

# TE Bvwg Erkenntnis 2018/3/22 W139 2182913-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 22.03.2018

## Entscheidungsdatum

22.03.2018

## Norm

ASVG §10 Abs1  
ASVG §33  
ASVG §34  
BVerG 2006 §101 Abs4  
BVerG 2006 §108 Abs1 Z2  
BVerG 2006 §108 Abs2  
BVerG 2006 §12 Abs1 Z2  
BVerG 2006 §122  
BVerG 2006 §123  
BVerG 2006 §125  
BVerG 2006 §126  
BVerG 2006 §127 Abs1  
BVerG 2006 §127 Abs3  
BVerG 2006 §128 Abs1  
BVerG 2006 §129 Abs1 Z2  
BVerG 2006 §129 Abs1 Z7  
BVerG 2006 §129 Abs2  
BVerG 2006 §19 Abs1  
BVerG 2006 §2 Z16 lita sublitii  
BVerG 2006 §2 Z20 litc  
BVerG 2006 §2 Z33a  
BVerG 2006 §2 Z8  
BVerG 2006 §291  
BVerG 2006 §292 Abs1  
BVerG 2006 §3 Abs1  
BVerG 2006 §312 Abs2  
BVerG 2006 §320 Abs1  
BVerG 2006 §321 Abs1  
BVerG 2006 §322 Abs1

BVergG 2006 §322 Abs2

BVergG 2006 §325 Abs1

BVergG 2006 §6

BVergG 2006 §69 Z1

BVergG 2006 §75 Abs1

BVergG 2006 §75 Abs7

BVergG 2006 §83

BVergG 2006 §84

B-VG Art. 133 Abs4

VwGVG §24

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §28 Abs2

### **Spruch**

W139 2182913-1/32E

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 MMag. Dr. Christoph WIESINGER als fachkundigen Laienrichter der Auftragnehmerseite über den Antrag der XXXX, vertreten durch Huber I Berchtold Rechtsanwälte OG, Getreidemarkt 14, 1010 Wien, vom 15.01.2015 betreffend das Vergabeverfahren "Gütertransporte, Übersiedlungen und Kühllogistik - GZ 3292.02934" der Republik Österreich (Bund), der Inhouse GmbH der Wirtschaftskammern Österreichs sowie weiterer Auftraggeberinnen gemäß Drittkundenliste, alle vertreten durch die Bundesbeschaffung GmbH, diese vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung zu Recht erkannt:

A)

Der Antrag, "das Bundesvergabeamt möge die angefochtene Ausscheidensentscheidung vom 05.01.2018 für nichtig erklären", wird abgewiesen.

B)

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

### **Text**

**BEGRÜNDUNG:**

I. Vorbringen der Parteien/Verfahrensgang:

1. Mit Schriftsatz vom 15.01.2018, beim Bundesverwaltungsgericht am selben Tag eingelangt, stellte die Antragstellerin einen Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 05.01.2018 verbunden mit einem Antrag auf Gebührenersatz, Akteneinsicht und Durchführung einer mündlichen Verhandlung.

Begründend führte die Antragstellerin zusammengefasst im Wesentlichen Folgendes aus:

Die Antragsgegnerinnen, die Republik Österreich, die Inhouse GmbH der Wirtschaftskammern Österreichs und andere seien Auftraggeber iSd Bundesvergabegesetzes 2006 idgF (BVergG). Das Bundesverwaltungsgericht sei diesbezüglich in der zugrundeliegenden Bekanntmachung als zuständige Stelle für Nachprüfungsverfahren ausgewiesen worden.

Am 26.07.2017 sei die europaweite Bekanntmachung des Vergabeverfahrens "Gütertransporte, Übersiedlungen und Kühllogistik - GZ 3292.02934" im Supplement zum Amtsblatt der EU zu GZ 2017/S 141-289918 erfolgt. Der Beschaffungsvorgang umfasse zwei Lose (Los 1 - Kühllogistik und Los 2 - Gütertransporte und Übersiedlungen). Angefochten werde die Ausscheidensentscheidung zu Lasten der Antragstellerin für das Los 2, welche der Antragstellerin am 05.01.2018 mitgeteilt worden sei.

Die Auftraggeberinnen hätten als Verfahrensart für die gewünschte Dienstleistung im Oberschwellenbereich ein offenes Verfahren zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit drei Unternehmern nach dem Bestbieterprinzip gewählt.

Die Erbringung der ausschreibungsgegenständlichen Dienstleistung liege in der zentralen Geschäftstätigkeit der Antragstellerin, weshalb die Antragstellerin ein begründetes Interesse an der Erbringung dieser Leistung habe. Aufgrund einer Beibehaltung der Rechtswidrigkeit im Zuge dieser Auftragsvergabe drohe der Antragstellerin ein massiver (wirtschaftlicher) Schaden, welcher unter anderem im entgangenen Gewinn, in Kosten der Rechtsverfolgung sowie der Verfahrensteilnahme sowie im Verlust eines seltenen Referenzprojektes liege, da derartig umfassende Dienstleistungen aufgrund des engen österreichischen Anbietermarktes kaum wieder zu erlangen seien. Dabei sei zu bedenken, dass ein Leistungszeitraum dieses Auftrages von fünf Jahren vorgesehen sei. Mit der Abgabe ihres Angebotes (für das Los 2) habe die Antragstellerin ihr Interesse an der weiteren Teilnahme am gegenständlichen Vergabeverfahren bis zum Abschluss der Rahmenvereinbarung und Beauftragung im Zuge der Rahmenvereinbarung bereits hinreichend kundgetan. Sie bezeichnete die Rechte, in denen sie sich als verletzt erachte. Der Nachprüfungsantrag sei fristgerecht eingebracht worden. Die erforderliche Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag sei vergaberechtskonform in entsprechender Höhe entrichtet worden.

Zu den Gründen der Rechtswidrigkeit führte die Antragstellerin zusammengefasst Folgendes aus:

Die bestandsfesten Bestimmungen zum Nachweis der Eignung (Punkt 6.1 der Ausschreibungsunterlagen [AU], Rz 47; Punkt 6.1 der AU, Rz 50) würden allesamt auf den Zeitpunkt der jeweiligen Angebotsöffnung (bzw. das jeweilige Ende der Angebotsfrist) abstellen. So hätten die Bieter zuerst ihre Eignung zum "Zeitpunkt der Angebotsöffnung" zur Auswahl der Rahmenvereinbarungspartner (Rz 47 der AU) nachzuweisen. Sodann hätten die Bieter ihre Eignung "bei einem erneuten Aufruf zum Wettbewerb zum Zeitpunkt des Ablaufes der Angebotsfrist" abermals nachzuweisen (Rz 50 der AU). Die hier gegenständliche Angebotsfrist habe am 11.09.2017 um 10:00 Uhr geendet; die Angebotsöffnung sei unmittelbar danach erfolgt.

Gemäß Rz 83f der Ausschreibungsunterlage ("Mitarbeiter des Bieters") sei für das begehrte Los 2 nachzuweisen gewesen, dass der Bieter unter anderem über 15 Mitarbeiter und hiervon zumindest zwei Angestellte verfüge. Eine namentliche Nennung dieser Mitarbeiter sei nicht gefordert gewesen. Diese Mitarbeiter würden keine Schlüsselpersonen darstellen und seien nicht zuschlagsrelevant.

Die Antragstellerin habe erklärt und nachgewiesen, dass sie zum Ende der Angebotsfrist am 11.09.2017, 10:00 Uhr, über 15 Mitarbeiter und davon zwei Angestellte verfüge. Hierzu habe sie eine namentliche Mitarbeiterliste abgeben.

