

TE Verg Bescheid 2012/1/26 VKS-12681/11

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 26.01.2012

Norm

WVRG 2007 §1 Abs1

WVRG 2007 §2 Abs1

WVRG 2007 §11 Abs1 und 2

WVRG 2007 §13

WVRG 2007 §18

WVRG 2007 §19

WVRG 2007 §20

WVRG 2007 §24 Abs1

WVRG 2007 §25 Abs1

WVRG 2007 §31 WVRG 2007 in Verbindung mit

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitdd

BVergG 2006 §3 Abs1 Z1

BVergG 2006 §6

BVergG 2006 §20

BVergG 2006 §76

BVergG 2006 §345

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 § 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 § 6 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
-
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 § 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 § 345 gültig von 27.02.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 345 gültig von 12.07.2013 bis 26.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 345 gültig von 24.05.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2012
4. BVergG 2006 § 345 gültig von 17.02.2012 bis 23.05.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
5. BVergG 2006 § 345 gültig von 05.03.2010 bis 17.02.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
6. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2008
7. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
8. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.02.2006 bis 26.11.2007

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** und die Mitglieder *** über den Antrag der Bewerbergemeinschaft ***, vertreten durch Vavrovsky + Herbst Kinsky Rechtsanwälte GmbH in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung, betreffend die Vergabe des Dienstleistungsauftrages "Aufbau und Betrieb von Sterilgut-Versorgungszentren (AEMP) des Wiener Krankenanstaltenverbundes" durch die Stadt Wien - Unternehmung Wiener Krankenanstaltenverbund, Generaldirektion Geschäftsbereich Strategischer Einkauf, Thomas Klestil Platz 7/1, 1030 Wien, vertreten durch Schramm Öhler Rechtsanwälte in Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1) Ziffer eins

Der Antrag, die Entscheidung der Antragsgegnerin vom 23.11.2011, die Antragstellerin zur Teilnahme an der zweiten Stufe des Verhandlungsverfahrens nicht zuzulassen, für nichtig zu erklären, wird abgewiesen.

1. 2) Ziffer 2

Die einstweilige Verfügung vom 12.12.2011 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.

1. 3) Ziffer 3

Die Antragstellerin hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.

Rechtsgrundlagen: §§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 11 Abs. 1 und 2, 13, 18, 19, 20, 24 Abs. 1, 25 Abs. 1, 31 WVRG 2007 in Verbindung mit §§ 2 Z 16 lit. a sublit. dd, 3 Abs. 1 Z 1, 6, 20, 76, 345 BVergG 2006
Rechtsgrundlagen: Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 11, Absatz eins und 2, 13, 18, 19, 20, 24 Absatz eins, 25, Absatz eins, 31, WVRG 2007 in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d., 3 Absatz eins, Ziffer eins, 6, 20, 76, 345, BVergG 2006

Begründung

Die Stadt Wien - Wiener Krankenanstaltenverbund (im folgenden Antragsgegnerin genannt) führt ein zweistufiges Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages. Gegenstand der ausgeschriebenen Leistungen ist der Aufbau und der Betrieb von Sterilgut-Versorgungszentren im Bereich des Wiener Krankenanstaltenverbundes. Die Bekanntmachung ist im Amtsblatt der EU am 9.7.2011, Zl. 2011/S130-216335, erfolgt. Der Zuschlag soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen. Neben anderen Bietern hat sich auch die Antragstellerin durch rechtzeitige Abgabe eines Teilnahmeantrages am Vergabeverfahren beteiligt.

Mit E-Mail vom 23.11.2011 hat ihr die Antragsgegnerin mitgeteilt, sie nicht zur Teilnahme an der zweiten Stufe des Vergabeverfahrens zuzulassen. Als Gründe für diese Entscheidung werden angeführt, dass die Antragstellerin nach Abgabe ihres Teilnahmeantrages unzulässiger Weise eine Bewerbergemeinschaft gebildet habe. Weiters habe die Antragstellerin die Eignung ihres Unternehmens im Hinblick auf das erforderliche Personal nicht nachgewiesen. Insgesamt sei der Teilnahmeantrag der Antragstellerin mit 40 Punkten bewertet worden. Der an dritter Stelle gereichte Bewerber habe gesamt 90 Punkte erhalten, weshalb die Antragstellerin nicht in die zweite Stufe des Verfahrens zuzulassen sei.

Dagegen richtet sich der am 2.12.2011 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 WVRG 2007) in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangte Antrag mit dem Begehren, die Nicht-Zulassung der Antragstellerin zur Teilnahme an der zweiten Stufe des Vergabeverfahrens für nichtig zu erklären, eine einstweilige Verfügung zu erlassen, eine

mündliche Verhandlung durchzuführen sowie auf Kostenersatz. Im Wesentlichen führt die Antragstellerin aus, die von ihr angezeigte Bildung einer Bewerbergemeinschaft sei sowohl "auf Grund des BVergG 2006 als auch nach den maßgebenden Bestimmungen im Teilnahmeantrag zulässig und im weiteren Verfahren zu berücksichtigen". Durch die von der Antragstellerin am 8.9.2011 angezeigte Bildung einer Bewerbergemeinschaft, in welcher ein von der Antragstellerin im Teilnahmeantrag angeführter Subunternehmer nunmehr Mitglied der Bietergemeinschaft sein solle, werde weder gegen die Teilnahmeunterlagen noch gegen vergaberechtliche Grundsätze verstoßen. Die Zusammensetzung der bekanntgegebenen Unternehmen habe sich insofern durch die Anzeige der Bildung einer Bewerbergemeinschaft nicht geändert, weil sich auch nach dieser Anzeige dieselben Unternehmen zur solidarischen Leistungserbringung zusammengeschlossen hätten. Auch die Identität des Zusammenschlusses habe sich insofern rechtlich nicht geändert, "weil nach den konkreten Bestimmungen des Vergabeverfahrens sowohl die zu einer Bewerbergemeinschaft zusammengeschlossenen Unternehmen als auch die in Form eines Subauftragsverhältnisses zusammengeschlossenen Unternehmen jeweils solidarisch gegenüber der Auftraggeberin haften". Letztlich bestünde weder eine vertragliche, noch bestehe eine gesetzliche Verpflichtung, wonach die an der Einreichung eines Angebotes Interessierten, dem Auftraggeber die Bildung einer Bieter- oder Arbeitsgemeinschaft vor Ablauf der halben Angebotsfrist mitzuteilen haben. In weiterer Folge stützte sich die Antragstellerin auf die Bestimmung des § 20 Abs. 2 BVergG 2006 und vertritt in diesem Zusammenhang die Ansicht, dass eine Anzeige der Bildung einer Bietergemeinschaft "umso mehr während der gesamten Teilnahmefrist möglich sein muss". Da die von der Antragstellerin angezeigte Bildung einer Bewerbergemeinschaft sowohl auf Grund des BVergG 2006 als auch nach den maßgebenden Bestimmungen in den Teilnahmeunterlagen zulässig sei, wäre die Bewerbergemeinschaft im weiteren Vergabeverfahren zu berücksichtigen. Die Nicht-Zulassungsentscheidung sei daher rechtswidrig "und damit mit Nichtigkeit belastet". Soweit die Antragsgegnerin die Nicht-Zulassung der Antragstellerin mit der fehlenden Eignung derselben begründe, sei dies unrichtig, weil im Hinblick auf die nachträglich angezeigte Bildung einer Bewerbergemeinschaft das benötigte Personal nicht von einer Subunternehmerin sondern von einem Mitglied der Bietergemeinschaft gestellt werde. Dieses Personal erfülle die geforderten Eignungskriterien, womit die Eignung der Antragstellerin als Bewerbergemeinschaft aus diesem Grunde gegeben sei. Die Antragsgegnerin habe die Nicht-Zulassung der Antragstellerin zur Teilnahme am Vergabeverfahren auch damit begründet, dass sie auf Grund der Auswahlkriterien lediglich an fünfter Stelle gereiht wurde. Diese Reihung sei falsch, weil bei der Bewertung des Teilnahmeantrages die vom Bewerbergemeinschaftsmitglied erbrachten Eignungsnachweise uneingeschränkt zu berücksichtigen gewesen wären. Dagegen richtet sich der am 2.12.2011 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007) in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangte Antrag mit dem Begehren, die Nicht-Zulassung der Antragstellerin zur Teilnahme an der zweiten Stufe des Vergabeverfahrens für nichtig zu erklären, eine einstweilige Verfügung zu erlassen, eine mündliche Verhandlung durchzuführen sowie auf Kostenersatz. Im Wesentlichen führt die Antragstellerin aus, die von ihr angezeigte Bildung einer Bewerbergemeinschaft sei sowohl "auf Grund des BVergG 2006 als auch nach den maßgebenden Bestimmungen im Teilnahmeantrag zulässig und im weiteren Verfahren zu berücksichtigen". Durch die von der Antragstellerin am 8.9.2011 angezeigte Bildung einer Bewerbergemeinschaft, in welcher ein von der Antragstellerin im Teilnahmeantrag angeführter Subunternehmer nunmehr Mitglied der Bietergemeinschaft sein solle, werde weder gegen die Teilnahmeunterlagen noch gegen vergaberechtliche Grundsätze verstoßen. Die Zusammensetzung der bekanntgegebenen Unternehmen habe sich insofern durch die Anzeige der Bildung einer Bewerbergemeinschaft nicht geändert, weil sich auch nach dieser Anzeige dieselben Unternehmen zur solidarischen Leistungserbringung zusammengeschlossen hätten. Auch die Identität des Zusammenschlusses habe sich insofern rechtlich nicht geändert, "weil nach den konkreten Bestimmungen des Vergabeverfahrens sowohl die zu einer Bewerbergemeinschaft zusammengeschlossenen Unternehmen als auch die in Form eines Subauftragsverhältnisses zusammengeschlossenen Unternehmen jeweils solidarisch gegenüber der Auftraggeberin haften". Letztlich bestünde weder eine vertragliche, noch bestehe eine gesetzliche Verpflichtung, wonach die an der Einreichung eines Angebotes Interessierten, dem Auftraggeber die Bildung einer Bieter- oder Arbeitsgemeinschaft vor Ablauf der halben Angebotsfrist mitzuteilen haben. In weiterer Folge stützte sich die Antragstellerin auf die Bestimmung des Paragraph 20, Absatz 2, BVergG 2006 und vertritt in diesem Zusammenhang die Ansicht, dass eine Anzeige der Bildung einer Bietergemeinschaft "umso mehr während der gesamten Teilnahmefrist möglich sein muss". Da die von der Antragstellerin angezeigte Bildung einer Bewerbergemeinschaft sowohl auf Grund des BVergG 2006 als auch nach den maßgebenden Bestimmungen in den Teilnahmeunterlagen zulässig sei, wäre die Bewerbergemeinschaft im weiteren Vergabeverfahren zu berücksichtigen. Die Nicht-

Zulassungsentscheidung sei daher rechtswidrig "und damit mit Nichtigkeit belastet". Soweit die Antragsgegnerin die Nicht-Zulassung der Antragstellerin mit der fehlenden Eignung derselben begründe, sei dies unrichtig, weil im Hinblick auf die nachträglich angezeigte Bildung einer Bewerbungsgemeinschaft das benötigte Personal nicht von einer Subunternehmerin sondern von einem Mitglied der Bietergemeinschaft gestellt werde. Dieses Personal erfülle die geforderten Eignungskriterien, womit die Eignung der Antragstellerin als Bewerbungsgemeinschaft aus diesem Grunde gegeben sei. Die Antragsgegnerin habe die Nicht-Zulassung der Antragstellerin zur Teilnahme am Vergabeverfahren auch damit begründet, dass sie auf Grund der Auswahlkriterien lediglich an fünfter Stelle gereiht wurde. Diese Reihung sei falsch, weil bei der Bewertung des Teilnahmeantrages die vom Bewerbungsgemeinschaftsmitglied erbrachten Eignungsnachweise uneingeschränkt zu berücksichtigen gewesen wären.

