

TE Verg Bescheid 2005/1/23 10N-134/04-22

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 23.01.2005

Norm

BVergG 2002 §21 Abs1

BVergG 2002 §32

BVergG 2002 §104 Abs1

BVergG 2002 §163 Abs1

BVergG 2002 §171 Abs1

ABGB §914

ABGB §915

1. ABGB § 914 heute
2. ABGB § 914 gültig ab 01.01.1917 zuletzt geändert durch RGBl. Nr. 69/1916

1. ABGB § 915 heute
2. ABGB § 915 gültig ab 01.01.1812

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senats 10, Dr. Roland Katary, und zwar gemäß § 154 Abs 1 Z 1 BundesvergabeGesetz 2002, BGBl I Nr 2002/99 (BVergG) als einzelnes Mitglied, im Nachprüfungsverfahren gemäß § 162 Abs 2 BVergG, betreffend die Auftragsvergabe "IT-Sourcinganalyse, Bewertung alternativer Entwicklungsszenarien für IT", des Auftraggebers Arbeitsmarktservice, vertreten durch Arbeitsmarktservice Österreich, Treustraße 35-43, 1200 Wien, eingeleitet über Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 23. Dezember 2004, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senats 10, Dr. Roland Katary, und zwar gemäß Paragraph 154, Absatz eins, Ziffer eins, BundesvergabeGesetz 2002, BGBl römisch eins Nr 2002/99 (BVergG) als einzelnes Mitglied, im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 162, Absatz 2, BVergG, betreffend die Auftragsvergabe "IT-Sourcinganalyse, Bewertung alternativer Entwicklungsszenarien für IT", des Auftraggebers Arbeitsmarktservice, vertreten durch Arbeitsmarktservice Österreich, Treustraße 35-43, 1200 Wien, eingeleitet über Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 23. Dezember 2004, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Dem Antrag der A*** auf "Nichtigerklärung der Entscheidung des Auftraggebers im Hinblick auf die Bewerberauswahl (Nicht-Zulassung zur Teilnahme im Schreiben der Antragsgegnerin vom 13.12.2004, eingelangt bei der Antragstellerin am 16.12.2004)", wird stattgegeben.

Die Entscheidung des Auftraggebers Arbeitsmarktservice, vertreten durch das Arbeitsmarktservice Österreich, vom 13.12.2004, bei der Antragstellerin eingelangt am 16.12.2004, im Vergabeverfahren "IT-Sourcinganalyse, Bewertung alternativer Entwicklungsszenarien für IT" über die Bewerberauswahl (Nicht-Zulassung zur Teilnahme), wird für nichtig erklärt.

Rechtsgrundlage: § 21 Abs 1, § 32, § 104 Abs 1, § 163 Abs 1 BVergG, §§ 914, 915 ABGB
Rechtsgrundlage: Paragraph 21, Absatz eins,, Paragraph 32,, Paragraph 104, Absatz eins,, Paragraph 163, Absatz eins, BVergG, Paragraphen 914, 915, ABGB

II.römisch zwei.

Der Antrag der A*** vom 14. Jänner 2005 "auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit welcher der Antragsgegnerin untersagt wird, im antragsgegenständlichen Verfahren 'IT-Sourcinganalyse, Bewertung alternativer Entwicklungsszenarien für IT' die Angebote zu öffnen", wobei diese einstweilige Verfügung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens aber für ein Monat begehrt werde, wird

zurückgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 171 Abs 1 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraph 171, Absatz eins, BVergG

III.römisch drei.

Der Antrag des Auftraggebers "die [am 30. Dezember 2004] erlassene einstweilige Verfügung aufzuheben, da sämtliche geltend gemachten Rechtswidrigkeiten die Ausschreibung betreffen", wird

zurückgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 171 Abs 1 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraph 171, Absatz eins, BVergG

Begründung

1. 1.Ziffer eins

Die 42virtual Business Services GmbH (in der Folge "Antragstellerin" genannt) stellte am 23. Dezember 2004, neben einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung das in Spruchpunkt I. sowie mit gesondertem Schriftsatz vom 14.1.2005 das im Spruchpunkt II. ersichtliche Begehren. Die 42virtual Business Services GmbH (in der Folge "Antragstellerin" genannt) stellte am 23. Dezember 2004, neben einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung das in Spruchpunkt römisch eins. sowie mit gesondertem Schriftsatz vom 14.1.2005 das im Spruchpunkt römisch zwei. ersichtliche Begehren.

Zum Antrag auf Nichtigerklärung führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus: Angefochten werde die - gesondert anfechtbare - rechtswidrige Bewerberauswahl (Nicht-Zulassung zur Teilnahme) im Sinne des § 169 Abs 2 Z 2 lit b iVm § 20 Z 13 lit a sublit bb BVergG im Vergabeverfahren "IT-Sourcinganalyse, Bewertung alternativer Entwicklungsszenarien für IT". Diese Ausschreibung wäre als nicht offenes Verfahren im Unterschwellenbereich am 13.11.2004 durch den Auftraggeber Arbeitsmarktservice bekannt gemacht worden. Nach fristgerechter Abgabe eines Teilnahmeantrages hätte der Auftraggeber der Antragstellerin mit Schreiben vom 16.12.2004 (datiert mit 13.12.2004) mitgeteilt, dass sie "leider nicht unter den drei bestgeeigneten Bewerbern gereiht" wäre. Diese Bewerberauswahl (Nicht-Zulassung zur Teilnahme) wäre allerdings rechtswidrig. Durch diese Rechtswidrigkeiten wäre die Antragstellerin in ihrem Recht auf ordnungsgemäße Durchführung des Vergabeverfahrens, insbesondere in ihrem Recht auf Teilnahme am Verhandlungsverfahren [gemeint wohl die

Zum Antrag auf Nichtigerklärung führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus: Angefochten werde die - gesondert anfechtbare - rechtswidrige Bewerberauswahl (Nicht-Zulassung zur Teilnahme) im Sinne des Paragraph 169, Absatz 2, Ziffer 2, Litera b, in Verbindung mit Paragraph 20, Ziffer 13, Litera a, Sub-Litera, b, b, BVergG im Vergabeverfahren "IT-Sourcinganalyse, Bewertung alternativer Entwicklungsszenarien für IT". Diese Ausschreibung wäre als nicht offenes Verfahren im Unterschwellenbereich am 13.11.2004 durch den Auftraggeber Arbeitsmarktservice bekannt gemacht worden. Nach fristgerechter Abgabe eines Teilnahmeantrages hätte der Auftraggeber der Antragstellerin mit Schreiben vom 16.12.2004 (datiert mit 13.12.2004) mitgeteilt, dass sie "leider nicht unter den drei bestgeeigneten Bewerbern gereiht" wäre. Diese Bewerberauswahl (Nicht-Zulassung zur Teilnahme) wäre allerdings rechtswidrig. Durch diese Rechtswidrigkeiten wäre die Antragstellerin in ihrem Recht auf ordnungsgemäße Durchführung des Vergabeverfahrens, insbesondere in ihrem Recht auf Teilnahme am Verhandlungsverfahren [gemeint wohl die

1. 2.Ziffer 2

Stufe des nicht offenen Verfahrens] bzw in ihrem Recht auf Durchführung einer ordnungsgemäßen Prüfung ihres Teilnahmeantrages sowie in ihrem Recht auf Widerruf der Ausschreibung wegen Nichtnachvollziehbarkeit des Auswahlverfahrens verletzt.

Neben den Essentialia für die Zulässigkeit ihres Nachprüfungsantrages führte die Antragstellerin zu den relevierten Vergabeverstößen an, der Auftraggeber stütze seine rechtswidrige Bewerberauswahl auf die lapidare Feststellung, dass der ihr Teilnahmeantrag nicht unter die drei bestgeeigneten Bieter gereiht worden wäre. Nachdem das Absageschreiben keinerlei Aufschlüsse über die bessere Eignung anderer Unternehmen und die schlechtere Eignung der Antragstellerin enthielte, wäre nicht erkennbar, ob und gegebenenfalls in welcher Weise der Auftraggeber den ausgewählten Bewerbern größere Erfahrung, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit als der Antragstellerin zumessen würde. Die Bewerberauswahl wäre schon aus diesem Grund nicht nachvollziehbar und daher für nichtig zu erklären. Im Übrigen hätte es der Auftraggeber entgegen § 130 Abs 1 BVergG unterlassen, für die Auswahlentscheidung nachvollziehbare Auswahlkriterien vorzusehen und gegenüber den interessierten Unternehmen offen zu legen. So fehlen nämlich - abgesehen von einer Gewichtung der Kriterien - nähere Angaben über die konkrete Bewertung. Das Bewertungsschema für die Auswahlkriterien erschöpfe sich in reinen Worthülsen, wobei den Interessenten vorab nicht erkennbar wäre, nach welchen Aspekten der Auftraggeber die Referenzprojekte, die Qualifikationsprofile des Schlüsselpersonals und die sonstigen Auswahlkriterien bewerten würde. Es sei damit eine reine Glückssache, ob ein Interessent sich für das passende Referenzprojekt oder das passende Schlüsselpersonal entscheiden würde. Nachdem der Auftraggeber diese Festlegungen nur rudimentärst vorgenommen bzw gegenüber den Bietern transparent gemacht hätte, müsste die vom Auftraggeber getroffene Bewerberauswahl zwangsläufig mangels objektiver Nachvollziehbarkeit als rechtswidrig qualifiziert werden. Dabei sei nicht relevant, ob die nicht ausreichend erfolgte Festlegung von Auswahlkriterien als gesondert anfechtbare Entscheidung zu qualifizieren wäre, da diese jedenfalls dazu führen, dass auch die (von der Antragstellerin jedenfalls rechtzeitig angefochtene) Auswahlentscheidung willkürlich und damit rechtswidrig erfolgt sei. Auf allfällige Präklusionsfristen wäre daher nicht Rücksicht zu nehmen.

