

TE Verg Bescheid 2010/4/19 N/0008-BVA/02/2010-30

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 19.04.2010

Norm

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitdd

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §6

BVergG 2006 §31 Abs1

BVergG 2006 §131

BVergG 2006 §132

BVergG 2006 §174

BVergG 2006 §187 Abs1

BVergG 2006 §192 Abs6

BVergG 2006 §195 Z1

BVergG 2006 §269 Abs1 Z5

BVergG 2006 §312 Abs1 Z5

BVergG 2006 §312 Abs2 Z2

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §321

BVergG 2006 §322 Abs1 Z7

BVergG 2006 §324 Abs3

BVergG 2006 §325 Abs1 Z1

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §345 Abs14

ABGB §914 ff

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. BVergG 2006 § 6 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

- [illegible]

1. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.02.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 345 gültig von 12.07.2013 bis 26.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 345 gültig von 24.05.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2012
4. BVergG 2006 § 345 gültig von 17.02.2012 bis 23.05.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
5. BVergG 2006 § 345 gültig von 05.03.2010 bis 17.02.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
6. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2008
7. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
8. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.02.2006 bis 26.11.2007
1. ABGB § 914 heute
2. ABGB § 914 gültig ab 01.01.1917 zuletzt geändert durch RGBl. Nr. 69/1916

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 2, Mag. Viktoria Mugli-Maschek sowie Mag. Martin Sailer als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Hagen Pleile als Mitglied der Auftragnehmerseite, im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs 2 Z 2 Bundesvergabegesetz 2006, BGBl I Nr. 17/2006, in der Fassung BGBl I Nr. 15/2010 (BVergG), betreffend die Auftragsvergabe "Eisenbahnachse Brenner, Zulaufstrecke Nord Abschnitt Kundl/Radfeld - Baumkirchen; AS 234 - Örtliche Bauaufsicht, Fernmelde- und Telekomanlagen" des Auftraggebers ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft, Vivenotgasse 10, 1120 Wien, vertreten durch X***, über den Antrag der A*** GmbH, vertreten durch Y***, vom 2.2.2010, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 3.2.2010, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 2, Mag. Viktoria Mugli-Maschek sowie Mag. Martin Sailer als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Hagen Pleile als Mitglied der Auftragnehmerseite, im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, Bundesvergabegesetz 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, (BVergG), betreffend die Auftragsvergabe "Eisenbahnachse Brenner, Zulaufstrecke Nord Abschnitt Kundl/Radfeld - Baumkirchen; AS 234 - Örtliche Bauaufsicht, Fernmelde- und Telekomanlagen" des Auftraggebers ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft, Vivenotgasse 10, 1120 Wien, vertreten durch X***, über den Antrag der A*** GmbH, vertreten durch Y***, vom 2.2.2010, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 3.2.2010, wie folgt entschieden:

Spruch

Der Antrag, das Bundesvergabeamt möge "die Zuschlagsentscheidung im Ausschreibungsverfahren 'Eisenbahnachse Brenner, Zulaufstrecke Nord Abschnitt Kundl/Radfeld - Baumkirchen; AS 234 - Örtliche Bauaufsicht, Fernmelde- und Telekomanlagen' vom 20.1.2010, der B*** den Zuschlag erteilen zu wollen, für nichtig erklären", wird zurückgewiesen.

Begründung

Die Auftragsvergabe "Eisenbahnachse Brenner, Zulaufstrecke Nord Abschnitt Kundl/Radfeld - Baumkirchen; AS 234 - Örtliche Bauaufsicht, Fernmelde- und Telekomanlagen" des Auftraggebers ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft, Vivenotgasse 10, 1120 Wien, vertreten durch X*** erfolgt in einem Verhandlungsverfahren ohne vorherigem Aufruf zum Wettbewerb. Zur Vergabe nach dem Bestbieterprinzip gelangt eine Dienstleistung der Kategorie Nr. 7, CPV-Code 71520000-9. Der geschätzte Auftragswert des Gesamtprojektes "Zulaufstrecke Nord, Abschnitt Kundl/Radfeld - Baumkirchen" des Ausbaus der Eisenbahnachse Brenner München-Verona beläuft sich nach den Angaben des Auftraggebers auf rund Euro 2 Milliarden, der Auftragswert des verfahrensgegenständlichen Bauloses wurde auf rund Euro 1,8 Millionen geschätzt.

Nachdem das zuvor vom Auftraggeber zu demselben Auftragsgegenstand durchgeführte Verfahren mit vorherigem Aufruf zum Wettbewerb erfolglos geblieben war, wurde eine Erkundung des Bewerberkreises durchgeführt. Von den

zunächst interessierten und vom Auftraggeber eingeladenen fünf Unternehmen, gaben vier eine Interessensbekundung ab. Nach Überprüfung der Eignung der Bewerber versandte der Auftraggeber am 17.9.2009 die Ausschreibungsunterlagen an insgesamt drei Unternehmen. Am 6.10., 9.10. und 14.10.2009 übermittelte der Auftraggeber per Faxmitteilungen jeweils Berichtigungen zu den Ausschreibungsunterlagen und verlängerte die Angebotsfrist schließlich auf den 19.10.2009.

Die Ausschreibungsunterlagen Teile A, B, F und H "Ausbau Eisenbahnachse Brenner München - Verona, Zulaufstrecke Nord, Abschnitt KundlRadfeld - Baumkirchen; Dienstleistung AS 234; Ausschreibung Verhandlungsverfahren Örtliche Bauaufsicht, Fernmelde- und Telekomanlagen" enthalten - soweit für die verfahrensgegenständliche Entscheidung von Bedeutung - Regelungen wie folgt:

"Teil A

...

1. 7.Ziffer 7

AUFTRAGNEHMER (AN)

Auftragnehmer ist jener Bieter, der nach Prüfung der Angebote das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot gelegt hat und den Zuschlag für die Dienstleistung erhält. ...

1. 8.Ziffer 8

BIETER / BIETERGEMEINSCHAFTEN

Als Bieter kann auch eine Bietergemeinschaft (BG) auftreten, welche sich aus höchstens 3 juristischen oder natürlichen Personen zusammensetzen darf. Bietergemeinschaften mit mehr als 3 Einzelunternehmern werden ausgeschlossen.

Im Folgenden bezeichnet der Begriff "Bieter" sowohl Einzelbieter als auch Bietergemeinschaften.

....

8.3.1 Konzernbetriebe

Unternehmen die horizontal oder vertikal miteinander, gem. § 228 Unternehmensgesetzbuch (UGB), verbunden sind (Konzernunternehmen), gleichgültig über wie viele organisatorische Zwischenebenen sie verfügen, dürfen sich nur im Rahmen einer Bietergemeinschaft am Vergabeverfahren beteiligen, nicht aber zugleich Mitglied einer weiteren Bietergemeinschaft sein. Unternehmen die horizontal oder vertikal miteinander, gem. Paragraph 228, Unternehmensgesetzbuch (UGB), verbunden sind (Konzernunternehmen), gleichgültig über wie viele organisatorische Zwischenebenen sie verfügen, dürfen sich nur im Rahmen einer Bietergemeinschaft am Vergabeverfahren beteiligen, nicht aber zugleich Mitglied einer weiteren Bietergemeinschaft sein.

8.3.2 Eignung und Erfahrung

Für eine Zuschlagserteilung kommen nur Bieter in Betracht, die nachweislich über die notwendige Erfahrung für die Ausführung der ausgeschriebenen Leistungen verfügen, ähnliche Arbeiten bereits ausgeführt und im Rahmen des Teilnahmeantrages entsprechende Eignungsnachweise vorgelegt haben.

...

9. SUBUNTERNEHMERLEISTUNGEN

Die Weitergabe von Teilleistungen an Subunternehmer ist gemäß § 240 BVergG i.d.g.F. zulässig und im Teil J "Erklärungen des Bieters" entsprechend den dort angeführten Angaben zu nennen. Die gem. Teil F "Technisches Angebot" zu benennenden Schlüsselpersonen "ÖBA-Leiter" und "Technisches Personal" können nicht substituiert werden. Die Weitergabe von Teilleistungen an Subunternehmer ist gemäß Paragraph 240, BVergG i.d.g.F. zulässig und im Teil J "Erklärungen des Bieters" entsprechend den dort angeführten Angaben zu nennen. Die gem. Teil F "Technisches Angebot" zu benennenden Schlüsselpersonen "ÖBA-Leiter" und "Technisches Personal" können nicht substituiert werden.

...

10.2 AUSSCHREIBUNGSUNTERLAGEN

10.2.1 Umfang der Ausschreibungsunterlagen

Die Ausschreibungsunterlagen dienen als Grundlage für das Vergabeverfahren.

Im Teil B "Rechtliche Vertragsbestimmungen" der Ausschreibungsunterlagen ist festgelegt, welche Teile der Ausschreibungsunterlagen dazu bestimmt sind, Vertragsbestandteil zu werden und welche Vertragsgrundlagen darstellen, sowie die Reihenfolge der Gültigkeit der künftigen Vertragsbestandteile.

Die Ausschreibungsunterlagen gliedern sich wie folgt:

AUSSCHREIBUNGSOPERAT

Teil A Ausschreibungsgrundlagen

...

Teil B Rechtliche Vertragsbestimmungen

...

Teil C Baubeschreibung

...

Teil D Zeit- und Einsatzplan, Termine

Teil E Leistungsbild

...

Teil F Technisches Angebot

Teil G ABK - Leistungsverzeichnis

...

Teil H Kriterien Bestbieterermittlung

Teil J Erklärungen des Bieters

Teil K Planbeilagen inkl. Einlageverzeichnis

...

Das Abgabeexemplar gliedert sich wie folgt:

ABGABEEXEMPLAR

Teil E Leistungsbeschreibung

Teil F Technisches Angebot

Teil G Leistungsverzeichnis

Teil J Erklärungen des Bieters

Teil K Planbeilagen

Beilagen - Inhaltsverzeichnis samt Beilagen, welche vom Bieter

beigeschlossen werden

- Datenträger mit Ausschreibungs-Leistungsverzeichnis (dtn-

Datei)

Die mit ABGABEEXEMPLAR gekennzeichneten Ausschreibungsunterlagen sind vom Bieter nach den Bestimmungen des Pkt. 11.1.1 "Einzureichende Unterlagen" als Bestandteil des Angebotes einzureichen.

10.2.2 Berichtigungen

Die BEG behält sich vor, Berichtigungen und Ergänzungen zur Ausschreibung innerhalb der Angebotsfrist vorzunehmen, diese allen Bewerbern mitzuteilen und erforderlichenfalls die Angebotsfrist zu erstrecken. Die Bewerber sind verpflichtet, diese Berichtigungen und Ergänzungen in ihrem Angebot zu berücksichtigen.

10.2.3 Widersprüche, Unklarheiten, Vorbehalte

Alle Widersprüche, Unklarheiten und Vorbehalte sind bis spätestens 6 Tage vor Ablauf der Angebotsfrist der BEG schriftlich bekannt zugeben. Alle Vorbehalte, die nach verstreichen dieser Frist oder insbesondere mit dem Begleitschreiben zum Angebot erklärt werden, sind nichtig und haben reinen deklarativen Charakter. Das Angebot wird ohne diesen Vorbehalt rechtsgültig.

