

TE Verg Bescheid 2004/4/23 17N- 22/04-34

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 23.04.2004

Norm

BVergG 2002 §91 Abs1

BVergG 2002 §51 Z3

BVergG 2002 §51 Z4

BVergG 2002 §98 Z9

EMRK Art6 Abs2

BVergG 2002 §165 Abs2

BVergG 2002 §177 Abs1

BVergG 2002 §177 Abs5

Gebührengesetz 1957 §34

1. EMRK Art. 6 heute
2. EMRK Art. 6 gültig ab 01.05.2004

1. GebG § 34 heute
2. GebG § 34 gültig ab 01.01.2028 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 97/2025
3. GebG § 34 gültig von 01.10.2022 bis 31.12.2027 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 108/2022
4. GebG § 34 gültig von 01.01.2021 bis 30.09.2022 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 104/2019
5. GebG § 34 gültig von 01.01.2011 bis 31.12.2020 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2010
6. GebG § 34 gültig von 02.06.1963 bis 31.12.2010 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 115/1963

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senats 17, Mag. Hubert Reisner, in dem Nachprüfungsverfahren gemäß § 162 Abs. 2 Bundesvergabegesetz 2002 - BVergG, BGBl. I Nr. 99/2002, betreffend das Vergabeverfahren "Adaptierungsarbeiten in 3400 Klosterneuburg, Hermannstraße 6, Portalschlosserarbeiten, LV/270301/SL" der Auftraggeberin Niederösterreichische Gebietskrankenkasse wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senats 17, Mag. Hubert Reisner, in dem Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 162, Absatz 2, Bundesvergabegesetz 2002 - BVergG, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 99 aus 2002,, betreffend das Vergabeverfahren "Adaptierungsarbeiten in 3400 Klosterneuburg, Hermannstraße 6, Portalschlosserarbeiten, LV/270301/SL" der Auftraggeberin Niederösterreichische Gebietskrankenkasse wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Dem Antrag der A***, vertreten durch X***, Rechtsanwalt, auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung in dem Vergabeverfahren "Adaptierungsarbeiten in 3400 Klosterneuburg, Hermannstraße 6, Portalschlosserarbeiten, LV/270301/SL" der Auftraggeberin Niederösterreichische Gebietskrankenkasse, vom 23. März 2004 wird stattgegeben.

Die Zuschlagsentscheidung der Niederösterreichischen Gebietskrankenkasse in dem Vergabeverfahren "Adaptierungsarbeiten in 3400 Klosterneuburg, Hermannstraße 6, Portalschlosserarbeiten, LV/270301/SL" wird für nichtig erklärt.

Rechtsgrundlage: § 174 Abs. 1 BVergG 2002 Rechtsgrundlage: Paragraph 174, Absatz eins, BVergG 2002

II.römisch zwei.

Dem Teilnahmeantrag der B***, vertreten durch Y***, Rechtsanwalt, wird stattgegeben.

Der B*** kommt im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren Parteistellung zu.

Rechtsgrundlage: § 165 Abs. 2 BVergG 2002 Rechtsgrundlage: Paragraph 165, Absatz 2, BVergG 2002

III.römisch drei.

Der Antrag der A*** vertreten durch X***, Rechtsanwalt, vom 23. März 2004 die Niederösterreichische Gebietskrankenkasse zum Kostenersatz im vollen Umfang zu verhalten, wird zurückgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 162, 177 Abs. 5 BVergG 2002 Rechtsgrundlage: Paragraphen 162, 177, Absatz 5, BVergG 2002

IV.römisch vier.

Der Antrag der Niederösterreichische Gebietskrankenkasse, vom 26. März 2004 auf Kostenersatz, wird zurückgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 162, 177 Abs. 5 BVergG 2002 Rechtsgrundlage: Paragraphen 162, 177, Absatz 5, BVergG 2002

V.römisch fünf.

Der Antrag der B*** vertreten durch Y***, Rechtsanwalt, vom 14. April 2004 die Antragstellerin zum Ersatz der Verfahrenskosten zu verfallen, wird zurückgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 162, 177 Abs. 5 BVergG 2002 Rechtsgrundlage: Paragraphen 162, 177, Absatz 5, BVergG 2002

Begründung

1. 1.Ziffer eins

Parteienvorbringen

Mit Antrag vom 23. März 2004, beim Bundesvergabeamt per Telefax am 23. März 2004 eingelangt, beantragte die A*** vertreten durch X***, Rechtsanwalt, in der Folge Antragstellerin genannt, die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung in dem Vergabeverfahren "Adaptierungsarbeiten in 3400 Klosterneuburg, Hermannstraße 6, Portalschlosserarbeiten, LV/270301/SL" der Auftraggeberin Niederösterreichische Gebietskrankenkasse, in der Folge Auftraggeberin genannt, die Verhaltung der Auftraggeberin zum Kostenersatz im vollen Umfang sowie die Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Die Antragstellerin begründete dies im Wesentlichen damit, dass die in Aussicht genomme Zuschlagsempfängerin von dem gegenständlichen Vergabeverfahren auszuschließen gewesen wäre. Die Antragstellerin sei an zweite Stelle gereiht gewesen. Bei Ausschließen oder hilfsweise Ausscheiden des Angebotes der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin wäre sie Bestbieterin. Der Geschäftsführer der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin sei in erster Instanz wegen mannigfacher Preisabsprachen strafrechtlich verurteilt worden. Bieterabsprachen stellten eine schwere Verfehlung iSd § 51 Z 4 BVergG dar. Die Auftraggeberin hätte diesbezüglich weitere Nachforschungen anstellen müssen. Es habe eine Besprechung mit der Auftraggeberin am 16. März 2004 gegeben, in deren Rahmen unter Vorlage eines privat erstellten Rechtsgutachtens auf die Ausschließungsgründe hingewiesen worden sei. Es sei unbeachtlich, auf welchen Wegen die Auftraggeberin von der schweren Verfehlung Kenntnis erlange. § 51 Z 4 BVergG solle jene Fälle abdecken, in denen sich der Unternehmer zwar einer schweren Verfehlung schuldig gemacht habe, diese aber noch nicht rechtskräftig festgestellt worden oder nicht rechtskräftig sei. Sie erachtete sich in ihren Rechten auf Zuschlagserteilung und auf Ausschluss eines auszuschließenden Mitbieters verletzt. Der geltend gemachte Schaden bestehe aus den Kosten der Teilnahme an dem

Vergabeverfahren, den Kosten für die rechtliche Beratung und rechtsfreundliche Vertretung, dem entgangenen Gewinn in der Höhe von 15 % des Auftragswertes, der Möglichkeit zu weiteren Vergabeverfahren, insbesondere Verhandlungsverfahren der Auftraggeberin eingeladen zu werden, sowie einer entgehenden Referenz. Nach Verbesserungsauftrag durch das Bundesvergabeamt wurde die Pauschalgebühr am 24. März 2004 vollständig eingezahlt. Mit Antrag vom 23. März 2004, beim Bundesvergabeamt per Telefax am 23. März 2004 eingelangt, beantragte die A*** vertreten durch X***, Rechtsanwalt, in der Folge Antragstellerin genannt, die Nichtigserklärung der Zuschlagsentscheidung in dem Vergabeverfahren "Adaptierungsarbeiten in 3400 Klosterneuburg, Hermannstraße 6, Portalschlosserarbeiten, LV/270301/SL" der Auftraggeberin Niederösterreichische Gebietskrankenkasse, in der Folge Auftraggeberin genannt, die Verhaltung der Auftraggeberin zum Kostenersatz im vollen Umfang sowie die Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Die Antragstellerin begründete dies im Wesentlichen damit, dass die in Aussicht genomme Zuschlagsempfängerin von dem gegenständlichen Vergabeverfahren auszuschließen gewesen wäre. Die Antragstellerin sei an zweite Stelle gereiht gewesen. Bei Ausschließen oder hilfsweise Ausscheiden des Angebotes der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin wäre sie Bestbieterin. Der Geschäftsführer der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin sei in erster Instanz wegen mannigfacher Preisabsprachen strafrechtlich verurteilt worden. Bieterabsprachen stellten eine schwere Verfehlung iSd Paragraph 51, Ziffer 4, BVergG dar. Die Auftraggeberin hätte diesbezüglich weitere Nachforschungen anstellen müssen. Es habe eine Besprechung mit der Auftraggeberin am 16. März 2004 gegeben, in deren Rahmen unter Vorlage eines privat erstellten Rechtsgutachtens auf die Ausschließungsgründe hingewiesen worden sei. Es sei unbeachtlich, auf welchen Wegen die Auftraggeberin von der schweren Verfehlung Kenntnis erlange. Paragraph 51, Ziffer 4, BVergG solle jene Fälle abdecken, in denen sich der Unternehmer zwar einer schweren Verfehlung schuldig gemacht habe, diese aber noch nicht rechtskräftig festgestellt worden oder nicht rechtskräftig sei. Sie erachtete sich in ihren Rechten auf Zuschlagserteilung und auf Ausschluss eines auszuschließenden Mitbieters verletzt. Der geltend gemachte Schaden bestehe aus den Kosten der Teilnahme an dem Vergabeverfahren, den Kosten für die rechtliche Beratung und rechtsfreundliche Vertretung, dem entgangenen Gewinn in der Höhe von 15 % des Auftragswertes, der Möglichkeit zu weiteren Vergabeverfahren, insbesondere Verhandlungsverfahren der Auftraggeberin eingeladen zu werden, sowie einer entgehenden Referenz. Nach Verbesserungsauftrag durch das Bundesvergabeamt wurde die Pauschalgebühr am 24. März 2004 vollständig eingezahlt.

Mit Telefax vom 24. März 2004 gab die Auftraggeberin den geschätzten Auftragswert mit Euro 255.000,-- ohne USt. für das Gesamtvorhaben bekannt und teilte mit, dass weder der Zuschlag erteilt noch das Vergabeverfahren widerrufen worden sei. Die Zuschlagsentscheidung sei allen Bietern am 9. März 2004 per Telefax nachweislich mitgeteilt worden.

