

TE Bvwg Erkenntnis 2014/5/26 W123 2007137-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 26.05.2014

Entscheidungsdatum

26.05.2014

Norm

BVergG 2006 §101 Abs4
BVergG 2006 §106 Abs1
BVergG 2006 §12 Abs1 Z2
BVergG 2006 §126 Abs1
BVergG 2006 §129 Abs1
BVergG 2006 §129 Abs1 Z1
BVergG 2006 §129 Abs1 Z2
BVergG 2006 §129 Abs1 Z7
BVergG 2006 §129 Abs2
BVergG 2006 §19 Abs1
BVergG 2006 §2 Z8
BVergG 2006 §3 Abs1 Z2
BVergG 2006 §312 Abs1
BVergG 2006 §312 Abs2 Z2
BVergG 2006 §316 Abs1 Z3
BVergG 2006 §319 Abs1
BVergG 2006 §319 Abs2
BVergG 2006 §320 Abs1
BVergG 2006 §321 Abs1
BVergG 2006 §322 Abs2
BVergG 2006 §6
BVergG 2006 §68 Abs1 Z6
BVergG 2006 §69 Z1
BVergG 2006 §75 Abs2
B-VG Art.133 Abs4
VwGVG §28 Abs1

1. BVergG 2006 § 101 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 106 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 12 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 126 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 126 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
-
1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 19 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
 3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
-
1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 316 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 316 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2013
-
1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

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

1. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 321 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 322 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 6 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 68 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 68 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 68 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 68 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 69 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. B-VG Art. 133 heute
2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013
6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974
9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946
10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934

1. VwGVG § 28 heute
2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018

Spruch

W123 2007137-1/20E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Dr. Michael ETLINGER als Vorsitzenden sowie die Beisitzer Dr. Michael FRUHMANN als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Veronika MACHA als Mitglieder der Auftragnehmerseite betreffend das Vergabeverfahren "Neubau der Hauptstelle der BGKK in Eisenstadt - Begleitende

Kontrolle" des Auftraggebers Burgenländische Gebietskrankenkasse, Esterhazyplatz 3, 7000 Eisenstadt, vertreten durch SIEMER - SIEGL - FÜREDER & Partner Rechtsanwälte, Dominikanerbastei 10, über die Anträge der XXXX, vertreten durch Brand Rechtsanwälte GmbH, Carré Rotunde, Schüttelstraße 55, 1020 Wien, vom 17.04.2014 zu Recht erkannt: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Dr. Michael ETLINGER als Vorsitzenden sowie die Beisitzer Dr. Michael FRUHMANN als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Veronika MACHA als Mitglieder der Auftragnehmerseite betreffend das Vergabeverfahren "Neubau der Hauptstelle der BGKK in Eisenstadt - Begleitende Kontrolle" des Auftraggebers Burgenländische Gebietskrankenkasse, Esterhazyplatz 3, 7000 Eisenstadt, vertreten durch SIEMER - SIEGL - FÜREDER & Partner Rechtsanwälte, Dominikanerbastei 10, über die Anträge der römisch 40, vertreten durch Brand Rechtsanwälte GmbH, Carré Rotunde, Schüttelstraße 55, 1020 Wien, vom 17.04.2014 zu Recht erkannt:

A)

I. Der Antrag, das Bundesverwaltungsgericht Wien möge nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung die Ausscheidensentscheidung der Auftraggeberin vom 11.04.2014 für nichtig erklären, wird abgewiesen. römisch eins. Der Antrag, das Bundesverwaltungsgericht Wien möge nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung die Ausscheidensentscheidung der Auftraggeberin vom 11.04.2014 für nichtig erklären, wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 19 Abs 1, 69 Z 1, 126 Abs 1, 129 Abs 1 Z 2 und 7, 129 Abs 2 iVm 312 Abs 2 Z 2 und 320 Abs 1 BVergG 2006
Rechtsgrundlage: Paragraphen 19, Absatz eins, 69, Ziffer eins, 126, Absatz eins, 129, Absatz eins, Ziffer 2 und 7, 129 Absatz 2, in Verbindung mit 312 Absatz 2, Ziffer 2 und 320 Absatz eins, BVergG 2006

II. Der Antrag, das Bundesverwaltungsgericht Wien möge nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung gemäß § 319 BVergG den Auftraggeber zum Ersatz der von der Antragstellerin ordnungsgemäß entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von € 3.078 für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution gemäß § 19a RAO zH der Rechtsvertreterin der Antragstellerin verpflichten, wird abgewiesen. römisch zwei. Der Antrag, das Bundesverwaltungsgericht Wien möge nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung gemäß Paragraph 319, BVergG den Auftraggeber zum Ersatz der von der Antragstellerin ordnungsgemäß entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von € 3.078 für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution gemäß Paragraph 19 a, RAO zH der Rechtsvertreterin der Antragstellerin verpflichten, wird abgewiesen.

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

B)

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig. Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig.

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang römisch eins. Verfahrensgang

1. Die Antragstellerin stellte am 17.04.2014 das im Spruch ersichtliche Begehren und brachte vor, dass die vergebende Stelle der Antragstellerin am 11.04.2014 mitgeteilt habe, dass ihr gemäß § 129 Abs 1 Z 1, 2 und 7 BVergG ausgeschieden werde. Dies aus nachfolgenden Gründen: 1. Die Antragstellerin stellte am 17.04.2014 das im Spruch ersichtliche Begehren und brachte vor, dass die vergebende Stelle der Antragstellerin am 11.04.2014 mitgeteilt habe, dass ihr gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer eins, 2 und 7 BVergG ausgeschieden werde. Dies aus nachfolgenden Gründen:

Die vorgelegten Daten des Steuerkontos würden einen fälligen Rückstand von € 1.715,07 ausweisen. Die Erfüllung zur Zahlung von Steuern und Abgaben im Sinne des § 68 Abs 1 Z 6 BVergG sei dementsprechend nicht nachgewiesen worden. Die vorgelegten Daten des Steuerkontos würden einen fälligen Rückstand von € 1.715,07 ausweisen. Die Erfüllung zur Zahlung von Steuern und Abgaben im Sinne des Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 6, BVergG sei dementsprechend nicht nachgewiesen worden.

Die Antragstellerin habe eine Haftpflichtversicherung vorgelegt, die sich auf einen Zeitraum von 01.12.2008 bis 01.01.2010 beziehen würde. Im nachgereichten Umsatzdetail vom 02.04.2014 sei nicht erkennbar, ob die allenfalls

bestehende Haftpflichtversicherung nach wie vor aufrecht sei, oder sich der Leistungsumfang bzw. die Versicherungssumme gegebenenfalls geändert habe.

Hinsichtlich der Referenz XXXX sei eine Bescheinigung des Auftraggebers über die ordnungsgemäße Ausführung der Leistungen trotz Aufforderung nicht fristgerecht nachgereicht worden. Hinsichtlich der Referenz römisch 40 sei eine Bescheinigung des Auftraggebers über die ordnungsgemäße Ausführung der Leistungen trotz Aufforderung nicht fristgerecht nachgereicht worden.

Das Konzept sei nach den Ausschreibungsbestimmungen mit dem Angebot abzugeben gewesen. Die mit Schreiben vom 07.04.2014 angekündigte Ausarbeitung einer Power-Point-Präsentation würde zu einer materiellen Verbesserung der Wettbewerbsstellung gegenüber den anderen Bietern führen.

Die Antragstellerin brachte zur Rechtswidrigkeit der Ausscheidungsentscheidung insbesondere vor:

Zum Ausscheidungstatbestand des § 129 Abs 1 Z 2 BVergG: Gemäß den Ausschreibungsbedingungen müssten die Bieter den Abschluss einer Haftpflichtversicherung in Höhe von € 0,5 Mio. nachweisen bzw. rechtsverbindlich erklären, eine solche im Auftragsfall abzuschließen. Somit sei es nicht erforderlich, eine aufrechte Haftpflichtversicherung vorzuweisen. Eine solche könne auch erst lange nach Angebotseröffnung, nämlich im Zuschlagsfall, abgeschlossen werden. Allein daraus erhellte sich, dass der (niemals geforderte) Bestand einer Haftpflichtversicherung gar kein Eignungserfordernis sein könne. Der guten Ordnung halber werde festgehalten, dass die vergebende Stelle in keiner Weise spezifiziert habe, wie die Haftpflichtversicherung selbst oder die zugehörigen Nachweise aussehen sollten. Zum Ausscheidungstatbestand des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG: Gemäß den Ausschreibungsbedingungen müssten die Bieter den Abschluss einer Haftpflichtversicherung in Höhe von € 0,5 Mio. nachweisen bzw. rechtsverbindlich erklären, eine solche im Auftragsfall abzuschließen. Somit sei es nicht erforderlich, eine aufrechte Haftpflichtversicherung vorzuweisen. Eine solche könne auch erst lange nach Angebotseröffnung, nämlich im Zuschlagsfall, abgeschlossen werden. Allein daraus erhellte sich, dass der (niemals geforderte) Bestand einer Haftpflichtversicherung gar kein Eignungserfordernis sein könne. Der guten Ordnung halber werde festgehalten, dass die vergebende Stelle in keiner Weise spezifiziert habe, wie die Haftpflichtversicherung selbst oder die zugehörigen Nachweise aussehen sollten.