Die notwendigen Klarstellungen werden erforderlichenfalls von der BEG allen Bewerbern noch vor Ablauf der Angebotsfrist mitgeteilt.

...

11. DAS ANGEBOT

11.1 ALLGEMEINES

Das Angebot ist in der gem. den Ausschreibungsunterlagen beschriebenen Form zu erstellen. Sämtliche Bestandteile der Ausschreibung sind zu bearbeiten. Vorgesehene Textvordrucke und Formulare sind zwingend zu verwenden. Die Verfahrenssprache ist Deutsch.

11.1.1 Einzureichende Unterlagen

Die Angebotseinreichung hat in einfacher Ausfertigung im Original (urschriftlich) mit nachfolgendem Inhalt entsprechend der vorgegebenen Reihenfolge zu erfolgen. Die Unterlagen sind in den beigelegten Angebotsordner bei den entsprechenden Deckblättern einzulegen. Die Referenzblätter im Anhang zum Teil F "Technisches Angebot" sind unter den entsprechenden Registerblättern einzuordnen:

EINZUREICHENDE ANGEBOTSENTLAGEN Register

- Nr.

ABGABEEXEMPLAR

Einlage E Leistungsbeschreibung -

Einlage F Technisches Angebot -

Einlage G Leistungsverzeichnis -

Einlage J Erklärungen des Bieters -

Einlage K Planbeilagen -

VADIUM nach den Bestimmungen des Pkt. 10.5 1

1. ANLAGEN ZUM TEIL F - TECHNISCHES ANGEBOT

1.1 ANLAGEN ZUM SCHLÜSSELPERSONAL

ÖBA-Leiter

Anlage P01: Lebenslauf, Ausbildungsnachweise 2

Anlage P02: Bescheinigung des zuständigen 2

- Sozialversicherungsträgers oder der

- vergleichbaren Stelle im Herkunftsland

Anlage P03: Referenzprojekt 1 - Bestätigung 2

- des Auftraggebers

Anlage P04: Referenzprojekt 1 - Bestätigung 2

- des Auftraggebers

Technisches Personal

Anlage P05: ÖBA-Leiter-Stv. - Lebenslauf, 3

- Ausbildungsnachweise

Anlage P06: Bescheinigung des zuständigen	3
- Sozialversicherungsträgers oder der	
- vergleichbaren Stelle im Herkunftsland	
Anlage P07: Referenzprojekt 3 - Bestätigung	3
- des Auftraggebers	
Anlage P08: Referenzprojekt 4 - Bestätigung	3
- des Auftraggebers	
Anlage P09: Schlüsselpersonal 3 - Lebenslauf,	4
- Ausbildungsnachweise	
Anlage P10: Bescheinigung des zuständigen	4
- Sozialversicherungsträgers oder der	
- vergleichbaren Stelle im Herkunftsland	
Anlage P11: Referenzprojekt 5 - Bestätigung	4
- des Auftraggebers	
Anlage P12: Referenzprojekt 6 - Bestätigung	4
- des Auftraggebers	
Anlage P13: Schlüsselpersonal 4 - Lebenslauf,	5
- Ausbildungsnachweise	
Anlage P14: Bescheinigung des zuständigen	5
- Sozialversicherungsträgers oder der	
- vergleichbaren Stelle im Herkunftsland	
Anlage P15: Referenzprojekt 7 - Bestätigung	5
- des Auftraggebers	
Anlage P16: Referenzprojekt 8 - Bestätigung	5
- des Auftraggebers	
Anlage P17: Schlüsselpersonal 5 - Lebenslauf,	6
- Ausbildungsnachweise	
Anlage P18: Bescheinigung des zuständigen	6
- Sozialversicherungsträgers oder der	
- vergleichbaren Stelle im Herkunftsland	
Anlage P19: Referenzprojekt 9 - Bestätigung	6
- des Auftraggebers	
Anlage P20: Referenzprojekt 10 - Bestätigung	6
- des Auftraggebers	
Anlage P21: Schlüsselpersonal 6 - Lebenslauf,	7
- Ausbildungsnachweise	
Anlage P22: Bescheinigung des zuständigen	7
- Sozialversicherungsträgers oder der	

- vergleichbaren Stelle im Herkunftsland

Anlage P23: Referenzprojekt 11 - Bestätigung 7

- des Auftraggebers

Anlage P24: Referenzprojekt 12 - Bestätigung 7

- des Auftraggebers

Anlage P25: Schlüsselpersonal 7 - Lebenslauf, 8

- Ausbildungsnachweise

...

Anlage P44: Referenzprojekt 22 - Bestätigung 12

- des Auftraggebers

2. DETAILKALKULATION nach den Bestimmungen 13

des Teil A Pkt. 11.4.5

3. ZUSÄTZLICHE ANGEBOTSUNTERLAGEN, die aus 14

- eigenem vom Bieter beigeschlossen werden -
- samt Inhaltsverzeichnis

Die in dieser Auflistung genannte Anzahl an Schlüsselpersonen ist eine unverbindliche Schätzung und erlaubt keine Rückschlüsse auf das tatsächlich bereitzustellende Personal.

...

12.2 PRÜFUNG DER ANGEBOTE

...

12.2.3 Prüfung des Technischen Angebotes

Die Prüfung und Auswertung der Technischen Angebotsteile sowie die Errechnung der Technischen Bewertungsfaktoren für die Ermittlung des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes erfolgt nach den Bestimmungen des Teils H "Kriterien für die Bestbieterermittlung" der Ausschreibungsunterlagen.

... Gegebenenfalls wird die Berechnung des Bewertungsfaktors

Technik und des Bewertungsfaktors Wirtschaftlichkeit neu durchgeführt.

12.2.4 Ausscheidungsgrundsätze

Das Ausscheiden von Angeboten erfolgt grundsätzlich nach den Bestimmungen der §§ 269 und 270 BVergG.

...

Teil B

...

B.11. SCHLÜSSELPERSONAL

B.11.1 Personen

Schlüsselpersonal sind alle Mitarbeiter des AN, welche im Teil F "Technisches Angebot" namentlich ... angeführt werden.

...

B.11.3 Wechsel

Schlüsselpersonal darf für die gesamte Dauer des Auftrages nur mit schriftlicher Zustimmung durch den AG ausgewechselt werden. Der Wechsel, gleich aus welchem Grunde, ist dem AG ehest möglich schriftlich bekannt zu geben. Dem schriftlichen Antrag auf Zustimmung zum Wechsel von Schlüsselpersonal sind für die Ersatzperson die gleichen Unterlagen und Nachweise beizuschließen, wie sie in den Ausschreibungsunterlagen für das Schlüsselpersonal gefordert und vom AN mit dem Angebot beizubringen waren. Die Zustimmung zum Wechsel muss vom AG dann erklärt werden, wenn die Ersatzperson dem bisher benannten Schlüsselpersonal zumindest gleichwertig ist, dem Antrag die geforderten Unterlagen und Nachweise beiliegen und keine schwerwiegenden sonstigen Gründe gegen die Ersatzperson sprechen.

B.11.4 Gleichwertiger Wechsel

Die Gleichwertigkeit der Ersatzperson ist dann gegeben wenn:

1. a) Litera a

für die Ersatzperson nach der entsprechenden, dem Teil H "Kriterien für die Bestbieterermittlung" der Ausschreibungsunterlagen zu entnehmenden Art der Berechnung zumindest dieselbe Punktezah! erzielt wird, wie sie für den im Angebot benannten Mitarbeiter/Dienstnehmer des AN erzielt wurde. Das Ergebnis der vom AG durchgeführten, nicht offensichtlich unrichtigen Berechnung ist bindend.

...

Teil F

...

1. 1. Ziffer eins

VORBEMERKUNGEN

Das einzusetzende Personal muss ausreichende Praxis in der Ausführung der ihnen zufallenden und im Teil E "Leistungsbeschreibung" angeführten Aufgaben vorweisen. Vergleichbare Tätigkeiten mit entsprechendem Verantwortungsbereich wurden bereits selbstständig durchgeführt. Die unten angeführten Personen sind "Schlüsselpersonal" nach Maßgabe des Teiles B "Rechtliche Vertragsbestimmungen" Punkt 11.

Grundsätzlich wird das Personal wie folgt unterschieden:

- -Strichaufzählung
ÖBA-Leiter
- -Strichaufzählung
Technisches Personal (ÖBA-Leiter-Stv, Ingenieure/Techniker)

Die Bewertung der Bieterangaben erfolgt nach den technischen Kriterien gern. Teil H "Kriterien für die Bestbieterermittlung" der Ausschreibungsunterlagen.

1. 2. Ziffer 2

ANGABEN ZUM PERSONAL

2.1 ÖBA-Leiter

...

Ein ÖBA-Stellvertreter ist aus dem übrigen technischen Personal zu nennen.

...

2.2 Technisches Personal (Ingenieure/Techniker)

Vom Bieter ist hier eine frei wählbare Anzahl von Personen (Ingenieure/Techniker) namhaft zu machen, welche zur vertragsgegenständlichen Leistungserbringung benötigt wird. Ein ÖBA-Stellvertreter ist aus dem übrigen technischen Personal zu nennen und dieser muss hinsichtlich seiner Berufserfahrung mindestens die gleiche Punkteanzahl wie der ÖBA-Leiter erreichen.

Neben den allgemeinen Angaben zur jeweiligen Person müssen vom Bieter pro genannte Person jeweils 2

Referenzprojekte (vgl. Referenzmusterblätter) aus dem Bereich Fernmelde - und Telekomanlagen beigebracht werden. Neben den allgemeinen Angaben zur jeweiligen Person müssen vom Bieter pro genannte Person jeweils 2 Referenzprojekte (vgl. Referenzmusterblätter) aus dem Bereich Fernmelde - und Telekomanlagen beigebracht werden.

Es sind die im Anhang Teil F-I beigefügten Referenzblätter Nr.3 bis Nr.22 entsprechend auszufüllen und in den Registerblättern beizulegen.

Funktion Vorname Nachname Akad. Geb. Ausbildung Ref.

- Titel Datum (HTL / FH/ Blatt

- Uni

ÖBA-Leiter 3-4

-Stellvert

rter

- 5-6

- ...

- 21-22

Folgende allgemeine Informationen zum Technischen Personal (auch ÖBA-Leiter-Stv.) sind anzugeben: 5

Ausbildung6:

- -Strichaufzählung
Höhere Technische Lehranstalt
- -Strichaufzählung
Technische Fachhochschule
- -Strichaufzählung
Technische Universität

5 Dieses Blatt ist für jede Person des Technischen Personals auszufüllen.

6 Kopie des Zeugnisses, Diploms, Bescheides, etc. ist dem Angebot beizulegen

Berufserfahrung als technischer Mitarbeiter in einer Bauaufsicht im Bereich Fernmelde - und Telekomanlagen 7:

- < 1 Jahr / keine Erfahrung
- 1 - 3 Jahre
- 3 - 5 Jahre
- > 5 Jahre

7 Bescheinigungen der jeweiligen Berufserfahrung sind beizulegen

Allgemeine Berufserfahrung im Bereich Fernmelde - und Telekomanlagen. (Diese Person hat noch nie in einer Örtlichen Bauaufsicht mitgearbeitet.)8:

- < 5 Jahr / keine Erfahrung
- 5 - 10 Jahre
- 10 - 15 Jahre
- > 15 Jahre

8 Bescheinigungen der jeweiligen Berufserfahrung sind beizulegen

...