Neben den Essentialia für die Zulässigkeit ihres Nachprüfungsantrages führte die Antragstellerin zu den relevierten Vergabeverstößen an, der Auftraggeber stütze seine rechtswidrige Bewerberauswahl auf die lapidare Feststellung, dass der ihr Teilnahmeantrag nicht unter die drei bestgeeigneten Bieter gereiht worden wäre. Nachdem das Absageschreiben keinerlei Aufschlüsse über die bessere Eignung anderer Unternehmen und die schlechtere Eignung der Antragstellerin enthielte, wäre nicht erkennbar, ob und gegebenenfalls in welcher Weise der Auftraggeber den ausgewählten Bewerbern größere Erfahrung, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit als der Antragstellerin zumessen würde. Die Bewerberauswahl wäre schon aus diesem Grund nicht nachvollziehbar und daher für nichtig zu erklären. Im Übrigen hätte es der Auftraggeber entgegen Paragraph 130, Absatz eins, BVergG unterlassen, für die Auswahlentscheidung nachvollziehbare Auswahlkriterien vorzusehen und gegenüber den interessierten Unternehmen offen zu legen. So fehlen nämlich - abgesehen von einer Gewichtung der Kriterien - nähere Angaben über die konkrete Bewertung. Das Bewertungsschema für die Auswahlkriterien erschöpfe sich in reinen Worthülsen, wobei den Interessenten vorab nicht erkennbar wäre, nach welchen Aspekten der Auftraggeber die Referenzprojekte, die Qualifikationsprofile des Schlüsselpersonals und die sonstigen Auswahlkriterien bewerten würde. Es sei damit eine reine Glückssache, ob ein Interessent sich für das passende Referenzprojekt oder das passende Schlüsselpersonal entscheiden würde. Nachdem der Auftraggeber diese Festlegungen nur rudimentärst vorgenommen bzw gegenüber den Bietern transparent gemacht hätte, müsste die vom Auftraggeber getroffene Bewerberauswahl zwangsläufig mangels objektiver Nachvollziehbarkeit als rechtswidrig qualifiziert werden. Dabei sei nicht relevant, ob die nicht ausreichend erfolgte Festlegung von Auswahlkriterien als gesondert anfechtbare Entscheidung zu qualifizieren wäre, da diese jedenfalls dazu führen, dass auch die (von der Antragstellerin jedenfalls rechtzeitig angefochtene) Auswahlentscheidung willkürlich und damit rechtswidrig erfolgt sei. Auf allfällige Präklusionsfristen wäre daher nicht Rücksicht zu nehmen.

In der mündlichen Verhandlung ergänzte die Antragstellerin das Vorbringen zur Präklusion dahingehend, dass mit dem gegenständlichen Antrag nicht die Auswahlkriterien selbst angefochten würde, sondern vielmehr die nunmehr vorgenommene Bewertung der Teilnahmeanträge durch den Auftraggeber. Diese wären nicht nach den festgelegten Kriterien, sondern im Sinne des Gesetzes willkürlich erfolgt, wodurch die getroffene Auswahlentscheidung rechtswidrig wäre. Wo wäre beispielsweise in der Teilnahmeunterlage davon die Rede, dass drei bis fünf Bewerber ausgewählt würden. Es sei daher nicht nachvollziehbar, warum nunmehr durch den Auftraggeber eine Festlegung auf drei

einzuladende Unternehmen stattgefunden hätte.

In der mündlichen Verhandlung vom 13.1.2005 relevierte die Antragstellerin weitere Gründe zur Rechtswidrigkeit der angefochtenen Entscheidung. Zunächst wäre unzulässigerweise eine Vermengung von Eignungs- und Auswahlkriterien vorgenommen worden. Es läge darüber hinaus für die Bewertung rechtswidriger Weise auch keine verbale Begründung vor. Auch hätte die Jury die Anträge gemeinsam bewertet, es wären weiters im Nachhinein Subkriterien eingeführt worden, die nicht ordnungsgemäß bekannt gemacht worden wären, wobei dies etwa die Kriterien Marktkennntnis und Referenzen betreffen würde. Schließlich hätte das Beweisverfahren ergeben, dass zumindest einer der drei erstgereihten Bewerber auszuschneiden gewesen wäre, sodass die an vierter Stelle gereichte Antragstellerin nachrücken müsste.

1. 2.Ziffer 2

Der Auftraggeber erteilte mit Schriftsatz 28. Dezember 2004 allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und nahm mit Schriftsatz vom 3. Jänner 2005 inhaltlich zum Vorbringen auf Nichtigerklärung Stellung. Dabei begehrte er, dem Antrag der Antragstellerin auf Nichtigerklärung der Entscheidung des Auftraggebers im Hinblick auf die Bewerberauswahl (Nicht-Zulassung zur Teilnahme) nicht stattzugeben, in eventu diesen Antrag als verfristet zurückzuweisen und führte dazu Wesentlichen aus:

Es wäre zwar richtig, dass die Antragstellerin innerhalb offener Frist einen Teilnahmeantrag eingereicht hätte, dieser wäre jedoch nicht unter den drei bestgereihten Bewerbern gewesen, sodass die Antragstellerin rechtmäßiger Weise nicht zur Legung eines Angebotes eingeladen worden sei. Darüber hinaus wäre es der Antragstellerin jederzeit möglich gewesen, gemäß § 32 Abs 4 BVergG Einsichtnahme in die Niederschrift über die Prüfung der Teilnahmeanträge zu verlangen, wobei für die Antragstellerin daraus erkennbar gewesen wäre, dass ihre Reihung keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages zugelassen hätte. Die Antragstellerin hätte dies allerdings unterlassen und im Gegenteil sofort das nicht gelindeste Mittel, nämlich die Einbringung eines Nachprüfungsantrages, gewählt. Es wäre zwar richtig, dass die Antragstellerin innerhalb offener Frist einen Teilnahmeantrag eingereicht hätte, dieser wäre jedoch nicht unter den drei bestgereihten Bewerbern gewesen, sodass die Antragstellerin rechtmäßiger Weise nicht zur Legung eines Angebotes eingeladen worden sei. Darüber hinaus wäre es der Antragstellerin jederzeit möglich gewesen, gemäß Paragraph 32, Absatz 4, BVergG Einsichtnahme in die Niederschrift über die Prüfung der Teilnahmeanträge zu verlangen, wobei für die Antragstellerin daraus erkennbar gewesen wäre, dass ihre Reihung keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages zugelassen hätte. Die Antragstellerin hätte dies allerdings unterlassen und im Gegenteil sofort das nicht gelindeste Mittel, nämlich die Einbringung eines Nachprüfungsantrages, gewählt.

Im Übrigen verwies der Auftraggeber darauf, dass sich die Antragstellerin primär auf die Mangelhaftigkeit der Auswahlkriterien berufe, diese jedoch gemäß § 169 Abs 2 Z 27 lit a BVergG [gemeint wohl § 169 Abs 2 Z 2 lit a BVergG] binnen einer Frist von sieben Tagen vor Ende der Bewerbungsfrist angefochten werden hätte müssen. Unter Verweis auf die auch europarechtlich zulässige Festlegung von Anfechtungsfristen verwies der Auftraggeber darauf, dass bei Versäumen der Anfechtungsfrist die Ausschreibung (samt der Festlegung der Auswahlkriterien) im weiteren Verfahrensverlauf weder angefochten noch ihre Mangelhaftigkeit geltend gemacht werden könne. Diese - oftmals hinsichtlich der Zuschlagskriterien judizierte - Präklusionswirkung würde auch Auswahlkriterien in einem nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung betreffen, sodass dieses Vorbringen der Antragstellerin eine unangreifbar gewordene Entscheidung des Auftraggebers beträfe und damit ins Leere ginge. Im Übrigen verwies der Auftraggeber darauf, dass sich die Antragstellerin primär auf die Mangelhaftigkeit der Auswahlkriterien berufe, diese jedoch gemäß Paragraph 169, Absatz 27, Ziffer 27, Litera a, BVergG [gemeint wohl Paragraph 169, Absatz 2, Ziffer 2, Litera a, BVergG] binnen einer Frist von sieben Tagen vor Ende der Bewerbungsfrist angefochten werden hätte müssen. Unter Verweis auf die auch europarechtlich zulässige Festlegung von Anfechtungsfristen verwies der Auftraggeber darauf, dass bei Versäumen der Anfechtungsfrist die Ausschreibung (samt der Festlegung der Auswahlkriterien) im weiteren Verfahrensverlauf weder angefochten noch ihre Mangelhaftigkeit geltend gemacht werden könne. Diese - oftmals hinsichtlich der Zuschlagskriterien judizierte - Präklusionswirkung würde auch Auswahlkriterien in einem nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung betreffen, sodass dieses Vorbringen der Antragstellerin eine unangreifbar gewordene Entscheidung des Auftraggebers beträfe und damit ins Leere ginge.

In der mündlichen Verhandlung vom 13.1.2005 brachte der Auftraggeber weiters vor, dass die Antragstellerin selbst die - in der Teilnahmeunterlage geforderte - Eigenkapitalquote von 50% nicht erreicht hätte. Aus den entsprechenden handelsrechtlichen Vorschriften würde sich ergeben, dass die vorgelegte Patronatserklärung nicht als Eigenkapital zu

werten wäre. Darüber hinaus wären die von der Antragstellerin hinsichtlich des Bewertungsvorganges monierten Vergabeverstöße bereits mit dem verfahrenseinleitenden Schriftsatz geltend zu machen gewesen und daher zurückzuweisen. Schließlich betreffen sämtliche relevanten Vergabeverstöße die Ausschreibung selbst und nicht das weitere Vergabeverfahren, sodass der Antrag insgesamt abzuweisen wäre.