Mit der Ausscheidensentscheidung vom 05.01.2018 hätten die Auftraggeberinnen überraschend erklärt, dass aufgrund des angeblichen Ausscheidens eines Angestellten (Herrn XXXX ) aus dem Unternehmen der Antragstellerin das Eignungskriterium "Mitarbeiter des Bieters" nicht erfüllt werde und das Angebot auszuschneiden wäre. Die Auftraggeberinnen seien nunmehr der Ansicht, dass die Bieter zu jedem Zeitpunkt die erforderliche Eignung aufrechterhalten müssten. Diese Ansicht stehe in krassem Widerspruch zu den bestandsfesten Ausschreibungsbestimmungen.

Richtig sei, dass die Auftraggeberinnen gemäß Rz 191 der AU erklärt hätten, dass eine Entscheidung über die Rahmenvereinbarungspartner bis September 2017 erfolgen würde. Als dies jedoch nicht geschehen sei, habe die Antragstellerin den in ihrem Angebot angeführten Angestellten im XXXX 2017 in ein verbundenes Unternehmen entsendet, um dort zu Fortbildungszwecken tätig zu sein. Dieser Angestellte habe jedoch zu jedem Zeitpunkt operativ für die Antragstellerin tätig sein können, er sei ihr jederzeit zur Verfügung gestanden, dies gelte auch für die Zukunft.

Die unternehmerische Vorgehensweise der Antragstellerin sei gerechtfertigt und stehe nicht im Widerspruch zu den Ausschreibungsbestimmungen. Sie verfüge jedenfalls über die geforderte Eignung. Aus den genannten Gründen sei die Ausscheidensentscheidung vom 05.01.2018 rechtswidrig ergangen.

2. Am 19.01.2018 erteilten die Auftraggeberinnen allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und übermittelten die Unterlagen des Vergabeverfahrens.

3. Am 24.01.2018 nahmen die Auftraggeberinnen zum gesamten Antragsvorbringen Stellung.

Zum Ausscheidensgrund nach § 129 Abs 1 Z 2 BVergG: Die Antragstellerin vertrete die Ansicht, dass eine Aufrechterhaltung der erforderlichen Eignung im Widerspruch zu den Ausschreibungsbedingungen stehe. Diese Auslegung finde in den Ausschreibungsunterlagen keine Deckung. Die Antragstellerin versuche dabei ihre Argumentation wenig überzeugend durch die isolierte Herausstreichung einiger Phrasen in Festlegungen der

Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen (AAB) zu untermauern. Eine isolierte Betrachtungsweise einzelner Begriffe bzw Bestimmungen der Ausschreibungsunterlage sei jedoch (nach ständiger Rechtsprechung) weder zulässig, noch halte die Argumentation der Antragstellerin einer genaueren Betrachtung der AAB stand.

Aus der Zusammenschau der Festlegungen in Punkt 6.1 Rz 47, 50 und 54 AAB ergebe sich klar, dass die Eignung nicht nur punktuell im Zeitpunkt der Angebotsöffnung und im Zeitpunkt des Ablaufs der Angebotsfrist bei einem erneuten Aufruf zum Wettbewerb vorzuliegen habe. Vielmehr ergebe sich schon aus der seitens der Antragstellerin selbst zitierten Rz 47, dass die Eignung zum Zeitpunkt des Ablaufs der Angebotsfrist bei einem erneuten Aufruf zum Wettbewerb weiter vorzuliegen bzw zu bestehen habe. Schon der bloße Wortlaut dieser Festlegung lasse erkennen, dass die Eignung zu keinem Zeitpunkt wegfallen dürfe, sondern vielmehr von der Angebotsöffnung über das Verfahren zum Abschluss der Rahmenvereinbarung bis zum Ablauf der Angebotsfrist für einen erneuten Aufruf zum Wettbewerb weiter vorzuliegen habe.

Dies stehe auch im Einklang mit der oben zitierten Rz 54 AAB, welche ausdrücklich das Fortbestehen der Eignung der Bieter verlange, jedoch von der Antragstellerin in ihrem Nachprüfungsantrag ignoriert werde. Die Antragstellerin versuche den Festlegungen der AAB einen anderen für sie günstigeren Erklärungsgehalt aufzusetzen, wenn sie vermeine die Wendung in Rz 50, dass die "geforderte Eignung nicht notwendigerweise auch für jeden einzelnen auf Grundlage dieser Rahmenvereinbarung abgerufenen Einzelauftrag ausreichend sein muss" einen zwischenzeitlichen Wegfall der Eignung erlauben würde. Aus der Zusammenschau der oben zitierten Festlegungen ergebe sich jedoch unzweifelhaft, dass sich diese Festlegung auf das Kaskadenprinzip beziehe und damit lediglich festgehalten werde, dass im Zuge eines erneuten Aufrufs zum Wettbewerb die konkret notwendigen Ressourcen für den konkreten Auftrag festgelegt und abgefragt werden würden.

Im Übrigen laufe die Betrachtungsweise der Antragstellerin den klaren rechtlichen Bestimmungen zuwider. Die Materialien zum BVergG 2006 würden klarstellen, dass die Eignung zu den relevanten Zeitpunkten vorliegen müsse und in der Folge nicht mehr verloren gehen dürfe. Insofern sei die Eignungsprüfung keine starre Momentaufnahme. Nachfolgende Entwicklungen seien zwingend zu beachten, sofern für den Auftraggeber konkrete Anhaltspunkte für den Verlust eines Eignungselementes bestehen würden. Auch der Verwaltungsgerichtshof habe - erst jüngst - unter Verweis auf die Materialien zu § 69 BVergG festgehalten, dass die Leistungsfähigkeit nach dem in dieser Bestimmung genannten Zeitpunkt nicht mehr verloren gehen dürfe und jedenfalls bis zur Zuschlagserteilung gegeben sein müsse. Aufgrund der klaren Regelung in § 69 BVergG und den eindeutigen Aussagen des Schrifttums und der höchstgerichtlichen Judikatur müsse die Eignung daher jedenfalls über den Zeitpunkt der Angebotsöffnung hinaus gegeben sein. Dies werde auch durch die Regelungen in den AAB zum gegenständlichen Verfahren nicht geändert.

Die Antragstellerin sei daher zu Recht aus dem Vergabeverfahren ausgeschieden worden, da - was die Antragstellerin selbst gar nicht bestreite - nach Angebotsöffnung ein Angestellter das Unternehmen verlassen habe und somit die technische Leistungsfähigkeit der Antragstellerin weggefallen sei.

Die Antragstellerin habe mit ihrem Angebot das ausgefüllte Formblatt vorgelegt, in welchem sie alle für den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit herangezogenen Mitarbeiter, darunter ausschreibungskonform auch zwei Angestellte, nämlich XXXX und XXXX , namentlich aufgelistet habe.

Im Zuge der Angebotsprüfung sei die Antragstellerin mit Schreiben vom 24.11.2017 aufgefordert worden, eine Bestätigung über die Anmeldung zur Sozialversicherung aller zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit genannten Mitarbeiter mittels Anmeldebestätigung der zuständigen Krankenkasse vorzulegen. Dieser Nachforderung sei die Antragstellerin zwar mit 30.11.2017 nachgekommen. Aus den vorgelegten Unterlagen habe sich jedoch ergeben, dass einer der namhaft gemachten Angestellten, XXXX , seit XXXX .2017 nicht mehr bei der Antragstellerin beschäftigt gewesen sei.

Die technische Leistungsfähigkeit der Antragstellerin sei daher seit diesem Zeitpunkt nicht mehr gegeben gewesen. Daran ändere auch das Vorbringen der Antragstellerin, dass der angeführte Angestellte im November 2017 in ein verbundenes Unternehmen, welches nach den Informationen der Auftraggeberinnen nach Angebotsöffnung gegründet worden sei, zu Fortbildungszwecken entsendet worden sei. Dieses Tochterunternehmen sei daher im Angebot der Antragstellerin nicht als Subunternehmer (und daher auch nicht als notwendiger Subunternehmer) genannt worden und könne dieses sohin auch nicht für die Beurteilung der technischen Leistungsfähigkeit herangezogen werden.

