

TE Bvwg Erkenntnis 2017/5/3 W139 2148441-2

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 03.05.2017

Entscheidungsdatum

03.05.2017

Norm

BVergG 2006 §101
BVergG 2006 §108 Abs1 Z2
BVergG 2006 §108 Abs2
BVergG 2006 §12 Abs1 Z2
BVergG 2006 §123 Abs2
BVergG 2006 §126
BVergG 2006 §127 Abs1
BVergG 2006 §129 Abs1 Z2
BVergG 2006 §129 Abs1 Z3
BVergG 2006 §129 Abs1 Z7
BVergG 2006 §129 Abs2
BVergG 2006 §129 Abs3
BVergG 2006 §150
BVergG 2006 §19 Abs1
BVergG 2006 §2 Z13
BVergG 2006 §2 Z14
BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitii
BVergG 2006 §2 Z33a
BVergG 2006 §2 Z37
BVergG 2006 §2 Z40
BVergG 2006 §2 Z7
BVergG 2006 §2 Z8
BVergG 2006 §2 Z9
BVergG 2006 §20 Abs2
BVergG 2006 §240
BVergG 2006 §257 Abs1 Z2
BVergG 2006 §267 Abs2
BVergG 2006 §291
BVergG 2006 §292 Abs1

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2
BVergG 2006 §312 Abs2
BVergG 2006 §316 Abs1 Z3
BVergG 2006 §318 Abs1
BVergG 2006 §32
BVergG 2006 §320 Abs1
BVergG 2006 §321 Abs1
BVergG 2006 §322 Abs1
BVergG 2006 §322 Abs2
BVergG 2006 §325 Abs1
BVergG 2006 §6
BVergG 2006 §69 Z1
BVergG 2006 §74 Abs1
BVergG 2006 §75
BVergG 2006 §76
BVergG 2006 §83 Abs3
B-VG Art.133 Abs4
VwGVG §28 Abs1
VwGVG §28 Abs2

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

1. BVergG 2006 § 108 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 108 gültig von 05.03.2010 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 108 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 108 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 108 gültig von 05.03.2010 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 108 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 12 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 123 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 123 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 126 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 126 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 127 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

- [illegible]

5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013

3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013

3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 20 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 20 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 20 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 240 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 240 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 240 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

4. BVergG 2006 § 240 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 257 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 257 gültig von 05.03.2010 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

3. BVergG 2006 § 257 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 267 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 267 gültig von 05.03.2010 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

3. BVergG 2006 § 267 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012

3. BVergG 2006 § 291 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

4. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

5. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013

3. BVergG 2006 § 292 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

4. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

5. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 316 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 316 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2013

1. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 318 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 318 gültig von 20.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 84/2007
6. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.02.2006 bis 19.11.2007

1. BVergG 2006 § 32 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

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

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

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

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

1. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

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

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

1. BVergG 2006 § 74 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

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

1. BVergG 2006 § 76 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 76 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 83 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 83 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 83 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 83 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. B-VG Art. 133 heute
2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013
6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974

9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946
10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934

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

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

Spruch

W139 2148441-2/15E

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Mag. Kristina HOFER als Vorsitzende sowie Mag. Roland LANG als fachkundigen Laienrichter der Auftraggeberseite und Mag. Kurt LANG als fachkundigen Laienrichter der Auftragnehmerseite über die Anträge der XXXX, XXXX, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Philipp Götzl, Imbergstraße 19, 5020 Salzburg, auf Nichtigklärung betreffend das Vergabeverfahren "Restmüllsammlung 2017 bis 2022, SG und ASG" der Auftraggeberin ASFINAG Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-AG (in der Folge auch ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, zu Recht erkannt: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Mag. Kristina HOFER als Vorsitzende sowie Mag. Roland LANG als fachkundigen Laienrichter der Auftraggeberseite und Mag. Kurt LANG als fachkundigen Laienrichter der Auftragnehmerseite über die Anträge der römisch 40, römisch 40, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Philipp Götzl, Imbergstraße 19, 5020 Salzburg, auf Nichtigklärung betreffend das Vergabeverfahren "Restmüllsammlung 2017 bis 2022, SG und ASG" der Auftraggeberin ASFINAG Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-AG (in der Folge auch ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, zu Recht erkannt:

A)

I. Der Antrag, "das Bundesverwaltungsgericht möge die Entscheidung der Auftraggeberin, Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-AG, vom 16.02.2017 in der Ausschreibung "Restmüllsammlung 2017 bis 2022", das Teilangebot der Antragstellerin hinsichtlich Los 3 (Raum XXXX) auszuschneiden, für nichtig erklären" wird abgewiesen. römisch eins. Der Antrag, "das Bundesverwaltungsgericht möge die Entscheidung der Auftraggeberin, Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-AG, vom 16.02.2017 in der Ausschreibung "Restmüllsammlung 2017 bis 2022", das Teilangebot der Antragstellerin hinsichtlich Los 3 (Raum römisch 40) auszuschneiden, für nichtig erklären" wird abgewiesen.

II. Der Antrag, "das Bundesverwaltungsgericht möge die Entscheidung der Auftraggeberin, Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-AG, vom 16.02.2017 in der Ausschreibung "Restmüllsammlung 2017 bis 2022", das Teilangebot der Antragstellerin hinsichtlich Los 9 (Raum XXXX) auszuschneiden, für nichtig erklären" wird abgewiesen. römisch zwei. Der Antrag, "das Bundesverwaltungsgericht möge die Entscheidung der Auftraggeberin, Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-AG, vom 16.02.2017 in der Ausschreibung "Restmüllsammlung 2017 bis 2022", das Teilangebot der Antragstellerin hinsichtlich Los 9 (Raum römisch 40) auszuschneiden, für nichtig erklären" wird abgewiesen.

B)

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

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Vorbringen der Parteien/Verfahrensgang: römisch eins. Vorbringen der Parteien/Verfahrensgang:

Mit Schriftsatz vom 24.02.2017, beim Bundesverwaltungsgericht am selben Tag eingelangt, stellte die Antragstellerin das im Spruch ersichtliche Begehren in Verbindung mit Anträgen auf Nichtigklärung der Entscheidungen vom

16.02.2017, im verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren "Restmüllsammlung 2017 bis 2022, SG und ASG" die Teilangebote der Antragstellerin hinsichtlich der Lose 3 (Raum XXXX) und 9 (Raum XXXX) auszuschneiden, auf Akteneinsicht in den Vergabeakt und in die eingebrachten Schriftsätze, auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung und auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren durch die Auftraggeberin. Begründend führte die Antragstellerin zusammengefasst im Wesentlichen Folgendes aus: Mit Schriftsatz vom 24.02.2017, beim Bundesverwaltungsgericht am selben Tag eingelangt, stellte die Antragstellerin das im Spruch ersichtliche Begehren in Verbindung mit Anträgen auf Nichtigerklärung der Entscheidungen vom 16.02.2017, im verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren "Restmüllsammlung 2017 bis 2022, SG und ASG" die Teilangebote der Antragstellerin hinsichtlich der Lose 3 (Raum römisch 40) und 9 (Raum römisch 40) auszuschneiden, auf Akteneinsicht in den Vergabeakt und in die eingebrachten Schriftsätze, auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung und auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren durch die Auftraggeberin. Begründend führte die Antragstellerin zusammengefasst im Wesentlichen Folgendes aus:

Das gegenständliche Vergabeverfahren werde als offenes Verfahren im Oberschwellenbereich nach dem Billigstbieterprinzip mit dem Ziel des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung mit einem Unternehmer geführt. Die Antragstellerin habe fristgerecht zu allen neun Losen Angebote gelegt. Dem Ersuchen um Aufklärung hinsichtlich des Loses 3 und des Loses 9 sei die Antragstellerin fristgerecht nachgekommen.

Die Antragstellerin habe ein großes wirtschaftliches und strategisches Interesse an diesem Auftrag, welches mit der Angebotslegung und der Einbringung des Nachprüfungsantrages evident sei. Hinsichtlich der Lose 3 und 9 wäre die Antragstellerin auch erstgereiht. Sie bezifferte den ihr drohenden finanziellen Schaden und bezeichnete die Rechte, in denen sie sich als verletzt erachte. Der Nachprüfungsantrag sei fristgerecht eingebracht worden. Die erforderlichen Pauschalgebühren für die Nachprüfungs- und Provisorialanträge seien in entsprechender Höhe entrichtet worden.

Zu den Gründen der Rechtswidrigkeit führte die Antragstellerin im Einzelnen aus, dass bestandfest festgelegt worden sei, dass die Mitgliederzahl einer Bietergemeinschaft/ARGE auf zwei Mitglieder beschränkt sei, was die Auftraggeberin so seit Jahren handhabe. Daher sei bereits mit Neugründung vom 28.06.2001 zwecks Ermöglichung der Bewerbung an großen Ausschreibungen wie der vorliegenden die Antragstellerin mit dem Geschäftszweck der flächendeckenden Entsorgung von Abfällen aller Art im Bundesgebiet Österreichs durch Übernahme Transport, Behandlung, Wiederaufbereitung und Beseitigung von Abfällen und Altstoffen aller Art gegründet worden. Die Antragstellerin sei ein Zusammenschluss von mittelständischen Abfallwirtschaftsunternehmen bestehend aus den Gesellschaftern XXXX. Zu den Gründen der Rechtswidrigkeit führte die Antragstellerin im Einzelnen aus, dass bestandfest festgelegt worden sei, dass die Mitgliederzahl einer Bietergemeinschaft/ARGE auf zwei Mitglieder beschränkt sei, was die Auftraggeberin so seit Jahren handhabe. Daher sei bereits mit Neugründung vom 28.06.2001 zwecks Ermöglichung der Bewerbung an großen Ausschreibungen wie der vorliegenden die Antragstellerin mit dem Geschäftszweck der flächendeckenden Entsorgung von Abfällen aller Art im Bundesgebiet Österreichs durch Übernahme Transport, Behandlung, Wiederaufbereitung und Beseitigung von Abfällen und Altstoffen aller Art gegründet worden. Die Antragstellerin sei ein Zusammenschluss von mittelständischen Abfallwirtschaftsunternehmen bestehend aus den Gesellschaftern römisch 40

, XXXX, XXXX, XXXX, XXXX, XXXX, XXXX, XXXX, XXXX, XXXX, XXXX, römisch 40 , römisch 40 , römisch 40 , römisch 40 , römisch 40 , römisch 40 , römisch 40 , römisch 40 , römisch 40 , römisch 40 , römisch 40 , römisch 40 , römisch 40

und XXXX. In dieser Bieterform habe sich die Antragstellerin seit 2011 an Ausschreibungen der Auftraggeberin beteiligt und sei bislang nie aufgrund dieser Rechtsform ausgeschieden worden. und römisch 40 . In dieser Bieterform habe sich die Antragstellerin seit 2011 an Ausschreibungen der Auftraggeberin beteiligt und sei bislang nie aufgrund dieser Rechtsform ausgeschieden worden.

Bei richtiger vergaberechtlicher Beurteilung liege durch die Verwendung der Mittel der Gesellschafter kein Rückgriff auf ein verbundenes Unternehmen vor, da die Antragstellerin durch die Mittel ihrer Gesellschafter selbst agiere. Dies werde im Gesellschaftsvertrag unter Pkt IX grundgelegt. Die für die konkrete Auftragsabwicklung der Lose 3 und 9 relevanten Verträge seien die Rahmenentsorgungsverträge vom 14.10.2005 mit dem Gesellschafter XXXX GmbH (XXXX , Los 9) und dem Gesellschafter XXXX-GmbH (Raum XXXX , Los 3). Bei richtiger vergaberechtlicher Beurteilung liege durch die Verwendung der Mittel der Gesellschafter kein Rückgriff auf ein verbundenes Unternehmen vor, da die Antragstellerin durch die Mittel ihrer Gesellschafter selbst agiere. Dies werde im Gesellschaftsvertrag unter Pkt

römisch neun grundgelegt. Die für die konkrete Auftragsabwicklung der Lose 3 und 9 relevanten Verträge seien die Rahmenentsorgungsverträge vom 14.10.2005 mit dem Gesellschafter römisch 40 GmbH (römisch 40 , Los 9) und dem Gesellschafter XXXX-GmbH (Raum römisch 40 , Los 3).

Die Gesellschafter der Antragstellerin würden auch keine Subunternehmer (Dritte) darstellen, da sie sich als Gesellschafter verpflichtet hätten, der Antragstellerin ihre Mittel zur Verfügung zu stellen. Die Antragstellerin handle ausschließlich durch diese Mittel. Zur vergaberechtlichen Absicherung werde vor Angebotsabgabe eine Zurverfügungstellungserklärung der jeweils involvierten Gesellschafter gegenüber der Antragstellerin als Verpflichtungserklärung gemäß § 76 BVergG abgegeben, was vorliegend durch Erklärung vom 25.11.2016 erfolgt sei. Die Gesellschafter der Antragstellerin würden auch keine Subunternehmer (Dritte) darstellen, da sie sich als Gesellschafter verpflichtet hätten, der Antragstellerin ihre Mittel zur Verfügung zu stellen. Die Antragstellerin handle ausschließlich durch diese Mittel. Zur vergaberechtlichen Absicherung werde vor Angebotsabgabe eine Zurverfügungstellungserklärung der jeweils involvierten Gesellschafter gegenüber der Antragstellerin als Verpflichtungserklärung gemäß Paragraph 76, BVergG abgegeben, was vorliegend durch Erklärung vom 25.11.2016 erfolgt sei.

Vergaberechtlich stelle die XXXX GmbH nichts anderes als eine vergesellschaftete Bietergemeinschaft/ARGE dar, die einen Schritt weiter gegangen sei, indem sie eine einheitliche Rechtsperson darstelle, um sich auch an Vergabeverfahren einfacher beteiligen zu können und die Mindestanforderungen von Ausschreibungen wie jene der Auftraggeberin als mittelständische Unternehmen erfüllen zu können. Vergaberechtlich stelle die römisch 40 GmbH nichts anderes als eine vergesellschaftete Bietergemeinschaft/ARGE dar, die einen Schritt weiter gegangen sei, indem sie eine einheitliche Rechtsperson darstelle, um sich auch an Vergabeverfahren einfacher beteiligen zu können und die Mindestanforderungen von Ausschreibungen wie jene der Auftraggeberin als mittelständische Unternehmen erfüllen zu können.

Die Antragstellerin sei von der Auftraggeberin dahingehend um Aufklärung ersucht worden, ob die Antragstellerin das konkret ausführende Unternehmen sei und wenn dies nicht so sei, weswegen etwaige benötigte ausführende Unternehmen nicht als Subunternehmer genannt worden seien. Die Gesellschafter der Antragstellerin würden nach Ansicht der Auftraggeberin keine verbundenen Unternehmen darstellen. Sollte die Antragstellerin das ausführende Unternehmen sein, so stelle sich die Frage nach der geforderten finanziellen und technischen Leistungsfähigkeit. Es wären für die Lose 3 und 9 Nachweise über den geforderten Mindestumsatz, die Fahrzeugausstattung, die Referenzprojekte und die Zertifizierung vorzulegen. Weiters habe die Auftraggeberin für konkret bezeichnete Positionen um Vorlage der Detailkalkulation ersucht.

Die Antragstellerin habe rechtzeitig schriftlich aufgeklärt und alle notwendigen und sonstigen geforderten Unterlagen für die Lose 3 und 9 einschließlich der Kalkulationsblätter vorgelegt. Dennoch seien die Teilangebote der Antragstellerin betreffend sämtliche neun Lose am 16.02.2017 ausgeschieden worden. Begründend sei seitens der Auftraggeberin ausgeführt worden, dass dem BVergG der Begriff "vergesellschaftete Bietergemeinschaft" unbekannt sei. Ein Rückgriff der XXXX GmbH (als eigenständige juristische Person) auf die Mittel der eigenen Gesellschafter (als eigenständige juristische Personen) sei aufgrund der Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen bzw dem BVergG nur in der Form möglich, dass die Gesellschafter als Subunternehmer genannt werden. Es wäre bereits im Angebot anzugeben gewesen, auf welches dritte Unternehmen (mit Vorlage von einschlägigen Verpflichtungserklärungen) sich die XXXX GmbH bei der Ausführung des Auftrags stützen werde. Eine derartige Nennung (von zB Subunternehmern) habe die XXXX GmbH aber unterlassen. Aus diesem Grund sei ein Rückgriff auf die Mittel der Gesellschafter nicht möglich. In weiterer Folge habe die XXXX GmbH die geforderte finanzielle und technische Leistungsfähigkeit nicht nachgewiesen. Überdies sei für das Los 3 zu erwähnen, dass die Fa XXXX mangels Vorliegens eines EFB-Zertifikates kein geeignetes Unternehmen sei. Die Antragstellerin habe rechtzeitig schriftlich aufgeklärt und alle notwendigen und sonstigen geforderten Unterlagen für die Lose 3 und 9 einschließlich der Kalkulationsblätter vorgelegt. Dennoch seien die Teilangebote der Antragstellerin betreffend sämtliche neun Lose am 16.02.2017 ausgeschieden worden. Begründend sei seitens der Auftraggeberin ausgeführt worden, dass dem BVergG der Begriff "vergesellschaftete Bietergemeinschaft" unbekannt sei. Ein Rückgriff der römisch 40 GmbH (als eigenständige juristische Person) auf die Mittel der eigenen Gesellschafter (als eigenständige juristische Personen) sei aufgrund der Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen bzw dem BVergG nur in der Form möglich, dass die Gesellschafter als Subunternehmer genannt werden. Es wäre bereits im Angebot anzugeben gewesen, auf welches dritte Unternehmen (mit Vorlage von

einschlägigen Verpflichtungserklärungen) sich die römisch 40 GmbH bei der Ausführung des Auftrags stützen werde. Eine derartige Nennung (von zB Subunternehmern) habe die römisch 40 GmbH aber unterlassen. Aus diesem Grund sei ein Rückgriff auf die Mittel der Gesellschafter nicht möglich. In weiterer Folge habe die römisch 40 GmbH die geforderte finanzielle und technische Leistungsfähigkeit nicht nachgewiesen. Überdies sei für das Los 3 zu erwähnen, dass die Fa römisch 40 mangels Vorliegens eines EFB-Zertifikates kein geeignetes Unternehmen sei.

Diese Ausscheidensentscheidung sei zu Unrecht erfolgt. Die Antragstellerin stelle eine Rechtsperson dar, womit die Vorgabe in den Ausschreibungsunterlagen (maximal zwei Unternehmer) eingehalten werde. Überdies sei vor Angebotsabgabe durch alle beteiligten Gesellschafter die Zurverfügungstellung Ihrer Mittel an die XXXX GmbH rechtsverbindlich erklärt worden, sodass die erforderlichen Eignungsnachweise sowohl hinsichtlich der technischen Leistungsfähigkeit als auch hinsichtlich der sonstigen Eignungserfordernisse der Antragstellerin zurechenbar seien. Vergaberechtlich stelle die Antragstellerin eine Bietergemeinschaft/ARGE dar, welche sich zur Einhaltung der sehr strengen Anforderungen in den Ausschreibungsunterlagen vergesellschaftet habe. Da die Antragstellerin ausschließlich durch Mittel handle, die ihr durch ihre Gesellschafter zur Verfügung gestellt werden, sei die Vorgangsweise zulässig und seien alle notwendigen Eignungsanforderungen im vorliegenden Fall sowohl hinsichtlich Los 3 als auch hinsichtlich Los 9 in der Antragstellerin abgebildet. Festzuhalten sei, dass die Antragstellerin als GmbH über alle Mittel ihrer Gesellschafter verfüge und daher auch ausreichende Verfügungsgewalt über die notwendigen Ressourcen habe. Analog der rechtlichen Grundlage zur Bietergemeinschaft/ARGE reiche zum Nachweis der Leistungsfähigkeit der Antragstellerin die Addition der Eignungsnachweise der Gesellschafter aus. Es genüge, dass die erforderliche Leistungsfähigkeit zumindest bei einem Mitglied, d.h. bei einem Gesellschafter der GmbH vorliege. Einzige Voraussetzung dafür sei, dass die Antragstellerin über eine ausreichende Verfügungsgewalt über die Ressourcen verfüge, was bereits durch die zugrundeliegenden Rahmenentsorgungsverträge, den Gesellschaftsvertrag sowie die eigens für das vorliegende Verfahren abgeschlossene Zurverfügungstellungserklärung hinreichend nachgewiesen sei. Diese Ausscheidensentscheidung sei zu Unrecht erfolgt. Die Antragstellerin stelle eine Rechtsperson dar, womit die Vorgabe in den Ausschreibungsunterlagen (maximal zwei Unternehmer) eingehalten werde. Überdies sei vor Angebotsabgabe durch alle beteiligten Gesellschafter die Zurverfügungstellung Ihrer Mittel an die römisch 40 GmbH rechtsverbindlich erklärt worden, sodass die erforderlichen Eignungsnachweise sowohl hinsichtlich der technischen Leistungsfähigkeit als auch hinsichtlich der sonstigen Eignungserfordernisse der Antragstellerin zurechenbar seien. Vergaberechtlich stelle die Antragstellerin eine Bietergemeinschaft/ARGE dar, welche sich zur Einhaltung der sehr strengen Anforderungen in den Ausschreibungsunterlagen vergesellschaftet habe. Da die Antragstellerin ausschließlich durch Mittel handle, die ihr durch ihre Gesellschafter zur Verfügung gestellt werden, sei die Vorgangsweise zulässig und seien alle notwendigen Eignungsanforderungen im vorliegenden Fall sowohl hinsichtlich Los 3 als auch hinsichtlich Los 9 in der Antragstellerin abgebildet. Festzuhalten sei, dass die Antragstellerin als GmbH über alle Mittel ihrer Gesellschafter verfüge und daher auch ausreichende Verfügungsgewalt über die notwendigen Ressourcen habe. Analog der rechtlichen Grundlage zur Bietergemeinschaft/ARGE reiche zum Nachweis der Leistungsfähigkeit der Antragstellerin die Addition der Eignungsnachweise der Gesellschafter aus. Es genüge, dass die erforderliche Leistungsfähigkeit zumindest bei einem Mitglied, d.h. bei einem Gesellschafter der GmbH vorliege. Einzige Voraussetzung dafür sei, dass die Antragstellerin über eine ausreichende Verfügungsgewalt über die Ressourcen verfüge, was bereits durch die zugrundeliegenden Rahmenentsorgungsverträge, den Gesellschaftsvertrag sowie die eigens für das vorliegende Verfahren abgeschlossene Zurverfügungstellungserklärung hinreichend nachgewiesen sei.

Im Übrigen seien die notwendigen Zertifikate ausreichend nachgewiesen, da hier alle Mittel der Gesellschafter der Antragstellerin zurechenbar seien. Abgesehen davon habe der Gesellschafter XXXX eine gültige EMAS-Zertifizierung inne, die höherwertiger als die geforderte Zertifizierung als Entsorgungsfachbetrieb sei. Die weiteren Anforderungen erfordernde "EFB+"-Zertifizierung sei einer EMAS-Zertifizierung gleichzustellen. Im Übrigen seien die notwendigen Zertifikate ausreichend nachgewiesen, da hier alle Mittel der Gesellschafter der Antragstellerin zurechenbar seien. Abgesehen davon habe der Gesellschafter römisch 40 eine gültige EMAS-Zertifizierung inne, die höherwertiger als die geforderte Zertifizierung als Entsorgungsfachbetrieb sei. Die weiteren Anforderungen erfordernde "EFB+"-Zertifizierung sei einer EMAS-Zertifizierung gleichzustellen.

Am 02.03.2017 erteilte die Auftraggeberin allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren.

Am 03.03.2017 wies das Bundesverwaltungsgericht zur Zahl W139 2148441-1/2E die Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ab.

Am 03.03.2017 nahm die Auftraggeberin zum Nachprüfungsantrag Stellung. Nach Darstellung des Sachverhaltes führte sie im Wesentlichen aus, dass in Bezug auf die Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen festzuhalten sei, dass in erster Linie der Bieter die Eignung nachzuweisen habe. Zudem habe auch der Subunternehmer, der die Sammlung durchführe, Nachweise zu liefern. Weiters seien entsprechend den Ausschreibungsfestlegungen sämtliche ausführende Subunternehmer im Angebot namhaft zu machen.

