OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: +43 732 7075-18004
Fax: +43 732 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / www.lvwg-ooe.gv.at

Geschäftszeichen:
LVwG-840158/9/KL/CG

Datum:
Linz, 17. September 2018

# IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Klempt über den Antrag der E E GmbH, x, x, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. F B, x, vom 30. Juli 2018 im Vergabeverfahren der L S N GmbH, nunmehr L N GmbH, betreffend das Vorhaben „Lieferung, Montage, Prüfung und Inbetriebnahme von Innenraumschaltanlagen für den Erstausbau des U N mit Erweiterungsoptionen“ nach öffentlicher mündlicher Verhandlung am 6. September 2018

zu Recht:

I. Der Antrag vom 30. Juli 2018 auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung der Auftraggeberin L N GmbH vom 18. Juli 2018 wird als unbegründet abgewiesen.

II. Der Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren wird als unbegründet abgewiesen.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. 1. Mit Eingabe vom 30.7.2018 hat die E E GmbH (im Folgenden: Antragstellerin) einen Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung sowie auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, der Auftraggeberin die Zuschlagserteilung bis zur Entscheidung im Nachprüfungsverfahren zu untersagen, gestellt. Im Übrigen wurde die Zuerkennung der entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von 3.000 Euro beantragt.

Begründend führte die Antragstellerin eingangs hiezu aus, dass die Auftraggeberin kurz vor dem 4.12.2017 über das Beschaffungsportal der Auftraggeberin „Teilnahmeunterlagen" über ein Verhandlungsverfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb über die Lieferung, Montage, Prüfung und Inbetriebnahme von Innenraumschaltanlagen für den Erstausbau des U N mit Erweiterungsoptionen zur Nummer VA-Nr. 20/7 bereitgestellt und damit zur Abgabe eines Teilnahmeantrages eingeladen habe. Die Auftraggeberin sei Sektorenauftraggeber gem. BVergG. Das Vergabeverfahren sei auch nach eigenen Vorgaben der Auftraggeberin als Verhandlungsverfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb gem. BVergG zu führen.

Die Teilnahmeunterlagen haben ein zweistufiges Verfahren vorgesehen. In der ersten Stufe sollte die Auftraggeberin die fristgerecht eingereichten Teilnahmeanträge der Bewerber in einem Eignungs- und Auswahlverfahren prüfen. Im Eignungsverfahren hatte die Auftraggeberin die Teilnahmeanträge auf das Vorliegen von Ausschlussgründen und die Erfüllung der Eignungskriterien als zwingende Mindesterfordernisse zu prüfen. Im Auswahlverfahren seien die Teilnahmeanträge zu prüfen und zu bewerten. Bei Nichterfüllen eines Eignungskriteriums dürfe nach den Bestimmungen der Teilnahmeunterlagen ein Bewerber jedenfalls nicht zur Angebotsabgabe eingeladen werden.

Die Antragstellerin habe sich rechtzeitig bis 22.12.2017 um eine Teilnahme beworben und sei in der Folge mit E-Mail vom 18.1.2018 eingeladen worden, ein Angebot über die Vergabeprojekte zu legen. Die Antragstellerin habe am 22.2.2018 ein Angebot für das Los 1 10 kV-Anlage gelegt (Runde1). In dieser Runde1 kam es am 22.3.2018 über Einladung der L A auch zu einer Besprechung zwischen Mitarbeitern der L A und der Antragstellerin. Die Antragstellerin habe auch rechtzeitig ein Angebot zur Runde2 gelegt. Auch in Runde2 habe am 27.4.2018 eine Besprechung stattgefunden.
Die Antragstellerin habe dann fristgerecht bis zum 14.5.2018 ein Angebot zur Runde3 gelegt.

Mit Mail vom 6.6.2018 sei der Antragstellerin eine beabsichtigte Zuschlagsentscheidung an den einzig verbleibenden Mitbieter bekanntgegeben worden, obwohl die Antragstellerin ein deutlich wirtschaftlich günstigeres Angebot

gelegt habe. Begründet wurde dies damit, dass der Mitbieter ein wirtschaftlich und technisch wesentlich besser zu bewertendes Angebot gelegt hätte. Die technische „Überlegenheit" wurde auf Kriterien eines der Antragstellerin bis dorthin unbekannten „Kriterienkataloges" gestützt, welcher von den in der Ausschreibung festgelegten technischen Kriterien massiv abwich.

Die Antragstellerin habe in Folge am 18.6.2018 beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich einen Nachprüfungsantrag verbunden mit einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung eingereicht. Nachdem die Auftraggeberin mit Schriftsatz vom 21.6.2018 an das Landesverwaltungsgericht mitgeteilt hat, die angefochtene Zuschlagsentscheidung mit Brief vom 21.6.2018 zurückgezogen zu haben, hat die Antragstellerin den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zurückgezogen.

Mit Brief vom 2.7.2018 hat die rechtsfreundliche Vertretung der Auftraggeberin der Antragstellerin mitgeteilt, dass ihr Angebot nicht die geforderten Referenzen umfassen würde, weil sie zu ihrem Angebot für das Los 1 nur eine einzige Referenz übermittelt hätte, obwohl zwei Referenzen je Los gefordert worden wären. Der Antragstellerin wurde zur Behebung dieses Mangels eine Nachfrist bis zum 6.7.2018 gewährt. Diese hat mit Mail vom 6.7.2018 an die Auftraggeberin den Punkt „Referenzen" aufgeklärt und nun auch drei Referenzen benannt, die sie in drei bereitgestellten Formblättern mit der Aufschrift „Formblatt Referenzen" der Auftraggeberin übermittelt hat.

In Punkt 8.) „Ermittlung des Bestbieters“ des Formblattes Referenzen finden sich bei dem Kriterium Technik keine Bewertungspunkte für allfällige vom Bieter angeführte Referenzanlagen.

Die angefochtene, gesondert anfechtbare Entscheidung ist die „Ausscheidungsentscheidung" der Auftraggeberin, die der Antragstellerin am 18.7.2018 sowohl per E-Mail als auch mit Brief zugestellt worden sei. Mit dieser bekämpften „Ausscheidungsentscheidung" wurde das Angebot der Antragstellerin betreffend das Vergabeverfahren zu VA-Nr 2017/73 ausgeschieden mit der Begründung, dass es nicht den in den Ausschreibungsunterlagen geforderten Referenzen entspreche.

Die Antragstellerin erachte sich durch diese Entscheidung in ihrem Recht

- auf Durchführung einer vergaberechtskonformen Abwicklung
- auf Gleichbehandlung
- auf Unterlassung der ungerechtfertigten Diskriminierung ihres Angebotes
- auf richtige Bewertung der genannten Referenzanlagen
- auf Einhaltung der Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen und den Teilnahmeunterlagen in Bezug auf das Eignungs- und Auswahlverfahren
- auf richtige Gewichtung der angebotenen Leistung

- auf nachvollziehbare und schlüssige technische Bewertung des Angebotes
- auf richtige Beurteilung von Ausscheidungsgründen

verletzt.

