

TE Verg Bescheid 2011/6/30 N/0033-BVA/09/2011-37

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 30.06.2011

Norm

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitaa

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §75

BVergG 2006 §84 Abs2

BVergG 2006 §312 Abs2 Z2

BVergG 2006 §319

BVergG 2006 §321 Abs1

BVergG 2006 §321 Abs4

ABGB §914

B-VG Art14b Abs2 Z1 litc

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

1. BVergG 2006 § 84 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 84 gültig von 01.02.2006 bis 29.02.2016

1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

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

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

1. ABGB § 914 heute
2. ABGB § 914 gültig ab 01.01.1917 zuletzt geändert durch RGBl. Nr. 69/1916

1. B-VG Art. 14b heute
2. B-VG Art. 14b gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
3. B-VG Art. 14b gültig von 01.07.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
4. B-VG Art. 14b gültig von 01.01.2003 bis 30.06.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2002

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 9, Mag. Gerhard Prünster, sowie Dkfm Dr. Johann Hackl als Mitglied der Auftraggeberseite und MMag Dr. Annemarie Mille als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs 2 Z 2 Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung der Novelle BGBl I Nr. 15/2010 (BVergG), betreffend das Vergabeverfahren "A9 Pyhrnautobahn, Überwachungszentrale Ardning, Leittechnik" des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien, vertreten durch die ASFINAG Bau Management GmbH, Modecenterstraße 16, 1030 Wien, über Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 2. Mai 2011, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 3. Mai 2011, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 9, Mag. Gerhard Prünster, sowie Dkfm Dr. Johann Hackl als Mitglied der Auftraggeberseite und MMag Dr. Annemarie Mille als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, (BVergG), betreffend das Vergabeverfahren "A9 Pyhrnautobahn, Überwachungszentrale Ardning, Leittechnik" des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien, vertreten durch die ASFINAG Bau Management GmbH, Modecenterstraße 16, 1030 Wien, über Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 2. Mai 2011, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 3. Mai 2011, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Der Antrag, "Das Bundesvergabeamt wolle nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung die Zuschlagsentscheidung vom 21.4.2011 für nichtig erklären", wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 312 Abs 2 Z 2 BVergG Rechtsgrundlage: Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG

II.römisch zwei.

Der Antrag, "Das Bundesvergabeamt wolle die Auftraggeberin jedenfalls zum Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution verhalten", wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 319 BVergG Rechtsgrundlage: Paragraph 319, BVergG

Begründung

Die A***, vertreten durch X*** (in der Folge Antragstellerin), stellte mit Schriftsatz vom 2. Mai 2011 Anträge auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung wie im Spruch wiedergegeben sowie auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung und auf Ersatz der Pauschalgebühren.

Mit Schriftsatz vom 2. Mai 2011, beim BVA eingelangt am 3. Mai 2011, brachte die Antragstellerin, soweit entscheidungsrelevant, zusammengefasst vor, sie habe frist- und formgerecht ein Angebot mit einem Gesamtangebotspreis von Euro netto XXXX gelegt. Die für die Zuschlagserteilung vorgesehene Billigstbieterin B*** (im Folgenden B***) habe ein Angebot mit einem Nettoangebotspreis von Euro XXXX gelegt. Das Angebot der Antragstellerin sei an dritter Stelle gereiht. Mit Schriftsatz vom 2. Mai 2011, beim BVA eingelangt am 3. Mai 2011, brachte die Antragstellerin, soweit entscheidungsrelevant, zusammengefasst vor, sie habe frist- und formgerecht ein Angebot mit einem Gesamtangebotspreis von Euro netto römisch 40 gelegt. Die für die Zuschlagserteilung vorgesehene Billigstbieterin B*** (im Folgenden B***) habe ein Angebot mit einem Nettoangebotspreis von Euro römisch 40 gelegt. Das Angebot der Antragstellerin sei an dritter Stelle gereiht.

Gemäß Punkt B 1.1.23.5 müsse der Bieter nachweisen, dass seine technische Leistungsfähigkeit gegeben sei. Unter Punkt 00B104C "Personalausstattung" sei dies im Detail festgelegt. Nach der Branchenkenntnis der Antragstellerin könnten die Nachweise hinsichtlich der fünf genannten Mitarbeiter mit speziellem Knowhow und Erfahrung von B*** nicht vollständig erbracht worden sein.

Weiters hätten zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit gemäß Pkt. B 00B104E mindestens zwei Referenzprojekte nachgewiesen werden müssen, die mit dem vorliegenden Auftrag vergleichbar seien, wobei die Auftragserteilung ab dem 1.1.2000 erfolgt sein müsste. Die Referenzprojekte müssten "Warten" (vorzugsweise aus dem Bereich der Verkehrstechnik) sein, die bestimmte Mindestanforderungen erfüllen müssten. Diese Referenzen könnten nach der Branchenkenntnis der Antragstellerin von B*** nicht vollständig erbracht worden sein. Sollte B*** als Referenzprojekt die "Tunnelkette Pack" genannt haben, wäre diese nicht anzuerkennen gewesen, da diese Leistungen zu 100% von der C*** durchgeführt worden seien. Die B*** habe bei diesem Projekt keine der technischen Leistungen erbracht, wie sie im gegenständlichen Projekt gefordert seien.

Die Antragstellerin vermute aufgrund ihrer eigenen kompetitiven Preisgestaltung, dass B*** in der Kalkulation der optionalen Leistungen eine spekulative Preisgestaltung vorgenommen haben könnte. In Anbetracht der verlesenen Angebotsöffnungsergebnisse sei davon auszugehen, dass B*** einen spekulativen Unterpreis angeboten hätte.

§ 84 BVergG regle ausdrücklich die Einhaltung aller österreichischen arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften für Arbeiten, die in Österreich auszuführen seien. Unter Anwendung der aktuellen Kollektivverträge und aller gesetzlichen Zuschläge ohne Zuschlag für Wagnis und Gewinn, ergebe sich ein Mindestlohn für Elektrotechniker von zumindest Euro XXXX pro Stunde. Paragraph 84, BVergG regle ausdrücklich die Einhaltung aller österreichischen arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften für Arbeiten, die in Österreich auszuführen seien. Unter Anwendung der aktuellen Kollektivverträge und aller gesetzlichen Zuschläge ohne Zuschlag für Wagnis und Gewinn, ergebe sich ein Mindestlohn für Elektrotechniker von zumindest Euro römisch 40 pro Stunde.

Mit E-Mail vom 21. April 2011 habe der Auftraggeber die Zuschlagsentscheidung zugunsten des Angebotes der B*** bekannt gegeben. Diese Zuschlagsentscheidung werde angefochten. Mit der Zuschlagsentscheidung angefochten werde die - dieser zeitlich vorgelagerte - nicht gesondert anfechtbare Entscheidung des Auftraggebers, das Angebot der B*** (und jenes der D***) nicht auszuschneiden. Die Antragstellerin erachte sich durch diese Entscheidung in ihrem Recht auf Ausscheiden von einem den Ausschreibungsbestimmungen widersprechenden Angebot, auf Zuschlagsentscheidung und Zuschlagserteilung zugunsten ihres Angebotes sowie in ihrem Recht auf Teilnahme an einem gesetzmäßigen Vergabeverfahren verletzt.

Mit Schriftsatz vom 5. Mai 2011 erstattete der Auftraggeber allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Der geschätzte Auftragswert aller Lose des Vorhabens belaufe sich auf insgesamt ca Euro XXXX, der geschätzte Auftragswert des verfahrensgegenständlichen Loses (inkl allfälliger Optionen) Euro XXXX netto. Mit Schriftsatz vom 5. Mai 2011 erstattete der Auftraggeber allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Der geschätzte Auftragswert aller Lose des Vorhabens belaufe sich auf insgesamt ca Euro römisch 40, der geschätzte Auftragswert des verfahrensgegenständlichen Loses (inkl allfälliger Optionen) Euro römisch 40 netto.

Die Angebotsöffnung habe am 25.1.2011 stattgefunden. Erstgereiht sei das Angebot der B***. Das Angebot der Antragstellerin sei an dritter Stelle gereiht. Das Angebot der Antragstellerin sei nicht ausgeschieden worden. Eine

Widerrufsentscheidung sei nicht ergangen, der Zuschlag nicht erteilt worden.

Mit Schriftsatz vom 12. Mai 2011 erstattete der Auftraggeber eine Stellungnahme und brachte im Wesentlichen vor, dass der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin unbegründet sei:

Die Angebotsprüfung habe ergeben, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin nachgewiesen habe, dass sie über die in der Ausschreibung geforderte Mindestanzahl von 30 Mitarbeitern verfüge. Weiters verfüge die präsumtive Zuschlagsempfängerin auch über die erforderliche Anzahl von mindestens 5 Mitarbeitern mit speziellem Know-how und Erfahrung. Am 21. Februar 2011 habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin die Lebensläufe der genannten Personen nachgereicht. Die Prüfung der vorgelegten Lebensläufe habe ergeben, dass alle genannten Personen über ausreichendes Know-how und Erfahrung im Bereich der ausgeschriebenen Leistungen und im geforderten Leistungszeitraum von drei Jahren verfügen würden. Sie hätten nicht nur eine entsprechende Ausbildung im E-Technikbereich, sondern auch bereits zahlreiche mit den ausgeschriebenen Leistungen vergleichbare Projekte abgewickelt. Darüber hinaus habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin noch zwei weitere Personen genannt, die den geforderten Kriterien entsprechen würden. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin erfülle demnach das Eignungskriterium "Personalausstattung" gemäß Pos. 00B104C.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe folgende Referenzprojekte angeführt:

- -Strichaufzählung
Tunnelkette Pack ABM Unterwald, Ausführungszeitraum 2004 - 2008
- -Strichaufzählung
A 9 XXXXX

Nachdem es sich bei diesen Projekten um mehrplatzfähige Warten handle, die nach dem 1.1.2010 beauftragt worden seien, habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin auch die geforderten Referenzprojekte nachgewiesen.

Zum Vorwurf der Antragstellerin, dass die Tunnelkette Pack zu 100% von der C***ausgeführt worden sei, sei festzuhalten, dass lediglich Teile des Auftrages an den Subunternehmer C*** (ehemals E***) vergeben worden seien. Der an die C*** (vormals E***) vergebene Subauftragsteil habe rund 30% des Gesamtauftragswertes betragen. Somit habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin nachgewiesen, dass die F*** (nunmehr B***) wesentliche Teile dieses Auftrags erbracht habe. Somit habe die Referenz Tunnelkette Pack ABM Unterwald berücksichtigt werden können.

Die Antragstellerin bringe pauschal und ohne nähere Begründung vor, dass der Angebotspreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht plausibel sei. Diese Behauptung sei jedoch unzutreffend. Die nach den Vorgaben und Richtlinien der ASFINAG und iSd BVerG vertiefte Angebotsprüfung habe ergeben, dass der angebotene Preis betriebswirtschaftlich erklärbar und nachvollziehbar sei. Als Ergebnis der durchgeführten Prüfung könne festgehalten werden, dass sämtliche Preise betriebswirtschaftlich aufklärbar seien. In jenen Fällen, in denen es Zweifel gegeben habe, sei eine Aufklärung seitens der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gefordert worden.

Auch der Vergleich der Angebotspreise der präsumtiven Zuschlagsempfängerin mit den Benchmarks der ASFINAG (für Wartenausrüstung und Leittechnik) zeige deutlich, dass der Angebotspreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin als marktüblich bezeichnet werden könne, da er im Mittelfeld liege.

Bei der vertieften Angebotsprüfung hinsichtlich der optionalen Leistungspositionen der HG 03 und der Integration der Tunnelanlagen habe es keine Auffälligkeiten in der Preisbildung gegeben. Der Anteil der Option an der jeweiligen Gesamtangebotssumme sei bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nachvollziehbar gewesen.

Der günstigere Preis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin bei den optionalen Positionen HG 03 und HG 04 habe mit Unterschieden in der jeweiligen Kalkulation der Bieter, mit vorhandenen Lagermaterialien, Wiederholungseffekten in den einzelnen Obergruppen, Optimierung durch Einsatz spezieller Software sowie mit Synergien zwischen Wartung, Inspektion und Instandsetzungsleistungen nachvollziehbar aufgeklärt werden können.

Laut den K3- Blättern hätten die drei erstgereihten Bieter folgende Mittellohnpreise exklusive Gesamtzuschlag für die Kalkulation herangezogen:

B***: Euro XXX

D***: Euro XXX

A***: Euro XXX (Montage), XXX (Projektierung)

Die KV-Löhne im K3-Blatt der präsuntiven Zuschlagsempfängerin würden sich zwischen Euro 10,69 und 13,89 bewegen, was laut Kollektivvertrag für das Eisen- und Metallverarbeitende Gewerbe 2011 exakt den Beschäftigungsgruppen LG 3 Facharbeiter und LG 1 Spitzenfacharbeiter entspreche. Der etwas höhere Mittellohn der Antragstellerin ergebe sich hauptsächlich aus kalkulierter Mehrarbeit (XXX h/Woche) und einer anderen - jedoch durchaus ähnlichen - Aufteilung nach kollektivvertraglichen Beschäftigungsgruppen bzw. Beschäftigungsgruppenjahren der kalkulierten Beschäftigten. Die KV-Löhne im K3-Blatt der präsuntiven Zuschlagsempfängerin würden sich zwischen Euro 10,69 und 13,89 bewegen, was laut Kollektivvertrag für das Eisen- und Metallverarbeitende Gewerbe 2011 exakt den Beschäftigungsgruppen LG 3 Facharbeiter und LG 1 Spitzenfacharbeiter entspreche. Der etwas höhere Mittellohn der Antragstellerin ergebe sich hauptsächlich aus kalkulierter Mehrarbeit (römisch 30 h/Woche) und einer anderen - jedoch durchaus ähnlichen - Aufteilung nach kollektivvertraglichen Beschäftigungsgruppen bzw. Beschäftigungsgruppenjahren der kalkulierten Beschäftigten.

Der angebotene Mittelohnpreis der präsuntiven Zuschlagsempfängerin entspreche den arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften und sei plausibel.

Mit Schriftsatz vom 13. Mai 2011 erstattete der präsuntive Zuschlagsempfänger begründete Einwendungen und brachte vor, dass sämtliche von der Antragstellerin behaupteten Rechtswidrigkeiten nicht vorliegen würden.

Als Nachweis für das Vorliegen der Anforderung hinsichtlich der technischen Leistungsfähigkeit habe der präsuntive Zuschlagsempfänger die Lebensläufe von sieben entsprechend qualifizierten Mitarbeitern vorgelegt. Den Lebensläufen sei zu entnehmen, dass die Mitarbeiter über das geforderte spezielle Know-how und die Erfahrung in den beschriebenen Bereichen in den letzten drei Jahren verfügen würden.

Der präsuntive Zuschlagsempfänger habe im mit dem nunmehrigen Ausschreibungsgegenstand vergleichbaren Leistungsbereich (OG 09 ABM Unterwald und 19 ABM Unterwald) den weitaus überwiegenden Leistungsanteil erbracht, wohingegen der damalige Subunternehmer C*** vergleichsweise nur einen geringeren Leistungsanteil erbracht habe. Infolge dessen habe der Auftraggeber das genannte Projekt als Referenz gewertet, welches mit dem Auftragsgegenstand sowohl was die technischen Anforderungen betreffe als auch im Bezug auf den Auftragsteilwert, vergleichbar sei. Weiters habe der präsuntive Zuschlagsempfänger die geforderten Nachweise über ein zweites Referenzprojekt erbracht.

Das Angebot des präsuntiven Zuschlagsempfängers beinhalte einen wettbewerbsfähigen Preis. Der Auftraggeber habe die Angemessenheit der Preise, insbesondere im Hinblick auf die Kalkulation unter Berücksichtigung der direkt zuordenbaren Einzelkosten sowie die Kalkulation der Aufwandsansätze, detailliert geprüft und für betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar erachtet.

Das Angebot des präsuntiven Zuschlagsempfängers entspreche auch den arbeitsrechtlichen Vorschriften. Der von ihr angebotene Stundensatz liege über dem kollektivvertraglich festgelegten Mindestlohn für Elektrotechniker.

Mit Schriftsatz vom 17. Mai 2011 erstattete die Antragstellerin eine weitere Stellungnahme und brachte im Wesentlichen vor, dass der gemittelte Mindeststundensatz im Elektrotechnikgewerbe für produktive Lohnkosten pro Stunde Euro 28,83, der Mittelwert für Herstellkosten pro Stunde Euro 33,86, der Mittelwert für Selbstkosten pro Stunde Euro 36,23 und der Mittelwert für den Mindestkalkulationsansatz (Mindestangebotspreis) pro Stunde Euro 39,86, betrage.

Entscheidend seien die KV-Löhne zuzüglich aller gesetzlichen Zulagen, wie Entfernungszulagen und Nächtigungsgelder. Weder die kalkulierten Lohnabgaben noch die Regiekosten des präsuntiven Zuschlagsempfängers dürften die von der Antragstellerin errechneten Werte der "Mindeststundensatzkalkulation Elektrotechnikgewerbe" des gemittelten Mindeststundensatzes von Euro 33,86 erreichen oder überschreiten. Die Antragstellerin gehe davon aus, dass der präsuntive Zuschlagsempfänger die gesetzlichen Vorgaben nicht eingehalten habe. Dies könne leicht durch Einblick in die angebotenen Regieleistungen festgestellt werden. Diese Position sei zudem besonders wichtig, da der Auftraggeber in Summe 1610 Regiestunden ausgeschrieben habe. Von den Ansätzen für Regiestunden könne den Querbezug zu den Mittelohnherstellungskosten hergestellt werden.

