

TE Verg Bescheid 2006/8/31 N/0062- BVA/12/2006-22, N/0063- BVA/12/2006-19

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 31.08.2006

Norm

BVergG 2002 §20 Z19 litc

BVergG 2002 §21 Abs1

BVergG 2002 §91 Abs1

BVergG 2002 §91 Abs2

BVergG 2002 §105 Abs1

BVergG 2006 §319

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §320 Abs4

BVergG 2006 §325 Abs1

BVergG 2006 §345 Abs2

1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.02.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 345 gültig von 12.07.2013 bis 26.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013

3. BVergG 2006 § 345 gültig von 24.05.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2012

4. BVergG 2006 § 345 gültig von 17.02.2012 bis 23.05.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

5. BVergG 2006 § 345 gültig von 05.03.2010 bis 17.02.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

6. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2008

7. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

8. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.02.2006 bis 26.11.2007

Text

Bescheid

Das Bundesvergabeamt hat durch den Senat 12 bestehend aus Dr. Michael Etlinger als Vorsitzenden sowie Mag. Martin Sailer als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Johannes Schenk als Mitglied der Auftragnehmerseite in den gemäß § 320 Abs. 4 BVergG 2006 verbundenen Nachprüfungsverfahren N/0062-BVA/12/2006 und N/0063-BVA/12/2006 betreffend die Auftragsvergabe "Neubau von Flugfeldtankanlagen am FLH Vogler/Hörsching und am FLH Brumowski/Langenlebern (BMLV GZ E90033/4/0-RD-ARWT/KA/2005)" des Auftraggebers Bund, vertreten durch den Bundesminister für Landesverteidigung, Rossauer Lände 1, 1090 Wien, Rüstungsdirektion, Amt für Rüstung und Wehrtechnik, Kaufmännische Abteilung, Franz-Josefs-Kai 7-9, 1010 Wien, dieser vertreten durch die Finanzprokurator, Dr. Martin Windisch, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, eingeleitet über Antrag der B***, vertreten durch X*** (Erstantragsteller), und über Antrag der C***, vertreten durch Y*** (Zweitantragsteller), wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch den Senat 12 bestehend aus Dr. Michael Etlinger als Vorsitzenden sowie Mag. Martin Sailer als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Johannes Schenk als Mitglied der Auftragnehmerseite in den gemäß Paragraph 320, Absatz 4, BVergG 2006 verbundenen Nachprüfungsverfahren N/0062-BVA/12/2006 und N/0063-BVA/12/2006 betreffend die Auftragsvergabe "Neubau von Flugfeldtankanlagen am FLH Vogler/Hörsching und am FLH Brumowski/Langenlebern (BMLV GZ E90033/4/0-RD-ARWT/KA/2005)" des Auftraggebers Bund, vertreten durch den Bundesminister für Landesverteidigung, Rossauer Lände 1, 1090 Wien, Rüstungsdirektion, Amt für Rüstung und Wehrtechnik, Kaufmännische Abteilung, Franz-Josefs-Kai 7-9, 1010 Wien, dieser vertreten durch die Finanzprokurator, Dr. Martin Windisch, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, eingeleitet über Antrag der B***, vertreten durch X*** (Erstantragsteller), und über Antrag der C***, vertreten durch Y*** (Zweitantragsteller), wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

1. 1.Ziffer eins

Dem Antrag der Erstantragsteller vom 18. Juli 2006, "auf Nichtigerklärung der Entscheidung der Auftraggeberin, der D*** den Zuschlag zu erteilen (Zuschlagsentscheidung in der Fax-Nachricht der Auftraggeberin vom 3.7.2006)", wird stattgegeben.

1. 2.Ziffer 2

Dem Antrag der Zweitantragsteller vom 20. Juli 2006, "das Bundesvergabeamt möge nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung die Zuschlagsentscheidung vom 3. Juli 2006 (zugestellt am 6. Juli 2006) im Vergabeverfahren "Neubau von Flugfeldtankanlagen am FLH Vogler/HÖRSCHING und am FLH Brumowski/LANGENLEBARN (BMLV GZ e900332/4/0-RD-ARWT/KA/2005" für nichtig erklären", wird stattgegeben.

Die Entscheidung des Auftraggebers vom 3. Juli 2006, den Zuschlag der D*** in A-4600 Wels in der Höhe von EUR 6.182.090,00 exkl. USt erteilen zu wollen, wird für nichtig erklärt.

Rechtsgrundlage: §§ 20 Z 19 lit. c, 21 Abs. 1, 91 Abs. 1 und 2 sowie 105 Abs. 1 BVergG 2002 iVm §§ 320 Abs. 1 und 4, 325 Abs. 1 sowie 345 Abs. 2 BVergG 2006
Rechtsgrundlage: Paragraphen 20, Ziffer 19, Litera c., 21 Absatz eins, 91, Absatz eins und 2 sowie 105 Absatz eins, BVergG 2002 in Verbindung mit Paragraphen 320, Absatz eins und 4, 325 Absatz eins, sowie 345 Absatz 2, BVergG 2006

II.römisch zwei.

1. 1.Ziffer eins

Dem Antrag der Erstantragsteller vom 18. Juli 2006, "das Bundesvergabeamt möge die Auftraggeberin schuldig erkennen, der Antragstellerin die Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag in Höhe von EUR 1.600,-- und für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung in Höhe von EUR 1.600,--, insgesamt somit in Höhe von EUR 3.200,--, bei sonstiger Exekution binnen 14 Tagen zu Handen der rechtsfreundlichen Vertreter zu bezahlen", wird stattgegeben.

Der Auftraggeber hat der B***, zu Handen ihrer rechtsfreundlichen Vertretung X***, die für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von insgesamt EUR 3.200,-- binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Bescheides bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Rechtsgrundlage: § 319 BVergG 2006Rechtsgrundlage: Paragraph 319, BVergG 2006

1. 2.Ziffer 2

Dem Antrag der Zweitantragsteller vom 20. Juli 2006, "der Antragsgegnerin den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühr binnen 14 Tagen ab Rechtskraft des Bescheides zu Handen der Antragstellervertreter (§ 19a RAO) auferlegen", wird stattgegeben.Dem Antrag der Zweitantragsteller vom 20. Juli 2006, "der Antragsgegnerin den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühr binnen 14 Tagen ab Rechtskraft des Bescheides zu Handen der Antragstellervertreter (Paragraph 19 a, RAO) auferlegen", wird stattgegeben.

Der Auftraggeber hat der C***, zu Handen ihrer rechtsfreundlichen Vertretung Y***, die für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von insgesamt EUR 3.200,-- binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Bescheides bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Rechtsgrundlage: § 319 BVergG 2006Rechtsgrundlage: Paragraph 319, BVergG 2006

Begründung

Parteienvorbringen

I. N/0062-BVA/12/2006 (Erstantragsteller)römisch eins. N/0062-BVA/12/2006 (Erstantragsteller)

1. 1.Ziffer eins

Antrag vom 18. Juli 2006:

Die antragstellende Bietergemeinschaft habe ein Angebot in Höhe von EUR 6,289.075,27 (exkl. USt) gelegt. Die Angebote der übrigen Bieter seien auszuschneiden gewesen. Branchenbekannt sei, dass die in Aussicht genommenen Zuschlagsempfänger nicht über die geforderten Referenzen (Tankanlagen in der Größenordnung der im Leistungsverzeichnis beschriebenen) verfügen würden. Die in Aussicht genommenen Zuschlagsempfänger könnten somit nicht die geforderte Anzahl an Referenzen und damit ihre technische Leistungsfähigkeit nachweisen, womit aber dieses Angebot gemäß § 98 Z 1 BVergG 2002 auszuschneiden gewesen wäre. Der Zuschlag sei somit den Antragstellern, mit dem billigsten (verbliebenen) Angebot zu erteilen.Die antragstellende Bietergemeinschaft habe ein Angebot in Höhe von EUR 6,289.075,27 (exkl. USt) gelegt. Die Angebote der übrigen Bieter seien auszuschneiden gewesen. Branchenbekannt sei, dass die in Aussicht genommenen Zuschlagsempfänger nicht über die geforderten Referenzen (Tankanlagen in der Größenordnung der im Leistungsverzeichnis beschriebenen) verfügen würden. Die in Aussicht genommenen Zuschlagsempfänger könnten somit nicht die geforderte Anzahl an Referenzen und damit ihre technische Leistungsfähigkeit nachweisen, womit aber dieses Angebot gemäß Paragraph 98, Ziffer eins, BVergG 2002 auszuschneiden gewesen wäre. Der Zuschlag sei somit den Antragstellern, mit dem billigsten (verbliebenen) Angebot zu erteilen.

1. 2.Ziffer 2

Ausführungen des Auftraggebers vom 21. bzw. 25. Juli 2006:

Die Antragsteller seien nicht jene mit dem billigst verbliebenen Angebot, da sie lediglich Fünftgereichte seien. Es seien von den in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängern mehr Referenzen als in der Ausschreibung gefordert, vorgelegt worden. Diese Referenzen seien sodann von der Bewertungskommission einer Prüfung unterzogen und für in Ordnung befunden worden. Zu betonen sei auch, dass sich das gesamte Antragsvorbringen alleine auf Behauptungen gründe und daher auf diese nicht näher eingegangen werde.

1. 3.Ziffer 3

Begründete Einwendungen der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfänger vom 2. August 2006:

Die Antragsteller hätten das preislich letztgereichte Angebot gelegt, sodass den Antragstellern durch die angefochtene Zuschlagsentscheidung erst dann ein Schaden entstünde, wenn sowohl das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfänger als auch jenes der K*** (= viertgereichter Bieter) auszuschneiden gewesen wären. Gemäß § 322 Abs. 1 Z 6 BVergG 2006 habe ein Nachprüfungsantrag iSd § 320 Abs. 1 BVergG 2006 jedenfalls (auch) die Gründe zu enthalten, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt. Die Antragsteller hätten nur behauptet, jedoch

nicht begründet, weshalb das Angebot der K*** auszuschneiden wäre. Somit leide der Nachprüfungsantrag an einem inhaltlichen Mangel, weshalb er zurückzuweisen sei. Im Übrigen treffe die Behauptung der Antragsteller, die in Aussicht genommenen Zuschlagsempfänger verfügten - branchenbekannt - nicht über die geforderten Referenzen, nicht zu. Die Antragsteller hätten das preislich letztgereichte Angebot gelegt, sodass den Antragstellern durch die angefochtene Zuschlagsentscheidung erst dann ein Schaden entstünde, wenn sowohl das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfänger als auch jenes der K*** (= viertgereichter Bieter) auszuschneiden gewesen wären. Gemäß Paragraph 322, Absatz eins, Ziffer 6, BVergG 2006 habe ein Nachprüfungsantrag iSd Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006 jedenfalls (auch) die Gründe zu enthalten, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt. Die Antragsteller hätten nur behauptet, jedoch nicht begründet, weshalb das Angebot der K*** auszuschneiden wäre. Somit leide der Nachprüfungsantrag an einem inhaltlichen Mangel, weshalb er zurückzuweisen sei. Im Übrigen treffe die Behauptung der Antragsteller, die in Aussicht genommenen Zuschlagsempfänger verfügten - branchenbekannt - nicht über die geforderten Referenzen, nicht zu.