Unternehmen, die für den Nachweis der Eignung erforderlich seien, müssten nämlich nach Punkt 5.2.2 AAB immer im Angebot genannt werden. Dies stehe auch im Einklang mit den diesbezüglichen Bestimmungen im BVergG. Die Vorgehensweise der Antragstellerin sei daher aus unternehmerischer Sicht nachvollziehbar sein, jedoch führe sie nichts desto trotz zum Wegfall der Eignung und daher zwingend zur Ausscheidung im gegenständlichen Vergabeverfahren.

Zudem sei aber auch unabhängig von den bestandsfesten Bestimmungen festzuhalten, dass es sich bei der fehlenden Nennung eines eignungsrelevanten bzw notwendigen Subunternehmers jedenfalls um einen unbehebbarer Mangel handle, da ein "Nachschieben" die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbewerbern materiell verbessern würde. Darüber hinaus würde die Nennung von Subunternehmern nach Angebotsöffnung eine Änderung des Angebotsinhaltes darstellen. Jede Angebotsänderung nach Angebotsöffnung stehe jedoch im offenen Verfahren nicht im Einklang mit dem in § 101 Abs 4 BVergG verankerten Verhandlungsverbot, welches auch eine Konkretisierung der Gebote der Gleichbehandlung und des Wettbewerbs in § 19 Abs 1 BVergG darstelle.

Zum Ausscheidensgrund nach § 129 Abs 1 Z 7 BVergG: Festzuhalten sei zudem, dass die Antragstellerin nicht nur aufgrund mangelnder Eignung aus dem gegenständlichen Vergabeverfahren zwingend auszuschneiden gewesen sei, sondern auch, weil diese ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot gelegt habe. Den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote seien unverzüglich auszuschneiden. Das Ausschneiden nicht ausschreibungskonformer Angebote sei nämlich zwingend und stehe nicht zur Disposition des Auftraggebers.

Die Antragstellerin habe in ihrem Angebot als einzigen erforderlichen Subunternehmer die XXXX namhaft gemacht und angegeben, dass diese für XXXX im Ausmaß von XXXX des Auftragswerts herangezogen werde. Laut der seitens der Antragstellerin im Zuge der Aufklärung vom 30.11.2017 vorgelegten Auskunft des Gewerbeinformationssystems übe die XXXX das Gewerbe der Beförderung von Gütern mit Kraftfahrzeugen im grenzüberschreitenden Verkehr mit XXXX Kraftfahrzeugen, sowie die Güterbeförderung mit Kraftfahrzeugen oder Kraftfahrzeugen mit Anhängern, deren höchstzulässige Gesamtgewichte insgesamt XXXX nicht übersteigen würden, eingeschränkt auf XXXX Kraftfahrzeuge aus.

Es sei daher davon auszugehen, dass die XXXX für die Erfüllung von Übersiedlungsleistungen in Anspruch genommen werde. Allerdings würden zu den kritischen Leistungsteilen gemäß Punkt 5.2.1. beinahe sämtliche Übersiedlungsleistungen zählen, sodass die genannte Subunternehmerin offensichtlich zur zumindest teilweisen Erfüllung von kritischen Leistungen herangezogen werde. Bei der XXXX handle es sich jedoch nicht um ein mit der Antragstellerin verbundenes Unternehmen gemäß § 2 Z 40 BVergG. Daraus folge unzweifelhaft, dass das Angebot der Antragstellerin den bestandsfesten Ausschreibungsbestimmungen widerspreche, da die Antragstellerin kritische Leistungsteile an einen Subunternehmer vererbe.

4. Am 06.02.2018 führten die Auftraggeberinnen ergänzend aus, dass am 10.01.2018 in den Räumlichkeiten der BBG zwischen einem Mitarbeiter der Antragstellerin, XXXX, der damaligen Rechtsvertretung der Antragstellerin, XXXX, und Herrn XXXX einerseits und Mitarbeitern der BBG, XXXX, XXXX und XXXX ein informelles Gespräch bezüglich der erfolgten Ausscheidenentscheidung stattgefunden habe. Dabei sei von Seiten der Vertreter der Antragstellerin angegeben worden, dass Herr XXXX als Angestellter der Antragstellerin zum XXXX abgemeldet worden sei. Folglich werde die zeugenschaftliche Einvernahme der an dieser Besprechung teilnehmenden Personen beantragt.

5. Am 14.02.2018 nahm die Antragstellerin Stellung und führte aus, die Auftraggeberinnen würden unrichtig ausführen, dass am 24.11.2017 eine Aufklärung stattgefunden habe. Tatsächlich sei die Antragstellerin zur Beibringung von Nachweisen aufgefordert worden, dabei handle es sich nicht um ein Aufklärungsersuchen. Die Aufforderung sei dementsprechend als Nachforderung titulierte worden. Insofern stelle die erfolgte Beibringung von Nachweisen auch keinen Aufklärungsversuch dar. Die Antragstellerin habe fristgerecht einen nicht älter als sechs monatigen Nachweis der im Angebot angegebenen beschäftigten Angestellten übermittelt. Es handle sich dabei um einen Beschäftigungsnachweis der Gebietskrankenkasse mit Stichtag 31.08.2017.

Wenn die Auftraggeberinnen ausführen, dass nach ihren Informationen die Antragstellerin ein Tochterunternehmen gegründet habe und einen der beiden im Angebot genannten Angestellten Anfang November 2017 in dieses versendet habe und sie daraus ohne Aufklärung ableiten würden, dass Herr XXXX nicht mehr Angestellter der Antragstellerin sei, so erfolge dies vorschnell und zu Unrecht.

Selbst das Fehlen von Eignungsnachweisen - hier des Angestellten XXXX - stelle bereits von Gesetzes wegen einen

behebbarer Mangel dar. Bei Bestehen von Unklarheiten und Zweifeln hinsichtlich der Angaben der Antragstellerin, sei dem Bieter Gelegenheit zur Aufklärung zu geben und zwar unter Wahrung der allgemeinen Vergabegrundsätze. Bei Unterlassen einer kontradiktorischen Angebotsprüfung sei das Ausscheiden des Angebotes rechtswidrig. Dies sei gegenständlich der Fall. Das Angebot der Antragstellerin sei ohne Aufklärungsversuch aufgrund der unrichtigen Ansicht der vergebenden Stelle ausgeschieden worden.

Der Vertreter der Antragstellerin sei bemüht gewesen, den offenkundigen Irrtum aufzuklären. Der vergebenden Stelle sei in einem persönlichen Gespräch dargelegt worden, dass Herr XXXX bloß zwischenzeitig bei einem neugegründeten Tochterunternehmen ( XXXX .) vermehrt operativ tätig sein werde, er aber jederzeit für die Antragstellerin zur Verfügung stehe. Diese Notwendigkeit habe sich unter anderem auch aus der gegenständlich verzögerten Auftragserteilung ergeben. Unerklärlich sei, dass die Auftraggeberinnen nunmehr behaupten würden, in einem informellen Gespräch die Mitteilung erhalten zu haben, dass Herr XXXX als Angestellter "abgemeldet" worden sei. Eine derartig wesentliche Aussage, die zum Ausscheiden eines Angebotes führen würde, wäre entsprechend zu dokumentieren und der Antragstellerin vorzuhalten gewesen.

Herr XXXX sei nicht aus dem Unternehmen der Antragstellerin ausgeschieden. Vielmehr sei dieser auch nach dem XXXX .2017 Angestellter der Antragstellerin gewesen; dies gelte auch zum gegenwärtigen Zeitpunkt. Die Antragstellerin habe über den gesamten Zeitraum der Angebotsprüfung über die geforderte Eignung verfügt. Der Antragstellerin sei aufgrund der "voreiligen" Ausscheidensentscheidung nicht die Gelegenheit geboten worden, die unrichtige Ansicht der Auftraggeberinnen aufzuklären und das aufrechte Angestelltenverhältnis von Herrn XXXX unter Beweis zu stellen. Nunmehr verweise die Antragstellerin auf den aktuellen Beschäftigungsnachweis der zuständigen Sozialversicherung, wonach Herr XXXX auch nach dem XXXX .2017 (durchgängig!) weiterhin Angestellter gewesen sei, lediglich der Umfang seiner Beschäftigung habe sich ab XXXX .2017 geändert, da er auch im neugegründeten Tochterunternehmen tätig gewesen sei.

