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-840244/20/JS

Datum:
Linz, 28. Jänner 2022

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Steinschnack über den Nachprüfungsantrag der B B GmbH, vertreten durch H B Rechtsanwälte OG, x, x, vom 6.12.2021 auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung der Auftraggeberin Stadtgemeinde Enns vom 23.11.2021 betreffend das Vorhaben „Totalübernehmer Feuerwehrhaus und Katastrophenschutzlager samt Abbruch der Baubestände in Enns OÖ“ nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 23.11.2021 wird abgewiesen.

II. Der Antrag, die Auftraggeberin zu verpflichten, der Antragstellerin die entrichteten Pauschalgebühren binnen 14 Tagen zu ersetzen, wird abgewiesen.

III. Gegen diese Entscheidung ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Zu Punkt I.:

1. Wesentlicher Verfahrensgang:

1.1. Die Stadtgemeinde Enns führt seit Jänner 2021 als Auftraggeberin ein zweistufiges Verhandlungsverfahren mit vorheriger europaweiter Bekanntmachung im Oberschwellenbereich zur Vergabe des Bauauftrages „Totalübernehmer Feuerwehrhaus und Katastrophenschutzlager samt Abbruch der Baubestände in Enns OÖ“ durch. Der Vergabegegenstand umfasst dabei die eigenverantwortliche technische und kommerzielle Abwicklung des gesamten Bauvorhabens einschließlich der Projektsteuerung und der baulichen Umsetzung durch einen Totalübernehmer. Der Zuschlag wird nach den gewichteten Zuschlagskriterien „Preis“ und „Qualität der Leistung“ dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt (Bestangebotsprinzip).

1.2. In der ersten Stufe wurde in den Teilnahmeunterlagen („Bewerberinformation“) von der Auftraggeberin u. a. festgelegt:

„[...]

1.1. Ziel und Zweck des Dokuments

Ziel und Zweck dieser Bewerberinformation ist es, interessierten Unternehmen einen Überblick über die beabsichtigte Vergabe eines Auftrages über die technische und kommerzielle Abwicklung des Bauvorhabens **Feuerwehr und Katastrophenschutzlager in Enns** in Oberösterreich als Totalübernehmer zu verschaffen, insbesondere über die zu erbringenden Leistungen sowie über den Ablauf des Vergabeverfahrens.

Weiters enthält diese Bewerberinformation die für den Teilnahmewettbewerb als Teil des Vergabeverfahrens maßgeblichen Verfahrensbestimmungen, insbesondere die für die Eignung der Teilnehmer maßgeblichen Kriterien und Nachweise. Darüber hinaus enthält diese Bewerberinformation Hinweise zum geplanten weiteren Verlauf des Vergabeverfahrens.

1.2. Auskünfte und Vollständigkeit der Unterlagen

Anfragen zur Bewerberinformation und zum Vergabeverfahren sind in schriftlicher Form, in deutscher Sprache (per E-Mail) zu stellen und an folgende Stelle zu richten:

Stadtgemeinde Enns, Hauptplatz 11, 4470 Enns
z.H. Herrn Baudirektor DI [redacted]

Fragen zur Bewerberinformation müssen bis spätestens **eine Woche vor Ablauf der Teilnahmefrist** eingebracht werden. Später eingehende Fragen werden nicht mehr beantwortet.
Der Auftraggeber wird Anfragen beantworten, die rechtzeitig eingegangen sind. Die Beantwortung erfolgt schriftlich (per E-Mail). Wenn es sich bei den derart eingebrachten Fragen um Fragen von allgemeinem Interesse für die Bewerber handelt, werden diese Fragen (anonymisiert) und die erteilten Antworten allen Bewerbern zur Kenntnis gebracht, die die Bewerberinformation angefordert haben. Bei der Ausarbeitung der Teilnahmeanträge sind die erteilten Fragebeantwortungen zu berücksichtigen.

Mit Abgabe eines Teilnahmeantrages bestätigt der Bewerber, dass er die Bewerberinformation geprüft hat. Bewerber haben den Auftraggeber unverzüglich, jedenfalls aber innerhalb der Frist für die Abgabe der Teilnahmeanträge, schriftlich auf allfällige Fehler oder eine Unvollständigkeit der Bewerberinformation aufmerksam zu machen sowie den Auftraggeber zu verständigen, wenn sie der Auffassung sind, dass ein Verstoß gegen Vergabevorschriften vorliegt.
Wenn sich bei der Prüfung der Bewerberinformation Unklarheiten ergeben, hat der Bewerber den Auftraggeber darüber ebenfalls schriftlich in Kenntnis zu setzen.
Der Auftraggeber behält sich eine Präzisierung, Ergänzung und Änderung der in dieser Bewerberinformation enthaltenen Informationen vor. Der Bewerber verpflichtet sich, dem Auftraggeber die für die Beurteilung seines Teilnahmeantrages erforderlichen zusätzlichen Auskünfte unverzüglich zu erteilen, widrigenfalls der Bewerber zum weiteren Vergabeverfahren nicht mehr zugelassen wird.

[...]

2.3. Ablauf des Vergabeverfahrens

In der nunmehr eingeleiteten ersten Stufe dieses Verfahrens sind alle Interessenten aufgerufen, Teilnahmeanträge nach Maßgabe dieser Bewerberinformation zu stellen und die geforderten Nachweise zu erbringen. Aufgrund der in der Bekanntmachung und in dieser Bewerberinformation genannten Kriterien wählt der Auftraggeber mindestens drei Bewerber aus, die zur Abgabe von Angeboten aufgefordert werden. Die ausgewählten Bewerber erhalten mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe eine detaillierte Angebotsunterlage.

[...]

2.5. Weitergabe von Leistungen an Subunternehmer

Subunternehmer ist ein Unternehmer, der Teile des an den Auftragnehmer erteilten Auftrages ausführt. Als Subunternehmer werden vom Auslober nur die Erbringer der Architektenleistung, der Leistungen der verschiedenen Fachplaner sowie der Leistungen des Sicherheits- und Baukoordinators anerkannt. Die Weitergabe des gesamten Auftrages ist jedenfalls unzulässig.

Der Bewerber hat in seinem Teilnahmeantrag alle Teile des Auftrages, die der Bewerber jedenfalls oder möglicherweise im Wege von Subaufträgen an Dritte zu vergeben beabsichtigt, bekannt zu geben. Für jeden einzelnen Subunternehmer ist der genaue Firmenwortlaut der Subunternehmerleistung anzugeben sowie eine rechtsgültig unterfertigte Subunternehmererklärung vorzulegen (Erklärung des in Aussicht genommenen Subunternehmers, dass dieser und die bei ihm vorhandenen Mittel und Ressourcen im erforderlichen Ausmaß auch tatsächlich zur Verfügung stehen).

Die Weitergabe von Teilen der Leistung ist nur insoweit zulässig, als der Subunternehmer die für die Ausführung seines Teiles erforderliche Befugnis, technische, finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sowie die berufliche Zuverlässigkeit gemäß Punkt 5.2 dieser Teilnahmeunterlage besitzt.

[...]

3.2. Leistungen

Auftragsgegenstand ist die eigenverantwortliche technische und kommerzielle Abwicklung des gesamten Bauvorhabens einschließlich der baulichen Umsetzung durch einen Totalübernehmer. Der Auftrag umfasst die Beauftragung eines dritten Planers und die Koordination und Überwachung der Planung sowie der bauausführenden Leistungen durch den Auftragnehmer jeweils in dessen eigenen Namen sowie die Beauftragung der Fachplaner.

Der Auftragnehmer schuldet die gesamtverantwortliche Errichtung des Feuerwehrhauses und Katastrophenlagers in Enns, wobei die Bauausführung nicht durch den Auftragnehmer selbst, sondern durch von ihm beauftragte Dritte erfolgt. Der Auftragnehmer schließt die erforderlichen Verträge mit den bauausführenden Unternehmen im eigenen Namen ab.

Leistungen der Bauausführung sind nicht Gegenstand des Auftrages und der Auftragnehmer ist nicht berechtigt, Leistungen der Bauausführung selbst zu erbringen.

[...]

3.2.1. Planungsleistungen

Der Auftragnehmer hat für die nachstehenden Leistungen im eigenen Namen den Sieger des geladenen Architektenwettbewerbes mit den Teilleistungen zu beauftragen:

- alle Büroleistungen bis einschließlich Einreichplanung
- die Ausführungs- und Detailplanung
- mind. 50 % der Technischen Oberleitung
- die Künstlerische Oberleitung.

Der Leistungsumfang des Auftragnehmers umfasst alle über die oben angeführten Leistungen hinausgehenden Büroleistungen, insbesondere die Kostenermittlungsgrundlage und die Geschäftliche Oberleitung, sowie die örtliche Bauaufsicht und die Baustellenkoordination.

3.2.2. Bauabwicklung, Bauleistung durch Dritte

Der Auftrag umfasst die gesamte technische und kommerzielle Abwicklung des Bauvorhabens, einschließlich der Projektsteuerung und die Durchführung des Bauvorhabens durch den Auftragnehmer im eigenen Namen, sowie die Beauftragung der Fachplaner und auf Rechnung des Auftraggebers (Totalübernehmer). Die erforderlichen Verträge mit Dritten betreffend die Bauausführung schließt der Auftragnehmer im eigenen Namen.

[...]

4. Anforderung an die Teilnehmer

4.1 Allgemeines

Die Bewerber haben über die für den Auftragsgegenstand notwendige Eignung, insbesondere einschlägige Erfahrungen, zu verfügen. Der Bewerber hat die Eignung durch Vorlage entsprechender Unterlagen nachzuweisen.

Der Auftraggeber wird aus dem Kreis jener Bewerber, die den Nachweis für die Erfüllung der Mindestanforderungen erbringen, die am besten geeigneten auswählen und zur Angebotslegung einladen. Es ist beabsichtigt, mindestens 3 Bewerber auszuwählen.

4.2 Bewerbergemeinschaften

Von Seiten des Auftraggebers, der Stadtgemeinde Enns, sind Bewerbergemeinschaften vom Vergabeverfahren für die Totalübernehmerfindung ausgeschlossen.

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 der Weitergabe von Leistungen an einen Subunternehmer ist auch für diesen der Nachweis zu erbringen (siehe Punkt 2.5).

[...]

5.5. Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit

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

5.5.2. (Mindest-)Referenzprojekte auf dem Gebiet der Total,- Generalübernehmer,- sowie Baubetreuerleistungen:

- Zwei Referenzprojekte im Kommunalbau müssen Errichtungskosten gemäß ÖNORM B 1801-1:2009 in der Höhe von zumindest EUR 2,0 Mio. (exkl. USt.) umfassen;
- Die zwei Referenzprojekte müssen bereits (weitgehend) abgeschlossen sein. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn mehr als 50% der zu erbringenden Leistungen bereits abgerechnet worden sind;
- Referenzprojekte, die vor mehr als 7 Jahre gerechnet ab dem Tag der Absendung der europaweiten Bekanntmachung – abgeschlossen wurden, werden nicht berücksichtigt. Als Datum des Projektabschlusses gilt der Zeitpunkt des Vorliegens der Kostenfeststellung bzw. der Zeitpunkt des Vorliegens sämtlicher geprüfter Schlussrechnungen.

5.5.3. Für den Nachweis der Referenzprojekte **ist die im Teilnahmeformular vorgesehene Referenzliste zu verwenden.** 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 Liste der Referenzprojekte zu jedem Projekt mindestens folgende Informationen anzuführen:

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

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 Totalübernehmers im Hinblick auf die technische, organisatorische und kommerzielle Abwicklung, Auftragsvergabe an Dritte, Projektmanagement und Kostenermittlung vergleichbar ist.

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

[...]

5.6. Sonstige Nachweise, vorzulegende Unterlagen

Dem Bewerber steht es frei, seinem Teilnahmeantrag weitere Nachweise und Unterlagen beizulegen, die geeignet sind, die Eignung nachzuweisen.

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

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.

[...]