1. 4. Ziffer 4

Stellungnahme der Erstantragsteller vom 17. August 2006:

Der Auftraggeber habe ausgeführt, dass die K*** und die Antragsteller nicht überprüft worden seien. Diese durch den Auftraggeber unterlassene Angebotsprüfung führe zur Rechtswidrigkeit der angefochtenen Zuschlagsentscheidung. Nach der Rechtsprechung ist eine Vergaberechtswidrigkeit des Auftraggebers bereits dann von wesentlichem Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens, wenn abstrakt ein anderer Verfahrensausgang möglich erscheine. Nur der Vollständigkeit halber sei festzuhalten, dass das Angebot der K*** auch auszuschneiden sei, da diese nicht über die erforderlichen Referenzen verfüge. K*** habe in den letzten 5 Jahren, soweit aus dem Markt bekannt, weder Elektroanlagen noch Mess-Steuer-Regel Anlagen bei Tankanlagen in der Größenordnung wie die ausgeschriebene errichtet. Im Übrigen habe diese abweichend von den Ausschreibungsbedingungen ihr Angebot mit dem Gerichtsstand Wels gelegt.

II. N/0063-BVA/12/2006 (Zweitantragsteller) römisch zwei. N/0063-BVA/12/2006 (Zweitantragsteller)

1. 1. Ziffer eins

Antrag vom 20. Juli 2006:

Mit Telefax vom 4. April 2006 habe der Auftraggeber den Antragstellern mitgeteilt, dass sie bis spätestens 20. April 2006 mindestens 2 Referenzanlagen, die den Bestimmungen des Leistungsverzeichnisses (LV) entsprechen würden, nachzureichen hätten. Die Antragsteller hätten am 19. April 2006 im Rahmen der geforderten Nachreichung weitere Unterlagen zu den Referenzprojekten vorgelegt.

In einem weiteren Telefax vom 16. Mai 2006 habe der Auftraggeber die Absicht geäußert, 2 Referenzanlagen in der Größenordnung der beschriebenen Tankanlagen, die den Bestimmungen des LV im Wesentlichen entsprechen würden, zu besichtigen. In diesem Schreiben habe der Auftraggeber allerdings die technischen Vorgaben, wie eine Referenzanlage auszusehen habe, teilweise abgeändert und nun zusätzliche Kriterien verlangt. Die Antragsteller hätten mit Telefax vom 19. Mai 2006 8 Referenzanlagen in der Form vorgestellt, wie dies der Auftraggeber gefordert habe. Weiters hätten die Antragsteller Besichtigungstermine für diese Projekte vorgeschlagen, jedoch habe der Auftraggeber keine besichtigt.

Mit Schreiben vom 24. Mai 2006 habe der Auftraggeber zunächst den Anschein erweckt, dass die Referenzanlagen in allen Punkten den (nunmehr auch veränderten) Kriterien entsprechen müssten. Dies, obwohl der Auftraggeber bisher stets verlangt habe, dass die Referenzanlagen den Bestimmungen des Leistungsverzeichnisses nur im Wesentlichen entsprechen müsse. Diesem Telefax seien Formblätter beigelegt gewesen, mit denen die Antragsteller aufgefordert worden seien, nochmals (einschließlich der Angebotslegung nun zum vierten Mal) Referenzanlagen anzugeben. Das Ergebnis eines "Aufklärungsgesprächs", nämlich dass jeweils 2 getrennte Referenzen für Maschinentechnik und EMSR vorzulegen seien, sei in einem e-mail vom 24. Mai 2006 an den Auftraggeber dokumentiert worden. Am 29. Mai 2006 hätten die Antragsteller die ausgefüllten Formblätter per Fax an den Auftraggeber retourniert. Darin hätten die Antragsteller 2 Projekte für Maschinentechnik und 2 Projekte für EMSR-Technik benannt.

Der Auftraggeber habe trotz seiner Ankündigungen und seitens der Antragsteller mehrfach angebotenen Terminvorschlägen keine der von den Antragstellern (teilweise mehrfach unter verschiedenen Aspekten) vorgestellten Referenzanlagen besichtigt.

Mit Telefax vom 3. Juli 2006 habe der Auftraggeber uno actu das Angebot der Antragsteller aufgrund Nicht-Erfüllung von Mussforderungen ausgeschieden und mitgeteilt, dass der D*** der Zuschlag erteilt werden würde.

Die Antragsteller hätten bereits mit ihrem Angebot vom 22. Februar 2006 insgesamt 131 Referenzanlagen in der Größenordnung vorgestellt, die auch den Ausschreibungsbestimmungen im Wesentlichen entsprochen hätten. Ohne, dass der Auftraggeber diese auch nur im Ansatz überprüft hätte, gehe er davon aus, dass diese Referenzen nicht ausreichend seien. Die Ausscheidung sei daher schon aus diesem Grund rechtswidrig. Denn aufgrund der einen Auftraggeber treffenden Sorgfaltspflichten verstoße dieser gegen die tragenden Grundsätze des Vergaberechts, wenn er sich Referenzen nennen lasse, sich zu deren Überprüfung vor Ort verpflichte und dann ohne eine einzige Referenzanlage auch nur von Weitem gesehen zu haben, ohne jegliche Entscheidungsgrundlage die Ausscheidung eines Angebotes verfüge.

Der Auftraggeber habe zur Beurteilung, ob eine Referenzanlage den Bestimmungen des LV im Wesentlichen entsprechen würde, nicht die in den Ausschreibungsunterlagen angeführten Kriterien herangezogen, sondern habe nach Öffnung der Angebote - somit zu einem Zeitpunkt, zu dem er deren Inhalt schon gekannt habe - neue Maßstäbe zur Bewertung der Referenzprojekte aufgestellt.

1. 2.Ziffer 2

Stellungnahme des Auftraggebers vom 27. Juli 2006:

Der Auftraggeber brachte zunächst vor, dass die Anträge mangels Zuständigkeit des BVA zurückzuweisen wären, da die Antragsteller die Republik Österreich, vertreten durch den Bundesminister für Landesverteidigung fälschlicherweise als "Antragsgegner" (anstelle "Auftraggeber") bezeichnet hätten, womit aber eine fehlerhafte Bezeichnung der Parteien vorliegen würde.

Inhaltlich führte der Auftraggeber aus, dass die mit dem Angebot benannten 31 Referenzanlagen (und nicht wie von den Antragstellern behauptet 131) den Bestimmungen des LV nicht entsprochen hätten. Daher seien die Antragsteller (erstmalig mit Fax vom 4. April 2006) aufgefordert worden, mindestens 2 Referenzanlagen, die den Bestimmungen des LV im Wesentlichen entsprechen würden, auch hinsichtlich der EMSR-Technik, vorzulegen.

Da trotz Vorstellung von mittlerweile 131 Anlagen seitens des Auftraggebers noch immer nicht klar erkennbar gewesen sei, ob zumindest 2 Referenzanlagen den Anforderungen der Ausschreibung entsprechen würden, sei den Antragstellern mit Fax vom 16. Mai 2006 mitgeteilt worden, dass beabsichtigt sei, 2 Referenzanlagen in der Größenordnung der beschriebenen Tankanlage, die den Bestimmungen des LV im Wesentlichen entsprechen würden, zu besichtigen. Um den Antragstellern die Bestimmung des LV "im Wesentlichen" zu verdeutlichen, sei diese Bestimmung näher erläutert worden. Das Vorbringen der Antragsteller, wonach die - seitens des Auftraggebers näher erläuterten - Anforderungen dem LV nicht zu entnehmen sind, sei nicht nachvollziehbar. Bei einer normalen Durchsicht eines technischen Laien wären diese Begriffe im LV schon aufgefallen, umso mehr müssten sie einem fachkundigen Bieter auffallen.

Um eine Besichtigung einer Anlage überhaupt in Betracht ziehen zu können, müsste vom Bieter zumindest schriftlich die Zusage gemacht werden, dass die Forderungen des LV entsprechend dem erläuterten Rahmen erfüllt seien, d.h. u.a. "petrochemischer Bereich, Explosionsschutz und Füllbühnenterminal/Produktverladung" auch für die Ausführungen des EMSR-Teiles. Selbst in den weiteren Angaben zu den Referenzanlagen, die für den besonderen Nachweis der Maschinentechnik/Anlagenbau ausgewählt worden seien, seien bei einer Anlage die Forderungen "Füllbühnenterminal/Produktverladung und bei der zweiten Anlage die Forderung "Explosionsschutz" klar und deutlich mit "nein" angekreuzt worden. Aufgrund dieser Tatsache sei eine Besichtigung durch den Auftraggeber nicht mehr notwendig gewesen, da die technische Leistungsfähigkeit in diesem Bereich durch ausdrückliches Ankreuzen der möglichen Variante im Vordruck selbst von den Antragstellern nicht bestätigt hätte werden können. Das Angebot der Antragsteller sei daher aufgrund Nichterfüllung der Eignungskriterien zwingend auszuschneiden gewesen.

1. 3.Ziffer 3

Begründete Einwendungen der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfänger vom 7. August 2006:

Die Antragsteller würden selbst darauf hinweisen, dass sie mit ihrem Angebot die Referenzanlagen (lediglich) benannt hätten. Jedoch ergebe sich aus der Z-Position 00.3110, dass der Bieter die Leistungsfähigkeit durch Vorstellung mindestens zweier Referenzanlagen nachweisen können müsse und ermächtige er den Auftraggeber zur

diesbezüglichen Überprüfung. Die Vorlage einer bloßen Referenzliste genüge daher den - bestandfest gewordenen - Festlegungen zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit nicht.

Das Angebot der Antragsteller hätte bereits nach fruchtlosem Ablauf der Mängelbehebungsfrist am 20. April 2006 gemäß § 98 Z 5 BVergG 2002 ausgeschieden werden müssen. Nach der Spruchpraxis des Bundesvergabeamtes bestehe die Möglichkeit zur Behebung von Mängeln in einem offenen Verfahren für einen Bieter nur ein Mal. Das Angebot der Antragsteller hätte bereits nach fruchtlosem Ablauf der Mängelbehebungsfrist am 20. April 2006 gemäß Paragraph 98, Ziffer 5, BVergG 2002 ausgeschieden werden müssen. Nach der Spruchpraxis des Bundesvergabeamtes bestehe die Möglichkeit zur Behebung von Mängeln in einem offenen Verfahren für einen Bieter nur ein Mal.

Im Übrigen schließen sich die in Aussicht genommenen Zuschlagsempfänger den inhaltlichen Ausführungen des Auftraggebers (vgl. Stellungnahme vom 27. Juli 2006) vollinhaltlich an. Die in der Z-Position genannten Aspekte seien bei verständiger Auslegung nicht in einem taxativen Sinn zu verstehen. Im Übrigen schließen sich die in Aussicht genommenen Zuschlagsempfänger den inhaltlichen Ausführungen des Auftraggebers vergleiche Stellungnahme vom 27. Juli 2006) vollinhaltlich an. Die in der Z-Position genannten Aspekte seien bei verständiger Auslegung nicht in einem taxativen Sinn zu verstehen.

1. 4. Ziffer 4

Replik der Zweitantragsteller vom 18. August 2006:

Die Ausführungen des Auftraggebers in Bezug auf eine fehlerhafte Bezeichnung von Parteien seien nicht nachvollziehbar, weil insbesondere durch den Inhalt des Antrages eine gesondert anfechtbare Entscheidung des Auftraggebers angefochten werde und dieser somit Antragsgegner sei.

Wie das Wort "wesentlich" vom Auftraggeber verstanden werde und welche Konsequenzen sich aus diesem speziellen Verständnis einzelner Worte ergeben würden, sei zweitrangig. Dies deshalb, weil der Auftraggeber den Inhalt des Wortes "wesentlich" für diese Ausschreibung nicht in den Ausschreibungsunterlagen definiert habe. Durch die in der Ausschreibung verwendeten Formulierungen würde bei den Referenzanlagen nicht verlangt werden, dass nur eine gleichartige Anlage, die sich in den technischen Details nicht von der ausgeschriebenen Anlage unterscheide, eine Referenzanlage zum Nachweis der Leistungsfähigkeit darstellen könne. Es seien zwar einzelne Aspekte, wie zB E-Installation inkl. MSR-Technik, SPS und sicherheitsgerichtete SPS, Edelstahlverrohrung hervorgehoben, der Auftraggeber habe jedoch nicht erklärt, welcher der angeführten Punkte in welchem Umfang von den Referenzanlagen erfüllt werden müsse. Darüber hinaus sei auch nicht festgelegt, ob alle Details von allen Anlagen vollständig erfüllt sein müssten. Die Eignungskriterien müssten in der Ausschreibung dem Transparenzgebot entsprechend festgelegt sein. Aus dem Transparenzgebot folge, dass es unzulässig sei, nachträglich aus den Ausschreibungsbedingungen, auf die lediglich allgemein verwiesen worden sei, einzelne technische Details zur Beurteilung, ob eine ausschreibungskonforme Referenzanlage abgegeben worden sei, herauszugreifen, ohne dass dies für die Bieter aufgrund der Ausschreibungsbedingungen vorhersehbar gewesen sei.

