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-840183/13/KLi/JB

Datum:
Linz, 4. November 2019

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Lidauer über den Antrag vom 5. September 2019 der B GmbH, x 6, W, auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 4. September 2019, im Vergabeverfahren betreffend das Vorhaben „Errichtung des Gemeindezentrums S als Generalübernehmer“ der Auftraggeberin Marktgemeinde S, x 1, S, vertreten durch Mag. D H LL.M. (Chicago), Rechtsanwalt, x 6, W, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 15. Oktober 2019

zu Recht:

I. Der Antrag vom 5. September 2019 auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 4. September 2019, der Antragstellerin zugestellt am 4. September 2019, wird gemäß §§ 1, 2 und 7 Oö. Vergaberechtsschutzgesetz 2006 – Oö. VergRSG 2006, LGBl. Nr. 130/2006 idgF. LGBl. Nr. 77/2018, abgewiesen.

II. Der Antrag, der Marktgemeinde S den Ersatz der Pauschalgebühr für diesen Antrag aufzuerlegen, wird abgewiesen.

III. Gegen diese Entscheidung ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. Verfahrensgang:

I.1. Mit Antrag vom 5. September 2019, beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich eingelangt am 13. September 2019, stellte die B GmbH (in der Folge: Antragstellerin) den Nachprüfungsantrag, die Entscheidung über das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin vom 4. September 2019, übermittelt durch die vergebende Stelle sowie eine etwaig erfolgte Zuschlagsentscheidung anzufechten und begehrte die Nichtigerklärung derselben.

Begründend führte die Antragstellerin aus, Auftraggeberin der betroffenen Vergabe sei die Marktgemeinde S (in der Folge: Antragsgegnerin). Gemäß § 1 Abs. 1 BVergG 2018 regle dieses Bundesgesetz die Beschaffung von Leistungen im öffentlichen Bereich. Darunter sei unter anderem die Vergabe von Bauaufträgen iSd Errichtung eines Gemeindezentrums als Generalübernehmer zu verstehen. Bei der Antragsgegnerin handle es sich nach der Rechtsprechung sowie den Festlegungen im Ausschreibungskonvolut um einen den Bestimmungen des BVergG 2018 unterliegenden Auftraggeber. Die Antragsgegnerin beabsichtige die Errichtung eines Gemeindezentrums in S und die diesbezügliche Vergabe des Auftrages an einen Generalübernehmer. Darüber hinaus handle es sich um einen Bauauftrag. Der ggst. Beschaffungsvorgang liege somit sowohl im persönlichen als auch im sachlichen Anwendungsbereich des BVergG 2018.

Gemäß dem Oö. VergRSG 2006 sei das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich bis zur Zuschlagsentscheidung bzw. bis zur Widerrufserklärung zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen das BVergG 2018 und die hierzu ergangenen Verordnungen zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte sowie zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig. Gemäß § 1 Abs. 1 Oö. VergRSG 2006 regle 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 würden. Gemäß Art. 14b Abs. 2 Z 2 lit. a B-VG sei die Vollziehung Landessache hinsichtlich der Vergabe von Aufträgen durch die Gemeinde. Das ggst. Nachprüfungsverfahren unterliege daher den Bestimmungen des Oö. VergRSG 2006. Gemäß § 2 Abs. 3 Oö. VergRSG 2006 sei 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 des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte. Gemäß § 7 Abs. 1 Oö. VergRSG 2006 habe das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich eine, im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers für nichtig zu erklären, wenn (1.) sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung den Antragsteller in dem von ihm nach § 5 Abs. 1 Z 5 Oö. VergRSG 2006 geltend gemachten Recht verletze und (2.) diese Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss sei.

Gemäß § 20 BVergG 2018 sei ein 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 habe an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen. Gemäß § 80 BVergG 2018 habe der Auftraggeber festzulegen, mit welchen Nachweisen gemäß §§ 81 bis 85 BVergG 2018 Unternehmer, die an einem Vergabeverfahren teilnehmen würden, ihre berufliche Befugnis, finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sowie technische Leistungsfähigkeit zu belegen hätten.

Die Antragstellerin bekämpfe die Verständigung der Antragsgegnerin vom Ausscheiden ihres Angebotes, die ihr am 4. September 2019, im Wege der Vergabeplattform, sohin auf elektronischem Wege, übermittelt worden sei. Es handle sich gemäß § 2 Z 15 lit. a sublit. dd BVergG 2018 um eine gesondert anfechtbare Entscheidung. Gemäß § 4 Abs. 1 Oö. VergRSG 2006 seien Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung bei elektronischer Übermittlung binnen zehn Tagen einzubringen. Der ggst. Nachprüfungsantrag werde daher fristgerecht gestellt.

Die Antragsgegnerin führe ein Vergabeverfahren mit vorheriger Bekanntmachung zur Errichtung eines Gemeindezentrums durch einen Generalübernehmer. Im Ausschreibungskonvolut werde diesbezüglich angemerkt, dass dieses im Oberschwellenbereich liege. In den Ausschreibungsunterlagen werde ein Gesamtkostenrahmen von 7,5 Millionen Euro netto angeführt.

Gemäß § 22 Oö. VergRSG 2006 sei für die Eingabe an das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich eine Pauschalgebühr zu entrichten. Die Gebührensätze seien in der Oö. Vergabe-Pauschalgebührenverordnung festgelegt. Der anzuwendende Gebührensatz betrage für Bauaufträge im Oberschwellenbereich 6.000 Euro. Für die Eingabe der einstweiligen Verfügung betrage die zu entrichtende Gebühr 50 %, sohin 3.000 Euro. Die Gebühren seien vollumfänglich und fristgerecht einbezahlt worden.

Das Interesse der Antragstellerin ergebe sich daraus, dass die Ausführung der verfahrensgegenständlichen Leistungen in ihrer zentralen Geschäftstätigkeit liegen würde und ihr durch die Rechtswidrigkeit im Zuge des Ausscheidens des Angebotes ein Schaden entstanden sei bzw. in weiterer Folge zu entstehen drohe und zwar zumindest in der Höhe des kalkulierten Gewinns. Die Antragstellerin habe an der Erbringung der verfahrensgegenständlich nachgefragten Leistung überdies ein essentielles Interesse gezeigt. Dieses sei begründet durch das wirtschaftliche Ziel iSd des kalkulierten Gewinns und darüber hinaus gewährleiste das Projekt eine entsprechende Auslastung und diene in der Folge als weitere Referenz für diverse Folgebeteiligungen bei öffentlichen Ausschreibungen. Nach der einschlägigen Judikatur sei ein der Antragstellerin drohender Schaden iSd § 3 Oö. VergRSG 2006 bereits dann gegeben, wenn die Möglichkeit der Antragstellerin, den Auftrag zu erlangen, durch die behauptete Rechtsverletzung beeinträchtigt werden könne. Dem Erfordernis, einen drohenden oder eingetretenen Schaden darzutun, werde im Nachprüfungsantrag bereits dann entsprochen, wenn die entsprechende Behauptung plausibel sei. Weiterführend, unter Bezug auf die ständige Rechtsprechung, könne auch in dem drohenden Verlust eines Referenzprojektes für zukünftige Bewerbungen ein wesentlicher Schaden erblickt werden. Dies zumal die Antragstellerin sich in der Vergangenheit, aktuell und in Zukunft bei ähnlichen Projekten und Ausschreibungen gleichwertiger Leistungen beteiligt habe und beteiligen werde.

Angesichts der bisherigen Anstrengungen der Antragstellerin zur Wahrung ihrer Rechtsposition, seien Kosten in Höhe von zumindest 15.000 Euro angefallen. Durch die im Folgenden näher ausgeführten Rechtswidrigkeiten sei daher zumindest ein Schaden in dieser Höhe entstanden.

Darüber hinaus entgehe der Antragstellerin durch die vorliegenden Rechtswidrigkeiten die Möglichkeit auf Zuschlagserteilung bzw. Abschluss der Vereinbarung als Generalübernehmer und Erzielung einer entsprechenden Deckung ihrer Geschäftsgemeinkosten und eines angemessenen Gewinns. Schließlich entgehe der Antragstellerin eine Chance auf die Erlangung eines wichtigen Referenzauftrages für künftige Vergabeverfahren.

Die Antragstellerin erachte sich in ihrem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens verletzt. Insbesondere sei die Antragstellerin verletzt in ihrem Recht auf Einhaltung der Festlegungen in den gesamten Ausschreibungsunterlagen; auf Einhaltung des Festlegungen der Mindestkriterien in den gesamten Ausschreibungsunterlagen, sowie der zwingend geforderten Präzisierung; auf Durchführungen einer rechtskonformen, widerspruchsfreien sowie ausschreibungskonformen Angebotsprüfung; auf rechtskonforme Dokumentation der Angebotsprüfung; auf Wahrung der Vergabegrundsätze und Unveränderlichkeit bzw. Präzisierung der Mindestkriterien bzw. Mindestanforderungen (einhergehend Verbot der Erweiterung der

Mindestanforderungen); insbesondere des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Rahmen der Angebotsprüfung, der Einhaltung zwingender verfahrensrechtlicher Erfordernisse, sowie zwingender formeller Erfordernisse (Fristen – Fristenverkürzung); auf Bekanntgabe einer Zuschlagsentscheidung lautend auf ihr Angebot; auf Widerruf eines Vergabeverfahrens, das beispielsweise auf mehrdeutigen und unpräzisen Ausschreibungsfestlegungen beruhe, sowie auf Durchführung eines Vergabeverfahrens im Einklang mit den vergaberechtlichen Bestimmungen.

Die Auftraggeberin sei ein öffentlicher Auftraggeber iSd BVergG 2018. Die Vergabe erfolge in einem Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung. Der geschätzte Auftragswert liege im Oberschwellenbereich.

Der Auftrag umfasse die eigenverantwortliche technische und kommerzielle Abwicklung des Bauvorhabens einschließlich der baulichen Umsetzung durch einen Generalübernehmer. Der Auftrag umfasse die Koordination und Überwachung der Planung sowie der bauführenden Leistungen durch den Auftragnehmer jeweils in dessen eigenen Namen. Optional würden zum Auftragsgegenstand auch die Zwischenfinanzierung des Projektes bis zur Fertigstellung und die Übergabe des neuerrichteten Gemeindezentrums gehören. Der Auftragnehmer schulde als Leistungserfolg die zeitgerechte und ordnungsgemäße Errichtung des Gemeindezentrums und im Fall, dass der Auftraggeber die entsprechende Option ziehe, auch die Errichtung von Parkplätzen sowie die Errichtung einer Grünfläche/Parkanlage, wobei die Bauausführung nicht durch den Auftragnehmer selbst, sondern durch von ihm beauftragte Dritte erfolge. Der Auftragnehmer schließe im eigenen Namen die erforderlichen Verträge mit den bauausführenden Unternehmen ab. Leistungen der Bauausführung seien nicht Gegenstand des Auftrages und der Auftragnehmer sei nicht berechtigt, Leistungen der Bauausführung selbst zu erbringen.

Unter Wiedergabe von Punkt 4.1., Punkt 5.1., Punkt 5.5., Unterpunkt 5.5.1., 5.5.2., 5.5.3., führte die Antragstellerin sodann Nachfolgendes aus:

Mit 6. Juni 2019 um 08:25 Uhr sei von der Antragstellerin der Antrag an die vergebende Stelle hochgeladen und fristgerecht übermittelt worden. Am 11. Juni 2019 um 17:25 Uhr seien ihr von der vergebenden Stelle Fragen zum Teilnahmeantrag übermittelt worden und sie sei um Ergänzungen ersucht worden. Mit 12. Juni 2019 sei der Anfrage entsprochen worden und seien die geforderten Unterlagen übermittelt worden. Ebenfalls mit 12. Juni 2019 um 13:31 Uhr sei von der vergebenden Stelle eine Frage zum Teilnahmeantrag der Antragstellerin übermittelt worden. Es sei darauf verwiesen worden, dass trotz aufrechter Fristsetzung der ersten Anfrage vom 19. Juni 2019, einlangend um 14:30 Uhr, diese auf 14:00 Uhr verkürzt worden sei. Mit 14. Juni 2019 sei per E-Mail an die Antragstellerin eine weitere Anfrage ergangen. Am 1. Juli 2019 um 11:45 Uhr sei

nochmals ein Schreiben ergangen, in Form einer Einladung zum Bietergespräch. Mit Schreiben vom 18. Juli 2019 sei von der vergebenden Stelle ein Ersuchen um Aufklärung an die Antragstellerin ergangen. In weiterer Folge sei mit 6. August 2019 von der Antragstellerin zum Ersuchen um ergänzende Aufklärung ein entsprechendes Aufklärungsschreiben ergangen. Sodann sei mit Schreiben vom 13. August 2019 um 12:29 Uhr von der ausschreibenden Stelle nochmals eine Stellungnahme an die Antragstellerin versendet worden.

Mit Schreiben der vergebenden Stelle vom 4. September 2019 und Versendung im Wege der Vergabeplattform sei die Verständigung vom Ausscheiden des Angebotes erfolgt. Diese sei der Antragstellerin am 4. September 2019 zugestellt worden. In diesem Schreiben seien eine Begründung und eine „ergänzende Anmerkung“ enthalten gewesen.

In wie weit das durchaus als unüblich zu bezeichnende Vorgehen der vergebenden Stelle, „ergänzende Anmerkungen“ ohne verfahrensrechtliche Relevanz in dieser Ausführlichkeit anzubringen und ob diese wohl dazu gedacht seien, den unbegründeten verfahrensrechtlich relevanten Aspekten allfällig argumentativ hinzuzutreten, müsse unbeantwortet bleiben. Die gesamte Vorgehensweise hinterlasse bei der Antragstellerin den Eindruck, als ob, mangels des offenbar „gewünschten Ergebnisses“ in der Reihung der Angebote nunmehr auf diesem unkonventionellen Weg versucht werde, eben diese nachträglich herzustellen. Sollte sich dieser bereits jetzt vorhandene Eindruck weiter vertiefen, behalte sich die Antragstellerin eventuell weitere Vorbringen hinsichtlich der Ergründung der näheren Umstände der Willensbildung bei der Antragsgegnerin, auch mittels Befragung der Amtsträger zu diesem Vorgehen ausdrücklich vor.

Den Ausgangspunkt für den Nachprüfungsantrag bilde der Umstand, dass die Antragstellerin angesichts der eigenen qualifizierten sowie einschlägigen Eignung die intransparente sowie die differenzierte mehrdeutige Auslegung der Mindestkriterien in keinster Weise auch nur annähernd nachvollziehen könne. Die vergebende Stelle habe es in der Folge durch Fragerecht und Verständigung ausreichend belegt, dass diese keine eindeutige, präzisierte, widerspruchsfreie Festlegung der Mindestkriterien geschaffen habe, um ein rechtskonformes Vergabeverfahren zu gewährleisten. Die Vermutung, dass gegen zwingende Ausschreibungsvorgaben verstoßen worden sei, liege nahe.

Jedenfalls würden durch das Vergabeverfahren bzw. die verfahrensgegenständlichen Ausschreibungsunterlagen und -verfahren gegen das BVergG 2018 sowie insbesondere gegen § 114 BVergG 2018 verstoßen.

Es sei angesichts der Aktenlage davon auszugehen, dass eine derartige Einhaltung der zwingenden vergaberechtlichen Erfordernisse nicht vorliege. Die Bieter dürften

auf die Einhaltung des objektiven Erklärungswertes der Ausschreibungsvorgaben vertrauen.

Nach ständiger Rechtsprechung der Vergabekontrollbehörden seien für die Auslegung von Ausschreibungsbestimmungen die allgemeinen, für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen Regelungen der §§ 914f ABGB zu berücksichtigen. Ausschreibungsunterlagen seien demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es sei daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen, dabei sei die Absicht der Parteien zu erforschen und seien rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspreche. Die aus der Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen seien danach zu beurteilen, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen gewesen sei und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen gehabt habe. Dabei komme es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern sei vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgeblich. Lasse sich aufgrund er skizzierten „Vertrauenstheorie“ der objektive Erklärungswert einer Ausschreibungspassage nicht ermitteln, so gelange die „Unklarheitenregelung“ des § 915 ABGB zur Anwendung. Demnach werde bei zweiseitig verbindlichen Verträgen eine undeutliche Äußerung zum Nachteil desjenigen erklärt, der sich der Selben bedient habe. Die ggst. Ausschreibung ziele unbestritten auf den Abschluss eines zweiseitig verbindlichen Vertrages ab. Sofern sich also der objektive Erklärungswert, der gerade nicht in der ausschließlichen Sichtweise des Auftraggebers bestehe, nicht zweifelsfrei ermitteln lasse, sei somit eine Ausschreibungsbestimmung zu Lasten des Auftraggebers, der allein die Ausschreibungsbestimmungen vorgebe, auszulegen.

Somit wäre zu hinterfragen, in wie weit der Begriff des „Auftragswertes“ im Rahmen einer Leistungsabgrenzung einer Arbeitsgemeinschaft der Interpretation der vergebenden Stelle zugänglich wäre. Würde man dieser Herangehensweise folgen, so wäre es wohl nicht mehr möglich, Referenzen anhand von eindeutigen Leistungsabgrenzungen einer Bewertung auszuführen; vielmehr wäre es sodann notwendig, jede solche Referenz unter Offenlegung aller Geschäftsgeheimnisse und Vorgänge der internen Abwicklung „zu zerlegen“. Neben dieser Problemstellung verbleibe die Frage iSd obigen Ausführungen, ob ein Anbieter auf eine Zuordnung iSd bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen und deren Anwendung vertrauen könne, oder in weiterer Folge zusätzliche Interpretationen der vergebenden stelle zulässig seien; dies wäre vor dem rechtlichen Hintergrund von Vergabeverfahren wohl aufs äußerste zu verneinen.

Die bestandsfesten Ausschreibungsvorgaben würden zunächst in der Bewerberinformation vorsehen, dass dann, wenn ein Bewerber an einem Referenzprojekt im Rahmen einer Arbeitsgemeinschaft mitgewirkt habe, das Referenzprojekt nur berücksichtigt werde, wenn der Anteil des Bewerbers

zumindest 50 % des Auftragswertes umfasse. Der Anteil des Bewerbers sei beim jeweiligen Referenzprojekt zu nennen. Diesem sei die Antragstellerin vollumfänglich nachgekommen. In der Folge habe die vergebende Stelle erweiternde Fragen gestellt, welche nicht im Einklang mit den Mindestanforderungen und den diesbezüglichen Formblättern stehen würden. Die vergebende Stelle habe in der Folge mit der Verständigung vom Ausscheiden des Angebotes in fortführender Unklarheit weiter ausgeführt und habe versucht, die Begriffe „Anteil“ sowie „Auftragswert“ zu spezifizieren. Diese Spezifikation sei einerseits untauglich und nicht eindeutig nachvollziehbar. Des Weiteren verstoße dies gegen zwingende Erfordernisse des BVergG 2018. Exemplarisch seien hier die erweiternden Auslegungen zur Abgrenzung, Abrechnungsbelege, Leistung, erbrachte Leistung, bezogene Vergütung, Höhe Vergütung/Zuwendung, Gesamtauftragswert des Projektes erwähnt.

Dies lege nahe, dass die Spezifizierungen der Mindesterfordernisse unzureichend seien und die vergebende Stelle es verabsäumt habe, transparente und widerspruchsfreie Mindestkriterien zu definieren und diese in ausreichender Form in den Ausschreibungsunterlagen einzufordern. Es liege mithin eine unzulässige Form der Erweiterung der Nachweise vor, wie dies auch in der Stellungnahme zur erweiternden Frage erörtert worden sei. Die vergebende Stelle habe mit ihren Ausführungen im Zuge der Verständigung des Ausscheidens des Angebotes diese Unklarheiten der Mindestanforderungen ausreichend verdeutlicht und belegt.

Zusammenfassend sei davon auszugehen, dass die Antragstellerin zur Vorlage von unzulässigen erweiterten Nachweisen aufgefordert worden sei, dies sei gleichheitswidrig und ein daraus resultierendes Ausscheiden stehe nicht im Einklang mit dem BVergG 2018.

Darüber hinaus werde mit dieser Vorgehensweise gegen das „Gleichheitsgebot“ der etwaigen übrigen Bieter und deren Darlegung iSd Wortlautes „Anteil“ verstoßen.

Zusammenfassend sei die Ausscheidensentscheidung des Angebotes bereits dann für nichtig zu erklären, sofern sich aus dem vorzulegenden Vergabeakt ergebe, dass keine gemäß den zwingenden Vorgaben des BVergG 2018 präzise, widerspruchsfreie und keiner weiteren Interpretation zugängliche Festsetzung von Mindestkriterien in den Unterlagen erfolgt sei. Der Widerspruch und der Bedarf an Präzisierung bzw. der unzulässigen Erweiterung der Nachweise sei mit der Aktenlage als gegeben zu erachten.

Ferner liege eine unzulässige Erweiterung der Mindestanforderungen vor. Unter Wiedergabe des Verfahrensverlaufes führte die Antragstellerin aus, es sei zumindest gegen die Gebote der Nachvollziehbarkeit sowie der Transparenz verstoßen worden. Eine mangelnde, finanzielle Eignung eines Bieters könne sich

nur aufgrund des Nichterreichens von klar und eindeutig in den Ausschreibungsunterlagen enthaltenen Anforderungen ergeben, denn nur so habe der Bieter bereits in der Verfahrensbeteiligung die Möglichkeit, gegebenenfalls, eine mangelnde Eignung durch Beiziehung von z.B. Bietergemeinschaftspartnern oder Subunternehmern auf die er sich stütze, auszugleichen. Eben solche eindeutigen Schwellen der Eignung, was hier z.B. den Umsatz betreffe, hätten in den Unterlagen der vergebenden Stelle eben keine derartigen Anforderungen bestanden. Die mangelnde Präzisierung der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit eröffne dem Auftraggeber bzw. der vergebenden Stelle nicht die Möglichkeit, eine Ausscheidensentscheidung zu begründen.

Zusammenfassend sei davon auszugehen, dass die Antragstellerin mehrfach zur Vorlage von unzulässigen erweiternden Nachweisen aufgefordert worden sei. Dies sei gleichheitswidrig und ein daraus resultierendes Ausscheiden, welches auch in der Begründung der vergebenden Stelle angeführt worden sei, stehe nicht im Einklang mit dem BVergG 2018.

Außerdem liege ein Verstoß gegen die Stillhaltefrist iSd § 144 Abs. 1 BVergG 2018 vor. In Unkenntnis der Aktenlage werde beantragt, zu prüfen, ob von der vergebenden Stelle zwischenzeitlich weitere Verfahrensschritte, etwa iSd Bekanntgabe der Absicht, den Zuschlag zu erteilen, erfolgt seien. Da mangels rechtskräftigem Ausscheiden die Antragstellerin noch im Verfahren verblieben sei und ihr keine solche Verständigung vorliege, wäre ein solcher Schritt in dieser Konstellation als weiterer Verstoß anzusehen.

Aus all diesen Gründen beantrage die Antragstellerin, das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich möge die Verständigung der vergebenden Stelle des Auftraggebers vom 4. September 2019 für nichtig erklären; eine potentiell bereits erteilte Zuschlagsentscheidung für nichtig erklären; der Antragstellerin Einsicht in den Vergabeakt der Auftraggeberin gewähren; eine öffentliche mündliche Verhandlung durchführen; die Auftraggeberin verpflichten, der Antragstellerin die entrichteten Pauschalgebühren binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu Handen der Antragstellerin zu ersetzen.

I.2. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat die Antragsgegnerin am Verfahren beteiligt und mit Schreiben vom 13. September 2019 über die Einleitung des Nachprüfungsverfahrens informiert, sowie zur Vorlage von Unterlagen aufgefordert und die Abgabe einer Stellungnahme ermöglicht.

I.3. Mit Eingabe vom 20. September 2019 ist die Antragsgegnerin dieser Aufforderung nachgekommen und hat von der Möglichkeit zur Abgabe einer Stellungnahme Gebrauch gemacht.

Einleitend bringt die Antragsgegnerin vor, das Vorbringen der Antragstellerin werde zur Gänze bestritten, sofern dieses nicht im Folgenden außer Streit gestellt werde oder mit dem Vorbringen der Antragsgegnerin im Einklang stehe.