Teil H

...

2.1 Qualifikation der vorgesehenen Projektteam-Mitglieder

Die Referenzblätter der einzelnen Projektteam-Mitglieder (ÖBA-Leiter, technisches Personal) werden wie folgt bewertet. Für die vom Bieter vorgesehenen Projektteam-Mitglieder wird jeweils der Mittelwert aller namhaft gemachten Personen (z.B. Ausbildung) bzw. Referenzprojekte zur Bewertung herangezogen. Mehrfachnennungen sind ausgeschlossen.

...

2.1.2 Qualifikation des technischen Personals

Ausbildung:

Matura / Abitur 5 Punkte

Höhere Technische Lehranstalt 15 Punkte

Technische Fachhochschule 30 Punkte

Technische Universität 50 Punkte

Bei nicht einschlägiger Ausbildung werden nur 50 % der Kategorie zugeordneten Punkte gewertet.

Berufserfahrung als technischer Mitarbeiter in einer Bauaufsicht

im Bereich Fernmelde- und Telekomanlagen:

< 1 Jahr / keine Erfahrung 0 Punkte

1 - 3 Jahre 80 Punkte

3 - 5 Jahre 165 Punkte

> 5 Jahre 220 Punkte

Allgemeine Berufserfahrung im Bereich Fernmelde - und

Telekomanlagen:

< 5 Jahr / keine Erfahrung 0 Punkte

5 - 10 Jahre 40 Punkte

10 -15 Jahre 75 Punkte

> 15 Jahre 100 Punkte

Funkanlagen (Digital und Analog 40 Punkte

Verlegen von LWL - und Kupferkabel 35 Punkte

Brandmeldeanlagen 30 Punkte"

Die Ausschreibungsunterlagen wurden insgesamt dreimal berichtigt. In der 1. Berichtigung vom 6.10.2009 wurde zu Fragen betreffend die oben dargestellten Originalregelungen der Ausschreibung ausgeführt wie folgt:

1. "2)Ziffer 2

Teil A /Kap. 11.1.1:

Gehen wir Recht mit der Annahme, dass im Angebots-Ordner alle Dokumente, die sich in den jeweiligen Anhängen der einzelnen Ausschreibungs-Teile befinden (z.b. Planbeilagen des Teils K), in ausgedruckter Form beilegen müssen? Oder ist es ausreichend das Planverzeichnis zu signieren?

Antwort: Das Abgabeexemplar hat alle jene Teile zu umfassen, welche in Pkt. 11.1.1 "Einzureichende Unterlagen" des Teils A "Ausschreibungsunterlagen" der ggst. Ausschreibung genannt werden."

Nach Abschluss der Angebotsprüfung wurde allen Bietern mit Telefaxnachricht vom 15.12.2009 erstmals eine Zuschlagsentscheidung bekannt gegeben. Nach Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens betreffend diese 1. Zuschlagsentscheidung am 29.12.2009, unter GZ N/0132-BVA/02/2009 und Erlassung einer einstweiligen Verfügung

am 4.1.2010, zog der Auftraggeber mit Faxnachricht vom 12.1.2010 die 1. Zuschlagsentscheidung zurück.

Mit Faxnachricht vom 20.1.2010 traf der Auftraggeber erneut eine Zuschlagsentscheidung (idF 2. Zuschlagsentscheidung) zugunsten der "B*** als Bestbieter." Neben dem Hinweis auf das Ende der Stillhaltefrist am 3.2.2010 um 24:00 Uhr, führte der Auftraggeber zum erfolgreichen Angebot und zur Ablehnung des Angebotes der späteren Antragstellerin aus: Mit Faxnachricht vom 20.1.2010 traf der Auftraggeber erneut eine Zuschlagsentscheidung in der Fassung 2. Zuschlagsentscheidung) zugunsten der "B*** als Bestbieter." Neben dem Hinweis auf das Ende der Stillhaltefrist am 3.2.2010 um 24:00 Uhr, führte der Auftraggeber zum erfolgreichen Angebot und zur Ablehnung des Angebotes der späteren Antragstellerin aus:

"

- -Strichaufzählung

Der Gesamtpreis des erfolgreichen Angebots beträgt EUR

XXXXXX zzgl. 20% Ust.; der Bewertungsfaktor Wirtschaftlichkeit des erfolgreichen Angebots beträgt X,XXX (A***:

X,XXX)XXXXXX zzgl. 20% Ust.; der Bewertungsfaktor Wirtschaftlichkeit des erfolgreichen Angebots beträgt römisch zehn, römisch 30 (A***: römisch zehn, römisch 30)

- -Strichaufzählung

Das erfolgreiche Angebot wurde mit XXX von 1000 möglichen Punkten im Rahmen der Technischen Kriterien (ÖBA-Leiter, technisches Personal sowie Strukturierung der Projektorganisation) bewertet. Der Bewertungsfaktor Technik (fr) des erfolgreichen Angebots beträgt X,XXX. (A***: X,XXX mit XXX Punkten) Das erfolgreiche Angebot wurde mit römisch 30 von 1000 möglichen Punkten im Rahmen der Technischen Kriterien (ÖBA-Leiter, technisches Personal sowie Strukturierung der Projektorganisation) bewertet. Der Bewertungsfaktor Technik (fr) des erfolgreichen Angebots beträgt römisch zehn, römisch 30. (A***: römisch zehn, römisch 30 mit römisch 30 Punkten)

- -Strichaufzählung

Das erfolgreiche Angebot erreicht somit einen Gesamtbewertungsfaktor (fges) von X,XXX. (A***: X,XXX). Das

erfolgreiche Angebot erreicht somit einen Gesamtbewertungsfaktor (fges) von römisch zehn, römisch 30. (A***: römisch zehn, römisch 30)."

Daran anschließend wurde auf die der 2. Zuschlagsentscheidung beiliegenden Anhänge 1 und 2 verwiesen, aus welchen "eine detaillierte Begründung für die Ablehnung ihres Angebots sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebots (insbesondere die Gewichtung des Bewertungsfaktors Technik) ... ersichtlich ist".

Der Anhang 1 "AS234, Technische Angebotsbewertung, ...

Bietername 02 - B***, Leistungsfaktor Lf XXX,XX" bestehend Bietername 02 - B***, Leistungsfaktor Lf römisch 30 ,XX" bestehend

aus 7 A4-Seiten enthält auf den Seiten 2 bis 7 jeweils Tabellen über die Ermittlung der Punkte jeweils für Ausbildung, für Berufserfahrungen sowie für zwei Referenzblätter zum Leistungsfaktor Lf betreffend "ÖBA-Leiter", "ÖBA - Leiter Stellvertreter" sowie für vier weitere Personen "Technisches Personal" und die "Strukturierung der Projektorganisation". Neben den Tabellen finden sich diverse Anmerkungen des Auftraggebers. Der Anhang 2 "AS234, Technische

Angebotsbewertung, ... Bietername 01 - A*** Group,

Leistungsfaktor Lf XXX,XX" besteht aus insgesamt 8 A4-Seiten mit der Bewertung des Leistungsfaktors Lf für den "ÖBA-Leiter" und sechs weitere Personen "Technisches Personal" sowie gleichfalls die "Strukturierung der Projektorganisation" samt diversen Anmerkungen. Leistungsfaktor Lf römisch 30 ,XX" besteht aus insgesamt 8 A4-Seiten mit der Bewertung des Leistungsfaktors Lf für den "ÖBA-Leiter" und sechs weitere Personen "Technisches Personal" sowie gleichfalls die "Strukturierung der Projektorganisation" samt diversen Anmerkungen.

Mit Schriftsatz vom 2.2.2010, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 3.2.2010, brachte die A*** GmbH, vertreten durch Y*** (idF Antragstellerin), einen Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung wie im Spruch wiedergegeben sowie "(für den Fall, dass der Antragstellerin Gebühren in diesem Verfahren vorgeschrieben werden)" einen Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren im Nachprüfungsverfahren und im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung und auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung ein. Mit Schriftsatz vom 2.2.2010, beim

Bundesvergabeamt eingelangt am 3.2.2010, brachte die A*** GmbH, vertreten durch Y*** in der Fassung Antragstellerin), einen Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung wie im Spruch wiedergegeben sowie " (für den Fall, dass der Antragstellerin Gebühren in diesem Verfahren vorgeschrieben werden)" einen Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren im Nachprüfungsverfahren und im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung und auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung ein.

Dem gleichfalls gestellten Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde mit Bescheid des Bundesvergabamtes vom 9.2.2010, GZ N/0008-BVA/02/2010-EV7, stattgegeben. Dem Auftraggeber wurde für die Dauer des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens untersagt, im verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren den Zuschlag zu erteilen.

Begründend führte die Antragstellerin im verfahrenseinleitenden Schriftsatz im Wesentlichen aus, dass die Zuschlagsentscheidung vom 20.1.2010 nicht den in § 131 BVergG verankerten Vorgaben entspreche, wobei die Begründung den nicht erfolgreichen Bieter in die Lage versetzen solle, bereits zu Beginn der Stillhaltefrist die Auftraggeberentscheidung im Hinblick auf ihre Korrektheit nachzuvollziehen. Welches Ausmaß an Informationen über die Merkmale des erfolgreichen Angebots und die Gründe für die Ablehnung des nicht erfolgreichen Angebots gegeben werden müssten, sei jeweils im Einzelfall zu beurteilen. Dies richte sich vor allem nach den angewandten Zuschlagskriterien. Begründend führte die Antragstellerin im verfahrenseinleitenden Schriftsatz im Wesentlichen aus, dass die Zuschlagsentscheidung vom 20.1.2010 nicht den in Paragraph 131, BVergG verankerten Vorgaben entspreche, wobei die Begründung den nicht erfolgreichen Bieter in die Lage versetzen solle, bereits zu Beginn der Stillhaltefrist die Auftraggeberentscheidung im Hinblick auf ihre Korrektheit nachzuvollziehen. Welches Ausmaß an Informationen über die Merkmale des erfolgreichen Angebots und die Gründe für die Ablehnung des nicht erfolgreichen Angebots gegeben werden müssten, sei jeweils im Einzelfall zu beurteilen. Dies richte sich vor allem nach den angewandten Zuschlagskriterien.

Im vorliegenden Fall käme nur dem qualitativen Zuschlagskriterium "Technikfaktor" entscheidende Bedeutung zu. Der Punktevorsprung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin rühre ausschließlich aus der besseren Bewertung ihres Angebotes im Rahmen dieses Faktors, denn das Angebot der Antragstellerin sei erheblich billiger als jenes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin.