Mit Schriftsatz vom 6. Juni 2011 erstattete der Auftraggeber eine ergänzende Stellungnahme und brachte vor, dass die Mittelohnpreise der präsuntiven Zuschlagsempfängerin plausibel seien. Die Zusammenstellung der Lohnkosten

hänge von der individuellen Lohngestaltung des Bieters ab. Dies, da jeder Bieter etwa unterschiedliche Aufzahlungen aus Zusatzkollektivverträgen, sonstigen Aufzahlungen etc. kalkuliere. Weiters hätten die Bieter auch unterschiedliche Stundenzahlen an wöchentlicher Mehrarbeit kalkuliert. Dies liege im Ermessen der Bieter, da die Ausschreibungsunterlagen Nacht- und Wochenendarbeit nicht zwingend vorgeben würden.

Die Preise der Kosten würden von den jeweiligen individuellen Kalkulationsansätzen der Bieter abhängen. Es gebe also diesbezüglich keine "Mindestpreise" wie dies die Antragstellerin unzutreffend ausführe. Jeder Bieter kalkuliere gemäß den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln. Der Vergleich mit den Preisen der anderen Bieter könne nur ein Indiz für die Angemessenheit der Preise sein.

Bei der vertieften Angebotsprüfung seien die Preise je Bieter auf deren Plausibilität zu prüfen. Die gegenständlichen Angebotsprüfung habe zweifelsfrei ergeben, dass die Preisangaben (insbesondere jene der präsumtiven Zuschlagsempfängerin) angemessen seien.

Auch die Regiepreise der präsumtiven Zuschlagsempfängerin seien plausibel. Laut den angebotenen Regieleistungen hätten die drei erstgereihten Bieter folgende mittlere Regiepreise inklusive Gesamtzuschlag für ihre Kalkulation herangezogen:

B***: Euro XXX

D***: Euro XXX

A***: Euro XXX

Nach den Ausführungen der Antragstellerin betrage der "Mindestkalkulationsansatz" pro Stunde im Elektrotechnikgewerbe Euro 39,86. Die angebotenen Regiepreise der präsumtiven Zuschlagsempfängerin lägen somit deutlich über dem von der Antragstellerin als angemessen bezeichneten Preis.

Im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 10. Juni 2011 brachte die präsumtive Zuschlagsempfängerin (RA H***) ergänzend vor, dass die von der Antragstellerin errechneten gemittelten Mindeststundensätze (Beilage .12) nicht aussagekräftig seien, weil die Antragstellerin in den 6 Beschäftigungsgruppen durchgängig jeweils einen Projektmitarbeiter annehme, nicht zwischen Arbeitern und Angestellten differenziere und eine fiktive Produktivität quer über alle Gruppen von 80% annehme. Es hätte nicht einfach das arithmetische Mittel herangezogen werden dürfen, sondern es hätte eine Gewichtung nach den Angehörigen der Beschäftigungsgruppen erfolgen müssen.

Die gemittelten Stundensätze würden von der jeweiligen individuellen Kalkulation des Bieters abhängen, also welcher Anteil in Prozent an Angehörigen der Angestellten KV-Gruppen V, IV und III laut K3-Formblatt "Gehaltspreis" bzw. wie viele Obermonteure und Helfer laut K3-Formblatt "Mittellohnpreis" veranschlagt würden. Die gemittelten Stundensätze würden von der jeweiligen individuellen Kalkulation des Bieters abhängen, also welcher Anteil in Prozent an Angehörigen der Angestellten KV-Gruppen römisch fünf, römisch vier und römisch drei laut K3-Formblatt "Gehaltspreis" bzw. wie viele Obermonteure und Helfer laut K3-Formblatt "Mittellohnpreis" veranschlagt würden.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe ausschreibungskonform nachgewiesen, dass die von ihr namhaft gemachten Mitarbeiter über das geforderte Know-how in den letzten 3 Jahren verfügen würden. Unerheblich sei in diesem Zusammenhang, wo die Mitarbeiter dieses Know-how erworben hätten, ob im Unternehmen des Bieters oder an vorhergehenden Arbeitsstellen. Dies bedeute demnach, dass die namhaft gemachten Mitarbeiter keine 3-jährige Zugehörigkeit zum Unternehmen des Bieters nachweisen müssten. Ansonsten wäre die Definition der "Mitarbeiter" in Pkt. 00B104C Personalausstattung widersprüchlich. Es würde u.a. jene Personen als "Mitarbeiter" gelten, welche einen Werkvertrag mit einer Laufzeit von zumindest 12 Monaten abgeschlossen hätten.

Über Befragen, wie der Auftraggeber die Bestimmung des Punktes 00B104C interpretiere bzw. was der Auftraggeber von den Bietern erfahren habe wollen, erklärte I***, dass einerseits der Bieter über eine gewisse durchschnittliche Mitarbeiterzahl verfügen und er andererseits über Mitarbeiter mit einer Berufserfahrung in einem gewissen Zeitraum (3 Jahre) verfügen müsse; wo sich die Mitarbeiter die Erfahrung angeeignet hätten, sei unerheblich. Die Erfahrung des Unternehmens werde ohnehin durch die Referenzprojekte abgefragt. Durch die Bestimmung der zumindest 12-monatigen Gesamtvertragslaufzeit, welche sich nach Ansicht des Auftraggebers nur auf Werkvertragsnehmer - nicht jedoch auf Dienstnehmer bzw. frei Dienstnehmer beziehe - solle verhindert werden, dass der Bieter Personen benenne, welche nur wochenweise für Projekte beschäftigt würden. Die 12 Monate würden sich jedoch auf die Beschäftigung beim jeweils die Person nennenden Bieter beziehen.

Über Befragen, wie die präsumtive Zuschlagsempfängerin die Bestimmung des Punkt 00B104C verstanden habe, erläuterte RA H***, dass es entscheidend sei, dass die Personen über die entsprechende Erfahrung verfügen würden, egal wo sie diese erworben hätten. Es sei nämlich wesentlich, dass eine Person das Know-how in den letzten 3 Jahren erworben hätte und nicht etwa "in den 1990-er Jahren".

Über Befragen, wie die Antragstellerin die Bestimmung des Punktes 00B104C verstehe, erläuterte RA J***, dass ausgehend vom objektiven Erklärungswert den diese Bestimmung für einen redlichen und verständigen Bieter haben müsse, der Ausdruck "in den letzten 3 Jahren" eindeutig durch den folgenden Klammerausdruck bestimmt werde. Dieser beziehe sich auf das Bestehen des Unternehmens, wobei hier grundsätzlich eine Dauer von 3 Jahren gefordert werde, es sei denn, dass das Unternehmen erst seit einem kürzeren Zeitraum bestehe. Die Bestimmung ergebe nur dann einen Sinn, wenn der Ausdruck "Unternehmen" auf den jeweiligen Bieter bezogen werde. Fazit: Der Ausdruck "in den letzten 3 Jahren" habe den Inhalt, dass die zu nennenden Mitarbeiter im Unternehmen des Bieters mindestens 3 Jahre tätig sein müssten, außer dieses Unternehmen existierte erst seit einem kürzeren Zeitraum. Die im folgenden Absatz der Ausschreibung erwähnte "Gesamtvertragslaufzeit von zumindest 12 Monaten" beziehe sich entgegen dem Vorbringen der übrigen Parteien auf sämtliche Mitarbeiter (Dienstnehmer und Werkvertragsnehmer), weil von einer "jeweiligen" Gesamtvertragslaufzeit die Rede sei. Dies stehe nicht im Widerspruch mit der zuvor geforderten Mindestzugehörigkeitsdauer von 3 Jahren, weil es durchaus denkbar sei, dass Mitarbeiter über befristete Verträge (sowohl Dienst- als auch Werkverträge) verfügen würden und insbesondere bei Werkvertragsnehmern auch rechtlich nichts dagegen spreche, dass diese über "Kettenwerkverträge" über einen Zeitraum von 3 Jahren oder länger ununterbrochen für den Bieter tätig seien.

RA H*** brachte hiezu vor, dass die Interpretation der Bestimmung, wie sie die präsumtive Zuschlagsempfängerin sehe, auch durch den "Klammerausdruck" nicht widerlegt werde, da sich der Klammerausdruck lediglich auf lit.a (jährliches Mittel) beziehe und nicht auf lit.b. RA H*** brachte hiezu vor, dass die Interpretation der Bestimmung, wie sie die präsumtive Zuschlagsempfängerin sehe, auch durch den "Klammerausdruck" nicht widerlegt werde, da sich der Klammerausdruck lediglich auf Litera a, (jährliches Mittel) beziehe und nicht auf Litera b,

Über Befragen, ob die Antragstellerin oder die präsumtive Zuschlagsempfängerin vor Angebotsabgabe eine Bieteranfrage hinsichtlich der Bestimmung des Punktes 00B104C an den Auftraggeber gestellt hätten, wurde dies sowohl von RA J*** als auch von RA H*** verneint.

RA J*** brachte vor, dass nach der Branchenkenntnis der Antragstellerin die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin genannten 5 Personen mit speziellem Knowhow vormals beim Unternehmen G*** beschäftigt gewesen seien. Beide Unternehmen hätten zwar elektrotechnische Tunnelausrüstungsprojekte erbracht, nicht aber die hier gegenständliche Leistung der Errichtung einer Überwachungszentrale. Die Besonderheit des ausschreibungsgegenständlichen Projekts liege darin, dass mehrere Tunnelanlagen von einer Stelle überwacht würden. Das dafür erforderliche technische Know-how sei beispielsweise nicht vergleichbar mit einer Betriebsstation, wie sie bei den Tunneln in Plabutsch, Pack, Klagenfurt und Inzersdorf vorhanden sei. RA J*** stellte den Antrag auf Einvernahme der von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin genannten Personen mit speziellem Know-how als Zeugen zum Beweis dafür, dass diese Mitarbeiter nicht die Anforderungen der einschlägigen Bestimmung erfüllen würden.

Über Befragen erklärte U***, ASFINAG Baumanagement, dass er als Projektleiter über die Angebotsprüfung im Detail Bescheid wisse. Dies betreffe auch das von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin genannte Schlüsselpersonal. U*** erläuterte, dass die Ausführungen der Antragstellerin zur angeblichen mangelnden Eignung des von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin genannten Schlüsselpersonals unrichtig sei und begründete dies damit, dass das im Angebot beinhaltete Schlüsselpersonal der B*** Tunnelprojekte größeren Umfangs mit zugehörigen Betriebszentralen errichtet habe. Der (datentechnische und leittechnische) Umfang dieser Tunnelprojekte - insbesondere werde hier genannt der XXX-Tunnel und der XXX-Tunnel - entspreche dem in Teil B.3 der gegenständlichen Ausschreibung geforderten Leistungsbild.

W***, der als Projektleiter vorgesehen ist, erläuterte, dass er im November 2010 von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin einen unbefristeten Dienstvertrag erhalten habe. Er habe weitere 5 ehemalige Mitarbeiter der G***, welche als Schlüsselpersonal genannt worden seien, in seine Abteilung zur Aufnahme empfohlen. Er sei Dipl.-Ing. der Nachrichtentechnik der TU-Wien und seit ca. 2003 im Bereich Tunnelausstattungen bei den G*** tätig

gewesen. Die Tätigkeiten würden den ausschreibungsgegenständlichen Leistungen entsprechen. Als Beispiele nannte W***: A 10 XXXXX, S 6 XXXXX, A 9 XXXXX, A2 XXXXX. Bei den 3 erstgenannten Projekten handle es sich um Tunnelgeneralsanierungen, wobei jeweils eine Betriebszentrale Teil des Projektes gewesen sei. Das gelte auch für das viertgenannte Projekt "XXXXX". Bei diesem Projekt seien weiters die Tunnel der Tunnelkette XXXXX in die Zentralwarte XXXXX eingebunden worden.

U*** führte diesbezüglich weiters aus, dass eine Betriebszentrale über den gesamten daten- und leittechnischen Umfang einer Tunnelanlage verfügen würde. Weiters würden in einer Betriebszentrale steuerungstechnisch sämtliche automatischen Abläufe realisiert. Eine Zentralwarte oder Leitwarte verfüge über eine als in der Ferne sitzende "Bedienstation" über einen weit geringen Datenumfang der jeweiligen Tunnelanlage. Das Herzstück der Automatisierung sitze damit in der Betriebszentrale eines Tunnels und nicht in der Überwachungszentrale/Zentralwarte.

W*** erläuterte weiters, dass als Mitarbeiter in seiner Abteilung die Herren Ing. L***, DI M***, N***, O*** und P*** beschäftigt seien. Die Genannten seien mit W*** bereits bei den G*** beschäftigt gewesen. Daher kenne er die Genannten persönlich. Seit dem jeweiligen Dienstantritt der genannten Personen bei den G*** könne er angeben, dass diese im Bereich "Infrastruktur und Tunneltechnik" beschäftigt gewesen seien bzw. sind.

Über Befragen erklärte RA H***, dass die Person des W*** im weiteren Verfahrensverlauf nicht als Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis zu wahren sei.

Nach entsprechender Wahrheitserinnerung wurde W*** als Zeuge einvernommen. W*** bestätigte unter Wahrheitspflicht die von ihm getätigten Aussagen hinsichtlich seines Werdegangs, seiner Berufserfahrung sowie jene der als Schlüsselpersonal genannten Personen, die ihm persönlich bekannt sind.

Die Antragstellerin stellte in der Folge einen Antrag auf zeugenschaftliche Einvernahme sämtlicher von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin genannten Schlüsselpersonen. Dieser Antrag wurde vom Senat insofern abgewiesen, als es die genannten Personen mit Ausnahme des anwesenden W*** betrifft.

Über Befragen von RA J*** an den Zeugen W***, ob dieser innerhalb der letzten 3 Jahren an der Errichtung einer Überwachungszentrale als Projektleiter teilgenommen habe, nahm W*** das Zeugenentschlagungsrecht gemäß § 49 Abs. 1 Z 2 AVG für sich in Anspruch und enthielt sich einer Antwort. Über Befragen von RA J*** an den Zeugen W***, ob dieser innerhalb der letzten 3 Jahren an der Errichtung einer Überwachungszentrale als Projektleiter teilgenommen habe, nahm W*** das Zeugenentschlagungsrecht gemäß Paragraph 49, Absatz eins, Ziffer 2, AVG für sich in Anspruch und enthielt sich einer Antwort.

Über Befragen von RA J***, ob W*** bei den Überwachungszentralen St. Michael im Lungau, Hohenems und Klagenfurt als Projektleiter oder in einer sonstigen Funktion beteiligt gewesen sei, erklärte W***, dass er bei den 3 genannten Projekten in keiner Funktion tätig gewesen sei.

Über Befragen, wie viele Überwachungszentralen es in Österreich gebe und wie viele davon in den letzten 3 Jahren baulich verändert worden seien, erklärte U***, dass es im ASFINAG-Bereich in Österreich ca. 10 derartige Anlagen gebe, wovon in den letzten 3 Jahren 2 baulich verändert bzw. errichtet worden seien. Bei den 2 letztgenannten Anlagen handle es sich um die Überwachungszentrale St. Michael im Lungau und die Überwachungszentrale Hohenems.

Die Antragstellerin brachte hinsichtlich der Referenzprojekte vor, dass ihrer Ansicht nach die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vermuteter Maßen genannten Referenzprojekte ausschließlich bzw. überwiegend von Mitarbeitern durchgeführt worden seien, die dem Unternehmen nicht mehr angehören würden. Dazu werde auf eine Entscheidung des VKS Salzburg vom 2.2.2004, S VKS/24/20, verwiesen, in der dieser, bezogen auf einen Umgründungsvorgang im Konzern eines Bieters, festhalte, dass es bei der Zurechnung von Referenzprojekten nur darauf ankommen könne, ob das mit der Teilbetriebsübertragung auf die neue Gesellschaft übergegangene Personal über das geforderte technische Know-how verfüge. Nach Ansicht des VKS komme es bei der Zurechnung von Referenzen sohin darauf an, dass das damit zusammenhängende personelle Know-how im betreffenden Unternehmen vorhanden sein müsse.

RA H*** replizierte darauf, dass in der gegenständlichen Ausschreibung eine derartige Verknüpfung der genannten Mitarbeiter mit den genannten Referenzprojekten nicht gefordert gewesen sei.

Über Befragen erklärte U***, dass das von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin genannte Referenzprojekt

"Tunnelkette Pack" von ihm persönlich sowie von einem Mitarbeiter des Ingenieurbüros R***, Mag. S***, geprüft worden sei. Die Prüfung sei so vor sich gegangen, dass U*** den damals zuständigen Projektleiter seitens der ASFINAG angerufen und sich erkundigt habe, ob die Fa F*** die Leistung voll inhaltlich selbst umgesetzt habe. Die Antwort habe ergeben, dass am Projekt auch die Fa E*** beteiligt gewesen sei. In der Folge sei die präsumtive Zuschlagsempfängerin aufgefordert worden, diesen Umstand aufzuklären. Am 3.3.2011 habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin die entsprechenden Erklärungen nachgereicht. Nach einer Besprechung mit R*** sei die ASFINAG zu dem Ergebnis gelangt, dass die Referenz "Tunnelkette Pack" anzuerkennen sei, da F*** den wesentlichen Teil der Leistung erbracht habe. Aus den vorgelegten Unterlagen (z.B. Vertrag zwischen F*** und E***) ergebe sich, dass die Leistungsgruppen 09 bzw. 19 des Projekts "Tunnelkette Pack ABM Unterwald" von F*** mit den jeweiligen dazu genannten Eurobeträgen an E*** vergeben worden seien.