Für den Fall, dass die Bildung der Bewerbungsgemeinschaft, aus welchem Grunde auch immer, nicht zulässig oder nicht rechtsgültig erfolgt sein sollte, wovon die Antragstellerin nicht ausgehe, ist Antragstellerin des gegenständlichen Nachprüfungsantrages ausschließlich die "****GmbH & Co KG" (einleitender Schriftsatz Seite 3).

Im Hinblick darauf, dass es sich beim Bewerbungsgemeinschaftsmitglied *** der Antragstellerin um keine Subunternehmerin handle, sei auch die geforderte Eignung zum Zeitpunkt der angefochtenen Entscheidung gegeben. Bei richtiger Bewertung der vom Bewerbungsgemeinschaftsmitglied *** erbrachten Eignungsnachweise, wäre der Teilnahmeantrag der Antragstellerin in jedem Fall unter die ersten drei Plätze zu reihen gewesen und müsste die Antragstellerin insofern zur Teilnahme an der zweiten Stufe des Vergabeverfahrens zugelassen bzw. eingeladen werden. Da die von der Antragsgegnerin angezogenen Gründe nicht vorlägen, wäre die Nicht-Zulassung zur Teilnahme an der zweiten Stufe des Vergabeverfahrens für nichtig zu erklären.

Die Antragstellerin habe als Unternehmen, deren primärer Unternehmensgegenstand das Management und die Betriebsführung von Gesundheitseinrichtungen ist, ein eminentes Interesse am gegenständlichen Vertragsabschluss. Durch die Nicht-Zulassung drohe der Antragstellerin der Verlust der bisher aufgewendeten Kosten für die Teilnahme am Vergabeverfahren. Sie habe auch erhebliches Erfüllungsinteresse an der Durchführung des gegenständlichen Auftrages.

Durch die angefochtene Entscheidung fühlt sich die Antragstellerin in ihrem Recht auf Zulassung zur Teilnahme an der zweiten Stufe des Vergabeverfahrens, auf Feststellung der Eignung der Antragstellerin im gegenständlichen Vergabeverfahren, auf richtige Reihung der Antragstellerin gemäß den bekanntgegebenen Auswahlkriterien, auf Durchführung eines fairen, nicht diskriminierenden Verfahrens sowie in ihrem Recht auf Einladung zur Abgabe eines Angebotes im gegenständlichen Vergabeverfahren verletzt. Die zur Sicherung ihrer Rechtsposition beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 12.12.2011 antragsgemäß erlassen. Diesbezüglich kann, um Wiederholungen zu vermeiden, auf den Inhalt dieses beiden Teilen zugegangenen Bescheides verwiesen werden.

Mit Schriftsatz vom 13.12.2011 hat die Antragsgegnerin in der Sache Stellung genommen, die Abweisung der gestellten Anträge begehrt und zunächst vorgebracht, der Antragstellerin würde es an der erforderlichen Antragslegitimation fehlen. Der Teilnahmeantrag sei von der "**** GmbH & Co KG" (im folgenden ***) und nicht von einer Bewerbungsgemeinschaft bestehend aus *** und der *** GmbH (im folgenden ***) gestellt worden. Der Nachprüfungsantrag werde von einer Bietergemeinschaft, die nicht den Teilnahmeantrag gestellt habe, erhoben. Er wäre daher als unzulässig zurückzuweisen. Im übrigen bringt die Antragsgegnerin vor, dass die Nicht-Zulassung zur zweiten Stufe des Vergabeverfahrens berechtigt sei, weil die Antragstellerin mehrfach gegen Bestimmungen des Teilnahmeantrages verstoßen habe. Mit Unterzeichnung des Teilnahmeantrages habe sich die Antragstellerin im Falle der Teilnahme am weiteren Vergabeverfahren zur Angebotslegung in unveränderter Zusammensetzung verpflichtet. Gegen diese Bestimmung verstoße die Antragstellerin durch Bildung einer Bewerbungsgemeinschaft. Die Bestimmung des § 20 Abs. 2 BVergG 2006, auf die sich die Antragstellerin berufe, sei gegenständlich nicht anwendbar, weil diese eindeutig auf die zweite Stufe des Vergabeverfahrens abstelle (aufgeforderte Bewerber). Die Antragstellerin erfülle auch nicht die technische Leistungsfähigkeit, wie sie in den Teilnahmeunterlagen gefordert werde. Nach den Bestimmungen der Teilnahmeunterlagen sei es auch nicht zulässig, sich zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit bezüglich des Personals auf einen Subunternehmer zu berufen, was die Antragstellerin jedoch getan habe. Mit eigenem Personal könne die Antragstellerin jedoch die geforderte Leistungsfähigkeit nicht nachweisen. Da das Personal der Subunternehmerin bei der Beurteilung der technischen Leistungsfähigkeit nicht berücksichtigt werden konnte, habe die Antragstellerin nur die ihr mitgeteilte geringe Punkteanzahl erreicht. Mit Schriftsatz vom 13.12.2011 hat die Antragsgegnerin in der Sache Stellung genommen, die Abweisung der gestellten

Anträge begehrt und zunächst vorgebracht, der Antragstellerin würde es an der erforderlichen Antragslegitimation fehlen. Der Teilnahmeantrag sei von der "*** GmbH & Co KG" (im folgenden ***) und nicht von einer Bewerbungsgemeinschaft bestehend aus *** und der *** GmbH (im folgenden ***) gestellt worden. Der Nachprüfungsantrag werde von einer Bietergemeinschaft, die nicht den Teilnahmeantrag gestellt habe, erhoben. Er wäre daher als unzulässig zurückzuweisen. Im übrigen bringt die Antragsgegnerin vor, dass die Nicht-Zulassung zur zweiten Stufe des Vergabeverfahrens berechtigt sei, weil die Antragstellerin mehrfach gegen Bestimmungen des Teilnahmeantrages verstoßen habe. Mit Unterzeichnung des Teilnahmeantrages habe sich die Antragstellerin im Falle der Teilnahme am weiteren Vergabeverfahren zur Angebotslegung in unveränderter Zusammensetzung verpflichtet. Gegen diese Bestimmung verstoße die Antragstellerin durch Bildung einer Bewerbungsgemeinschaft. Die Bestimmung des Paragraph 20, Absatz 2, BVergG 2006, auf die sich die Antragstellerin berufe, sei gegenständlich nicht anwendbar, weil diese eindeutig auf die zweite Stufe des Vergabeverfahrens abstelle (aufgeforderte Bewerber). Die Antragstellerin erfülle auch nicht die technische Leistungsfähigkeit, wie sie in den Teilnahmeunterlagen gefordert werde. Nach den Bestimmungen der Teilnahmeunterlagen sei es auch nicht zulässig, sich zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit bezüglich des Personals auf einen Subunternehmer zu berufen, was die Antragstellerin jedoch getan habe. Mit eigenem Personal könne die Antragstellerin jedoch die geforderte Leistungsfähigkeit nicht nachweisen. Da das Personal der Subunternehmerin bei der Beurteilung der technischen Leistungsfähigkeit nicht berücksichtigt werden konnte, habe die Antragstellerin nur die ihr mitgeteilte geringe Punktzahl erreicht.

Darauf hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 21.12.2011 unter Wiederholung ihrer bereits bekannten Standpunkte geantwortet und betont, dass ihrer Ansicht nach die von ihr am 8.9.2011 gemäß § 20 Abs. 2 BVergG 2006 angezeigte Bildung einer Bewerbungsgemeinschaft zulässig und von der Antragsgegnerin zu berücksichtigen gewesen wäre. Damit hätte die Antragstellerin jedoch als Bietergemeinschaft die in den Teilnahmeunterlagen geforderte technische Leistungsfähigkeit hinsichtlich des Personals ausreichend nachgewiesen. Durch die gegenständliche Bildung einer Bewerbungsgemeinschaft sei weder die Zusammensetzung der vier im Teilnahmeantrag der Antragstellerin namhaften gemachten Unternehmen noch die rechtliche Qualität der Zusammenarbeit (Zusammensetzung) geändert worden. "Sowohl bei der Zusammenarbeit in der Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, als welche eine Bewerbungsgemeinschaft zu qualifizieren ist, als auch bei der Abwicklung als Subunternehmer schulden die jeweiligen Unternehmen die solidarische Leistungserbringung gegenüber dem Auftraggeber." Durch die nachträgliche Bildung einer Bewerbungsgemeinschaft sei keine Verbesserung der Wettbewerbsstellung der Antragstellerin gegeben. Darauf hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 21.12.2011 unter Wiederholung ihrer bereits bekannten Standpunkte geantwortet und betont, dass ihrer Ansicht nach die von ihr am 8.9.2011 gemäß Paragraph 20, Absatz 2, BVergG 2006 angezeigte Bildung einer Bewerbungsgemeinschaft zulässig und von der Antragsgegnerin zu berücksichtigen gewesen wäre. Damit hätte die Antragstellerin jedoch als Bietergemeinschaft die in den Teilnahmeunterlagen geforderte technische Leistungsfähigkeit hinsichtlich des Personals ausreichend nachgewiesen. Durch die gegenständliche Bildung einer Bewerbungsgemeinschaft sei weder die Zusammensetzung der vier im Teilnahmeantrag der Antragstellerin namhaften gemachten Unternehmen noch die rechtliche Qualität der Zusammenarbeit (Zusammensetzung) geändert worden. "Sowohl bei der Zusammenarbeit in der Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, als welche eine Bewerbungsgemeinschaft zu qualifizieren ist, als auch bei der Abwicklung als Subunternehmer schulden die jeweiligen Unternehmen die solidarische Leistungserbringung gegenüber dem Auftraggeber." Durch die nachträgliche Bildung einer Bewerbungsgemeinschaft sei keine Verbesserung der Wettbewerbsstellung der Antragstellerin gegeben.