Im Rahmen des genannten Zuschlagskriteriums seien Subkriterien vorgesehen, wo Erfahrung und Ausbildung des Bieterpersonals einem detaillierten Bewertungs-schema unterzogen werde. Die zur Begründung der Zuschlagsentscheidung angeschlossene "Technische Angebotsbewertung" sei auch im Zusammenhang mit Teil H der Ausschreibungsunterlage nicht transparent, nicht überprüfbar und nicht nachvollziehbar. Sie enthalte bloß Angaben zu tabellarischen Punkteergebnissen und Gesamtpunkteergebnisse sowie allgemeine Floskeln. Bei einzelnen Subkriterien würden in Verbindung mit den einzelnen, nicht näher identifizierbaren Mitarbeitern der präsumtiven Zuschlagsempfängerin lapidar das jeweils erzielte Teilergebnis, also die erzielte Punktezah, festgehalten und es würde darauf hingewiesen, ob die Angaben aus dem Angebot, aus einer Bietererklärung oder aufgrund der Auskunft eines Referenzauftraggebers übernommen worden seien. Erläuterungen zu Art, Gegenstand und Dauer der Referenz bzw. Berufserfahrung fehlten völlig. Erst nach Kenntnis dieser Umstände wäre jedoch erkennbar, warum beim jeweiligen Subkriterium diese und nicht eine andere Punktezah erreicht worden sei. Ohne sie könne die Richtigkeit der Ergebnisse nicht hinterfragt werden, noch könne die Antragstellerin aufgrund ihrer Marktkennntnis Gegenargumente derart aufstellen, dass eine bestimmte Berufserfahrung oder Referenz aufgrund Dauer oder Gegenstand richtigerweise gar nicht, oder zumindest nicht mit der vom Auftraggeber erzielten Punktezah, zu werten gewesen wäre.

Ohne Angabe des Projektinhalts und der Projektdauer lasse sich zB nicht beurteilen, ob der ÖBA-Leiter der präsumtiven Zuschlagsempfängerin beim Kriterium Berufserfahrung zu Recht oder zu Unrecht die hohe Punktebewertung von 120 Punkten erhalten habe. Dies könne erst beurteilt werden, wenn die Berufserfahrung näher beschrieben würde. Der Antragstellerin bliebe nur die Möglichkeit, dem Auftraggeber zu glauben, dass er die Angaben richtig gewertet habe. Dies entspreche nicht dem Sinn der Begründungspflicht für Verwaltungsentscheidungen, die den Betroffenen die Überprüfung einer Entscheidung ermöglichen solle.

Die tatsächliche Anwendung der einzelnen Kriterien mache eine inhaltliche Prüfung und Wertung der Bieterangaben notwendig. So seien beim vorgesehenen stellvertretenden ÖBA-Leiter der präsumtiven Zuschlagsempfängerin und bei

den technischen Mitarbeitern 02-04 jeweils Angaben als nicht einschlägige allgemeine Berufserfahrung gewertet worden. Wer könne nun sagen, ob nicht aus ähnlichen - nicht offen gelegten - Gründen andere Berufserfahrungen anderer Mitarbeiter bzw. bei anderen Subkriterien richtigerweise auch nicht zu werten gewesen wären.

Noch deutlicher werde die unzureichende Begründung der Zuschlagsentscheidung anhand der bloß formelhaften Ausführungen zur Bewertung der Strukturierung der Projektorganisation. Wenn zur Begründung dafür, dass der präsumtiven Zuschlags-empfängerin für die zweitbeste Lösung 60 Punkte gegeben worden seien, auf einen im Vergleich zu anderen Bietern effizienteren Personaleinsatz verwiesen werde, bleibe offen, worin diese Effizienz gelegen sein solle.

Eine seriöse Anfechtung sei demnach nicht möglich und die Antragstellerin sei gezwungen, "ins Blaue" zu argumentieren. Dies laufe jedoch dem Sinn des Rechtsschutzsystems zuwider und verlagere die im Vergabeverfahren zu erledigenden Aufgaben des Auftraggebers in das Kontrollverfahren.

Die Berufung auf den Schutz von öffentlichen Interessen oder von berechtigten Geschäftsinteressen von Unternehmern, stelle im konkreten Fall keine Rechtfertigung für die Nichtbekanntgabe der erforderlichen Informationen dar. Die Bekanntgabe der Grundlagen für die Anwendung der Subkriterien und der inhaltlichen Erwägungen bei der Beurteilung des Angebots der Antragstellerin seien diesbezüglich völlig problemlos. Inhaltliche Erwägungen bei der Bewertung des Angebots der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wären einer anonymisierten Darstellung zugänglich. Es gehe doch nur um die Dauer und Qualität der Erfahrung und nicht etwa um die Identität einer bestimmten Person.

Bei einer unzureichenden Begründung werde der Bieter auch in seiner effektiven Anfechtungsfrist verkürzt. Für die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung in Folge unzureichender Begründung sei es irrelevant, ob der Bieter die Möglichkeit hätte, durch eigene Initiativen oder im Rahmen eines Kontrollverfahrens zusätzliche Informationen zu erlangen. Eine nachträgliche Sanierung der mangelhaften Begründung der Zuschlagsentscheidung sei nicht möglich. Diese Rechtswidrigkeit sei für den Ausgang des Vergabeverfahrens wesentlich, da die Einbringung eines begründeten Nachprüfungsantrages dadurch wesentlich erschwert würde.

Die vom Auftraggeber zwischen 1. und 2. Zuschlagsentscheidung vorgenommene Änderung der Angebotsbewertung sei nicht nachvollziehbar. Die Punktebe-rechnungen in den beiden Zuschlagsentscheidungen würden erheblich voneinander abweichen. Das erfolgreiche Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei in der 1. Zuschlagsentscheidung bei den technischen Kriterien noch mit XXX von 1000 Punkten, jenes der Antragstellerin mit XXX,XX Punkten bewertet worden. In der 2. Zuschlagsentscheidung seien für das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin plötzlich XXX von 1000 Punkten und für jenes der Antragstellerin nur noch XXX Punkte vergeben worden. Soweit von der präsumtiven Zuschlags-empfängerin bewertungsrelevante Umstände nach Abgabe des Angebotes nachgereicht worden sein sollten, seien diese nicht zu berücksichtigen. Vielmehr wäre das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auszuscheiden. Die vom Auftraggeber zwischen 1. und 2. Zuschlagsentscheidung vorgenommene Änderung der Angebotsbewertung sei nicht nachvollziehbar. Die Punktebe-rechnungen in den beiden Zuschlagsentscheidungen würden erheblich voneinander abweichen. Das erfolgreiche Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei in der 1. Zuschlagsentscheidung bei den technischen Kriterien noch mit römisch 30 von 1000 Punkten, jenes der Antragstellerin mit römisch 30 ,römisch zwanzig Punkten bewertet worden. In der 2. Zuschlagsentscheidung seien für das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin plötzlich römisch 30 von 1000 Punkten und für jenes der Antragstellerin nur noch römisch 30 Punkte vergeben worden. Soweit von der präsumtiven Zuschlags-empfängerin bewertungsrelevante Umstände nach Abgabe des Angebotes nachgereicht worden sein sollten, seien diese nicht zu berücksichtigen. Vielmehr wäre das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auszuscheiden.

Der Auftraggeber habe in der übermittelten technischen Angebotsbewertung die Angaben der Antragstellerin zum Bewertungsfaktor "Technik" - insbesondere die vorgelegten Referenzen und Berufserfahrungen - mehrfach unzutreffend gewertet. Bei korrekter Bewertung der Referenzen der Antragstellerin wäre im Rahmen der technischen Angebotsbewertung ein Punktemaximum von XXX,XX zugunsten der Antragstellerin zu verzeichnen. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin würde lediglich ein Punktemaximum von XXX aufweisen. Die Antragstellerin wäre somit klar Bestbieterin. Der Auftraggeber habe in der übermittelten technischen Angebotsbewertung die Angaben der Antragstellerin zum Bewertungsfaktor "Technik" - insbesondere die vorgelegten Referenzen und Berufserfahrungen -

mehrfach unzutreffend gewertet. Bei korrekter Bewertung der Referenzen der Antragstellerin wäre im Rahmen der technischen Angebotsbewertung ein Punktemaximum von römisch 30 ,römisch zwanzig zugunsten der Antragstellerin zu verzeichnen. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin würde lediglich ein Punktemaximum von römisch 30 aufweisen. Die Antragstellerin wäre somit klar Bestbieterin.

Der präsumtiven Zuschlagsempfängerin bzw. ihren Subunternehmern mangle es an der Befugnis und Leistungsfähigkeit.

Nach den Informationen der Antragstellerin sei die präsumtive Zuschlagsempfängerin vor allem im Bereich "Consulting/Unternehmensberatung" tätig, nicht jedoch im Bereich "Bauaufsicht und Planung". Es erscheine daher fraglich, ob die entsprechenden Befugnisse und Befugnisnachweise im maßgeblichen Zeitpunkt vorgelegen hätten.

Soweit ersichtlich, verfüge die präsumtive Zuschlagsempfängerin ua über die Befugnis für das Gewerbe "Technische Büros - Ingenieurbüros für physikalische Messtechnik, Nachrichtentechnik". Lediglich die Befugnis für ein "Ingenieurbüro physikalischer Messtechnik" und - davon unabhängig und getrennt - die Befugnis für ein "Ingenieurbüro Nachrichtentechnik" seien möglich. Nach schriftlicher Auskunft des BMWA vom 4.10.2005 sei es unzulässig, die Gewerbeberechtigung zum Betrieb eines technischen Büros mit 2 oder mehreren Fachgebieten zu verknüpfen. Infolge Unzulässigkeit einer solchen Verknüpfung, sei die Befugnis nicht gegeben bzw. sei sie zumindest fraglich. Der Auftraggeber wäre verpflichtet gewesen, die Befugnis eingehend zu prüfen.

Nach Einsicht in das Gewerberegister weise die präsumtive Zuschlagsempfängerin nicht die nach dem Leistungsbild der gegenständlichen Ausschreibung erforderliche Befugnis eines "Ingenieurbüros für Elektrotechnik" auf. Unter Pkt. C.5.17 (Erdung TK-Anlagen) und Pkt. C.5.18 (Klimaanlagen) der Leistungsbeschreibung sei die "Überwachung elektrotechnischer Leistungen" vorgesehen, welche aufgrund der bezüglichlichen Schutzbestimmungen ausschließlich durch befugte Elektrotechniker (§§ 106 iVm 33 Abs. 1 GewO) überwacht werden dürfte. Dies betreffe konkret die Überwachung der Erdung der Telekommunikationsanlagen und Leistungen zum Kühlen der Räume für Telekommunikation und elektronisches Stellwerk, bei denen auch die Herstellung elektrischer Anschlüsse und die Montage von Regelthermostaten, von Starkstromanschlüssen sowie Brandschutzmaßnahmen vorgesehen seien. Für diese Bereiche wäre das Gewerbe "Technisches Büro für Elektrotechnik" nachzuweisen gewesen. Nach Einsicht in das Gewerberegister weise die präsumtive Zuschlagsempfängerin nicht die nach dem Leistungsbild der gegenständlichen Ausschreibung erforderliche Befugnis eines "Ingenieurbüros für Elektrotechnik" auf. Unter Pkt. C.5.17 (Erdung TK-Anlagen) und Pkt. C.5.18 (Klimaanlagen) der Leistungsbeschreibung sei die "Überwachung elektrotechnischer Leistungen" vorgesehen, welche aufgrund der bezüglichlichen Schutzbestimmungen ausschließlich durch befugte Elektrotechniker (Paragraphen 106, in Verbindung mit 33 Absatz eins, GewO) überwacht werden dürfte. Dies betreffe konkret die Überwachung der Erdung der Telekommunikationsanlagen und Leistungen zum Kühlen der Räume für Telekommunikation und elektronisches Stellwerk, bei denen auch die Herstellung elektrischer Anschlüsse und die Montage von Regelthermostaten, von Starkstromanschlüssen sowie Brandschutzmaßnahmen vorgesehen seien. Für diese Bereiche wäre das Gewerbe "Technisches Büro für Elektrotechnik" nachzuweisen gewesen.