RA H*** gab über Befragen durch den Senatsvorsitzenden an, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin beim Projekt "Tunnelkette Pack" 70% der in Teil B.3 der gegenständlichen Ausschreibung genannten Leistungen selbst erbracht habe und nur 30% der Leistungen an E*** als Subauftrag vergeben habe. Dies sei auch durch S*** bestätigt worden. Es sei nicht so, dass die genannte Referenz zu 100% an E*** untervergeben worden sei. RA H*** erläuterte über Befragen, dass F*** im Projekt "Tunnelkette Pack" folgende Leistungen selbst erbracht habe:

- -Strichaufzählung
Niederspannungsverteilung
- -Strichaufzählung
Erdungs- und Potentialausgleich
- -Strichaufzählung
Konstruktionen
- -Strichaufzählung
Rohr- und Tragsysteme
- -Strichaufzählung
Videoüberwachung
- -Strichaufzählung
Notrufeinrichtungen
- -Strichaufzählung
Beschallungsanlage
- -Strichaufzählung
Funkanlagen
- -Strichaufzählung
Informationsübertragung
- -Strichaufzählung
Informationsverarbeitung
- -Strichaufzählung
Leitungen
- -Strichaufzählung
Gebäude- und Nischeninstallationen
- -Strichaufzählung
Gebäude- und Nischenausstattung
- -Strichaufzählung
De- und Widermontagen
- -Strichaufzählung
Bauarbeiten
- -Strichaufzählung
Gebäudelüftung und
- -Strichaufzählung
Klimaanlage

U*** bestätigte, dass die oben genannten Leistungen im Wesentlichen dem ausschreibungsgegenständlichen Teil B entsprechen würden.

H*** erläuterte weiters, dass F*** folgende Bereiche teilweise untervergeben habe:

- -Strichaufzählung
Niederspannungsverteilung
- -Strichaufzählung
Notrufeinrichtungen
- -Strichaufzählung
Informationsübertragung
- -Strichaufzählung
Informationsverarbeitung

U*** gab über Befragen an, dass die teilweise untervergebenen genannten Bereiche auch Inhalt des gegenständlichen Leistungsteils B.3 seien. Die gegenständliche Ausschreibung umfasse jedoch "weniger Leistungen" als die "Tunnelkette Pack".

Das zweite von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin genannte Referenzprojekt "A 9 XXXXXX" stehe laut U*** außer Zweifel. Es stelle eine Warte dar, die von F*** errichtet worden sei. In der Nachreichung sei auch vom Bieter die entsprechende Übernahme-Niederschrift vorgelegt und diese von der ASFINAG anerkannt worden. Diese Warte sei laut den Übernahmeprotokollen zu 100% von F*** durchgeführt worden.

RA J*** brachte vor, dass die Ausschreibung vorsehe, dass die Kalkulation nach der Ö-Norm B 2061 zu erfolgen habe. Diese sehe für die Kalkulation der Lohnpreise die Verwendung des Formblattes K3 vor, das für den Auftraggeber nachvollziehbar mache, wie ein Bieter ausgehend vom Stundenlohn (bei Arbeitern) zu den Lohnpreisen komme. Zur Einhaltung der arbeitsrechtlichen Bestimmungen sei es demnach erforderlich, dass ein Bieter zumindest den kollektivvertraglichen Mindestlohn, der sich nach der Einstufung laut KV für die betreffende Leistungsposition ergebe, zu Grunde lege. Es sei zulässig, hier gemittelte Lohnpreise anzusetzen, jedoch sei beispielsweise bei Regiepositionen, die etwa Softwarestunden Leittechnik betreffen würden (etwa Pos. 0201360131B und Pos. 0201360131D) von einem Mindestlohn auszugehen, der einer höherwertigen Beschäftigungsgruppe bzw. Lohngruppe entspreche. Ausgehend von den Vorbringen der Auftraggeberin in ihrem Schriftsatz vom 12.5.2011, wonach B*** seinen Lohnpreisen den Mindestlohn im KV "Elektrotechnikgewerbe" für die Leistungsgruppen 01 und 03 zu Grunde gelegt habe, ergebe sich, dass der Mittellohnpreis unter Berücksichtigung der nach dem KV und den einschlägigen sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften zwingend zu berücksichtigenden Zuschlägen mindestens ca. Euro 37,- betragen müsse (das sei der Mittellohnpreis; Zeile U im K3-Blatt). Bei dieser Berechnung werde jedoch unterstellt (zugunsten eines möglichst niedrigen Ansatzes), dass das Personal zu 100% produktiv sei, dass keine Schmutz-, Erschwernis- und Gefahrenzulage kalkuliert worden seien sowie keine Zulage für Schichtarbeit. Sollten der Lohnkalkulation auch Gehälter für Angestellte zu Grunde liegen, dann müsse der Mittellohnpreis jedenfalls über Euro 37,- liegen. Die genaue Höhe könne er nicht angeben. Korrigiert werde das schriftliche Vorbringen, wonach in Zeile M im K3-Blatt ein Betrag von zumindest Euro 33,86 stehen müsse. Das Vorbringen werde insofern präzisiert, als im K3-Blatt für Arbeiter (Mittellohnpreis) in Zeile M - und nicht in Zeile U wie vorhin gesagt - mindestens ein Wert von Euro 37,- aufscheinen müsse und in der Zeile U zumindest ein um 10% höherer Wert aufscheinen müsse. Für Angestellte müssten die genannten Werte um ca. 5-10% höher sein.

RA J*** beantragte, der Senat möge prüfen, ob in den K3-Blättern der präsumtiven Zuschlagsempfängerin die Zuschläge gemäß den Zeilen N bis R berücksichtigt worden seien. Sollte dies nicht der Fall sein, liege ein zwingender Ausscheidungsgrund iSd § 129 vor (BVA 3.8.2005, 17N-62/05-29). RA J*** beantragte, der Senat möge prüfen, ob in den K3-Blättern der präsumtiven Zuschlagsempfängerin die Zuschläge gemäß den Zeilen N bis R berücksichtigt worden seien. Sollte dies nicht der Fall sein, liege ein zwingender Ausscheidungsgrund iSd Paragraph 129, vor (BVA 3.8.2005, 17N-62/05-29).

Über Befragen, ob die präsumtive Zuschlagsempfängerin laut Kollektivvertrag eine 38,5 Regelstundenwoche habe, wird dies von T*** bejaht. Trotzdem sei für die kalkulierte XX-Stunden-Woche Arbeitszeit laut K3-Blättern keine Aufzählung für Mehrarbeit vorzusehen gewesen, da der Kollektivvertrag für Arbeiter für das eisen- und metallverarbeitende Gewerbe vorsehe, dass in einer Bandbreite von 52 Wochen die Arbeitszeit durchgerechnet

werden könne, sofern die wöchentliche Arbeitszeit 45 Stunden nicht übersteige. Daher sei für die Mehrarbeit von XX Stunden im konkreten Fall keine Aufzahlung für Mehrarbeit zu kalkulieren gewesen. Es liege im Ermessen des Bieters, die Wochenarbeitszeit zu kalkulieren. Spezielle Vorgaben sehe die Ausschreibung diesbezüglich nicht vor. Über Befragen, ob die präsumtive Zuschlagsempfängerin laut Kollektivvertrag eine 38,5 Regelstundenwoche habe, wird dies von T*** bejaht. Trotzdem sei für die kalkulierte XX-Stunden-Woche Arbeitszeit laut K3-Blättern keine Aufzahlung für Mehrarbeit vorzusehen gewesen, da der Kollektivvertrag für Arbeiter für das eisen- und metallverarbeitende Gewerbe vorsehe, dass in einer Bandbreite von 52 Wochen die Arbeitszeit durchgerechnet werden könne, sofern die wöchentliche Arbeitszeit 45 Stunden nicht übersteige. Daher sei für die Mehrarbeit von römisch zwanzig Stunden im konkreten Fall keine Aufzahlung für Mehrarbeit zu kalkulieren gewesen. Es liege im Ermessen des Bieters, die Wochenarbeitszeit zu kalkulieren. Spezielle Vorgaben sehe die Ausschreibung diesbezüglich nicht vor.

I*** bestätigte, dass die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zu Grunde gelegte Wochenarbeitszeit von XX Stunden auskömmlich sei. I*** bestätigte, dass die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zu Grunde gelegte Wochenarbeitszeit von römisch zwanzig Stunden auskömmlich sei.

Über Befragen erklärte RA J***, dass der Vorwurf der Preisspekulation lediglich die optional anzubietenden Leistungen HG 03 und HG 04 betreffen würde. Die Leistungen seien sowohl im "Hauptvertrag" anzubieten als auch nochmals separat als Option. Die Antragstellerin vermute - dies vorausgesetzt - dass von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin unterschiedliche Preisansätze für gleichartige Leistungen gewählt worden seien. Die Einheitspreise wären damit je Bieter im Hauptvertrag und in der Option für gleichartige Leistungen unterschiedlich hoch.

I*** replizierte, dass es nachvollziehbar sei, für die gleiche Leistung in einem anderen Zeitraum (Anm: Option bis 2018) andere Einheitspreise zugrunde zu legen, als im Falle der Durchführung sämtlicher dieser Leistungen in einem Hauptvertrag. I*** replizierte, dass es nachvollziehbar sei, für die gleiche Leistung in einem anderen Zeitraum (Anmerkung, Option bis 2018) andere Einheitspreise zugrunde zu legen, als im Falle der Durchführung sämtlicher dieser Leistungen in einem Hauptvertrag.

RA J*** erläuterte, dass, wenn die Einheitspreise für gleichartige Positionen in der Option einmal höher, ein andermal niedriger seien als im Hauptvertrag, oder alternativ, die Einheitspreise der Option deutlich niedriger seien als die vergleichbaren Einheitspreise im Hauptvertrag, von einer spekulativen Preisgestaltung auszugehen sei.

DI V***, ASFINAG, gab hiezu an, dass diesbezüglich eine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt worden sei. Jene Ansätze, die sich wesentlich zur Hauptleistung geändert hätten, seien aufgeklärt und vom Bieter plausibel nachvollziehbar aufgeklärt worden.

RA H*** bestritt das Vorbringen der Antragstellerin zur spekulativen Preisgestaltung.

RA J*** stellte den Antrag auf Einholung eines Sachverständigen-Gutachtens zum Beweis dafür, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin keine dem BVergG konforme Kalkulation ihres Angebotes vorgenommen habe, sowie auch dafür, dass diese keine der Ö-Norm B 2061 entsprechende Kalkulation vorgenommen habe und insbesondere bei der Kalkulation ihrer Lohn- und Gehaltspreise nicht die nach dem Gesetz und den anwendbaren KV zwingenden Zuschläge berücksichtigt habe. Zum Beweis für die Notwendigkeit, das Angebot im Hinblick auf etwaige Preisspekulationen zu prüfen, legte die Antragstellerin noch eine Aufstellung vor, aus der sich ergebe, dass der Anteil der optionalen Leistung HG 03 zum Hauptvertrag bei den beiden erstgereihten Bietern bei 7,81% bzw. 6,54%, bei den übrigen Bietern bei über 10%, liege.

Aufgrund des Vorbringens der Parteien, der Unterlagen des Vergabeverfahrens sowie den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung vom 10. Juni 2011 wurde folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt festgestellt:

1. 1) Ziffer eins
Schlüsselpersonal:

In Punkt 00B104C "Personalausstattung" des LV ist Folgendes festgelegt:

Der Bieter muss nachweisen, dass er über eine ausreichende Anzahl qualifizierten Fachpersonals mit entsprechender beruflicher Befähigung und Erfahrung verfügt.

Es ist gemäß Formblatt "Selbstdklärationsliste zur Eignung" der Nachweis des

1. a) Litera a

jährlichen Mittels der Mitarbeiter im Allgemeinen sowie

2. b) Litera b

der Mitarbeiter mit speziellem Know-how und Erfahrung in den unter Teil B.3 (Leistungsbeschreibung) beschriebenen Leistungen in den letzten 3 Jahren (bzw für den seit Unternehmensgründung bestehenden Zeitraum bei Unternehmen, die jünger als 3 Jahre sind) zu erbringen.

Als Mitarbeiter gelten Dienstnehmer, freie Dienstnehmer und auf Werkvertragsbasis beschäftigte Personen, mit einer Gesamtvertragslaufzeit von zumindest 12 Monaten.

Als Mindestanforderung wird festgelegt, dass der Bieter den Nachweis über

- -Strichaufzählung
mindestens 30 Mitarbeiter insgesamt und
- -Strichaufzählung
mindestens 5 Mitarbeiter mit speziellem Know-how und Erfahrung in den unter Teil B.3 beschrieben[en] Leistungen

im oben genannten Zeitraum erbringen muss.

Bieteranfragen hinsichtlich Inhalt bzw Auslegung dieser Bestimmung wurden weder von der Antragstellerin noch von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gestellt (siehe Angaben RA H*** und RA J*** in der mündlichen Verhandlung, VH-Schrift Seite 6).

Mit dem Angebot hat die präsumtive Zuschlagsempfängerin das Formblatt "Verbindlicher Personaleinsatzplan" abgegeben. Darin war als Schlüsselpersonal genannt:

Projektleiter: DI W***,

Projektleiterstellvertreter: Ing. L***

Bauleiter: P***

Techniker: N***

Techniker: DI (FH) M***

Mit Telefax der vergebenden Stelle vom 1.2.2011 wurde die präsumtive Zuschlagsempfängerin aufgefordert, u.a. das Formblatt "Erklärung hinsichtlich personeller Ausstattung" nachzureichen.

Mit Schreiben vom 8.2.2011 legte die präsumtive Zuschlagsempfängerin ein Dokument mit der Bezeichnung "Personalstand" vor. Daraus ergibt sich, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin in den Jahren 2008, 2009 und 2010 im Mittel über mehr als die geforderten 30 Mitarbeiter verfügte (siehe Vergabeakt). Als Mitarbeiter mit speziellem Know-how wurden in diesem Schreiben folgende 7

Personen genannt:

Projektleiter: DI W***,

Projektleiterstellvertreter: Ing. L***

Bauleiter: P***

Techniker: N***

Techniker: DI (FH) M***

Techniker: O***

Techniker: Ing. Q***

Mit Telefax der vergebenden Stelle vom 14.2.2011 wurde die präsumtive

Zuschlagsempfängerin aufgefordert, folgende Unterlagen nachzureichen:

Erbringen Sie den Nachweis, dass mindestens 5 der von Ihnen in der 1. Nachsendung genannten Mitarbeiter das spezielle Know-how und die Erfahrung für die in Teil B.3 beschriebenen Leistungen (Leittechnik und Wartenausstattung) besitzen zB durch Lebensläufe, Referenzen etc.

Mit Schreiben vom 21.2.2011 übermittelte die präsumtive Zuschlagsempfängerin die Lebensläufe der 7 genannten Personen mit speziellem Know-how. Am 7. Juni 2011 legte die präsumtive Zuschlagsempfängerin über Aufforderung seitens des BVA die Dienstverträge sowie die Dienstgeberbestätigungen der OÖEGKK hinsichtlich der 7 genannten Schlüsselpersonen vor. Daraus ergibt sich Folgendes:

DI W*** ist seit November 2010 bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin beschäftigt (siehe auch Dienstvertrag; Dienstgeberbestätigung der OÖEGKK). Von Juni 2003 bis Oktober 2010 war DI W*** bei G*** beschäftigt. Als Referenzprojekt ist die A10 XXXXX genannt.

Ing. L*** ist seit August 2010 bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin beschäftigt (siehe auch Dienstvertrag; Dienstgeberbestätigung der OÖEGKK). Im Zeitraum von 2005 bis 2010 war Ing. L*** bei G*** beschäftigt. Als Referenzprojekt wurde die B179 XXXXX genannt.

Herr P*** ist seit Oktober 2010 bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin beschäftigt (siehe auch Dienstvertrag; Dienstgeberbestätigung der OÖEGKK). Seit April 2008 war Herr P*** bei G*** beschäftigt. Als Referenzprojekt wurde die A10 XXXXX angegeben.

Herr N*** ist seit November 2010 bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin beschäftigt (siehe auch Dienstvertrag; Dienstgeberbestätigung der OÖEGKK). Von 1990 bis 2010 war er bei G*** beschäftigt. Als Referenzprojekt wurde unter anderem die S6 XXXXX angeführt.

DI (FH) M*** ist seit November 2010 bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin beschäftigt (siehe auch Dienstvertrag; Dienstgeberbestätigung der OÖEGKK). Von 2006 bis 2010 war DI (FH) M*** bei G*** beschäftigt. Als Referenzprojekt wurde die B178 XXXXX angegeben.

Herr O*** ist seit Februar 2011 bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin beschäftigt (siehe auch Dienstvertrag; Dienstgeberbestätigung der OÖEGKK). Im Zeitraum vom 1994 bis 2010 war Herr O*** bei G*** beschäftigt. Als Referenzprojekt wurde unter anderem die S6 XXXXX angeführt.

Ing. Q*** ist seit 2008 bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin beschäftigt (siehe auch Dienstvertrag; Dienstgeberbestätigung der OÖEGKK). Im Zeitraum von 2005 bis 2008 war Ing. Q*** bei der F*** (idF F***) beschäftigt. Das Dienstverhältnis des Ing. Q*** wurde am 28.4.2011 mit Wirkung zum 31.7.2011 einvernehmlich gelöst. Als Referenzprojekt wurde unter anderem die B91 XXXXX genannt. Ing. Q*** ist seit 2008 bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin beschäftigt (siehe auch Dienstvertrag; Dienstgeberbestätigung der OÖEGKK). Im Zeitraum von 2005 bis 2008 war Ing. Q*** bei der F*** in der Fassung F***) beschäftigt. Das Dienstverhältnis des Ing. Q*** wurde am 28.4.2011 mit Wirkung zum 31.7.2011 einvernehmlich gelöst. Als Referenzprojekt wurde unter anderem die B91 XXXXX genannt.