Die Antragstellerin hält fest, dass durch die Teilnahme am Vergabeverfahren bereits erhebliche Aufwendungen entstanden seien. Zudem habe sie ein Erfüllungsinteresse, nämlich die Erwirtschaftung eines Gewinnes und des Deckungsbeitrages. Bei einem Entgang des gegenständlichen Auftrages würde ein erheblicher Schaden entstehen und durch den Verlust des Auftrages würde der Antragstellerin ein Referenzprojekt entgehen.

Die Antragstellerin weist darauf hin, dass die Teilnahmeunterlagen ein zweistufiges Verfahren vorgesehen haben. In der ersten Stufe habe die Auftraggeberin die fristgerecht eingereichten Teilnahmeanträge der Bewerber in einem Eignungs- und Auswahlverfahren geprüft. Bei Vorliegen eines Ausschlussgrundes hätte der Bewerber jedenfalls nicht zur Angebotsabgabe eingeladen werden können. Es sei ausdrücklich festgehalten worden, dass bei Nicht-Erfüllen eines Eignungskriteriums der Bewerber nicht zur Angebotsabgabe eingeladen werden könne.
Die Antragstellerin sei aber zur Angebotsabgabe eingeladen worden, sodass davon auszugehen sei, dass das Eignungsverfahren und das Auswahlverfahren der ersten Stufe von der Antragstellerin positiv abgeschlossen worden sei. Wäre die Eignung nicht angenommen worden, hätte die Antragstellerin auch nicht in das Auswahlverfahren mitaufgenommen werden dürfen. Ausschlussgründe im Sinne des Punktes 3. der Teilnahmeunterlagen seien auch nicht vorgelegen. Die Antragstellerin habe sich bei der Erteilung von Auskünften über die technische Leistungsfähigkeit keinesfalls in erheblichem Maße falscher Erklärungen schuldig gemacht. Nachdem auch im Rahmen des Prüfungsverfahrens offenkundig sei, dass im Formblatt Referenzen bei der Bemessungs-Kurzschlussdauer der Referenzanlage nur eine Sekunde angegeben sei, die Antragstellerin jedoch zur Angebotslegung ausdrücklich eingeladen worden sei, könne jedenfalls von einem schlüssigen und positiven Abschluss der Eignungsprüfung zu ihren Gunsten ausgegangen werden. Immerhin handelte es sich auch um keinen versteckten Mangel. Die schlüssige Akzeptanz der genannten Referenzen sei auch deshalb logisch, weil aktuelle Zweifach-Sammelschienenanlagen von renommierten Erzeugern, so wie im gegenständlichen Fall von der Firma R S aus D, allesamt eine Bemessungs-Kurzschlussdauer von drei Sekunden aufweisen würden. Dies sei vor allem durch einen einfachen Blick in das Internet zu finden. Die Antragstellerin habe die zur Verwendung kommen sollende Doppelschienenanlage mit „R GT4D" spezifiziert und hätte daher der mit der Ausschreibung befasste Techniker der Auftraggeberin sofort feststellen können, dass die angebotene Anlage eine Bemessungs-Kurzschlussdauer von drei Sekunden aufweise.
Nachdem das Eignungsverfahren positiv abgeschlossen worden und das Verfahren in die zweite Stufe übergegangen sei, seien allfällige Mängel des

Teilnahmeverfahrens als saniert anzusehen und können in weiterer Folge auch von der Auftraggeberin nicht mehr aufgegriffen werden. Es gebe keine Bestimmung, wonach nach abgeschlossener Eignungsprüfung das Kapitel nochmals geöffnet werden könne, außer es wären schuldhaft in großem Maße falsche Erklärungen abgegeben worden.

Bezugnehmend auf das Schreiben der Auftraggeberin vom 2.7.2017 hinsichtlich der Referenzprojekte habe die Antragstellerin ausführlich geantwortet und drei Referenz-Blätter vorgelegt.

Die Auftraggeberin hat in der Ausscheidungsentscheidung vom 18.7.2018 die Ausscheidung im Wesentlichen damit begründet, dass die benannten Referenzen nicht den Ausschreibungsunterlagen entsprechen würden und die weiterhin zwei geforderten Referenzen nicht benannt worden wären. Die Auftraggeberin stütze sich auf das Referenzthema zu den Ausschreibungsunterlagen und nicht auf das Referenzthema im Zusammenhang mit dem Teilnahmeverfahren. Damit spreche die Auftraggeberin nur die zweite Stufe an.
Insgesamt ergebe sich, dass die Referenzen völlig ausreichend seien, um den Anforderungen im Teilnahmeverfahren und im Angebotsverfahren zu entsprechen. Sie würden auch ausreichend die Leistungsfähigkeit der Antragstellerin und deren Eignung zur Realisierung des ausgeschriebenen Projektes dokumentieren.

Richtig sei nun, dass der mit der Ausfüllung des Formblattes betraute Mitarbeiter der Antragstellerin handschriftlich die Anlagedaten der Referenzanlage mit einer Sekunde angegeben habe, was von der Mindestanforderung abweiche. Dies liege aber daran, dass er nachweisen wollte, welche Mindestanforderungen an die Referenzanlage gestellt worden seien. Tatsächlich sei nämlich bei der benannten Referenzanlage lediglich eine Bemessungs-Kurzschlussdauer von einer Sekunde gefordert. Wäre die Antragstellerin gefragt worden, welche Leistungsdaten beim Kriterium „Kurzschlussstrom IK (3pol)“ die Referenzanlage hätte leisten können, hätte die Antragstellerin 31,5 kA/3s angeführt, was ja dann den Mindestanforderungen entsprochen hätte. Zu berücksichtigen sei aber, dass laut Teilnahmeunterlagen die Auftraggeberin in der ersten Stufe im Eignungsverfahren die Angaben und Nachweise der Bewerber in ihren Teilnahmeanträgen auf Vorliegen von Ausschlussgründen und Erfüllung der Eignungskriterien prüfe. Bei Vorliegen eines Ausschlussgrundes hätte der Bewerber jedenfalls nicht zur Angebotsabgabe eingeladen werden können. Die Antragstellerin sei aber zur Angebotsabgabe eingeladen worden, sodass davon auszugehen sei, dass das Eignungsverfahren und das Auswahlverfahren der ersten Stufe von der Auftraggeberin für die Antragstellerin positiv abgeschlossen worden sei. Die Antragstellerin hätte jedenfalls von einem positiven Abschluss der Eignungsprüfung zu ihren Gunsten ausgehen können. Es handle sich um keinen versteckten Mangel. Die schlüssige Akzeptanz der genannten Referenzen sei auch deshalb logisch, weil aktuelle Zweifach-Sammelschienenanlagen von