Gemäß Rz 83f der AU werde lediglich der Nachweis zweier Angestellter, nicht aber ein besonderes Beschäftigungsausmaß gefordert. Insofern erfülle auch ein geringfügig beschäftigter Angestellter iSd Angestelltengesetzes, BGBl Nr 292/1921 idgF (AngG), die geforderte Eignung.

Der Angestellte XXXX sei nachweislich bei der Antragstellerin angestellt gewesen, wie dies den bestandsfesten Ausschreibungsbestimmungen entspreche. Das Angebot der Antragstellerin sei aufgrund einer voreiligen, unrichtigen Ansicht der Auftraggeberinnen ausgeschieden worden. Ein Ausscheiden komme nur dann in Betracht, wenn - sofern hier eine Aufklärung überhaupt erforderlich gewesen sei - die aufzuklärenden Aspekte eindeutig und verständlich dargelegt worden seien. Gegenständlich sei gar keine Aufklärung durchgeführt worden, sondern aufgrund der ausschreibungskonform gelieferten Bieterunterlagen eine nicht nachvollziehbare, rechtswidrige Entscheidung getroffen worden.

Zum Verbot der Weitergabe in kritischen Leistungsteilen führte die Antragstellerin aus, dass gemäß den bestandsfesten Ausschreibungsbestimmungen die Beauftragung von Subunternehmern zulässig und lediglich die Weitergabe von kritischen Leistungsteilen unzulässig sei, wobei auf die Tätigkeiten in Zusammenhang mit der Übersiedelung der Verwahrstelle des LG Salzburg und beispielhaft auf vertrauliche Akten und sensible Gegenstände verwiesen werde. Ein exakter (zB prozentueller) Umfang der kritischen Leistungsbereiche für die gesamte Rahmenvereinbarung sei nicht bekannt und hätten sich die Auftraggeberinnen eine Detaillierung ausdrücklich vorbehalten. In den bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen sei das Ausmaß der kritischen Leistungsteile (zB als prozentueller Anteil an der Gesamtleistung) nicht definiert und sei nicht festgehalten, dass "beinahe sämtliche Übersiedlungsleistungen" zu den kritischen Leistungsteilen gehören würden.

Demnach sei die Heranziehung von Subunternehmern mit Ausnahme für die angeführten kritischen Leistungsbereiche zulässig und habe entsprechend den bestandsfesten Ausschreibungsbestimmungen durch ein Subunternehmerformblatt beigebracht werden müssen. Angesichts der mehrjährigen Laufzeit der Rahmenvereinbarung, der unbekanntesten Leistungen weiterer Aufrufe zum Wettbewerb und der Vielzahl von unterschiedlichen Auftraggeberinnen dieser Rahmenvereinbarung sei der gesamte Leistungsumfang nicht abschätzbar. Insofern sei es nicht verwunderlich, wenn die Bieter mit der erlaubten Nennung von Subunternehmern bereits ausreichend Vorsorge für den noch unbekanntesten Leistungsumfang treffen würden.

Die Auftraggeberinnen würden ihre Entscheidung im zweiten (mit der Stellungnahme nachgeschobenen)

Ausscheidenspunkt wiederum auf eine bloße Annahme samt nachträglicher Änderung der bestandsfesten Ausschreibungsbestimmungen gründen. Die Auftraggeberinnen würden in der Stellungnahme vom 24.01.2018 nunmehr erstmalig den Umfang der kritischen Leistungsteile definieren. Sollten bei den Auftraggeberinnen tatsächlich Zweifel an der Leistungserbringung bestehen, so wären diese Zweifel im Wege eines kontradiktorischen Aufklärungsverfahrens zu klären gewesen. Dieser zweite Ausscheidensgrund sei am 24.01.2018 (im Zuge des laufenden Nachprüfungsverfahrens) ohne gebotenes Aufklärungsverfahren nachgeschoben und zuvor am 19.01.2018 bereits die Entscheidung über die Auswahl der Rahmenvereinbarungspartner getroffen worden. Tatsächlich sei daraus abzuleiten, dass die Angebotsprüfung am 19.01.2018 noch gar nicht abgeschlossen habe sein können.

Die Antragstellerin habe zu den eindeutigen Ausschreibungsbestimmungen (Punkt 5.2) weder im Angebot noch in einem Begleitschreiben zum Angebot Vorbehalte geäußert. Daher habe sich die Antragstellerin mit Abgabe des Angebots zur Einhaltung der Ausschreibungsbestimmungen zivilrechtlich verpflichtet. Die Antragstellerin werde keine kritischen Leistungsteile in ausschreibungswidriger Weise an andere Unternehmen weitergeben. Die Antragstellerin habe ausdrücklich erklärt, die ausgeschriebene Leistung erfüllen zu wollen.

6. Am 16.02.2018 fand vor dem Bundesverwaltungsgericht eine mündliche Verhandlung statt. Das Verhandlungsprotokoll lautet auszugsweise wie folgt (Korrekturen allfälliger Rechtschreibfehler und grammatikalischer Fehler durch das BVwG):

XXXX [...]

7. Das Bundesverwaltungsgericht gab dem Antrag auf Einholung des Aktes der Niederösterreichischen Gebietskrankenkasse insofern statt, als der zuständigen Sozialversicherungsträger, die Niederösterreichische Gebietskrankenkasse, um Auskunftserteilung über den zeitlichen Verlauf der Meldungen betreffend Herrn XXXX durch dessen Dienstgeber, die XXXX., ersucht wurde. Diesem Ersuchen kam die Niederösterreichische Gebietskrankenkasse nach.

8. Am 28.02.2018 wurden die Parteien über das Ergebnis der Beweisaufnahme in Kenntnis gesetzt.

9. Die Auftraggeberinnen nahmen hierzu am 02.03.2018 Stellung. Entsprechend dem nunmehr nach Auskunft der Niederösterreichischen Gebietskrankenkasse vorliegenden An- und Abmeldungsverlauf sei klar ersichtlich, dass die Antragstellerin Herrn XXXX erst zweieinhalb Monate nach Beginn einer vermeintlichen geringfügigen Beschäftigung, nämlich am XXXX.2018, wieder erneut beim Sozialversicherungsträger angemeldet habe, nachdem selbiger zuvor am XXXX.2017 abgemeldet und das Ende des Beschäftigungsverhältnisses zur Antragstellerin mit XXXX.2017 bekanntgegeben worden sei. Überdies sei damit belegt, dass die Neuanmeldung von Herrn XXXX am XXXX.2018 erst nach Erhalt der in späterer Folge angefochtenen Ausscheidensentscheidung (05.01.2017) vorgenommen worden sei, um den selbstverschuldeten Wegfall der zu diesem Zeitpunkt offenkundig nicht vorgelegenen Eignung wiederherzustellen.

Hinzuweisen sei hierbei insbesondere auch darauf, dass seitens der Antragstellerin ansonsten sämtliche An- und Abmeldungen pünktlichst vorgenommen wurden, zumal diese im Rahmen ihrer Arbeitgebereigenschaft unter anderem gemäß § 34 ASVG gesetzlich dazu verpflichtet sei, jede für die Versicherung bedeutsame Änderung innerhalb von sieben Tagen dem zuständigen Krankenversicherungsträger zu melden. Einzig die neuerliche Anmeldung von Herrn XXXX am XXXX.2018 sei erst zweieinhalb Monate nach Beginn einer vermeintlichen geringfügigen Beschäftigung erfolgt.

