rechtsprechung des VwGH in jedem Stadium des Vergabeverfahrens oder von Nachprüfungsbehörden aufzugreifen. Der Hinweis in Punkt 2.3 der Ausschreibungsunterlagen sei so zu verstehen, dass die Befugnis nachzuweisen sei und die genannte Möglichkeit neben der Möglichkeit des Erwerbs einer inländischen österreichischen Berufsausübungsbefugnis nur eine Möglichkeit darstelle. Die Auftraggeberin stellt die Anträge, die Anträge der Antragstellerin zurückzuweisen, in eventu abzuweisen, auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung und auf Akteneinsicht.Am 16. Jänner 2007 brachte die Auftraggeberin eine Stellungnahme ein. Darin bestritt sie das Vorbringen der Antragstellerin, soweit sie es nicht ausdrücklich außer Streit stellte. Sie führte im Wesentlichen aus, dass der A*** keine Antragsbefugnis zukommt. Nach ständiger Rechtsprechung des VwGH sei nur die Bietergemeinschaft als solche zur Einbringung des Nachprüfungsantrages legitimiert, nicht aber ein einzelner Bieter. Dem Nachprüfungsantrag fehle jeder Hinweis auf das zweite Mitglied der Bietergemeinschaft. Es fehle die Darlegung der auftretenden Gesellschafter. Die interne Beauftragung zur Einbringung eines Nachprüfungsantrages stamme vom 3. Jänner 2007, einem Zeitpunkt, zu dem die Ausscheidensentscheidung weder angekündigt noch getroffen gewesen sei. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und der Nachprüfungsantrag seien daher ohne weiteres zurückzuweisen. Der Nachweis der Befugnis sei nicht erfolgt. Jeder Bieter müsse selbst wissen, welche Arbeiten er im Rahmen seiner Befugnis ausführen dürfe. Im nicht offenen Verfahren müsse die erforderliche Befugnis gemäß Paragraph 69, Ziffer 2, BVergG spätestens im Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe vorliegen. Von diesem Grundsatz normiere Paragraph 20, Absatz eins, BVergG eine Ausnahme für Unternehmer aus anderen Mitgliedssaaten des EWR. Erfolge die Antragstellung oder deren Nachweis nicht rechtzeitig, so komme eine Zuschlagsentscheidung auf das Angebot des betreffenden Bieters nicht in Betracht. Nach der Rechtsprechung des VwGH sei zwar der Nachweis der rechtzeitigen Antragstellung sanierbar, nicht jedoch die Antragstellung selbst. Erfolge diese verspätet, sei dies durch das Ausscheiden des

Angebotes sanktioniert. Diese Antragstellung sei nicht erfolgt. Die Bestätigung der Kammer der Architekten und Ingenieurkonsulenten für Oberösterreich und Salzburg betreffe ein anderes Projekt und verleihe keine Befugnis für das ausschreibungsgegenständliche Projekt. Die mit Schreiben vom 2. Jänner 2007 vorgelegte und mit 15. Dezember 2006 datierte Anzeige weise nicht nach, dass die Anzeige vor Ende der Angebotsfrist eingebracht worden sei. Vielmehr habe die Kammer der Architekten und Ingenieurkonsulenten für Wien, Niederösterreich und das Burgenland informiert, dass bis 3. Jänner 2007 keine derartige Anzeige bei ihr eingelangt sei. Es sei jedoch nicht auf das Absenden, sondern auf das Einlangen eines solchen Antrages abzustellen. Aufgrund der Ausführungen, dass der Antragstellerin die Notwendigkeit einer solchen Anzeige nicht bewusst gewesen sei, sei eine Antragstellung mit 15. Dezember 2006 unglaubwürdig. Die Antragstellerin sei daher gemäß Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG von der Teilnahme an dem Vergabeverfahren auszuschließen. Das Angebot der Bietergemeinschaft sei daher zu Recht ausgeschieden worden. Auch daher sei der Nachprüfungsantrag zurückzuweisen. Aus dem Umstand der Einladung zur Angebotslegung sei für die Antragstellerin nichts zu gewinnen. Ausscheidensgründe sind nach der Rechtsprechung des VwGH in jedem Stadium des Vergabeverfahrens oder von Nachprüfungsbehörden aufzugreifen. Der Hinweis in Punkt 2.3 der Ausschreibungsunterlagen sei so zu verstehen, dass die Befugnis nachzuweisen sei und die genannte Möglichkeit neben der Möglichkeit des Erwerbs einer inländischen österreichischen Berufsausübungsbefugnis nur eine Möglichkeit darstelle. Die Auftraggeberin stellt die Anträge, die Anträge der Antragstellerin zurückzuweisen, in eventu abzuweisen, auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung und auf Akteneinsicht.

1. 2.Ziffer 2
   Entscheidungsrelevanter, festgestellter Sachverhalt

Das Bundesvergabeamt hat im Rahmen des Provisorialverfahrens festgestellt und erwogen.

Die via donau - Österreichische Wasserstraßen-Gesellschaft mbH ist im Firmenbuch unter FN 257381 b eingetragen. Sie ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in Wien. Ihre Stammeinlage wurde zur Gänze von der Republik Österreich vertreten durch den Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie geleistet. (amtliche Einschau im offenen Firmenbuch)