Am 26. März 2004 legte die Auftraggeberin die Unterlagen des Vergabeverfahrens vor und übermittelte mit Telefax vom selben Tag eine Stellungnahme. Darin führte sie im Wesentlichen nach Darstellung des maßgeblichen Ablaufs des Vergabeverfahrens an, dass ergänzende Auskünfte über die in Aussicht genomme Zuschlagsempfängerin aus dem Auftragnehmerkataster Österreich (ANKÖ) eingeholt worden seien. Der geltend gemachte entgangene Gewinn der Antragstellerin sei mit 15 % der Auftragssumme zu hoch und werde dem Grunde und der Höhe nach bestritten. Die von der Antragstellerin genannten Verhandlungsverfahren fänden nicht statt. Auch wenn diese stattfänden, gäbe es keine Beschränkungen durch vorherige erfolgreiche Leistungserbringung im Auftrag der Auftraggeberin. Aus dem Verlust eines Referenzprojektes könne kein konkreter Schaden abgeleitet werden. Grundsätzlich stelle eine Bieterabsprache eine schwere Verfehlung iSd § 51 Z 4 BVergG dar. Ein Ausschluss sei aber nur in jenem Vergabeverfahren gerechtfertigt, in dem die Bieterabsprache erfolgt sei. Ebenso gerechtfertigt sei ein Ausschluss bei lange andauernden, ständigen Verstößen gegen Bestimmungen zur Regelung des Wettbewerbs. Voraussetzung sei darüber hinaus, dass Wiederholungsfahr bestehe. Den Nachforschungspflichten sei die Auftraggeberin durch Einholung einer Erkundigung beim ANKÖ hinlänglich nachgekommen. Dabei habe sich jedoch kein Hinweis auf eine eventuelle berufliche Verfehlung der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin ergeben. Ein allfälliges Fehlverhalten eines Bieters sei nach objektiven Kriterien nachweislich festzustellen. Es erfordere eine enge Auslegung des § 51 BVergG. Dieser Grundsatz müsse umso mehr gelten, als die Auftraggeberin diese Feststellung nicht in ihrem Vergabeverfahren von sich aus gemacht habe, sondern von dritter Seite darüber informiert worden sei. Die Bestimmung des § 51 Z 3 BVergG stelle unter teleologischen Gesichtspunkten die spezielle Norm zu § 51 Z 4 BVergG dar. § 51 Z 3 BVergG könne nicht dadurch umgangen werden, dass ein noch anhängiges Strafverfahren ohne rechtskräftiges Urteil als Begründung für eine schwere Verfehlung des Bewerbers nach § 51 Z 4 BVergG herangezogen werden dürfe. Es werde daher beantragt, den Antrag auf Nichtigserklärung der Zuschlagsentscheidung kostenpflichtig

abzuweisen. Am 26. März 2004 legte die Auftraggeberin die Unterlagen des Vergabeverfahrens vor und übermittelte mit Telefax vom selben Tag eine Stellungnahme. Darin führte sie im Wesentlichen nach Darstellung des maßgeblichen Ablaufs des Vergabeverfahrens an, dass ergänzende Auskünfte über die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin aus dem Auftragnehmerkataster Österreich (ANKÖ) eingeholt worden seien. Der geltend gemachte entgangene Gewinn der Antragstellerin sei mit 15 % der Auftragssumme zu hoch und werde dem Grunde und der Höhe nach bestritten. Die von der Antragstellerin genannten Verhandlungsverfahren fänden nicht statt. Auch wenn diese stattfänden, gäbe es keine Beschränkungen durch vorherige erfolgreiche Leistungserbringung im Auftrag der Auftraggeberin. Aus dem Verlust eines Referenzprojektes könne kein konkreter Schaden abgeleitet werden. Grundsätzlich stelle eine Bieterabsprache eine schwere Verfehlung iSd Paragraph 51, Ziffer 4, BVergG dar. Ein Ausschluss sei aber nur in jenem Vergabeverfahren gerechtfertigt, in dem die Bieterabsprache erfolgt sei. Ebenso gerechtfertigt sei ein Ausschluss bei lange andauernden, ständigen Verstößen gegen Bestimmungen zur Regelung des Wettbewerbs. Voraussetzung sei darüber hinaus, dass Wiederholungsgefahr bestehe. Den Nachforschungspflichten sei die Auftraggeberin durch Einholung einer Erkundigung beim ANKÖ hinlänglich nachgekommen. Dabei habe sich jedoch kein Hinweis auf eine eventuelle berufliche Verfehlung der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin ergeben. Ein allfälliges Fehlverhalten eines Bieters sei nach objektiven Kriterien nachweislich festzustellen. Es erfordere eine enge Auslegung des Paragraph 51, BVergG. Dieser Grundsatz müsse umso mehr gelten, als die Auftraggeberin diese Feststellung nicht in ihrem Vergabeverfahren von sich aus gemacht habe, sondern von dritter Seite darüber informiert worden sei. Die Bestimmung des Paragraph 51, Ziffer 3, BVergG stelle unter teleologischen Gesichtspunkten die spezielle Norm zu Paragraph 51, Ziffer 4, BVergG dar. Paragraph 51, Ziffer 3, BVergG könne nicht dadurch umgangen werden, dass ein noch anhängiges Strafverfahren ohne rechtskräftiges Urteil als Begründung für eine schwere Verfehlung des Bewerbers nach Paragraph 51, Ziffer 4, BVergG herangezogen werden dürfe. Es werde daher beantragt, den Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung kostenpflichtig abzuweisen.

Am 30. März 2004 brachte die Antragstellerin eine neuerliche Stellungnahme ein und stellte diese auch der Auftraggeberin zu. Darin wiederholte sie die Feststellungen der Auftraggeberin, anerkannte die Richtigkeit von vorgelegten Unterlagen und brachte im Wesentlichen vor, dass es sich bei dem Übergabetermin des Objektes Burggasse um eine Absichtserklärung und nicht um eine Verpflichtung handle. Die Bauarbeiten seien derart spät ausgeschrieben worden, dass mit einer zeitgerechten Fertigstellung nicht mehr gerechnet werden könne. Da die Auftraggeberin von dem eingeleiteten Strafverfahren und der Verurteilung in erster Instanz gewusst habe, hätte sie ohne weiteres im Rahmen der Amtshilfe darüber Ermittlungen anstellen können und müssen. Es bestünden Unterschiede im Verfahrensgegenstand und der beurteilten Verhaltensweise zwischen Zivil- und Strafverfahren. Darin lägen auch unterschiedliche Aussagen betreffend § 51 Z 3 und 4 BVergG. Der entgangene Gewinn von 15 % der Angebotssumme sei realistisch. Die Stellungnahme ergäbe auch, dass doch Verhandlungsverfahren geführt werden. Abschließend wiederholte die Antragstellerin ihre Anträge vom 23. März 2004. Am 30. März 2004 brachte die Antragstellerin eine neuerliche Stellungnahme ein und stellte diese auch der Auftraggeberin zu. Darin wiederholte sie die Feststellungen der Auftraggeberin, anerkannte die Richtigkeit von vorgelegten Unterlagen und brachte im Wesentlichen vor, dass es sich bei dem Übergabetermin des Objektes Burggasse um eine Absichtserklärung und nicht um eine Verpflichtung handle. Die Bauarbeiten seien derart spät ausgeschrieben worden, dass mit einer zeitgerechten Fertigstellung nicht mehr gerechnet werden könne. Da die Auftraggeberin von dem eingeleiteten Strafverfahren und der Verurteilung in erster Instanz gewusst habe, hätte sie ohne weiteres im Rahmen der Amtshilfe darüber Ermittlungen anstellen können und müssen. Es bestünden Unterschiede im Verfahrensgegenstand und der beurteilten Verhaltensweise zwischen Zivil- und Strafverfahren. Darin lägen auch unterschiedliche Aussagen betreffend Paragraph 51, Ziffer 3 und 4 BVergG. Der entgangene Gewinn von 15 % der Angebotssumme sei realistisch. Die Stellungnahme ergäbe auch, dass doch Verhandlungsverfahren geführt werden. Abschließend wiederholte die Antragstellerin ihre Anträge vom 23. März 2004.

Mit Telefax vom 5. April 2004 übermittelte die Auftraggeberin eine Stellungnahme zum Umfang der Akteneinsicht.

Mit Telefax vom 8. April 2004 erstatte die Antragstellerin ergänzendes Vorbringen. Sie nahm darin zur einstweiligen Verfügung Stellung. Sie führte weiters aus, dass der verfahrensgegenständliche Auftrag ein wärmegeprägtes Außenportal und drei Innenportale umfasse. Die Montagedauer für alle vier Portale betrage höchstens zwei Arbeitstage. Derzeit sei das Gebäude mit einem alten, aber vollständig funktionstüchtigen Portal verschlossen, weshalb die Behauptung, dass eine Verzögerung der Bauarbeiten der Auftraggeberin einen Schaden zufügen würde, nicht

nachvollziehbar sei. Angaben, ob die Vergabe der ausgeschriebenen Leistungen nach den Bestimmungen des BVergG für den Ober- oder Unterschwellenbereich und den dazu ergangenen Verordnungen erfolgt sei, fehlten in der Ausschreibung. Die Zuschlagskriterien seien mit Preis (70 %) und Referenzprojekt (30 %) angegeben gewesen. Diese Angaben reichten nicht aus. Eine gerichtliche Überprüfung der Entscheidung des Auftraggebers sei dadurch nicht möglich. Den Unterlagen fehlten alle Angaben über eine Methode der Punkteverteilung. Dies widerspreche dem Gebot der Transparenz und der Gleichbehandlung aller Bieter. Es fehle auch der Ausführungszeitraum. In weiterer Folge legte die Antragstellerin Presseauschnitte über Vorwürfe gegen den Geschäftsführer der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin und ein damit verbundenes strafgerichtliches Urteil vor. Diese Vorwürfe, die der Auftraggeberin bekannt gewesen seien, hätten zu weiteren Nachforschungen führen müssen. Eine Rücksprache beim ANKÖ habe ergeben, dass der Auftragnehmerkataster eine solche Fülle von Daten zu verwalten habe, dass es technisch gar nicht möglich sei, öfter als einmal im Jahr ein so genanntes "Monitoring" darüber anzustellen, ob sich wesentliche Voraussetzungen für die Eintragung im ANKÖ geändert haben. Der ANKÖ gestehe zu, dass es durchaus zu Lücken kommen könne und nicht jede Verfehlung eines Bieters sofort durch Streichung aus der Liste geahndet werden könne. Abschließend hielt sie ihre Anträge vom 23. März 2004 aufrecht.

Mit Telefax vom 13. April 2004 brachte die Auftraggeberin ihre ergänzende Stellungnahme vom 9. April 2004 beim Bundesvergabeamt ein. Sie führte im Wesentlichen aus, dass auch auf Grundlage des Auskunftspflichtgesetzes keine Auskünfte über die Strafverfahren zu erhalten gewesen wären. Aufträge für Bauleistungen würden immer dann im offenen Verfahren vergeben, wenn es sich nicht um Bagatellaufträge von wenigen tausend Euro handle.