Sollte daher die Eignung wie gegenständlich - nunmehr nachweislich - verloren gehen, liege ein unbehebbarer Mangel vor und sei das Angebot jedenfalls aus dem Vergabeverfahren iSd § 129 Abs 1 Z 2 BVergG zu Recht auszuscheiden gewesen. Ein Aufklärungsersuchen sei sohin weder notwendig gewesen, noch hätte ein solches die Qualifizierung als unbehebbarer Mangel ändern können.

Der bisherigen Argumentationslinie und den noch zu erwartenden Ausführungen der Antragstellerin sei daher bereits an dieser Stelle vorab zu entgegenen, dass eine sozialversicherungsrechtlich rückwirkende Anmeldung den vergaberechtlich relevanten Wegfall der Eignung nicht sanieren könne. Auch seien sämtliche Ausführungen im Arbeitsvertrag selbst als obsolet zu betrachten, zumal das zuerst allem Anschein nach unbefristet eingegangene Arbeitsverhältnis mit Herrn XXXX nachweislich am XXXX.2017 beendet worden sei.

Schließlich sei auch erneut darauf hinzuweisen, dass bereits dem objektiven Erklärungswert der

Ausschreibungsunterlagen zu entnehmen sei, dass ausschließlich Vollzeit-Beschäftigte heranzuziehen seien und habe die Antragstellerin demnach ein ausschreibungswidriges Angebot abgegeben, wodurch auch diesbezüglich ein zwingender Ausscheidensgrund iSd § 129 Abs 1 Z 7 BVergG verwirklicht worden sei.

10. Am 08.03.2018 nahm die Antragstellerin zum Ergebnis der Beweisaufnahme und der Stellungnahme der Auftraggeberinnen vom 02.03.2018 Stellung.

Ein privates Angestelltenverhältnis werde ausschließlich durch die vertragliche Verpflichtung des Angestellten zur Erbringung von Arbeitsleistung begründet. Entscheidend für das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses sei die Verrichtung von Arbeit in persönlicher Abhängigkeit von einem Arbeitgeber. Der Beginn des Beschäftigungsverhältnisses werde zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer vereinbart und dazu ein Arbeitsvertrag errichtet (§ 2 AVRAG).

Herr XXXX sei vom XXXX.2017 bis dato ununterbrochen bei der Antragstellerin als Angestellter beschäftigt gewesen. Dies gehe aus dem bereits übermittelten Arbeitsvertrag und den Angaben von Herrn XXXX in der mündlichen Verhandlung vom 16.02.2018 hervor. Die Pflichtversicherung der Dienstnehmer beginne gemäß § 10 Abs 1 ASVG unabhängig von der Erstattung einer Anmeldung mit dem Tag des Beginnes der Beschäftigung. Herr XXXX sei deshalb vom XXXX.2017 bis dato ununterbrochen als Angestellter bei der NÖGKK angemeldet und sozialversichert. Grundsätzlich komme es nicht auf den vereinbarten Beginn des Beschäftigungsverhältnisses an, sondern auf die tatsächliche Arbeitsaufnahme. Ob ein Angestellter auch bei der NÖGKK gemeldet sei, sei somit für das Bestehen eines Beschäftigungsverhältnisses nach der höchstgerichtlichen Rechtsprechung ohne Bedeutung. Auch wenn die Anmeldung zur NÖGKK zu einem späteren Zeitpunkt erfolgt sei, beginne die Pflichtversicherung gemäß § 10 Abs 1 ASVG unabhängig davon, wann die Anmeldung erstattet wurde, mit dem Tag des Beginnes der Beschäftigung. Die Anmeldung gelte ex lege rückwirkend ab dem Beginn der Beschäftigung (hier: XXXX.2017). Dadurch könne auch aus vergaberechtlicher Sicht die Eignung nicht weggefallen sein. Widrigenfalls würde damit gerichtlich festgestellt werden, dass kein Beschäftigungsverhältnis vorhanden gewesen wäre und die NÖGKK ohne gesetzliche Grundlage Sozialversicherungsbeiträge für Herrn XXXX ab XXXX.2017 eingehoben hätte.

Die Eignung der Antragstellerin sei - entgegen den Ausführungen der Auftraggeberinnen - stets gegeben gewesen und zu keinem Zeitpunkt weggefallen; dies sowohl vergaberechtlich, arbeitsrechtlich als auch sozialversicherungsrechtlich. Die Auftraggeberinnen seien einem Rechtsirrtum unterlegen, indem sie ausschließlich auf den Zeitpunkt der sozialversicherungsrechtlichen Anmeldung abstellen würden, nicht aber auf den Beginn des Beschäftigungsverhältnisses und der damit eintretenden Beitragspflicht. Beides sei gemäß Beweiserhebung bei der NÖGKK mit XXXX.2017 gegeben gewesen und weiterhin aufrecht.

Gemäß den Ausschreibungsbestimmungen würden die Auftraggeberinnen zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit mindestens "zwei Angestellte" (Rz 84 der AU) fordern. In den Ausschreibungsbestimmungen werde der Begriff "Angestellter" verwendet. Eine nähere Definition sei den Ausschreibungsbestimmungen nicht zu entnehmen. Es müsse daher auf die gesetzliche Definition des "Angestellten" gemäß § 1 Abs 1 AngG zurückgegriffen werden. Ein Angestellter müsse aber nicht vollzeitbeschäftigt sein. Auch ein geringfügig Beschäftigter gelte als Angestellter. Eine "Vollzeitbeschäftigung" der geforderten zwei Angestellten sei weder in den bestandsfesten Ausschreibungsbestimmungen, noch gesetzlich gefordert. Aus der Eigenschaft "Vollversicherung" könne eine "Vollzeitbeschäftigung" nicht abgeleitet werden. "Vollversicherung" iSd des ASVG bedeute eine umfassende Pflichtversicherung in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung. Vollversichert seien auch teilzeitbeschäftigte Angestellte. Wenn die Auftraggeberinnen von der Eigenschaft "vollversichert" auf "vollzeitbeschäftigt" schließen, so handle es sich um ein nachträgliches Abgehen von den Ausschreibungsbestimmungen zu Lasten der Antragstellerin, um die unzulässige Ausscheidensentscheidung noch zu rechtfertigen.

Wie in der mündlichen Verhandlung vom Zeugen XXXX erläutert, sei die Antragstellerin ohne Aufklärungsersuchen ausgeschieden worden. Die Auftraggeberinnen hätten nach Erhalt des Nachweises über den Beschäftigtenstand zum Stichtag 31.08.2017, in welchem "beschäftigt bis XXXX.2017" angemerkt sei, der Antragstellerin die Gelegenheit zur Aufklärung einräumen müssen, ob Herr XXXX nach dem XXXX.2017 nicht mehr im Unternehmen der Antragstellerin beschäftigt sei. Der Umstand, dass sämtliche Beschäftigte der Antragstellerin stets pünktlich sozialversicherungsrechtlich gemeldet worden seien, spreche für die Antragstellerin. Eine einzige verspätete Anmeldung sei daher auf einen minderen Grad des Versehens zurückzuführen. Wäre der Antragstellerin vor der

Ausscheidensentscheidung die Gelegenheit zur Aufklärung eingeräumt worden, wäre ihr aufgefallen, dass die Anmeldung des Herrn XXXX als geringfügig Beschäftigter bei der Sozialversicherung nicht erfolgt sei und hätte sie dies bereits damals richtigstellen können. Eine Änderung des Angebots der Antragstellerin - wie in der mündlichen Verhandlung moniert worden sei - sei dadurch nicht erfolgt, da eine durchgehende Beschäftigung des Herrn XXXX bei der Antragstellerin ohnehin gegeben gewesen sei.