Die via donau - Österreichische Wasserstraßen-Gesellschaft mbH schrieb unter der Bezeichnung "Sanierung Hochwasserschutz March, Marchegg - Baumgarten - Zwerndorf" Planung, Ausschreibung und Örtliche Bauaufsicht für die Sanierung von Hochwasserschutzdämmen in einem beschleunigten nichtoffenen Verfahren aus. Der Auftragsgegenstand ist als Dienstleistung der Kategorie 12

bezeichnet. Genannt sind die CPV-Codes 74224000 Dienstleistungen von Architektur- und Ingenieurbüros sowie planungsbezogene Leistungen und 74262000 Bauaufsicht. Der geschätzte Auftragswert beträgt Euro 500.000 bis Euro 800.000. Die Ausschreibung erfolgt in einem beschleunigten nichtoffenen Verfahren im Oberschwellenbereich begründet mit dem schlechten Zustand der Dämme durch Hochwasser. Als Auftragsdauer sind 36 Monate genannt. Zuschlagskriterium ist der niedrigste Preis. In der Bekanntmachung der Ausschreibung fand sich folgender Hinweis: "Angaben und Formalitäten, die erforderlich sind, um die Einhaltung der Auflagen zu überprüfen: Siehe Teilnahmeunterlagen. Bewerber, die im Gebiet einer anderen Vertragspartei des EWR-Abkommens ansässig sind und die ein Anerkennungs- oder Gleichhaltungsverfahren gemäß den §§ 373c und 373d GewO durchführen müssen, haben die entsprechenden Anträge rechtzeitig zu stellen und eine Kopie dieses Antrages dem Teilnahmeantrag beizulegen." Die Ausschreibung wurde am 9. November 2006 im Amtsblatt der Europäischen Union zur Zahl 2006/S 213- 228510, abgesandt am 7. November 2006, und am 8. November 2006 im Amtlichen Lieferungsanzeiger zur Zahl L-310211-6b3, ebenfalls am 7. November 2006 abgesandt, veröffentlicht. (Auskünfte der Auftraggeberin, Unterlagen des Vergabeverfahrens, amtliche Einschau unter ted.europa.eu und www.auftrag.at)bezeichnet. Genannt sind die CPV-Codes 74224000 Dienstleistungen von Architektur- und Ingenieurbüros sowie planungsbezogene Leistungen und 74262000 Bauaufsicht. Der geschätzte Auftragswert beträgt Euro 500.000 bis Euro 800.000. Die Ausschreibung erfolgt in einem beschleunigten nichtoffenen Verfahren im Oberschwellenbereich begründet mit dem schlechten Zustand der Dämme durch Hochwasser. Als Auftragsdauer sind 36 Monate genannt. Zuschlagskriterium ist der niedrigste Preis. In der Bekanntmachung der Ausschreibung fand sich folgender Hinweis: "Angaben und Formalitäten, die erforderlich sind, um die Einhaltung der Auflagen zu überprüfen: Siehe Teilnahmeunterlagen. Bewerber, die im Gebiet einer anderen Vertragspartei des EWR-Abkommens ansässig sind und die ein Anerkennungs- oder Gleichhaltungsverfahren gemäß den Paragraphen 373 c und 373 d GewO durchführen müssen, haben die entsprechenden Anträge rechtzeitig zu stellen und eine Kopie dieses Antrages dem Teilnahmeantrag beizulegen." Die Ausschreibung wurde am 9.

November 2006 im Amtsblatt der Europäischen Union zur Zahl 2006/S 213- 228510, abgesandt am 7. November 2006, und am 8. November 2006 im Amtlichen Lieferungsanzeiger zur Zahl L-310211-6b3, ebenfalls am 7. November 2006 abgesandt, veröffentlicht. (Auskünfte der Auftraggeberin, Unterlagen des Vergabeverfahrens, amtliche Einschau unter ted.europa.eu und www.auftrag.at)

Punkt 2.3 der Teilnahmeunterlagen lautet:

"2.3 Eignungskriterium: Befugnis

Der Bewerber muss nach den maßgeblichen Rechtsvorschriften die zur Ausführung der ausgeschriebenen Leistungen erforderliche Berechtigung oder Mitgliedschaft zu einer bestimmten Organisation besitzen. Der Bewerber muss diese Berechtigung durch folgende Unterlagen nachweisen:

- -Strichaufzählung
  Nachweis der entsprechenden Berechtigung nach dem Ziviltechnikergesetz (ZTG) oder Auszug aus dem Gewerberegister oder beglaubigte Abschrift des Berufsregisters oder des Firmenbuchs (Handelsregister) des Herkunftslandes des Bewerbers oder die dort vorgesehene Bescheinigung (welche nicht älter als zwei Monate sein dürfen) oder - falls im Herkunftsland keine Nachweismöglichkeit besteht - ein eidesstattliche Erklärung des Bewerbers (entsprechend der Liste des Anhangs VII lt. C BVergG).Nachweis der entsprechenden Berechtigung nach dem Ziviltechnikergesetz (ZTG) oder Auszug aus dem Gewerberegister oder beglaubigte Abschrift des Berufsregisters oder des Firmenbuchs (Handelsregister) des Herkunftslandes des Bewerbers oder die dort vorgesehene Bescheinigung (welche nicht älter als zwei Monate sein dürfen) oder - falls im Herkunftsland keine Nachweismöglichkeit besteht - ein eidesstattliche Erklärung des Bewerbers (entsprechend der Liste des Anhangs römisch sieben lt. C BVergG).