Zur technischen Leistungsfähigkeit: Die Antragstellerin verwies diesbezüglich auf § 75 Abs 2 BVergG. Unstrittig sei, dass das in der Referenz benannte Gebäude von einem privaten Auftraggeber errichtet worden sei. Die Nichterhältlichkeit der Referenz aufgrund einer Vertraulichkeitsvereinbarung sei von der Antragstellerin durch E-Mail-Verkehr nachgewiesen worden. Daher sei die Antragstellerin nicht verpflichtet, den von der vergebenden Stelle geforderten Nachweis vorzulegen und könne daher aus diesem Grunde auch nicht wegen mangelnder technischer Leistungsfähigkeit ausgeschieden werden. Zur technischen Leistungsfähigkeit: Die Antragstellerin verwies diesbezüglich auf Paragraph 75, Absatz 2, BVergG. Unstrittig sei, dass das in der Referenz benannte Gebäude von einem privaten Auftraggeber errichtet worden sei. Die Nichterhältlichkeit der Referenz aufgrund einer Vertraulichkeitsvereinbarung sei von der Antragstellerin durch E-Mail-Verkehr nachgewiesen worden. Daher sei die Antragstellerin nicht verpflichtet, den von der vergebenden Stelle geforderten Nachweis vorzulegen und könne daher aus diesem Grunde auch nicht wegen mangelnder technischer Leistungsfähigkeit ausgeschieden werden.

2. Die Auftraggeberin erstatte am 24.04.2014 eine Stellungnahme zum Nachprüfungsantrag. Zur finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit verwies die Auftraggeberin im Wesentlichen auf die Begründung ihrer Ausscheidungsentscheidung. Zutreffend sei zwar, dass der diesbezügliche Nachweis auch durch eine rechtsverbindliche Erklärung, eine entsprechende Haftpflichtversicherung im Auftragsfall abzuschließen, erfolgen hätte können. Auch das sei aber seitens der Antragstellerin - trotz entsprechendem Hinweis im Aufforderungsschreiben vom 01.04.2014 - nicht erfolgt.

Hinsichtlich der Referenz XXXX sei eine Bescheinigung des Auftraggebers über die ordnungsgemäße Ausführung der Leistungen trotz Aufforderung nicht fristgerecht nachgereicht worden. Insbesondere enthalte die diesbezüglich vorgelegte E-Mail vom 31.03.2014 nicht die geforderte Bescheinigung. Im Gegenteil - hinsichtlich der von der Antragstellerin in Beilage./4 zu diesem Projekt behaupteten Beauftragung als begleitende Kontrolle sei gerade keine Bestätigung erfolgt. Eine Ersatzerklärung der Antragstellerin könne unter diesen Umständen jedenfalls nicht als hinreichend angesehen werden. Abgesehen davon sei die geforderte Bescheinigung des Referenzauftraggebers über die ordnungsgemäße Ausführung der Leistungen in Beilage./4 der Ausschreibungsunterlagen bestandfest festgelegt

worden. Entgegen dem Schreiben der Antragstellerin vom 07.04.2014 sei auch die angekündigte Referenzbestätigung nicht mehr nachgereicht worden. Hinsichtlich der Referenz römisch 40 sei eine Bescheinigung des Auftraggebers über die ordnungsgemäße Ausführung der Leistungen trotz Aufforderung nicht fristgerecht nachgereicht worden. Insbesondere enthalte die diesbezüglich vorgelegte E-Mail vom 31.03.2014 nicht die geforderte Bescheinigung. Im Gegenteil - hinsichtlich der von der Antragstellerin in Beilage./4 zu diesem Projekt behaupteten Beauftragung als begleitende Kontrolle sei gerade keine Bestätigung erfolgt. Eine Ersatzerklärung der Antragstellerin könne unter diesen Umständen jedenfalls nicht als hinreichend angesehen werden. Abgesehen davon sei die geforderte Bescheinigung des Referenzauftraggebers über die ordnungsgemäße Ausführung der Leistungen in Beilage./4 der Ausschreibungsunterlagen bestandfest festgelegt worden. Entgegen dem Schreiben der Antragstellerin vom 07.04.2014 sei auch die angekündigte Referenzbestätigung nicht mehr nachgereicht worden.

3. Die Antragstellerin nahm am 29.04.2014 zur Stellungnahme der Auftraggeberin vom 24.04.2014 Stellung. Die Antragstellerin habe mittels E-Mail vom 07.04.2014 u.a. die Haftpflichtversicherungspolizze samt Überweisungsbestätigung vom 02.04.2014 der vorgeschriebenen Prämie übermittelt. In Zusammenschau aus der vorgelegten Polizze sowie der Überweisungsbestätigung ergebe sich für jedermann schlüssig, dass eine aufrechte Haftpflichtversicherung im erforderlichen Ausmaß bestehe. Bezüglich der Referenz XXXX habe die Antragstellerin bereits im Nachprüfungsantrag darauf hingewiesen, dass sich die Parteien zu wechselseitiger Verschwiegenheit verpflichtet hätten. Somit habe die Antragstellerin auch keine Referenzbestätigung vorlegen können. Der Auftraggeberin als eine Körperschaft des öffentlichen Rechts müsste bekannt sein, dass private Auftraggeber nicht verpflichtet seien, Referenzen auszustellen.

4. Am 06.05.2014 nahm die Auftraggeberin zur Stellungnahme der Antragstellerin vom 29.04.2014 ergänzend Stellung. In Punkt 2.3.3.1. der Angebotsbestimmungen sei explizit und bestandfest festgelegt worden, dass eine Referenz dann als gleichwertig gelte, wenn es sich um eine begleitende Kontrolle, eine örtliche Bauaufsicht oder eine technisch-geschäftliche Oberleitung bei einem Hochbau handle. Die Antragstellerin habe in der Referenz XXXX angegeben, sie wäre bei diesem Projekt mit der begleitenden Kontrolle beauftragt gewesen. Soweit die Antragstellerin vermeint, sie hätte aufgrund von Verschwiegenheitspflichten keine Referenzbestätigung erlangen können, übergehe sie, dass sich die diesbezüglich vorgelegte E-Mail der "aucon real estate group" vom 31.03.2014 nicht bloß auf Verschwiegenheitspflichten berufe. Vielmehr werde zwar eine Wahrnehmung von (nach den bestandfesten Ausschreibungsbestimmungen nicht gleichwertigen) PM-Agenden bestätigt, jedoch gerade nicht die von der Antragstellerin behauptete Beauftragung mit der begleitenden Kontrolle. Die Ausnahmebestimmungen des § 75 Abs 2 letzter Halbsatz BVergG könne lediglich dann zum Tragen kommen, wenn eine Referenzbescheinigung vom privaten Leistungsempfänger überhaupt nicht erhältlich sei. Nicht aber wenn - wie gegenständlich - vom Bieter behauptete Umstände inhaltlich bestätigt würden bzw. sich ein Bieter nicht zeitgerecht um die Einholung der Referenzbescheinigung bemühe. 4. Am 06.05.2014 nahm die Auftraggeberin zur Stellungnahme der Antragstellerin vom 29.04.2014 ergänzend Stellung. In Punkt 2.3.3.1. der Angebotsbestimmungen sei explizit und bestandfest festgelegt worden, dass eine Referenz dann als gleichwertig gelte, wenn es sich um eine begleitende Kontrolle, eine örtliche Bauaufsicht oder eine technisch-geschäftliche Oberleitung bei einem Hochbau handle. Die Antragstellerin habe in der Referenz römisch 40 angegeben, sie wäre bei diesem Projekt mit der begleitenden Kontrolle beauftragt gewesen. Soweit die Antragstellerin vermeint, sie hätte aufgrund von Verschwiegenheitspflichten keine Referenzbestätigung erlangen können, übergehe sie, dass sich die diesbezüglich vorgelegte E-Mail der "aucon real estate group" vom 31.03.2014 nicht bloß auf Verschwiegenheitspflichten berufe. Vielmehr werde zwar eine Wahrnehmung von (nach den bestandfesten Ausschreibungsbestimmungen nicht gleichwertigen) PM-Agenden bestätigt, jedoch gerade nicht die von der Antragstellerin behauptete Beauftragung mit der begleitenden Kontrolle. Die Ausnahmebestimmungen des Paragraph 75, Absatz 2, letzter Halbsatz BVergG könne lediglich dann zum Tragen kommen, wenn eine Referenzbescheinigung vom privaten Leistungsempfänger überhaupt nicht erhältlich sei. Nicht aber wenn - wie gegenständlich - vom Bieter behauptete Umstände inhaltlich bestätigt würden bzw. sich ein Bieter nicht zeitgerecht um die Einholung der Referenzbescheinigung bemühe.