Zu den Ausführungen der Auftraggeberinnen in der Stellungnahme vom 02.03.2018 führte die Antragstellerin aus, dass die Darstellung, dass "das Beschäftigungsverhältnis von Herrn XXXX mit XXXX.2017 endete, dieser sodann tatsächlich in keinem Beschäftigungsverhältnis zur Antragstellerin stand", unrichtig sei. Die Ergebnisse bei der NÖGKK würden gegenteilig beweisen, dass Herr XXXX ab XXXX.2017 als geringfügig Beschäftigter bei der Antragstellerin tätig gewesen sei. Anderenfalls hätte die NÖGKK keine Beitragszahlungen einheben dürfen. Unrichtig und unbegründet sei die Ausführung, wonach das "Arbeitsverhältnis mit Herrn XXXX nachweislich am XXXX.2017 beendet wurde". Aus dem vorgelegten Arbeitsvertrag gehe kein Nachweis einer Beendigung hervor; die Beweiserhebungen bei der NÖGKK hätten gegenteilig ergeben, dass Herr XXXX ab XXXX.2017 geringfügig beschäftigter Angestellter der Antragstellerin gewesen sei, widrigenfalls eine sozialversicherungsrechtliche Anmeldung nicht rechtmäßig und nicht möglich wäre. Überdies sei unrichtig, dass die Antragstellerin eine "nachträgliche Namhaftmachung eines geringfügig Beschäftigten nach Angebotsfrist" zu verantworten habe. Herr XXXX sei im Angebot genannt und durchgängig bei der Antragstellerin als Angestellter beschäftigt gewesen.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

II.1. Sachverhalt:

Aufgrund der vorgelegten Stellungnahmen, der Bezug nehmenden Beilagen, der Unterlagen des Vergabeverfahrens, des Ergebnisses der mündlichen Verhandlung sowie der seitens der Niederösterreichischen Gebietskrankenkasse übermittelten Auszüge aus dem Elektronischen Datensystem der Sozialversicherungsträger für die Niederösterreichische Gebietskrankenkasse (ELDA-Auszüge) wird folgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Auftraggeberinnen sind die Republik Österreich (Bund), die Inhouse GmbH der Wirtschaftskammern Österreichs sowie weitere Auftraggeber entsprechend der den Ausschreibungsunterlagen beiliegenden Drittkundenlisten. Diese schrieben die verfahrensgegenständliche Leistung "Gütertransporte, Übersiedlungen und Kühllogistik - GZ 3292.02934" in zwei Losen im Juli 2017 als Dienstleistungsauftrag in einem offenem Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung mit dem Ziel des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung mit einem Unternehmer für Los 1 und drei Unternehmern für Los 2 für eine fünfjährige Laufzeit im Oberschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip aus (CPV-Code: 60100000). Der geschätzte Auftragswert beträgt gesamt (für beide Lose) EUR 6.442.000,00 ohne USt; für das verfahrensgegenständliche Los 2 EUR 2.000.000,00 ohne USt; für die Rückübersiedlung der Verwahrstelle des Landesgerichtes Salzburg EUR 200.000,00 ohne USt. Die Angebotsfrist endete ursprünglich am 30. bzw 31.08.2017 und wurde mit der 3. Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen auf den 10.09.2017 verlängert. Die Ausschreibung blieb unangefochten.

Hinsichtlich des Loses 1 wurde die Rahmenvereinbarung am 27.10.2017 abgeschlossen.

Die Antragstellerin beteiligte sich am Vergabeverfahren betreffend Los 2. Die Angebotsöffnung fand am 11.09.2017 statt.

Die maßgeblichen Ausschreibungsbestimmungen lauten auszugsweise wie folgt:

Allgemeine Ausschreibungsbedingungen (AAB):

"5.2 Subunternehmer

5.2.1 Allgemeine Regelungen

34 Der Bieter kann sich zur Durchführung der ausschreibungsgegenständlichen Leistungen auch Subunternehmer bedienen, soweit der Subunternehmer die für die Ausführung des entsprechenden Teils der Leistung erforderliche Befugnis, erforderliche technische, finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sowie die berufliche Zuverlässigkeit gemäß Punkt 6 besitzt.

35 Für den Leistungsteil erforderlich sind jedenfalls die berufliche Zuverlässigkeit sowie die Befugnis. Die finanzielle und wirtschaftliche sowie technische Leistungsfähigkeit muss in dem Ausmaß vorliegen, in dem sie in diesen Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich einem konkreten Leistungsteil zugeordnet ist.

36 Die Weitergabe des gesamten Auftrages und die Weitergabe von kritischen Leistungsteilen ist jedoch unzulässig. Von dieser Bestimmung ausgenommen ist die Weitergabe an verbundene Unternehmen gem. § 2 Z 40 BVerG 2006.

37 Als kritische Leistungsteile gelten:

\* Übersiedlung der Verwahrstelle (Rückübersiedlung LG Salzburg) - Los 2

\* Die Übersiedlung vertraulicher Akten und sensible Gegenstände (z.B. Wertgegenstände, wertvolle/antike Möbel, Kunstgegenstände, Waffen, Suchtgift,...) - Los 2

\* Tätigkeiten der Projektleitung

Im Rahmen eines erneuten Aufrufs zum Wettbewerb können detaillierte Regelungen getroffen werden.

38 Die Haftung des Auftragnehmers wird durch den Einsatz von Subunternehmern nicht berührt.

### 5.2.2 Abgrenzung

39 Subunternehmer ist ein Unternehmer, der Teile des an den Auftragnehmer erteilten Auftrages ausführt.

40 Unternehmen, die keinen Teil des an den zukünftigen Auftragnehmer erteilten Auftrages ausführen, sind keine Subunternehmer. Die bloße Lieferung von Waren oder Bestandteilen an den Auftragnehmer, die zur Erbringung einer Leistung erforderlich sind, ist keine Subunternehmerleistung. Solche Unternehmen müssen daher grundsätzlich nicht im Angebot genannt werden.

41 Unternehmen, die für den Nachweis der Eignung erforderlich oder für die Bewertung nach den Zuschlagskriterien relevant sind, müssen immer im Angebot genannt werden, selbst wenn es sich nicht um Subunternehmer handelt. Die Regelungen für Subunternehmer gelten daher für diese Unternehmen im vollen Umfang.

### 5.2.3 Prüfung der Subunternehmer

42 Alle Subunternehmer müssen bereits im Angebot genannt werden. Eine nachträgliche Nennung im Zuge der Angebotsprüfung ist nicht zulässig.

43 Die Subunternehmer sind im "Formblatt Subunternehmer" unter Angabe des jeweiligen Anteils an der Gesamtleistung anzuführen. Außerdem ist das ausgefüllte und vom Subunternehmer unterfertigte Formblatt "Verpflichtungserklärung" vorzulegen.

44 Die Eignung der Subunternehmer ist in der gleichen Art wie für den Bieter nachzuweisen (gem. Punkt 6). Der Subunternehmer muss jedoch nicht für die gesamte Leistung geeignet sein, sondern nur für den von ihm zu erbringenden Leistungsteil.

[...]

## 6 Eignungskriterien

### 6.1 Allgemeines

47 Der Bieter muss für die Erbringung der angebotenen Leistung geeignet sein. Geeignet sind Unternehmer, die befugt, technisch, finanziell und wirtschaftlich leistungsfähig sowie zuverlässig sind. Die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit muss spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen, widrigenfalls der Bieter ausgeschlossen wird. Die Eignung ist in den Angeboten durch Vorlage der in diesen Ausschreibungsunterlagen beschriebenen Urkunden (Nachweise, Bescheinigungen) darzutun und zu belegen.

48 Erfüllt der Bieter oder die Bietergemeinschaft nicht selbst die definierten Anforderungen, kann er auf die Kapazitäten Dritter verweisen. In diesem Fall sind die Vorgaben gemäß Punkt 5.2 zu berücksichtigen.

[...]