Ausländische Bewerber werden darauf hingewiesen, dass der vorläufige Nachweis ihrer Befugnis (auch) durch Anzeige bei der örtlich zuständigen Architekten- und Ingenieurkonsulentenkammer bzw. durch Beantragung eines Verfahrens zur Anerkennung oder Gleichhaltung beim Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit erfolgen kann; diesfalls ist dem Teilnahmeantrag zwingend die Anzeige bzw. der Antrag beizulegen (§ 20 Abs 1 BVergG)."Ausländische Bewerber werden darauf hingewiesen, dass der vorläufige Nachweis ihrer Befugnis (auch) durch Anzeige bei der örtlich zuständigen Architekten- und Ingenieurkonsulentenkammer bzw. durch Beantragung eines Verfahrens zur Anerkennung oder Gleichhaltung beim Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit erfolgen kann; diesfalls ist dem Teilnahmeantrag zwingend die Anzeige bzw. der Antrag beizulegen (Paragraph 20, Absatz eins, BVergG)." (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Am 20. November 2006, 10.00 Uhr war der Schlusstermin für die Abgabe von Teilnahmeanträgen. Acht Bieter und Bietergemeinschaften gaben Teilnahmeanträge ab, davon war einer verspätet. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Bei der Prüfung der Angebote forderte die Auftraggeberin von verschiedenen Bietern Unterlagen nach. Von der Bietergemeinschaft B***/A*** forderte sie mit Telefax und E-Mail vom 22. November 2006 eine aktuelle Lastschriftanzeige des Finanzamtes, eine aktuelle Bestätigung der Deckungshöhe der Berufshaftpflichtversicherung, eine Erklärung, welches im Teilnahmeantrag genannte Referenzprojekt ein Einreichprojekt nach dem Österreichischen Wasserrechtsgesetz ist, eine Erklärung, bei welchem im Teilnahmeantrag genannten Referenzprojekt die Fragestellung "Örtliche Bauaufsicht von Bauwerken mit großer Längserstreckung (Linienbaustelle)" bearbeitet wurde und die Namhaftmachung des jeweiligen Bearbeiters (Projektleiters) bei den Referenzprojekten "Örtliche Bauaufsicht" bis 27. November 2006, 12.00 Uhr unter Androhung des Ausscheidens. Die Bietergemeinschaft legte mit Schreiben vom 23. November 2006 die verlangten Unterlagen vor. Mit Telefax vom 29. November 2006 teilte die Auftraggeberin drei Bietern mit, dass sie nicht zur Angebotslegung eingeladen werden würden. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Am 6. Dezember 2006 versandte die Auftraggeberin die Angebotsunterlagen an die verbliebenen fünf Bieter vorab per E-Mail und am 7. Dezember 2006 eingeschrieben per Post. Am 18. Dezember 2006, 14.00 Uhr, war das Ende der Angebotsfrist. Am 18. Dezember 2006, 14.00 Uhr, fand die Angebotsöffnung statt. Dabei lagen fünf Angebote vor. Die Bietergemeinschaft D***/E*** gab eines mit einem Preis von Euro 776.400, die Bietergemeinschaft F***/G*** eines mit einem Preis von Euro 894.026,83, die Bietergemeinschaft H***/I*** eines mit einem Preis von Euro 1,199.940, die Bietergemeinschaft B***/A*** eines mit einem Preis von Euro 454.945,61 und die Bietergemeinschaft J*** und K*** eines mit einem Preis von Euro 686.044,20 jeweils inkl MwSt ab. Bei keinem Angebot wurden offensichtliche Mängel festgestellt. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Mit Schreiben vom 22. Dezember 2006, vorab per Fax übermittelt, forderte die Auftraggeberin die Bietergemeinschaft B***/A*** auf, bis 2. Jänner 2007, 10.00 Uhr einen Nachweis zu übermitteln, dass ein Antrag gemäß den §§ 373c, 373d und 373e GewO 1994 bzw gemäß der EWR-Architektenverordnung oder der EWR-Ingenieurkonsulentenverordnung bereits vor Ende der Angebotsfrist, dem 18. Dezember 2006, 14.00 Uhr., gestellt wurde bzw um Nachweis, dass zu diesem Zeitpunkt bei sämtlichen Mitgliedern der Bietergemeinschaft die Befugnis vorlag. Mit E-Mail vom 22. Dezember 2006 und Schreiben vom 23. Dezember 2006 teilte die A*** im Wesentlichen mit, dass sie alle erforderlichen Bescheinigungen vorgelegt hatte. Zum Nachweis der Befugnis der B*** legte sie die Bauvorlageberechtigung ausgestellt von der Bayrischen Ingenieurekammer-Bau vom 17. Juni 1999, Die Bescheinigung der Bayrischen Ingenieurekammer-Bau über die Mitgliedschaft der B*** vom 27. Juni 2006 und die Eintragungsbestätigung der Kammer der Architekten und Ingenieurkonsulenten für Oberösterreich und Salzburg für die Dienstleistungserbringung Hochwasserschutz Schärding am Inn vom 31. Juli 2007 vor. Sie führte weiter aus, dass weder aus den Ausschreibungsunterlagen noch aus § 20 Abs 1 BVergG ein solcher Zwang zur Antragstellung hervorgehe. Die Ausschreibungsunterlagen nennen den Weg der Antragstellung als Option. Aus der Einladung zur Angebotslegung ergibt sich, dass die Eignung abschließend geprüft ist. Daher liegt kein Grund für einen zwingenden Ausschluss bei Nichtvorlage eines Antrages oder der Gleichstellungsbestätigung. Die Bekanntmachung ist kein Teil der Angebotsunterlagen. Die Liste zwingend vorzulegender Angebotsbestandteile nennt die verlangten Nachweise nicht. Sollte die Auftraggeberin aufgrund der beigelegten Nachweise nicht der Ansicht sein, dass diese Vollständig seien, wurde um Rückmeldung bis 27. Dezember 2006, 10.00 Uhr ersucht. Mit E-Mail und Fax vom 2. Jänner 2007 übersandte die A*** einen Antrag auf Eintrag von C*** mit der Büroadresse der B*** in die Liste der EWR-Ingenieurkonsulenten an die Kammer der Architekten und Ingenieurkonsulenten für Wien, Niederösterreich und das Burgenland vom 15. Dezember 2006. Mit E-Mail vom 3. Jänner 2007 ersuchte die Auftraggeberin die Kammer der Architekten und Ingenieurkonsulenten für Wien, Niederösterreich und das Burgenland um Bestätigung des ordnungsgemäßen Einlangens dieses Antrages. Mit E-Mail vom 3. Jänner 2007 teilte die Kammer der Architekten und Ingenieurkonsulenten für Wien, Niederösterreich und das Burgenland mit, dass kein derartiger Antrag eingelangt war. Mit Telefax vom 5. Jänner 2007 teilte die Auftraggeberin mit näherer Begründung unter Beilage des E-Mail-Verkehrs mit der Kammer der Architekten und Ingenieurkonsulenten für Wien, Niederösterreich und das Burgenland mit, dass das Angebot der Bietergemeinschaft B***/A*** gemäß § 129 Abs 1 Z 2 BVergG wegen Nichtvorliegens der Befugnis ausgeschieden wird. Mit Telefax vom 8. Jänner 2007 teilte die A*** der Auftraggeberin im Wesentlichen mit, dass eine allenfalls erforderliche Anerkennung der den vorgeschriebenen Befähigungsnachweis ersetzenden Qualifikation eines Staatsangehörigen einer EWR-Vertragspartei nach § 373c GewO 1994 oder Gleichhaltung mit einer inländischen Befähigung nach § 373d GewO 1994 erst zum Zeitpunkt des Zuschlags bzw. mit Zustandekommen des Vertrags (Gegenschlussbrief) vorliegen muss. Weder die Gewerbeordnung noch das Bundesvergabegesetz forderten einen entsprechenden Nachweis. Der Antrag wurde gestellt. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)Mit Schreiben vom 22. Dezember 2006, vorab per Fax übermittelt, forderte die Auftraggeberin die Bietergemeinschaft B***/A*** auf, bis 2. Jänner 2007, 10.00 Uhr einen Nachweis zu übermitteln, dass ein Antrag gemäß den Paragraphen 373 c, 373 d und 373 e GewO 1994 bzw gemäß der EWR-Architektenverordnung oder der EWR-Ingenieurkonsulentenverordnung bereits vor Ende der Angebotsfrist, dem 18. Dezember 2006, 14.00 Uhr., gestellt wurde bzw um Nachweis, dass zu diesem Zeitpunkt bei sämtlichen Mitgliedern der Bietergemeinschaft die Befugnis vorlag. Mit E-Mail vom 22. Dezember 2006 und Schreiben vom 23. Dezember 2006 teilte die A*** im Wesentlichen mit, dass sie alle erforderlichen Bescheinigungen vorgelegt hatte. Zum Nachweis der Befugnis der B*** legte sie die Bauvorlageberechtigung ausgestellt von der Bayrischen Ingenieurekammer-Bau vom 17. Juni 1999, Die Bescheinigung der Bayrischen Ingenieurekammer-Bau über die Mitgliedschaft der B*** vom 27. Juni 2006 und die Eintragungsbestätigung der Kammer der Architekten und Ingenieurkonsulenten für Oberösterreich und Salzburg für die Dienstleistungserbringung Hochwasserschutz Schärding am Inn vom 31. Juli 2007 vor. Sie führte weiter aus, dass weder aus den Ausschreibungsunterlagen noch aus Paragraph 20, Absatz eins, BVergG ein solcher Zwang zur Antragstellung hervorgehe. Die Ausschreibungsunterlagen nennen den Weg der Antragstellung als Option. Aus der Einladung zur Angebotslegung ergibt sich, dass die Eignung abschließend geprüft ist. Daher liegt kein Grund für einen zwingenden Ausschluss bei Nichtvorlage eines Antrages oder der Gleichstellungsbestätigung. Die Bekanntmachung ist kein Teil der Angebotsunterlagen. Die Liste zwingend vorzulegender Angebotsbestandteile nennt die verlangten Nachweise nicht. Sollte die Auftraggeberin aufgrund der beigelegten Nachweise nicht der Ansicht sein, dass diese Vollständig seien, wurde um Rückmeldung bis 27. Dezember 2006, 10.00 Uhr ersucht. Mit E-Mail und Fax vom 2. Jänner 2007 übersandte