Verhandlungsverfahren würden nur bei der Vergabe geistigschöpferischer Dienstleistungen durchgeführt. Weiters wies sie die Auslegung des § 51 Z 4 BVergG durch die Antragstellerin zurück. Im Zuge laufender Aufträge würde die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin zur vollsten Zufriedenheit der Auftraggeberin arbeiten. Bei der Prüfung der Zuverlässigkeit komme es immer auf eine Einzelfallprüfung an. Schwere Verfehlungen müssten strengen Anforderungen an ihre objektive Nachweisbarkeit genügen. Die Anfechtung der Ausschreibungsunterlagen gehe ins Leere, da sie mittlerweile nach § 169 Abs. 2 Z 1 BVergG präkludiert sei. Es gelte hinsichtlich des Geschäftsführers der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin die Unschuldsvermutung. Verhandlungsverfahren würden nur bei der Vergabe geistigschöpferischer Dienstleistungen durchgeführt. Weiters wies sie die Auslegung des Paragraph 51, Ziffer 4, BVergG durch die Antragstellerin zurück. Im Zuge laufender Aufträge würde die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin zur vollsten Zufriedenheit der Auftraggeberin arbeiten. Bei der Prüfung der Zuverlässigkeit komme es immer auf eine Einzelfallprüfung an. Schwere Verfehlungen müssten strengen Anforderungen an ihre objektive Nachweisbarkeit genügen. Die Anfechtung der Ausschreibungsunterlagen gehe ins Leere, da sie mittlerweile nach Paragraph 169, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG präkludiert sei. Es gelte hinsichtlich des Geschäftsführers der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin die Unschuldsvermutung.

In der mündlichen Verhandlung vom 14. April 2004 stellte die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin, die B*** vertreten durch Y***, Rechtsanwalt, in der Folge die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin genannt, einen Antrag auf Teilnahme am Nachprüfungsverfahren. Sie begründete ihn im Wesentlichen damit, dass ihr Interesse darin liege, als Bestbieterin den Auftrag zu erhalten. Der drohende Schaden im Fall der Stattgebung des Antrags liege im Verlust des zu erwartenden Gewinns, des zu erwartenden Auftrags sowie der bisher aufgewendeten Angebotskosten. Sie habe ein Recht auf Erteilung des Zuschlages. Sie sei ein angesehenes und bereits seit 1989 unbeanstandet tätiges Unternehmen. Es gäbe keine wie auch immer geartete "Sperrern" oder Verletzungen von Rechtsvorschriften. Der Geschäftsführer der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin sei unbescholten und es liege kein einziges rechtskräftiges strafrechtliches Erkenntnis vor. Im Gegensatz zur Antragstellerin könne sie auf eine umfassende Referenzliste verweisen. Das Interesse am Vertragsabschluss bestehe für sie auch im Hinblick auf die Auslastung des Unternehmens, die Erhaltung des hohen Mitarbeiterstandes sowie am Erhalt einer Referenz. Über die Antragstellerin sei 1999 ein Konkursverfahren eröffnet worden, das mit einem Zwangsausgleich geendet habe. Bei der Antragstellerin seien keine wie auch immer gearteten Referenzen gegeben. Der Teilnahmeantrag sei rechtzeitig. Sie beantrage, die Anträge mangels jeglicher Grundlage und mangels jeglicher Zulässigkeit zurückzuweisen, in eventu abzuweisen und die Antragstellerin zum Ersatz der Verfahrenskosten zu verfallen. Die Pauschalgebühr wurde entrichtet.

In der mündlichen Verhandlung vom 14. April 2004 wandte sich die Antragstellerin gegen diesen Teilnahmeantrag. Da die Teilnahmeantragstellerin nach § 51 Z 4 BVergG auszuschließen gewesen wäre, komme ihr keine Parteistellung zu. Der Teilnahmeantrag nach § 165 Abs. 2 BVergG sei verspätet, da er innerhalb einer Frist von einer Woche nach der

Verständigung gemäß § 163 Abs. 2 BVergG zu stellen gewesen wäre. Diesbezüglich verwies die Antragstellerin auf Schwartz, Bundesvergabegesetz, § 165 Rz 3. Aufgrund der Gründung der A*** mit Gesellschaftsvertrag vom 29. September 2003 sei ein Konkurs mit Zwangsausgleich im Jahr 1999 denkunmöglich. Weiters wurde das Vorbringen der Auftraggeberin im Schriftsatz vom 9. April 2004, OZ 26, bestritten. In der mündlichen Verhandlung vom 14. April 2004 wandte sich die Antragstellerin gegen diesen Teilnahmeantrag. Da die Teilnahmeantragstellerin nach Paragraph 51, Ziffer 4, BVergG auszuschließen gewesen wäre, komme ihr keine Parteistellung zu. Der Teilnahmeantrag nach Paragraph 165, Absatz 2, BVergG sei verspätet, da er innerhalb einer Frist von einer Woche nach der Verständigung gemäß Paragraph 163, Absatz 2, BVergG zu stellen gewesen wäre. Diesbezüglich verwies die Antragstellerin auf Schwartz, Bundesvergabegesetz, Paragraph 165, Rz 3. Aufgrund der Gründung der A*** mit Gesellschaftsvertrag vom 29. September 2003 sei ein Konkurs mit Zwangsausgleich im Jahr 1999 denkunmöglich. Weiters wurde das Vorbringen der Auftraggeberin im Schriftsatz vom 9. April 2004, OZ 26, bestritten.

Die Auftraggeberin brachte in der mündlichen Verhandlung vom 14. April 2004 vor, dass die Bestbieterermittlung nach einem festen Schema erfolge. Es sei daher nicht zu Willkür gekommen. Die Bieter hätten jederzeit in die sie selbst betreffenden Teile des Prüfberichtes Einsicht nehmen können. Der Aktenvermerk vom 24. August 1999 betreffend die Gestaltung von Zuschlagskriterien und die Angebotsbewertung wurde vorgelegt und als Beilage ./1 zum Verhandlungsprotokoll genommen. Diese habe den Stellenwert einer allgemeinen Richtlinie zur Erstellung von Zuschlagskriterien im Bereich der Auftraggeberin.

1. 2. Ziffer 2
Sachverhalt

Das Bundesvergabeamt geht von nachstehendem Sachverhalt aus:

Der Alleingeschäftsführer der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin wurde in erster Instanz vom Landesgericht St. Pölten strafrechtlich verurteilt. Dieses Urteil ist wegen einer derzeit beim Obersten Gerichtshof anhängigen Nichtigkeitsbeschwerde nicht rechtskräftig (schriftliche Auskunft des Präsidenten des Landesgerichtes St. Pölten vom 6. April 2004, JV 1431-30/04, OZ 27, in der mündlichen Verhandlung vom 14. April 2004 in diesem Umfang verlesen).

Die Auftraggeberin lässt den derzeitigen Standort der Bezirksstelle Wien Umgebung auf. Ein Teil der Mitarbeiter wird nach Klosterneuburg, ein Teil nach Schwechat und ein weiterer Teil in angemietete Räumlichkeiten übersiedeln. Dazu adaptiert sie das Gebäude Hermannstraße 6, 3400 Klosterneuburg. Teil der nötigen Arbeiten und damit ein Gewerk sind die im gegenständlichen Vergabeverfahren ausgeschriebenen Portalschlosserarbeiten. Der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens beträgt Euro 255.000,-- ohne USt. Der Auftragswert der Schlosserarbeiten wurde ursprünglich auf Euro 16.850,-- ohne USt. geschätzt (Stellungnahme der Auftraggeberin vom 24. März 2004, 17N-22/04-8 samt beiliegender Kostenschätzung). Die Bekanntmachung der gegenständlichen Ausschreibung erfolgte im Internet unter www.auftrag.at mit Vergabebekanntmachung vom 16. Jänner 2004, L152751, und im Amtsblatt der Wiener Zeitung vom 16/17. Jänner 2004 (übermittelte Unterlagen des Vergabeverfahrens).

In der Bekanntmachung der Ausschreibung war angegeben, dass die Arbeiten im Zeitraum von 1. April 2004 bis 31. Juli 2004 zu auszuführen sind. Als Verfahrensart war das offene Verfahren angegeben (übermittelte Unterlagen des Vergabeverfahrens).

Zeitpunkt für die Abgabe der Angebote war der 9. Februar 2004, 9.00 Uhr (Vergabebekanntmachung). Siebzehn Bewerber haben Ausschreibungsunterlagen abgeholt (Unterlagen des Vergabeverfahrens). Die Angebotseröffnung erfolgte am 9. Februar 2004 von 10.30 Uhr - 10.35 Uhr (Niederschrift über die Öffnung der Angebote in den übermittelten Unterlagen des Vergabeverfahrens).

Als Zuschlagsprinzip waren die in den Bewerbungs- bzw. Ausschreibungsunterlagen angeführten Kriterien maßgeblich (Punkt 3.12 der allgemeinen Angebots- und Vertragsbedingungen). Die Zuschlagskriterien waren mit "Preis" (70 %) und "Referenzobjekte" (30 %) angegeben. Darüber hinaus war lediglich eine Referenzliste gefordert. Weitere Angaben über die Bewertung der Angebote enthielten die Ausschreibungsunterlagen nicht (Punkt 3.13. der allgemeinen Angebots- und Vertragsbedingungen).

Die Antragstellerin legte ein Angebot mit einer geprüften Gesamtangebotssumme von Euro 30.966,74 ohne USt. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin legte ein Angebot mit einer geprüften Angebotssumme von Euro 30.637,- - ohne USt. (Unterlagen des Vergabeverfahrens).

Im Prüfbericht vom 25. Februar 2004 wurde das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin im Bewertungspunkt "Preis" mit 490 von 490 möglichen Punkten, im Zuschlagskriterium "Referenzobjekte" mit 210 von 210 möglichen Punkten, somit insgesamt mit 700 von 700 möglichen Punkten bewertet. Das Angebot der Antragstellerin wurde beim Zuschlagskriterium "Preis" mit 485,10 Punkten, beim Zuschlagskriterium "Referenzobjekte" mit 210 Punkten, insgesamt mit 695,10 Punkten bewertet. Nähere Angaben über die Methode der Punkteverteilung finden sich weder in der Bekanntmachung der Ausschreibung noch in der Ausschreibung oder im Prüfbericht. Ohne nähere Ausführungen werden die Vollständigkeit sowie die fachtechnische und rechnerische Richtigkeit der Angebote bestätigt (Bekanntmachung der Ausschreibung, Ausschreibungsunterlagen und Prüfbericht in den übermittelten Unterlagen des Vergabeverfahrens).