Die Referenzprojekte sowie die Informationen über die personelle Ausstattung gemäß Punkt 5.5 sind jedenfalls bereits mit dem Teilnahmeantrag vorzulegen.

[...]

6. Bewerberauswahl

6.1. Ausschluss

Vom weiteren Vergabeverfahren ausgeschlossen werden Bewerber, die den Nachweis der Zuverlässigkeit nicht erbringen oder nicht befugt sind, weiters Bewerber, die den Nachweis betreffend finanzieller und wirtschaftlicher sowie technischer Leistungsfähigkeit nicht erbringen oder die eine falsche Eigenerklärung abgeben.

Vom weiteren Vergabeverfahren werden weiters Bewerber ausgeschlossen, wenn ein Ausscheidungsgrund im Sinne des § 249 und des § 302 des BVergG vorliegt.

Ausgeschlossen werden weiters:

- Ebenso sind Bewerber ausgeschlossen, die an der Erstellung der Unterlagen mitgewirkt haben.

6.2. Auswahlkriterien

6.2.1. Für die Auswahl der am besten geeigneten Bewerber aus dem Kreis der Bewerber, die ihre Eignung nachweisen und insbesondere die oben angeführten Mindestanforderungen erfüllen, erfolgt nach den im folgenden angegebenen Auswahlkriterien:

- Angabe von maximal 10 Referenzen

6.2.2. Durch zusätzliche Spezifizierungen der jeweils namhaft gemachten Referenzen (10 Unternehmensreferenzen für einen öffentlichen Auftraggeber im Kommunalbau als Total,- oder Generalübernehmer) kann der Bewerber seine vertiefte Erfahrung bei der Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen nachweisen.

- Errichtungskosten (exkl USt) gemäß ÖNORM B 1801-1 idgF des Referenzprojektes:
  - Errichtungskosten ≥ 1 Mio (1 Punkt)
  - Errichtungskosten ≥ 2 Mio (2 Punkte)
  - Errichtungskosten ≥ 3 Mio (3 Punkte)

  In diesem Subkriterium können maximal (10 x 3 =) 30 Punkte erreicht werden.

- Art der Referenzprojekte:
  - Total,- Generalübernehmer: für den Neubau eines Feuerwehrhauses für einen öffentlichen Auftraggeber in OÖ (4 Punkte),
  - Total,- Generalübernehmer: für den Neubau eines Feuerwehrhauses für einen öffentlichen Auftraggeber außerhalb OÖ (3 Punkte),
  - Total,- Generalübernehmer: für Neubauten bzw. Sanierungen für einen öffentlichen Auftraggeber in OÖ (2 Punkte),
  - Total,- Generalübernehmer: für Neubauten bzw. Sanierungen für einen öffentlichen Auftraggeber außerhalb OÖ (1 Punkt)

  In diesem Kriterium können maximal (10 x 4 =) 40 Punkte erreicht werden.

- Sonstige Referenzspezifika nach BVergG:
  - Beauftragung als Total,- Generalübernehmer mit Vergabe nach dem BVergG in OÖ (3 Punkte).
  - Beauftragung als Total,- Generalübernehmer mit Vergabe nach dem BVergG nicht in OÖ (1 Punkt).

  In diesem Kriterium können maximal (10 x 3 =) 30 Punkte erreicht werden.

[...]

7. Teilnahmeanträge

7.1. Form, Ausfertigungen

Teilnahmeanträge sind schriftlich in **2-facher Ausfertigung**, 1 Original und 1 Kopie, vorzulegen. Für den Teilnahmeantrag ist das beiliegende Formblatt zu verwenden, dieses Formblatt ist vollständig auszufüllen und rechtsgültig zu unterfertigen.

Die Teilnahmeanträge müssen ein Inhaltsverzeichnis enthalten, aus dem die eingereichten Unterlagen eindeutig ersichtlich sind, jeweils unter der Angabe der Seitenzahl.

Die vorzulegenden Unterlagen sind in der aus dem Inhaltsverzeichnis ersichtlichen Reihenfolge zu ordnen.

[...]“

Die dem Teilnahmeantrag als Anlage beizulegende „Referenzprojektliste gem. Punkt 5.5.3 der Bewerberinformation“ bestand dabei aus zwei vom Bewerber auszufüllenden Listen:

- Liste „Referenzen technische Leistungsfähigkeit“ (mit zwei Zeilen für die Eintragung der als Referenzen namhaft zu machenden Bauvorhaben Nr. 1 bis 2)
- Liste „Referenzen Auswahlkriterien“ (mit zehn Zeilen für die Eintragung der als Referenzen namhaft zu machenden Bauvorhaben Nr. 1 bis 10).

Jede dieser Liste wies dabei die vom Bewerber auszufüllenden Spalten „Bezeichnung des Bauvorhabens“, „Sanierung oder Neubau“, „Auftraggeber/Ansprechperson“, „Leistungsbeschreibung“, „Vergabe nach BVergG“, „Bruttoherstellungskosten/Angaben zur Einhaltung des Kostenrahmens“ und „Zeitraum der Auftragsdurchführung“ auf.

Jede dieser Listen enthielt am Ende den Klammerhinweis, dass nur Referenzprojekte berücksichtigt werden, die in dieser Liste angeführt sind.

Nach den Teilnahmebedingungen konnten als Referenzen für die Auswahlkriterien auch die beiden Referenzen für den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit namhaft gemacht werden.

1.3. Während der Teilnahmefrist wurde allen Bewerbern die Beantwortung einer Bewerberanfrage der Antragstellerin zu Punkt 5.5.3. letzter Absatz der Bewerberinformation mit E-Mail vom 23.2.2021 wie folgt zur Kenntnis gebracht:

„[...]

Frage 2 zu Punkt 5.5.3, Letzter Absatz

Hier werden Argereferenzen nur gewertet bei denen man mit MEHR als 50% als Argepartner involviert war.
Ich nehme an, dass gewollt war, dass man MINDESTENS 50% Argeanteil (= Beteiligung und Haftung gemäß Pkt. 3 Musterargevertrag der VIBÖ (PDF liegt bei)) haben muss (nicht mehr als 50%), da bei einer Arge aus 2 Mitgliedern in der Regel eine 50% / 50% Argebeteiligung vorliegt.
Mit der Formulierung in der Ausschreibung könnten somit keine Projekte, welche 2 Argepartner im Argeverhältnis 50% / 50% ausgeführt haben, als Referenz herangezogen werden.

Ich gehe nicht davon aus, dass dies mit der Formulierung so gewollt war.

Zu diesem Kriterium erfolgt folgende Konkretisierung:

Hat der Bewerber in einem Referenzprojekt im Rahmen einer Arbeitsgemeinschaft mitgewirkt,
wird das Referenzprojekt berücksichtigt, wenn der Anteil des Bewerbers **mind. 50%** des Auftragswertes des Referenzprojektes beträgt.
Der Anteil des Bewerbers ist beim jeweiligen Referenzprojekt zu nennen.

[...]“

1.4. Mit Teilnahmeantrag vom 25.2.2021 beantragte die Antragstellerin die Teilnahme am Vergabeverfahren. Mit E-Mail vom 31.3.2021 übermittelte die Auftraggeberin an die Antragstellerin die Angebotsunterlagen für die zweite Stufe des Verhandlungsverfahrens. In diesen Unterlagen legte die Auftraggeberin u. a. fest:

„[...]

1 Vorbemerkungen

1.1 Der gegenständliche Auftrag wird im Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung vergeben. In der bereits durchgeführten ersten Stufe („Erkundung des Bewerberkreises“) wurden alle Interessenten aufgerufen, Teilnahmeanträge gemäß den Vorgaben der Bewerberinformation zu stellen. Der Auftraggeber hat aus dem Kreis der Bewerber die am besten geeigneten Teilnehmer ausgewählt, die zur Abgabe von Angeboten eingeladen werden. Teilnahmeberechtigt am gegenständlichen weiteren Vergabeverfahren sind nur die aufgrund des Teilnahmewettbewerbs eingeladenen Bewerber.

[...]

4.2 Subunternehmer

Der Bieter hat in seinem Angebot (Formblatt ./a) anzugeben, welche wesentlichen Teile seiner Eigenleistungen er an Subunternehmer weiterzugeben beabsichtigt, sowie die jeweils in Frage kommenden Subunternehmer bzw. die allenfalls bereits ausgewählten Subunternehmer bekannt zu geben. Subunternehmer ist ein Unternehmer, der Teile des an den Auftragnehmer erteilten Auftrages ausführt. Als Subunternehmer werden vom Auslober nur die Erbringer der Architektenleistung, der Leistungen der verschiedenen Fachplaner sowie der Leistungen des Sicherheits- und Baukoordinators anerkannt. Die Weitergabe des gesamten Auftrages ist jedenfalls unzulässig. Ein Wechsel des Subunternehmers darf nur mit Zustimmung des Auftraggebers erfolgen.

Teilleistungen, die die Bauausführung (Bauleistung) betreffen (Gewerke), und die dafür infrage kommenden Subunternehmer müssen im Angebot noch nicht genannt werden.

Im Übrigen ist die Weitergabe von Teilen der Leistung nur insoweit zulässig, als der Subunternehmer die für die Ausführung seines Teils erforderliche Eignung besitzt. Die Eignung (Befugnis, berufliche Zuverlässigkeit, technische Leistungsfähigkeit und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit) ist, bezogen auf den weitergegebenen Leistungsteil, nach Aufforderung durch den Auftraggeber nachzuweisen.

Die Weitergabe von Teilleistungen an Subunternehmer lässt die Haftung des Bieters unberührt. Abgesehen von den Leistungen des Architekten und der Fachplaner dürfen max. 20% der Eigenleistungen vergeben werden.

[...]

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 gemäß Punkt 5.7 der Bewerberinformation abgegeben, wird der Auftraggeber gemäß § 80 Abs 3 BVergG vor Zuschlagserteilung jedenfalls die Vorlage der festgelegten Nachweise vom in Aussicht genommenen Zuschlagsempfänger verlangen.

[...]

7.3 Zuschlagskriterien

7.3.1. Der Zuschlag wird gemäß den nachstehenden Zuschlagskriterien dem technisch und wirtschaftlich günstigstem Angebot erteilt (Bestbieterprinzip), wobei die einzelnen Zuschlagskriterien wie folgt gewichtet werden:

Zuschlagskriterien	Prozent	Punkte
- PREIS Leistung des Totalübernehmers inkl. Architektenhonorar, Fachplanerhonorar und Honorar für Wettbewerbsbegleiter (gemäß Punkt B 2.3)	**80%**	**8.000**
- Qualität der Leistung	**20%**	**2.000**
davon entfallen auf Umsetzungskonzept	50%	1.000
Erfahrung und Qualifikation des Schlüsselpersonals	50%	1.000
GESAMT	**100%**	**10.000**

Es können maximal 10.000 Punkte erreicht werden. Bei Punktegleichstand entscheidet der günstigere Preis.

7.3.2. Unter dem Zuschlagskriterium „Preis" wird der vom Bieter im Angebotsformular angebotene Generalübernehmeraufschlag bewertet. Die für Optionen angebotenen Preise fließen in die Preisbewertung nicht ein.

[...]

Teil B – Leistungsbeschreibung

1 Das Projekt

1.1 Kurzbeschreibung des Bauvorhabens

Der Auftraggeber beabsichtigt auf dem derzeitigen Grundstück Parz. Nr.: [redacted] KG Enns den Neubau eines Feuerwehrhauses samt Katastrophenschutzlager Enns OÖ

[...]

2 Auftragsgegenstand

2.1 Allgemeines

Gegenstand des Auftrages ist die technische und kommerzielle Abwicklung des oben dargestellten Bauvorhabens einschließlich der Projektsteuerung. Der Auftragnehmer erbringt insbesondere die in den Punkten 2.2. bis 2.3 angeführten Leistungen und beauftragt im eigenen Namen, jedoch auf Rechnung des Auftraggebers, die bauausführenden Unternehmen („Totalübernehmer"). Vertragspartner der bauausführenden Unternehmen wird daher ausschließlich der Auftragnehmer.
Die Übertragung von Liegenschaften oder die Verschaffung von Nutzungsrechten an Liegenschaften ist nicht Gegenstand dieses Auftrages.
Gegenüber dem Auftraggeber schuldet der Auftragnehmer als Leistungserfolg den Neubau eines Feuerwehrhauses samt Katastrophenschutzlager Enns OÖ, wobei die Bauausführung durch dritte, vom Auftragnehmer im eigenen Namen beauftragte Unternehmen erfolgt.

