

TE Verg Bescheid 2004/12/22 17N-125/04-27

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 22.12.2004

Norm

BVergG 2002 §98 Z1

BVergG 2002 §98 Z8

BVergG 2002 §174 Abs1

BVergG 2002 §177 Abs5

AVG §33 Abs3

BVergG 2002 §21 Abs1

BVergG 2002 §52 Abs1 Z1

BVergG 2002 §52 Abs5 Z1

BVergG 2002 §53

BVergG 2002 §75 Abs9

1. AVG § 33 heute
2. AVG § 33 gültig ab 21.07.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 88/2023
3. AVG § 33 gültig von 01.03.2013 bis 20.07.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
4. AVG § 33 gültig von 01.01.2008 bis 28.02.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 5/2008
5. AVG § 33 gültig von 01.03.2004 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2004
6. AVG § 33 gültig von 01.02.1991 bis 29.02.2004

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 17, Mag. Hubert Reisner, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Der Antrag der A*** vertreten durch X***, Rechtsanwälte, in dem Vergabeverfahren "Erneuerung und Optimierung der Beleuchtung

1. 2.Ziffer 2

Ausbaustufe" für das Bauvorhaben AUVA Rehabilitationszentrum Weißer Hof der Auftraggeberin Allgemeine Unfallversicherungsanstalt vertreten durch Y***, Rechtsanwalt, das Bundesvergabeamt möge

"die angefochtene Zuschlagsentscheidung für nichtig erklären",

wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 98 Z 1 und 8 und § 174 Abs. 1
Rechtsgrundlage: Paragraph 98, Ziffer eins und 8 und Paragraph 174, Absatz eins

Bundesvergabegesetz 2002 - BVergG, BGBl I Nr. 99/2002. Bundesvergabegesetz 2002 - BVergG, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 99 aus 2002,.

II.römisch zwei.

Der Antrag der A*** vertreten durch X***, Rechtsanwälte, in dem Vergabeverfahren "Erneuerung und Optimierung der Beleuchtung

1. 2.Ziffer 2

Ausbaustufe" für das Bauvorhaben AUVA Rehabilitationszentrum Weißer Hof der Auftraggeberin Allgemeine Unfallversicherungsanstalt vertreten durch Y***, Rechtsanwalt, das Bundesvergabeamt möge

"aussprechen, dass die Antragstellerin gemäß § 177 Abs 5 BVergG gegenüber der Auftraggeberin Anspruch auf Ersatz der von der Antragstellerin gemäß § 177 Abs 1 und 2 BVergG entrichteten Gebühren hat""aussprechen, dass die Antragstellerin gemäß Paragraph 177, Absatz 5, BVergG gegenüber der Auftraggeberin Anspruch auf Ersatz der von der Antragstellerin gemäß Paragraph 177, Absatz eins und 2 BVergG entrichteten Gebühren hat"

wird zurückgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 177 Abs. 5 BVergG.Rechtsgrundlage: Paragraph 177, Absatz 5, BVergG.

Begründung

1. 1.Ziffer eins

Parteienvorbringen

Mit Antrag vom 7. Dezember 2004, am 7. Dezember 2004 zur Post gegeben, beim Bundesvergabeamt am 9. Dezember 2004 per Post und per Telefax eingelangt, beantragte die A*** vertreten durch X***, Rechtsanwälte, in der Folge Antragstellerin genannt, in dem Vergabeverfahren "Erneuerung und Optimierung der Beleuchtung

1. 2.Ziffer 2

Ausbaustufe" für das Bauvorhaben AUVA Rehabilitationszentrum Weißer Hof der Auftraggeberin Allgemeine Unfallversicherungsanstalt vertreten durch Y***, Rechtsanwalt, in der Folge Auftraggeberin genannt, die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung wie im Spruch unter I. wiedergegeben sowie Zuspruch des Ersatzes der Pauschalgebühr wie im Spruch unter II. wiedergegeben. Sie bezeichnete den zu vergebenden Auftrag als Lieferauftrag im Oberschwellenbereich. Sie begründete ihren Antrag im Wesentlichen damit, dass ihr Angebot bei der Angebotsöffnung mit einem Angebotspreis von Euro 852.132,24 netto das billigste gewesen sei. Unter der Position 0207GZ des Leistungsverzeichnisses seien Leuchteinsätze mit weißem Lamellenraster für die Leuchtstofflampe TL5/1x18W/EVG gefordert gewesen. Die Antragstellerin habe Leuchteinsätze mit weißem Lamellenraster mit 14 W statt mit 18 W angeboten, weil Leuchtstofflampen mit 18 W Leistung mit einer Bezeichnung TL5 nicht existierten und auch nicht angeboten werden könnten. Daher sei das Angebot der Antragstellerin ausschreibungskonform. Gleiches gelte für die Leistungsposition 1502AZ. Unter der Position 40010Z sei von der Antragstellerin das Fabrikat B*** mit exakter Typenbezeichnung beispielhaft angeführt und dieses oder ein gleichwertiges Fabrikat von Bietern gefordert gewesen. Die von der Antragstellerin angebotene Leuchte erfülle die von der Auftraggeberin angegebenen allgemeinen Bestimmungen und sei dem angegebenen Produkt gleichwertig. Die Antragstellerin habe auch nachgewiesen, dass sie über sämtliche für die Durchführung des Auftrages erforderlichen Befugnisse verfüge. Dass die Antragstellerin eine ausschreibungskonforme Leistung angeboten habe und über die zur Auftragsdurchführung erforderlichen Befugnisse verfüge zeige sich nicht zuletzt daran, dass die Auftraggeberin sie wohl andernfalls nach § 98 Z 1 und 8 BVergG ausgeschieden hätte bzw. hätte ausscheiden müssen. Die Zuschlagskriterien würden gegen das Doppelverwertungsverbot verstoßen, da sie die Bewertung von Referenzen vornehmen und es sich dabei um Eignungskriterien nach den §§ 52 ff BVergG handle, die bei sonstigem Ausscheiden des Angebotes zur Gänze erfüllt werden müssten. Auf Seite 7 der Ausschreibung seien Ausbildungsnachweise und/oder Bescheinigungen über die berufliche Befähigung des Unternehmens oder der Führungskräfte des Unternehmens, insbesondere der für die Ausführung der Arbeiten verantwortlichen Personen und Referenzlisten der in den letzten fünf Jahren erbrachten Leistungen unter Angabe unter anderem des Wertes der Leistungserfüllung vom Bieter verlangt. Als Qualitätskriterien seien wiederum,

wenn auch bezogen auf Krankenanstalten und ähnliche Projekte, Referenzen des Bieters sowie des Projekt- und des Montageleiters genannt. Die von der Auftraggeberin zu den Referenzen festgelegten Mindestkriterien, wonach der Wertung der Referenzen des Projekt- und Montageleiters nur Projekte mit einem Auftragsvolumen von mindestens Euro 500.000,-- zugrunde zu legen seien, seien nicht geeignet, das beste Angebot zu ermitteln, weil das Auftragsvolumen nichts über die Qualität der ausgeführten Arbeiten auszusagen vermöge. Darin liege ein Verstoß gegen das Gebot des freien und lauten Wettbewerbs. Die Zuschlagskriterien seien nicht geeignet, das wirtschaftlichste Angebot zu ermitteln und es liege darin ein Verstoß gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot. Die Bewertung des Angebotes der Antragstellerin auf Grundlage der vorgesehenen Zuschlagskriterien sei weder objektiv noch nachvollziehbar noch plausibel. Der von der Antragstellerin für die Durchführung des Auftrages vorgesehene und angebotene Montageleiter, Herr C***, verfüge über umfassende Referenzen über Projekte in Krankenanstalten und gleichwertige Projekte. Die für das gegenständliche Vergabeverfahren relevanten Projekte ergeben eine Gesamtauftragssumme von zumindest Euro 2,718.000,--. Die Wertung habe für die Antragstellerin nur 2,33 Punkte ergeben. Der Punkteunterschied zur D***, der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin, die in diesem Kriterium mit 4,47 Punkten bewertet worden sei, sei keineswegs nachvollziehbar. Die Antragstellerin erachte sich durch die unter Punkt 5. ihres Nachprüfungsantrages genannten Rechtsverletzungen in ihren Bieterrechten verletzt. Die Prüfung der Angebote sei entgegen den allgemeinen Grundsätzen des Vergabeverfahrens, insbesondere entgegen dem Gebot des freien und lauten Wettbewerbs und der Wirtschaftlichkeit erfolgt. Die daraus resultierende Zuschlagsentscheidung sei daher rechtswidrig und auch gemäß § 174 Abs. 1 Z 2 BVergG für den Ausgang des Vergabeverfahrens insofern von wesentlichem Einfluss, als bei rechtmäßiger Vorgangsweise die gegenständlich angefochtene Entscheidung schon deswegen, weil die Antragstellerin eindeutig als Billigstbieterin aus dem Vergabeverfahren hervorgegangen sei, anders hätte ausfallen können. Durch die rechtswidrige Entscheidung drohe der Antragstellerin zudem ein Schaden von zumindest in der Höhe der Kosten der Angebotsstellung und Teilnahme am Vergabeverfahren von rund Euro 9.690,-- (95 Stunden à Euro 102,--) sowie darüber hinaus aus entgangenem Gewinn wegen Nichtzustandekommens des Leistungsvertrages in der Höhe von brutto zumindest Euro 230.075,20 (20 % der angebotenen Nettosumme). Ausbaustufe" für das Bauvorhaben AUVA Rehabilitationszentrum Weißer Hof der Auftraggeberin Allgemeine Unfallversicherungsanstalt vertreten durch Y***, Rechtsanwalt, in der Folge Auftraggeberin genannt, die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung wie im Spruch unter römisch eins. wiedergegeben sowie Zuspruch des Ersatzes der Pauschalgebühr wie im Spruch unter römisch zwei. wiedergegeben. Sie bezeichnete den zu vergebenden Auftrag als Lieferauftrag im Oberschwellenbereich. Sie begründete ihren Antrag im Wesentlichen damit, dass ihr Angebot bei der Angebotsöffnung mit einem Angebotspreis von Euro 852.132,24 netto das billigste gewesen sei. Unter der Position 0207GZ des Leistungsverzeichnisses seien Leuchteinsätze mit weißem Lamellenraster für die Leuchtstofflampe TL5/1x18W/EVG gefordert gewesen. Die Antragstellerin habe Leuchteinsätze mit weißem Lamellenraster mit 14 W statt mit 18 W angeboten, weil Leuchtstofflampen mit 18 W Leistung mit einer Bezeichnung TL5 nicht existierten und auch nicht angeboten werden könnten. Daher sei das Angebot der Antragstellerin ausschreibungskonform. Gleiches gelte für die Leistungsposition 1502AZ. Unter der Position 40010Z sei von der Antragstellerin das Fabrikat B*** mit exakter Typenbezeichnung beispielhaft angeführt und dieses oder ein gleichwertiges Fabrikat von Bieterin gefordert gewesen. Die von der Antragstellerin angebotene Leuchte erfülle die von der Auftraggeberin angegebenen allgemeinen Bestimmungen und sei dem angegebenen Produkt gleichwertig. Die Antragstellerin habe auch nachgewiesen, dass sie über sämtliche für die Durchführung des Auftrages erforderlichen Befugnisse verfüge. Dass die Antragstellerin eine ausschreibungskonforme Leistung angeboten habe und über die zur Auftragsdurchführung erforderlichen Befugnisse verfüge zeige sich nicht zuletzt daran, dass die Auftraggeberin sie wohl andernfalls nach Paragraph 98, Ziffer eins und 8 BVergG ausgeschieden hätte bzw. hätte ausscheiden müssen. Die Zuschlagskriterien würden gegen das Doppelverwertungsverbot verstoßen, da sie die Bewertung von Referenzen vornehmen und es sich dabei um Eignungskriterien nach den Paragraphen 52, ff BVergG handle, die bei sonstigem Ausscheiden des Angebotes zur Gänze erfüllt werden müssten. Auf Seite 7 der Ausschreibung seien Ausbildungsnachweise und/oder Bescheinigungen über die berufliche Befähigung des Unternehmens oder der Führungskräfte des Unternehmens, insbesondere der für die Ausführung der Arbeiten verantwortlichen Personen und Referenzlisten der in den letzten fünf Jahren erbrachten Leistungen unter Angabe unter anderem des Wertes der Leistungserfüllung vom Bieter verlangt. Als Qualitätskriterien seien wiederum,