Die Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung ist in den Unterlagen des Vergabeverfahrens nicht dokumentiert (Unterlagen des Vergabeverfahrens). Nach Aussage von Ing. Lindner, Bediensteter der Auftraggeberin, fand eine vertiefte Angebotsprüfung statt. Dokumentiert würden nur festgestellte Fehler. Nach seinen Angaben ist die Abweichung zwischen den Angebotspreisen und den ursprünglichen, unter großem Zeitdruck erstellten Kostenschätzungen auf geänderte Planungsvorgaben und statische Änderungen zurückzuführen (Verhandlungsprotokoll vom 14. April 2004, OZ 30).

Am 9. März 2004 gab die Auftraggeberin per Telefax allen Bietern die Zuschlagsentscheidung bekannt (übermittelte Unterlagen des Vergabeverfahrens).

Am 16. März 2004 fand zwischen C***, Geschäftsführer der Antragstellerin, sowie D***, Angestellter der Antragstellerin, und E***, Direktor der Auftraggeberin, ein Gespräch statt. Dabei wurden die Vorwürfe gegen F***, Alleingeschäftsführer der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin, besprochen. Der Auftraggeberin waren die Vorwürfe bekannt. Sie hielt aber weitere Ermittlungen nicht für notwendig. Die problemlose Durchführung eines Großauftrages der Auftraggeberin durch die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin wurde erwähnt. Auf Anfrage des Geschäftsführers der Antragstellerin bestätigte E***, dass die Antragstellerin den Auftrag erhalten würde, wenn die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin von ihrem Angebot zurückträte (eidesstattige Erklärungen von C*** und D***, Aussage von E*** in der mündlichen Verhandlung vom 14. April 2004).

Die Auftraggeberin holte am 24. Februar 2004 über die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin eine Auskunft über Internet beim ANKÖ ein. Darin finden sich ein Gewerbeschein mit einer letzten behördlichen Eintragung vom 5. August 1998, eine Auskunft über die Zahl der Beschäftigten vom 13. Mai 2003, ein Firmenbuchauszug aus dem Jänner 2003, eine Aufstellung der Betriebsmittel und technischen Ausstattung mit Stand Dezember 2000, eine Referenzliste aus dem Jahr 2003, eine Referenzliste aus dem Jahr 2001, ein Bonitätsrating mit Stand 6. Jänner 2004 mit der Ratingkennzeichnung 445 - erhöhtes Risiko - sowie Ratings hinsichtlich Zahlweise und Beurteilung von jeweils 400 mit Stand 17. April 2003, ein Unternehmensprofil des Kreditschutzverbandes mit Stand 13. März 2001 und ein Rating von 378 sowie betriebswirtschaftliche Angaben hinsichtlich Arbeitskräfte (die letzte aus dem Jahr 2002), sonstige Angaben zur wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit (Buchungsmitteilung des Finanzamtes vom 28. März 2003, Kontoauszug der Sozialversicherungsträger vom 7. März 2003 und Unbedenklichkeitsbescheinigung Stadtkasse Amstetten vom 27. Jänner 2003) und eine Auskunft der Sparkasse G*** vom 19. Februar 2003 sowie eine bis 11. Juni 2004 gültige Auskunft der zentralen Strafevidenz des Bundesministeriums für Finanzen gemäß § 28b Ausländerbeschäftigungsgesetz. Über die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin und die Antragstellerin holte die Auftraggeberin am 18. März 2004 erneut Auszüge aus dem ANKÖ ein. Diese enthalten hinsichtlich der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin dieselben, hinsichtlich der Antragstellerin vergleichbare Angaben (übermittelte Unterlagen des Vergabeverfahrens). Die Auftraggeberin holte am 24. Februar 2004 über die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin eine Auskunft über Internet beim ANKÖ ein. Darin finden sich ein Gewerbeschein mit einer letzten behördlichen Eintragung vom 5. August 1998, eine Auskunft über die Zahl der Beschäftigten vom 13. Mai 2003, ein Firmenbuchauszug aus dem Jänner 2003, eine Aufstellung der Betriebsmittel und technischen Ausstattung mit Stand Dezember 2000, eine Referenzliste aus dem Jahr 2003, eine Referenzliste aus dem Jahr 2001, ein Bonitätsrating mit Stand 6. Jänner 2004 mit der Ratingkennzeichnung 445 - erhöhtes Risiko - sowie Ratings hinsichtlich Zahlweise und Beurteilung von jeweils 400 mit Stand 17. April 2003, ein Unternehmensprofil des Kreditschutzverbandes mit Stand 13. März 2001 und ein Rating von

378 sowie betriebswirtschaftliche Angaben hinsichtlich Arbeitskräfte (die letzte aus dem Jahr 2002), sonstige Angaben zur wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit (Buchungsmitteilung des Finanzamtes vom 28. März 2003, Kontoauszug der Sozialversicherungsträger vom 7. März 2003 und Unbedenklichkeitsbescheinigung Stadtkasse Amstetten vom 27. Jänner 2003) und eine Auskunft der Sparkasse G*** vom 19. Februar 2003 sowie eine bis 11. Juni 2004 gültige Auskunft der zentralen Strafevidenz des Bundesministeriums für Finanzen gemäß Paragraph 28 b, Ausländerbeschäftigungsgesetz. Über die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin und die Antragstellerin holte die Auftraggeberin am 18. März 2004 erneut Auszüge aus dem ANKÖ ein. Diese enthalten hinsichtlich der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin dieselben, hinsichtlich der Antragstellerin vergleichbare Angaben (übermittelte Unterlagen des Vergabeverfahrens).

Die Auftraggeberin überprüfte die Pflichtbeitragszahlungen der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin gegenüber ihr selbst (Aussage von Ing. Lindner in der mündlichen Verhandlung), dokumentierte sie jedoch nicht in den Unterlagen des Vergabeverfahrens (übermittelte Unterlagen des Vergabeverfahrens).

Am 23. März 2004 verständigte die Antragstellerin die Auftraggeberin von der Einleitung des Nachprüfungsverfahrens, zahlte eine Pauschalgebühr von Euro 2.500,-- ein und brachte den gegenständlichen Nachprüfungsantrag ein. Am 23. März 2004 verständigte das Bundesvergabeamt die Auftraggeberin von dem Nachprüfungsantrag und forderte die Antragstellerin auf, die noch ausständige Pauschalgebühr von Euro 2.500,-- einzuzahlen. Am 24. März 2004 überwies sie diese. Am selben Tag verständigte die Auftraggeberin die übrigen Bieter von der Einleitung des Nachprüfungsverfahrens beim Bundesvergabeamt (Verfahrensakt des Bundesvergabeamtes 17N-22/04).

Der Auftrag wurde noch nicht vergeben, das Vergabeverfahren nicht widerrufen (Stellungnahme der Auftraggeberin).

Am 30. März 2004 erließ das Bundesvergabeamt die beantragte einstweilige Verfügung und untersagte die Zuschlagserteilung bis zum Abschluss des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis 23. April 2004.

Am 14. April 2004 stellte die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin einen Teilnahmeantrag in der mündlichen Verhandlung und zahlte die Pauschalgebühr von Euro 1.250,-- ein (Verfahrensakt des Bundesvergabeamtes 17N-22/04).

Dieser Sachverhalt gründet sich auf die jeweils in Klammer angeführten, allen Verfahrensparteien zugänglichen Beweismittel. Die getroffenen Feststellungen ergeben sich daraus eindeutig und widerspruchsfrei. Die jeweils bezogenen Beweismittel sind den Verfahrensparteien bekannt. Ihre Echtheit wurde nicht bestritten und auch dem Bundesvergabeamt sind keine diesbezüglichen Zweifel entstanden.

1. 3.Ziffer 3

Rechtliche Würdigung

3.1. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes

Gemäß § 23 Abs. 5 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz - ASVG, BGBl Nr. 189/1955 idF BGBl I Nr. 18/2004, obliegt es den Trägern der Krankenversicherung insbesondere, ausreichend Vorsorge für die Krankenbehandlung der Versicherten und deren Familienangehörigen zu treffen. Die Auftraggeberin als Trägerin der Krankenversicherung nach § 23 Abs. 1 Z 1 ASVG erfüllt daher eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe nicht gewerblicher Art. Sie ist nach § 32 Abs. 1 ASVG eine gesetzlich eingerichtete Körperschaft öffentlichen Rechts und Selbstverwaltungskörper (Antoniolli/Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht³ [1996] 383). Nach § 448 Abs. 1 ASVG unterliegen Gebietskrankenkassen der Aufsicht des Bundes, vertreten durch die Bundesministerin für Gesundheit und Frauen. Die Niederösterreichische Gebietskrankenkasse erfüllt daher die Merkmale eines öffentlichen Auftraggebers nach § 7 Abs. 1 Z 2 BVergG. Aufgrund der bundesgesetzlichen Errichtung und Regelung sowie der Aufsicht des Bundes zählt sie gemäß § 135 Abs. 2 BVergG iVm Art. 14b Abs. 2 Z 1 lit. d B-VG zum Vollziehungsbereich des Bundes (BVA 19.11.2003, 08N-114/03-8; BVA 7.2.2003, 11N-72/02-84). Gemäß Paragraph 23, Absatz 5, Allgemeines Sozialversicherungsgesetz - ASVG, Bundesgesetzblatt Nr. 189 aus 1955, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 18 aus 2004,, obliegt es den Trägern der Krankenversicherung insbesondere, ausreichend Vorsorge für die Krankenbehandlung der Versicherten und deren Familienangehörigen zu treffen. Die Auftraggeberin als Trägerin der Krankenversicherung nach Paragraph 23, Absatz eins, Ziffer eins, ASVG erfüllt daher eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe nicht gewerblicher "Art". Sie ist nach Paragraph 32, Absatz eins, ASVG eine gesetzlich eingerichtete Körperschaft öffentlichen Rechts und

Selbstverwaltungskörper (Antoniolli/Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht³ [1996] 383). Nach Paragraph 448, Absatz eins, ASVG unterliegen Gebietskrankenkassen der Aufsicht des Bundes, vertreten durch die Bundesministerin für Gesundheit und Frauen. Die Niederösterreichische Gebietskrankenkasse erfüllt daher die Merkmale eines öffentlichen Auftraggebers nach Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG. Aufgrund der bundesgesetzlichen Errichtung und Regelung sowie der Aufsicht des Bundes zählt sie gemäß Paragraph 135, Absatz 2, BVergG in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera d, B-VG zum Vollziehungsbereich des Bundes (BVA 19.11.2003, 08N-114/03-8; BVA 7.2.2003, 11N-72/02-84).