renommierten Erzeugern, so wie im gegenständlichen Fall von der Fa. R S aus D, allesamt eine Bemessungs-Kurzschlussdauer von 3 Sekunden aufweisen. Die Auftraggeberin habe im Umspannwerk x eine R GT4D Doppelsammelschienen-Schaltanlage schon seit 2003 im Einsatz und kenne daher das Produkt und sei daher für sie ganz offenkundig gewesen, dass mit der Angabe der einen Sekunde im Formblatt Referenzen nur die Mindestanforderungen beim Betreiber der Referenzanlage nicht aber die mögliche Nennleistung der Referenzanlage angeführt worden seien. Die Antragstellerin habe dargelegt, dass nicht nur eine Referenz vorliege, sondern zwei Referenzen für Doppelsammelschienen-Anlagen bei der V A, wobei die zweite Anlage, auch wenn sie mit Erweiterungsanlage bezeichnet worden sei, als völlig selbständiges Projekt angesehen werden könne, welches mit dem gegenständlich ausgeschriebenen Projekt absolut vergleichbar sei. Auch die neue Referenz im Jahr 2017 an die L AG bezogen auf eine Einfachsammelschienen-Anlage sei jedenfalls ein vergleichbarer Anlagentypus. Die Hardware-Komponenten seien fast gleich, das Engineering und die Montage sind absolut vergleichbar.
Es wurde daher beantragt, die angefochtene Entscheidung, nämlich die Ausscheidensentscheidung vom 18.7.2018 für nichtig zu erklären und der Auftraggeberin den Ersatz der Pauschalgebühren aufzuerlegen.

2. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat die L N GmbH als Auftraggeberin im Nachprüfungsverfahren beteiligt. Die Auftraggeberin hat am 6.8.2018 eine Äußerung abgegeben und Urkunden vorgelegt. Unter Hinweis auf Punkt 4.3.1.2. der Teilnahmeunterlagen habe der Bewerber seine technische Leistungsfähigkeit durch Benennung von zwei Referenzen je Los über gleichartige Aufträge nachzuweisen, wobei ein Referenzprojekt als Eignungspräferenz die Mindesterfordernisse gemäß Punkt 1.2.1. erfüllen muss. Nach Punkt 6.1. werden vom Bewerber mit rechtsgültiger elektronischer Signatur des Teilnahmeantrages ohne Einschränkungen alle Bestimmungen der vorliegenden Teilnahmeunterlagen anerkannt. Die Antragstellerin hat auf dem am 22.12.2017 unterfertigten Formblatt Referenzen bezüglich Projektbezeichnung angeführt „Kraftwerk x“. Bei der Angabe des Leistungszeitraums findet sich ein Hinweis auf eine Erweiterung der Referenzanlage im Jahr 2015. Als Mindestanforderung ist bei den Anlagedaten eine Bemessungs-Kurzschlussdauer von 3s angeführt, in der Spalte Referenzanlage wurde von der Antragstellerin 1s handschriftlich eingefügt. Ein weiteres Formblatt Referenzen wurde von der Antragstellerin nicht vorgelegt. Aufgrund des Schreibens des Rechtsvertreters der Auftragsgeberin vom 2.7.2018 wurde die Antragstellerin zur Bekanntgabe von den Ausschreibungsunterlagen genügenden Referenzen unter Verwendung des Formblatt Referenzen bis 6.7.2018 aufgefordert und wurden mit E-Mail vom 6.7.2018 von der Antragstellerin 3 Formblätter Referenzen vorgelegt.
Darin angeführt waren als Referenz Nr. 1: x,
als Referenz Nr. 2: x, wobei aus der Begleit-E-Mail hervorgeht, dass damit die Erweiterung im Jahr 2015 gemeint ist, und als Referenz Nr. 3: ARA Reaktor 6.

Auch wurde noch das U x als Referenzanlage erwähnt. Die angegebenen Referenzen sind nicht ausreichend, zumal die Einfachsammelschienen-Anlage „ARA Reaktor 6“ nicht den eindeutigen Festlegungen in den Teilnahmeunterlagen entspricht, weil es sich um keine Zweifachsammelschienen-Anlage handelt. Eine Einfachsammelschiene ist mit einer Zweifachsammelschiene nicht vergleichbar. Hinsichtlich der Referenzen 1 und 2 wurde beim Splitting der ursprünglichen Referenz in die Referenzen 1 und 2 bei der Referenz 2 nicht einmal eine eigene Projektbezeichnung angeführt. Lt. Rückfrage bei der V A S GmbH erfolgte 2016 eine Erweiterung der bestehenden Anlage um 3 Kabelfelder. Die Erweiterung einer bestehenden Anlage um eine geringe Anzahl Kabelfelder ist etwas ganz anderes als der Erstausbau einer Zweifachsammelschienen-Anlage. Es kann nicht von einer vergleichbaren Leistung ausgegangen werden. Das U x ist ein Referenzprojekt, welches wesentlich älter als 5 Jahre ist und damit keine taugliche Referenz darstellt. Dem Mängelbehebungsauftrag vom 2.7.2018 wurde durch die Angabe „1s (3s)“ in der Spalte „Bemessungs-Kurzschlussdauer“ nicht klarstellend nachgekommen, ob die Anlage nun über eine Bemessungs-Kurzschlussdauer von 3 Sekunden (wie gefordert) oder eben von nur 1 Sekunde (was zu wenig ist) verfügt. Die Antragstellerin könne lediglich eine Referenz vorweisen und habe diesbezüglich trotz ausdrücklicher Beanstandung des ersten Formblattes das zweite Formblatt widersprüchlich ausgefüllt. Die Antragstellerin hat ihre technische Leistungsfähigkeit somit nicht nachweisen können. Zur vermeintlichen Heilung des Fehlens der technischen Leistungsfähigkeit durch Einladung zur Angebotsabgabe wird auf eine Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts hingewiesen, wonach ein auf Grundlage eines zur Teilnahme am Vergabeverfahren nicht zuzulassenden Teilnahmeantrags gelegtes Angebot ausgeschieden werden muss. Auch der Verwaltungsgerichtshof hat entschieden, dass ein Auftraggeber, der vor der Wahl für den Zuschlag von einem formalen Ausscheiden Abstand genommen hat, ein auszuscheidendes Angebot nicht zu einem zulässigen werden lässt, dem der Zuschlag erteilt werden kann. Auch wenn der Auftraggeber einen nicht zur Teilnahme zuzulassenden Teilnahmeantrag zulässt, wird das schlussendliche Angebot nicht zu einem zulässigen, dem der Zuschlag erteilt werden kann. Dem Auftraggeber kann nicht zugemutet werden, den Auftrag an einen nicht leistungsfähigen Bieter vergeben zu müssen, auch wenn das Fehlen der Leistungsfähigkeit erst nach Zulassung zur Teilnahme am Vergabeverfahren entdeckt wurde. Bei der ausgeschriebenen Innenraumschaltanlage handelt es sich um eine in technischer Hinsicht anspruchsvolle Anlage in einem Umspannwerk des L Verteilungsnetzbetreibers L N GmbH und derartige Aufträge sind natürlich entsprechend den allgemeinen Sorgfaltspflichten der L N GmbH an leistungsfähige Auftragnehmer zu vergeben. Ein anerkennenswertes Schutzbedürfnis des nicht leistungsfähigen Bieters ist hingegen klar zu verneinen. Der Antragstellerin war von Anfang an bewusst, dass die in den Teilnahmeunterlagen verlangten zwei Referenzen nicht vorgelegt wurden und auch nicht nachgereicht werden können. Einen allfälligen Schaden aus der Teilnahme am Vergabeverfahren hat sich die Antragstellerin selbst zuzuschreiben, weil sie einen nicht zuzulassenden

Teilnahmeantrag eingereicht hat. Schließlich wurde der Mangel der rechtsgültigen Fertigung vorgebracht und näher ausgeführt.
Es wurde daher die Abweisung des Nachprüfungsantrages beantragt. Die bezughabenden Vergabeunterlagen wurden vorgelegt.

3. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme, insbesondere in die von den Parteien vorgelegten Unterlagen.

Weiters wurde eine öffentliche mündliche Verhandlung für den 6. September 2018 anberaumt und an diesem Tage durchgeführt, an welcher die Verfahrensparteien teilgenommen haben. Seitens der Antragstellerin wurde ein mit 6.9.2018 datiertes Schreiben an die Auftraggeberin betreffend die von ihr benannten Referenzanlagen samt 3 ausgefüllten Referenzformblättern datiert mit 6.9.2018 vorgelegt. Weiters wurde eine Fotografie des an der Referenzanlage der V A angebrachten Typenschildes vorgelegt.

In der mündlichen Verhandlung wurde durch die Antragstellerin vorgebracht, dass jeder Fachmann aus der Elektrotechnik so wie die Mitarbeiter der Auftraggeberseite wissen, dass die Anlage der Fa. R S Typ GT4D eine Bemessungs-Kurzschlussdauer von 3 Sekunden aufweist. Die Antragstellerin weist darauf hin, dass die Entscheidung vom 18.7.2018 sich nur auf widersprüchliche Referenzen gemäß Punkt 4.3.1.3. der Teilnahmeunterlagen stütze, wobei dieser Punkt kein Ausscheidungsthema vorsehe. Im Hinblick auf eine rechtsgültige Unterfertigung gibt die Antragstellerin an, dass eine ausdrückliche Vollmacht für das gegenständliche Vergabeverfahren seitens der Antragstellerin an Ing. E nicht vorliegt, dieser aber als Projektleiter und Gruppenleiter tätig ist und mit der Ausarbeitung der Angebotsunterlagen befasst war und dieser die Handlungsvollmacht seitens des Betriebes hat. Angebote in der Größenordnung des gegenständlich eingebrachten Angebotes bedürfen der Unterschrift des Geschäftsführers oder Prokuristen. Die Antragstellerin führt zu den vorgelegten Referenzen aus, dass die V A die Referenzanlage mit einer Kurzschlussdauer von einer Sekunde ausgeschrieben hat, was auch von der Antragstellerin angeboten und eingebaut wurde. Es wurde das Fabrikat der Fa. R eingebaut, welches auch dem nunmehrigen Angebot zu Grunde liegt und eine Kurzschlussdauer von 3 Sekunden aufweist.

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich geht von folgendem erwiesenen Sachverhalt aus:

4.1. Mit Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union vom 29.11.2017 wurde der Auftrag über Lieferung, Montage, Prüfung und Inbetriebnahme von

Innenraumschaltanlagen für den Erstausbau des Umspannwerkes Nord mit Erweiterungsoptionen zur Nummer VA-Nr.2017/73 im Oberschwellenbereich für Sektoren im Verhandlungsverfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb durch die Auftraggeberin L S Netz GmbH, nunmehr L N GmbH, ausgeschrieben. Es wurde das Bestbieterprinzip festgelegt. Für die Einbringung des Teilnahmeantrages wurde die Frist bis 13.12.2017 festgelegt.
4 Bieter haben Teilnahmeanträge fristgemäß eingebracht. Die Antragstellerin wurde per E-Mail vom 19.12.2017 durch die Auftraggeberin zur Teilnahme bis 22.12.2017 eingeladen. Mit E-Mail vom 22.12.2017 wurde durch die Antragstellerin die Teilnahme bekundet, unterzeichnet durch den Mitarbeiter Ing. E, und es wurden Teilnahmeunterlagen zu Los 1, datiert mit 22.12.2017 bzw. 8.1.2018 bzw. 15.1.2018 vorgelegt. Die Erklärungen und Formblätter wurden – wie vorgesehen – rechtsgültig vom Geschäftsführer (und Ing. E) unterfertigt. Unter anderem wurde ein Formblatt Referenzen, datiert mit 22.12.2017 über eine Referenzanlage der V A S, Kraftwerk x, S L, 2013, Erweiterung 2015, im Wert von ca. 1 Mio. Euro eingebracht, wobei als Anlagedaten der Mindestanforderungen hinsichtlich Betriebsspannung 10 kV, Bemessungs-Betriebsstrom der Sammelschiene 3150 A und Bemessungs-Kurzschlussdauer 3s gefordert, und hinsichtlich der Anlagedaten der Referenzanlage eine Betriebsspannung von 6 kV, Bemessungs-Betriebsstrom der Sammelschiene 2500 A und Bemessungs-Kurzschlussdauer 1s eingetragen war.

Die Teilnahmeunterlage im Deckblatt, Seite 2f, fordert: „Das Angebot/Der Teilnahmeantrag muss von jenen Personen signiert werden, welche den Bieter rechtswirksam vertreten können. Zum Beweis der Vertretungsbefugnis ist ein Auszug aus dem Firmenbuch (bzw. ein gleichwertiger Nachweis) vorzulegen. Wird das Angebot nicht von den lt. Firmenbuch organschaftlich vertretungsbefugten Personen signiert, so ist eine von den lt. Firmenbuch organschaftlich vertretungsbefugten Personen unterfertigte Vollmacht zur Unterfertigung des Angebotes vorzulegen. Ein Teilnahmeantrag/Angebot ist erst dann rechtzeitig eingelangt, wenn der gesamte Abgabeprozess (Uploaden, Signieren und Verschlüsseln) auf dem Beschaffungsportal fristgerecht abgeschlossen ist. Unterlagen in Papierform werden ebenso wenig berücksichtigt wie eine Einreichung per Fax oder E-Mail“.
Gleiches bestimmt auch Punkt 6.1. auf Seite 18 der Teilnahmeunterlage.