wenn auch bezogen auf Krankenanstalten und ähnliche Projekte, Referenzen des Bieters sowie des Projekt- und des Montageleiters genannt. Die von der Auftraggeberin zu den Referenzen festgelegten Mindestkriterien, wonach der Wertung der Referenzen des Projekt- und Montageleiters nur Projekte mit einem Auftragsvolumen von mindestens Euro 500.000,-- zugrunde zu legen seien, seien nicht geeignet, das beste Angebot zu ermitteln, weil das Auftragsvolumen nichts über die Qualität der ausgeführten Arbeiten auszusagen vermöge. Darin liege ein Verstoß gegen das Gebot des freien und lauterer Wettbewerbs. Die Zuschlagskriterien seien nicht geeignet, das wirtschaftlichste Angebot zu ermitteln und es liege darin ein Verstoß gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot. Die Bewertung des Angebotes der Antragstellerin auf Grundlage der vorgesehenen Zuschlagskriterien sei weder objektiv noch nachvollziehbar noch plausibel. Der von der Antragstellerin für die Durchführung des Auftrages vorgesehene und angebotene Montageleiter, Herr C***, verfüge über umfassende Referenzen über Projekte in Krankenanstalten und gleichwertige Projekte. Die für das gegenständliche Vergabeverfahren relevanten Projekte ergeben eine Gesamtauftragssumme von zumindest Euro 2,718.000,--. Die Wertung habe für die Antragstellerin nur 2,33 Punkte ergeben. Der Punkteunterschied zur D***, der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin, die in diesem Kriterium mit 4,47 Punkten bewertet worden sei, sei keineswegs nachvollziehbar. Die Antragstellerin erachte sich durch die unter Punkt 5. ihres Nachprüfungsantrages genannten Rechtsverletzungen in ihren Bieterrechten verletzt. Die Prüfung der Angebote sei entgegen den allgemeinen Grundsätzen des Vergabeverfahrens, insbesondere entgegen dem Gebot des freien und lauterer Wettbewerbs und der Wirtschaftlichkeit erfolgt. Die daraus resultierende Zuschlagsentscheidung sei daher rechtswidrig und auch gemäß Paragraph 174, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG für den Ausgang des Vergabeverfahrens insofern von wesentlichem Einfluss, als bei rechtmäßiger Vorgangsweise die gegenständlich angefochtene Entscheidung schon deswegen, weil die Antragstellerin eindeutig als Billigstbieterin aus dem Vergabeverfahren hervorgegangen sei, anders hätte ausfallen können. Durch die rechtswidrige Entscheidung drohe der Antragstellerin zudem ein Schaden von zumindest in der Höhe der Kosten der Angebotsstellung und Teilnahme am Vergabeverfahren von rund Euro 9.690,-- (95 Stunden à Euro 102,--) sowie darüber hinaus aus entgangenem Gewinn wegen Nichtzustandekommens des Leistungsvertrages in der Höhe von brutto zumindest Euro 230.075,20 (20 % der angebotenen Nettosumme).

Mit Schreiben vom 10. Dezember 2004, beim Bundesvergabeamt per Telefax am 14. Dezember 2004 eingelangt, teilte die Auftraggeberin mit, dass die E*** mit der Planung und Bauüberwachung der Erneuerung und Optimierung der Beleuchtung im Rehabilitationszentrum Weißer Hof beauftragt worden sei. Der geschätzte Auftragswert des Vorhabens betrage Euro 525.000,00 ohne USt. Der Auftrag sei noch nicht vergeben, das Vergabeverfahren nicht widerrufen worden. Die Mitteilung der Zuschlagsentscheidung sei mit Schreiben vom 23. November 2004 an alle Bieter am 24. November 2004 per Fax erfolgt. Die Auftraggeberin übermittelte die Faxprotokolle über die Mitteilung der Zuschlagsentscheidung. Am selben Tag legte die Auftraggeberin die Unterlagen des Vergabeverfahrens vor. Mit einem weiteren Telefax vom selben Tag ermächtigte sie die E*** zu dem gegenständlichen Nachprüfungsverfahren schriftlich Stellung zu nehmen.

Mit Schreiben vom 14. Dezember 2004, dem Bundesvergabeamt per Telefax am 14. Dezember 2004 übermittelt, nahm die E*** zu dem Nachprüfungsantrag Stellung. Sie brachte im Wesentlichen vor, dass es sich entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin um einen Bauauftrag handle und ein wesentlicher Teil der ausgeschriebenen Leistungen Elektroinstallationsarbeiten bei laufendem Betrieb nach Anh. I zum BVergG betreffe. In Position 0001AZ sei daher eine Vergabe nach dem BVergG 2002 im Unterschwellenbereich als offenes Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung gewählt worden. Die in Punkt 3. des Nachprüfungsantrages genannte Angebotssumme sei zum einen die ungeprüfte Summe und zum zweiten ohne Berücksichtigung der auf Seite 27 definierten Zuschlagskriterien in Position 0299. Die in der Position 0207GZ des Leistungsverzeichnisses angebotenen Leuchteinsätze mit weißem Lamellenraster für Leuchtstofflampe mit einer Wattage von 14 statt 18 Watt und sei nicht ausschlaggebend dafür, dass die Antragstellerin nicht für die Vergabe vorgeschlagen worden sei. Gleiches gelte für die Position 1502AZ des Leistungsverzeichnisses. Die von der Antragstellerin in Position 400010Z angebotenen Außenleuchten stellten nach sachlicher Prüfung einen Ausscheidensgrund dar. Dass die Antragstellerin über sämtliche für die Durchführung des Auftrages erforderliche Befugnisse verfüge, sei nicht nachvollziehbar gewesen. Seitens der Antragstellerin sei nach Aufforderung zwar ein Konzessionsdekret von Herrn F*** vom 5. November 1992 für Elektroinstallationen der Unterstufe übermittelt worden. Aus den übermittelten Unterlagen, dem Firmenbuchauszug, sei jedoch nicht nachzuvollziehen gewesen, dass die Antragstellerin über eine Gewerbeberechtigung für Elektroinstallationen der Unterstufe besitze und Herr F***

gewerberechtlicher Geschäftsführer sei. Dies sei auch in dem Prüfbericht vermerkt. Für die ausgeschriebene Leistung sei jedenfalls die Gewerbeberechtigung des Bieters für konzessionierte Elektrotechniker zumindest für die Unterstufe unbedingt erforderlich, da nicht ein Lieferauftrag sondern ein Bauauftrag, d.h. Lieferung, deren fachtechnische Abwicklung, Koordination als auch sämtliche Elektroinstallationsarbeiten und Anlagenerweiterungen zu erbringen seien. Entgegen dem Vorbringen im Nachprüfungsantrag Punkt 5 sei im Prüfbericht eindeutig nachvollziehbar, welche Mindestkriterien nicht erfüllt worden seien und somit Ausscheidensgrund gewesen seien. Dass keine Erklärung hinsichtlich der gleichwertigen Produkte beigelegt sei, sei ein Ausscheidensgrund. Im Leistungsverzeichnis seien in Position 0001MZ zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit Referenzlisten des Bieters der in den letzten fünf Jahren erbrachten Leistungen, in Position 0299 seien die Namen des vorgesehenen Projektleiters sowie des Montageleiters abgefragt worden. Weiters seien deren Referenzen sowie die Referenzen der Bieterfirma in Krankenanstalten oder gleichwertigen Projekten zur Bewertung abgefragt worden. Die Daten betreffend die Beurteilung der technischen Leistungsfähigkeit würden nicht den Daten entsprechen, die der Bewertung zugrundelägen. Als Zuschlagskriterium sei die Erfahrung des Bieters für Umbauten in Krankenhäusern oder gleichwertigen technisch anspruchsvollen Sanierungen zu beurteilen gewesen. Da seitens der Antragstellerin bei den angeforderten Unterlagen nur eine gesamte Referenzliste der Firma beigelegt sei, seien die erkennbaren Referenzdaten bewertet worden, im Fall der Antragstellerin das Landespflegeheim G***. Die mangelnde Bereitstellung von Bewertungsunterlagen stelle einen eindeutigen Ausscheidensgrund für die Antragstellerin dar. Der Verstoß gegen den freien und lautereren Wettbewerb sei nicht nachvollziehbar. Die vom Auftraggeber festgesetzten Zuschlagskriterien seien zur Ermittlung des besten Angebotes geeignet. Weiters hätte die Antragstellerin entsprechend § 81 Abs. 5 BVergG im Zuge der Angebotslegung auf die nunmehr vorgebrachten Einwände Bezug nehmen können. Schließlich sei es in der Eigenverantwortung der Bieter gelegen, die geforderten Zuschlagskriterien so aufzubereiten, dass dem Prüfer eine möglichst eindeutige und überzeugende Bewertung möglich sei. Die Antragstellerin habe ihrem Angebot keine der geforderten Unterlagen beigelegt. Der vorgesehen Montageleiter, Herr H***, sei mit den angegebenen Referenzen in den letzten fünf Jahren mit einer Gesamtauftragssumme von zumindest Euro 2,718.000,-- bewertet worden. Die D*** habe dagegen eine Referenzliste mit einer Gesamtauftragssumme von Krankenhäusern und gleichwertigen Projekten in den letzten Jahren von Euro 5,447.091,05 vorgelegt. Die Ergebnisse der Bewertung seien im Angebotsprüfbericht vom 15. Oktober 2004 festgehalten. Im Zuge der Angebotslegung seien von keinem Bieter die geforderten Unterlagen dem Angebot beigelegt worden. Die Nachweise seien nachgefordert worden. Mit Schreiben vom 14. Dezember 2004, dem Bundesvergabeamt per Telefax am 14. Dezember 2004 übermittelt, nahm die E*** zu dem Nachprüfungsantrag Stellung. Sie brachte im Wesentlichen vor, dass es sich entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin um einen Bauauftrag handle und ein wesentlicher Teil der ausgeschriebenen Leistungen Elektroinstallationsarbeiten bei laufendem Betrieb nach Anh. römisch eins zum BVergG betreffe. In Position 0001AZ sei daher eine Vergabe nach dem BVergG 2002 im Unterschwellenbereich als offenes Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung gewählt worden. Die in Punkt 3. des Nachprüfungsantrages genannte Angebotssumme sei zum einen die ungeprüfte Summe und zum zweiten ohne Berücksichtigung der auf Seite 27 definierten Zuschlagskriterien in Position 0299. Die in der Position 0207GZ des Leistungsverzeichnisses angebotenen Leuchteinsätze mit weißem Lamellenraster für Leuchtstofflampe mit einer Wattage von 14 statt 18 Watt und sei nicht ausschlaggebend dafür, dass die Antragstellerin nicht für die Vergabe vorgeschlagen worden sei. Gleiches gelte für die Position 1502AZ des Leistungsverzeichnisses. Die von der Antragstellerin in Position 400010Z angebotenen Außenleuchten stellten nach sachlicher Prüfung einen Ausscheidensgrund dar. Dass die Antragstellerin über sämtliche für die Durchführung des Auftrages erforderliche Befugnisse verfüge, sei nicht nachvollziehbar gewesen. Seitens der Antragstellerin sei nach Aufforderung zwar ein Konzessionsdekret von Herrn F*** vom 5. November 1992 für Elektroinstallationen der Unterstufe übermittelt worden. Aus den übermittelten Unterlagen, dem Firmenbuchauszug, sei jedoch nicht nachzuvollziehen gewesen, dass die Antragstellerin über eine Gewerbeberechtigung für Elektroinstallationen der Unterstufe besitze und Herr F*** gewerberechtlicher Geschäftsführer sei. Dies sei auch in dem Prüfbericht vermerkt. Für die ausgeschriebene Leistung sei jedenfalls die Gewerbeberechtigung des Bieters für konzessionierte Elektrotechniker zumindest für die Unterstufe unbedingt erforderlich, da nicht ein Lieferauftrag sondern ein Bauauftrag, d.h. Lieferung, deren fachtechnische Abwicklung, Koordination als auch sämtliche Elektroinstallationsarbeiten und Anlagenerweiterungen zu erbringen seien. Entgegen dem Vorbringen im Nachprüfungsantrag Punkt 5 sei im Prüfbericht eindeutig nachvollziehbar, welche Mindestkriterien nicht erfüllt worden seien und somit Ausscheidensgrund gewesen seien. Dass keine Erklärung hinsichtlich der gleichwertigen Produkte