In der mündlichen Verhandlung vom 13.1.2005 stellte der Auftraggeber noch den Antrag, die mit Bescheid vom 30.12.2004 erlassene einstweilige Verfügung aufzuheben, da "sämtliche geltend gemachten Rechtswidrigkeiten die Ausschreibung betreffen würden".

AUF GRUND DES DURCHGEFÜHRTEN VERFAHRENS WIRD FOLGENDER

ENTSCHEIDUNGSRELEVANTER SACHVERHALT FESTGESTELLT

1. 3.Ziffer 3

Der Auftraggeber hat mit Bekanntmachung vom 13.11.2004 zur Teilnahme am Vergabeverfahren "IT-Sourcinganalyse, Bewertung alternativer Entwicklungsszenarien für IT" eingeladen. Das Vergabeverfahren wurde als nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung iSd § 23 Abs 3 BVergG für eine Dienstleistung iSd § 4 Abs 1 iVm Anhang III, Kategorie 7 BVergG (prioritäre Dienstleistung) ausgeschrieben. Der geschätzte Auftragswert beträgt Euro 195.000,-. Der Zuschlag sollte nach dem Bestbieterprinzip anhand der in den Unterlagen angegebenen Kriterien erteilt werden. In der Bekanntmachung war weiters vorgesehen, dass mindestens 3 und höchstens 5 Unternehmen zur Angebotsabgabe eingeladen werden sollen (behördliche Einschau in www.auftrag.at, L188796, sowie Angaben des Auftraggebers in der Stellungnahme vom 28.12.2004, OZ 7). Der Auftraggeber hat mit Bekanntmachung vom 13.11.2004 zur Teilnahme am Vergabeverfahren "IT-Sourcinganalyse, Bewertung alternativer Entwicklungsszenarien für IT" eingeladen. Das Vergabeverfahren wurde als nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung iSd Paragraph 23, Absatz 3, BVergG für eine Dienstleistung iSd Paragraph 4, Absatz eins, in Verbindung mit Anhang römisch drei, Kategorie 7 BVergG (prioritäre Dienstleistung) ausgeschrieben. Der geschätzte Auftragswert beträgt Euro 195.000,-. Der Zuschlag sollte nach dem Bestbieterprinzip anhand der in den Unterlagen angegebenen Kriterien erteilt werden. In der Bekanntmachung war weiters vorgesehen, dass mindestens 3 und höchstens 5 Unternehmen zur Angebotsabgabe eingeladen werden sollen (behördliche Einschau in www.auftrag.at, L188796, sowie Angaben des Auftraggebers in der Stellungnahme vom 28.12.2004, OZ 7).

1. 4.Ziffer 4

Im vom Auftraggeber erstellten "Teilnahme-Antrag", der zugleich die Teilnahmeunterlage für die erste Stufe des Verfahrens darstellt, war unter anderem Folgendes vorgesehen:

"1 Kriterien Teilnahme

[...]

1.3 Auswahlkriterien

Die Nichterfüllung eines MUSS Kriteriums sowie unvollständige und unrichtige Angaben in der Bewerbung führen zum Ausscheiden vom Verfahren.

Die Bewerbungen werden nach folgenden Kriterien gereiht:

1. a)Litera a

Kriterium Referenzen:

Erfahrungen des Bewerbers, nachgewiesen anhand prüfbarer Referenzen

2. b)Litera b

Kriterium Personal:

Qualifikation des eingesetzten Projektpersonals, Kapazität im Leistungszeitraum

3. c)Litera c

Kriterium Markt:

Kenntnisse des österreichischen Marktes, Hersteller- und Produktunabhängigkeit des Bewerbers

1.4 Bewertung der Bewerbungen

Die Bewertung erfolgt durch eine Jury des Auftraggebers. Die Jury besteht aus drei Mitgliedern. Jedes einzelne

Auswahlkriterium wird zwischen den Bewerbern verglichen. Das jeweils beste Auswahlkriterium aller Bewerber enthält 10 Punkte. Punktegleichreihungen sind möglich. Die Nächstgereihten erhalten 7, 4, 2 und 1 Punkte. Ab dem 6. Gereihten gibt es keine Punkte mehr.

Die erreichten Punkte pro Kriterium werden summiert und durch die Anzahl der Teilkriterien pro Kriterium dividiert. Die somit errechneten Bewertungen werden zueinander gewichtet und aufsummiert.

1. a)Litera a
Kriterium Referenzen 40%
2. b)Litera b
Kriterium Personal 40%
3. c)Litera c
Kriterium Markt 20%

Summe: 100%

1.5 Anzahl der ausgewählten Teilnehmer

Es ist beabsichtigt, mindestens drei, maximal fünf der aussichtsreichsten Bewerber zur Angebotslegung einzuladen.

[...]

2 Form und Inhalt der Bewerbung

[...]

2.3 Abweichung der Bewerbung vom Vordruck

Die Bewerbung ist ohne Änderung der elektronischen Tabellen (ausgenommen Höhe durch automatischen Umbruch der Zeilen o.ä.) und Vorlagen durch Ausfüllen dieser zu erstellen. Bei Bedarf können die mitgelieferten Tabellen kopiert werden.

Unvollständige Bewerbungen, die vom Raster abweichen, werden ausgeschieden.

3 Fragenkatalog zum Bewerber

[...]

3.2 Unternehmensdaten

Die Tabelle 1 /Pkt. 4) Unternehmensdaten ist für jeden Bewerber bzw. für jedes Mitglied der Bewerbergemeinschaft und für jeden Subunternehmer auszufüllen. Bei Bedarf kann die Tabelle kopiert werden. Die Angaben sind mit den entsprechenden Unterlagen gemäß Pkt. 3.3 bis 3.5 der Vergabeunterlage zu belegen.

Weiters ist für jeden Bewerber bzw. für jedes Mitglied einer Bewerbergemeinschaft und für jeden Subunternehmer eine Vorstellung des jeweiligen Unternehmens (max. 10 Seiten) als Acrobat Reader Dokument ("pdf-Datei") der Bewerbung beizulegen.

[...]

3.5 Bewertung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit

Im vorliegenden Vergabeverfahren werden insbesondere Bewerber dann als wirtschaftlich leistungsfähig angesehen (MUSS Kriterien), wenn:

1. a)Litera a
ihr Jahresumsatz der letzten 3 Geschäftsjahre durchschnittlich mindestens 2,5 Mio. Euro pro Jahr erreicht hat und
2. b)Litera b
die Umsatzentwicklung der letzten drei Jahre im ausschreibungsgegenständlichen Bereich eine Aufwärtsentwicklung zeit und mindestens 50% des Jahresumsatzes ausmacht und
3. c)Litera c
der MitarbeiterInnenstand mit der Gesamtumsatzentwicklung korreliert und
4. d)Litera d
die Eigenkapitalquote mindestens 50% beträgt und

5. e) Litera e
die letztgültige Finanzamt-Lastschriftanzeige keine eigenverschuldeten Rückstände aufweist und
6. f) Litera f
der letztgültige SV Kontoauszug keinen eigenverschuldeten Rückstand aufweist.

[...]

3.7 Nachweis über die technische Leistungsfähigkeit des Bewerbers

[...]

3.7.2 Referenzen

Die Tabellen Pkt. 7 sind auszufüllen.

Als Referenz gelten Projekte bei denen der Bewerber, ein Mitglied der Arbeitsgemeinschaft oder Subunternehmen in den letzten zwei Jahren gleiche Leistungen (vergleichbarer Auftragsgegenstand mit vergleichbarem Auftragswert) erbracht hat. Nicht als Referenzen gelten Projekte, die vor mehr als 24 Monaten abgeschlossen wurden, noch nicht abgeschlossene Projekte, mangels Detailangaben nicht prüfbare Projekte, Projekte für mit dem Bewerber verbundene Unternehmen.

Für jedes Projekt ist eine Tabelle auszufüllen. Für die Prüfung der Leistungsfähigkeit werden maximal drei Referenzen herangezogen.

3.7.3 Bewertung der technischen Leistungsfähigkeit

Sowohl die Angaben zur Qualifikation des Personals als auch zu den Referenzen des Unternehmers werden für die Bewertung der technischen Leistungsfähigkeit des Bewerbers herangezogen.

[...]"

(Diese Feststellungen beruhen auf einer Einsicht in den vom Auftraggeber vorgelegten Verfahrensakt (Beilage II zum Schriftsatz OZ 6) sowie in den einzelnen Teilnahmeanträgen der Bewerber). (Diese Feststellungen beruhen auf einer Einsicht in den vom Auftraggeber vorgelegten Verfahrensakt (Beilage römisch zwei zum Schriftsatz OZ 6) sowie in den einzelnen Teilnahmeanträgen der Bewerber).

5. Bis zum Ende der Bewerbungsfrist am 30. November 2004, 12.00 Uhr, sind beim Auftraggeber insgesamt acht Teilnahmeanträge eingelangt.