Sowohl in Los 3 als auch in Los 9 habe die XXXX GmbH ein Angebot gelegt und habe diese keine Subunternehmer namhaft gemacht. Es sei der Auftraggeberin bekannt, dass die Antragstellerin selbst keine Aufträge abwickle bzw selbst über keine Gerätschaften und Personal verfüge, sondern in der Regel ihre Gesellschafter als dritte Unternehmen heranziehe. Die Antragstellerin sei daher aufgefordert worden, ua die Themen "ausführendes Unternehmen", "Nennung von Subunternehmern" und "Nachweis der Eignung" aufzuklären. Die Antragstellerin habe fristgerecht Stellung genommen. Sowohl in Los 3 als auch in Los 9 habe die römisch 40 GmbH ein Angebot gelegt und habe diese keine Subunternehmer namhaft gemacht. Es sei der Auftraggeberin bekannt, dass die Antragstellerin selbst keine Aufträge abwickle bzw selbst über keine Gerätschaften und Personal verfüge, sondern in der Regel ihre Gesellschafter als dritte Unternehmen heranziehe. Die Antragstellerin sei daher aufgefordert worden, ua die Themen "ausführendes Unternehmen", "Nennung von Subunternehmern" und "Nachweis der Eignung" aufzuklären. Die Antragstellerin habe fristgerecht Stellung genommen.

In der Folge sei die Antragstellerin ausgeschieden worden, da die Antragstellerin nicht über die erforderliche Eignung verfüge. Insbesondere wären die ausführenden Unternehmen, nämlich die Gesellschafter der Bieterin als Subunternehmer zu nennen gewesen. Die nach Angebotsöffnung vorgelegte Verpflichtungserklärung vom 25.11.2016 habe keinen vergaberechtlichen Mehrwert.

Bieterin gemäß § 2 Z 13 BVergG sei zweifelsfrei die XXXX GmbH. Bei der XXXX GmbH handle es sich um eine (selbständige) juristische Person mit einer Vielzahl an Gesellschaftern. Die Antragstellerin habe bestätigt, dass sie das ausführende Unternehmen in Bezug auf die ausgeschriebenen Leistungen wäre und dass sie ausschließlich durch Mittel handle, die ihr durch die Gesellschafter zur Verfügung gestellt werden würden. Sohin könne die Antragstellerin selbst die geforderten Nachweise nicht erbringen. Wie bisher in der Praxis führe nicht die Antragstellerin sondern einer ihrer Gesellschafter die Leistungen aus. Bei den Gesellschaftern handle es sich aber wiederum um eigenständige juristische Personen, die iSd § 2 BVergG nicht als Bieter anzusehen seien. Die Antragstellerin sei sohin eine "Hülle", welche nicht über die geeigneten Mittel verfüge und daher selbst nicht zur Leistungserbringung geeignet sei. Bieterin gemäß Paragraph 2, Ziffer 13, BVergG sei zweifelsfrei die römisch 40 GmbH. Bei der römisch 40 GmbH handle es sich um eine (selbständige) juristische Person mit einer Vielzahl an Gesellschaftern. Die Antragstellerin habe bestätigt, dass sie das ausführende Unternehmen in Bezug auf die ausgeschriebenen Leistungen wäre und dass sie ausschließlich durch Mittel handle, die ihr durch die Gesellschafter zur Verfügung gestellt werden würden. Sohin könne die Antragstellerin selbst die geforderten Nachweise nicht erbringen. Wie bisher in der Praxis führe nicht die Antragstellerin sondern einer ihrer Gesellschafter die Leistungen aus. Bei den Gesellschaftern handle es sich aber wiederum um eigenständige juristische Personen, die iSd Paragraph 2, BVergG nicht als Bieter anzusehen seien. Die Antragstellerin sei sohin eine "Hülle", welche nicht über die geeigneten Mittel verfüge und daher selbst nicht zur Leistungserbringung geeignet sei.

Dem Vorbringen der Antragstellerin, es handle sich um eine vergesellschaftete Bietergemeinschaft, bei der analog zur Bietergemeinschaft die Antragstellerin auf die Mittel ihrer Gesellschafter zurückgreifen könne und es daher genüge, dass die Eignung bzw die geforderte Leistungsfähigkeit bei einem der Mitglieder (hier der Gesellschafter) vorliege, sei zu entgegnen, dass das BVergG eine "vergesellschaftete Bietergemeinschaft" nicht kenne und sich weder aus dem Gesetzestext, der Literatur und der Judikatur Anhaltspunkte dafür entnehmen ließe, dass die Regelungen der "klassischen" Bietergemeinschaft auf die hier vorliegende Konstruktion übertragbar wären.

Abgesehen davon hätte die Antragstellerin aus einer etwaig möglichen analogen Anwendung der Regelungen der "klassischen" Bietergemeinschaft nichts gewonnen, da die Antragstellerin entsprechend der Kenntnis der Auftraggeberin und dem vorliegenden Firmenkonstrukt den Auftrag nicht selbst sondern immer einer ihrer Gesellschafter ausführe. Dieser wäre als Subunternehmer bekannt zu geben gewesen. Aus vergaberechtlicher Sicht sei

es nicht möglich, dass die "Hülle" XXXX GmbH die Aufträge tatsächlich durchführe. Die aufgezeigte Vorgehensweise werde auch im Gesellschaftsvertrag festgelegt, wonach sich die Antragstellerin bei der tatsächlichen Durchführung der Übernahme, des Transports, der Behandlung, der Wiederaufbereitung und Beseitigung von Abfällen und Altstoffen aller Art dritter Unternehmen, insbesondere der Gesellschafter, bediene. Dieses Vorgehen zeige sich auch an den Rahmenentsorgungsverträgen. Abgesehen davon hätte die Antragstellerin aus einer etwaig möglichen analogen Anwendung der Regelungen der "klassischen" Bietergemeinschaft nichts gewonnen, da die Antragstellerin entsprechend der Kenntnis der Auftraggeberin und dem vorliegenden Firmenkonstrukt den Auftrag nicht selbst sondern immer einer ihrer Gesellschafter ausführe. Dieser wäre als Subunternehmer bekannt zu geben gewesen. Aus vergaberechtlicher Sicht sei es nicht möglich, dass die "Hülle" römisch 40 GmbH die Aufträge tatsächlich durchführe. Die aufgezeigte Vorgehensweise werde auch im Gesellschaftsvertrag festgelegt, wonach sich die Antragstellerin bei der tatsächlichen Durchführung der Übernahme, des Transports, der Behandlung, der Wiederaufbereitung und Beseitigung von Abfällen und Altstoffen aller Art dritter Unternehmen, insbesondere der Gesellschafter, bediene. Dieses Vorgehen zeige sich auch an den Rahmenentsorgungsverträgen.

Mit Stellungnahme vom 13.03.2017 führte die Antragstellerin zu der Fragestellung, ob es sich bei den von den Gesellschaftern der Antragstellerin zur Verfügung gestellten Mitteln um Mittel "dritter Unternehmen" handle oder nicht, unter Verweis auf die Judikatur des VWGH zu Gesellschafterzuschüssen ergänzend aus, dass sofern unzweifelhaft ein Kausalzusammenhang zwischen der von den unmittelbaren Gesellschaftern eingegangenen Leistungsverpflichtung und deren Erfüllung durch Zuschussleistung (vergleichbar mit dem Bereitstellen erforderlicher Mittel im vorliegenden Vergabeverfahren durch die involvierten Gesellschafter) bestehe, die Zuschussleistung eine hinsichtlich der gesellschaftsrechtlichen Zuschusspflicht befreiende Wirkung habe und unmittelbar dem Gesellschafter und damit der Gesellschaft zuzurechnen sei. Zuschüsse würden ebenso wie Nachschüsse in das Vermögen der Gesellschaft fließen und seien gegebenenfalls unter den Kapitalrücklagen zu verbuchen, wobei die Erbringung von Zuschüssen regelmäßig im Gegensatz zu Nachschüssen nicht gesellschaftsvertraglich geregelt sei. Die konkrete Zuschusspflicht ergebe sich aus der abgegebenen Zurverfügungstellungserklärung der Gesellschafter. Da selbst Zuschussleistungen verbundener Unternehmen als Leistungen des Gesellschafters selbst gelten würden, müsse dies *arg a minori ad maius* auch für Leistungen des Gesellschafters selbst gelten, die in Entsprechung einer vertraglichen Zuschusspflicht gelten würden. Aufgrund der unmittelbaren Unternehmenszugehörigkeit seien die genannten Gesellschafter keine Subunternehmer iSd § 83 BVergG. Mit Stellungnahme vom 13.03.2017 führte die Antragstellerin zu der Fragestellung, ob es sich bei den von den Gesellschaftern der Antragstellerin zur Verfügung gestellten Mitteln um Mittel "dritter Unternehmen" handle oder nicht, unter Verweis auf die Judikatur des VWGH zu Gesellschafterzuschüssen ergänzend aus, dass sofern unzweifelhaft ein Kausalzusammenhang zwischen der von den unmittelbaren Gesellschaftern eingegangenen Leistungsverpflichtung und deren Erfüllung durch Zuschussleistung (vergleichbar mit dem Bereitstellen erforderlicher Mittel im vorliegenden Vergabeverfahren durch die involvierten Gesellschafter) bestehe, die Zuschussleistung eine hinsichtlich der gesellschaftsrechtlichen Zuschusspflicht befreiende Wirkung habe und unmittelbar dem Gesellschafter und damit der Gesellschaft zuzurechnen sei. Zuschüsse würden ebenso wie Nachschüsse in das Vermögen der Gesellschaft fließen und seien gegebenenfalls unter den Kapitalrücklagen zu verbuchen, wobei die Erbringung von Zuschüssen regelmäßig im Gegensatz zu Nachschüssen nicht gesellschaftsvertraglich geregelt sei. Die konkrete Zuschusspflicht ergebe sich aus der abgegebenen Zurverfügungstellungserklärung der Gesellschafter. Da selbst Zuschussleistungen verbundener Unternehmen als Leistungen des Gesellschafters selbst gelten würden, müsse dies *arg a minori ad maius* auch für Leistungen des Gesellschafters selbst gelten, die in Entsprechung einer vertraglichen Zuschusspflicht gelten würden. Aufgrund der unmittelbaren Unternehmenszugehörigkeit seien die genannten Gesellschafter keine Subunternehmer iSd Paragraph 83, BVergG.

Aufgrund der gesellschaftsrechtlichen Verflechtung auch unter Berücksichtigung der Bestimmungen der Rahmenentsorgungsverträge und der vorliegenden konkreten Verpflichtungserklärung hätten sich die Gesellschafter verpflichtet, die erforderlichen Mittel zur Verfügung zu stellen, weswegen diese auch der Antragstellerin zuzurechnen seien.

Die Vorgangsweise der Auftraggeberin verwundere, da die Vertragskonstruktion der Antragstellerin bislang seitens der Auftraggeberin nicht zum Ausscheiden eines Angebotes der Antragstellerin geführt habe. Es wäre interessant zu erfahren, ob eine unzulässige Bieterintervention, die zum Ausscheiden des betreffenden Bieters hätte führen müssen, stattgefunden habe.

Die Auftraggeberin erkenne einmal mehr, dass die Antragstellerin als Bieterin einen einzigen Unternehmer darstelle, die die gemäß der Vereinbarung der Gesellschafter zum Zuschuss zur Verfügung gestellten Mittel verwenden dürfe, weshalb sie ausreichend geeignet und damit auch ausreichend leistungsfähig sei. Dass es sich bei den Gesellschaftern wiederum um eigenständige juristische Personen handle, sei rechtlich irrelevant, da rechtlich juristische und natürliche Personen gleichgestellt seien.

Auch das Argument, das BVergG kenne keine "vergesellschaftete Bietergemeinschaft" sei nicht stichhaltig, da die Antragstellerin als Rechtsperson auftrete und alle gemäß den bestandfesten Ausschreibungsunterlagen geforderten Mittel zur Verfügung habe. Diese würden der Antragstellerin durch ihre Gesellschafter beigegeben. Das bisherige Fehlen einer Antwort zur vorliegenden Rechtsproblematik mache die Vorgangsweise nicht unzulässig; vielmehr müsse durch die Judikatur Klarheit geschaffen werden.

Unrichtig sei die Annahme, die Antragstellerin werde die Leistungen nicht selbst ausführen. Wie aufgeklärt, werde die Antragstellerin im vorliegenden Fall selbst auftreten und im zur Verfügung gestellten Ausmaß lediglich auf die Mittel der Gesellschafter zurückgreifen.

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

II.1. Festgestellter Sachverhalt:römisch zwei.1. Festgestellter Sachverhalt:

Aufgrund der vorliegenden Stellungnahmen, der bezugnehmenden Beilagen und der vorgelegten Unterlagen des Vergabeverfahrens wird folgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Die Auftraggeberin, die ASFINAG Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-AG, schrieb im Oktober 2016 die gegenständliche Leistung "Restmüllsammlung 2017 bis 2022, SG und ASG" in neun Losen in einem offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich nach dem Billigstbieterprinzip mit dem Ziel des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung mit einem Unternehmer (je Los) für eine fünfjährige Laufzeit aus (CPV-Code: 90511300-5). Der geschätzte Auftragswert beträgt gesamt (für alle neun Lose) EUR 20.858.160,00 ohne USt; für das Los 3 EUR 1.877.570,-- ohne USt; für das Los 9 EUR 708.260,-- ohne USt.

Die Ausschreibungsunterlagen lauten auszugsweise wie folgt:

Angebotsdeckblatt und Formblätter:

Als zwingend unter Hinweis auf die Ausscheidenssanktion mit dem Angebot abzugebende Unterlagen wird ua das "Angebotsdeckblatt inkl. Formblätter" genannt. Zu den Formblättern zählen ua die Formblätter "Eigenerklärung des Bieters", "Subunternehmerverzeichnis", "Verpflichtungserklärung des Subunternehmers" und "Solidarhaftung des Subunternehmers".

D.1 Allgemeine Ausschreibungsbestimmungen:

"1.1.10. Subunternehmer

Der Bieter hat hinsichtlich aller Teile des Auftrages die beabsichtigte Vergabe von Subaufträgen bekannt zu geben. Vertretungsbefugte Organe des Bieters/Bietergemeinschaft sind nicht als Subunternehmer zu nennen.

Es sind die ausführenden Subunternehmer im Angebot zu nennen und in der entsprechenden Liste (Formblatt "Subunternehmerverzeichnis") vollständig anzuführen.

Für diese Subunternehmer ist folgender Nachweis vorzulegen:

- Nachweis über die Verfügungsmöglichkeit des Subunternehmers (Formblatt "Verpflichtungserklärung des Subunternehmers")

Sollte der Subunternehmer zum Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Bieters genannt werden, ist eine Erklärung des Subunternehmers vorzulegen, wonach dieser sich verpflichtet, im Auftragsfall mit dem Bieter solidarisch zu haften.

- Abgabe einer Erklärung über die solidarische Haftung des Subunternehmers gegenüber dem Auftraggeber (Formblatt "Solidarhaftung des Subunternehmers"). []

1.1.15. Form und Einreichung der Angebote

Der Bieter ist - bei sonstigem Ausscheiden - verpflichtet, die im Angebotsdeckblatt unter "zwingend mit dem Angebot

abzugebende Unterlagen (Ausscheidenssanktion)" angeführten Teile gemeinsam mit dem Angebot abzugeben. Diese Unterlagen müssen daher bei der Angebotsöffnung zwingend dem Angebot angeschlossen sein und können daher nicht mehr nachgereicht werden (unbehebbarer Mangel).

Sonstige in den Ausschreibungsunterlagen verlangte Unterlagen sind - sofern ein behebbbarer Mangel vorliegt - über Aufforderung binnen der im Aufforderungsschreiben genannten Frist bei der vergebenden Stelle nachzureichen.

Dem Angebotsdeckblatt sind sämtliche Formblätter angeschlossen. Klarstellend wird festgehalten, dass sich die oa. Verpflichtung zur zwingenden Abgabe von Unterlagen nur auf jene Formblätter bezieht, welche dort (auf dem Angebotsdeckblatt unter "zwingend mit dem Angebot abzugebenden Unterlagen "Ausscheidenssanktion") ausdrücklich angeführt sind.

Alle übrigen Formblätter bzw. Unterlagen sind nachforderbare Unterlagen und - sofern ein behebbbarer Mangel vorliegt - über Aufforderung binnen der im Aufforderungsschreiben genannten Frist bei der vergebenden Stelle nachzureichen. []

1.1.21. Eignungskriterien

Offenes Verfahren

Zur Teilnahme am Vergabeverfahren berechtigt und zur Angebotsabgabe zugelassen werden nur jene Unternehmen, die über die notwendige Eignung (Mindestqualifikation) verfügen und bei denen kein Ausschlussgrund gemäß § 68 BVergG vorliegt. Zur Teilnahme am Vergabeverfahren berechtigt und zur Angebotsabgabe zugelassen werden nur jene Unternehmen, die über die notwendige Eignung (Mindestqualifikation) verfügen und bei denen kein Ausschlussgrund gemäß Paragraph 68, BVergG vorliegt.

Es reicht vorerst aus, dass der Bieter/die Bietergemeinschaft erklärt, dass er/sie das Vorliegen der in den Ausschreibungsunterlagen angeführten Eignungsanforderungen bestätigt (Erklärung des Bieters) und seine/ihre Befugnisse in der "Eigenerklärung des Bieters" anführt.

Auf Verlangen des AG sind die geforderten Eignungsnachweise jedoch unverzüglich, spätestens binnen 7 Tagen vorzulegen. Von jenen Bietern, die für den Zuschlag in Frage kommen, wird der AG den Nachweis der Eignung jedenfalls verlangen.

Das Alter der geforderten Nachweise darf 1 Jahr nicht überschreiten. Stichtag ist der Angebotsabgabetermin. Für den Nachweis der Eignung ist die Vorlage einer Kopie ausreichend. Über ausdrückliches Verlangen des Auftraggebers ist der Nachweis mittels einer beglaubigten Abschrift zu führen.

Ausdrücklich wird darauf hingewiesen, dass die mögliche Nachweiserbringung durch den Bieter betreffend die Befugnis, die Zuverlässigkeit und die Leistungsfähigkeit gemäß § 70 Abs 4 BVergG im Wege des Auftragnehmerkataster Österreich (ANKÖ) möglich ist. Dafür sind vom Bieter der beim ANKÖ gelistete Firmencode und die Firmenbuchnummer bekannt zu geben. Die "Eigenerklärung des Bieters" ist jedenfalls auszufüllen, auch wenn die Nachweise über den ANKÖ erbracht werden. Ausdrücklich wird darauf hingewiesen, dass die mögliche Nachweiserbringung durch den Bieter betreffend die Befugnis, die Zuverlässigkeit und die Leistungsfähigkeit gemäß Paragraph 70, Absatz 4, BVergG im Wege des Auftragnehmerkataster Österreich (ANKÖ) möglich ist. Dafür sind vom Bieter der beim ANKÖ gelistete Firmencode und die Firmenbuchnummer bekannt zu geben. Die "Eigenerklärung des Bieters" ist jedenfalls auszufüllen, auch wenn die Nachweise über den ANKÖ erbracht werden.

Sollten im ANKÖ die vom AG geforderten Nachweise nicht vollständig verfügbar sein bzw. die Inhalte dieser Nachweise nicht den Ausschreibungsbestimmungen entsprechen, so hat der Bieter die fehlenden bzw. unvollständigen Nachweise dem AG (nach Aufforderung) zu übermitteln.

Bei Bietergemeinschaften oder bei Einsatz von Subunternehmern sind die Formblätter je Unternehmen zu vervielfältigen und von jedem Unternehmen auszufüllen. []"

D.1.2. Besondere Ausschreibungsbestimmungen:

"1.2.1 Beschränkung der Mitgliederanzahl bei Bietergemeinschaften /

ARGEN

Die Anzahl der Mitglieder einer Bieter/Arbeitsgemeinschaft ist mit 2 beschränkt.

1.2.2 Eignungskriterien

1.2.2.1 Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit

Der Bieter muss nachweisen, dass seine finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit gegeben ist. Dazu muss der Bieter ergänzend zu den allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen nachweisen:

Die Höhe der nachzuweisenden Gesamtumsatzerlöse richtet sich danach, ob der Bieter ein Teilangebot für ein Los oder für mehrere Lose abgibt. Werden mehrere Lose angeboten sind die jeweiligen Umsatzerlöse (siehe unten) der Einzellose zu addieren und nachzuweisen.

Der Bieter hat Gesamtumsatzerlöse für die letzten drei Geschäftsjahre nachzuweisen, wobei der Bieter (bzw. alle Mitglieder der Bietergemeinschaft zusammen)

- []

- im Falle der Legung eines Teilangebotes für das Los 3 jährliche Gesamtumsatzerlöse in Höhe von zumindest EUR 4.000.000,- netto

- []

- im Falle der Legung eines Teilangebotes für das Los 9 jährliche Gesamtumsatzerlöse in Höhe von zumindest EUR 1.500.000,- netto nachzuweisen hat. []

1.2.2.2 Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit

Der Bieter muss seine technische Leistungsfähigkeit durch Erfüllung nachfolgend definierter Anforderungen nachweisen.

Die Nachweise sind in jedem Los für den Bieter, alle Teilnehmer einer Bietergemeinschaft und/oder die Subunternehmer vorzulegen, der die Sammlung durchführt. Im Folgenden wird der Durchführende der Sammlung "Bieter" genannt.

Fahrzeugausstattung

Der Bieter muss nachweisen, dass seine Abfallsammelfahrzeuge für die Entleerung der in D.5 angeführten Behälter geeignet sind und über eine funktionstüchtige geeichte Verriegelung am Fahrzeug verfügen. Werden mehrere Lose mit einem oder mehreren Fahrzeug bedient, ist eine Doppelnennung zulässig.

Der Bieter hat nachzuweisen, dass die eingesetzten Fahrzeuge mindestens der Abgasnorm EURO 4 entsprechen. []

Verwertungs- oder Beseitigungsanlagen

Der Bieter hat anzugeben, auf welche Verwertungs- oder Beseitigungsanlagen die ausgeschriebenen Abfälle verbracht werden. (Anmerkung: Zwischenlager zählen nicht zu den Verwertungs- und Beseitigungsanlagen). Die Anlage muss über die Berechtigung zur Behandlung der ausgeschriebenen Abfälle verfügen. []

Referenzprojekte zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit

Referenzprojekte sind Aufträge eines Auftragnehmers.

Der Bieter hat für jedes Los eine Referenz nachzuweisen, dass das im jeweiligen Los ausführende Unternehmen über einen Auftrag zur Sammlung von Restmüll in Gemeinden, Städten, Abfallwirtschaftsverbänden etc. verfügt. Die Sammlung muss mehr als 100 Sammelstellen (Haushalte, etc.) umfassen, ist geplant in einem Los mehrere Unternehmen einzusetzen, muss für jedes Unternehmen eine Referenz vorgelegt werden.

Im Anhang "Durchführung der Dienstleistung" hat der Bieter anzugeben, von welchem Standort er die Dienstleistung durchführen wird. Die Referenz muss sich auf den Standort und dem zugehörigen Los beziehen. Ebenso ist der Name des, bzw. der durchführenden Unternehmen, anzugeben.

Die Referenzen sind anhand des Formblattes "Referenzformular Restmüllsammlung" nachzuweisen. []

Zertifizierungen

Der Bieter hat nachzuweisen, dass er zumindest über eine ISO 9001 oder ISO 14001 Zertifizierung verfügt.

Der Bieter hat nachzuweisen, dass er über eine Entsorgungsfachbetrieb (EFB) Zertifizierung verfügt. Dieser Nachweis ist für Subunternehmer, die nur die Sammeldienstleistung durchführen und keine Abfälle übernehmen, nicht erforderlich. []"

D.3. Leistungsbeschreibung

"3.1.1. Leistungsumfang und Leistungsziel

Die Zielsetzung der ausgeschriebenen Dienstleistung besteht in der Sammlung und anschließenden umweltgerechten Verwertung oder Beseitigung des Restmülls im Netz der ASFINAG Service GmbH und der ASFINAG Alpenstraßen GmbH.

Mit dieser Ausschreibung soll eine ordnungsgemäße Sammlung des Restmülls auf den Parkplätzen und Autobahnmeistereien sichergestellt werden. []"

Die Antragstellerin legte fristgerecht für sämtliche Lose ein Angebot. Die Angebotsöffnung fand am 29.11.2016 statt. Für die Lose 3 und 9 legte die Antragstellerin die Angebote mit den niedrigsten Angebotspreisen.

Gesellschafter der Antragstellerin sind derzeit 13 im Bereich der Abfallentsorgung tätige Unternehmen, darunter die XXXX GmbH sowie die XXXX-GmbH (Firmenbuchauszug vom 10.04.2017). Gesellschafter der Antragstellerin sind derzeit 13 im Bereich der Abfallentsorgung tätige Unternehmen, darunter die römisch 40 GmbH sowie die XXXX-GmbH (Firmenbuchauszug vom 10.04.2017).