die A*** einen Antrag auf Eintrag von C*** mit der Büroadresse der B*** in die Liste der EWR-Ingenieurkonsulenten an die Kammer der Architekten und Ingenieurkonsulenten für Wien, Niederösterreich und das Burgenland vom 15. Dezember 2006. Mit E-Mail vom 3. Jänner 2007 ersuchte die Auftraggeberin die Kammer der Architekten und Ingenieurkonsulenten für Wien, Niederösterreich und das Burgenland um Bestätigung des ordnungsgemäßen Einlangens dieses Antrages. Mit E-Mail vom 3. Jänner 2007 teilte die Kammer der Architekten und Ingenieurkonsulenten für Wien, Niederösterreich und das Burgenland mit, dass kein derartiger Antrag eingelangt war. Mit Telefax vom 5. Jänner 2007 teilte die Auftraggeberin mit näherer Begründung unter Beilage des E-Mail-Verkehrs mit der Kammer der Architekten und Ingenieurkonsulenten für Wien, Niederösterreich und das Burgenland mit, dass das Angebot der Bietergemeinschaft B***/A*** gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG wegen Nichtvorliegens der Befugnis ausgeschieden wird. Mit Telefax vom 8. Jänner 2007 teilte die A*** der Auftraggeberin im Wesentlichen mit, dass eine allenfalls erforderliche Anerkennung der den vorgeschriebenen Befähigungsnachweis ersetzenden Qualifikation eines Staatsangehörigen einer EWR-Vertragspartei nach Paragraph 373 c, GewO 1994 oder Gleichhaltung mit einer inländischen Befähigung nach Paragraph 373 d, GewO 1994 erst zum Zeitpunkt des Zuschlags bzw. mit Zustandekommen des Vertrags (Gegenschlussbrief) vorliegen muss. Weder die Gewerbeordnung noch das Bundesvergabegesetz forderten einen entsprechenden Nachweis. Der Antrag wurde gestellt. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die Zuschlagsentscheidung wurde noch nicht bekanntgegeben, der Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren noch nicht erteilt. Ein Widerruf hat nicht stattgefunden. (Auskunft der Auftraggeberin)

Die Antragstellerin entrichtete Pauschalgebühren in der Höhe von Euro 3.200. (Verfahrensakt des Bundesvergabeamtes)

Der vorliegende Sachverhalt stützt sich auf die jeweils in Klammern genannten Beweismittel. Zweifel an ihrer Echtheit und Richtigkeit traten nicht auf, zumal es sich um die Originalunterlagen des Vergabeverfahrens sowie die Einschau in amtliche Verzeichnisse und das Firmenbuch handelt.