Zu dieser Stellungnahme hat die Antragsgegnerin am 20.1.2012 ergänzend ausgeführt, dass ihrer Ansicht nach in Folge der Bildung einer Bewerbungsgemeinschaft die Antragslegitimation der Antragstellerin nicht gegeben sei. Weiters weist sie darauf hin, dass die Antragstellerin mit der Bildung einer Bewerbungsgemeinschaft gegen Punkt drei der Teilnahmeunterlagen verstoßen habe. Durch die Aufnahme des Subunternehmers *** in eine Bewerbungsgemeinschaft habe die Antragstellerin ihre Wettbewerbsstellung unzulässiger Weise verbessert. Trotz Aufforderung zur Mängelbehebung habe die Antragstellerin keine im Sinne der Teilnahmeunterlagen geeigneten Personen bekannt gegeben, sondern habe an der Eignung einer namhaft gemachten Stellvertreterin festgehalten, obwohl diese nicht im Unternehmen der Antragstellerin beschäftigt ist. Der Antragstellerin sei es daher nicht gelungen die nach den Teilnahmebedingungen geforderte technische Leistungsfähigkeit nachzuweisen.

Ergänzend zu dem eingangs wiedergegebenen, als unstrittig anzusehenden Sachverhalt, trifft der Vergabekontrollsenat anhand des Inhaltes der von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten, der Schriftsätze der am Verfahren

beteiligten, die auch jeweils der Gegenseite mit der Möglichkeit zur Äußerung zugestellt wurden, sowie dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung vom 26.1.2012 folgende weitere, entscheidungserhebliche Feststellungen:

Bei der Antragsgegnerin Stadt Wien - Krankenanstaltenverbund handelt es sich um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 1 BVerG 2006. Sie führt ein zweistufiges Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages, nämlich der im Punkt 2.1 der Teilnahmeunterlagen näher beschriebenen Betriebsführungsleistungen von Aufbereitungseinheiten für Medizinprodukte. Diese Leistungen inkludieren sowohl Management-, Steuerungsleistungen (Führungskräfte) als auch die Wahrnehmung der operativen Aufbereitungstätigkeiten selbst (Betriebspersonal). Die Produktionsmenge für die Antragsgegnerin an allen ihren Standorten beträgt derzeit rund 250.000 Sterilguteinheiten. Die Versorgungsleistungen sind so zu planen, dass über den gesamten Zeitraum der Vertragslaufzeit von 10 Jahren die Versorgungssicherheit - auch bei eventuellen zukünftigen Leistungsveränderungen - innerhalb des KAV sichergestellt ist. Die Bekanntmachung im Amtsblatt der EU ist ordnungsgemäß erfolgt. Die Vergabe soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen. Bei der Antragsgegnerin Stadt Wien - Krankenanstaltenverbund handelt es sich um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVerG 2006. Sie führt ein zweistufiges Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages, nämlich der im Punkt 2.1 der Teilnahmeunterlagen näher beschriebenen Betriebsführungsleistungen von Aufbereitungseinheiten für Medizinprodukte. Diese Leistungen inkludieren sowohl Management-, Steuerungsleistungen (Führungskräfte) als auch die Wahrnehmung der operativen Aufbereitungstätigkeiten selbst (Betriebspersonal). Die Produktionsmenge für die Antragsgegnerin an allen ihren Standorten beträgt derzeit rund 250.000 Sterilguteinheiten. Die Versorgungsleistungen sind so zu planen, dass über den gesamten Zeitraum der Vertragslaufzeit von 10 Jahren die Versorgungssicherheit - auch bei eventuellen zukünftigen Leistungsveränderungen - innerhalb des KAV sichergestellt ist. Die Bekanntmachung im Amtsblatt der EU ist ordnungsgemäß erfolgt. Die Vergabe soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen.

Zur Vergabe dieser Leistungen hat die Antragsgegnerin ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung gewählt. Teilnahmeanträge waren bis 17.8.2011, 10 Uhr abzugeben, denen die mit "Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung nach den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 für den Oberschwellenbereich" überschriebenen Teilnahmebedingungen zu Grunde zu legen waren. Die für das gegenständliche Nachprüfungsverfahren bedeutsamen Festlegungen in diesen Teilnahmeunterlagen werden im Folgenden wiedergegeben, sie bilden einen integrierenden Bestandteil der Feststellungen:

Im Punkt 3 des Teilnahmeantrages (Seite 2 von 29) wird festgelegt:

"Sofern andere Unternehmer als Partner oder Subunternehmer in diesem Teilnahmeantrag genannt werden, verpflichte (n) ich (wir) mich (uns) im Falle der Teilnahme am weiteren Vergabeverfahren zur Angebotslegung in unveränderter Zusammensetzung".

Punkt 10 der zusätzlichen Unterlagen zum Teilnahmeantrag regelt die Bewerberanforderungen, Punkt 11 die Auswahlkriterien. Sie werden auszugsweise wiedergegeben wie folgt:

"10 Bewerberanforderungen

Im Rahmen der Eignungsprüfung wird festgestellt, ob der Bewerber aufgrund seiner unternehmensbezogenen Eigenschaften grundsätzlich für den Auftrag geeignet ist (unternehmensbezogene "Mindestanforderungen" iSd § 2 Zi 20 lit. c BVerG). Um einen Mindeststandard zu gewährleisten und besondere Eigenschaften des Bewerbers positiv zu bewerten, werden die Mindestanforderungen im Rahmen der Eignungsprüfung dieses Punktes als "KO-Kriterien" definiert und darüber hinausgehende, unternehmensbezogene Eigenschaften/Qualifikationen als Auswahlkriterien (siehe Punkt 11) bei der Auswahl der zur Angebotslegung einzuladenden Bewerber herangezogen. Nur befugte, leistungsfähige und zuverlässige Bewerber nehmen am Auswahlverfahren teil. Die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Bewerbers muss gem. § 69 Zi 3 BVerG spätestens zum Zeitpunkt der Abgabe der Teilnahmeanträge vorliegen. Im Rahmen der Eignungsprüfung wird festgestellt, ob der Bewerber aufgrund seiner unternehmensbezogenen Eigenschaften grundsätzlich für den Auftrag geeignet ist (unternehmensbezogene "Mindestanforderungen" iSd Paragraph 2, Zi 20 Litera c, BVerG). Um einen Mindeststandard zu gewährleisten und besondere Eigenschaften des Bewerbers positiv zu bewerten, werden die Mindestanforderungen im Rahmen der Eignungsprüfung dieses Punktes als "KO-Kriterien" definiert und darüber hinausgehende, unternehmensbezogene Eigenschaften/Qualifikationen als Auswahlkriterien (siehe Punkt 11) bei der Auswahl der zur Angebotslegung

einzuladenden Bewerber herangezogen. Nur befugte, leistungsfähige und zuverlässige Bewerber nehmen am Auswahlverfahren teil. Die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Bewerbers muss gem. Paragraph 69, Zi 3 BvergG spätestens zum Zeitpunkt der Abgabe der Teilnahmeanträge vorliegen.

Gleiches gilt für Subunternehmer, derer sich der Bewerber bedienen will.

10.6 Personal

Als Mindestvoraussetzung für die erforderliche Leistungsfähigkeit muss der Bewerber mindestens 20 MitarbeiterInnen auf Vollzeitbasis (keine Teilzeitbeschäftigung) zum Zeitpunkt der Abgabe des Teilnahmeantrages im eigenen Unternehmen - welches sich bewirbt - beschäftigen. Die Projektsprache ist Deutsch.

10.6.1 Personenanzahl

Nachfolgend angeführtes Personal ist für das Projekt Region Süd (AEMP KFJ) mindestens einzusetzen:

- * 1 Projektleiter/In: im gegenständlichen Projekt gesamtverantwortlich für die vertragskonforme Erbringung der beauftragten Leistungen, zentraler Ansprechpartner für die Auftraggeberin
- * 1 Leiter/In der AEMP für die Aufbereitung von wieder verwendbaren Medizinprodukten
- * 2 Stellvertretungen für die Leiter/In der AEMP für die Aufbereitung von wieder verwendbaren Medizinprodukten
- * 10 Basismitarbeiter AEMP

Der Bewerber hat unter Verwendung der Beilage 4.3.5 die für die Besetzung der Projektleitung und der Leitung der AEMP verbindlich vorgesehenen Personen namentlich anzuführen und den Nachweis über deren Qualifikationen (siehe Punkt 10.6.2) zu erbringen.

Dieses Schlüsselpersonal wird im Zuge der Kommission zwecks einer fachlichen Eignungsprüfung eingeladen.

Dabei gilt, dass eine Person grundsätzlich nur eine der geforderten Schlüsselrollen wahrnehmen kann (Unvereinbarkeit).

Auch für die Angaben der Mitarbeiter/innenanzahl, der stellvertretenden Leiter/innen der AEMP's und der Basismitarbeiter/innen ist die Beilage 4.3.5 zu verwenden.

10.6.2 Personalqualifikation

Als Mindestanforderung an das vertragsspezifisch eingesetzte Personal wird festgelegt:

10.6.2.1 Projektleiter/In

- *Kaufmännische Ausbildung
- *Ausbildungsbefähigung
- *Mindestens 3 Jahre Berufserfahrung als Projektleiter/in in einer AEMP

10.6.2.2. Leiter/In der AEMP

- *Krankenpflegediplom, Fachkundefhrgang I, II und III ÖGSV und/oder gleichwertige und durch den ÖGSV anerkannte Ausbildung
- *Krankenpflegediplom, Fachkundefhrgang römisch eins, römisch zwei und römisch drei ÖGSV und/oder gleichwertige und durch den ÖGSV anerkannte Ausbildung
- *mindestens 2 Jahre Berufserfahrung als Leitung in einer AEMP
- *mindestens 6 Monate durchgängige Beschäftigung im Unternehmen des Bewerbers

- 10.6.2.3 Stellvertretung Leiter/In der AEMP
- *Krankenpflegediplom, Fachkundefhrgang I, II des ÖGSV und/oder gleichwertige und durch den ÖGSV anerkannte Ausbildung
- 10.6.2.3 Stellvertretung Leiter/In der AEMP
- *Krankenpflegediplom, Fachkundefhrgang römisch eins, römisch zwei des ÖGSV und/oder gleichwertige und durch den ÖGSV anerkannte Ausbildung

- *mindestens 2 Jahre Berufserfahrung als Mitarbeiter/In einer AEMP
- *mindestens 6 Monate durchgängige Beschäftigung im Unternehmen des Bewerbers

10.6.2.4 Basismitarbeiter/in

*Fachkundelehrgang FK I des ÖGSV und/oder gleichwertige und durch den ÖGSV anerkannte Ausbildung*Fachkundelehrgang FK römisch eins des ÖGSV und/oder gleichwertige und durch den ÖGSV anerkannte Ausbildung

*3 Monate Berufserfahrung in einer AEMP

11 Auswahlkriterien

Die Bewerber werden entsprechend den Auswahlkriterien gereiht. Die Gewichtung/Reihung erfolgt aufgrund des angeführten Punktesystems nach den darin enthaltenen Kriterien. Die in der jeweiligen Rubrik erreichten Punkte werden summiert, womit die erreichte Gesamtpunkteanzahl pro Bewerber ermittelt wird.

Es ist vorgesehen, aus den im Rahmen der Eignungsprüfung als geeignet ermittelten Bewerbern nur die drei Bestqualifizierten, somit jene drei Bewerber, die die größten Gesamtpunktezahlen erlangen, zur Angebotslegung einzuladen.