beigelegt sei, sei ein Ausscheidensgrund. Im Leistungsverzeichnis seien in Position 0001MZ zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit Referenzlisten des Bieters der in den letzten fünf Jahren erbrachten Leistungen, in Position 0299 seien die Namen des vorgesehenen Projektleiters sowie des Montageleiters abgefragt worden. Weiters seien deren Referenzen sowie die Referenzen der Bieterfirma in Krankenanstalten oder gleichwertigen Projekten zur Bewertung abgefragt worden. Die Daten betreffend die Beurteilung der technischen Leistungsfähigkeit würden nicht den Daten entsprechen, die der Bewertung zugrundelägen. Als Zuschlagskriterium sei die Erfahrung des Bieters für Umbauten in Krankenhäusern oder gleichwertigen technisch anspruchsvollen Sanierungen zu beurteilen gewesen. Da seitens der Antragstellerin bei den angeforderten Unterlagen nur eine gesamte Referenzliste der Firma beigelegt sei, seien die erkennbaren Referenzdaten bewertet worden, im Fall der Antragstellerin das Landespflegeheim G***. Die mangelnde Bereitstellung von Bewertungsunterlagen stelle einen eindeutigen Ausscheidensgrund für die Antragstellerin dar. Der Verstoß gegen den freien und lauten Wettbewerb sei nicht nachvollziehbar. Die vom Auftraggeber festgesetzten Zuschlagskriterien seien zur Ermittlung des besten Angebotes geeignet. Weiters hätte die Antragstellerin entsprechend Paragraph 81, Absatz 5, BVergG im Zuge der Angebotslegung auf die nunmehr vorgebrachten Einwände Bezug nehmen können. Schließlich sei es in der Eigenverantwortung der Bieter gelegen, die geforderten Zuschlagskriterien so aufzubereiten, dass dem Prüfer eine möglichst eindeutige und überzeugende Bewertung möglich sei. Die Antragstellerin habe ihrem Angebot keine der geforderten Unterlagen beigelegt. Der vorgesehen Montageleiter, Herr H***, sei mit den angegebenen Referenzen in den letzten fünf Jahren mit einer Gesamtauftragssumme von zumindest Euro 2,718.000,-- bewertet worden. Die D*** habe dagegen eine Referenzliste mit einer Gesamtauftragssumme von Krankenhäusern und gleichwertigen Projekten in den letzten Jahren von Euro 5,447.091,05 vorgelegt. Die Ergebnisse der Bewertung seien im Angebotsprüfbericht vom 15. Oktober 2004 festgehalten. Im Zuge der Angebotslegung seien von keinem Bieter die geforderten Unterlagen dem Angebot beigelegt worden. Die Nachweise seien nachgefordert worden.

Mit Schriftsatz vom 20. Dezember 2004 nahm die Auftraggeberin erneut Stellung und legte den internen Beschluss der Auftraggeberin über die Zuschlagsentscheidung und eine Übersicht über die Schutzarten vor. Sie wandte sich gegen das Vorbringen der Antragstellerin betreffend die Ausschreibung und brachte vor, dass dieses präkludiert sei. Als Beschwerdepunkt sei lediglich die Unzulässigkeit des Ausscheidens des Angebotes der Antragstellerin anzusehen. Das Angebot der Antragstellerin sei wegen eines unbeheblichen Mangels ausgeschieden worden und ihr dies im Schreiben vom 2. Dezember 2004 mitgeteilt worden. Grund dafür sei, dass die Antragstellerin in Position 40010Z des Leistungsverzeichnisses eine Leuchte angeboten habe, welche die geforderte Schutzart IP66 nicht erfülle. Da die beigelegten Datenblätter der Leuchte 'I***' nur die Schutzarten IP43 und IP55 aufwiesen, erübrige sich eine weitere Gleichwertigkeitsprüfung mit dem Leitfabrikat. Die Antragstellerin habe auch keine eigene Gewerbeberechtigung sondern lediglich jene von Herrn F*** nachgewiesen. Da das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden sei, käme ihr keine Antragslegitimation zu.

Am 21. Dezember 2004 fand eine mündliche Verhandlung statt.

Die Antragstellerin brachte in der mündlichen Verhandlung vor, dass es sich bei der Darstellung der Berechnungsformel auf Seite 28 der Ausschreibung insoweit um einen Schreibfehler handle, als der Quotient logischer Weise Summe 2 durch Summe 1 zu lauten habe, wie dies auch zwecks richtiger Vermittlung der Bestbieterstellung den Angebotsbewertungen durchgehend zugrunde gelegt worden sei. Dieser Schreibfehler sei Bestandteil der Ausschreibung, sei unbekämpft geblieben und habe im Verhältnis zur Antragstellerin keine Bedeutung für den Ausgang des Vergabeverfahrens, weil sie auch unter Berücksichtigung des Schreibfehlers - bei buchstabengetreuer Berechnung - nicht Bestbieter wäre. Zu Position 40010Z gibt die Antragstellerin an, dass sich die Bemusterung nur auf ein ausschreibungskonformes Produkt beziehen könne, da es sonst im Belieben des Bieters stünde, im Wege der Bemusterung die vorgegebenen Kriterien zu unterlaufen. Würde ein Auftraggeber ein nicht ausschreibungskonformes Produkt bei der Bemusterung akzeptieren, würde er gegen das Diskriminierungsverbot verstoßen.

Die Antragstellerin brachte in der mündlichen Verhandlung vor, dass die D*** im Jahr 2003 laut der als Beilage./2 zum Protokoll der Verhandlungsschrift genommenen KSV-Auskunft einen Jahresumsatz von Euro 4,2 Mio. gehabt habe. Die Auftragssummen der vorgelegten Referenzen seien daher nicht plausibel. Die Auftraggeberin brachte in der mündlichen Verhandlung vor, dass es sich bei den Umsatzangaben in der vorgelegten Auskunft um eine Einschätzung

handle und sich auch unter Berücksichtigung dieser und unter Zugrundelegung des Beurteilungszeitraumes für die Referenzen von fünf Jahren sich ein Gesamtumsatz von geschätzt Euro 21 Mio. ergäbe, sodass die spezifisch angegebenen Umsätze jedenfalls plausibel seien.

Die Antragstellerin brachte in der mündlichen Verhandlung vor, dass der Antragsstellerin ein allfälliges Ausscheiden eines Angebotes nicht bekannt gegeben worden sei. Das Schreiben der Auftraggeberin vom 2. Dezember 2004 spreche im Betreff über eine "Begründung über Ausscheidensgründe" und teile aber in weiterer Folge das Punkteergebnis nach der Bewertung der Angebote laut Zuschlagskriterien mit. Wäre das Angebot der Antragstellerin ausgeschieden worden, wäre die Bewertung des Angebotes nicht mehr zulässig und somit nicht nachvollziehbar, warum diese Bewertung überhaupt angeführt worden sei.

Die Auftraggeberin gab in der mündlichen Verhandlung an, dass die Antragstellerin eindeutig und nachvollziehbar ausgeschieden worden sei, was unabhängig von der Form der Bekanntgabe maßgebliche Wirkung im Vergabeverfahren entfalte. Die Mitteilung sei über Anfrage erfolgt, wobei die Ausscheidung vorangestellt im Betreff in Fettdruck hervorgehoben worden sei. Zusätzlich seien die einzelnen für die Ausscheidung maßgeblichen Gründe im Detail angeführt worden. Insbesondere die Nichtübereinstimmung von Anbotspositionen mit LV-Positionen sei für jeden Bieter ein erkennbarer und geläufiger Ausscheidensgrund. Die Bekanntgabe des Bewertungsergebnisses sei lediglich informativ erfolgt, um dem Bieter die Einschätzung zu ermöglichen, dass er auch ohne Ausscheidung nicht Bestbieter gewesen wäre. Ob eine Bewertung vor der Ausscheidung durchgeführt worden sei, müsse für die Rechtswirkung der Ausscheidung ohne Belang sein, da auch Fälle denkbar seien, dass nach einer durchgeführten Bewertung Ausscheidensgründe z.B. durch Hinweis eines Mitbewerbers, zutage treten.

1. 2.Ziffer 2 Sachverhalt

Das Bundesvergabeamt geht von nachstehendem Sachverhalt aus:

Die Auftraggeberin erneuert die Beleuchtung im Rehabilitationszentrum Weißer Hof in Klosterneuburg. In der gegenständlichen Ausschreibung ist die Erneuerung eines Teils der Innenbeleuchtung sowie der Außenbeleuchtung ausgeschrieben. Aufgabe des Bieters ist es nicht nur die Lampen und Beleuchtungen zu montieren, sondern auch allfällige Kabelverlegungen und Umbauten der Leuchtkörper in der Decke vorzunehmen sowie eine Lichtsteuerung einzubauen. Die Leuchtkörper sind teilweise eingebaut, teilweise fix montiert. Auch eine Montageplanung und Bestandsplanung ist Gegenstand der Ausschreibung (Bekanntmachung der Ausschreibung, Unterlagen des Vergabeverfahrens, Stellungnahme der Auftraggeberin).

Der geschätzte Auftragswert der ausgeschrieben Leistungen beträgt Euro 525.000,-- ohne USt. (Stellungnahme der Auftraggeberin). Die Erhöhung der Angebotssummen gegenüber der Schätzung ist darauf zurückzuführen, dass nach der Bestandsaufnahme und der Beleuchtungsmessung festgestellt wurde, dass in den Patientenzimmern auch die Bettensets zu adaptieren sind (Antrag an den Verwaltungsausschuss des Vorstandes der AUVA vom 23. November 2004 Beilage zur Stellungnahme der Auftraggeberin vom 20. Dezember 2004).

Der Ausführungszeitraum der gegenständlichen Arbeiten sollte November 2004 bis April 2005 sein (Unterlagen des Vergabeverfahrens).

Mit der Vorbereitung der Ausschreibung ist die E*** beauftragt (Unterlagen des Vergabeverfahrens).

Die gegenständliche Ausschreibung ist als Bauauftrag im offenen Verfahren nach den Vorschriften für den Unterschwellenbereich ausgeschrieben. Die Vergabebekanntmachung wurde im Lieferanzeiger vom 17. August 2004 zu L 177069 bekannt gemacht. (amtliche Einschau im Internet auf www.auftrag.at, Unterlagen des Vergabeverfahrens).

In Position 0001AZ "Vergabe" der Vorbemerkungen der Ausschreibungsunterlagen ist festgelegt, dass die Vergabe nach den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2002 für den Unterschwellenbereich als offenes Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung sowie den gültigen Normen ausgeschrieben wird (Ausschreibungsunterlagen).

In Position 0001CZ "Gültigkeit des Angebotes" ist festgehalten, dass Änderungen im Leistungsverzeichnis nicht gestattet sind. Abgeänderte Leistungen dürfen nur alternativ angeboten werden. Stellt der Bieter Mängel oder Fehler fest oder hat er Bedenken gegen die vorgesehene Art der Ausführung, so ist er verpflichtet, dies spätestens bei Angebotsabgabe dem Auftraggeber schriftlich bekannt zu geben. Nachträglich

festgestellte Fehler oder Irrtümer berechtigen den Bieter nicht, Forderungen aus welchem Titel auch immer geltend zu machen. Bestehen für den Bieter Unklarheiten, hat er im Einvernehmen mit der ausschreibenden Stelle die Klärung herbeizuführen. Nach Abgabe des Angebotes kann der Bieter nicht mehr geltend machen, dass ihm maßgebliche Umstände nicht bekannt waren.

Nachforderungen unter Berufung auf Unkenntnis der Verhältnisse werden daher nicht berücksichtigt (Ausschreibungsunterlagen).

In Position 0001DZ "Bieterlücken" ist im zweiten Absatz für den Fall fehlender Bieterangaben bei Bieterlücken ausgeführt, dass, wenn in der Ausschreibung ein bestimmtes Produkt beispielhaft mit dem Zusatz "oder gleichwertiger Art" (oder mit sinngemäß gleichem Wortlaut) enthalten ist, dieses Produkt als angeboten gilt (Unterlagen des Vergabeverfahrens). Ein angebotenes nicht gleichwertiges Produkt wird nicht durch das Leitprodukt ersetzt (Aussage von J***, E***, in der mündlichen Verhandlung).

In Position 0001KZ "Nachweis der Befugnis" ist festgelegt, dass eine Kopie des Gewerbescheins für konzessionierte Elektrotechniker und ein Auszug aus dem Firmenbuch (Berufs- oder Handelsregister) als Beilage zum Angebot verlangt werden (Ausschreibungsunterlagen).