Der Gesellschaftsvertrag lautet auszugsweise wie folgt:

"II. GEGENSTAND DES UNTERNEHMENS

a) []

b) die Übernahme, der Transport, die Behandlung, die Wiederaufbereitung und Beseitigung von Abfällen und Altstoffen aller Art, wobei sich die Gesellschaft bei der tatsächlichen Durchführung dieser Tätigkeiten dritter Unternehmen, insbesondere der Gesellschafter bedient;

f) []

IX. LEISTUNGSVERKEHR MIT GESELLSCHAFTERN römisch neun. LEISTUNGSVERKEHR MIT GESELLSCHAFTERN

Die Gesellschaft wird sich zur Erbringung der von ihr übernommenen Leistungen vornehmlich der Gesellschafter bedienen. Zu diesem Zweck wird die Gesellschaft mit jedem Gesellschafter einen eigenen Vertrag abschließen. Die Konditionen dieser Verträge werden von der Generalversammlung festgelegt. []"

Die hier maßgeblichen Rahmenentsorgungsverträge (siehe Punkt IX. des Gesellschaftsvertrages), abgeschlossen zwischen der Antragstellerin (im Vertrag bezeichnet als: "XXXX ") einerseits und der XXXX GmbH bzw der XXXX-GmbH andererseits (im Vertrag bezeichnet als: "Entsorger") lauten auszugsweise wie folgt: Die hier maßgeblichen Rahmenentsorgungsverträge (siehe Punkt römisch neun. des Gesellschaftsvertrages), abgeschlossen zwischen der Antragstellerin (im Vertrag bezeichnet als: " römisch 40 ") einerseits und der römisch 40 GmbH bzw der XXXX-GmbH andererseits (im Vertrag bezeichnet als: "Entsorger") lauten auszugsweise wie folgt:

"Präambel

(1) XXXX ist ein zu XXXX des Landes- als Handelsgerichtes Wels eingetragenes Unternehmen, dessen Unternehmensgegenstand insbesondere die Sicherstellung der flächendeckenden Entsorgung von Abfällen aller Art in Österreich und die Erbringung der damit zusammenhängenden Dienstleistungen im Bereich Umwelttechnik ist. (1) römisch 40 ist ein zu römisch 40 des Landes- als Handelsgerichtes Wels eingetragenes Unternehmen, dessen Unternehmensgegenstand insbesondere die Sicherstellung der flächendeckenden Entsorgung von Abfällen aller Art in Österreich und die Erbringung der damit zusammenhängenden Dienstleistungen im Bereich Umwelttechnik ist.

(2) Der Entsorger ist ein zu XXXX des Landes- als Handelsgerichtes Feldkirch eingetragenes mittelständisches österreichisches Unternehmen, dessen Unternehmensgegenstand insbesondere die Übernahme, der Transport, die Behandlung, die Wiederaufbereitung und Beseitigung von Abfällen und Altstoffen aller Art ist. (betreffend die XXXX GmbH) bzw Der Entsorger ist ein zu XXXX des Landes- als Handelsgerichtes Graz eingetragenes mittelständisches österreichisches Unternehmen, dessen Unternehmensgegenstand insbesondere die Übernahme, der Transport, die

Behandlung, die Wiederaufbereitung und Beseitigung von Abfällen und Altstoffen aller Art ist. (betreffend die XXXX-GmbH)(2) Der Entsorger ist ein zu römisch 40 des Landes- als Handelsgerichtes Feldkirch eingetragenes mittelständisches österreichisches Unternehmen, dessen Unternehmensgegenstand insbesondere die Übernahme, der Transport, die Behandlung, die Wiederaufbereitung und Beseitigung von Abfällen und Altstoffen aller Art ist. (betreffend die römisch 40 GmbH) bzw Der Entsorger ist ein zu römisch 40 des Landes- als Handelsgerichtes Graz eingetragenes mittelständisches österreichisches Unternehmen, dessen Unternehmensgegenstand insbesondere die Übernahme, der Transport, die Behandlung, die Wiederaufbereitung und Beseitigung von Abfällen und Altstoffen aller Art ist. (betreffend die XXXX-GmbH)

(3) Der Entsorger ist Gesellschafter der XXXX (3) Der Entsorger ist Gesellschafter der römisch 40 .

(4) Als Gesellschafter der XXXX will der Entsorger unter Beibehaltung seiner wirtschaftlichen Selbständigkeit mit den anderen Gesellschaftern der XXXX gemeinsam auftreten und über die durch den Entsorger weiterhin selbständig zu erbringenden Leistungen hinaus flächendeckend, beispielsweise für das gesamte Bundesgebiet, Entsorgungsdienstleistungen anbieten.(4) Als Gesellschafter der römisch 40 will der Entsorger unter Beibehaltung seiner wirtschaftlichen Selbständigkeit mit den anderen Gesellschaftern der römisch 40 gemeinsam auftreten und über die durch den Entsorger weiterhin selbständig zu erbringenden Leistungen hinaus flächendeckend, beispielsweise für das gesamte Bundesgebiet, Entsorgungsdienstleistungen anbieten.

(5) Zur Regelung der Zusammenarbeit und der hieraus für die Vertragsteile erfließenden Rechte und Pflichten schließen die Vertragsteile nachstehende

Vereinbarung

I.

Vertragsgegenstand

(1) XXXX schließt zur Erbringung von Entsorgungsdienstleistungen mit Dritten im eigenen Namen und auf eigene Rechnung Verträge über die flächendeckende Sammlung und Entsorgung von Abfällen und Altstoffen aller Art ab.(1) römisch 40 schließt zur Erbringung von Entsorgungsdienstleistungen mit Dritten im eigenen Namen und auf eigene Rechnung Verträge über die flächendeckende Sammlung und Entsorgung von Abfällen und Altstoffen aller Art ab.

(2) Zur Erfüllung der aus den mit Dritten abgeschlossenen Verträgen resultierenden Verpflichtungen bedient sich XXXX im gesamten Bundesland XXXX (im Folgenden kurz: "Vertragsgebiet) jeweils des Entsorgers, welcher die von XXXX vereinbarten Entsorgungsdienstleistungen im Namen und auf Rechnung von XXXX erbringt. (betreffend die XXXX GmbH) bzw Zur Erfüllung der aus den mit Dritten abgeschlossenen Verträgen resultierenden Verpflichtungen bedient sich XXXX in den Bezirken XXXX (im Folgenden kurz: "Vertragsgebiet) jeweils des Entsorgers, welcher die von XXXX vereinbarten Entsorgungsdienstleistungen im Namen und auf Rechnung von XXXX erbringt. (betreffend die XXXX-GmbH)(2) Zur Erfüllung der aus den mit Dritten abgeschlossenen Verträgen resultierenden Verpflichtungen bedient sich römisch 40 im gesamten Bundesland römisch 40 (im Folgenden kurz: "Vertragsgebiet) jeweils des Entsorgers, welcher die von römisch 40 vereinbarten Entsorgungsdienstleistungen im Namen und auf Rechnung von römisch 40 erbringt. (betreffend die römisch 40 GmbH) bzw Zur Erfüllung der aus den mit Dritten abgeschlossenen Verträgen resultierenden Verpflichtungen bedient sich römisch 40 in den Bezirken römisch 40 (im Folgenden kurz: "Vertragsgebiet) jeweils des Entsorgers, welcher die von römisch 40 vereinbarten Entsorgungsdienstleistungen im Namen und auf Rechnung von römisch 40 erbringt. (betreffend die XXXX-GmbH)

(3) Der Inhalt der auf Basis dieses Vertrages jeweils im Einzelnen zwischen XXXX und dem Entsorger zustande kommenden Verträge, richtet sich jeweils nach den zwischen XXXX und den Dritten geschlossenen Verträgen, ist allerdings räumlich auf das Vertragsgebiet beschränkt. [](3) Der Inhalt der auf Basis dieses Vertrages jeweils im Einzelnen zwischen römisch 40 und dem Entsorger zustande kommenden Verträge, richtet sich jeweils nach den zwischen römisch 40 und den Dritten geschlossenen Verträgen, ist allerdings räumlich auf das Vertragsgebiet beschränkt. []

(4) Ein Vertrag zwischen XXXX und dem Entsorger kommt zustande, indem XXXX dem Entsorger einen Auftrag unter Bekanntgabe einer vollständigen Leistungsbeschreibung und aller ausgehandelten Konditionen erteilt. Der Entsorger ist verpflichtet, den Auftrag auf anfällige Zweifelsfragen hin zu überprüfen und entsprechend rückzufragen. Erfolgt innerhalb von 5 Arbeitstagen weder eine Bestätigung noch eine Rückfrage des Entsorgers, gilt der Auftrag als wie von

XXXX in der Leistungsbeschreibung dargestellt bestätigt und angenommen. XXXX ist in diesem Zusammenhang verpflichtet, dem Entsorger zusätzlich all jene Informationen zukommen zu lassen, die es dem Entsorger ermöglichen, festzustellen, welche der von XXXX übernommenen Verpflichtungen im Vertragsgebiet des Entsorgers zu erbringen sind.(4) Ein Vertrag zwischen römisch 40 und dem Entsorger kommt zustande, indem römisch 40 dem Entsorger einen Auftrag unter Bekanntgabe einer vollständigen Leistungsbeschreibung und aller ausgehandelten Konditionen erteilt. Der Entsorger ist verpflichtet, den Auftrag auf anfällige Zweifelsfragen hin zu überprüfen und entsprechend rückzufragen. Erfolgt innerhalb von 5 Arbeitstagen weder eine Bestätigung noch eine Rückfrage des Entsorgers, gilt der Auftrag als wie von römisch 40 in der Leistungsbeschreibung dargestellt bestätigt und angenommen. römisch 40 ist in diesem Zusammenhang verpflichtet, dem Entsorger zusätzlich all jene Informationen zukommen zu lassen, die es dem Entsorger ermöglichen, festzustellen, welche der von römisch 40 übernommenen Verpflichtungen im Vertragsgebiet des Entsorgers zu erbringen sind.

II.römisch zwei.

Rechte und Pflichten

(1) Im Rahmen dieses Vertrages verpflichtet sich XXXX , künftig zur Sicherstellung der Erbringung der in Punkt I. beschriebenen Entsorgungsdienstleistungen im Vertragsgebiet grundsätzlich ausschließlich den Entsorger zu beauftragen bzw. heranzuziehen.(1) Im Rahmen dieses Vertrages verpflichtet sich römisch 40 , künftig zur Sicherstellung der Erbringung der in Punkt römisch eins. beschriebenen Entsorgungsdienstleistungen im Vertragsgebiet grundsätzlich ausschließlich den Entsorger zu beauftragen bzw. heranzuziehen.

(2) Der Entsorger verpflichtet sich wiederum ausdrücklich gegenüber XXXX , die in seinem Vertragsgebiet durch den Abschluss von entsprechenden Verträgen durch XXXX mit Dritten zu erfüllenden Entsorgungsdienstleistungen, nach Maßgabe dieses Vertrages sowie den zwischen XXXX und Dritten abgeschlossenen Verträgen zu erbringen. [(2) Der Entsorger verpflichtet sich wiederum ausdrücklich gegenüber römisch 40 , die in seinem Vertragsgebiet durch den Abschluss von entsprechenden Verträgen durch römisch 40 mit Dritten zu erfüllenden Entsorgungsdienstleistungen, nach Maßgabe dieses Vertrages sowie den zwischen römisch 40 und Dritten abgeschlossenen Verträgen zu erbringen.

[

]

III.römisch drei.

Entgelt, Fälligkeit

(1) Als das von XXXX dem Entsorger für die Erbringung der Entsorgungsdienstleistungen im Vertragsgebiet zu leistende Entgelt gilt jenes Entgelt als vereinbart, welches von XXXX im Rahmen des Gesamtauftrages mit Dritten anteilig für die Leistungserbringung im Vertragsgebiet vereinbart wurde.(1) Als das von römisch 40 dem Entsorger für die Erbringung der Entsorgungsdienstleistungen im Vertragsgebiet zu leistende Entgelt gilt jenes Entgelt als vereinbart, welches von römisch 40 im Rahmen des Gesamtauftrages mit Dritten anteilig für die Leistungserbringung im Vertragsgebiet vereinbart wurde.

(2) XXXX ist allerdings berechtigt, von dem mit Dritten vereinbarten Entgelt jeweils einen Kostenbeitrag für die von XXXX verrichteten Leistungen einzubehalten. Wird von den maßgeblichen Organen der XXXX keine gesonderte Vereinbarung getroffen, beträgt der vom Entsorger zu leistende Kostenbeitrag 10 % der Nettorechnungssumme. [](2) römisch 40 ist allerdings berechtigt, von dem mit Dritten vereinbarten Entgelt jeweils einen Kostenbeitrag für die von römisch 40 verrichteten Leistungen einzubehalten. Wird von den maßgeblichen Organen der römisch 40 keine gesonderte Vereinbarung getroffen, beträgt der vom Entsorger zu leistende Kostenbeitrag 10 % der Nettorechnungssumme. []

IV.römisch vier.

Leistungserbringung durch Dritte

(1) Der Entsorger ist grundsätzlich verpflichtet, die übernommenen Aufträge im Rahmen seines Unternehmens selbst zu erbringen.

(2) Wenn der Entsorger - aus welchen Gründen immer - nicht in der Lage ist, die Entsorgungsdienstleistungen im Vertragsgebiet selbst den Bestimmungen dieses Vertrages entsprechend zu erbringen, ist der Entsorger berechtigt,

sich zur Erbringung seiner Leistungen auch Subunternehmer zu bedienen. Dies gilt insbesondere auch dann, wenn der Entsorger für die Erbringung von bestimmten Dienstleistungen oder für die Behandlung bestimmter Abfälle nicht über die erforderlichen behördlichen Bewilligungen verfügt. Eine überwiegende Leistungserbringung durch den Entsorger durch beauftragte Subunternehmer ist in jedem Fall nicht zulässig. []

V.römisch fünf.

Haftung

(1) Der Entsorger garantiert und steht dafür ein, dass die von XXXX Dritten gegenüber geschuldeten Entsorgungsleistungen von ihm selbst oder von von ihm beauftragten Dritten den Bestimmungen dieses Vertrages sowie den Bestimmungen der zwischen XXXX und Dritten abgeschlossenen Verträgen entsprechend erbracht werden.(1) Der Entsorger garantiert und steht dafür ein, dass die von römisch 40 Dritten gegenüber geschuldeten Entsorgungsleistungen von ihm selbst oder von von ihm beauftragten Dritten den Bestimmungen dieses Vertrages sowie den Bestimmungen der zwischen römisch 40 und Dritten abgeschlossenen Verträgen entsprechend erbracht werden.

(2) Erfüllt der Entsorger diese geschuldeten Dienstleistungen nicht oder nicht vollständig, ist XXXX nach Setzung einer nach dem Umstand des Einzelfalles angemessenen Nachfrist zur Ersatzvornahme auf Kosten des Entsorgers berechtigt und kann hiezu ein Unternehmen eigener Wahl heranziehen.(2) Erfüllt der Entsorger diese geschuldeten Dienstleistungen nicht oder nicht vollständig, ist römisch 40 nach Setzung einer nach dem Umstand des Einzelfalles angemessenen Nachfrist zur Ersatzvornahme auf Kosten des Entsorgers berechtigt und kann hiezu ein Unternehmen eigener Wahl heranziehen.

(3) Der Entsorger hat darüber hinaus eine auf erste Anforderung von XXXX fällig werdende und nicht dem richterlichen Mäßigungsrecht unterliegende Vertragsstrafe in Höhe des dreifachen für die nicht (ordnungsgemäß) erfüllten Leistungen vereinbarten Entgelts an XXXX zu leisten. Die Geltendmachung eines tatsächlich eingetretenen darüber hinausgehenden Schadens durch XXXX bleibt davon unbenommen.(3) Der Entsorger hat darüber hinaus eine auf erste Anforderung von römisch 40 fällig werdende und nicht dem richterlichen Mäßigungsrecht unterliegende Vertragsstrafe in Höhe des dreifachen für die nicht (ordnungsgemäß) erfüllten Leistungen vereinbarten Entgelts an römisch 40 zu leisten. Die Geltendmachung eines tatsächlich eingetretenen darüber hinausgehenden Schadens durch römisch 40 bleibt davon unbenommen.

[]"

Die Verpflichtungserklärung vom 25.11.2016 lautet auszugsweise wie folgt:

"1. Präambel

Die Bieterin XXXX GmbH, XXXX, (idF: XXXX) wurde 1996 gegründet und fußt auf einer Kooperation von 12 mittelständigen Entsorgungsunternehmen. Die Hauptaufgabe der XXXX liegt in der Erstellung von österreichweit flächendeckenden Entsorgungslösungen für Handels-, Gewerbe- und Industriekunden und fungiert dabei als Vertragsund Ansprechpartner für ihre Kunden sowie als vergesellschaftete Bietergemeinschaft in Vergabeverfahren. Die jeweils für den konkreten Auftrag in Frage kommenden Mitglieder (Gesellschafter der XXXX) stellen der XXXX als Systemzentrale gebündelt alle notwendigen Mittel zur Verfügung, sodass sich diese auch auf die entsprechenden Eignungskriterien (Befugnis, technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit) berufen kann. Die operativen Leistungen werden von den Gesellschaftern für die XXXX erbracht.Die Bieterin römisch 40 GmbH, römisch 40 , in der Fassung, römisch 40) wurde 1996 gegründet und fußt auf einer Kooperation von 12 mittelständigen Entsorgungsunternehmen. Die Hauptaufgabe der römisch 40 liegt in der Erstellung von österreichweit flächendeckenden Entsorgungslösungen für Handels-, Gewerbe- und Industriekunden und fungiert dabei als Vertragsund Ansprechpartner für ihre Kunden sowie als vergesellschaftete Bietergemeinschaft in Vergabeverfahren. Die jeweils für den konkreten Auftrag in Frage kommenden Mitglieder (Gesellschafter der römisch 40) stellen der römisch 40 als Systemzentrale gebündelt alle notwendigen Mittel zur Verfügung, sodass sich diese auch auf die entsprechenden Eignungskriterien (Befugnis, technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit) berufen kann. Die operativen Leistungen werden von den Gesellschaftern für die römisch 40 erbracht.

2. Verpflichtung

Hiermit verpflichten sich in Ergänzung der jeweils abgeschlossenen Rahmenentsorgungsverträge nachstehende

Gesellschafter der XXXXHiermit verpflichten sich in Ergänzung der jeweils abgeschlossenen Rahmenentsorgungsverträge nachstehende Gesellschafter der römisch 40

XXXX GmbH XXXXrömisch 40 GmbH römisch 40

[]

XXXX-GmbH XXXXXXXXX-GmbH römisch 40

[]

dass sie der Bieterin

XXXX GmbH XXXXrömisch 40 GmbH römisch 40

im Fall der Auftragserteilung im vorliegenden Vergabeverfahren "Restmüllsammlung 2017 bis 2022, SG und ASG" (Verfahren-ID: 5413) in den angebotenen Losen die zur Erbringung der Leistung erforderlichen Mittel zur Verfügung stellen, sodass die Bieterin über die Ressourcen verfügen kann, auf die sich die vorgelegten Nachweise beziehen.

Dies bezieht sich auf die Zurverfügungstellung von Fahrzeugen inkl. Personal, Maschinen und technische Ausrüstung, sowie Behälterbereitstellung jeglicher Art und angegebene Ver- wertungs- und Behandlungsanlagen.

Unsere Ressourcen stehen der Bieterin während des gesamten Auftragszeitraums tatsächlich zur Verfügung. []"

Die Antragstellerin gab zum Beleg der Erfüllung der verlangten Eignungskriterien und des unverzüglichen Bebringens der festgelegten Nachweise eine Eigenerklärung ab und verwies diesbezüglich auf deren Eintragung im ANKÖ. Hinsichtlich des Loses 8 wurde für die "Restmüllsammlung im gesamten Bereich des Loses 8 (Tirol)" eine Subunternehmerin namhaft gemacht. Hinsichtlich der hier verfahrensgegenständlichen Lose 3 und 9 wie auch für die übrigen Lose wurden keine Subunternehmer benannt. Dem Angebot wurden ua Nachweise über die Fahrzeugausstattung der zum Einsatz gelangenden Fahrzeuge (für das Los 3: zugelassen auf die XXXX-GmbH und für das Los 9: zugelassen auf die XXXX GmbH) sowie das Anlagenverzeichnis (für das Los 3: Anlage der XXXX-GmbH und für das Los 9: Anlagen der XXXX GmbH und der XXXX GmbH) beigelegt. Dem ANKÖ sind ua folgende Angaben und Daten betreffend die Antragstellerin zu entnehmen: zur Befugnis: Behandlung und Verwertung von Altstoffen und Abfällen; Geschäftsvermittlung, in Form der Vermittlung von Dienstleistungen und Verträgen betreffend die Entsorgung von Abfällen aller Art; Handelsgewerbe und Handelsagenten; zur technischen Leistungsfähigkeit: 1 Vollzeitarbeitskraft; 3 Teilzeitarbeitskräfte. Der für die Jahre 2013, 2014 und 2015 angeführte Gesamtumsatz der Antragstellerin liegt jeweils unter EUR 3 Millionen.Die Antragstellerin gab zum Beleg der Erfüllung der verlangten Eignungskriterien und des unverzüglichen Bebringens der festgelegten Nachweise eine Eigenerklärung ab und verwies diesbezüglich auf deren Eintragung im ANKÖ. Hinsichtlich des Loses 8 wurde für die "Restmüllsammlung im gesamten Bereich des Loses 8 (Tirol)" eine Subunternehmerin namhaft gemacht. Hinsichtlich der hier verfahrensgegenständlichen Lose 3 und 9 wie auch für die übrigen Lose wurden keine Subunternehmer benannt. Dem Angebot wurden ua Nachweise über die Fahrzeugausstattung der zum Einsatz gelangenden Fahrzeuge (für das Los 3: zugelassen auf die XXXX-GmbH und für das Los 9: zugelassen auf die römisch 40 GmbH) sowie das Anlagenverzeichnis (für das Los 3: Anlage der XXXX-GmbH und für das Los 9: Anlagen der römisch 40 GmbH und der römisch 40 GmbH) beigelegt. Dem ANKÖ sind ua folgende Angaben und Daten betreffend die Antragstellerin zu entnehmen: zur Befugnis: Behandlung und Verwertung von Altstoffen und Abfällen; Geschäftsvermittlung, in Form der Vermittlung von Dienstleistungen und Verträgen betreffend die Entsorgung von Abfällen aller Art; Handelsgewerbe und Handelsagenten; zur technischen Leistungsfähigkeit: 1 Vollzeitarbeitskraft; 3 Teilzeitarbeitskräfte. Der für die Jahre 2013, 2014 und 2015 angeführte Gesamtumsatz der Antragstellerin liegt jeweils unter EUR 3 Millionen.

Mit Schreiben vom 12.01.2017 wurde die Antragstellerin um Aufklärung ersucht:

"Aufforderung zur Aufklärung gemäß § 126 BVergG 2006 idgF"Aufforderung zur Aufklärung gemäß Paragraph 126, BVergG 2006 idgF

Im Zuge der Prüfung Ihres Angebotes zu oben genanntem Vergabeverfahren wurden folgende Sachverhalte festgestellt.

Bieter der Lose 3 und 9 ist die XXXX GmbH. Aufgrund des vorliegenden Angebots ist davon auszugehen, dass der Bieter XXXX GmbH in beiden Losen als ausführendes Unternehmen (dh als konkreter Leistungsabwickler) tätig wird.Bieter der

Lose 3 und 9 ist die römisch 40 GmbH. Aufgrund des vorliegenden Angebots ist davon auszugehen, dass der Bieter römisch 40 GmbH in beiden Losen als ausführendes Unternehmen (dh als konkreter Leistungsabwickler) tätig wird.

1) Aus Sicht des AG sind die Gesellschaftern (Mitgliedsbetriebe) der XXXX , keine verbundenen Unternehmen iSd § 2 Z 40 BVergG. Aus diesem Grund wären etwaige ausführende Unternehmen (wie zB die Firma XXXX bzw XXXX GmbH) als Subunternehmer zu nennen gewesen. In diesem Zusammenhang bitten wir um Aufklärung, ob der Bieter XXXX GmbH selbst das ausführende Unternehmen in den Losen 3 und 9 ist.1) Aus Sicht des AG sind die Gesellschaftern (Mitgliedsbetriebe) der römisch 40 , keine verbundenen Unternehmen iSd Paragraph 2, Ziffer 40, BVergG. Aus diesem Grund wären etwaige ausführende Unternehmen (wie zB die Firma römisch 40 bzw römisch 40 GmbH) als Subunternehmer zu nennen gewesen. In diesem Zusammenhang bitten wir um Aufklärung, ob der Bieter römisch 40 GmbH selbst das ausführende Unternehmen in den Losen 3 und 9 ist.

2) Sollte die XXXX GmbH nicht das konkret ausführende Unternehmen sein, bitten wir um Aufklärung, warum etwaige benötigte ausführende Unternehmen nicht als Subunternehmer entsprechend den Ausschreibungsunterlagen angeführt wurden.2) Sollte die römisch 40 GmbH nicht das konkret ausführende Unternehmen sein, bitten wir um Aufklärung, warum etwaige benötigte ausführende Unternehmen nicht als Subunternehmer entsprechend den Ausschreibungsunterlagen angeführt wurden.