Die Gewichtung der einzelnen Eigenschaften erfolgt anhand der erreichten Maximalpunkte einer Rubrik.

Der Bewerber hat die Beilage 4.3.6 zu verwenden. Die Nachweise der unter Punkt

10.6.2.3 und Punkt 10.6.2.4 geforderten Qualifikationen sind auf Verlangen vorzulegen.

11.1 Leiter/In AEMP

Der Bieter beschäftigt derzeit in seinem Unternehmen ein oder mehrere LeiterInnen AEMP mit angeführter Qualifikation gemäß Punkt 10.6.2.2. (Namentliche Nennung ist erforderlich.):

Nachgewiesene Anzahl und Qualifikation

Punkte

2 LeiterInnen AEMP oder mehr

10

11.2 Stellvertretung des/der Leiter/In AEMP

Der Bieter beschäftigt derzeit in seinem Unternehmen ein oder mehrere Stellvertretende LeiterInnen AEMP mit angeführter Qualifikation gemäß Punkt

10.6.2.3 (Namentliche Nennung ist erforderlich.):

Nachgewiesene Anzahl und Qualifikation

Punkte

3 stellv. LeiterInnen AEMP

10

4 stellv. LeiterInnen AEMP

20

5 oder mehr stellv. LeiterInnen AEMP

30

11.3 Basismitarbeiter/In AEMP

Der Bieter beschäftigt derzeit in seinem Unternehmen BasismitarbeiterInnen AEMP mit angeführter Qualifikation gemäß Punkt 10.6.2.4:

Nachgewiesene Anzahl und Qualifikation

Punkte

11 - 15 BasismitarbeiterInnen

10

16 - 20 BasismitarbeiterInnen

20

21 - 30 oder mehr BasismitarbeiterInnen

40

(Ende des Zitats)

Neben diesen, hauptsächlich das zur Verfügung stehende Personal betreffenden Festlegungen hatten die Bieter ihre Befugnis, allgemeine berufliche Zuverlässigkeit, Investitionsfähigkeit/finanzielle Leistungsfähigkeit, Umsatzentwicklung und Unternehmungsreferenzen nachzuweisen.

Die Antragstellerin hat in ihrem Teilnahmeantrag drei Subunternehmer namhaft gemacht, darunter *** zur Beistellung von qualifiziertem Personal (Referenzprojekte). Nach der von der Antragstellerin ausgefüllten Beilage 4.2.2 (Antrag auf Genehmigung von Subunternehmern) hat sie die Subunternehmerin *** zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit, Spalte B, angegeben.

Dem Teilnahmeantrag angeschlossen war gleichfalls die von der Antragstellerin ausgefüllte Beilage 4.3.5 sowie 4.4. betreffend die Bewerberanforderungen Personal. In diesen beiden Beilagen hat sich die Antragstellerin in der Beilage 4.3.5 in der Spalte Projektleiter/in "auf einen Subunternehmer, nämlich Univ. Doz. Dr. ***, berufen".

In den Vergabeakten findet sich eine Niederschrift vom 29.8.2011, in der zum Teilnahmeantrag der Antragstellerin ausgeführt wird, dass dieser formrichtig sei, jedoch einen unbehebaren Mangel aufweise, weil sie das Mindestkriterium Eigenpersonal nicht erfülle, sondern Personal eines Subunternehmers *** anbiete.

Mit Schreiben vom 6.9.2011 hat die Antragsgegnerin die Antragstellerin um Mängelbehebung im Hinblick auf den Nachweis der bei ihr beschäftigten MitarbeiterInnen auf Vollzeitbasis ersucht. Der wesentliche Teil dieses Schreibens lautet wie folgt:

"Gemäß dem Punkt "Zusätzliche Unterlagen zum Teilnahmeantrag (Punkt 10.6 - Personal)" muss der Bewerber mindestens 20 MitarbeiterInnen auf Vollzeitbasis im eigenen Unternehmen beschäftigen. Für diese Mindestvoraussetzung darf kein Subunternehmer herangezogen werden.

Sie haben sich als Bewerber mit drei Subunternehmern am Verfahren beteiligt und im "Antrag auf Genehmigung von Subunternehmern" beim Subunternehmer *** GmbH als Leistungsteil bzw. -gruppe die "Beistellung von qualifiziertem Personal (Referenzprojekte)" angegeben.

Ihr Teilnahmeantrag legt den Schluss nahe, dass Sie das Personal vom genannten Subunternehmer einsetzen wollen, was jedoch nicht möglich ist, wie bereits oben beschrieben.

Sie werden daher ersucht, die unter Punkt 10.6 geforderten 20 MitarbeiterInnen schriftlich bekanntzugeben, wobei auch anzugeben ist, welche Funktion die/der jeweilige MitarbeiterIn ausüben soll (laut Punkt 10.6.2 - Personalqualifikation der zusätzlichen Unterlagen zum Teilnahmeantrag).

Weiters sind die entsprechenden Ausbildungsnachweise der einzelnen MitarbeiterInnen vorzulegen (ausgenommen Projektleiter und Leiterin AEMP - diese liegen bereits vor)."

Diese Aufforderung wurde von der Antragstellerin mit Schreiben vom 6.9.2011 beantwortet. In diesem Schreiben hat die Antragstellerin die Bildung einer Bewerber- bzw. Bietergemeinschaft gemäß § 20 Abs. 2 BVergG 2006 mitgeteilt. Das Schreiben wird folgend auszugsweise wiedergegeben: Diese Aufforderung wurde von der Antragstellerin mit Schreiben vom 6.9.2011 beantwortet. In diesem Schreiben hat die Antragstellerin die Bildung einer Bewerber- bzw. Bietergemeinschaft gemäß Paragraph 20, Absatz 2, BVergG 2006 mitgeteilt. Das Schreiben wird folgend auszugsweise wiedergegeben:

1. "Geforderte Eignungsnachweise

Die in Ihrem Schreiben vom 6.9.2011 eingewendeten Mängel unseres Teilnahmeantrages widersprechen einerseits dem, nach unserem Dafürhalten klaren und eindeutigen Wortlaut der Eignungsanforderungen im Teilnahmeantrag sowie andererseits den gemäß § 69ff BVergG möglichen (zulässigen) Eignungsnachweisen. Die in Ihrem Schreiben vom

6.9.2011 eingewendeten Mängel unseres Teilnahmeantrages widersprechen einerseits dem, nach unserem Dafürhalten klaren und eindeutigen Wortlaut der Eignungsanforderungen im Teilnahmeantrag sowie andererseits den gemäß Paragraph 69 f, f, BVergG möglichen (zulässigen) Eignungsnachweisen.

In Punkt 10.6 "Personal" der Teilnahmeunterlagen nennen Sie als Mindestvoraussetzung (KO-Kriterium) für eine Verfahrensteilnahme, dass der Bewerber zum Zeitpunkt der Abgabe des Teilnahmeantrags im eigenen Unternehmen, das sich bewirbt, mindestens 20 MitarbeiterInnen auf Vollzeitbasis beschäftigen muss.

Dieses KO-Kriterium ist bei unserem Unternehmen zweifelsohne erfüllt. Unser Unternehmen beschäftigt in Summe 312 Mitarbeiter, davon rund 250 Mitarbeiter auf Vollzeitbasis.

In Bezug auf die übrigen Eignungsanforderungen legt der Teilnahmeantrag an keiner Stelle fest, dass als maßgebendes Eignungskriterium bestimmte zu benennende Mitarbeiter zum Zeitpunkt der Angebotsangabe in unserem Unternehmen vorhanden sein müssen. Ein solches Verständnis der Teilnahmeunterlagen würde einerseits dem aus unserer Sicht eindeutigen Wortlaut der festgelegten Teilnahmebedingungen und andererseits dem BVergG widersprechen.

Die §§ 74ff BVergG legen weitgehend zwingend fest, welche Eignungsnachweise von Bewerbern oder Bietern eines Vergabeverfahrens verlangt werden dürften. Die Paragraphen 74 f, f, BVergG legen weitgehend zwingend fest, welche Eignungsnachweise von Bewerbern oder Bietern eines Vergabeverfahrens verlangt werden dürften.

Die von Ihnen nunmehr, wider den klaren Regelungen in den Teilnahmemunterlagen verlangten Eignungsanforderungen stellen keine vergaberechtlich zulässigen Eignungsnachweise dar (vgl §§ 71 bis 75 BVergG). Die von Ihnen nunmehr, wider den klaren Regelungen in den Teilnahmemunterlagen verlangten Eignungsanforderungen stellen keine vergaberechtlich zulässigen Eignungsnachweise dar vergleiche Paragraphen 71 bis 75 BVergG).

Weiters würden die solcherart verstandenen Teilnahmebedingungen gegen den dem Vergaberecht immanenten Wettbewerbsgrundsatz sowie das allgemeine Diskriminierungsverbot verstoßen. Wenn überhaupt könnten die verlangten Anforderungen nur vom Zuschlagsempfänger im Falle der Auftragserteilung verlangt werden.

Unter dem von Ihnen nunmehr zum Ausdruck gebrachten Verständnis der Teilnahmeunterlagen sind diese in jedem Fall vergaberechtswidrig und können bis kurz vor Ablauf der Angebotsfrist angefochten werden.

Ungeachtet der vorstehend genannten Vergaberechtswidrigkeiten möchten wir Ihnen mitteilen, dass unser Unternehmen die von Ihnen verlangten Eignungsanforderungen aus folgenden Gründen erfüllt:

1. 2.Ziffer 2

Mitteilung über die Bildung einer Bewerber- bzw. Bietergemeinschaft gemäß § 20 Abs. 2 BVergG Mitteilung über die Bildung einer Bewerber- bzw. Bietergemeinschaft gemäß Paragraph 20, Absatz 2, BVergG

Gemäß § 20 Abs 2 BVergG haben die aufgeforderten Bewerber dem Auftraggeber beim nicht offenen Verfahren und beim Verhandlungsverfahren "die Bildung einer Bieter- oder Arbeitsgemeinschaft vor Ablauf der halben Angebotsfrist" mitzuteilen. Im Auftragsfall schulden Bietergemeinschaften als Arbeitsgemeinschaften dem Auftraggeber die solidarische Leistungserbringung. Gemäß Paragraph 20, Absatz 2, BVergG haben die aufgeforderten Bewerber dem Auftraggeber beim nicht offenen Verfahren und beim Verhandlungsverfahren "die Bildung einer Bieter- oder Arbeitsgemeinschaft vor Ablauf der halben Angebotsfrist" mitzuteilen. Im Auftragsfall schulden Bietergemeinschaften als Arbeitsgemeinschaften dem Auftraggeber die solidarische Leistungserbringung.

Im konkreten Fall hat die Angebotsfrist noch nicht zu laufen begonnen.