In der Teilnahmeunterlage, Seite 5, Punkt 1.2.1.1. wurde hinsichtlich Los 1 – 10 kV Innenraumschaltanlage metallgeschottete Zweifachsammelschiene als Mindesterfordernis u.a. ein Nennstrom Sammelschienen: 3150 A und ein Kurzschlussstrom IK (3pol) von 31,5 kA/3s festgelegt.
In Punkt 4.3. Technische Leistungsfähigkeit sind unter Punkt 4.3.1.1. Allgemeine Anforderungen an Referenzen und unter Punkt 4.3.1.2. Spezielle Anforderungen an Eignungsreferenzen des Unternehmens festgelegt:

„Der Auftraggeber macht ausdrücklich darauf aufmerksam, dass allfällige Verbesserungen (behebbarer Mangel) nur im Hinblick auf Referenzprojekte zulässig sind, die zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit (Eignungskriterium) angegeben wurden. Eine Verbesserung von Referenzprojekten, die als Referenzprojekt für die Auswahl der Bewerber angegeben wurden (Auswahlkriterium) ist nicht zulässig (unbehebbarer Mangel).“

„Der Bewerber hat seine technische Leistungsfähigkeit durch Benennung von zwei Referenzen je Los über gleichartige Aufträge nachzuweisen.
Damit ein Referenzprojekt als Eignungsreferenz gewertet werden kann, muss es folgende Merkmale aufweisen:
a) Die Erfüllung der Mindesterfordernisse gemäß dem Ausschreibungsgegenstand Punkt 1.2.1.
Los 1 – siehe 1.2.1.1.
Los 2 – siehe 1.2.1.2.

b) Referenzprojekte basierend auf Vereinbarungen, die innerhalb der letzten 5 Jahre (gerechnet ab dem Tag der Absendung der europaweiten Bekanntmachung des vorliegenden Vergabeverfahrens) abgeschlossen worden sind.

c) Als Nachweis der Referenzen hat der Bewerber das Formblatt Referenzen je Los vollständig auszufüllen und zu erklären, dass die gemachten Angaben den Tatsachen entsprechen.
…..
Widersprüchlich abgegebene Referenzen oder Referenzen, deren Inhalt sich nachweislich als falsch erweisen, werden gänzlich aus der Bewertung ausgeschlossen.“

Eine Prüfung und Bewertung der Referenzen durch die Auftraggeberin am 17.1.2018 ergab hinsichtlich der Antragstellerin, dass für Los 1 ein Teilnahmeantrag abgegeben wurde, die Referenzen zu Los 1 okay sind und zur Angebotsabgabe zu Los 1 die Antragstellerin aufgefordert werden soll.

Mit E-Mail vom 18.1.2018 hat die Auftraggeberin 5 Bieter, welche Teilnahmeanträge gestellt haben, darunter auch die Antragstellerin, zur Angebotsabgabe gemäß dem Onlineleistungsverzeichnis und Bewerbungs- und Vertragsbedingungen sowie den Verfahrensunterlagen eingeladen, und zwar für jene Lose, für die eine Bewerbung eingereicht wurde. Die Angebotsfrist wurde mit 8.2.2018 festgelegt und nach einer Fragenbeantwortung auf 22.2.2018 verlängert.

Die Angebotsunterlage – Verfahrensordnung bestimmt unter Punkt 1. Allgemeine Ausschreibungsbestimmungen in Punkt 1.8. zur Angebotsabgabe und Einreichform:

„Das Angebot muss von jenen Personen elektronisch signiert werden, welche den Bieter rechtswirksam vertreten können. Zum Beweis der Vertretungsbefugnis ist ein Auszug aus dem Firmenbuch (bzw. ein gleichwertiger Nachweis) vorzulegen. Wird das Angebot nicht von den lt. Firmenbuch organschaftlich vertretungsbefugten Personen signiert, so ist eine von den lt. Firmenbuch organschaftlich vertretungsbefugten Personen unterfertigte Vollmacht zur Unterfertigung des Angebotes vorzulegen."

Auch die allgemeinen Bewerbungs- und Vertragsbedingungen, September 2014, legen in Punkt 1.1. fest, dass in die Angebotsbearbeitung nur jene Angebote aufgenommen werden, „die rechtsgültig unterfertigt sind".

In der technischen Spezifikation 10 kV – Schaltanlage U N bestimmt der Punkt 1.9. Referenzanlagen:
„Dem Angebot sind Referenzen, der in den letzten 5 Jahren ausgeführten Anlagen des angebotenen Anlagentyps, beizulegen. Je Anlage ist ein Referenzblatt mit technischen Daten, Ausführungszeitraum und Kontaktpersonen der Auftraggeber beizulegen".

In den Beilagen (Punkt 9) zur technischen Spezifikation befindet sich eine Liste der technischen Daten, aus denen Mindestanforderungen als „KO-Kriterien" hervorgehen, darunter insbesondere eine Bemessungsspannung von 12 kV, ein Bemessungs-Betriebsstrom der Sammelschiene von 2500 A, ein Bemessungs-Kurzzeitstrom von 31,5 kA und eine Bemessungs-Kurzschlussdauer von 3s. In den grün unterlegten Feldern sind die Daten vom Angebotsleger auszufüllen. Sowohl beim Leistungsschalter, Leistungsschaltereinschub, Sammelschienen-Trennschalter, kurzschlusseinschaltfester Erdungsschalter und Stromwandler ist ein Kurzzeitstrom von 3s gefordert.

Die Antragstellerin wurde per E-Mail vom 18.1.2018 zur Angebotsabgabe bis 22.2.2018 aufgefordert und es wurde rechtzeitig ein Erst-Angebot gelegt. Dieses wurde vom Geschäftsführer der Antragstellerin elektronisch signiert.
Nach einer ersten Besprechungsrunde am 22.3.2018 erging mit E-Mail vom 26.3.2018 die Aufforderung zur Einreichung eines überarbeiteten Angebotes bis 9.4.2018. Ein überarbeitetes Angebot wurde von der Antragstellerin rechtzeitig eingebracht und vom Mitarbeiter/Mitgesellschafter Ing. E elektronisch signiert. Nach einer zweiten Verhandlungsrunde am 27.4.2018 erging mit E-Mail vom 9.5.2018 die Aufforderung, bis 14.5.2018 ein letztmaliges Angebot zu legen. Auch dieses letzte Angebot wurde von Ing. E signiert.

Gemäß gültigem Firmenbuchauszug der E E GmbH ist als alleiniger handelsrechtlicher Geschäftsführer Ing. L S, als Prokurist G P und neben den genannten Personen auch Ing. E E als Gesellschafter eingetragen.

Eine Vertretungsvollmacht des handelsrechtlichen Geschäftsführers an den Mitgesellschafter Ing. E ist den Unterlagen nicht beigelegt und liegt nicht vor.

Eine Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin vom 6.6.2018 zu Gunsten eines Mitbewerbers wurde am 21.6.2018 zurückgezogen.