In Position 0001MZ "Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit" wird zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit eine Referenzliste der in den letzten fünf Jahren erbrachten Leistungen mit Angabe des Ortes, der Zeit des Wertes der Leistungserfüllung sowie der Auftraggeber verlangt (Ausschreibungsunterlagen).

In Position 0002BZ "Besondere Erschwernisse / Erleichterungen" wird darauf hingewiesen, dass die Arbeiten in einer bestehenden Krankenanstalt im laufenden Betrieb durchzuführen sind (Ausschreibungsunterlagen).

In Position 0003AZ "Planungsleistungen" wird festgelegt, dass der Auftragnehmer alle erforderlichen Montagepläne und die firmeninternen Werk- und Stückzeichnungen sowie Ausführungspläne, Schaltschema, P&I Diagramme, Bestandspläne usw., sofern nicht ausdrücklich anders festgelegt, ohne besondere Vergütung zu erstellen und dem Auftraggeber im Sinne der Punkte 0003b und 0003c in der erforderlichen bzw. in der vom Auftraggeber geforderten Anzahl zeitgerecht zur Verfügung zu stellen hat (Ausschreibungsunterlagen). In Position 0003AZ "Planungsleistungen" wird festgelegt, dass der Auftragnehmer alle erforderlichen Montagepläne und die firmeninternen Werk- und Stückzeichnungen sowie Ausführungspläne, Schaltschema, P&I Diagramme, Bestandspläne usw., sofern nicht ausdrücklich anders festgelegt, ohne besondere Vergütung zu erstellen und dem Auftraggeber im Sinne der Punkte 0003b und 0003c in der erforderlichen bzw. in der vom Auftraggeber geforderten Anzahl zeitgerecht zur Verfügung zu stellen hat (Ausschreibungsunterlagen).

In Position 0299 "Zuschlagskriterien" ist festgehalten, dass bei der Angebotslegung durch den Bieter ein vorgesehener Projektleiter des Bieters und ein vorgesehener Montageleiter des Bieters namhaft zu machen und deren ausreichende Kompetenz mittels Referenzliste zu belegen sind. Als Mindestkriterien wurde sowohl für den Projektleiter für die Elektroinstallationen als auch für den Montageleiter für die Elektroinstallationen Referenzen in zumindest einer Krankenanstalt oder gleichwertigem Projekt in den letzten fünf Jahren mit Gewerkkosten von mindestens Euro 500.000,- festgelegt. Die Angebotssumme wird mit höchstens 80 Punkten, die Referenzen der Bieterfirma von Projekten in Krankenanstalten oder gleichwertigen Projekten nach Herstellungskosten der letzten fünf Jahre mit höchstens 10 Punkten, die Referenzen des Projektleiters von Projekten in Krankenanstalten oder gleichwertigen Projekten nach Herstellungskosten der letzten fünf Jahre mit höchstens 5 Punkten und die Referenzen des Montageleiters von Projekten in Krankenanstalten oder gleichwertigen Projekten nach Herstellungskosten der letzten fünf Jahre mit höchstens 5 Punkten bewertet. Die Punkteanzahl bei der Bewertung des Angebotspreises bestimmt sich aus dem Quotienten aus der Angebotssumme des jeweiligen Bieters und der Angebotssumme des Bestbieters multipliziert mit der maximal erreichbaren Punkteanzahl. Bei der Bewertung der Referenzen bestimmt sich die Bewertung aus dem Quotienten aus den Gewerkkosten der angegebenen Referenzprojekte bei Krankenanstalten in den letzten fünf Jahren des Bieters und jenen des Bestbieters zu diesem Bewertungskriterium multipliziert mit der maximal erreichbaren Punkteanzahl (Ausschreibungsunterlagen).

Bei der Bewertung des Zuschlagskriteriums Preis ist als Bestbieter der Billigstbieter zu verstehen (Aussage von J*** in der mündlichen Verhandlung).

Der Schlusstermin für den Eingang der Angebote war der 13. September 2004, 12.00 Uhr (Bekanntmachung der Ausschreibung, Ausschreibungsunterlagen).

Die Angebotsöffnung fand im Anschluss an den Ablauf der Angebotsfrist am 13. September 2004, von 12.30 Uhr bis 12.52 Uhr statt. Es langten sechs Angebote ein. Die Antragstellerin legte ein Angebot mit einer ungeprüften Angebotssumme von Euro 710.110,20 ohne USt. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin legte ein Angebot mit einer ungeprüften Angebotssumme von Euro 741.317,75 ohne USt. (Protokoll über die Angebotsöffnung, Unterlagen des Vergabeverfahrens).

Die Antragstellerin bot in den Positionen 0207GZ "Rasterleuchte mit weißem Raster" und 1502AZ "Lichtleiste EVG" wurden Wattagen von 14 Watt statt der in der Ausschreibung geforderten 18 Watt an (Unterlagen des Vergabeverfahrens). Der geforderte Leuchtentyp mit einer Leistung von 18 Watt ist am Markt jedoch nicht erhältlich (Aussage von J*** in der mündlichen Verhandlung).

In der Position 400010Z "Mastaufsatzleuchte" bot die Antragstellerin die Leuchte 'I***' mit der Schutzart IP43 bzw. IP55 statt der ausgeschriebenen Leuchte mit der Schutzart IP66 an. Das in dieser Position genannte Leitprodukt ist das einzige Leitprodukt in der gesamten Ausschreibung. In der Position 00002Z der LG 06 "Außenbeleuchtung" der OG 02 "Leuchtentausch" ist eine Bemusterung von fünf nach Auftragserteilung herzustellenden Leuchten vorgesehen (Unterlagen des Vergabeverfahrens).

Mit Schreiben vom 13. September 2004, bei der Auftraggeberin am 17. September 2004 eingelangt, übermittelte die Antragstellerin einen Nachweis der Zuverlässigkeit, ein Konzessionsdekret von Herrn F*** vom 5. November 1992 für das Gewerbe mit dem Gewerbewortlaut "Elektroinstallationen der Unterstufe (§ 167 GewO 1973)", eine allgemeine Liste von Referenzobjekten, eine

Mit Schreiben vom 13. September 2004, bei der Auftraggeberin am 17. September 2004 eingelangt, übermittelte die Antragstellerin einen Nachweis der Zuverlässigkeit, ein Konzessionsdekret von Herrn F*** vom 5. November 1992 für das Gewerbe mit dem Gewerbewortlaut "Elektroinstallationen der Unterstufe (Paragraph 167, GewO 1973)", eine allgemeine Liste von Referenzobjekten, eine

allgemeine Liste von Referenzobjekten des Projektleiters, eine

allgemeine Liste von Referenzobjekten des Montageleiters, eine Beschreibung der EDV-Ausstattung und eine Bankauskunft. Mit Telefax vom 21. September 2004 forderte die E*** die Antragstellerin auf, den Montage- und den Projektleiter, die Referenzen der letzten fünf Jahre des Montageleiters, des Projektleiters und ihr selbst betreffend Krankenhäuser oder Krankenanstalten bekannt zu geben, Prüfzeugnisse, Zertifikate sowie Datenblätter etc. der angebotenen Leuchten gemäß der Ausschreibung vorzulegen sowie die Zusammengehörigkeit oder das Dienstverhältnis von Herrn F*** und der Antragstellerin aufzuklären. Dies alles sollte bis 24. September 2004 erfolgen. Mit Telefax vom 27. September 2004 gab die Antragstellerin bekannt, dass Herr F*** der Projektleiter sei und u.a. das Bauvorhaben LPPH G*** im Jahr 2003 sowie das LPPH K*** im Jahr 2004 als Projektleiter abwickelte. In der beigelegten Referenzliste war jedoch nur das Landespflegeheim H*** genannt. Als Montageleiter machte sie Herrn H*** namhaft und gab eine Liste von Referenzen mit Projekten aus dem Krankenhausbereich mit einem Gesamtauftragswert von Euro 2.718.000,- an. Die übermittelten Referenzlisten entsprachen jenen, die bereits mit Schreiben vom 13. September 2004 vorgelegt worden waren. Weiters legte die Antragstellerin Datenblätter einer Reihe von angebotenen Leuchten vor und kündigte die Nachreichung von Datenblättern der Sonderleuchten an. Daraus ergibt sich, dass die für den Außenbereich angebotene Leuchte I*** 1 den Schutzgrad IP43 und die Leuchte I*** 2 den Schutzgrad IP55 aufweist. Schließlich gab sie bekannt, dass Herr F*** seit 1. Februar 2001 als Prokurist und gewerberechtlicher Geschäftsführer bei ihr tätig sei und per 1. April 2004 innerhalb der Unternehmensgruppe zur L*** gewechselt habe (Unterlagen des Vergabeverfahrens).

Die Antragstellerin übermittelte der E*** die im Schreiben vom 27. September 2004 angekündigten Datenblätter der Sonderleuchten per E-Mail (Aussage von Herrn M*** in der mündlichen Verhandlung). Diese waren jedoch zur Angebotsbewertung nicht erforderlich und wurden nicht zu den Angebotsunterlagen genommen. Dies wurde der Antragstellerin auch telefonisch mitgeteilt (Aussage von Herrn J*** in der mündlichen Verhandlung).

Herr F*** ist der E*** aus verschiedenen anderen Projekten bekannt. Er ist einerseits selbständig tätig, andererseits bei der Antragstellerin angestellt. Herr F*** hat nach Vorlage verschiedener technischer Unterlagen bei der E*** angerufen und gefragt, ob die Vorlage weiterer Unterlagen notwendig sei. Dies wurde seitens der E*** verneint (Aussage von Herrn M***, Geschäftsführer der Antragstellerin). Herr F*** hat jedoch nicht mit Herrn J***, dem

Projektleiter der E***, telefoniert (Aussage von J*** in der mündlichen Verhandlung).

Bei der Bewertung der Angebote im Zuschlagskriterium Preis wurde der Angebotspreis der Billigstbieters durch den Angebotspreis des jeweiligen Bieters dividiert (Aussage von J*** in der mündlichen Verhandlung). Bei der Darstellung der Berechnungsformel auf Seite 28 der Ausschreibung handelt es sich insoweit um einen Schreibfehler, als der Quotient logischer Weise Summe 2 durch Summe 1 zu lauten hat, wie dies auch zwecks richtiger Vermittlung der Bestbieterstellung den Angebotsbewertungen durchgehend zugrunde gelegt wurde (Aussage von Y*** in der mündlichen Verhandlung).

Bei der Prüfung der Referenzen fand eine Plausibilitätsprüfung statt. Teilweise waren die genannten Projekte bekannt. Eine tiefer gehende Prüfung - etwa durch Kontaktaufnahme mit dem jeweiligen Auftraggeber - fand nicht statt. Überprüft wurde, ob der jeweilige Bieter das Projekt tatsächlich durchgeführt hat. Die Zufriedenheit des Auftraggebers und die Höhe des Auftragswertes wurden nicht näher überprüft (Aussage von J*** in der mündlichen Verhandlung).

Im Prüfbericht vom 15. Oktober 2004 wurde das Angebot der Antragstellerin mit insgesamt 82,37 Punkten bewertet, jenes der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin mit 89,57. Es wurden keine Angebote ausgeschieden (Unterlagen des Vergabeverfahrens).