50 Die geforderte Eignung der Vertragsparteien der Rahmenvereinbarung hat bei einem erneuten Aufruf zum Wettbewerb zum Zeitpunkt des Ablaufes der Angebotsfrist weiter vorzuliegen bzw. zu bestehen. Die vergebende Stelle weist darauf hin, dass die von den Parteien der Rahmenvereinbarung geforderte Eignung nicht notwendigerweise auch

für jeden einzelnen auf Grundlage dieser Rahmenvereinbarung abgerufenen Einzelauftrag ausreichend sein muss (z.B. wenn einem Unternehmer die entsprechenden Ressourcen für den konkreten Zeitraum nicht zur Verfügung stehen).

Die BBG behält sich diesbezüglich vor, zur Überprüfung der erforderlichen Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit wiederholt entsprechende Nachweise zu verlangen.

[...]

54 Sofern in den folgenden Bestimmungen nichts Abweichendes geregelt ist, dürfen sämtliche geforderten Nachweise nicht älter als sechs Monate sein. Die BBG behält sich vor, gegebenenfalls im Laufe des Vergabeverfahrens vom Bieter weitere Nachweise für das Fortbestehen seiner Eignung zu verlangen.

[...]

### 6.3 Technische Leistungsfähigkeit

#### 6.3.1 Allgemeines

66 Der Bieter muss die für die Erbringung der Leistung erforderliche technische Leistungsfähigkeit aufweisen.

67 Das Mindestniveau der technischen Leistungsfähigkeit für die Erbringung der Leistungen ist gegeben, wenn zumindest folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

[...]

#### 77 Los 2 - Gütertransporte und Übersiedlungsdienstleistungen

[...]

#### 83 3) Mitarbeiter des Bieters

84 Mindestens 15 fachlich geeigneten Mitarbeitern (Arbeiter und Angestellte) zur Erfüllung ausschreibungsgegenständlicher Leistung gemäß Rahmenvereinbarung, davon mindestens 2 Angestellte (Projektleiter und Partieführer dürfen hier nicht eingerechnet werden)

[...]

#### 6.3.2 Nachweise

91 Zum Nachweis für die technische Leistungsfähigkeit des Bieters zur Erbringung der Leistungen hat dieser mit dem Angebot

\* [...]

\* eine Bestätigung aller genannten Mitarbeiter über die Anmeldung zur Sozialversicherung mittels Anmeldebestätigung der zuständigen Krankenkasse  
beizubringen.

[...]

#### 7.3 Arbeits- und sozialrechtliche Vorschriften

113 Die Erstellung des Angebotes durch den Bieter hat gemäß § 84 BVergG 2006 unter Einhaltung der in Österreich geltenden arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften zu erfolgen. Auch verpflichtet sich der Bieter, bei der Durchführung des Auftrages in Österreich diese Vorschriften einzuhalten.

[...]

#### 7.6 Form und Inhalt des Angebotes

131 Das Angebot hat zu bestehen aus

\* dem Angebotshauptteil

\* dem vollständig ausgefüllten Preisblatt für das jeweils angebotene Los

\* den vollständig ausgefüllten Formblättern (Fragebogen an den Bieter)

\* den Umsetzungskonzepten:

-

BMLVS: Kurzkonzept

-

LG Salzburg: Übersiedlungskonzept inkl. Ablauf- und Personaleinsatzplan (Anzahl der eingesetzten Personen, Zeitplan/Schichtplan, Transporthilfen, etc.)

\* den gemäß Punkt 6 geforderten Nachweisen für die Eignung

\* einem Firmenbuchauszug und/oder den sonstigen Nachweisen für die rechtsgültige Unterfertigung gem. Punkt 7.7

\* dem ausgefüllten Formblatt statistische Information für jedes beteiligte Unternehmen (d.h. auch Einzelpersonen, sofern sie als Bieter, Mitglied einer Bietergemeinschaft oder Subunternehmer auftreten)

132 Das Angebot ist gemäß diesen Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen zu erstellen. Das Angebot muss alle in den Ausschreibungsunterlagen geforderten Angaben und Bestandteile enthalten.

[...]"

Kommerzielle Ausschreibungsbedingungen Rahmenvereinbarung (RV):

"12.3. Eignung

151 Der Auftragnehmer ist verpflichtet der BBG unverzüglich zu melden, wenn er nicht mehr über die in den Ausschreibungsunterlagen definierte Eignung verfügt."

Formblatt Fragebogen:

Bild kann nicht dargestellt werden

Dem Angebot der Antragstellerin liegt das "Formblatt Fragebogen" ausgefüllt bei. Darin werden zwei Angestellte als Mitarbeiter namentlich bezeichnet, darunter Herr XXXX. Darüber hinaus macht die Antragstellerin im "Formblatt Subunternehmer" die XXXX, als Subunternehmerin namhaft. Den von dieser zu erbringenden Leistungsteil bezeichnet die Antragstellerin als "XXXX" zu einem ungefähren Wert von XXXX %.

Mit als "Nachforderung" bezeichnetem Schreiben vom 24.11.2017 wurde die Antragstellerin von der vergebenden Stelle, der Bundesbeschaffung GmbH (BBG), aufgefordert, Nachweise bzw Dokumente gemäß den Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen nachzubringen. So wurde sie zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit nach Punkt 6.3 der AAB zur Übermittlung einer Bestätigung aller genannten Mitarbeiter über die Anmeldung zur Sozialversicherung mittels Anmeldebestätigung der zuständigen Krankenkasse aufgefordert, wobei der Nachweis nicht älter als sechs Monate sein durfte.

Die Antragstellerin übermittelte fristgerecht für die Antragstellerin, die XXXX, ein Dokument "WEBEKU-Beschäftigtenstand" der Niederösterreichischen Gebietskrankenkasse, Erstellzeitpunkt:

28.11.2017, Stichtag: 31.08.2017. Dieses Dokument beinhaltet betreffend Herrn XXXX ua folgende Eintragungen: "Berufsgruppe:

Angestellter"; "Beschäftigungsausmaß: vollversichert"; Beschäftigt von: XXXX.2017"; "Beschäftigt bis: XXXX2017".

Zwischen der XXXX. und Herrn XXXX wurde am XXXX2017 ein Arbeitsvertrag abgeschlossen, demzufolge vereinbart wurde, dass Herr XXXX XXXX Herr XXXX wurde erstmals am XXXX.2017 durch die XXXX. bei der Niederösterreichischen Gebietskrankenkasse mit einem Beschäftigungsausmaß von XXXX Stunden/Woche angemeldet (ELDA-Auszug:

Übermittlung der Anmeldung am XXXX.2017; Tag der Beschäftigungsaufnahme: XXXX.2017). Am XXXX.2017 wurde Herr XXXX durch die XXXX. unter Angabe eines Abmeldegrundes bei der Niederösterreichischen Gebietskrankenkasse wieder abgemeldet (ELDA-Auszug: Übermittlung der Abmeldung am XXXX.2017; Ende der Beschäftigung:XXXX.2017). Am XXXX.2018 wurde Herr XXXX durch die XXXX. bei der Niederösterreichischen Gebietskrankenkasse mit einem Beschäftigungsausmaß von XXXX Stunden/Woche angemeldet (ELDA-Auszug:

Übermittlung der Anmeldung am XXXX.2018; Tag der Beschäftigungsaufnahme: XXXX.2017). Eine Änderungsmeldung dahingehend, dass bei Fortbestand des Beschäftigungsverhältnisses nunmehr die Voraussetzungen für eine geringfügige Beschäftigung vorliegen würden, erfolgte nicht. Herr XXXX war von XXXX.2017 bis XXXX2017 bei der XXXX

beschäftigt. Herr XXXX hat seine Tätigkeit im Betrieb der Antragstellerin nach dessen Abmeldung bei der Niederösterreichischen Gebietskrankenkasse mit XXXX.2017 beendet und war in der Folge im XXXX Tochterunternehmen der Antragstellerin tätig. Festgestellt wird überdies, dass die Möglichkeit der Wiedereinstellung des Herrn XXXX bei der Antragstellerin vereinbart wurde.