Der gegenständliche Auftrag ist Teil des Vorhabens der Auftraggeberin zur Adaptierung des Gebäudes Hermannstraße 6, 3400 Klosterneuburg. Insgesamt handelt es sich dabei um den Umbau eines bestehenden Gebäudes. Im gegenständlichen Vergabeverfahren sind Portalschlosserarbeiten ausgeschrieben. Gegenstand des Auftrages ist der Einbau eines Außen- und dreier Innenportale. Nach ÖNACE 2003, Code FA 45.42-02, Bauschlosserei, umfasst diese Unterklasse den Einbau fremdbezogener Türen, Tore, Fenster, Rollläden, Rahmen und Zargen, Treppen, Ladeneinrichtung u. ä. aus Metall. Sie gehört zu den Baugewerken nach Anhang I BVergG. Es handelt sich daher um einen Bauauftrag nach § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG. Der gegenständliche Auftrag ist Teil des Vorhabens der Auftraggeberin zur Adaptierung des Gebäudes Hermannstraße 6, 3400 Klosterneuburg. Insgesamt handelt es sich dabei um den Umbau eines bestehenden Gebäudes. Im gegenständlichen Vergabeverfahren sind Portalschlosserarbeiten ausgeschrieben. Gegenstand des Auftrages ist der Einbau eines Außen- und dreier Innenportale. Nach ÖNACE 2003, Code FA 45.42-02, Bauschlosserei, umfasst diese Unterklasse den Einbau fremdbezogener Türen, Tore, Fenster, Rollläden, Rahmen und Zargen, Treppen, Ladeneinrichtung u. ä. aus Metall. Sie gehört zu den Baugewerken nach Anhang römisch eins BVergG. Es handelt sich daher um einen Bauauftrag nach Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG.

Der gegenständliche Auftrag ist Teil eines Gesamtvorhabens. Dieses erfüllt eine wirtschaftliche Funktion, nämlich die Adaptierung eines bestehenden Gebäudes für Zwecke der Auftraggeberin. Es handelt sich daher um ein Bauwerk nach § 20 Z 7 BVergG. Nach § 13 Abs. 1 BVergG ist als geschätzter Auftragswert eines Bauwerkes der Gesamtwert aller dieser Lose anzusetzen. Darunter sind auch gewerbliche Tätigkeiten nach Anh. I zum BVergG, Gewerke, zu verstehen. Der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens in der Höhe von Euro 255.000,-- ohne USt. überschreitet den Schwellenwert nach § 9 Abs. 1 Z 3 BVergG von Euro 5.000.000,-- nicht und das gegenständliche Vergabeverfahren findet im Unterschwellenbereich nach § 9 Abs. 2 BVergG statt. Für die Rechtslage ist § 17 Abs. 1 BVergG maßgeblich. Der gegenständliche Auftrag ist Teil eines Gesamtvorhabens. Dieses erfüllt eine wirtschaftliche Funktion, nämlich die Adaptierung eines bestehenden Gebäudes für Zwecke der Auftraggeberin. Es handelt sich daher um ein Bauwerk nach Paragraph 20, Ziffer 7, BVergG. Nach Paragraph 13, Absatz eins, BVergG ist als geschätzter Auftragswert eines Bauwerkes der Gesamtwert aller dieser Lose anzusetzen. Darunter sind auch gewerbliche Tätigkeiten nach Anh. römisch eins zum BVergG, Gewerke, zu verstehen. Der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens in der Höhe von Euro 255.000,-- ohne USt. überschreitet den Schwellenwert nach Paragraph 9, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG von Euro 5.000.000,-- nicht und das gegenständliche Vergabeverfahren findet im Unterschwellenbereich nach Paragraph 9, Absatz 2, BVergG statt. Für die Rechtslage ist Paragraph 17, Absatz eins, BVergG maßgeblich.

3.2 Zulässigkeit des Antrags

Der Antrag richtet sich gegen die Zuschlagsentscheidung. Diese ist im offenen Verfahren nach § 20 Z 13 lit. a sublit. aa BVergG eine gesondert anfechtbare Entscheidung. Der Antragstellerin wurde die Zuschlagsentscheidung am 9. März 2004 bekannt gegeben, der Antrag wurde am 23. März 2004 eingebracht und ist daher nach § 169 Abs. 2 Z 1 lit. c BVergG rechtzeitig. Der Zuschlag wurde nicht erteilt und das Vergabeverfahren nicht widerrufen. 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 Antragsteller ein anderes Ergebnis im Vergabeverfahren, nämlich die Auswahl eines anderen Zuschlagsempfängers möglich. Der Antrag enthält auch alle übrigen nach § 166 Abs. 1 BVergG nötigen Angaben und ist auch nicht nach § 166 Abs. 2 BVergG unzulässig. Der Antrag richtet sich gegen die Zuschlagsentscheidung. Diese ist im offenen Verfahren nach Paragraph 20, Ziffer 13, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG eine gesondert anfechtbare Entscheidung. Der Antragstellerin wurde die Zuschlagsentscheidung am 9. März 2004 bekannt gegeben, der Antrag wurde am 23. März 2004 eingebracht und ist daher nach Paragraph 169, Absatz 2, Ziffer eins, Litera c, BVergG rechtzeitig. Der Zuschlag wurde nicht erteilt und das Vergabeverfahren nicht widerrufen. 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 Antragsteller ein anderes Ergebnis im Vergabeverfahren, nämlich die Auswahl eines anderen Zuschlagsempfängers möglich. Der Antrag enthält auch alle übrigen nach Paragraph 166, Absatz eins, BVergG nötigen Angaben und ist auch nicht nach Paragraph 166, Absatz 2, BVergG unzulässig.

3.3 Inhaltliche Beurteilung

3.3.1 Zu Spruchpunkt I3.3.1 Zu Spruchpunkt römisch eins

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.

Nach § 174 Abs. 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene Entscheidung eines Auftraggebers unter Bedachtnahme auf die allenfalls in derselben Sache ergangene Empfehlung eines Schlichtungssenates der Bundes-Vergabekontrollkommission mit Bescheid für nichtig zu erklären, wenn sie nach Paragraph 174, Absatz eins, BVergG hat das Bundesvergabeamt eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene Entscheidung eines Auftraggebers unter Bedachtnahme auf die allenfalls in derselben Sache ergangene 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 hierzu erlassenen Verordnungen steht und
2. 2. Ziffer 2
für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

Nach § 51 Z 3 BVergG hat der Auftraggeber Unternehmer von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen, wenn gegen sie oder - sofern es sich um juristische Personen, handelsrechtliche Personengesellschaften, eingetragene Erwerbsgesellschaften oder Arbeitsgemeinschaften handelt - gegen physische Personen, die in der Geschäftsführung tätig sind, ein rechtskräftiges Urteil ergangen ist, das ihre berufliche Zuverlässigkeit in Frage stellt. Nach Paragraph 51, Ziffer 3, BVergG hat der Auftraggeber Unternehmer von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen, wenn gegen sie oder - sofern es sich um juristische Personen, handelsrechtliche Personengesellschaften, eingetragene Erwerbsgesellschaften oder Arbeitsgemeinschaften handelt - gegen physische Personen, die in der Geschäftsführung tätig sind, ein rechtskräftiges Urteil ergangen ist, das ihre berufliche Zuverlässigkeit in Frage stellt.

Gemäß § 51 Z 4 BVergG hat der Auftraggeber Unternehmer von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen, wenn sie im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung, insbesondere gegen Bestimmungen des Arbeits- und Sozialrechts begangen haben, die vom Auftraggeber nachweislich festgestellt wurde. Gemäß Paragraph 51, Ziffer 4, BVergG hat der Auftraggeber Unternehmer von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen, wenn sie im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung, insbesondere gegen Bestimmungen des Arbeits- und Sozialrechts begangen haben, die vom Auftraggeber nachweislich festgestellt wurde.

Nach Art. 6 Abs. 2 EMRK wird bis zum gesetzlichen Nachweis seiner Schuld vermutet, dass der wegen einer strafbaren Handlung Angeklagte unschuldig ist. Nach Artikel 6, Absatz 2, EMRK wird bis zum gesetzlichen Nachweis seiner Schuld vermutet, dass der wegen einer strafbaren Handlung Angeklagte unschuldig ist.

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 Abs. 2 dieser Bestimmung ist im Einzelnen zu prüfen. 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 Absatz 2, dieser Bestimmung ist im Einzelnen zu prüfen,

1. 1. Ziffer eins
ob den in § 21 Abs. 1 angeführten Grundsätzen entsprochen wurde. p. b. 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

das Angebot den sonstigen Bestimmungen der Ausschreibung entspricht, insbesondere ob es formrichtig und vollständig ist.

Nach § 98 Z 9 BVergG hat die vergebende Stelle auf Grund des Ergebnisses der Prüfung vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung Angebote von Bieter, die mit anderen Unternehmern für den Auftraggeber nachteilige, gegen die guten Sitten oder gegen den Grundsatz des Wettbewerbes verstoßende Abreden getroffen haben, auszuschneiden. Nach Paragraph 98, Ziffer 9, BVergG hat die vergebende Stelle auf Grund des Ergebnisses der Prüfung vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung Angebote von Bieter, die mit anderen Unternehmern für den Auftraggeber nachteilige, gegen die guten Sitten oder gegen den Grundsatz des Wettbewerbes verstoßende Abreden getroffen haben, auszuschneiden.