Mit Schreiben vom 23. November 2004 gab die Auftraggeberin am 24. November 2004 per Telefax allen Bietern die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der D*** bekannt. Mit E-Mail vom 1. Dezember 2004 ersuchte der Vertreter der Antragstellerin namens der A*** um Bekanntgabe der Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes sowie der Gründe für die Nichtberücksichtigung ihres Angebotes. Mit Telefax vom 1. Dezember 2004 lehnte die Auftraggeberin eine Auskunftserteilung ab, da dieser nicht Bieter im gegenständlichen Vergabeverfahren sei. Mit Telefax vom 1. Dezember 2004 ersuchte der Vertreter unter Berufung auf die erteilte Vollmacht der Antragstellerin erneut um Bekanntgabe nach § 100 Abs. 3 BVergG. Mit Schreiben vom 2. Dezember 2004, mit Telefax vom 3. Dezember 2004 der Antragstellerin übermittelt, gab die Auftraggeberin die gewünschten Auskünfte. Der Betreff dieses Schreibens lautete: Mit Schreiben vom 23. November 2004 gab die Auftraggeberin am 24. November 2004 per Telefax allen Bietern die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der D*** bekannt. Mit E-Mail vom 1. Dezember 2004 ersuchte der Vertreter der Antragstellerin namens der A*** um Bekanntgabe der Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes sowie der Gründe für die Nichtberücksichtigung ihres Angebotes. Mit Telefax vom 1. Dezember 2004 lehnte die Auftraggeberin eine Auskunftserteilung ab, da dieser nicht Bieter im gegenständlichen Vergabeverfahren sei. Mit Telefax vom 1. Dezember 2004 ersuchte der Vertreter unter Berufung auf die erteilte Vollmacht der Antragstellerin erneut um Bekanntgabe nach Paragraph 100, Absatz 3, BVergG. Mit Schreiben vom 2. Dezember 2004, mit Telefax vom 3. Dezember 2004 der Antragstellerin übermittelt, gab die Auftraggeberin die gewünschten Auskünfte. Der Betreff dieses Schreibens lautete:

"Begründung über Ausscheidensgründe". Die Auftraggeberin teilte die Bewertung des Angebotes der Antragstellerin und jenes der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin mit. Sie führte aus, dass die bewertbaren Referenzen des vorgesehenen Projektleiters mit Euro 76.000,- unter den Mindestkriterien des Leistungsverzeichnisses mit Euro 500.000,- liegen. In den Positionen 0207GZ "Rasterleuchte mit weißem Raster" und 1502AZ "Lichtleiste EVG" wurden Wattagen von 14 Watt statt der in der Ausschreibung geforderten 18 Watt angeboten. In der Position 400010Z "Mastaufsatzleuchte" wurde eine Leuchte mit Schutzart IP43 bzw. IP55 statt der ausgeschriebenen Leuchte mit Schutzart IP66 angeboten. Bezüglich der beruflichen Befugnis konnte aufgrund der vorliegenden Unterlagen sowie eines Firmenbuchauszuges nicht eindeutig nachvollzogen werden, dass die Antragstellerin die Gewerbeberechtigung für Elektroinstallationen besitzt (Unterlagen des Vergabeverfahrens).

Mit Telefax vom 7. Dezember 2004 verständigte die Antragstellerin die Auftraggeberin von der Einbringung des Nachprüfungsantrages (Unterlagen des Vergabeverfahrens).

Mit Telefax vom 10. Dezember 2004 verständigte die Auftraggeberin alle Bieter von der Einleitung des Nachprüfungsverfahrens. Der Zuschlag wurde noch nicht erteilt. Das Vergabeverfahren wurde bisher nicht widerrufen (Stellungnahme der Auftraggeberin).

Der Sachverhalt stützt sich auf die in Klammern genannten Beweismittel. Hinsichtlich der Unterlagen des Vergabeverfahrens und der allgemein zugänglichen Bekanntmachungen war an der Echtheit und Richtigkeit nicht zu zweifeln. Die zitierten Aussagen in der mündlichen Verhandlung blieben - soweit sie dem Sachverhalt zugrunde gelegt

sind - unwidersprochen, sodass keine Zweifel an ihrer Richtigkeit aufgetreten sind. Widersprüche zwischen den einzelnen Beweismitteln traten nicht auf.

1. 3.Ziffer 3

Rechtliche Würdigung

3.1. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes

Gegenständlicher Auftrag hat die zweite Ausbaustufe der Erneuerung der Beleuchtung im Rehabilitationszentrum Weißer Hof zum Gegenstand. Die Beleuchtungskörper sind einzubauen oder fix zu montieren. Eine Lichtsteuerung ist zu errichten. Es sind auch Elektroinstallationen vorzunehmen und Ausführungsplanungen zu erstellen. Die Leuchten sind betriebsfertig zu montieren. Die auszuführende Beleuchtung ist ebenso wie die Lichtsteuerung und die Elektroinstallationen fest mit dem Gebäude verbunden. Sie dient der Funktion des Gebäudes. Gegenstand der Arbeiten sind daher Bauarbeiten iSd Position 503.5 des Anhangs I zum BVergG (z.B. BVA 13.12.2002, 17N-54/02-14 mwN). Der Auftrag war auch als Bauauftrag ausgeschrieben. Entgegen dem Nachprüfungsantrag handelt es sich daher um Bauarbeiten nach § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG. Gegenständlicher Auftrag hat die zweite Ausbaustufe der Erneuerung der Beleuchtung im Rehabilitationszentrum Weißer Hof zum Gegenstand. Die Beleuchtungskörper sind einzubauen oder fix zu montieren. Eine Lichtsteuerung ist zu errichten. Es sind auch Elektroinstallationen vorzunehmen und Ausführungsplanungen zu erstellen. Die Leuchten sind betriebsfertig zu montieren. Die auszuführende Beleuchtung ist ebenso wie die Lichtsteuerung und die Elektroinstallationen fest mit dem Gebäude verbunden. Sie dient der Funktion des Gebäudes. Gegenstand der Arbeiten sind daher Bauarbeiten iSd Position 503.5 des Anhangs römisch eins zum BVergG (z.B. BVA 13.12.2002, 17N-54/02-14 mwN). Der Auftrag war auch als Bauauftrag ausgeschrieben. Entgegen dem Nachprüfungsantrag handelt es sich daher um Bauarbeiten nach Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG.

Die Auftraggeberin ist eine Körperschaft öffentlichen Rechts. Ihre Tätigkeit ist die Erbringung von Sozialversicherungsleistungen, sie ist als Selbstverwaltungskörperschaft voll rechtsfähig und unterliegt der Aufsicht des Bundes. Sie ist daher Auftraggeberin nach § 7 Abs. 1 Z 2 BVergG, die nach § 135 Abs. 2 BVergG iVm Art. 14b Abs. 2 Z 1 lit. d BVergG in den Vollziehungsbereich des Bundes fällt und unter die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Nachprüfung von Vergabeverfahren fällt. Die Auftraggeberin ist eine Körperschaft öffentlichen Rechts. Ihre Tätigkeit ist die Erbringung von Sozialversicherungsleistungen, sie ist als Selbstverwaltungskörperschaft voll rechtsfähig und unterliegt der Aufsicht des Bundes. Sie ist daher Auftraggeberin nach Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG, die nach Paragraph 135, Absatz 2, BVergG in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera d, BVergG in den Vollziehungsbereich des Bundes fällt und unter die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Nachprüfung von Vergabeverfahren fällt.

Der gegenständliche Auftrag hat einen geschätzten Auftragswert von Euro 525.000,-- ohne USt. Der Schwellenwert nach § 9 Abs. 1 Z 3 BVergG wird nicht überschritten. Nach § 9 Abs. 2 BVergG findet das gegenständliche Verfahren daher im Unterschwellenbereich statt. Auf das gegenständliche Vergabeverfahren sind die Regelungen für den Unterschwellenbereich nach § 17 Abs. 1 BVergG anzuwenden. Der gegenständliche Auftrag hat einen geschätzten Auftragswert von Euro 525.000,-- ohne USt. Der Schwellenwert nach Paragraph 9, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG wird nicht überschritten. Nach Paragraph 9, Absatz 2, BVergG findet das gegenständliche Verfahren daher im Unterschwellenbereich statt. Auf das gegenständliche Vergabeverfahren sind die Regelungen für den Unterschwellenbereich nach Paragraph 17, Absatz eins, BVergG anzuwenden.

3.2. Zulässigkeit des Antrags

Gemäß § 162 Abs. 2 BVergG ist das Bundesvergabeamt bis zur Zuschlagserteilung zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hiezu ergangenen Verordnungen zuständig. Gemäß Paragraph 162, Absatz 2, BVergG ist das Bundesvergabeamt bis zur Zuschlagserteilung zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hiezu ergangenen Verordnungen zuständig.

1. 1.Ziffer eins

zur Erlassung einstweiliger Verfügungen sowie

2. 2.Ziffer 2

zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte.

Das gegenständliche Vergabeverfahren ist in der Bekanntmachung der Ausschreibung als offenes Verfahren bezeichnet. In Position 0001AZ der Ausschreibungsunterlagen ist es als offenes Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung bezeichnet. Diese Verfahrensart ist jedoch dem BVergG fremd. Da jedoch eine Bekanntmachung stattfand, auch die übrige Verfahrensführung dem offenen Verfahren entspricht und in der Bezeichnung als offenes Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung offensichtlich auch gewollt ist, ist es als offenes Verfahren nach § 23 Abs. 2 BVergG anzusehen. Das gegenständliche Vergabeverfahren ist in der Bekanntmachung der Ausschreibung als offenes Verfahren bezeichnet. In Position 0001AZ der Ausschreibungsunterlagen ist es als offenes Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung bezeichnet. Diese Verfahrensart ist jedoch dem BVergG fremd. Da jedoch eine Bekanntmachung stattfand, auch die übrige Verfahrensführung dem offenen Verfahren entspricht und in der Bezeichnung als offenes Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung offensichtlich auch gewollt ist, ist es als offenes Verfahren nach Paragraph 23, Absatz 2, BVergG anzusehen.

Der Antragstellerin wurde die Zuschlagsentscheidung am 24. November 2004 mitgeteilt. Sie brachte den gegenständlichen Nachprüfungsantrag am 7. Dezember 2004 per Post ein. Beim Bundesvergabeamt langte er am 9. Dezember 2004 ein. Die Frist zur Stellung von Nachprüfungsanträgen betreffend die Zuschlagsentscheidung endete am 8. Dezember 2004. Gemäß § 33 Abs. 3 AVG werden die Tage des Postenlaufs in die Frist nicht eingerechnet (siehe dazu Thienel, Ausgewählte Probleme der Antragstellung im Nachprüfungsverfahren nach dem BVergG 2002, RPA 2003, 7). Der Nachprüfungsantrag ist daher rechtzeitig. Er erfüllt auch die übrigen Voraussetzungen nach § 166 Abs. 1 BVergG. Ein Grund für die Unzulässigkeit des Antrages nach § 166 Abs. 2 BVergG liegt nicht vor. Der Inhalt des Antrages lässt nicht erkennen, dass die behauptete Rechtsverletzung keinen Einfluss auf das weitere Vergabeverfahren hat. Ganz im Gegenteil ist bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin ein anderes Ergebnis des Vergabeverfahrens, nämlich die Auswahl der Antragstellerin als Zuschlagsempfängerin zu erwarten. Nach § 170 Abs. 2 BVergG ist daher ein Nachprüfungsverfahren nach § 163 BVergG einzuleiten. Der Antragstellerin wurde die Zuschlagsentscheidung am 24. November 2004 mitgeteilt. Sie brachte den gegenständlichen Nachprüfungsantrag am 7. Dezember 2004 per Post ein. Beim Bundesvergabeamt langte er am 9. Dezember 2004 ein. Die Frist zur Stellung von Nachprüfungsanträgen betreffend die Zuschlagsentscheidung endete am 8. Dezember 2004. Gemäß Paragraph 33, Absatz 3, AVG werden die Tage des Postenlaufs in die Frist nicht eingerechnet (siehe dazu Thienel, Ausgewählte Probleme der Antragstellung im Nachprüfungsverfahren nach dem BVergG 2002, RPA 2003, 7). Der Nachprüfungsantrag ist daher rechtzeitig. Er erfüllt auch die übrigen Voraussetzungen nach Paragraph 166, Absatz eins, BVergG. Ein Grund für die Unzulässigkeit des Antrages nach Paragraph 166, Absatz 2, BVergG liegt nicht vor. Der Inhalt des Antrages lässt nicht erkennen, dass die behauptete Rechtsverletzung keinen Einfluss auf das weitere Vergabeverfahren hat. Ganz im Gegenteil ist bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin ein anderes Ergebnis des Vergabeverfahrens, nämlich die Auswahl der Antragstellerin als Zuschlagsempfängerin zu erwarten. Nach Paragraph 170, Absatz 2, BVergG ist daher ein Nachprüfungsverfahren nach Paragraph 163, BVergG einzuleiten.

3.3. Inhaltliche Beurteilung

Die Antragstellerin wendet sich gegen Bestimmungen der Ausschreibung, die Zuschlagskriterien. Die Ausschreibung ist gemäß § 20 Z 13 lit. a sublit. aa BVergG eine gesondert anfechtbare Entscheidung. Nach § 169 Abs. 2 Z 1 lit. a BVergG sind Anträge betreffend Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich im offenen Verfahren hinsichtlich der Ausschreibung spätestens zehn Tage, in beschleunigten Verfahren sieben Tage, vor Ablauf der Angebotsfrist beim Bundesvergabeamt einzubringen. Die Antragstellerin wendet sich gegen Bestimmungen der Ausschreibung, die Zuschlagskriterien. Die Ausschreibung ist gemäß Paragraph 20, Ziffer 13, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG eine gesondert anfechtbare Entscheidung. Nach Paragraph 169, Absatz 2, Ziffer eins, Litera a, BVergG sind Anträge betreffend Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich im offenen Verfahren hinsichtlich der Ausschreibung spätestens zehn Tage, in beschleunigten Verfahren sieben Tage, vor Ablauf der Angebotsfrist beim Bundesvergabeamt einzubringen.