2.2 Eigenleistungen

Der Totalübernehmeraufschlag gemäß Punkt 3.3 umfasst die gesamte kommerzielle und technische Abwicklung des Bauvorhabens, insbesondere die in Anlage ./2 zum Leistungsvertrag (Teil C der Angebotsunterlage) genannten Leistungen des Auftragnehmers („Eigenleistungen"), unabhängig davon, ob der Auftragnehmer diese Leistungen selbst erbringt oder für die Leistungen dritte (Subunternehmer) heranzieht.
Der Totalübernehmer hat vor Planungsbeginn eine Internetplattform zur digitalen Projektabwicklung (ähnlich Datenpool) einzurichten. Eventuell deswegen anfallende Kosten sind im Totalübernehmerhonorar einzurechnen.
Dem Auftragnehmer steht es frei, Teile der Eigenleistungen an Subunternehmer weiterzugeben, sofern diese die notwendige Eignung besitzen. Der Bieter hat in seinem Angebot alle jene Teile der Eigenleistungen anzuführen, die er an Subunternehmer weiterzugeben beabsichtigt, sowie die dafür in Betracht kommenden Subunternehmer zu nennen. Nach Aufforderung durch den Auftraggeber ist die Eignung dieser Subunternehmer nachzuweisen.
Hinsichtlich der der Planungsleistungen und der Leistung der Sonderfachleute gilt Punkt 2.3.

2.3 Planung und Sonderfachleute

Die Beauftragung eines dritten Planers soll durch den Auftragnehmer erfolgen.
Der Auftragnehmer hat für die nachstehenden Leistungen im eigenen Namen den Sieger des geladenen Architektenwettbewerbes mit den Teilleistungen nach HOA zu den Bedingungen und Honorasätzen des Gemeindevertrages des Landes OÖ, zu beauftragen.

- alle Büroleistungen bis einschließlich Einreichplanung
- die Ausführungs- und Detailplanung
- mind. 50 % der Technischen Oberleitung
- die Künstlerische Oberleitung.

Der Auftraggeber beabsichtigt, den Vertrag über die vorgenannten Leistungen auftraggeberseits auf den Totalübernehmer zu überbinden, sodass dieser Vertragspartner des beauftragten Planers wird. Mit Abgabe des Teilnahmeantrages hat sich der Bewerber hiermit einverstanden erklärt und sich verpflichtet, die für eine Überbindung erforderliche Vereinbarung zu unterfertigen. (siehe auch Punkt 3.2.1 der Bewerberinformation).

Die über die oben angeführten Leistungen hinausgehenden und für die Herstellung des Leistungserfolges notwendigen Büroleistungen sowie die Leistungen der örtlichen Bauaufsicht sind vom Auftragnehmer oder von ihm beauftragten Dritten (Subunternehmer) zu erbringen, wobei es sich um Eigenleistungen gemäß Punkt 2.2. handelt und diese als solche zu kalkulieren sind.

Sonderfachleute:
Die Beauftragung der Sonderfachleute gehört zum Leistungsumfang des Totalübernehmers. Die Leistungen der vom Totalübernehmer beauftragten Sonderfachleute sind als Eigenleistungen zu kalkulieren.
Der gemäß Punkt 3.3 anzubietende Totalübernehmeraufschlag ist mit den Kosten für die Sonderfachleute anzubieten.

Sonderfachleute als Eigenleistungen:
Die Leistungen der Sonderfachleute für folgende Fachgebiete für alle Planungs- und Umsetzungsphasen (also einschließlich Unterstützung der örtlichen Bauaufsicht) als Eigenleistungen des Auftragnehmers anzubieten:

- Statik,
- Haustechnik,
- Elektrotechnik,
- Bauphysik
- Akustik,

Diese optionalen Leistungen sind als Paket als separater Aufschlag (neben dem Totalübernehmeraufschlag im engeren Sinn) auf Basis der Bemessungsgrundlage gemäß Punkt 3.3 (Baukosten) anzubieten.

Durchführung eines geladenen Architekten Wettbewerbes mit 8 bis 10 geladenen Teilnehmern
Für die Wettbewerbsbegleitung ist auf Wunsch der Stadtgemeinde der Architekt DI Dr. [redacted] zu beauftragen. Die Honorierung dieser Tätigkeit ist mit 0,35 % der geschätzten Errichtungskosten, die in der Anbotsunterlage angeführt sind, zu honorieren. Der geladene Wettbewerb ist neben dem Auslober mit der zuständigen Abteilung der Landes OÖ und wenn möglich mit der Architektenkammer abzustimmen.

2.4 Bauausführung

Der Auftragnehmer schuldet die Herstellung des Leistungserfolges, also den gesamtverantwortlichen Neubau eines Feuerwehrhauses und eines Katastrophenlagers in Enns OÖ, wobei die Leistungen der Bauausführung durch Dritte, vom Auftragnehmer im eigenen Namen beauftragte Unternehmen, erfolgen.
Dem Auftraggeber gegenüber haftet der Auftragnehmer für die Herstellung des gesamten Leistungserfolges, einschließlich der Leistungen der von ihm beauftragten Dritten.
Der Auftragnehmer schließt alle Verträge mit den bauausführenden Unternehmen im eigenen Namen, der Auftraggeber tritt in kein direktes Vertragsverhältnis mit den bauausführenden Dritten.

[...]

Die Erbringung von Leistungen der Bauausführung durch den Auftragnehmer selbst ist ausgeschlossen. **Die Weitergabe der Bauausführung an einem Generalunternehmer ist ausgeschlossen.**

[...]

3 Entgelt

3.1 Allgemeines

Das vom Auftraggeber an den Auftragnehmer zu leistende Entgelt für das Bauvorhaben („Gesamtentgelt") setzt sich aus folgenden Teilen zusammen:

- den Gesamtinvestitionskosten (Punkt 3.2. für das betreffende Bauvorhaben),
- dem Totalübernehmeraufschlag des Auftragnehmers (Punkt 3.3.), und

Jeweils zzgl. der Umsatzsteuer in gesetzlicher Höhe.

3.2 Gesamtinvestitionskosten

Die Gesamtinvestitionskosten sind die Summe aus den folgenden Kostenpositionen, soweit sie vom Auftragnehmer getragen wurden („Gesamtinvestitionskosten") jeweils brutto (inkl. Umsatzsteuer):

- Die Baukosten, einschließlich Außenanlagen (Summe Kostengruppen 1 - 6) samt der Kosten für jene Mobilien, die vom Totalübernehmer beschafft werden,
- Honorare (Summe Kostengruppe 7), ohne die als Eigenleistungen zu erbringenden Leistungen (Punkt 2.2), gleichgültig, ob sie vom Auftraggeber selbst oder von einem dritten (Subunternehmer) erbracht wurden und
- Nebenleistungen (Kostengruppe 8)

jeweils gemäß dem Formular „Zusammenstellung der Kosten bei der Durchführung von Hochbauvorhaben von oberösterreichischen Gemeinden, Gemeindeverbänden und freien Wohlfahrtsträgern", (Auflage 2018).

Bei der Ermittlung der Gesamtinvestitionskosten sind alle Preisnachlässe, Preisminderungen, Skonti usw., sowie alle Pönalzahlungen Dritter zu berücksichtigen, auch wenn diese aus Gründen, die auf der Seite des Auftragnehmers liegen, nicht in Anspruch genommen werden können. Nicht in die Gesamtinvestitionskosten einzurechnen sind alle Kosten, die vom Auftraggeber direkt getragen werden (z.B. Grund und Aufschließungskosten) sowie Anschlussgebühren für Kanal, Wasser, Strom Fernwärme usw., Entgelte für Vorleistungen.

3.3 Totalübernehmeraufschlag

Basis für den Totalübernehmeraufschlag des Auftragnehmers sind die Baukosten (Summe Kostengruppe 1-6) gemäß dem Formular „Zusammenstellung der Kosten bei der Durchführung von Hochbauvorhaben der oberösterreichischen Gemeinden, Gemeindeverbände und freien Wohlfahrtsträgern", Auflage 2018, derzeit ca. 6,0 Mio. € inkl. Umsatzsteuer, jedoch ohne Kosten, die vom Auftraggeber direkt getragen werden (z.B. Grund- und Aufschließungskosten, sowie Anschlussgebühren für Kanal, Wasser, Strom, Gas usw.; Entgelte für Vorleistungen).

Der Totalübernehmeraufschlag wird als Prozentsatz von den Baukosten berechnet, welcher vom Bieter im Angebotsformular anzubieten ist. Der Totalübernehmeraufschlag ist ein Pauschalentgelt und schließt (mit Ausnahme der in diesem Punkt 3. separat angeführten Entgeltpositionen) alle Leistungen, Nebenleistungen und Aufwendungen des Auftragnehmers mit ein. Insbesondere sind auch alle Nebenkosten, Spesen und sonstige Aufwendungen des Auftragnehmers (einschließlich Fahrtspesen, Plankopien usw.) in die Pauschale mit einzurechnen. Eine über das Pauschalentgelt hinausgehende Abgeltung von Leistungen, Nebenleistungen, Nebenkosten, Spesen und sonstigen Aufwendungen des Auftragnehmers erfolgt nicht.

3.4 Durchführung eines geladenen Architektenwettbewerbes mit 8 bis 10 geladenen Teilnehmern.

Der geladene Wettbewerb ist neben der Gemeinde mit der zuständigen Abteilung der Landes OÖ und wenn möglich mit der Architektenkammer abzustimmen.
Da der Betrag für die Preisgelder bzw. Aufwandsentschädigungen der Wettbewerbsteilnehmer noch nicht feststehen, können diese Beträge sowie die Modellkosten extra verrechnet werden und sind nicht im Totalübernehmeraufschlag einzurechnen.

4 Endabrechnung

Der Auftragnehmer hat die Endabrechnung binnen sechs Monaten ab Übergabe gemeinsam mit der Abrechnung der Gesamtinvestitionskosten, der Abrechnung über den Totalübernehmeraufschlag und der (Zwischen-) Abrechnung über die Finanzierungskosten vorzulegen. Das vom Auftraggeber zu zahlende Gesamtentgelt ist 60 Tage ab Vorlage der ordnungsgemäßen Endabrechnung zur Zahlung fällig. Kommt der Auftragnehmer mit der Vorlage der Endabrechnung in Verzug, so dürfen ab dem Zeitpunkt sechs Monate ab Übergabe des Bauwerks keine weiteren Finanzierungskosten (Zinsen) verrechnet werden.

[...]

7 Auftragsbedingungen

Es gelten ferner Bestimmungen des als Teil C angeschlossenen Entwurfs des Totalübernehmervertrages. Dieser bildet einen integrierenden Bestandteil dieser Angebotsunterlage und wird nach Zuschlagserteilung als separate Urkunde ausgefertigt.

[...]“

In der Anlage 2 des Teiles C der Angebotsunterlage (Entwurf Totalübernehmervertrag) wurde von der Auftraggeberin u. a. festgelegt:

„

Anlage ./2 – Eigenleistungen des Auftragnehmers

Der Totalübernehmer hat vor Planungsbeginn eine Internetplattform zur digitalen Projektabwicklung (ähnlich Datenpool) einzurichten. Eventuell deswegen anfallende Kosten sind im Totalübernehmerhonorar einzurechnen.
Die Eigenleistungen umfassen die gesamte technische und kommerzielle Abwicklung des Bauvorhabens, insbesondere

A) Architektenwettbewerb

Durchführung eines geladenen Architekten Wettbewerbes mit 8 bis 10 geladenen Teilnehmern.