Den Auftraggeber treffe im offenen Verfahren bei Unklarheiten in Bezug auf Nachweise für die Leistungsfähigkeit eine Aufklärungspflicht. Die gewählte Vorgangsweise des Auftraggebers, immer weitere Nachweise unter immer anderen Gesichtspunkten einzufordern, werde dieser Aufklärungspflicht nicht gerecht. Diese Vorgangsweise lege eher den Verdacht nahe, dass solange Nachweise mit verschiedenen Inhalt verlangt werden, bis Nachweise abgegeben werden, die nach Meinung des Auftraggebers nicht mehr den Ausschreibungsbedingungen entsprechen und der betreffende Bieter unter ausschließlicher Heranziehung dieser nachträglich geforderten Nachweise ausgeschieden werden kann. Eine derartige Vorgangsweise sei mit den Grundsätzen der Leistungsvergabe gemäß § 21 BVergG 2002 nicht in Einklang zu bringen. Den Auftraggeber treffe im offenen Verfahren bei Unklarheiten in Bezug auf Nachweise für die Leistungsfähigkeit eine Aufklärungspflicht. Die gewählte Vorgangsweise des Auftraggebers, immer weitere Nachweise unter immer anderen Gesichtspunkten einzufordern, werde dieser Aufklärungspflicht nicht gerecht. Diese Vorgangsweise lege eher den Verdacht nahe, dass solange Nachweise mit verschiedenen Inhalt verlangt werden, bis Nachweise abgegeben werden, die nach Meinung des Auftraggebers nicht mehr den Ausschreibungsbedingungen entsprechen und der betreffende Bieter unter ausschließlicher Heranziehung dieser nachträglich geforderten Nachweise ausgeschieden werden kann. Eine derartige Vorgangsweise sei mit den Grundsätzen der Leistungsvergabe gemäß Paragraph 21, BVergG 2002 nicht in Einklang zu bringen.

Der Auftraggeber könne in einem offenen Verfahren nachträglich keine Bestimmungen der Ausschreibung nach

seinem Gutdünken "verdeutlichen", wenn diese Verdeutlichungen den Inhalt der Ausschreibungsunterlagen verändern würden. Dies ergebe sich aus den Geboten der Gleichbehandlung und des Wettbewerbs in § 21 Abs. 1 BVergG 2002 und dem Verhandlungsverbot des § 96 Abs. 1 BVergG 2002, da hier in einer den Wettbewerb beeinflussenden Weise Festlegungen getroffen werden würden, die vor dem Ende der Angebotsfrist in dieser Form nicht bestanden hätten. Der Auftraggeber müsse auch bei der Festlegung und Beurteilung von Eignungsnachweisen das Sachlichkeits- und Verhältnismäßigkeitsgebot beachten. Ebenfalls werde das Ermessen des Auftraggebers durch das Nichtdiskriminierungsgebot beschränkt. Der Auftraggeber könne in einem offenen Verfahren nachträglich keine Bestimmungen der Ausschreibung nach seinem Gutdünken "verdeutlichen", wenn diese Verdeutlichungen den Inhalt der Ausschreibungsunterlagen verändern würden. Dies ergebe sich aus den Geboten der Gleichbehandlung und des Wettbewerbs in Paragraph 21, Absatz eins, BVergG 2002 und dem Verhandlungsverbot des Paragraph 96, Absatz eins, BVergG 2002, da hier in einer den Wettbewerb beeinflussenden Weise Festlegungen getroffen werden würden, die vor dem Ende der Angebotsfrist in dieser Form nicht bestanden hätten. Der Auftraggeber müsse auch bei der Festlegung und Beurteilung von Eignungsnachweisen das Sachlichkeits- und Verhältnismäßigkeitsgebot beachten. Ebenfalls werde das Ermessen des Auftraggebers durch das Nichtdiskriminierungsgebot beschränkt.

Die Unterlagen zu den Referenzanlagen der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfänger dürften nicht anhand anderer Kriterien beurteilt worden sein, als diese in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt wurden. Selbst wenn die Referenzanlagen der präsumtiven Zuschlagsempfänger den ausgeschriebenen Anlagen ähnlicher seien als dies bei den anderen Bietern der Fall sei, so sei dies unerheblich, solange die Referenzanlagen der anderen Bieter den Bestimmungen in der Ausschreibung entsprechen würden. Die Beurteilung von Eignungskriterien sei kein Wettbewerb, in welchem ermittelt werde, welcher Bieter die Eignungskriterien besser erfülle als die anderen Bieter. Die Eignung eines Unternehmens liege entweder vor, oder sie liege nicht vor.

Mündliche Verhandlung am 22. August 2006

Der Auftraggeber führte aus, dass das Angebot der Zweitantragsteller mangels Leistungsfähigkeit gemäß § 98 Z 1 BVergG 2002 ausgeschieden worden sei. Zudem seien bei zwei für die EMSR-Technik letztgültig genannten Referenzen die Benützungsbewilligungen noch nicht vorgelegen. Der Auftraggeber führte aus, dass das Angebot der Zweitantragsteller mangels Leistungsfähigkeit gemäß Paragraph 98, Ziffer eins, BVergG 2002 ausgeschieden worden sei. Zudem seien bei zwei für die EMSR-Technik letztgültig genannten Referenzen die Benützungsbewilligungen noch nicht vorgelegen.

Zum Klammerausdruck in der Pos. 00.03110 des Leistungsverzeichnisses führte der Auftraggeber aufklärend aus, dass dieser falsch gesetzt worden sei und richtigerweise nach dem Wort "sicherheitsgerichteter SPS" gesetzt hätte werden müssen. Zur Erläuterung "im wesentlichen" führte der Auftraggeber aus, dass bei den Referenzprojekten der Zweitantragsteller die EMSR-Technik angezweifelt worden sei. Um den Zweitantragstellern zu verdeutlichen, was der Auftraggeber unter der Formulierung "im wesentlichen" verstanden habe, sei die Konkretisierung am 16. Mai 2006 vorgenommen worden. Es seien dies keine zusätzlichen Forderungen, sondern lediglich eine nähere Beschreibung dieser speziellen Forderung. Diese Begriffe würden sich mehrfach im Leistungsverzeichnis befinden. Die Zweitantragsteller bestritten diese Ausführungen.

Der Auftraggeber bestätigte weiters, dass die nachgereichten Referenzprojekte der Zweitantragsteller sowie der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfänger Gegenstand der Eignungsprüfung gewesen seien. Der Auftraggeber konnte auch den Besichtigungstermin eines Referenzprojektes der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfänger vom 21. Juni 2006 bestätigen. Diese besichtigte Referenzanlage befinde sich jedoch nicht im Originalangebot. Die zweite nach benannte Referenzanlage, die ebenfalls am 21. Juni 2006 besichtigt worden sei, konnte der Auftraggeber und die in Aussicht genommenen Zuschlagsempfänger im Originalangebot dem Senat vorweisen.

Der Grund, warum es zu Nachfragen bezüglich Referenzprojekte beim Angebot der Zweitantragsteller gekommen sei, sei nach den Ausführungen des Auftraggebers jener gewesen, dass nähere Angaben über das Vorliegen der EMSR-Technik bei den genannten Referenzprojekten im Angebot gefehlt hätten.

Zum Begriff "beschriebene Tankanlage" führte der Auftraggeber aus, dass dieser das Leistungsverzeichnis darstelle. Der Auftraggeber bestätigte, dass die Ausschreibung nach dem Billigstbieterprinzip vorgenommen worden sei. Die Formulierung "Nachweis der Erfüllung gemäß Leistungsverzeichnis" sollte nur verdeutlichen, dass der Billigste nicht auszuschheidende Bieter den Zuschlag erhalten solle.

Aufgrund der vorgelegten Unterlagen des Auftraggebers, Stellungnahmen der Parteien sowie der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung wurde nachfolgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

In der "Angebotseinholung über den Neubau von Flugfeldtankanlagen am FLH Vogler/HÖRSCHING und am FLH Brumowski/LANGENLEBARN" finden sich insbesondere nachfolgende Passagen:

ART DES VERGABEVERFAHRENS: Offenes Verfahren im Oberschwellenbereich gemäß Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2002 – BVergG) mit WTO/GPA Beteiligung.

....

MIT DEM ANGEBOT VORZULEGENDE EIGNUNGSNACHWEISE:

...

Der Bieter hat zumindest zwei Referenzanlagen in der Größenordnung der im Leistungsverzeichnis beschriebenen Tankanlagen, die innerhalb der letzten 5 Jahre errichtet und behördlich bewilligt wurden, nachzuweisen.

...

KRITERIEN FÜR DIE WAHL DES ANGEBOTES FÜR DEN ZUSCHLAG: Nachweis der Erfüllung gemäß Leistungsverzeichnis und Preis; Billigstbieterprinzip.

Im Ausschreibungs- Leistungsverzeichnis (Beilage 1) wird unter der Pos. 00.03110 Z Nachweis der Leistungsfähigkeit insbesondere nachfolgendes festgelegt:

Der AL muss die Leistungsfähigkeit für die ausgeschriebene Leistung durch Vorstellung mindestens zweier Referenzanlagen in der Größenordnung der beschriebenen Tankanlage, die den Bestimmungen des Leistungsverzeichnisses im wesentlichen entspricht (Edelstahlverrohrung – unterirdisch/oberirdisch) und E-Installation inkl. MSR-Technik, YPC, SPS und sicherheitsgerichteter SPS und innerhalb der letzten fünf Jahre errichtet und behördlich bewilligt wurde, nachweisen können und stimmt der diesbezüglichen Überprüfung mit der Einreichung des Angebotes zu. (Anmerkung: laut Aussagen des Auftraggebers in der mündlichen Verhandlung wurde der Klammerausdruck irrtümlich falsch gesetzt. Die Klammer müsste richtigerweise daher nach dem Wort "sicherheitsgerichteter SPS" schließen. Weiters konnte in der mündlichen Verhandlung geklärt werden, dass ein Druckfehler beim Begriff "YPC" passiert sei und dieser richtigerweise "IPC" zu lauten habe).

Bis zu der vom Auftraggeber festgesetzten Frist für den Eingang der Angebote (23. Februar 2006, 9.30 Uhr) legten insgesamt 5 Unternehmen Angebote. Die Angebotsöffnung fand am 23. Februar 2006 um 10.30 Uhr in den Räumlichkeiten des Auftraggebers (Franz-Josef-Kai 7-9, 5. Stock, Zi 505) statt.

Mit Telefax vom 4. April 2006 forderte der Auftraggeber zum Betreff "Ihr Angebot vom 22. Februar 2006 - Nachreichung diverser Unterlagen" die Zweitantragsteller insbesondere zu nachfolgendem auf:

.) gemäß 00.03110 des LV die Vorstellung mindestens zweier Referenzanlagen in der Größenordnung der beschriebenen Tankanlage, die den Bestimmungen des LV im wesentlichen entspricht, auch hinsichtlich der EMSR-Technik.