Sollte die XXXX GmbH das konkret ausführende Unternehmen sein, stellt sich für den AG die Frage, ob XXXX GmbH über die geforderte finanzielle und technische Leistungsfähigkeit besitzt.Sollte die römisch 40 GmbH das konkret ausführende Unternehmen sein, stellt sich für den AG die Frage, ob römisch 40 GmbH über die geforderte finanzielle und technische Leistungsfähigkeit besitzt.

3) Gemäß ANKO Auskunft verfügt die XXXX nicht über den in der Ausschreibung unter D1.2-1.2.2.1 geforderten Mindestumsatz für die Lose 3 und 9. Es ist ein Nachweis über den Mindestumsatz vorzulegen.3) Gemäß ANKO Auskunft verfügt die römisch 40 nicht über den in der Ausschreibung unter D1.2-1.2.2.1 geforderten Mindestumsatz für die Lose 3 und 9. Es ist ein Nachweis über den Mindestumsatz vorzulegen.

4) Es sind Nachweise für die technische Leistungsfähigkeit gemäß D1.2-1.2.2.2 Fahrzeugausstattung für die Lose 3 und 9 vorzulegen. Die dem Angebot beigelegten Nachweise können nicht berücksichtigt werden, da die Unternehmen nicht als Subunternehmer genannt wurden.

5) Es sind Nachweise für die technische Leistungsfähigkeit gemäß D1.2-1.2.2.2 Referenzprojekte für die Lose 3 und 9 vorzulegen.

6) Es sind Nachweise für die technische Leistungsfähigkeit gemäß D1.2-1.2.2.2 Zertifizierung für die Lose 3 und 9 vorzulegen. Diese Nachweise wären auch für die ausführenden, bzw. Subunternehmen vorzulegen.

7) Für das Los 3 ist für die Positionen 11, 15 und 16 eine Detailkalkulation vorzulegen.

8) Für das Los 9 ist für die Positionen 7, 13, 18 und 19 eine Detailkalkulation vorzulegen.

Wir ersuchen Sie, diese Umstände innerhalb der Ihnen gemäß der Vergabeplattform gestellten Frist aufzuklären. Wir weisen Sie darauf hin, dass Ihr Angebot ausgeschieden wird, sofern Sie es unterlassen, innerhalb der Ihnen gestellten Frist die verlangten Aufklärungen zu geben oder Ihre Aufklärung einer nachvollzieh baren Begründung entbehrt."

Das Aufklärungsersuchen wurde seitens der Antragstellerin mit Schreiben vom 18.01.2017 fristgerecht beantwortet (auszugsweise wiedergegeben):

"Zu Ihrer Aufforderung zur Aufklärung vom 12.01.2017 zur Frage der Leistungsfähigkeit der XXXX GmbH (idF: XXXX) erlauben wir uns, darauf hinzuweisen, dass die Bieterin XXXX eine Gesellschaft darstellt, die als Zusammenschluss der Gesellschafter XXXX GmbH, [], XXXX - GmbH, [] mit dem Ziel errichtet wurde, durch Verwendung aller Mittel der Gesellschafter die flächendeckende Entsorgung von Abfällen aller Art Im Bundesgebiet einschließlich der Übernahme des Transports, der Behandlung, der Wiederaufbereitung und Beseitigung von Abfällen und Altstoffen aller Art zu gewährleisten, wobei sich die Gesellschaft bei der Durchführung dieser Tätigkeiten gerade der Mittel der Gesellschafter bedient."Zu Ihrer Aufforderung zur Aufklärung vom 12.01.2017 zur Frage der Leistungsfähigkeit der römisch 40 GmbH in der Fassung, römisch 40) erlauben wir uns, darauf hinzuweisen, dass die Bieterin römisch 40 eine Gesellschaft darstellt, die als Zusammenschluss der Gesellschafter römisch 40 GmbH, [], römisch 40 - GmbH, [] mit dem Ziel errichtet wurde, durch Verwendung aller Mittel der Gesellschafter die flächendeckende Entsorgung von Abfällen aller

Art Im Bundesgebiet einschließlich der Übernahme des Transports, der Behandlung, der Wiederaufbereitung und Beseitigung von Abfällen und Altstoffen aller Art zu gewährleisten, wobei sich die Gesellschaft bei der Durchführung dieser Tätigkeiten gerade der Mittel der Gesellschafter bedient.

Aufgrund der gesellschaftsrechtlichen Konstruktion (die genannten Entsorgungsbetriebe sind als Gesellschafter an der Bieterin beteiligt), liegt bei richtiger vergaberechtlicher Beurteilung durch die Verwendung der Mittel der Gesellschafter kein Rückgriff auf ein verbundenes Unternehmen vor, da die XXXX durch die Mittel Ihrer Gesellschafter selbst agiert. Andererseits stellen auch die Gesellschafter der XXXX keine Subunternehmer dar, da sie sich als Gesellschafter verpflichtet haben, der XXXX ihre Mittel zur Verfügung zu stellen. Aufgrund der gesellschaftsrechtlichen Konstruktion (die genannten Entsorgungsbetriebe sind als Gesellschafter an der Bieterin beteiligt), liegt bei richtiger vergaberechtlicher Beurteilung durch die Verwendung der Mittel der Gesellschafter kein Rückgriff auf ein verbundenes Unternehmen vor, da die römisch 40 durch die Mittel Ihrer Gesellschafter selbst agiert. Andererseits stellen auch die Gesellschafter der römisch 40 keine Subunternehmer dar, da sie sich als Gesellschafter verpflichtet haben, der römisch 40 ihre Mittel zur Verfügung zu stellen.

Vergaberechtlich stellt die XXXX daher nichts anderes als eine Bietergemeinschaft/ARGE dar, die aber einen Schritt weiter gegangen ist und sich ständig vergesellschaftet hat, um sich gerade auch an Vergabeverfahren einfacher beteiligen zu können. Da die XXXX ausschließlich durch Mittel handelt, die ihr durch ihre Gesellschafter zur Verfügung gestellt werden, liegt auch keine Subunternehmerkonstruktion vor. Festzuhalten ist, dass die XXXX über alle Mittel ihrer Gesellschafter verfügt, daher auch ausreichende Verfügungsgewalt über die Ressourcen gegeben ist. Vergaberechtlich stellt die römisch 40 daher nichts anderes als eine Bietergemeinschaft/ARGE dar, die aber einen Schritt weiter gegangen ist und sich ständig vergesellschaftet hat, um sich gerade auch an Vergabeverfahren einfacher beteiligen zu können. Da die römisch 40 ausschließlich durch Mittel handelt, die ihr durch ihre Gesellschafter zur Verfügung gestellt werden, liegt auch keine Subunternehmerkonstruktion vor. Festzuhalten ist, dass die römisch 40 über alle Mittel ihrer Gesellschafter verfügt, daher auch ausreichende Verfügungsgewalt über die Ressourcen gegeben ist.

Analog der rechtlichen Grundlagen zu Bietergemeinschaften/ARGE reicht zum Nachweis der Leistungsfähigkeit der XXXX die Addition der Eignungsnachweise der Gesellschafter aus. Beim Nachweis der Leistungsfähigkeit bleibt es dabei unerheblich, ob die auftragsgemäße Leistung später auch tatsächlich von jenem Mitglied ausgeführt wird, das für einen bestimmten Leistungsteil die Mittel gemäß Angebot zur Verfügung gestellt hat und damit den Nachweis der Leistungsfähigkeit erbracht hat, oder ob dies durch einen anderen Gesellschafter der XXXX erfolgt (vgl. dazu Jäger in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel BVergG2 Rz 24 zu § 76 BVergG). Es genügt daher analog zu den Regelungen zur BIEGE/ARGE, dass die erforderliche Leistungsfähigkeit zumindest bei einem Mitglied, dh Gesellschafter der GmbH, vorliegt. Einzige Voraussetzung dafür ist, dass die XXXX über eine ausreichende Verfügungsgewalt über die Ressourcen verfügt, was bereits durch die zugrundeliegenden Rahmenentsorgungsverträge und den Gesellschaftsvertrag sowie eine eigens für das vorliegende Verfahren abgeschlossene Zurverfügungstellungserklärung hinreichend nachgewiesen ist (vgl. dazu aaO Rz 28 zu § 76 mit weiteren Nachweisen). Analog der rechtlichen Grundlagen zu Bietergemeinschaften/ARGE reicht zum Nachweis der Leistungsfähigkeit der römisch 40 die Addition der Eignungsnachweise der Gesellschafter aus. Beim Nachweis der Leistungsfähigkeit bleibt es dabei unerheblich, ob die auftragsgemäße Leistung später auch tatsächlich von jenem Mitglied ausgeführt wird, das für einen bestimmten Leistungsteil die Mittel gemäß Angebot zur Verfügung gestellt hat und damit den Nachweis der Leistungsfähigkeit erbracht hat, oder ob dies durch einen anderen Gesellschafter der römisch 40 erfolgt vergleiche dazu Jäger in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel BVergG2 Rz 24 zu Paragraph 76, BVergG). Es genügt daher analog zu den Regelungen zur BIEGE/ARGE, dass die erforderliche Leistungsfähigkeit zumindest bei einem Mitglied, dh Gesellschafter der GmbH, vorliegt. Einzige Voraussetzung dafür ist, dass die römisch 40 über eine ausreichende Verfügungsgewalt über die Ressourcen verfügt, was bereits durch die zugrundeliegenden Rahmenentsorgungsverträge und den Gesellschaftsvertrag sowie eine eigens für das vorliegende Verfahren abgeschlossene Zurverfügungstellungserklärung hinreichend nachgewiesen ist vergleiche dazu aaO Rz 28 zu Paragraph 76, mit weiteren Nachweisen).

Dies vorausgesetzt können die Fragen vom 12.01.2017 wie folgt beantwortet werden:

1. Bei richtiger rechtlicher Betrachtung sind die ausführenden Unternehmen weder verbundene Unternehmen noch Subunternehmer, sondern wird der Auftrag durch die Bieterin XXXX als vergesellschaftete Bietergemeinschaft in der Form einer GmbH durchgeführt. Die XXXX kann über alle Mittel der einschreitenden Gesellschafter verfügen, sodass

die Bieterin XXXX auch selbst ausführendes Unternehmen (unter Heranziehung der Mittel der Gesellschafter) in den Losen 3 und 9 ist.1. Bei richtiger rechtlicher Betrachtung sind die ausführenden Unternehmen weder verbundene Unternehmen noch Subunternehmer, sondern wird der Auftrag durch die Bieterin römisch 40 als vergesellschaftete Bietergemeinschaft in der Form einer GmbH durchgeführt. Die römisch 40 kann über alle Mittel der einschreitenden Gesellschafter verfügen, sodass die Bieterin römisch 40 auch selbst ausführendes Unternehmen (unter Heranziehung der Mittel der Gesellschafter) in den Losen 3 und 9 ist.

Nur so kann vorliegend auch den Vorgaben der AU gem Pkt 1.2.1 (Beschränkung einer BIEGE auf 2 Mitglieder) entsprochen werden, da eine Bietergemeinschaft als bloße ARGE aller Gesellschafter nicht zulässig wäre. Um die genannte Bestimmung vergabegemäß (unter Aufrechterhaltung ausreichenden Wettbewerbs) zu interpretieren, war daher nur das Anbieten mit der XXXX als "zentrale Beschaffungsstelle" auf Bieterseite möglich. Nur so kann vorliegend auch den Vorgaben der AU gem Pkt 1.2.1 (Beschränkung einer BIEGE auf 2 Mitglieder) entsprochen werden, da eine Bietergemeinschaft als bloße ARGE aller Gesellschafter nicht zulässig wäre. Um die genannte Bestimmung vergabegemäß (unter Aufrechterhaltung ausreichenden Wettbewerbs) zu interpretieren, war daher nur das Anbieten mit der römisch 40 als "zentrale Beschaffungsstelle" auf Bieterseite möglich.

2. XXXX ist das ausführende Unternehmen 2. römisch 40 ist das ausführende Unternehmen.

3. Der erforderliche Mindestumsatz ergibt sich in Folge der Zuverfügungstellung der Mittel der Gesellschafter aus der Summe des Umsatzes der Gesellschafter, die alle Mittel zur Verfügung stellen. Dazu wird auf die Beilagen hingewiesen.

4. Die Nachweise für die technische Leistungsfähigkeit gemäß D.1.2-1,2.2.2 Fahrzeugausstattung zu Los 3 und 9 wurden bereits dem Angebot beigelegt und müssen deshalb berücksichtigt werden, da sie Mittel der Gesellschafter der Bieterin sind, die der Bieterin für die Auftragserfüllung zur Verfügung gestellt werden. Auch die Nachweise für die technische Leistungsfähigkeit gemäß D.1.2-1.2.2.2 Referenzprojekte für die Lose 3 und 9 ist auf die Mittel der Gesellschafter zurückzugreifen, da diese der Bieterin zur Verfügung gestellt werden. Dazu wird auf die Beilagen hingewiesen.

5. Auch die Nachweise für die technische Leistungsfähigkeit gemäß D.1.2-1.2.2.2 Zertifizierung für die Lose 3 und 9 ist auf die Mittel der Gesellschafter zurückzugreifen, da diese der Bieterin zur Verfügung gestellt werden. Dazu wird auf die Beilagen hingewiesen. [

]

Der Aufklärung wurden der Gesellschaftsvertrag der Antragstellerin, die Rahmenentsorgungsverträge der Antragstellerin mit der XXXX GmbH einerseits und der XXXX-GmbH andererseits sowie die Verpflichtungserklärung vom 25.11.2016 beigelegt. Weiters wurden ua die Formblätter 3 (Wirtschaftliche Leistungsfähigkeit – Gesamtjahresumsatz) und 4 (Technische Leistungsfähigkeit – Referenzprojekte) für die XXXX GmbH und eine Bestätigung über die Gesamtumsatzerlöse sowie Referenzbestätigungen für die XXXX-GmbH übermittelt. Der Aufklärung wurden der Gesellschaftsvertrag der Antragstellerin, die Rahmenentsorgungsverträge der Antragstellerin mit der römisch 40 GmbH einerseits und der XXXX-GmbH andererseits sowie die Verpflichtungserklärung vom 25.11.2016 beigelegt. Weiters wurden ua die Formblätter 3 (Wirtschaftliche Leistungsfähigkeit – Gesamtjahresumsatz) und 4 (Technische Leistungsfähigkeit – Referenzprojekte) für die römisch 40 GmbH und eine Bestätigung über die Gesamtumsatzerlöse sowie Referenzbestätigungen für die XXXX-GmbH übermittelt.

Mit E-Mail vom 16.02.2017 wurde der Antragstellerin das Ausscheiden ihrer Angebote für sämtliche neun Lose bekannt gegeben:

"Begründung über das Ausscheiden von Angeboten gemäß § 129 Abs. 3 BVergG 2006" Begründung über das Ausscheiden von Angeboten gemäß Paragraph 129, Absatz 3, BVergG 2006

Sehr geehrte Damen und Herren,

wir nehmen Bezug auf das oben angeführte Vergabeverfahren und bedanken uns zunächst für Ihre Angebotslegung. Wir bedauern, Ihnen mitteilen zu müssen, dass vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung Ihr Angebot gemäß § 129 BVergG 2006 auszuscheiden war. Wir nehmen Bezug auf das oben angeführte Vergabeverfahren und bedanken uns zunächst für Ihre Angebotslegung. Wir bedauern, Ihnen mitteilen zu müssen, dass vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung Ihr Angebot gemäß Paragraph 129, BVergG 2006 auszuscheiden war.

Nach erfolgter Prüfung war Ihr Angebot für Los 1, Los 2, Los 3, Los 4, Los 5, Los 6, Los 7, Los 8 und Los 9 aus folgendem Grund auszuschneiden:

Sie wurden am 12.01.2017 aufgefordert, zur Frage des konkret ausführenden Unternehmens bzw der fehlenden Nennung von Subunternehmern Stellung zu nehmen. Zudem wurde angezweifelt, ob die finanzielle und technische Leistungsfähigkeit der XXXX GmbH gegeben ist. Sie wurden am 12.01.2017 aufgefordert, zur Frage des konkret ausführenden Unternehmens bzw der fehlenden Nennung von Subunternehmern Stellung zu nehmen. Zudem wurde angezweifelt, ob die finanzielle und technische Leistungsfähigkeit der römisch 40 GmbH gegeben ist.

Sie haben dazu am 20.01.2017 Stellung genommen und im Wesentlichen ausgeführt, dass die Bieterin XXXX GmbH im jeweiligen Los das ausführende Unternehmen ist. Konkret geben sie an, dass die XXXX GmbH als „vergesellschaftete Bietergemeinschaft“ in Form einer GmbH den Auftrag durchführen wird. Weiters geben sie an, dass aufgrund der gesellschaftsrechtlichen Konstruktion - die jeweiligen Entsorgungsbetriebe sind als Gesellschafter an der Bieterin beteiligt - kein Rückgriff auf ein verbundenes Unternehmen stattfindet bzw die einzelnen Gesellschafter auch nicht als Subunternehmer zu nennen sind. Zudem führen sie aus, dass analog zu den Bestimmungen zu den Bietergemeinschaften die XXXX GmbH über die Mittel ihrer Gesellschafter verfügen kann. Aus diesem Grund ist auch die finanzielle und technische Leistungsfähigkeit der XXXX GmbH gegeben. Sie haben dazu am 20.01.2017 Stellung genommen und im Wesentlichen ausgeführt, dass die Bieterin römisch 40 GmbH im jeweiligen Los das ausführende Unternehmen ist. Konkret geben sie an, dass die römisch 40 GmbH als „vergesellschaftete Bietergemeinschaft“ in Form einer GmbH den Auftrag durchführen wird. Weiters geben sie an, dass aufgrund der gesellschaftsrechtlichen Konstruktion - die jeweiligen Entsorgungsbetriebe sind als Gesellschafter an der Bieterin beteiligt - kein Rückgriff auf ein verbundenes Unternehmen stattfindet bzw die einzelnen Gesellschafter auch nicht als Subunternehmer zu nennen sind. Zudem führen sie aus, dass analog zu den Bestimmungen zu den Bietergemeinschaften die römisch 40 GmbH über die Mittel ihrer Gesellschafter verfügen kann. Aus diesem Grund ist auch die finanzielle und technische Leistungsfähigkeit der römisch 40 GmbH gegeben.

Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass der Begriff "vergesellschaftete Bietergemeinschaft" dem BVergG unbekannt ist. Ein Rückgriff der XXXX GmbH (als eigenständige juristische Person) auf die Mittel der eigenen Gesellschafter (als eigenständige juristische Personen) ist aufgrund der Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen bzw dem BVergG nur in der Form möglich, dass die Gesellschafter als Subunternehmer genannt werden. Bzw war bereits im Angebot anzugeben, auf welches dritte Unternehmen (mit Vorlage von einschlägigen Verpflichtungserklärungen) sich die XXXX GmbH bei der Ausführung des Auftrags stützen wird. Eine derartige Nennung (von zB Subunternehmern) hat die XXXX GmbH aber unterlassen. Aus diesem Grund, ist daher aus vergaberechtlicher Sicht, ein Rückgriff auf die Mittel der Gesellschafter nicht möglich. In weiterer Folge hat daher die XXXX GmbH die geforderte finanzielle und technische Leistungsfähigkeit nicht nachgewiesen. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass der Begriff "vergesellschaftete Bietergemeinschaft" dem BVergG unbekannt ist. Ein Rückgriff der römisch 40 GmbH (als eigenständige juristische Person) auf die Mittel der eigenen Gesellschafter (als eigenständige juristische Personen) ist aufgrund der Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen bzw dem BVergG nur in der Form möglich, dass die Gesellschafter als Subunternehmer genannt werden. Bzw war bereits im Angebot anzugeben, auf welches dritte Unternehmen (mit Vorlage von einschlägigen Verpflichtungserklärungen) sich die römisch 40 GmbH bei der Ausführung des Auftrags stützen wird. Eine derartige Nennung (von zB Subunternehmern) hat die römisch 40 GmbH aber unterlassen. Aus diesem Grund, ist daher aus vergaberechtlicher Sicht, ein Rückgriff auf die Mittel der Gesellschafter nicht möglich. In weiterer Folge hat daher die römisch 40 GmbH die geforderte finanzielle und technische Leistungsfähigkeit nicht nachgewiesen.

Für das Los 3 gilt weiter: Nur der vollständigkeitshalber sei erwähnt, dass es sich bei der Fa. XXXX um kein im Sinne der Ausschreibung geeignetes Unternehmen handelt, nachdem die Fa. XXXX über kein EFB Zertifikat verfügt (siehe Pkt. 1.2.2.2 „Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit -Zertifizierungen) und ein solches von dem ausführenden Unternehmen zwingend nachzuweisen war. Für das Los 3 gilt weiter: Nur der vollständigkeitshalber sei erwähnt, dass es sich bei der Fa. römisch 40 um kein im Sinne der Ausschreibung geeignetes Unternehmen handelt, nachdem die Fa. römisch 40 über kein EFB Zertifikat verfügt (siehe Pkt. 1.2.2.2 „Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit -Zertifizierungen) und ein solches von dem ausführenden Unternehmen zwingend nachzuweisen war.

Aufgrund der obigen Tatsache war daher Ihr Angebot in Los 1, Los 2, Los 3, Los 4, Los 5, Los 6, Los 7, Los 8 und Los 9 iSd § 129 Abs 1 Z 2 und Abs 2 BVergG leider auszuschneiden. Aufgrund der obigen Tatsache war daher Ihr Angebot in

Los 1, Los 2, Los 3, Los 4, Los 5, Los 6, Los 7, Los 8 und Los 9 iSd Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2 und Absatz 2, BVergG leider auszuschneiden."

Am 24.02.2017 brachte die Antragstellerin die gegenständlichen Anträge auf Nichtigerklärung der Entscheidungen, ihre Angebote für die Lose 3 und 9 auszuschneiden, beim Bundesverwaltungsgericht ein. Am 03.03.2017 wies das Bundesverwaltungsgericht zur Zahl W139 2148441-1/2E die Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ab.

Es wurde weder eine Entscheidung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung (betreffend die verfahrensgegenständlichen Lose) abgeschlossen werden soll, bekanntgegeben, eine Rahmenvereinbarung (betreffend die verfahrensgegenständlichen Lose) abgeschlossen bzw der Zuschlag erteilt noch wurde eine Widerrufsentscheidung bekanntgegeben oder der Widerruf erklärt.

II.2. Beweiswürdigung:römisch zwei.2. Beweiswürdigung:

Der Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den eingangs (unter II.1.) angeführten Beweismitteln. Bei der Beweiswürdigung haben sich gegen die Echtheit und Richtigkeit der vorliegenden Unterlagen des Vergabeverfahrens sowie des von der Antragstellerin vorgelegten Gesellschaftsvertrages, der Rahmenentsorgungsverträge (abgeschlossen zwischen der Antragstellerin und der XXXX vom 25.11.2016 keine Bedenken ergeben. Die Feststellungen finden Deckung in den von den Verfahrensparteien eingebrachten Schriftsätzen und den Vergabeunterlagen. Der Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den eingangs (unter römisch zwei.1.) angeführten Beweismitteln. Bei der Beweiswürdigung haben sich gegen die Echtheit und Richtigkeit der vorliegenden Unterlagen des Vergabeverfahrens sowie des von der Antragstellerin vorgelegten Gesellschaftsvertrages, der Rahmenentsorgungsverträge (abgeschlossen zwischen der Antragstellerin und der römisch 40 vom 25.11.2016 keine Bedenken ergeben. Die Feststellungen finden Deckung in den von den Verfahrensparteien eingebrachten Schriftsätzen und den Vergabeunterlagen.

II.3. Rechtliche Beurteilung:römisch zwei.3. Rechtliche Beurteilung:

Gemäß Art 135 Abs 1 B-VG iVm§ 2 VwGVG und§ 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gemäß § 292 Abs 1 BVergG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in den Angelegenheiten des § 291, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, die Entscheidung über den Gebührenersatz gemäß § 319 Abs 3 oder die Entscheidung über einen Verfahrenseinstellung nach Zurückziehung eines Nachprüfungsantrages handelt, in Senaten. Gegenständlich liegt somit Senatszuständigkeit vor. Gemäß Artikel 135, Absatz eins, B-VG in Verbindung mit Paragraph 2, VwGVG und Paragraph 6, BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gemäß Paragraph 292, Absatz eins, BVergG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in den Angelegenheiten des Paragraph 291,, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, die Entscheidung über den Gebührenersatz gemäß Paragraph 319, Absatz 3, oder die Entscheidung über einen Verfahrenseinstellung nach Zurückziehung eines Nachprüfungsantrages handelt, in Senaten. Gegenständlich liegt somit Senatszuständigkeit vor.