Die Antragsgegnerin sei öffentlicher Auftraggeber iSd § 4 Abs. 1 Z 1 BVergG 2018. Sie vergebe einen Auftrag über die Errichtung des Gemeindezentrums in S durch einen Generalübernehmer. Gegenstand des Auftrages sei die eigenverantwortliche technische und kommerzielle Abwicklung des gesamten Bauvorhabens einschließlich der Projektsteuerung. Der Auftrag umfasse die Koordination und Überwachung der Planung sowie der bauausführenden Leistungen durch den Auftragnehmer. Der Auftragnehmer sei Generalübernehmer und beauftrage im eigenen Namen die bauausführenden Unternehmen. Gegenüber dem Auftraggeber schulde der Auftragnehmer als Leistungserfolg die ordnungsgemäße und zeitgerechte Errichtung des Gemeindezentrums, wobei die Bauausführung nicht durch den Auftragnehmer selbst, sondern durch von ihm beauftragte Dritte erfolge. Sofern der Auftraggeber die Option „Finanzierung“ ziehe, habe der Auftragnehmer die im Rahmen des Bauvorhabens zu erbringenden Leistungen vorzufinanzieren.

Der Auftrag umfasse die Neuerrichtung eines Gemeindeamtes mit Veranstaltungssaal, die Neuerrichtung eines multifunktionalen Kommunalgebäudes, sowie die Neugestaltung des Sportplatzes und optional den Abbruch des alten Gemeindeamtes, die Errichtung von Veranstaltungsparkplätzen und die Errichtung einer Grünfläche/Parkanlage.

Der Auftrag sei als Bauauftrag gemäß § 5 Z 3 BVergG 2018 zu qualifizieren. Der geschätzte Auftragswert für das Vorhaben der Errichtung des Gemeindezentrums betrage 7,5 Millionen Euro netto, zuzüglich 498.000 Euro für die Option, in Summe daher 8 Millionen Euro netto. Das Vergabeverfahren werde daher nach den für den Oberschwellenbereich geltenden Bestimmungen des BVergG 2018 durchgeführt und unter Verwendung einer Vergabeplattform elektronisch abgewickelt. Der Auftrag werde in einem Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung vergeben. Die Bekanntmachung des Verfahrens sei unter Verwendung der Vergabeplattform www.lieferanzeiger.at durchgeführt worden. Die Bekanntmachung sei im Amtsblatt der Europäischen Union (abgesendet am 3. Mai 2019, erschienen am 7. Mai 2019, Bekanntmachungsnummer im ABl.: 2019/S 088-210013) erfolgt; die Kerndaten des Verfahrens seien gemäß § 59 BVergG 2018 bereitgestellt worden (abgesendet am 3. Mai 2019, erschienen am 6. Mai 2019, L-Nr. L-675766-953).

Die Ausschreibungsunterlagen der ersten Stufe seien allen Bewerbern unter Verwendung der Vergabeplattform zur Verfügung gestellt worden. Die Antragstellerin und weitere Teilnehmer hätten zeitgerecht elektronische

Teilnahmeanträge unter Verwendung der Vergabeplattform abgegeben. Die Teilnahmeanträge sein am 7. Juni 2019 kommissionell geöffnet worden.

Die Antragstellerin sei mit Schreiben vom 11. Juni 2019 und 12. Juni 2019 zur Nachreichung fehlerhaft eingescannter Formblätter sowie zur Vorlage der in der Bewerberinformation genannten Nachweise der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit aufgefordert worden. Dieser Aufforderung habe die Antragstellerin entsprochen.

Die Teilnahmeanträge seien einer Prüfung unterzogen worden. Die Antragstellerin sei aus terminlichen Gründen vorbehaltlich des positiven Ergebnisses der Eignungsprüfung gemeinsam mit den anderen am Verfahren teilnehmenden und für geeignet befundenen Bewerbern zur Angebotslegung am 14. Juni 2019 unter Verwendung des Kommunikationstools der Vergabeplattform eingeladen worden. Zugleich seien den Bewerbern auf diesem Wege auch die Ausschreibungsunterlagen für die zweite Stufe des Vergabeverfahrens für die Angebotsabgabe zum Abruf über die Vergabeplattform zur Verfügung gestellt worden.

Alle eingeladenen Bewerber, darunter auch die Antragstellerin, hätten rechtzeitig elektronische Angebote abgegeben. Die Angebote seien am 28. Juni 2019 kommissionell geöffnet worden.

Die Antragstellerin sei mit Schreiben vom 28. Juni 2019 zur Verbesserung der mit dem Angebot abgegebenen Formblätter betreffend das Schlüsselpersonal aufgefordert worden, da diese nicht den Vorgaben der Angebotsunterlage entsprechend ausgefüllt gewesen seien. Dieser Aufforderung sei die Antragstellerin nicht fristgerecht nachgekommen. Im Bietergespräch vom 3. Juli 2019 habe die Antragsgegnerin die Antragstellerin auf die Fristüberschreitung angesprochen und festgelegt, dass die Frist nicht verlängert werde. Die Antragstellerin habe die Unterlagen kommentarlos am 8. Juli 2019 übermittelt.

Am 3. Juli 2019 hätten Bietergespräche mit allen Bietern, darunter auch die Antragstellerin, stattgefunden. In den Bietergesprächen seien die Angebote der Bieter, Details der Leistungserbringungen und des Umsetzungskonzeptes, sowie das Angebot erörtert worden. Über die Bietergespräche seien jeweils im Beisein Resümeeprotokolle verfasst worden.

Während des Vergabeverfahrens seien Informationen zu Tage getreten, die die Richtigkeit der Angaben der Antragstellerin im Teilnahmeantrag in Frage gestellt hätten. Dies habe insbesondere die Angaben der Antragstellerin zu deren Beteiligung an Referenzprojekten betroffen, die die Antragstellerin als Mitglied einer Arbeitsgemeinschaft erbracht habe. Ferner hätten sich Diskrepanzen zwischen den Angaben zu den Umsätzen der Antragstellerin und den vorgelegten

Gewinn- und Verlustrechnungen ergeben, sowie Fragen zu dem im Angebot namhaft gemachten Schlüsselpersonal. Die Antragsgegnerin habe daher die Antragstellerin mit Schreiben vom 18. Juli 2019 aufgefordert, zu den offenen Punkten Stellung zu nehmen, unter anderem zum Umfang ihres Anteils an den namhaft gemachten ARGE-Projekten geeignete Nachweise zu erbringen. Die Antragstellerin habe daraufhin am 24. Juli 2019 schriftlich Stellung genommen und ein Konvolut von ARGE-Verträgen und ARGE-Bilanzen vorgelegt.

Mit Schreiben vom 6. August 2019 sei die Antragstellerin zur Frage ihres Anteils an den namhaft gemachten ARGE-Projekten um ergänzende Aufklärung bzw. Nachreichung von Unterlagen ersucht worden. In ihrer am 13. August 2019 eingegangenen Antwort habe die Antragstellerin die Vorlage weiterer Nachweise abgelehnt und die im Nachprüfungsantrag angesprochene und umfangreich zitierte Stellungnahme eines externen Beratungsunternehmens vorgelegt.

Die Antragsgegnerin habe daraufhin die Prüfung der Angebote auf Basis der vorliegenden Dokumente und Informationen zu Ende geführt. Die Antragstellerin habe im Ergebnis den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit sowie der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit nicht erbracht. Das Angebot der Antragstellerin sei daher mit Schreiben vom 4. September 2019 ausgeschieden worden.

Die Antragsgegnerin habe bislang keine Zuschlagsentscheidung getroffen und es sei daher auch keine Zuschlagsentscheidung bekannt gegeben worden. Demgemäß sei auch noch kein Zuschlag erteilt worden.

Das Angebot der Antragstellerin sei zum einen deswegen ausgeschieden worden, weil die Antragstellerin den Nachweis der notwendigen Referenzprojekte gemäß Punkt 5.5.2. der Bewerberinformation nicht erbracht habe. Ausschlaggebend dafür sei, dass sich die Antragstellerin dabei unter anderem auf eine Reihe von Referenzprojekten gestützt habe, welche sie in Arbeitsgemeinschaft erbracht habe, wobei jedoch für diese Referenzprojekte der Nachweis des geforderten Mindestanteils nicht erbracht worden sei. Die ARGE-Referenzprojekte hätten daher nicht berücksichtigt werden können. Die weiteren von der Antragstellerin namhaft gemachten Referenzprojekte würden zusammen nicht die Mindestanforderungen erfüllen. Die technische Leistungsfähigkeit sei daher nicht nachgewiesen.

Gemäß Punkt 5.5.3. der Bewerberinformation würden Referenzprojekte, an denen ein Bewerber im Rahmen einer Arbeitsgemeinschaft mitgewirkt habe, nur berücksichtigt, wenn der Anteil des Bewerbers jeweils zumindest 50 % des Auftragswertes umfasse. Damit sei klargestellt, dass es zur Berücksichtigung des Referenzprojektes auf den vom Bewerber im Rahmen der ARGE erbrachten Leistungsanteil ankomme. Um diesen qualifizieren zu können, werde an den Anteil am Auftragswert, d.h. die Aufteilung der von der ARGE lukrierten Vergütungen

zwischen dem ARGE-Partner für deren an die ARGE, oder im Rahmen der ARGE erbrachten Leistungen angeknüpft. Dies besage schon der Wortlaut der Bestimmung und ergebe sich auch aus dem Zweck der Bestimmung. Mit den Referenzprojekten sollten die Erfahrungen des Bewerbers mit bestimmten Leistungen und deren ordnungsgemäße Erbringung nachgewiesen werden. Referenzprojekte, die im Rahmen einer ARGE erbracht worden seien, könnten daher nur berücksichtigt werden, wenn ein bestimmter Mindest-Leistungsanteil erbracht worden sei. In der vorliegenden Ausschreibung sei ein bestimmter quantitativer Mindestanteil gefordert, wobei für den redlichen Erklärungsempfänger nachvollziehbar auf den Anteil an der Vergütung des Projektes (Auftragswert) abgestellt worden sei. Dabei lasse die Anforderung bewusst offen, in welcher Form die Vergütung den ARGE-Partnern zugewendet worden sei, um den in der Praxis vorkommenden unterschiedlichen Ausgestaltungen der ARGE-Innenverhältnisse Rechnung zu tragen. Es sei daher unerheblich, ob die ARGE-Partner ihre Leistungen an die ARGE im Einzelnen abrechnen oder sie andere Formen der Vergütung, z.B. Gewinnvoraus oder Zuwendungen aus „Gestionierungen“ beziehen würden.

Die genannten Mindestanforderungen seien daher keineswegs unklar und hätten einen eindeutigen, nachvollziehbaren, objektiven Erklärungswert. Den Ausführungen der Antragstellerin dazu sei daher ausdrücklich entgegen zu treten. Insbesondere würden die Ausführungen der Antragstellerin nicht erkennen lassen, welche andere Auslegung der Anforderung sie für möglich halte.

Zudem stelle sich die Frage, auf welcher Grundlage die Antragstellerin ihre Angaben zum Leistungsanteil an der ARGE im Teilnahmeantrag gemacht habe, wenn sie die Anforderung tatsächlich für unverständlich oder mehrdeutig gehalten habe. In diesem Fall wäre die Antragstellerin gehalten gewesen, innerhalb der Teilnahmefrist die Antragsgegnerin auf eine allfällige Unklarheit aufmerksam zu machen und Aufklärung zu verlangen. Die Bestimmung sei in ihrem objektiven Erklärungswert eindeutig nachvollziehbar und sei von der genannten Anforderung in keiner Weise abgewichen.

Die Antragstellerin habe im Teilnahmeantrag zu jedem der ARGE-Referenzprojekte angegeben, dass ihr Anteil im Rahmen der ARGE jeweils 50 % betragen habe. Aufgrund dieser Angaben seien die ARGE-Referenzprojekte zunächst berücksichtigt und die Antragstellerin zur Teilnahme an der zweiten Stufe des Vergabeverfahrens zugelassen worden. Erst nachträglich seien durch Angaben des ARGE-Partners zu den ARGE-Referenzprojekten in einem andren Vergabeverfahren Informationen zu Tage getreten, die die Angaben der Antragstellerin zum Mindestanteil im Teilnahmeantrag erheblich in Frage stellten.

Die Antragstellerin sei daher mit Schreiben vom 18. Juli 2019 aufgefordert worden, geeignete Nachweise zum Mindestanteil an den namhaft gemachten ARGE-

Referenzprojekten vorzulegen. Die Antragstellerin habe daraufhin ohne weitere Erläuterungen zu allen namhaft gemachten ARGE-Referenzprojekten die zugehörigen ARGE-Verträge und die ARGE-Jahresabschlüsse für das Jahr 2018 vorgelegt.

Mit Schreiben vom 6. August 2019 sei die Antragstellerin um ergänzende Aufklärung und Vorlage von Nachweisen ersucht worden, was die Antragstellerin mit Schreiben vom 13. August 2019 abgelehnt habe.

Aus den vorgelegten Unterlagen ergebe sich, dass die Vergütungen an die ARGE-Partner asymmetrisch aufgeteilt worden seien. Das heiße, der ARGE-Anteil der Antragstellerin betrage weniger als 50 %. Damit würden sich die Angaben der Antragstellerin im Teilnahmeantrag als unrichtig erweisen. Mangels weiterer Nachweise sei daher nicht davon auszugehen, dass der Leistungsanteil der Antragstellerin im Rahmen der ARGE zumindest 50 % betragen habe. Der entsprechende Nachweis sei durch die Antragstellerin nicht erbracht worden. Die ARGE-Referenzprojekte seien daher bei der Beurteilung der Eignung, konkret der technischen Leistungsfähigkeit, nicht zu berücksichtigen gewesen.

Entgegen den Ausführungen der Antragstellerin habe die Antragsgegnerin Art und Umfang der geforderten Eignungsnachweise nicht unzulässig erweitert. Richtig sei zwar, dass im Hinblick auf die Angaben zum ARGE-Mindestanteil zunächst nur die Angaben zum ARGE-Anteil selbst gefordert gewesen seien. Wenn sich in der Folge erhebliche Zweifel an der Richtigkeit der Angaben ergeben würden oder sich überhaupt herausstellen würde, dass diese unrichtig seien, sei der Auftraggeber gehalten, den Bewerber/Bieter zur Vorlage weiterer geeigneter Nachweise aufzufordern. Dies auch im Interesse des Bewerbers/Bieters, zumal sonst bei auftretenden Zweifeln von vornherein davon ausgegangen werden müsse, dass die entsprechenden Anforderungen nicht nachgewiesen worden seien.

Gemäß § 20 Abs. 1 BVergG 2018 dürfe die Vergabe nur an geeignete, insbesondere leitungsfähige Bieter erfolgen. Der Auftraggeber habe den Mangel der Eignung, der technischen Leistungsfähigkeit, in jeder Phase des Vergabeverfahrens aufzugreifen, dies auch, wenn ein Mangel der Leistungsfähigkeit bei einem mehrstufigen Verfahren erst in einer späteren Stufe zu Tage trete, auch wenn die Eignung bereits in der ersten Stufe geprüft worden sei.

Die Antragstellerin habe in ihrem Teilnahmeantrag unrichtige Angaben zu ihren Leistungsanteilen an ARGE-Referenzprojekten gemacht. Auch wenn dies nicht vorsätzlich geschehen sein sollte, so sei der Antragstellerin doch vorzuwerfen, dass sie trotz der behaupteten Zweifel am Verständnis der Anforderung die genannten Angaben wider besseren Wissens gemacht habe, ohne sich zuvor über den Inhalt der Anforderung, z.B. durch ein Aufklärungsersuchen, zu vergewissern. Die unrichtigen Angaben seien kausal für die weitere Entscheidung der

Antragsgegnerin gewesen, die Antragstellerin in die zweite Stufe des Vergabeverfahrens zuzulassen. Die Antragstellerin habe daher auch den Ausschlussgrund gemäß § 78 Abs. 1 Z 10 BVergG 2018 verwirklicht. Vorsatz sei dafür nicht erforderlich. Das Angebot der Antragstellerin sei daher schon aus diesem Grund nicht zu berücksichtigen gewesen und sei der ggst. Nachprüfungsantrag abzuweisen.

Das Angebot der Antragstellerin sei ferner deswegen auszuscheiden, weil diese nicht die notwendige finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit besitze. Die Antragstellerin habe im Teilnahmeantrag die einschlägigen Jahresumsätze für die Geschäftsjahre 2016 bis 2018 angegeben und darauf hingewiesen, dass die angeführten Zahlen auch die anteiligen Umsätze aus der Leistungserbringung in den ARGEn enthalten würden. Im Übrigen hat die Antragstellerin – im Einklang mit den Ausschreibungsbedingungen – auf die vorgelegte Eigenerklärung verwiesen. Auf Nachfrage hat die Antragstellerin die Jahresabschlüsse für die Geschäftsjahre 2015 bis 2017 vorgelegt. Da die von der Antragstellerin angegebenen Umsätze ungewöhnlich niedrig erschienen seien und nicht mit den in den Jahresabschlüssen ausgewiesenen Umsätzen in Einklang gebracht werden hätten können, habe die Antragsgegnerin die Antragstellerin mit Schreiben vom 18. Juli 2019 um Aufklärung ersucht.

Dem habe die Antragstellerin mit Schreiben vom 24. Juli 2019 entsprochen und unter anderem angeführt, dass die im Teilnahmeantrag angeführten Umsätze entgegen den dort gemachten Angaben doch nicht die anteiligen ARGE-Umsätze enthalten würden. Ferner seien Ziffernstürze in den Angaben korrigiert worden, wobei auch die neuen Umsatzzahlen nicht mit den Jahresabschlüssen in Einklang gebracht werden hätten können. Zum Nachweis der einschlägigen Umsätze, einschließlich der anteiligen ARGE-Umsätze, habe die Antragstellerin korrigierte Umsatzaufstellungen für die Jahre 2016 bis 2018 vorgelegt.

Ein Vergleich der angeführten Jahresumsätze mit dem geschätzten Auftragswert des vergabegegenständlichen Auftrages zeige ein grobes Missverhältnis zwischen Auftragswert und den deutlich darunter liegenden Jahresumsätzen, sodass daraus der Schluss zu ziehen gewesen sei, dass sich die Antragstellerin nicht in der geforderten, solventen Lage befinde, um insbesondere die Herstellungskosten des Bauvorhabens zwischenfinanzieren zu können.

Daher sei das Angebot mangels Nachweises der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit auch aus diesem Grund auszuscheiden gewesen.

Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin seien weder die Mindestanforderungen an die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, noch die geforderten Nachweise erweitert oder verändert worden. Die Entscheidung basiere auf der genannten Anforderung der Bewerberinformation

und es seien die dort geforderten Nachweise angefordert und verwertet worden. Wenn in der Verständigung vom Ausscheiden vom Gesamtumsatz anstelle vom einschlägigen Umsatz die Rede sei, dann deswegen, weil die Antragstellerin als einschlägigen Umsatz ihren Gesamtumsatz angegeben habe.

Die Antragsgegnerin stelle daher den Antrag, das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich möge die Anträge der Antragstellerin auf Nichtigerklärung des Ausscheidens des Angebotes, sowie darauf, der Antragsgegnerin den Ersatz der Pauschalgebührenaufzuerlegen, abweisen und den Antrag der Antragstellerin auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung zurückweisen.

I.4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat in der Folge für 15. Oktober 2019 eine öffentliche mündliche Verhandlung anberaumt, zu welcher sowohl die Antragstellerin als auch die Antragsgegnerin und deren rechtsfreundlicher Vertreter geladen wurden. In dieser Verhandlung wurde die Sach- und Rechtslage umfassend erörtert.

II. Nachfolgender S A C H V E R H A L T steht fest:

II.1. Ausschreibungsunterlage der ersten Stufe – Bewerberinformation / Bekanntmachung im Amtsblatt der EU:

II.1.1. Die Antragsgegnerin als öffentliche Auftraggeberin vergibt einen Auftrag über die Errichtung eines Gemeindezentrums durch einen Generalübernehmer. Gegenstand des Auftrages ist die eigenverantwortliche technische und kommerzielle Abwicklung des gesamten Bauvorhabens einschließlich der Projektsteuerung. Der Auftrag umfasst die Koordination und Überwachung der Planung sowie der bauausführenden Leistungen durch den Auftragnehmer. Der Auftragnehmer (Generalübernehmer) erbringt die in der Angebotsunterlage angeführten Leistungen und beauftragt im eigenen Namen die bauausführenden Unternehmen. Gegenüber dem Auftraggeber schuldet der Auftragnehmer als Leistungserfolg die ordnungsgemäße und zeitgerechte Errichtung des Gemeindezentrums, wobei die Bauausführung nicht durch den Auftragnehmer selbst, sondern durch von ihm beauftragte Dritte erfolgt. Sofern der Auftraggeber die Option „Finanzierung“ zieht, hat der Auftragnehmer die im Rahmen des Bauvorhabens zu erbringenden Leistungen vorzufinanzieren.

Der Auftrag umfasst die Neuerrichtung eines Gemeindeamtes mit Veranstaltungssaal, die Neuerrichtung eines multifunktionalen Kommunalgebäudes sowie die Neugestaltung des Ortplatzes, sowie optional den Abbruch des alten Gemeinsamtes, die Errichtung von Veranstaltungsparkplätzen und die Errichtung einer Grünfläche / Parkanlage.

Der geschätzte Auftragswert für das Vorhaben „Errichtung Gemeindezentrum“ beträgt 7,5 Millionen Euro exklusive Umsatzsteuer, zuzüglich 498.000 Euro exklusive Umsatzsteuer für die Option, in Summe daher rund 8 Millionen Euro exklusive Umsatzsteuer. Das Vergabeverfahren wird daher nach den für den Oberschwellenbereich geltenden Bestimmungen des BVergG 2018 in einem Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung durchgeführt und unter Verwendung der Vergabeplattform www.lieferenzeiger.at elektronisch abgewickelt.

II.1.2. Die Bekanntmachung des Verfahrens wurde unter Verwendung der Vergabeplattform www.lieferanzeiger.at durchgeführt.

Die Bekanntmachung erfolgte im Amtsblatt der Europäischen Union, abgesendet am 3. Mai 2019, erschienen am 7. Mai 2019, Bekanntmachungsnummer im Amtsblatt: 2019/S 0088-210013. Die Kerndaten des Verfahrens wurden gemäß § 59 BVergG 2018 bereitgestellt, abgesendet am 3. Mai 2019, erschienen am 6. Mai 2019, L-Nummer: L-675766-593).

Die Ausschreibungsunterlagen der ersten Stufe (Bewerberinformation, Formular Eigenerklärung, Formblätter ./1 bis ./5) wurden allen Bewerbern unter Verwendung der Vergabeplattform – auftraggeberseitig: www.lieferanzeiger.at, auftragnehmerseitig: www.auftrag.at – zur Verfügung gestellt.

I.1.3. Die Bewerberinformation (Ausschreibungsunterlage der ersten Stufe) enthält unter „5. Eignungsnachweise“ umfassende Ausschreibungsbestimmungen zur beruflichen Zuverlässigkeit (5.2.), zum Nachweis der Befugnis (5.3.), zum Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit (5.4.), zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit (5.5.), insbesondere zum Nachweis von Referenzprojekten (5.5.3.), sowie zur Eigenerklärung (5.7.) und zu den zu verwendenden Formblättern.

Die bestandsfeste Ausschreibungsunterlage – Bewerberinformation – regelt dazu Nachfolgendes:

„5. Eignungsnachweise

5.1. Allgemeines

> Der Bewerber hat die Befugnis, Zuverlässigkeit, finanzielle und wirtschaftliche sowie technische Leistungsfähigkeit nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen nachzuweisen. Für den Fall einer Bewerbung als Bewerbergemeinschaft muss jedes Mitglied der Gemeinschaft den Nachweis erbringen. Für den Fall der Weitergabe von Leistungen an einen Subunternehmer ist auch für diesen der Nachweis zu erbringen (siehe Punkt 2.5).