In einem weiteren Telefaxschreiben (16. Mai 2006) des Auftraggebers an die Zweitantragsteller findet sich insbesondere nachfolgender Wortlaut:

Es ist beabsichtigt zwei Referenzanlagen in der Größenordnung der beschriebenen Tankanlage, die den Bestimmungen des LV im Wesentlichen entsprechen (Größenordnung ist zu beziffern, petrochemischer Bereich, Edelstahlverrohrung, Explosionsschutz, Füllbühnenterminal/Produktverladung, Elektroinstallation inkl. MSR-Technik, Visualisierung, sicherheitsgerichteter SPS, innerhalb der letzten 5 Jahre errichtet und behördlich bewilligt – Bewilligungsbehörde und Datum der Benützungsbewilligung sind bekanntzugeben, etc.), zu besichtigen – wenn möglich innerhalb

ÖSTERREICHS.

Mit Telefax vom 24. Mai 2006 teilte der Auftraggeber den Zweitantragstellern insbesondere nachfolgendes mit:

Um ihre Referenzanlagen besichtigen zu können, wurden sie weiters aufgefordert zwei Referenzanlagen – wenn möglich innerhalb ÖSTERREICHS – in der Größenordnung der beschriebenen Tankanlage, die den Bestimmungen des

LV im Wesentlichen entsprechen (Größenordnung ist zu beziffern, petrochemischer Bereich, Edelstahlverrohrung, Explosionsschutz, Füllbühnenterminal/ Produktverladung, Elektroinstallation inkl. MSR-Technik, Visualisierung, sicherheitsgerichteter SPS, innerhalb der letzten 5 Jahre errichtet und behördlich bewilligt – Bewilligungsbehörde und Datum der Benützungsbewilligung sind bekanntzugeben, etc.) bekanntzugeben.

Ihren Ausführungen ist leider nicht zu entnehmen, ob die von Ihnen zur Wahl gestellten Referenzanlagen oa. Vorgaben in allen Punkten entsprechen.

Es sind jedenfalls nur solche Anlagen zu nennen, die diesen Anforderungen in vollem Umfang gerecht werden (2 Referenzanlagen für die Maschinentechnik und 2 Referenzanlagen für die EMSR-Technik).

Diesem Schreiben lag ein Musterformular "Referenzanlage" bei, welches nachfolgende – vom Bieter mit ja oder nein anzukreuzende – Angaben enthielt: "petrochemischer Bereich", "Edelstahlverrohrung", "Explosionsschutz", "Füllbühnenterminal/ Produktverladung", "Elektroinstallation inkl. MSR-Technik", "Visualisierung" und "sicherheitsgerichteter SPS".

Mit Telefax vom 8. Juni 2006 gab der Auftraggeber den in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängern die Absicht bekannt, zwei Referenzanlagen zu besichtigen. Der Wortlaut dieses Schreibens entspricht nahezu gänzlich jenem, welcher am 16. bzw. 24. Mai 2006 an die Zweitantragsteller erging. Auch das den Zweitantragstellern übermittelte Musterformular "Referenzanlage" lag diesem Schreiben bei. Mit Telefax vom 12. Juni 2006 benannten die in Aussicht genommenen Zuschlagsempfänger binnen offener Frist fünf Referenzanlagen und retournierten die dazu ausgefüllten Formblätter ("Referenzanlage"). Mit Telefax vom 16. Juni 2006 übermittelten die in Aussicht genommenen Zuschlagsempfänger weitere vier Referenzlisten. Die am 21. Juni 2006 besichtigte Referenzanlage (vgl. dazu auch den Vermerk vom 22.6.2006, Vergabeakt) befindet sich nicht im Originalangebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfänger. Die zweite (ebenfalls am 21. Juni 2006) besichtigte Referenzanlage wurde erst am 16. Juni 2006 nach benannt. Das Formblatt "Referenzanlage" mit den - vom Bieter mit ja oder nein anzukreuzenden - Angaben kann bezüglich dieser Referenzanlage dem Vergabeakt nicht entnommen werden. Mit Telefax vom 8. Juni 2006 gab der Auftraggeber den in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängern die Absicht bekannt, zwei Referenzanlagen zu besichtigen. Der Wortlaut dieses Schreibens entspricht nahezu gänzlich jenem, welcher am 16. bzw. 24. Mai 2006 an die Zweitantragsteller erging. Auch das den Zweitantragstellern übermittelte Musterformular "Referenzanlage" lag diesem Schreiben bei. Mit Telefax vom 12. Juni 2006 benannten die in Aussicht genommenen Zuschlagsempfänger binnen offener Frist fünf Referenzanlagen und retournierten die dazu ausgefüllten Formblätter ("Referenzanlage"). Mit Telefax vom 16. Juni 2006 übermittelten die in Aussicht genommenen Zuschlagsempfänger weitere vier Referenzlisten. Die am 21. Juni 2006 besichtigte Referenzanlage vergleiche dazu auch den Vermerk vom 22.6.2006, Vergabeakt) befindet sich nicht im Originalangebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfänger. Die zweite (ebenfalls am 21. Juni 2006) besichtigte Referenzanlage wurde erst am 16. Juni 2006 nach benannt. Das Formblatt "Referenzanlage" mit den - vom Bieter mit ja oder nein anzukreuzenden - Angaben kann bezüglich dieser Referenzanlage dem Vergabeakt nicht entnommen werden.

Im Abschlussprotokoll vom 26. Juni 2006 wurde insbesondere nachfolgendes festgehalten:

Alle 5 vorgelegten Angebote wurden inhaltlich geprüft und beurteilt.

.) Firma P*** scheidet aus:

aufgrund Nichterfüllung einer Mussforderung – gem. Pos. 00.01050 des LV sich über die Gegebenheiten vor Ort zu informieren

entgegen den Ausschreibungsbestimmungen wurde das LV nicht – wie verlangt – schriftlich ausgepreist vorgelegt

.) Firma C*** scheidet aufgrund Nichterfüllung einer Mussforderung, gem. Pos. 00.03110 des LV – die Vorstellung zweier Referenzanlagen in der Größenordnung der beschriebenen Tankanlagen, die den Bestimmungen des LV im Wesentlichen entsprechen – aus.

.) Das Angebot der D*** entspricht in allen Punkten den Ausschreibungsbestimmungen. Die Kommission schlägt vor, den Zuschlag an die D*** zu erteilen.

.) Eine weitere Beurteilung der Angebote der Firmen K*** und B*** war aufgrund der höheren Angebotspreise nicht notwendig.

Die Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers vom 3. Juli 2006 zu Gunsten des Angebotes der D*** wurde den Erstantragstellern am 5. Juli 2006, den Zweitantragstellern (nach erfolglosem Versuch am 5. Juli 2006) am 6. Juli 2006 mittels Telefax übermittelt. Den Zweitantragstellern wurde in diesem Schreiben gleichzeitig mitgeteilt, dass deren Angebot aufgrund Nichterfüllung folgender Mussforderung auszuschneiden war: Vorstellung zweier Referenzanlagen entsprechend der Pos. 00.03110 des LV.

Mit Telefax vom 10. Juli 2006 teilte der Auftraggeber den Erstantragstellern insbesondere nachfolgendes mit:

Ihr Angebot konnte aufgrund des höheren Preises für den Zuschlag nicht berücksichtigt werden.

Die Merkmale und Vorteile des Angebotes der D*** liegen in der vollständigen Erfüllung der Ausschreibungsvorgaben und in der Höhe des angebotenen Preises.

Die in der Ausschreibung geforderten und von der D*** genannten Referenzanlagen wurden von der Bewertungskommission, welche die Angebotsprüfung vornahm, überprüft und die der Eignungsüberprüfung zugrunde liegende Forderung der Ausschreibung als erfüllt beurteilt.

Für den Auftraggeber liegen unter dem Aspekt mehrerer geeigneter Angebote die Voraussetzungen für eine Zuschlagserteilung an den ermittelten preislichen "Bestbieter" vor.

Gleichfalls mit Telefax vom 10. Juli 2006 teilte der Auftraggeber den rechtsfreundlichen Vertretern der Zweitantragsteller zur Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung insbesondere nachfolgendes mit:

Den Grund für die Nichtberücksichtigung des Angebotes der C*** vom 22.02.2006 stellt die Ausscheidung des Angebotes auf Grund der Nichterfüllung der Bestimmung der Pos. 00.03110 des Leistungsverzeichnisses des oa. Offenen Verfahrens dar. In dieser Bestimmung ist gefordert, dass der Bieter "die Leistungsfähigkeit für die ausgeschriebene Leistung durch Vorstellung mindestens zweier Referenzanlagen in der Größenordnung der beschriebenen Tankanlage, die den Bestimmungen des Leistungsverzeichnisses im wesentlichen entspricht (Edelstahlverrohrung unterirdisch/oberirdisch und E-Installation inkl. MSR-Technik, YPC, SPS und sicherheitsgerichteter SPS) nachweisen können muss und einer diesbezüglichen Überprüfung zustimmt".

Aufgrund der wiederholten Aufforderungen an die Bietergemeinschaft, zuletzt vom 24.5.2006 unter Beischluss eines auszufüllenden Vordruckes, wurde dieser von der Bietergemeinschaft mit Schreiben vom 29.05.2006 zwar vorgelegt, aus dem ausgefüllten Vordruck geht jedoch eindeutig hervor, dass als Nachweis der EMSR-Technik für den petrochemischen Bereich und den Explosionsschutz keine geeigneten Referenzanlagen – jeweils "nein" eingetragen – angegeben wurden.

Für die Bewertungskommission des BMLV, welche die Prüfung der Angebote und der jeweiligen verlangten Aufklärung durch den Bieter durchführte, lag und liegt somit ein klarer Ausscheidungsgrund vor; auf Grund der Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes ist die Ausscheidung des Angebotes Ihrer Mandantinnen vorzunehmen. Der erfolgreiche Bieter weist seinen Erfolg aufgrund der vollständigen Erfüllung der Ausschreibungsforderungen und des niedrigsten Preises der Angebote auf.

Die vorliegenden Anträge sind rechtlich wie folgt zu beurteilen:

I. Maßgebliche Rechtslage römisch eins. Maßgebliche Rechtslage

§ 345 Abs. 2 BVergG 2006 bestimmt, dass für die im Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens des BVergG 2006 bereits eingeleiteten Vergabeverfahren der 1. bis 3. Teil des BVergG 2006 nicht gelten. Diese Vergabeverfahren sind nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Aus dieser Bestimmung sowie aus jener des § 345 Abs. 4 BVergG 2006 folgt im Umkehrschluss, dass im gegenständlichen Vergabeverfahren der 1. bis 3. Teil des BVergG 2002 sowie der 4. Teil (Rechtsschutz) des BVergG 2006 zur Anwendung gelangt (siehe etwa BVA 17.3.2006, N/0007-BVA/05/2006-54 und BVA 20.6.2006, N/0032-BVA/12/2006-19). Paragraph 345, Absatz 2, BVergG 2006 bestimmt, dass für die im Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens des BVergG 2006 bereits eingeleiteten Vergabeverfahren der 1. bis 3. Teil des BVergG 2006 nicht gelten. Diese Vergabeverfahren sind nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Aus dieser Bestimmung sowie aus jener des Paragraph 345, Absatz 4, BVergG 2006 folgt im Umkehrschluss, dass im gegenständlichen Vergabeverfahren der 1. bis 3. Teil des BVergG 2002 sowie der 4. Teil (Rechtsschutz) des BVergG 2006 zur Anwendung gelangt (siehe etwa BVA 17.3.2006, N/0007-BVA/05/2006-54 und BVA 20.6.2006, N/0032-BVA/12/2006-19).