Soweit der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, eine Tochtergesellschaft der XXXXXX, der Zuschlag erteilt werden solle, werde darauf hingewiesen, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin nach Kenntnis der Antragstellerin keine ausreichenden Referenzen und auch keine ausreichende Leistungsfähigkeit zur Abwicklung des gegenständlichen Leistungsumfanges vorweisen könne. Sie müsse sich in ihrem Angebot auf Referenzen ihrer Muttergesellschaft, der XXXXXX, berufen bzw. müsse sie diese auch als Subunternehmerin benannt haben. Dies sei nur zulässig, wenn die Muttergesellschaft eine ausreichende "Zurverfügung-stellungserklärung" abgegeben habe. Auch die Anrechnung von Referenzen im Konzernverbund habe die tatsächliche Verfügbarkeit zur Voraussetzung. Eine unrichtige Zurechnung von genannten Referenzprojekten oder einer sonstigen Angabe zur technischen Leistungsfähigkeit laufe den allgemeinen Vergabegrundsätzen (Gleichbehandlung) zuwider. Für den Fall, dass mit dem Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin eine "Zurverfügungstellungs-erklärung" der XXXXXX nicht abgegeben worden sei oder Referenzangaben unzulässig vermischt worden seien, sei die Wertung der Referenzen unzulässig und wäre das Angebot mangels Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit auszuschneiden.

Da nach Kenntnis der Antragstellerin die präsumtive Zuschlagsempfängerin nicht ständig mit dem für die Arbeitsdurchführung des gegenständlichen Auftrags notwendigen Personal arbeite, sei ihre Leistungsfähigkeit auch aus diesem Grunde fraglich.

Die Antragstellerin habe sich am gegenständlichen Vergabeverfahren beteiligt und zeitgerecht ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt. Ihr Interesse am Vertragsabschluss sei daher evident. Sie erachte sich im Recht auf richtige Durchführung des Vergabeverfahrens gemäß den Bestimmungen des BVergG, im Recht auf Gleichbehandlung sowie auf fairen und lauterer Wettbewerb, im Recht auf eine ausreichend begründete Zuschlagsentscheidung und im Recht auf sachlich nachvollziehbare Bestbieterermittlung und Bestbieterentscheidung, im Recht auf Ausscheiden von den Ausschreibungsbestimmungen widersprechenden Angeboten, deren Bieter nicht befugt seien, und im Recht auf Zuschlagserteilung an die Antragstellerin als Bestbieterin verletzt. Sollte die Antragstellerin den Auftrag nicht erhalten, drohe ihr ein Schaden aus entgangenem marktüblichen Gewinn von zumindest 3% der Nettoangebotssumme, sohin zumindest Euro 50.280,--, aus frustrierten internen Kosten für die Angebotserstellung von Euro 40.000.-- sowie aus den bisher angefallenen Kosten für die anwaltliche Vertretung von Euro 3.000,--. Weiters würde ihr ein wichtiges Referenzprojekt verloren gehen.

Mit Schriftsatz vom 4.2.2010 erstattete der Auftraggeber, dieser vertreten durch X***, allgemeine Angaben zum gegenständlichen Vergabeverfahren. Auftraggeber sei die ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft, Vivenotgasse 10, 1120 Wien. Eine vergebende Stelle sei nicht vorhanden. Der geschätzte Auftragswert ohne USt des verfahrensgegenständlichen Bauloses "A1-Grundausrüstung" belaufe sich auf ca Euro 1,8 Mio. und der Dienstleistungsauftrag gemäß § 6 BVergG werde in einem Verhandlungsverfahren ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb gemäß § 192 Abs 6 iVm § 195 Z 1 BVergG im Oberschwellenbereich vergeben. Die Wahl des Verfahrens sei getroffen worden, weil das ursprünglich durchgeführte Verfahren mit vorherigem Aufruf zum Wettbewerb betreffend denselben Leistungsgegenstand erfolglos geblieben sei. Die Angebote seien unter notarieller Aufsicht durch eine Expertenkommission geöffnet worden. Das Angebotsöffnungsprotokoll sei notariell hinterlegt. Die Ermittlung des Bestbieters sei kommissionell erfolgt. Als das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot sei das Angebot der B*** ermittelt worden. Nachdem die Bieter von der Zurücknahme der 1. Zuschlagsentscheidung vom 15.12.2009 verständigt worden seien, habe der Auftraggeber eine neue 2. Mit Schriftsatz vom 4.2.2010 erstattete der Auftraggeber, dieser vertreten durch X***, allgemeine Angaben zum gegenständlichen Vergabeverfahren. Auftraggeber sei die ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft, Vivenotgasse 10, 1120 Wien. Eine vergebende Stelle sei nicht vorhanden. Der geschätzte Auftragswert ohne USt des verfahrensgegenständlichen Bauloses "A1-Grundausrüstung" belaufe sich auf ca Euro 1,8 Mio. und der Dienstleistungsauftrag gemäß Paragraph 6, BVergG werde in einem Verhandlungsverfahren ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb gemäß Paragraph 192, Absatz 6, in Verbindung mit Paragraph 195, Ziffer eins, BVergG im Oberschwellenbereich vergeben. Die Wahl des Verfahrens sei getroffen worden, weil das ursprünglich durchgeführte Verfahren mit vorherigem Aufruf zum Wettbewerb betreffend denselben Leistungsgegenstand erfolglos geblieben sei. Die Angebote seien unter notarieller Aufsicht durch eine Expertenkommission geöffnet worden. Das Angebotsöffnungsprotokoll sei notariell hinterlegt. Die Ermittlung des Bestbieters sei kommissionell erfolgt. Als das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot sei das Angebot der B*** ermittelt worden. Nachdem die Bieter von der Zurücknahme der 1. Zuschlagsentscheidung vom 15.12.2009 verständigt worden seien, habe der Auftraggeber eine neue 2.

Zuschlagsentscheidung am 20.1.2010 getroffen und diese sei den Bietern samt detaillierter Bewertungsmatrix übermittelt worden. Es seien weder eine Widerrufs- noch eine Zuschlagsentscheidung oder ein Widerruf bzw. ein Zuschlag erfolgt.

Zum Nachprüfungsantrag führte der Auftraggeber im verfahrenseinleitenden Schriftsatz und in seiner ausführlichen Stellungnahme vom 17.2.2010 im Wesentlichen aus, dass es der Antragstellerin an der Antragslegitimation fehle. Sie habe ihr Interesse als einzelner Bieter in der Interessentensuche am 17.7.2009 bekundet. In der zweiten Verfahrensstufe habe die Antragstellerin im Angebot sowohl Angaben zu ihrem Einzelunternehmen mit Sitz in Salzburg erstattet, als auch sei dieses Angebot gleichzeitig von zwei Personen unterfertigt worden. Eine dieser beiden Personen sei der Antragstellerin, die andere Person, sei der A*** AG mit Sitz in Zürich zuzurechnen. Der Umstand, dass in der Interessensbekundung sowie im Angebot Mitarbeiter der A*** AG als Schlüsselpersonal genannt worden seien, deute auf die Beteiligung als Bietergemeinschaft hin. In diesem Falle sei jedoch die Antragstellerin nicht alleine legitimiert, einen Nachprüfungsantrag zu stellen.

Infolge des EG-Schweiz-Beschaffungsabkommens (ABl 2002 L 114 S 430) seien Schweizer Unternehmen nicht berechtigt, die ausschreibungsgegenständlichen Dienstleistungen in Österreich zu erbringen. Das Schweizer Unternehmen habe es auch verabsäumt, seine Befugnis sowie die erforderliche diesbezügliche Bestätigung zeitgerecht

nachzuweisen. Infolge des EG-Schweiz-Beschaffungsabkommens (Amtsblatt 2002 L 114 S 430) seien Schweizer Unternehmen nicht berechtigt, die ausschreibungsgegenständlichen Dienstleistungen in Österreich zu erbringen. Das Schweizer Unternehmen habe es auch verabsäumt, seine Befugnis sowie die erforderliche diesbezügliche Bestätigung zeitgerecht nachzuweisen.

Das Angebot der Antragstellerin sei unvollständig und widerspreche der Ausschreibung.

Das Schlüsselpersonal werde substituiert, denn als technisches Personal bzw. unzulässiges Schlüsselpersonal seien ua Dienstnehmer der A*** AG (L***, M*** und N***) angeboten worden. Ohne das Schlüsselpersonal der A*** AG sei das Angebot der Antragstellerin unvollständig. Die Antragstellerin habe weder eine Verpflichtungserklärung für die A*** AG als Subunternehmer, noch eine Patronatserklärung für sonstige Dritte im Angebot vorgelegt.

Obwohl die Leistungsfrist rund 39 Monate betrage, habe die Antragstellerin nur einen Personaleinsatzplan für 24 Monate abgegeben. Im Angebot fehle beispielsweise das Personal für die Leistung gemäß Pkte 5.1, 5.2 lit i) Erstellung des Schlussberichts zur Bauabrechnung. Der Personaleinsatzplan sei somit nicht nur unrichtig, sondern es fehle ein wesentlicher Leistungsteil im Ausmaß von 15 Monaten. Angesichts des fehlenden Leistungszeitraumes sei der Angebotspreis der Antragstellerin nicht der niedrigste. Rechne man den Angebotspreis der Antragstellerin von 24 auf 39 Monate hoch, komme man letztlich auf einen Nettobetrag von über Euro 2 Mio., was dazu führe, dass der Angebotspreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin niedriger sei als jener der Antragstellerin. Obwohl die Leistungsfrist rund 39 Monate betrage, habe die Antragstellerin nur einen Personaleinsatzplan für 24 Monate abgegeben. Im Angebot fehle beispielsweise das Personal für die Leistung gemäß Pkte 5.1, 5.2 Litera i.) Erstellung des Schlussberichts zur Bauabrechnung. Der Personaleinsatzplan sei somit nicht nur unrichtig, sondern es fehle ein wesentlicher Leistungsteil im Ausmaß von 15 Monaten. Angesichts des fehlenden Leistungszeitraumes sei der Angebotspreis der Antragstellerin nicht der niedrigste. Rechne man den Angebotspreis der Antragstellerin von 24 auf 39 Monate hoch, komme man letztlich auf einen Nettobetrag von über Euro 2 Mio., was dazu führe, dass der Angebotspreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin niedriger sei als jener der Antragstellerin.