Mit Schreiben der Rechtsvertretung der Auftraggeberin vom 2. Juli 2018 an die Antragstellerin wurde bemängelt, dass dem Angebot für Los 1 das Formblatt Referenzen nur für eine einzige Referenz übermittelt wurde. Gefordert waren jedoch 2 Referenzen je Los. Auch wurde mitgeteilt, dass die dort genannte Referenz „x“ mit einer Bemessungs-Kurzschlussdauer von 1 Sekunde die Mindestanforderungen von 3 Sekunden und mit einer angegebenen Betriebsspannung von 6 kV die geforderte Betriebsspannung von 10 kV unterschreitet. Es wurde zur Behebung des Mangels bis 6.7.2018 aufgefordert und hingewiesen, dass die Referenzen zum maßgeblichen Zeitpunkt der Angebotslegung bereits bestanden haben müssen.
Mit E-Mail vom 6.7.2018 wurden von der Antragstellerin für das Los Nr. 1 3 Formblätter Referenzen datiert mit 6.7.2018 vorgelegt, nämlich Referenznachweis Nr. 1 betreffend V A S x, S L, 2013, ca. 1 Mio. Euro, mit einer angegebenen Betriebsspannung „6 kV (10 kV)“ und einer Bemessungs-Kurzschlussdauer von „1s (3s)“ der Referenzanlage. Weiters wurde ein Referenznachweis Nr. 2 ebenfalls für die V A S, x, S L, 2015, ca. 110.000 Euro mit Anlagendaten der Referenzanlage zur Betriebsspannung „6 kV (10 kV)“ und Bemessungs-Kurzschlussdauer von „1s (3s)“ vorgelegt. Weiters wurde als Referenznachweis Nr. 3 die L AG, ARA Reaktor 6, L, 2017, ca. 75.000 Euro, mit einer Betriebsspannung „6 kV (10 kV)“ und einer Bemessungs-Kurzschlussdauer von „1s“ angegeben.
Erklärend dazu wurde im Schreiben ausgeführt, dass sich die vorgelegte Referenzliste auf zwei im Grunde selbständige Projekte bezogen hat, wobei es sich um eine Doppelsammelschienen-Anlage für die V A gehandelt hat, die im Jahr 2013 errichtet und in Betrieb genommen wurde und weiters um eine Doppelsammelschienen-Anlage ebenfalls für die V A, die im Jahr 2015 errichtet und in Betrieb genommen wurde. Wenn auch die zweite Anlage als Erweiterungsanlage bezeichnet wurde, handelt es sich als völlig selbständiges Projekt, welches mit dem gegenständlich ausgeschriebenen Projekt absolut vergleichbar ist. Es sind daher 2 Referenzanlagen benannt worden. Sind auch die Referenzanlagen mit 6 kV betrieben, so sind sie jedoch tatsächlich bis zu einer Betriebsspannung von 10 kV bzw. sogar 12 kV geeignet. Die eingebauten Schaltgeräte sind bis eine Betriebsspannung 12 kV geeignet. Hinsichtlich des Referenzblattes über eine weitere Innenraumschaltanlage als Einfachsammelschienen-Anlage für die L AG wurde ausgeführt, dass das Customizing (Engineering, Sekundärausbau, Prüfung, Montage, Dokumentation, Inbetriebnahme, ….) bei der Lieferung einer Einfachsammelschienen-Anlage völlig gleich ist wie bei der Lieferung einer Doppelsammelschienen-Anlage.

Mit E-Mail vom 18.7.2018 wurde der Antragstellerin mitgeteilt, dass das Angebot gemäß beiliegender Begründung ausgeschieden wird. Begründend wurde ausgeführt, dass die Gleichartigkeit von Referenzprojekt 2 nicht gegeben ist, da es sich lediglich um eine Erweiterung des unter Referenznachweis Nr. 1 angeführten Projekts handelt. Es ist kein Erstausbau und umfasst weder Trafofelder noch Kupplungsfeld oder Messung. Weiters sind Mängel nicht aufgeklärt worden, da lediglich eine Bemessungs-Kurzschlussdauer von einer Sekunde in den Referenzen aufgewiesen wird, und damit die Mindestanforderung von 3s unterschritten wird. In den nachgereichten Formblättern sind die Angaben „1s (3s)“ unklar. Weiters ist die Einfachsammelschienen-Anlage bei der L AG kein gleichartiges Referenzprojekt.

4.2. Diese Feststellungen gründen sich auf die durch die Parteien vorgelegten Unterlagen.

4.3. Mit Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich vom 2. August 2018, LVwG-840159/3/Kl/TO, wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben und der Auftraggeberin die Zuschlagerteilung bis zur Entscheidung im Nachprüfungsverfahren, längstens aber bis 30.9.2018 untersagt.

5. Hierüber hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erwogen:

5.1. Gemäß § 1 Abs. 1 Oö. Vergaberechtsschutzgesetz 2006 (Oö. VergRSG 2006) regelt dieses Landesgesetz den Rechtsschutz gegen Entscheidungen der Auftraggeber in Verfahren nach den bundesrechtlichen Vorschriften auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens (Vergabeverfahren), die gemäß Art. 14b Abs. 2 Z 2 B-VG in den Vollzugsbereich des Landes fallen.

Alleiniger Gesellschafter der L S Netz GmbH, nunmehr L N GmbH, ist die L A für Energie, Telekommunikation, Verkehr und Kommunale Dienste, welche Alleinaktionärin der Unternehmensgruppe der Stadt L Holding GmbH ist, welche wiederum in 100 %igem Eigentum der Stadt L steht. Die Vergabe fällt daher in den Vollzugsbereich des Landes iSd Art. 14b Abs. 2 Z 2 lit.c B-VG und unterliegt daher das gegenständliche Nachprüfungsverfahren den Bestimmungen des Oö. VergRSG 2006.

Gemäß § 2 Abs. 1 Oö. VergRSG 2006 obliegt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich die Gewährung von Rechtsschutz gemäß § 1 Abs. 1 leg.cit.

Gemäß § 2 Abs. 3 Oö. VergRSG 2006 ist das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich bis zur Zuschlagsentscheidung bzw. bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens zum Zweck der Beseitigung von Verstößen gegen die bundesgesetzlichen Vorschriften auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens

und die dazu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht zuständig zur Erlassung einstweiliger Verfügungen sowie zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen (§ 2 Z 16 lit. a BVergG 2006) des Auftraggebers bzw. der Auftraggeberin im Rahmen der vom Antragsteller bzw. der Antragstellerin geltend gemachten Beschwerdepunkte.

Gemäß § 2 Z. 16 lit. a sublit. dd) BVergG 2006, BGBl.I Nr. 17/2006, idF. BGBl.I Nr. 7/2016, sind gesondert anfechtbare nach außen in Erscheinung tretende Entscheidungen im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung bzw. nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb: Die Ausschreibung (Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages); die Nicht-Zulassung zur Teilnahme; die Aufforderung zur Angebotsabgabe; sonstige Festlegungen während der Verhandlungsphase bzw. während der Angebotsfrist; das Ausscheiden eines Angebotes; die Widerrufsentscheidung; die Zuschlagentscheidung.

Der gegenständliche Antrag ist rechtzeitig und zulässig.
Aufgrund der Höhe des Auftragswertes des ausgeschriebenen Lieferauftrages sind die Bestimmungen für Sektorenauftraggeber im Oberschwellenbereich anzuwenden. Gemäß § 165 BVergG 2006 sind Sektoren Auftraggeber, soweit öffentliche Unternehmen eine Sektorentätigkeit (§§ 167 bis 172) ausüben. Öffentliches Unternehmen gemäß Abs. 1 ist jedes Unternehmen, auf das ein öffentlicher Auftraggeber aufgrund von Eigentum, finanzieller Beteiligung oder der für das Unternehmen geltenden Vorschriften unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben kann.