Die genannten Personen - mit Ausnahme des Ing. Q*** - stehen in einem unbefristeten und aufrechten Dienstverhältnis zur präsumtiven Zuschlagsempfängerin.

1. 2) Ziffer 2

Referenzen:

Gemäß Pkt. 00B104E des LV müssen mindestens zwei Referenzprojekte nachgewiesen werden, die mit dem vorliegenden Auftrag vergleichbar sind, wobei die Auftragserteilung ab 1.1.2000 erfolgt sein muss.

Die Referenzprojekte müssen Warten (vorzugsweise aus dem Bereich der Verkehrstechnik) sein, die nachstehende Mindestanforderungen erfüllen:

- -Strichaufzählung

Die Warte (Leitsystem) muss mehrplatzfähig sein, d.h. es müssten mindestens zwei Benutzer unabhängig voneinander die beschriebenen Bedienungen durchführen können

oder

- -Strichaufzählung

die Anzahl der Datenpunkte im Leitsystem muss mindestens 25000 betragen. Ein Datenpunkt ist die Bezeichnung für eine Eingabe- oder Ausgabefunktion und umfasst auch alle ihn betreffenden ergänzenden Informationen, wie Parameterdaten etc. Bei der Beurteilung und Prüfung durch den AG werden redundante Datenpunkte mengenmäßig berücksichtigt.

Mit Telefax der vergebenden Stelle vom 1. Februar 2011 wurde die präsumtive Zuschlagsempfängerin aufgefordert das Formblatt "Erklärung hinsichtlich durchgeführter Arbeiten" vorzulegen.

Mit Schreiben vom 8. Februar 2011 übermittelte die präsumtive Zuschlagsempfängerin das genannte Formblatt und gab folgende Projekte bekannt:

1. 1.Ziffer eins

Tunnelkette Pack ABM Unterwald. Auftraggeber ASFINAG. Kontaktperson: Hr. Y***. Datum der Auftragserteilung: 27.09.2004. Ausführungszeitraum: 2004- 2008. Auftragssumme: Euro XX Mio.Tunnelkette Pack ABM Unterwald. Auftraggeber ASFINAG. Kontaktperson: Hr. Y***. Datum der Auftragserteilung: 27.09.2004. Ausführungszeitraum: 2004- 2008. Auftragssumme: Euro römisch zwanzig Mio.

1. 2.Ziffer 2

A9 XXXXX. Auftraggeber ÖSAG. Kontaktperson: Hr.R***. Datum der Auftragserteilung: 28.02.2001. Ausführungszeitraum 2001-2003.

Auftragssumme: Euro XX Mio.Auftragssumme: Euro römisch zwanzig Mio.

Weiters legte die präsumtive Zuschlagsempfängerin die Übernahmeprotokolle der beiden Projekte vor.

Mit Telefax der vergebenden Stelle vom 25. Februar 2011 wurde die präsumtive Zuschlagsempfängerin aufgefordert, folgende Unterlagen zu übermitteln:

Zu dem von Ihnen angeführten Referenzprojekt "TK Pack, ABM Unterwald" merken wir an, dass nach derzeitigem Wissensstand der ASFINAG die Leistungen für die Leittechnik und Wartenausstattung nicht von der Fa. F*** erbracht wurden, sondern zu 100% durch den Subunternehmer Fa. C*** umgesetzt und ausgeführt wurden. Klären Sie diesen Umstand auf. Weisen Sie anhand geeigneter Dokumente nach, dass zumindest wesentliche Teile der Leistungen Leittechnik und Wartenausstattung durch die Fa. F*** erbracht wurden.

Mit Schreiben vom 3. März 2011 teilte die präsumtive Zuschlagsempfängerin Folgendes mit:

Bei dem von uns angegebenen Referenzprojekt "Tunnelkette Pack" wurde der Auftrag von der ASFINAG, vertreten durch das Amt der Steiermärkischen Landesregierung an die F***, nunmehr B***, vergeben. Die F*** hat den Vertrag erfüllt und die ordnungsgemäße Durchführung der Arbeiten seitens F*** wurde bei der Übernahme am 18. Juni 2008 durch Vertreter der ASFINAG Autobahn Service GmbH Süd und des Amtes der Steiermärkischen Landesregierung bestätigt. Die anliegende Übernahme - Niederschrift dient zum Nachweis.

Der Vorhalt, dass die Leistungen für die Leittechnik und Wartenausstattung nicht von der F*** erbracht wurden, sondern zu 100% durch den Subunternehmer C***, ist nicht korrekt. Es ist festzuhalten, dass lediglich Teile der im Auftrag an die F*** enthaltenen Leistungen zulässiger Weise an den Subauftragnehmer E***, nunmehr C***, vergeben wurden. Wir stellen klar, dass damit keine gemeinschaftliche Leistungserbringung erfolgte und F*** für die Leistungserbringung bzw. Vertragserfüllung dem Auftraggeber gegenüber alleine verantwortlich war. Wir verweisen auf den Schlussbrief vom 27. September 2004.

Die ursprüngliche Gesamtauftragssumme für die Obergruppen 09 ABM Unterwald und 19 ABM Unterwald betrug rund Euro XX Mio. exkl. Ust. Die Kenntnis des Leistungsumfanges dieser Obergruppen setzen wir bei Ihnen als Auftraggeber des Referenzprojektes voraus. Der Wert des an die Fa. E*** erteilten Subauftrages für Teilleistungen der OG 09 ABM Unterwald und OG 19 ABM Unterwald betrug rund Euro XX Mio. exkl. Ust. Der Anteil des Subunternehmers C***, vormals E***, an der Gesamtleistung für die ABM Unterwald war daher nur ca. 30%. Zum Nachweis übermitteln wir Ihnen einen Auszug aus dem zwischen F*** und E*** abgeschlossenen Vertrag, der den Liefer- und Leistungsumfang des Subauftragnehmers darstellt. Die nicht relevanten Informationen wurden geschwärzt.Die ursprüngliche Gesamtauftragssumme für die Obergruppen 09 ABM Unterwald und 19 ABM Unterwald betrug rund Euro römisch zwanzig Mio. exkl. Ust. Die Kenntnis des Leistungsumfanges dieser Obergruppen setzen wir bei Ihnen als Auftraggeber des Referenzprojektes voraus. Der Wert des an die Fa. E*** erteilten Subauftrages für Teilleistungen der OG 09 ABM Unterwald und OG 19 ABM Unterwald betrug rund Euro römisch zwanzig Mio. exkl. Ust. Der Anteil des Subunternehmers C***, vormals E***, an der Gesamtleistung für die ABM Unterwald war daher nur ca. 30%. Zum Nachweis übermitteln wir Ihnen einen Auszug aus dem zwischen F*** und E*** abgeschlossenen Vertrag, der den Liefer- und Leistungsumfang des Subauftragnehmers darstellt. Die nicht relevanten Informationen wurden geschwärzt.

[....].

Aus den von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin am 3.3.2011 vorgelegten Unterlagen (Vertrag zwischen F*** und E***) ergibt sich, dass die Leistungsgruppen 09 bzw. 19 des Projekts "Tunnelkette Pack ABM Unterwald" teilweise an E*** untervergeben wurden.

Die F*** hat im Projekt "Tunnelkette Pack" folgende Leistungen größtenteils selbst erbracht (glaubwürdige und nachvollziehbare Angaben RA H***; VH-Schrift Seiten 12 und 13):

- -Strichaufzählung
Niederspannungsverteilung
- -Strichaufzählung
Erdungs- und Potentialausgleich
- -Strichaufzählung
Konstruktionen
- -Strichaufzählung
Rohr- und Tragsysteme
- -Strichaufzählung
Videoüberwachung
- -Strichaufzählung
Notruffeinrichtungen
- -Strichaufzählung
Beschallungsanlage
- -Strichaufzählung
Funkanlagen
- -Strichaufzählung
Informationsübertragung
- -Strichaufzählung
Informationsverarbeitung
- -Strichaufzählung
Leitungen
- -Strichaufzählung
Gebäude- und Nischeninstallationen
- -Strichaufzählung
Gebäude- und Nischenausstattung
- -Strichaufzählung
De- und Wiedermontagen
- -Strichaufzählung
Bauarbeiten
- -Strichaufzählung
Gebäudelüftung und
- -Strichaufzählung
Klimaanlage

Die oben genannten Leistungen entsprechen im Wesentlichen der HG 02, OG 02 der gegenständlichen Ausschreibung (vgl. auch die diesbezüglichen Angaben des U*** in der mündlichen Verhandlung, VH-Schrift Seite 13;). Die oben genannten Leistungen entsprechen im Wesentlichen der HG 02, OG 02 der gegenständlichen Ausschreibung vergleiche auch die diesbezüglichen Angaben des U*** in der mündlichen Verhandlung, VH-Schrift Seite 13;).

F*** hat folgende Bereiche teilweise untervergeben (vgl. Angaben RA H***; VH-Schrift Seite 13) F*** hat folgende Bereiche teilweise untervergeben vergleiche Angaben RA H***; VH-Schrift Seite 13):

- -Strichaufzählung
Niederspannungsverteilung
- -Strichaufzählung

Notrufeinrichtungen

- -Strichaufzählung

Informationsübertragung

- -Strichaufzählung

Informationsverarbeitung

Das zweite von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin genannte Referenzprojekt "A 9 XXXXX" stellt eine Warte dar. Auftraggeber war die ÖSAG. Auftragnehmer war die F***. Ausführungszeitraum war von 2001 bis 2003 (vgl. Übernahme-Niederschrift). Diese Warte wurde zu 100% von F*** errichtet. In der Nachreichung wurde von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin die o.g. Übernahme-Niederschrift vorgelegt. Das genannte Referenzprojekt wurde von der ASFINAG anerkannt. Das zweite von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin genannte Referenzprojekt "A 9 XXXXX" stellt eine Warte dar. Auftraggeber war die ÖSAG. Auftragnehmer war die F***. Ausführungszeitraum war von 2001 bis 2003 (vergleiche Übernahme-Niederschrift). Diese Warte wurde zu 100% von F*** errichtet. In der Nachreichung wurde von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin die o.g. Übernahme-Niederschrift vorgelegt. Das genannte Referenzprojekt wurde von der ASFINAG anerkannt.

1. 3.Ziffer 3

Arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen (K3-Blätter):

Gemäß Teil B.1, Punkt 1.1.19, der Ausschreibung hat die Erstellung des Angebotes unter Berücksichtigung der in Österreich geltenden arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften zu erfolgen.

Gemäß Teil B.1, Punkt 1.1.11, der Ausschreibung hat die Kalkulation der angebotenen Preise und deren Aufgliederung den Bestimmungen der ÖNORM B 2061 zu entsprechen. Diese sieht die Verwendung von K3-Blättern vor.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat ihrer Kalkulation den Kollektivvertrag für das Eisen- und Metallverarbeitende Gewerbe (KV; Stand 1.1.2011) zugrunde gelegt (siehe K3-Blätter). Aus dem K3-Blatt für den Mittellohnpreis (Anm: für Arbeiter) ergibt sich, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin als KV-Lohn für die LG 3 (Facharbeiter) einen Stundenlohn in Höhe von Euro 10,69, für die LG 2 (Qualifizierter Facharbeiter) einen Stundenlohn von Euro 12,32 und für die LG 1 (Spitzenfacharbeiter) einen Stundenlohn von Euro 13,81 angesetzt hat. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat ihrer Kalkulation den Kollektivvertrag für das Eisen- und Metallverarbeitende Gewerbe (KV; Stand 1.1.2011) zugrunde gelegt (siehe K3-Blätter). Aus dem K3-Blatt für den Mittellohnpreis Anmerkung, für Arbeiter ergibt sich, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin als KV-Lohn für die LG 3 (Facharbeiter) einen Stundenlohn in Höhe von Euro 10,69, für die LG 2 (Qualifizierter Facharbeiter) einen Stundenlohn von Euro 12,32 und für die LG 1 (Spitzenfacharbeiter) einen Stundenlohn von Euro 13,81 angesetzt hat.

Aus dem vorgelegten K3-Blatt für den Gehaltspreis (Anm: für Angestellte) ergibt sich, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin als KV-Lohn für die LG III (2.J) einen Stundenlohn in Höhe von Euro 10,72, für die LG III (15 J.) einen Stundenlohn von Euro 15,22, für die LG IV einen Stundenlohn von Euro 15,23 und für die LG V einen Stundenlohn von Euro 21,52 angesetzt hat. Aus dem vorgelegten K3-Blatt für den Gehaltspreis Anmerkung, für Angestellte ergibt sich, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin als KV-Lohn für die LG römisch drei (2.J) einen Stundenlohn in Höhe von Euro 10,72, für die LG römisch drei (15 J.) einen Stundenlohn von Euro 15,22, für die LG römisch vier einen Stundenlohn von Euro 15,23 und für die LG römisch fünf einen Stundenlohn von Euro 21,52 angesetzt hat.

Als Mittellohnkosten (Zeile M) ergeben sich für Arbeiter Euro XX. Inklusive des Gesamtzuschlages ergibt sich ein Mittellohnpreis für Arbeiter von Euro XX. Als Mittellohnkosten (Zeile M) ergeben sich für Angestellte Euro XX. Inklusive des Gesamtzuschlages ergibt sich ein Mittellohnpreis für Angestellte von Euro XX. Als Mittellohnkosten (Zeile M) ergeben sich für Arbeiter Euro römisch zwanzig. Inklusive des Gesamtzuschlages ergibt sich ein Mittellohnpreis für Arbeiter von Euro römisch zwanzig. Als Mittellohnkosten (Zeile M) ergeben sich für Angestellte Euro römisch zwanzig. Inklusive des Gesamtzuschlages ergibt sich ein Mittellohnpreis für Angestellte von Euro römisch zwanzig.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat in den K3-Blättern die Zeilen A bis U ausgefüllt. In Zeile E ("Aufzahlung für Mehrarbeit") hat die präsumtive Zuschlagsempfängerin jeweils 0% angegeben.

Aus dem KV für das Eisen- und Metallverarbeitende Gewerbe ergibt sich eine wöchentliche Normalarbeitszeit von 38,5 Stunden. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat in ihrem Angebot eine XX- Stunden-Woche kalkuliert. Eine

Aufzahlung für Mehrarbeit (Anm. XX Stunden pro Woche) hat die präsumtive Zuschlagsempfängerin nicht kalkuliert. Aus dem KV für das Eisen- und Metallverarbeitende Gewerbe ergibt sich eine wöchentliche Normalarbeitszeit von 38,5 Stunden. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat in ihrem Angebot eine XX- Stunden-Woche kalkuliert. Eine Aufzahlung für Mehrarbeit (Anmerkung römisch zwanzig Stunden pro Woche) hat die präsumtive Zuschlagsempfängerin nicht kalkuliert.

Gemäß Punkt 19a des KV kann innerhalb eines Durchrechnungszeitraums von bis zu 52 Wochen die Normalarbeitszeit unregelmäßig so verteilt werden, dass sie im Durchschnitt des Durchrechnungszeitraumes 38,5 Stunden pro Woche nicht überschreitet. Die Normalarbeitszeit pro Woche darf 45 Stunden nicht überschreiten.

Spezielle Vorgaben zur Kalkulation der Wochenarbeitszeit sieht die Ausschreibung nicht vor.

1. 4.Ziffer 4

Optionen (HG 03 und HG 04):

Folgende Leistungen waren sowohl im "Hauptvertrag" (in der HG 02) als auch optional (in der HG 03) anzubieten:

- -Strichaufzählung
Integration Tunnel Selzthal (HG 02, OG 05 bzw HG 03, OG 14)
- -Strichaufzählung
Integration Tunnel Wald und Pretaller Kogel (HG 02, OG 04 bzw HG 03, OG 15)
- -Strichaufzählung
Integration BZ Klaus (HG 02, OG 08 bzw HG 03, OG 16)

Die Instandhaltung war sowohl im "Hauptvertrag" (HG 04, OG 01) als auch optional (HG 04, OG 02) anzubieten.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat die Leistungen:

- -Strichaufzählung
Integration Tunnel Selzthal (HG 02, OG 05 bzw HG 03, OG 14) im Hauptvertrag mit Euro XX und in der Option mit Euro XX angeboten; Integration Tunnel Selzthal (HG 02, OG 05 bzw HG 03, OG 14) im Hauptvertrag mit Euro römisch zwanzig und in der Option mit Euro römisch zwanzig angeboten;
- -Strichaufzählung
Integration Tunnel Wald und Pretaller Kogel (HG 02, OG 04 bzw HG 03, OG 15) im Hauptvertrag mit Euro XX und in der Option mit Euro XX angeboten; Integration Tunnel Wald und Pretaller Kogel (HG 02, OG 04 bzw HG 03, OG 15) im Hauptvertrag mit Euro römisch zwanzig und in der Option mit Euro römisch zwanzig angeboten;
- -Strichaufzählung
Integration BZ Klaus (HG 02, OG 08 bzw HG 03, OG 16) im Hauptvertrag mit Euro XX und in der Option mit Euro XX angeboten. römisch zwanzig und in der Option mit Euro römisch zwanzig angeboten.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat die Leistung "Instandhaltung" (HG 04, OG 01) im Hauptvertrag mit Euro XX und in der Option (HG 04, OG 02) mit Euro XX angeboten. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat die Leistung "Instandhaltung" (HG 04, OG 01) im Hauptvertrag mit Euro römisch zwanzig und in der Option (HG 04, OG 02) mit Euro römisch zwanzig angeboten.

Rechtliche Würdigung:

I. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages römisch eins. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages:

Auftraggeber iSd § 2 Z 8 BVerG ist die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG). Diese ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVerG (vgl BVA 24.8.2010, N/0056-BVA/14/2010-25 uva). Auftraggeber iSd Paragraph 2, Ziffer 8, BVerG ist die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG). Diese ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVerG vergleiche BVA 24.8.2010, N/0056-BVA/14/2010-25 uva).