II. Zuständigkeit des Bundesvergabesachverständigen und Zulässigkeit der Anträge

Der Bund ist öffentlicher Auftraggeber iSd § 7 Abs. 1 Z 1 BVergG 2002. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Lieferauftrag iSd § 2 BVergG 2002. Der geschätzte Auftragswert beträgt EUR 6.750.000,--, sodass es sich gemäß § 9 Abs. 1 BVergG 2002 um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich handelt. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabesachverständigen zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs. 2 BVergG 2006 iVm Art 14b Abs. 2 Z 1 lit. a B-VG ist sohin gegeben. Der Bund ist öffentlicher Auftraggeber iSd Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2002. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Lieferauftrag iSd Paragraph 2, BVergG 2002. Der geschätzte Auftragswert beträgt EUR 6.750.000,--, sodass es sich gemäß Paragraph 9, Absatz eins, BVergG 2002 um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich handelt. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabesachverständigen zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend Paragraph 312, Absatz 2, BVergG 2006 in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera a, B-VG ist sohin gegeben.

Zum Vorbringen des Auftraggebers und der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfänger bezüglich fehlende Antragslegitimation der Erstantragsteller, verweist der Senat auf die Ausführungen des Bundesvergabesachverständigen in der Entscheidung über den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung (BVA 25.7.2006, N/0062- BVA/12/2006-EV8), wonach für die Beurteilung der Antragslegitimation die Reihung der Angebote im Rahmen der Bestbieterermittlung außer Betracht zu bleiben hat, da das Bundesvergabesachverwalt nicht zur Durchführung einer hypothetischen Bestbieterermittlung anstelle des Auftraggebers zuständig ist (siehe dazu grundlegend BVA 4.11.2003, 14N-90/03-56 in RPA 2004, 178 [Etlinger]). Soweit die in Aussicht genommenen Zuschlagsempfänger auf die "fehlende" Begründungspflicht der Erstantragsteller zu einem allfälligen Ausscheidenstatbestand hinsichtlich des Angebotes der (viertgereihten) K*** und auf § 322 Abs. 1 Z 6 BVergG 2006 hinweisen, verkennen sie, dass nach § 325 Abs. 1 BVergG 2006 eine gesondert anfechtbare Entscheidung bereits dann für nichtig zu erklären ist, wenn sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung den Antragsteller in dem von ihm nach § 322 Abs. 1 Z 5 geltend gemachten Recht verletzt (Z 1), und die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist (Z 2). Die Erstantragsteller erachten sich in ihrem Recht auf Durchführung eines ordnungsgemäßen, vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens, insbesondere in ihrem Recht auf Ausscheiden von Angeboten bzw. Ausschluss von Bietern wegen mangelnder Eignung, in ihrem Recht auf vergaberechtskonforme Zuschlagsentscheidung und in ihrem Recht auf gesetzeskonforme Zuschlagserteilung auf ihr Angebot, verletzt. Wie unter Pkt. III noch aufzuzeigen sein wird, konnte im gegenständlichen Vergabeverfahren keine dem BVergG 2002 entsprechende Beurteilung über die technische Leistungsfähigkeit der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfänger vorgenommen werden, sodass schon aus diesem Grunde die Rechtswidrigkeit im Sinne des § 325 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006 evident wird. Weiters ist zu beachten, dass nach den Materialien eine rechtswidrige Entscheidung bereits dann von wesentlichem Einfluss ist, wenn die festgestellte Rechtswidrigkeit Auswirkungen auf den Verfahrensausgang haben könnte (RV 1171 BlgNR 22. GP 141). Da aber gegenständlich – wie ebenfalls unter Pkt. III noch detailliert darzulegen sein wird – eine Zuschlagserteilung an die in Aussicht genommenen Bestbieter mit den Bestimmungen des BVergG 2002 im Widerspruch stünde, ist schon aus diesem Grunde ein anderer Verfahrensausgang möglich. Zum Vorbringen des Auftraggebers und der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfänger bezüglich fehlende Antragslegitimation der Erstantragsteller, verweist der Senat auf die Ausführungen des Bundesvergabesachverständigen in der Entscheidung über den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung (BVA 25.7.2006, N/0062- BVA/12/2006-EV8), wonach für die Beurteilung der Antragslegitimation die Reihung der Angebote im Rahmen der Bestbieterermittlung außer Betracht zu bleiben hat, da das Bundesvergabesachverwalt nicht zur Durchführung einer hypothetischen Bestbieterermittlung anstelle des Auftraggebers zuständig ist (siehe dazu grundlegend BVA 4.11.2003, 14N-90/03-56 in RPA 2004, 178 [Etlinger]). Soweit die in Aussicht genommenen Zuschlagsempfänger auf die "fehlende" Begründungspflicht der Erstantragsteller zu einem allfälligen Ausscheidenstatbestand hinsichtlich des Angebotes der (viertgereihten) K*** und auf Paragraph 322, Absatz eins, Ziffer 6, BVergG 2006 hinweisen, verkennen sie, dass nach Paragraph 325, Absatz eins, BVergG 2006 eine gesondert anfechtbare Entscheidung bereits dann für nichtig zu erklären ist, wenn sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung den Antragsteller in dem von ihm nach Paragraph 322, Absatz eins, Ziffer 5, geltend gemachten Recht verletzt (Ziffer eins,), und die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist (Ziffer 2,). Die Erstantragsteller erachten sich in ihrem Recht auf Durchführung eines ordnungsgemäßen, vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens, insbesondere

in ihrem Recht auf Ausscheiden von Angeboten bzw. Ausschluss von Bietern wegen mangelnder Eignung, in ihrem Recht auf vergaberechtskonforme Zuschlagsentscheidung und in ihrem Recht auf gesetzeskonforme Zuschlagserteilung auf ihr Angebot, verletzt. Wie unter Pkt. römisch drei noch aufzuzeigen sein wird, konnte im gegenständlichen Vergabeverfahren keine dem BVergG 2002 entsprechende Beurteilung über die technische Leistungsfähigkeit der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfänger vorgenommen werden, sodass schon aus diesem Grunde die Rechtswidrigkeit im Sinne des Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006 evident wird. Weiters ist zu beachten, dass nach den Materialien eine rechtswidrige Entscheidung bereits dann von wesentlichem Einfluss ist, wenn die festgestellte Rechtswidrigkeit Auswirkungen auf den Verfahrensausgang haben könnte (Regierungsvorlage 1171 BlgNR 22. Gesetzgebungsperiode 141). Da aber gegenständlich – wie ebenfalls unter Pkt. römisch drei noch detailliert darzulegen sein wird – eine Zuschlagserteilung an die in Aussicht genommenen Bestbieter mit den Bestimmungen des BVergG 2002 im Widerspruch stünde, ist schon aus diesem Grunde ein anderer Verfahrensausgang möglich.

Zum Vorbringen des Auftraggebers, wonach sich der Nachprüfungsantrag der Zweitantragsteller aufgrund der "fehlerhaften Parteienbezeichnung" ("Antragsgegner" statt richtigerweise gemäß § 324 Abs. 1 BVergG 2006 "Auftraggeber") nicht gegen den Auftraggeber richten würde und somit zurückzuweisen wäre, genügt der Hinweis, dass aus dem gesamten Antragsvorbringen eindeutig erkennbar ist, dass die Anträge gegen den Bund als öffentlichen Auftraggeber gerichtet sind (zur Frage der amtswegigen Ermittlungspflicht einer Behörde bei Zweifel, wem ein Parteienantrag zuzurechnen ist, siehe zudem Hauer/Leukauf, Handbuch des österreichischen Verwaltungsverfahrens⁶ [2003] 8a. zu § 37 AVG). Zum Vorbringen des Auftraggebers, wonach sich der Nachprüfungsantrag der Zweitantragsteller aufgrund der "fehlerhaften Parteienbezeichnung" ("Antragsgegner" statt richtigerweise gemäß Paragraph 324, Absatz eins, BVergG 2006 "Auftraggeber") nicht gegen den Auftraggeber richten würde und somit zurückzuweisen wäre, genügt der Hinweis, dass aus dem gesamten Antragsvorbringen eindeutig erkennbar ist, dass die Anträge gegen den Bund als öffentlichen Auftraggeber gerichtet sind (zur Frage der amtswegigen Ermittlungspflicht einer Behörde bei Zweifel, wem ein Parteienantrag zuzurechnen ist, siehe zudem Hauer/Leukauf, Handbuch des österreichischen Verwaltungsverfahrens⁶ [2003] 8a. zu Paragraph 37, AVG).

Da auch die sonstigen Inhaltserfordernisse iSd § 322 Abs. 1 BVergG 2006 erfüllt sind und zudem kein Unzulässigkeitstatbestand iSd § 322 Abs. 2 BVergG 2002 vorliegt, sind die Anträge einer inhaltlichen Prüfung zu unterziehen. Da auch die sonstigen Inhaltserfordernisse iSd Paragraph 322, Absatz eins, BVergG 2006 erfüllt sind und zudem kein Unzulässigkeitstatbestand iSd Paragraph 322, Absatz 2, BVergG 2002 vorliegt, sind die Anträge einer inhaltlichen Prüfung zu unterziehen.

III. Inhaltliche Beurteilung der Anträge römisch drei. Inhaltliche Beurteilung der Anträge

Zu Spruchpunkt I:

Gemäß § 20 Z 19 lit. c BVergG 2002 sind Eignungskriterien die vom Auftraggeber festgelegten, nicht diskriminierenden Mindestanforderungen an den Bewerber oder Bieter, die gemäß den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes nachzuweisen sind. Eine der Grundanforderungen an Eignungskriterien stellt die (dem Transparenzgebot entsprechende) Festlegung im vorhinein dar (siehe dazu auch Gölles in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 – Kommentar [2005] § 20 Z 19 lit. c Rz 9). Im Gegensatz zu den Auswahlkriterien sind Eignungskriterien per definitionem so genannte "K.O.-Kriterien". Ein Bewerber oder Bieter kann sie nur erfüllen oder nicht erfüllen (AB 1118 BlgNR). Gemäß Paragraph 20, Ziffer 19, Litera c, BVergG 2002 sind Eignungskriterien die vom Auftraggeber festgelegten, nicht diskriminierenden Mindestanforderungen an den Bewerber oder Bieter, die gemäß den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes nachzuweisen sind. Eine der Grundanforderungen an Eignungskriterien stellt die (dem Transparenzgebot entsprechende) Festlegung im vorhinein dar (siehe dazu auch Gölles in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 – Kommentar [2005] Paragraph 20, Ziffer 19, Litera c, Rz 9). Im Gegensatz zu den Auswahlkriterien sind Eignungskriterien per definitionem so genannte "K.O.-Kriterien". Ein Bewerber oder Bieter kann sie nur erfüllen oder nicht erfüllen (Ausschussbericht 1118 BlgNR).

1. 21. Ziffer 21

GP 25; siehe dazu auch detailliert Mayr, Eignungs- und Zuschlagskriterien im Vergaberecht [2002] 156). Gesetzgebungsperiode 25; siehe dazu auch detailliert Mayr, Eignungs- und Zuschlagskriterien im Vergaberecht [2002] 156).