Am 05.01.2018 wurde der Antragstellerin mitgeteilt, "dass Ihr Angebot von der Teilnahme am Vergabeverfahren ausgeschlossen werden muss, weil es gemäß § 129 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 wesentliche Kriterien der geforderten Eignung hinsichtlich der technischen Leistungsfähigkeit nicht erfüllt. Dies deshalb, weil das Eignungskriterium Mitarbeiter des Bieters nicht erfüllt wird, da die geforderte Anzahl an Angestellten (mindestens 2 sind erforderlich) mit dem Ausscheiden von Herrn XXXX aus Ihrem Unternehmen nicht mehr gegeben ist."

Am 10.01.2018 fand zwischen Vertretern der Antragstellerin (RA XXXX) und Vertretern der vergebenden Stelle (XXXX) eine Besprechung in den Räumlichkeiten der BBG statt, im Rahmen dessen der Grund für die Entscheidung, das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden, erörtert wurde. Bei diesem Gespräch wurde von Seiten der Vertreter der Antragstellerin nicht auf eine aufrechte geringfügige Beschäftigung von Herrn XXXX bei der Antragstellerin hingewiesen und es wurden keine entsprechenden Belege dafür angeboten bzw vorgelegt.

Am 15.01.2018 brachte die Antragstellerin den gegenständlichen Nachprüfungsantrag ein.

Via auftrag.at (eTendering Nachricht) wurde der Antragstellerin am 19.01.2018 bekannt gegeben, die Rahmenvereinbarung hinsichtlich des Loses 2 mit der XXXX einerseits und der XXXX. andererseits abschließen zu wollen.

Mit Schriftsatz vom 29.01.2018, beim Bundesverwaltungsgericht am selben Tag eingelangt, brachte die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag gegen die Entscheidung über die Auswahl der Rahmenvereinbarungspartner beim Bundesverwaltungsgericht ein. Gleichzeitig beantragte sie die Untersagung des Abschlusses der Rahmenvereinbarung hinsichtlich des gegenständlichen Vergabeverfahrens. Mit Beschluss vom 02.02.2018, GZ W139 2184493-1/2E, wurde dem Antrag bezüglich der begehrten Sicherungsmaßnahme hinsichtlich des verfahrensgegenständlichen Loses 2 stattgegeben.

Am 14.02.2018 übermittelte die Antragstellerin dem Bundesverwaltungsgericht ein Dokument "WEBEKU-Beschäftigtenstand" der Niederösterreichischen Gebietskrankenkasse, Erstzeitpunkt:

26.01.2018, Stichtag: 26.01.2018. Dieses Dokument beinhaltet betreffend Herrn XXXX ua folgende Eintragungen: "Berufsgruppe:

Angestellter"; "Beschäftigungsausmaß: geringfügig beschäftigt"; "Beschäftigt von: XXXX.2017". Unter "Beschäftigt bis:" findet sich keine Eintragung.

Es wurde weder eine Rahmenvereinbarung (betreffend das verfahrensgegenständliche Los 2) abgeschlossen bzw ein Zuschlag erteilt noch wurde eine Widerrufsentscheidung bekanntgegeben oder der Widerruf erklärt.

## II.2. Beweiswürdigung:

Beweis wurde erhoben durch die eingangs (unter II.1.) angeführten Beweismittel. Bei der Beweiswürdigung haben sich gegen die Echtheit und Richtigkeit der vorliegenden Unterlagen des Vergabeverfahrens keine Bedenken ergeben. Der maßgebliche Sachverhalt findet Deckung in den von den Verfahrensparteien eingebrachten Schriftsätzen, den Vergabeunterlagen, den ELDA-Auszügen und den Angaben in der mündlichen Verhandlung. Der sich aus den ELDA-Auszügen ergebende Verlauf der Meldungen bei der Niederösterreichischen Gebietskrankenkasse blieb unbestritten.

Soweit das Bundesverwaltungsgericht seinen Feststellungen zugrunde legt, dass Herr XXXX bis XXXX2017 bei der Antragstellerin beschäftigt war, nach dem XXXX2017 kein Arbeitsverhältnis zur Antragstellerin hatte und bei der Besprechung vom 10.01.2018 zwischen Vertretern der Antragstellerin und Vertretern der vergebenden Stelle seitens der Vertreter der Antragstellerin nicht auf eine geringfügige Beschäftigung des Herrn XXXX verwiesen wurde, gründet dies auf den folgenden Überlegungen:

Zum einen war maßgeblich zu berücksichtigen, dass von der Antragstellerin selbst im Rahmen ihres Nachprüfungsantrages tragend zu den Gründen der Rechtswidrigkeit der Ausscheidensentscheidung ausgeführt wurde, die Ansicht der Auftraggeberinnen, dass die Bieter zu jedem Zeitpunkt die erforderliche Eignung aufrechterhalten müssten, stehe in krassem Widerspruch zu den bestandsfesten Ausschreibungsbestimmungen. Diese

würden nämlich allesamt auf den Zeitpunkt der Angebotsöffnung (bzw des Endes der Angebotsfrist) abstellen. Demgemäß betont die Antragstellerin, dass sie erklärt und nachgewiesen habe, dass sie zum Ende der Angebotsfrist am 11.09.2017, 10:00 Uhr, über 15 Mitarbeiter und davon zwei Angestellte verfügt habe. Wäre die Antragstellerin demnach bereits zum Zeitpunkt der Antragstellung tatsächlich vom Vorliegen eines durchgängig aufrechten Beschäftigungsverhältnisses des Herrn XXXX ausgegangen, dann hätte sie nicht mit der - ihrer Meinung nach - unrichtigen Ansicht der Auftraggeberinnen, wonach die Eignung auch nach Angebotsöffnung nicht verloren gehen dürfe, argumentieren und den Zeitpunkt der Angebotsöffnung (bzw des Endes der Angebotsfrist) besonders hervorkehren müssen.

Zum anderen führt die Antragstellerin in ihrem Nachprüfungsantrag aus, sie habe den in ihrem Angebot angeführten Angestellten im XXXX in ein verbundenes Unternehmen entsendet, um dort zu Fortbildungszwecken tätig zu sein. Mit keinem Wort wird dabei eine, wenn auch nur geringfügige, Beschäftigung bei der Antragstellerin erwähnt oder auch nur ansatzweise angedeutet. Dies verwundert nicht und ist auch schlüssig und nachvollziehbar, steht dies doch auch in Einklang mit den Meldungen bei der Niederösterreichischen Gebietskrankenkasse, deren Verlauf zweifelsfrei offenbart, dass Herr XXXX im Zeitpunkt der Antragstellung nicht, und auch nicht als geringfügig beschäftigter Angestellter der Antragstellerin bei der Niederösterreichischen Gebietskrankenkasse gemeldet war. Ansonsten hätte die Antragstellerin wohl jedenfalls bereits mit dem Nachprüfungsantrag einen entsprechenden Nachweis über eine geringfügige Beschäftigung des von ihr bezeichneten Angestellten zumindest angeboten. Tatsächlich übermittelte sie einen weiteren Nachweis über den Beschäftigtenstand mit Erstzeitpunkt und Stichtag 26.01.2018 aber erst im Rahmen ihrer Stellungnahme vom 14.02.2018.

Nach dem Dafürhalten des Gerichtes vermittelt daher das anfängliche Vorbringen der Antragstellerin in seiner Gesamtheit klar den Eindruck, dass die Antragstellerin eine nur vorübergehende Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses mit Herrn XXXX als "unproblematisch" und mangels zeitnaher Entscheidung über die Rahmenvereinbarungspartner als gerechtfertigt erachtete, hätte Herr XXXX doch - mit den Worten der Antragstellerin - "zu jedem Zeitpunkt operativ für die Antragstellerin tätig sein können". Dahingehend lassen sich auch die Aussagen des Zeugen XXXX deuten, nämlich, dass man Herrn XXXX fü

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

© 2024 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)