Die Angebotsfrist endete im gegenständlichen Vergabeverfahren am 13. September 2004. Der gegenständliche Nachprüfungsantrag wurde am 7. Dezember 2004 zur Post gegeben. Die Frist zur Anfechtung der Ausschreibung ist daher bereits abgelaufen. Hinsichtlich der Ausschreibung ist daher Präklusion eingetreten (VwGH 15.9.2004, 2004/04/0054; BVA 20.3.2003, 12N-10/03-11 = RPA 2003, 53 [Mecenovic]; BVA 11.6.2003, 13N-29/03-19; BVA 20.6.2003, 17N-46/03-34; BVA 18.8.2003, 10N-60/03-26; BVA 29.8.2003, 13N-72/03-11; BVA 23.9.2003, 14N-78/03-18; BVA 30.9.2003, 03N-71/03-19; BVA 2.10.2003, 16N-74/03-21; BVA 2.10.2003, 17N-80/03-37; BVA 11.12.2003, 17N-115/03-30;

BVA 5.1.2004, 05N-110/03-49; BVA 9.2.2004, 05N-135/04-54; BVA 2.3.2004, 03N-1/04-33; BVA 24.6.2004, 17N-48/04-24; siehe auch Thienel, Grundfragen gesondert und verbunden anfechtbarer Entscheidungen nach dem BVergG 2002, ZVB 2003, 69f). Wenn auch der UVS NÖ eine solche bei - angenommenen - fundamentalen Mängeln ablehnt (UVS NÖ, 23.8.2004, Sen-AB-04-3037, RdW 2004/547, 600 [Öhler/Kurat]), kann eine der Durchbrechung der Präklusion gleichkommende Wahrnehmung einer Mangelhaftigkeit der Ausschreibung nur in den Fällen überhaupt zu erwägen zu sein, in denen auf Grundlage der Ausschreibung eine Bestimmung des Bestbieters gar nicht möglich ist.

Auf Grundlage der vorliegenden Zuschlagskriterien ist jedoch die Bestimmung eines Bestbieters möglich. Die Referenzen im Krankenhausbereich stellen andere Referenzen als jene zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit dar. Sie sind eindeutig bewertbar. Die Prüfung der Zuschlagsentscheidung ist daher auf die Rechtmäßigkeit der Angebotsprüfung auf Grundlage der vorliegenden Ausschreibung beschränkt (BVA 23.6.2003, 06N-41/03-15).

Nach § 21 Abs. 1 BVergG sind Aufträge über Leistungen nach einem im BVergG vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des 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. Nach Paragraph 21, Absatz eins, BVergG sind Aufträge über Leistungen nach einem im BVergG vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des 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.

Nach § 52 Abs. 1 Z 1 BVergG kann der Auftraggeber von Unternehmern, die er zu einem Vergabeverfahren zulässt, Nachweise verlangen, dass sie nach Maßgabe der Rechtsvorschriften ihres Herkunftslandes in einem in Anhang VII angeführten Berufs- oder Handelsregister eingetragen sind oder eine der in Anhang VII genannten Bescheinigungen oder eidesstattlichen Erklärungen besitzen. Nach Paragraph 52, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG kann der Auftraggeber von Unternehmern, die er zu einem Vergabeverfahren zulässt, Nachweise verlangen, dass sie nach Maßgabe der Rechtsvorschriften ihres Herkunftslandes in einem in Anhang römisch sieben angeführten Berufs- oder Handelsregister eingetragen sind oder eine der in Anhang römisch sieben genannten Bescheinigungen oder eidesstattlichen Erklärungen besitzen.

Nach Anhang VII A. zum BVergG sind die Listen der einschlägigen Berufs- und Handelsregister bzw. Bescheinigungen und eidesstattlichen Erklärungen gemäß §§ 52 Abs. 1 Z 1 und 53 BVergG für Bauaufträge für Österreich das "Firmenbuch", das "Gewerberegister" und die "Mitgliederverzeichnisse der Handelskammern". Nach Anhang römisch sieben A. zum BVergG sind die Listen der einschlägigen Berufs- und Handelsregister bzw. Bescheinigungen und eidesstattlichen Erklärungen gemäß Paragraphen 52, Absatz eins, Ziffer eins und 53 BVergG für Bauaufträge für Österreich das "Firmenbuch", das "Gewerberegister" und die "Mitgliederverzeichnisse der Handelskammern".

Nach § 52 Abs. 5 Z 1 BVergG muss, sofern in diesem Bundesgesetz nicht anderes vorgesehen ist, die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit beim offenen Verfahren spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen. Nach Paragraph 52, Absatz 5, Ziffer eins, BVergG muss, sofern in diesem Bundesgesetz nicht anderes vorgesehen ist, die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit beim offenen Verfahren spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen.

Nach § 53 BVergG kann der Auftraggeber als Nachweis für die Befugnis gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 und 5 BVergG eine beglaubigte Abschrift des Berufs- oder Handelsregisters des Herkunftslandes des Unternehmers oder die dort vorgesehene Bescheinigung oder eidesstattliche Erklärung verlangen. Nach Paragraph 53, BVergG kann der Auftraggeber als Nachweis für die Befugnis gemäß Paragraph 52, Absatz eins, Ziffer eins und 5 BVergG eine beglaubigte Abschrift des Berufs- oder Handelsregisters des Herkunftslandes des Unternehmers oder die dort vorgesehene Bescheinigung oder eidesstattliche Erklärung verlangen.

Nach § 91 Abs. 1 BVergG hat die Prüfung der Angebote in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Kriterien zu erfolgen. Nach Paragraph 91, Absatz eins, BVergG hat die Prüfung der Angebote in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Kriterien zu erfolgen.

Nach § 91 Abs. 2 BVergG ist im Einzelnen zu prüfen. Nach Paragraph 91, Absatz 2, BVergG ist im Einzelnen zu prüfen,

1. 1.Ziffer eins
ob den in § 21 Abs. 1 angeführten Grundsätzen entsprochen wurde; den in Paragraph 21, Absatz eins, angeführten Grundsätzen entsprochen wurde;
2. 2.Ziffer 2
die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Bieters;
3. 3.Ziffer 3
ob das Angebot rechnerisch richtig ist;
4. 4.Ziffer 4
die Angemessenheit der Preise;
5. 5.Ziffer 5
ob das Angebot den sonstigen Bestimmungen der Ausschreibung entspricht, insbesondere ob es formrichtig und vollständig ist.

Nach § 91 Abs. 3 BVergG ist, soweit ein Angebot die Weitergabe von Teilleistungen an Subunternehmer vorsieht, jedenfalls zu prüfen, ob die angegebenen Subunternehmer die erforderliche Befugnis, die zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit des Bieters erforderliche technische Leistungsfähigkeit sowie die besondere berufliche Zuverlässigkeit gemäß § 55 BVergG zur Erbringung der vorgesehenen Teilleistungen besitzen. Nach Paragraph 91, Absatz 3, BVergG ist, soweit ein Angebot die Weitergabe von Teilleistungen an Subunternehmer vorsieht, jedenfalls zu prüfen, ob die angegebenen Subunternehmer die erforderliche Befugnis, die zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit des Bieters erforderliche technische Leistungsfähigkeit sowie die besondere berufliche Zuverlässigkeit gemäß Paragraph 55, BVergG zur Erbringung der vorgesehenen Teilleistungen besitzen.

Nach § 98 BVergG hat die vergebende Stelle vor der Wahl des Nach Paragraph 98, BVergG hat die vergebende Stelle vor der Wahl des

Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auf Grund des Ergebnisses der Prüfung die folgenden Angebote auszuscheiden

1. 1.Ziffer eins
Angebote von Bieter, bei welchen die Befugnis oder die finanzielle, wirtschaftliche oder technische Leistungsfähigkeit oder die Zuverlässigkeit nicht gegeben ist;

[...]

1. 8.Ziffer 8
den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote sowie nicht gleichwertige Alternativangebote, fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn die Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind, ferner Teil- und Alternativangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden;

Nach § 99 Abs. 1 BVergG ist von den Angeboten, die nach dem Ausscheiden übrig bleiben, der Zuschlag gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot oder dem Angebot mit dem niedrigsten Preis zu erteilen. Nach Paragraph 99, Absatz eins, BVergG ist von den Angeboten, die nach dem Ausscheiden übrig bleiben, der Zuschlag gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot oder dem Angebot mit dem niedrigsten Preis zu erteilen.

Nach § 174 Abs. 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt ein im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene Entscheidung eines Auftraggebers unter Bedachtnahme auf die allenfalls in derselben Sache ergangenen empfehlung eines Schlichtungssenates der Bundes-Vergabekontrollkommission mit Bescheid für nichtig zu erklären, wenn sie Nach Paragraph 174, Absatz eins, BVergG hat das Bundesvergabeamt ein im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene Entscheidung eines Auftraggebers unter Bedachtnahme auf die allenfalls in derselben Sache ergangenen empfehlung eines Schlichtungssenates der Bundes-Vergabekontrollkommission mit Bescheid für nichtig zu erklären, wenn sie

1. 1.Ziffer eins
im Widerspruch zu Bestimmungen dieses Bundesgesetzes oder der hiezu ergangenen Verordnungen steht und
2. 2.Ziffer 2
für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

Die Ausschreibung verlangt in Position 0001KZ der Ausschreibungsunterlagen eine Befugnis als Elektriker der

Unterstufe. Die Antragstellerin hat unbestrittenermaßen gar keine eigene Befugnis nachgewiesen. Sie hat auch nicht behauptet, dass sie über die in der Ausschreibung verlangte Befugnis verfügt. Sie hat sich zum Nachweis ihrer Befugnis auf die Konzession als Elektriker der Unterstufe von Herrn F*** berufen. Dieser ist einerseits Angestellter der Antragstellerin, andererseits selbständiger Gewerbetreibender. Der Standort der Gewerbeausübung ist in Wien. Der Sitz der Antragstellerin liegt in Niederösterreich. Die Tätigkeit von Herrn F*** als selbständiger Gewerbetreibender ist daher zweifellos von jener der Antragstellerin getrennt. Dies entspricht auch den Ausführungen der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung. Die Antragstellerin hat daher keine eigene Befugnis nachgewiesen.

"Befugt im Sinne von § 21 Abs. 1 BVergG kann nur bedeuten, dass die Bieter nach den Vorschriften für die Berufsausübung berechtigt sind, die ausgeschriebenen Arbeiten auch tatsächlich auszuführen. Diese Befugnis muss sich auf den gesamten ausgeschriebenen Auftrag beziehen." (BVA 6.10.2004, 17N-81/04-34)"Befugt im Sinne von Paragraph 21, Absatz eins, BVergG kann nur bedeuten, dass die Bieter nach den Vorschriften für die Berufsausübung berechtigt sind, die ausgeschriebenen Arbeiten auch tatsächlich auszuführen. Diese Befugnis muss sich auf den gesamten ausgeschriebenen Auftrag beziehen." (BVA 6.10.2004, 17N-81/04-34)