Die Bieter hätten im Angebot bestimmte Informationen zur Ausbildung des technischen Personals zu erstatten sowie entsprechende Ausbildungsnachweise beizulegen. Bei O*** habe die Antragstellerin zur Ausbildung "Höhere technische Lehranstalt" angegeben und ein Abschlussprüfungszeugnis der "Fachschule für Elektrotechnik" als Ausbildungsnachweis vorgelegt. Der Briefkopf dieses Zeugnisses weise die Bezeichnung "Höhere technische Bundeslehranstalt und Bundesfachschule Braunau am Inn im Herman-Fuchs-Bundesschulzentrum" auf. Auf Aufforderung des Auftraggebers habe die Antragstellerin angegeben, ein Maturazeugnis für O*** nicht vorlegen zu können. Bei M*** habe die Antragstellerin gleichfalls "Höhere technische Lehranstalt" angegeben. Als Ausbildungsnachweis sei ein Fähigkeitszeugnis von M*** über die Ablegung einer "Lehrabschlussprüfung" vorgelegt worden. Auf Aufforderung habe die Antragstellerin im Schreiben vom 10.11.2009 hiezu aufgeklärt, dass die Ausbildungsform HTL in der Schweiz - vergleichbar mit Österreich - nicht angeboten werde. In dem zum Nachweis der Gleichwertigkeit der Ausbildung dem Schreiben beigelegten Fähigkeitszeugnis werde lediglich die Beendigung einer Lehre als Elektromonteur bestätigt. Auch das Schreiben der schweizerischen Post-, Telefon- und Telegraphenbetriebe vom 13.7.2009 könne nicht als Nachweis für die Ausbildung an einer Höheren technischen Lehranstalt bzw. an einer gleichwertigen Ausbildungsanstalt angesehen werden. Es stelle sich die Frage, ob das Angebot der Antragstellerin nicht schon aufgrund unrichtiger Angaben zwingend auszuschneiden gewesen wäre.

Die Antragstellerin habe das gesamte "technische Angebot" überarbeitet und neu gefertigt mit Schreiben vom 10.11.2009 eingereicht. Es sei zu beurteilen, ob die unaufgeforderte Vornahme einer solchen nachträglichen Angebotsänderung einen unbeheblichen Mangel darstelle.

Zum Begründungsmangel in der Zuschlagsentscheidung führte der Auftraggeber insbesondere aus, dass das in den Ausschreibungsunterlagen festgelegte Bewertungssystem eine weiterführende verbale Begründung der Zuschlagsentscheidung entbehrlich mache. Jeder Bieter kenne die von ihm erstellten und vorgelegten Referenzblätter, es finde keine subjektive, qualitative Bewertung statt, sondern es würden objektiv messbaren Sachverhalten Punkte zugeordnet. Das subjektive Subzuschlagskriterium "Strukturierung der Projektorganisation" sei entsprechend der Ausschreibung durch eine unabhängige Kommission des Auftraggebers zu bewerten. Die beste Lösung erhalte 100 Punkte, die zweitbeste 60 und die drittbeste Lösung 30 Punkte. Die von der Antragstellerin vorgelegte Lösung sei als beste Lösung qualifiziert worden und habe demnach die volle, höchstmögliche Anzahl von 100 Punkten zuerkannt.

erhalten. In der Zuschlagsentscheidung werde die Antragstellerin über die kommissionelle Bewertung dieses Kriteriums informiert und es werde die detaillierte verbale Begründung offengelegt. Daher könne die Antragstellerin durch die Bewertung des gegenständlichen Zuschlagskriteriums nicht in einem subjektiven Recht verletzt worden sein. Das Argument der angeblich unzureichenden verbalen Begründung sei inhaltlich verfehlt. Eine effiziente Ausgestaltung des Personaleinsatzplanes dürfe selbstverständlich positiv bewertet werden; es sei weltfremd anzunehmen, dass bei der Strukturierung der Projektorganisation ein möglichst breiter Einsatz von Personal als positiv bewertet würde. Das Gesetz verlange nicht die Offenlegung von Referenzblättern oder des gesamten Angebotes.

Zur unterschiedlichen Punkteanzahl in den beiden bekannt gemachten Zuschlagsentscheidungen wies der Auftraggeber insbesondere darauf hin, dass die 1. Zuschlagsentscheidung durch ihre Rücknahme irrelevant geworden sei. Dass das Verfahren in den Stand der Angebotsprüfung und Bewertung zurück versetzt worden sei, habe es dem Auftraggeber ermöglicht, die frühere 1. Zuschlagsentscheidung mit der 2. Zuschlagsentscheidung vom 20.01.2010 richtig zu stellen. Von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin seien weder bewertungsrelevante Umstände nach Abgabe des Angebotes nachgereicht worden, noch sei eine nachträgliche "Umgewichtung" der maßgeblichen Faktoren erfolgt.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe im Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe über die für die Ausführung des gegenständlichen Auftrages erforderliche Befugnis verfügt. Dies bestätige der aktuelle Gewerberegisterauszug, aus dem hervorgehe, dass die Bestbieterin auch gegenwärtig zur gegenständlichen Leistungserbringung befugt sei. Die Vermutungen der Antragstellerin zum Nichtvorliegen der Leistungsfähigkeit der präsumtiven Zuschlagsempfängerin seien gleichfalls verfehlt. Der Auftraggeber habe im Rahmen der Interessensbekundung zum Nachweis der Leistungsfähigkeit keinerlei Referenzen gefordert. Die von der Bestbieterin im Angebot für das Schlüsselpersonal vorgelegten Referenzen seien ausschreibungskonform.

Der Auftraggeber habe die Interessensbekundung sowie alle Angebote sorgfältig geprüft. Die einzelnen Prüfschritte und - ergebnisse der vorgenommenen Eignungs- und Angebotsprüfung seien im Vergabeakt klar und nachvollziehbar dokumentiert.

Mit Schriftsatz vom 16.02.2010 wandte die B***, vertreten durch Z***, (präsumtive Zuschlagsempfängerin) ein, dass sie im Falle der begehrten Nichtigserklärung der Zuschlagsentscheidung in ihrem Recht auf Durchführung eines konformen Vergabeverfahrens verletzt werde. Sollte ihr der Zuschlag nicht erteilt werden, drohe ihr ein Schaden in Höhe des entgangenen Gewinns. Dies ergebe sich aus dem im Vergabeakt einliegenden Angebot und der dazugehörigen Kalkulation. Weiters läge ein Schaden in Verlust eines wichtigen Referenzprojektes vor.

Sie verfüge über die Gewerbeberechtigungen für das freie Gewerbe "Dienstleistungen in der Automatisierten Datenverarbeitung und Informationstechnik", für die reglementierten Gewerbe "Unternehmensberater einschließlich der Unternehmensorganisatoren" und jenem des "Technischen Büros - Ingenieurbüros für Informatik" sowie über die Gewerbeberechtigung "Technische Büros - Ingenieurbüros für Physikalische Messtechnik, Nachrichtentechnik". Gegenstand der Ausschreibung sei die örtliche Bauaufsicht. Mit diesen Gewerbeberechtigungen würden sämtliche für die Erbringung der gegenständlichen Leistung notwendigen Befugnisse voll inhaltlich abgedeckt. Falls bestimmte Leistungspositionen weitere darüber hinausgehende Gewerbeberechtigungen notwendig machen würden, was im konkreten Fall jedoch nicht zutrefte, würden diese Leistungen jedenfalls von den sogenannten Nebenrechten gemäß § 32 Gewerbeordnung umfasst. Die von der Antragstellerin angesprochenen Leistungen machten weniger als 1% aus und lägen unter dem vom BVA in seinem Bescheid vom 3.10 2007, GZ N/0077- BVA/13/2007-40 festgelegten Ausmaß von 7%. Sie verfüge über die Gewerbeberechtigungen für das freie Gewerbe "Dienstleistungen in der Automatisierten Datenverarbeitung und Informationstechnik", für die reglementierten Gewerbe "Unternehmensberater einschließlich der Unternehmensorganisatoren" und jenem des "Technischen Büros - Ingenieurbüros für Informatik" sowie über die Gewerbeberechtigung "Technische Büros - Ingenieurbüros für Physikalische Messtechnik, Nachrichtentechnik". Gegenstand der Ausschreibung sei die örtliche Bauaufsicht. Mit diesen Gewerbeberechtigungen würden sämtliche für die Erbringung der gegenständlichen Leistung notwendigen Befugnisse voll inhaltlich abgedeckt. Falls bestimmte Leistungspositionen weitere darüber hinausgehende Gewerbeberechtigungen notwendig machen würden, was im konkreten Fall jedoch nicht zutrefte, würden diese Leistungen jedenfalls von den sogenannten Nebenrechten gemäß Paragraph 32, Gewerbeordnung umfasst. Die von der Antragstellerin angesprochenen Leistungen machten weniger als 1% aus und lägen unter dem vom BVA in seinem Bescheid vom 3.10 2007, GZ N/0077- BVA/13/2007-40 festgelegten Ausmaß von 7%.

Das von der präsuntiven Zuschlagsempfängerin vorgesehene und dem Auftraggeber namentlich bekannt gegebene Personal sei geeignet, den konkreten Auftrag zu übernehmen; es sei bestens geschult und mit den entsprechenden Referenzen ausgestattet. Da das Unternehmen in jeglicher Hinsicht über ausreichende Kapazitäten verfüge, verzichte es auf jegliche Mithilfe "Dritter". Alle von der Bestbieterin genannten Mitarbeiter stünden entweder zu ihr in einem festen Dienstverhältnis bzw. würden sie als Konsulenten in Vertragsbeziehung mit der präsuntiven Zuschlagsempfängerin stehen, respektive auf Grund bestehender Kooperationsvereinbarungen von ihr entliehen werden bzw. entliehen werden können.

Mit Schriftsatz vom 29.3.2010 legte die präsuntive Zuschlagsempfängerin ergänzend diverse Urkunden (Prüfungszeugnis, Beraterverträge, Projektvereinbarungen etc.) betreffend die von ihr namhaft gemachten Mitarbeiter vor.

Mit Schriftsatz vom 25.3.2010 replizierte die Antragstellerin, dass sie, selbst wenn sie auszuscheiden wäre, die Antragslegitimation zur Anfechtung der Zuschlagsentscheidung nicht verliere. Auch die präsuntive Zuschlagsempfängerin sei wegen mangelnder Befugnis und Leistungsfähigkeit auszuscheiden. Die Änderung der Punktevergabe anlässlich der 2.