Der AN hat vor Planungsbeginn einen geladenen Architektenwettbewerb mit 8 bis 10 geladenen Teilnehmern durchzuführen. Für die Wettbewerbsbegleitung ist der Architekt DI Dr. [redacted] zu beauftragen. Diese Tätigkeit ist mit 0,35 % der geschätzten Errichtungskosten zu honorieren (siehe Anbotsunterlagen Teil B, Punkt 2.3 letzter Absatz).

[...]

B) Planungsleistung

B.1) Der Totalübernehmer hat den Gewinner des Architektenwettbewerbes mit den Teilleistungen: alle Büroleistungen bis einschließlich Einreichplanung, Ausführungs- und Detailplanung, künstlerische Oberleitung und 50% der Technischen Oberleitung zu den Bedingungen des Gemeindevertrages des Landes OÖ in eigenem Namen zu beauftragen und diese Leistungen sind im Leistungsumfang des Auftragnehmers inkludiert. Dieses Honorar ist in den Totalübernehmeraufschlag zu inkludieren, jedoch extra anzuführen.

B.2) Erstellung der Kostenermittlungsgrundlagen

Für alle Bau- und Professionistenarbeiten Ermittlung der Mengen und Massen als Grundlage für die Aufstellung der Leistungsverzeichnisse, auch unter Verwendung der Beiträge anderer an der Planung fachlich Beteiligten (Sonderfachleute). Aufstellung von ausschreibungsreifen Leistungsverzeichnissen mit Leistungsbeschreibungen, positionsweise nach Gewerken, gegebenenfalls unter Verwendung standardisierter Leistungsbeschreibungen. Abstimmung und Koordination der Leistungsverzeichnisse und Kostenanschläge der anderen an der Planung fachlich Beteiligten (Sonderfachleute). Ermittlung der Herstellungskosten nach ortsüblichen Preisen auf Basis der Leistungsverzeichnisse und unter Verwendung der Kostenanschläge der anderen an der Planung fachlich Beteiligten (Sonderfachleute) unter Verwendung des Formulars „Zusammenstellung der Kosten bei der Durchführung von Hochbauvorhaben der oö. Gemeinden, Gemeindeverbänden und freien Wohlfahrtsträgern, Auflage 2018".

B.3) Künstlerische und Technische Oberleitung der Bauausführung

Mit diesen Leistungen soll teilweise ein dritter Planer beauftragt werden, jedoch sind diese Leistungen Eigenleistungen des Auftragnehmers.
Die Leistungen der 50 % der Technischen Oberleitung, die der Totalübernehmer nicht vergeben soll, sind jedoch:

[...]

B.4) Geschäftliche Oberleitung der Bauausführung

- Zusammenstellung der Ausschreibungsunterlagen für alle Leistungsbereiche
- Durchführung der notwendigen Ausschreibungsverfahren
- Einholung, Überprüfung und Gegenüberstellung aller Angebote und Ausarbeitung der Vergabevorschläge einschließlich Vergabeberichte, die dem Bauherrn vorzulegen sind
- Erstellung von Werkverträgen
- Aufstellung eines Zeit- und Zahlungsplanes
- Feststellung der anweisbaren Teil- und Schlusszahlungen unter Zugrundelegung der Prüfergebnisse der örtlichen Bauaufsicht
- Einladungsfirmenlisten bedürfen der Zustimmung des Auftraggebers
- Monatliche Zwischenberichte mit Hochrechnungen (Kostenverfolgung) sind an den Auftraggeber zu liefern. Bei Änderungen der Bauausführung sind die Genehmigungen unter Angabe von Schätzkosten vor der Durchführung vom Auftraggeber einzuholen.

B.5) Geschäftliche Oberleitung

Die Leistungen des Auftragnehmers umfassen u.a. insbesondere:

[...]

C) Örtliche Bauaufsicht

Örtliche Vertretung der Interessen des Bauherrn einschließlich der Ausübung des Hausrechtes auf der Baustelle. Aufstellung und Überwachung der Einhaltung des Zeitplanes für die Gesamtabwicklung der Herstellung des Bauwerkes. Örtliche Überwachung der Herstellung des Bauwerkes, leitend für den Gesamtablauf sowie koordinierend bezüglich der Tätigkeit der anderen an der Bauüberwachung fachlich Beteiligten (Sonderfachleute), insbesondere mit nachstehenden weiteren Teilleistungen:

[...]

D) **Objektbetreuung**

Objektbegehung zur Mängelfeststellung vor Ablauf der Verjährungsfristen der Gewährleistungsansprüche gegenüber den bauausführenden Unternehmen. Überwachung der Beseitigung von Mängeln, die innerhalb der Verjährungsfristen der Gewährleistungsansprüche, längstens jedoch bis zum Ablauf von 3 Jahren nach Abnahme der Bauleistungen auftreten.

E) **Planungs-. Baukoordination**

Übernahme der Tätigkeit als Planungs- und Baustellenkoordinator nach den Bestimmungen des Bauarbeitenkoordinationsgesetzes.

F) **Projektmanagement, Bauverwaltung**

Zusätzlich oder ergänzend zu den Punkten A bis D betreffend Projektmanagement und Bauverwaltung:

- Projektsteuerung, Ablaufplanung und Organisationsplanung, jedoch nur hinsichtlich der Auftragsvergaben und der Herstellung des Bauwerks;
- Berichtswesen, vorausschauende Kostenverfolgung für die Einhaltung des Kostenrahmens
- Qualitätskontrolle und Mängelbehebung (C)
- Bauverwaltung mit kaufmännischer Abwicklung des Bauvorhabens
- Erstellen der Endabrechnung des Bauvorhabens und Vorlage beim Amt der OÖ Landesregierung zum Zweck der Abrechnung

G) **Nebenkosten (Planausdrucke, CAD – Files, Fahrtkosten)**

H) **Sonderfachleute**

In den Eigenleistungen des Auftragnehmers sind auch die Leistungen der Sonderfachleute für folgende Fachgebiete für alle Planungs- und Umsetzungsphasen (also einschließlich Unterstützung der örtlichen Bauaufsicht) inkludiert:
Statik, Haustechnik, Elektrotechnik, Bauphysik, Akustik

“

1.5. Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 23.11.2021 wurde das von der Antragstellerin im gegenständlichen Vergabeverfahren gelegte Angebot vom 26.4.2021 gemäß § 141 Abs. 1 Z 2 Bundesvergabegesetz 2018 (BVergG 2018) ausgeschieden, weil die Eignung der Antragstellerin nicht gegeben sei. Die Auftraggeberin begründete ihre Ausscheidensentscheidung (zusammengefasst) damit, dass die Antragstellerin zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit gemäß Punkt 5.5.2. der Bewerberinformation zwei Referenzprojekte angeführt hätte, die sie in Arbeitsgemeinschaft (ARGE) mit der Firma x AG („x“) erbracht habe. Punkt 5.5.3. der Bewerberinformation, wonach ein ARGE-Referenzprojekt nur berücksichtigt werde, wenn der Anteil des Bewerbers jeweils zumindest 50 % des Auftragswertes des Referenzprojektes umfasse, stelle nicht auf eine abstrakte (gesellschaftsrechtliche) ARGE-Beteiligung ab. Von maßgebender Bedeutung sei vielmehr die Höhe der Vergütung/Zuwendung für die erbrachte Leistung im betreffenden Projekt im Vergleich zum Gesamtauftragswert des Projektes. Aus den vorliegenden ARGE-Verträgen ergebe sich, dass der Anteil des ARGE-Partners der Antragstellerin an den Vergütungen bzw. Zuwendungen („Gestionierungen“) jeweils höher gewesen sei als jener der Antragstellerin selbst. Daraus ergebe sich für die zum Nachweis der Eignung namhaft gemachten ARGE-Referenzprojekte, dass nicht nachgewiesen worden sei, dass der Anteil der Antragstellerin nicht

mindestens 50 % im Sinne des Punktes 5.5.3. der Bewerberinformation betragen habe.

1.6. Dagegen richtete sich der gegenständliche Nachprüfungsantrag vom 6.12.2021, mit welchem die Antragstellerin u. a. die Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 23.11.2021 und den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren begehrte. Die Antragstellerin begründete die behauptete Rechtswidrigkeit der angefochtenen Ausscheidensentscheidung im Nachprüfungsantrag und im verwaltungsgerichtlichen Nachprüfungsverfahren (zusammengefasst) wie folgt:

- Die Auftraggeberin habe mit der Aufforderung an die Antragstellerin zur Angebotslegung eine gesondert anfechtbare Entscheidung getroffen, welche ex lege nur nach erfolgter Eignungsprüfung an die bestgereihten Teilnehmer zu ergehen habe. Diese Entscheidung sei bestandfest und daher im Wege der Nachprüfung aus Gründen der Rechtssicherheit nicht neuerlich zu hinterfragen.
- Die Auftraggeberin habe das von der Antragstellerin in ihrer Fragestellung zur Auslegung der Bestimmung über die technische Leistungsfähigkeit (Punkt 5.5.3. der Teilnahmeunterlagen) offengelegte Verständnis, wonach die Berechnung der 50 % anhand des ARGE-Anteils nachzuweisen ist, jedenfalls nicht verneint. Dieses Verständnis sei auch allen anderen interessierten Teilnehmern zugegangen. Die Antragstellerin habe nachgewiesen, dass sie bei sämtlichen ARGE-Referenzprojekten einen ARGE-Anteil von 50 % gehalten habe. Diese Nachweise würden dem objektiven Erklärungswert der Bestimmung gemäß Punkt 5.5.3. der Teilnahmeunterlagen entsprechen. Die Behauptung der Auftraggeberin, wonach ein ARGE-Anteil von 50 % nicht gleich dem Anteil am „Auftragswert“ wäre, sei nicht nachvollziehbar, zumal bei noch nicht abgeschlossenen Referenzprojekten, die als Eignungsnachweis genannt werden dürfen, ein Auftragswert mangels Schlussrechnung naturgemäß nicht feststellbar sei. Darüber hinaus handle es sich nach den Bestimmungen des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches (ABGB) bei der Forderung einer Gesellschaft nach bürgerlichem Recht um eine Gesamthandforderung und sei alles was ein Gesellschafter zur Führung der Geschäfte erhält bzw. aus der Geschäftsführung erlangt, an das Gesellschaftsvermögen abzuführen. Ein Aufwandersatz eines Gesellschafters gehe zulasten des Gesellschaftsvermögens. In den zugrunde liegenden ARGE-Verträgen seien Gewinn und Verlust entsprechend den Geschäftsanteilen (50:50) aufzuteilen gewesen. Ein ARGE-Gesellschafter habe nur Anspruch auf Auszahlung des Wertes seines Geschäftsanteils. Bei einem vereinbarten ARGE-Geschäftsanteil zweier Unternehmen von jeweils 50 % könne nicht begründet werden, dass der Anteil des Auftragswertes ungleichmäßig sei. Würde man dem Verständnis der Auftraggeberin folgen, dass ein ARGE-Mitglied wegen Eigenleistungen mehr vom Auftragswert erhält, wären aber auch die sonstigen Ausgaben der ARGE zu berücksichtigen, ob nach deren Abzug überhaupt bei einem ARGE-Mitglied noch 50 % des „Auftragswertes“ verbleiben würde. Es seien auch Aufwendungen für Personal und Material nach Aufwand abgegolten worden, wobei dies nicht im Arbeitsgemeinschaftsvertrag geregelt worden sei.

- Die Antragstellerin habe mit dem Teilnahmeantrag eine Subunternehmerin benannt. Neben den acht eigenen Referenzprojekten seien auch zwei Referenzprojekte der Subunternehmerin angeführt, welche die Anforderungen der Teilnahmebedingungen erfüllen würden. Die Prüfung von nur zwei Referenzprojekten widerspreche den Grundsätzen des Vergaberechts. In den Teilnahmebedingungen sei nicht vorgesehen, dass sich die Bewerber verbindlich für zwei Referenzprojekte entscheiden müssen. Eignungsbezogene Nachweisfehler im Teilnahmeantrag seien behebbare Angebotsmängel und sei der Auftraggeber im Falle einer festgestellten fehlenden Eignung sogar verpflichtet, mittels konkretem kontradiktorischen Vorhaltes den Mangel beheben zu lassen.