Gemäß § 21 Abs. 1 BVergG 2002 sind Aufträge über Leistungen nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie das Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu vergeben. Daraus folgt, dass eine Zuschlagserteilung an ein Unternehmen, deren Eignung nicht vorab vom Auftraggeber geprüft wurde bzw. geprüft werden konnte, unzulässig ist (siehe dazu auch BVA 20.6.2006, N/0032- BVA/12/2006-19). Gemäß § 91 Abs. 1 BVergG 2002 hat die Prüfung der Angebote in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Kriterien zu erfolgen. Nach Abs. 2 Z 2 leg. cit ist im Einzelnen die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Bieters zu prüfen. Gemäß § 98 Z 1 BVergG 2002 hat die vergebende Stelle vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung Angebote von Bieter, bei welchen die Befugnis oder die finanzielle, wirtschaftliche oder technische Leistungsfähigkeit oder die Zuverlässigkeit nicht gegeben ist, auszuschneiden. Aus diesen Bestimmungen folgt wiederum, dass sich eine Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung jedenfalls dann als rechtswidrig erweist, wenn eine transparente und objektiv nachvollziehbare Überprüfung der technischen Leistungsfähigkeit aufgrund der Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen gar nicht möglich ist. Dem Gebot der Transparenz im Vergabeverfahren kommt aber insbesondere bei der Wahl des Angebotes für den Zuschlag eine elementare Bedeutung zu (Hahnl, Bundesvergabegesetz 2002 [2002] E.3. zu § 99 unter Verweis auf BVA 15.2.2002, N- 134/01-37). Gemäß Paragraph 21, Absatz eins, BVergG 2002 sind Aufträge über Leistungen nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie das Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu vergeben. Daraus folgt, dass eine Zuschlagserteilung an ein Unternehmen, deren Eignung nicht vorab vom Auftraggeber geprüft wurde bzw. geprüft werden konnte, unzulässig ist (siehe dazu auch BVA 20.6.2006, N/0032- BVA/12/2006-19). Gemäß Paragraph 91, Absatz eins, BVergG 2002 hat die Prüfung der Angebote in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Kriterien zu erfolgen. Nach Absatz 2, Ziffer 2, leg. cit ist im Einzelnen die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Bieters zu prüfen. Gemäß Paragraph 98, Ziffer eins, BVergG 2002 hat die vergebende Stelle vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung Angebote von Bieter, bei welchen die Befugnis oder die finanzielle, wirtschaftliche oder technische Leistungsfähigkeit oder die Zuverlässigkeit nicht gegeben ist, auszuschneiden. Aus diesen Bestimmungen folgt wiederum, dass sich eine Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung jedenfalls dann als rechtswidrig erweist, wenn eine transparente und objektiv nachvollziehbare Überprüfung der technischen Leistungsfähigkeit aufgrund der Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen gar nicht möglich ist. Dem Gebot der Transparenz im Vergabeverfahren kommt aber insbesondere bei der Wahl des Angebotes für den Zuschlag eine elementare Bedeutung zu (Hahnl, Bundesvergabegesetz 2002 [2002] E.3. zu Paragraph 99, unter Verweis auf BVA 15.2.2002, N- 134/01-37).

Das Angebot der Zweitantragsteller wurde – wie der Auftraggeber in der mündlichen Verhandlung präzisierend ergänzte – mangels technischer Leistungsfähigkeit gemäß § 98 Z 1 BVergG 2002 ausgeschieden. Die Zweitantragsteller führten zur Begründung der angefochtenen Zuschlagsentscheidung im wesentlichen aus, dass die Ausscheidung ihres Angebotes zu Unrecht erfolgt sei, wobei sie sich insbesondere in ihrem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens gemäß § 21 Abs. 1 BVergG 2002 verletzt erachten. Das Angebot der Zweitantragsteller wurde – wie der Auftraggeber in der mündlichen Verhandlung präzisierend ergänzte – mangels technischer Leistungsfähigkeit gemäß Paragraph 98, Ziffer eins, BVergG 2002 ausgeschieden. Die Zweitantragsteller führten zur Begründung der angefochtenen Zuschlagsentscheidung im wesentlichen aus, dass die Ausscheidung ihres Angebotes zu Unrecht erfolgt sei, wobei sie sich insbesondere in ihrem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens gemäß Paragraph 21, Absatz eins, BVergG 2002 verletzt erachten.

Wie die Zweitantragsteller (vom Auftraggeber in der mündlichen Verhandlung bestätigt) zutreffend ausführen, enthalten die Ausschreibungsunterlagen an zwei Stellen nähere Vorschriften über die Eignung der Bieter und deren Nachweis: auf Blatt 7 der "Angebotseinholung" und unter der Z Pos. 00.03110 "Nachweis der Leistungsfähigkeit" auf Seite 26 des Leistungsverzeichnisses. Die in der "Angebotseinholung" gewählte Formulierung ist jedenfalls zu unpräzise, um eine Ausscheidung des Angebotes aufgrund mangelnder technischer Leistungsfähigkeit plausibel und nachvollziehbar begründen zu können. Was unter "in der Größenordnung der im Leistungsverzeichnis beschriebenen Tankanlage" zu verstehen ist, wird darin nicht einmal ansatzweise zum Ausdruck gebracht. Somit muss auf die Pos.

00.03110 ("Nachweis der Leistungsfähigkeit") und die darin aufgestellten Bedingungen der Versuch eines Rückgriffes genommen werden.

Die Bestimmung unterscheidet sich von jener in der "Angebotseinholung" zunächst darin, dass im Leistungsverzeichnis von der "Vorstellung" mindestens zweier Referenzanlagen gesprochen, hingegen in der "Angebotseinholung" die Formulierung "Der Bieter hat zumindest zwei Referenzanlagen ... nachzuweisen" verwendet wird. Warum sich der Auftraggeber diesbezüglich einer unterschiedlichen Formulierung bedient bzw. wie diese Begriffe zu verstehen sind, geht aus den Ausschreibungsunterlagen nicht hervor. Die Formulierung "in der Größenordnung der beschriebenen Tankanlage" findet sich (übereinstimmend) in beiden Bestimmungen wieder. Eine Definition des Begriffs "beschriebene Tankanlage" kann auch der Pos. 00.03110 nicht entnommen werden, jedoch soll (nach den Ausführungen des Auftraggebers in der mündlichen Verhandlung) dieser Begriff das Leistungsverzeichnis darstellen.

Eine über die in der "Angebotseinholung" hinausgehende Erläuterung findet sich in der einschlägigen Position des Leistungsverzeichnisses durch die Formulierung "die den Bestimmungen des Leistungsverzeichnisses im wesentlichen entspricht" mit einer sich daran anschließenden (taxativen) Aufzählung von technischen Begriffsmerkmalen (vgl. Sachverhaltsfeststellungen). Hieraus könnte geschlossen werden, dass der Auftraggeber den Begriff "im wesentlichen" dadurch zu konkretisieren versucht, als dadurch ausschließlich die in der Klammer taxativ aufgezählten Eigenschaften erfüllt sein müssten (so jedenfalls das Verständnis der Zweitantragsteller). Einer solchen Interpretation steht jedoch die seitens des Auftraggebers in seinen Schreiben vom 16. bzw. 24. Mai 2006 an die Zweitantragsteller (bzw. am 8. Juni 2006 an die in Aussicht genommenen Zuschlagsempfänger) vorgenommene Erläuterung entgegen. In dieser nach Angebotsöffnung durchgeführten "Aufklärung" finden sich nämlich zusätzlich 4 technische Begriffsmerkmale, die in der ursprünglichen Position 00.03110 des Leistungsverzeichnisses nicht explizit aufgezählt sind (siehe dazu auch die Aufzählung dieser – nunmehr – 7 Begriffe im Formblatt "Referenzanlage"). Der Auftraggeber vermeint nun, dass es sich hierbei um keine zusätzlichen Forderungen handelt, da durch diese (nachträgliche) Aufklärung nur die Bestimmung des Leistungsverzeichnisses "im wesentlichen" näher erläutert werden sollte. Diese (nunmehr) 7 technischen Begriffsmerkmale sind nach Ansicht des Auftraggebers bereits alle aus dem Leistungsverzeichnis ableitbar gewesen. Eine über die in der "Angebotseinholung" hinausgehende Erläuterung findet sich in der einschlägigen Position des Leistungsverzeichnisses durch die Formulierung "die den Bestimmungen des Leistungsverzeichnisses im wesentlichen entspricht" mit einer sich daran anschließenden (taxativen) Aufzählung von technischen Begriffsmerkmalen (vergleiche Sachverhaltsfeststellungen). Hieraus könnte geschlossen werden, dass der Auftraggeber den Begriff "im wesentlichen" dadurch zu konkretisieren versucht, als dadurch ausschließlich die in der Klammer taxativ aufgezählten Eigenschaften erfüllt sein müssten (so jedenfalls das Verständnis der Zweitantragsteller). Einer solchen Interpretation steht jedoch die seitens des Auftraggebers in seinen Schreiben vom 16. bzw. 24. Mai 2006 an die Zweitantragsteller (bzw. am 8. Juni 2006 an die in Aussicht genommenen Zuschlagsempfänger) vorgenommene Erläuterung entgegen. In dieser nach Angebotsöffnung durchgeführten "Aufklärung" finden sich nämlich zusätzlich 4 technische Begriffsmerkmale, die in der ursprünglichen Position 00.03110 des Leistungsverzeichnisses nicht explizit aufgezählt sind (siehe dazu auch die Aufzählung dieser – nunmehr – 7 Begriffe im Formblatt "Referenzanlage"). Der Auftraggeber vermeint nun, dass es sich hierbei um keine zusätzlichen Forderungen handelt, da durch diese (nachträgliche) Aufklärung nur die Bestimmung des Leistungsverzeichnisses "im wesentlichen" näher erläutert werden sollte. Diese (nunmehr) 7 technischen Begriffsmerkmale sind nach Ansicht des Auftraggebers bereits alle aus dem Leistungsverzeichnis ableitbar gewesen.

Folgte man diesen Ausführungen, so ist jedoch für den Senat gänzlich unplausibel, warum es dem Auftraggeber nicht möglich war, bereits in der (für den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit entscheidungsrelevanten) Pos. 00.03110 den Begriff "im wesentlichen" so zu erläutern und verdeutlichen, wie dies durch die Aufklärungsschreiben an die Zweitantragsteller bzw. in Aussicht genommenen Zuschlagsempfänger nachträglich geschehen ist. Der Auftraggeber konnte offenbar auch beim Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfänger nicht davon ausgehen, dass dieser Bieter die geforderten Referenzanlagen entsprechend den (ursprünglichen) Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen nachgewiesen hat. Andernfalls ist es nicht erklärlich, warum die (schon bei den Zweitantragstellern gewählte) nähere Erläuterung mit Schreiben vom 8. Juni 2006 überhaupt notwendig gewesen sein sollte. Auch die (erst nach Angebotsöffnung) vom Auftraggeber zur abschließenden Beurteilung der technischen Leistungsfähigkeit als notwendig erachtete Besichtigung zweier Referenzanlagen kann den ursprünglich festgelegten

Bedingungen der Ausschreibung nicht entnommen werden. Ebenso wenig das - vom Auftraggeber seiner Entscheidung über die Eignungsprüfung zugrunde gelegte und letztlich ausschlaggebende - Formblatt "Referenzanlage".