Nach eigener Darstellung der Bewerber in diesen Teilnahmeanträgen fehlt es insgesamt fünf Bewerbern (bzw. Bewerbergemeinschaften) an dem Eignungskriterium gemäß Punkt

3.5 d) des Teilnahmeantrages, nämlich einer Eigenkapitalquote von mindestens 50%. Bei einem weiteren Bewerber, der nach eigenen Angaben (ohne Beilage eines entsprechenden Nachweises) über eine Eigenkapitalquote von über 50% verfügt, hat es der Subunternehmer entgegen Punkt "3.2 Unternehmensdaten" unterlassen, für die als Subunternehmer genannte Rechtsanwalts-gesellschaft eine vollständig ausgefüllte Tabelle gemäß Punkt "4 Unternehmensdaten" vorzulegen, wobei hinsichtlich mancher Daten ausdrücklich das Kürzel "KA" angeführt wurde. Bei einem weiteren Bewerber war hinsichtlich eines Mitgliedes der Bewerbergemeinschaft zwar eine Eigenkapitalquote von 100% angeführt. Jedoch wurde es bei dem ebenfalls als Mitglied dieser Bewerbergemeinschaft (offenbar als Einzelunternehmer) auftretenden Rechtsanwaltes ebenfalls entgegen Punkt "3.2 Unternehmensdaten" unterlassen, die Tabelle über die notwendigen Unternehmensdaten vollständig auszufüllen.

Schließlich hat die Antragstellerin in ihrem Teilnahmeantrag eine Eigenkapitalquote von unter 50% angeführt, wobei aber gleichzeitig dem Auftraggeber eine Patronatserklärung überreicht wurde, mit der die (alleinige) Gesellschafterin der Antragstellerin, vertreten durch 2 Geschäftsführer, erklärt, zur Kenntnis genommen zu haben, dass sich die Antragstellerin im Rahmen der gegenständlichen Ausschreibung zur Teilnahme am Verfahren bewerbe und zum Nachweis ihrer finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit eine Eigenkapitalquote von 50 % gefordert wäre.

Die Patronatserklärung hatte weiters wörtlich den folgenden Inhalt:

"Wir verpflichten und hiermit gegenüber dem AMS Österreich unwiderruflich, uneingeschränkt dafür Sorge zu tragen, dass die A*** für den Fall der Zuschlagserteilung an sie für die im Rahmen des Projektes "IT-Sourcinganalyse - Bewertung alternativer Entwicklungsszenarien für IT" ausgeschriebenen Leistungen von uns stets zu finanziell

ausgestattet wird (zB durch Konzerngarantie oder Bankgarantie oder Letter of Credit, etc.), dass die A*** jederzeit in der Lage ist, alle ihr aus dem Projekt erwachsenden Verpflichtungen vollständig und pünktlich zu erfüllen".

(Diese Feststellungen beruhen auf der Einsichtnahme in die jeweiligen Teilnahmeanträge der Bewerber).

1. 6.Ziffer 6

Nach Überprüfung der Teilnahmeanträge wurde der Bewertungsvorgang derart vorgenommen, dass die drei Jurymitglieder einzeln die Teilnahmeanträge studierten und daraufhin jeweils Punkte vergaben. Die endgültige gemeinsame Bewertung erfolgte sodann im Rahmen eines "Workshops". Über den gesamten Bewertungsvorgang sind ausschließlich Unterlagen vorhanden, die keine verbale Darstellung von Gründen für die konkrete Punktevergabe und die Auswahl der einzuladenden Unternehmen enthalten. So ist zu den drei Hauptauswahlkriterien lediglich jeweils eine Punktetabelle vorhanden.

Das Protokoll über die Prüfung der Kriterien "Referenzen" und "Personal" erschöpft sich inhaltlich auf folgende Ausführungen:

"Es wurde mit nachstehenden Tabellen eine Gegenüberstellung der Firmen gemacht und mit den beiden Kriterien Referenzen und Personal gemäß Ausschreibung die technische Leistungsfähigkeit der Unternehmen geprüft und beurteilt.

Die einzelnen Mitglieder der Jury bewerteten zuerst einzeln ein jeder für sich und dies wurde anschließend zu einem Ergebnis geformt. Es steht völliger Konsens über das Ergebnis. [es folgen die Punktetabellen und sodann:]

Bewertung des Kriteriums Referenzen (40 %)

Zur Prüfung wurden 3 Referenzen herangezogen. Es gelten Projekte, bei denen der Bewerber, ein Mitglied der Arge oder Subunternehmen den letzten 2 Jahren gleiche Leistungen (vergleichbarer Auftragsgegenstand mit vergleichbarem Auftragswert) erbracht hat (gem. Pkt. 3.7.2 Teilnahmeantrag). [es folgt eine tabellarische, aus den Angaben des jeweiligen Bewerbers generierte Zusammenfassung jeweils dreier Referenzprojekten und sodann:]

Bewertung des Kriteriums Personal (40 %)

Zur Prüfung wurden die im Teilnahmeantrag ausgefüllten Tabellen über das im ggst. Projekt einzusetzende Personal herangezogen. (Pkte. 3.7.1 und 3.7.3 Teilnahmeantrag)."

[es folgt eine tabellarische, aus den Angaben des jeweiligen Bewerbers generierte Zusammenfassung über jeweils drei einzusetzenden Personen (ein Betriebswirt, eine Person aus der "Rechtsberatung" und ein Techniker]

Über das dritte Bewertungskriterium "Markt" wurde inhaltlich im Protokoll Folgendes festgehalten:

"Das 3. Kriterium umfasst die Beurteilung, wie die Unternehmen am österreichischen Markt präsent sind und diesen fundiert kennen. Die Firmen sind darauf entweder bei der Vorstellung des Unternehmens (Pkt. 4 Unternehmensdaten im Teilnahmeantrag) oder in einem Beilageschreiben darauf eingegangen. Diese Angaben wurden von der Jury aufgenommen und diskutiert.

Die einzelnen Mitglieder der Jury bewerteten zuerst einzeln ein jeder für sich und dies wurde anschließend zu einem Ergebnis geformt. Es besteht völliger Konsens über das Ergebnis.

[es folgt die Punktetabelle und sodann eine tabellarische, aus den Angaben des jeweiligen Bewerbers generierte Zusammenfassung über marktrelevante Eckdaten, die vom Auftraggeber mit "Selbstbeschreibung" übertitelt sind.]

Darüber hinaus sind vier Blätter einer Flipchart vorhanden, auf denen jedoch im Wesentlichen die gleichen Angaben wie in den Tabellen der Niederschrift über die Angebotsbewertung angeführt sind. Zusätzlich sind noch einige Kennzahlen der einzelnen Unternehmen, die sich ebenfalls aus den Teilnahmeanträgen ergeben, festgehalten.

Abschließend ist daher festzuhalten, dass hinsichtlich der Gründe und Umstände für die jeweilige konkrete Bewertung keine verbalen Darstellungen vorhanden sind. Beim konkreten Bewertungsvorgang zu den einzelnen Auswahlkriterien wurde etwa bei den Referenzen eine Beschränkung auf drei Referenzen pro Bewerber vorgenommen. Nach Angaben des Auftraggebers hätte dies deswegen stattgefunden, da Bewerber teilweise nicht mehr als drei Referenzen angegeben hätten. Dort wo mehr Referenzen angeführt waren, wurden - nach ursprünglichen Angaben des Auftraggebers - jene drei herangezogen, die am "wesentlichsten" und mit der ausgeschriebenen Leistung am besten vergleichbar erschienen. Zum Teilnahmeantrag der Antragstellerin führte der Auftraggeber jedoch konkret an, dass die

Auswahl der drei bewerteten (aus den von der Antragstellerin insgesamt genannten sechs) Referenzen derart erfolgt wäre, dass die im Teilnahmeantrag drei erstgenannten gewählt wurden. Dabei ist der Auftraggeber davon ausgegangen, dass diese aus der Sicht der Antragstellerin die wesentlichen gewesen und die übrigen optional genannt worden wären.

Beim Hauptkriterium "Markt" ist das Subkriterium "Hersteller- und Produktunabhängigkeit des Bewerbers" nicht in die Bewertung eingeflossen. Eine Berücksichtigung dieses Subkriterium fand nur dahingehend, dass - aus der Sicht des Auftraggebers - sämtliche acht Bewerber das (Eignungs-) Kriterium der Unabhängigkeit erfüllt hätten, so wie dies im Rahmen der Überprüfung der Eignung des Unternehmens gemäß Punkt 3.4 "Nachweis über die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit" der Teilnahmeunterlage verlangt worden war.

Ebenfalls nicht in die Bewertung eingeflossen ist das Subkriterium "Kapazität im Leistungszeitraum" des Hauptkriteriums "Personal". Der Auftraggeber hat dies nur insoweit berücksichtigt, als aus seiner Sicht sämtliche von den Bewerbern genannten Personen für die Auftragserfüllung tatsächlich zu verfügen stünden, sodass er keine ausreichende Unterscheidungskraft zwischen den eingereichten Teilnahmeanträgen feststellen konnte.

Im übrigen wurde vom Auftraggeber trotz Feststellung, dass die Mehrheit der Bewerber zumindest ein Eignungskriterium, nämlich in erster Linie die vom Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich als "MUSS Kriterium" definierte Eigenkapitalquote von mindestens 50%, nicht erfüllt hatten, kein Bewerber aus dem Vergabeverfahren ausgeschieden.

(Diese Feststellungen über den Bewertungsvorgang beruhen auf der Einsicht in den vom Auftraggeber vorgelegten Vergabeverfahrensakt (vor allem über die Bewertung die Beilagen ./ XVII und ./ XVIII) sowie insbesondere auf den Aussagen der Mitarbeiter des Auftraggebers B*** und C*** in der mündlichen Verhandlung vom 13. Jänner 2005). (Diese Feststellungen über den Bewertungsvorgang beruhen auf der Einsicht in den vom Auftraggeber vorgelegten Vergabeverfahrensakt (vor allem über die Bewertung die Beilagen ./ römisch siebzehn und ./ römisch achtzehn) sowie insbesondere auf den Aussagen der Mitarbeiter des Auftraggebers B*** und C*** in der mündlichen Verhandlung vom 13. Jänner 2005).