1.7. Im Rahmen des verwaltungsgerichtlichen Nachprüfungsverfahrens brachte die Auftraggeberin noch ergänzend (zusammengefasst) vor, dass sie in Unkenntnis der tatsächlichen Aufteilung der Vergütungen und Zuwendungen auf die Angaben der Antragstellerin, ihr Anteil betrage jeweils 50 %, vertraut habe. Deshalb sei die Antragstellerin zur Angebotslegung in der zweiten Stufe des Vergabeverfahrens eingeladen worden. Erst in dieser Stufe seien ihr die jeweils höheren Vergütungen bzw. Zuwendungen der ARGE-Partnerin der Antragstellerin zur Kenntnis gelangt. Die Antragstellerin habe selbst die Projektauswahl für den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit getroffen und könnten die bei den „Unternehmerreferenzen“ nach Punkt 6.2.2. der Bewerberinformation zusätzlich genannten Referenzprojekte nicht für die technische Leistungsfähigkeit gewertet werden. Auch die Projekte der Subunternehmerin seien nicht als Referenzprojekte für die technische Leistungsfähigkeit genannt worden. Aufgrund der Bewerberanfrage sei lediglich der Mindestanteil des Auftragswertes eines Referenzprojektes in Punkt 5.5.3. letzter Absatz der Bewerberinformation konkretisiert worden, jedoch nicht die Interpretation des Begriffs „Auftragswert“. Die Berechnungsmethode des § 13 BVergG 2018 gebe unmissverständlich die Auslegung dieses Begriffes vor. Aufgrund einer eingehenden Prüfung der beiden seitens der Antragstellerin für den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit genannten Projekte sei die Antragstellerin auszuscheiden gewesen.

2. Aufgrund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht für das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich folgender entscheidungswesentlicher Sachverhalt fest:

2.1. Die Stadtgemeinde Enns führt derzeit als Auftraggeberin ein Verfahren zur Vergabe eines Bauauftrages im Oberschwellenbereich in Form eines zweistufigen Verhandlungsverfahrens nach dem Bestangebotsprinzip durch. Auftragsgegenstand ist dabei die technische und kommerzielle Abwicklung (einschließlich der Projektsteuerung und der baulichen Umsetzung) eines Bauvorhabens, nämlich eines Neubaus eines kommunalen Gebäudes in Enns mit geschätzten Errichtungskosten von x Euro. Dabei soll der Auftragnehmer als „Totalübernehmer“ des Bauauftrags insbesondere folgende Leistungen erbringen:

- Durchführung eines Architektenwettbewerbs und Beauftragung des Gewinners mit bestimmten Teilleistungen der Planung (alle Büroleistungen bis einschließlich Einreichplanung, Ausführungs- und Detailplanung, künstlerische Oberleitung, 50 % der technischen Oberleitung)
- Erbringung der übrigen Teilleistungen der Planung (Erstellung der Kostenermittlungsgrundlagen, 50 % der technischen Oberleitung, geschäftliche Oberleitung), der örtlichen Bauaufsicht und von Zusatzleistungen (Objektbetreuung zur Mängelfeststellung, Planungs- und Baustellenkoordination, weitere Tätigkeiten im Bereich Projektmanagement und Bauverwaltung)
- Beauftragung der Sonderfachleute (Statik, Haustechnik, Elektrotechnik, Bauphysik, Akustik)

Für diese Eigenleistungen gebührt dem Auftragnehmer ausschreibungsgemäß ein Pauschalentgelt in Höhe eines sog. „Totalübernehmeraufschlags“, der als Prozentsatz von den Baukosten berechnet wird und vom Bieter im Angebot anzubieten ist. Der Totalübernehmeraufschlag bildet im Rahmen des gewichteten Zuschlagskriteriums „Preis“ ein Kriterium zur Ermittlung des Bestangebots durch die Auftraggeberin.

2.2. Die Ausschreibung samt deren Berichtigung vom 23.2.2021 wurde von den Bewerbern bzw. Bietern in keinem Nachprüfungsverfahren angefochten.

2.3. In ihrem Teilnahmeantrag vom 25.2.2021 gab die Antragstellerin in der Referenzliste zum Nachweis ihrer technischen Leistungsfähigkeit im Sinne des Punktes 5.5. der Bewerberinformation die zwei Bauvorhaben „Neubau Feuerwehrhaus A“ (Kosten: x Euro) und „FF H“ (Kosten: x Euro) an, die beide im Rahmen einer ARGE mit der Firma x (ARGE-Anteil: je 50 %) erbracht worden seien.

2.4. Nach dem Ende der Abgabefrist für die Teilnahmeanträge übermittelte die Antragstellerin aus eigenem Anlass mit E-Mail vom 1.3.2021 eine neue Referenzliste „Referenzen technische Leistungsfähigkeit“ an die Auftraggeberin, da der Sekretärin ein Fehler unterlaufen sei. Es seien nämlich die beiden Bauvorhaben aufgrund der Herstellungskosten (jeweils unter x Euro) fälschlich als Eignungsreferenzen gelistet worden, weshalb sich die Antragstellerin hinsichtlich des Austauschs der beiden Eignungsreferenzen an die Auftraggeberin wandte. In der an die Auftraggeberin neu übermittelten Referenzliste „Referenzen technische Leistungsfähigkeit“ gab die Antragstellerin zwei andere Bauvorhaben an, die sie ebenfalls im Rahmen einer ARGE mit der Firma x erbrachte, nämlich „Sanierung Amtsgebäude und Feuerwehr in St. U“ (Herstellungskosten: x Euro) und „VZ G“ (Herstellungskosten: x Euro).

Die weitere Referenzliste „Referenzen Auswahlkriterien“ ihres Teilnahmeantrags ließ die Antragstellerin hingegen unverändert. In dieser wurden von der Antragstellerin zehn Bauvorhaben zur Bewerberauswahl durch die Auftraggeberin im Rahmen der Auswahlkriterien im Sinne des Punktes 6.2. der Bewerberinformation namhaft gemacht. Neben den beiden als Eignungsreferenzen genannten Bauvorhaben in St. U bzw. G wurden darin sechs weitere Bauvorhaben, die die Antragstellerin im Rahmen einer ARGE mit der Firma x erbrachte, und zwei

Bauvorhaben einer Subunternehmerin, welche für den Tätigkeitsbereich „LV-Erstellung (Unterstützung)“ bekannt gegeben wurde, als Referenzen für die Bewerberauswahl namhaft gemacht.

2.5. Für jedes als Referenz namhaft gemachte Bauvorhaben, welches die Antragstellerin im Rahmen einer ARGE mit der Firma x erbrachte, schlossen die beiden ARGE-Partner einen eigenen Arbeitsgemeinschaftsvertrag ab. Dies mit Ausnahme des Bauvorhabens in St. U, für welches gemeinsam mit einem weiteren Bauvorhaben ein einziger Arbeitsgemeinschaftsvertrag abgeschlossen wurde. Die Arbeitsgemeinschaftsverträge waren dabei inhaltlich im Wesentlichen ident:

- Beteiligungs- und Haftungsverhältnis der ARGE-Partner: je 50 %
- Die technische Geschäftsführung zur Gesamtabwicklung der ARGE-Geschäfte wird auf die Firma x übertragen.
- Die kaufmännische Geschäftsführung zur Gesamtabwicklung der ARGE-Geschäfte wird auf die Antragstellerin übertragen.
- Hinsichtlich der Bauleitung wird ein Mitarbeiter der Firma x zum Bauleiter und eine Mitarbeiterin der Antragstellerin zur Baukauffrau bestellt.
- Die Vergütungen („Gestionen“) der ARGE-Partner für deren Leistungen „technische Geschäftsführung“, „kaufmännische Geschäftsführung (einschließlich Baukauffrau)“, „Projektleitung“ und „Bauleiter“ erfolgt jeweils in Form einer pauschalen Abgeltung in Höhe eines vereinbarten Prozentsatzes.

Berechnungsgrundlage der Gestionen war dabei der sog. „ARGE-Umsatz“ (auch „ARGE-Erlös“ genannt). Dabei handelte es sich um die vom Auftraggeber zu bezahlende Schlussrechnungssumme (einschließlich des ARGE-Honorarentgelts) des jeweiligen Bauvorhabens.

Im Falle eines besonderen Aufwandes eines ARGE-Partners für die Leistungserbringung wurde dessen prozentuelle Vergütung einvernehmlich erhöht. Vergütungen für Geräte, Transportkosten, Reifen, Werkzeuge oder beigestelltes Personal wurden in diesen Arbeitsgemeinschaftsverträgen nicht vereinbart.

Auch wurde darin keine Vereinbarung zur Aufteilung des ARGE-Gewinns (bzw. - Verlustes) zwischen den ARGE-Partnern getroffen.

2.6. Im Rahmen der sog. „Bauerfolgsrechnungen“ der ARGE wurden die den ARGE-Partnern jeweils aus dem ARGE-Umsatz (Erlös) zukommenden Gestionen und Ergebnisanteile („Gewinn“) berechnet und gutgeschrieben. Berechnungsgrundlage des Gewinns war dabei der ARGE-Umsatz abzüglich der aufgelaufenen ARGE-Kosten (darin etwa die Gestionen). Der verbleibende Differenzbetrag wurde als Gewinn im Verhältnis 1:1 zwischen den beiden ARGE-Partnern aufgeteilt. In allen von der Antragstellerin als Referenzen namhaft gemachten ARGE-Bauvorhaben bekam die Firma x als ARGE-Partnerin für ihre erbrachten Leistungen höhere Gestionen aus dem ARGE-Umsatz (Erlös) vergütet als die Antragstellerin. Da der Gewinn zu gleichen Teilen zwischen den ARGE-Partnern aufgeteilt wurde, lukrierte die Firma x als ARGE-Partnerin damit auch in Summe (Gestionen + Gewinnanteil) mehr aus dem ARGE-Umsatz (Erlös) des jeweiligen Bauvorhabens als die Antragstellerin, so etwa auch in den beiden als Eignungsreferenzen namhaft gemachten Bauvorhaben in St. U und G:

2.6.1. Bauvorhaben „Sanierung Amtsgebäude und Feuerwehr in St. U“

ARGE-Partner	Gestionen (rund)	Gewinn (rund)	Summe
Firma x	x Euro	x Euro	x Euro
Antragstellerin	x Euro	x Euro	x Euro

2.6.2. Bauvorhaben „VZ G“

ARGE-Partner	Gestionen (rund)	Gewinn (rund)	Summe
Firma x	x Euro	x Euro	x Euro
Antragstellerin	x Euro	x Euro	x Euro

2.7. Nach Übermittlung der Angebotsunterlagen forderte die Auftraggeberin die Antragstellerin mit E-Mail vom 31.3.2021 u. a. zur Vorlage nachprüfbarer Nachweise auf, ob die Antragstellerin den Auftragswert von mindestens 50 % bei den angegebenen ARGE-Referenzen erreicht habe. Die Antragstellerin übermittelte in der Folge mit E-Mail vom 20.4.2021 Kopien der Arbeitsgemeinschaftsverträge der von ihr als Referenzen namhaft gemachten ARGE-Bauvorhaben und verwies darauf, dass bei allen Arbeitsgemeinschaften ein Beteiligungs- und Haftungsverhältnis von 50:50 mit der ARGE-Partnerin (Firma x) vereinbart worden sei.