Zu A)

II.3.1. Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts und Zulässigkeit des Antragesrömisch zwei.3.1. Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts und Zulässigkeit des Antrages

Auftraggeberin im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG). Sie ist öffentliche Auftraggeberin gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (stRspr, zB BVwG 23.09.2014, W187 2009108-1/19E). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich gemäß § 6 BVergG um einen Dienstleistungsauftrag (CPV-Code 90511300-5, Müllsammlung). Der geschätzte Auftragswert (betreffend sämtliche neun Lose wie auch betreffend die verfahrensgegenständlichen Lose 3 und 9) liegt über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 2 BVergG, sodass es sich um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich handelt. Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG). Sie ist öffentliche Auftraggeberin gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG (stRspr, zB BVwG 23.09.2014, W187 2009108-1/19E). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich gemäß Paragraph 6, BVergG um einen Dienstleistungsauftrag (CPV-Code 90511300-5, Müllsammlung). Der geschätzte Auftragswert (betreffend sämtliche

neun Lose wie auch betreffend die verfahrensgegenständlichen Lose 3 und 9) liegt über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG, sodass es sich um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich handelt.

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

Da darüber hinaus laut Stellungnahme der Auftraggeberin das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag (betreffend die hier verfahrensgegenständlichen Lose 3 und 9) noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht damit gemäß § 312 Abs 2 BVergG zur Nichtigklärung rechtswidriger Entscheidungen eines Auftraggebers zuständig. Da darüber hinaus laut Stellungnahme der Auftraggeberin das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag (betreffend die hier verfahrensgegenständlichen Lose 3 und 9) noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht damit gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG zur Nichtigklärung rechtswidriger Entscheidungen eines Auftraggebers zuständig.

Mit Schriftsatz vom 24.02.2017 stellte die Antragstellerin die unter Spruchpunkt A) wiedergegebenen Nachprüfungsanträge. Diese genügen den formalen Voraussetzungen nach § 322 Abs 1 BVergG. Ein Grund für die Unzulässigkeit des Antrages nach § 322 Abs 2 BVergG liegt vorliegend nicht vor. Die Anträge wurden innerhalb der Anfechtungsfrist gemäß § 321 Abs 1 BVergG eingebracht. Die Pauschalgebühr wurde in entsprechender Höhe entrichtet (§ 318 Abs 1 Z 1, 5 und 6 BVergG iVm § 1 BVwG-PauschGebV Vergabe). Die Nachprüfungsanträge richten sich gegen die der Antragstellerin per E-Mail am 16.02.2017 mitgeteilten Ausscheidensentscheidungen betreffend das Los 3 einerseits und das Los 9 andererseits. Beim Ausscheiden eines Angebotes handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit a sublit ii BVergG. In einem derartigen Fall bildet die Hauptfrage des Vergabenachprüfungsverfahrens - wie dies der VwGH in ständiger Rechtsprechung erkennt - allein die Frage, ob die Antragstellerin von der Auftraggeberin zu Recht ausgeschieden worden ist, sohin ob die Antragstellerin im gegenständlichen Vergabeverfahren einen Ausscheidenstatbestand gemäß § 129 BVergG verwirklicht hat oder nicht (ua VwGH 25.03.2014, Ra 2014/04/0001). Ob allenfalls andere Bieter auch einen Ausscheidenstatbestand verwirklicht haben bzw weshalb in vorangehenden Vergabeverfahren die Angebote der Antragstellerin nicht ausgeschieden wurden, ist demnach nicht Gegenstand dieses Vergabekontrollverfahrens. Mit Schriftsatz vom 24.02.2017 stellte die Antragstellerin die unter Spruchpunkt A) wiedergegebenen Nachprüfungsanträge. Diese genügen den formalen Voraussetzungen nach Paragraph 322, Absatz eins, BVergG. Ein Grund für die Unzulässigkeit des Antrages nach Paragraph 322, Absatz 2, BVergG liegt vorliegend nicht vor. Die Anträge wurden innerhalb der Anfechtungsfrist gemäß Paragraph 321, Absatz eins, BVergG eingebracht. Die Pauschalgebühr wurde in entsprechender Höhe entrichtet (Paragraph 318, Absatz eins, Ziffer eins, 5 und 6 BVergG in Verbindung mit Paragraph eins, BVwG-PauschGebV Vergabe). Die Nachprüfungsanträge richten sich gegen die der Antragstellerin per E-Mail am 16.02.2017 mitgeteilten Ausscheidensentscheidungen betreffend das Los 3 einerseits und das Los 9 andererseits. Beim Ausscheiden eines Angebotes handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, i, i, BVergG. In einem derartigen Fall bildet die Hauptfrage des Vergabenachprüfungsverfahrens - wie dies der VwGH in ständiger Rechtsprechung erkennt - allein die Frage, ob die Antragstellerin von der Auftraggeberin zu Recht ausgeschieden worden ist, sohin ob die Antragstellerin im gegenständlichen Vergabeverfahren einen Ausscheidenstatbestand gemäß Paragraph 129, BVergG verwirklicht hat oder nicht (ua VwGH 25.03.2014, Ra 2014/04/0001). Ob allenfalls andere Bieter auch einen Ausscheidenstatbestand verwirklicht haben bzw weshalb in vorangehenden Vergabeverfahren die Angebote der Antragstellerin nicht ausgeschieden wurden, ist demnach nicht Gegenstand dieses Vergabekontrollverfahrens.

Die Antragstellerin stellte ihr Interesse am Vertragsabschluss und den ihr durch den Verlust der Chance auf Abschluss der gegenständlichen Rahmenvereinbarung und der darauf beruhenden Auftragsvergabe entstandenen bzw drohenden Schaden iSd § 320 Abs 1 BVergG plausibel dar, sodass die Antragslegitimation der Antragstellerin gegeben ist. Die Antragstellerin stellte ihr Interesse am Vertragsabschluss und den ihr durch den Verlust der Chance auf

Abschluss der gegenständlichen Rahmenvereinbarung und der darauf beruhenden Auftragsvergabe entstandenen bzw drohenden Schaden iSd Paragraph 320, Absatz eins, BVergG plausibel dar, sodass die Antragslegitimation der Antragstellerin gegeben ist.

II.3.2. Inhaltliche Beurteilung der Anträge

3.2.1. Der Antragstellerin wurde mit E-Mail das Ausscheiden ihrer Angebote gemäß § 129 Abs 1 Z 2 und Abs 2 BVergG betreffend das Los 3 (Raum XXXX) und das Los 9 (Raum XXXX) mitgeteilt. Dagegen richten sich die gegenständlichen Nachprüfungsanträge. Als Begründung für das Ausscheiden führte die Auftraggeberin im Wesentlichen aus, dass ein Rückgriff auf die Mittel der eigenen Gesellschafter aufgrund der Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen bzw dem BVergG nur in der Form möglich sei, dass die Gesellschafter als Subunternehmer genannt werden. Dies habe die Antragstellerin allerdings nicht getan, weshalb es der Antragstellerin nicht gelungen sei, die geforderte finanzielle und technische Leistungsfähigkeit nachzuweisen. Überdies verfüge die XXXX-GmbH über kein EFB Zertifikat. Ein solches sei von dem ausführenden Unternehmen zwingend nachzuweisen gewesen.

3.2.1. Der Antragstellerin wurde mit E-Mail das Ausscheiden ihrer Angebote gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2 und Absatz 2, BVergG betreffend das Los 3 (Raum römisch 40) und das Los 9 (Raum römisch 40) mitgeteilt. Dagegen richten sich die gegenständlichen Nachprüfungsanträge. Als Begründung für das Ausscheiden führte die Auftraggeberin im Wesentlichen aus, dass ein Rückgriff auf die Mittel der eigenen Gesellschafter aufgrund der Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen bzw dem BVergG nur in der Form möglich sei, dass die Gesellschafter als Subunternehmer genannt werden. Dies habe die Antragstellerin allerdings nicht getan, weshalb es der Antragstellerin nicht gelungen sei, die geforderte finanzielle und technische Leistungsfähigkeit nachzuweisen. Überdies verfüge die XXXX-GmbH über kein EFB Zertifikat. Ein solches sei von dem ausführenden Unternehmen zwingend nachzuweisen gewesen.

3.2.2. Die maßgeblichen Bestimmungen des BVergG lauten auszugsweise:

Begriffsbestimmungen

§ 2. Im Geltungsbereich dieses Bundesgesetzes sind folgende Begriffsbestimmungen maßgebend

1. 7. Arbeitsgemeinschaft ist ein Zusammenschluss mehrerer Unternehmer, die sich unbeschadet der sonstigen Bestimmungen des zwischen ihnen bestehenden Innenverhältnisses dem Auftraggeber gegenüber solidarisch zur vertragsgemäßen Erbringung einer Leistung auf dem Gebiet gleicher oder verschiedener Fachrichtungen verpflichten.

8. 9. Auftragnehmer ist jeder Unternehmer, mit dem vertraglich vereinbart wird, dem Auftraggeber eine Leistung gegen Entgelt zu erbringen.

10. 13. Bieter ist ein Unternehmer oder ein Zusammenschluss von Unternehmern, der ein Angebot eingereicht hat.

14. Bietergemeinschaft ist ein Zusammenschluss mehrerer Unternehmer zum Zweck des Einreichens eines gemeinsamen Angebotes, das Leistungen auf dem Gebiet gleicher oder verschiedener Fachrichtungen zum Inhalt haben kann.

15. 33a. Subunternehmer ist ein Unternehmer, der Teile des an den Auftragnehmer erteilten Auftrages ausführt. Die bloße Lieferung von handelsüblichen Waren oder Bestandteilen, die zur Erbringung einer Leistung erforderlich sind, ist keine Subunternehmerleistung.

34. 37. Unternehmer sind Rechtsträger wie natürliche oder juristische Personen, öffentliche Einrichtungen oder Zusammenschlüsse dieser Personen und/oder Einrichtungen, eingetragene Personengesellschaften oder Arbeits- und Bietergemeinschaften, die auf dem Markt die Ausführung von Bauleistungen, die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen anbieten.

38. 40. Verbundenes Unternehmen ist jedes Unternehmen, dessen Jahresabschluss gemäß § 228 des Unternehmensgesetzbuches, dRGL. S 219/1897, mit demjenigen des Auftraggebers, Konzessionärs, Bewerbers oder Bieters konsolidiert ist; im Fall von Auftraggebern, Konzessionären, Bewerbern oder Bietern, die nicht unter diese Bestimmung fallen, sind verbundene Unternehmen diejenigen, auf die der Auftraggeber, Konzessionär, Bewerber oder Bieter unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben kann oder die einen beherrschenden Einfluss auf den Auftraggeber, Konzessionär, Bewerber oder Bieter ausüben können oder die ebenso wie der Auftraggeber, Konzessionär, Bewerber oder Bieter dem beherrschenden Einfluss eines anderen Unternehmens

unterliegen, sei es auf Grund der Eigentumsverhältnisse, der finanziellen Beteiligung oder der für das Unternehmen geltenden sonstigen Vorschriften. Ein beherrschender Einfluss ist zu vermuten, wenn ein Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Mehrheit des gezeichneten Kapitals eines anderen Unternehmens besitzt oder über die Mehrheit der mit den Anteilen eines anderen Unternehmens verbundenen Stimmrechte verfügt oder mehr als die Hälfte der Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans eines anderen Unternehmens bestellen kann.³⁸ 40. Verbundenes Unternehmen ist jedes Unternehmen, dessen Jahresabschluss gemäß Paragraph 228, des Unternehmensgesetzbuches, dRGBL. S 219 aus 1897,, mit demjenigen des Auftraggebers, Konzessionärs, Bewerbers oder Bieters konsolidiert ist; im Fall von Auftraggebern, Konzessionären, Bewerbern oder Bieter, die nicht unter diese Bestimmung fallen, sind verbundene Unternehmen diejenigen, auf die der Auftraggeber, Konzessionär, Bewerber oder Bieter unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben kann oder die einen beherrschenden Einfluss auf den Auftraggeber, Konzessionär, Bewerber oder Bieter ausüben können oder die ebenso wie der Auftraggeber, Konzessionär, Bewerber oder Bieter dem beherrschenden Einfluss eines anderen Unternehmens unterliegen, sei es auf Grund der Eigentumsverhältnisse, der finanziellen Beteiligung oder der für das Unternehmen geltenden sonstigen Vorschriften. Ein beherrschender Einfluss ist zu vermuten, wenn ein Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Mehrheit des gezeichneten Kapitals eines anderen Unternehmens besitzt oder über die Mehrheit der mit den Anteilen eines anderen Unternehmens verbundenen Stimmrechte verfügt oder mehr als die Hälfte der Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans eines anderen Unternehmens bestellen kann.

50. Grundsätze des Vergabeverfahrens

§ 19. (1) Vergabeverfahren sind nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.Paragraph 19, (1) Vergabeverfahren sind nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

Allgemeine Bestimmungen über Bewerber und Bieter

§ 20. (1) (2) Arbeitsgemeinschaften und Bietergemeinschaften können Angebote oder Teilnahmeanträge einreichen, sofern nicht in der Ausschreibung aus sachlichen Gründen die Teilnahme oder die Bildung von Arbeits- oder Bietergemeinschaften für unzulässig erklärt wurde. Der Auftraggeber kann ferner in der Ausschreibung aus sachlichen Gründen eine allfällige Beschränkung der Mitgliederanzahl oder der Zusammensetzung von Arbeits- oder Bietergemeinschaften vorsehen. Der Auftraggeber kann Arbeits- oder Bietergemeinschaften nicht verpflichten, zwecks Einreichens eines Angebotes oder eines Teilnahmeantrages eine bestimmte Rechtsform anzunehmen. Der Auftraggeber kann jedoch von einer Arbeits- oder Bietergemeinschaft verlangen, dass sie eine bestimmte Rechtsform annimmt, wenn ihr der Zuschlag erteilt worden ist, sofern dies für die ordnungsgemäße Durchführung des Auftrages erforderlich ist. Arbeitsgemeinschaften und Bietergemeinschaften sind als solche parteifähig zur Geltendmachung der ihnen durch dieses Bundesgesetz eingeräumten Rechte. Beim nicht offenen Verfahren und beim Verhandlungsverfahren haben die aufgeforderten Bewerber dem Auftraggeber die Bildung einer Bieter- oder Arbeitsgemeinschaft vor Ablauf der halben Angebotsfrist mitzuteilen. Im Auftragsfall schulden Bietergemeinschaften als Arbeitsgemeinschaften dem Auftraggeber die solidarische Leistungserbringung.Paragraph 20, (1) (2) Arbeitsgemeinschaften und Bietergemeinschaften können Angebote oder Teilnahmeanträge einreichen, sofern nicht in der Ausschreibung aus sachlichen Gründen die Teilnahme oder die Bildung von Arbeits- oder Bietergemeinschaften für unzulässig erklärt wurde. Der Auftraggeber kann ferner in der Ausschreibung aus sachlichen Gründen eine allfällige Beschränkung der Mitgliederanzahl oder der Zusammensetzung von Arbeits- oder Bietergemeinschaften vorsehen. Der Auftraggeber kann Arbeits- oder Bietergemeinschaften nicht verpflichten, zwecks Einreichens eines Angebotes oder eines Teilnahmeantrages eine bestimmte Rechtsform anzunehmen. Der Auftraggeber kann jedoch von einer Arbeits- oder Bietergemeinschaft verlangen, dass sie eine bestimmte Rechtsform annimmt, wenn ihr der Zuschlag erteilt worden ist, sofern dies für die ordnungsgemäße Durchführung des Auftrages erforderlich ist. Arbeitsgemeinschaften und Bietergemeinschaften sind als solche parteifähig zur Geltendmachung der ihnen durch dieses Bundesgesetz eingeräumten Rechte. Beim nicht offenen Verfahren und beim Verhandlungsverfahren haben die

aufgeforderten Bewerber dem Auftraggeber die Bildung einer Bieter- oder Arbeitsgemeinschaft vor Ablauf der halben Angebotsfrist mitzuteilen. Im Auftragsfall schulden Bietergemeinschaften als Arbeitsgemeinschaften dem Auftraggeber die solidarische Leistungserbringung.

(5) Abschluss von Rahmenvereinbarungen und Vergabe von Aufträgen

auf Grund einer Rahmenvereinbarung

§ 32. Aufträge können auf Grund einer Rahmenvereinbarung vergeben werden, sofern die Rahmenvereinbarung nach Durchführung eines offenen Verfahrens, eines nicht offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung oder eines Verhandlungsverfahrens gemäß den §§ 28 bis 30 abgeschlossen wurde. Paragraph 32, Aufträge können auf Grund einer Rahmenvereinbarung vergeben werden, sofern die Rahmenvereinbarung nach Durchführung eines offenen Verfahrens, eines nicht offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung oder eines Verhandlungsverfahrens gemäß den Paragraphen 28 bis 30 abgeschlossen wurde.

Zeitpunkt des Vorliegens der Eignung

§ 69. Unbeschadet der Regelung des § 20 Abs. 1 muss die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit spätestens Paragraph 69, Unbeschadet der Regelung des Paragraph 20, Absatz eins, muss die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit spätestens

1. beim offenen Verfahren zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung,

8. vorliegen.

Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit

§ 74. (1) Als Nachweis für die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit gemäß § 70 Abs. 1 Z 3 kann der Auftraggeber insbesondere verlangen: Paragraph 74, (1) Als Nachweis für die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit gemäß Paragraph 70, Absatz eins, Ziffer 3, kann der Auftraggeber insbesondere verlangen:

1. eine entsprechende Bankerklärung (Bonitätsauskunft),

2. einen Nachweis einer entsprechenden Berufshaftpflichtversicherung,

3. die Vorlage von Bilanzen oder Bilanzauszügen, sofern deren Offenlegung im Herkunftsland des Unternehmers gesetzlich vorgeschrieben ist,

4. eine Erklärung über die solidarische Haftung 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, höchstens für die letzten drei Geschäftsjahre oder für einen kürzeren Tätigkeitszeitraum, falls das Unternehmen noch nicht so lange besteht.

(2) Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit

§ 75. (1) Als Nachweis für die technische Leistungsfähigkeit gemäß § 70 Abs. 1 Z 4 kann der Auftraggeber je nach Art, Menge oder Umfang und Verwendungszweck der zu liefernden Waren, der zu erbringenden Bau- oder Dienstleistungen die in Abs. 5 bis 7 angeführten Nachweise verlangen. Andere als die in den Abs. 5 bis 7 angeführten Nachweise darf der Auftraggeber nicht verlangen. Paragraph 75, (1) Als Nachweis für die technische Leistungsfähigkeit gemäß Paragraph 70, Absatz eins, Ziffer 4, kann der Auftraggeber je nach Art, Menge oder Umfang und Verwendungszweck der zu liefernden Waren, der zu erbringenden Bau- oder Dienstleistungen die in Absatz 5 bis 7 angeführten Nachweise verlangen. Andere als die in den Absatz 5 bis 7 angeführten Nachweise darf der Auftraggeber nicht verlangen.

(2) Verlangt der Auftraggeber einen Nachweis über erbrachte Leistungen (Referenzen), ist er, wenn der Leistungsempfänger ein öffentlicher Auftraggeber war, in Form einer vom öffentlichen Auftraggeber ausgestellten oder beglaubigten Bescheinigung beizubringen, die der Leistungsempfänger dem öffentlichen Auftraggeber auch direkt zuleiten kann. Ist der Leistungsempfänger ein privater Auftraggeber gewesen, ist der Nachweis über erbrachte Leistungen (Referenzen) in Form einer vom Leistungsempfänger ausgestellten Bescheinigung oder, falls eine derartige Bescheinigung nicht erhältlich ist, durch eine einfache Erklärung des Unternehmers zu erbringen.

(3) Nachweise über erbrachte Leistungen (Referenzen) müssen jedenfalls folgende Angaben enthalten:

1. Name und Sitz des Leistungsempfängers sowie Name der Auskunftsperson;
2. Wert der Leistung;
3. Zeit und Ort der Leistungserbringung;
4. Angabe, ob die Leistung fachgerecht und ordnungsgemäß ausgeführt wurde.

(4) Werden Nachweise über Leistungen vorgelegt, die der Unternehmer in Arbeitsgemeinschaften erbracht hat, ist der vom Unternehmer erbrachte Anteil an der Leistungserbringung anzugeben.

(5) (7) Als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit können bei Dienstleistungsaufträgen verlangt werden:

1. eine Liste der wesentlichen in den letzten drei Jahren erbrachten Dienstleistungen;
2. eine Beschreibung der technischen Ausrüstung, der Maßnahmen des Unternehmers zur Qualitätssicherung und der Untersuchungs- und Forschungsmöglichkeiten des Unternehmers;
3. Angaben über die technischen Fachkräfte oder die technischen Stellen, unabhängig davon, ob diese dem Unternehmen angeschlossen sind oder nicht, und zwar insbesondere über diejenigen, die mit der Qualitätskontrolle beauftragt sind;
4. bei Dienstleistungen komplexer Art oder bei Dienstleistungen, die ausnahmsweise einem besonderen Zweck dienen sollen, eine Kontrolle, die vom Auftraggeber oder in dessen Namen von einer zuständigen amtlichen Stelle im Herkunftsland des Unternehmers durchgeführt wird. Diese Kontrolle betrifft die technische Leistungsfähigkeit und erforderlichenfalls die Untersuchungs- und Forschungsmöglichkeiten des Unternehmers sowie die von diesem für die Qualitätskontrolle getroffenen Vorkehrungen;
5. Ausbildungsnachweise und Bescheinigungen über die berufliche Befähigung des Unternehmers und der Führungskräfte des Unternehmers, insbesondere der für die Erbringung der Dienstleistungen verantwortlichen Personen;
6. bei Dienstleistungen, deren Art ein entsprechendes Verlangen des Auftraggebers rechtfertigt, die Angabe der Umweltmanagementmaßnahmen, die der Unternehmer bei der Ausführung des Auftrages gegebenenfalls anwenden will;
7. eine Erklärung, aus der hervorgeht, über welche Ausstattung, welche Geräte und welche technische Ausrüstung der Unternehmer für die Ausführung des Auftrages verfügen wird;
8. 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;
9. eine Angabe, welche Teile des Auftrages der Unternehmer unter Umständen als Subaufträge zu vergeben beabsichtigt;
10. die Bescheinigung, dass der Unternehmer die für die Erbringung der Dienstleistung erforderliche berufliche Befähigung, Fachkunde und Erfahrung besitzt.

(8) Nachweis der Eignung durch andere Unternehmer

§ 76. Zum Nachweis der erforderlichen Leistungsfähigkeit oder Befugnis kann sich ein Unternehmer für einen bestimmten Auftrag auf die Kapazitäten anderer Unternehmer ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und diesen Unternehmern bestehenden Verbindungen stützen. In diesem Fall muss er den Nachweis erbringen, dass ihm für die Ausführung des Auftrages die bei den anderen Unternehmern im erforderlichen Ausmaß vorhandenen Mittel auch tatsächlich zur Verfügung stehen. Paragraph 76, Zum Nachweis der erforderlichen Leistungsfähigkeit oder Befugnis kann sich ein Unternehmer für einen bestimmten Auftrag auf die Kapazitäten anderer Unternehmer ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und diesen Unternehmern bestehenden Verbindungen stützen. In diesem Fall muss er den Nachweis erbringen, dass ihm für die Ausführung des Auftrages die bei den anderen Unternehmern im erforderlichen Ausmaß vorhandenen Mittel auch tatsächlich zur Verfügung stehen.

Subunternehmerleistungen

§ 83. (1) Die Weitergabe des gesamten Auftrages ist unzulässig, ausgenommen hiervon sind Kaufverträge sowie die Weitergabe an verbundene Unternehmen.Paragraph 83, (1) Die Weitergabe des gesamten Auftrages ist unzulässig, ausgenommen hiervon sind Kaufverträge sowie die Weitergabe an verbundene Unternehmen.

(2) Der Bieter hat alle Teile des Auftrages, die er im Wege von Subaufträgen an Subunternehmer zu vergeben beabsichtigt, sowie die jeweils in Frage kommenden Subunternehmer im Angebot bekannt zu geben. Abweichend davon kann der Auftraggeber aus sachlichen Gründen in den Ausschreibungsunterlagen festlegen, dass nur die von ihm festgelegten wesentlichen Teile des Auftrages, die der Bieter im Wege von Subaufträgen an Subunternehmer zu vergeben beabsichtigt, sowie die jeweils in Frage kommenden Subunternehmer im Angebot bekannt zu geben sind.

(3) Die Weitergabe des gesamten Auftrages oder von Teilen der Leistung ist nur insoweit zulässig, als der Subunternehmer die für die Ausführung seines Teiles erforderliche Befugnis, Leistungsfähigkeit sowie die berufliche Zuverlässigkeit besitzt. Die Subunternehmer können ihre erforderliche Befugnis, Leistungsfähigkeit und berufliche Zuverlässigkeit nach Maßgabe des § 70 Abs. 2 bis 4 nachweisen.(3) Die Weitergabe des gesamten Auftrages oder von Teilen der Leistung ist nur insoweit zulässig, als der Subunternehmer die für die Ausführung seines Teiles erforderliche Befugnis, Leistungsfähigkeit sowie die berufliche Zuverlässigkeit besitzt. Die Subunternehmer können ihre erforderliche Befugnis, Leistungsfähigkeit und berufliche Zuverlässigkeit nach Maßgabe des Paragraph 70, Absatz 2 bis 4 nachweisen.