Es handelt sich um einen Bauauftrag iSd § 4 BVerG, der in einem offenen Verfahren vergeben werden soll. Der geschätzte Auftragswert aller Lose des Vorhabens liegt nach den Angaben des Auftraggebers bei Euro XXXX, jener des verfahrensgegenständlichen Loses bei Euro XXXX exkl USt. Es handelt sich um einen Bauauftrag iSd Paragraph 4,

BVergG, der in einem offenen Verfahren vergeben werden soll. Der geschätzte Auftragswert aller Lose des Vorhabens liegt nach den Angaben des Auftraggebers bei Euro römisch 40 , jener des verfahrensgegenständlichen Loses bei Euro römisch 40 exkl USt.

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

Bei der von der Antragstellerin angefochtenen Zuschlagsentscheidung handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit a sublit aa BVergG. Die Zuschlagsentscheidung wurde den Bietern am 21.4.2011 per E-Mail bekannt gegeben, sodass der Nachprüfungsantrag vom 2.5.2011 als rechtzeitig iSd § 321 Abs 1 BVergG zu qualifizieren ist. Bei der von der Antragstellerin angefochtenen Zuschlagsentscheidung handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG. Die Zuschlagsentscheidung wurde den Bietern am 21.4.2011 per E-Mail bekannt gegeben, sodass der Nachprüfungsantrag vom 2.5.2011 als rechtzeitig iSd Paragraph 321, Absatz eins, BVergG zu qualifizieren ist.

Es ist weder eine Widerrufsentscheidung bekannt gegeben worden, noch wurde der Zuschlag erteilt.

II. Inhaltliche Beurteilung des Antrages:römisch zwei. Inhaltliche Beurteilung des Antrages:

Zu Spruchpunkt I.:Zu Spruchpunkt römisch eins.:

1. 1)Ziffer eins

Technische Leistungsfähigkeit:

1. a)Litera a

Schlüsselpersonal:

In Punkt 00B104C der Ausschreibungsbestimmungen (Personalausstattung) ist Folgendes festgelegt:

Der Bieter muss nachweisen, dass er über eine ausreichende Anzahl qualifizierten Fachpersonals mit entsprechender beruflicher Befähigung und Erfahrung verfügt.

Es ist gemäß Formblatt "Selbstdklärationsliste zur Eignung" der Nachweis des

1. a)Litera a

jährlichen Mittels der Mitarbeiter im Allgemeinen sowie

2. b)Litera b

der Mitarbeiter mit speziellem Know-how und Erfahrung in den unter Teil B.3 (Leistungsbeschreibung) beschriebenen Leistungen; in den letzten 3 Jahren (bzw für den seit Unternehmensgründung bestehenden Zeitraum bei Unternehmen, die jünger als 3 Jahre sind) zu erbringen.

Als Mitarbeiter gelten Dienstnehmer, freie Dienstnehmer und auf Werkvertragsbasis beschäftigte Personen, mit einer Gesamtvertragslaufzeit von zumindest 12 Monaten.

Als Mindestanforderung wird festgelegt, dass der Bieter den Nachweis über

- -Strichaufzählung
mindestens 30 Mitarbeiter insgesamt und
- -Strichaufzählung
mindestens 5 Mitarbeiter mit speziellem Know-how und Erfahrung in den unter Teil B.3 beschrieben[en] Leistungen

im oben genannten Zeitraum erbringen muss.

Eine Bieteranfrage zu dieser Bestimmung hat weder die Antragstellerin noch die präsumtive Zuschlagsempfängerin gestellt. Die Ausschreibung wurde innerhalb der in § 321 Abs 4 BVergG vorgesehenen Frist nicht angefochten. Sie ist

daher bestandsfest geworden (vgl VwGH 15.9.2004, 2004/04/0054; 17.11.2004, 2002/04/0078; 1.3.2007, 2005/04/0239 ua; BVA 18.1.2008, N/0118-BVA//04/2007-36; BVA 21.4.2011, N/0020-BVA/09/2011-28 uva). Damit sind sowohl der Auftraggeber als auch die Bieter an die in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen gebunden. Die Bindung der für die Zuschlagserteilung in Frage kommenden Angebote an die Ausschreibung ist für die Gleichbehandlung der Bieter von entscheidender Bedeutung. Eine Bieteranfrage zu dieser Bestimmung hat weder die Antragstellerin noch die präsumtive Zuschlagsempfängerin gestellt. Die Ausschreibung wurde innerhalb der in Paragraph 321, Absatz 4, BVergG vorgesehenen Frist nicht angefochten. Sie ist daher bestandsfest geworden vergleiche VwGH 15.9.2004, 2004/04/0054; 17.11.2004, 2002/04/0078; 1.3.2007, 2005/04/0239 ua; BVA 18.1.2008, N/0118-BVA//04/2007-36; BVA 21.4.2011, N/0020-BVA/09/2011-28 uva). Damit sind sowohl der Auftraggeber als auch die Bieter an die in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen gebunden. Die Bindung der für die Zuschlagserteilung in Frage kommenden Angebote an die Ausschreibung ist für die Gleichbehandlung der Bieter von entscheidender Bedeutung.

Die allgemeinen für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der §§ 914ff ABGB sind auch im Vergaberecht anzuwenden (vgl Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Die Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus der Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind danach zu beurteilen, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgebend (vgl VwGH 29.3.2006, 2004/04/0144, 0156, 0157; ebenso BVA 11.1.2008, N/0112-BVA/14/2007-20; BVA 25.11.2009, N/0110- BVA/09/2009-28; BVA 28.3.2011, N/0002-BVA/04/2011-23; BVA 21.4.2011, N/0020- BVA/09/2011-28 uva.). Die allgemeinen für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der Paragraphen 914 f, f, ABGB sind auch im Vergaberecht anzuwenden vergleiche Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Die Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus der Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind danach zu beurteilen, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgebend vergleiche VwGH 29.3.2006, 2004/04/0144, 0156, 0157; ebenso BVA 11.1.2008, N/0112-BVA/14/2007-20; BVA 25.11.2009, N/0110- BVA/09/2009-28; BVA 28.3.2011, N/0002-BVA/04/2011-23; BVA 21.4.2011, N/0020- BVA/09/2011-28 uva.).

Die Bedeutung der Ausschreibung richtet sich weder nach den Motiven des Auftraggebers noch danach, wie dies der Erklärungsempfänger (Bewerber/Bieter) subjektiv verstanden hat, sondern allein danach, wie der Text der Ausschreibung unter Berücksichtigung aller Umstände objektiv verstanden werden musste (vgl VwGH 16.2.2005, 2004/04/0030; vgl auch Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 2 Z 3 Rz 8 zur insoweit vergleichbaren Situation der Interpretation des Angebotes). Die Bedeutung der Ausschreibung richtet sich weder nach den Motiven des Auftraggebers noch danach, wie dies der Erklärungsempfänger (Bewerber/Bieter) subjektiv verstanden hat, sondern allein danach, wie der Text der Ausschreibung unter Berücksichtigung aller Umstände objektiv verstanden werden musste vergleiche VwGH 16.2.2005, 2004/04/0030; vergleiche auch Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 2, Ziffer 3, Rz 8 zur insoweit vergleichbaren Situation der Interpretation des Angebotes).

Objektiver Erklärungswert der Bestimmung in Punkt 00B104C:

Lit. a: jährliches Mittel der Mitarbeiter im Allgemeinen:

Der Bieter hat hierzu - in Zusammenschau mit der Festlegung "in den letzten 3 Jahren (bzw für den seit Unternehmensgründung bestehenden Zeitraum bei Unternehmen, die jünger als 3 Jahre sind)" und der Festlegung "mindestens 30 Mitarbeiter insgesamt" - nachzuweisen, dass er in den letzten 3 Jahren (Anm: das sind die Kalenderjahre 2008, 2009 und 2010) bzw seit Bestehen des Unternehmens, wenn das Unternehmen noch nicht 3 Jahre existiert, im Durchschnitt mindestens 30 Mitarbeiter pro Jahr beschäftigt hat. Der Bieter hat hierzu - in

Zusammenschau mit der Festlegung "in den letzten 3 Jahren (bzw für den seit Unternehmensgründung bestehenden Zeitraum bei Unternehmen, die jünger als 3 Jahre sind)" und der Festlegung "mindestens 30 Mitarbeiter insgesamt" - nachzuweisen, dass er in den letzten 3 Jahren Anmerkung, das sind die Kalenderjahre 2008, 2009 und 2010) bzw seit Bestehen des Unternehmens, wenn das Unternehmen noch nicht 3 Jahre existiert, im Durchschnitt mindestens 30 Mitarbeiter pro Jahr beschäftigt hat.

Lit b: Mitarbeiter mit speziellem Know-how und Erfahrung:

In dieser Bestimmung ist vorgesehen, dass das Unternehmen (dh der Bieter) in den letzten drei Jahren bzw im Zeitraum seit Unternehmensgründung, Mitarbeiter mit der ausschreibungsspezifischen Erfahrung beschäftigt hat.

Nach dem eindeutigen Wortlaut der Bestimmung wird unter lit b. nicht auf das jährliche Mittel abgestellt. Diese Bestimmung verlangt somit nach ihrem objektiven Erklärungswert - und in Zusammenschau mit der Festlegung der Mindestanforderungen "mindestens 5 Mitarbeiter mit speziellem Know-how und Erfahrung in den unter Teil B.3 beschriebenen Leistungen" - dass der Bieter nachzuweisen hat, dass im Zeitraum von 2008 bis 2010 zumindest 5 Mitarbeiter mit speziellem Know-how und Erfahrung bei ihm beschäftigt waren. Nach dem eindeutigen Wortlaut der Bestimmung wird unter Litera b, nicht auf das jährliche Mittel abgestellt. Diese Bestimmung verlangt somit nach ihrem objektiven Erklärungswert - und in Zusammenschau mit der Festlegung der Mindestanforderungen "mindestens 5 Mitarbeiter mit speziellem Know-how und Erfahrung in den unter Teil B.3 beschriebenen Leistungen" - dass der Bieter nachzuweisen hat, dass im Zeitraum von 2008 bis 2010 zumindest 5 Mitarbeiter mit speziellem Know-how und Erfahrung bei ihm beschäftigt waren.

In diesem Zusammenhang ist auf das Erkenntnis des VwGH vom 20.12.2005, ZI.2005/04/0072, zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit zu verweisen:

In dem damals vom VwGH zu beurteilenden Fall war vom Bieter als Eignungsnachweis eine Liste der in den letzten fünf Jahren erbrachten Bauleistungen ohne weitere Spezifizierung verlangt gewesen. Die Beschwerdeführerin hatte eine Referenzliste über die in den letzten zwei Jahren des Fünfjahreszeitraumes erbrachten Bauleistungen vorgelegt. Der VwGH führte hiezu aus, dass der Auftraggeber lediglich einen Nachweis gemäß § 57 Abs 2 Z 2 BVergG 2002 (Anm.: nunmehr § 75 Abs 6 Z 1 BVergG 2006) ohne weitere Konkretisierung verlangt habe. "Dieser Anforderung hat die Beschwerdeführerin unzweifelhaft entsprochen, indem sie eine Liste der von ihr in den letzten fünf Jahren (konkret aus 2004 und 2005) In dem damals vom VwGH zu beurteilenden Fall war vom Bieter als Eignungsnachweis eine Liste der in den letzten fünf Jahren erbrachten Bauleistungen ohne weitere Spezifizierung verlangt gewesen. Die Beschwerdeführerin hatte eine Referenzliste über die in den letzten zwei Jahren des Fünfjahreszeitraumes erbrachten Bauleistungen vorgelegt. Der VwGH führte hiezu aus, dass der Auftraggeber lediglich einen Nachweis gemäß Paragraph 57, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2002 Anmerkung, nunmehr Paragraph 75, Absatz 6, Ziffer eins, BVergG 2006) ohne weitere Konkretisierung verlangt habe. "Dieser Anforderung hat die Beschwerdeführerin unzweifelhaft entsprochen, indem sie eine Liste der von ihr in den letzten fünf Jahren (konkret aus 2004 und 2005)

erbrachten - und somit aktuellen - Bauleistungen vorgelegt hat. Der

geforderte Nachweis wäre nur dann nicht erbracht worden, hätte die Beschwerdeführerin keinerlei Bauleistungen aus den letzten fünf Jahren nachweisen können".

Auf den vorliegenden Fall übertragen, bedeutet dies, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin den geforderten Eignungsnachweis im Hinblick auf das Schlüsselpersonal gemäß lit b nur dann nicht erbracht hätte, hätte sie im Zeitraum der letzten drei Jahre (bzw seit ihrem Bestehen) nicht fünf Mitarbeiter mit der ausschreibungsspezifischen Erfahrung beschäftigt. Auf den vorliegenden Fall übertragen, bedeutet dies, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin den geforderten Eignungsnachweis im Hinblick auf das Schlüsselpersonal gemäß Litera b, nur dann nicht erbracht hätte, hätte sie im Zeitraum der letzten drei Jahre (bzw seit ihrem Bestehen) nicht fünf Mitarbeiter mit der ausschreibungsspezifischen Erfahrung beschäftigt.

Dafür, dass die spezifische Erfahrung und das Know-how der Mitarbeiter im Betrieb der präsumtiven Zuschlagsempfängerin selbst erworben worden sein müssten, bietet die Bestimmung des Punktes 00B104C keinen Anhaltspunkt.

Angesichts des Erfordernisses einer mindestens 12-monatigen Gesamtvertragslaufzeit der spezialisierten Mitarbeiter stellt sich die Frage, wie dies zu verstehen ist:

Vorweg ist festzuhalten, dass sich - entgegen dem Vorbringen des Auftraggebers bzw der präsuntiven Zuschlagsempfängerin in der mündlichen Verhandlung (vgl VH-Schrift, Seiten 3 und 4) - das Erfordernis der 12-monatigen Mindestvertragslaufzeit nicht bloß auf Werkvertragsnehmer bezieht, sondern auch auf Dienstnehmer und freie Dienstnehmer. Dies ergibt sich bereits aus dem optischen Erscheinungsbild der Ausschreibungsgestaltung. Die Passage "Als Mitarbeiter gelten Dienstnehmer, freie Dienstnehmer und auf Werkvertragsbasis beschäftigte Personen mit einer jeweiligen Geamtvertragslaufzeit von zumindest 12 Monaten" ist wie auch die Passage darüber "in den letzten 3 Jahren (bzw für den seit Unternehmensgründung bestehenden Zeitraum bei Unternehmen, die jünger als 3 Jahre sind)", "an den Rand gerückt" und gilt demnach nicht nur für die lit b, sondern auch für die lit a, und somit für sämtliche nachzuweisenden Mitarbeiter. Vorweg ist festzuhalten, dass sich - entgegen dem Vorbringen des Auftraggebers bzw der präsuntiven Zuschlagsempfängerin in der mündlichen Verhandlung vergleiche VH-Schrift, Seiten 3 und 4) - das Erfordernis der 12-monatigen Mindestvertragslaufzeit nicht bloß auf Werkvertragsnehmer bezieht, sondern auch auf Dienstnehmer und freie Dienstnehmer. Dies ergibt sich bereits aus dem optischen Erscheinungsbild der Ausschreibungsgestaltung. Die Passage "Als Mitarbeiter gelten Dienstnehmer, freie Dienstnehmer und auf Werkvertragsbasis beschäftigte Personen mit einer jeweiligen Geamtvertragslaufzeit von zumindest 12 Monaten" ist wie auch die Passage darüber "in den letzten 3 Jahren (bzw für den seit Unternehmensgründung bestehenden Zeitraum bei Unternehmen, die jünger als 3 Jahre sind)", "an den Rand gerückt" und gilt demnach nicht nur für die Litera b,, sondern auch für die Litera a,, und somit für sämtliche nachzuweisenden Mitarbeiter.

Die festgelegte Mindestvertragslaufzeit von 12 Monaten bezieht sich jedenfalls auf eine Beschäftigung der genannten Mitarbeiter im Unternehmen des dies nachweisenden Bieters.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass schon aus der verlangten Mindestgesamtvertragslaufzeit von 12 Monaten abzuleiten ist, dass auch die 5 Mitarbeiter mit spezifischem Know-how nicht 3 Jahre lang beim Bieter beschäftigt gewesen sein müssen, sondern dass deren Beschäftigung beim Bieter lediglich in die letzten 3 Kalenderjahre gefallen sein muss.

Im Übrigen ist der 12-monatigen Mindestgesamtvertragslaufzeit der Mitarbeiter beim jeweiligen Bieter - wiederum unter Anwendung des maßgeblichen Interpretationsgrundsatzes des objektiven Erklärungswertes - folgendes Begriffsverständnis zugrunde zu legen:

Da auch im Jahr 2010 beim Bieter beschäftigte Mitarbeiter als beschäftigte Mitarbeiter iSd Ausschreibung anzusehen sind (beim Jahr 2010 handelt es sich um das letzte Jahr des Dreijahreszeitraumes), kann die in der Ausschreibung normierte Anforderung einer Gesamtvertragslaufzeit von zumindest 12 Monaten nur so verstanden werden, dass die Gesamtvertragslaufzeit im für das Vorliegen der technischen Leistungsfähigkeit maßgeblichen Zeitpunkt der Angebotsöffnung noch nicht abgelaufen sein muss. Andernfalls würde als ein im Jahr 2010 beschäftigter Mitarbeiter, der nicht bereits im Jahr 2009 oder früher eingestellt worden wäre, nur ein solcher Mitarbeiter in Frage kommen, der genau am 1.1.2010, somit exakt zu Beginn des Kalenderjahres 2010, eingestellt wurde. Für diese Auslegung spricht auch, dass von der Gesamtvertragslaufzeit im Präsens die Rede ist und dass es sich hiebei um besonders aktuelle Eignungsnachweise handelt.