Zuschlagsentscheidung zeige, dass nur mehr die Angebote der Antragstellerin und der präsuntiven Zuschlagsempfängerin im Verfahren verblieben seien. Um die Einhaltung der Grundsätze des Vergabeverfahrens, insbesondere die Gleichbehandlung zu gewährleisten, sei es für den Fall, dass alle Angebote auszuscheiden seien, nicht vertretbar, den Nachprüfungsantrag eines Bieters am Vergabeverfahren wegen mangelnder Antragslegitimation zurückzuweisen. Wenn die Ausschreibung zwingend zu widerrufen sei, könne die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung durch jeden Bieter geltend gemacht werden, selbst wenn dieser auszuscheiden sei. Die restriktive Judikatur des VwGH sei im Hinblick auf die gemeinschaftsrechtlich gebotene Effektivität des Rechtsschutzes nicht haltbar. Der BGH bejahe in derartigen Fällen die Antragslegitimation. Die Rechtswidrigkeit der bekämpften Zuschlagsentscheidung werde ausdrücklich auch darauf gestützt, dass die Ausschreibung nicht widerrufen worden sei, obwohl im Falle, dass die Angebote sämtlicher Bieter des Vergabeverfahrens auszuscheiden wären, der zwingende Widerrufsgrund des § 139 Abs. 1 Z 4 BVergG vorliege. Zuschlagsentscheidung zeige, dass nur mehr die Angebote der Antragstellerin und der präsuntiven Zuschlagsempfängerin im Verfahren verblieben seien. Um die Einhaltung der Grundsätze des Vergabeverfahrens, insbesondere die Gleichbehandlung zu gewährleisten, sei es für den Fall, dass alle Angebote auszuscheiden seien, nicht vertretbar, den Nachprüfungsantrag eines Bieters am Vergabeverfahren wegen mangelnder Antragslegitimation zurückzuweisen. Wenn die Ausschreibung zwingend zu widerrufen sei, könne die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung durch jeden Bieter geltend gemacht werden, selbst wenn dieser auszuscheiden sei. Die restriktive Judikatur des VwGH sei im Hinblick auf die gemeinschaftsrechtlich gebotene Effektivität des Rechtsschutzes nicht haltbar. Der BGH bejahe in derartigen Fällen die Antragslegitimation. Die Rechtswidrigkeit der bekämpften Zuschlagsentscheidung werde ausdrücklich auch darauf gestützt, dass die Ausschreibung nicht widerrufen worden sei, obwohl im Falle, dass die Angebote sämtlicher Bieter des Vergabeverfahrens auszuscheiden wären, der zwingende Widerrufsgrund des Paragraph 139, Absatz eins, Ziffer 4, BVergG vorliege.

Der Umstand, dass das Angebot der Antragstellerin nach Angebotsprüfung nicht ausgeschieden worden sei, indiziere bereits, dass die nunmehr geltend gemachten Mängel nicht so gravierend seien bzw diese bei genauer Betrachtung nicht vorlägen.

Der seitens der Antragstellerin angegebene O*** habe die HTBLA in Braunau besucht, wobei hierbei die 4-jährige Fachausbildung anstatt der 5-jährigen HTL mit Matura abgeschlossen worden sei. In den Ausschreibungsunterlagen sei nur die Absolvierung einer höheren technischen Lehranstalt abgefragt worden, es gäbe keine Vorgaben hinsichtlich Ausbildungsdauer bzw. Ingenieurausbildung oder Ähnlichem. Auch habe - wie dem 2. Vergabevorschlag zu entnehmen sei - die präsuntive Zuschlagsempfängerin den Studienabschluss eines Mitarbeiters nicht nachweisen können und hätte demnach auch diese ausgeschieden werden müssen.

Es sei fraglich, ob die Mitglieder der unabhängigen Kommission des Auftraggebers, welche das Subkriterium "Strukturierung der Projektorganisation gemäß Punkt 2.2 Teil H der Ausschreibungsunterlagen" bewertet habe, tatsächlich ausreichend fachlich befugt gewesen seien, um dies zu beurteilen. Fraglich sei insbesondere, welche

Ausbildung die Kommissionsmitglieder hätten und ob diese, die nicht alle Techniker seien, über die fachliche Befähigung verfügten, die Strukturierung der Projektorganisation ausreichend zu beurteilen.

Das Leistungsbild der gegenständlichen Ausschreibung erfordere auch die Befugnisse eines Ingenieurbüros für Elektrotechnik, welche die präsumtive Zuschlagsempfängerin nicht aufweise. Bei den Pkten C.5.18 (Brandmeldeanlagen), C.5.17 (Erdung TK-Anlagen) und C.5.18 (Klimaanlagen) der Leistungsbeschreibung sei auch die Überwachung elektrotechnischer Leistungen vorgesehen, welche aufgrund der bestehenden Schutzbestimmungen (es gehe um die Überwachung der Herstellung von Erdungen von Telekommunikationsanlagen und Starkstromanschlüssen für Lüfter und Kühlungen) ausschließlich durch befugte Elektrotechniker überwacht werden dürfe. Der Anteil der Brandmeldeanlagen und TK-Anschlüsse betrage zumindest 20%; zulässig sei in diesem Zusammenhang nach Ansicht des BMWFJ nur ein Leistungsteil von maximal 10%. Eine Geringfügigkeit der Nebenleistungen sei nur bei einem Wert unter 6% des Gesamtauftragswertes gegeben. Es sei nicht nur fraglich, ob die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin genannten Referenzen richtig seien, sondern es lege der Umstand, dass die Referenzauftraggeber in weiten Bereichen der Auftraggeber selbst sein dürfte, nahe, dass die Bieter nicht gleich behandelt worden seien.

Mit Schriftsätzen vom 26.03.2010 und 29.03.2010 bestätigte der Geschäftsführer der A*** AG, Zürich, dass er mit seiner Unterschrift auf dem Angebotsformular garantiert habe, dass die Landesgesellschaft Schweiz die Ressourcen der genannten Mitarbeiter zur Verfügung stellen würde. Das Schweizer Unternehmen habe sich nicht am Vergabeverfahren beteiligt, weder als Mitbieter noch als Subunternehmer. Es werde lediglich das angesprochene Personal im Falle der Auftragsverteilung zur Abwicklung des Auftrages als Ressource zur Verfügung gestellt. Weiters wurde dem Bundesvergabeamt ein Rahmenvertrag, abgeschlossen ua zwischen der A*** GmbH, und der A*** AG, betreffend unternehmensübergreifende Projekte der A*** group vorgelegt.

Mit Replik vom 8.4.2010 wiederholte die präsumtive Zuschlagsempfängerin im Wesentlichen ihr bisheriges Vorbringen zu den Ausführungen der Antragstellerin betreffend die mangelnde Antragslegitimation und die mangelhafte Begründung der Zuschlagsentscheidung. Zur vermeintlich mangelnden Befugnis und fehlenden technischen Leistungsfähigkeit ihres eigenen Unternehmens brachte sie ergänzend vor, dass in den Ausschreibungsunterlagen, Teil C, informativ darauf hingewiesen werde, dass für die Überwachung und Überprüfung der elektronischen Anlagen eine separate, nicht von der gegenständlichen Ausschreibung umfasste, örtliche Bauaufsicht bestellt werde.

Mit Stellungnahme vom 9.4.2010 brachte der Auftraggeber insbesondere vor, dass bei der verfahrensgegenständlichen Auftragsvergabe weder ein Widerrufsgrund vorliege, noch der für Sektorenauftraggeber anzuwendende § 278 BVergG zwingende Widerrufsgründe normiere. Nach der Rechtsprechung des VwGH sei die Antragslegitimation eines zwingend auszuscheidenden Bieters auch dann zu verneinen, wenn dieser das Vorliegen eines zwingenden Widerrufsgrundes behaupte. Dieses neue Vorbringen der Antragstellerin sei aber auch als nachträgliche Erweiterung unzulässig. Mit Stellungnahme vom 9.4.2010 brachte der Auftraggeber insbesondere vor, dass bei der verfahrensgegenständlichen Auftragsvergabe weder ein Widerrufsgrund vorliege, noch der für Sektorenauftraggeber anzuwendende Paragraph 278, BVergG zwingende Widerrufsgründe normiere. Nach der Rechtsprechung des VwGH sei die Antragslegitimation eines zwingend auszuscheidenden Bieters auch dann zu verneinen, wenn dieser das Vorliegen eines zwingenden Widerrufsgrundes behaupte. Dieses neue Vorbringen der Antragstellerin sei aber auch als nachträgliche Erweiterung unzulässig.

In der mündlichen Verhandlung vom 12.4.2010 legte die Antragstellerin ein schriftliches Vorbringen vor, worin sie unter Hinweis auf eine Literaturmeinung insbesondere vorbrachte, dass § 278 BVergG nach herrschender Meinung so zu lesen sei, dass der Sektorenauftraggeber widerrufen müsse, wenn nach dem Ausscheiden von Angeboten im Vergabeverfahren kein zuschlagsfähiges Angebot verbleibe. In der mündlichen Verhandlung vom 12.4.2010 legte die Antragstellerin ein schriftliches Vorbringen vor, worin sie unter Hinweis auf eine Literaturmeinung insbesondere vorbrachte, dass Paragraph 278, BVergG nach herrschender Meinung so zu lesen sei, dass der Sektorenauftraggeber widerrufen müsse, wenn nach dem Ausscheiden von Angeboten im Vergabeverfahren kein zuschlagsfähiges Angebot verbleibe.

Die vom Auftraggeber geltend gemachten Ausscheidensgründe seien einer Verbesserung zugänglich und bereits der Verzicht des Auftraggebers, das Angebot der Antragstellerin tatsächlich auszuscheiden, legitimiere sie zur Anfechtung der Zuschlagsentscheidung.

In der Ausschreibung werde zur Ausbildung des ÖBA-Leiters lediglich, ohne weitere Differenzierung, der Terminus "Höhere technische Lehranstalt" abgefragt. Es werde nur der Besuch einer solchen Lehranstalt gefordert, nicht jedoch ein spezieller Abschluss oder Titel. Unter dem Begriff seien 1. Höhere Technische Lehranstalten (HTL), 2. Höhere Technische Bundeslehranstalten (HTBLA) und 3. Höhere Technische Bundeslehr- und Versuchsanstalten (HTBLuVA) zusammengefasst. In Österreich würden mit diesem Begriff die "berufsbildenden höheren Schulen (BHS)" bezeichnet. Zum Nachweis brachte die Antragstellerin einen mehrseitigen Ausdruck "Höhere Technische Lehranstalt" aus Wikipedia vom 11.4.2010 mit Informationen zu den in diesen Bildungsanstalten angebotenen Ausbildungsformen und deren Relation zu den Hochschulen bei.

Befragt zu dem von ihr in der Nachreichung am 10.11.2009 angebotenen technischen Personal, gab die Antragstellerin an, dass die Ausbildung von O*** auf: "HTL-FS" präzisiert worden sei. Die Ausbildung in der Fachschule unterscheide sich von der in der HTBLA nur durch das Fehlen der Matura und dem Fach Englisch. Die Ausbildungsstätte für die Fachschule befinde sich in jener der HTBLA. Der akademische Titel sei in der Nachreichung ausgelassen worden, denn die Antragstellerin habe sich beim ursprünglichen Angebot geirrt.