Wir teilen Ihnen hiermit gemäß § 20 Abs 2 BVergG rechtsverbindlich mit, dass unser Unternehmen, die *** GmbH & Co KG, gemeinsam mit der im Teilnahmeantrag zunächst als Subunternehmerin namhaft gemachten *** GmbH eine Bewerber- und, im Falle der Aufforderung zur Angebotsabgabe, eine Bietergemeinschaft bilden wird. Wir teilen Ihnen hiermit gemäß Paragraph 20, Absatz 2, BVergG rechtsverbindlich mit, dass unser Unternehmen, die *** GmbH & Co KG, gemeinsam mit der im Teilnahmeantrag zunächst als Subunternehmerin namhaft gemachten *** GmbH eine Bewerber- und, im Falle der Aufforderung zur Angebotsabgabe, eine Bietergemeinschaft bilden wird.

Als bevollmächtigten Federführer der Bietergemeinschaft geben wir Ihnen

Im Hinblick auf diese hiermit Ihnen gegenüber gemäß § 20 Abs 2 BVergG abgegebene Erklärung geben wir bekannt, dass die in der Anlage dieses Schreibens angeführten Mitarbeiter (Sie verlangen nur für 20, der von uns

bekanntgegebenen und weiterhin gültigen Anzahl von Mitarbeitern, Nachweise) mit den in der Anlage ebenfalls dargelegten Qualifikationen bei der Erfüllung des verfahrensgegenständlichen Auftrags zum Einsatz gelangen werden. Im Hinblick auf diese hiermit Ihnen gegenüber gemäß Paragraph 20, Absatz 2, BVergG abgegebene Erklärung geben wir bekannt, dass die in der Anlage dieses Schreibens angeführten Mitarbeiter (Sie verlangen nur für 20, der von uns bekanntgegebenen und weiterhin gültigen Anzahl von Mitarbeitern, Nachweise) mit den in der Anlage ebenfalls dargelegten Qualifikationen bei der Erfüllung des verfahrensgegenständlichen Auftrags zum Einsatz gelangen werden.

Die den Teilnahmeantrag diesbezüglich (Bietergemeinschaft) ergänzenden Unterlagen, wie die ausgefüllte und rechtsgültig unterfertigte Seite 3 von 39 der Ausschreibungsunterlage, ist diesem Schreiben angeschlossen. Weiters sind diesem Schreiben die geforderten Ausbildungsnachweise der einzelnen - exemplarisch ausgewählten - MitarbeiterInnen angeschlossen. Wir bestätigten dabei die jeweilige 2-jährige Berufserfahrung und die 6-monatige durchgehende Beschäftigung im Unternehmen.

Wir ersuchen um kurze schriftliche Bestätigung, dass mit vorstehend genannter Mitteilung, respektive den diesem Schreiben angeschlossenen Nachweisen bzw. Unterlagen sämtliche Mängel unseres Teilnahmeantrages beseitigt sind.

Wir möchten Ihnen der guten Ordnung halber mitteilen, dass, sollten Sie die Eignung unseres Unternehmens bzw. der nunmehrigen Bewerbergemeinschaft weiterhin ablehnen, wir die Wettbewerbswidrigkeit der Ausschreibungsunterlagen sowie die damit verbundene Nichtberücksichtigung unseres Teilnahmeantrages anfechten müssten."

Diesem Schreiben angeschlossen war eine sowohl von Vertretern der Antragstellerin als auch von Vertretern der *** unterfertigte Seite 3 des Ausschreibungsdeckblattes und eine Personalliste samt Zertifikaten / Bestätigungen zur Berufsausbildung.

Dieses Schreiben hat die Antragsgegnerin ihrerseits mit Schreiben vom 9.9.2011 beantwortet, sich für die Stellungnahme der Antragstellerin vom gleichen Tage bedankt und um Mitteilung ersucht, welcher Leistungsteil von welchem Mitglied der Bietergemeinschaft ausgeübt werden soll und mit welcher Befugnis diese Leistung abgedeckt werden wird.

Aus dem Antwortschreiben der Antragstellerin vom 13.9.2011 geht hervor, dass die Leistungserbringung im Wesentlichen durch die Antragstellerin erfolgen wird, bedarfsorientiertes Personal jedoch von *** beigestellt werden soll.

Darauf hat die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 15.9.2011 reagiert und die Antragstellerin ersucht mitzuteilen, "ob aktuell eine Bewerbergemeinschaft mit der

*** ... besteht und (der) Teilnahmeantrag daher in diesem Sinne zu verstehen ist,

oder ob die (Antragstellerin) sich um die ausgeschriebenen Dienstleistungen alleine bewirbt". Sollte eine Bewerbergemeinschaft "aktuell bestehen", wurde die Antragstellerin ersucht bekannt zu geben, mit welcher der mit dem Teilnahmeantrag vorgelegten Befugnisse *** beabsichtigt, die ausgeschriebenen Leistungen abzudecken.

Dieses Schreiben hat die Antragstellerin innerhalb der ihr gesetzten Frist am 19.9.2011 beantwortet und zunächst erklärt, dass sie mit *** eine Bewerbergemeinschaft bildet "also aktuell eine solche besteht". Zur Befugnisfrage hat sie darauf verwiesen, dass *** diese bereits mit dem Teilnahmeantrag und dem Schreiben der Antragstellerin vom 13.9.2011 erbracht hätte. Zur Leistungsaufteilung wird im Wesentlichen dahingehend Stellung genommen, dass die Antragstellerin beabsichtigt, Personal und Know How sowie fachliches Spezialwissen von *** in Anspruch zu nehmen.

Zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit hatte die Antragstellerin gemäß Pkt. 10.6.1 der Teilnahmeunterlagen unter Verwendung der Beilage 4.3.5 die Anzahl des Personals nachzuweisen, welches sie für das "Projekt Region Süd (AEMP-KFJ)" einsetzen wird. Dafür hatte die Antragstellerin insgesamt 14 Mitarbeiter, die den Anforderungen des Pkt. 10.6.2 der Teilnahmeunterlagen entsprechen, namhaft zu machen. Die Antragstellerin hat unter Verwendung der Beilage 4.3.5 "Bewerberanforderungen Personal" mitgeteilt, dass in ihrem Unternehmen insgesamt 312 Mitarbeiter/innen beschäftigt werden. Als Schlüsselpersonal wurden zwei Fachärzte namhaft gemacht, als Leiter/in der AEMP Fr. DGKS ***. Die Anzahl der Stellvertreter der Leiter/in der AEMP mit der Qualifikation gemäß Beilage 4.1 Pkt. 10.6.2.3 wurde mit sieben, die Anzahl der Basismitarbeiter/innen mit der Qualifikation gemäß Beilage 4.1 Punkt 10.6.2.4 mit 30 angegeben. In der Beilage 4.4 "aktuelle Personalausstattung gemäß Beilage 4.1 Punkt 11.1 bis 11.3" hat

die Antragstellerin die Anzahl der Leiter/innen der AEMP mit zwei angegeben, jedoch die Namen von vier Personen eingesetzt. Als Stellvertreter/innen wurden acht Personen angegeben und namentlich angeführt, von denen lediglich *** nicht im Unternehmen der Subunternehmerin *** beschäftigt ist. Die Anzahl der Basismitarbeiter/innen mit der entsprechenden Qualifikation wurde mit 106 angegeben. Über Aufforderung der Antragsgegnerin vom 3.11.2011 zumindest zwei geeignete stellvertretende Leiterinnen der AEMP namhaft zu machen, hat die Antragstellerin am 9.11.2011 zwei ursprünglich als Leiter/innen genannte Personen als stellvertretende Leiter angegeben. Von diesen zwei nachträglich namhaft gemachten Personen ist Hr. *** im Unternehmen der Antragstellerin beschäftigt, die zweite nachträglich bekanntgegebene Leiterin Fr. *** ist im Unternehmen des Subunternehmens *** beschäftigt. Obwohl die Antragstellerin mit Schreiben der Antragsgegnerin vom 17.11.2011 abermals drauf hingewiesen wurde, dass das von ihr namhaft gemachte Personal nicht der Anforderung der Beschäftigung im Unternehmen des Bewerbers entspreche, hat die Antragstellerin mit Schreiben vom 22.11.2011 am Bestehen der Bewerbergemeinschaft festgehalten.

Jedenfalls war als erwiesen anzunehmen, dass es der Antragstellerin nicht gelungen ist, nachzuweisen, dass sie über das nach den Teilnahmebedingungen geforderte Personal als Beschäftigte in ihrem Unternehmen, im notwendigen Ausmaß verfügt.

Unter Bezugnahme auf den mit der Antragstellerin geführten Schriftverkehr hat schließlich die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 14.10.2011 die Antragstellerin aufgefordert, weitere Nachweise bzw. Unterlagen bis 21.10.2011 zu übermitteln. Die nachgeforderten Unterlagen haben Fragen der Zuverlässigkeit, finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit sowie zum Personal betroffen, soweit nicht alle Nachweise über deren Qualifikation vorgelegt wurden.

Diesem Ersuchen ist die Antragstellerin mit Schreiben vom 20.10.2011, dem umfangreiche Beilagen angeschlossen waren, nachgekommen.

Mit weiteren Schreiben vom 3.11.2011 und vom 17.11.2011 hat die Antragsgegnerin um Vorlage weiterer Nachweise ersucht. Diesem Ersuchen ist die Antragstellerin jeweils fristgerecht nachgekommen (Ordner 5 von 7). Schließlich hat die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 23.11.2011 der Antragstellerin mitgeteilt, dass sie nicht zur Teilnahme an der zweiten Stufe des Vergabeverfahrens zugelassen wird. Diese Entscheidung wurde von ihr damit begründet, dass sich die Antragstellerin durch Unterfertigung des Teilnahmeantrages im Falle der Teilnahme am weiteren Vergabeverfahren zur Angebotslegung in unveränderter Zusammensetzung verpflichtet hat, sofern andere Unternehmer als Partner oder Subunternehmer in diesem Teilnahmeantrag genannt werden. Dieser Verpflichtung habe die Antragstellerin durch die Gründung einer Bewerbergemeinschaft widersprochen. Hinsichtlich der technischen Leistungsfähigkeit sei es der Antragstellerin nicht gelungen, das erforderliche Eigenpersonal nachzuweisen. Schließlich werden der Antragstellerin die bei Bewertung ihres Teilnahmeantrages erzielten Punkte und ihre Reihung an fünfter Stelle mitgeteilt. Da nur die drei Bestqualifizierten zur Angebotslegung eingeladen werden, sei die Antragstellerin zur zweiten Stufe des Verhandlungsverfahrens nicht zuzulassen gewesen.

Diese Entscheidung ist der Antragstellerin am 23.11.2011 im Faxwege zugegangen. Der Antrag auf Nichtigerklärung dieser Entscheidung ist am 2.12.2011 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 WVRG 2007) in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Die Verständigung der Antragsgegnerin nach § 25 WVRG 2007 ist nachgewiesen, ebenso die Entrichtung der Pauschalgebühren für ein Nachprüfungsverfahren im Oberschwellenbereich. Diese Entscheidung ist der Antragstellerin am 23.11.2011 im Faxwege zugegangen. Der Antrag auf Nichtigerklärung dieser Entscheidung ist am 2.12.2011 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007) in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Die Verständigung der Antragsgegnerin nach Paragraph 25, WVRG 2007 ist nachgewiesen, ebenso die Entrichtung der Pauschalgebühren für ein Nachprüfungsverfahren im Oberschwellenbereich.