1. 7.Ziffer 7

Nach Bekanntgabe der Bewerberauswahl (Nicht-Zulassung zur Teilnahme) am 16. Dezember 2004, datiert und abgesendet beim Auftraggeber am 13. Dezember 2004, über die Nicht-Zulassung der Antragstellerin zum weiteren Verfahren hat die Antragstellerin unter vorheriger Verständigung gemäß § 163 Abs 2 BVergG 2002 diese Bewerberauswahl (Nicht-Zulassung zur Teilnahme) beim Bundesvergabeamt angefochten (Akt des Nachprüfungsverfahrens OZ 1 samt Beilage ./4). Ein Zuschlag wurde im gegenständlichen Vergabeverfahren noch nicht erteilt, ein Widerruf hat nicht stattgefunden. Es wurde bisher weder die Antragstellerin noch ein anderer Bewerber aus dem Vergabeverfahren ausgeschieden (Stellungnahme des Auftraggebers vom 28. Dezember 2004, OZ 7). Nach Bekanntgabe der Bewerberauswahl (Nicht-Zulassung zur Teilnahme) am 16. Dezember 2004, datiert und abgesendet beim Auftraggeber am 13. Dezember 2004, über die Nicht-Zulassung der Antragstellerin zum weiteren Verfahren hat die Antragstellerin unter vorheriger Verständigung gemäß Paragraph 163, Absatz 2, BVergG 2002 diese Bewerberauswahl (Nicht-Zulassung zur Teilnahme) beim Bundesvergabeamt angefochten (Akt des Nachprüfungsverfahrens OZ 1 samt Beilage ./4). Ein Zuschlag wurde im gegenständlichen Vergabeverfahren noch nicht erteilt, ein Widerruf hat nicht stattgefunden. Es wurde bisher weder die Antragstellerin noch ein anderer Bewerber aus dem Vergabeverfahren ausgeschieden (Stellungnahme des Auftraggebers vom 28. Dezember 2004, OZ 7).

BEWEISWÜRDIGUNG

1. 8.Ziffer 8

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus den bei den einzelnen Feststellungen kursiv angeführten Beweismitteln und insbesondere aus den vorgelegten, hinsichtlich ihrer Echtheit und Richtigkeit unbedenklichen Urkunden sowie aus dem vom Auftraggeber vorgelegten Vergabeverfahrensakt. Weiters stützen sich die Feststellung auf die Aussagen in der mündlichen Verhandlung vom 13.1.2005.

RECHTLICH IST DER FESTGESTELLTE SACHVERHALT WIE FOLGT ZU

BEURTEILEN

I. Zu Spruchpunkt I: Zuständigkeit des Bundesvergabesamtes römisch eins. Zu Spruchpunkt I: Zuständigkeit des Bundesvergabesamtes

1. 9. Ziffer 9

Auftraggeber im Sinne des § 20 Z 4 BVergG ist im vorliegenden Fall das "Arbeitsmarktservice" (und nicht wie der Auftraggeber anführt das "Arbeitsmarktservice Österreich" - dies ergibt sich insbesondere aus § 1 Abs 1, Abs 2 und Abs 3 Arbeitsmarktservicegesetz, BGBl Nr. 313/1994 idF). Das Arbeitsmarktservice ist öffentlicher Auftraggeber iSd § 7 Abs 1 Z 2 BVergG (BVA 3.9.2004, 10N-57/04-37ua). Auftraggeber im Sinne des Paragraph 20, Ziffer 4, BVergG ist im vorliegenden Fall das "Arbeitsmarktservice" (und nicht wie der Auftraggeber anführt das "Arbeitsmarktservice Österreich" - dies ergibt sich insbesondere aus Paragraph eins, Absatz eins,, Absatz 2 und Absatz 3, Arbeitsmarktservicegesetz, Bundesgesetzblatt Nr. 313 aus 1994, in der Fassung Das Arbeitsmarktservice ist öffentlicher Auftraggeber iSd Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG (BVA 3.9.2004, 10N-57/04-37ua).

Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt sich um einen Dienstleistungsauftrag im Sinne des Anhanges III, Kategorie 7 iVm § 4 Abs 1 BVergG (prioritäre Dienstleistung). Der geschätzte Auftragswert liegt unter dem relevanten Schwellenwert des § 9 Abs 1 Z 5 BVergG, wodurch ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich gegeben ist. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt sich um einen Dienstleistungsauftrag im Sinne des Anhanges römisch drei, Kategorie 7 in Verbindung mit Paragraph 4, Absatz eins, BVergG (prioritäre Dienstleistung). Der geschätzte Auftragswert liegt unter dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 9, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG, wodurch ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich gegeben ist.

Der gegenständliche Auftrag liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Anwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabesamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 162 Abs 1 BVergG iVm § 135 Abs 2 BVergG und Art 14b Abs 2 Z 1 lit a B-VG ist sohin gegeben. Da darüber hinaus laut Stellungnahme des Auftraggebers vom 28.12.2004, OZ 6, das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabesamt damit in concreto gemäß § 162 Abs 2 BVergG zur Nichtigklärung rechtswidriger Entscheidungen und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig. Der gegenständliche Auftrag liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Anwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabesamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend Paragraph 162, Absatz eins, BVergG in Verbindung mit Paragraph 135, Absatz 2, BVergG und Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera a, B-VG ist sohin gegeben. Da darüber hinaus laut Stellungnahme des Auftraggebers vom 28.12.2004, OZ 6, das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabesamt damit in concreto gemäß Paragraph 162, Absatz 2, BVergG zur Nichtigklärung rechtswidriger Entscheidungen und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.

II. Zu Spruchpunkt I: Zulässigkeit des Antrages römisch zwei. Zu Spruchpunkt I: Zulässigkeit des Antrages

1. 10. Ziffer 10

Im vorliegenden Fall wird die Nichtigklärung einer im nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung gesondert anfechtbaren Entscheidung, und zwar die Bewerberauswahl (Nicht-Zulassung zur Teilnahme) gemäß § 20 Z 13 lit a sublit bb BVergG begehrt, sodass aus diesem Blickwinkel ein zulässiger Antrag vorliegt. Im Übrigen liegen auch keine (anderen) Gründe vor, die die Zulässigkeit des Nichtigklärungsantrages gemäß § 166 Abs 1 und Abs 2 in Abrede stellen würden, sodass auch diesbezüglich von einem zulässigen Antrag auszugehen ist. Im vorliegenden Fall wird die Nichtigklärung einer im nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung gesondert anfechtbaren Entscheidung, und zwar die Bewerberauswahl (Nicht-Zulassung zur Teilnahme) gemäß Paragraph 20, Ziffer 13, Litera a, Sub-Litera, b, b, BVergG begehrt, sodass aus diesem Blickwinkel ein zulässiger Antrag vorliegt. Im Übrigen liegen auch keine (anderen) Gründe vor, die die Zulässigkeit des Nichtigklärungsantrages gemäß Paragraph 166, Absatz eins und Absatz 2, in Abrede stellen würden, sodass auch diesbezüglich von einem zulässigen Antrag auszugehen ist.

Im Beweisverfahren hat sich - entgegen dem ursprünglichen Vorbringen des Auftraggebers - auch herausgestellt, dass der vorliegende Antrag grundsätzlich rechtzeitig innerhalb der Frist des § 169 Abs 2 Z 2 lit b BVergG iVm § 20 Z 13 lit a sublit bb BVergG eingebracht wurde. Es hat sich nämlich ergeben, dass der Auftraggeber - offenbar irrtümlich - die Bekanntgabe der angefochtenen Entscheidung zwar an die Antragstellerin adressiert hat, dabei aber (neben einem

Firmenwortlautteil und dem Namen der Kontaktperson bei der Antragstellerin) den Straßennamen und die Postleitzahl der Rechtsvertreterin der Antragstellerin angeführt hat. Dementsprechend trägt das Schreiben auch den Eingangsstempel dieser Anwaltskanzlei. Das aus dem Eingangsstempel ersichtliche Datum vom 16.12.2004 stellt damit aber den frühesten Zugang bei der Antragstellerin dar. Die einwöchige Anfechtungsfrist (Antragstellung am 23.12.2004) ist dadurch jedenfalls gewahrt. Im Beweisverfahren hat sich - entgegen dem ursprünglichen Vorbringen des Auftraggebers - auch herausgestellt, dass der vorliegende Antrag grundsätzlich rechtzeitig innerhalb der Frist des Paragraph 169, Absatz 2, Ziffer 2, Litera b, BVergG in Verbindung mit Paragraph 20, Ziffer 13, Litera a, Sub-Litera, b, BVergG eingebracht wurde. Es hat sich nämlich ergeben, dass der Auftraggeber - offenbar irrtümlich - die Bekanntgabe der angefochtenen Entscheidung zwar an die Antragstellerin adressiert hat, dabei aber (neben einem Firmenwortlautteil und dem Namen der Kontaktperson bei der Antragstellerin) den Straßennamen und die Postleitzahl der Rechtsvertreterin der Antragstellerin angeführt hat. Dementsprechend trägt das Schreiben auch den Eingangsstempel dieser Anwaltskanzlei. Das aus dem Eingangsstempel ersichtliche Datum vom 16.12.2004 stellt damit aber den frühesten Zugang bei der Antragstellerin dar. Die einwöchige Anfechtungsfrist (Antragstellung am 23.12.2004) ist dadurch jedenfalls gewahrt.