Grundsätzlich ist der Vorwurf der Bieterabsprache geeignet, die berufliche Zuverlässigkeit in Frage zu stellen. Entgegen dem Vorbringen der Auftraggeberin kann es sich dabei aber nicht nur um ein im Zuge des jeweils anhängigen Vergabeverfahrens begangenes Delikt handeln. Schließlich stellt § 51 Z 3 BVergG auf eine bereits rechtskräftige Verurteilung ab. Ebenso spricht § 51 Z 4 BVergG von einer schweren beruflichen Verfehlung, die der Unternehmer begangen hat. Der zugehörige Lebenssachverhalt muss sich daher zwangsläufig in der Vergangenheit zugetragen haben. Davon zu unterscheiden ist der Ausscheidensgrund nach § 98 Z 9 BVergG. In der bisherigen Judikatur wurden Fälle behandelt, bei denen Vorfälle im jeweiligen Vergabeverfahren Anlass für die Ausscheidung des Angebotes waren (siehe dazu z.B. Hahnl, BVergG 2002 [2002], § 98 E.40 - E.44; Schwartz, Bundesvergabegesetz [2003] § 98 Rz 10). Grundsätzlich ist der Vorwurf der Bieterabsprache geeignet, die berufliche Zuverlässigkeit in Frage zu stellen. Entgegen dem Vorbringen der Auftraggeberin kann es sich dabei aber nicht nur um ein im Zuge des jeweils anhängigen Vergabeverfahrens begangenes Delikt handeln. Schließlich stellt Paragraph 51, Ziffer 3, BVergG auf eine bereits rechtskräftige Verurteilung ab. Ebenso spricht Paragraph 51, Ziffer 4, BVergG von einer schweren beruflichen Verfehlung, die der Unternehmer begangen hat. Der zugehörige Lebenssachverhalt muss sich daher zwangsläufig in der Vergangenheit zugetragen haben. Davon zu unterscheiden ist der Ausscheidensgrund nach Paragraph 98, Ziffer 9, BVergG. In der bisherigen Judikatur wurden Fälle behandelt, bei denen Vorfälle im jeweiligen Vergabeverfahren Anlass für die Ausscheidung des Angebotes waren (siehe dazu z.B. Hahnl, BVergG 2002 [2002], Paragraph 98, E.40 - E.44; Schwartz, Bundesvergabegesetz [2003] Paragraph 98, Rz 10).

Die Wirkung des Ausschlusses vom Vergabeverfahren kann sich nur auf das jeweilige Vergabeverfahren beziehen (Gölles, Auftragsperre unzuverlässiger Bieter, ecolex 1998, 907). An die Objektivierbarkeit sind strenge Maßstäbe anzulegen (B-VKK 31.1.1996, S-1/96-11; Hahnl, BVergG 2002, § 51 E.7). Der Auftraggeber muss zur vollen Überzeugung von der Rechtswidrigkeit der Vorgangsweise des Unternehmers gelangt sein (Schwartz, Bundesvergabegesetz § 51 Rz 9). Die Wirkung des Ausschlusses vom Vergabeverfahren kann sich nur auf das jeweilige Vergabeverfahren beziehen (Gölles, Auftragsperre unzuverlässiger Bieter, ecolex 1998, 907). An die Objektivierbarkeit sind strenge Maßstäbe anzulegen (B-VKK 31.1.1996, S-1/96-11; Hahnl, BVergG 2002, Paragraph 51, E.7). Der Auftraggeber muss zur vollen Überzeugung von der Rechtswidrigkeit der Vorgangsweise des Unternehmers gelangt sein (Schwartz, Bundesvergabegesetz Paragraph 51, Rz 9).

Nach Auskunft des Präsidenten des Landesgerichtes St. Pölten vom 6. April 2004, JV 1431-30/04, erfolgte eine einschlägige Verurteilung des Geschäftsführers der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin in erster Instanz durch das Landesgericht St. Pölten. Aufgrund einer Nichtigkeitsbeschwerde wurde der Akt dem Obersten Gerichtshof vorgelegt und das erstinstanzliche Urteil ist daher noch nicht rechtskräftig. Aus Art. 6 Abs. 2 EMRK ergibt sich, dass die strafrechtliche Unschuldsvermutung bis zu einer rechtskräftigen Verurteilung des Geschäftsführers der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin gilt und ein Ausschluss der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin aus dem Grund des § 51 Z 3 BVergG derzeit nicht in Frage kommt. Nach Auskunft des Präsidenten des Landesgerichtes St.

Pölsen vom 6. April 2004, JV 1431-30/04, erfolgte eine einschlägige Verurteilung des Geschäftsführers der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin in erster Instanz durch das Landesgericht St. Pölten. Aufgrund einer Nichtigkeitsbeschwerde wurde der Akt dem Obersten Gerichtshof vorgelegt und das erstinstanzliche Urteil ist daher noch nicht rechtskräftig. Aus Artikel 6, Absatz 2, EMRK ergibt sich, dass die strafrechtliche Unschuldsvermutung bis zu einer rechtskräftigen Verurteilung des Geschäftsführers der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin gilt und ein Ausschluss der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin aus dem Grund des Paragraph 51, Ziffer 3, BVergG derzeit nicht in Frage kommt.

Eine Feststellung schwerer Verfehlungen erfolgte seitens des Auftraggebers nicht. Aus den dem Nachprüfungsantrag angeschlossenen eidesstattlichen Erklärungen von C***, Geschäftsführer der Antragstellerin, und D***, bei der Antragstellerin beschäftigt, ergibt sich, dass in dem Gespräch zwischen ihnen und E*** seitens der Auftraggeberin am 16. März 2004 die strafrechtliche Verurteilung des Geschäftsführers der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin erörtert wurde. Das zitierte Urteil erster Instanz war der Auftraggeberin bekannt. Der Vorwurf der Bieterabsprachen stellt zweifellos einen schweren Verstoß dar. Bemühungen um eine Klärung dieser Vorwürfe fanden nicht statt.

Ob nun die Vorwürfe von einer dritten Seite hinlänglich stichhaltig vorgebracht werden oder eigenen Erkenntnissen der Auftraggeberin entstammen, um Anlass für eine eingehende Prüfung zu sein, kann im gegenständlichen Fall dahingestellt bleiben, da sie der Auftraggeberin ohnehin bekannt waren.

Die berufliche Zuverlässigkeit des Bieters ist nach § 91 Abs. 1 Z 2 BVergG zu prüfen. Der Auftraggeber muss sich die nötige und im Rahmen der Haushaltsgrundsätze mögliche Gewissheit über das Vorliegen der zur Erfüllung des zu vergebenden Auftrages nötigen Eignung verschaffen. Wenn konkrete Zweifel daran entstehen, besteht jedoch die Pflicht zu einer genaueren Prüfung (so Hahnl, BVergG 2002, § 51 E.8). Eben jene Zweifel hätten der Auftraggeberin entstehen müssen und sie hätte eine genauere Prüfung vornehmen müssen. Die berufliche Zuverlässigkeit des Bieters ist nach Paragraph 91, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG zu prüfen. Der Auftraggeber muss sich die nötige und im Rahmen der Haushaltsgrundsätze mögliche Gewissheit über das Vorliegen der zur Erfüllung des zu vergebenden Auftrages nötigen Eignung verschaffen. Wenn konkrete Zweifel daran entstehen, besteht jedoch die Pflicht zu einer genaueren Prüfung (so Hahnl, BVergG 2002, Paragraph 51, E.8). Eben jene Zweifel hätten der Auftraggeberin entstehen müssen und sie hätte eine genauere Prüfung vornehmen müssen.

Wenn die Antragstellerin vorbringt, dass die vorgesehenen Zuschlagskriterien insbesondere mangels Angaben über die Verteilung der für die Bewertung der Angebote maßgeblichen Punkte so ungenau sind, dass ein Bieter nicht erkennen kann, wodurch er Punkte erlangt, ist ihr beizupflichten. Das Vorbringen der Auftraggeberin, dass aufgrund einer internen Regelung die Bewertung immer nach den gleichen Schemata erfolgt, vermag daran nichts zu ändern. Interne Regelungen gelangen Bietern regelmäßig nicht zur Kenntnis. Auch wenn sie immer in gleicher Art und Weise angewandt werden, handelt es sich doch dabei um bloß interne Vorschriften, die dem Bieter im Vorhinein nicht bekannt sind und von ihm bei der Erstellung des Angebotes daher nicht berücksichtigt werden können. Der in der mündlichen Verhandlung vorgelegte Aktenvermerk mag zwar im Bereich der Auftraggeberin als allgemeine Regelung für die Gestaltung von Ausschreibungen dienen, er enthält jedoch weder das Zuschlagskriterium "Referenzobjekte" noch eine mögliche Gewichtung. Eine konkrete Festlegung der Punkteverteilung bei der Bewertung der Angebote ist im gegenständlichen Vergabeverfahren offensichtlich weder in den Bietern zur Verfügung stehenden noch in internen Unterlagen erfolgt. Die vorgesehene Bewertung verstößt daher gegen die dem Vergabeverfahren immanente Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung der Bieter. Sie genügt daher nicht den Anforderungen von § 67 Abs. 3 BVergG (BVA 24.4.1998, N-5/98-16; BVA 24.1.2003, 13N-133/01-48). Darüber hinaus birgt das Zuschlagskriterium Referenzobjekte die Gefahr der unzulässigen Vermengung von Eignungs- und Zuschlagskriterien. Es impliziert eine zweifache Verwertung von Referenzen, einerseits als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit und andererseits ohne weitere eigenständige Wertungen als Zuschlagskriterium. Die bloße Nennung von Referenzen ist als Zuschlagskriterium unzulässig (Hahnl, Bundesvergabegesetz 2002, § 67 E 11 und 13). Wenn die Antragstellerin vorbringt, dass die vorgesehenen Zuschlagskriterien insbesondere mangels Angaben über die Verteilung der für die Bewertung der Angebote maßgeblichen Punkte so ungenau sind, dass ein Bieter nicht erkennen kann, wodurch er Punkte erlangt, ist ihr beizupflichten. Das Vorbringen der Auftraggeberin, dass aufgrund einer internen Regelung die Bewertung immer nach den gleichen Schemata erfolgt, vermag daran nichts zu ändern. Interne Regelungen gelangen Bietern regelmäßig nicht zur Kenntnis. Auch wenn sie immer in gleicher Art und Weise angewandt werden, handelt es

sich doch dabei um bloß interne Vorschriften, die dem Bieter im Vorhinein nicht bekannt sind und von ihm bei der Erstellung des Angebotes daher nicht berücksichtigt werden können. Der in der mündliche Verhandlung vorgelegt Aktenvermerk mag zwar im Bereich der Auftraggeberin als allgemeine Regelung für die Gestaltung von Ausschreibungen dienen, er enthält jedoch weder das Zuschlagskriterium "Referenzobjekte" noch eine mögliche Gewichtung. Eine konkrete Festlegung der Punkteverteilung bei der Bewertung der Angebote ist im gegenständlichen Vergabeverfahren offensichtlich weder in den Bietern zur Verfügung stehenden noch in internen Unterlagen erfolgt. Die vorgesehene Bewertung verstößt daher gegen die dem Vergabeverfahren immanente Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung der Bieter. Sie genügt daher nicht den Anforderungen von Paragraph 67, Absatz 3, BVergG (BVA 24.4.1998, N-5/98-16; BVA 24.1.2003, 13N-133/01-48). Darüber hinaus birgt das Zuschlagskriterium Referenzobjekte die Gefahr der unzulässigen Vermengung von Eignungs- und Zuschlagskriterien. Es impliziert eine zweifache Verwertung von Referenzen, einerseits als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit und andererseits ohne weitere eigenständige Wertungen als Zuschlagskriterium. Die bloße Nennung von Referenzen ist als Zuschlagskriterium unzulässig (Hahn, Bundesvergabegesetz 2002, Paragraph 67, E 11 und 13).