1. 3.Ziffer 3
   Rechtliche Beurteilung

3.1 Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes

Auftraggeber im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die via donau - Österreichische Wasserstraßengesellschaft mbH. Sie wurde nach § 4 Abs 1 Bundesgesetz über Aufgaben und Organisation der Bundes-Wasserstraßenverwaltung - Wasserstraßengesetz, BGBl I Nr 177/2004 idF BGBl I Nr 97/2005, zur Erfüllung der wasserstraßenspezifischen Aufgaben des Bundes, insbesondere der Bundes-Wasserstraßenverwaltung gegründet. Nach § 1 Wasserstraßengesetz regelt dieses Bundesgesetz Aufgaben und Organisation der Bundes-Wasserstraßenverwaltung auf Wasserstraßen (§ 15 des Schifffahrtsgesetzes, BGBl. I Nr. 62/1997) sowie auf der March oberhalb von Fluss-km 6,0 und der Thaya von der Mündung in die March bis Bernhardsthal einschließlich der Arme, Seitenkanäle und Verzweigungen dieser Gewässer, soweit sie mit dem Hauptgewässer unmittelbar in Verbindung stehen, sowie einschließlich der wasserbautechnischen Anlagen, wie z.B. Uferbauten, Buhnen, Leitwerke, Schwellen und Durchlässe. Die Bundes-Wasserstraßenverwaltung nach § 2 Abs 1 Z 1 bis 11 Wasserstraßengesetz ist nach § 10 Abs 1 Z 1 Wasserstraßengesetz Unternehmensgegenstand. Nach § 2 Abs 1 Z 2 Wasserstraßengesetz umfasst sie insbesondere den Hochwasserschutz einschließlich Vorbereitung und Durchführung von vorbeugenden und abwehrenden Maßnahmen zur unschädlichen Abfuhr von Hochwasser und Verhütung von Schäden durch Hochwasser, ausgenommen die Errichtung von Hochwasserrückhalteanlagen an der Donau. Nach § 6 Wasserstraßengesetz stehen die Geschäftsanteile zu 100 vH im Eigentum des Bundes. Die Aufgabe des Hochwasserschutzes steht - wohl ohne dass es näherer Erörterungen bedürfte - im öffentlichen Interesse. Sie stellt eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe dar. Sie ist auch mangels Marktes oder Konkurrenz auch eine nichtgewerbliche Aufgabe iSv § 3 Abs 1 Z 2 lit a BVergG. Als Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist die Auftraggeberin vollrechtsfähig. Ihre Geschäftsanteile sind zur Gänze der Republik Österreich vorbehalten. Mit der Ausübung der Gesellschafterrechte ist nach § 6 Wasserstraßengesetz der Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie betraut. Es handelt sich daher um eine Einrichtung nach § 3 Abs 1 Z 32 BVergG und damit um einen öffentlichen Auftraggeber. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag. Die ausgeschriebene Dienstleistung ist eine der Kategorie 12 in Anhang III zum BVergG, somit um eine prioritäre Dienstleistung. Der geschätzte Auftragswert liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 2

BVergG idF BGBl II 193/2006.Auftraggeber im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die via donau - Österreichische Wasserstraßengesellschaft mbH. Sie wurde nach Paragraph 4, Absatz eins, Bundesgesetz über Aufgaben und Organisation der Bundes-Wasserstraßenverwaltung - Wasserstraßengesetz, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 177 aus 2004, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 97 aus 2005,, zur Erfüllung der wasserstraßenspezifischen Aufgaben des Bundes, insbesondere der Bundes-Wasserstraßenverwaltung gegründet. Nach Paragraph eins, Wasserstraßengesetz regelt dieses Bundesgesetz Aufgaben und Organisation der Bundes-Wasserstraßenverwaltung auf Wasserstraßen (Paragraph 15, des Schifffahrtsgesetzes, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 62 aus 1997,) sowie auf der March oberhalb von Fluss-km 6,0 und der Thaya von der Mündung in die March bis Bernhardsthal einschließlich der Arme, Seitenkanäle und Verzweigungen dieser Gewässer, soweit sie mit dem Hauptgewässer unmittelbar in Verbindung stehen, sowie einschließlich der wasserbautechnischen Anlagen, wie z.B. Uferbauten, Buhnen, Leitwerke, Schwellen und Durchlässe. Die Bundes-Wasserstraßenverwaltung nach Paragraph 2, Absatz eins, Ziffer eins bis 11 Wasserstraßengesetz ist nach Paragraph 10, Absatz eins, Ziffer eins, Wasserstraßengesetz Unternehmensgegenstand. Nach Paragraph 2, Absatz eins, Ziffer 2, Wasserstraßengesetz umfasst sie insbesondere den Hochwasserschutz einschließlich Vorbereitung und Durchführung von vorbeugenden und abwehrenden Maßnahmen zur unschädlichen Abfuhr von Hochwasser und Verhütung von Schäden durch Hochwasser, ausgenommen die Errichtung von Hochwasserrückhalteanlagen an der Donau. Nach Paragraph 6, Wasserstraßengesetz stehen die Geschäftsanteile zu 100 vH im Eigentum des Bundes. Die Aufgabe des Hochwasserschutzes steht - wohl ohne dass es näherer Erörterungen bedürfte - im öffentlichen Interesse. Sie stellt eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe dar. Sie ist auch mangels Marktes oder Konkurrenz auch eine nichtgewerbliche Aufgabe iSv Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, Litera a, BVergG. Als Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist die Auftraggeberin vollrechtsfähig. Ihre Geschäftsanteile sind zur Gänze der Republik Österreich vorbehalten. Mit der Ausübung der Gesellschafterrechte ist nach Paragraph 6, Wasserstraßengesetz der Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie betraut. Es handelt sich daher um eine Einrichtung nach Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 32, BVergG und damit um einen öffentlichen Auftraggeber. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag. Die ausgeschriebene Dienstleistung ist eine der Kategorie 12 in Anhang römisch drei zum BVergG, somit um eine prioritäre Dienstleistung. Der geschätzte Auftragswert liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil 2, 193 aus 2006,.

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

Da darüber hinaus laut Stellungnahme des Auftraggebers vom 12. Jänner 2007, OZ 009, das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit in concreto gemäß § 312 Abs 2 BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.Da darüber hinaus laut Stellungnahme des Auftraggebers vom 12. Jänner 2007, OZ 009, das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit in concreto gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.

3.2 Zulässigkeit des Antrages, Spruchpunkt I3.2 Zulässigkeit des Antrages, Spruchpunkt römisch eins.

Nach § 320 Abs 1 BVergG kann ein Unternehmer bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofernNach Paragraph 320, Absatz eins, BVergG kann ein Unternehmer bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern

1. 1.Ziffer eins

er ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, und

2. 2.Ziffer 2
   ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Nach § 2 BVergG sind im Geltungsbereich des BVergG folgende Begriffsbestimmungen maßgebendNach Paragraph 2, BVergG sind im Geltungsbereich des BVergG folgende Begriffsbestimmungen maßgebend:

[...]