Gemäß § 7 Abs. 1 Oö. VergRSG 2006 hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers bzw. einer Auftraggeberin für nichtig zu erklären, wenn sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung den Antragsteller bzw. die Antragstellerin in dem von ihm bzw. von ihr nach § 5 Abs. 1 Z 5 geltend gemachten Recht verletzt und diese Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

5.2. Gemäß § 187 Abs. 1 BVergG 2006 sind Vergabeverfahren nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauteren Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

Gemäß § 192 Abs. 5 BVergG 2006 werden beim Verhandlungsverfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb, nachdem eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmern öffentlich zur Abgabe von Teilnahmeanträgen aufgefordert wurde,

ausgewählte Bewerber zur Abgabe von Angeboten aufgefordert. Danach kann über den gesamten Auftragsinhalt verhandelt werden.

Gemäß § 194 BVergG 2006 können Sektorenauftraggeber bei der Vergabe von Aufträgen frei zwischen dem offenen Verfahren, dem nicht offenen Verfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb und dem Verhandlungsverfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb wählen.

Gemäß § 230 Z. 3 BVergG 2006 muss die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit beim Verhandlungsverfahren grundsätzlich spätestens zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe vorliegen.

Gemäß § 231 Abs. 1 Z.4 BVergG 2006 hat der Sektorenauftraggeber festzulegen, mit welchen Nachweisen Unternehmer, die an einem Vergabeverfahren teilnehmen, ihre technische Leistungsfähigkeit zu belegen haben.

Gemäß § 231a Abs. 1 BVergG 2006 können Bewerber oder Bieter ihre Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit auch durch die Vorlage einer Erklärung belegen, dass sie die vom Sektorenauftraggeber verlangten Eignungskriterien erfüllen und die festgelegten Nachweise auf Aufforderung unverzüglich beibringen können (Eigenerklärung). Bei der Vergabe von Aufträgen kann der Sektorenauftraggeber die Vorlage bestimmter Nachweise von bestimmten Bewerbern oder Bietern verlangen, sofern dies nach Auffassung des Sektorenauftraggebers erforderlich ist. Bei der Vergabe von Aufträgen im Oberschwellenbereich hat der Sektorenauftraggeber vor Zuschlagserteilung die Vorlage der festgelegten Nachweise vom Zuschlagsempfänger jedenfalls zu verlangen; bei einer Vergabe in Losen gilt dies nur, wenn der geschätzte Wert des einzelnen Loses den in § 180 Abs. 1 genannten jeweiligen Schwellenwert erreicht (Abs. 2). Nach Maßgabe des Abs. 2 kann der Sektorenauftraggeber den Unternehmer auffordern, erforderliche Nachweise binnen einer angemessenen Frist vorzulegen bzw. vorgelegte Bescheinigungen binnen einer angemessenen Frist zu vervollständigen oder zu erläutern (Abs. 3).

Gemäß § 236 Abs. 2 BVergG 2006 sind in die Ausschreibungsunterlagen die als erforderlich erachteten oder die auf Aufforderung durch den Sektorenauftraggeber nachzureichenden Nachweise gemäß den §§ 231 und 231a aufzunehmen, soweit sie nicht bereits im Aufruf zum Wettbewerb angeführt waren.

Gemäß § 252 Abs. 2 BVergG 2006 können Anträge auf Teilnahme brieflich oder elektronisch gestellt werden. Interessensbekundigungen auf Teilnahme können auch telefonisch oder mittels Telefax übermittelt werden.
Gemäß Abs. 9 hat der Sektorenauftraggeber die ausgewählten Bewerber gleichzeitig schriftlich zur Angebotsabgabe aufzufordern. Sie hat jedenfalls auch

unter anderem alle weiteren besonderen Teilnahmebedingungen zu enthalten (Abs. 9 Z. 7).

Gemäß § 256 Abs. 1 BVergG 2006 müssen Angebote die in den Ausschreibungsunterlagen vorgeschriebene Form aufweisen. Jedes Angebot muss insbesondere auch Datum und rechtsgültige Unterfertigung des Bieters enthalten (§ 257 Abs. 1 Z. 8).

Gemäß § 267 BVergG 2006 erfolgt die Prüfung der Angebote in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien (Abs. 1). Bei Angeboten, die für eine Zuschlagserteilung in Betracht kommen, ist im Einzelnen zu prüfen,
1. ob den in § 187 Abs. 1 angeführten Grundsätzen entsprochen wurde;
2. nach Maßgabe der §§ 231 und 231a die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Bieters bzw. – bei Weitergabe von Leistungen – der namhaft gemachten Subunternehmer;
3. ob das Angebot rechnerisch richtig ist;
4. die Angemessenheit der Preise;
5. ob das Angebot den sonstigen Bestimmungen der Ausschreibung entspricht, insbesondere ob es formrichtig und vollständig ist.

Gemäß § 269 Abs. 1 BVergG 2006 hat vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung der Sektorenauftraggeber aufgrund des Ergebnisses der Prüfung im Oberschwellenbereich folgende Angebote auszuscheiden:
2. Angebote von Bietern, deren Befugnis, finanzielle, wirtschaftliche oder technische Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit nicht gegeben ist;
5. den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, ….sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind.

5.3. Im Grunde des festgestellten Sachverhaltes wurde sowohl das E-Mail der Antragstellerin vom 22.12.2017 betreffend Teilnahmeantrag vom Gesellschafter Ing. E gezeichnet sowie auch das überarbeitete Angebot vom 9.4.2018 und Letztangebot vom 14.5.2018 der Antragstellerin nur vom Mitgesellschafter Ing. E elektronisch signiert. Dieser ist lt. beiliegendem Firmenbuchauszug nicht organschaftlich vertretungsbefugt und wurde auch keine von einem organschaftlich vertretungsbefugten Organ unterfertigte Vollmacht zur Unterfertigung des Angebotes vorgelegt. Eine solche Vollmacht gibt es nicht.
Sowohl in den Teilnahmebedingungen als auch in den Bestimmungen zur Angebotsabgabe ist die rechtsgültige Unterfertigung von einer organschaftlich vertretungsbefugten Person durch elektronische Signatur bzw. eine durch eine organschaftlich vertretungsbefugte Person bevollmächtigte Person unter Vorlage einer diesbezüglichen Vollmacht gefordert.

Der Verwaltungsgerichtshof hat zum Erfordernis der rechtsgültigen Unterfertigung gemäß §§ 107 und 108 bzw. §§ 256 und 257 ausgeführt, dass für die zivilrechtliche Verbindlichkeit des Angebotes eine rechtsgültige Unterfertigung des Bieters erforderlich ist und das Fehlen einer rechtsgültigen Unterfertigung einen unbehebbaren Mangel darstellt (VwGH vom 22.04.2010, 2008/04/0077). Prüfungsmaßstab ist somit – unter Heranziehung der gesetzlichen Regeln über die Vertretung – das Vorliegen einer ordnungsgemäßen Vertretung.