Der Senat geht daher davon aus, dass der Auftraggeber aufgrund der (vorab unpräzisen bzw. mehrdeutigen) Forderungen in den Ausschreibungsunterlagen (= Blatt 7 der "Angebotseinholung" bzw. Z-Position 00.03110 "Nachweis der Leistungsfähigkeit") nicht in der Lage war, die technische Leistungsfähigkeit allein auf dieser Grundlage einer Beurteilung zuzuführen. Daher kam es in der Folge zu ergänzenden Aufklärungsschreiben, um die Eignungskriterien nachträglich in einer Weise zu konkretisieren, wie sie den ursprünglichen – jedoch vorab nicht klar und hinreichend bestimmten – Vorstellungen des Auftraggebers in Bezug auf die technische Leistungsfähigkeit entsprechen sollten. Ein nachträgliches Abgehen des Auftraggebers von den Ausschreibungserfordernissen verhindert aber einen lautereren Wettbewerb (zitiert nach Hahnl, BVergG 2002 E.2. zu § 91) und ist daher mit den Grundsätzen des § 21 Abs. 1 BVergG 2002 nicht in Einklang zu bringen, da sie eine willkürliche Handhabung der Eignungsprüfung (in concreto: der technischen Leistungsfähigkeit) ermöglicht (vgl. dazu auch - analog - die Rechtsprechung des EuGH zu den Zuschlagskriterien, wonach ein Zuschlagskriterium, das einem öffentlichen Auftraggeber bei der Vergabe des Auftrags an einen Bieter eine uneingeschränkte Entscheidungsfreiheit einräumen würde, unvereinbar mit Art. 36 Abs. 1 lit. a DKR ist; abgedruckt in Hahnl, BVergG 2002 E.6. zu § 67). Diese willkürliche Handhabung kommt insbesondere dadurch zum Ausdruck, dass der Auftraggeber die Begründung der Ausscheidensentscheidung beim Angebot der Zweitantragsteller darauf gestützt hat, dass als Nachweis der EMSR-Technik für den petrochemischen Bereich und den Explosionsschutz keine geeigneten Referenzanlagen - jeweils "nein" eingetragen - angegeben wurden (vgl. den Wortlaut des Schreibens vom 10. Juli 2006, Sachverhaltsfeststellungen). Ein expliziter Hinweis, wonach hinsichtlich der EMSR-Technik die Forderungen "petrochemischer Bereich" und "Explosionsschutz" in Kombination erfüllt sein müssen, findet sich jedoch nicht in den Ausschreibungsunterlagen. Ebenso wenig hat der Auftraggeber die Zweitantragsteller auf die (offenbar nach seinem Dafürhalten entscheidungsrelevante) Erfüllung dieser Faktoren in den (nach Angebotsöffnung erfolgten) Aufklärungsschreiben explizit hingewiesen. Der Senat geht daher davon aus, dass der Auftraggeber aufgrund der (vorab unpräzisen bzw. mehrdeutigen) Forderungen in den Ausschreibungsunterlagen (= Blatt 7 der "Angebotseinholung" bzw. Z-Position 00.03110 "Nachweis der Leistungsfähigkeit") nicht in der Lage war, die technische Leistungsfähigkeit allein auf dieser Grundlage einer Beurteilung zuzuführen. Daher kam es in der Folge zu ergänzenden Aufklärungsschreiben, um die Eignungskriterien nachträglich in einer Weise zu konkretisieren, wie sie den ursprünglichen – jedoch vorab nicht klar und hinreichend bestimmten – Vorstellungen des Auftraggebers in Bezug auf die technische Leistungsfähigkeit entsprechen sollten. Ein nachträgliches Abgehen des Auftraggebers von den Ausschreibungserfordernissen verhindert aber einen lautereren Wettbewerb (zitiert nach Hahnl, BVergG 2002 E.2. zu Paragraph 91.) und ist daher mit den Grundsätzen des Paragraph 21, Absatz eins, BVergG 2002 nicht in Einklang zu bringen, da sie eine willkürliche Handhabung der Eignungsprüfung (in concreto: der technischen Leistungsfähigkeit) ermöglicht (vergleiche dazu auch - analog - die Rechtsprechung des EuGH zu den Zuschlagskriterien, wonach ein Zuschlagskriterium, das einem öffentlichen Auftraggeber bei der Vergabe des Auftrags an einen Bieter eine uneingeschränkte Entscheidungsfreiheit einräumen würde, unvereinbar mit Artikel 36, Absatz eins, Litera a, DKR ist; abgedruckt in Hahnl, BVergG 2002 E.6. zu Paragraph 67.). Diese willkürliche Handhabung kommt insbesondere dadurch zum Ausdruck, dass der Auftraggeber die Begründung der Ausscheidensentscheidung beim Angebot der Zweitantragsteller darauf gestützt hat, dass als Nachweis der EMSR-Technik für den petrochemischen Bereich und den Explosionsschutz keine geeigneten Referenzanlagen - jeweils "nein" eingetragen - angegeben wurden (vergleiche den Wortlaut des Schreibens vom 10. Juli 2006, Sachverhaltsfeststellungen). Ein expliziter Hinweis, wonach hinsichtlich der EMSR-Technik die Forderungen "petrochemischer Bereich" und "Explosionsschutz" in Kombination erfüllt sein müssen, findet sich jedoch nicht in den Ausschreibungsunterlagen. Ebenso wenig hat der Auftraggeber die Zweitantragsteller auf die (offenbar nach seinem Dafürhalten entscheidungsrelevante) Erfüllung dieser Faktoren in den (nach Angebotsöffnung erfolgten) Aufklärungsschreiben explizit hingewiesen.

Die gegenständlich durchgeführte willkürliche Beurteilungsmethode tritt auch anhand der Vorgehensweise des Auftraggebers im Zusammenhang mit der Überprüfung der Referenzanlagen der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfänger evident hervor: Einerseits wurde eine für die Eignungsprüfung ausschlaggebende (vom Auftraggeber besichtigte) Referenzanlage im Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfänger überhaupt nicht benannt, sondern erst im Rahmen der Beantwortung des Aufklärungsschreibens am 12. Juni 2006 nachgereicht. Andererseits konnte dem Vergabeakt das Formblatt "Referenzanlage" (mit den spezifischen vom Bieter mit Ja/Nein

auszufüllenden technischen Anforderungsmerkmalen) für eine weitere benannte (und vom Auftraggeber der Eignungsprüfung zugrunde gelegte) Referenzanlage der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfänger nicht entnommen werden. Allein diese Vorgehensweise verdeutlicht die zuvor angeführte willkürliche Handhabung der Eignungsprüfung, zumal der Auftraggeber eine Besichtigung der von den Zweitantragstellern benannten Referenzanlagen ausdrücklich mit dem Hinweis ablehnte, dass die zu diesen Anlagen in den Formblättern "Referenzanlage" getätigten Angaben nicht in allen Punkten den (nachträglich explizit genannten) Angaben des Auftraggebers entsprachen. Die Zuschlagsentscheidung erweist sich somit schon aufgrund des Verstoßes gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz iSd § 21 Abs. 1 BVergG 2002 als rechtswidrig, da die Bieter sowohl zu dem Zeitpunkt, zu dem sie ihre Angebote vorbereiten, als auch zu dem Zeitpunkt, zu dem diese vom öffentlichen Auftraggeber beurteilt werden, gleichbehandelt werden müssen (EuGH 18.10.2001, Rs C- 19/00, SIAC Construction, in Sturm/Fink, Die europäische Rechtsprechung zum Vergaberecht [2003] 424; zum Grundsatz der Gleichbehandlung siehe auch EuGH 22.6.1993, Rs C-243/89, Kommission/Dänemark und EuGH 25.4.1996, Rs C-87/94, Kommission/Belgien, in Sturm/Fink, Die europäische Rechtsprechung 141ff). Die gegenständlich durchgeführte willkürliche Beurteilungsmethode tritt auch anhand der Vorgehensweise des Auftraggebers im Zusammenhang mit der Überprüfung der Referenzanlagen der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfänger evident hervor: Einerseits wurde eine für die Eignungsprüfung ausschlaggebende (vom Auftraggeber besichtigte) Referenzanlage im Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfänger überhaupt nicht benannt, sondern erst im Rahmen der Beantwortung des Aufklärungsschreibens am 12. Juni 2006 nachgereicht. Andererseits konnte dem Vergabeakt das Formblatt "Referenzanlage" (mit den spezifischen vom Bieter mit Ja/Nein auszufüllenden technischen Anforderungsmerkmalen) für eine weitere benannte (und vom Auftraggeber der Eignungsprüfung zugrunde gelegte) Referenzanlage der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfänger nicht entnommen werden. Allein diese Vorgehensweise verdeutlicht die zuvor angeführte willkürliche Handhabung der Eignungsprüfung, zumal der Auftraggeber eine Besichtigung der von den Zweitantragstellern benannten Referenzanlagen ausdrücklich mit dem Hinweis ablehnte, dass die zu diesen Anlagen in den Formblättern "Referenzanlage" getätigten Angaben nicht in allen Punkten den (nachträglich explizit genannten) Angaben des Auftraggebers entsprachen. Die Zuschlagsentscheidung erweist sich somit schon aufgrund des Verstoßes gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz iSd Paragraph 21, Absatz eins, BVergG 2002 als rechtswidrig, da die Bieter sowohl zu dem Zeitpunkt, zu dem sie ihre Angebote vorbereiten, als auch zu dem Zeitpunkt, zu dem diese vom öffentlichen Auftraggeber beurteilt werden, gleichbehandelt werden müssen (EuGH 18.10.2001, Rs C- 19/00, SIAC Construction, in Sturm/Fink, Die europäische Rechtsprechung zum Vergaberecht [2003] 424; zum Grundsatz der Gleichbehandlung siehe auch EuGH 22.6.1993, Rs C-243/89, Kommission/Dänemark und EuGH 25.4.1996, Rs C-87/94, Kommission/Belgien, in Sturm/Fink, Die europäische Rechtsprechung 141ff).

Um die Rechtswidrigkeit der seitens des Auftraggebers erfolgten Ausscheidung des Angebotes der Zweitantragsteller abschließend beurteilen zu können, ist als Vorfrage zu beantworten, ob die technische Leistungsfähigkeit (in concreto: der Nachweis von zumindest zwei Referenzanlagen in der Größenordnung der im Leistungsverzeichnis beschriebenen Tankanlagen, die innerhalb der letzten 5 Jahre errichtet und behördlich bewilligt wurden) der Zweitantragsteller vorliegt. Die Grundlage dieser Entscheidung, die in der Bestimmung des § 91 Abs. 1 und 2 BVergG 2002 ihren Niederschlag findet, kann jedoch unter Heranziehung der gegenständlichen Ausschreibungsunterlagen nicht getroffen werden. Nach Abs. 1 leg. cit. hat die Prüfung der Angebote in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Kriterien zu erfolgen. Da jedoch – wie bereits ausführlich dargelegt – die Eignungskriterien nicht in einer objektiv transparenten Weise festgelegt wurden, die darin getroffenen Bedingungen vielmehr (willkürliche) Interpretationsspielräume ermöglichen, ist die seitens des Auftraggebers am 3. Juli 2006 erfolgte Ausscheidenssowie Zuschlagsentscheidung einer gerichtlichen Überprüfbarkeit die Grundlage entzogen worden. Um die Rechtswidrigkeit der seitens des Auftraggebers erfolgten Ausscheidung des Angebotes der Zweitantragsteller abschließend beurteilen zu können, ist als Vorfrage zu beantworten, ob die technische Leistungsfähigkeit (in concreto: der Nachweis von zumindest zwei Referenzanlagen in der Größenordnung der im Leistungsverzeichnis beschriebenen Tankanlagen, die innerhalb der letzten 5 Jahre errichtet und behördlich bewilligt wurden) der Zweitantragsteller vorliegt. Die Grundlage dieser Entscheidung, die in der Bestimmung des Paragraph 91, Absatz eins und 2 BVergG 2002 ihren Niederschlag findet, kann jedoch unter Heranziehung der gegenständlichen Ausschreibungsunterlagen nicht getroffen werden. Nach Absatz eins, leg. cit. hat die Prüfung der Angebote in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Kriterien zu erfolgen. Da jedoch – wie bereits ausführlich dargelegt – die

Eignungskriterien nicht in einer objektiv transparenten Weise festgelegt wurden, die darin getroffenen Bedingungen vielmehr (willkürliche) Interpretationsspielräume ermöglichen, ist die seitens des Auftraggebers am 3. Juli 2006 erfolgte Ausscheidenssowie Zuschlagsentscheidung einer gerichtlichen Überprüfbarkeit die Grundlage entzogen worden.

Das Bundesvergabeamt verkennt keineswegs, dass nach der Systematik des BVergG 2002 (wie auch jener des BVergG 2006) Präklusion eintritt, sofern ein Bieter es verabsäumt, eine (gesondert anfechtbare) Auftraggeberentscheidung innerhalb der vorgegebenen Anfechtungsfristen zu bekämpfen (zum BVergG 2002 siehe AB 1118 BlgNR. 21. GP 24, zum BVergG 2006 siehe insbesondere RV 1171 BlgNR. Das Bundesvergabeamt verkennt keineswegs, dass nach der Systematik des BVergG 2002 (wie auch jener des BVergG 2006) Präklusion eintritt, sofern ein Bieter es verabsäumt, eine (gesondert anfechtbare) Auftraggeberentscheidung innerhalb der vorgegebenen Anfechtungsfristen zu bekämpfen (zum BVergG 2002 siehe Ausschussbericht 1118 BlgNR. 21. Gesetzgebungsperiode 24, zum BVergG 2006 siehe insbesondere Regierungsvorlage 1171 BlgNR.