5. Am 13.05.2014 nahm die Antragstellerin zum Schriftsatz der Auftraggeberin vom 06.05.2014 Stellung. Soweit die Auftraggeberin behauptete, dass es sich bei der "aucon real estate group" nicht um den von der Antragstellerin angegebenen Referenzauftraggeber handle, verwies die Antragstellerin auf ihr Angebot vom 11.02.2014, insbesondere auf die im Angebot beigeschlossene Beilage./4. Darin seien als Auftraggeber bzw. Ansprechpartner des Auftraggebers

explizit der Österreichische Gewerkschaftsbund und die Aucon Immobilien AG genannt. Aus dem Schreiben vom 14.11.2012 lasse sich dezidiert entnehmen, dass die mündliche Beauftragung durch die Aucon Immobilien AG erfolgt sei, die schriftliche Beauftragung sodann im Jänner 2008. Soweit die Auftraggeberin wiederholt die angeblich mangelnde technische Leistungsfähigkeit verwies, wies die Antragstellerin auf die Referenzbescheinigungen (Beilage./4), welche die Antragstellerin dem Angebot beigegeben habe.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen: römisch zwei. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen (Sachverhalt):

1. Die Auftraggeberin hat das Vergabeverfahren "Neubau der Hauptstelle der BGKK in Eisenstadt - Begleitende Kontrolle" im Wege eines offenen Verfahrens ausgeschrieben. Die EU-weite Bekanntmachung erfolgte am 10.02.2014. Die Angebotsöffnung fand am 27.03.2014 statt.

2. Die Allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen lauten auszugsweise:

2. EIGNUNGSKRITERIEN

[...]

2.3.2. Nachweise über die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit

[...]

Darüber hinaus müssen Bieter beziehungsweise die Bietergemeinschaften den Abschluss einer Haftpflichtversicherung in der Höhe von € 0,5 Mio. nachweisen beziehungsweise rechtsverbindlich erklären, eine solche im Auftragsfall abzuschließen.

2.3.3. Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit

Im vorliegenden Vergabeverfahren werden Bieter bzw. Bietergemeinschaften betreffend die Ausführung ihres Teils der Leistung als technisch leistungsfähig angesehen, wenn:

sie Referenzprojekte nachweisen können (siehe Punkt 2.3.3.1)

sie das geforderte Schlüsselpersonal bekannt geben (siehe Punkt 2.3.3.2)

2.3.3.1. Referenzprojekt

Bieter bzw. Bietergemeinschaften haben ihre technische Leistungsfähigkeit durch Nachweis drei gleichwertiger Unternehmensreferenzen laut Beilage./4 mit Bauwerkskosten gemäß ÖNORM B1801-1 von mindestens € 4 Mio.-- oder einer gleichwertigen Unternehmensreferenz laut Beilage./4 mit Bauwerkskosten gemäß ÖNORM B1801-1 von mindestens € 20 Mio.-- zu erbringen. [...]

Als gleichwertig gilt eine Referenz, wenn es sich um eine begleitende Kontrolle, eine örtliche Bauaufsicht oder eine technisch- geschäftliche Oberleitung bei einem Hochbau handelt.

Bieter bzw. Bietergemeinschaften haben dafür Sorge zu tragen, dass die Auftraggeberin die gemachten Angaben zum Referenzprojekt direkt bei der ehemaligen Auftraggeberin bzw. beim ehemaligen Auftraggeber überprüfen kann; dies kann beispielsweise durch Benennung eines deutschsprachigen Ansprechpartners bei der Auftraggeberin beziehungsweise beim Auftraggeber, die Tragung von Dolmetschkosten etc. erfolgen. Die Bieter bzw. Bietergemeinschaften erklären sich einverstanden, dass die Auftraggeberin zur Überprüfung der angegebenen Referenzdaten mit der ehemaligen Auftraggeberin bzw. dem ehemaligen Auftraggeber Kontakt aufnimmt.

3. Die Allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen enthält (musterformartig) eine Beilagenliste. In Beilage./4 (Referenzprojekte) ist im letzten Kästchen der Vorlage folgendes gefordert: "Bescheinigung der Auftraggeberin bzw. des Auftraggebers über die ordnungsgemäße Ausführung der Leistungen"

Die Antragstellerin hat insgesamt drei Referenzprojekte benannt. Eines davon war das Projekt XXXX. Als Auftraggeber war der Österreichische Gewerkschaftsbund (ÖGB) genannt. Als Ansprechpartner wurde benannt: Hr. PräsidentXXXX. Als Totalunternehmer wurde benannt: AUCON Immobilien, Lainzer Straße 16/1, 1130 Wien, Hr. Ing. XXXX. In der Kurzbeschreibung des Projektinhaltes wies die Antragstellerin darauf hin, dass ihr Unternehmen bei diesem Projekt mit der begleitenden Kontrolle beauftragt gewesen sei. Das Feld "Bescheinigung der Auftraggeberin bzw. des Auftraggebers über die ordnungsgemäße Ausführung der Leistungen" wurde von der Antragstellerin nicht

ausgefüllt. Die Antragstellerin hat insgesamt drei Referenzprojekte benannt. Eines davon war das Projekt römisch 40. Als Auftraggeber war der Österreichische Gewerkschaftsbund (ÖGB) genannt. Als Ansprechpartner wurde benannt: Hr. Präsident XXXX. Als Totalunternehmer wurde benannt: AUCON Immobilien, Lainzer Straße 16/1, 1130 Wien, Hr. Ing. römisch 40. In der Kurzbeschreibung des Projektinhaltes wies die Antragstellerin darauf hin, dass ihr Unternehmen bei diesem Projekt mit der begleitenden Kontrolle beauftragt gewesen sei. Das Feld "Bescheinigung der Auftraggeberin bzw. des Auftraggebers über die ordnungsgemäße Ausführung der Leistungen" wurde von der Antragstellerin nicht ausgefüllt.

4. Die Antragstellerin legte in ihrem Angebot zum Nachweis der Berufshaftpflichtversicherung eine Polizza der XXXX Versicherungen (Nummer XXXX) mit einer Honorarsumme von € 250.000,00 vor, aus der hervorgeht, dass diese vom 01.12.2008 bis 01.01.2010 abgeschlossen wurde. Die Hauptfälligkeit war mit 01.01. benannt. 4. Die Antragstellerin legte in ihrem Angebot zum Nachweis der Berufshaftpflichtversicherung eine Polizza der römisch 40 Versicherungen (Nummer römisch 40) mit einer Honorarsumme von € 250.000,00 vor, aus der hervorgeht, dass diese vom 01.12.2008 bis 01.01.2010 abgeschlossen wurde. Die Hauptfälligkeit war mit 01.01. benannt.

5. Am 01.04.2014 übermittelte die vergebende Stelle an die Antragstellerin ein Schreiben unter dem Betreff "Aufforderung zur Nachreichung der Eignungsnachweise". Das Schreiben lautete auszugsweise:

In obiger Angelegenheit fordern wir Ihr Unternehmen namens und auftrags unserer Klientin zur Nachreichung nachfolgender Nachweise auf:

letztgültige Rückstandsanzeige des zuständigen Finanzamtes gemäß § 229a BAO
letztgültige Rückstandsanzeige des zuständigen Finanzamtes gemäß Paragraph 229 a, BAO

Nachweis des Abschlusses einer aufrechten Haftpflichtversicherung in der Höhe von € 0,5 Mio.-- bzw. rechtsverbindliche Erklärung, eine solche im Auftragsfall abzuschließen

Unternehmensreferenzen 1, 2: Bescheinigungen des Auftraggebers über die ordnungsgemäße Ausführung der Leistungen

Die Nachweise haben bis spätestens 07.04.2014, 10.00 Uhr (einlangend), einzulangen.

6. Am 07.04.2014 übermittelte die Antragstellerin ein Schreiben.

Dieses lautet auszugsweise:

In der Anlage übermitteln wir gemäß Ihrem Schreiben wie folgt:

Rückstandsanzeige Finanzamt lt. § 229a BAO, Zweitvorlage, wurde bereits mit dem Originalangebot übergeben.

Nachweis der Haftpflichtversicherung mit einer Summe von € 1,5 Mio.

- dazu beigelegt wird auch die letzte Zahlungsbestätigung vom 02.04.2014 zum Nachweis des aufrechten Vertragsverhältnisses. Zweitvorlage, wurde bereits mit dem Originalangebot übergeben.

Nachweis der Referenz 2 XXXX
Nachweis der Referenz 2 römisch 40

Bezüglich des Nachweises der Referenz 1. XXXX legen wir ein Schreiben unseres Auftraggebers bei
Bezüglich des Nachweises der Referenz 1. römisch 40 legen wir ein Schreiben unseres Auftraggebers bei.

Unser seinerzeitiger Auftraggeber beruft sich auf eine wechselseitig abgegebene Verschwiegenheitsverpflichtung, wobei aus unserer Sicht die Projektdaten möglicherweise über das Internet jederzeit einsehbar sind.

Falsch ist in diesem Schreiben auch die Anmerkung "Wahrnehmung PM-Agenden", unser Vertragsverhältnis hat BK- und PM-Agenden beinhaltet.

Hatte inzwischen zum Thema jedoch ein Telefonat mit Präsidenten XXXX, es wurde mir eine Bestätigung seitens der XXXX direkt zugesichert, wir gehen davon aus, diese Bestätigung im Laufe dieser Woche zu erhalten und werden sie dann nachreichen.
Hatte inzwischen zum Thema jedoch ein Telefonat mit Präsidenten römisch 40, es wurde mir eine Bestätigung seitens der XXXX direkt zugesichert, wir gehen davon aus, diese Bestätigung im Laufe dieser Woche zu erhalten und werden sie dann nachreichen.