5.2. Nachweis der beruflichen Zuverlässigkeit

Der Bewerber muss nachweisen, dass

- gegen ihn oder - sofern es sich bei dem Bewerber um keine natürliche Person handelt - gegen eine physische Person, die Mitglied im Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan des Bewerbers ist oder die darin Vertretungs-, Entscheidungs- oder Kontrollbefugnisse hat, kein rechtskräftiges Urteil wegen eines in § 78 Abs 1 Z 1 BVergG 2018 genannten Deliktes ergangen ist,
- gegen ihn kein Insolvenzverfahren (Sanierungs- oder Konkursverfahren) eingeleitet wurde oder die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens mangels kostendeckenden Vermögens abgewiesen wurde,
- er sich nicht in Liquidation befindet oder seine gewerbliche Tätigkeit nicht eingestellt hat;
- er seine Verpflichtungen zur Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge, der Steuern und Abgaben erfüllt.

Diese Nachweise sind durch Vorlage folgender Unterlagen zu führen:

a) Aktueller Auszug aus dem Strafregister (§ 10 Strafregistergesetz 1968) bzw. Registerauskunft für Verbände (§ 89m Gerichtsorganisationsgesetz - GOG) oder eine gleichwertige Bescheinigung einer Gerichts- oder Verwaltungsbehörde des Sitzstaates des Unternehmers;
b) Aktueller Auszug aus der Insolvenzdatei gemäß § 256 Insolvenzordnung (IO) oder gleichwertige Dokumente der zuständigen Behörden des Sitzstaates des Unternehmers;
c) Aktueller Firmenbuchauszug gemäß § 33 Firmenbuchgesetz und Auskunft aus dem Gewerbeinformationssystem Austria gemäß § 365e Abs 1 Gewerbeordnung 1994 (GewO) oder gleichwertige Dokumente der zuständigen Behörden des Sitzstaates des Unternehmers
d) Letztgültige Rückstandsbescheinigung gemäß § 229a Bundesabgabenordnung (BAO), oder gleichwertige Dokumente der zuständigen Behörden des Sitzstaates des Unternehmers;
e) Letztgültiger Kontoauszug bzw. Unbedenklichkeitsbestätigung des zuständigen Sozialversicherungsträgers oder gleichwertige Dokumente des Sitzstaates des Unternehmers.

5.3. Nachweis der Befugnis

Der Bewerber hat nachzuweisen, dass er über die erforderliche Befugnis für die Durchführung des Auftrages verfügt.

Bewerber, die im Gebiet einer anderen Vertragspartei des EWR-Abkommens oder in der Schweiz ansässig sind und die für die Ausübung einer Tätigkeit in Österreich eine behördliche Entscheidung betreffend ihre Berufsqualifikation einholen müssen, haben ein darauf gerichtetes Verfahren möglichst umgehend, jedenfalls aber vor Ablauf der Angebotsfrist einzuleiten. Sie haben den Nachweis zu erbringen, dass sie vor Ablauf der Angebotsfrist einen entsprechenden Antrag eingebracht haben.

5.4. Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit

5.4.1. Der Bewerber muss sich in einer solventen wirtschaftlichen Lage befinden, sodass er in der Lage ist, die Zwischenfinanzierung der Errichtung zu gewährleisten, und die Herstellungskosten selbst oder durch entsprechende Darlehensaufnahmen zwischenzufinanzieren.

5.4.2. Der Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit ist durch Beilage folgender Unterlagen zu fuhren:

a) Bankauskunft (Bonitätsauskunft)
b) Vorlage der Bilanzen und der Gewinn- und Verlustrechnungen der vergangenen 3 Jahre
c) Nachweis einer Betriebshaftpflichtversicherung
d) Erklärung über den Umsatz für den Tätigkeitsbereich, in den die gegenständliche Vergabe fällt, in den letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahren (Formblatt ./4).

5.5. Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit

5.5.1. Der Bewerber muss nachweisen, dass seine technische Leistungsfähigkeit gegeben ist.

5.5.2. Als Mindestanforderung hat der Bewerber nachzuweisen, dass er in den letzten 5 Jahren

a) drei kommunale Hochbauvorhaben (Neubau, Umbau oder umfassende Generalsanierung), davon
b) jeweils zumindest ein Projekt betreffend den Neubau, Umbau oder die Generalsanierung
   - eines Gemeindeamtes und
   - eines Kindergartens oder einer Krabbelstube (kein Hort),

als Bauträger, Total-/Generalübernehmer, Baubetreuer oder in vergleichbarer Funktion abgewickelt hat.

Dieser Nachweis ist durch Vorlage einer Liste von Referenzprojekten mit vergleichbarem Leistungsinhalt (siehe Punkt 5.5.3) zu führen. Ein Projekt kann auch zum Nachweis mehrerer der vorstehend genannten Anforderungen angeführt werden.

5.5.3. Für den Nachweis der Referenzprojekte ist das Formblatt ./3 zu verwenden (Referenzprojektliste „Bauvorhaben“). Für jedes Referenzprojekt sind die Informationen laut Formular zur Verfügung zu stellen, sämtliche Lücken sind auszufüllen. Für den Nachweis der Mindestanforderung nach diesem Punkt 5.5 sowie für die Auswahl gemäß Punkt 6.2 werden nur Referenzprojekte berücksichtigt, die in dieser Liste angeführt werden und für die das, Formular jeweils vollständig ausgefüllt ist.

Der Bewerber hat in der Referenzprojektliste für Bauvorhaben zu jedem Projekt mindestens folgende Informationen anzuführen:

- Bezeichnung des Bauvorhabens,
- Auftraggeber und Ansprechperson beim Auftraggeber;
- Bezeichnung der Funktion des Bewerbers und aussagekräftige Beschreibung der erbrachten Leistungen des Bewerbers (Leistungsbeschreibung) sowie Angaben ob die Leistungen ordnungsgemäß ausgeführt wurden; weitere Angaben zur Beurteilung der Vergleichbarkeit des Leistungsinhaltes gemäß diesem Punkt 5.5.3,
- Nettoherstellungskosten;
- Zeitraum der Auftragsdurchführung.

Als Aufträge mit vergleichbarem Leistungsinhalt gelten Aufträge, die (zusätzlich zu den Anforderungen an das Projekt gemäß Punkt 5.5.2)

- die Durchführung des Vorhabens als Total-/Generalübernehmer, Bauträger, Baubetreuer oder in vergleichbarer Funktion,
- mit komplexem Leistungsbild (z.B. einschließlich Projektsteuerung, Einbindung in die Planungsphase, Förderabwicklung oder Finanzierung) betreffend Projekte mit vergleichbarer Größenordnung gemessen an den Herstellungskosten

zum Gegenstand haben.

Kommunale Auftraggeber sind Gemeinden, Gemeindeverbände oder von diesen beherrschte ausgegliederte Rechtsträger. Als kommunale Hochbauvorhaben gelten solche Projekte, die für kommunale Auftraggeber durchgeführt wurden. Projekte anderer Auftraggeber werden nur dann berücksichtigt, wenn der Bewerber im Einzelfall nachweist, dass Erfordernisse der Abwicklung im Hinblick auf Gemeindeaufsicht, Berichtswesen, Kostenverfolgung und Kostenübersicht sowie die Mittelaufbringung mit denen eines Gemeindeprojektes vergleichbar waren.

Projekte, bei denen der Bewerber Leistungen der Bauausführung erbracht hat (z.B. als Generalunternehmer) werden nicht berücksichtigt, es sei denn, der Bewerber weist nach, dass seine Leistung aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalls mit der eines Bauträgers oder Total-/Generalübernehmers im Hinblick auf die technische, organisatorische und kommerzielle Abwicklung, Auftragsvergabe an Dritte, Projektmanagement und Kostenermittlung vergleichbar ist.

Als Referenzprojekte werden nur solche Projekte berücksichtigt, die in den letzten 5 Jahren (gerechnet ab dem Zeitpunkt des Endes der Bewerbungsfrist) tatsächlich begonnen oder abgeschlossen wurden, oder in denen sonst Leistungen in diesem Zeitraum zu erbringen waren. Es werden nur solche Projekte berücksichtigt, in denen der Bewerber bereits Vertragsleistungen erbracht hat.

Hat ein Bewerber in einem Referenzprojekt im Rahmen einer Arbeitsgemeinschaft mitgewirkt, wird das Referenzprojekt nur berücksichtigt, wenn der Anteil des Bewerbers jeweils zumindest 50 % des Auftragswerts umfasst. Der Anteil des Bewerbers ist beim jeweiligen Referenzprojekt zu nennen.

5.5.4. Der Bewerber muss über eine ausreichende personelle Ausstattung verfügen, um eine lückenlose Projektbetreuungstätigkeit auch bei Urlaub, Krankheit und sonstigen Ausfällen gewährleisten zu können. Mit dem Teilnahmeantrag sind Informationen zur personellen Ausstattung vorzulegen (Formblatt ./5).

5.6. Sonstige Nachweise, vorzulegende Unterlagen

Der Auftraggeber behält sich das Recht vor, den Bewerber gegebenenfalls aufzufordern, weitere Nachweise binnen angemessener Frist beizubringen.

Der Auftraggeber behält sich weiters vor, eine Auskunft aus der zentralen Verwaltungsstrafevidenz des Bundesministers für Finanzen gemäß § 28b Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG), sowie eine Auskunft aus der Verwaltungsstrafevidenz der Wiener Gebietskrankenkasse als Kompetenzzentrum Lohn- und Sozialdumping Bekämpfung gemäß § 35 Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG) darüber einzuholen, ob dem Bewerber, einem Mitglied der Bewerbergemeinschaft oder deren Subuntemehmern eine rechtskräftige Bestrafung gemäß § 28 Abs. 1 Z 1 AuslBG oder gemäß den §§ 28 oder 29 LSD-BG bzw. eine rechtskräftige Entscheidung gemäß § 31 LSD-BG zuzurechnen ist.

Die Befugnis, Zuverlässigkeit, finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sowie technische Leistungsfähigkeit des Bewerbers zur Durchführung des gegenständlichen Auftrages müssen während des gesamten Vergabeverfahrens nachweislich gegeben sein.

Der Auftraggeber behält sich vor, im Verlauf des Vergabeverfahrens von den Bietern Nachweise zum Vorliegen der Eignung zu verlangen, um festzustellen, ob die Eignung nach wie vor gegeben ist.

5.7. Eigenerklärung

Die Bewerber können ihre Befugnis, Zuverlässigkeit und/oder (finanzielle und wirtschaftliche) Leistungsfähigkeit auch durch die Vorlage einer Erklärung belegen, dass sie die vom Auftraggeber verlangten Eignungskriterien erfüllen und die in den Punkten 5.2 bis 5.4 festgelegten Nachweise auf Aufforderung unverzüglich beibringen können (Eigenerklärung).

Der Bewerber hat hierzu das vom Auftraggeber zur Verfügung gestellte Formular „Eigenerklärung“ verwenden. Alternativ kann der Bewerber auch eine Einheitliche Europäische Eigenerklärung verwenden.

In der Eigenerklärung sind insbesondere die Befugnisse anzugeben, über die der Bewerber konkret verfügt. Die bloße Erklärung, „geeignet“ oder „befugt“ zu sein, ist nicht ausreichend. Die Eigenerklärung ist gemeinsam mit dem Teilnahmeantrag vorzulegen.

Der Auftraggeber behält sich bei Abgabe einer Eigenerklärung vor, die Bewerber aufzufordern, Nachweise binnen einer angemessenen Frist vorzulegen bzw. vorgelegte

Bescheinigungen binnen einer angemessenen Frist zu vervollständigen oder zu erläutern, wenn der Auftraggeber dies für erforderlich erachtet. Die so angeforderten Nachweise können auch in Kopie oder elektronisch vorgelegt werden.

Die Referenzprojekte (Formblatt ./3), die Angaben zum einschlägigen Jahresumsatz gemäß Punkt 5.4.2 (d) (Formblatt ./4) sowie die Informationen über die personelle Ausstattung gemäß Punkt 5.5. (Formblatt ./5) sind jedenfalls bereits mit dem Teilnahmeantrag vorzulegen."

[Hervorhebungen im Original]

II.2. Der Teilnahmeantrag der Antragstellerin hatte insbesondere nachfolgenden Inhalt:

Die Antragstellerin erklärte, dass sie über eine Gewerbeberechtigung für das Baumeistergewerbe verfügt; sowie zur Zuverlässigkeit, dass gegen sie kein Insolvenzverfahren (Sanierungs- oder Konkursverfahren) eingeleitet wurde oder die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens mangels kostendeckenden Vermögens abgewiesen wurde; dass gegen sie kein rechtskräftiges Urteil wegen eines in § 78 Abs. 1 Z 1 BVergG 2018 genannten Deliktes ergangen ist; sie im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit keine schwere Verfehlung, insbesondere gegen Bestimmungen des Arbeits-, Sozial- oder Umweltrechts begangen hat; sie ihre Verpflichtungen zur Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge, der Steuern und Abgaben erfüllt; sie sich nicht in Liquidation befindet und ihre gewerbliche Tätigkeit nicht eingestellt hat; sie über die für den Auftrag erforderliche Bonität verfügt; sie über eine sämtliche Risiken des gegenständlichen Auftrages abdeckende, aufrechte Haftpflichtversicherung verfügt.

Ferner legte die Antragstellerin eine Liste über Referenzprojekte gemäß Punkt 5.5.3. der Bewerberinformation vor. In dieser Liste waren zahlreiche Referenzprojekte die die Antragstellerin im Rahmen einer ARGE abgewickelt hatte.

In dem für Referenzprojekte vorgesehenen Formblatt ./3 nannte die Antragstellerin 24 Referenzprojekte, von denen 17 Referenzprojekte von der ARGE e & B GmbH abgewickelt wurden. Die Antragstellerin erklärte zu allen 17 im Rahmen der ARGE abgewickelten Referenzprojekten, dass der Anteil am Auftragswert jeweils 50 % betragen habe, ohne dies zunächst genauer zu belegen.

Zum Jahresumsatz machte die Antragstellerin nachfolgende Angaben:
2016: 1.585.062,23 Euro
2017: 2.105.614,51 Euro
2018: 2.781.000,00 Euro
Die angegebenen Zahlen sind die Betriebsleistung (= Umsatz der Gesellschaft inkl. anteiliger ARGE-Umsätze).

Zum Personal führte die Antragstellerin aus, dass in der Unternehmensgruppe aktuell ca. 45 Mitarbeiter beschäftigt sind. Davon sind sieben Mitarbeiter technisches Personal, welches die Betreuung des gegenständlichen Projektes durchführen kann.

Außerdem wurde eine Subunternehmererklärung angeschlossen.

II.3. Die Antragstellerin und weitere Teilnehmer haben zeitgerecht elektronisch Teilnahmeanträge unter Verwendung der Vergabeplattform abgegeben. Die Teilnahmeanträge wurden am 7. Juni 2019 kommissionell geöffnet. Über die Angebotsöffnung wurde eine Niederschrift verfasst.

In der Niederschrift wurden ua. nachfolgende Erklärungen der Antragstellerin festgehalten:

„Wir beantragen die Teilnahme am oben angeführten Vergabeverfahren.
Wir erklären, dass wir über die laut Bewerberinformation erforderliche Befugnis sowie finanzielle, wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit verfügen und die Zuverlässigkeit aufweisen. Wir legen dazu die im beiliegenden Verzeichnis angeführten Nachweise und Unterlagen vor.
Wir erklären, das gegen uns kein Ausschlussgrund gemäß § 78 Abs. 1 und Abs. 2 BVergG 2018 vorliegt.
Wir sind uns bewusst, dass wissentlich falsche Angaben oder Erklärungen zum Ausschluss vom weiteren Vergabeverfahren führen.
Wir erklären, dass wir die Bewerberinformation geprüft haben, mit den enthaltenen Bestimmungen einverstanden sind und sie diesem Teilnahmeantrag zugrunde legen.“

II.4. Mit Rückfrage der Antragsgegnerin vom 11. Juni 2019 ersuchte diese die Antragstellerin um folgende Ergänzungen:

„1. Mit dem Teilnahmeantrag wurde die Beilage ‚Formblätter ./1 bis ./5`fehlerhaft hochgeladen. Insbesondere fehlen Seite 1-3. Wir ersuchen um Zusendung der fehlenden Teile.
2. Zu dem benötigen wir für die Beurteilung der finanziellen und technischen Leistungsfähigkeit der B GmbH die in Punkt 5.4.2. der Bewerberinformation genannten Nachweise. Wir bitten Sie daher die folgenden Dokumente nachzureichen:
a) Bankauskunft (Bonitätsauskunft)
b) Bilanzen und Gewinn- und Verlustrechnungen der vergangenen 3 Jahre
c) Nachweis einer Betriebshaftpflichtversicherung
Wir ersuchen um Übermittlung der genannten Unterlagen über das Kommunikationstool der Vergabeplattform www.auftrag.at (eTendering) bis spätestens Mittwoch, 19.06.2019, 14:00 Uhr (einlangend).“

II.5. Mit Antwortschreiben vom 12. Juni 2019 erteilte die Antragstellerin Auskünfte bzw. legte Dokumente vor.

„Beiliegend senden wir Ihnen die gewünschten Nachweise:
1) Formblätter 1-5 = nochmal neu in PDF-Format eingescannt
2) Eigenerklärung = nochmal neu in PDF-Format eingescannt
3) Bonitätsauskunft = KSV Rating (sollte KSV-Auskunft nicht ausreichen und eine Bestätigung von unserer Bank (Sparkasse) unbedingt notwendig sein, müssten wir das noch bei der Sparkasse anfordern, was noch einige Tage in Anspruch nehmen würde, bis uns diese ausgestellt und zugesandt wird. Hier ersuche ich um Rückinfo, falls dies gewünscht ist.
4) Bilanzen GuV 2015-2017 (Jahresabschluss für das Jahr 2018 voraussichtlich Ende Juni 2019)
5) Betriebshaftpflichtversicherung“

II.6. Mit Rückfrage vom 12. Juni 2019 forderte die Antragsgegnerin die Bankauskunft wie folgt:

„Wir ersuchen Sie, noch die Bankauskunft einzuholen und uns vorzulegen.
Bitte übermitteln Sie uns die Bankauskunft über das Kommunikationstool der Vergabeplattform www.auftrag.at (eTendering) bis spätestens Mittwoch, 19.06.2019, 14:00 Uhr (einlangend).“

II.7. Mit Antwortschreiben vom 13. Juni 2019 übermittelte die Antragstellerin die erforderliche Bankauskunft.

II.8. In weiterer Folge wurden die Teilnahmeanträge aller Bewerber geprüft. Die Niederschrift über die Prüfung des Teilnahmeantrages der Antragstellerin hat auszugsweise nachfolgenden Inhalt:

„3. Eignung

3.1. Befugnis
Die B GmbH verfügt laut Eigenerklärung gemäß Punkt 5.7. der Bewerberinformation über die Gewerbeberechtigung für Baumeister.
Der Bewerber verfügt über die notwendige Befugnis.

3.2. Zuverlässigkeit
Nachgewiesen durch Eigenerklärung gemäß Punkt 5.7. der Bewerberinformation.

3.3. Technische Leistungsfähigkeit
Gemäß Punkt 5.5.2. der Bewerberinformation hat der Bewerber als Mindestanforderung nachzuweisen, dass er in den letzten 5 Jahren
a) drei kommunale Hochbauvorhaben (Neubau, Umbau oder umfassende Generalsanierung), davon
b) jeweils zumindest ein Projekt betreffend den Neubau, Umbau oder die Generalsanierung
- eines Gemeindeamtes und
- eines Kindergartens oder einer Krabbelstube (kein Hort),

als Bauträger, Total-/Generalübernehmer, Baubetreuer oder in vergleichbarer

Funktion abgewickelt hat.

Der Bewerber hat in der Referenzprojektliste zu jenen Referenzprojekten, die er in Arbeitsgemeinschaft abgewickelt hat, die notwendigen Erklärungen zu seinem Anteil am Projekt abgegeben. Daraus ergibt sich, dass der Anteil des Bewerbers an jenen Referenzprojekten zumindest 50% des Auftragswertes umfasst. Jene Referenzprojekte wurden daher berücksichtigt.

Der Bewerber hat nachstehende Referenzprojekte vorgelegt, die im Sinne des Punkt 5.5.2. lit a) der Bewerberinformation als Bauträger, Totalübernehmer/Generalübernehmer, Baubetreuer oder in vergleichbarer Funktion für kommunale Auftraggeber und innerhalb des vorgegebenen Referenzzeitrahmens abgewickelt wurden:

- Neubau Hort, Zubau Neue Mittelschule H-HS 12 - TB L
- Sanierung Amtshaus T - ARGE e & B
- Neubau Schulcampus S/NB - TB L
- Erweiterung und Sanierung HTL W - TB L
- Neubau Europamittelschule S/Nordbahn - TB L
- Zubau und Sanierung Kindercampus D - ARGE e & B
- Kindergarten, Krabbelstube und Hort O - ARGE e & B
- Kindergarten Nord M - ARGE e & B
- Haus der Kultur St. Peter am W - ARGE e & Bau
- Gemeindeamt und Musikheim L - ARGE e & B
- Sanierung Amtsgebäude und Feuerwehr in St. Ulrich - ARGE e & B
- Errichtung eines Bauhofes in O - ARGE e & B
- Veranstaltungszentrum G - ARGE e & B
- Dorfzentrum K - ARGE e & B
- Neue Mittelschule W - ARGE e & Bau
- Turnhalle W - ARGE e & B
- Erweiterung Kombinationsgebäude M - ARGE e & B
- Neubau Wirtschaftshof O - TB L

Das Referenzprojekt Neubau Hort, Zubau NMS H-HS 12 - TB L wurde berücksichtigt, da es sich bei der I GmbH & Co KG um einen von der Stadt L ausgegliederten beherrschten Rechtsträger und damit um einen kommunalen Auftraggeber im Sinne des Punkt 5.5.3. der Bewerberinformation handelt.

Das Referenzprojekt KIGA W wurde nicht berücksichtigt, da es gemessen am Leistungsumfang nicht vergleichbar ist.

Das Referenzprojekt Neubau Feuerwehrhaus A wurde nicht berücksichtigt, da es gemessen am Leistungsumfang nicht vergleichbar ist.

Das Referenzprojekt FF H wurde nicht berücksichtigt, da es gemessen am Leistungsumfang nicht vergleichbar ist.

Das Referenzprojekt Veranstaltungssaal H wurde nicht berücksichtigt, da es gemessen am Leistungsumfang nicht vergleichbar ist.

Das Referenzprojekt Neubau Kindergarten H wurde nicht berücksichtigt, da es gemessen am Leistungsumfang nicht vergleichbar ist.

Folgende Referenzprojekte erfüllen die Anforderung „Gemeindeamt und Kindergarten oder Krabbelstube (kein Hort)“ im Sinne des Punkt 5.5.2. lit b) der Bewerberinformation:

- Sanierung Amtshaus T - ARGE e & b
- Zubau und Sanierung Kindercampus D - ARGE e & B

- Kindergarten, Krabbelstube und Hort O - ARGE e & B
- Kindergarten Nord M - ARGE e & B
- Haus der Kultur St. Peter am W - ARGE e & B
- Gemeindeamt und Musikheim L - ARGE e & B
- Sanierung Amtsgebäude und Feuerwehr in St. Ulrich - ARGE e & B

Der Bewerber hat die Mindestanforderung erfüllt und den Nachweis erbracht, dass er über die für den Auftrag erforderliche Erfahrung verfügt. Zur Bewertung siehe unten, Punkt 4.1.

3.4. Angaben zur personellen Ausstattung

Die B GmbH beschäftigt insgesamt ca. 45 Mitarbeiter, davon sind 7 Mitarbeiter technisches Personal, welche die Betreuung des gegenständlichen Projekts durchführen können.
Damit hat der Bewerber den Nachweis erbracht, dass er über eine ausreichende personelle Ausstattung verfügt, um eine lückenlose Projektbetreuungstätigkeit auch bei Urlaub, Krankheit und sonstigen Ausfällen gewährleisten zu können.

3.5. Finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit

Nachgewiesen durch Eigenerklärung gemäß Punkt 5.7. der Bewerberinformation und Angaben zum einschlägigen Jahresumsatz gemäß Punkt 5.4.2 d) der Bewerberinformation.