Grundsätzlich wäre die Befugnis von Herrn F*** für den gesamten Auftrag ausreichend. Herr F*** ist weder als Bieter noch als Subunternehmer im gegenständlichen Vergabeverfahren aufgetreten. Im Rahmen der Ausführung des gegenständlichen Vorhabens ist er seitens der Antragstellerin als Projektleiter, somit als Bediensteter der Antragstellerin, vorgesehen. Zur Ausübung eines Gewerbes als selbständiger Gewerbetreibender gehört allerdings das Auftreten unter eigenem Namen und auf eigene Rechnung. Gerade diese Rolle hatte Herr F*** im gegenständlichen Angebot jedoch nicht. Es erweckt den Eindruck, dass sein Konzessionsdekret die fehlende Gewerbeberechtigung der Antragstellerin ersetzen soll. Zuzugestehen ist in diesem Zusammenhang, dass er aufgrund seiner Qualifikation als gewerberechtlicher Geschäftsführer in Frage kommt. Mangels Anmeldung eines entsprechenden Gewerbes durch die Antragstellerin kommt er jedoch für diese Rolle nicht in Betracht. Allerdings hat die Antragstellerin gar keine eigene Befugnis nachgewiesen und dies auch nicht versucht. Ein Nachweis der Befugnis der Antragstellerin erfolgte daher nicht. Wie sich aus dem Grundsatz des § 21 BVergG ergibt, sind Aufträge nach dem BVergG nur an u.a. befugte Unternehmer zu vergeben. Hinsichtlich der Befugnis ist jedoch vom Bieter zu verlangen, dass er selbst über die erforderliche Befugnis verfügt (z.B. BVA 2.4.2002, N-10/02-8, Sachs/Hahnl, BVergSlg 10.21). Ungeachtet der Angebotsprüfung ist dadurch der Ausscheidensgrund des § 98 Z 1 BVergG verwirklicht. Grundsätzlich wäre die Befugnis von Herrn F*** für den gesamten Auftrag ausreichend. Herr F*** ist weder als Bieter noch als Subunternehmer im gegenständlichen Vergabeverfahren aufgetreten. Im Rahmen der Ausführung des gegenständlichen Vorhabens ist er seitens der Antragstellerin als Projektleiter, somit als Bediensteter der Antragstellerin, vorgesehen. Zur Ausübung eines Gewerbes als selbständiger Gewerbetreibender gehört allerdings das Auftreten unter eigenem Namen und auf eigene Rechnung. Gerade diese Rolle hatte Herr F*** im gegenständlichen Angebot jedoch nicht. Es erweckt den Eindruck, dass sein Konzessionsdekret die fehlende Gewerbeberechtigung der Antragstellerin ersetzen soll. Zuzugestehen ist in diesem Zusammenhang, dass er aufgrund seiner Qualifikation als gewerberechtlicher Geschäftsführer in Frage kommt. Mangels Anmeldung eines entsprechenden Gewerbes durch die Antragstellerin kommt er jedoch für diese Rolle nicht in Betracht. Allerdings hat die Antragstellerin gar keine eigene Befugnis nachgewiesen und dies auch nicht versucht. Ein Nachweis der Befugnis der Antragstellerin erfolgte daher nicht. Wie sich aus dem Grundsatz des Paragraph 21, BVergG ergibt, sind Aufträge nach dem BVergG nur an u.a. befugte Unternehmer zu vergeben. Hinsichtlich der Befugnis ist jedoch vom Bieter zu verlangen, dass er selbst über die erforderliche Befugnis verfügt (z.B. BVA 2.4.2002, N-10/02-8, Sachs/Hahnl, BVergSlg 10.21). Ungeachtet der Angebotsprüfung ist dadurch der Ausscheidensgrund des Paragraph 98, Ziffer eins, BVergG verwirklicht.

Ungeachtet der Ausführung zur Lieferbarkeit der in Positionen 0207GZ und 1502AZ des Leistungsverzeichnisses angeführten Produkte nahm die Antragstellerin in diesen Positionen handschriftliche Ausbesserungen des Leistungsverzeichnisses vor. Diese sind nach Position 0001CZ der Vorbemerkungen zur Ausschreibung untersagt. Insbesondere stört die einseitige Abänderung der Leistungsbeschreibung die Vergleichbarkeit der Angebote, da diese nur bei Anbot gleicher Leistungen gegeben ist und die angebotenen Leistungen der einzelnen Angebote durch die handschriftlichen Anmerkungen voneinander abweichen.

Schließlich bot die Antragstellerin in Position 40010Z Leuchten mit einem Schutzgrad von entweder IP43 oder IP55 an, obwohl in der Ausschreibung ein Schutzgrad von IP66 gefordert war. Die Nennung eines Leitfabrikates dient in erster Linie zur Beschreibung des gewünschten Aussehens der Leuchten. Daneben enthält diese Position umfangreiche

technische Beschreibungen der zu montierenden Leuchten. Die Schutzgrade beschreiben in der ersten Ziffer die Dichtheit im Hinblick auf feste Bestandteile, in der zweiten Ziffer im Hinblick auf Wasser, wobei eine größere Ziffer eine bessere Dichtheit beschreibt. Eine Leuchte, die den angebotenen Schutzgrad aufweist unterscheidet sich daher von einer Leuchte, die den geforderten Schutzgrad aufweist, deutlich. Auch wenn eine Bemusterung der Lampen vor der endgültigen Auswahl der montierenden Leuchten vorgesehen ist, ist der Auftraggeberin zuzustimmen, dass bereits technisch nicht entsprechende Leuchten gar nicht mehr einer Bemusterung unterzogen werden müssen, da sie nicht geeignet sind, die gewünschten technischen Anforderungen zu erfüllen.

Das in Position 40010Z angebotene Produkt entspricht nicht dem nachgefragten Produkt. Die Regelungen über das Ausfüllen von Bieterlücken ordnen auch nicht an, dass bei mangelnder Gleichwertigkeit des angebotenen Produktes automatisch das Leitfabrikat als angeboten gilt. Daher ist der Beurteilung der Gleichwertigkeit iSd § 75 Abs. 9 BVergG das angebotene Produkt zugrunde zu legen. Von den allgemeinen Spezifikationen darf ein Bieter nicht abweichen, zumal die Wahl der auszuschreibenden Leistung Sache des Auftraggebers ist (z.B. BVA 21.2.2003, 17N-75/02-18). Damit ist das angebotene Produkt nicht gleichwertig iSd § 75 Abs. 9 BVergG und die Antragstellerin weicht von den Vorgaben in der Ausschreibung ab. Der Ausscheidensgrund nach § 98 Z 8 BVergG ist daher verwirklicht. Das in Position 40010Z angebotene Produkt entspricht nicht dem nachgefragten Produkt. Die Regelungen über das Ausfüllen von Bieterlücken ordnen auch nicht an, dass bei mangelnder Gleichwertigkeit des angebotenen Produktes automatisch das Leitfabrikat als angeboten gilt. Daher ist der Beurteilung der Gleichwertigkeit iSd Paragraph 75, Absatz 9, BVergG das angebotene Produkt zugrunde zu legen. Von den allgemeinen Spezifikationen darf ein Bieter nicht abweichen, zumal die Wahl der auszuschreibenden Leistung Sache des Auftraggebers ist (z.B. BVA 21.2.2003, 17N-75/02-18). Damit ist das angebotene Produkt nicht gleichwertig iSd Paragraph 75, Absatz 9, BVergG und die Antragstellerin weicht von den Vorgaben in der Ausschreibung ab. Der Ausscheidensgrund nach Paragraph 98, Ziffer 8, BVergG ist daher verwirklicht.

Der - interne - Beschluss des Vergabeausschusses des Vorstandes der Auftraggeberin vom 23. November 2004 bringt eindeutig zum Ausdruck, dass das Angebot der Antragstellerin ausgeschieden wurde. Dies ist dem Schreiben der Auftraggeberin vom 2. Dezember 2004 nicht eindeutig zu entnehmen. Es enthält zwar eine Andeutung, da es im Betreff von Gründen für das Ausscheiden spricht, erwähnt in weiterer Folge das Wort "Ausscheiden" jedoch nicht mehr. Auch enthält es Gründe für das Ausscheiden und eine nicht näher erläuterte Bewertung des Angebotes der Antragstellerin, erwähnt jedoch den Schluss daraus, das Ausscheiden, nicht ausdrücklich. Damit lässt sich nicht zweifelsfrei entnehmen, dass das Angebot der Antragstellerin ausgeschieden werden sollte. Zu berücksichtigen ist dabei einerseits, dass - entgegen dem BVergG 1997 - das anzuwendende BVergG 2002 keine ausdrückliche Pflicht kennt, eine Ausscheidensentscheidung mitzuteilen. Allerdings lässt sich aus der Verpflichtung des Auftraggebers nach § 100 Abs. 3 BVergG ableiten, dass im Rahmen der Bekanntgabe der Gründe für die Nichtberücksichtigung des Angebotes auch ein allfälliges Ausscheiden bekannt zu geben ist. Schließlich ist in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen, dass die Ausscheidensentscheidung nicht zu den in § 20 Z 13 BVergG abschließend angeführten gesondert anfechtbaren Entscheidungen zählt. Ihre Anfechtung ist im offenen Verfahren nur zusammen mit der Zuschlagsentscheidung möglich. Daher kommt der Ausscheidensentscheidung zwar in Zusammenhang mit der Reihenfolge der notwendigen Schritte der Angebotsprüfung nach § 99 Abs. 1 BVergG Bedeutung zu, hinsichtlich der Anfechtung von Entscheidungen des Auftraggebers hat sie gegenüber dem BVergG 1997 an Bedeutung verloren. Insgesamt ergibt sich, dass im Schreiben der Auftraggeberin vom 2. Dezember 2004 nur ein leiser Hinweis auf eine getroffene Ausscheidensentscheidung zu finden ist. Im Lichte der oben genannten Erwägungen liegen jedoch die der Antragstellerin mitgeteilten Ausscheidensgründe vor. Ihr Angebot käme somit keinesfalls für den Zuschlag in Betracht. Der - interne - Beschluss des Vergabeausschusses des Vorstandes der Auftraggeberin vom 23. November 2004 bringt eindeutig zum Ausdruck, dass das Angebot der Antragstellerin ausgeschieden wurde. Dies ist dem Schreiben der Auftraggeberin vom 2. Dezember 2004 nicht eindeutig zu entnehmen. Es enthält zwar eine Andeutung, da es im Betreff von Gründen für das Ausscheiden spricht, erwähnt in weiterer Folge das Wort "Ausscheiden" jedoch nicht mehr. Auch enthält es Gründe für das Ausscheiden und eine nicht näher erläuterte Bewertung des Angebotes der Antragstellerin, erwähnt jedoch den Schluss daraus, das Ausscheiden, nicht ausdrücklich. Damit lässt sich nicht zweifelsfrei entnehmen, dass das Angebot der Antragstellerin ausgeschieden werden sollte. Zu berücksichtigen ist dabei einerseits, dass - entgegen dem BVergG 1997 - das anzuwendende BVergG 2002 keine ausdrückliche Pflicht kennt, eine Ausscheidensentscheidung mitzuteilen. Allerdings lässt sich aus der Verpflichtung des Auftraggebers nach Paragraph 100, Absatz 3, BVergG ableiten, dass im Rahmen der Bekanntgabe der Gründe für die Nichtberücksichtigung des Angebotes auch ein allfälliges Ausscheiden bekannt zu geben ist. Schließlich ist in diesem Zusammenhang zu

berücksichtigen, dass die Ausscheidensentscheidung nicht zu den in Paragraph 20, Ziffer 13, BVergG abschließend angeführten gesondert anfechtbaren Entscheidungen zählt. Ihre Anfechtung ist im offenen Verfahren nur zusammen mit der Zuschlagsentscheidung möglich. Daher kommt der Ausscheidensentscheidung zwar in Zusammenhang mit der Reihenfolge der notwendigen Schritte der Angebotsprüfung nach Paragraph 99, Absatz eins, BVergG Bedeutung zu, hinsichtlich der Anfechtung von Entscheidungen des Auftraggebers hat sie gegenüber dem BVergG 1997 an Bedeutung verloren. Insgesamt ergibt sich, dass im Schreiben der Auftraggeberin vom 2. Dezember 2004 nur ein leiser Hinweis auf eine getroffene Ausscheidensentscheidung zu finden ist. Im Lichte der oben genannten Erwägungen liegen jedoch die der Antragstellerin mitgeteilten Ausscheidensgründe vor. Ihr Angebot käme somit keinesfalls für den Zuschlag in Betracht.