In diesem Zusammenhang erlauben wir uns den Hinweis, dass Eigenbestätigungen in öffentlichen Verfahren üblich sind (siehe Anlage).

Bei der Berufshaftpflichtversicherung der XXXX Versicherungen handelt es sich um dieselbe Polizze (Nummer XXXX), die bereits mit dem Angebot abgegeben wurde (Gültigkeit 01.02.2008 bis 01.01.2010). Dem Verbesserungsschreiben neu beigelegt wurde ein Auszug der Steiermärkischen Sparkasse. Im Buchungstext scheint auf: XXXX 04.2014, Berufshaftpfl XXXX Versicherung-Aktiengesellschaft. Ferner ist ein Eingangsbetrag von 1070,37 EUR ersichtlich. Der nächste Prämieinzug soll am 01.07.2014 in der Höhe von EUR 1.070,37 erfolgen. Bei der Berufshaftpflichtversicherung der römisch 40 Versicherungen handelt es sich um dieselbe Polizze (Nummer römisch 40), die bereits mit dem Angebot abgegeben wurde (Gültigkeit 01.02.2008 bis 01.01.2010). Dem Verbesserungsschreiben neu beigelegt wurde ein Auszug der Steiermärkischen Sparkasse. Im Buchungstext scheint auf: römisch 40 04.2014, Berufshaftpfl römisch 40 Versicherung-Aktiengesellschaft. Ferner ist ein Eingangsbetrag von 1070,37 EUR ersichtlich. Der nächste Prämieinzug soll am 01.07.2014 in der Höhe von EUR 1.070,37 erfolgen.

7. Am 31.03.2014 übermittelte Ing. XXXX (aucon real estate group) ein E-Mail an die Antragstellerin mit folgendem Text:

Sehr geehrter Herr XXXX, Sehr geehrter Herr römisch 40 ,

in der Anlage die gewünschte Referenzbestätigung hinsichtlich BV

XXXX.römisch 40 .

Die Ausführungen bzgl. BV XXXX widersprechen u.E. den nach wie vor bestehenden Verschwiegenheitsverpflichtungen und können daher so unsererseits nicht bestätigt werden, respektive verweisen wir auf die Einhaltung Ihrer Verschwiegenheitspflicht. Die Wahrnehmung von PM-Agenden bestätigen wir durchaus, wobei ohnehin ein Erfordernis zur Darstellung wirtschaftlicher und rechtlicher Zusammenhänge, darüber hinaus fragmentarisch, an Dritte zu Referenzzwecken nicht nachvollziehbar ist. Die Ausführungen bzgl. BV römisch 40 widersprechen u.E. den nach wie vor bestehenden Verschwiegenheitsverpflichtungen und können daher so unsererseits nicht bestätigt werden, respektive verweisen wir auf die Einhaltung Ihrer Verschwiegenheitspflicht. Die Wahrnehmung von PM-Agenden bestätigen wir durchaus, wobei ohnehin ein Erfordernis zur Darstellung wirtschaftlicher und rechtlicher Zusammenhänge, darüber hinaus fragmentarisch, an Dritte zu Referenzzwecken nicht nachvollziehbar ist.

8. Mit Schreiben vom 11.04.2014 teilte die vergebende Stelle namens und Auftrags der Auftraggeberin mit, dass das Angebot der Antragstellerin gemäß § 129 Abs 1 Z 1, 2 und 7, Abs 2 BVergG 2006 ausgeschieden wird. Dieses lautet auszugsweise: 8. Mit Schreiben vom 11.04.2014 teilte die vergebende Stelle namens und Auftrags der Auftraggeberin mit, dass das Angebot der Antragstellerin gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer eins, 2 und 7, Absatz 2, BVergG 2006 ausgeschieden wird. Dieses lautet auszugsweise:

Finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit

Hinsichtlich der Haftpflichtversicherung ist festzuhalten, dass sich die vorgelegte Polizze auf einen Zeitraum von 1.12.2008 bis 1.1.2010 bezieht. Im nachgereichten Umsatzdetail vom 2.4.2014 wird zwar in der Zahlungsreferenz auf diese Polizze verwiesen, es ist aber aus diesem nicht erkennbar, ob die allenfalls weiterbestehende Haftpflichtversicherung nach wie vor aus der Polizze ersichtlichen Umfang aufreht ist oder sich der Leistungsumfang bzw die Versicherungssumme gegebenenfalls geändert hat. Weiters ist aus dem Umsatzdetail nicht zu ersehen, ob die Buchung unwiderruflich erfolgt ist. Ob eine den Mindestanforderung entsprechenden Haftpflichtversicherung besteht, ist daher aus den vorgelegten Nachweisen nicht erkennbar.

Technische Leistungsfähigkeit

Hinsichtlich der Referenz XXXX wurde eine Bescheinigung des Auftraggebers über die ordnungsgemäße Ausführung der Leistungen trotz Aufforderung nicht fristgerecht nachgereicht. Hinsichtlich der Referenz römisch 40 wurde eine Bescheinigung des Auftraggebers über die ordnungsgemäße Ausführung der Leistungen trotz Aufforderung nicht fristgerecht nachgereicht.

Insbesondere enthält die diesbezüglich vorgelegte E-Mail vom 31.3.2014 nicht die geforderte Bescheinigung und stammt offenkundig auch nicht vom in Beilage./4 angegebenen Auftraggeber.

Mit den weiteren vorgelegten Referenznachweisen werden die Mindestanforderungen an die technische Leistungsfähigkeit gemäß Punkt 2.3.3.1. der Ausschreibungsunterlagen nicht erfüllt.

2. Beweiswürdigung:

Der Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus dem Verfahrensakt bzw. den Stellungnahmen der Parteien. Bei der Beweiswürdigung haben sich gegen die Echtheit und Richtigkeit der vorliegenden Unterlagen des Vergabeverfahrens keine Bedenken ergeben

3. Rechtliche Beurteilung:

Zu A

Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes und Zulässigkeit des Antrages

Gemäß Art 135 Abs 1 B-VG iVm § 2 VwGVG und § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gemäß § 292 Abs 1 BVergG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in den Angelegenheiten des § 291, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung handelt, in Senaten. Gemäß Artikel 135, Absatz eins, B-VG in Verbindung mit Paragraph 2, VwGVG und Paragraph 6, BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gemäß Paragraph 292, Absatz eins, BVergG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in den Angelegenheiten des Paragraph 291, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung handelt, in Senaten.

Auftraggeber im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die Burgenländische Gebietskrankenkasse. Diese ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (siehe etwa BVA 05.11.2012, N/0090-BVA/12/2012-18). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag iSd § 6 BVergG. Der geschätzte Auftragswert liegt entsprechend den Angaben der Auftraggeberin über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 2 BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt. Auftraggeber im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die Burgenländische Gebietskrankenkasse. Diese ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG (siehe etwa BVA 05.11.2012, N/0090-BVA/12/2012-18). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag iSd Paragraph 6, BVergG. Der geschätzte Auftragswert liegt entsprechend den Angaben der Auftraggeberin über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt.

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

Da das Vergabeverfahren weder widerrufen noch ein Zuschlag erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht in concreto gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers zuständig. Da das Vergabeverfahren weder widerrufen noch ein Zuschlag erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht in concreto gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers zuständig.

Der Antrag wurde innerhalb der Anfechtungsfrist gemäß § 321 Abs 1 BVergG eingebracht. Die Pauschalgebühr wurde jedenfalls in entsprechender Höhe entrichtet (§ 318 Abs 1 Z 1 BVergG iVm § 1 BVwG-PauschGebV). Ein Grund für die Unzulässigkeit des Antrages nach § 322 Abs 2 BVergG liegt daher gegenständlich nicht vor. Der Antrag wurde innerhalb der Anfechtungsfrist gemäß Paragraph 321, Absatz eins, BVergG eingebracht. Die Pauschalgebühr wurde jedenfalls in entsprechender Höhe entrichtet (Paragraph 318, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG in Verbindung mit Paragraph eins, BVwG-PauschGebV). Ein Grund für die Unzulässigkeit des Antrages nach Paragraph 322, Absatz 2, BVergG liegt daher gegenständlich nicht vor.

Zu Spruchpunkt I.: Zu Spruchpunkt römisch eins.:

Gemäß § 19 Abs 1 BVergG sind Vergabeverfahren nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen

des freien und lauterer Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen. Gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG sind Vergabeverfahren nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauterer Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

Gemäß § 69 Z 1 BVergG muss im offenen Verfahren die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen. Gemäß Paragraph 69, Ziffer eins, BVergG muss im offenen Verfahren die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen.

§ 75 Abs 2 zweiter Satz BVergG lautet: Ist der Leistungsempfänger ein privater Auftraggeber gewesen, ist der Nachweis über erbrachte Leistungen (Referenzen) in Form einer vom Leistungsempfänger ausgestellten Bescheinigung oder, falls eine derartige Bescheinigung nicht erhältlich ist, durch eine einfache Erklärung des Unternehmers zu erbringen. Paragraph 75, Absatz 2, zweiter Satz BVergG lautet: Ist der Leistungsempfänger ein privater Auftraggeber gewesen, ist der Nachweis über erbrachte Leistungen (Referenzen) in Form einer vom Leistungsempfänger ausgestellten Bescheinigung oder, falls eine derartige Bescheinigung nicht erhältlich ist, durch eine einfache Erklärung des Unternehmers zu erbringen.