Zum Vorbringen des Auftraggebers, dass die von der Antragstellerin angeführte Schadenshöhe nicht plausibel wäre, ist festzuhalten, dass unter den Schadensbegriff des § 163 Abs 1 BVergG "nicht bloß Vermögensschäden im Sinne des Zivilrechtes, sondern all jene Nachteile, die in der Beeinträchtigung der Möglichkeit eines Bewerbers oder Bieters liegen, an einem Vergabeverfahren teilzunehmen (bzw den Zuschlag zu erhalten)" zu subsumieren sind (Leitentscheidung BVA 23.4.1998, F-26/97-22 = wbl 1998/248 = CONNEX 1998/6, 46, oder bspw Thienel, Ausgewählte Probleme der Antragstellung im Nachprüfungsverfahren nach dem BVergG 2002, RPA 2003, 7, und Reinbacher, Schadenersatz im Vergaberecht 51). Unabhängig von der Plausibilität einzelner von der Antragstellerin angeführter Schadenshöhen (über die das Bundesvergabeamt nicht abspricht) ist daher festzuhalten, dass jedenfalls ein dem Schadensbegriff des BVergG unterliegender Nachteil bei der Antragstellerin droht, sodass diese Antragsvoraussetzung gegeben ist (in diesem Sinn bereits BVA 30.9.2002, N-41/02-27 (verstärkter Senat) = RPA 2002, 293 (mit Anm Ditz) = ZVB 2002/119 (mit Anm Sachs) = ZVB 2002/123 (mit Anm Latzenhofer) = bbl 2003/31).

III. Zu Spruchpunkt I: Antragslegitimation römisch drei. Zu Spruchpunkt I: Antragslegitimation

1. 11. Ziffer 11

Gemäß § 163 Abs 1 BVergG kann "ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG unterliegenden Vertrages behauptet, [...] die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht." Gemäß Paragraph 163, Absatz eins, BVergG kann "ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG unterliegenden Vertrages behauptet, [...] die Nachprüfung einer gesondert

anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht."

Das Bundesvergabeamt vertritt dazu in ständiger Rechtsprechung, dass einem Bieter, dessen Angebot rechtmäßiger Weise auszuschneiden ist, im Hinblick auf die Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung grundsätzlich keine Antragslegitimation zukommt. Dabei wird darauf Bezug genommen, dass das Angebot dieses Bieters bereits vor Ermittlung des Zuschlagsempfängers außer Acht zu lassen ist und ihm damit durch eine allenfalls rechtswidrig erfolgte Zuschlagsentscheidung kein Schaden erwachsen kann (siehe bspw. BVA 25.8.2004, 16N-64/04-39 mwN, BVA 21.12.2004, 06N-105/04-27, siehe auch VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050 = bbl 2001/22 = wbl 2001/165 = ZfVB 2001/1739). In concreto ist allerdings die Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes zu berücksichtigen, die

- -Strichaufzählung
trotz Verwirklichung eines Ausscheidensgrundes durch den Antragsteller - auch dann das Vorliegen der Antragslegitimation bejaht, wenn die behauptete Rechtswidrigkeit einen Widerruf der Ausschreibung nach sich ziehen müsste. Begründet wird dies damit, dass im Falle eines gebotenen Widerrufs einem Unternehmer
- -Strichaufzählung
losgelöst von der Frage, ob im konkreten (rechtswidrigen) Vergabeverfahren sein Angebot auszuschneiden ist - dahingehend ein Schaden droht, als er sich bei Unterlassen des gebotenen Widerrufs an einer neuerlichen "sanierten" Ausschreibung nicht

mehr beteiligen könnte (etwa BVA 26.4.2004, 12N-2/04-55 mwN =

ZVB 2004/62 (mit Anm. Etlinger und Huber-Matauschek) = bbl ZVB 2004/62 (mit Anmerkung Etlinger und Huber-Matauschek) = bbl

2004/120, BVA 31.10.2000, F-31/99-7b). Dazu ist festzuhalten, dass das Bundesvergabeamt in der zitierten Rechtsprechung Fälle behandelt hat, bei denen die Frage nach der Antragslegitimation bei Anfechtung der Zuschlagsentscheidung zu beantworten war. Dieselbe Wertung trifft jedoch auch für die Bewerberauswahl im Rahmen eines nicht offenen Verfahrens zu, sodass - mutatis mutandis - Gleiches zu gelten hat.

1. 12. Ziffer 12

Bei der Antragstellerin könnte die Erfüllung des Eignungskriteriums (Musskriterium) gemäß Punkt 3.5 d) (Eigenkapitalquote von mindestens 50%) und damit das Vorliegen der Antragslegitimation fraglich sein. Denn auch nach eigenen Angaben der Antragstellerin erfüllt sie dieses Erfordernis prima vista nicht, da eine Eigenkapitalquote von unter 50% angeführt wird. Gleichzeitig hat die Antragstellerin allerdings eine Patronatserklärung vorgelegt, mit der ihre Alleingesellschafterin im Wesentlichen erklärt, das Unternehmen stets "so finanziell auszustatten", dass die Antragstellerin "jederzeit in der Lage ist, alle ihr aus dem Projekt erwachsenden Verpflichtungen vollständig und pünktlich zu erfüllen".

Die Frage nach einem verpflichtenden Ausscheiden der Antragstellerin und damit auch die Frage, ob auch bei der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit - so wie bei der technischen Leistungsfähigkeit - zum Ende der Teilnahmefrist (ebenso wie zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung) lediglich jedenfalls feststehen müsse, dass für den gesamten Vertragszeitraum die entsprechende Eignung gewährleistet ist, wobei dafür ein entsprechender Nachweis erforderlich ist (zur technischen Leistungsfähigkeit siehe VwGH 9.10.2002, 2000/04/0037 = ZVB 2003, 155 (mit Anm. Pachner), BVA 21.12.2004, 06N-105/04-27), kann im Sinne der dargestellten Judikatur jedoch dahin gestellt bleiben. Denn die behauptete Rechtswidrigkeiten haben zur Folge, dass der Auftraggeber das Vergabeverfahren jedenfalls nicht rechtmäßig zu Ende führen kann, sodass diese Rechtswidrigkeiten somit einen Widerruf der Ausschreibung nach sich ziehen müssten. Damit tritt aber jedenfalls die Situation ein, dass trotz (allfälliger) Verwirklichung eines Ausscheidensgrundes die Antragslegitimation eines auszuschneidenden Bewerbers zu bejahen ist. Die Frage nach einem verpflichtenden Ausscheiden der Antragstellerin und damit auch die Frage, ob auch bei der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit - so wie bei der technischen Leistungsfähigkeit - zum Ende der Teilnahmefrist (ebenso wie zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung) lediglich jedenfalls feststehen müsse, dass für den gesamten Vertragszeitraum die entsprechende Eignung gewährleistet ist, wobei dafür ein entsprechender Nachweis erforderlich ist (zur technischen Leistungsfähigkeit siehe VwGH 9.10.2002, 2000/04/0037 = ZVB 2003, 155 (mit Anmerkung Pachner), BVA 21.12.2004, 06N-105/04-27), kann im Sinne der dargestellten Judikatur jedoch dahin gestellt bleiben. Denn die behauptete Rechtswidrigkeiten haben zur Folge, dass der Auftraggeber das Vergabeverfahren jedenfalls nicht rechtmäßig zu Ende führen kann, sodass diese Rechtswidrigkeiten somit einen Widerruf der Ausschreibung nach sich ziehen müssten.

Damit tritt aber jedenfalls die Situation ein, dass trotz (allfälliger) Verwirklichung eines Ausscheidensgrundes die Antragslegitimation eines auszuschcheidenden Bewerbers zu bejahen ist.

1. 13.Ziffer 13

Dass ein Widerruf im vorliegenden Fall zwingend ist (also nicht im Ermessen des Auftraggebers liegt) ergibt sich aus den folgenden Aspekten.

Zum einen sind nach den Vorgaben des Auftraggebers im vorliegenden Verfahren sämtliche Bewerber aus dem Vergabeverfahren auszuschneiden. Lässt man die Antragstellerin beiseite, so verbleiben sieben weitere Bewerber, von denen fünf (bzw zumindest ein Mitglied der entsprechenden Bewerbergemeinschaft) die geforderte Eigenkapitalquote nicht erfüllen. Bei den restlichen zwei Bewerbern hat einmal ein Subunternehmer und einmal ein Mitglied der Bewerbergemeinschaft ausschreibungswidrig die Tabelle unter Punkt 4 "Unternehmensdaten" nicht vollständig ausgefüllt. Gemäß Punkt 2.3 "Abweichen der Bewerbung vom Vordruck" werden allerdings "unvollständige und Bewerbungen, die vom Raster abweichen, ausgeschieden". Nunmehr ist Punkt 2. 3 aber derartig zu verstehen, dass der Auftraggeber damit einen unbehebbarer Mangel festlegen wollte. Denn diese Bestimmung samt der ausdrücklichen Festlegung des Ausscheidens hat nur dann einen Sinn, wenn keine Verbesserungen daran angebracht werden können. Nunmehr steht es zwar nicht in der Disposition des Auftraggebers, die Unbehebbarkeit von Mängeln festzulegen (stRspr des Bundesvergabeamtes, beginnend mit BVA 20.3.2003, 12N-10/03-11 = RPA 2003, 53 [mit Anm Mecenovic]), jedoch unterliegen auch derartige Festlegung der Präklusion, sodass diese Festlegung im vorliegenden Fall mangels (rechtzeitiger) Anfechtung bestandfest und damit Grundlage des weiteren Verfahrens geworden sind. Dies hat insgesamt zur Folgen, dass - unter Ausklammerung der Antragstellerin - kein einziger geeigneter Bewerber für das vorliegende Vergabeverfahren vorhanden ist. Zum einen sind nach den Vorgaben des Auftraggebers im vorliegenden Verfahren sämtliche Bewerber aus dem Vergabeverfahren auszuschneiden. Lässt man die Antragstellerin beiseite, so verbleiben sieben weitere Bewerber, von denen fünf (bzw zumindest ein Mitglied der entsprechenden Bewerbergemeinschaft) die geforderte Eigenkapitalquote nicht erfüllen. Bei den restlichen zwei Bewerbern hat einmal ein Subunternehmer und einmal ein Mitglied der Bewerbergemeinschaft ausschreibungswidrig die Tabelle unter Punkt 4 "Unternehmensdaten" nicht vollständig ausgefüllt. Gemäß Punkt 2.3 "Abweichen der Bewerbung vom Vordruck" werden allerdings "unvollständige und Bewerbungen, die vom Raster abweichen, ausgeschieden". Nunmehr ist Punkt 2. 3 aber derartig zu verstehen, dass der Auftraggeber damit einen unbehebbarer Mangel festlegen wollte. Denn diese Bestimmung samt der ausdrücklichen Festlegung des Ausscheidens hat nur dann einen Sinn, wenn keine Verbesserungen daran angebracht werden können. Nunmehr steht es zwar nicht in der Disposition des Auftraggebers, die Unbehebbarkeit von Mängeln festzulegen (stRspr des Bundesvergabeamtes, beginnend mit BVA 20.3.2003, 12N-10/03-11 = RPA 2003, 53 [mit Anmerkung Mecenovic]), jedoch unterliegen auch derartige Festlegung der Präklusion, sodass diese Festlegung im vorliegenden Fall mangels (rechtzeitiger) Anfechtung bestandfest und damit Grundlage des weiteren Verfahrens geworden sind. Dies hat insgesamt zur Folgen, dass - unter Ausklammerung der Antragstellerin - kein einziger geeigneter Bewerber für das vorliegende Vergabeverfahren vorhanden ist.