Die Erträge der Betriebsleistung (=Umsatz der Gesellschaft inkl. anteiliger ARGE-Umsätze) für die letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahre betragen:

2016:	2017:	2018:
EUR 1.585.062,23	EUR 2.105.614,51	EUR 2.781.000,00

Der Bewerber hat in der mit dem Teilnahmeantrag vorgelegten Eigenerklärung erklärt, über die für den Auftrag erforderliche Bonität zu verfügen.
Der Bewerber wurde mit Schreiben vom 11.06.2019 und 12.06.2019 aufgefordert folgende Unterlagen zur Überprüfung der Richtigkeit der Angaben der Eigenerklärung vorzulegen:

- Bankauskunft (Bonitätsauskunft)
- Bilanzen und Gewinn- und Verlustrechnungen der vergangenen 3 Jahre
- Nachweis einer Betriebshaftpflichtversicherung

Die Prüfung der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit des Bewerbers wird nach vollständigem Erhalt der angeforderten Unterlagen abgeschlossen. Der Bewerber wird vorerst für die zweite Stufe des Verfahrens zugelassen.

3.6. Sonstige Nachweise, Unterlagen

Subunternehmererklärung vom 27.05.2019

4. Auswahlkriterien

4.1. Referenzen

Der Bewerber hat mit den vorgelegten Referenzen seine technische Leistungsfähigkeit für den gegenständlichen Auftrag ausreichend nachgewiesen.
Der Bewerber hat 7 einschlägige Referenzprojekte nachgewiesen und zwar

- Sanierung Amtshaus Thalheim - ARGE e & B
- Zubau und Sanierung Kindercampus D - ARGE e & B
- Kindergarten, Krabbelstube und Hort O - ARGE e& B
- Kindergarten Nord M - ARGE e & B
- Haus der Kultur St. Peter am W - ARGE e & B
- Gemeindeamt und Musikheim L - e & B
- Sanierung Amtsgebäude und Feuerwehr in S - ARGE e & B

5. Subunternehmer
Der Bewerber macht als Subunternehmer die Baumeister Ingenieur L GmbH, x 6, L, für den Leistungsteil Baubetreuung namhaft.

6. Zusammenfassung
Der Teilnahmeantrag ist rechtzeitig eingelangt, formal richtig und vollständig.
Der Bewerber hat 7 einschlägige Referenzprojekte nachgewiesen.
Die Eignungsprüfung wird nach Erhalt der zur Überprüfung der Richtigkeit der Angaben zur finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit in der Eigenerklärung angeforderten Unterlagen abgeschlossen. Der Bewerber wird vorerst für die zweite Stufe des Verfahrens zugelassen.“

[Hervorhebungen im Original]

II.9. Sämtliche Teilnahmeanträge wurden einer Prüfung unterzogen.

Die Antragstellerin wurde aus terminlichen Gründen – vorbehaltlich des positiven Ergebnisses der Eignungsprüfung – gemeinsam mit den anderen am Verfahren teilnehmenden und für geeignet befundenen Bewerbern zur Angebotslegung am 14. Juni 2019 eingeladen.

Mit Schreiben vom 14. Juni 2019 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin dazu Nachfolgendes mit:

„Wir haben Ihren Teilnahmeantrag einer ersten Prüfung unterzogen und mit Schreiben vom 11.06.2019 und 12.06.2019 weitere Unterlagen zu Nachweis Ihrer Eignung angefordert.
Wir haben alle Unterlagen vollständig erhalten und werden diese nun prüfen. Wir laden Sie ein an der zweiten Stufe des Vergabeverfahrens teilzunehmen und ein Angebot zu legen. Dieses wird – vorbehaltlich des positiven Ergebnisses der Eignungsprüfung – geprüft und im weiteren Verfahren berücksichtigt.
In der Anlage übermitteln wir die Angebotsunterlagen mir den für die Angebotserstellung notwendigen Formularen sowie den Entwurf des Leistungsvertrages.“

Zugleich wurden den Bewerbern die Ausschreibungsunterlagen auf die zweite Stufe des Vergabeverfahrens (Angebotsunterlage, Entwurf des

Leistungsvertrages, Formblätter ./a bis ./c) für die Angebotsabgabe zum Abruf über die Vergabeplattform zur Verfügung gestellt.

II.10. Die Ausschreibungsunterlagen der zweiten Stufe (Angebotsunterlage) enthalten unter „5. Eignungsnachweise“ nachfolgende Regeln:

„5 Eignungsnachweise

Soweit die im Teilnahmewettbewerb vorgelegten Nachweise nicht mehr gültig sind, hat der Bieter dies mitzuteilen und aktuelle Nachweise vorzulegen.

Der Auftraggeber behält sich vor, die Bieter gegebenenfalls aufzufordern, weitere Nachweise binnen angemessener Frist beizubringen bzw. die vorgelegten Nachweise zu vervollständigen oder zu erläutern.
Die Befugnis, Zuverlässigkeit, technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Bieters zur Durchführung des gegenständlichen Auftrages müssen während des gesamten Vergabeverfahrens nachweislich gegeben sein. Der Auftraggeber behält sich vor, im Verlauf des Vergabeverfahrens von den Bietern Nachweise zum Vorliegen der Eignung zu verlangen um festzustellen, ob die Eignung nach wie vor gegeben ist.
Hat der Bieter eine Eigenerklärung oder eine Einheitliche Europäische Eigenerklärung gemäß Punkt 5.7. der Bewerberinformation abgegeben, behält sich der Auftraggeber vor, vor Zuschlagserteilung die Vorlage der festgelegten Nachweise zu verlangen.“

II.11. Die kommissionelle Angebotsöffnung fand am 28. Juni 2019 statt. Sowohl das Angebot der Antragstellerin als auch die Angebote der weiteren Bieter wurden in einer Niederschrift dokumentiert.

II.12. Die Antragstellerin legte fristgerecht ein Angebot vom 27. Juni 2019, darin enthalten insbesondere die Formblätter ./ a bis ./c, betreffend das Schlüsselpersonal, Subunternehmer, sowie das Umsetzungskonzept.

II.13. Mit Rückfrage vom 28. Juni 2019 forderte die Antragsgegnerin bei der Antragstellerin Ergänzungen zum Schlüsselpersonal an:

„Wir haben ihr Angebot einer ersten Prüfung unterzogen. Dabei ist uns aufgefallen, dass die Formblätter ./b.1 bis ./b.3 „Schlüsselpersonal“ in den abgefragten Rubriken lediglich den Verweis auf den Lebenslauf des vorgesehenen Projektkeiters, Projektleiter-Stellvertreters und des Bauleiters enthalten.
Wir ersuchen Sie die konkreten Angaben gemäß Punkt 6.2.4.der Angebotsunterlage in die Formblätter ./b.1 bis./b.3 „Schlüsselpersonal“ einzutragen, dass wir diese Angaben für die Bewertung Ihres Angebotes benötigen. Andernfalls können wir Ihr Angebot nicht berücksichtigen.
Bitte übermitteln Sie und die genannten Unterlagen über das Kommunikationstool der Vergabeplattform www.auftrag.at (eTendering) bis spätestens Dienstag, 02.07.2019, 14:00 Uhr (einlangend).“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

Dieser Aufforderung kam die Antragstellerin nicht fristgerecht nach.

II.14. Das Bietergespräch vom 3. Juli 2019 fand mit einem der Geschäftsführer der Antragstellerin statt. Die Erörterung hatte nachfolgenden Inhalt:

„1.) Formblatt hinsichtlich Schlüsselpersonal wurde nicht ordnungsgemäß ausgefüllt. Nachfrist ist verstrichen. Eine weitere Nachfrist wird nicht eingeräumt.
2.) Wirtschaftliche Leistungsfähigkeit: kleinster Anbieter, daher eingehende Prüfung.
2.a.) Zwischenfinanzierung von € 7,5 Mio + Vorfinanzierung der USt. Mit Zedierung der Rechnungen ist Bankfinanzierung möglich.
2.b.) Haftungen für Subunternehmer (Konkurs Subunternehmer) - seriöse Auswahl der Subunternehmer, Erweiterung der Haftpflichtversicherung auf Ausfall durch Insolvenz von Subunternehmen zugesagt.
3.) Terminplan: Beginn im Frühjahr 2020, Fertigstellung 2021, Ausschreibungen über den Winter, Planungen sind bereits weit fortgeschritten. Übergabe Herbst 2021 lt. Bieter auch bei Baubeginn Frühjahr 2020 realistisch.
4.) Gewerksvergaben: Einladungslisten werden mit Gemeinde abgestimmt.
5.) Bieter bestätigt, mit Überbindung der Planungsaufträge einverstanden zu sein.
6.) Planungsphase: Projektleiter 1x wöchentlich falls erforderlich, bei Bedarf auch öfter. Umsetzungsphase: Bauleiter 1x wöchentlich, falls erforderlich auch öfter.
7.) Feld der potenziellen GÜs: Was soll die Gemeinde überzeugen von der B, was können Sie besser als der Wettbewerb? „Es hängt immer mit den handelnden Personen zusammen. Persönliche Beziehungen einsetzen, um Projekt über die Bühne zu bringen. Ich weiß was die Gemeinden wollen, war selbst Gemeindebediensteter, viele Beziehungen zu S. Grundehrlich bemühen.“ [Anmerkung: Ziffer 8 fehlt; Ziffer 9 = Ziffer 8]
9.) Letzter GÜ-Aufschlag: 3,6%. Der Bieter erklärt die Differenz zum ursprünglichen Angebot, das ursprünglich aufgrund eines telefonischen Übermittlungsfehlers intern ein zu hoher Preis in das Angebot aufgenommen wurde, er legt dazu ein alternatives Preisblatt vor, welches zum Protokoll genommen wird. Ferner wurde nun ein Nachlass von 10% eingeräumt.
Der Auftraggeber weist daraufhin, dass diese Verhandlungsrunde zugleich den Abschluss der Verhandlungen bildet; eine weitere Verhandlungsrunde findet nicht mehr statt.“

II.15. Am 8. Juli 2019 erstattete die Antragstellerin eine kommentarlose Urkundenvorlage an die Antragsgegnerin, die die Formblätter ./a bis ./c „Schlüsselpersonal“ beinhaltete.

II.16. Mit Ersuchen um Aufklärung vom 18. Juli 2019 stellte die Antragstellerin Fragen zu den Auftragswerten, insbesondere zur Aufteilung der Auftragsanteile in den Referenzprojekten der Antragstellerin:

„Im Rahmen der Eignungs- und Angebotsprüfung sind noch weitere Fragen aufgetreten. Wir ersuchen Sie zu folgenden Punkten Stellung zu nehmen, sowie folgende ergänzende Informationen bzw. Nachweise vorzulegen:

1. In der dem Teilnahmeantrag beigelegten Referenzprojektliste „Bauvorhaben“

(Formblatt ./3) haben Sie Projekte angegeben, die im Rahmen der ARGE e & B abgewickelt wurden. Der Anteil der B GmbH an diesen Projekten beträgt nach Ihrer Angabe jeweils 50% des Auftragswertes.
Wir ersuchen Sie für jedes dieser gemeinsamen Projekte um Nachweis, dass der Anteil der B GmbH gemessen am Auftragswert (bzw. am GÜ-Aufschlag) zumindest 50% betragen hat.

2. Aus den dem Teilnahmeantrag beigelegten „Angaben zur personellen Ausstattung“ (Formblatt ,/5) lässt sich nicht entnehmen, über wie viel Personal die B GmbH selbst verfügt.

   Wir ersuchen daher um Angabe, wie viele Personen für die Projektbetreuung bei der B GmbH beschäftigt sind und entsprechenden Nachweis. Wir weisen darauf hin, dass Beschäftigungsverhältnisse zu Dritten (auch in der Unternehmensgruppe) nicht zu berücksichtigen sind.

3. Wir ersuchen Sie um Nachweis, dass das im Angebot angegebene Schlüsselpersonal bei der B GmbH beschäftigt ist.

4. Wir ersuchen um ergänzende Vorlage folgender Unterlagen:
   - Letztgültige Rückstandsbescheinigung gemäß § 229a Bundesabgabenordnung (BAO),
   - Letztgültiger Kontoauszug bzw. Unbedenklichkeitsbestätigung des zuständigen Sozialversicherungsträgers.

5. Wir können die in Ihrem Teilnahmeantrag angegebenen einschlägigen Jahresumsätze der Jahre 2017 und 2018 anhand der von Ihnen vorgelegten Gewinn- und Verlustrechnungen nicht nachvollziehen. Ferner erscheinen uns die Jahresumsätze im Vergleich zum Auftragswert ungewöhnlich niedrig. Wir ersuchen um Aufklärung.“

[Hervorhebungen im Original

II.17. Mit Antwort der Antragstellerin vom 24. Juli 2019 übermittelte die Antragstellerin ein Konvolut an ARGE-Verträgen und ARGE-Bilanzen.

Die Antragstellerin fügte ihre Antworten in das Schreiben vom 18. Juli 2019 ein.

„Im Rahmen der Eignungs- und Angebotsprüfung sind noch weitere Fragen aufgetreten. Wir ersuchen Sie zu folgenden Punkten Stellung zu nehmen, sowie folgende ergänzende Informationen bzw. Nachweise vorzulegen:

1. In der dem Teilnahmeantrag beigelegten Referenzprojektliste „Bauvorhaben“ (Formblatt ./3) haben Sie Projekte angegeben, die im Rahmen der ARGE e & B abgewickelt wurden. Der Anteil der B GmbH an diesen Projekten beträgt nach Ihrer Angabe jeweils 50% des Auftragswertes.
Wir ersuchen Sie für jedes dieser gemeinsamen Projekte um Nachweis, dass der Anteil der

B GmbH gemessen am Auftragswert (bzw. am GÜ-Aufschlag) zumindest 50% betragen hat.

Antwort: Betreffend ALLER Argen mit der e war das Argeverhältnis 50% / 50%. Weiters waren die Funktionen wie folgt verteilt (aus Argeverträgen ersichtlich):

- Kaufin. Geschäftsführung: B
- Baukaufmann / - frau: B
- Technische Geschäftsführung: e
- Projektleitung: B
- Bauleitung: e

Zum Nachweis sind die Argeverträge der in den Referenzen angegebenen Projekte beigelegt. Weiters anbei Bilanzen der Projekte aus den ebenfalls das ARGE-Verhältnis ersichtlich ist.

2. Aus den dem Teilnahmeantrag beigelegten „Angaben zur personellen Ausstattung“ (Formblatt ./5) lässt sich nicht entnehmen, über wie viel Personal die B GmbH selbst verfugt.

Antwort: In der B GmbH sind aktuell 19 Personen beschäftigt. Davon 2 selbstständige Geschäftsführer (W B, W G) sowie 17 Dienstnehmer. Der Nachweis mittels SV Ausdruck ist beigelegt.

Wir ersuchen daher um Angabe, wie viele Personen für die Projektbetreuung bei der B GmbH beschäftigt sind und entsprechenden Nachweis. Wir weisen darauf hin, dass Beschäftigungsverhältnisse zu Dritten (auch in der Unternehmensgruppe) nicht zu berücksichtigen sind.

Antwort: In der B GmbH sind aktuell folgende Personen beschäftigt welche die Projektbetreuung ausführen können:

- Bmst. DI W B - kein Anstellungsverhältnis da über Beteiligungsverhältnis (50% an B) keine Anstellung lt. ASVG möglich ist - Geschäftsführer B GmbH
- W G - kein Anstellungsverhältnis da über Beteiligungsverhältnis (50% an B) keine Anstellung lt. ASVG möglich ist - Geschäftsführer B GmbH
- C G - Bauleiter
- O K — Bauleiter

3. Wir ersuchen Sie um Nachweis, dass das im Angebot angegebene Schlüsselpersonal bei der B GmbH beschäftigt ist.

Antwort: Zum angebotenen Schlüsselpersonal kann folgendes mitgeteilt werden:

- Projektleiter
  - Bmst. DI W B - wie in Punkt 2 erwähnt nicht ASVG Angestellter da 50% Gesellschafter
- Projektleiter Stellvertreter
  - Bmst. R S - beschäftigt als Prokurist in der Schwesterfirma I GmbH (verbundenes Unternehmen), wird im Auftragsfall der B GmbH zur Verfügung stehen. (Überlassungserklärung seitens I GmbH liegt bei)

- Bauleiter
    - o DI (FH) O H - beschäftigt als Projektleiter in der Schwesterfirma I GmbH (verbundenes Unternehmen), wird im Auftragsfall der B GmbH zur Verfügung stehen. (Überlassungserklärung seitens I GmbH liegt bei)
- Weiters anbei noch Firmenbuchauszüge der B GmbH sowie der I GmbH aus denen Folgendes ersichtlich ist:
    - o W B und W G sind bei BEIDEN Unternehmen einzelzeichnungsberechtigte Geschäftsführer
    - o Die B GmbH befindet sich zu 50% im Besitz der BW Beteiligung GmbH (Beteiligungsgesellschaft von W B) und zu 50% im Besitz von W G somit zu 100% im Besitz der beiden Geschäftsführer
    - o Die I GmbH befindet sich zu 35% im Besitz der BW Beteiligung GmbH (Beteiligungsgesellschaft von W B) und zu 35% im Besitz von W G, somit zu 70% im Besitz der beiden Geschäftsführer
    - o Somit ist ein maßgeblicher Einfluss bei beiden Firmen gegeben um als B GmbH jederzeit auf das Personal der I GmbH für diverse Projekte zugreifen zu können
    - o Weiters anbei noch ein Organigramm der Beteiligungen von W B zur besseren Erläuterung der gesamten Firmengruppe

[4. ...]

5. Wir können die in Ihrem Teilnahmeantrag angegebenen einschlägigen Jahresumsätze der Jahre 2017 und 2018 anhand der von Ihnen vorgelegten Gewinn- und Verlustrechnungen nicht nachvollziehen. Ferner erscheinen uns die Jahresumsätze im Vergleich zum Auftragswert ungewöhnlich niedrig. Wir ersuchen um Aufklärung.

Antwort:

- Jahresumsatz 2017: Hier dürfte ein Ziffernsturz passiert sein (TEUR 2.105 anstatt 1.205)
- Jahresumsatz 2018: Hier können Sie aus der G&V noch keine Zahlen herausgelesen haben, da die Bilanz 2018 noch nicht erstellt ist. Der angegebene Betrag stammt aus der Saldenliste 2018 und bezieht sich auf den Umsatz.
- Weiters weisen wir darauf hin, dass die angegeben Umsätze im Teilnahmeantrag nicht die Betriebsleistung (inkl. anteiliger ARGE-Umsätze) darstellt, da die anteiligen ARGE-Umsätze nicht in der G&V der B dargestellt werden (können). Im Teilnahmeantrag wurde dies irrtümlich so angeführt. Zum Nachweis der Betriebsleistung anbei eine Liste in der auch die anteiligen Argeumsätze enthalten sind. Somit ist die Betriebsleistung wesentlich höher als die im Teilnahmeantrag angegebenen Beträge. Die (geringeren) angegebenen Beträge haben immerhin zur Präqualifikation für die 2. Stufe gereicht."

[Hervorhebungen im Original]

II.18. Mit abermaligem Ersuchen um ergänzende Aufklärung vom 6. August 2019 richtete die Antragstellerin eine weitere Anfrage zu den Referenzprojekten an die Antragstellerin:

„Ihre Antworten zu unserem Aufklärungsersuchen und die beigelegten Unterlagen haben wir am 24.07.2019 erhalten.
Die vorgelegten ARGE-Verträge und ARGE-Bilanzen belegen nicht schlüssig den Anteil der B GmbH an den jeweiligen ARGE-Projekten.
Gemäß Punkt 5.5.3 der Bewerberinformation im gegenständlichen Verfahren werden Referenzprojekte, in denen der Bewerber im Rahmen einer Arbeitsgemeinschaft mitgewirkt hat, nur berücksichtigt, wenn der Anteil des Bewerbers jeweils zumindest 50 % des Auftragswerts umfasst.
Wir fordern Sie daher auf, zu jedem der von Ihnen namhaft gemachten Referenzprojekte in der Arbeitsgemeinschaft e - B GmbH folgende Nachweise vorzulegen:

- Eine Aufstellung der von der B GmbH im Rahmen der Arbeitsgemeinschaft erbrachten Leistungen, die darauf entfallenden abgerechneten oder, wenn das Projekt noch nicht abgerechnet ist, vereinbarten Honorare und das jeweilige von der ARGE abgerechnete, oder der ARGE zustehende Gesamthonorar aus dem betreffenden Projekt („Auftragswert“); und
- Belege der Bezug habenden Abrechnungen (Rechnungen, und, soweit noch nicht abgerechnet ist, Belege der Honorarvereinbarungen); wieder jeweils für die von der B GmbH im Rahmen der ARGE zu erbringenden Leistungen und den Gesamtanspruch der ARGE aus dem gegenständlichen Projekt.“

[Hervorhebungen im Original]

II.19. Mit Antwort vom 13. August 2019 teilte die Antragstellerin unter Verweis auf eine von ihr eingeholte rechtliche Stellungnahme eines externen Beraterunternehmens Nachfolgendes mit:

„In obiger Angelegenheit dürfen wir zu Ihrem Ersuchen fristgerecht wie folgt aufklären:
Da gemäß beiliegender Stellungnahme der O GmbH bereits mit der Nachreichung zum 1. Ersuchen um Aufklärung alle für die Ermittlung des Auftragswertes (und nicht der Abrechnungssumme o.ä.) notwendigen Unterlagen vorgelegt wurden. ersuchen wir den AG / die vergebende Stelle um entsprechende Prüfung der bereits vorgelegten Unterlagen. Von einer nochmaligen gleichlautenden Vorlage zum jetzigen Zeitpunkt wird aufgrund des fehlenden zusätzlichen Erklärungswertes Abstand genommen.“

II.20. Die Ausscheidensentscheidung der Antragsgegnerin vom 4. September 2019, mit welcher das Angebot der Antragstellerin ausgeschieden wurde, hatte nachfolgenden Inhalt:

„Vielen Dank für Ihre Stellungnahme vom 13.8.2019. Nach eingehender Prüfung der von Ihnen im Rahmen des Vergabeverfahrens vorgelegten Unterlagen und der im Rahmen der Fragebeantwortung erteilten Informationen teilen wir Ihnen mit, dass das Angebot der B GmbH gemäß § 141 Abs 1 Z 2 BVergG ausgeschieden wird, weil die Eignung des Bieters nicht gegeben ist.

Das Ausscheiden Ihres Angebotes erfolgte insbesondere aus folgenden Gründen:

1. Zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit gemäß Punkt 5.5.2 der Bewerberinformation hat sich die B GmbH auf eine Reihe von Referenzprojekten berufen, die sie in Arbeitsgemeinschaft mit der e bzw. der e A GmbH erbracht hat.

Gemäß Punkt 5.5.3 der Bewerberinformation wird ein Referenzprojekt, an dem ein Bewerber als Mitglied einer Arbeitsgemeinschaft mitgewirkt hat, nur berücksichtigt, wenn der Anteil des Bewerbers jeweils zumindest 50 % des Auftragswerts umfasst. Die B GmbH hat zu jedem der hier angesprochenen, in Arbeitsgemeinschaft erbrachten Referenzprojekte im Teilnahmeantrag ausdrücklich erklärt, dass der Anteil des Bewerbers an den betreffenden Referenzprojekten 50 % des Auftragswerts umfasst.

Auf Nachfrage hat die B GmbH die Bezug habenden ARGE-Verträge und jeweils den Jahresabschluss der ARGE für 2018 vorgelegt.

Abrechnungen und Abrechnungsbelege, aus denen hervorgeht, welche Beträge die B GmbH für ihre Leistungen jeweils an die ARGE abgerechnet bzw. von dieser bezogen hat, wurden trotz Aufforderung des Auftraggebers nicht vorgelegt.