§ 126 Abs 1 erster Satz BVergG lautet: Ergeben sich bei der Prüfung der Angebote Unklarheiten über das Angebot, einschließlich etwaiger Varianten-, Alternativ- oder Abänderungsangebote, oder über die geplante Art der Durchführung, oder werden Mängel festgestellt, so ist, sofern die Unklarheiten für die Beurteilung der Angebote von Bedeutung sind, vom Bieter eine verbindliche schriftliche Aufklärung zu verlangen. Paragraph 126, Absatz eins, erster Satz BVergG lautet: Ergeben sich bei der Prüfung der Angebote Unklarheiten über das Angebot, einschließlich etwaiger Varianten-, Alternativ- oder Abänderungsangebote, oder über die geplante Art der Durchführung, oder werden Mängel festgestellt, so ist, sofern die Unklarheiten für die Beurteilung der Angebote von Bedeutung sind, vom Bieter eine verbindliche schriftliche Aufklärung zu verlangen.

Gemäß § 129 Abs 1 BVergG hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung aufgrund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschneiden: Gemäß Paragraph 129, Absatz eins, BVergG hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung aufgrund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschneiden:

Z 2: Angebote von Bietern, deren Befugnis, finanzielle, wirtschaftliche oder technische Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit nicht gegeben ist; Ziffer 2 ; Angebote von Bietern, deren Befugnis, finanzielle, wirtschaftliche oder technische Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit nicht gegeben ist;

Z 7: den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Teil-, Alternativ- und Abänderungsangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, nicht gleichwertig Alternativ- oder Abänderungsangebote und Alternativangebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen, sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind. Ziffer 7 ; den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Teil-, Alternativ- und Abänderungsangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, nicht gleichwertig Alternativ- oder Abänderungsangebote und Alternativangebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen, sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind.

Gemäß § 129 Abs 2 BVergG kann der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung Angebote von Bietern ausschneiden, die es unterlassen haben, innerhalb der ihnen gestellte Frist die verlangten Aufklärungen zu geben oder deren Aufklärung einer nachvollziehbaren Begründung entbehrt. Gemäß Paragraph 129, Absatz 2, BVergG kann der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung Angebote von Bietern ausschneiden, die es unterlassen haben, innerhalb der ihnen gestellte Frist die verlangten Aufklärungen zu geben oder deren Aufklärung einer nachvollziehbaren Begründung entbehrt.

Die Auftraggeberin beruft sich bei ihrer Ausscheidungsentscheidung vom 11.04.2014 auf insgesamt vier Tatbestände. Die Antragstellerin bestreitet, dass ihr Angebot aus den seitens der Auftraggeberin angegeben Gründen auszuschneiden wäre. Zu prüfen ist daher, ob die Ausscheidungsentscheidung der Auftraggeberin rechtmäßig erfolgt ist.

Zunächst ist festzuhalten, dass die gegenständliche Ausschreibung nicht angefochten wurde und sohin Bestandskraft erlangt hat und folgedessen nach ständiger Rechtsprechung selbst dann unveränderliche Grundlage für die Prüfung und Bewertung der Angebote ist, wenn deren Bestimmungen unzweckmäßig oder gar vergaberechtswidrig sein sollten (siehe VwGH vom 7. November 2005, 2003/04/0135; dem folgend ua BVA vom 16. April 2008, N/0029-BVA/09/2008-27 = ZVB 2008, 209 [Hackl]). Sowohl der Auftraggeber als auch die Bieter sind an die in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen gebunden. Ein nachträgliches Abgehen von den Bestimmungen der Ausschreibung ist im Sinne der Gleichbehandlung aller Bieter nicht mehr möglich (vgl EuGH vom 25. April 1996, Rs C-87/94, Wallonische Busse, RN 89). Bei der Erstellung der Angebote sind die Bieter auch im Verhandlungsverfahren an die Ausschreibung gebunden und dürfen davon nicht abweichen (BVA vom 16. August 2012, N/0070-BVA/10/2012-39 mwN; BVA vom 14. Dezember 2012, N/0102-BVA/09/2012-46). Umso mehr gilt dies aber - wie gegenständlich - für das offene Verfahren, wonach gemäß § 101 Abs 4 BVergG während eines offenen Verfahrens mit den Bietern über eine Angebotsänderung nicht verhandelt werden darf (Verhandlungsverbot!). Auch ist auf § 106 Abs 1 BVergG hinzuweisen, wonach sich der Bieter hat bei offenen oder nicht offenen Verfahren bei der Erstellung des Angebotes an die Ausschreibungsunterlagen zu halten hat. Der vorgeschriebene Text der Ausschreibungsunterlagen darf weder geändert noch ergänzt werden. (siehe dazu bereits BVA 26.9.2009 N/0056-BVA/13/2009-24). Der Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter verlangt, dass alle Angebote den Vorschriften der Ausschreibungsunterlagen zu entsprechen haben, um einen objektiven Vergleich der Angebote zu ermöglichen (EuGH vom 22. Juni 1993, Rs C-243/89, Kommission/Dänemark). Alle Bieter müssen darauf vertrauen können, dass der Auftraggeber seine eigenen Ausschreibungsbedingungen einhält (ua BVA vom 25. November 2009, N/0110-BVA/09/2009-28; Latzenhofer in Gast (Hrsg.), BVergG-Leitsatzkommentar, E 53 zu § 321). Das bedeutet in weiterer Folge auch, dass es dem Bundesverwaltungsgericht verwehrt ist, derart bestandskräftige Entscheidungen im Zuge der Anfechtung späterer Auftraggeberentscheidungen inzident in Prüfung zu ziehen (siehe grundlegend VwGH vom 15. September 2004, 2004/04/0054; VwGH vom 7. September 2009, 2007/04/0090; VwGH vom 27. Juni 2007, 2005/04/0234; VwGH vom 7. November 2005, 2003/04/0135; für viele ua BVA vom 8. Februar 2008, N/0008-BVA/06/2008-29, mwN). Zunächst ist festzuhalten, dass die gegenständliche Ausschreibung nicht angefochten wurde und sohin Bestandskraft erlangt hat und folgedessen nach ständiger Rechtsprechung selbst dann unveränderliche Grundlage für die Prüfung und Bewertung der Angebote ist, wenn deren Bestimmungen unzweckmäßig oder gar vergaberechtswidrig sein sollten (siehe VwGH vom 7. November 2005, 2003/04/0135; dem folgend ua BVA vom 16. April 2008, N/0029-BVA/09/2008-27 = ZVB 2008, 209 [Hackl]). Sowohl der Auftraggeber als auch die Bieter sind an die in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen gebunden. Ein nachträgliches Abgehen von den Bestimmungen der Ausschreibung ist im Sinne der Gleichbehandlung aller Bieter nicht mehr möglich (siehe EuGH vom 25. April 1996, Rs C-87/94, Wallonische Busse, RN 89). Bei der Erstellung der Angebote sind die Bieter auch im Verhandlungsverfahren an die Ausschreibung gebunden und dürfen davon nicht abweichen (BVA vom 16. August 2012, N/0070-BVA/10/2012-39 mwN; BVA vom 14. Dezember 2012, N/0102-BVA/09/2012-46). Umso mehr gilt dies aber - wie gegenständlich - für das offene Verfahren, wonach gemäß Paragraph 101, Absatz 4, BVergG während eines offenen Verfahrens mit den Bietern über eine Angebotsänderung nicht verhandelt werden darf (Verhandlungsverbot!). Auch ist auf Paragraph 106, Absatz eins, BVergG hinzuweisen, wonach sich der Bieter hat bei offenen oder nicht offenen Verfahren bei der Erstellung des Angebotes an die Ausschreibungsunterlagen zu halten hat. Der vorgeschriebene Text der Ausschreibungsunterlagen darf weder geändert noch ergänzt werden. (siehe dazu bereits BVA 26.9.2009 N/0056-BVA/13/2009-24). Der Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter verlangt, dass alle Angebote den Vorschriften der Ausschreibungsunterlagen zu entsprechen haben, um einen objektiven Vergleich der Angebote zu ermöglichen (EuGH vom 22. Juni 1993, Rs C-243/89, Kommission/Dänemark). Alle Bieter müssen darauf vertrauen können, dass der Auftraggeber seine eigenen Ausschreibungsbedingungen einhält (ua BVA vom 25. November 2009, N/0110-BVA/09/2009-28; Latzenhofer in Gast (Hrsg.), BVergG-Leitsatzkommentar, E 53 zu Paragraph 321.). Das bedeutet in weiterer Folge auch, dass es dem Bundesverwaltungsgericht verwehrt ist, derart bestandskräftige Entscheidungen im Zuge der Anfechtung späterer Auftraggeberentscheidungen inzident in Prüfung zu ziehen (siehe grundlegend VwGH vom 15. September 2004, 2004/04/0054; VwGH vom 7. September 2009, 2007/04/0090; VwGH vom 27. Juni 2007, 2005/04/0234; VwGH vom 7. November 2005, 2003/04/0135; für viele ua BVA vom 8. Februar 2008, N/0008-BVA/06/2008-29, mwN).