Weiters ist im vorliegenden Fall aufgrund der unangefochten gebliebenen Ausschreibung (samt der darin enthaltenen Auswahlkriterien) grundsätzlich davon auszugehen, dass allfällige Rechtswidrigkeiten der Auswahlkriterien für sich nicht mehr einer Nachprüfung unterliegen, solange anhand der konkret aufgestellten Kriterien zumindest eine im nachhinein objektiv nachvollziehbare, plausible Auswahlentscheidung unter Zugrundelegung der allgemeinen Grundsätze des Vergabeverfahrens möglich bleibt (zur vergleichbaren Situation bei der Zuschlagsentscheidung siehe etwa BVA 23.6.2004, 06N- 41/03-15 unter Verweis auf EuGH 25.4.1996, Rs C-87/94, Kommission/Belgien). Im vorliegende Fall ist aber gerade ein derartiges rechtskonformes Vorgehen nicht möglich, da die Auswahlkriterien für die erste Phase des Vergabeverfahrens derart gestaltet sind, dass - trotz eingetretener Präklusionswirkung und damit auf Grundlage der vorliegenden Ausschreibung - eine rechtmäßige Auswahlentscheidung des Auftraggebers niemals getroffen werden kann.

In BVA 29.3.2004, 15N-6/04-29 = RPA 2004, 182 (mit Anm Fink) = ZVB 2004, 52 (mit Anm Sachs), wurde festgehalten, dass Auswahlkriterien nicht nur mit Worthülsen und allgemeinen Begriffen ohne besonderen Sprachgebrauch umschrieben werden dürfen. Das BVA hat insbesondere festgehalten, dass es dort für Interessenten vorab nicht erkennbar war, nach welchen Aspekten der Auftraggeber etwa die "architektonische Qualität" von Referenzprojekten bewerten würde. Die Interessenten würden deshalb auch nicht erkennen können, welche Referenzprojekte sie vorlegen sollten. Es wäre reine Glückssache, ob ein Interessent zufällig für das passende Objekt entscheiden würde.

Für einen Interessent müsse klar zu erkennen sein, was unter einem bestimmten Auswahlkriterium konkret zu verstehen ist, beispielsweise um genau jenes Referenzprojekt auswählen zu können, dass aus seiner Sicht die höchste Bewertung erwarten lässt. In BVA 29.3.2004, 15N-6/04-29 = RPA 2004, 182 (mit Anmerkung Fink) = ZVB 2004, 52 (mit Anmerkung Sachs), wurde festgehalten, dass Auswahlkriterien nicht nur mit Worthülsen und allgemeinen Begriffen ohne besonderen Sprachgebrauch umschrieben werden dürfen. Das BVA hat insbesondere festgehalten, dass es dort für Interessenten vorab nicht erkennbar war, nach welchen Aspekten der Auftraggeber etwa die "architektonische Qualität" von Referenzprojekten bewerten würde. Die Interessenten würden deshalb auch nicht erkennen können, welche Referenzprojekte sie vorlegen sollten. Es wäre reine Glückssache, ob ein Interessent zufällig für das passende Objekt entscheiden würde. Für einen Interessent müsse klar zu erkennen sein, was unter einem bestimmten Auswahlkriterium konkret zu verstehen ist, beispielsweise um genau jenes Referenzprojekt auswählen zu können, dass aus seiner Sicht die höchste Bewertung erwarten lässt.

Nach der Rechtssprechung des EuGH muss der öffentliche Auftraggeber "in jedem Stadium und insbesondere auch in dem der Auswahl der Bewerber in einem nicht offenen Verfahren sowohl den Grundsatz der Gleichbehandlung der potentiellen Bieter als auch den Grundsatz der Transparenz wahren, damit alle Betroffenen bei der Abfassung ihrer Teilnahmeanträge oder Angebote über die gleichen Chancen verfügen" (EuGH 12.12.2002, Rs C-470/99, (Universale Bau), Rz 93). Gemäß Rz 91 der zitierten Entscheidung schließt der den Vergaberichtlinien zugrunde liegende Grundsatz der Gleichbehandlung auch die Verpflichtung zur Transparenz ein, die es ermöglichen soll, die Beachtung dieses Grundsatzes zu überprüfen. Aufgrund der im vorliegenden Fall vom Auftraggeber festgelegten Auswahlkriterien kommt es aber zu der Situation, dass eine der Gleichbehandlung samt Transparenz und Nachvollziehbarkeit entsprechende Auswahlentscheidung niemals getroffen werden kann. Denn

- unabhängig von der abstrakten Rechtmäßigkeit der gegenständlich bestandhaft gewordenen Auswahlkriterien - würde es völlig in der Willkür des Auftraggebers liegen, die "Erfahrungen des Bewerbers", die "Qualifikation des eingesetzten Personals", die "Kapazität im Leistungszeitraum", die "Kenntnis des österreichischen Marktes" sowie die "Hersteller- und Produktunabhängigkeit des Bewerbers" anzuwenden und zu bewerten. Es ist nicht ersichtlich, welche Umstände in den jeweils genannten Kriterien zu einer Besserbewertung führen würden. Dabei widerspricht es auch in dieser Phase des Vergabeverfahrens dem Grundsatz der Gleichbehandlung, wenn auf Seiten des Auftraggebers die Möglichkeit zur objektiven Willkür vorhanden ist. Die mangelnde Eignung dieser (Sub-)kriterien zeigt sich schon darin, dass der Auftraggeber bei zwei von fünf Subkriterien keine Bewertung vorgenommen hat. Denn bei einem dieser Kriterien ist er davon ausgegangen, dass bereits die Erfüllung der - an anderer Stelle der Ausschreibungsunterlage abverlangten - parallelen Eignungsvoraussetzungen der Hersteller- und Produktunabhängigkeit des Bewerbers zur mangelnden Unterscheidbarkeit der einzelnen Angebote in diesem Punkt führt, da diese jedenfalls von jedem Bieter erfüllt ist. Und auch beim Subkriterium "Kapazität im Leistungszeitraum" hat der Auftraggeber eine Bewertung unterlassen, nachdem er davon ausgegangen ist, dass die vom Bewerber angeführten Personen für den Auftragszeitraum auch tatsächlich zur Verfügung stünden.

Abschließend ist festzuhalten, dass an der vorgenommenen Bewertung auch die Bestimmung des § 32 Abs 7 BVergG nichts ändern kann. Dort wird festgelegt, dass bei Nichteinlangen einer ausreichenden, festgelegten Anzahl von Teilnahmeanträgen geeigneter Unternehmen der Auftraggeber zusätzliche Unternehmer in das Vergabeverfahren einbeziehen kann. In der vorliegenden Konstellation ist davon auszugehen, dass das Berufen auf diese Bestimmung ein Umgehen der vergaberechtlichen Grundsätze zur Folge hätte und der Auftraggeber daher nicht unter Anwendung dieser Bestimmung das Vergabeverfahren mit anderen - bisher nicht im Verfahren befindlichen - Unternehmen fortführen kann. Abschließend ist festzuhalten, dass an der vorgenommenen Bewertung auch die Bestimmung des Paragraph 32, Absatz 7, BVergG nichts ändern kann. Dort wird festgelegt, dass bei Nichteinlangen einer ausreichenden, festgelegten Anzahl von Teilnahmeanträgen geeigneter Unternehmen der Auftraggeber zusätzliche Unternehmer in das Vergabeverfahren einbeziehen kann. In der vorliegenden Konstellation ist davon auszugehen, dass das Berufen auf diese Bestimmung ein Umgehen der vergaberechtlichen Grundsätze zur Folge hätte und der Auftraggeber daher nicht unter Anwendung dieser Bestimmung das Vergabeverfahren mit anderen - bisher nicht im Verfahren befindlichen - Unternehmen fortführen kann.

1. 14. Ziffer 14

Nachdem der Auftraggeber das vorliegende Vergabeverfahren (auf Grund der geltende gemachten Rechtswidrigkeiten) zwingend zu widerrufen hat, kommt der Antragstellerin (selbst bei allfälligem Vorliegen eines

Ausscheidensgrundes) im obigen Sinne im Nachprüfungsverfahren jedenfalls Antragslegitimation zu.