1. 13.Ziffer 13
   Bieter ist ein Unternehmer oder ein Zusammenschluss von Unternehmern, der ein Angebot eingereicht hat.
2. 14.Ziffer 14
   Bietergemeinschaft ist ein Zusammenschluss mehrerer Unternehmer zum Zweck des Einreichens eines gemeinsamen Angebotes.

[...]

1. 36.Ziffer 36
   Unternehmer sind Rechtsträger wie natürliche oder juristische Personen, öffentliche Einrichtungen oder Zusammenschlüsse dieser Personen und/oder Einrichtungen, Personengesellschaften des Handelsrechts, eingetragene Erwerbsgesellschaften oder Arbeits- und Bietergemeinschaften, die auf dem Markt die Ausführung von Bauleistungen, die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen anbieten.

[...]

Unstrittig beteiligte sich die Bietergemeinschaft B***/A*** an dem Vergabeverfahren, indem sie einen Teilnahmeantrag stellte und ein Angebot legte. Ebenso unstrittig schied die Auftraggeberin das Angebot dieser Bietergemeinschaft aus.

Da § 320 Abs 1 BVergG Anträge durch Unternehmer zulässt, ist vorweg auf den Begriff des Unternehmers iSd BVergG einzugehen. Jeder der Partner der Bietergemeinschaft erfüllt ebenso wie die Bietergemeinschaft als solche den Unternehmerbegriff des § 2 Z 36 BVergG. Die beiden Unternehmer haben sich zur Beteiligung am Vergabeverfahren und zur Legung eines Angebotes zusammengeschlossen. Sie bilden daher eine Bietergemeinschaft nach § 2 Z 14 BVergG. Sie erfüllen dadurch als Zusammenschluss von Unternehmern auch den Begriff des Bieters nach § 2 Z 13 BVergG. Daraus kann aber noch nicht geschlossen werden, welchem Unternehmer Antragslegitimation vor dem Bundesvergabeamt zukommt.Da Paragraph 320, Absatz eins, BVergG Anträge durch Unternehmer zulässt, ist vorweg auf den Begriff des Unternehmers iSd BVergG einzugehen. Jeder der Partner der Bietergemeinschaft erfüllt ebenso wie die Bietergemeinschaft als solche den Unternehmerbegriff des Paragraph 2, Ziffer 36, BVergG. Die beiden Unternehmer haben sich zur Beteiligung am Vergabeverfahren und zur Legung eines Angebotes zusammengeschlossen. Sie bilden daher eine Bietergemeinschaft nach Paragraph 2, Ziffer 14, BVergG. Sie erfüllen dadurch als Zusammenschluss von Unternehmern auch den Begriff des Bieters nach Paragraph 2, Ziffer 13, BVergG. Daraus kann aber noch nicht geschlossen werden, welchem Unternehmer Antragslegitimation vor dem Bundesvergabeamt zukommt.

Die Anträge auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung und auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung brachte - ebenso wie alle weiteren Stellungnahmen gegenüber dem Bundesvergabeamt - lediglich die A*** ein. Sie sind auf ihrem Briefpapier verfasst und nur von ihr gefertigt. Eine Nennung und Bezugnahme auf das andere

Mitglied der Bietergemeinschaft fehlt ebenso wie eine Erklärung, den Nachprüfungsantrag im Namen der Bietergemeinschaft einzubringen. Die von der Antragstellerin genannte Erwähnung der Bezeichnung des zweiten Mitglieds der Bietergemeinschaft in einer Beilage zum Antrag kann diese Erklärung nicht ersetzen. Eine eindeutige Erklärung, dass die Bietergemeinschaft, hilfsweise alle darin zusammengeschlossenen Unternehmer, die Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung und die Erlassung einer einstweiligen Verfügung begehren, lässt der Antrag vermissen. Die Erklärung in dem Telefax der Antragstellerin vom 15. Jänner 2007, dass die Bietergemeinschaft als Partei des Nachprüfungsverfahrens anzusehen sei, vermag daran nichts - mehr - zu ändern. Das Schreiben der B*** vom 3. Jänner 2007 wurde einerseits vor dem Ergehen der Ausscheidensentscheidung vom 4. Jänner 2007, der Bietergemeinschaft am 5. Jänner 2007 zugestellt, verfasst. Eine Einbringung eines Nachprüfungsantrages zu diesem

Zeitpunkt wäre noch nicht möglich gewesen. Weiters ist es lediglich an die A*** gerichtet. Es beinhaltet keine Erklärung gegenüber dem Bundesvergabeamt. Es lässt auch Regelungen über die Beauftragung mit einer Vertretung der Bietergemeinschaft vor dem Bundesvergabeamt vermissen. Diese Erklärung kam dem Bundesvergabeamt nicht innerhalb der Antragsfrist zur Kenntnis. Die Verwendung des Wortes "wir" im Schriftverkehr ist bei juristischen Personen üblich, bezeichnet die Antragstellerin und lässt nicht den Schluss zu, dass eine weitere Person davon erfasst ist. Der verfahrenseinleitende und in diesem Bescheid zu erledigende Antrag wurde daher nur von der A*** nicht jedoch von der am Vergabeverfahren beteiligten Bietergemeinschaft eingebracht.