Im Hinblick auf Ihre Stellungnahme vom 13.8.2019 und der damit vorgelegten Stellungnahme der O GmbH (undatiert) dürfen wir festhalten, dass die Anforderung des Punktes 5.5.3 der Bewerberinformation schon ihrem Wortlaut nach nicht auf eine abstrakte (gesellschaftsrechtliche) „Beteiligung“ an der Arbeitsgemeinschaft abstellt, sondern am Anteil am Auftragswert, also den von der ARGE bezogenen Vergütungen oder sonstigen Zuwendungen. Sinn der Bestimmung ist erkennbar, dass nur jene Referenzprojekte für die Beurteilung der technischen Leistungsfähigkeit berücksichtigt werden sollen, in denen der Bewerber auch entsprechende Leistungen erbracht hat. Der in der Bestimmung dafür vorgesehene Indikator ist eben der angesprochene Anteil am Auftragswert, also die für die erbrachten Leistungen bezogene Vergütung oder, je nach Gestaltung, sonstige Zuwendung.

Die Höhe der Vergütung / Zuwendungen im betreffenden Projekt im Vergleich zum Gesamtauftragswert des Projektes ist daher von maßgebender Bedeutung. Wenn wir Sie daher zur Vorlage entsprechender Nachweise aufgefordert haben, handelt es sich dabei — entgegen der Auffassung der O GmbH - nicht um eine neue Anforderung oder unzulässige Erweiterung der Nachweise.

Bereits aus den vorgelegten ARGE-Verträgen ergibt sich, dass der Anteil des ARGE-Partners e an den Vergütungen bzw. Zuwendungen („Gestionierungen“) jeweils höher war als jener der B GmbH. Auch wenn andere, nicht nach einem speziellen Schlüssel abgegoltene Leistungen nach dem allgemeinen Schlüssel 50 : 50 abgegolten wurden, ergibt sich in Summe, dass jeweils der Anteil der e den Anteil der B GmbH überwogen hat, sodass der Anteil der B GmbH nicht mindestens 50 % betragen hat.

Zudem wissen wir von zumindest einem Fall (Haus der Kultur, St. P), in dem der Aufteilungsschlüssel in einem Nachtrag zum ARGE-Vertrag erheblich zugunsten der e verändert wurde. Den Nachtrag hat die B GmbH nicht vorgelegt, auch nicht darauf hingewiesen, obwohl der ursprüngliche ARGE-Vertrag vorgelegt wurde. Die Erklärung der B GmbH zum Anteil am jeweiligen ARGE-Auftragswert ist daher schon durch die vorgelegten ARGE-Verträge widerlegt. Für die namhaft gemachten, in Arbeitsgemeinschaft mit der e erbrachten Referenzprojekte ist daher nicht nachgewiesen, dass der Anteil der B GmbH zumindest 50 % umfasst hat. Die angesprochenen Referenzprojekte können daher bei der Beurteilung der technischen Leistungsfähigkeit nicht berücksichtigt werden. Durch die verbleibenden Referenzprojekte ist aber der Nachweis der Mindestreferenzen gemäß Punkt 5.5.2 der Bewerberinformation nicht erbracht, die technische Leistungsfähigkeit sohin nicht nachgewiesen.

2. Die Gesamtjahresumsätze der B GmbH für die Geschäftsjahre 2016 bis 2018 liegen, auch unter Einbeziehung der angegebenen ARGE-Zuwendungen (Betriebsleistung), jeweils erheblich unter dem vergabegegenständlichen Auftragswert, sodass ein grobes Missverhältnis zwischen Umsatzleistung und Auftragswert besteht.
Es ist daher auch die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit für den konkreten Auftrag nicht gegeben.

Ergänzende Anmerkung
Unabhängig von der vorstehenden Entscheidung und den Gründen, die dazu geführt haben, möchten wir noch, auch im Sinne der Fairness und Transparenz, auf einige Umstände hinweisen, die das Vertrauen der Marktgemeinde S in die B GmbH nachhaltig beeinträchtigt haben:

Besonders auffallend war, dass das ursprüngliche Preisangebot der B GmbH (GÜ-Aufschlag) in Höhe von 8,99 % im Bietergespräch ohne weiteres zunächst auf 3,99 % und dann 3,6 % reduziert wurde. Begründet wurde der Sprung von 8,99 % auf 3,99 % durch einen Hörfehler der Sekretärin bei der internen telefonischen Übermittlung des anzubietenden Preises. Abgesehen davon, dass wir Zweifel an der Richtigkeit dieser Begründung haben, sind derartige Vorkommnisse bei einem potentiellen Generalübernehmer beunruhigend. Der Generalübernehmer verantwortet sämtliche Gewerksvergaben und deren Abrechnung. Die Baukosten werden dem Generalübernehmer von der Gemeinde nach Aufwand vergütet und die richtige und transparente Abrechnung auch gegenüber den Förderstellen ist für den Projekterfolg entscheidend, sodass derartige Zahlenfehler, gleichgültig, ob sie auf einem Versehen oder auf anderen Gründen beruhen, zu einer schwerwiegenden Vertrauensbeeinträchtigung führen. Zudem verwundert die Vorgehensweise (telefonische Übermittlung derart wichtiger Angaben) auch insoweit, als sich die Frage stellt, wer dann das Angebot abgezeichnet und elektronisch signiert hat.
Ähnliche Ungereimtheiten zeigen sich bei der Angabe der Jahresumsätze. Auf Nachfrage wurde der Jahresumsatz für das Jahr 2017, welcher nach den Angaben im Teilnahmeantrag nicht mit der Bezug habenden Gewinn- und Verlustrechnung in Einklang gebracht werden konnte, von der B GmbH korrigiert mit der Begründung, es handle sich um einen Ziffernsturz (richtig TEUR 1.205 anstelle von TEUR 2.105). Gleichzeitig wurde eine neue Umsatzaufstellung vorgelegt, in der neben der angesprochenen Änderung auch kommentarlos und ohne jeden Hinweis auch die Umsatzzahl für das Jahr 2016 auf TEUR 1.578 geändert wurde. Nun steht diese Zahl nicht mehr im Einklang mit der auf diese Bezug habenden Gewinn- und Verlustrechnung. Auch hier mag es eine plausible Begründung geben (eine solche wurde nicht vorgelegt). Derartige Fehler sind aber nicht geeignet, das notwendige Vertrauen in einen künftigen Generalübernehmer herzustellen.
Die Aufforderung des Auftraggebers zur Verbesserung des Teilnahmeantrages (Nachreichung von Formularen) vom 28.6.2019 wurde von der B GmbH nicht fristgerecht beantwortet. Erst nachdem das Fehlen der Unterlagen im Bietergespräch angesprochen wurde, hat die B GmbH Unterlagen nachgereicht. Auch diese Vorgehensweise lässt befürchten, dass die Kommunikation in einer Auftragsabwicklung nicht den Erwartungen der Gemeinde an Verlässlichkeit und Proaktivität entspricht.
Im Angebot der B GmbH wurden im Rahmen der Angaben zum Schlüsselpersonal ein Projektleiter-Stellvertreter und ein Bauleiter namhaft gemacht und als Mitarbeiter der B GmbH ausgewiesen. Auf Nachfrage stellte sich dann heraus, dass diese Personen nicht bei der B GmbH, sondern der I GmbH (nach Angaben der B GmbH ein verbundenes

Unternehmen) beschäftigt sind und diese der B GmbH nur überlassen werden sollen. Unabhängig von der Frage, ob es zulässig ist, Personal Dritter als Schlüsselpersonal namhaft zu machen, welche hier nicht beantwortet werden soll, fallen doch die widersprüchlichen und zum Teil irreführenden Angaben auf. Ähnlich wie der Umstand, dass einerseits ARGE-Verträge vorgelegt werden und andererseits auf Nachträge mit wesentlichen Änderungen nicht hingewiesen wird.
Um Spekulationen vorzubeugen, diese Umstände haben die vorstehende Entscheidung, das Angebot der B GmbH auszuscheiden, weder beeinflusst noch herbeigeführt. Sie sind vergaberechtlich zum Teil auch nicht fassbar und sind insgesamt vergaberechtlich unberücksichtigt geblieben. Sie haben aber das Vertrauen der Marktgemeinde-S in die B GmbH erheblich und nachhaltig beeinträchtigt, und die Gemeinde sieht daher keine geeignete Grundlage für die notwendige vertrauensvolle Zusammenarbeit in diesem für die Gemeinde so wichtigen und großen Projekt.
Wir bitten daher, die getroffene Entscheidung zur Kenntnis zu nehmen und bedauern, dass wir Ihnen keine bessere Nachricht geben können."

[Hervorhebungen im Original]

II.21. Die Antragsgegnerin hat sodann die Prüfung der Angebote auf Basis der vorliegenden Dokumente und Informationen zu Ende geführt.

Die Antragsgegnerin hat bislang keine Zuschlagsentscheidung bekannt gegeben und den Zuschlag nicht erteilt.

Die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung wurde außerdem mit einstweiliger Verfügung des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich vom 17. September 2019, GZ: LVwG-840184/8/KLi/Rd, bis 13. November 2019 untersagt.

II.22. Leistungsfähigkeit der Antragstellerin:

Die Beurteilung der technischen Leistungsfähigkeit sowie der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit der Antragstellerin anhand der von ihr gemachten Angaben, insbesondere zu den vorgelegten Referenzprojekten und der damit in Zusammenhang stehenden Aufteilung der Auftragswerte, sowie die Auslegung des Begriffes „Auftragswert" in der Bewerberinformation bzw. in der Ausschreibungsunterlage ist eine Frage der rechtlichen Beurteilung (siehe insbesondere Punkt V.3. zur Auslegung des Begriffes „Auftragswert" und Punk V.8. zur Leistungsfähigkeit der Antragstellerin).

III. Beweiswürdigung:

III.1. Der gesamte Verlauf des Vergabeverfahrens, die Teilnahmeanträge, die Korrespondenz der Antragsgegnerin mit der Antragstellerin, die Zulassung zur

zweiten Verhandlungsstufe, die weitergehende Korrespondenz zwischen der Antragsgegnerin und der Antragstellerin, die Ersuchen um ergänzende Aufklärungen, der Inhalt des Bietergespräches, sowie der Inhalt der von der Antragstellerin vorgelegten Nachweise ergeben sich schlüssig und nachvollziehbar aus dem Vorbringen der Parteien und finden Deckung in dem von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakt. Der Verlauf des Vergabeverfahrens ist insofern unstrittig.

III.2. Darüber hinaus wurde der Ablauf des Vergabeverfahrens in der öffentlichen mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Gericht am 15. Oktober 2019 umfassend erörtert.

Die Parteien haben ihre unterschiedlichen Auffassungen – insbesondere zur Definition des Auftragswertes und ob dieser durch die unterschiedlich hohe Bewertung einzelner Gestionen zu Gunsten eines Mitgliedes einer ARGE erhöht werden kann – umfassend dargelegt. Während die Antragstellerin die Auffassung vertrat, dass die Bewertung von Gestionen nur eine Frage der „internen Abrechnung“ der einzelnen ARGE-Mitglieder sei, vertrat die Antragsgegnerin die Ansicht, dass durch diese „interne Abrechnung“ sehr wohl auch den Auftragswert an sich beeinflusst.

III.3 Die von den Parteien ins Treffen geführten Argumente – Präzisierung und Klarheit der Eignungskriterien, wirtschaftliche, finanzielle und technische Leistungsfähigkeit der Antragstellerin, Nachvollziehbarkeit der vorgelegten Nachweise darüber, sowie die Rechtmäßigkeit der Ausscheidensentscheidung – sind somit Fragen der rechtlichen Beurteilung.

IV. Rechtslage:

IV.1. Allgemeines:

Gemäß § 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.

Gemäß Art. 14b Abs. 2 Z 2 lit. c B-VG ist die Vollziehung Landessache hinsichtlich der Vergabe von Aufträgen durch Unternehmungen im Sinne des Art. 127 bzw. 127a B-VG.

Gemäß § 2 Abs. 1 Oö. VergRSG 2006 obliegt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich die Gewährung von Rechtsschutz gemäß § 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 Gemeinschaftsrecht zuständig zur Erlassung einstweiliger Verfügungen sowie zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen (§ 2 Z 15 lit. a BVergG 2018) des Auftraggebers bzw. der Auftraggeberin im Rahmen der vom Antragsteller bzw. der Antragstellerin geltend gemachten Beschwerdepunkte.

Gemäß § 7 Abs. 1 Oö. VergRSG 2006 hat das Landesverwaltungsgericht eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers bzw. einer Auftraggeberin für nichtig zu erklären, wenn

1. 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
2. diese Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

Gemäß § 3 Abs. 1 Oö. VergRSG 2006 kann ein Unternehmer bzw. eine Unternehmerin bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers bzw. der Auftraggeberin im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ein Interesse am Abschluss eines den bundesgesetzlichen Bestimmungen auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens unterliegenden Vertrages behauptet wird und durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Gemäß § 20 Abs. 1 Bundesvergabegesetz 2018 - BVergG 2018, BGBl. I Nr. 65/2018, sind Vergabeverfahren nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundsätze wie insbesondere der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, der Nichtdiskriminierung, der Verhältnismäßigkeit, der Transparenz sowie des freien Wettbewerbes und unter Wahrung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige (geeignete) Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

IV.2. Zum Ablauf des Verhandlungsverfahrens:

§ 114 Bundesvergabegesetz 2018 - BVergG 2018, BGBl. I Nr. 65/2018, regelt den Ablauf des Verhandlungsverfahrens:

„(1) Im Verhandlungsverfahren hat der öffentliche Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen den Auftragsgegenstand anzugeben, indem er seine Bedürfnisse und die erforderlichen Eigenschaften der zu erbringenden Leistung beschreibt und die Zuschlagskriterien spezifiziert. Der öffentliche Auftraggeber hat anzugeben, welche

Elemente der Leistungsbeschreibung die von allen Angeboten einzuhaltenden Mindestanforderungen darstellen. Die Ausschreibungsunterlagen müssen so präzise sein, dass ein Unternehmer Art und Umfang der zu erbringenden Leistung erkennen und entscheiden kann, ob er einen Teilnahmeantrag stellt.
(2) Jeder Unternehmer, der vom öffentlichen Auftraggeber zur Angebotsabgabe aufgefordert wurde, kann ein Erstangebot abgeben, das die Grundlage für die späteren Verhandlungen darstellt. Der öffentliche Auftraggeber hat mit dem betreffenden Bieter über das von ihm abgegebene Erstangebot und alle Folgeangebote, mit Ausnahme des endgültigen Angebotes gemäß Abs. 8, zu verhandeln. Die in den Ausschreibungsunterlagen vom öffentlichen Auftraggeber festgelegten Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien dürfen nicht Gegenstand von Verhandlungen sein.
(3) Abweichend von Abs. 2 kann der öffentliche Auftraggeber den Auftrag auf der Grundlage des Erstangebotes vergeben, ohne in Verhandlungen einzutreten, wenn er in der Bekanntmachung oder in der Aufforderung zur Interessensbestätigung angegeben hat, dass er sich diese Möglichkeit vorbehält.
(4) Der öffentliche Auftraggeber hat sicherzustellen, dass alle Bieter bei den Verhandlungen gleich behandelt werden. Er darf Informationen nicht in diskriminierender Weise weitergeben, sodass bestimmte Bieter gegenüber anderen Bietern begünstigt werden können. Der öffentliche Auftraggeber darf vertrauliche Informationen eines Bewerbers oder Bieters nicht ohne dessen Zustimmung an die anderen Unternehmer weitergeben. Diese Zustimmung darf nicht allgemein, sondern nur in Bezug auf die beabsichtigte Mitteilung bestimmter Informationen erteilt werden.
(5) Der öffentliche Auftraggeber hat alle verbliebenen Bieter über etwaige Änderungen der Ausschreibungsunterlagen zu informieren. Er hat den Bietern im Anschluss an solche Änderungen ausreichend Zeit zu gewähren, ihre Angebote gegebenenfalls zu ändern. Die in der Ausschreibung festgelegten Mindestanforderungen dürfen während des Verhandlungsverfahrens nicht geändert werden.
(6) Ein Verhandlungsverfahren kann in verschiedenen aufeinander folgenden Phasen durchgeführt werden. Der öffentliche Auftraggeber kann die Anzahl der Angebote anhand der Zuschlagskriterien verringern. Der öffentliche Auftraggeber hat jene Bieter, deren Angebote nicht weiter berücksichtigt werden, unverzüglich unter Bekanntgabe der Gründe für die Nichtberücksichtigung von dieser Entscheidung zu verständigen. Die Gründe der Nichtberücksichtigung sind nicht bekannt zu geben, soweit die Bekanntgabe dieser Informationen öffentlichen Interessen oder den berechtigten Geschäftsinteressen eines Unternehmers widersprechen oder dem freien und lauteren Wettbewerb schaden würde. Die vom öffentlichen Auftraggeber gewählte Vorgangsweise ist in der Ausschreibung oder in der Aufforderung zur Interessensbestätigung bekannt zu geben. In der Schlussphase eines Verhandlungsverfahrens mit mehreren Bietern müssen, sofern eine ausreichende Anzahl von geeigneten Bietern verbleibt, noch so viele Angebote vorliegen, dass ein echter Wettbewerb gewährleistet ist.
(7) Der öffentliche Auftraggeber hat jeden verbliebenen Bieter auf dessen Verlangen unverzüglich, jedenfalls aber binnen 15 Tagen nach Einlangen des Ersuchens, über den Verlauf und Fortschritt der Verhandlungen zu informieren.
(8) Der öffentliche Auftraggeber hat den verbliebenen Bietern den beabsichtigten Abschluss der Verhandlungen bekannt zu geben und eine einheitliche Frist für die Abgabe eines endgültigen Angebotes festzulegen. Von den endgültigen Angeboten, die den Mindestanforderungen entsprechen und nicht auszuscheiden sind, hat der öffentliche Auftraggeber das erfolgreiche Angebot gemäß den Zuschlagskriterien auszuwählen.
(9) Bei der Durchführung von Verhandlungsverfahren im Unterschwellenbereich kann sich der öffentliche Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen vorbehalten, dass er im Fall

der Abgabe von vollständig ausgearbeiteten und vergleichbaren Angeboten Verhandlungen nur mit dem Bieter des bestgereihten Angebotes führt und er mit den übrigen Bietern Verhandlungen nur dann führt, wenn die Verhandlungen mit dem Bieter des bestgereihten Angebotes nicht erfolgreich abgeschlossen werden.
(10) Anzahl und Namen der zur Angebotsabgabe aufgeforderten Unternehmer sind bis zur Mitteilung der Zuschlagsentscheidung geheim zu halten."

IV.3. Zum Ausscheiden von Angeboten:

§ 141 Bundesvergabegesetz 2018 - BVergG 2018, BGBl. I Nr. 65/2018, regelt das Ausscheiden von Angeboten wie folgt:

„(1) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der öffentliche Auftraggeber aufgrund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuscheiden:
1. Angebote von Bietern, die von der Teilnahme am Vergabeverfahren gemäß § 25 auszuschließen sind, oder
2. Angebote von Bietern, deren Eignung nicht gegeben ist, oder
3. Angebote, die eine – durch eine vertiefte Angebotsprüfung festgestellte – nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises (z.B. spekulative Preisgestaltung) aufweisen, oder
4. Angebote, bei denen der Bieter keine Preise angibt, sondern nur erklärt, das billigste Angebot um einen bestimmten Prozentsatz oder Wert zu unterbieten, oder
5. Angebote, bei denen ein Vadium verlangt wurde, dessen Nachweis bei Angebotsöffnung jedoch fehlt, oder
6. verspätet eingelangte Angebote, oder
7. den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Teil-, Alternativ-, Varianten- und Abänderungsangebote und Alternativangebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen, sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind, oder
8. rechnerisch fehlerhafte Angebote, die gemäß den Festlegungen in der Ausschreibung nicht weiter zu berücksichtigen sind, oder
9. Angebote von nicht aufgeforderten Bietern, oder
10. Angebote von Bietern, die nachweislich Interessen haben, die die Ausführung des Auftrages beeinträchtigen können, oder
11. Angebote von Bietern, bei denen dem öffentlichen Auftraggeber im Zeitpunkt der Zuschlagentscheidung bzw. des Ablaufes der gemäß § 131 Abs. 3 der gesetzten Nachfrist
a) keine für die Zulässigkeit der Ausübung einer Tätigkeit in Österreich erforderliche behördliche Entscheidung, oder
b) kein Nachweis darüber, dass die gemäß einer Entscheidung nach lit. a notwendige Berufsqualifikation erworben wurde, oder
c) kein Nachweis darüber, dass vor Ablauf der Angebotsfrist ein auf Einholung einer Entscheidung nach lit. a gerichtetes Verfahrens eingeleitet worden ist, oder
d) eine behördliche Entscheidung, die die Zuverlässigkeit der Ausübung einer Tätigkeit in Österreich ausschließt,
vorliegt.
(2) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung kann der öffentliche Auftraggeber Angebote von Bietern ausscheiden, die es unterlassen haben, innerhalb der ihnen gestellten Frist die verlangten Aufklärungen zu geben oder deren Aufklärungen einer nachvollziehbaren Begründung entbehren. Von einem Bieter, der im Gebiet einer anderen Vertragspartei des EWR-Abkommens oder der Schweiz ansässig ist, können auch

Aufklärungen über die Zuverlässigkeit der Ausübung der Tätigkeit in Österreich verlangt werden.
(3) Der öffentliche Auftraggeber hat den Bieter vom Ausscheiden seines Angebotes unter Angabe des Grundes zu verständigen.“

V. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat hiezu erwogen:

In rechtlicher Hinsicht sind nachfolgende Fragestellungen zu beantworten:
V.1. Rechtsgrundlagen iSd BVergG 2018
V.2. Bestandsfestigkeit der Ausschreibungsunterlagen
V.3. Interpretation der Ausschreibung / des Angebotes
V.4. Verhalten der Antragstellerin
V.5. Bieter- bzw. Aufklärungsgespräche
V.6. Unvollständigkeit des Angebotes
V.7. Behebbarkeit von Mängeln / Wettbewerbsstellung / Gleichbehandlung
V.8. Fehlende Eignung / Leistungsfähigkeit der Antragstellerin
V.9. Ergebnis

V.1. Rechtsgrundlagen iSd BVergG 2018:

Mit der Novelle des Bundesvergabegesetzes, BGBl. I Nr. 65/2018 wurden die Regelungen der RL 2014/24/EU und 2014/25/EU Im das österreichische Rechtssystem umgesetzt, wobei aufgrund der notwendigen Adaptierung einer Totalrevision der Vorzug gegenüber von Einzelnovellierungen gegeben wurde (Erl. Bem. RV 69 der Beilagen XXVI.GP, 1).

Im vorliegenden Verfahren sind insbesondere nachfolgende Bestimmungen relevant:

„Grundsätze des Vergabeverfahrens: § 19 BVergG 2006 – § 20 BVergG 2018
Ablauf des Verhandlungsverfahrens: § 105 BVergG 2006 – § 114 BVergG 2018
Vorgehen bei Mangelhaftigkeit der Angebote: § 126 BVergG 2006 – § 138 BVergG 2018
Aufklärungen und Erörterungen: § 127 BVergG 2006 – § 139 BVergG 2018
Ausscheiden von Angeboten: § 129 BVergG 2006 – § 141 BVergG 2018“

Eine Gegenüberstellung der auf das vorliegenden Verfahren anzuwendenden Bestimmungen führt allerdings zu dem Ergebnis, dass auch bei Berücksichtigung der vorgenommenen Novellierungen und Adaptierungen, die bisherige Rechtsprechung zum BVergG 2006 zumindest im vorliegenden Fall im Wesentlichen auf das BVergG 2018 übertragen werden kann.

V.2. Bestandsfestigkeit der Ausschreibungsunterlagen:

V.2.1. Die gegenständliche Ausschreibung wurde von der Antragstellerin innerhalb der gesetzlichen Frist nicht angefochten. Sie ist daher bestandsfest geworden (vgl. VwGH 19.09.2004, 2004/04/0054; 17.11.2004, 2002/04/0078; BVA 11.04.2006, N/0001-BVA/02/2006-71; 19.01.2006, 04N-134/05-17).