Zu Recht wendet jedoch die Auftraggeberin ein, dass diesbezüglich mittlerweile Präklusion eingetreten ist. Die Zuschlagskriterien sind Bestandteil der Ausschreibung. Die Ausschreibung ist bei sonstigem Verlust der Möglichkeit diese anzufechten nach § 169 Abs. 2 Z 2 lit. a BVergG im offenen Verfahren spätestens zehn Tage vor Ablauf der Angebotsfrist anzufechten. Diese Frist ist ungenützt verstrichen. Eine Aufhebung der Ausschreibung aus diesem Grund ist daher dem Bundesvergabeamt verwehrt. Die Ausschreibung erlangt Bestandskraft und wird unveränderliche Grundlage der Bewertung der Angebote (z.B. BVA 20.3.2003, 12N-10/03-11, in RPA 2003, 53 [Mecenovic]). Zu Recht wendet jedoch die Auftraggeberin ein, dass diesbezüglich mittlerweile Präklusion eingetreten ist. Die Zuschlagskriterien sind Bestandteil der Ausschreibung. Die Ausschreibung ist bei sonstigem Verlust der Möglichkeit diese anzufechten nach Paragraph 169, Absatz 2, Ziffer 2, Litera a, BVergG im offenen Verfahren spätestens zehn Tage vor Ablauf der Angebotsfrist anzufechten. Diese Frist ist ungenützt verstrichen. Eine Aufhebung der Ausschreibung aus diesem Grund ist daher dem Bundesvergabeamt verwehrt. Die Ausschreibung erlangt Bestandskraft und wird unveränderliche Grundlage der Bewertung der Angebote (z.B. BVA 20.3.2003, 12N-10/03-11, in RPA 2003, 53 [Mecenovic]).

Außer einer Liste von Referenzobjekten waren in der Ausschreibung keine zusätzlichen Angaben seitens der Bieter gefordert. Einen Versuch zur Prüfung der Eignung unternahm die Auftraggeberin ursprünglich nur hinsichtlich der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin. Als Grundlage dieser Prüfung zog die Auftraggeberin nur einen angeblich verwendeten, den übermittelten Unterlagen des Vergabeverfahrens nicht beiliegenden Firmenbuchauszug und eine Auskunft aus dem ANKÖ heran. Im Sachverhalt ist die Aktualität der darin enthaltenen Informationen wiedergegeben. So ist in dieser Auskunft eine aktuelle Aussage über das Vorliegen einer Befugnis nicht enthalten. Ebenso wenig ist ihr eine Aussage über den tatsächlich verfügbaren Gerätepark zu entnehmen, da die diesbezügliche Auskunft aus Dezember 2000 stammt. Hinsichtlich der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit sind die Daten derart, dass sie weitere Überprüfungen erforderlich gemacht hätten. Hingewiesen sei darauf, dass die - im Einzelfall zu prüfenden Erfüllung der Verpflichtung zur Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge oder Steuern und Abgaben auf einer veralteten Grundlage offensichtlich als erfüllt angesehen wurde, obwohl beide Auskünfte Rückstände aufwiesen. Hingewiesen sei in diesem Zusammenhang auf den Ausschlussgrund des § 51 Z 5 BVergG. Die in den Unterlagen des Vergabeverfahrens nicht dokumentierte, lediglich in der mündlichen Verhandlung erwähnte Überprüfung der Zahlungsverpflichtung gegenüber der Auftraggeberin vermag dieser Anforderung an die Auftraggeberin nicht vollständig zu genügen. Die Prüfung der Eignung der als einzige diesbezüglich geprüften in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin erfolgte auf einer ungenügenden Grundlage. Die notwendige Prüfung der Eignung der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin konnte daher mangels genauerer Daten nicht mit der hinlänglichen Genauigkeit erfolgen. Außer einer Liste von Referenzobjekten waren in der Ausschreibung keine zusätzlichen Angaben seitens der Bieter gefordert. Einen Versuch zur Prüfung der Eignung unternahm die Auftraggeberin ursprünglich nur hinsichtlich der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin. Als Grundlage dieser Prüfung zog die Auftraggeberin nur einen angeblich verwendeten, den übermittelten Unterlagen des Vergabeverfahrens nicht beiliegenden Firmenbuchauszug und eine Auskunft aus dem ANKÖ heran. Im Sachverhalt ist die Aktualität der darin enthaltenen Informationen wiedergegeben. So ist in dieser Auskunft eine aktuelle Aussage über das Vorliegen einer Befugnis nicht enthalten. Ebenso wenig ist ihr eine Aussage über den tatsächlich verfügbaren Gerätepark zu entnehmen, da die diesbezügliche Auskunft aus Dezember 2000 stammt. Hinsichtlich der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit sind die

Daten derart, dass sie weitere Überprüfungen erforderlich gemacht hätten. Hingewiesen sei darauf, dass die - im Einzelfall zu prüfende Erfüllung der Verpflichtung zur Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge oder Steuern und Abgaben auf einer veralteten Grundlage offensichtlich als erfüllt angesehen wurde, obwohl beide Auskünfte Rückstände aufwiesen. Hingewiesen sei in diesem Zusammenhang auf den Ausschlussgrund des Paragraph 51, Ziffer 5, BVergG. Die in den Unterlagen des Vergabeverfahrens nicht dokumentierte, lediglich in der mündlichen Verhandlung erwähnte Überprüfung der Zahlungsverpflichtung gegenüber der Auftraggeberin vermag dieser Anforderung an die Auftraggeberin nicht vollständig zu genügen. Die Prüfung der Eignung der als einzige diesbezüglich geprüften in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin erfolgte auf einer ungenügenden Grundlage. Die notwendige Prüfung der Eignung der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin konnte daher mangels genauerer Daten nicht mit der hinlänglichen Genauigkeit erfolgen.

Die geforderte Überprüfung der rechnerischen Richtigkeit erfolgte gemäß § 92 Abs. 1 BVergG. Eine Überprüfung der Angemessenheit der Preise nach § 93 Abs. 1 BVergG wurde seitens der Auftraggeberin bestätigt und im Prüfprotokoll ohne weitere Erklärung festgehalten. Eine vertiefte Angebotsprüfung wird nach Angaben der Auftraggeberin bei jedem Vergabeverfahren durchgeführt und erfolgte auch im gegenständlichen Vergabeverfahren. Sie ist jedoch nicht dokumentiert. Dem Prüfbericht ist nicht zu entnehmen, was bei der - in je einem Beiblatt für jedes Angebot festgehaltenen - Prüfung der Angebote geprüft wurde. Jedenfalls hinsichtlich § 93 Abs. 4 Z 1 bis 3 BVergG hätten der Auftraggeberin beim Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin Zweifel kommen müssen, zumal sich in Position 310303A eine Aufschlüsselung der Anteile des Einheitspreises in "Lohnkosten" und "Sonstiges" von 30 % zu 70 % findet, die in diesem Ausmaß für alle Positionen gilt. Zumindest für die Positionen 319001A, Regiestunde Facharbeiter, und 319001B, Regiestunde Hilfsarbeiter, hätte diese Aufschlüsselung hinterfragt werden müssen. Es ist nicht plausibel, dass diese Positionen einen Anteil "Sonstiges" im Ausmaß von 70 % des Einheitspreises aufweisen. Insofern wäre die Plausibilität der Preiszusammensetzung zu hinterfragen. Die Auftraggeberin hätte zumindest diese Unklarheiten aufklären müssen. Die geforderte Überprüfung der rechnerischen Richtigkeit erfolgte gemäß Paragraph 92, Absatz eins, BVergG. Eine Überprüfung der Angemessenheit der Preise nach Paragraph 93, Absatz eins, BVergG wurde seitens der Auftraggeberin bestätigt und im Prüfprotokoll ohne weitere Erklärung festgehalten. Eine vertiefte Angebotsprüfung wird nach Angaben der Auftraggeberin bei jedem Vergabeverfahren durchgeführt und erfolgte auch im gegenständlichen Vergabeverfahren. Sie ist jedoch nicht dokumentiert. Dem Prüfbericht ist nicht zu entnehmen, was bei der - in je einem Beiblatt für jedes Angebot festgehaltenen - Prüfung der Angebote geprüft wurde. Jedenfalls hinsichtlich Paragraph 93, Absatz 4, Ziffer eins bis 3 BVergG hätten der Auftraggeberin beim Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin Zweifel kommen müssen, zumal sich in Position 310303A eine Aufschlüsselung der Anteile des Einheitspreises in "Lohnkosten" und "Sonstiges" von 30 % zu 70 % findet, die in diesem Ausmaß für alle Positionen gilt. Zumindest für die Positionen 319001A, Regiestunde Facharbeiter, und 319001B, Regiestunde Hilfsarbeiter, hätte diese Aufschlüsselung hinterfragt werden müssen. Es ist nicht plausibel, dass diese Positionen einen Anteil "Sonstiges" im Ausmaß von 70 % des Einheitspreises aufweisen. Insofern wäre die Plausibilität der Preiszusammensetzung zu hinterfragen. Die Auftraggeberin hätte zumindest diese Unklarheiten aufklären müssen.

Das einzige Gespräch, das zwischen einem Bieter, nämlich der Antragstellerin, und der Auftraggeberin stattgefunden hat, ist in den Unterlagen des Vergabeverfahrens nicht dokumentiert. Allenfalls ist es einem Aufklärungsgespräch iSd § 97 BVergG gleichzuhalten. Dabei wären sowohl die Verpflichtung zur kommissionellen Führung als auch zur Dokumentation nach § 97 Abs. 3 BVergG verletzt. Das einzige Gespräch, das zwischen einem Bieter, nämlich der Antragstellerin, und der Auftraggeberin stattgefunden hat, ist in den Unterlagen des Vergabeverfahrens nicht dokumentiert. Allenfalls ist es einem Aufklärungsgespräch iSd Paragraph 97, BVergG gleichzuhalten. Dabei wären sowohl die Verpflichtung zur kommissionellen Führung als auch zur Dokumentation nach Paragraph 97, Absatz 3, BVergG verletzt.