1. 22.Ziffer 22

GP 13 sowie jüngst Hahnl, Unrichtige Auftraggeberfestlegungen und die Auswirkungen auf den Vergaberechtsschutz nach dem BVergG 2006, RPA 2006, 118; zur "Bestandskraft" von unangefochten gebliebenen Ausschreibungsbedingungen siehe vor allem BVA 20.3.2003, 12N-10/03-11, RPA 2003, 53 [Mecenovic], zur "Sanierungswirkung" der Präklusionsfristen siehe BVA 29.8.2003, 13N-72/03-11, ZVB 2004, 13 [Möslinger-Gehmayr]; zur Präklusion siehe auch VwGH 15.9.2004, 2004/04/0054 und VwGH 7.11.2005, 2003/04/0135). Nach einer Entscheidung des Bundesvergabeamtes kann die Tauglichkeit von Zuschlagskriterien, das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot zu ermitteln, nach Ablauf der Frist für die Nachprüfung der Ausschreibung nicht mehr aufgegriffen werden, solange anhand der konkret aufgestellten Kriterien zumindest eine im Nachhinein objektiv nachvollziehbare, plausible Bestbieterermittlung unter Zugrundelegung der allgemeinen Grundsätze des Vergabeverfahrens möglich bleibt (BVA 23.6.2003, 6N-41/03-15, RPA 2003, 292 [Hofer]). Daraus folgt im Umkehrschluss, dass der Eintritt der Präklusion dann als relativiert anzusehen ist, wenn eine Zuschlagsentscheidung auf Grund der Ausschreibungsvorgaben nur unter Verletzung der allgemeinen Grundsätze des Vergabeverfahrens getroffen werden kann (in diese Richtung schon Fink, Zur Sanierung von Ausschreibungsfehlern, RPA 2005, 14). Gesetzgebungsperiode 13 sowie jüngst Hahnl, Unrichtige Auftraggeberfestlegungen und die Auswirkungen auf den Vergaberechtsschutz nach dem BVergG 2006, RPA 2006, 118; zur "Bestandskraft" von unangefochten gebliebenen Ausschreibungsbedingungen siehe vor allem BVA 20.3.2003, 12N-10/03-11, RPA 2003, 53 [Mecenovic], zur "Sanierungswirkung" der Präklusionsfristen siehe BVA 29.8.2003, 13N-72/03-11, ZVB 2004, 13 [Möslinger-Gehmayr]; zur Präklusion siehe auch VwGH 15.9.2004, 2004/04/0054 und VwGH 7.11.2005, 2003/04/0135). Nach einer Entscheidung des Bundesvergabeamtes kann die Tauglichkeit von Zuschlagskriterien, das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot zu ermitteln, nach Ablauf der Frist für die Nachprüfung der Ausschreibung nicht mehr aufgegriffen werden, solange anhand der konkret aufgestellten Kriterien zumindest eine im Nachhinein objektiv nachvollziehbare, plausible Bestbieterermittlung unter Zugrundelegung der allgemeinen Grundsätze des Vergabeverfahrens möglich bleibt (BVA 23.6.2003, 6N-41/03-15, RPA 2003, 292 [Hofer]). Daraus folgt im Umkehrschluss, dass der Eintritt der Präklusion dann als relativiert anzusehen ist, wenn eine Zuschlagsentscheidung auf Grund der Ausschreibungsvorgaben nur unter Verletzung der allgemeinen Grundsätze des Vergabeverfahrens getroffen werden kann (in diese Richtung schon Fink, Zur Sanierung von Ausschreibungsfehlern, RPA 2005, 14).

Nach einer Entscheidung des UVS Burgenland hat die Heilung von Ausschreibungsmängeln durch Ablauf der Anfechtungsfristen dort ihre Grenze, wo die Rechtswidrigkeiten der Ausschreibung so gravierend sind, dass das Vergabekontrollverfahren die objektive Nachvollziehbarkeit der Vergabeentscheidung nicht mehr gewährleisten kann (UVS Burgenland, 9.8.2004, E VNP/11/2004.006/009, RPA 2005, 43 [Hofer]). Auch der UVS OÖ sprach aufgrund von elementaren Ausschreibungsfehlern die Nichtigkeit einer Zuschlagsentscheidung aus, wobei er wie folgt ausführte:

Auch wenn nunmehr nach § 3 Abs. 1 Oö Vergabenachprüfungsgesetz nur mehr gesondert anfechtbare Entscheidungen im Sinne des § 20 Z 13 BVergG - ... einer Nachprüfung unter Einhaltung von Präklusionsfristen zugänglich sind, so liegt doch im vorliegenden Fall eine Rechtswidrigkeit in den Ausschreibungsunterlagen vor, die dazu führt, dass das gesamte Verfahren durch die unmöglich gemachte Überprüfbarkeit der Zuschlagsentscheidung mangels Festlegung des Zuschlagsprinzips bzw. Gewichtung der Zuschlagskriterien mit Gemeinschaftsrechtswidrigkeit belastet wird, die einer Sanierung nicht zugänglich ist und zur Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung führen

muss. (UVS OÖ 9.10.2003, 550107/7/Bm/Sta, RPA 2004, 116 [Fink]). Auch wenn nunmehr nach Paragraph 3, Absatz eins, Oö Vergabenaachprüfungsgesetz nur mehr gesondert anfechtbare Entscheidungen im Sinne des Paragraph 20, Ziffer 13, BVergG - ... einer Nachprüfung unter Einhaltung von Präklusionsfristen zugänglich sind, so liegt doch im vorliegenden Fall eine Rechtswidrigkeit in den Ausschreibungsunterlagen vor, die dazu führt, dass das gesamte Verfahren durch die unmöglich gemachte Überprüfbarkeit der Zuschlagsentscheidung mangels Festlegung des Zuschlagsprinzips bzw. Gewichtung der Zuschlagskriterien mit Gemeinschaftsrechtswidrigkeit belastet wird, die einer Sanierung nicht zugänglich ist und zur Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung führen muss. (UVS OÖ 9.10.2003, 550107/7/Bm/Sta, RPA 2004, 116 [Fink]).

Die in den zitierten Entscheidungen aufgeworfene Problematik, wie bei einer Ausschreibung vorzugehen ist, die trotz (oder gerade wegen) der eingetretenen Sanierung ihrer Fehler einer regulären Verfahrensbeendigung entgegen steht, lässt Fink zum Ergebnis gelangen, dass (an und für sich) sanierte Ausschreibungsfehler dann zur Nichtigerklärung einer darauf basierenden Zuschlagsentscheidung führen, wenn eine Ermittlung des Zuschlagsempfängers nur unter Verletzung der Vergabegrundsätze des § 21 und hierbei insbesondere des Gleichbehandlungsgebots möglich ist (Fink, Beitrag in Schramm/Aicher [Hrsg] Vergaberecht und PPP II [2005] 118f). Dass aber der Auftraggeber bei der (im Rahmen der Angebotsprüfung durchgeführten) Beurteilung der technischen Leistungsfähigkeit die Grundsätze des § 21 Abs. 1 BVergG 2002 missachtete, wurde bereits ausführlich dargelegt. Da sich das Vergabeverfahren bereits im Stadium nach Angebotsöffnung befindet, kann dieser (Wurzel-) Mangel der Ausschreibung im Zuge einer Berichtigung gemäß § 78 BVergG 2002 nicht mehr saniert werden. Vielmehr bedingt die Notwendigkeit, bei der Durchführung des Zuschlagsverfahrens die Vergabegrundsätze zu verletzen, das Vorliegen eines – der Präklusion nicht zugänglichen – zwingenden Widerrufsgrundes im Sinne des § 105 Abs. 1 BVergG 2002 (so auch Fink, Beitrag in Schramm/Aicher 119; zu zwingenden Widerrufsgründen siehe auch Estermann, in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht² [2005] 418f). Die in den zitierten Entscheidungen aufgeworfene Problematik, wie bei einer Ausschreibung vorzugehen ist, die trotz (oder gerade wegen) der eingetretenen Sanierung ihrer Fehler einer regulären Verfahrensbeendigung entgegen steht, lässt Fink zum Ergebnis gelangen, dass (an und für sich) sanierte Ausschreibungsfehler dann zur Nichtigerklärung einer darauf basierenden Zuschlagsentscheidung führen, wenn eine Ermittlung des Zuschlagsempfängers nur unter Verletzung der Vergabegrundsätze des Paragraph 21 und hierbei insbesondere des Gleichbehandlungsgebots möglich ist (Fink, Beitrag in Schramm/Aicher [Hrsg] Vergaberecht und PPP römisch zwei [2005] 118f). Dass aber der Auftraggeber bei der (im Rahmen der Angebotsprüfung durchgeführten) Beurteilung der technischen Leistungsfähigkeit die Grundsätze des Paragraph 21, Absatz eins, BVergG 2002 missachtete, wurde bereits ausführlich dargelegt. Da sich das Vergabeverfahren bereits im Stadium nach Angebotsöffnung befindet, kann dieser (Wurzel-) Mangel der Ausschreibung im Zuge einer Berichtigung gemäß Paragraph 78, BVergG 2002 nicht mehr saniert werden. Vielmehr bedingt die Notwendigkeit, bei der Durchführung des Zuschlagsverfahrens die Vergabegrundsätze zu verletzen, das Vorliegen eines – der Präklusion nicht zugänglichen – zwingenden Widerrufsgrundes im Sinne des Paragraph 105, Absatz eins, BVergG 2002 (so auch Fink, Beitrag in Schramm/Aicher 119; zu zwingenden Widerrufsgründen siehe auch Estermann, in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht² [2005] 418f).

Zu Spruchpunkt II:

Gemäß § 318 Abs. 1 1. Satz BVergG 2006 ist für Anträge gemäß den § 320 Abs. 1 328 Abs. 1 und 331 Abs. 1 und 2 BVergG 2006 vom Antragsteller jeweils eine Pauschalgebühr zu entrichten. Gemäß Paragraph 318, Absatz eins, 1. Satz BVergG 2006 ist für Anträge gemäß den Paragraph 320, Absatz eins, 328 Absatz eins und 331 Absatz eins und 2 BVergG 2006 vom Antragsteller jeweils eine Pauschalgebühr zu entrichten.

Gemäß § 319 Abs. 1 1. Satz BVergG 2006 hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende, Antragsteller, Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 leg. cit entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, 1. Satz BVergG 2006 hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende, Antragsteller, Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, leg. cit entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber.

Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung besteht nur dann, wenn dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde (§ 319 Abs. 2 BVergG 2006). Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung besteht nur dann, wenn dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag)

stattgegeben wird und dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde (Paragraph 319, Absatz 2, BVergG 2006).

Gemäß § 319 Abs. 3 BVergG 2006 entscheidet über den Gebührenersatz das Bundesvergabeamt. Gemäß Paragraph 319, Absatz 3, BVergG 2006 entscheidet über den Gebührenersatz das Bundesvergabeamt.

Da sowohl den Nachprüfungsanträgen als auch den Anträgen auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben wurden, haben die Antragsteller Anspruch auf Ersatz ihrer für den Nachprüfungsantrag und für den Antrag auf einstweilige Verfügung entrichteten Pauschalgebühren von insgesamt Euro 3.200,-- durch den Auftraggeber.

Zuletzt aktualisiert am

28.07.2008

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