Allfällige Rechtswidrigkeiten einer bestandsfesten Entscheidung dürfen von der Vergabekontrollbehörde im Rahmen der Nachprüfung einer späteren Auftraggeberentscheidung nicht aufgegriffen werden. Die Fristgebundenheit von Nachprüfungsanträgen wäre nämlich sinnlos, könnte die Vergabekontrollbehörde eine unanfechtbar gewordene (bestandsfeste) Entscheidung des Auftraggebers im Rahmen der Nachprüfung von auf dieser Entscheidung aufbauenden Entscheidungen des Austraggebers überprüfen (VwGH 15.09.2004, 2004/04/0054; 13.06.2005, 2004/04/0090; 07.11.2005, 2003/04/0135; 27.06.2007, 2005/04/0234; 25.06.2008, 2006/04/0116; 07.09.2009, 2007/04/0090; 12.06.2013, 2011/04/0169; ferner UVS OÖ 30.12.2004, VwSen-550177/14/Kl/Pe).

Damit sind sowohl die Auftraggeberin als auch sämtliche Bieter an die in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen gebunden. Die Bindung der für die Zuschlagserteilung in Frage kommenden Angebote an die Ausschreibung ist für die Gleichbehandlung der Bieter im Sinne des § 19 BVergG 2006 – nunmehr § 20 BVergG 2018 – entscheidend (vgl. VwGH 27.09.2000, 2000/04/0050, und die dort zitierte Rechtsprechung des EuGH vom 25.04.1996, RS-C-87/94, Wallonische Busse, wonach die Abweichung von in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen eine Verletzung wesentlicher Grundsätze des Vergabeverfahrens darstellt; ebenso BVA 17.03.2006, N/0007-BVA/05/2006-54; 08.02.2006, 15N-127/05-25). Dem BVergG 2006 – und nunmehr auch dem BVergG 2018 – liegt das System der gesondert oder nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen gemäß § 2 Z 16 (RV 1171 BlgNR 22 GP 13) – nunmehr § 2 Z 15 BVergG 2018 – mit den einer effizienten Abwicklung von Rechtsschutzverfahren dienenden flankierenden Bestimmungen zu Fristen und Präklusionsregelungen zugrunde. Die Präklusionswirkung der Antragsfristen ist als umfassend zu interpretieren, zumal nicht danach zu differenzieren ist, ob es sich um einen grundlegenden Ausschreibungsmangel oder um einen sonstigen Rechtsverstoß handelt. Die Präklusionswirkung im BVergG 2006 – und fortgesetzt auch im BVergG 2018 – bezieht sich undifferenziert auf alle Rechtsverstöße, die nicht innerhalb der jeweiligen Antragsfrist durch einen Nachprüfungsantrag geltend gemacht wurden. Dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich ist es somit auch verwehrt, derart bestandskräftige Entscheidungen im Zuge der Anfechtung späterer Entscheidungen inzident in Prüfung zu ziehen (vgl. RV 1171 BlgNR 22. GP 137 f; siehe auch zum BVergG 2002 BVA 12.12.2003, 04N-107/03-38; 29.08.2003, 13N-72/03-11; 20.03.2003, 17N-46/03-34; sowie Thienel, Grundfragen gesondert und verbunden anfechtbarer Entscheidungen nach dem BVergG 2002, ZVB 2003, 69f) [BVA 3.5.2006, N/0017-BVA/04/2006-25].

V.2.2. Nichts anderes kann auch für die novellierte, aber sinngemäß vergleichbare Gesetzeslage iSd BVergG 2018 gelten. Zusammengefasst ergibt sich insofern für den vorliegenden Fall, dass die unangefochten gebliebene Ausschreibung / Bewerberinformation der Antragsgegnerin bestandsfest ist und daher der Inhalt dieser Ausschreibungsunterlagen für die Interpretation derselben und für die Prüfung des Angebotes der Antragstellerin heranzuziehen ist.

V.2.3. Die Antragsgegnerin hat in der „Bewerberinformation“ (Ausschreibungsunterlagen der ersten Stufe) unter Punkt 1.2. „Auskünfte“ festgelegt, dass Fragen bis spätestens eine Woche vor Ende der Teilnahmefrist (7. Juni 2019, 11:00 Uhr einlangend) eingebracht werden müssen und später einlangende Fragen nicht mehr beantwortet werden.

Die Antragsgegnerin hat in der „Angebotsunterlage“ (Ausschreibungsunterlagen der zweiten Stufe) unter Punkt 3.5. „Auskünfte“ festgelegt, dass Fragen bis spätestens eine Woche vor Ablauf der Angebotsfrist (28. Juni 2019, 11:00 Uhr einlangend) eingebracht werden müssen und später einlangende Fragen nicht mehr beantwortet werden.

V.2.4. Im vorliegenden Fall hat die Antragstellerin im Hinblick auf die von ihr behaupteten Unklarheiten der Mindestkriterien weder um Aufklärung ersucht, noch hat sie zu den von ihr als unklar bezeichneten Kriterien innerhalb der Anfechtungsfrist einen diesbezüglichen Nachprüfungsantrag gestellt. In einem späteren Verfahrensstadium – z.B. dann, wenn so wie hier unter Bezug auf bestimmte Mindestkriterien das Angebot ausgeschieden wird – können die bestandsfest gewordenen Mindestkriterien keiner Überprüfung mehr unterzogen werden.

Die Antragstellerin wäre insofern gehalten gewesen, die von ihr als unklar erachteten Mindestkriterien im Wege eines Nachprüfungsantrages anzufechten und es nicht gleichsam „darauf ankommen“ zu lassen, dass ihre Zweifel zu einem späteren Zeitpunkt präkludiert sind. Die Antragstellerin hat in der Verhandlung zwar angegeben, dass für sie die Bezeichnungen in der Bewerberinformation bzw. in der Angebotsunterlage eindeutig gewesen seien und sie deshalb keine Fragen gestellt habe. Die Antragstellerin hat aber auch ergänzt, dass sie nur dann Fragen gestellt hätte, wenn z.B. unklar gewesen wäre, ob die Aufteilung „mindestens 50 zu 50“ oder etwa „mehr als 50“ betragen hätte müssen. Dem ist allerdings entgegen zu halten, dass vorliegend strittig ist, ob die interne Bewertung einzelner Gestionen zu einer anderen Aufteilung des Auftragswertes führen kann. Zumal dies die wesentliche Argumentation der Antragstellerin ist, hätte sie gerade diese Fragestellung an die Antragsgegnerin richten müssen.

Wie im Folgenden noch aufzuzeigen sein wird, halten die von der Antragstellerin in Zweifel gezogen Mindestkriterien im Wege deren Interpretation auch der Auslegung mittels der §§ 914, 915 ABGB stand.

V.3. Interpretation der Ausschreibung / des Angebotes:

V.3.1. Die Ausschreibungsunterlagen sind der zentrale Bestandteil jeder öffentlichen Beschaffung. In ihnen informiert der öffentliche Auftraggeber einerseits über die technischen, kaufmännischen und rechtlichen Bedingungen der von ihm benötigten Leistungen und andererseits über die „Spielregeln“, die er beim Leistungseinkauf einhalten wird. Für einen potenziellen Bieter sind sie von zentraler Bedeutung, weil es ihm oft erst aufgrund der detaillierten Leistungsbeschreibung in den Ausschreibungsunterlagen möglich sein wird, zu beurteilen, ob für ihn eine Teilnahme an einer Ausschreibung von Interesse ist. Bieter sind an die Ausschreibungsunterlagen gebunden (siehe Punkt V.2.); ein von den Ausschreibungsunterlagen in technischer oder rechtlicher Hinsicht abweichendes Angebot ist auszuscheiden (Heid/Kurz, in Handbuch Vergaberecht[4], Rz 1153 ff).

Ausschreibungsbestimmungen sind nach den für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Grundsätzen (§§ 914, 915 ABGB – objektiver Erklärungswert) auszulegen (siehe dazu Punkt V.3.2.). Ebenso ist aber auch das Angebot eines Bieters nach den allgemeinen Auslegungsregeln der §§ 914, 915 ABGB zu eruieren (siehe dazu Punkt V.3.3.). Die Auslegungsregeln der §§ 914, 915 ABGB gelten sowohl für den öffentlichen Auftraggeber als auch für die Bewerber (Heid/Kurz, in Handbuch Vergaberecht[4], Rz 1157 ff und Rz 1502 ff). Somit hat nicht nur die Antragsgegnerin – sondern auch die Antragstellerin – diese Auslegungsregeln gegen sich gelten zu lassen.

V.3.2. Zur Interpretation der Ausschreibungsbestimmungen der Antragsgegnerin:

V.3.2.1. Nachdem für die Interpretation der Ausschreibungsbestimmungen die für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Grundsätze (§§ 914, 915 ABGB) und deren objektiver Erklärungswert maßgeblich sind, ist daher nicht nur auf den Wortsinn, sondern auch auf die dem Erklärungsempfänger (Bieter bzw. Bewerber) erkennbare Absicht des Erklärenden (Auftraggeber) abzustellen. Im Zweifelsfall werden undeutliche Ausschreibungsbestimmungen zulasten des Auftraggebers ausgelegt. (Heid/Kurz, in Handbuch Vergaberecht[4], Rz 1157).

V.3.2.2. In seinem Erkenntnis vom 27. Oktober 2014, 2012/04/0066, führte der Verwaltungsgerichtshof zur Auslegung von Ausschreibungsunterlagen Nachfolgendes aus:

„Ausschreibungsbestimmungen sind nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen (Hinweis E vom 12. Mai 2011, 2008/04/0087, mit weiteren Nachweisen auf die Vorjudikatur). Im Zweifel sind Festlegungen in der Ausschreibung gesetzeskonform und sohin in Übereinstimmung mit den maßgeblichen Bestimmungen, hier – fallbezogen geht es um die als Ausscheidungsgrund herangezogene Angebotsklausel betreffend die Pönale – des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches (ABGB), zu lesen (Hinweis E vom 1. Juli 2010, 2007/04/0136, dort in Bezug auf § 32 GewO 1994). Ob ein Angebot einen zum Ausscheiden führenden Widerspruch aufweist, ist am Maßstab der Ausschreibungsbestimmungen zu messen. Auf den vermuteten Sinn und Zweck der Ausschreibungsbestimmungen kommt es nicht an. Maßgeblich ist vielmehr – wie bereits oben erwähnt – der objektive Erklärungswert der Ausschreibungsbestimmungen (Hinweis E vom 29. März 2006, 2004/04/0144). Ein Widerspruch liegt vor, wenn der Bieter in seinem Angebot erklärt, den zu vergebenden Vertrag nicht zu den Bedingungen der Ausschreibung, sondern zu anderen Bedingungen abschließen zu wollen. Dabei kommt es immer auf den objektiven Erklärungswert des Angebotes an und nicht darauf, wie der Bieter sein Angebot verstanden wissen will.“

V.3.2.3. Ferner hält der Verwaltungsgerichtshof schon seit seinem Erkenntnis vom 29. März 2006, 2004/04/0157, fest:

„Auf den vermuteten Sinn und Zweck der Ausschreibungsbestimmungen kommt es nicht an. Maßgeblich ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibungsbestimmungen.“

V.3.2.4. Eine derartige Überprüfung ist stets einzelfallbezogen auf die konkrete Ausschreibung hin vorzunehmen.

Diese Ansicht stellte Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 23. November 2016, Ra 2015/04/0084, klar.

„Die Prüfung der Ausschreibungskonformität eines Angebotes stellt stets eine im Einzelfall vorzunehmende Beurteilung dar. Ob ein Angebot einen zum Ausscheiden führenden Mangel aufweist, ist am Maßstab der Ausschreibungsbestimmungen zu messen (Hinweis E vom 29. März 2006, 2004/04/0144, 0156, 0157, sowie B vom 8. September 2015, Ra 2015/04/0058).“

V.3.3. Zur Interpretation des Angebotes der Antragstellerin:

V.3.3.1. Wurden die Ausschreibungsbestimmungen nicht innerhalb der gesetzlich vorgesehenen Frist angefochten (siehe Punkt V.2.), sind aufgrund ihrer Bestandsfestigkeit sowohl der Auftraggeber als auch der Bieter an die in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen gebunden (Heid/Kondert, Handbuch Vergaberecht[4], Rz 1500).

Der objektive Gehalt des Angebotes ist dabei – wie jener der Ausschreibungsbestimmungen – nach den allgemeinen Auslegungsregeln der §§ 914, 915 ABGB zu eruieren. Nachträgliche „Aufklärungsgespräche“ sind ebenso unbeachtlich wie das subjektive Erklärungsverständnis des Bieters oder Auftraggebers. Dies gilt uneingeschränkt für das offene und nicht offene Verfahren. Bei der Durchführung eines Verhandlungsverfahrens erachtet das BVergG [Anm.: 2006; nichts anderes kann auch für das BVergG 2018 gelten] ein Abgehen von den Ausschreibungsunterlagen zwar für grundsätzlich denkbar, wobei aber Vorsicht geboten ist. Auch im Verhandlungsverfahren haben die Angebote und auch die Erstangebote den zwingenden Mindestanforderungen der Ausschreibungsunterlagen zu entsprechen, widrigenfalls sie auszuscheiden sind. Das Verhandlungserfahren dient somit nicht zur Korrektur von ausschreibungswidrigen Erstangeboten (Heid/Kondert, Handbuch Vergaberecht[4], Rz 1502 ff).

V.3.3.2. Ist er objektive Gehalt der Willenserklärung des Bieters eindeutig, ist auch der Inhalt nachträglicher Aufklärungsgespräche unerheblich, weil diesfalls das Ergebnis eines Aufklärungsgespräches lediglich in einer Abänderung des bereits eindeutig Erklärten bestehen könnte. Eine solche nachträgliche Abänderung des Angebotes verletzt aber den Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter gemäß § 16 Abs. 1 BVergG [nunmehr § 20 BVergG 2018] (BVA 9.2.1999, N-25/99-16).

V.3.3.3. Insbesondere zu Angaben über Referenzprojekte führte das Bundesvergabeamt in einer Entscheidung vom 30. Juni 2009, GZ: N/0051-BVA/10/2009-42, Nachfolgendes aus:

„Lässt sich ein solcher eindeutiger Inhalt der Erklärung nicht ermitteln, kommt die Zweifelsregel zur Anwendung (für viele OGH 27.1.1998, 2 Ob 36/98b, RS0109295 = MietSlg 50.086). Bedient sich bei einem zweiseitig verbindlichen Vertrag eine Partei einer undeutlichen Äußerung, ist diese nach § 915 ABGB zu ihrem Nachteil auszulegen. Das Angebot ist eine einseitige empfangsbedürftige Erklärung. Auch auf solche Erklärungen gelangen die Auslegungsregeln des § 915 ABGB zur Anwendung (OGH 26.9.1956, 2 Ob 515/56). Auf die Angaben in einem Angebot ergibt sich daraus, dass – unter der Voraussetzung, dass eine Verbesserung oder Ergänzung ausgeschlossen ist – ein Bieter, der unklare oder undeutliche Angaben macht, sich die daraus entstehenden Nachteile zurechnen lassen muss. Sind daher aus den Angaben über Referenzprojekte jene Tatsachen nicht erkennbar, die Grundlage einer Punktebewertung sind, können diese Referenzen nicht mit Bewertungspunkten bedacht werden.“

V.3.4. Fallbezogen führen diese Interpretationsregeln zu nachfolgendem Ergebnis:

Zentrale Frage für die Interpretation der gegenständlichen Ausschreibung ist die Auslegung des Begriffes „Auftragswert“. Danach richtet sich die Bewertung der

Referenzprojekte und daran anknüpfend die Beurteilung der Eignung bzw. fehlenden Eignung der Antragstellerin.

V.3.4.1. § 13 BVergG 2018 sieht eine eigene Definition bzw. Interpretationsregel vor, wie der Auftragswert im Einzelfall zu berechnen ist. Gemäß § 13 Abs. 1 BVergG 2018 ist Grundlage für die Berechnung des geschätzten Auftragswertes eines Auftrages der Gesamtwert ohne Umsatzsteuer, der vom öffentlichen Auftraggeber voraussichtlich zu zahlen ist. Bei dieser Berechnung ist der geschätzte Gesamtwert aller der zum Vorhaben gehörigen Leistungen einschließlich aller Optionen und etwaiger Vertragsverlängerungen, die in der Ausschreibung ausdrücklich vorgesehen werden sollen, zu berücksichtigen. Gemäß § 13 Abs. 5 BVergG 2018 darf die Wahl der angewandten Berechnungsmethode nicht den Zweck verfolgen, die Anwendung der Vorschriften dieses Bundesgesetzes zu umgehen. Sofern nicht sachliche Gründe vorliegen, darf ein Auftrag nicht so unterteilt werden, dass er nicht den Vorschriften dieses Bundesgesetzes für den Oberschwellenbereich unterliegt.

V.3.4.2. Aufschluss über diese Berechnungsregel geben die Erläuternden Bemerkungen (69 der Beilagen XXVI. GP, S. 47ff):

„Die Grundregel des Abs. 1 knüpft an den Begriff des (einheitlichen) Vorhabens an. Für die Beurteilung, ob ein für die Berechnung des geschätzten Auftragswertes maßgebliches einheitliches Vergabevorhaben vorliegt, ist der Rechtsprechung des EuGH und des VwGH zufolge von einer – in wirtschaftlicher und technischer Hinsicht – funktionellen Betrachtungsweise auszugehen (vgl. EuGH Rs C-574/10, Autalhalle, Rz 36ff sowie das Erkenntnis des VwGH vom 23. Mai 2014, 2013/04/0025, sowie zuletzt vom 20. April 2016, Ro 2014/04/0071 mwN; vgl. ferner dazu die Definition des „Vorhabens“ in § 57 Bundeshaushaltsgesetz 2013 – BHG 2013, BGBl. I Nr. 139/2009). Die gebotene funktionelle Betrachtung erfordert nach der ständigen Rechtsprechung des VwGH die Einbeziehung unterschiedlicher Gesichtspunkte wie den örtlichen Zusammenhang, den gemeinsamen Zweck, die gemeinsame Planung oder das Vorliegen von Aufträgen aus gleichen Fachgebieten. Darüber hinaus ist als weiterer Gesichtspunkt zu berücksichtigen, ob die in Frage stehenden Auftragsvergaben einen wirtschaftlichen Zusammenhang aufweisen. Die Beurteilung der Zugehörigkeit von Aufträgen zu einem (einheitlichen) Vorhaben ist demzufolge im Einzelfall ausgehend von den jeweiligen tatsächlichen Umständen, die einen allfälligen wirtschaftlichen und technischen Zusammenhang begründen, vorzunehmen. Der EuGH nennt konkret als gewichtige Gründe, die für die Zusammenfassung von Aufträgen sprechen, die Gleichzeitigkeit der Einleitung der streitigen Vergabeverfahren, die Ähnlichkeit der Bekanntmachungen, die Einheitlichkeit des Gebietes, in dem diese Verfahren eingeleitet worden sind, und die Koordinierung durch eine einzige Einrichtung (vgl. EuGH Rs C-16/98, Kommission gegen Frankreich, Rz 64f sowie VwGH vom 20. April 2016, Ro 2014/04/0071 mwN).
[...]
Abs. 5 erster Satz enthält das Verbot, durch Wahl einer bestimmten Berechnungsmethode die Anwendung dieses Gesetzes zu umgehen. Dieses Umgehungsverbot hat zur Folge, dass die Wahl der Berechnungsmethode nicht in der Absicht erfolgen darf, die unionsrechtlichen

Verpflichtungen (z.B. Bekanntmachung im Amtsblatt) oder auch Vorschriften des Unterschwellenbereiches zu umgehen. Abs. 5 zweiter Satz enthält das sog. „Splittingverbot“, wonach zusammengehörige Aufträge eines Vorhabens nicht willkürlich (etwa mit dem Ziel der Unterschreitung der unionsrechtlichen Schwellenwerte) getrennt werden dürfen. Das Verbot der Aufteilung gilt für jede Form der Aufteilung, die nicht durch objektive Gründe gerechtfertigt werden kann. Das Umgehungsverbot des Abs. 5 umfasst auch das willkürliche „Koppeln“ von nicht zusammengehörigen Aufträgen (wie etwa das Hinzurechnen von Leistungsteilen zu einem Bauauftrag, die mit diesem nichts zu tun haben, um von den höheren Schwellenwerten für Bauaufträge zu profitieren) mit dem Ziel, dem Anwendungsbereich des unionsrechtlichen oder nationalen Vergaberechts (oder zumindest bestimmter Teile davon) zu entgehen (vgl. dazu etwa die alte Regelung des Art. 17 Abs. 5 2004/17/EG, die nicht in die neuen Richtlinien übernommen wurde, da sie als überflüssig – weil vom allgemeinen Umgehungsverbot erfasst – erachtet wurde).“

V.3.4.3. Auch für die Auslegung des Begriffes „Auftragswert“ in der gegenständlichen Ausschreibung kann die gesetzliche Bestimmung des § 13 BVergG 2018 herangezogen werden. Konkret bedeutet diese gesetzliche Regelung, dass ein Auftragswert als Einheit zu betrachten ist, und nicht – wie von der Antragstellerin dargestellt – in verschiedene Komponenten, wie z.B. technische oder wirtschaftliche Gestionen, aufgeteilt werden kann bzw. darf.

Auch wenn ihm Rahmen einer ARGE die wirtschaftlichen und technischen Leistungen von verschiedenen Mitgliedern der ARGE erbracht werden, liegt immer noch ein einheitlicher Auftragswert vor, der je nach Leistungsumfang den ARGE-Mitgliedern zugerechnet wird. Diese Zurechnung kann aber auch zu dem Ergebnis führen, dass einem ARGE-Mitglied ein größerer Teil des Auftragswertes zuzurechnen ist, als den übrigen Mitgliedern.

Allein schon das Argument der Antragstellerin, dass im Wege unterschiedlicher Gestionen im Innenverhältnis eine andere Aufteilung des Auftragswertes zustande kommen kann, führt gerade dazu, dass es zu verschieden großen Anteilen, eben nicht im Verhältnis 50 zu 50, kommt. Dass aber im Unterschied zum Innenverhältnis zwischen den einzelnen ARGE-Mitgliedern, diese Aufteilung im Außenverhältnis dann immer noch im Verhältnis 50 zu 50 erfolgen soll, lässt sich mathematisch nicht nachvollziehen. Im Ergebnis ist es somit nicht vermeidbar, dass einem ARGE-Partner ein größerer Anteil des Auftragswertes zukommt, wenn auch der Wert seiner Leistungen höher ist, als jener der Leistungen anderer ARGE-Mitglieder.

Der Begriff des „Auftragswertes“ ist insofern nicht missverständlich und lässt insofern keine Interpretationsspielräume für die Auslegungsvariante der Antragstellerin offen, als die Berechnungsmethode des § 13 BVergG 2018 – die sowohl für Auftraggeber als auch Bieter gilt – unmissverständlich die Auslegung des Begriffes „Auftragswert“ vorgibt.

Im Übrigen hat sich auch die Antragstellerin die Interpretationsmethoden der §§ 914, 915 ABGB zurechnen zu lassen. Sind aus den Angaben über Referenzprojekte jene Tatsachen nicht erkennbar, die Grundlage einer Punktebewertung sind, können diese Referenzen nicht mit Bewertungspunkten bedacht werden. Ein in dieser Weise missverständliches Angebot, das die Aufteilung eines Auftragswertes in einem Referenzprojekt nicht nachvollziehbar darlegt, geht daher zu Lasten der Antragstellerin.

V.3.4.4. Im Ergebnis ist daher der Begriff „Auftragswert“ schon durch § 13 BVergG 2018 vorgegeben und daher die Ausschreibung der Antragsgegnerin nicht missverständlich.

Dementgegen führt aber die Zurechnung von verschiedenen Gestionen, wie dies die Antragstellerin argumentiert, dazu, dass sich die Aufteilung des Auftragswertes zugunsten eines ARGE-Mitgliedes verschiebt, wodurch eine Aufteilung im Verhältnis 50 zu 50 auch im Außenverhältnis nicht mehr gegeben ist. Derartige Referenzprojekte, die im Übrigen erst durch Aufklärungsgespräche klargestellt wurden, können insofern bei der Beurteilung des Angebotes der Antragstellerin nicht berücksichtigt werden.