Die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen hat nach ständiger Rechtsprechung und dem einschlägigen Schrifttum auch im Vergaberecht nach den Regeln der §§ 914f ABGB zu erfolgen (siehe ua BVA vom 18. Jänner 2008, N/0118-BVA/04/2007-36; BVA vom 11. Jänner 2008, N/0112-BVA/14/2007-20; BVA vom 28. Juni 2007, N/0057-BVA/11/2007-25;

Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus der Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind danach zu beurteilen, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgeblich (siehe VwGH vom 19. November 2008, 2007/04/0018 und 2007/04/0019; VwGH vom 29. März 2006, 2004/04/0144, 0156, 0157; ebenso ua BVA vom 2. Mai 2011, N/0021-BVA/10/2011-33 mwN; BVA vom 11. Jänner 2008, N/0112-BVA/14/2007-20; idS etwa auch EuG v 10.12.2009 Rs T-195/08, Antwerpse Bouwwerke NV gegen EK, Rz 51 mwN der Rspr: "Eine im Lastenheft vorgesehene Bedingung ist nach Maßgabe ihres Zwecks, ihrer Systematik und ihres Wortlauts auszulegen."). Die Bedeutung der Ausschreibung richtet sich weder nach den Motiven des Auftraggebers noch danach, wie dies der Erklärungsempfänger (Bieter) subjektiv verstanden hat, sondern allein danach, wie der Text der Ausschreibung unter Berücksichtigung aller Umstände objektiv verstanden werden musste (BVA vom 4. Juni 2012, N/0045-BVA/07/2012-23 unter Verweis auf VwGH 16. Februar 2005, 2004/04/0030 sowie Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 2 Z 3 Rz 8 zur insoweit vergleichbaren Situation der Interpretation des Angebotes). Ebenso ist für die Interpretation von Willenserklärungen der Bieter und damit für das Angebot der Antragstellerin der objektive Erklärungswert maßgeblich (VwGH vom 21. November 2011, 2006/04/0024; vom 25. Jänner 2011, 2006/04/0200; BVA vom 14. Juni 2012, N/0048-BVA/03/2012-23 ua) Die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen hat nach ständiger Rechtsprechung und dem einschlägigen Schrifttum auch im Vergaberecht nach den Regeln der Paragraphen 914 f, ABGB zu erfolgen (siehe ua BVA vom 18. Jänner 2008, N/0118-BVA/04/2007-36; BVA vom 11. Jänner 2008, N/0112-BVA/14/2007-20; BVA vom 28. Juni 2007, N/0057-BVA/11/2007-25; Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus der Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind danach zu beurteilen, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgeblich (siehe VwGH vom 19. November 2008, 2007/04/0018 und 2007/04/0019; VwGH vom 29. März 2006, 2004/04/0144, 0156, 0157; ebenso ua BVA vom 2. Mai 2011, N/0021-BVA/10/2011-33 mwN; BVA vom 11. Jänner 2008, N/0112-BVA/14/2007-20; idS etwa auch EuG v 10.12.2009 Rs T-195/08, Antwerpse Bouwwerke NV gegen EK, Rz 51 mwN der Rspr: "Eine im Lastenheft vorgesehene Bedingung ist nach Maßgabe ihres Zwecks, ihrer Systematik und ihres Wortlauts auszulegen."). Die Bedeutung der Ausschreibung richtet sich weder nach den Motiven des Auftraggebers noch danach, wie dies der Erklärungsempfänger (Bieter) subjektiv verstanden hat, sondern allein danach, wie der Text der Ausschreibung unter Berücksichtigung aller Umstände objektiv verstanden werden musste (BVA vom 4. Juni 2012, N/0045-BVA/07/2012-23 unter Verweis auf VwGH 16. Februar 2005, 2004/04/0030 sowie Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 2, Ziffer 3, Rz 8 zur insoweit vergleichbaren Situation der Interpretation des Angebotes). Ebenso ist für die Interpretation von Willenserklärungen der Bieter und damit für das Angebot der Antragstellerin der objektive Erklärungswert maßgeblich (VwGH vom 21. November 2011, 2006/04/0024; vom 25. Jänner 2011, 2006/04/0200; BVA vom 14. Juni 2012, N/0048-BVA/03/2012-23 ua).

Zum Ausscheidenstatbestand betreffend finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit:

Zum Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit hat die Auftraggeberin unter anderem den Nachweis des Abschlusses einer Haftpflichtversicherung in der Höhe von € 0,5 Mio. bzw. eine rechtsverbindliche Erklärung, eine solche im Auftragsfall abzuschließen, verlangt (vgl. Punkt 2.3.2. der Allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen). Die Antragstellerin legte ihrem Angebot zwar die Polizze einer Berufshaftpflichtversicherung bei. Aus dieser war jedoch lediglich ersichtlich, dass diese vom 01.01.2008 bis 01.01.2010 abgeschlossen worden war. Eine rechtsverbindliche Erklärung - wie in Punkt 2.3.2. der Allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen gefordert - hat die Antragstellerin dem Angebot nicht beigelegt. Zum Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit hat die Auftraggeberin unter anderem den Nachweis des Abschlusses einer Haftpflichtversicherung in der Höhe von € 0,5 Mio. bzw. eine rechtsverbindliche Erklärung, eine

solche im Auftragsfall abzuschließen, verlangt vergleiche Punkt 2.3.2. der Allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen). Die Antragstellerin legte ihrem Angebot zwar die Polizze einer Berufshaftpflichtversicherung bei. Aus dieser war jedoch lediglich ersichtlich, dass diese vom 01.01.2008 bis 01.01.2010 abgeschlossen worden war. Eine rechtsverbindliche Erklärung - wie in Punkt 2.3.2. der Allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen gefordert - hat die Antragstellerin dem Angebot nicht beigelegt.

Aus diesem Grunde erging der Mängelbehebungsauftrag der Auftraggeberin vom 01.04.2014 mit der Aufforderung an die Antragstellerin, den Nachweis des Abschlusses einer aufrechten Haftpflichtversicherung in der Höhe von € 0,5 Mio. bzw. rechtsverbindlich zu erklären, eine solche im Auftragsfall abzuschließen, nachzureichen. Mit Schreiben vom 07.04.2014 legte die Antragstellerin die erste Seite der (bereits vorgelegten) Berufshaftpflichtversicherung der XXXX Versicherungen vor. Neu hinzugelegt wurde eine Seite eines Ausdruckes der Steiermärkischen Sparkasse. Aus diesem Grunde erging der Mängelbehebungsauftrag der Auftraggeberin vom 01.04.2014 mit der Aufforderung an die Antragstellerin, den Nachweis des Abschlusses einer aufrechten Haftpflichtversicherung in der Höhe von € 0,5 Mio. bzw. rechtsverbindlich zu erklären, eine solche im Auftragsfall abzuschließen, nachzureichen. Mit Schreiben vom 07.04.2014 legte die Antragstellerin die erste Seite der (bereits vorgelegten) Berufshaftpflichtversicherung der römisch 40 Versicherungen vor. Neu hinzugelegt wurde eine Seite eines Ausdruckes der Steiermärkischen Sparkasse.

Der Auszug der Steiermärkischen Sparkasse (mit Datum 02.04.2014) ist nicht geeignet, dem Verbesserungsschreiben der Auftraggeberin nachzukommen. Wie die Auftraggeberin in der Begründung ihrer Ausscheidungsentscheidung richtigerweise darauf hinweist, geht daraus nicht hervor, ob die allenfalls bestehende Haftpflichtversicherung nach wie vor im aus der Polizze ersichtlichen Umfang aufrecht ist oder sich der Leistungsumfang bzw. die Versicherungssumme gegebenenfalls geändert hat. Entgegen der Behauptung der Antragstellerin in ihrer Stellungnahme vom 29.04.2014 ergibt sich somit nicht für "jedermann schlüssig", dass eine aufrechte Haftpflichtversicherung im erforderlichen Ausmaß (nach wie vor) besteht.