Der Verwaltungsgerichtshof führte aus:

"Bei Anbotlegung durch eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Bietergemeinschaft kommt das Recht der Stellung eine Nachprüfungsantrages nur der Bietergemeinschaft, nicht jedoch den einzelnen Mitgliedern der Gesellschaft zu. Treten nicht alle Mitglieder als Nachprüfungswerber auf, kann nicht ohne Weiteres angenommen werden, dass es sich um einen Antrag der Gesellschaft handelt. In diesem Fall muss ausdrücklich klargelegt werden, dass die Gesellschaft die Nachprüfung begehrt; die auftretenden Mitglieder haben überdies darzulegen, dass sie zur Vertretung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts berufen sind. Hingegen ist ein nur von einem Teil der Mitglieder jeweils im eigenen Namen gestellter Nachprüfungsantrag mangels Interesses am Abschluss des Vertrages und daher mangels Parteistellung zurückzuweisen. Aus diesem Grund ist auch eine nur von einem Teil der Mitglieder einer Bietergemeinschaft im eigenen Namen erhobene Verwaltungsgerichtshofbeschwerde unzulässig (vgl. die hg. Erkenntnisse vom 20. Oktober 2004, Zl. 2004/04/0105 und Zl. 2004/04/0134)." (VwGH 17. 11. 2004, 2003/04/0178) "Ob zur Vertretung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach außen"Bei Anbotlegung durch eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Bietergemeinschaft kommt das Recht der Stellung eine Nachprüfungsantrages nur der Bietergemeinschaft, nicht jedoch den einzelnen Mitgliedern der Gesellschaft zu. Treten nicht alle Mitglieder als Nachprüfungswerber auf, kann nicht ohne Weiteres angenommen werden, dass es sich um einen Antrag der Gesellschaft handelt. In diesem Fall muss ausdrücklich klargelegt werden, dass die Gesellschaft die Nachprüfung begehrt; die auftretenden Mitglieder haben überdies darzulegen, dass sie zur Vertretung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts berufen sind. Hingegen ist ein nur von einem Teil der Mitglieder jeweils im eigenen Namen gestellter Nachprüfungsantrag mangels Interesses am Abschluss des Vertrages und daher mangels Parteistellung zurückzuweisen. Aus diesem Grund ist auch eine nur von einem Teil der Mitglieder einer Bietergemeinschaft im eigenen Namen erhobene Verwaltungsgerichtshofbeschwerde unzulässig vergleiche die hg. Erkenntnisse vom 20. Oktober 2004, Zl. 2004/04/0105 und Zl. 2004/04/0134)." (VwGH 17. 11. 2004, 2003/04/0178) "Ob zur Vertretung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach außen

- mangels abweichender Regelung im Gesellschaftsvertrag - alle Mitglieder (oder deren Vertreter) gemeinsam auftreten müssen, oder dazu die Mehrheit (bei außerordentlichen Maßnahmen nach Absicherung der nicht zustimmenden Mitglieder gemäß §§ 834 ff ABGB) berufen ist (so für die hier gegenständliche Frage der Stellung eines Nachprüfungsantrages durch eine Bietergemeinschaft im Ergebnis Grasböck, Die Bietergemeinschaft als Nachprüfungswerberin (Teil 2), ZVB 2004, 245 ff), ist strittig (vgl. etwa Strasser in Rummel, Teil 2, 2. Auflage, 67 ff und Kastner/Doralt/Novotny, Grundriss des österreichischen Gesellschaftsrechts, 5. Auflage, 66 ff). Ein von allen Mitgliedern gemeinsam - wenn auch nicht ausdrücklich für die Bietergemeinschaft - eingebrachter Antrag ist im Zweifel der Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Bietergemeinschaft zuzurechnen. Treten hingegen nicht alle Mitglieder als Nachprüfungswerber auf, kann nicht ohne weiteres angenommen werden, dass es sich um einen Antrag der Gesellschaft handelt. In diesem Fall muss ausdrücklich klargelegt werden, dass die Gesellschaft die Nachprüfung begehrt; die auftretenden Gesellschafter haben überdies darzulegen, dass sie zur Vertretung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts berufen sind. Ein von nur einem Teil der Mitglieder einer Bietergemeinschaft jeweils im eigenen Namen gestellter Nachprüfungsantrag ist dagegen - ebenso wie etwa ein Nachprüfungsantrag von einzelnen Gesellschaftern einer OHG - als unzulässig zurückzuweisen." (VwGH 20.10.2004, 2004/04/0134)- mangels abweichender Regelung im Gesellschaftsvertrag - alle Mitglieder (oder deren Vertreter) gemeinsam auftreten müssen, oder dazu die Mehrheit (bei außerordentlichen Maßnahmen nach Absicherung der nicht zustimmenden Mitglieder gemäß Paragraphen 834, ff ABGB) berufen ist (so für die hier gegenständliche Frage der Stellung eines Nachprüfungsantrages durch eine Bietergemeinschaft im Ergebnis Grasböck, Die Bietergemeinschaft als Nachprüfungswerberin (Teil 2), ZVB 2004, 245 ff), ist strittig vergleiche etwa Strasser in Rummel, Teil 2, 2. Auflage, 67 ff und Kastner/Doralt/Novotny, Grundriss des österreichischen Gesellschaftsrechts, 5. Auflage, 66 ff). Ein von allen Mitgliedern gemeinsam - wenn auch nicht ausdrücklich für die Bietergemeinschaft - eingebrachter Antrag ist im Zweifel

der Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Bietergemeinschaft zuzurechnen. Treten hingegen nicht alle Mitglieder als Nachprüfungswerber auf, kann nicht ohne weiteres angenommen werden, dass es sich um einen Antrag der Gesellschaft handelt. In diesem Fall muss ausdrücklich klargelegt werden, dass die Gesellschaft die Nachprüfung begehrt; die auftretenden Gesellschafter haben überdies darzulegen, dass sie zur Vertretung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts berufen sind. Ein von nur einem Teil der Mitglieder einer Bietergemeinschaft jeweils im eigenen Namen gestellter Nachprüfungsantrag ist dagegen - ebenso wie etwa ein Nachprüfungsantrag von einzelnen Gesellschaftern einer OHG - als unzulässig zurückzuweisen." (VwGH 20.10.2004, 2004/04/0134)