V.4. Verhalten der Antragstellerin:

V.4.1. Die Antragstellerin führt in ihrem Nachprüfungsantrag ins Treffen, dass sich die Antragsgegnerin in ihren Ausschreibungsunterlagen einer unklaren Formulierung bedient habe, zumal nicht verständlich sei, was sie im Hinblick auf Arbeitsgemeinschaften unter einem Auftragswert verstehe.

Dem setzt die Antragsgegnerin entgegen, dass in diesem Fall zum Einen nicht klar sei, auf Basis welcher Grundlagen die Antragstellerin, dann den Auftragswert berechnet habe und zum Anderen eine Verpflichtung der Antragstellerin bestanden habe, Bieteranfragen an die Antragsgegnerin zu richten.

V.4.2. In den „Ausschreibungsunterlagen der ersten Stufe – Bewerberinformation“ hat die Antragsgegnerin festgelegt, dass Fragen bis spätestens eine Woche vor Ende der Teilnahmefrist (7. Juni 2019, 11:00 Uhr einlangend) eingebracht werden müssen und später eingehende Fragen nicht mehr beantwortet werden.

In der „Ausschreibungsunterlage der zweiten Stufe – Angebotsunterlage“ hat die Antragsgegnerin festgelegt, dass Fragen bis spätestens eine Woche vor Ablauf der Angebotsfrist (28. Juni 2019, 11:00 Uhr einlangend) eingebracht werden müssen und später eingehende Fragen nicht mehr beantwortet werden.

V.4.3. Die Antragstellerin hat zur Auslegung des Begriffes „Auftragswert“ keine Bieteranfragen an die Antragsgegnerin gestellt. Die Antragstellerin hätte sich

allerdings nicht darauf verlassen dürfen, dass die von ihr zugrunde gelegte Interpretation des Begriffes „Auftragswert“ zutreffend sein würde oder zumindest der Unklarkeitenregel des § 915 ABGB zu ihren Gunsten standhalten würde. Wie nämlich das gegenständliche Nachprüfungsverfahren zeigt, führte gerade die Auslegung des Begriffes „Auftragswert“, wie er von der Antragstellerin vorgenommen wurde, nicht zu der von ihr gewünschten Klarstellung, sondern vielmehr dazu, dass das Angebot der Antragstellerin ausgeschieden wurde.

V.5. Bieter- bzw. Aufklärungsgespräche:

V.5.1. Im Hinblick auf Aufklärungsgespräche ist zu hinterfragen, ob solche überhaupt geführt werden hätten müssen bzw. dürfen. Immerhin darf auch durch Aufklärungsgespräche ein nicht als ausschreibungskonformes Angebot zu wertendes Angebot nicht ausschreibungskonform werden. Diese Vorgehensweise würde dem im § 19 BVergG 2006 – nunmehr § 20 BVergG 2018 – festgelegten Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter widersprechen (BVA 03.05.2006, N/0017-BVA/04/2006-25).

§ 126 BVergG 2006 – nunmehr § 138 BVergG 2018 – regelt das Vorgehen bei Mangelhaftigkeit der Angebote und daran anknüpfend § 127 BVergG 2006 – bzw. § 139 BVergG 2018 – Aufklärungsgespräche und Erörterungen. Aus diesen beiden Bestimmungen lässt sich zunächst die Frage der Zulässigkeit von Aufklärungsgesprächen beantworten.

§ 126 Abs. 1 BVergG 2006 verpflichtete den Auftraggeber, bei Unklarheiten über das Angebot und Angebotsmängeln von Bietern eine verbindliche schriftliche Aufklärung zu verlangen, sofern die Unklarheiten für die Beurteilung der Angebote von Bedeutung waren. Die vom Bieter erteilten schriftlichen Auskünfte bzw. die vom Bieter allenfalls vorgelegten Nachweise waren der Niederschrift über die Prüfung der Angebote beizuschließen. § 126 BVergG 2006 war im systematischen Zusammenhang mit der Ausscheidungsregelung des § 129 BVergG 2006 zu lesen. § 126 BVergG 2006 regelte das Verfahren, dessen Ergebnisse Entscheidungsgrundlage für den Auftraggeber waren, Angebote auszuscheiden oder in die Angebotsbewertung - also die nächste Stufe des Vergabeverfahrens - aufnehmen zu müssen. Das Aufklärungsverfahren sollte daher zum einen dem Auftraggeber die erforderlichen Sachverhaltsinformationen liefern, die er benötigte, um eine Entscheidung über das Ausscheiden treffen zu können. Das Aufklärungsverfahren sollte zum anderen den Bietern Schutz vor übereilten Entscheidungen des Auftraggebers auf Grundlage falscher Sachverhaltsinformationen im Zusammenhang mit Unklarheiten und Mängel gewähren. Zweck des § 126 BVergG 2006 war somit auch der Bieterschutz (Öhler/Schramm, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz^2, § 126 Rz 1 f). Diese Ausführungen zur alten Rechtslage des BVergG 2006 lassen

sich aber auch auf die neue Rechtslage zu den §§ 138, 139 BVergG 2018 übertragen.

Unklarheiten über das Angebot - genauer dessen Inhalt - bestehen, wenn der objektive Erklärungswert eines Angebotes nicht eindeutig ist und mit Hilfe der Interpretationsmethoden der §§ 914 f ABGB vom Auftraggeber nicht alleine ermittelt werden kann. Lässt sich hingegen mit Hilfe der Interpretationsmethoden der §§ 914 f ABGB der Angebotsinhalt feststellen, besteht keine Unklarheit und es ist keine Aufklärung geboten. Ist der Angebotsinhalt daher klar im Sinn des § 126 BVergG 2006, ist auch der Inhalt nachträglicher Bieteraufklärungen unerheblich (Öhler/Schramm, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz[2], § 126 Rz 8). Eine Aufklärung ist nach § 126 Abs. 1 BVergG 2006 auch dann zu verlangen, wenn ein Mangel festgestellt wird. Eine Zusammenschau mit § 129 Abs. 1 BVergG 2006 zeigt, dass unter Mängeln alle Fehler und Unvollständigkeiten in Angeboten erfasst sind, die zur Ausscheidung nach § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006 führen können. Im Unterschied zum Fall der Unklarheiten hat der Auftraggeber aber den Mangel bereits vor Verlangen der Aufklärung festgestellt. Daher ist – wiederum dem Zweck der Norm entsprechend – nur dann Aufklärung zu verlangen, wenn ein behebbarer Mangel festgestellt wird. Bei festgestellten unbehebbaren Mängeln wäre eine Aufklärung sinnlos und würde nur einer rechtswidrigen Angebotsänderung Vorschub leisten (Öhler/Schramm, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz[2], § 126 Rz 9 und FN 7 mit Judikaturbeispielen). Eine Zweckänderung der §§ 138, 139 BVergG 2018 im Vergleich zu den Vorgängerbestimmungen kann nicht erblickt werden, weshalb zur Beurteilung der Zulässigkeit von Aufklärungsgesprächen nach der neuen Rechtslage die bisherige Rechtsprechung herangezogen werden kann.

V.5.2. Im vorliegenden Fall haben umfangreiche Aufklärungsgespräche stattgefunden, im Zuge derer sich die unterschiedlichen Auslegungen der Parteien hinsichtlich des Auftragswertes ergeben haben. Zunächst ist aber die Auslegung des Begriffes „Auftragswert“ ein objektiver, nicht von einer allfälligen Aufklärung abhängiger Begriff.

Somit kann auch eine Aufklärung nur dazu führen, dass entweder die Auslegung der Antragstellerin oder der Antragsgegnerin zutreffend ist.

Darüber hinaus hat sich im Zuge der Aufklärung ergeben, dass die Parteien von unterschiedlichen Berechnungen des Auftragswertes ausgegangen sind. Würde man nun aber die Berechnung der Antragstellerin für die Feststellung des Auftragswertes zulassen, würde sich deren Wettbewerbsstellung gegenüber den anderen Bietern verbessern, zumal nicht eine objektive Berechnung des Auftragswertes herangezogen würde, sondern die individuelle Berechnung der Antragstellerin, die diese jeweils zu ihren Gunsten gestalten könnte.

V.5.3. Wie sogleich unter Punkt V.7. noch auszuführen sein wird, sind Aufklärungsgespräche dann nicht zulässig, wenn sie die Wettbewerbsstellung der Antragstellerin gegenüber den anderen Bietern verbessern würden bzw. wenn sie gegen das Gebot der Gleichbehandlung aller Bieter verstoßen würden. In einem solchen Fall liegen unbehebbare Mängel vor, welche Aufklärungsgespräche unzulässig machen.

V.6. Unvollständigkeit des Angebotes:

V.6.1. Gemäß § 141 Abs. 1 Z 7 BVergG 2018 sind unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind, vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung aufgrund des Ergebnisses der Prüfung auszuscheiden.

V.6.2. Im vorliegenden Fall wurden – wie sogleich unter Punkt V.8. noch aufzuzeigen sein wird – sowohl für die technische Leistungsfähigkeit als auch für die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit keine ausreichenden Nachweise vorgelegt. Wie zunächst noch unter Punkt V.7. darzulegen ist, handelt es sich dabei um Mängel, die nicht behebbar sind.

V.7. Behebbarkeit von Mängeln / Wettbewerbsstellung / Gleichbehandlung:

V.7.1. Wesentliches Kriterium für die Behebbarkeit von Mängeln und/oder Aufklärungsgesprächen hierüber ist die Frage der Veränderung der Wettbewerbsstellung der Bieter untereinander bzw. die Gleichbehandlung aller Bieter (§ 19 Abs. 1 BVergG 2006; nunmehr § 20 BVergG 2018).

Zulässige Behebbarkeit von Mängeln bzw. zulässige Aufklärung wird demnach dann vorliegen, wenn hinsichtlich Aufklärung zum Angebot die Auskünfte oder die nachgereichten Unterlagen das Angebot bloß präzisieren, erläutern oder vervollständigen; unzulässig ist jedenfalls eine „Änderung“ der „Hauptbestandteile des Auftrages, deren Änderung den Wettbewerb verfälschen könnte“, insbesondere eine Änderung der Preise; hinsichtlich Aufklärung zur Eignung beim Bieter im offenen Verfahren gilt Analoges: Bloß Präzisieren, Erläutern oder Vervollständigen der Eignungsnachweise; hinsichtlich Aufklärung zur Eignung beim Bewerber im nicht offenen Verfahren und im Verhandlungsverfahren ist gemäß § 70 Abs. 3 [nunmehr: § 80 Abs. 3 BVergG 2018] geboten, für den Teilnahmeantrag Nachweise vorzulegen oder zu vervollständigen oder zu erläutern (Gölles, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz², § 127 Rz 19).

V.7.2. Der Verwaltungsgerichtshof hatte sich in der Vergangenheit schon mehrfach mit diesen Rechtsfragen – zur Rechtslage gemäß § 19 BVergG 2006 – auseinanderzusetzen, die sich aber auch auf die Rechtslage gemäß § 20 BVergG 2018 übertragen lässt.

V.7.2.1. In seinem Erkenntnis vom 25.02.2004, 2003/04/0186, führte der Verwaltungsgerichtshof Nachfolgendes aus:

„Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes - unter Bezugnahme auf Aicher (in Korinek/Rill, Zur Reform des Vergaberechtes (1985), 363f und 411f) - sind Mängel als unbehebbar zu qualifizieren, die nach Angebotseröffnung zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung der Bieter führen können. Gravierende formale und inhaltliche Mängel in dem Angebot sowie unverbindliche Angebote sind sofort auszuscheiden (vgl. schon das hg. Erkenntnis vom 27. September 2000, Zl. 2000/04/0050). [...] Es ist daher bei der Abgrenzung zwischen behebbaren und unbehebbaren Mängeln darauf abzustellen, ob durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbietern materiell verbessert würde (in dieser Art hat auch der EuGH in dem im angefochtenen Bescheid zitierten Urteil vom 25. April 1996 in der Rechtsache C-87/94, Slg. 1996, I-2043, Kommission/Königreich Belgien, nicht bloß formal, sondern inhaltlich den Verstoß gegen die Gleichbehandlung hinsichtlich der im Lastenheft aufgestellten Aufschlagskriterien bzw. der Angaben zum Kraftstoffverbrauch erblickt). [...]“

V.7.2.2. Weiters hatte sich der Verwaltungsgerichtshof auch in seinem Erkenntnis vom 03.09.2008, 2007/04/0017, mit der Frage zu befassen, ob das Nachreichen einer Bestätigung über die Insolvenzfreiheit einen behebbaren Mangel darstellen würde bzw. dass darin keine Änderung der Wettbewerbsstellung liegen würde:

„Zur Behebbarkeit von Mängeln in Angeboten hat der Verwaltungsgerichtshof im Erkenntnis vom 25. Februar 2004, Zl. 2003/04/0186 [Anm.: siehe oben V.2.4.1.], mit ausführlicher Begründung unter Bezugnahme auf Literatur und weitere Judikatur ausgeführt, dass solche Mängel als unbehebbar zu qualifizieren sind, deren Behebung nach Angebotseröffnung zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung des Bieters führen kann. Bei der Abgrenzung zwischen behebbaren und unbehebbaren Mängeln ist darauf abzustellen, ob durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbietern materiell verbessert würde. In diesem Sinn wurde das Fehlen der firmenmäßigen Fertigung eines ohnehin rechtsgültig unterfertigten Angebots (siehe dazu das hg. Erkenntnis vom 26. Februar 2003, Zl. 2001/04/0037), die Namhaftmachung von mehreren Vertretern einer Bietergemeinschaft anstelle des von den Ausschreibungsunterlagen geforderten einzigen Vertreters (siehe dazu das zitierte hg. Erkenntnis, Zl. 2003/04/0186), das Fehlen des Nachweises einer vorhandenen Befugnis (siehe dazu das hg. Erkenntnis vom 29. März 2006, Zl. 2003/04/0192), die Nachreichung eines Datenträgers (siehe dazu den hg. Beschluss vom 27. Juni 2007, Zl. 2005/04/0111) oder das Fehlen eines Formblattes (siehe dazu das hg. Erkenntnis vom 29. Juni 2005, Zl. 2005/04/0024) als behebbare Mängel, das Anbot einer kürzeren als der von der Ausschreibung geforderten Mindestgewährleistungsfrist (siehe dazu das hg. Erkenntnis vom 16. Februar 2005, Zl. 2004/04/0030) oder das Fehlen der rechtzeitigen Antragstellung gemäß § 373c GewO 1994 (siehe dazu das hg. Erkenntnis vom 24. Februar 2006, Zl. 2004/04/0078) jedoch als unbehebbare Mängel gewertet.“

V.7.2.3. Ferner setzte sich der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 12.05.2011, 2008/04/0087, mit der Frage der Behebbarkeit von Mängeln und der

damit zusammenhängenden Verbesserung der Wettbewerbsstellung auseinander und führte dazu aus:

„Ergeben sich bei der Prüfung der Angebote Unklarheiten über das Angebot oder werden Mängel festgestellt, so ist gemäß § 126 Abs. 1 BVergG 2006, sofern die Unklarheiten für die Beurteilung der Angebote von Bedeutung sind, vom Bieter eine verbindliche schriftliche Aufklärung zu verlangen. Die vom Bieter erteilten schriftlichen Auskünfte bzw. die vom Bieter allenfalls vorgelegten Nachweise sind der Niederschrift über die Prüfung der Angebote beizuschließen. Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sind solche Mängel als unbehebbar zu qualifizieren, deren Behebung nach Angebotseröffnung zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung des Bieters führen kann. Bei der Abgrenzung zwischen behebbaren und unbehebbaren Mängeln ist darauf abzustellen, ob durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbietern materiell verbessert würde (vgl. hiezu das hg. Erkenntnis vom 25. März 2010, Zl. 2005/04/0144, mit Verweis auf das hg. Erkenntnis vom 3. September 2008, Zl. 2007/04/0017, mit zahlreichen Beispielen und weiteren Hinweisen aus der Vorjudikatur). Im Hinblick auf vorzulegende Nachweise ist nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu unterscheiden, ob im maßgeblichen Zeitpunkt der nachzuweisende Umstand (etwa die Leistungsfähigkeit als solche) fehlt (in diesem Fall liegt ein unbehebbarer Mangel vor) oder ob es bloß am Nachweis des im maßgeblichen Zeitpunkt an sich bereits bestehenden Umstandes mangelt (im letztgenannten Fall handelt es sich um einen behebbaren Mangel; vgl. hiezu im Hinblick auf die Leistungsfähigkeit das hg. Erkenntnis vom 11. November 2009, Zl. 2009/04/0203, mit weiteren Nachweisen auf die Vorjudikatur).“

V.7.3. Auch andere Vergabekontrollbehörden setzten sich mit dieser Thematik auseinander:

V.7.3.1. In einer mit dem gegenständlichen Fall vergleichbaren Rechtssache hatte sich das Bundesvergabeamt in der Entscheidung vom 03.05.2006, N/0017-BVA/04/2006-25, ebenfalls mit der Frage der Behebbarkeit eines Angebotsmangels auseinanderzusetzen:

„Für einen durchschnittlichen, fachkundigen Bieter bei Anwendung üblicher Sorgfalt [vgl. EuGH 4.12.2003, RS-C-448/01 (EVN-AG Gewinnstrom GmbH gegen Republik Österreich); VwGH 17.11.2004, 2002/04/0078; 16.2.2005, 2004/04/0030; BVA 19.1.2006, 04N-134/05-17] war damit erkennbar, dass die auszugestaltenden Dienstpläne jedenfalls dem Leistungsverzeichnis in Punkt 2.3. entsprechen müssen und damit auch die maximale Aufenthaltsdauer des diensthabenden Mitarbeiters in der Sicherheitszentrale drei Stunden beträgt. Um eine Vergleichbarkeit der Angebote und damit eine im Sinne der Gleichbehandlung der Bieter gemäß § 21 Abs. 1 BVergG 2002 [Anm.: nunmehr: § 19 Abs. 1 BVergG 2006] entsprechend der Ausschreibung vorgesehene Bewertung der Plausibilität und Qualität des Dienstplanes zu ermöglichen, muss auch Voraussetzung sein, dass die Dienstpläne gemäß den Bestimmungen in der Ausschreibung gestaltet werden. Entgegen der Ansicht des Antragstellers handelt es sich daher bei Punkt 2.3. des Leistungsverzeichnisses um ein Musskriterium, welches im vom Antragsteller ausgestalteten Dienstplan am Montag bezüglich des Dienstes in der Sicherheitszentrale

nicht erfüllt wurde. […]. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes sind solche Mängel als unbehebbar zu qualifizieren, deren Behebung nach Anbotsöffnung zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung der Bieter führen kann. Bei der Abgrenzung zwischen behebbarem und unbehebbarem Mangel ist darauf abzustellen, ob durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbewerbern materiell verbessert werden würde. In diesem Sinne wurde das Fehlen der firmenmäßigen Fertigung eines ohnehin rechtsgültig unterfertigten Angebotes (VwGH 26.2.2003, 2001/04/0037), die Namhaftmachung von mehreren Vertretern einer Bietergemeinschaft anstelle des von den Ausschreibungsunterlagen geforderten einzigen Vertreters (VwGH 25.2.2004, 2003/04/0186) oder das Fehlen eines Formblattes, das von einem Bieter nicht abänderbare Ausschreibungsbedingungen enthält (VwGH 29.6.2005, 2005/04/0024), als behebbare Mängel, das Angebot einer kürzeren als der von der Ausschreibung geforderten Mindestgewährleistungsfrist jedoch als unbehebbarer Mangel (vgl. VwGH 16.2.2005, 2004/04/0030) gewertet. Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze kann jedoch bei der gegenständlichen Fallkonstellation nicht vom Vorliegen eines behebbaren Mangels ausgegangen werden. Würde dem Antragsteller die Möglichkeit eingeräumt, erst nachträglich die Verweildauer der Mitarbeiter in der Sicherheitszentrale im Dienstplan ausschreibungskonform zu gestalten, so würde für den Antragsteller - verglichen mit den übrigen Bietern - die Vorbereitungszeit für die Gestaltung des Dienstplanes erstreckt werden. Gerade die Gestaltung des ausschreibungskonformen Dienstplanes innerhalb der Angebotsfrist war jedoch Bewertungsgegenstand des Subkriteriums ‚Plausibilität und Qualität des Dienstplanes'. Die Einräumung der Möglichkeit der nachträglichen Gestaltung des Dienstplanes betreffend die Dauer des Aufenthaltes der Mitarbeiter in der Sicherheitszentrale würde die Wettbewerbsstellung des betroffenen Bieters gegenüber seinen Mitbietern materiell verbessern, sodass eine Behebbarkeit des Mangels bei der gegebenen Fallkonstellation auszuschließen ist."