Dienstverträge werden jedoch nicht notwendiger Weise jeweils am 1. Jänner eines Kalenderjahres eingegangen. Die Voraussetzung einer Gesamtvertragslaufzeit von zumindest zwölf Monaten ist also für Mitarbeiter, die im Laufe des Jahres 2010 beim Bieter aufgenommen wurden, dann als erfüllt anzusehen, wenn es sich um einen im Zeitpunkt der Angebotsöffnung (25.1.2011) im Beschäftigungsstand des Bieters befindlichen Mitarbeiter handelt, dessen Dienstverhältnis auf unbestimmte Zeit abgeschlossen wurde und dessen Dienstverhältnis im Zeitpunkt der Angebotsöffnung aufrecht ist.

Dasselbe gilt naturgemäß auch für die im Jahr 2008 und im Jahr 2009 beim Bieter beschäftigten Mitarbeiter. Auch diese Mitarbeiter müssen nicht unbedingt jeweils am 1. Jänner dieser Kalenderjahre eingestellt worden sein, sodass die 12-monatige Mindestgesamtvertragslaufzeit jeweils "kalenderjahrüberlappend" läuft. Das heißt, dass bei einem im Laufe des Jahres 2008 eingestellten Mitarbeiter - bei einem solchen handelt es sich ohne Zweifel um einen im Jahr 2008 beschäftigten Mitarbeiter - die vorgeschriebene Mindestgesamtvertragslaufzeit von 12 Monaten am 1.1.2009 noch

nicht abgelaufen ist. Ebenso ist bei einem im Laufe des Jahres 2009 eingestellten Mitarbeiter, bei dem es sich ebenfalls zweifellos um einen im Jahr 2009 beschäftigten Mitarbeiter handelt, die vorgeschriebene Mindestgesamtvertragslaufzeit von 12 Monaten am 1.1.2010 noch nicht abgelaufen.

Nichts anderes kann aber auch für einen erst im Laufe des Kalenderjahres 2010 beim Bieter eingestellten Mitarbeiter gelten.

Unter Zugrundelegung dieser Interpretation ergibt sich Folgendes:

Zu lit a.:

Mit Schreiben vom 8.2.2011 legte die präsuntive Zuschlagsempfängerin ein Dokument mit der Bezeichnung "Personalstand" vor. Daraus ergibt sich zweifelsfrei, dass die präsuntive Zuschlagsempfängerin in den Jahren 2008, 2009 und 2010 im Mittel insgesamt über mehr als die geforderten 30 Mitarbeiter verfügte. Die Anforderungen gemäß lit a werden von der präsuntiven Zuschlagsempfängerin sohin erfüllt. Mit Schreiben vom 8.2.2011 legte die präsuntive Zuschlagsempfängerin ein Dokument mit der Bezeichnung "Personalstand" vor. Daraus ergibt sich zweifelsfrei, dass die präsuntive Zuschlagsempfängerin in den Jahren 2008, 2009 und 2010 im Mittel insgesamt über mehr als die geforderten 30 Mitarbeiter verfügte. Die Anforderungen gemäß Litera a, werden von der präsuntiven Zuschlagsempfängerin sohin erfüllt.

Zu lit b.:

Als Mitarbeiter mit speziellem Know-how wurden folgende 7 Personen genannt:

Projektleiter: DI W***,

Projektleiterstellvertreter: Ing. L***

Bauleiter: P***

Techniker: N***

Techniker: DI (FH) M***

Techniker: O***

Techniker: Ing. Q***

Mit Schreiben vom 21.2.2011 übermittelte die präsuntive Zuschlagsempfängerin die Lebensläufe der 7 genannten Personen mit speziellem Know-how. Am 7. Juni 2011 legte die präsuntive Zuschlagsempfängerin über Aufforderung des BVA die Dienstverträge sowie die Dienstgeberbestätigungen der OÖEGKK hinsichtlich der 7 genannten Personen mit speziellem Know-how und Erfahrung vor (als OZ 29 zum Akt genommen). Aus diesen Dokumenten ergibt sich Folgendes:

DI W*** steht seit 2. November 2010 in einem unbefristeten und ungekündigten Dienstverhältnis zur präsuntiven Zuschlagsempfängerin. Dies bedeutet, dass die Mindestvertragslaufzeit seines Dienstvertrages mindestens 12 Monate beträgt. Er erfüllt somit die Festlegung "Mitarbeiter" in Punkt 00B104C. Von Juni 2003 bis Oktober 2010 war DI W*** bei der G*** (iF G***), beschäftigt. Dort war DI W*** im Bereich "Tunnelausstattung" tätig. Als Referenzprojekt des DI W*** ist die A10 XXXXX genannt. In diesem Projekt - dessen Auftraggeber die ASFINAG war - war DI W*** Projektleiter. Inhalt des Projektes war die elektrotechnische und maschinelle Tunnelausrüstung. Daraus folgt, dass DI W*** über die entsprechende Erfahrung und das spezielle Know-how, wie es die gegenständliche Ausschreibung (Teil B.3) erfordert, verfügt. DI W*** erfüllt sohin sämtliche Vorgaben der Ausschreibung und wurde vom Auftraggeber zu Recht als "Schlüsselperson" anerkannt.

Ing. L*** steht seit 2. August 2010 in einem unbefristeten und ungekündigten Dienstverhältnis zur präsuntiven Zuschlagsempfängerin. Dies bedeutet, dass die Mindestvertragslaufzeit seines Dienstvertrages mindestens 12 Monate beträgt. Er erfüllt somit die Festlegung "Mitarbeiter" in Punkt 00B104C. Im Zeitraum von 2005 bis 2010 war Ing. L*** bei G*** beschäftigt. Als Referenzprojekt für Ing. L*** wurde die B179 XXXXX genannt. Ing. L*** war hier Projektleiter. Inhalt des Vorhabens war die betriebs- und sicherheitstechnische Ausrüstung des Tunnels. Daraus folgt, dass Ing. L*** über die entsprechende Erfahrung und das spezielle Know-how, wie es die gegenständliche Ausschreibung (Teil B.3) erfordert, verfügt. Ing. L*** erfüllt sohin sämtliche Vorgaben der Ausschreibung und wurde vom Auftraggeber zu Recht als "Schlüsselperson" anerkannt.

Herr P*** steht seit 11. Oktober 2010 in einem unbefristeten und ungekündigten Dienstverhältnis zur präsumtiven Zuschlagsempfängerin. Dies bedeutet, dass die Mindestvertragslaufzeit seines Dienstvertrages mindestens 12 Monate beträgt. Er erfüllt somit die Festlegung "Mitarbeiter" in Punkt 00B104C. Seit April 2008 war Herr P*** bei G*** beschäftigt. Als Referenzprojekt für Herrn P*** wurde die A10 XXXXX angegeben. Auftraggeber war die ASFINAG, Herr P*** war Bauleiter. Inhalt des Projektes war die elektrotechnische und maschinelle Tunnelausrüstung. Daraus folgt, dass Herr P*** über die entsprechende Erfahrung und das spezielle Knowhow, wie es die gegenständliche Ausschreibung (Teil B.3) erfordert, verfügt. Herr P*** erfüllt sohin sämtliche Vorgaben der Ausschreibung und wurde vom Auftraggeber zu Recht als "Schlüsselperson" anerkannt.

Herr N*** steht seit 2. November 2010 in einem unbefristeten und ungekündigten Dienstverhältnis zur präsumtiven Zuschlagsempfängerin. Dies bedeutet, dass die Mindestvertragslaufzeit seines Dienstvertrages mindestens 12 Monate beträgt. Er erfüllt somit die Festlegung "Mitarbeiter" in Punkt 00B104C. Von 1990 bis 2010 war er bei G*** beschäftigt. Als Referenzprojekt wurde für Herrn N*** u.a. die S6 XXXXX angeführt. Herr N*** führte Tätigkeiten in den Bereichen "PC Hard- und Software, Leittechnik - Konfiguration und Programmierung aus. Daraus folgt, dass Herr N*** über die entsprechende Erfahrung und das spezielle Know-how, wie es die gegenständliche Ausschreibung (Teil B.3) erfordert, verfügt. Herr N*** erfüllt sämtliche Vorgaben der Ausschreibung und wurde somit vom Auftraggeber zu Recht als "Schlüsselperson" anerkannt.

DI (FH) M*** steht seit 2. November 2010 in einem unbefristeten und ungekündigten Dienstverhältnis zur der präsumtiven Zuschlagsempfängerin. Dies bedeutet, dass die Mindestvertragslaufzeit seines Dienstvertrages mindestens 12 Monate beträgt. Er erfüllt somit die Festlegung "Mitarbeiter" in Punkt 00B104C. Von 2006 bis 2010 war DI (FH) M*** bei G*** beschäftigt. Als Referenzprojekt wurde für DI (FH) M*** die B178 XXXXX angegeben. DI (FH) M*** war in der Funktion der SPS- und Leitsystemprogrammierung tätig. Das Projekt betraf die elektrotechnische und maschinelle Ausrüstung. Daraus folgt, dass DI (FH) M*** über die entsprechende Erfahrung und das spezielle Know-how, wie es die gegenständliche Ausschreibung (Teil B.3) erfordert, verfügt. DI (FH) M*** erfüllt sämtliche Vorgaben der Ausschreibung und wurde somit vom Auftraggeber zu Recht als "Schlüsselperson" anerkannt.

Herr O*** ist seit 1. Februar 2011 - mit unbefristetem und aufrehtem Dienstvertrag - bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin beschäftigt. Daraus ergibt sich, dass Herr O*** im "Beobachtungszeitraum" (Kalenderjahre 2008, 2009 und 2010) nicht bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin beschäftigt war. Der Beginn seines Anstellungsverhältnisses fällt auf einen Zeitpunkt nach Angebotsöffnung. Herr O*** erfüllt die entsprechenden Vorgaben der Ausschreibung nicht und hätte vom Auftraggeber nicht als "Schlüsselperson" anerkannt werden dürfen.

Ing. Q*** ist (war) seit 18.4.2005 bei der F*** (nunmehr B***) beschäftigt. Am 28.4.2011 wurde das Dienstverhältnis mit Wirkung zum 31.7.2011 einvernehmlich gelöst (siehe Beilage zum Dienstvertrag). Daraus folgt, dass Ing. Q*** im Beobachtungszeitraum 2008 bis 2010 mehr als 12 Monate durchgehend bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin beschäftigt war. Dass er im Zeitraum der Leistungserbringung nicht mehr bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin beschäftigt sein wird, ist nach der oben dargestellten Interpretation der Ausschreibungsbestimmung Punkt 00B104C irrelevant. Der Zeitraum der "letzten 3 Jahre" ist vom Zeitraum der Leistungserbringung zu unterscheiden. Als Referenzprojekt wurde für Ing. Q*** u.a. die B91 XXXXX genannt. Ing. Q*** ist Steuerungstechniker. Ing. Q*** verfügt somit über die entsprechende Erfahrung und das spezielle Know-how, wie es die gegenständliche Ausschreibung (Teil B.3) erfordert. Ing. Q*** erfüllt sämtliche Vorgaben der Ausschreibung und wurde somit vom Auftraggeber zu Recht als "Schlüsselperson" anerkannt. Dass DI W*** im Rahmen der Errichtung der Überwachungszentralen in St. Michael im Lungau, in Hohenems und in Klagenfurt nicht beteiligt war, vermag am Vorliegen seiner nach der Ausschreibung geforderten Qualifikation und Erfahrung nichts zu ändern. DI W*** wurde im Zuge der mündlichen Verhandlung als Zeuge einvernommen. Er gab unter Wahrheitspflicht Auskunft zu seiner Ausbildung, seinem beruflichen Werdegang und seinen beruflichen Erfahrungen. Weiters gab DI W*** unter Wahrheitspflicht an, die weiteren von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin als Schlüsselpersonen genannten Ing. L***, DI (FH) M***, Herr N***, Herr O*** und Herr P*** aus seiner beruflichen Praxis seit etlichen Jahren persönlich zu kennen und bestätigen zu können, dass die genannten Personen im Bereich Infrastruktur und Tunneltechnik tätig gewesen sind bzw noch immer tätig sind (siehe VH-Schrift Seite 9). Da diese Angaben mit den Angaben in den vorgelegten Lebensläufen der genannten Personen übereinstimmen, konnte nach Ansicht des Senates auf die beantragte zeugenschaftliche Einvernahme der weiteren neben DI W*** genannten "Schlüsselpersonen" (vgl VH-Schrift Seite 7) verzichtet werden. Ing. Q*** ist (war) seit 18.4.2005 bei der F*** (nunmehr B***) beschäftigt. Am 28.4.2011 wurde das Dienstverhältnis mit Wirkung zum

31.7.2011 einvernehmlich gelöst (siehe Beilage zum Dienstvertrag). Daraus folgt, dass Ing. Q*** im Beobachtungszeitraum 2008 bis 2010 mehr als 12 Monate durchgehend bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin beschäftigt war. Dass er im Zeitraum der Leistungserbringung nicht mehr bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin beschäftigt sein wird, ist nach der oben dargestellten Interpretation der Ausschreibungsbestimmung Punkt 00B104C irrelevant. Der Zeitraum der "letzten 3 Jahre" ist vom Zeitraum der Leistungserbringung zu unterscheiden. Als Referenzprojekt wurde für Ing. Q*** u.a. die B91 XXXXX genannt. Ing. Q*** ist Steuerungstechniker. Ing. Q*** verfügt somit über die entsprechende Erfahrung und das spezielle Know-how, wie es die gegenständliche Ausschreibung (Teil B.3) erfordert. Ing. Q*** erfüllt sämtliche Vorgaben der Ausschreibung und wurde somit vom Auftraggeber zu Recht als "Schlüsselperson" anerkannt. Dass DI W*** im Rahmen der Errichtung der Überwachungszentralen in St. Michael im Lungau, in Hohenems und in Klagenfurt nicht beteiligt war, vermag am Vorliegen seiner nach der Ausschreibung geforderten Qualifikation und Erfahrung nichts zu ändern. DI W*** wurde im Zuge der mündlichen Verhandlung als Zeuge einvernommen. Er gab unter Wahrheitspflicht Auskunft zu seiner Ausbildung, seinem beruflichen Werdegang und seinen beruflichen Erfahrungen. Weiters gab DI W*** unter Wahrheitspflicht an, die weiteren von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin als Schlüsselpersonen genannten Ing. L***, DI (FH) M***, Herr N***, Herr O*** und Herr P*** aus seiner beruflichen Praxis seit etlichen Jahren persönlich zu kennen und bestätigen zu können, dass die genannten Personen im Bereich Infrastruktur und Tunneltechnik tätig gewesen sind bzw noch immer tätig sind (siehe VH-Schrift Seite 9). Da diese Angaben mit den Angaben in den vorgelegten Lebensläufen der genannten Personen übereinstimmen, konnte nach Ansicht des Senates auf die beantragte zeugenschaftliche Einvernahme der weiteren neben DI W*** genannten "Schlüsselpersonen" (vergleiche VH-Schrift Seite 7) verzichtet werden.

Wenn die Antragstellerin in diesem Zusammenhang die Mutmaßung aufstellt, dass die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin genannten Schlüsselpersonen nicht über die gegenständlich geforderte Erfahrung und das erforderliche spezielle Know-how hinsichtlich der Errichtung einer Überwachungszentrale verfügen würden, da bei einer Überwachungszentrale - im Gegensatz zu einer Betriebsstation - mehrere Tunnel von einer Stelle aus überwacht würden, so sind dem die Angaben des Angebotsprüfers des Auftraggebers, U***, entgegen zu halten. Nach den glaubwürdigen Angaben des U*** hat das genannte Schlüsselpersonal bei der Errichtung mehrerer Tunnelprojekte inklusive der zugehörigen Betriebszentralen mitgewirkt. Dabei entspricht laut U*** der datentechnische und leittechnische Umfang dieser Betriebszentralen (va XXXXX-Tunnel und XXXXX-Tunnel) dem gegenständlich in Teil B.3 geforderten Leistungsbild. Nach den weiteren nachvollziehbaren Ausführungen des U*** in der mündlichen Verhandlung sitzt das "Herzstück" der Automatisierung in der Betriebszentrale eines Tunnels und nicht in der Überwachungszentrale (vgl VH-Schrift Seite 8). Wenn die Antragstellerin in diesem Zusammenhang die Mutmaßung aufstellt, dass die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin genannten Schlüsselpersonen nicht über die gegenständlich geforderte Erfahrung und das erforderliche spezielle Know-how hinsichtlich der Errichtung einer Überwachungszentrale verfügen würden, da bei einer Überwachungszentrale - im Gegensatz zu einer Betriebsstation - mehrere Tunnel von einer Stelle aus überwacht würden, so sind dem die Angaben des Angebotsprüfers des Auftraggebers, U***, entgegen zu halten. Nach den glaubwürdigen Angaben des U*** hat das genannte Schlüsselpersonal bei der Errichtung mehrerer Tunnelprojekte inklusive der zugehörigen Betriebszentralen mitgewirkt. Dabei entspricht laut U*** der datentechnische und leittechnische Umfang dieser Betriebszentralen (va XXXXX-Tunnel und XXXXX-Tunnel) dem gegenständlich in Teil B.3 geforderten Leistungsbild. Nach den weiteren nachvollziehbaren Ausführungen des U*** in der mündlichen Verhandlung sitzt das "Herzstück" der Automatisierung in der Betriebszentrale eines Tunnels und nicht in der Überwachungszentrale (vergleiche VH-Schrift Seite 8).

Conclusio:

Mit Ausnahme des Herrn O*** erfüllen alle von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin genannten "Schlüsselpersonen" die Vorgaben der Ausschreibung und wurden vom Auftraggeber sohin 6 Mitarbeiter zu Recht als Schlüsselpersonal anerkannt.