Es wurde daher klar gegen die Ausschreibungsbestimmungen verstoßen. Dies stellt einen Ausscheidungsgrund des § 269 Abs. 1 Z. 5 BVergG 2006 eines den Ausschreibungsbestimmungen widersprechenden fehlerhaften Angebotes dar.

5.4. Der von der Auftraggeberin in der angefochtenen Ausscheidensentscheidung relevierten mangelnden technischen Leistungsfähigkeit mangels Vorliegens der geforderten Referenzen kommt Berechtigung zu.
Aus den Teilnahmeunterlagen ist unmissverständlich ersichtlich, dass der Bewerber seine technische Leistungsfähigkeit durch Benennung von zwei Referenzen je Los über gleichartige Aufträge nachzuweisen hat. Weiters ist klar geregelt, dass das Referenzprojekt als Eignungsreferenz nur gewertet werden kann, wenn es die Mindesterfordernisse gemäß dem Ausschreibungsgegenstand je Los erfüllt und innerhalb der letzten 5 Jahre abgeschlossen worden ist. Die Mindesterfordernisse zum konkreten Los 1 sind klar in Punkt 1.2.1.1. der Teilnahmeunterlage und dem Referenz-Formblatt ersichtlich, nämlich eine „Betriebsspannung: 10 kV“ und ein „Kurzschlussstrom IK (3pol): 31,5 kA/3s“. Es hat daher das Referenzprojekt dieses Mindesterfordernis zu erfüllen. Dies kommt auch im konkret auszufüllenden Formblatt Referenzen zum Ausdruck, in dem lt. diesem Formblatt vom Bewerber durch Unterschrift bestätigt wird, „dass die angeführte Referenzanlage mit den definierten Anlagendaten von uns geliefert, montiert und in Betrieb gesetzt wurde“. Wenn hingegen die Beschwerdeführerin in der Referenzanlage der V A S x, lediglich eine Anlage mit einer Betriebsspannung von 6 kV (anstelle der Mindestanforderung 10 kV) und einer Bemessungs-Kurzschlussdauer von 1s (anstelle der Mindestanforderung 3s) montiert und in Betrieb gesetzt hat, weil eben nur diese Anforderungen durch den Auftraggeber V A S gefordert wurden, so entspricht die im Formblatt ausgefüllte Referenzanlage – ob in einem Formblatt oder getrennt in zwei Formblättern – nicht den Mindestanforderungen. Dass das gelieferte Produkt der Fa. R auch höhere Anforderungen – Betriebsspannung von 10 kV bzw. 12 kV und Bemessungs-Kurzschlussdauer von 3s – erfüllen kann, hilft der Antragstellerin nicht zum Erfolg, da diese Anforderungen in der Referenzanlage nicht gefordert waren und auch nicht geliefert, eingebaut, montiert und in Betrieb genommen wurden. Bei Referenzprojekten hingegen kommt es nicht auf vom Produzenten garantierte (Höchst-)Werte an, sondern um die tatsächlich von der Antragstellerin auftragsgemäß durchgeführte Leistung.

Auch das fotografierte Typenschild der V A weist keine anderen Daten auf und bestätigt die im Referenzblatt angegebenen Werte.

Wenn hingegen in dem Formblatt Referenzen vom 6.7.2018 nunmehr neben „1s (3s)“ ausgefüllt ist, so ist aus den Teilnahmebedingungen Punkt 4.3.1.2. letzter Satz festgelegt, dass widersprüchlich abgegebene Referenzen gänzlich aus der Bewertung ausgeschlossen werden. Die von der Antragstellerin gemachte Angabe „6 kV (10 kV)“ und „1s (3s)“ lässt nicht eindeutig erkennen, was geliefert, montiert und in Betrieb gesetzt wurde. Es widersprechen daher die mit 6.7.2018 aufgrund eines Mängelbehebungsauftrages vorgelegten Referenz-Formblätter klar den Teilnahmebestimmungen. Gleiches gilt auch für die mit 6.7.2018 weiters angeführte Referenzanlage L AG. Es war daher jedenfalls ein Ausscheidungsgrund gemäß § 269 Abs. 1 Z. 2 BVergG 2006 gegeben.
Wenn hingegen die Antragstellerin zwar berechtigt ausführt, dass die Prüfung der Eignung und daher die Prüfung der Referenzen zum Nachweis der Eignung bereits in erster Stufe zu erfolgen hat und nicht geeignete Bewerber nicht in die zweite Stufe hätten eingeladen werden dürfen und dies auch klar so in den Teilnahmeunterlagen bestimmt ist, so ist ihr dennoch entgegenzuhalten, dass gemäß § 267 Abs. 2 Z. 1 BVergG 2006 bei der Prüfung der Angebote, die für eine Zuschlagserteilung in Betracht kommen, zu prüfen ist, ob den in § 187 Abs. 1 angeführten Grundsätzen entsprochen wurde. Nach § 187 Abs. 1 letzter Satz BVergG 2006 darf nur befugten, leistungsfähigen und zuverlässigen Unternehmern der Zuschlag erteilt werden. Dies bedeutet, dass auch die Leistungsfähigkeit zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens gegeben sein muss. Dies bedeutet auch, dass für den Fall, dass der Auftraggeber erst im Zuge des Vergabeverfahrens, also zu einem späteren Zeitpunkt die mangelhafte bzw. fehlende Leistungsfähigkeit erkennt oder die Leistungsfähigkeit erst im Zuge des Vergabeverfahrens wegfällt, dies ebenfalls eine Zuschlagserteilung unzulässig macht.

Der Antrag, die Ausscheidensentscheidung vom 18.7.2018 nichtig zu erklären, war daher als unbegründet abzuweisen.

Ein Ausschluss der Antragstellerin wurde mit der angefochtenen Entscheidung nicht ausgesprochen, sodass die diesbezüglichen Antragsausführungen nicht weiter zu behandeln waren.

6. Gemäß § 23 Oö. VergRSG 2006 hat der Antragsteller bzw. die Antragstellerin, der bzw. die vor dem Landesverwaltungsgericht, wenn auch nur teilweise obsiegt, Anspruch auf Ersatz der gemäß § 22 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber bzw. die Auftraggeberin. Der Antragsteller bzw. die Antragstellerin hat ferner Anspruch auf Ersatz der entrichteten Gebühren, wenn er bzw. sie während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung besteht nur dann, wenn

dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde.
Da die Antragstellerin vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich nicht obsiegt hat, ist gemäß § 23 Abs. 1 und Abs. 2 Oö. VergRSG 2006 der Antrag auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren für das Nachprüfungsverfahren und für die einstweilige Verfügung abzuweisen.

7. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

## R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen diese Entscheidung besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

H i n w e i s

Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof sind innerhalb der Rechtsmittelfrist unmittelbar beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.
Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer außerordentlichen Revision an den Verwaltungsgerichtshof sind innerhalb der Rechtsmittelfrist unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Klempt