V.7.3.2. Ferner befasste sich das Bundesvergabeamt in seiner Entscheidung vom 27.06.2006, N/0038-BVA/04/2006-28, ebenfalls mit der Behebbarkeit bzw. Unbehebbarkeit von Mängeln und mit der Veränderung der Wettbewerbsstellung bzw. mit der Bietergleichbehandlung:

„Das Angebot des Antragstellers umfasste - entgegen den oben wiedergegebenen Vorgaben der unbekämpft gebliebenen Ausschreibung - nicht die notwendigen baulichen Maßnahmen. Dies legte der Antragsteller auch ausdrücklich selbst in einem Beiblatt zum Angebot fest, in dem er darauf hinwies, dass von seinem Angebot keine Elektrozuleitungen, keine erforderlichen Blitzschutzmaßnahmen bzw. Verputzarbeiten umfasst seien. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes sind solche Mängel als unbehebbar zu qualifizieren, deren Behebung nach Angebotsöffnung zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung der Bieter führen kann. Bei der Abgrenzung zwischen behebbarem und unbehebbarem Mangel ist darauf abzustellen, ob durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbewerbern materiell verbessert würde. In diesem Sinne würde das Fehlen der firmenmäßigen Fertigung eines ohnehin rechtsgültig unterfertigten Angebotes (VwGH 26.2.2003, 2001/04/0037), die Namhaftmachung von mehreren Vertretern einer Bietergemeinschaft anstelle des von den Ausschreibungsunterlagen geforderten einzigen Vertreters (VwGH 25.2.2004, 2003/04/0186) oder das Fehlen eines Formblattes, das von einem Bieter nicht abänderbare Ausschreibungsbedingungen enthält (VwGH 29.6.2003, 2005/04/0024), als behebbare

Mängel, das Anbieten einer kürzeren als der von der Ausschreibung geforderten Mindestgewährleistungsfrist etwa jedoch als unbehebbarer Mangel (VwGH 16.2.2005, 2004/04/0030) gewertet. Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze kann bei der gegenständlichen Fallkonstellation nicht vom Vorliegen eines behebbaren Mangels ausgegangen werden. Würde dem Antragsteller die Möglichkeit eingeräumt, nachträglich auch die notwendigen Bauleistungen im obigen Sinne anzubieten, wäre dies jedenfalls mit einer Preisänderung verbunden, wobei der Antragsteller, dem die Preise der Angebote der Mitbieter seit der Angebotsöffnung bekannt sind, entsprechende Anpassungen vornehmen könnte. [...] Das Angebot des Antragstellers war daher gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006 vom Auftraggeber auszuscheiden. Da das Angebot des Antragstellers vom Auftraggeber somit zu Recht auszuscheiden war, kann der Antragsteller auch nicht in seinen im Nachprüfungsantrag geltend gemachten subjektiven Rechten verletzt worden sein, sodass der auf Nichtigerklärung des Ausscheidens des Angebotes des Antragstellers gerichtete Nachprüfungsantrag abzuweisen ist (vgl. in diesem Zusammenhang VwGH 18.5.2005, 2004/04/0094; ebenso BVA 3.5.2006, N/0017-BVA/04/2006-25).“

V.7.3.3. In einer Entscheidung vom 11.11.2009, N/0105-BVA/04/2009-39, hatte sich das Bundesvergabeamt mit der Frage der Verbesserungsmöglichkeit beim Nachreichen von Nachweisen auseinanderzusetzen und hat ausgesprochen, dass für die Nennung von Referenzprojekten keine Verbesserungsmöglichkeit besteht:

„Der Antragsteller hat daher für das Auswahlkriterium C keine für die Wertung zu berücksichtigende Referenz gelegt und damit auch die Mindestanzahl an Referenzprojekten, nämlich ein Referenzprojekt für das Auswahlkriterium C, nicht erfüllt. Da es sich bei der Nennung von Referenzprojekten um ein Auswahlkriterium handelt, ist die Einräumung einer Verbesserungsmöglichkeit und damit die Nachnominierung von Referenzprojekten ausgeschlossen (vgl. in diesem Zusammenhang auch BVA 24.11.2008, N/0139-BVA/05/2008-16).“

V.7.4. Auch das Bundesverwaltungsgericht hatte sich in seinem Erkenntnis vom 05.06.2015, W187 2106525-2, mit der Frage von Mängelbehebungen in Aufklärungsgesprächen und der Verbesserung der Wettbewerbsstellung auseinanderzusetzen:

„3.4.6 Vorauszuschicken ist, dass eine Verbesserung des Angebotes im Zuge eines Aufklärungsgesprächs unzulässig ist, wenn dadurch das Angebot erst ausschreibungskonform wird. Die Verbesserung der Wettbewerbsstellung zu Lasten der Mitbieter wäre unzulässig (VwGH 28.2.2012, 2009/04/0120). Die Musterdatensätze, die die Antragstellerin in ihrem Angebot übermittelt hat, sind unbestrittener Maßen mangelhaft. Sie hat daher zu Recht weniger Punkte erhalten und wurde damit im Rahmen der Zuschlagsentscheidung schlechter bewertet. Die Auftraggeberin hat die Zuschlags-kriterien und das Verfahren zur Ermittlung des Bestbieters nach Punkt 6.2 mit 6.4 der Ausschreibungsunterlagen eingehalten. Die Übermittlung von Musterdatensätzen sollte die Auftraggeberin - wie sie in Punkt 5.2.9 der Ausschreibung ausdrücklich anführt - nämlich in die Lage versetzen, die Qualität und Vollständigkeit der in Zukunft zu erwartenden Daten abzuschätzen, was im Rahmen der Statistiken, die der zukünftige Auftragnehmer erstellen

wird müssen, von grundlegender Bedeutung ist. Auf diesen Umstand wies die Auftraggeberin in Punkt 4 der Fragebeantwortung vom 13. Jänner 2015 ausdrücklich hin.
3.4.7 Die Datensätze, die die Antragstellerin übermittelt hat, sind unstrittig mangelhaft. Dies hat auch die Antragstellerin in ihren Schriftsätzen zugestanden. Als unbehebbar sind Mängel zu qualifizieren, deren Behebung nach Angebotseröffnung zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung der Bieter führen kann. Bei der Abgrenzung zwischen behebbaren und unbehebbaren Mängeln ist darauf abzustellen, ob durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbietern materiell verbessert würde (VwGH 12.5.2011. Zl. 2008/04/0087; Aicher in Korinek/Rill zur Reform des Vergaberechtes [1985], 363 f und 411 f). Eine Verbesserung der mangelhaften Datensätze ist nicht möglich, da die Qualität der Datensätze nach Punkt 6.3.1 der Ausschreibung im Rahmen der Zuschlagskriterien durch die Vergabe von Punkten entsprechend der Tabellen in Punkt 5.2.8 und 5.2.9 der Ausschreibung bewertet wird und es durch die Verbesserung der Datensätze zu einer Verbesserung der Wettbewerbsstellung der Antragstellerin zu Lasten der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin, der einzigen Mitbieterin, durch eine Vorreihung aufgrund einer größeren Anzahl von Bewertungspunkten kommen würde. Mängel in den Datensätzen sind daher nicht verbesserbare Mängel.
3.4.8 Darüber hinaus müsste die Auftraggeberin der in Aussicht genommenen Zuschlags-empfängerin nach dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter ebenfalls die Möglichkeit zur Verbesserung ihrer Datensätze geben (EuGH 29.3.2012, C-599/10, SAG ELV Slovensko, Rn 43), wodurch sie ebenfalls mehr Punkte bekommen hätte können. Die Antragstellerin würde durch eine Verbesserung der Datensätze, die notwendigerweise in beiden Angeboten hätte stattfinden müssen, nichts gewinnen, da sie - und wohl auch die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin - die höchste erreichbare Punkteanzahl anstrebt und damit die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin wegen des niedrigeren Preises weiterhin eine höhere Punktezahl erhielte."

V.7.5. Auch der EuGH hatte sich in seinem Urteil vom 25.04.1996 in der Rechtssache C-87/94 Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Königreich Belgien mit der Veränderung der Wettbewerbsstellung einer Bieterin zu beschäftigen:

„Nach alledem ist festzustellen, dass das Königreich Belgien dadurch gegen seine Verpflichtungen aus der Richtlinie verstoßen hat,

- dass es die von EMI im ergänzenden Schreiben vom 24. August 1993 und damit nach Öffnung der Angebote eingereichten Angaben zum Kraftstoffverbrauch berücksichtigt hat,
- dass es den Auftrag an EMI auf der Grundlage von Zahlen vergeben hat, die nicht den Vorgaben des Anhanges 23 des besonderen Lastenhefts für die Berechnung des fiktiven Aufschlags für diese Firma wegen der Wartungskosten für die Auswechslung von Motor und Getriebe entsprachen,
- und dass es beim Vergleich der Angebote für die Lose Nrn. 4-6 die von EMI vorgeschlagenen Einsparungsfaktoren, die in den Auftragsunterlagen oder in der Bekanntmachung nicht genannt waren, berücksichtigt hat, sie zum Ausgleich der finanziellen Unterschiede zwischen den auf den ersten Platz gesetzten Angeboten und den auf den zweiten Platz gesetzten Angeboten von EMI verwendet hat und sich aufgrund der Berücksichtigung dieser Faktoren für bestimmte Angebote von EMI entschieden hat."

V.7.6. Auch in der Literatur fand eine Auseinandersetzung mit der Frage der Verschiebung der Wettbewerbsstellung statt.

V.7.6.1. So führt zum Beispiel Gölles in seinem Aufsatz „Das Spannungsverhältnis von Aufklärungsgesprächen, Erörterungen und Verhandlungen bei Vergabeverfahren“ (ZVB 2002/11) aus:

„1. Seitens der Kommission wurde formuliert (veröffentlicht in ABl L 111, 30.4.1994, S 114):
‘Der Rat und die Kommission erklären, dass bei den offenen und den nicht offenen Verfahren Verhandlungen mit den Bewerbern oder Bietern über Hauptbestandteile des Auftrages, deren Änderung den Wettbewerb verfälschen könnte, und insbesondere über die Preise ausgeschlossen sind; Erörterungen mit den Bewerbern oder Bietern dürfen nur stattfinden, wenn es darum geht, den Inhalt des Angebots oder die Forderungen der öffentlichen Auftraggeber zu präzisieren oder zu vervollständigen, und sofern sich dies nicht diskriminierend auswirkt.‘
2. Unter den Judikaturbeispielen (aus Österreich und - in Folge vergleichbarer Rechtslage - auch aus Deutschland) gefällt mir ein deutsches Judikat wegen der klaren Aussage besonders:
VK Bund, 17.7.2000, VK 1-13/00:
‚Aufklärungsgespräche (§ 24 Nr. 1 I VOL/A) dürfen nur dem Zweck dienen, Zweifel über die Angebote oder die Bieter zu beheben. Sie dürfen nicht das Ziel verfolgen, eine nachträgliche Verbesserung von Angebotsbestandteilen zu erreichen. Insbesondere darf nicht in Verhandlungen eingetreten werden, wenn im Angebote fehlende zwingende Erklärungen über das zu verwendende Material nachgeholt werden sollen.‘
Dieses Beispiel zeigt bereits, in welchem Zusammenhang in der Praxis die Gefahr besteht, dass der Rahmen der Zulässigkeit von Aufklärungsgesprächen überschritten wird - nämlich beim Versuch unbehebbare Angebotsmängel unter dem Deckmantel der Aufklärung zu beheben.“

V.7.6.2. Ferner setzte sich Gölles in seinem Aufsatz „Mangelhafte Angebote - Verbesserbarkeit oder Ausscheiden?“ in ZVB 2003/93 mit dieser Frage auseinander:

„Die Beurteilung, ob ein Mangel oder eine Unvollständigkeit eines Angebotes behebbar oder unbehebbar ist, nähert sich in der Praxis mitunter einer Denksportaufgabe. Das Gesetz gibt hiezu dem Praktiker kaum eine Hilfestellung: Die Kriterien für die Beurteilung von Mängeln oder Unvollständigkeiten als behebbar oder als unbehebbar werden sich vorweg an den Grundsätzen des § 21 Abs. 1 [Anm.: BVergG 2002; sodann § 19 Abs. 1 BVergG 2006; nunmehr § 20 Abs. 1 BVergG 2018], insbesondere am Wettbewerbsprinzip und am Gleichbehandlungsgrundsatz zu orientieren haben. Basierend auf Aicher vertritt die Literatur und die Spruchpraxis, dass nur solche Mängelverbesserungen zulässig sind, die nicht zu einer Verbesserung der Wettbewerbsstellung nach der Angebotsöffnung führen. Dies ist auch in der Bestimmung des § 96 Abs. 1 begründet, dass während eines offenen Verfahrens oder eines nicht offenen Verfahrens ‚über eine Angebotsänderung nicht verhandelt werden‘ darf (die Behebung eines unbehebbaren Mangels wäre also auch ein Verstoß gegen das Verhandlungsverbot). Aicher folgend werden mE für eine Behebbarkeit von Mängeln oder Unvollständigkeiten eines Angebotes folgende Kriterien erfüllt sein müssen:
++ keine Änderung (Verbesserung) der Wettbewerbsstellung des mängelverbessernden Bieters durch die Mängelverbesserung oder Beseitigung der Unvollständigkeit;
++ keine durch § 96 Abs. 1 verbotene Angebotsänderung (gemäß § 97 Abs. 2 jedoch geringumfängliche technische Änderungen bei Alternativangeboten zulässig);

++ Wahrung des Wettbewerbsprinzips und des Gleichbehandlungsgebotes des § 21 Abs. 1 [Anm.: BVergG 2002; sodann § 19 Abs. 1 BVergG 2006; nunmehr § 20 Abs. 1 BVergG 2018] (wie es auch im § 94 Abs. 2 normiert ist).“

V.7.7. Ein Widerspruch liegt vor, wenn der Bieter in seinem Angebot erklärt, den zu vergebenden Vertrag nicht zu den Bedingungen in der Ausschreibung, sondern zu anderen Bedingungen abschließen zu wollen. Die Erklärung dieses Widerspruches kann dabei ausdrücklich oder - was wohl der Regelfall sein wird - stillschweigend (konkludent) erfolgen. Maßstab der Prüfung des Widerspruches sind die Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen. Daher weicht das widersprechende Angebot von der Ausschreibung so ab, dass das vom Auftraggeber gewünschte Vertragsverhältnis nicht durch Annahme des Angebotes durch den Auftraggeber mittels Zuschlagserteilung zu Stande kommen könnte, sondern nur durch eine Änderung des Angebotes und damit Verhandeln über das Angebot voraussetzen würde. Dabei kommt es immer auf den objektiven Erklärungswert des Angebotes an und nicht darauf, wie der Bieter sein Angebot verstanden wissen will (Öhler/Schramm, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz^2, § 269 Rz 62). Derartige Angebote sind keiner Verbesserung, also keiner Zurücknahme des Widerspruches durch den Bieter zugänglich. Angebote, die den Ausschreibungsbestimmungen widersprechen, sind daher ohne Gewährung einer Verbesserungsmöglichkeit nach § 126 BVergG 2006 – bzw. § 138 BVergG 2018 – auszuscheiden (Öhler/Schramm, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz^2, § 269 Rz 63).

Nach der mittlerweile ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sind - unter Bezugnahme auf die sogenannte Aicher-Formel - Mängel als unbehebbar zu qualifizieren, die „nach Angebotsöffnung zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung der Bieter führen können. Gravierende formale und inhaltliche Mängel in dem Angebot sowie unverbindliche Angebote sind sofort auszuscheiden.“ Bei der Abgrenzung zwischen behebbaren und unbehebbaren Mängeln ist nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes darauf abzustellen, „ob durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbietern (wenn auch nur mittelbar) materiell verbessert würde.“ Eine solche materielle Verbesserung der Wettbewerbsstellung könnte „insofern eintreten, als nicht alle Bieter nach der Veröffentlichung der Bekanntmachung über denselben Zeitraum verfügen würden, um ihre Angebote auszuarbeiten (durch die Möglichkeit der Mängelbehebung dem diesbezüglichen Bieter ein größerer Zeitraum zur Ausarbeitung seines Angebotes eingeräumt würde)“ (Öhler/Schramm, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz^2, § 269 Rz 72).

V.7.8. Wie schon die Vorgängerbestimmungen in § 21 BVergG 2002 und in § 19 BVergG 2006 normiert nunmehr auch § 20 BVergG 2018 den Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bieter, der Nichtdiskriminierung, der Verhältnismäßigkeit, der Transparenz sowie des freien und lauteren Wettbewerbes. Abgesehen von

Neuformulierungen und Präzisierungen im neuen § 20 BVergG 2018, lässt sich aber die bisherige Rechtsprechung zu den Vorgängerbestimmungen auch auf die neue Rechtslage übertragen.

Durch die von der Antragstellerin vorgenommene Ausgestaltung des Angebotes – insbesondere die trotz Aufforderung um Aufklärung unschlüssig gebliebene finanzielle bzw. wirtschaftliche Leistungsfähigkeit – hat die Antragstellerin ein nicht ausschreibungskonformes Angebot gelegt. Es war daher die Aufgabe der Antragsgegnerin, bereits vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung das Angebot der Antragstellerin auszuscheiden.

Unter Zugrundelegung der obigen Grundsätze des § 20 BVergG 2018 kann bei der gegenständlichen Fallkonstellation nicht vom Vorliegen eines behebbaren Mangels ausgegangen werden. Würde der Antragstellerin die Möglichkeit eingeräumt werden, die notwendigen Nachweise für die wirtschaftliche bzw. finanzielle Leistungsfähigkeit bzw. Nachweise für die geforderten Referenzprojekte immer noch nachzuholen, obwohl sie dazu bereits im Rahmen mehrerer Aufklärungsersuchen und im Wege eines Bietergespräches aufgefordert wurde, würde ihr dadurch eine Fristverlängerung eingeräumt werden, was eine ungerechtfertigte Besserstellung gegenüber den anderen am Vergabeverfahren teilnehmenden Bietern zur Folge hätte.

Dadurch würde es zu einer den Grundsätzen des § 20 Abs. 1 BVergG 2018 widersprechenden Verbesserung der Wettbewerbsstellung zu Gunsten der Antragstellerin und somit zu einer Ungleichbehandlung der Bieter untereinander kommen.

Das Angebot der Antragstellerin war daher gemäß § 141 Abs. 1 Z 2 BVergG 2018 auszuscheiden.

Nachdem das Angebot der Antragstellerin von der Antragsgegnerin zu Recht von der Antragsgegnerin auszuscheiden war, kann die Antragstellerin auch nicht in ihren im Nachprüfungsantrag geltend gemachten subjektiven Rechten verletzt worden sein, sodass der auf Nichtigkeit des Ausscheidens des Angebotes der Antragstellerin gerichtete Nachprüfungsantrag zur Gänze abzuweisen ist.

V.8. Fehlende Eignung / Leistungsfähigkeit der Antragstellerin:

V.8.1. § 84 BVergG 2018 regelt den Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit. Gemäß Abs. 1 kann der öffentliche Auftraggeber als Nachweis für die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit gemäß § 80 Abs. 1 Z 3 insbesondere die Nachweise gemäß Anhang X verlangen.

Gemäß Anhang X Abs. 1 kann der Auftraggeber als Nachweis für die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit gemäß §§ 80 Abs. 1 Z 3 bzw. 251 Abs. 1 Z 3 insbesondere verlangen:

1. eine entsprechende Bankerklärung (Bonitätsauskunft),
2. den Nachweis einer entsprechenden Berufshaftpflichtversicherung in geeigneter Höhe,
3. die Vorlage von Jahresabschlüssen oder Auszügen aus diesen, sofern deren Offenlegung im Sitzstaat des Unternehmens gesetzlich vorgeschrieben ist, gegebenenfalls unter Angabe des Verhältnisses etwa zwischen Vermögen und Verbindlichkeiten, sofern der Auftraggeber die transparenten, objektiven und nicht diskriminierenden Methoden und Kriterien für die Ermittlung dieses Verhältnisses spezifiziert hat,
4. eine Erklärung über die solidarische Leistungserbringung von Subunternehmern gegenüber dem Auftraggeber, falls sich der Unternehmer zum Nachweis seiner finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit auf die Kapazitäten von Subunternehmern stützt,
5. eine Erklärung über den Gesamtumsatz und gegebenenfalls über den Umsatz für den Tätigkeitsbereich, in den die gegenständliche Vergabe fällt,
6. eine Einstufung der Bonität des Unternehmens gemäß einem anerkannten Ratingsystem und
7. den Nachweis eines Mindestgesamtjahresumsatzes und gegebenenfalls eines Mindestjahresumsatzes für den Tätigkeitsbereich, in den die gegenständliche Vergabe fällt.

V.8.2. § 85 BVergG 2018 regelt den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit. Gemäß Abs. 1 kann der öffentliche Auftraggeber als Nachweis für die technische Leistungsfähigkeit gemäß § 80 Abs. 1 Z 4 je nach Art, Menge, Umfang oder Verwendungszweck der zu liefernden Waren oder der zu erbringenden Bau- oder Dienstleistungen die in Anhang XI angeführten Nachweise verlangen. Andere als die in Anhang XI angeführten Nachweise darf der öffentliche Auftraggeber nicht verlangen. Gemäß Abs. 2 müssen Nachweise über erbrachte Leistungen (Referenzen) jedenfalls folgende Angaben enthalten: 1. Name und Sitz des Leistungsempfängers sowie Name der Auskunftsperson, 2. Wert der Leistung, 3. Zeit und Ort der Leistungserbringung und 4. Angaben, ob die Leistung ordnungsgemäß ausgeführt wurde.

Gemäß Anhang XI Abs. 2 können als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit bei Bauaufträgen verlangt werden:

1. Referenzen über die wesentlichen, in den letzte fünf Jahren erbrachten Bauleistungen; soweit dies zur Sicherstellung eines ausreichenden Wettbewerbes erforderlich ist, kann der Auftraggeber einen längeren Zeitraum festlegen,

2. eine Beschreibung der technischen Ausrüstung, der Maßnahmen des Unternehmers zur Qualitätssicherung und seiner Untersuchungs- und Forschungsmöglichkeiten,
3. die Angabe der technischen Fachkräfte oder technischen Stellen, unabhängig davon, ob diese dem Unternehmen angehören, und zwar insbesondere derjenigen, die mit der Qualitätskontrolle beauftragt sind oder über die der Unternehmer für die Ausführung des Bauvorhabens verfügen wird,
4. Ausbildungsnachweise und Bescheinigungen über die berufliche Befähigung des Unternehmers bzw. der Führungskräfte des Unternehmers,
5. die Angabe der Umweltmanagementmaßnahmen, die der Unternehmer bei der Ausführung des Auftrages anwenden wird,
6. eine Erklärung, aus der hervorgeht, über welche Ausstattung, welche Geräte und welche technische Ausrüstung der Unternehmer für die Ausführung des Auftrages verfügen wird,
7. eine Erklärung, aus der das jährliche Mittel der vom Unternehmer in den letzten drei Jahren Beschäftigten und die Anzahl seiner Führungskräfte in den letzten drei Jahren ersichtlich sind,
8. die Angabe von allfälligen Subunternehmern,
9. die Bescheinigung, dass der Unternehmer die für die Erbringung der Bauleistung erforderliche Fachkunde, Effizienz und Erfahrung besitzt, und
10. die Angabe des Lieferantenmanagement- und -überwachungssystems, das dem Unternehmer zur Vertragserfüllung zur Verfügung steht.

V.8.3. Anhand der oben erörterten Referenzprojekte bzw. aufgrund der Aufteilung des Auftragswertes kann der Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit der Antragstellerin nicht erbracht werden.

Gemäß Punkt 5.5.3. der Bewerberinformation wird ein Referenzprojekt an dem ein Bewerber als Mitglied einer Arbeitsgemeinschaft mitgewirkt hat, nur berücksichtigt, wenn der Anteil des Bewerbers mindestens 50% des Auftragswertes umfasst.

Die Antragstellerin hat zwar zu jedem im Rahmen einer ARGE erbrachten Referenzprojekt erklärt, dass ihr Anteil jeweils 50% betragen habe. Eine Nachfrage um weitergehende Aufklärung und die Vorlage der ARGE-Verträge hat jedoch ergeben, dass die Vergütungen bzw. Zuwendungen (Gestionen) an die ARGE-Partnerin der Antragstellerin jeweils höher waren, als jene der Antragstellerin.

In Summe ergibt sich daraus, dass der der ARGE-Partnerin der Antragstellerin zukommende Anteil höher war, als jener der Antragstellerin selbst. Die Erklärung der Antragstellerin, die Aufteilung sei im Ausmaß 50 zu 50 erfolgt, ist damit widerlegt. Die vorgelegten Referenzprojekte waren daher nicht geeignet, die technische Leistungsfähigkeit der Antragstellerin nachzuweisen.

Außerdem ist auch die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit der Antragstellerin nicht nachgewiesen, als die Gesamtjahresumsätze für die Geschäftsjahre 2016 und 2018 auch unter Einbeziehung der ARGE-Zuwendungen unter dem vergabegegenständlichen Auftragswert liegen.

Zusammengefasst erfüllt die Antragstellerin die Mindestanforderungen an die technische bzw. finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit nicht.

V.9. Ergebnis:

V.9.1. Die in Nachprüfung gezogene Ausscheidensentscheidung vom 4. September 2019 hat sich somit als (vergabe-)rechtskonform erwiesen. Die von der Antragstellerin vorgebrachten Nichtigkeitsgründe liegen nicht vor.

V.9.2. Der Nachprüfungsantrag war daher zur Gänze und in der Folge auch der Antrag auf Kostenersatz abzuweisen.

VI. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

VI.1. 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 solchen Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Es liegen auch keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

VI.2. Insbesondere steht die vorliegende Entscheidung im Einklang mit der zu Punkt V.2. dargestellten ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Bestandsfestigkeit einer Ausschreibung bzw. zu den Präklusionsregelungen und Präklusionswirkungen (VwGH 15.09.2004, 2004/04/0054; 13.06.2005, 2004/04/0090; 07.11.2005, 2003/04/0135; 27.06.2007, 2005/04/0234; 25.06.2008, 2006/04/0116; 07.09.2009, 2007/04/0090; 12.06.2013, 2011/04/0169).

VI.3. Auch mit der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zum Gebot der Gleichbehandlung aller Bieter bzw. zum Verbot der Veränderung der Wettbewerbsstellung (siehe die zu Punkt V.7. wiedergegebene Rechtsprechung) steht die vorliegende Entscheidung im Einklang (VwGH 25.02.2004, 2003/04/0186; 03.09.2008, 2007/04/0017; 12.05.2008, 2008/04/0087).

VI.4. Abgesehen davon, dass die Auslegung des Begriffes „Auftragswert“ ein für alle Bieter gleichermaßen geltender, objektiver und nicht individuell gestaltbarer Begriff ist, ist die konkrete Interpretation und Auslegung von Ausschreibungsunterlagen stets auf die konkrete Ausschreibung einzelfallbezogen und nicht verallgemeinerungsfähig (VwGH 23.11.2016, Ra 2015/04/0084). Eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung liegt schon deshalb nicht vor.

VI.5. Nichts anderes gilt auch für die Eignungskriterien bzw. für die Beurteilung sowohl der technischen Leistungsfähigkeit als auch der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit der Antragstellerin. Auch diese ist stets einzelfallbezogen und nicht verallgemeinerungsfähig. Eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung liegt auch hier nicht 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

Verfahrenshilfe ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.

Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr/ihm noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint; das gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.

Für das Beschwerdeverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Für das Revisionsverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Im Antrag ist, soweit zumutbar, kurz zu begründen, warum die Revision entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes für zulässig erachtet wird.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Lidauer