(5) Ablauf des offenen Verfahrens

§ 101. (1) Offene Verfahren sind in den einschlägigen Publikationsmedien gemäß den §§ 46, 50 bis 52 und 55 bekannt zu machen.Paragraph 101, (1) Offene Verfahren sind in den einschlägigen Publikationsmedien gemäß den Paragraphen 46, 50 bis 52 und 55 bekannt zu machen.

(2) Anzahl und Namen der Unternehmer, die ihr Interesse an der Teilnahme an einem offenen Verfahren bekundet haben, sind bis zur Angebotsöffnung geheim zu halten.

(3) Im offenen Verfahren können Unternehmer innerhalb der Angebotsfrist ihre Angebote einreichen.

(4) Während eines offenen Verfahrens darf mit den Bietern über eine Angebotsänderung nicht verhandelt werden.

Inhalt der Angebote

§ 108. (1) Jedes Angebot muss insbesondere enthalten:Paragraph 108, (1) Jedes Angebot muss insbesondere enthalten:

1. 2. Bekanntgabe der Subunternehmer, auf deren Kapazitäten sich der Bieter zum Nachweis seiner Eignung stützt, unter Beilage des Nachweises, dass der Bieter über deren Kapazitäten tatsächlich verfügt und der Auftraggeber die zur Durchführung des Gesamtauftrages erforderlichen Sicherheiten über die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit hat. Bekanntgabe aller Teile oder – sofern der Auftraggeber dies in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehen hat – nur der wesentlichen Teile des Auftrages, die der Bieter jedenfalls oder möglicherweise im Wege von Subaufträgen an Dritte zu vergeben beabsichtigt. Die in Frage kommenden Subunternehmer sind bekannt zu geben. Die Nennung mehrerer Subunternehmer je Leistungsteil ist zulässig. Die Haftung des Auftragnehmers wird durch diese Angaben nicht berührt;

(2) Mit der Abgabe seines Angebotes erklärt der Bieter, dass er die Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen kennt, dass er über die erforderlichen Befugnisse zur Ausführung des Auftrages verfügt, dass er die ausgeschriebene Leistung zu diesen Bestimmungen und den von ihm angegebenen Preisen erbringt, und dass er sich bis zum Ablauf der Zuschlagsfrist an sein Angebot bindet.

Vorgehen bei der Prüfung

§ 123. (1) Die Prüfung der Angebote erfolgt in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien.Paragraph 123, (1) Die Prüfung der Angebote erfolgt in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien.

(2) Bei Angeboten, die für eine Zuschlagserteilung in Betracht kommen, ist im Einzelnen zu prüfen,

1. ob den in § 19 Abs. 1 angeführten Grundsätzen entsprochen wurde,1. ob den in Paragraph 19, Absatz eins, angeführten Grundsätzen entsprochen wurde;

2. nach Maßgabe des § 70 die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Bieters bzw. – bei der Weitergabe von Leistungen – der namhaft gemachten Subunternehmer; 2. nach Maßgabe des Paragraph 70, die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Bieters bzw. – bei der Weitergabe von Leistungen – der namhaft gemachten Subunternehmer;

3. ob das Angebot rechnerisch richtig ist;

4. die Angemessenheit der Preise;

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

Vorgehen bei Mangelhaftigkeit der Angebote

§ 126. (1) Ergeben sich bei der Prüfung der Angebote Unklarheiten über das Angebot, einschließlich etwaiger Varianten-, Alternativ- oder Abänderungsangebote, oder über die geplante Art der Durchführung, oder werden Mängel festgestellt, so ist, sofern die Unklarheiten für die Beurteilung der Angebote von Bedeutung sind, vom Bieter eine verbindliche schriftliche Aufklärung zu verlangen. Die vom Bieter erteilten schriftlichen Auskünfte bzw. die vom Bieter allenfalls vorgelegten Nachweise sind der Niederschrift über die Prüfung der Angebote beizuschließen. Bei Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich kann von der Vorgehensweise gemäß diesem Absatz abgesehen werden. Paragraph 126, (1) Ergeben sich bei der Prüfung der Angebote Unklarheiten über das Angebot, einschließlich etwaiger Varianten-, Alternativ- oder Abänderungsangebote, oder über die geplante Art der Durchführung, oder werden Mängel festgestellt, so ist, sofern die Unklarheiten für die Beurteilung der Angebote von Bedeutung sind, vom Bieter eine verbindliche schriftliche Aufklärung zu verlangen. Die vom Bieter erteilten schriftlichen Auskünfte bzw. die vom Bieter allenfalls vorgelegten Nachweise sind der Niederschrift über die Prüfung der Angebote beizuschließen. Bei Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich kann von der Vorgehensweise gemäß diesem Absatz abgesehen werden.

(2) Die durch die erteilten Aufklärungen allenfalls veranlasste weitere Vorgangsweise darf die Grundsätze der §§ 19 Abs. 1, 101 Abs. 4, 104 Abs. 2 und 127 nicht verletzen. (2) Die durch die erteilten Aufklärungen allenfalls veranlasste weitere Vorgangsweise darf die Grundsätze der Paragraphen 19, Absatz eins, 101, Absatz 4, 104, Absatz 2 und 127 nicht verletzen.

Aufklärungsgespräche und Erörterungen

§ 127. (1) Während eines offenen oder eines nicht offenen Verfahrens sind nur Aufklärungsgespräche zum Einholen von Auskünften über die finanzielle und wirtschaftliche oder die technische Leistungsfähigkeit sowie Auskünfte, die zur Prüfung der Preisangemessenheit, der Erfüllung der Mindestanforderungen und der Gleichwertigkeit von Alternativ- oder Abänderungsangeboten erforderlich sind, zulässig. Paragraph 127, (1) Während eines offenen oder eines nicht offenen Verfahrens sind nur Aufklärungsgespräche zum Einholen von Auskünften über die finanzielle und wirtschaftliche oder die technische Leistungsfähigkeit sowie Auskünfte, die zur Prüfung der Preisangemessenheit, der Erfüllung der Mindestanforderungen und der Gleichwertigkeit von Alternativ- oder Abänderungsangeboten erforderlich sind, zulässig.

(2) Ausscheiden von Angeboten

§ 129. (1) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der Auftraggeber auf Grund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschneiden: Paragraph 129, (1) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der Auftraggeber auf Grund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschneiden:

2. Angebote von Bieter, deren Befugnis, finanzielle, wirtschaftliche oder technische Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit nicht gegeben ist;

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

(2) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung kann der Auftraggeber Angebote von Bieter ausschneiden, die es unterlassen haben, innerhalb der ihnen gestellten Frist die verlangten Aufklärungen zu geben oder

deren Aufklärung einer nachvollziehbaren Begründung entbehrt. Von einem Bieter, der im Gebiet einer anderen Vertragspartei des EWR-Abkommens oder in der Schweiz ansässig ist, können auch Aufklärungen über die Zulässigkeit der Ausübung der Tätigkeit in Österreich verlangt werden.

(3) Allgemeines

§ 150. Öffentliche Aufträge können auf Grund einer Rahmenvereinbarung vergeben werden, sofern Paragraph 150, Öffentliche Aufträge können auf Grund einer Rahmenvereinbarung vergeben werden, sofern

1. die Rahmenvereinbarung nach Durchführung eines offenen Verfahrens, eines nicht offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung oder eines Verhandlungsverfahrens gemäß den §§ 28 bis 30 sowie 38 Abs. 1 ohne Zuschlagserteilung unter Beachtung der Bestimmungen des § 151 abgeschlossen wurde und 1. die Rahmenvereinbarung nach Durchführung eines offenen Verfahrens, eines nicht offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung oder eines Verhandlungsverfahrens gemäß den Paragraphen 28 bis 30 sowie 38 Absatz eins, ohne Zuschlagserteilung unter Beachtung der Bestimmungen des Paragraph 151, abgeschlossen wurde und

2. bei der Vergabe des auf der Rahmenvereinbarung beruhenden öffentlichen Auftrags § 152 beachtet wird 2. bei der Vergabe des auf der Rahmenvereinbarung beruhenden öffentlichen Auftrags Paragraph 152, beachtet wird.

Nichtigerklärung von Entscheidungen des Auftraggebers

§ 325. (1) Das Bundesverwaltungsgericht hat eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Erkenntnis für nichtig zu erklären, wenn Paragraph 325, (1) Das Bundesverwaltungsgericht hat eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Erkenntnis für nichtig zu erklären, wenn

1. sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung den Antragsteller in dem von ihm nach § 322 Abs. 1 Z 5 geltenden gemachten Recht verletzt, und 1. sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung den Antragsteller in dem von ihm nach Paragraph 322, Absatz eins, Ziffer 5, geltenden gemachten Recht verletzt, und

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

3.2.3. Vorbemerkungen

Zunächst ist festzuhalten, dass die gegenständliche Ausschreibung nicht angefochten wurde. Deren Bestimmungen haben sohin Bestandskraft erlangt und sind Folge dessen nach ständiger Rechtsprechung selbst dann unveränderliche Grundlage für die Prüfung und Bewertung der Angebote, wenn diese unzweckmäßig oder gar vergaberechtswidrig sein sollten (ua VwGH 17.06.2014, 2013/04/0029; VwGH 07.11.2005, 2003/04/0135). Sowohl die Auftraggeberin als auch die Bieter sind an die in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen gebunden. Es ist von einer strengen Bindung an die Ausschreibung auszugehen (ua VwGH 20.05.2010, 2007/04/0072). Ein nachträgliches Abgehen von den Bestimmungen der Ausschreibung ist im Sinne der Gleichbehandlung aller Bieter nicht mehr möglich (vgl. EuGH 25.04.1996, Rs C-87/94, Wallonische Busse; EuGH 06.11.2014, Rs C-42/13, Cartiera dell'Adda SpA gegen CEM Ambiente SpA). Alle Bieter müssen darauf vertrauen können, dass die Auftraggeberin ihre eigenen Ausschreibungsbedingungen einhält (ua BVA 25.11.2009, N/0110-BVA/09/2009-28; Latzenhofer in Gast (Hrsg.), BVergG-Leitsatzkommentar, E 53 zu § 321). Dem Bundesverwaltungsgericht ist es daher auch verwehrt, allfällige Rechtswidrigkeiten der bestandfesten Ausschreibung aufzugreifen (grundlegend VwGH 15.09.2004, 2004/04/0054; weiters VwGH 17.06.2014, 2013/04/0029; VwGH 07.09.2009, 2007/04/0090; VwGH 27.06.2007, 2005/04/0234; VwGH 07.11.2005, 2003/04/0135). Zunächst ist festzuhalten, dass die gegenständliche Ausschreibung nicht angefochten wurde. Deren Bestimmungen haben sohin Bestandskraft erlangt und sind Folge dessen nach ständiger Rechtsprechung selbst dann unveränderliche Grundlage für die Prüfung und Bewertung der Angebote, wenn diese unzweckmäßig oder gar vergaberechtswidrig sein sollten (ua VwGH 17.06.2014, 2013/04/0029; VwGH 07.11.2005, 2003/04/0135). Sowohl die Auftraggeberin als auch die Bieter sind an die in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen gebunden. Es ist von einer strengen Bindung an die Ausschreibung auszugehen (ua VwGH 20.05.2010, 2007/04/0072). Ein nachträgliches Abgehen von den Bestimmungen der Ausschreibung ist im Sinne der Gleichbehandlung aller Bieter nicht mehr möglich vergleiche EuGH 25.04.1996, Rs C-87/94, Wallonische Busse; EuGH 06.11.2014, Rs C-42/13, Cartiera dell'Adda SpA gegen CEM Ambiente SpA). Alle Bieter müssen darauf vertrauen können, dass die Auftraggeberin ihre eigenen Ausschreibungsbedingungen einhält (ua BVA 25.11.2009, N/0110-BVA/09/2009-28; Latzenhofer in Gast (Hrsg.), BVergG-Leitsatzkommentar, E 53 zu Paragraph 321.).

Dem Bundesverwaltungsgericht ist es daher auch verwehrt, allfällige Rechtswidrigkeiten der bestandfesten Ausschreibung aufzugreifen (grundlegend VwGH 15.09.2004, 2004/04/0054; weiters VwGH 17.06.2014, 2013/04/0029; VwGH 07.09.2009, 2007/04/0090; VwGH 27.06.2007, 2005/04/0234; VwGH 07.11.2005, 2003/04/0135).

Die Ausschreibung ist nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen (stRspr, zB VwGH 18.03.2015, Ra 2015/04/0017; VwGH 22.11.2011, 2006/04/0024; VwGH 01.07.2010, 2006/04/0139, mwN). Im Zweifel sind Festlegungen in der Ausschreibung gesetzeskonform und sohin in Übereinstimmung mit den maßgeblichen Bestimmungen zu lesen (stRspr, zB VwGH 09.09.2015, Ra 2014/04/0036). Gleiches gilt für die Interpretation von Willenserklärungen der Bieter (stRspr, zB VwGH 22.11.2011, 2006/04/0024; VwGH 27.10.2014, 2012/04/0066).

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes und der Vergabekontrolle steht es nicht in der Disposition des Auftraggebers, von der Anwendung eines Ausscheidenstatbestandes nach seinem Ermessen Gebrauch zu machen. Alleine deshalb, weil der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für den Zuschlag von einem formalen Ausscheiden eines Angebotes Abstand genommen hat, wird ein auszuscheidendes Angebot nicht zu einem zulässigen Angebot, dem rechtsrichtig der Zuschlag erteilt werden kann (siehe ua VwGH 27.09.2000, 2000/04/0050; VwGH 04.09.2002, 2000/04/0181; BVwG 18.03.2015, W138 2100169-2/21E; BVwG 01.12.2014, W114 2013254-2/24E). Liegt auch nur ein einziger Ausscheidensgrund vor, so ist ein Angebot zwingend auszuscheiden (BVwG 24.07.2014, W138 2008591-1/45E; BVA 23.08.2011, N/0067-BVA/09/2011-21).

Die Antragstellerin wendet gegen die Ausscheidensentscheidungen im Wesentlichen ein, sie sei das ausführende Unternehmen, welches aufgrund der gesellschaftsrechtlichen Konstruktion in Verbindung mit den Rahmenverträgen und der konkreten Zurverfügungstellungserklärung auf die Mittel seiner Gesellschafter zur Abwicklung des Vertrages zurückgreifen könne. Es handle sich dabei nicht um Drittmittel, sondern die verpflichtende Mittelbereitstellung der Gesellschafter sei der Gesellschaft als Zuschuss zuzurechnen und fließe in das Gesellschaftsvermögen ein. Die Antragstellerin handle durch die Mittel ihrer Gesellschafter selbst. Die Gesellschafter seien weder Subunternehmer noch verbundene Unternehmen. Analog der rechtlichen Grundlage zur Bietergemeinschaft/ARGE reiche zum Nachweis der Leistungsfähigkeit der Antragstellerin die Addition der Eignungsnachweise der Gesellschafter aus und genüge das Vorliegen der erforderlichen Leistungsfähigkeit bei einem einzigen Gesellschafter, sofern eine ausreichende Verfügungsgewalt über die Ressourcen gewährleistet sei.

3.2.4. Zur Weitergabe von Teilen der Leistung

Einleitend ist festzuhalten und den folgenden Überlegungen zugrunde zu legen, dass im hier verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren betreffend die Restmüllsammlung im Netz der ASFINAG Service GmbH und der ASFINAG Alpenstraßen GmbH unstrittig die XXXX GmbH Teilangebote für die Lose 3 (Raum XXXX) und 9 (Raum XXXX) gelegt hat. Bieterin iSd § 2 Z 13 BVergG ist daher die XXXX GmbH. Die XXXX GmbH ist ein Zusammenschluss mehrerer Entsorgungsunternehmen. Bei der XXXX GmbH auf der einen Seite und bei den an ihr beteiligten Entsorgungsunternehmen auf der anderen Seite handelt es sich um jeweils von einander zu trennende eigenständige juristische Personen. Im Falle einer Zuschlagserteilung würde die XXXX GmbH Auftragnehmerin (§ 2 Z 9 BVergG) und Vertragspartnerin der Auftraggeberin werden. Das unterscheidet die vorliegende Konstellation eines Zusammenschlusses von Unternehmen in der Rechtsform einer GmbH von jener eines Zusammenschlusses von Unternehmen in der Form einer Bietergemeinschaft gemäß § 2 Z 14 BVergG, welche als Gesellschaft bürgerlichen Rechts keine Rechtspersönlichkeit besitzt und demnach nicht Trägerin von Rechten und Pflichten sein kann. Vertragspartner werden diesfalls daher die Mitglieder der Bietergemeinschaft, welche im Auftragsfall als Arbeitsgemeinschaft solidarisch für die vertragsgemäße Erbringung der Leistung haften (ua Schiefer/Steindl in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht4, Rz 1384ff). Einleitend ist festzuhalten und den folgenden Überlegungen zugrunde zu legen, dass im hier verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren betreffend die Restmüllsammlung im Netz der ASFINAG Service GmbH und der ASFINAG Alpenstraßen GmbH unstrittig die römisch 40 GmbH Teilangebote für die Lose 3 (Raum römisch 40) und 9 (Raum römisch 40) gelegt hat. Bieterin iSd Paragraph 2, Ziffer 13, BVergG ist daher die römisch 40 GmbH. Die römisch 40 GmbH ist ein Zusammenschluss mehrerer Entsorgungsunternehmen. Bei der römisch 40 GmbH auf der einen Seite und bei den an ihr beteiligten Entsorgungsunternehmen auf der anderen Seite handelt es sich um jeweils von einander zu trennende eigenständige juristische Personen. Im Falle einer Zuschlagserteilung würde die römisch 40 GmbH Auftragnehmerin (Paragraph 2, Ziffer 9, BVergG) und Vertragspartnerin der Auftraggeberin werden. Das unterscheidet die vorliegende Konstellation eines

Zusammenschlusses von Unternehmen in der Rechtsform einer GmbH von jener eines Zusammenschlusses von Unternehmen in der Form einer Bietergemeinschaft gemäß Paragraph 2, Ziffer 14, BVergG, welche als Gesellschaft bürgerlichen Rechts keine Rechtspersönlichkeit besitzt und demnach nicht Trägerin von Rechten und Pflichten sein kann. Vertragspartner werden diesfalls daher die Mitglieder der Bietergemeinschaft, welche im Auftragsfall als Arbeitsgemeinschaft solidarisch für die vertragsgemäße Erbringung der Leistung haften (ua Schiefer/Steindl in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht⁴, Rz 1384ff).

Von der Frage, wer gegenständlich als Bieter auftritt und wer Vertragspartner der Auftraggeberin wird, ist die hier strittige Frage zu trennen, ob die Antragstellerin als Bieterin auch selbst die verfahrensgegenständlichen Leistungen der Abfallentsorgung erbringt oder ob sie sich hierfür eines oder mehrerer Subunternehmer bedient.

Ein Subunternehmer ist gemäß § 2 Z 33a BVergG ein Unternehmer, der Teile des an den Auftragnehmer erteilten Auftrages ausführt. Subunternehmer werden als Erfüllungsgehilfe des Auftragnehmers gegenüber dem Auftraggeber tätig und stehen regelmäßig in keinem Vertragsverhältnis zum Auftraggeber (Schiefer/Steindl in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht⁴, Rz 1370; Zellhofer/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 2 Z 33a Rz 2). Den Erläuterungen zur genannten Bestimmung des § 2 Z 33a BVergG ist hierzu auszugsweise zu entnehmen (EBRV 776 BlgNR XXV. GP, 2): "Die Einführung einer Definition für Subunternehmer ist durch die Neuregelungen betreffend die Subunternehmerleistungen erforderlich. Die Definition findet ihre Grundlage im Werkvertragsrecht. Kennzeichnend für diese Vertragsverhältnisse ist, dass die Herstellung eines bestimmten Werkes bzw. Erfolges geschuldet ist (vgl. dazu die §§ 1151 und 1165 ABGB). Eine Beteiligung an der "Ausführung" eines Auftrages im Sinne der Definition des BVergG 2006 liegt daher dann vor, wenn ein Unternehmer einen Leistungsteil des Auftrages vertraglich übernimmt und diesen Leistungsteil in Eigenverantwortung selbst (oder mit Gehilfen) ausführt. [] Die Definition stellt darauf ab, dass ein Unternehmer – in welcher Art und in welchem Umfang auch immer – an der Ausführung eines erteilten Auftrages beteiligt ist. Unerheblich ist daher, ob er ein direktes Vertragsverhältnis mit dem Auftragnehmer hat oder nicht; [] Zur Klarstellung wird hinzugefügt, dass Unternehmen, die Teile eines Auftrages von einem mit ihnen verbundenen Unternehmen (§ 2 Z 40) vertraglich übernehmen, ebenfalls Subunternehmer im Sinne der Definition sind." Ein Subunternehmer ist gemäß Paragraph 2, Ziffer 33 a, BVergG ein Unternehmer, der Teile des an den Auftragnehmer erteilten Auftrages ausführt. Subunternehmer werden als Erfüllungsgehilfe des Auftragnehmers gegenüber dem Auftraggeber tätig und stehen regelmäßig in keinem Vertragsverhältnis zum Auftraggeber (Schiefer/Steindl in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht⁴, Rz 1370; Zellhofer/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 2, Ziffer 33 a, Rz 2). Den Erläuterungen zur genannten Bestimmung des Paragraph 2, Ziffer 33 a, BVergG ist hierzu auszugsweise zu entnehmen (EBRV 776 BlgNR römisch 25 . GP, 2): "Die Einführung einer Definition für Subunternehmer ist durch die Neuregelungen betreffend die Subunternehmerleistungen erforderlich. Die Definition findet ihre Grundlage im Werkvertragsrecht. Kennzeichnend für diese Vertragsverhältnisse ist, dass die Herstellung eines bestimmten Werkes bzw. Erfolges geschuldet ist vergleiche dazu die Paragraphen 1151 und 1165 ABGB). Eine Beteiligung an der "Ausführung" eines Auftrages im Sinne der Definition des BVergG 2006 liegt daher dann vor, wenn ein Unternehmer einen Leistungsteil des Auftrages vertraglich übernimmt und diesen Leistungsteil in Eigenverantwortung selbst (oder mit Gehilfen) ausführt. [] Die Definition stellt darauf ab, dass ein Unternehmer – in welcher Art und in welchem Umfang auch immer – an der Ausführung eines erteilten Auftrages beteiligt ist. Unerheblich ist daher, ob er ein direktes Vertragsverhältnis mit dem Auftragnehmer hat oder nicht; [] Zur Klarstellung wird hinzugefügt, dass Unternehmen, die Teile eines Auftrages von einem mit ihnen verbundenen Unternehmen (Paragraph 2, Ziffer 40,) vertraglich übernehmen, ebenfalls Subunternehmer im Sinne der Definition sind."

Die Weitergabe von Leistungen ist gemäß § 83 Abs 3 BVergG grundsätzlich nur an jene Subunternehmer zulässig, welche über die für die Ausübung ihres Leistungsteiles notwendige Befugnis, Leistungsfähigkeit und berufliche Zuverlässigkeit verfügen (ua BVA 23.10.2007, N/0084-BVA/05/2007-27; Schiefer/Steindl in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht⁴, Rz 1380; Zellhofer/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 83 Rz 37ff). Die Regelungen des BVergG zu Subunternehmern (§§ 2 Z 33 a, 83, 108 Abs 1 Z 2 und 2 a, 123 Abs 2 Z 2, sowie im Sektorenbereich §§ 240, 257 Abs 1 Z 2 und 2 a, 267 Abs 2 Z 2) sehen im Grunde vor, dass Subunternehmer im Angebot vom Bieter dem Auftraggeber bekanntzugeben sind und vom Auftraggeber ebenso wie der Bieter selbst auf ihre Eignung hin zu prüfen sind. Regelungszweck ist die Erstreckung der Eignungsprüfung auf alle Unternehmer, die Teile des Auftrages ausführen (Zellhofer/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 2 Z 33a Rz 1 und § 83 Rz 1; siehe auch VwGH 24.09.2003, 2003/04/0093; VwGH 29.05.2002, 2002/04/0023). Der maßgebliche Zeitpunkt für den Nachweis der Befugnis,

Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit ist gemäß § 69 Z 1 BVergG im offenen Verfahren der Zeitpunkt der Angebotsöffnung (VwGH 17.09.2014, 2013/04/0056). Die Weitergabe von Leistungen ist gemäß Paragraph 83, Absatz 3, BVergG grundsätzlich nur an jene Subunternehmer zulässig, welche über die für die Ausübung ihres Leistungsteiles notwendige Befugnis, Leistungsfähigkeit und berufliche Zuverlässigkeit verfügen (ua BVA 23.10.2007, N/0084-BVA/05/2007-27; Schiefer/Steindl in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht⁴, Rz 1380; Zellhofer/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 83, Rz 37ff). Die Regelungen des BVergG zu Subunternehmern (Paragraphen 2, Ziffer 33, a, 83, 108 Absatz eins, Ziffer 2 und 2 a, 123 Absatz 2, Ziffer 2,, sowie im Sektorenbereich Paragraphen 240, 257, Absatz eins, Ziffer 2 und 2 a, 267 Absatz 2, Ziffer 2,) sehen im Grunde vor, dass Subunternehmer im Angebot vom Bieter dem Auftraggeber bekanntzugeben sind und vom Auftraggeber ebenso wie der Bieter selbst auf ihre Eignung hin zu prüfen sind. Regelungszweck ist die Erstreckung der Eignungsprüfung auf alle Unternehmer, die Teile des Auftrages ausführen (Zellhofer/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 2, Ziffer 33 a, Rz 1 und Paragraph 83, Rz 1; siehe auch VwGH 24.09.2003, 2003/04/0093; VwGH 29.05.2002, 2002/04/0023). Der maßgebliche Zeitpunkt für den Nachweis der Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit ist gemäß Paragraph 69, Ziffer eins, BVergG im offenen Verfahren der Zeitpunkt der Angebotsöffnung (VwGH 17.09.2014, 2013/04/0056).