Soweit die Antragstellerin vermeint, dass in der Ausschreibung nicht gefordert gewesen sei, eine "aufrechte" Haftpflichtversicherung vorzuweisen und daher kein Eignungskriterium sein könne, verkennt sie Wortlaut und Intention der bestandskräftigen Bestimmungen in Punkt 2.3.2. Schon allein aufgrund der Tatsache, dass Punkt 2.3.2. im Rahmen des Punktes "Eignungskriterien" geregelt worden ist, ergibt sich für jedermann evident, dass die Auftraggeberin mit dieser Bestimmung (offenkundig) ein Eignungskriterium festgelegt hat. Da aber gemäß § 69 Z 1 BVergG die Eignung im offenen Verfahren spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen muss, musste der Nachweis einer solchen bzw. die rechtsverbindlichen Erklärung, eine Berufshaftpflichtversicherung im Auftragsfall abzuschließen, spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen und kann demnach nicht "auch erst lange nach Angebotsöffnung im Zuschlagsfall" abgeschlossen werden. Wenngleich die Auftraggeberin in Punkt 2.3.2. nicht explizit die (später im Mängelbehebungsschreiben vom 01.04.2014) gewählte Formulierung "aufrechte" Haftpflichtversicherung verwendet hat, musste der Antragstellerin klar sein, dass die Auftraggeberin nur eine im Zeitpunkt der Angebotsöffnung bestehende Haftpflichtversicherung, sohin keine "veraltete", geregelt haben wollte. Andernfalls wäre die Bestimmung in Punkt 2.3.2. sinnentleert. Abgesehen davon, war die Aufforderung im Verbesserungsschreiben der Auftraggeberin klar und eindeutig. Soweit die Antragstellerin vermeint, dass in der Ausschreibung nicht gefordert gewesen sei, eine "aufrechte" Haftpflichtversicherung vorzuweisen und daher kein Eignungskriterium sein könne, verkennt sie Wortlaut und Intention der bestandskräftigen Bestimmungen in Punkt 2.3.2. Schon allein aufgrund der Tatsache, dass Punkt 2.3.2. im Rahmen des Punktes "Eignungskriterien" geregelt worden ist, ergibt sich für jedermann evident, dass die Auftraggeberin mit dieser Bestimmung (offenkundig) ein Eignungskriterium festgelegt hat. Da aber gemäß Paragraph 69, Ziffer eins, BVergG die Eignung im offenen Verfahren spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen muss, musste der Nachweis einer solchen bzw. die rechtsverbindlichen Erklärung, eine Berufshaftpflichtversicherung im Auftragsfall abzuschließen, spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen und kann demnach nicht "auch erst lange nach Angebotsöffnung im Zuschlagsfall" abgeschlossen werden. Wenngleich die Auftraggeberin in Punkt 2.3.2. nicht explizit die (später im Mängelbehebungsschreiben vom 01.04.2014) gewählte Formulierung "aufrechte" Haftpflichtversicherung verwendet hat, musste der Antragstellerin klar sein, dass die Auftraggeberin nur eine im Zeitpunkt der Angebotsöffnung bestehende Haftpflichtversicherung, sohin keine "veraltete", geregelt haben wollte. Andernfalls wäre die Bestimmung in Punkt 2.3.2. sinnentleert. Abgesehen davon, war die Aufforderung im Verbesserungsschreiben der Auftraggeberin klar und eindeutig.

Die Antragstellerin hätte (möglicherweise) erst dann dem Mängelbehebungsauftrag der Auftraggeberin entsprochen, wenn sie entsprechende Dokumente geliefert hätte, aus denen transparent hervorgegangen wäre, dass die vorgelegte Berufshaftpflichtversicherung nach wie vor aufrecht ist. Sie hätte etwa die letztgültige Polizze mit der entsprechenden Versicherungssumme bzw. die jeweils einzuzahlenden Teilbeträge vorlegen müssen. Allein aufgrund eines einzigen Ausdrucks der Steiermärkischen Sparkasse, aus denen entsprechende Details nicht hervorgehen, wurde es der Auftraggeberin aber verunmöglicht, die Voraussetzungen für die finanzielle und wirtschaftliche Eignung hinsichtlich dieses Punktes abschließend zu prüfen.

Der Antragstellerin wurde die Möglichkeit eingeräumt, den vorhandenen Mangel im Angebot bis zum 07.04.2014 zu beheben. Es ist nun aber nicht mehr Aufgabe der Auftraggeberin - sofern sich aus der Aufforderung klar und eindeutig ergibt, was der jeweilige Bieter nachzubringen bzw. zu verbessern hat - die verlangten Aufklärungsschritte anstelle des jeweiligen Bieters zu setzen. Einer nochmaligen Verbesserung der Auftraggeberin steht zudem die ständige Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes entgegen, wonach einem Bieter - aufgrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes des § 19 Abs 1 BVG - nur eine einmalige Möglichkeit zur Mängelbehebung einzuräumen ist (siehe dazu Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 129 Rz 150 sowie Koller in Gast [Hrsg.], BVergG-Leitsatzkommentar, E 38. zu § 126). Die Ausscheidungsentscheidung der Auftraggeberin erfolgte daher in diesem Punkt zu Recht. Der Antragstellerin wurde die Möglichkeit eingeräumt, den vorhandenen Mangel im Angebot bis zum 07.04.2014 zu beheben. Es ist nun aber nicht mehr Aufgabe der Auftraggeberin - sofern sich aus der Aufforderung klar und eindeutig ergibt, was der jeweilige Bieter nachzubringen bzw. zu verbessern hat - die verlangten Aufklärungsschritte anstelle des jeweiligen Bieters zu setzen. Einer nochmaligen Verbesserung der Auftraggeberin steht zudem die ständige Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes entgegen, wonach einem Bieter - aufgrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes des Paragraph 19, Absatz eins, BVG - nur eine einmalige Möglichkeit zur Mängelbehebung einzuräumen ist (siehe dazu Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 129, Rz 150 sowie Koller in Gast [Hrsg.], BVergG-Leitsatzkommentar, E 38. zu Paragraph 126.). Die Ausscheidungsentscheidung der Auftraggeberin erfolgte daher in diesem Punkt zu Recht.

Zum Ausscheidenstatbestand betreffend technische Leistungsfähigkeit

Im Formular Beilage./4 (Referenzprojekt) ist bestandskräftig festgelegt, dass der Auftraggeber des Referenzprojektes die ordnungsgemäße Ausführung der Leistung zu bescheinigen hat. Beim von der Antragstellerin vorgelegten Referenzprojekt XXXX (Durchführung der begleitenden Kontrolle), fehlte eine solche evidenter Maßen. Mit Schreiben vom 07.04.2014 legte die Antragstellerin zwar ein E-Mail eines der Ansprechpartner dieses Projektes bei. In diesem wurde jedoch ausdrücklich nicht die Bestätigung geliefert, dass die Antragstellerin die begleitende Kontrolle ausgeführt hat. Dagegen wurde lediglich bestätigt, dass die Antragstellerin PM-Agenden wahrgenommen hat. Entgegen der Zusage der Antragstellerin vom 07.04.2014 wonach die Antragstellerin "im Laufe dieser Woche" die Bestätigung vom tatsächlichen Auftraggeber (ÖGB) erhalten werde, wurde bis dato keine Bestätigung vorgelegt. Im Formular Beilage./4 (Referenzprojekt) ist bestandskräftig festgelegt, dass der Auftraggeber des Referenzprojektes die ordnungsgemäße Ausführung der Leistung zu bescheinigen hat. Beim von der Antragstellerin vorgelegten Referenzprojekt römisch 40 (Durchführung der begleitenden Kontrolle), fehlte eine solche evidenter Maßen. Mit Schreiben vom 07.04.2014 legte die Antragstellerin zwar ein E-Mail eines der Ansprechpartner dieses Projektes bei. In diesem wurde jedoch ausdrücklich nicht die Bestätigung geliefert, dass die Antragstellerin die begleitende Kontrolle ausgeführt hat. Dagegen wurde lediglich bestätigt, dass die Antragstellerin PM-Agenden wahrgenommen hat. Entgegen der Zusage der Antragstellerin vom 07.04.2014 wonach die Antragstellerin "im Laufe dieser Woche" die Bestätigung vom tatsächlichen Auftraggeber (ÖGB) erhalten werde, wurde bis dato keine Bestätigung vorgelegt.

Der Ausnahmetatbestand des § 75 Abs 2 zweiter Satz BVergG kann gegenständlich schon deshalb nicht schlagend werden, da im vorliegenden Fall die Antragstellerin selbst darauf hingewiesen hat, dass - laut Telefonat der Antragstellerin mit ÖGB-Präsident XXXX - der Auftraggeber eine Bestätigung zu diesem Projekt direkt zugesichert worden sei. § 75 Abs 2 zweiter Satz BVergG kommt aber erst dann in Betracht, wenn eine derartige Bescheinigung des Auftraggebers nicht erhältlich ist. Nach den Materialien sind Bescheinigungen zB dann "nicht erhältlich", wenn der Leistungsempfänger aus welchem Grund auch immer nicht zur Ausstellung der Bescheinigung oder Abgabe der Erklärung bereit ist (EBRV 1171 BlgNr XXII. GP 65). Diese Formulierung deckt daher auch den Fall des nicht rechtzeitigen Erhalts ab, da der Wortlaut des § 75 Abs 2 BVergG diesbezüglich nicht differenziert und die Erläuternden Bemerkungen sich einer demonstrativen Formulierung ("zB") bedienen. Eine Erklärung, warum die (angeblich) direkt zugesicherte

Bescheinigung des Auftraggebers ÖGB bis dato nicht vorgelegt worden ist, blieb die Antragstellerin schuldig. Aber auch durch das Schreiben der aucon real estate group vom 31.03.2014 tritt zutage, dass der seitens der Antragstellerin benannte Ansprechpartner das Projekt XXXX insofern bescheinigt hat, dass lediglich die Wahrnehmung von PM-Agenden, nicht jedoch die Durchführung der begleitende Kontrolle bestätigt werden konnte. Der Ausnahmetatbestand des Paragraph 75, Absatz 2, zweiter Satz BVergG kann gegenständlich schon deshalb nicht schlagend werden, da im vorliegenden Fall die Antragstellerin selbst darauf hingewiesen hat, dass - laut Telefonat der Antragstellerin mit ÖGB-Präsident römisch 40 - der Antragstellerin eine Bestätigung zu diesem Projekt direkt zugesichert worden sei. Paragraph 75, Absatz 2, zweiter Satz BVergG kommt aber erst dann in Betracht, wenn eine derartige Bescheinigung des Auftraggebers nicht erhältlich ist. Nach den Materialien sind Bescheinigungen zB dann "nicht erhältlich", wenn der Leistungsempfänger aus welchem Grund auch immer nicht zur Ausstellung der Bescheinigung oder Abgabe der Erklärung bereit ist (EBRV 1171 BgNr römisch 22 . Gesetzgebungsperiode 65). Diese Formulierung deckt daher auch den Fall des nicht rechtzeitigen Erhalts ab, da der Wortlaut des Paragraph 75, Absatz 2, BVergG diesbezüglich nicht differenziert und die Erläuternden Bemerkungen sich einer demonstrativen Formulierung ("zB") bedienen. Eine Erklärung, warum die (angeblich) direkt zugesicherte Bescheinigung des Auftraggebers ÖGB bis dato nicht vorgelegt worden ist, blieb die Antragstellerin schuldig. Aber auch durch das Schreiben der aucon real estate group vom 31.03.2014 tritt zutage, dass der seitens der Antragstellerin benannte Ansprechpartner das Projekt römisch 40 insofern bescheinigt hat, dass lediglich die Wahrnehmung von PM-Agenden, nicht jedoch die Durchführung der begleitende Kontrolle bestätigt werden konnte.