2.8. Nach Durchführung eines Vergabegesprächs wies die Auftraggeberin die Antragstellerin mit E-Mail vom 23.9.2021 darauf hin, dass die vorgelegten Verträge den Anteil der Antragstellerin an den jeweiligen ARGE-Projekten nicht schlüssig belegen würden. Unter Hinweis auf Punkt 5.5.3. letzter Absatz der Bewerberinformation forderte die Auftraggeberin die Antragstellerin nochmals zur Vorlage von Nachweisen zu den namhaft gemachten Referenzprojekten auf:

- Aufstellung über die von der Antragstellerin im Rahmen der ARGE erbrachten Leistungen samt darauf entfallendem Honorarentgelt und das Gesamthonorarentgelt der ARGE aus dem betreffenden Projekt („Auftragswert“).
- Abrechnungsbelege zu dieser Aufstellung

Mit E-Mail vom 7.10.2021 übermittelte die Antragstellerin in der Folge eine Aufstellung der ARGE-Umsätze und Gestionen der ARGE-Partner zu den namhaft gemachten Referenzprojekten samt Jahresabschlüsse, Bauerfolgsrechnungen und Schlussrechnungen. Vergütungen aus dem ARGE-Umsatz (Erlös) an die ARGE-Partner über die vereinbarten Gestionen und Gewinnanteile hinaus, etwa für die Bereitstellung von Material oder Personal, wurden in diesen Unterlagen nicht nachgewiesen. Zu den in der Referenzliste „Referenzen Auswahlkriterien“ namhaft gemachten Bauvorhaben der Subunternehmerin legte die Antragstellerin ebenfalls keine Unterlagen vor.

3. Beweiswürdigung:

Beweis wurde erhoben durch Einsichtnahme in den von der Auftraggeberin übermittelten Vergabeakt, welcher mit den Parteien in der öffentlichen mündlichen Verhandlung sachlich und rechtlich ausführlich erörtert wurde. Die Feststellungen können zwanglos auf die unbedenklichen Unterlagen im Vergabeakt und den erläuternden Angaben der Parteien zu einzelnen Urkunden in der öffentlichen

mündlichen Verhandlung gestützt werden. Der festgestellte Sachverhalt war auch zwischen den Parteien nicht strittig und es waren im Ergebnis ausschließlich Rechtsfragen zu den von der Antragstellerin vorgelegten Nachweisen ihrer technischen Leistungsfähigkeit für den gegenständlichen Bauauftrag der Auftraggeberin vom Landesverwaltungsgericht zu klären.

4. Das Landesverwaltungsgericht beurteilt den festgestellten Sachverhalt rechtlich wie folgt:

4.1. Gemäß § 1 Abs. 1 Oö. Vergaberechtsschutzgesetz 2006 (Oö. VergRSG 2006) regelt dieses Landesgesetz den Rechtsschutz gegen Entscheidungen von Auftraggebern 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.

Die Auftraggeberin ist als oberösterreichische Stadtgemeinde öffentliche Auftraggeberin iSd Art. 14b Abs. 2 Z 2 lit. a B-VG und unterliegt das gegenständliche Nachprüfungsverfahren damit unstrittig den Bestimmungen des Oö. VergRSG 2006.

4.2. Gemäß Art. 14b Abs. 3 B-VG iVm § 2 Abs. 1 Oö. VergRSG 2006 obliegt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich die Gewährung von Rechtsschutz gegen Entscheidungen der Auftraggeber bzw. Auftraggeberinnen im Sinne des § 1 Abs. 1 Oö. VergRSG 2006. Gemäß § 2 Abs. 3 Oö. VergRSG 2006 ist das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens zum Zweck der Beseitigung von Verstößen gegen die bundesgesetzlichen Vorschriften auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens und die dazu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht zuständig zur Erlassung einstweiliger Verfügungen sowie zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen (§ 2 Z 15 lit. a BVergG 2018) des Auftraggebers bzw. der Auftraggeberin im Rahmen der vom Antragsteller bzw. von der Antragstellerin geltend gemachten Beschwerdepunkte.

4.3. Der gegenständliche Antrag ist rechtzeitig und zulässig. Nach den Ausschreibungsbestimmungen erfolgt die Vergabe eines Bauauftrags im Wege eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung mit geschätzten Errichtungskosten von x Euro im Oberschwellenbereich.

4.4. Mit dem gegenständlichen Nachprüfungsantrag bekämpft die Antragstellerin inhaltlich die Ausscheidensentscheidung vom 23.11.2021 und damit eine gesondert anfechtbare Entscheidung der Auftraggeberin iSd des § 2 Z 15 lit. a sublit. dd BVergG 2018. 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 in dem von ihm geltend gemachten Recht verletzt, und,

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

4.5. Zur Bestandskraft der Ausschreibung samt deren Berichtigung vom 23.2.2021 zu Punkt 5.5.3. letzter Absatz der Bewerberinformation durch die Auftraggeberin:

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist eine Ausschreibungsbestimmung mangels rechtzeitiger Anfechtung der Ausschreibung bestandfest geworden. Sie ist - unabhängig davon, ob sie bei rechtzeitiger Anfechtung für nichtig zu erklären gewesen wäre - der gegenständlichen Auftragsvergabe zugrunde zu legen (vgl. VwGH 18.1.2021, Ra 2019/04/0083). Die verfahrensgegenständliche Bewerberinformation wurde (auch) in der mit E-Mail vom 23.2.2021 zu Punkt 5.5.3. letzter Absatz berichtigten Form

„[...]

Hat der Bewerber in einem Referenzprojekt im Rahmen einer Arbeitsgemeinschaft mitgewirkt,
wird das Referenzprojekt berücksichtigt, wenn der Anteil des Bewerbers **mind. 50%** des Auftragswertes des Referenzprojektes beträgt.
Der Anteil des Bewerbers ist beim jeweiligen Referenzprojekt zu nennen.

[...]“

von den Bewerbern bzw. Bietern des gegenständlichen Vergabeverfahrens nicht angefochten, sodass diese der Entscheidung zugrunde gelegt wird.

4.6. Zum Prüfungsgegenstand der technischen Leistungsfähigkeit der Antragstellerin:

4.6.1. Nach der - bestandfesten – Bewerberinformation (Punkt 5.5.2.) hatten die Bewerber ihre technische Leistungsfähigkeit durch zwei Referenzprojekte aus dem Gebiet der Total- bzw. Generalübernehmer oder Baubetreuer im Kommunalbau mit Errichtungskosten von je zumindest x Euro (exkl. USt.) nachzuweisen. Dazu wurde in Punkt 5.5.3. erster Absatz der Bewerberinformation weiters von der Auftraggeberin u. a. (bestandfest) festgelegt, dass für den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit nur Referenzprojekte berücksichtigt werden, die in der Referenzliste angeführt werden. Damit korrespondierend wurde in der Referenzliste „Referenzen technische Leistungsfähigkeit“ nach den beiden (auszufüllenden) Zeilen für das Referenzprojekt Nr. 1 und 2 nochmals ausdrücklich von der Auftraggeberin festgelegt, dass nur Referenzprojekte berücksichtigt werden, die in dieser Liste aufgeführt sind.

4.6.2. Nach dem maßgeblichen objektiven Erklärungswert des Punktes 5.5. der Bewerberinformation zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit hat die Auftraggeberin damit für einen durchschnittlichen fachkundigen Bewerber bei Anwendung der üblichen Sorgfalt (vgl. VwGH 22.3.2019, Ra 2018/04/0176) klar und eindeutig festgelegt, dass sie den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit ausschließlich anhand der beiden, vom Bewerber in der Referenzliste „Referenzen technische Leistungsfähigkeit“ namhaft gemachten Bauvorhaben beurteilen wird.

4.6.3. Auch die Antragstellerin selbst legte im Übrigen dieser Bestimmung dasselbe Verständnis zugrunde, übermittelte sie doch nach dem Ende der Abgabefrist für die Teilnahmeanträge eine neue Referenzliste „Referenzen technische Leistungsfähigkeit“ an die Auftraggeberin, da die ursprünglich darin gelisteten

beiden Bauvorhaben (mit Errichtungskosten von je unter x Euro) aus ihrer Sicht „falsch“ gewesen seien. Die beiden neu gelisteten Bauvorhaben wiesen hingegen – ausschreibungskonform - Errichtungskosten von je über x Euro auf.

4.6.4. Soweit die Antragstellerin erstmals im Nachprüfungsantrag moniert, die Prüfung von nur zwei Referenzprojekten widerspreche den Grundsätzen des Vergaberechts, übersieht sie, dass die Bestandfestigkeit einer Ausschreibungsbestimmung von ihrer Rechtmäßigkeit zu unterscheiden ist (vgl. dazu nochmals VwGH 18.1.2021, Ra 2019/04/0083, zur Bestandfestigkeit einer Auftraggeberentscheidung bei behaupteter Verletzung der Grundprinzipien des Vergaberechts). Der Einwand der Antragstellerin geht daher aufgrund der Bindung der Auftraggeberin an ihre bestandfeste Bewerberinformation bei der Eignungsprüfung ins Leere (vgl. VwGH 27.2.2019, Ra 2019/04/0019).

4.6.5. Nach der Bestimmung des § 79 Z 4 BVergG 2018 muss beim – wie gegenständlich - Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung die Eignung eines Bewerbers bzw. Bieters grundsätzlich spätestens zum Zeitpunkt des Ablaufes der Teilnahmeantragsfrist vorliegen. Der von der Antragstellerin eingereichte Teilnahmeantrag vom 25.2.2021 erwies sich zunächst schon deshalb als mangelhaft, da die beiden von der Antragstellerin zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit als Referenzen namhaft gemachte ARGE-Bauvorhaben („Neubau Feuerwehrhaus A“, „FF H“) unstrittig – ausschreibungswidrig – Errichtungskosten von je unter x Euro aufwiesen. Nach den Festlegungen der Auftraggeberin in Punkt 5.5.2. der Bewerberinformation hatten die beiden vom Bewerber zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit namhaft zu machenden Referenzprojekte jedoch – wie dargetan - Errichtungskosten von zumindest je x Euro zu umfassen.

4.6.6. Dieser Mangel des Teilnahmeantrags wurde – wie ausgeführt – von der Antragstellerin jedoch in der Folge selbst behoben, indem die Antragstellerin im Rahmen einer neuen Referenzliste „Referenzen technische Leistungsfähigkeit“ zwei neue ARGE-Bauvorhaben („Sanierung Amtsgebäude und Feuerwehr in St U“, „VZ G“) mit Errichtungskosten von je über x Euro als Referenzen zum Nachweis ihrer Leistungsfähigkeit namhaft machte. Dass die Auftraggeberin diese beiden letztgenannten Referenzen in der Folge ihrer Eignungsprüfung zugrunde legte, ist in Anbetracht der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, wonach der bloße Mangel eines Angebots am Nachweis der (im maßgeblichen Zeitpunkt bereits bestehenden) Leistungsfähigkeit behebbar ist, nicht zu beanstanden (vgl. VwGH 27.10.2014, 2012/04/0065).

4.6.7. Es war im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren daher aufgrund der bestandfesten Bewerberinformation ausschließlich zu prüfen, ob die Antragstellerin ihre technische Leistungsfähigkeit durch die beiden (zuletzt) als Referenzen namhaft gemachten ARGE-Bauvorhaben in St. U bzw. G ausreichend nachwies. Auf andere Referenzprojekte, welche etwa die Antragstellerin in der Referenzliste „Referenzen Auswahlkriterien“ zur Bewerberauswahl nach Punkt 6. der Bewerberinformation geltend machte, musste und durfte die Auftraggeberin im Rahmen der Eignungsprüfung nach Punkt 5.5. der Bewerberinformation aufgrund

der bestandfesten Ausschreibungsbestimmungen zur Wahrung der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter nicht eingehen. Sie waren damit auch nicht Prüfgegenstand für das Landesverwaltungsgericht.