Entsprechend den oben unter II.1. wiedergegebenen bestandfesten Ausschreibungsbestimmungen hat der Bieter hinsichtlich aller Teile des Auftrages die beabsichtigte Vergabe von Subaufträgen bekannt zu geben und die ausführenden Subunternehmer im Angebot zu nennen und in der entsprechenden Liste (Formblatt "Subunternehmerverzeichnis") vollständig anzuführen. Weiters ist der Nachweis über die Verfügungsmöglichkeit des Subunternehmers (Formblatt "Verpflichtungserklärung des Subunternehmers") zu erbringen und, sofern der Subunternehmer zum Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Bieters erforderlich ist, eine Erklärung des Subunternehmers vorzulegen, wonach dieser sich verpflichtet, im Auftragsfall mit dem Bieter solidarisch zu haften (Formblatt "Solidarhaftung des Subunternehmers"). Die Nachweise der technischen Leistungsfähigkeit sind in jedem Los für den Bieter, alle Teilnehmer einer Bietergemeinschaft und/oder die Subunternehmer vorzulegen, die die Sammlung durchführen. Entsprechend den oben unter römisch zwei.1. wiedergegebenen bestandfesten Ausschreibungsbestimmungen hat der Bieter hinsichtlich aller Teile des Auftrages die beabsichtigte Vergabe von Subaufträgen bekannt zu geben und die ausführenden Subunternehmer im Angebot zu nennen und in der entsprechenden Liste (Formblatt "Subunternehmerverzeichnis") vollständig anzuführen. Weiters ist der Nachweis über die Verfügungsmöglichkeit des Subunternehmers (Formblatt "Verpflichtungserklärung des Subunternehmers") zu erbringen und, sofern der Subunternehmer zum Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Bieters erforderlich ist, eine Erklärung des Subunternehmers vorzulegen, wonach dieser sich verpflichtet, im Auftragsfall mit dem Bieter solidarisch zu haften (Formblatt "Solidarhaftung des Subunternehmers"). Die Nachweise der technischen Leistungsfähigkeit sind in jedem Los für den Bieter, alle Teilnehmer einer Bietergemeinschaft und/oder die Subunternehmer vorzulegen, die die Sammlung durchführen.

Die Antragstellerin hat unstrittig in ihren Angeboten betreffend die verfahrensgegenständlichen Lose 3 und 9 keine Subunternehmer bekannt gegeben und die oben bezeichneten Formblätter den Angeboten nicht angeschlossen. Unter Berücksichtigung des für die Auslegung eines Angebotes eines Bieters heranzuziehenden Interpretationsmaßstabes des objektiven Erklärungswertes ergibt sich damit ohne Zweifel, dass die Antragstellerin für die Ausführung der in den Losen 3 und 9 ausgeschriebenen Leistungen keine Subunternehmer heranzuziehen beabsichtigt, was in den Ausführungen der Aufklärung und der vorliegenden Schriftsätze der Antragstellerin Deckung findet. Es ist daher der Beantwortung der Frage nachzugehen, ob die Antragstellerin die hier ausgeschriebenen Leistungen im Auftragsfall tatsächlich selbst erbringen würde und ob sie insofern zu Recht keine Subunternehmer namhaft gemacht hat.

Eingangs sind hierzu der auch von der Antragstellerin mehrfach verwiesene und ihrer Argumentation zugrunde gelegte Gesellschaftsvertrag der XXXX GmbH, die Rahmenentsorgungsverträge sowie die Verpflichtungserklärung vom 25.11.2017 zu betrachten. So wird im Gesellschaftsvertrag festgelegt, dass sich die Gesellschaft (die Antragstellerin) zur Erbringung der von ihr übernommenen Leistungen vornehmlich ihrer Gesellschafter bedienen und zu diesem Zweck mit jedem Gesellschafter einen eigenen Vertrag abschließen wird (Punkt II – Gegenstand des Unternehmens; Punkt IX – Leistungsverkehr mit Gesellschaftern). Im Rahmen dieser mit den einzelnen Gesellschaftern (hier: der XXXX-GmbH betreffend das Los 3 und der XXXX GmbH betreffend das Los 9) abgeschlossenen Rahmenentsorgungsverträge wird für ein bestimmtes Vertragsgebiet (hier: konkret bezeichnete Bezirke in XXXX einerseits und das Bundesland XXXX

andererseits) festgelegt, dass sich die Antragstellerin zur Erfüllung der aus den mit Dritten abgeschlossenen Verträgen über Entsorgungsdienstleistungen resultierenden Verpflichtungen des betreffenden Gesellschafters bedient. Dieser Gesellschafter erbringt die von der Antragstellerin vereinbarten Entsorgungsdienstleistungen im Namen und auf Rechnung der Antragstellerin. Auf Basis der Rahmenentsorgungsverträge kommt es sodann zur konkreten Auftragserteilung an den Gesellschafter. Als das von der Antragstellerin an den Gesellschafter für die Erbringung der Entsorgungsdienstleistungen zu leistende Entgelt gilt jenes mit dem Dritten für die Leistungserbringung vereinbarte Entgelt, wobei die Antragstellerin berechtigt ist, einen Kostenbeitrag für die von ihr verrichteten Leistungen einzubehalten. Wird keine gesonderte Vereinbarung getroffen, so beträgt dieser Kostenbeitrag 10% der Nettorechnungssumme. Grundsätzlich ist der Gesellschafter verpflichtet, die übernommenen Leistungen selbst zu erbringen. Der Gesellschafter übernimmt die Haftung für eine vertragskonforme Erbringung der Entsorgungsleistungen durch ihn selbst oder durch allenfalls von ihm beauftragte Dritte. Nichterfüllung bzw nicht ordnungsgemäße Erfüllung berechtigt die Antragstellerin zur Ersatzvornahme auf Kosten des säumigen Gesellschafters. In der konkret für das hier verfahrensgegenständliche Vergabeverfahren abgeschlossenen Verpflichtungserklärung wird in der Präambel ausgeführt, dass die operativen Leistungen von den Gesellschaftern für die Antragstellerin erbracht werden. Sodann wird seitens der Gesellschafter die Verpflichtung eingegangen, in den angebotenen Losen die zu Erbringung der Leistung erforderlichen Mittel zur Verfügung zu stellen, wobei sich dies auf die Zurverfügungstellung von Fahrzeugen inkl. Personal, Maschinen und technische Ausrüstung, sowie Behälterbereitstellung jeglicher Art und die angegebenen Verwertungs- und Behandlungsanlagen bezieht. Eingangs sind hierzu der auch von der Antragstellerin mehrfach verwiesene und ihrer Argumentation zugrunde gelegte Gesellschaftsvertrag der römisch 40 GmbH, die Rahmenentsorgungsverträge sowie die Verpflichtungserklärung vom 25.11.2017 zu betrachten. So wird im Gesellschaftsvertrag festgelegt, dass sich die Gesellschaft (die Antragstellerin) zur Erbringung der von ihr übernommenen Leistungen vornehmlich ihrer Gesellschafter bedienen und zu diesem Zweck mit jedem Gesellschafter einen eigenen Vertrag abschließen wird (Punkt römisch zwei – Gegenstand des Unternehmens; Punkt römisch neun – Leistungsverkehr mit Gesellschaftern). Im Rahmen dieser mit den einzelnen Gesellschaftern (hier: der XXXX-GmbH betreffend das Los 3 und der römisch 40 GmbH betreffend das Los 9) abgeschlossenen Rahmenentsorgungsverträge wird für ein bestimmtes Vertragsgebiet (hier: konkret bezeichnete Bezirke in römisch 40 einerseits und das Bundesland römisch 40 andererseits) festgelegt, dass sich die Antragstellerin zur Erfüllung der aus den mit Dritten abgeschlossenen Verträgen über Entsorgungsdienstleistungen resultierenden Verpflichtungen des betreffenden Gesellschafters bedient. Dieser Gesellschafter erbringt die von der Antragstellerin vereinbarten Entsorgungsdienstleistungen im Namen und auf Rechnung der Antragstellerin. Auf Basis der Rahmenentsorgungsverträge kommt es sodann zur konkreten Auftragserteilung an den Gesellschafter. Als das von der Antragstellerin an den Gesellschafter für die Erbringung der Entsorgungsdienstleistungen zu leistende Entgelt gilt jenes mit dem Dritten für die Leistungserbringung vereinbarte Entgelt, wobei die Antragstellerin berechtigt ist, einen Kostenbeitrag für die von ihr verrichteten Leistungen einzubehalten. Wird keine gesonderte Vereinbarung getroffen, so beträgt dieser Kostenbeitrag 10% der Nettorechnungssumme. Grundsätzlich ist der Gesellschafter verpflichtet, die übernommenen Leistungen selbst zu erbringen. Der Gesellschafter übernimmt die Haftung für eine vertragskonforme Erbringung der Entsorgungsleistungen durch ihn selbst oder durch allenfalls von ihm beauftragte Dritte. Nichterfüllung bzw nicht ordnungsgemäße Erfüllung berechtigt die Antragstellerin zur Ersatzvornahme auf Kosten des säumigen Gesellschafters. In der konkret für das hier verfahrensgegenständliche Vergabeverfahren abgeschlossenen Verpflichtungserklärung wird in der Präambel ausgeführt, dass die operativen Leistungen von den Gesellschaftern für die Antragstellerin erbracht werden. Sodann wird seitens der Gesellschafter die Verpflichtung eingegangen, in den angebotenen Losen die zu Erbringung der Leistung erforderlichen Mittel zur Verfügung zu stellen, wobei sich dies auf die Zurverfügungstellung von Fahrzeugen inkl. Personal, Maschinen und technische Ausrüstung, sowie Behälterbereitstellung jeglicher Art und die angegebenen Verwertungs- und Behandlungsanlagen bezieht.

Nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts vermögen die Argumente der Antragstellerin, dass vorliegend die Gesellschafter nicht als Subunternehmer tätig werden, gerade durch die eben dargelegten vertraglichen Grundlagen nicht getragen zu werden. Unter Zugrundelegung des aufgezeigten Interpretationsmaßstabes des objektiven Erklärungswertes können diese in einer Zusammenschau nur dahingehend verstanden werden, dass die von der Antragstellerin einem Dritten zugesicherten Entsorgungsdienstleistungen nicht durch die Antragstellerin selbst, sondern, je nachdem in welchem Vertragsgebiet die Leistungen zu erbringen sind, von dem betreffenden Gesellschafter nach entsprechender Auftragserteilung durch die Antragstellerin erbracht werden. Dieser

Gesellschafter wird - unter Beibehaltung seiner wirtschaftlichen Selbständigkeit - operativ tätig. Hierzu bedient sich der Gesellschafter jeweils seiner eigenen Mittel und Organisation. In diesem Sinne führt die Antragstellerin selbst aus, dass die Antragstellerin durch die Mittel ihrer Gesellschafter agiere. Entgegen der Ansicht der Antragstellerin führt diese Mittelbereitstellung ihrer Gesellschafter bzw dieser Rückgriff auf die Mittel ihrer Gesellschafter aber nicht dazu, dass die bereitgestellten Kapazitäten unmittelbar der Gesellschaft zuzurechnen und sohin die Leistungen als durch die Antragstellerin erbracht zu qualifizieren sind. Die Gesellschafter haben sich zwar auf der einen Seite gegenüber der Antragstellerin vertraglich verpflichtet, die jeweils in Auftrag gegebenen Leistungen unter Bereitstellung ihrer Kapazitäten zu erbringen. Demgegenüber hat sich die Antragstellerin aber auch zu einer entsprechenden Gegenleistung an ihre Gesellschafter verpflichtet. Gemäß der Festlegung unter Punkt III. der Rahmenentsorgungsverträge fließt das mit dem Dritten (demnach mit dem jeweiligen Auftraggeber; vorliegend mit der ASFINAG) vereinbarte Entgelt für die Entsorgungsdienstleistungen – mit Ausnahme eines Kostenbeitrags für die von der Antragstellerin selbst verrichteten Leistungen – letztlich dem jeweiligen Gesellschafter zu, der die Leistungen unter Verwendung seiner Kapazitäten auch tatsächlich erbringt und der gegenüber der Antragstellerin für die vertragsgemäße Leistungserbringung einzustehen hat. Damit wird deutlich, dass in der vorliegenden Konstellation die Mittelbereitstellung und die Leistungserbringung letzten Endes gerade nicht als eine das Vermögen der Gesellschaft vermehrende "Zuschussleistung" der Gesellschafter an die Gesellschaft der Antragstellerin zuzurechnen sind. Die Ausführung der an die Antragstellerin übertragenen Leistungen erfolgt sohin zu einem maßgeblichen Teil – wie im Einzelnen vertraglich vereinbart – durch deren Gesellschafter als von der Antragstellerin zu unterscheidende Unternehmen. Dass die Gesellschafter im Namen und auf Rechnung der XXXX GmbH tätig werden, ändert nichts daran, dass sie die Erbringung der maßgeblichen Leistungsteile des Auftrages vertraglich gegenüber der Antragstellerin übernommen haben und diese schlussendlich im Falle des Rahmenvereinbarungsabschlusses bzw der Zuschlagserteilung in Eigenverantwortung selbst ausführen würden. Sie sind daher als Subunternehmer der Antragstellerin iSd § 2 Z 33a BVergG zu qualifizieren. Nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts vermögen die Argumente der Antragstellerin, dass vorliegend die Gesellschafter nicht als Subunternehmer tätig werden, gerade durch die eben dargelegten vertraglichen Grundlagen nicht getragen zu werden. Unter Zugrundelegung des aufgezeigten Interpretationsmaßstabes des objektiven Erklärungswertes können diese in einer Zusammenschau nur dahingehend verstanden werden, dass die von der Antragstellerin einem Dritten zugesicherten Entsorgungsdienstleistungen nicht durch die Antragstellerin selbst, sondern, je nachdem in welchem Vertragsgebiet die Leistungen zu erbringen sind, von dem betreffenden Gesellschafter nach entsprechender Auftragserteilung durch die Antragstellerin erbracht werden. Dieser Gesellschafter wird - unter Beibehaltung seiner wirtschaftlichen Selbständigkeit - operativ tätig. Hierzu bedient sich der Gesellschafter jeweils seiner eigenen Mittel und Organisation. In diesem Sinne führt die Antragstellerin selbst aus, dass die Antragstellerin durch die Mittel ihrer Gesellschafter agiere. Entgegen der Ansicht der Antragstellerin führt diese Mittelbereitstellung ihrer Gesellschafter bzw dieser Rückgriff auf die Mittel ihrer Gesellschafter aber nicht dazu, dass die bereitgestellten Kapazitäten unmittelbar der Gesellschaft zuzurechnen und sohin die Leistungen als durch die Antragstellerin erbracht zu qualifizieren sind. Die Gesellschafter haben sich zwar auf der einen Seite gegenüber der Antragstellerin vertraglich verpflichtet, die jeweils in Auftrag gegebenen Leistungen unter Bereitstellung ihrer Kapazitäten zu erbringen. Demgegenüber hat sich die Antragstellerin aber auch zu einer entsprechenden Gegenleistung an ihre Gesellschafter verpflichtet. Gemäß der Festlegung unter Punkt römisch drei. der Rahmenentsorgungsverträge fließt das mit dem Dritten (demnach mit dem jeweiligen Auftraggeber; vorliegend mit der ASFINAG) vereinbarte Entgelt für die Entsorgungsdienstleistungen – mit Ausnahme eines Kostenbeitrags für die von der Antragstellerin selbst verrichteten Leistungen – letztlich dem jeweiligen Gesellschafter zu, der die Leistungen unter Verwendung seiner Kapazitäten auch tatsächlich erbringt und der gegenüber der Antragstellerin für die vertragsgemäße Leistungserbringung einzustehen hat. Damit wird deutlich, dass in der vorliegenden Konstellation die Mittelbereitstellung und die Leistungserbringung letzten Endes gerade nicht als eine das Vermögen der Gesellschaft vermehrende "Zuschussleistung" der Gesellschafter an die Gesellschaft der Antragstellerin zuzurechnen sind. Die Ausführung der an die Antragstellerin übertragenen Leistungen erfolgt sohin zu einem maßgeblichen Teil – wie im Einzelnen vertraglich vereinbart – durch deren Gesellschafter als von der Antragstellerin zu unterscheidende Unternehmen. Dass die Gesellschafter im Namen und auf Rechnung der römisch 40 GmbH tätig werden, ändert nichts daran, dass sie die Erbringung der maßgeblichen Leistungsteile des Auftrages

vertraglich gegenüber der Antragstellerin übernommen haben und diese schlussendlich im Falle des Rahmenvereinbarungsabschlusses bzw der Zuschlagserteilung in Eigenverantwortung selbst ausführen würden. Sie sind daher als Subunternehmer der Antragstellerin iSd Paragraph 2, Ziffer 33 a, BVergG zu qualifizieren.

Gemäß den bestandfesten Festlegungen der Ausschreibung waren unter Verwendung der betreffenden Formblätter sämtliche Leistungsteile, die im Wege eines Subauftrages weitergegeben werden sollen, uneingeschränkt im Angebot anzugeben sowie die betreffenden Subunternehmer, mögen diese zum Nachweis der Eignung erforderlich sein oder nicht, namhaft zu machen. Wenngleich nur die Vorlage jener Formblätter, welche im Angebotsdeckblatt ausdrücklich bezeichnet werden, zwingend - bei sonstigem Ausscheiden - gefordert wurde, und die die Subunternehmerbenennung betreffenden Formblätter darin gerade nicht ausdrücklich angeführt sind, ist die fehlende Bekanntgabe der ausführenden Gesellschafter als Subunternehmer im Angebot der Antragstellerin bei vergaberechtskonformer Interpretation der Ausschreibung dennoch nicht als behebbarer Mangel zu qualifizieren und ist ein Nachreichen der betreffenden Unterlagen daher ausgeschlossen.

Bei der Abgrenzung zwischen behebbaren und unbehebaren Mängeln ist darauf abzustellen, ob durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbieter (nachträglich) materiell verbessert würde (stRSp, zB VwGH 12.05.2011, 2008/04/0087; VwGH 16.02.2005, 2004/04/0030; VwGH 25.02.2004, 2003/04/0186).

Wie im Folgenden zu zeigen sein wird, erfüllt die Antragstellerin selbst die erforderlichen Mindestanforderungen an die Leistungsfähigkeit nicht, weswegen die im Rahmen der Leistungserbringung maßgeblich tätig werdenden Gesellschafter notwendige, weil eignungsrelevante Subunternehmer darstellen. Die fehlende oder verspätete Bekanntgabe von eignungsrelevanten Subunternehmern wird nach ständiger und einhelliger Rechtsprechung jedenfalls als unbehebbarer Mangel qualifiziert (siehe VwGH 29.05.2002, 2002/04/0023; Schiefer/Steindl in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht⁴ Rz 1379; Zellhofer/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmam, § 83 Rz 30). Eine "Verbesserung" dieses Mangels durch Nennung eines notwendigen Subunternehmers nach Angebotsöffnung scheidet damit aus. Die Unbehebbarkeit des Mangels im gegenständlichen Fall liegt darin, dass der Auftraggeber verpflichtet ist, die Eignung eines konkreten Subunternehmers im Hinblick auf einen konkreten Leistungsteil und die Eignung angesichts der Substitution der Leistungsfähigkeit des Bieters durch diejenige eines Subunternehmers zu überprüfen. In diesem Fall muss der Subunternehmer spätestens zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung bereits namentlich feststehen (siehe wiederum VwGH 29.05.2002, 2002/04/0023; BVwG 04.02.2016, W138 2118883-2/23E). Die nachträgliche Namhaftmachung eines Subunternehmers würde eine Änderung des Angebots bedeuten und die Wettbewerbsstellung der – zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung als nicht geeignet anzusehenden - Bieterin materiell verbessern. Wie im Folgenden zu zeigen sein wird, erfüllt die Antragstellerin selbst die erforderlichen Mindestanforderungen an die Leistungsfähigkeit nicht, weswegen die im Rahmen der Leistungserbringung maßgeblich tätig werdenden Gesellschafter notwendige, weil eignungsrelevante Subunternehmer darstellen. Die fehlende oder verspätete Bekanntgabe von eignungsrelevanten Subunternehmern wird nach ständiger und einhelliger Rechtsprechung jedenfalls als unbehebbarer Mangel qualifiziert (siehe VwGH 29.05.2002, 2002/04/0023; Schiefer/Steindl in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht⁴ Rz 1379; Zellhofer/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmam, Paragraph 83, Rz 30). Eine "Verbesserung" dieses Mangels durch Nennung eines notwendigen Subunternehmers nach Angebotsöffnung scheidet damit aus. Die Unbehebbarkeit des Mangels im gegenständlichen Fall liegt darin, dass der Auftraggeber verpflichtet ist, die Eignung eines konkreten Subunternehmers im Hinblick auf einen konkreten Leistungsteil und die Eignung angesichts der Substitution der Leistungsfähigkeit des Bieters durch diejenige eines Subunternehmers zu überprüfen. In diesem Fall muss der Subunternehmer spätestens zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung bereits namentlich feststehen (siehe wiederum VwGH 29.05.2002, 2002/04/0023; BVwG 04.02.2016, W138 2118883-2/23E). Die nachträgliche Namhaftmachung eines Subunternehmers würde eine Änderung des Angebots bedeuten und die Wettbewerbsstellung der – zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung als nicht geeignet anzusehenden - Bieterin materiell verbessern.

3.2.5. Zur fehlenden Eignung der Bieterin und zur Berufung auf die Mittel Dritter

Die Antragstellerin beruft sich darauf, dass sie als GmbH über alle Mittel ihrer Gesellschafter verfügen könne und daher ausreichend Verfügungsgewalt über alle Ressourcen habe. Im Sinne des § 76 BVergG sei auch eine ausreichende Zurverfügungstellung der Mittel an die Antragstellerin erfolgt. Analog der rechtlichen Grundlage zur Bietergemeinschaft reiche zum Nachweis der Leistungsfähigkeit der Antragstellerin die Addition der Eignungsnachweise der Gesellschafter bzw das Vorliegen der erforderlichen Leistungsfähigkeit bei einem

Gesellschafter der GmbH aus. Insofern erfolge kein Rückgriff auf die Mittel Dritter. Die Antragstellerin beruft sich darauf, dass sie als GmbH über alle Mittel ihrer Gesellschafter verfügen könne und daher ausreichend Verfügungsgewalt über alle Ressourcen habe. Im Sinne des Paragraph 76, BVergG sei auch eine ausreichende Zurverfügungstellung der Mittel an die Antragstellerin erfolgt. Analog der rechtlichen Grundlage zur Bietergemeinschaft reiche zum Nachweis der Leistungsfähigkeit der Antragstellerin die Addition der Eignungsnachweise der Gesellschafter bzw. das Vorliegen der erforderlichen Leistungsfähigkeit bei einem Gesellschafter der GmbH aus. Insofern erfolge kein Rückgriff auf die Mittel Dritter.