1. b) Litera b

Referenzen:

Gemäß Pkt. 00B104E des LV müssen mindestens zwei Referenzprojekte nachgewiesen werden, die mit dem vorliegenden Auftrag vergleichbar sind, wobei die Auftragserteilung ab 1.1.2000 erfolgt sein muss.

Die Referenzprojekte müssen Warten (vorzugsweise aus dem Bereich der Verkehrstechnik) sein, die nachstehende Mindestanforderungen erfüllen:

- -Strichaufzählung
Die Warte (Leitsystem) muss mehrplatzfähig sein, d.h. es müssten mindestens zwei Benutzer unabhängig voneinander die beschriebenen Bedienungen durchführen können

oder

- -Strichaufzählung
die Anzahl der Datenpunkte im Leitsystem muss mindestens 25000 betragen. Ein Datenpunkt ist die Bezeichnung für eine Eingabe- oder Ausgabefunktion und umfasst auch alle ihn betreffenden ergänzenden Informationen, wie Parameterdaten etc. Bei der Beurteilung und Prüfung durch den AG werden redundante Datenpunkte mengenmäßig berücksichtigt.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat mit Schreiben vom 8.2.2011 folgende 2 Projekte als Referenzen angegeben:

- -Strichaufzählung
Tunnelkette Pack ABM Unterwald
- -Strichaufzählung
A9 XXXXX

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin legte die Übernahmeprotokolle der beiden Projekte vor.

Das Referenzprojekt "Tunnelkette Pack" wurde von U*** sowie von einem Mitarbeiter des Ingenieurbüros R***, Mag. S***, geprüft. Die Prüfung hat ergeben, dass am Projekt auch die Fa E*** (nunmehr C***), beteiligt war (vgl. VH-Schrift Seite 12). Die F*** hat im Projekt "Tunnelkette Pack" nach den glaubwürdigen und nachvollziehbaren Angaben von RA Dr. H*** (vgl. VH-Schrift Seiten 12 und 13) folgende Leistungen größtenteils selbst erbracht: Das Referenzprojekt "Tunnelkette Pack" wurde von U*** sowie von einem Mitarbeiter des Ingenieurbüros R***, Mag. S***, geprüft. Die Prüfung hat ergeben, dass am Projekt auch die Fa E*** (nunmehr C***), beteiligt war (vergleiche VH-Schrift Seite 12). Die F*** hat im Projekt "Tunnelkette Pack" nach den glaubwürdigen und nachvollziehbaren Angaben von RA Dr. H*** (vergleiche VH-Schrift Seiten 12 und 13) folgende Leistungen größtenteils selbst erbracht:

- -Strichaufzählung
Niederspannungsverteilung
- -Strichaufzählung
Erdungs- und Potentialausgleich
- -Strichaufzählung
Konstruktionen
- -Strichaufzählung
Rohr- und Tragsysteme
- -Strichaufzählung
Videoüberwachung
- -Strichaufzählung
Notrufeinrichtungen
- -Strichaufzählung
Beschallungsanlage
- -Strichaufzählung
Funkanlagen
- -Strichaufzählung
Informationsübertragung
- -Strichaufzählung
Informationsverarbeitung
- -Strichaufzählung
Leitungen
- -Strichaufzählung

- Gebäude- und Nischeninstallationen
- -Strichaufzählung
- Gebäude- und Nischenausstattung
- -Strichaufzählung
- De- und Wiedermontagen
- -Strichaufzählung
- Bauarbeiten
- -Strichaufzählung
- Gebäudelüftung und
- -Strichaufzählung
- Klimaanlage

Die oben genannten Leistungen entsprechen im Wesentlichen der HG 02, OG 02 (Elektro- und Maschinelle Ausrüstung ÜZ Ardning) der gegenständlichen Ausschreibung (vgl auch die diesbezüglichen Angaben des U*** in der mündlichen Verhandlung, VH-Schrift Seite 13). Die oben genannten Leistungen entsprechen im Wesentlichen der HG 02, OG 02 (Elektro- und Maschinelle Ausrüstung ÜZ Ardning) der gegenständlichen Ausschreibung vergleiche auch die diesbezüglichen Angaben des U*** in der mündlichen Verhandlung, VH-Schrift Seite 13).

F*** hat nach den glaubwürdigen und nachvollziehbaren Angaben von RA H*** (vgl VH-Schrift Seite 13) folgende Bereiche teilweise untervergeben: F*** hat nach den glaubwürdigen und nachvollziehbaren Angaben von RA H*** vergleiche VH-Schrift Seite 13) folgende Bereiche teilweise untervergeben:

- -Strichaufzählung
- Niederspannungsverteilung
- -Strichaufzählung
- Notruffeinrichtungen
- -Strichaufzählung
- Informationsübertragung
- -Strichaufzählung
- Informationsverarbeitung

Die genannten, teilweise untervergebenen, Leistungen sind auch Inhalt des Leistungsteils B.3 der gegenständlichen Ausschreibung (vgl Ausschreibung). Die genannten, teilweise untervergebenen, Leistungen sind auch Inhalt des Leistungsteils B.3 der gegenständlichen Ausschreibung vergleiche Ausschreibung).

Aus den vorgelegten Unterlagen (Vertrag zwischen F*** und E***) ergibt sich, dass die Leistungsgruppen 09 bzw. 19 des Projekts "Tunnelkette Pack ABM Unterwald" teilweise an E*** untervergeben wurden. Die untervergebenen Leistungsgruppen weisen - bei einem Gesamtauftragswert von ca Euro XX Mio - einen Wert von ca XX Mio und somit von ca 30% auf. Es ist jedoch nicht (nur) auf den "prozentmäßigen" Wert des Anteiles an der Leistungserbringung abzustellen, sondern im Wesentlichen darauf, ob der die Referenz nennende Bieter gerade jenen Leistungsteil (des Referenzprojektes) großteils selbst erbracht hat, der auch Inhalt der gegenständlichen Ausschreibung ist. Aus den vorgelegten Unterlagen (Vertrag zwischen F*** und E***) ergibt sich, dass die Leistungsgruppen 09 bzw. 19 des Projekts "Tunnelkette Pack ABM Unterwald" teilweise an E*** untervergeben wurden. Die untervergebenen Leistungsgruppen weisen - bei einem Gesamtauftragswert von ca Euro römisch zwanzig Mio - einen Wert von ca römisch zwanzig Mio und somit von ca 30% auf. Es ist jedoch nicht (nur) auf den "prozentmäßigen" Wert des Anteiles an der Leistungserbringung abzustellen, sondern im Wesentlichen darauf, ob der die Referenz nennende Bieter gerade jenen Leistungsteil (des Referenzprojektes) großteils selbst erbracht hat, der auch Inhalt der gegenständlichen Ausschreibung ist.

Wenn ein Bieter keinen Anteil an der Leistungserbringung im Referenzprojekt hatte, kann er sich grundsätzlich nicht auf diese Referenz berufen (vgl Jaeger in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 75 Rz 36). Das Gesagte gilt auch, wenn wesentliche Teile des Referenzauftrages nicht vom Bieter selbst, sondern von einem Subunternehmer erbracht wurden (vgl BVA 10.7.2006, N/0044-BVA/10/2006-27 = ZVB 2006, 277 mA Prünster; Heid/Kondert in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht [2010] Rz 1063). Wenn ein Bieter keinen Anteil an der Leistungserbringung im Referenzprojekt hatte, kann er sich grundsätzlich nicht auf diese Referenz berufen vergleiche Jaeger in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel,

Paragraph 75, Rz 36). Das Gesagte gilt auch, wenn wesentliche Teile des Referenzauftrages nicht vom Bieter selbst, sondern von einem Subunternehmer erbracht wurden vergleiche BVA 10.7.2006, N/0044-BVA/10/2006-27 = ZVB 2006, 277 mA Prünster; Heid/Kondert in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht [2010] Rz 1063).

Da die präsumtive Zuschlagsempfängerin jedoch große Teile der im genannten Referenzprojekt "Tunnelkette Pack" zu erbringenden Leistungen, welche auch in der gegenständlichen Ausschreibung gefordert sind (vgl Teil B.3), selbst erbracht und nur zum Teil untervergeben hat (siehe oben), wurde das Referenzprojekt Tunnelkette Pack vom Auftraggeber zu Recht anerkannt. Da die präsumtive Zuschlagsempfängerin jedoch große Teile der im genannten Referenzprojekt "Tunnelkette Pack" zu erbringenden Leistungen, welche auch in der gegenständlichen Ausschreibung gefordert sind vergleiche Teil B.3), selbst erbracht und nur zum Teil untervergeben hat (siehe oben), wurde das Referenzprojekt Tunnelkette Pack vom Auftraggeber zu Recht anerkannt.

Wenn die Antragstellerin vorbringt, dass die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin (vermutlich) genannten Referenzprojekte ausschließlich bzw überwiegend von Mitarbeitern durchgeführt worden seien, die dem Unternehmen nicht mehr angehören würden und somit diese Referenzprojekte der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht zugerechnet werden hätten dürfen, ist Folgendes anzumerken:

Weder dem BVergG noch den konkreten Ausschreibungsbestimmungen ist zu entnehmen, dass eine Referenz nur dann zurechenbar sein sollte, wenn jene Mitarbeiter, die bei der Durchführung des genannten Referenzprojektes konkret beschäftigt waren, zum Zeitpunkt der Angebotslegung noch bei dem die Referenz nennenden Bieter beschäftigt sind. Dies wäre auch faktisch unmöglich und würde zu einer Fülle von Problemen führen. Die Richtigkeit des Vorbringens der Antragstellerin vorausgesetzt, dürfte kein bei einem Referenzprojekt beschäftigter Mitarbeiter kündigen bzw gekündigt werden, in den Ruhestand treten oder zu Tode kommen. Überdies wäre der Auftraggeber gehalten, nachzuforschen, welcher konkrete Mitarbeiter welche konkrete Arbeit am genannten Referenzprojekt durchgeführt hat.

Das zweite von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin genannte Referenzprojekt "A 9 XXXXX" stellt eine Warte dar. Auftraggeber war die ÖSAG. Auftragnehmer war die F***. Ausführungszeitraum war von 2001 bis 2003 (vgl Übernahme-Niederschrift). Diese Warte wurde zu 100% von F*** errichtet. Der Übernahme-Niederschrift ist nicht zu entnehmen, dass F*** Teile des Auftrages an Subauftragnehmer vergeben hätte. Das genannte Referenzprojekt wurde von der ASFINAG somit zu Recht anerkannt. Das zweite von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin genannte Referenzprojekt "A 9 XXXXX" stellt eine Warte dar. Auftraggeber war die ÖSAG. Auftragnehmer war die F***. Ausführungszeitraum war von 2001 bis 2003 vergleiche Übernahme-Niederschrift). Diese Warte wurde zu 100% von F*** errichtet. Der Übernahme-Niederschrift ist nicht zu entnehmen, dass F*** Teile des Auftrages an Subauftragnehmer vergeben hätte. Das genannte Referenzprojekt wurde von der ASFINAG somit zu Recht anerkannt.

1. 2) Ziffer 2

Arbeits- und sozialrechtliche Bestimmungen (K3-Blätter):

Gemäß § 84 Abs 2 BVergG hat der Auftraggeber in der Ausschreibung vorzusehen, dass die Erstellung des Angebots für in Österreich zu erbringende Leistungen unter Berücksichtigung der in Österreich geltenden arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften zu erfolgen hat und dass sich der Bieter verpflichtet, bei der Durchführung des Auftrags in Österreich diese Vorschriften einzuhalten. Dies hat der Auftraggeber in Teil B.1, Punkt 1.1.19, der Ausschreibung getan. Gemäß Paragraph 84, Absatz 2, BVergG hat der Auftraggeber in der Ausschreibung vorzusehen, dass die Erstellung des Angebots für in Österreich zu erbringende Leistungen unter Berücksichtigung der in Österreich geltenden arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften zu erfolgen hat und dass sich der Bieter verpflichtet, bei der Durchführung des Auftrags in Österreich diese Vorschriften einzuhalten. Dies hat der Auftraggeber in Teil B.1, Punkt 1.1.19, der Ausschreibung getan.

Vorschriften iSd § 84 Abs 2 leg cit sind Gesetze, Verordnungen und Kollektivverträge, soweit diese Bestandteil zwingenden Rechts sind. Der Bieter ist daher dazu verpflichtet, bei der Kalkulation der Angebotspreise die zwingend vorgeschriebenen Mindestlöhne zu kalkulieren (vgl Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 84 Rz 7). Vorschriften iSd Paragraph 84, Absatz 2, leg cit sind Gesetze, Verordnungen und Kollektivverträge, soweit diese Bestandteil zwingenden Rechts sind. Der Bieter ist daher dazu verpflichtet, bei der Kalkulation der Angebotspreise die zwingend vorgeschriebenen Mindestlöhne zu kalkulieren vergleiche Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 84, Rz 7).

Die gegenständliche Ausschreibung (Teil B.1, Punkt 1.1.11) sieht weiters vor, dass die Kalkulation aller angebotenen Preise und deren Aufgliederung den Bestimmungen der ÖNORM B 2061 idgF unter Berücksichtigung der diesbezüglichen Festlegungen in der Ausschreibung zu entsprechen hat.

Aus dem von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vorgelegten K3-Blatt für den Mittellohnpreis (Anm: für Arbeiter) ergibt sich, dass sie als KV-Lohn für die Lohngruppe 3 (Facharbeiter) einen Stundenlohn in Höhe von Euro 10,69, für die Lohngruppe 2 (Qualifizierter Facharbeiter) einen Stundenlohn von Euro 12,32 und für die Lohngruppe 1 (Spitzenfacharbeiter) einen Stundenlohn von Euro 13,81 angesetzt hat. Diese Ansätze entsprechen exakt den im KV für Arbeiter vorgegebenen Mindeststundenlöhnen der jeweiligen Lohngruppen (vgl KV Stand 11.2011). Aus dem von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vorgelegten K3-Blatt für den Mittellohnpreis Anmerkung, für Arbeiter) ergibt sich, dass sie als KV-Lohn für die Lohngruppe 3 (Facharbeiter) einen Stundenlohn in Höhe von Euro 10,69, für die Lohngruppe 2 (Qualifizierter Facharbeiter) einen Stundenlohn von Euro 12,32 und für die Lohngruppe 1 (Spitzenfacharbeiter) einen Stundenlohn von Euro 13,81 angesetzt hat. Diese Ansätze entsprechen exakt den im KV für Arbeiter vorgegebenen Mindeststundenlöhnen der jeweiligen Lohngruppen vergleiche KV Stand 11.2011).

Aus dem von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vorgelegten K3-Blatt für den Gehaltspreis (Anm: für Angestellte) ergibt sich, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin als KV-Lohn für die Lohngruppe III (2.J) einen Stundenlohn in Höhe von Euro 10,72, für die Lohngruppe III (15 J.) einen Stundenlohn von Euro 15,22, für die Lohngruppe IV einen Stundenlohn von Euro 15,23 und für die Lohngruppe V einen Stundenlohn von Euro 21,52 angesetzt hat. Diese Ansätze entsprechen exakt den im KV für Angestellte vorgegebenen Mindeststundenlöhnen der jeweiligen Lohngruppen (vgl KV, Stand 1.1.2011). Aus dem von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vorgelegten K3-Blatt für den Gehaltspreis Anmerkung, für Angestellte) ergibt sich, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin als KV-Lohn für die Lohngruppe römisch drei (2.J) einen Stundenlohn in Höhe von Euro 10,72, für die Lohngruppe römisch drei (15 J.) einen Stundenlohn von Euro 15,22, für die Lohngruppe römisch vier einen Stundenlohn von Euro 15,23 und für die Lohngruppe römisch fünf einen Stundenlohn von Euro 21,52 angesetzt hat. Diese Ansätze entsprechen exakt den im KV für Angestellte vorgegebenen Mindeststundenlöhnen der jeweiligen Lohngruppen vergleiche KV, Stand 1.1.2011).

Als Mittellohnkosten (Zeile M) ergeben sich in der Folge für Arbeiter Euro XX pro Stunde. Inklusive des Gesamtzuschlages ergibt sich ein Mittellohnpreis für Arbeiter von Euro XX pro Stunde. Als Mittellohnkosten (Zeile M) ergeben sich für Angestellte Euro XX pro Stunde. Inklusive des Gesamtzuschlages ergibt sich ein Mittellohnpreis für Angestellte von Euro XX pro Stunde. Die Mittellohnkosten bzw -preise der präsumtiven Zuschlagsempfängerin entsprechen im Wesentlichen jenen Beträgen, die die Antragstellerin in ihren Schriftsätzen bzw in der mündlichen Verhandlung vorgebracht hat. Als Mittellohnkosten (Zeile M) ergeben sich in der Folge für Arbeiter Euro römisch zwanzig pro Stunde. Inklusive des Gesamtzuschlages ergibt sich ein Mittellohnpreis für Arbeiter von Euro römisch zwanzig pro Stunde. Als Mittellohnkosten (Zeile M) ergeben sich für Angestellte Euro römisch zwanzig pro Stunde. Inklusive des Gesamtzuschlages ergibt sich ein Mittellohnpreis für Angestellte von Euro römisch zwanzig pro Stunde. Die Mittellohnkosten bzw -preise der präsumtiven Zuschlagsempfängerin entsprechen im Wesentlichen jenen Beträgen, die die Antragstellerin in ihren Schriftsätzen bzw in der mündlichen Verhandlung vorgebracht hat.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat in den K3-Blättern die Zeilen A bis U ausgefüllt. In Zeile E der K3-Blätter ("Aufzahlung für Mehrarbeit") hat die präsumtive Zuschlagsempfängerin jeweils 0% eingesetzt. Hiezu ist Folgendes anzumerken:

Aus dem von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin herangezogenen KV für das Eisen- und Metallverarbeitende Gewerbe ergibt sich eine wöchentliche Normalarbeitszeit von 38,5 Stunden. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat in ihrem Angebot eine XX- Stunden-Woche kalkuliert. Eine Aufzahlung für Mehrarbeit (Anm. XX Stunden pro Woche) hat die präsumtive Zuschlagsempfängerin, wie oben dargestellt, allerdings nicht kalkuliert. Aus dem von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin herangezogenen KV für das Eisen- und Metallverarbeitende Gewerbe ergibt sich eine wöchentliche Normalarbeitszeit von 38,5 Stunden. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat in ihrem Angebot eine XX- Stunden-Woche kalkuliert. Eine Aufzahlung für Mehrarbeit Anmerkung römisch zwanzig Stunden pro Woche) hat die präsumtive Zuschlagsempfängerin, wie oben dargestellt, allerdings nicht kalkuliert.