Diese Feststellungen gründen sich vor allem auf den Inhalt der sorgfältig und übersichtlich geführten Vergabeakten. An der Richtigkeit des Inhaltes der Vergabeakten bestanden weder für den Senat irgendwelche Zweifel, noch wurde eine Unrichtigkeit derselben von der Antragstellerin vorgebracht. Bemerkenswert ist lediglich, dass die Antragsgegnerin offenbar bereits am 29.8.2011 erkannt hat, dass dem Teilnahmeantrag der Antragstellerin ein unbehebbarer Mangel anhaftet, weil sie das Mindestkriterium Eigenpersonal nicht erfüllt, sondern Personal eines Subunternehmers anbietet. Dennoch hat sie sich veranlasst gesehen, umfangreiche Nachweise auch noch zu einem

Zeitpunkt von der Antragstellerin zu verlangen (Aufforderung zur Mängelhebung vom 3.11.2011 und 17.11.2011) als nach der Aktenlage bereits als erwiesen anzunehmen war, dass die Antragstellerin das nach den Teilnahmebedingungen geforderte Personal nicht nachweisen kann.

In seiner rechtlichen Beurteilung hat der Senat erwogen:

Bei der Antragstellerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006. Sie führt ein zweistufiges Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages. Gegenstand der ausgeschriebenen Leistungen ist der Aufbau und der Betrieb von Sterilgut - Versorgungszentren im Bereich des Wiener Krankenanstaltenverbundes. Die ausgeschriebenen Leistungen sind im Pkt. 2.1 der Teilnahmeunterlagen näher beschrieben. Die Bekanntmachung im Amtsblatt der EU ist ordnungsgemäß erfolgt. Die Vergabe soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen. Die erste Stufe des Vergabeverfahrens diente der Auswahl der Bewerber. Nach den Teilnahmeunterlagen sollen die drei bestgereihten Bewerber zur zweiten Stufe des Vergabeverfahrens eingeladen werden. Neben anderen Bewerbern hat sich auch die Antragstellerin durch rechtzeitige Abgabe eines Teilnahmeantrages am Vergabeverfahren beteiligt. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß § 11 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig. Bei der Antragstellerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006. Sie führt ein zweistufiges Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages. Gegenstand der ausgeschriebenen Leistungen ist der Aufbau und der Betrieb von Sterilgut - Versorgungszentren im Bereich des Wiener Krankenanstaltenverbundes. Die ausgeschriebenen Leistungen sind im Pkt. 2.1 der Teilnahmeunterlagen näher beschrieben. Die Bekanntmachung im Amtsblatt der EU ist ordnungsgemäß erfolgt. Die Vergabe soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen. Die erste Stufe des Vergabeverfahrens diente der Auswahl der Bewerber. Nach den Teilnahmeunterlagen sollen die drei bestgereihten Bewerber zur zweiten Stufe des Vergabeverfahrens eingeladen werden. Neben anderen Bewerbern hat sich auch die Antragstellerin durch rechtzeitige Abgabe eines Teilnahmeantrages am Vergabeverfahren beteiligt. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß Paragraph 11, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig.

Gemäß § 20 Abs. 1 WVRG 2007 kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat ihr Interesse an der Erlangung des Auftrages und die behaupteten Rechtswidrigkeiten der angefochtenen Entscheidung wie auch den ihr drohenden Schaden, ausreichend dargelegt. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des § 25 Abs. 1 WVRG 2007 rechtzeitig nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 2 Z 16 lit. a sublit. dd BVergG 2006. Die Entrichtung der nach § 18 WVRG 2007 geforderten Gebühren für ein Nachprüfungsverfahren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des § 23 Abs. 1 WVRG 2007, wie bereits anlässlich der Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. Die Entscheidung der Antragsgegnerin, die Antragstellerin nicht zur zweiten Stufe des Vergabeverfahrens zuzulassen, ist dieser am 23.11.2011 im Faxwege zugekommen, der am 2.12.2011 eingelangte Nachprüfungsantrag ist daher rechtzeitig im Sinne des § 24 Abs. 1 WVRG 2007. Gemäß Paragraph 20, Absatz eins, WVRG 2007 kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat ihr Interesse an der Erlangung des Auftrages und die behaupteten Rechtswidrigkeiten der angefochtenen Entscheidung wie auch den ihr drohenden Schaden, ausreichend dargelegt. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des Paragraph 25, Absatz eins, WVRG 2007 rechtzeitig nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d, BVergG 2006. Die Entrichtung der nach Paragraph 18, WVRG 2007 geforderten Gebühren für ein Nachprüfungsverfahren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des Paragraph 23, Absatz eins, WVRG

2007, wie bereits anlässlich der Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. Die Entscheidung der Antragsgegnerin, die Antragstellerin nicht zur zweiten Stufe des Vergabeverfahrens zuzulassen, ist dieser am 23.11.2011 im Faxwege zugekommen, der am 2.12.2011 eingelangte Nachprüfungsantrag ist daher rechtzeitig im Sinne des Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007.

Der Antrag auf Nichtigerklärung der Entscheidung der Antragsgegnerin, die Antragstellerin nicht zur Teilnahme an der zweiten Stufe des Verhandlungsverfahrens zuzulassen, ist im Ergebnis nicht berechtigt.

Die Antragsgegnerin hat zunächst geltend gemacht, der Nachprüfungsantrag wäre zurückzuweisen, da durch die nachträgliche Bildung einer Bewerbergemeinschaft nunmehr ein Rechtssubjekt gegeben sei, von dem nicht das Angebot gelegt wurde. Der Nachprüfungsantrag sei von der Bewerbergemeinschaft gestellt worden, die sich mangels Abgabe eines Teilnahmeantrages nicht am gegenständlichen Vergabeverfahren beteiligt hätte, weshalb es ihr an der entsprechenden Antragslegitimation fehlen würde.

Dazu hat die Antragstellerin zunächst vorgebracht, die Bildung einer Bewerbergemeinschaft sei sowohl nach den Bestimmungen des Teilnahmeantrages als auch des BVergG zulässig gewesen. Bereits im einleitenden Schriftsatz hat sie jedoch vorgebracht, für den Fall "dass die Bildung der Bewerbergemeinschaft aus welchem Grund auch immer, nicht zulässig oder nicht rechtsgültig erfolgt sein sollte, wovon die Antragstellerin nicht ausgeht, ist Antragstellerin des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens ausschließlich die *** GmbH & Co KG". Aufgrund dieses Sachverhaltes war zunächst zu prüfen, ob die Antragslegitimation der Antragstellerin vorliegt oder nicht.

Es trifft zu, dass der Teilnahmeantrag nur von der *** alleine abgegeben wurde und nicht von einer Bewerbergemeinschaft bestehend aus *** und ***. Nach Ende der Bewerbungsfrist, 17.8.2011, hat die Antragstellerin, nachdem sie von der Antragsgegnerin auf Mängel in ihrem Angebot aufmerksam gemacht worden ist, am 8.9.2011 die Bildung einer Bewerbergemeinschaft gemäß § 20 Abs. 2 BVergG 2006 angezeigt. Richtig ist, dass die Antragstellerin bereits in ihrem Teilnahmeantrag das Unternehmen *** als Subunternehmer genannt hat, der vornehmlich das benötigte, fachlich ausgebildete Personal zur Verfügung stellen sollte. Die Antragstellerin hält die Bildung einer Bewerbergemeinschaft für zulässig, weil durch die der Antragsgegnerin am 8.9.2011 angezeigte Bildung keine, in den Teilnahmeunterlagen bis dahin noch nicht angeführte Rechtsperson in den im Teilnahmeantrag ausgewiesenem Zusammenschluss (gemeint offenbar Namhaftmachung von Subunternehmer) mehrerer Rechtspersonen, neu aufgenommen worden wäre. Vielmehr habe die Antragstellerin mit der Nennung vom 8.9.2011 nur die Bildung einer Bewerbergemeinschaft mit einem bisher bereits im Teilnahmeantrag genannten Subunternehmer bekannt gegeben. Es trifft zu, dass der Teilnahmeantrag nur von der *** alleine abgegeben wurde und nicht von einer Bewerbergemeinschaft bestehend aus *** und ***. Nach Ende der Bewerbungsfrist, 17.8.2011, hat die Antragstellerin, nachdem sie von der Antragsgegnerin auf Mängel in ihrem Angebot aufmerksam gemacht worden ist, am 8.9.2011 die Bildung einer Bewerbergemeinschaft gemäß Paragraph 20, Absatz 2, BVergG 2006 angezeigt. Richtig ist, dass die Antragstellerin bereits in ihrem Teilnahmeantrag das Unternehmen *** als Subunternehmer genannt hat, der vornehmlich das benötigte, fachlich ausgebildete Personal zur Verfügung stellen sollte. Die Antragstellerin hält die Bildung einer Bewerbergemeinschaft für zulässig, weil durch die der Antragsgegnerin am 8.9.2011 angezeigte Bildung keine, in den Teilnahmeunterlagen bis dahin noch nicht angeführte Rechtsperson in den im Teilnahmeantrag ausgewiesenem Zusammenschluss (gemeint offenbar Namhaftmachung von Subunternehmer) mehrerer Rechtspersonen, neu aufgenommen worden wäre. Vielmehr habe die Antragstellerin mit der Nennung vom 8.9.2011 nur die Bildung einer Bewerbergemeinschaft mit einem bisher bereits im Teilnahmeantrag genannten Subunternehmer bekannt gegeben.

Entgegen der Ansicht der Antragstellerin handelt es sich bei dem Zusammenschluss zwischen der bis dahin genannten Subunternehmerin *** und der Antragstellerin nicht um eine nach der Bestimmung des § 20 Abs. 2 BVergG 2006 zulässige Bildung einer Bieter- oder Arbeitsgemeinschaft. Entgegen der Ansicht der Antragstellerin handelt es sich bei dem Zusammenschluss zwischen der bis dahin genannten Subunternehmerin *** und der Antragstellerin nicht um eine nach der Bestimmung des Paragraph 20, Absatz 2, BVergG 2006 zulässige Bildung einer Bieter- oder Arbeitsgemeinschaft.