Gemäß § 19 Abs 1 BVergG hat die Vergabe an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen und sind Angebote von Bieter, deren erforderliche Eignung nicht gegeben ist, gemäß § 129 Abs 1 Z 3 BVergG zwingend auszuschneiden. Bieter, die nicht selbst die für die Teilnahme an dem Vergabeverfahren erforderlichen Mindestvoraussetzungen erfüllen, haben allerdings die Möglichkeit, den Nachweis der Leistungsfähigkeit und der Befugnis durch Verweis auf die Mittel Dritter gemäß § 76 BVergG zu erbringen (EuGH 02.12.1999, C-176/98, Holst Italia; VwGH 29.05.2002, 2002/04/0023). Auf die Art der rechtlichen Verbindung zu diesem Unternehmen kommt es nicht an. Allerdings muss der Bieter nachweisen, dass ihm diese Mittel im Auftragsfall tatsächlich zur Verfügung stehen (EuGH 10.10.2013, C-94/12, Swm Construzioni). Die Nachweiserbringung ist in zwei Teilbereiche aufgespaltet. Einerseits die Verfügungsgewalt des Bieters über die Ressourcen oder Kapazität des anderen Unternehmens, sowie zweitens die tatsächliche Verfügbarkeit der Ressourcen und Kapazitäten beim anderen Unternehmen zum Zeitpunkt der Auftragsausführung (VwGH 24.09.2003, 2003/04/0093; VwGH 11.11.2009, 2009/04/0203; BVwG 24.09.2015, W187 2112472-2/30E). Beides ist zu belegen (BVwG 04.02.206, W138 2118883-2/23E). Letzteres muss durch eine ausdrückliche Erklärung des Dritten erfolgen. Der Dritte muss die Leistungen allerdings nicht selbst erbringen, er muss also etwa nicht als Subunternehmer zur Verfügung stehen (BVwG 24.09.2015, W187 2112472-2/30E). Der Nachweis muss zum relevanten Zeitpunkt gemäß § 69 Z 1 BVergG geführt werden. Gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG hat die Vergabe an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen und sind Angebote von Bieter, deren erforderliche Eignung nicht gegeben ist, gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG zwingend auszuschneiden. Bieter, die nicht selbst die für die Teilnahme an dem Vergabeverfahren erforderlichen Mindestvoraussetzungen erfüllen, haben allerdings die Möglichkeit, den Nachweis der Leistungsfähigkeit und der Befugnis durch Verweis auf die Mittel Dritter gemäß Paragraph 76, BVergG zu erbringen (EuGH 02.12.1999, C-176/98, Holst Italia; VwGH 29.05.2002, 2002/04/0023). Auf die Art der rechtlichen Verbindung zu diesem Unternehmen kommt es nicht an. Allerdings muss der Bieter nachweisen, dass ihm diese Mittel im Auftragsfall tatsächlich zur Verfügung stehen (EuGH 10.10.2013, C-94/12, Swm Construzioni). Die Nachweiserbringung ist in zwei Teilbereiche aufgespaltet. Einerseits die Verfügungsgewalt des Bieters über die Ressourcen oder Kapazität des anderen Unternehmens, sowie zweitens die tatsächliche Verfügbarkeit der Ressourcen und Kapazitäten beim anderen Unternehmen zum Zeitpunkt der Auftragsausführung (VwGH 24.09.2003, 2003/04/0093; VwGH 11.11.2009, 2009/04/0203; BVwG 24.09.2015, W187 2112472-2/30E). Beides ist zu belegen (BVwG 04.02.206, W138 2118883-2/23E). Letzteres muss durch eine ausdrückliche Erklärung des Dritten erfolgen. Der Dritte muss die Leistungen allerdings nicht selbst erbringen, er muss also etwa nicht als Subunternehmer zur Verfügung stehen (BVwG 24.09.2015, W187 2112472-2/30E). Der Nachweis muss zum relevanten Zeitpunkt gemäß Paragraph 69, Ziffer eins, BVergG geführt werden.

Wie das Ermittlungsverfahren ergeben hat, beträgt der Gesamtumsatz der Antragstellerin für die letzten drei Geschäftsjahre jeweils unter EUR 3 Millionen. Zumal die Antragstellerin Teilangebote für alle neun Lose abgegeben hat, war ihrerseits der sich aus der Addition der Umsatzerlöse ergebende Gesamtumsatzerlös und damit jedenfalls ein Gesamtumsatzerlös von mehr als EUR 3 Millionen nachzuweisen. Durch die Notwendigkeit, die Gesellschafter vertraglich dazu zu verpflichten, ihre zur Erbringung des Auftrages erforderlichen Kapazitäten der Antragstellerin zur Verfügung zu stellen, wird überdies deutlich, dass die Antragstellerin selbst nicht über die notwendigen Mittel (Personal; technische Ausrüstung – Fahrzeugausstattung, Verwertungs- und Behandlungsanlagen etc.) und die organisatorische Ausstattung zur operativen ("unmittelbar wirksamen") Ausführung der betreffenden Entsorgungsdienstleistungen verfügt und dass der Rückgriff auf deren Gesellschafter zum Nachweis der Leistungsfähigkeit erforderlich ist. Dementsprechend verwies die Antragstellerin auf die Summe der Umsätze ihrer Gesellschafter und legte Nachweise über die Fahrzeugausstattung und Behandlungs- und Verwertungsanlagen ihrer Gesellschafter bzw. sonstiger dritter Unternehmen (XXXX GmbH) sowie über Referenzprojekte ihrer Gesellschafter vor. Die Möglichkeit des Rückgriffs auf die Leistungsfähigkeit der Gesellschafter zum Nachweis der Leistungsfähigkeit der

Gesellschaft als Bieterin im gegenständlichen Vergabeverfahren ergibt sich sohin aus der betreffenden und konkret für dieses Vergabeverfahren eingegangenen Verpflichtung der Gesellschafter zur Bereitstellung ihrer Kapazitäten gegenüber der Antragstellerin. Dies bewirkt aber nicht, wie bereits oben unter Wie das Ermittlungsverfahren ergeben hat, beträgt der Gesamtumsatz der Antragstellerin für die letzten drei Geschäftsjahre jeweils unter EUR 3 Millionen. Zumal die Antragstellerin Teilangebote für alle neun Lose abgegeben hat, war ihrerseits der sich aus der Addition der Umsatzerlöse ergebende Gesamtumsatzerlös und damit jedenfalls ein Gesamtumsatzerlös von mehr als EUR 3 Millionen nachzuweisen. Durch die Notwendigkeit, die Gesellschafter vertraglich dazu zu verpflichten, ihre zur Erbringung des Auftrages erforderlichen Kapazitäten der Antragstellerin zur Verfügung zu stellen, wird überdies deutlich, dass die Antragstellerin selbst nicht über die notwendigen Mittel (Personal; technische Ausrüstung – Fahrzeugausstattung, Verwertungs- und Behandlungsanlagen etc.) und die organisatorische Ausstattung zur operativen ("unmittelbar wirksamen") Ausführung der betreffenden Entsorgungsdienstleistungen verfügt und dass der Rückgriff auf deren Gesellschafter zum Nachweis der Leistungsfähigkeit erforderlich ist. Dementsprechend verwies die Antragstellerin auf die Summe der Umsätze ihrer Gesellschafter und legte Nachweise über die Fahrzeugausstattung und Behandlungs- und Verwertungsanlagen ihrer Gesellschafter bzw sonstiger dritter Unternehmen (römisch 40 GmbH) sowie über Referenzprojekte ihrer Gesellschafter vor. Die Möglichkeit des Rückgriffs auf die Leistungsfähigkeit der Gesellschafter zum Nachweis der Leistungsfähigkeit der Gesellschaft als Bieterin im gegenständlichen Vergabeverfahren ergibt sich sohin aus der betreffenden und konkret für dieses Vergabeverfahren eingegangenen Verpflichtung der Gesellschafter zur Bereitstellung ihrer Kapazitäten gegenüber der Antragstellerin. Dies bewirkt aber nicht, wie bereits oben unter

3.2.4. ausgeführt wurde, dass diese Kapazitäten der Antragstellerin als Vermögenszuwachs zuzurechnen wären.

In diesem Zusammenhang ist auch zu beachten, dass die Berufung auf das Ausreichen des Vorliegens der erforderlichen Leistungsfähigkeit bei einem Gesellschafter insofern zu kurz greift, als die Gesellschafter angesichts der in Zusammenschau mit der Verpflichtungserklärung zu beurteilenden Rahmenentsorgungsverträge nur eine auf das Vertragsgebiet beschränkte Verfügbarkeit ihrer Mittel schulden. Insofern vermag auch das Argument, die Regelungen für Bieter- bzw Arbeitsgemeinschaften würden analog zur Anwendung kommen und damit der Antragstellerin die Möglichkeit einer Addition der Eignungsnachweise zugutekommen, nicht zu überzeugen. Vorliegend hat sich die Antragstellerin, eine GmbH, als Bieterin am Vergabeverfahren durch Angebotslegung beteiligt und nicht jeweils die an ihr beteiligten Gesellschafter; im Auftragsfall ist daher auch die Antragstellerin Vertragspartnerin der Auftraggeberin. Demgegenüber wären im Falle der Zuschlagserteilung an eine Bietergemeinschaft (iSd § 2 Z 14 BVergG) Vertragspartner der Auftraggeberin die jeweiligen an der Bietergemeinschaft beteiligten Unternehmer; diese sind als Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft solidarisch zur vertragsgemäßen Leistungserbringung gegenüber der Auftraggeberin verpflichtet (Jaeger in Schramm/Aicher/Fruhmann, § 76 Rz 24). In diesem Zusammenhang ist auch zu beachten, dass die Berufung auf das Ausreichen des Vorliegens der erforderlichen Leistungsfähigkeit bei einem Gesellschafter insofern zu kurz greift, als die Gesellschafter angesichts der in Zusammenschau mit der Verpflichtungserklärung zu beurteilenden Rahmenentsorgungsverträge nur eine auf das Vertragsgebiet beschränkte Verfügbarkeit ihrer Mittel schulden. Insofern vermag auch das Argument, die Regelungen für Bieter- bzw Arbeitsgemeinschaften würden analog zur Anwendung kommen und damit der Antragstellerin die Möglichkeit einer Addition der Eignungsnachweise zugutekommen, nicht zu überzeugen. Vorliegend hat sich die Antragstellerin, eine GmbH, als Bieterin am Vergabeverfahren durch Angebotslegung beteiligt und nicht jeweils die an ihr beteiligten Gesellschafter; im Auftragsfall ist daher auch die Antragstellerin Vertragspartnerin der Auftraggeberin. Demgegenüber wären im Falle der Zuschlagserteilung an eine Bietergemeinschaft (iSd Paragraph 2, Ziffer 14, BVergG) Vertragspartner der Auftraggeberin die jeweiligen an der Bietergemeinschaft beteiligten Unternehmer; diese sind als Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft solidarisch zur vertragsgemäßen Leistungserbringung gegenüber der Auftraggeberin verpflichtet (Jaeger in Schramm/Aicher/Fruhmann, Paragraph 76, Rz 24).

Die Antragstellerin erfüllt sohin die erforderlichen Mindestanforderungen an die finanzielle und wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit nicht selbst. Sie kann die notwendigen Gesamtumsatzerlöse ebenso wenig selbst nachweisen wie die geforderte technische Ausrüstung und die notwendigen Zertifizierungen.

Selbstverständlich kann die Antragstellerin jedoch den Nachweis der erforderlichen Leistungsfähigkeit unter Berufung auf ihre Gesellschafter gemäß § 76 BVergG erbringen. Wie bereits ausgeführt, ist hierfür nicht erforderlich, dass diese Dritten (Gesellschafter) Leistungen selbst erbringen. Selbstverständlich kann die Antragstellerin jedoch den Nachweis

der erforderlichen Leistungsfähigkeit unter Berufung auf ihre Gesellschafter gemäß Paragraph 76, BVergG erbringen. Wie bereits ausgeführt, ist hierfür nicht erforderlich, dass diese Dritten (Gesellschafter) Leistungen selbst erbringen.

Im gegenständlichen Fall werden die Gesellschafter, welche ihre Kapazitäten der Antragstellerin zum Nachweis der Leistungsfähigkeit zur Verfügung stellen, allerdings nicht bloß zur Nachweiserbringung iSd § 76 BVergG sondern überdies beinahe zur Gänze zur Leistungserbringung herangezogen. Es handelt sich bei der XXXX-GmbH (hinsichtlich des Loses 3) und bei der XXXX GmbH (hinsichtlich des Loses 9) sohin um "notwendige" Subunternehmer. Im gegenständlichen Fall werden die Gesellschafter, welche ihre Kapazitäten der Antragstellerin zum Nachweis der Leistungsfähigkeit zur Verfügung stellen, allerdings nicht bloß zur Nachweiserbringung iSd Paragraph 76, BVergG sondern überdies beinahe zur Gänze zur Leistungserbringung herangezogen. Es handelt sich bei der XXXX-GmbH (hinsichtlich des Loses 3) und bei der römisch 40 GmbH (hinsichtlich des Loses 9) sohin um "notwendige" Subunternehmer.

3.2.6. Schlussfolgerung

Die Antragstellerin verfügt selbst nicht über die geforderte Leistungsfähigkeit. Die gegenständlich ausgeschriebenen Leistungen der Abfallentsorgung werden im Auftragsfall überwiegend nicht von der Antragstellerin sondern von deren Gesellschaftern, der XXXX-GmbH (hinsichtlich des Loses 3) und der XXXX GmbH (hinsichtlich des Loses 9) erbracht werden. Die Antragstellerin hat in den Teilangeboten betreffend die Lose 3 (Raum XXXX) und 9 (Raum XXXX) weder Subunternehmer namhaft gemacht, somit in den Angeboten auch keine Teile der Leistung, die sie als Subauftrag zu vergeben beabsichtigt, bekannt gegeben, noch hat sie Erklärungen über die Verfügbarkeit und Solidarhaftung der Subunternehmer (siehe Formblätter) beigelegt. Die Antragstellerin verfügt selbst nicht über die geforderte Leistungsfähigkeit. Die gegenständlich ausgeschriebenen Leistungen der Abfallentsorgung werden im Auftragsfall überwiegend nicht von der Antragstellerin sondern von deren Gesellschaftern, der XXXX-GmbH (hinsichtlich des Loses 3) und der römisch 40 GmbH (hinsichtlich des Loses 9) erbracht werden. Die Antragstellerin hat in den Teilangeboten betreffend die Lose 3 (Raum römisch 40) und 9 (Raum römisch 40) weder Subunternehmer namhaft gemacht, somit in den Angeboten auch keine Teile der Leistung, die sie als Subauftrag zu vergeben beabsichtigt, bekannt gegeben, noch hat sie Erklärungen über die Verfügbarkeit und Solidarhaftung der Subunternehmer (siehe Formblätter) beigelegt.

Dadurch konnte die Antragstellerin als Bieterin die geforderte, ihr aber fehlende Leistungsfähigkeit im hier maßgeblichen Zeitpunkt der Angebotseröffnung nicht nachweisen Schiefer/Steindl in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht⁴ [2010], Rz 1380). Die Antragstellerin hätte nämlich zum Nachweis ihrer technischen, finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit die zur Substitution der ihr mangelnden Leistungsfähigkeit erforderlichen Dritten (die Gesellschafter) bereits mit dem Angebot namhaft machen müssen und die notwendige Verfügbarkeitsbestätigung vorlegen müssen (stRSp, zB VwGH 24.09.2003, 2003/04/0093). Eine nachträgliche Namhaftmachung der Gesellschafter als Subunternehmer scheidet, wie aufgezeigt, mangels Behebbarkeit des Mangels der unterlassenen Subunternehmerbenennung aus (stRSp, zB VwGH 29.05.2002, 2002/04/0023; BVwG 04.02.2016, W138 2118883-2/23E; LVwG VlbG 23.05.204, LVwG-314-001/14). Die im Zuge der Aufklärung vorgelegte, wenngleich vor Angebotsöffnung datierte Verpflichtungserklärung vermag die fehlende Bekanntgabe der Subunternehmer und der von diesen zu verrichtenden Leistungsteile nicht zu "heilen". Im Übrigen war entsprechend den in Einklang mit § 74 Abs 1 Z 4 BVergG stehenden Ausschreibungsvorgaben im Falle der Substitution der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit eine Erklärung über die solidarische Haftung des Subunternehmers gegenüber der Auftraggeberin vorzulegen. Da sich der Nachweis über die Verfügbarkeit von Subunternehmermitteln auf den Zeitpunkt der Angebotsöffnung zu beziehen hat, käme eine von einem Subunternehmer nach dem Zeitpunkt der Angebotsöffnung ausgestellte "Solidarhaftungserklärung" als Nachweis der Verfügbarkeit über die Subunternehmermittel nicht mehr in Betracht und ist, losgelöst von der fehlenden Namhaftmachung der notwendigen Subunternehmer, auch insofern keine Mängelbehebung mehr möglich. Dadurch konnte die Antragstellerin als Bieterin die geforderte, ihr aber fehlende Leistungsfähigkeit im hier maßgeblichen Zeitpunkt der Angebotseröffnung nicht nachweisen Schiefer/Steindl in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht⁴ [2010], Rz 1380). Die Antragstellerin hätte nämlich zum Nachweis ihrer technischen, finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit die zur Substitution der ihr mangelnden Leistungsfähigkeit erforderlichen Dritten (die Gesellschafter) bereits mit dem Angebot namhaft machen müssen und die notwendige Verfügbarkeitsbestätigung vorlegen müssen (stRSp, zB VwGH 24.09.2003, 2003/04/0093). Eine nachträgliche Namhaftmachung der Gesellschafter als Subunternehmer scheidet, wie aufgezeigt, mangels

Behebbarkeit des Mangels der unterlassenen Subunternehmerbenennung aus (stRSp, zB VwGH 29.05.2002, 2002/04/0023; BVwG 04.02.2016, W138 2118883-2/23E; LVwG VlbG 23.05.204, LVwG-314-001/14). Die im Zuge der Aufklärung vorgelegte, wenngleich vor Angebotsöffnung datierte Verpflichtungserklärung vermag die fehlende Bekanntgabe der Subunternehmer und der von diesen zu verrichtenden Leistungsteile nicht zu "heilen". Im Übrigen war entsprechend den in Einklang mit Paragraph 74, Absatz eins, Ziffer 4, BVergG stehenden Ausschreibungsvorgaben im Falle der Substitution der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit eine Erklärung über die solidarische Haftung des Subunternehmers gegenüber der Auftraggeberin vorzulegen. Da sich der Nachweis über die Verfügbarkeit von Subunternehmermitteln auf den Zeitpunkt der Angebotsöffnung zu beziehen hat, käme eine von einem Subunternehmer nach dem Zeitpunkt der Angebotsöffnung ausgestellte "Solidarhaftungserklärung" als Nachweis der Verfügbarkeit über die Subunternehmermittel nicht mehr in Betracht und ist, losgelöst von der fehlenden Namhaftmachung der notwendigen Subunternehmer, auch insofern keine Mängelbehebung mehr möglich.

Die Angebote der Antragstellerin wurden demzufolge mangels Eignung der Bieterin gemäß § 129 Abs 1 Z 2 BVergG sowie aufgrund des Vorliegens eines unbehebbar Mangels gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG im Ergebnis zu Recht aus dem Vergabeverfahren ausgeschieden. Die Angebote der Antragstellerin wurden demzufolge mangels Eignung der Bieterin gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG sowie aufgrund des Vorliegens eines unbehebbar Mangels gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG im Ergebnis zu Recht aus dem Vergabeverfahren ausgeschieden.

Bei diesem Ergebnis war auf die Frage, ob die Zertifizierung der XXXX-GmbH den Vorgaben der Ausschreibung entspricht, nicht mehr einzugehen.

Über den Antrag auf Gebührenersatz wird gesondert entschieden werden.

3.2.7. Zum Entfall der mündlichen Verhandlung

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

Wie oben ausgeführt wurde, sind die gegenständlichen Nachprüfungsanträge abzuweisen, weil die Angebote der Antragstellerin gemäß § 129 Abs 1 Z 2 und 7 BVergG zu Recht ausgeschieden wurden. Sämtliche entscheidungsrelevanten Unterlagen ergaben sich aus den Schriftsätzen der Parteien, den Beilagen zu den Schriftsätzen sowie aus den Unterlagen des Vergabeverfahrens. Deren Inhalt steht unstrittig (siehe Stellungnahme der Antragstellerin vom 13.03.2017) und eindeutig fest und ist den Verfahrensparteien bekannt. Einer mündlichen Erörterung bedarf es nicht, um diesen Inhalt zu ermitteln. Das Parteiengehör gemäß § 45 Abs 3 AVG wurde durch Übermittlung sämtlicher Schriftsätze der Antragstellerin und der Auftraggeberin in Verbindung mit der Möglichkeit zur Abgabe einer diesbezüglichen Stellungnahme jedenfalls gewahrt. Die Entscheidung beruht – wie dies auch seitens der Antragstellerin selbst aufgezeigt wird - auf der Lösung von Rechtsfragen, deren Erörterung im Rahmen der mündlichen Verhandlung eine weitere Klärung der Rechtssache aber nicht erwarten lässt. Daher konnte die Durchführung einer mündlichen Verhandlung entfallen (zB BVwG 22.12.2016, W187 2137636-2/16E; BVwG 16.11.2015, W123 2115955-2/25E; Reisner in Schramm/Aicher/Fruhmann, § 316 Rz 22f; siehe zu § 24 Abs 4 VwGVG zB VwGH 17.02.2015, Ra 2014/09/0007). Wie oben ausgeführt wurde, sind die gegenständlichen Nachprüfungsanträge abzuweisen, weil die Angebote der Antragstellerin gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2 und 7 BVergG zu Recht ausgeschieden wurden. Sämtliche entscheidungsrelevanten Unterlagen ergaben sich aus den Schriftsätzen der Parteien, den Beilagen zu den Schriftsätzen sowie aus den Unterlagen des Vergabeverfahrens. Deren Inhalt steht unstrittig (siehe Stellungnahme der Antragstellerin vom 13.03.2017) und eindeutig fest und ist den Verfahrensparteien bekannt. Einer mündlichen Erörterung bedarf es nicht, um diesen Inhalt zu ermitteln. Das Parteiengehör gemäß Paragraph 45, Absatz 3, AVG wurde durch Übermittlung sämtlicher Schriftsätze der Antragstellerin und der Auftraggeberin in Verbindung mit

der Möglichkeit zur Abgabe einer diesbezüglichen Stellungnahme jedenfalls gewahrt. Die Entscheidung beruht – wie dies auch seitens der Antragstellerin selbst aufgezeigt wird - auf der Lösung von Rechtsfragen, deren Erörterung im Rahmen der mündlichen Verhandlung eine weitere Klärung der Rechtssache aber nicht erwarten lässt. Daher konnte die Durchführung einer mündlichen Verhandlung entfallen (zB BVwG 22.12.2016, W187 2137636-2/16E; BVwG 16.11.2015, W123 2115955-2/25E; Reisner in Schramm/Aicher/Fruhmann, Paragraph 316, Rz 22f; siehe zu Paragraph 24, Absatz 4, VwGVG zB VwGH 17.02.2015, Ra 2014/09/0007).

Zu B)

Unzulässigkeit der Revision:

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

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab (siehe die Judikate unter II.3.2. des Erkenntnisses), noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Wie unter II.3.2. aufgezeigt wurde, ist auch die Rechtsfrage, ob gegenständlich die Gesellschafter als Subunternehmer tätig werden oder nicht, nicht dergestalt, dass eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage anzunehmen war. Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab (siehe die Judikate unter römisch zwei.3.2. des Erkenntnisses), noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Wie unter römisch zwei.3.2. aufgezeigt wurde, ist auch die Rechtsfrage, ob gegenständlich die Gesellschafter als Subunternehmer tätig werden oder nicht, nicht dergestalt, dass eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage anzunehmen war.

Schlagworte

Angebot ausschreibungswidrig, Angebotsänderung, Angebotsöffnung,
Ausscheiden eines Angebotes, Ausscheidensentscheidung,
Ausscheidensgrund, Ausschreibung, Behebbarkeit von Mängeln,
Bekanntgabepflicht, bestandfeste Ausschreibung, Bestandskraft,
Bietergemeinschaft, Bietergleichbehandlung, Bindungswirkung,
Dienstleistungsauftrag, Eignung, Eignungsnachweis, finanzielle und
wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, Gesellschaft,
Leistungsfähigkeit, Mängelbehebung, Mangelhaftigkeit,
Mindestanforderung, mündliche Verhandlung, Nachprüfungsantrag,
Nachprüfungsverfahren, Nachreichung von Unterlagen, Nachweismangel,
Nichtigerklärung, Nichtigerklärung Auftraggeberentscheidung,
objektiver Erklärungswert, öffentlicher Auftraggeber,
Rahmenvereinbarung, Rechtspersönlichkeit, Solidarhaftung,
Subunternehmer, technische Leistungsfähigkeit, Unbehebbarkeit,
Verbesserung der Wettbewerbsstellung, Verfügbarkeitsbestätigung,
Vergabeverfahren, Wettbewerbsrelevanz, Zeitpunkt

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2017:W139.2148441.2.00

Zuletzt aktualisiert am

29.05.2017

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at