Gemäß Punkt 19a des KV kann innerhalb eines Durchrechnungszeitraums von bis zu 52 Wochen die Normalarbeitszeit unregelmäßig so verteilt werden, dass sie im Durchschnitt des Durchrechnungszeitraumes 38,5 Stunden pro Woche nicht überschreitet. Die Normalarbeitszeit pro Woche darf 45 Stunden nicht überschreiten (vgl auch die Angaben des

T*** in der mündlichen Verhandlung, VH-Schrift Seite 17, wonach der Kollektivvertrag für das Eisen- und Metallverarbeitende Gewerbe vorsieht, dass in einer Bandbreite von 52 Wochen die Arbeitszeit durchgerechnet werden kann, sofern die wöchentliche Arbeitszeit 45 Stunden nicht übersteigt). Gemäß Punkt 19a des KV kann innerhalb eines Durchrechnungszeitraums von bis zu 52 Wochen die Normalarbeitszeit unregelmäßig so verteilt werden, dass sie im Durchschnitt des Durchrechnungszeitraumes 38,5 Stunden pro Woche nicht überschreitet. Die Normalarbeitszeit pro Woche darf 45 Stunden nicht überschreiten vergleiche auch die Angaben des T*** in der mündlichen Verhandlung, VH-Schrift Seite 17, wonach der Kollektivvertrag für das Eisen- und Metallverarbeitende Gewerbe vorsieht, dass in einer Bandbreite von 52 Wochen die Arbeitszeit durchgerechnet werden kann, sofern die wöchentliche Arbeitszeit 45 Stunden nicht übersteigt).

Daraus folgt, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin eine XX-Stunden-Woche ohne Aufzahlung für Mehrarbeit (Anm: XX Stunden) kalkulieren konnte. Diese Vorgangsweise widerspricht weder der Ausschreibung noch sonstigen Kalkulationsvorgaben. Daraus folgt, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin eine XX-Stunden-Woche ohne Aufzahlung für Mehrarbeit (Anmerkung, römisch zwanzig Stunden) kalkulieren konnte. Diese Vorgangsweise widerspricht weder der Ausschreibung noch sonstigen Kalkulationsvorgaben.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin im Zuge ihrer Kalkulation die arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften eingehalten hat. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat in den K3-Blättern die KV-Mindeststundenlöhne kalkuliert. Eine Prüfung durch den Senat hat weiters ergeben, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin auch die Zuschläge in den Zeilen N bis R des K3-Blattes kalkuliert hat.

Der Unterschied zu den entsprechenden Angebotspreisen der Antragstellerin ergibt sich aus der Zugrundelegung unterschiedlicher Kollektivverträge (Anm: des KV für das Eisen- und Metallverarbeitende Gewerbe einerseits und des KV für das Elektrotechnikgewerbe andererseits), aus den daraus resultierenden unterschiedlichen KV-Löhnen, den unterschiedlichen KV-Beschäftigungsgruppen, den unterschiedlichen Beschäftigungsgruppenjahren, dem unterschiedlichen Prozentanteil je Beschäftigungsgruppe sowie der unterschiedlich kalkulierten Wochenarbeitszeit inklusive der daraus resultierenden Aufzahlung für Mehrarbeit seitens der Antragstellerin gegenüber der präsumtiven Zuschlagsempfängerin (vgl auch die diesbezüglichen nachvollziehbaren Angaben der präsumtiven Zuschlagsempfängerin in der mündlichen Verhandlung, VH-Schrift Seite 4). Der Unterschied zu den entsprechenden Angebotspreisen der Antragstellerin ergibt sich aus der Zugrundelegung unterschiedlicher Kollektivverträge (Anmerkung, des KV für das Eisen- und Metallverarbeitende Gewerbe einerseits und des KV für das Elektrotechnikgewerbe andererseits), aus den daraus resultierenden unterschiedlichen KV-Löhnen, den unterschiedlichen KV-Beschäftigungsgruppen, den unterschiedlichen Beschäftigungsgruppenjahren, dem unterschiedlichen Prozentanteil je Beschäftigungsgruppe sowie der unterschiedlich kalkulierten Wochenarbeitszeit inklusive der daraus resultierenden Aufzahlung für Mehrarbeit seitens der Antragstellerin gegenüber der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vergleiche auch die diesbezüglichen nachvollziehbaren Angaben der präsumtiven Zuschlagsempfängerin in der mündlichen Verhandlung, VH-Schrift Seite 4).

Überdies ist anzumerken, dass der Auftraggeber eine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt hat, die ergeben hat, dass die Preise der präsumtiven Zuschlagsempfängerin als betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar anzusehen sind. Die Plausibilitätsprüfung durch den erkennenden Senat hat zu keinem anderen Ergebnis geführt. Ebenso ist laut Auftraggeber (vgl VH-Schrift Seite 17) die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin kalkulierte XX-Stunden-Woche als auskömmlich anzusehen. Überdies ist anzumerken, dass der Auftraggeber eine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt hat, die ergeben hat, dass die Preise der präsumtiven Zuschlagsempfängerin als betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar anzusehen sind. Die Plausibilitätsprüfung durch den erkennenden Senat hat zu keinem anderen Ergebnis geführt. Ebenso ist laut Auftraggeber (vergleiche VH-Schrift Seite 17) die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin kalkulierte XX-Stunden-Woche als auskömmlich anzusehen.

Der durchschnittliche Stundenlohn für die Regieleistungen beläuft sich auf Euro

XX (und entspricht damit in etwa jenem der Antragstellerin). Dies ergibt sich aus dem Positionspreis für Stundenlöhne von insgesamt Euro XX, dividiert durch die ausgeschriebene Stundenanzahl von 1.610 Stunden. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass keine Anhaltspunkte dafür hervorgekommen sind, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin die arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen nicht eingehalten hätte, wie dies die Antragstellerin vermeint. Die Prüfung hat vielmehr ergeben, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin ihrer Kalkulation die kollektivvertraglichen

Mindestlöhne für Arbeiter bzw Angestellte (für das Eisen- und Metallverarbeitende Gewerbe) zugrunde gelegt hat und - mit Ausnahme der Zeile E ("Aufzahlung für Mehrarbeit") - auch sämtliche Zeilen der K3-Blätter ausgefüllt hat.römisch zwanzig (und entspricht damit in etwa jenem der Antragstellerin). Dies ergibt sich aus dem Positionspreis für Stundenlöhne von insgesamt Euro römisch zwanzig, dividiert durch die ausgeschriebene Stundenanzahl von 1.610 Stunden. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass keine Anhaltspunkte dafür hervorgekommen sind, dass die präsuntive Zuschlagsempfängerin die arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen nicht eingehalten hätte, wie dies die Antragstellerin vermeint. Die Prüfung hat vielmehr ergeben, dass die präsuntive Zuschlagsempfängerin ihrer Kalkulation die kollektivvertraglichen Mindestlöhne für Arbeiter bzw Angestellte (für das Eisen- und Metallverarbeitende Gewerbe) zugrunde gelegt hat und - mit Ausnahme der Zeile E ("Aufzahlung für Mehrarbeit") - auch sämtliche Zeilen der K3-Blätter ausgefüllt hat.

1. 3.Ziffer 3

Optionen:

Folgende Leistungen waren sowohl im "Hauptvertrag" (in der HG 02) als auch optional (in der HG 03) anzubieten:

- -Strichaufzählung
Integration Tunnel Selzthal (HG 02, OG 05 bzw HG 03, OG 14)
- -Strichaufzählung
Integration Tunnel Wald und Pretaller Kogel (HG 02, OG 04 bzw HG 03, OG 15)
- -Strichaufzählung
Integration BZ Klaus (HG 02, OG 08 bzw HG 03, OG 16)

Die Instandhaltung war sowohl im "Hauptvertrag" (HG 04, OG 01) als auch optional (HG 04, OG 02) anzubieten.

Die präsuntive Zuschlagsempfängerin hat die Leistung

- -Strichaufzählung
Integration Tunnel Selzthal im Hauptvertrag (HG 02, OG 05) mit Euro XX und in der Option (HG 03, OG 14) mit Euro XX angeboten.Integration Tunnel Selzthal im Hauptvertrag (HG 02, OG 05) mit Euro römisch zwanzig und in der Option (HG 03, OG 14) mit Euro römisch zwanzig angeboten.
- -Strichaufzählung
Integration Tunnel Wald und Pretaller Kogel im Hauptvertrag (HG 02, OG 04) mit Euro XX und in der Option (HG 03, OG 15) mit Euro XX angeboten.Integration Tunnel Wald und Pretaller Kogel im Hauptvertrag (HG 02, OG 04) mit Euro römisch zwanzig und in der Option (HG 03, OG 15) mit Euro römisch zwanzig angeboten.
- -Strichaufzählung
Integration BZ Klaus im Hauptvertrag (HG 02, OG 08) mit Euro XX und in der Option (HG 03, OG 16) mit Euro XX angeboten.Integration BZ Klaus im Hauptvertrag (HG 02, OG 08) mit Euro römisch zwanzig und in der Option (HG 03, OG 16) mit Euro römisch zwanzig angeboten.

Daraus ergibt sich, dass die präsuntive Zuschlagsempfängerin die genannten Leistungen in der Option jeweils teurer angeboten hat als im Hauptvertrag. Dies trifft im Übrigen auch auf das Angebot der Antragstellerin zu. Auch diese hat die genannten Leistungen in der Option jeweils teurer angeboten als im Hauptvertrag.

Die Leistung "Instandhaltung" wurde von der präsuntiven Zuschlagsempfängerin im Hauptvertrag (HG 04, OG 01) mit Euro XX und in der Option (HG 04, OG 02) mit Euro XX angeboten. Auch die Antragstellerin hat die genannten Leistungen in der Option billiger angeboten als im Hauptvertrag.Die Leistung "Instandhaltung" wurde von der präsuntiven Zuschlagsempfängerin im Hauptvertrag (HG 04, OG 01) mit Euro römisch zwanzig und in der Option (HG 04, OG 02) mit Euro römisch zwanzig angeboten. Auch die Antragstellerin hat die genannten Leistungen in der Option billiger angeboten als im Hauptvertrag.

Der günstigere Angebotspreis der präsuntiven Zuschlagsempfängerin in der Option (HG 04, OG 02) ist durch den Lerneffekt und Synergienutzungen erklär- und nachvollziehbar.

In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, dass die Kalkulation der präsuntiven Zuschlagsempfängerin in den Optionen (HG 03 und HG 04) einer vertieften Angebotsprüfung unterzogen wurde. Diese hat nach den Angaben des Auftraggebers ergeben, dass jene Ansätze in der Option, die sich im Vergleich zum Hauptvertrag wesentlich geändert haben, nachvollziehbar aufgeklärt wurden (vgl die Angaben DI V*** in der mündlichen Verhandlung, VH-

Schrift Seite 18). In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, dass die Kalkulation der präsumtiven Zuschlagsempfängerin in den Optionen (HG 03 und HG 04) einer vertieften Angebotsprüfung unterzogen wurde. Diese hat nach den Angaben des Auftraggebers ergeben, dass jene Ansätze in der Option, die sich im Vergleich zum Hauptvertrag wesentlich geändert haben, nachvollziehbar aufgeklärt wurden (vergleiche die Angaben DI V*** in der mündlichen Verhandlung, VH-Schrift Seite 18).

Dass der Angebotspreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin für die optionalen Leistungen im Vergleich zum Angebotspreis des Hauptvertrages (nur) 9,84%, bei der Antragstellerin jedoch 13,24% beträgt, ist für sich allein genommen kein "Beweis" für eine Spekulation. Der Optionspreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ist - wie auch der Gesamtangebotspreis - günstiger als jener der Antragstellerin. Der im Verhältnis zur Antragstellerin günstigere Preis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin in den Optionen HG 03 und HG 04, resultiert einerseits aus der "günstigeren" Lohn-Kalkulation der präsumtiven Zuschlagsempfängerin (siehe oben zu den K3-Blättern), sowie aus vorhandenen Lagermaterialien, Wiederholungseffekten in den einzelnen Obergruppen sowie aus Synergien zwischen Wartung, Inspektion und Instandsetzungsleistungen (vgl. die unwidersprochen gebliebenen und nachvollziehbaren Ausführungen des Auftraggebers im Schriftsatz vom 12.5.2011). Dass der Angebotspreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin für die optionalen Leistungen im Vergleich zum Angebotspreis des Hauptvertrages (nur) 9,84%, bei der Antragstellerin jedoch 13,24% beträgt, ist für sich allein genommen kein "Beweis" für eine Spekulation. Der Optionspreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ist - wie auch der Gesamtangebotspreis - günstiger als jener der Antragstellerin. Der im Verhältnis zur Antragstellerin günstigere Preis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin in den Optionen HG 03 und HG 04, resultiert einerseits aus der "günstigeren" Lohn-Kalkulation der präsumtiven Zuschlagsempfängerin (siehe oben zu den K3-Blättern), sowie aus vorhandenen Lagermaterialien, Wiederholungseffekten in den einzelnen Obergruppen sowie aus Synergien zwischen Wartung, Inspektion und Instandsetzungsleistungen (vergleiche die unwidersprochen gebliebenen und nachvollziehbaren Ausführungen des Auftraggebers im Schriftsatz vom 12.5.2011).

Der Vorwurf der Antragstellerin, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin in den Optionen spekulative Preise angeboten hätte, erweist sich nach dem Gesagten als nicht zutreffend.

Die Antragstellerin hat in der mündlichen Verhandlung über Befragen (vgl. Aussagen RA J***, VH-Schrift Seite 18) angegeben, dass der Vorwurf der Preisspekulation lediglich die Optionen (HG 03 und HG 04) betreffen würde. Dessen ungeachtet stellte die Antragstellerin im Rahmen der mündlichen Verhandlung pauschal den Antrag auf Einholung eines Sachverständigengutachtens zur angeblich nicht BVergG-konformen Kalkulation des gesamten Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin. Abgesehen davon, dass das den genannten Antrag "stützende" Vorbringen zu unsubstantiiert ist, ist anzumerken, dass das BVergG keine Kalkulationsregeln enthält und die Angebotskalkulation der präsumtiven Zuschlagsempfängerin daher nicht auf einen allfälligen Verstoß hiergegen überprüft werden kann. Der Senat sah - nicht zuletzt aufgrund der Tatsache, dass der Auftraggeber das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin einer vertieften Angebotsprüfung unterzogen hat - keine Veranlassung, dem Antrag auf Einholung eines Sachverständigengutachtens Folge zu geben. Die Antragstellerin hat in der mündlichen Verhandlung über Befragen (vergleiche Aussagen RA J***, VH-Schrift Seite 18) angegeben, dass der Vorwurf der Preisspekulation lediglich die Optionen (HG 03 und HG 04) betreffen würde. Dessen ungeachtet stellte die Antragstellerin im Rahmen der mündlichen Verhandlung pauschal den Antrag auf Einholung eines Sachverständigengutachtens zur angeblich nicht BVergG-konformen Kalkulation des gesamten Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin. Abgesehen davon, dass das den genannten Antrag "stützende" Vorbringen zu unsubstantiiert ist, ist anzumerken, dass das BVergG keine Kalkulationsregeln enthält und die Angebotskalkulation der präsumtiven Zuschlagsempfängerin daher nicht auf einen allfälligen Verstoß hiergegen überprüft werden kann. Der Senat sah - nicht zuletzt aufgrund der Tatsache, dass der Auftraggeber das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin einer vertieften Angebotsprüfung unterzogen hat - keine Veranlassung, dem Antrag auf Einholung eines Sachverständigengutachtens Folge zu geben.

Zu Spruchpunkt II.: Zu Spruchpunkt römisch zwei.:

Gemäß § 319 Abs. 1 1. Satz BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende, Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, 1. Satz BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende, Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber.

Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung besteht nur dann, wenn dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde (§ 319 Abs. 2 BVergG). Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung besteht nur dann, wenn dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde (Paragraph 319, Absatz 2, BVergG).

Die Antragstellerin hat, wie sich aus Spruchpunkt I. des gegenständlichen Bescheides ergibt, mit ihrem Nachprüfungsantrag auch nicht teilweise obsiegt. Der Nachprüfungsantrag wurde abgewiesen. Der sowohl für den Nachprüfungsantrag als auch für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung geltend gemachte Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühren war daher abzuweisen. Die Antragstellerin hat, wie sich aus Spruchpunkt römisch eins. des gegenständlichen Bescheides ergibt, mit ihrem Nachprüfungsantrag auch nicht teilweise obsiegt. Der Nachprüfungsantrag wurde abgewiesen. Der sowohl für den Nachprüfungsantrag als auch für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung geltend gemachte Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühren war daher abzuweisen.

Zuletzt aktualisiert am

17.08.2011

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