4.6.8. Der Einwand der Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren, sie habe neben den acht eigenen ARGE-Referenzprojekten auch zwei Referenzprojekte der Subunternehmerin angeführt, welche die Anforderungen der Teilnahmebedingungen erfüllen würden, geht schon deshalb ins Leere, da die Eignungsprüfung durch die Auftraggeberin ausschreibungsgemäß (bestandfest) auf die in der Referenzliste „Referenzen technische Leistungsfähigkeit“ namhaft gemachten Referenzprojekte zu beschränken war. Die Antragstellerin machte die beiden Bauvorhaben der Subunternehmerin jedoch nicht für den Eignungsnachweis nach Punkt 5.5. der Bewerberinformation sondern im Rahmen der Bewerberauswahl nach Punkt 6. der Bewerberinformation in der Referenzliste „Referenzen Auswahlkriterien“ namhaft. Die Auswahlkriterien sahen dabei im Übrigen auch geringere Anforderungen für die gelisteten Referenzprojekte vor als die Eignungskriterien zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit (vgl. etwa Höhe der Errichtungskosten, Art des Projekts).

4.6.9. Die Auftraggeberin führte im Übrigen auch ein Aufklärungsverfahren nach § 138 BVergG 2018 durch, in welchem sie die Antragstellerin mit E-Mail vom 23.9.2021 im Ergebnis darauf hinwies, dass die bislang von ihr vorgelegten Unterlagen zu den als Referenzen namhaft gemachten Bauvorhaben, die sie im Rahmen von ARGE mit der Firma x erbrachte, keinen schlüssigen (ausschreibungskonformen) Nachweis ihrer technischen Leistungsfähigkeit darstellen würden. Die Auftraggeberin forderte weitere Nachweise zu den geltend gemachten Referenzen. Auch in diesem Aufklärungsverfahren machte die Antragstellerin keine anderen Bauvorhaben, etwa die Bauvorhaben der Subunternehmerin, zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit geltend. Auf neue, im Nachprüfungsantrag erstmals vorgebrachte Referenzen zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit, ist daher nicht Bedacht zu nehmen (vgl. VwGH 28.9.2011, 2007/04/0102, zum Ausscheiden eines Angebots wegen eines nicht plausibel zusammengesetzten Gesamtpreises).

4.7. Zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit durch die von der Antragstellerin namhaft gemachten ARGE-Bauvorhaben in St. U bzw. G:

4.7.1. Entscheidungswesentliche Frage des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens ist demnach, ob die Antragstellerin durch die beiden als Eignungsreferenzen gelisteten Bauvorhaben „Sanierung Amtsgebäude und Feuerwehr in St. U“ und „VZ G“ ihre technische Leistungsfähigkeit zur Erbringung des gegenständlichen Bauauftrages ausschreibungskonform im Sinne des Punktes 5.5. der Bewerberinformation nachweisen konnte:

4.7.2. Beiden Bauvorhaben ist gemeinsam, dass die Antragstellerin die Bauvorhaben im Rahmen einer ARGE mit der Firma x erbrachte. Nach Punkt 5.5.3. letzter Absatz der Bewerberinformation (in der berichtigten Form) konnten Bewerber zum Nachweis ihrer Leistungsfähigkeit auch Projekte (im Kommunalbau aus dem Gebiet der Total- oder Generalübernehmer bzw. Baubetreuer) namhaft

machen, an welchen sie im Rahmen einer ARGE mitwirkten. Voraussetzung für die Berücksichtigung eines solchen ARGE-Projektes als Referenz durch die Auftraggeberin war jedoch ausschreibungsgemäß, dass „der Anteil des Bewerbers mind. 50 % des Auftragswertes des Referenzprojektes beträgt“.

4.7.3. Es ist zwischen den Parteien im Nachprüfungsverfahren primär strittig, wie die Teilnahmeklausel in Punkt 5.5.3. letzter Absatz der Bewerberinformation „50 % des Auftragswertes des Referenzprojektes“ auszulegen ist: Die Antragstellerin vertritt dazu die Ansicht, dass eine Beteiligung von 50 % an einer ARGE die Voraussetzung für die Berücksichtigung des ARGE-Projektes als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit erfülle, da mit einer solchen Beteiligung auch eine Haftung für die ARGE bzw. ein Gewinnanteil von 50 % verbunden sei. Nach der Auffassung der Auftraggeberin stellen hingegen jene Vergütungen oder Zuwendungen, die der Bewerber für die erbrachten Leistungen erhielt, den maßgeblichen Anteil am Auftragswert dar.

4.7.4. Wie bereits dargetan sind nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes die Ausschreibungsbestimmungen nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlichen fachkundigen Bewerber bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen. Im Zweifel sind Festlegungen in der Ausschreibung dabei gesetzeskonform und sohin in Übereinstimmung mit den maßgeblichen Bestimmungen zu lesen. Auf den vermuteten Sinn und Zweck der Ausschreibungsbestimmungen kommt es hingegen nicht an. Die Bedeutung einer Ausschreibungsbestimmung für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter ist dabei anhand des allgemeinen Sprachgebrauchs bzw. unter Heranziehung der gesamten Ausschreibungsunterlagen, allenfalls durch Beiziehung eines Sachverständigen, zu ermitteln (vgl. VwGH 18.3.2015, Ra 2015/04/0017).

4.7.5. Der strittigen Klausel, wonach der Anteil des Bewerbers mindestens 50 % des „Auftragswertes des Referenzprojektes“ betragen muss, lässt sich bei objektiver Betrachtung für einen durchschnittlichen fachkundigen Bewerber bei Anwendung der üblichen Sorgfalt zunächst eindeutig entnehmen, dass die Klausel auf ein „Referenzprojekt“, sohin auf ein Bauvorhaben, abstellt und nicht auf eine ARGE. Damit kommt – entgegen der Ansicht der Antragstellerin – einem bestimmten „Beteiligungsanteil“ an einer ARGE keine maßgebliche Bedeutung zu. Anknüpfungspunkt ist vielmehr der Anteil des Bewerbers am „Auftragswert“ des (als Referenz geltend gemachten) Bauvorhabens.

4.7.6. Was nun den Begriff des „Auftragswertes“ betrifft, so ist der Bestimmung des § 13 Abs. 1 BVergG 2018 zu entnehmen, dass der Gesetzgeber darunter im Ergebnis den Gesamtwert aller der zu einem Vorhaben gehörigen Leistungen versteht, der vom öffentlichen Auftraggeber zu zahlen ist. Damit würde der Begriff “Auftragswert“ jenem Betrag entsprechen, den die Antragstellerin in ihren Unterlagen zu den namhaft gemachten ARGE-Bauvorhaben als "ARGE-Umsatz“ (Erlös) bezeichnete, also die von einem Auftraggeber zu bezahlende Schlussrechnungssumme für ein Bauvorhaben.

4.7.7. Dabei darf jedoch nicht übersehen werden, dass – wie dargetan - Ausschreibungsbestimmungen unter Heranziehung der gesamten Ausschreibungsunterlagen und im Zweifel gesetzeskonform auszulegen sind:
Ausschreibungsgegenstand ist die technische und kommerzielle Abwicklung eines kommunalen Bauvorhabens durch einen sog. „Totalübernehmer“. Ein Totalübernehmer erbringt – gleich einem Generalübernehmer – selbst keine Bauleistungen; er sagt nur das Management der Errichtung des Bauwerkes zu (vgl. *Krejci* in *Rummel*, ABGB[3] § 1166 ABGB Rz 44 [Stand 1.1.2000, rdb.at]). Aus diesem Grund legte auch die Auftraggeberin zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit in den Punkten 5.5.2. und 5.5.3. der Bewerberinformation fest, dass die beiden Referenzprojekte aus dem Gebiet der Total- oder Generalübernehmer (oder Baubetreuer) stammen müssen und Projekte, bei denen der Bewerber Leistungen der Bauausführung erbracht hat, grundsätzlich nicht berücksichtigt werden. Auch für den gegenständlichen Bauauftrag sind Leistungen der Bauausführung durch den Auftragnehmer selbst daher ausgeschlossen (vgl. Punkt 3.2. der Bewerberinformation).
4.7.8. Berücksichtigt man diese Teilnahmeklauseln nun bei der Auslegung des Begriffs „Auftragswert des Referenzprojektes“ für den konkreten Fall, so ist darunter bei objektiver Betrachtung für einen durchschnittlichen fachkundigen Bewerber bei Anwendung der üblichen Sorgfalt also nicht der ARGE-Umsatz (Erlös) - als Gesamtwert aller vom Auftraggeber zu bezahlenden Leistungen eines Bauvorhabens - zu verstehen. Vielmehr umfasst dieser Begriff nur jenen Teil des ARGE-Umsatzes, den der Auftraggeber für die vom Total- oder Generalübernehmer (oder Baubetreuer) selbst erbrachten Leistungen zur Verwirklichung des Bauvorhabens bezahlte. Dafür spricht auch, dass nach Punkt 5.5.3. der Bewerberinformation der Bewerber in der Referenzliste auch eine Leistungsbeschreibung vornehmen musste, nämlich eine „aussagekräftige Beschreibung der erbrachten Leistungen des Bewerbers“ im Rahmen der namhaft gemachten Referenzen.
Diese für den Begriff „Auftragswert“ maßgeblichen Leistungen des Total- oder Generalübernehmers (oder Baubetreuers) werden etwa in der gegenständlichen Ausschreibung als „Eigenleistungen“ bezeichnet und werden von der Auftraggeberin im Rahmen des (anzubietenden) Totalübernehmeraufschlags abgegolten (vgl. Punkt 2.2. des Teiles B und die Anlage ./2 des Teiles C der Angebotsunterlage). Die Abgeltung der von einem beauftragten Bauunternehmen erbrachten Bauleistungen zur Verwirklichung des Bauvorhabens fällt damit etwa nicht unter den Begriff „Auftragswert“.
4.7.9. Würde man unter dem Begriff „Auftragswert des Referenzprojektes“ hingegen den (uneingeschränkten) Gesamtwert aller Leistungen eines Bauvorhabens verstehen, so käme man zwangsläufig zu dem Ergebnis, dass die Bewerber entgegen Punkt 5.5.3. letzter Absatz der Bewerberinformationen de facto keine ARGE-Referenzprojekte als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit geltend machen konnten, da der Leistungsanteil des Total- bzw. Generalübernehmers (oder Baubetreuers) am Gesamtwert eines Auftrages als

wesentlich geringer zu beurteilen ist als etwa die Bauleistungen, die von dritter Seite erbracht werden (Die Antragstellerin spricht dabei von einem etwa 85%igen Anteil der Bauleistungen am Auftragswert). Dem in der Ausschreibung zwingend geforderten Anteil eines Bewerbers von 50 % am Auftragswert des Referenzprojektes stünde damit schon von vornherein der höhere Anteil der (von dritter Seite erbrachten) Bauleistungen am Auftragswert entgegen. Eine derartige Auslegung des Begriffs „Auftragswert“ wäre auch mit der Bestimmung des § 85 Abs. 3 BVergG 2018 nicht in Einklang zu bringen, der von einer grundsätzlichen Zulässigkeit der Erbringung von Referenzleistungen als Mitglied einer ARGE ausgeht.

Auch die Verfahrensparteien sind im Übrigen nicht von einem derartigen Begriffsverständnis ausgegangen; andernfalls wäre das Angebot der Antragstellerin schon aus diesem Grund mangels nachgewiesener Eignung auszuscheiden gewesen.

4.7.10. Zusammengefasst ist sohin die Klausel in Punkt 5.5.3. letzter Absatz der Bewerberinformation, wonach „der Anteil des Bewerbers mind. 50 % des Auftragswertes des Referenzprojektes“ zu betragen hat, nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlichen fachkundigen Bewerber bei Anwendung der üblichen Sorgfalt und unter Berücksichtigung der Bewerberinformation im konkreten Fall dahingehend auszulegen, dass damit ein mindestens 50%iger-Anteil an jenem Teil der Schlussrechnungssumme eines Bauvorhabens zu verstehen ist, den ein Auftraggeber für die von der beauftragten Generalübernehmer/Totalübernehmer/Baubetreuer-ARGE selbst erbrachten Leistungen bezahlte.