Daraus ergibt sich, dass eine Antragstellung vor dem Bundesvergabeamtes, dh ein Antrag auf Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers, nur durch die Bietergemeinschaft als solche in Frage kommt, da nur sie ein Angebot gelegt hat, daher nur sie in ihrer Gesamtheit ein Interesse am Abschluss des Vertrages hat (VwGH 20. 10. 2004, 2004/04/0105). Auch der in § 320 Abs 1 Z 2 BVergG genannte Schaden kann sich aus diesem Grund für einen einzelnen Bieter nur im Wege eines Schadens der Bietergemeinschaft realisieren. Stellt nun ein einzelner Bieter im eigenen Namen einen Nachprüfungsantrag, so ist dieser nach der zitierten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes mangels Antragslegitimation zurückzuweisen.Daraus ergibt sich, dass eine Antragstellung vor dem Bundesvergabeamtes, dh ein Antrag auf Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers, nur durch die Bietergemeinschaft als solche in Frage kommt, da nur sie ein Angebot gelegt hat, daher nur sie in ihrer Gesamtheit ein Interesse am Abschluss des Vertrages hat (VwGH 20. 10. 2004, 2004/04/0105). Auch der in Paragraph 320, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG genannte Schaden kann sich aus diesem Grund für einen einzelnen Bieter nur im Wege eines Schadens der Bietergemeinschaft realisieren. Stellt nun ein einzelner Bieter im eigenen Namen einen Nachprüfungsantrag, so ist dieser nach der zitierten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes mangels Antragslegitimation zurückzuweisen.

Hat sich nun am Vergabeverfahren eine Bietergemeinschaft beteiligt, ist sie der in § 320 Abs 1 BVergG angesprochene Unternehmer und kann nur sie einen Nachprüfungsantrag stellen.Hat sich nun am Vergabeverfahren eine Bietergemeinschaft beteiligt, ist sie der in Paragraph 320, Absatz eins, BVergG angesprochene Unternehmer und kann nur sie einen Nachprüfungsantrag stellen.

Der Nachprüfungsantrag wurde somit - wie oben näher ausgeführt - nur von der A***, nicht jedoch von der am zugrunde liegenden Vergabeverfahren beteiligten Bietergemeinschaft B***/A*** eingebracht. Nur ihr Angebot wurde ausgeschieden. Nur sie ist von der im Nachprüfungsantrag bekämpften gesondert anfechtbaren Entscheidung betroffen. Ein von einem einzelnen Mitglied einer Bietergemeinschaft eingebrachter Nachprüfungsantrag ist im Lichte der zitierten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu Nachprüfungsanträgen und obigen Ausführungen unzulässig.

Alle Einwendungen und Gegenanträge gelten gemäß § 59 Abs 1 AVG als miterledigt.Alle Einwendungen und Gegenanträge gelten gemäß Paragraph 59, Absatz eins, AVG als miterledigt.

3.3 Entfall einer mündlichen Verhandlung, Spruchpunkt II.3.3 Entfall einer mündlichen Verhandlung, Spruchpunkt römisch zwei.

Die Auftraggeberin beantragte in ihrem Schriftsatz vom 16. Jänner 2007 die Durchführung einer mündlichen Verhandlung.

Nach § 316 Abs 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt auf Antrag oder, wenn es dies für erforderlich hält, von Amts wegen eine mündliche Verhandlung durchzuführen. Nach § 316 Abs 2 Z 1 BVergG kann eine mündliche Verhandlung entfallen, soweit Art 6 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, BGBl Nr 210/1959 nicht entgegensteht, wenn der Verfahrenseinleitende Antrag zurückzuweisen ist.Nach Paragraph 316, Absatz eins, BVergG hat das Bundesvergabeamt auf Antrag oder, wenn es dies für erforderlich hält, von Amts wegen eine mündliche Verhandlung durchzuführen. Nach Paragraph 316, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG kann eine mündliche Verhandlung entfallen, soweit Artikel 6, der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Bundesgesetzblatt Nr 210 aus 1959, nicht entgegensteht, wenn der Verfahrenseinleitende Antrag zurückzuweisen ist.

Da diese Entscheidung alleine aufgrund der Aktenlage erfolgen konnte, keine Erörterung von weiteren Sach- oder Rechtsfragen erforderlich war und durch eine rein verfahrensrechtliche Entscheidung eine Entscheidung über zivile Rechte iSd Art 6 MRK nicht getroffen wurde, konnte die beantragte mündliche Verhandlung entfallen (Reisner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 [2005] § 173 Rz 16 und 18).Da diese Entscheidung

alleine aufgrund der Aktenlage erfolgen konnte, keine Erörterung von weiteren Sach- oder Rechtsfragen erforderlich war und durch eine rein verfahrensrechtliche Entscheidung eine Entscheidung über zivile Rechte iSd Artikel 6, MRK nicht getroffen wurde, konnte die beantragte mündliche Verhandlung entfallen (Reisner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 [2005] Paragraph 173, Rz 16 und 18).

3.4 Zum Ersatz der Pauschalgebühr, Spruchpunkt III.3.4 Zum Ersatz der Pauschalgebühr, Spruchpunkt römisch drei.

Mit Bescheid vom 16. Jänner 2007, N/0001-BVA/10/2007-EV018, wies das Bundesvergabeamt den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zurück.

Im vorliegenden Bescheid weist das Bundesvergabeamt den Nachprüfungsantrag zurück.

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

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

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

Die Antragstellerin hat die Pauschalgebühr in der Höhe von Euro 1.600 für den Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung tatsächlich bezahlt. Der Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren wurde zusammen mit dem Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung, damit rechtzeitig gestellt.

Ungeachtet der Entscheidung über den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung besteht ein Anspruch auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren nur, wenn das Bundesvergabeamt dem Nachprüfungsantrag stattgibt. Wie bereits festgehalten, war diesem kein Erfolg beschieden. Auch erfolgte im Zuge des Nachprüfungsverfahrens keine Klaglosstellung. Der Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühr für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung besteht daher nicht.

Die Antragstellerin hat die Pauschalgebühr in der Höhe von Euro 1.600 für den Nachprüfungsantrag tatsächlich bezahlt. Der Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren wurde zusammen mit dem Nachprüfungsantrag, damit rechtzeitig gestellt. Das Bundesvergabeamt gab dem verfahrenseinleitenden Antrag jedoch nicht statt. Auch erfolgte im Zuge des Nachprüfungsverfahrens keine Klaglosstellung. Es besteht daher kein Anspruch auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren.

Dokumentnummer

VERGT_20070119_N_0001_BVA_10_2007_021_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