Die Niederschrift über die Prüfung der Angebote vom 25. Februar 2004 enthält zwar eine Punktezuweisung an die einzelnen Angebote, wie diese zugeteilt wurden, insbesondere im Kriterium "Referenzobjekte", ist jedoch nicht erkennbar. Die Niederschrift über die Prüfung der Angebote genügt daher nicht den Anforderungen des § 95 Abs. 1 BVergG. Die Niederschrift über die Prüfung der Angebote vom 25. Februar 2004 enthält zwar eine Punktezuweisung an die einzelnen Angebote, wie diese zugeteilt wurden, insbesondere im Kriterium "Referenzobjekte", ist jedoch nicht erkennbar. Die Niederschrift über die Prüfung der Angebote genügt daher nicht den Anforderungen des Paragraph 95, Absatz eins, BVergG.

Im Hinblick darauf, dass die Angebotsprüfung in großen Teilen auf Grundlage der Unterlagen des Vergabeverfahrens nicht nachvollziehbar ist, liegen die oben dargestellten Verstöße gegen Bestimmungen des BVergG vor. Diese belasten die Zuschlagsentscheidung mit Rechtswidrigkeit. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass bei einer fehlerfreien und vollständigen Angebotsprüfung nach den Anforderungen des BVergG ein anderes Ergebnis des Vergabeverfahrens möglich ist. Dies belastet die Zuschlagsentscheidung mit Rechtswidrigkeit iSd § 174 Abs. 1 Z 1 BVergG, die gemäß § 174 Abs. 1 Z 2 BVergG auch für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlicher Bedeutung (BVA 19.9.2003, 10N-81/03-12; BVA 12.4.2002, N-128/01-72 = ZVB 2002/69 [Latzenhofer]). Im Hinblick darauf, dass die Angebotsprüfung in großen Teilen auf Grundlage der Unterlagen des Vergabeverfahrens nicht nachvollziehbar ist, liegen die oben dargestellten Verstöße gegen Bestimmungen des BVergG vor. Diese belasten die Zuschlagsentscheidung mit Rechtswidrigkeit. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass bei einer fehlerfreien und vollständigen Angebotsprüfung nach den Anforderungen des BVergG ein anderes Ergebnis des Vergabeverfahrens möglich ist. Dies belastet die Zuschlagsentscheidung mit Rechtswidrigkeit iSd Paragraph 174, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG, die gemäß Paragraph 174, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG auch für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlicher Bedeutung (BVA 19.9.2003, 10N-81/03-12; BVA 12.4.2002, N-128/01-72 = ZVB 2002/69 [Latzenhofer]).

Die Anträge auf Zurück-, in eventu Abweisung des Nachprüfungsantrags gelten nach § 59 Abs. 1 AVG als miterledigt. Ein gesonderter Abspruch darüber konnte unterbleiben. Die Anträge auf Zurück-, in eventu Abweisung des Nachprüfungsantrags gelten nach Paragraph 59, Absatz eins, AVG als miterledigt. Ein gesonderter Abspruch darüber konnte unterbleiben.

3.3.2 Zu Spruchpunkt IB.3.2 Zu Spruchpunkt römisch zwei

Der Teilnahmeantrag der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin wurde in der mündlichen Verhandlung gestellt. Im Sinne des Rechtsschutzes und der Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes ist ein in der mündlichen Verhandlung gestellter Teilnahmeantrag rechtzeitig (BVA 12.5.2003, 02N-19/03-31; BVA 4.11.2003, 14N-90/03-56; BVA 11.12.2003, 17N-115/03-30). Die Wirkung des Teilnahmeantrages ist nach § 165 Abs. 2 BVergG der Erhalt der Parteistellung bis zur Beendigung des Nachprüfungsverfahrens. Eine Würdigung des Argumentes der Antragstellerin, dass der Teilnahmeantrag wegen eines zwingend vorzunehmenden Ausschlusses der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin nach § 51 Z 4 BVergG unzulässig sei, würde einer - im Rahmen der Beurteilung der Parteistellung vorweggenommenen - Stattgabe des Nachprüfungsantrages gleichkommen, ohne dabei das nach dem BVergG gebotene Verfahren einhalten zu können. Zur Wahrung ihrer eigenen Rechtsposition ist daher der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin nach Erfüllung aller übrigen Voraussetzungen nach § 167 BVergG stattzugeben. Da der Partei ein subjektives öffentliches Recht auf Klärung ihrer Parteistellung zukommt (z.B. VwGH 3.7.2001, 2000/05/0115), war gesondert darüber abzusprechen. Der Teilnahmeantrag der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin wurde in der mündlichen Verhandlung gestellt. Im Sinne des Rechtsschutzes und der Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes ist ein in der mündlichen Verhandlung gestellter Teilnahmeantrag rechtzeitig (BVA 12.5.2003, 02N-19/03-31; BVA 4.11.2003, 14N-90/03-56; BVA 11.12.2003, 17N-115/03-30). Die Wirkung des Teilnahmeantrages ist nach Paragraph 165, Absatz 2, BVergG der Erhalt der Parteistellung bis zur Beendigung des Nachprüfungsverfahrens. Eine Würdigung des Argumentes der Antragstellerin, dass der Teilnahmeantrag wegen eines zwingend vorzunehmenden Ausschlusses der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin nach Paragraph 51, Ziffer 4, BVergG unzulässig sei, würde einer - im Rahmen der Beurteilung der Parteistellung vorweggenommenen - Stattgabe des Nachprüfungsantrages gleichkommen, ohne dabei das nach dem BVergG gebotene Verfahren einhalten zu können. Zur Wahrung ihrer eigenen Rechtsposition ist daher der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin nach Erfüllung aller übrigen Voraussetzungen nach Paragraph 167, BVergG stattzugeben. Da der Partei ein subjektives öffentliches Recht auf Klärung ihrer Parteistellung zukommt (z.B. VwGH 3.7.2001, 2000/05/0115), war gesondert darüber abzusprechen.

3.3.3 Zu Spruchpunkt III bis Spruchpunkt V.3.3 Zu Spruchpunkt römisch drei bis Spruchpunkt römisch fünf

In ihrem Nachprüfungsantrag vom 23. März 2004 beantragte die Antragstellerin, die Auftraggeberin zum Kostenersatz im vollen Umfang zu verhalten (Spruchpunkt III). In ihrer Stellungnahme vom 26. März 2004 beantragte die Auftraggeberin die kostenpflichtige Abweisung des gegenständlichen Antrages auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung (Spruchpunkt IV). In der mündlichen Verhandlung beantragte die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin, die Antragstellerin zum Kostenersatz zu verfallen (Spruchpunkt V). Keiner der Anträge enthielt eine Aufgliederung der zu ersetzenden Kosten. Alle Verfahrensparteien beantragten somit zumindest jeweils eine

andere Verfahrenspartei zum Ersatz der eigenen Kosten zu verpflichten. In ihrem Nachprüfungsantrag vom 23. März 2004 beantragte die Antragstellerin, die Auftraggeberin zum Kostenersatz im vollen Umfang zu verhalten (Spruchpunkt römisch drei). In ihrer Stellungnahme vom 26. März 2004 beantragte die Auftraggeberin die kostenpflichtige Abweisung des gegenständlichen Antrages auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung (Spruchpunkt römisch vier). In der mündlichen Verhandlung beantragte die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin, die Antragstellerin zum Kostenersatz zu verfallen (Spruchpunkt römisch fünf). Keiner der Anträge enthielt eine Aufgliederung der zu ersetzenden Kosten. Alle Verfahrensparteien beantragten somit zumindest jeweils eine andere Verfahrenspartei zum Ersatz der eigenen Kosten zu verpflichten.

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

§ 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 die Beilagen Nationalrat 21. GP 65). Auch wurde die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes für Kostenersatzansprüche in ständiger Rechtsprechung abgelehnt (BVA 12.2.2003, 04N-4/03-13; 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 die Beilagen Nationalrat 21. Gesetzgebungsperiode 65). Auch wurde die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes für Kostenersatzansprüche in ständiger Rechtsprechung abgelehnt (BVA 12.2.2003, 04N-4/03-13;

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 11.3.2004, 17N-129/03-26).

Hinsichtlich der allenfalls von den Anträgen auf Kostenersatz erfassten Gebühren nach § 14 TP 5 und 6 Gebührengesetz 1957 ist auf § 34 Gebührengesetz 1957 zu verweisen, wonach Verwaltungsbehörden lediglich die im Rahmen ihrer Tätigkeit anfallenden Gebühren einbringlich zu machen haben. Jede weitere Disposition, etwa die bescheidmäßige Vorschreibung oder die Rückerstattung zuviel entrichteter Gebühren, obliegt dem zuständigen Finanzamt. Hinsichtlich der allenfalls von den Anträgen auf Kostenersatz erfassten Gebühren nach Paragraph 14, TP 5 und 6 Gebührengesetz 1957 ist auf Paragraph 34, Gebührengesetz 1957 zu verweisen, wonach Verwaltungsbehörden lediglich die im Rahmen ihrer Tätigkeit anfallenden Gebühren einbringlich zu machen haben. Jede weitere Disposition, etwa die bescheidmäßige Vorschreibung oder die Rückerstattung zuviel entrichteter Gebühren, obliegt dem zuständigen Finanzamt.

Andere Kosten wurden nicht geltend gemacht und sind daher auch nicht in Betracht zu ziehen. Anzumerken ist jedenfalls, dass nach § 71 Abs. 1 AVG jeder Beteiligte im Verwaltungsverfahren seine Kosten selbst zu tragen hat. Andere Kosten wurden nicht geltend gemacht und sind daher auch nicht in Betracht zu ziehen. Anzumerken ist

jedenfalls, dass nach Paragraph 71, Absatz eins, AVG jeder Beteiligte im Verwaltungsverfahren seine Kosten selbst zu tragen hat.

Daraus ergibt sich, dass das Bundesvergabeamt zur Entscheidung über die gestellten Anträge auf Kostenersatz nicht zuständig ist.

Dokumentnummer

VERGT_20040423_17N_22_04_34_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