Die Antragsgegnerin führt ein zweistufiges Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung, wobei sich das Vergabeverfahren derzeit in der ersten Stufe, nämlich dem Auswahlverfahren, befindet. In dieser Stufe des Vergabeverfahrens gilt es zunächst das Vorliegen der Eignung der Teilnahmeantragstellerin anhand der in den

Teilnahmeunterlagen vorgegebenen Kriterien zu prüfen. Es dürfen ausschließlich Bewerber, die als befugt, leistungsfähig und zuverlässig einzustufen sind, zur zweiten Stufe, nämlich zur Angebotsabgabe eingeladen werden. Bei Prüfung der Eignung der am Verfahren interessierten Bieter sind sowohl die Antragsgegnerin als auch die Bieter an die unbekämpft gebliebenen Festlegungen in den Teilnahmeunterlagen gebunden. Tritt das Fehlen einer den Auswahlkriterien entsprechenden Voraussetzung zu Tage, so ist der betreffende Teilnahmeantragsteller im weiteren Auswahlverfahren nicht mehr zu berücksichtigen (vgl. Heid Schiefer, Vergaberecht³, RZ 717). Bei den Auswahlkriterien handelt es sich um vom Auftraggeber in der Reihenfolge ihrer Bedeutung festgelegte, nicht diskriminierende, auf den Leistungsinhalt abgestimmte, unternehmensbezogene Kriterien, mit welchen die Qualität der Bewerber beurteilt werden soll und die Auswahl der Bewerber für die zweite Stufe des Verhandlungsverfahren getroffen werden soll. Mit diesen Auswahlkriterien wird vor allem die Qualität des Bewerbers beurteilt. Die Antragsgegnerin führt ein zweistufiges Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung, wobei sich das Vergabeverfahren derzeit in der ersten Stufe, nämlich dem Auswahlverfahren, befindet. In dieser Stufe des Vergabeverfahrens gilt es zunächst das Vorliegen der Eignung der Teilnahmeantragstellerin anhand der in den Teilnahmeunterlagen vorgegebenen Kriterien zu prüfen. Es dürfen ausschließlich Bewerber, die als befugt, leistungsfähig und zuverlässig einzustufen sind, zur zweiten Stufe, nämlich zur Angebotsabgabe eingeladen werden. Bei Prüfung der Eignung der am Verfahren interessierten Bieter sind sowohl die Antragsgegnerin als auch die Bieter an die unbekämpft gebliebenen Festlegungen in den Teilnahmeunterlagen gebunden. Tritt das Fehlen einer den Auswahlkriterien entsprechenden Voraussetzung zu Tage, so ist der betreffende Teilnahmeantragsteller im weiteren Auswahlverfahren nicht mehr zu berücksichtigen (vgl. Heid Schiefer, Vergaberecht³, RZ 717). Bei den Auswahlkriterien handelt es sich um vom Auftraggeber in der Reihenfolge ihrer Bedeutung festgelegte, nicht diskriminierende, auf den Leistungsinhalt abgestimmte, unternehmensbezogene Kriterien, mit welchen die Qualität der Bewerber beurteilt werden soll und die Auswahl der Bewerber für die zweite Stufe des Verhandlungsverfahren getroffen werden soll. Mit diesen Auswahlkriterien wird vor allem die Qualität des Bewerbers beurteilt.

Die von der Antragsgegnerin in den Teilnahmeunterlagen festgelegten Auswahlkriterien entsprechen durchaus den Vorgaben des § 2 Z 20 lit. a BVergG 2006. Sie sind jedenfalls im Hinblick auf den Auftragsgegenstand auch sachlich gerechtfertigt. Soweit von der Antragstellerin zunächst in ihrem Schreiben vom 8.9.2011 wie auch in ihrem einleitenden Schriftsatz einzelne Festlegungen in den Teilnahmeunterlagen als vergaberechtswidrig bezeichnet werden, ist sie darauf zu verweisen, dass die Bestimmungen im Teilnahmeantrag weder von ihr noch von sonst einem Interessenten angefochten worden sind; sie sind daher "bestandfest" geworden und dem Vergabeverfahren zu Grunde zu legen. Dies gilt insbesondere auch für die Bestimmung auf Seite 2 Pkt. 3 Abs. 2 des Teilnahmeantrages, wonach sich die Antragstellerin verpflichtet hat, im Falle der Teilnahme am weiteren Vergabeverfahren dann, wenn andere Unternehmer als Partner oder Subunternehmer im Teilnahmeantrag genannt werden, am weiteren Vergabeverfahren zur Angebotslegung in unveränderter Zusammensetzung teilzunehmen. Gegen diese Festlegung hat die Antragstellerin durch die nachträglich erfolgte Bildung einer Bewerbergemeinschaft, wenn diese auch mit einem bereits im Teilnahmeantrag genannten Subunternehmer erfolgte, jedenfalls verstoßen. Die von der Antragsgegnerin in den Teilnahmeunterlagen festgelegten Auswahlkriterien entsprechen durchaus den Vorgaben des Paragraph 2, Ziffer 20, Litera a, BVergG 2006. Sie sind jedenfalls im Hinblick auf den Auftragsgegenstand auch sachlich gerechtfertigt. Soweit von der Antragstellerin zunächst in ihrem Schreiben vom 8.9.2011 wie auch in ihrem einleitenden Schriftsatz einzelne Festlegungen in den Teilnahmeunterlagen als vergaberechtswidrig bezeichnet werden, ist sie darauf zu verweisen, dass die Bestimmungen im Teilnahmeantrag weder von ihr noch von sonst einem Interessenten angefochten worden sind; sie sind daher "bestandfest" geworden und dem Vergabeverfahren zu Grunde zu legen. Dies gilt insbesondere auch für die Bestimmung auf Seite 2 Pkt. 3 Absatz 2, des Teilnahmeantrages, wonach sich die Antragstellerin verpflichtet hat, im Falle der Teilnahme am weiteren Vergabeverfahren dann, wenn andere Unternehmer als Partner oder Subunternehmer im Teilnahmeantrag genannt werden, am weiteren Vergabeverfahren zur Angebotslegung in unveränderter Zusammensetzung teilzunehmen. Gegen diese Festlegung hat die Antragstellerin durch die nachträglich erfolgte Bildung einer Bewerbergemeinschaft, wenn diese auch mit einem bereits im Teilnahmeantrag genannten Subunternehmer erfolgte, jedenfalls verstoßen.

Soweit sich die Antragstellerin auf die Bestimmungen des § 20 Abs. 2 vorletzter Absatz BVergG 2006 beruft, ist für sie nichts gewonnen. Diese Bestimmung gilt für die zweite Stufe eines Verhandlungsverfahrens, da darin klar auf "aufgeforderte Bewerber" abgestellt ist, während die erste Stufe des gegenständlichen Verhandlungsverfahrens die Bewerberauswahl trifft. Um von der Bestimmung des § 20 Abs. 2 leg. cit. Gebrauch machen zu können, ist

Voraussetzung, dass eine Bewerberauswahl bereits abgeschlossen wurde, und Bewerber, die den Anforderungen der Teilnahmeunterlagen entsprochen haben, von der Auftraggeberin zur Teilnahme an der zweiten Stufe des Vergabeverfahrens und letztlich zur Angebotsabgabe aufgefordert worden sind. Mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe sind jene Bieter, die den Teilnahmeunterlagen entsprochen haben, zur zweiten Stufe zugelassen. Soweit sich die Antragstellerin auf die Bestimmungen des Paragraph 20, Absatz 2, vorletzter Absatz BVergG 2006 beruft, ist für sie nichts gewonnen. Diese Bestimmung gilt für die zweite Stufe eines Verhandlungsverfahrens, da darin klar auf "aufgeforderte Bewerber" abgestellt ist, während die erste Stufe des gegenständlichen Verhandlungsverfahrens die Bewerberauswahl trifft. Um von der Bestimmung des Paragraph 20, Absatz 2, leg. cit. Gebrauch machen zu können, ist Voraussetzung, dass eine Bewerberauswahl bereits abgeschlossen wurde, und Bewerber, die den Anforderungen der Teilnahmeunterlagen entsprochen haben, von der Auftraggeberin zur Teilnahme an der zweiten Stufe des Vergabeverfahrens und letztlich zur Angebotsabgabe aufgefordert worden sind. Mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe sind jene Bieter, die den Teilnahmeunterlagen entsprochen haben, zur zweiten Stufe zugelassen.

Nach den Ergebnissen des Verfahrens verfügt die Antragstellerin allein - was von ihr auch tatsächlich gar nicht bestritten wird - nicht über die nach den Teilnahmeunterlagen geforderte technische Leistungsfähigkeit im Hinblick auf das ihr zur Verfügung stehende Eigenpersonal. Dies wurde von der Antragstellerin in Vorbereitung des Teilnahmeantrages erkannt, weshalb sie das Unternehmen *** als Subunternehmer namhaft gemacht hat, das das fehlende qualifizierte Personal beistellen sollte. Durch das Fehlen von ausreichendem Eigenpersonal hat die Antragstellerin jedenfalls das KO-Kriterium zur technischen Leistungsfähigkeit nicht erfüllt. Wenn nun die Antragstellerin nach Ende der Teilnahmefrist die Bildung einer Bewerbergemeinschaft mit dem von ihr genannten Subunternehmer *** mitgeteilt hat, um ihre technische Leistungsfähigkeit nachzuweisen, ist dies - wie von der Antragsgegnerin vorgebracht - nicht anders zu beurteilen, als ob ein Bieter zur Beseitigung eines unbehebbar Mangels nachträglich einen fehlenden Subunternehmer namhaft macht (S/A/F/T/BVergG 2006, RZ 31 zu § 83 und die dort zitierte Judikatur). Ein Bieter schafft sich mit einer nachträglichen Bekanntgabe von Subunternehmern mehr Zeit, um geeignete Subunternehmer zu finden und verbindliche Subunternehmererklärungen einzuholen und kann sich somit einen Wettbewerbsvorteil verschaffen. Nach ständiger Judikatur der Nachprüfungsbehörden ist eine derartige nachträgliche Bekanntgabe jedoch unzulässig. Dies muss auch für den Fall gelten, dass ein Bieter wie vorliegend nach Ende der Teilnahmefrist, um die Nichtberücksichtigung seines Teilnahmeantrages zu vermeiden, im Nachhinein einen eignungsrelevanten Subunternehmer zum Mitbewerber erklärt. Nach den Ergebnissen des Verfahrens verfügt die Antragstellerin allein - was von ihr auch tatsächlich gar nicht bestritten wird - nicht über die nach den Teilnahmeunterlagen geforderte technische Leistungsfähigkeit im Hinblick auf das ihr zur Verfügung stehende Eigenpersonal. Dies wurde von der Antragstellerin in Vorbereitung des Teilnahmeantrages erkannt, weshalb sie das Unternehmen *** als Subunternehmer namhaft gemacht hat, das das fehlende qualifizierte Personal beistellen sollte. Durch das Fehlen von ausreichendem Eigenpersonal hat die Antragstellerin jedenfalls das KO-Kriterium zur technischen Leistungsfähigkeit nicht erfüllt. Wenn nun die Antragstellerin nach Ende der Teilnahmefrist die Bildung einer Bewerbergemeinschaft mit dem von ihr genannten Subunternehmer *** mitgeteilt hat, um ihre technische Leistungsfähigkeit nachzuweisen, ist dies - wie von der Antragsgegnerin vorgebracht - nicht anders zu beurteilen, als ob ein Bieter zur Beseitigung eines unbehebbar Mangels nachträglich einen fehlenden Subunternehmer namhaft macht (S/A/F/T/BVergG 2006, RZ 31 zu Paragraph 83 und die dort zitierte Judikatur). Ein Bieter schafft sich mit einer nachträglichen Bekanntgabe von Subunternehmern mehr Zeit, um geeignete Subunternehmer zu finden und verbindliche Subunternehmererklärungen einzuholen und kann sich somit einen Wettbewerbsvorteil verschaffen. Nach ständiger Judikatur der Nachprüfungsbehörden ist eine derartige nachträgliche Bekanntgabe jedoch unzulässig. Dies muss auch für den Fall gelten, dass ein Bieter wie vorliegend nach Ende der Teilnahmefrist, um die Nichtberücksichtigung seines Teilnahmeantrages zu vermeiden, im Nachhinein einen eignungsrelevanten Subunternehmer zum Mitbewerber erklärt.