Schließlich ist auf die Angebotsbewertung einzugehen. Die Formel zur Berechnung des Angebotspreises ist insofern fehlerhaft, als einem teureren Angebot eine über der in diesem Kriterium zu erzielenden Höchstpunktezahl liegende Punktezahl zuweist. Wie die Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung ausführte, handelt es sich dabei um einen Schreibfehler. Die Auftraggeberin wandte die Formel wie beabsichtigt an. Auch die Bieter schienen die Formel im selben Sinn wie die Auftraggeberin zu verstehen, da sie versuchten, möglichst billig anzubieten. Bei Anwendung der Formel ergäbe sich nämlich, dass ein teureres Angebot eine höhere Punktezahl erreicht und daher eine bessere Chance auf den Erhalt des Zuschlags habe. Das Bestreben der Bieter hätte daher sein müssen, möglichst teuer anzubieten. Dass dies sowohl der allgemeinen Lebenserfahrung als auch den Intentionen des Wettbewerbs widerspricht, liegt auf der Hand. Der Bewertungsformel kommt daher im Sinne des § 914 ABGB die von der Auftraggeberin und den Bietern gleichermaßen beigemessene Bedeutung zu (siehe zur Auslegung nach § 914 ABGB z.B. BVA 2.10.2003, 17N-80/03-37; BVA 26.1.2004, 10N-125/03-14). Schließlich ist auf die Angebotsbewertung einzugehen. Die Formel zur Berechnung des Angebotspreises ist insofern fehlerhaft, als einem teureren Angebot eine über der in diesem Kriterium zu erzielenden Höchstpunktezahl liegende Punktezahl zuweist. Wie die Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung ausführte, handelt es sich dabei um einen Schreibfehler. Die Auftraggeberin wandte die Formel wie beabsichtigt an. Auch die Bieter schienen die Formel im selben Sinn wie die Auftraggeberin zu verstehen, da sie versuchten, möglichst billig anzubieten. Bei Anwendung der Formel ergäbe sich nämlich, dass ein teureres Angebot eine höhere Punktezahl erreicht und daher eine bessere Chance auf den Erhalt des Zuschlags habe. Das Bestreben der Bieter hätte daher sein müssen, möglichst teuer anzubieten. Dass dies sowohl der allgemeinen Lebenserfahrung als auch den Intentionen des Wettbewerbs widerspricht, liegt auf der Hand. Der Bewertungsformel kommt daher im Sinne des Paragraph 914, ABGB die von der Auftraggeberin und den Bietern gleichermaßen beigemessene Bedeutung zu (siehe zur Auslegung nach Paragraph 914, ABGB z.B. BVA 2.10.2003, 17N-80/03-37; BVA 26.1.2004, 10N-125/03-14).

Die Auftraggeberin hat bei der Bewertung der Angebote sowohl bei der Bewertung des Preises als auch bei der Bewertung der Referenzen des Projektleiters und des Montageleiters die Werte aus auszuschheidenden Angeboten bei der Berechnung der Punkte zu Grunde gelegt. Aus § 99 Abs. 1 BVergG ergibt sich jedoch eindeutig, dass das Ausscheiden von Angeboten vor der Auswahl des Angebotes für den Zuschlag zu erfolgen hat. Die Auswahl des Angebotes für den Zuschlag wiederum erfolgt durch Anwendung der in der Ausschreibung festgelegten Zuschlagskriterien auf alle Angebote, die nicht zuvor ausgeschieden wurden. Die ausgeschiedenen Angebote sind daher dabei nicht mehr zu berücksichtigen. Im Zuschlagskriterium Preis ist daher die Bewertung der Angebote auf Basis des Angebotes der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin als billigstes - verbliebenes - Angebot vorzunehmen. Gleiches gilt für die Bewertung der Referenzen des Projektleiters und des Montageleiters. Dabei ergeben sich 95,54 Punkte für die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin. Die Reihenfolge der Angebote verändert sich allerdings nicht, weshalb dieser Fehler der Auftraggeberin für den Ausgang des Vergabeverfahrens ohne Bedeutung ist und eine Nichtigserklärung der Zuschlagsentscheidung aus diesem Grund nach § 174 Abs. 1 Z 2 BVergG ausgeschlossen ist. Die Auftraggeberin hat bei der Bewertung der Angebote sowohl bei der Bewertung des Preises als auch bei der Bewertung der Referenzen des Projektleiters und des Montageleiters die Werte aus auszuschheidenden Angeboten bei der Berechnung der Punkte zu Grunde gelegt. Aus Paragraph 99, Absatz eins, BVergG ergibt sich jedoch eindeutig, dass das Ausscheiden von Angeboten vor der Auswahl des Angebotes für den Zuschlag zu erfolgen hat. Die Auswahl des Angebotes für den Zuschlag wiederum erfolgt durch Anwendung der in der Ausschreibung festgelegten Zuschlagskriterien auf alle Angebote, die nicht zuvor ausgeschieden wurden. Die ausgeschiedenen Angebote sind daher dabei nicht mehr zu berücksichtigen. Im Zuschlagskriterium Preis ist daher die Bewertung der Angebote auf Basis des Angebotes der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin als billigstes - verbliebenes - Angebot

vorzunehmen. Gleiches gilt für die Bewertung der Referenzen des Projektleiters und des Montageleiters. Dabei ergeben sich 95,54 Punkte für die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin. Die Reihenfolge der Angebote verändert sich allerdings nicht, weshalb dieser Fehler der Auftraggeberin für den Ausgang des Vergabeverfahrens ohne Bedeutung ist und eine Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung aus diesem Grund nach Paragraph 174, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG ausgeschlossen ist.

So weit die Auftraggeberin auch der Antragstellerin ein Bewertungsergebnis mitgeteilt hat, um - wie sie in der mündlichen Verhandlung ausführte - ihr darzustellen, dass sie auch bei Nichtvorliegen der Ausscheidensgründe keine Chance auf den Zuschlag hat, ist anzumerken, dass die Auftraggeberin unter der Voraussetzung, dass kein Angebot ausgeschieden wird, richtig angewandt hat. Angesichts des von der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vorgebrachten Jahresumsatzes von Euro 4,2 Mio. und den vorgelegten für den Krankenhausbereich einschlägigen Referenzen in der Höhe von Euro 5,4 Mio. mussten der Auftraggeberin auch keine Zweifel kommen, dass die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin diese Aufträge auch selbst ausgeführt hat, da die als einschlägige Referenzen zu nennenden Auftragssummen in den letzten fünf Jahren erbracht wurden. Als Vergleichswert stehen daher fünf Jahresumsätze zur Verfügung. Schließlich genügt es für die Anwendung der Zuschlagskriterien zu überprüfen, ob der entsprechende Bieter die Aufträge auch tatsächlich ausgeführt hat. Eine über den Auftragswert hinausgehende qualitative Bewertung der ausgeführten Arbeiten findet im Rahmen der Zuschlagskriterien nicht statt und die Sinnhaftigkeit von Zuschlagskriterien ist wegen der - wie bereits erwähnt - eingetretenen Präklusion bei Anfechtung der Zuschlagsentscheidung nicht mehr geboten.

Daraus ergibt sich, dass die Antragstellerin allein aufgrund der Angebotsbewertung nicht für den Zuschlag in Betracht gekommen wäre und eine Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung nach § 174 Abs. 1 Z 2 BVergG mangels wesentlichen Einflusses auf den Ausgang des Vergabeverfahrens ausgeschlossen ist. Daraus ergibt sich, dass die Antragstellerin allein aufgrund der Angebotsbewertung nicht für den Zuschlag in Betracht gekommen wäre und eine Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung nach Paragraph 174, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG mangels wesentlichen Einflusses auf den Ausgang des Vergabeverfahrens ausgeschlossen ist.

3.4 Kostenersatz

Ohne jede Begründe beantragte die Antragstellerin den Ersatz der Pauschalgebühr durch die Auftraggeberin wie im Spruch unter II. wiedergegeben. Ohne jede Begründe beantragte die Antragstellerin den Ersatz der Pauschalgebühr durch die Auftraggeberin wie im Spruch unter römisch zwei. wiedergegeben.

§ 177 Abs. 5 BVergG bestimmt, dass der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 177 Abs. 1 oder 3 BVergG entrichtenden Gebühren durch den Antragsgegner hat. Paragraph 177, Absatz 5, BVergG bestimmt, dass der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 177, Absatz eins, oder 3 BVergG entrichtenden Gebühren durch den Antragsgegner hat.

§ 177 Abs. 5 BVergG bestimmt, dass der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 177 Abs. 1 oder 3 BVergG entrichtenden Gebühren durch den Antragsgegner hat. Paragraph 177, Absatz 5, BVergG bestimmt, dass der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 177, Absatz eins, oder 3 BVergG entrichtenden Gebühren durch den Antragsgegner hat.

§ 162 Abs. 1 BVergG legt fest, dass das Bundesvergabeamt auf Antrag zur Durchführung des Nachprüfungsverfahrens nach Maßgabe der Bestimmungen dieses Abschnittes zuständig ist. § 162 Abs. 2 bis 5 legen die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes für Nachprüfungs- und Feststellungsverfahren sowie zur Erlassung einstweiliger Verfügungen fest. Die Bestimmungen der §§ 164, 171, 174 und 175 BVergG legen die Entscheidungsbefugnisse des Bundesvergabeamtes fest. Darin findet sich kein Hinweis auf eine Befugnis zur Entscheidung über Kostenersatzansprüche. Auch der Bericht des Verfassungsausschusses führt dazu aus, dass der in Abs. 5 vorgesehene Gebührenersatz ein zivilrechtlicher Ersatzanspruch ist und mit Mahnklage bei den ordentlichen Gerichten geltend gemacht werden kann. Wer Antragsgegner ist, ergibt sich aus dem Antrag bzw. aus dem Teilnahmeantrag (1118 BlgNR XXI GP 65). Daraus ist der eindeutige Wille des Gesetzgebers erkennbar, dass das Bundesvergabeamt nicht zur Entscheidung über den Ersatz der Pauschalgebühr berufen ist. Auch lehnte das Bundesvergabeamt eine Zuständigkeit für die Entscheidung über Kostenersatzansprüche in ständiger Rechtsprechung ab (z.B. BVA 24.2.2003, 06N-5/03-13;

BVA 20.3.2003, 12N-10/03-11; BVA 9.4.2003, 15N-16/03-17; BVA 28.4.2003, 17N-26/03-15; BVA 12.5.2003, 02N-19/03-31; BVA 30.6.2003, 14N-53/03-12; BVA 28.8.2003, 07N-73/03-20; BVA 15.9.2003, 07N-92/03-11; BVA 11.12.2003, 17N-115/03-30; BVA 28.5.2004, 04N-41/04-26, BVA 6.10.2004, 17N-81/04-34). Daraus ergibt sich, dass das Bundesvergabeamt zur Entscheidung über den Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühr nicht zuständig ist. Schließlich wäre für die Antragstellerin mangels auch zumindest teilweisen Obsiegens aus einer Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes im Hinblick auf ihren Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren nichts zu gewinnen. Paragraph 162, Absatz eins, BVergG legt fest, dass das Bundesvergabeamt auf Antrag zur Durchführung des Nachprüfungsverfahrens nach Maßgabe der Bestimmungen dieses Abschnittes zuständig ist. Paragraph 162, Absatz 2 bis 5 legen die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes für Nachprüfungs- und Feststellungsverfahren sowie zur Erlassung einstweiliger Verfügungen fest. Die Bestimmungen der Paragraphen 164, 171, 174 und 175 BVergG legen die Entscheidungsbefugnisse des Bundesvergabeamtes fest. Darin findet sich kein Hinweis auf eine Befugnis zur Entscheidung über Kostenersatzansprüche. Auch der Bericht des Verfassungsausschusses führt dazu aus, dass der in Absatz 5, vorgesehene Gebührenersatz ein zivilrechtlicher Ersatzanspruch ist und mit Mahnklage bei den ordentlichen Gerichten geltend gemacht werden kann. Wer Antragsgegner ist, ergibt sich aus dem Antrag bzw. aus dem Teilnahmeantrag (1118 BlgNR römisch 21 Gesetzgebungsperiode 65). Daraus ist der eindeutige Wille des Gesetzgebers erkennbar, dass das Bundesvergabeamt nicht zur Entscheidung über den Ersatz der Pauschalgebühr berufen ist. Auch lehnte das Bundesvergabeamt eine Zuständigkeit für die Entscheidung über Kostenersatzansprüche in ständiger Rechtsprechung ab (z.B. BVA 24.2.2003, 06N-5/03-13; BVA 20.3.2003, 12N-10/03-11; BVA 9.4.2003, 15N-16/03-17; BVA 28.4.2003, 17N-26/03-15; BVA 12.5.2003, 02N-19/03-31; BVA 30.6.2003, 14N-53/03-12; BVA 28.8.2003, 07N-73/03-20; BVA 15.9.2003, 07N-92/03-11; BVA 11.12.2003, 17N-115/03-30; BVA 28.5.2004, 04N-41/04-26, BVA 6.10.2004, 17N-81/04-34). Daraus ergibt sich, dass das Bundesvergabeamt zur Entscheidung über den Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühr nicht zuständig ist. Schließlich wäre für die Antragstellerin mangels auch zumindest teilweisen Obsiegens aus einer Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes im Hinblick auf ihren Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren nichts zu gewinnen.

Dokumentnummer

VERGT_20041222_17N_125_04_27_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