4.7.11. Gerade auch die Bewerberanfrage der Antragstellerin und deren (allen Bewerbern zur Kenntnis gebrachte) Beantwortung durch die Auftraggeberin vom 23.2.2021 stützt diese Auslegung des Punktes 5.5.3. letzter Absatz der Bewerberinformation: Ungeachtet des von der Antragstellerin in ihrer Bewerberanfrage ausgedrückten Verständnisses der Klausel, wonach damit wohl ein „mindestens 50 % ARGE-Anteil (= Beteiligung und Haftung)“ anstatt ein Anteil von mehr als „50 % des Auftragswertes des Referenzprojektes“ von der Auftraggeberin gewollt sei, berichtigte die Auftraggeberin die Klausel in der Folge nur dahingehend, dass der Anteil des Bewerbers nun „mind. 50 %“ (anstatt mehr als 50 %) zu betragen hat. Die Berechnungsgrundlage des Anteils, nämlich den Auftragswert des Referenzprojektes, ließ die Auftraggeberin in der Klausel hingegen unverändert. Damit stärkte die Auftraggeberin den objektiven Erklärungswert dieser Klausel, wonach weiterhin dem Auftragswert eines Referenzprojektes und nicht einem „ARGE-Anteil“, also einem Beteiligungsverhältnis an einer ARGE, die maßgebliche Bedeutung zur Anteilsberechnung zukommt.

4.7.12. Auch die Ansicht der Antragstellerin, wonach ein ARGE-Anteil von 50 % gleich dem Anteil am „Auftragswert“ wäre, zumal bei noch nicht abgeschlossenen Referenzprojekten, die nach Punkt 5.5.2. der Bewerberinformation als Eignungsnachweis genannt werden dürften, ein

Auftragswert mangels Schlussrechnung naturgemäß nicht feststellbar sei, ändert nichts an der dargetanen Auslegung der strittigen Klausel: Punkt 5.5.2. der Bewerberinformation stellt vielmehr auf einen Sonderfall der Geltendmachung eines noch nicht vollständig abgeschlossenen Referenzprojektes ab und verweist auf die Maßgeblichkeit jener Leistungen der ARGE, die bereits abgerechnet wurden. Diese vorläufige Abrechnungssumme stellt damit als Ausnahme in einem derartigen Sonderfall den „Auftragswert“ und damit die Bemessungsgrundlage des 50%igen-Anteils des Bewerbers nach Punkt 5.5.3. letzter Absatz der Bewerberinformation dar.

4.7.13. Auch der Hinweis der Antragstellerin auf die Bestimmungen des ABGB betreffend die Gesellschaft nach bürgerlichem Recht gehen für die Auslegung der Klausel nach Punkt 5.5.3. letzter Absatz der Bewerberinformation ins Leere, da diese Klausel – wie dargetan – nicht auf einen Gewinn oder Verlust des Bewerbers aus einem Beteiligungsverhältnis an einer ARGE abstellt, sondern auf einen Anteil am Auftragswert und damit auf einen Anteil an der erwirtschafteten Schlussrechnungssumme als ARGE-Umsatz (Erlös). Da dem Umsatzanteil - und nicht dem Gewinnanteil - die maßgebliche Bedeutung zukommt, ist entgegen der Ansicht der Antragstellerin auch nicht von Relevanz, welche Aufwendungen der Bewerber zur Leistungserbringung hatte. Entscheidend für die Beurteilung der Höhe des Anteils eines Bewerbers im Sinne des Punktes 5.5.3. letzter Absatz der Bewerberinformation ist vielmehr der ihm zustehende Vergütungsanspruch aus der vom Auftraggeber eines Referenzprojektes bezahlten Schlussrechnungssumme (ARGE-Umsatz/Erlös) zur Abgeltung der vom Bewerber erbrachten Leistungen im Rahmen der ARGE.

4.8. Aus diesem ARGE-Umsatz (Erlös) – und damit aus dem „Auftragswert“ – des jeweiligen (als Referenz namhaft gemachten) Bauvorhabens erhielten die Antragstellerin und die Firma x als ARGE-Partner eine Vergütung in zweifacher Form, und zwar einerseits als Gestionen und andererseits als Ergebnisanteile („Gewinn“):

4.8.1. Gestionen:

Die Antragstellerin und die Firma x vereinbarten in den Arbeitsgemeinschafts-verträgen ausdrücklich eine pauschale Vergütung für die vom jeweilige ARGE-Partner zu erbringenden Leistungen der „technischen Geschäftsführung“, der „kaufmännischen Geschäftsführung (einschließlich der Leistungen der Baukauffrau)“, der „Projektleitung“ und der „Bauleitung“. Dabei handelt es sich um maßgebliche Leistungen eines Generalübernehmers zur Verwirklichung des Bauvorhabens des Auftraggebers (vgl. dazu etwa den ähnlichen Leistungskatalog des Totalübernehmers in der Anlage ./2 des Teiles C der Angebotsunterlage sowie *Straube/W. Müller/M. Müller* in *Straube/Aicher/Ratka/Rauter*, Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht I Kap. 5.6 [Stand 1.7.2017, rdb.at] zu dem von der Antragstellerin verwendeten ARGE-Mustervertrag).

Die Abgeltung dieser Leistungen an den jeweiligen ARGE-Partner erfolgte dabei aus dem der ARGE als Umsatz zugeflossenen Erlös, in concreto also aus den Zahlungen der dem jeweiligen Auftraggeber gegenüber abgerechneten

Generalübernehmer-Leistungen. Die Vergütungen der vom jeweiligen ARGE-Partner erbrachten Leistungen zur Verwirklichung des Bauvorhabens erfolgten sohin aus dem „Auftragswert“. Damit waren diese Gestionen bei der Beurteilung des Anteils der Antragstellerin am jeweiligen Auftragswert im Sinne des Punktes 5.5.3. letzter Absatz der Bewerberinformation zu berücksichtigen.

4.8.2. Gewinn:

Neben diesen Gestionen erhielten die Antragstellerin und die Firma x von der (für das jeweilige Bauvorhaben gegründeten) ARGE einen sog. „Ergebnisanteil“. Damit wurden allfällige – über die Gestionen hinausgehende – Leistungen des jeweiligen ARGE-Partners zur Verwirklichung des Bauvorhabens abgegolten. Das „Ergebnis“ („Gewinn“) stellte dabei nach den Bauerfolgsrechnungen der ARGE die Differenz zwischen dem ARGE-Umsatz (Erlös) und den Kosten der ARGE (darin enthalten die Gestionen) dar und wurde im Verhältnis 1:1 zwischen den ARGE-Partnern aufgeteilt. Die Vergütung der Ergebnisanteile an die beiden ARGE-Partner erfolgte damit ebenfalls aus dem ARGE-Umsatz (Erlöse), sohin aus dem „Auftragswert“. Damit waren auch diese Gewinnanteile aus dem jeweiligen Bauvorhaben bei der Beurteilung des Anteils der Antragstellerin am jeweiligen Auftragswert im Sinne des Punktes 5.5.3. letzter Absatz der Bewerberinformation zu berücksichtigen.

4.8.3. Vergleicht man nun die Gesamthöhe der Vergütungen der ARGE-Partner aus dem ARGE-Umsatz (Erlös) für die erbrachten Leistungen (zur Verwirklichung des jeweiligen Bauvorhabens) und damit deren Anteil am „Auftragswert“ im Sinne des Punktes 5.5.3. letzter Absatz der Bewerberinformation bei jenen Bauvorhaben, die zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit namhaft gemacht wurden, so zeigt sich unstrittig deutlich, dass der Anteil der Firma x deutlich höher ist als der Anteil der Antragstellerin: Berücksichtigt man die den ARGE-Partnern für die Leistungserbringung zugekommenen Vergütungen aus dem ARGE-Umsatz (Erlös) im Gesamten (Gestionen + Gewinnanteil; vgl. Punkte 2.6.1. und 2.6.2.), so beträgt das Anteilsverhältnis am „Auftragswert“ beim Bauvorhaben in St. U rund 60:40 und jenes beim Bauvorhaben in G rund 70:30 zugunsten der Firma x als ARGE-Partnerin.

4.8.4. Allfällige von der Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren erwähnte – über die Gestionen und den Gewinnanteil hinausgehende - Aufwandsabgeltungen der ARGE an die beiden ARGE-Partner wurden von der Antragstellerin im Vergabeverfahren der Auftraggeberin weder dargetan noch nachgewiesen, insbesondere wurden weitere Abgeltungen in den vorgelegten Arbeitsgemeinschaftsverträgen gerade nicht vereinbart. Nach der Kommentarmeinung zu dem von der Antragstellerin verwendeten ARGE-Mustervertrag (vgl. *Straube/W. Müller/M. Müller,* aaO) dienen die Gestionen gerade auch der Abdeckung des mit der Leistungserbringung verbundenen Personal- und Sachaufwandes. Weitere Vergütungen aus dem ARGE-Umsatz (Erlös) an die ARGE-Partner konnten daher bei der Beurteilung des Anteils am Auftragswert des ARGE-Referenzprojektes und damit beim Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit aus diesen Gründen nicht berücksichtigt werden.

4.9. Die Antragstellerin konnte damit im Vergabeverfahren der Auftraggeberin nicht nachweisen, dass ihr Anteil am jeweiligen Auftragswert der beiden zum Nachweis ihrer technischen Leistungsfähigkeit namhaft gemachten Referenzprojekte „Sanierung Amtsgebäude und Feuerwehr in St. U“ und „VZ G“ mindestens 50 % im Sinne des Punktes 5.5.3. letzter Absatz betrug. Damit wies die Antragstellerin im Vergabeverfahren der Auftraggeberin nicht nach, dass ihre technische Leistungsfähigkeit im Sinne der Punkte 5.5.1. und 5.5.2. der Bewerberinformation für den gegenständlichen Bauauftrag gegeben ist.
4.10. Nach den Grundsätzen des Vergabeverfahrens hat die Vergabe gemäß § 20 Abs. 1 BVergG 2018 nur an geeignete Bieter zu erfolgen. Da die Antragstellerin ihre technische Eignung im Vergabeverfahren durch die namhaft gemachten Eignungsreferenzen nicht nachweisen konnte, wurde das Angebot der Antragstellerin vom 26.4.2021 zu Recht gemäß § 141 Abs. 1 Z 2 BVergG 2018 aus dem Vergabeverfahren ausgeschieden. Nach dieser Bestimmung hat der öffentliche Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung aufgrund der Ergebnisse der Prüfung Angebote von Bietern dann auszuscheiden, wenn deren Eignung – wie gegenständlich – nicht gegeben ist.
4.11. Dabei schadete es – entgegen der Ansicht der Antragstellerin - auch nicht, dass der Eignungsmangel erst in der zweiten Stufe von der Auftraggeberin aufgegriffen wurde, da die Vergabe an einen geeigneten Bieter zu erfolgen hat. So ist nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ein Mangel der Leistungsfähigkeit, der bei einem mehrstufigen Verfahren erst in einer späteren Stufe zutage tritt, auch dann vom Auftraggeber aufzugreifen, wenn die Eignung bereits in der ersten Stufe geprüft worden ist (vgl. VwGH 30.4.2019, Ra 2018/04/0196).
4.12. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung war damit als unbegründet abzuweisen.

Zu Punkt II.:

5. Nach der Bestimmung des § 23 Oö. VergRSG 2006 hat ein Antragsteller nur dann Anspruch auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren durch einen Auftraggeber, wenn er vor dem Landesverwaltungsgericht zumindest teilweise obsiegt. Da der gegenständliche Nachprüfungsantrag zur Gänze abgewiesen wurde, kommt der Antragstellerin damit auch kein Anspruch auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag durch die Auftraggeberin zu.

Zu Punkt III.:

6. Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der

bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung (siehe die zitierte Judikatur des VwGH). Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor. Die Frage der Eignung der Antragstellerin hat nach Ansicht des Landesverwaltungsgerichtes keine über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung. Auch die in vertretbarer Weise vorgenommene einzelfallbezogene Auslegung von Ausschreibungsunterlagen ist nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes als nicht reversibel anzusehen (vgl. VwGH 18.1.2021, Ra 2019/04/0047).

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

Mag. Steinschnack