Verlangt aber der Auftraggeber zum Nachweis eines Referenzprojektes eine Bestätigung des Auftraggebers beizubringen und ist es dem Bieter möglich, diese zu erhalten, genügt eine vom Bieter selbst ausgestellte Bestätigung nicht (Hörmandinger in Gast, BVergG-Leitsatzkommentar, E 21. zu § 75). Auf Verlangen des Auftraggebers ist der Nachweis über erbrachte Leistungen durch einen privaten Auftraggeber zu bestätigen. Nur wenn eine derartige Bestätigung durch den Bieter tatsächlich und trotz Bemühens nicht erlangt werden kann, ist auch eine Selbstdeklaration ausreichend (Hörmandinger in Gast, BVergG-Leitsatzkommentar, E 22. zu § 75). Verlangt aber der Auftraggeber zum Nachweis eines Referenzprojektes eine Bestätigung des Auftraggebers beizubringen und ist es dem Bieter möglich, diese zu erhalten, genügt eine vom Bieter selbst ausgestellte Bestätigung nicht (Hörmandinger in Gast, BVergG-Leitsatzkommentar, E 21. zu Paragraph 75.). Auf Verlangen des Auftraggebers ist der Nachweis über erbrachte Leistungen durch einen privaten Auftraggeber zu bestätigen. Nur wenn eine derartige Bestätigung durch den Bieter tatsächlich und trotz Bemühens nicht erlangt werden kann, ist auch eine Selbstdeklaration ausreichend (Hörmandinger in Gast, BVergG-Leitsatzkommentar, E 22. zu Paragraph 75.).

Gemäß Punkt 2.3.3.1. der Allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen gilt eine Referenz dann als gleichwertig, wenn es sich um eine begleitende Kontrolle, eine örtliche Bauaufsicht oder eine technisch-geschäftliche Oberleitung bei einem Hochbau handelt. Die Bescheinigung der aucon real estate group bezieht sich bezüglich des Projektes XXXX explizit nicht auf die Ausführung der begleitenden Kontrolle. Daraus folgt aber, dass dieses Projekt bei der Beurteilung der Antragstellerin zum Nachweis ihrer technischen Leistungsfähigkeit nicht gewertet werden darf. Somit verbleiben nur noch zwei (gültige) Referenzprojekte der Antragstellerin. Da gemäß Punkt 2.3.3.1. aber drei gleichwertige Unternehmensreferenzen mit Bauwerkskosten von mindestens € 4 Mio. gefordert waren, hat die Antragstellerin den Eignungsnachweis hinsichtlich dieser Bestimmung nicht erbracht. Auch aus diesem Grunde erfolgte daher die Ausscheidung der Antragstellerin zu Recht.

Gemäß § 316 Abs 1 Z 3 BVergG kann - soweit dem weder Art. 6 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, BGBl. Nr. 210/1958, noch Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. Nr. C 83 vom 30.03.2010 S. 389, entgegenstehen - die Verhandlung ungeachtet eines Parteiantrages entfallen, wenn bereits auf Grund der Aktenlage feststeht, dass dem verfahrenseinleitenden Antrag stattzugeben oder dass er abzuweisen ist. Gemäß Paragraph 316, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG kann - soweit dem weder Artikel 6, der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Bundesgesetzblatt Nr. 210 aus 1958,, noch Artikel 47, der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. Nr. C 83 vom 30.03.2010 S. 389, entgegenstehen - die Verhandlung ungeachtet eines Parteiantrages entfallen, wenn bereits auf Grund der Aktenlage feststeht, dass dem verfahrenseinleitenden Antrag stattzugeben oder dass er abzuweisen ist.

Die Voraussetzungen für den Entfall einer mündlichen Verhandlung liegen im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren vor. Sämtliche entscheidungsrelevanten Unterlagen ergaben sich aus den Schriftsätzen der

Parteien sowie dem vorgelegten Vergabeakt. Das Parteiengehör gemäß § 45 Abs 3 AVG zugunsten der Antragstellerin wurde durch Übermittlung der Schriftsätze der Auftraggeberin in Verbindung mit der Möglichkeit zur Abgabe einer diesbezüglichen Stellungnahme jedenfalls ausreichend gewahrt (vgl. die jeweiligen OZ's im Nachprüfungsakt). Abgesehen davon, handelt es sich bei der Beurteilung der Frage, ob das Angebot der Antragstellerin zu Recht ausgeschieden wurde, letztlich um die Klärung von Rechtsfragen. Ergänzende Ermittlungen waren diesbezüglich nicht mehr notwendig. Die Voraussetzungen für den Entfall einer mündlichen Verhandlung liegen im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren vor. Sämtliche entscheidungsrelevanten Unterlagen ergaben sich aus den Schriftsätzen der Parteien sowie dem vorgelegten Vergabeakt. Das Parteiengehör gemäß Paragraph 45, Absatz 3, AVG zugunsten der Antragstellerin wurde durch Übermittlung der Schriftsätze der Auftraggeberin in Verbindung mit der Möglichkeit zur Abgabe einer diesbezüglichen Stellungnahme jedenfalls ausreichend gewahrt vergleiche die jeweiligen OZ's im Nachprüfungsakt). Abgesehen davon, handelt es sich bei der Beurteilung der Frage, ob das Angebot der Antragstellerin zu Recht ausgeschieden wurde, letztlich um die Klärung von Rechtsfragen. Ergänzende Ermittlungen waren diesbezüglich nicht mehr notwendig.

Zu Spruchpunkt II.: Zu Spruchpunkt römisch zwei.:

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

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

1. dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und
2. dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde.

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

Die Antragstellerin hat die Pauschalgebühren in der Höhe von gesamt EUR 3.078,-- für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und den Nachprüfungsantrag tatsächlich bezahlt.

Da aber dem Hauptantrag nicht stattgegeben wurde, besteht weder ein Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag noch für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

Zu B Zur Unzulässigkeit der Revision:

Gemäß § 25a Abs 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art. 133 Abs 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen. Gemäß Paragraph 25 a, Absatz eins, VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl zum Ausscheiden ua VwGH 21.3.2011, 2008/04/0083; VwGH 3.9.2008, 2008/04/0084; zum Zeitpunkt des Vorliegens der Eignung: ua. VwGH 11.11.2009, 2009/04/0203; Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes vergleiche zum Ausscheiden ua VwGH 21.3.2011, 2008/04/0083; VwGH 3.9.2008, 2008/04/0084; zum Zeitpunkt des Vorliegens der Eignung: ua. VwGH 11.11.2009, 2009/04/0203;

12.5.2011, 2008/04/0087; zur Interpretation der Ausschreibung und der Willenserklärungen der Bieter: ua VwGH 22.11.2011, 2006/04/0024;

zur Bestandskraft von Auftraggeberentscheidungen: ua VwGH 7.11.2005, 2003/04/0135; zur Nichterfüllung von Mindestanforderungen: VwGH 3.9.2008, 2008/04/0084) ab; noch fehlt es an einer Rechtsprechung;

weilers ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Schlagworte

Angebotsänderung, Angebotsöffnung, Auslegung der Ausschreibung, Ausscheiden eines Angebotes, Ausscheiden von Angeboten, Ausscheidensentscheidung, Ausscheidung, Dienstleistungsauftrag, Diskriminierungsverbot, Eignung, finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, Gleichbehandlung, Gleichwertigkeit, Grundsatz der Gleichbehandlung, Leistungsfähigkeit, Mängelbehebung, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, Nichtigerklärung, objektiver Erklärungswert, objektiver Maßstab, öffentlicher Auftraggeber, Pauschalgebühren, Pauschalgebührenersatz, Selbstdeklaration, technische Leistungsfähigkeit, Verbesserung der Wettbewerbsstellung, Vergabeverfahren, Vergleichbarkeit der Angebote, Wettbewerb, Wettbewerbsrelevanz, wirtschaftliche Leistungsfähigkeit

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2014:W123.2007137.1.01

Zuletzt aktualisiert am

13.08.2014

Quelle: Bundesverwaltungsgericht BVwg, <https://www.bvwg.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at