IV. Zu Spruchpunkt I: Inhaltliche Beurteilung

1. 15. Ziffer 15

Zunächst ist festzuhalten, dass sich die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Entscheidung bereits dadurch ergibt, dass diese - auch auf Grundlage der bestandfest gewordenen Auswahlkriterien - nicht den vergaberechtlichen Grundsätzen entspricht.

1. 16. Ziffer 16

Darüber hinaus ist auch der (übrige) Bewertungsvorgang mit weiteren Rechtswidrigkeiten belastet. Dies betrifft zunächst den Umstand, dass der Auftraggeber - entgegen den Festlegungen in der Teilnahmeunterlage - bei jedem Bewerber bzw bei jeder Bewerbergemeinschaft lediglich drei Referenzen herangezogen hat. Eine entsprechende Beschränkung, auf die sich der Auftraggeber beruft, hat nämlich in der Ausschreibungsunterlage nicht stattgefunden. Denn es ist ausschließlich zur technischen Leistungsfähigkeit und den dort ebenfalls erforderlichen Referenzen festgelegt, dass "für die Prüfung der Leistungsfähigkeit maximal drei Referenzen herangezogen werden" (Punkt 3.7.2). Der Umstand, dass bei der Antragstellerin drei weitere (zusätzlich zu den drei bewerteten) Referenzen nicht berücksichtigt worden sind, ist daher rechtswidrig. Auch die Auswahl der für das Auswahlverfahren herangezogenen drei Referenzen aus den sechs von der Antragstellerin angebotenen ist rechtswidrig, da der Auftraggeber willkürlich und auch nicht so wie bei anderen Bietern (und damit gleichheitswidrig) vorgegangen ist. Denn es ist nicht ersichtlich, warum gerade die Referenzprojekte mit der Zahl 1 bis 3 ausgewählt worden sind. Entgegen den übrigen Bewerbern hat der Auftraggeber auch nicht inhaltlichen Bezug auf das Referenzprojekt genommen und dabei die für ihn wertvollsten, sondern bei der Antragstellerin ausnahmsweise die drei erstgenannten Referenzprojekte herangezogen.

Weiters hat der Auftraggeber bei der Bewertung der Teilnahmeanträge nicht sämtliche von ihm festgelegten Auswahlkriterien berücksichtigt. So ist zum Subkriterium "Kapazität im Leistungszeitraum" keine Bewertung vorgenommen worden. Es wurde lediglich darauf abgestellt, ob die vom jeweiligen Bewerber bzw von der jeweiligen Bewerbergemeinschaft angegebenen Personen tatsächlich zur Verfügung stehen würden. Dies ist aber bereits anhand der Nennung der Bewerber bzw der Bewerbergemeinschaft evident, da sich diese ansonsten einer Falschangabe schuldig machen würden. Eine Berücksichtigung von Kapazitäten im Leistungszeitraum (welcher Art auch immer) wurde damit aber nicht vorgenommen. Auch das (Sub-)Auswahlkriterium "Hersteller- und Produktunabhängigkeit des Bewerbers" wurde beim Bewertungsvorgang beiseite gelassen. Dieses Auswahlkriterium wurde vom Auftraggeber auf das Eignungskriterium des Punktes 3. 4 Absatz 2. reduziert, wo festgelegt wurde, dass eine "100% Unabhängigkeit und Neutralität von Hard- und Software-Herstellern sowie IT&TK-Lösungslieferanten" bestehen müsse. Nachdem aus Auftraggebersicht die Erfüllung des Eignungskriteriums gewährleistet war, gab es keine Veranlassung mehr eine Bewertung im Rahmen des Auswahlverfahrens vorzunehmen. Dazu genügt der Verweis, dass auch im Hinblick auf das Doppelverwertungsverbot mit diesem Auswahlkriterium der Unabhängigkeit allerdings nur Umstände gemeint sein konnten, die über das genannte Eignungskriterium des Punktes 3. 4 hinausgehen, sodass die Nichtberücksichtigung rechtswidrig ist. Dass beim Bewertungsvorgang die Unabhängigkeit tatsächlich außer Acht blieb, ergibt sich auch aus dem Protokoll zum Hauptkriterium "Markt", die ausschließlich auf die Kenntnisse des österreichischen Marktes Bezug nimmt.

Darüber hinaus leitet die innerstaatlich Judikatur aus den allgemeinen Grundsätzen (Gleichheitsgebot samt Pflicht zur Transparenz und Nachvollziehbarkeit gemäß § 21 Abs BVergG) eine entsprechende Dokumentationspflicht ab, was auch der Judikatur des EuGH entspricht (siehe dazu etwa EuGH 18. Darüber hinaus leitet die innerstaatlich Judikatur aus den allgemeinen Grundsätzen (Gleichheitsgebot samt Pflicht zur Transparenz und Nachvollziehbarkeit gemäß Paragraph 21, Abs BVergG) eine entsprechende Dokumentationspflicht ab, was auch der Judikatur des EuGH entspricht (siehe dazu etwa EuGH 18.

Oktober 2001, RSC19/00, SIAC, Rn 41). Dem Gebot der

Transparenz im Vergabeverfahren kommt insbesondere bei der

Wahl des Angebotes für den Zuschlag ein elementare Bedeutung

zu, da die Entscheidung des Auftraggebers, aus welchen Gründen

der einem bestimmten Bieter einen Zuschlag erteilen möchte, objektiv nachvollziehbar sein muss. Eine lediglich auf Zahlen beruhende Vergabeentscheidung des Auftraggebers ohne detaillierter verbaler Darstellung für dessen Gründe ist mit den einschlägigen Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes daher nicht vereinbar, da sie die gerichtliche Überprüfbarkeit der Entscheidung des Auftraggebers nicht ermöglichen (BVA 24.6.2004, 17N-48/04-44 oder BVA 15.2.2002, N-134/01-37 = RPA 2002, 96 [mit Anm Etlinger] = ZVB 2002/58 [mit Anm Latzenhofer]). Dieselbe Wertung gilt auch für das Auswahlverfahren, da bereits zu diesem Zeitpunkt die Entscheidung darüber getroffen wird, welchem Bewerber der Zuschlag auf jeden Fall nicht erteilt werden wird. Zum vorliegenden Fall ist allerdings festzuhalten, dass eine derartige Dokumentation und objektiv nachvollziehbare Entscheidung des Auftraggebers nicht vorhanden ist, da keinerlei Angaben über die Gründe der einzelnen Punktevergabe vorhanden sind. Im Ergebnis stellt sich der vorgenommene Bewertungsvorgang auch aus diesem Blickwinkel als rechtswidrig dar.

1. 17.Ziffer 17

Abschließend ist festzuhalten, dass hinsichtlich der dargestellten Rechtswidrigkeiten auch die Voraussetzung der Wesentlichkeit im Sinne des § 174 Abs 1 Z 2 BVergG erfüllt ist. Abschließend ist festzuhalten, dass hinsichtlich der dargestellten Rechtswidrigkeiten auch die Voraussetzung der Wesentlichkeit im Sinne des Paragraph 174, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG erfüllt ist.

Zu Spruchpunkt II. und III. Zu Spruchpunkt römisch zwei. und römisch drei.

1. 18.Ziffer 18

Auch wenn im Sinne der gemeinschaftsrechtskonformen Interpretation des Bundesvergabegesetzes davon auszugehen ist, dass eine "Verlängerung" respektive eine nochmalige Beantragung einer einstweiligen Verfügung während der Dauer des anhängigen Nachprüfungsverfahrens zulässig ist (siehe etwa BVA 3.3.2004, 03N-1/04-33 und BVA 14.2.2001 N-62/00-30; N- 7/01-27; BVA 22.2.2002, N-136/01-22), so jedenfalls nur bis zur Entscheidung in der Hauptsache. Da das Bundesvergabeamt mit dem gegenständlichen Bescheid über den Antrag auf Nichtigerklärung, somit in der Hauptsache abgesprochen hat und das Nachprüfungsverfahren damit beendet ist, kommt die Erlassung einer neuerlichen einstweiligen Verfügung nicht mehr in Betracht (BVA 3.3.2004, 03N-1/04-33 und BVA 25.5.1999, N- 23/99-8; N-5/95-6 = wbl 1996, 414; BVA 7.10.2001, N-102/01-24, BVA 12.3.2001, N-33/01-12; BVA 24.10.2003 03N-87/03-20; 03N- 105/03-10).

1. 19.Ziffer 19

Zu diesem Spruchpunkt genügt die Feststellung, dass für das Bundesvergabeamt keine Gründe ersichtlich waren, die mit Bescheid vom 30. Dezember 2004, OZ 8, bewilligte einstweilige Verfügung vor Beendigung des Vergabeverfahrens aufzuheben. Auch der vom Auftraggeber geltend gemachte Grund ("da sämtliche geltend gemachte Rechtswidrigkeiten die Ausschreibung betreffen würden") liegt nicht vor. Darüber hinaus tritt die einstweilige Verfügung mit Beendigung des Nachprüfungsverfahrens, also mit Erlassung des vorliegenden Endbescheides außer Kraft, sodass der Antrag auf Aufhebung der einstweiligen Verfügung ins Leere geht. Der

entsprechende Antrag auf Aufhebung der erlassenen einstweiligen Verfügung war daher zurückzuweisen.
Hinzuweisen ist diesem Zusammenhang jedoch darauf, dass dies allerdings keinen Einfluss auf die Rechtsfolgen hat, die nunmehr mit dem durch diesen Bescheid erfolgten Abschluss des Nachprüfungsverfahrens einhergehen.

Dokumentnummer

VERGT_20050123_10N_134_04_22_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