Soweit in diesem Zusammenhang die Antragstellerin vermeint, durch die Festlegungen im Teilnahmeantrag zum Nachweis des notwendigen "Eigenpersonals" gezwungen gewesen zu sein, die Bildung einer Bietergemeinschaft einzugehen, wobei diese Festlegung gegen § 83 BVergG 2006 verstößt, ist sie abermals darauf zu verweisen, dass die Teilnahmeunterlagen mangels Anfechtung bestandfest geworden sind. Die Antragsgegnerin hatte daher diese für die Antragstellerin nachteilige Festlegung zu beachten und ihrer Entscheidung zu Grunde zu legen. Soweit in diesem Zusammenhang die Antragstellerin vermeint, durch die Festlegungen im Teilnahmeantrag zum Nachweis des

notwendigen "Eigenpersonals" gezwungen gewesen zu sein, die Bildung einer Bietergemeinschaft einzugehen, wobei diese Festlegung gegen Paragraph 83, BVergG 2006 verstößt, ist sie abermals darauf zu verweisen, dass die Teilnahmeunterlagen mangels Anfechtung bestandfest geworden sind. Die Antragsgegnerin hatte daher diese für die Antragstellerin nachteilige Festlegung zu beachten und ihrer Entscheidung zu Grunde zu legen.

Zusammenfassend gelangte daher der Senat zur Ansicht, dass die von der Antragstellerin vorgenommene, nachträgliche Bildung einer Bewerbergemeinschaft nicht mit der Bestimmung des § 20 Abs. 2 vorletzter Satz BVergG 2006 in Einklang zu bringen ist und überdies gegen Pkt. 3 Abs. 2 auf Seite 2 der Ausschreibungsunterlagen verstößt. Zusammenfassend gelangte daher der Senat zur Ansicht, dass die von der Antragstellerin vorgenommene, nachträgliche Bildung einer Bewerbergemeinschaft nicht mit der Bestimmung des Paragraph 20, Absatz 2, vorletzter Satz BVergG 2006 in Einklang zu bringen ist und überdies gegen Pkt. 3 Absatz 2, auf Seite 2 der Ausschreibungsunterlagen verstößt.

Dennoch ist dieser Umstand nicht geeignet, wie von der Antragsgegnerin vorgebracht, der Antragstellerin die Antragslegitimation für das gegenständliche Nachprüfungsverfahren zu versagen. Das Nachprüfungsverfahren hat ergeben, dass eine rechtswirksame Bewerbergemeinschaft wegen Verstoßes sowohl gegen die Teilnahmeunterlagen als auch gegen § 20 Abs. 2 BVergG 2006 nicht vorliegt. Im Hinblick auf ihre Erklärung vom 8.9.2011 war jedoch die Antragstellerin formal genötigt, den Nachprüfungsantrag sowohl in ihrem Namen als auch im Namen von *** als Bewerbergemeinschaft zu stellen. Dies umso mehr, als sie nach ihrem Standpunkt durch die Erklärungen der Antragsgegnerin genötigt war, um ihren Teilnahmeantrag zu retten, diese Konstruktion einzugehen. Offenbar hat sie die Problematik dieses Vorgehens erkannt, zumal sie in ihrem einleitenden Schriftsatz (Seite 3) ausdrücklich erklärt hat, dass für den Fall, dass die Bildung der Bewerbergemeinschaft aus welchen Gründen immer nicht zulässig oder nicht rechtsgültig erfolgt sein sollte, die Antragstellerin des gegenständlichen Nachprüfungsantrages ausschließlich die *** GmbH & Co KG ist. Ausgehend von dieser Erklärung und der Überlegung, dass die Antragstellerin ein europarechtlich gebotener, effektiver Rechtsschutz eingeräumt sein muss, hat der Senat die Antragslegitimation der Antragstellerin als Einzelunternehmen bejaht. Dennoch ist dieser Umstand nicht geeignet, wie von der Antragsgegnerin vorgebracht, der Antragstellerin die Antragslegitimation für das gegenständliche Nachprüfungsverfahren zu versagen. Das Nachprüfungsverfahren hat ergeben, dass eine rechtswirksame Bewerbergemeinschaft wegen Verstoßes sowohl gegen die Teilnahmeunterlagen als auch gegen Paragraph 20, Absatz 2, BVergG 2006 nicht vorliegt. Im Hinblick auf ihre Erklärung vom 8.9.2011 war jedoch die Antragstellerin formal genötigt, den Nachprüfungsantrag sowohl in ihrem Namen als auch im Namen von *** als Bewerbergemeinschaft zu stellen. Dies umso mehr, als sie nach ihrem Standpunkt durch die Erklärungen der Antragsgegnerin genötigt war, um ihren Teilnahmeantrag zu retten, diese Konstruktion einzugehen. Offenbar hat sie die Problematik dieses Vorgehens erkannt, zumal sie in ihrem einleitenden Schriftsatz (Seite 3) ausdrücklich erklärt hat, dass für den Fall, dass die Bildung der Bewerbergemeinschaft aus welchen Gründen immer nicht zulässig oder nicht rechtsgültig erfolgt sein sollte, die Antragstellerin des gegenständlichen Nachprüfungsantrages ausschließlich die *** GmbH & Co KG ist. Ausgehend von dieser Erklärung und der Überlegung, dass die Antragstellerin ein europarechtlich gebotener, effektiver Rechtsschutz eingeräumt sein muss, hat der Senat die Antragslegitimation der Antragstellerin als Einzelunternehmen bejaht.

Damit steht aber auch fest, dass die Antragstellerin alleine nicht in der Lage ist, die nach den Teilnahmeunterlagen erforderliche technische Leistungsfähigkeit im Hinblick auf das ihr zur Verfügung stehende Personal nachzuweisen. Das Verfahren hat diesbezüglich eindeutig ergeben, dass jeder Teilnehmer neben der im Pkt. 10.6.2 der Teilnahmeunterlagen angeführten Qualifikation des Personals nachzuweisen hatte, dass diese Mitarbeiter mindestens sechs Monate durchgängige Beschäftigung im Unternehmen des Bewerbers aufweisen. Die Punkte 10.6.2.2 und 10.6.2.3 der Teilnahmeunterlagen stellen - wie von der Antragsgegnerin zutreffend ausgeführt - eine Subunternehmerbeschränkung dar, da das einzusetzende Personal - mit Ausnahme des Projektleiters und der Basismitarbeiter - nicht von einem Subunternehmer eingesetzt werden kann. Wie bereits mehrfach darauf hingewiesen, sind auch diese Festlegungen in den Teilnahmeunterlagen "bestandfest" geworden. Diese Bestimmungen waren daher auf die Beurteilung des Teilnahmeantrages der Antragstellerin anzuwenden. Der Antragstellerin ist es mit ihrem Teilnahmeantrag nicht gelungen nachzuweisen, dass sie über mindestens 14 Mitarbeiter, die "mindestens sechs Monate durchgängige Beschäftigung" in ihrem Unternehmen aufweisen, zur

Verfügung hat. Die Antragstellerin hat daher in ihrem Teilnahmeantrag darauf hingewiesen, dass sie hinsichtlich des benötigten Personals sich eines Subunternehmers, nämlich ***, bedienen werde. Unstrittig ist es damit der Antragstellerin jedoch nicht gelungen dieses benötigte Personal nachzuweisen.

Nach Pkt. 10 "Bewerberanforderungen" der zusätzlichen Unterlagen zum Teilnahmeantrag gelten die Mindestanforderungen im Rahmen der Eignungsprüfung als "KO-Kriterien". Von den in den Bewerberanforderungen angeführten Kriterien konnte die Antragstellerin die Kriterien an das Personal in den Punkten 10.6.2. im erforderlichen Ausmaß nicht füllen. Damit erweist sich aber die angefochtene Entscheidung vom 23.11.2011, die Antragstellerin nicht zur zweiten Stufe des Vergabeverfahrens zuzulassen, als zutreffend.

Soweit die Antragstellerin geltend macht, ihr Teilnahmeantrag sei falsch gereiht worden, liegt dies - ausgehend von der zutreffenden Rechtsansicht der Antragsgegnerin - in der Natur der Sache. Die von der Antragstellerin gewünschte Reihung ihres Teilnahmeantrages hätte sie zweifellos erreichen können, wenn sie ihren Teilnahmeantrag bereits als Bewerbergemeinschaft eingereicht hätte. Die Nichtberücksichtigung des Personals der von der Antragstellerin namhaft gemachten Subunternehmerin *** ist in Übereinstimmung mit den bestandfest gewordenen Festlegungen des Teilnahmeantrages erfolgt. Die von der Antragsgegnerin mitgeteilte Punkteanzahl für den Teilnahmeantrag der Antragstellerin entspricht einer nachvollziehbar dargestellten Bewertung dieses Antrages, womit die Antragstellerin mit ihrem Teilnahmeantrag unter den fünf Interessenten als letzte zu reihen war. Da nach den Teilnahmeunterlagen (Pkt. 11) nur die drei bestqualifizierten zur Angebotslegung einzuladen waren, war die Antragstellerin zutreffend nicht zum weiteren Vergabeverfahren zuzulassen.

Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die mit Bescheid vom 12.12.2011 erlassene einstweilige Verfügung gemäß § 31 Abs. 7 WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war. Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die mit Bescheid vom 12.12.2011 erlassene einstweilige Verfügung gemäß Paragraph 31, Absatz 7, WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 19 Abs. 1 und 3 WVRG 2007; die in Abs. 1 angeführten Voraussetzungen liegen nicht vor. Die Kostenentscheidung gründet sich auf Paragraph 19, Absatz eins und 3 WVRG 2007; die in Absatz eins, angeführten Voraussetzungen liegen nicht vor.

Gemäß § 13 Abs. 3 WVRG 2007 war dieser Bescheid im Anschluss an die mündliche Verhandlung zu verkünden. Die Frist zur Anrufung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts beginnt jedoch erst mit der Zustellung dieses Bescheides zu laufen. Gemäß Paragraph 13, Absatz 3, WVRG 2007 war dieser Bescheid im Anschluss an die mündliche Verhandlung zu verkünden. Die Frist zur Anrufung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts beginnt jedoch erst mit der Zustellung dieses Bescheides zu laufen.

Schlagworte

Nichtzulassung zur Teilnahme an der zweiten Stufe; Abweisung; nachträgliche Bildung einer Bietergemeinschaft unzulässig;

Zuletzt aktualisiert am

23.03.2012

Quelle: Vergabekontrollbehörden Verg, <https://www.ris.bka.gv.at/Verg>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at