Die Antragstellerin sei ursprünglich davon ausgegangen, dass die Punkte in den Referenzblättern "Berufserfahrung als technischer Mitarbeiter in einer Bauaufsicht im Bereich Fernmelde- und Telekomanlagen" und "Allgemeine Berufserfahrung im Bereich Fernmelde- und Telekomanlagen" einander ausschließen. Daher habe sie im Angebot nur die erste Kategorie ausgefüllt. Als sie anlässlich einer telefonischen Rücksprache mit dem Auftraggeber, P***, davon Kenntnis erhalten habe, dass die Kategorien kumulativ zu verstehen seien, habe sie - um die Punkte nicht zu verlieren - in der Nachreichung bei O*** auch die Referenzen für die zweite Kategorie angegeben. P*** habe die Antragstellerin in diesem Telefonat darauf hingewiesen, dass das Angebot nicht mehr verbessert werden könne. Derselbe Sachverhalt gelte für alle angebotenen Mitarbeiter.

Da in der Ausschreibung nur die Möglichkeit bestanden habe, 3 verschiedene Ausbildungen (HTL, Technische Fachhochschule und Technische Universität), anzugeben, habe sich die Antragstellerin gezwungen gesehen, für M*** die ihrer Meinung nach vergleichbare HTL anzukreuzen. Auch in diesem Fall seien die Angaben zur Ausbildung unter Vorlage der Ausbildungsnachweise in der Nachreichung gegenüber dem Angebot präzisiert worden. Dass sie bei diesem Mitarbeiter im Angebot den Ingenieur-Titel angegeben habe, erkläre sich daraus, dass sie angenommen habe, dass M*** diesen Titel führe, denn diesen Titel habe es in der Schweiz früher gegeben, doch jetzt gebe es ihn nicht mehr.

Bei dem für die Ausbildung von M*** vorgelegten Zeugnis über eine Technikerausbildung vom 22.4.1983, handle es sich um eine Lehre mit praktischer Ausbildung in der Schweiz. Diese sei höher anzusetzen als eine Lehre in Österreich.

Dann gab die Antragstellerin an, sie habe sich geirrt, hinsichtlich ihrer Aussage "die Lehre zu dem Fähigkeitszeugnis vom 22.4.1983 sei mit jener in Österreich vergleichbar", sie habe vielmehr gemeint, dass M*** auch eine Fachprüfung als Fernmeldespezialist (vgl. Bescheinigung Schweizer Post 13.7.1988) absolviert habe. Deshalb und infolge des Besuchs eines LWL-Seminars sowie der Mitwirkung in zahlreichen vergleichbaren Projekten (Gotthard-Tunnel, Perjen-Tunnel und St. Bernhard-Tunnel), sei für die Antragstellerin klar gewesen, dass M*** über die nötige Ausbildung und Befähigung verfüge. LWL stehe für Lichtwellenleiter (= Glasfaserleiter). Ein Kapitel der Ausschreibung befasse sich ausführlich mit der LWL-Technik. Dann gab die Antragstellerin an, sie habe sich geirrt, hinsichtlich ihrer Aussage "die Lehre zu dem Fähigkeitszeugnis vom 22.4.1983 sei mit jener in Österreich vergleichbar", sie habe vielmehr gemeint, dass M*** auch eine Fachprüfung als Fernmeldespezialist vergleiche Bescheinigung Schweizer Post 13.7.1988) absolviert habe. Deshalb und infolge des Besuchs eines LWL-Seminars sowie der Mitwirkung in zahlreichen vergleichbaren Projekten (Gotthard-Tunnel, Perjen-Tunnel und St. Bernhard-Tunnel), sei für die Antragstellerin klar gewesen, dass M*** über die nötige Ausbildung und Befähigung verfüge. LWL stehe für Lichtwellenleiter (= Glasfaserleiter). Ein Kapitel der Ausschreibung befasse sich ausführlich mit der LWL-Technik.

Die Antragstellerin kenne die Ausbildung in der Schweiz nicht und habe vor Angebotsstellung keine näheren Nachforschungen vorgenommen. Nach Auskunft, die sie beim Schweizer Partnerunternehmen (L***), eingeholt habe, gebe es in der Schweiz keine der HTL vergleichbare Ausbildungsschiene. Die Schweizer Ingenieurschulen (auch HTL genannt) seien Ende des 20. Jahrhunderts in Fachhochschulen umgewandelt worden.

Für den Auftraggeber führte Q*** - welcher angibt, selbst sowohl in einer Fachschule als auch in einer HTL unterrichtet zu haben - aus, dass die Ausbildungen in der Fachschule, wie sich aus den Stundentafeln und Lehrplänen erkennen

lasse, mit jenen in der HTL nicht vergleichbar seien. Der Schwerpunkt in der Fachschule liege in der Ausbildung von Facharbeitern; diese Ausbildung sei sehr werkstattlastig. Die HTL-Ausbildung sei durch eine höhere Anforderung gekennzeichnet. Sie umfasse auch eine höhere theoretische Ausbildung und Laborausbildung sowie das Abarbeiten von technischen Projekten. Die Unterschiedlichkeit der Lehrpläne zwischen Fachschule und HTL ergebe sich insbesondere aus §§ 55a und 68a Schulorganisationsgesetz. Für den Auftraggeber führte Q*** - welcher angibt, selbst sowohl in einer Fachschule als auch in einer HTL unterrichtet zu haben - aus, dass die Ausbildungen in der Fachschule, wie sich aus den Stundentafeln und Lehrplänen erkennen lasse, mit jenen in der HTL nicht vergleichbar seien. Der Schwerpunkt in der Fachschule liege in der Ausbildung von Facharbeitern; diese Ausbildung sei sehr werkstattlastig. Die HTL-Ausbildung sei durch eine höhere Anforderung gekennzeichnet. Sie umfasse auch eine höhere theoretische Ausbildung und Laborausbildung sowie das Abarbeiten von technischen Projekten. Die Unterschiedlichkeit der Lehrpläne zwischen Fachschule und HTL ergebe sich insbesondere aus Paragraphen 55 a und 68 a Schulorganisationsgesetz.

Für die Antragstellerin ergänzte R***, dass er selbst eine 2-jährige HTL-Ausbildung aufweisen könne. Ein Absolvent der 4-jährigen Fachschule könne nicht nur in die II. Stufe der HTL einsteigen, sondern - sofern er Zusatzprüfungen in z.B. Englisch und Mathematik ablege - auch in die III. Stufe. In der Ausschreibung sei auf bestimmte Lehrpläne aus dem Schulorganisationsgesetz nicht Bezug genommen worden. Für die Antragstellerin ergänzte R***, dass er selbst eine 2-jährige HTL-Ausbildung aufweisen könne. Ein Absolvent der 4-jährigen Fachschule könne nicht nur in die römisch zwei. Stufe der HTL einsteigen, sondern - sofern er Zusatzprüfungen in z.B. Englisch und Mathematik ablege - auch in die römisch drei. Stufe. In der Ausschreibung sei auf bestimmte Lehrpläne aus dem Schulorganisationsgesetz nicht Bezug genommen worden.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

1. 1. Ziffer eins

Rechtslage:

Das Bundesvergabegesetz 2006 wurde im BGBl I Nr. 15/2010, kundgemacht am 4.3.2010, (BVerG) novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind grundsätzlich mit dem der Kundmachung folgenden Tag, somit am 5.3.2010, in Kraft getreten (s. § 345 Abs 14 Z 1 BVerG). Das Bundesvergabegesetz 2006 wurde im Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, kundgemacht am 4.3.2010, (BVerG) novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind grundsätzlich mit dem der Kundmachung folgenden Tag, somit am 5.3.2010, in Kraft getreten (s. Paragraph 345, Absatz 14, Ziffer eins, BVerG).

Gemäß § 345 Abs 14 Z 2 BVerG sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes BGBl I Nr. 15/2010 bereits eingeleiteten Vergabeverfahren bzw beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende bzw fortzuführen. Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit des vom Auftraggeber durchgeführten Vergabeverfahrens, das gegenständlich nach Durchführung von Sondierungsgesprächen zwischen Auftraggeber und möglichen Anbietern, mit an insgesamt 5 Unternehmen (ua. das der Antragstellerin) gerichteten Ersuchen des Auftraggebers vom 24.6.2009 um Abgabe einer schriftlichen Interessensbekundung eingeleitet wurde, die Bestimmungen des BVerG in der Fassung der Novelle BGBl I Nr 86/2007 (BVerG 2006) als Prüfmaßstab heranzuziehen hat. Gemäß Paragraph 345, Absatz 14, Ziffer 2, BVerG sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, bereits eingeleiteten Vergabeverfahren bzw beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende bzw fortzuführen. Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit des vom Auftraggeber durchgeführten Vergabeverfahrens, das gegenständlich nach Durchführung von Sondierungsgesprächen zwischen Auftraggeber und möglichen Anbietern, mit an insgesamt 5 Unternehmen (ua. das der Antragstellerin) gerichteten Ersuchen des Auftraggebers vom 24.6.2009 um Abgabe einer schriftlichen Interessensbekundung eingeleitet wurde, die Bestimmungen des BVerG in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 86 aus 2007, (BVerG 2006) als Prüfmaßstab heranzuziehen hat.

1. 2. Ziffer 2

Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes:

Die Brenner Eisenbahn GmbH, die als öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVerG zu qualifizieren war (vgl. BVA 1.2.2008, N/0121-BVA/07/2007-41), wurde gemäß § 34 Bundesbahngesetz, BGBl 825/1992 idF BGBl Nr I 95/2009, mit der ÖBB-Infrastruktur AG als übernehmende Gesellschaft im Wege einer Gesamtrechtsnachfolge

verschmolzen. Mit der am 3.10.2009 erfolgten Eintragung ins Firmenbuch gingen alle privatrechtlichen und öffentlichrechtlichen Aufgabenstellungen, Rechte und Pflichten der Brenner Eisenbahn GmbH auf die ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft über. Die Brenner Eisenbahn GmbH, die als öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG zu qualifizieren war (vergleiche BVA 1.2.2008, N/0121-BVA/07/2007-41), wurde gemäß Paragraph 34, Bundesbahngesetz, Bundesgesetzblatt 825 aus 1992, in der Fassung Bundesgesetzblatt Nr. römisch eins 95 aus 2009, mit der ÖBB-Infrastruktur AG als übernehmende Gesellschaft im Wege einer Gesamtrechtsnachfolge verschmolzen. Mit der am 3.10.2009 erfolgten Eintragung ins Firmenbuch gingen alle privatrechtlichen und öffentlichrechtlichen Aufgabenstellungen, Rechte und Pflichten der Brenner Eisenbahn GmbH auf die ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft über.

Gemäß § 29a Abs 1 leg cit ist die ÖBB-Infrastruktur Betrieb AG mit der ÖBB-Infrastruktur Bau Aktiengesellschaft als übernehmende Gesellschaft im Wege einer Gesamtrechtsnachfolge verschmolzen, die mit der Eintragung der Verschmelzung ins Firmenbuch am 3.10.2009 als "ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft" bezeichnet wird. Gemäß § 30 leg cit sind die Aktien der ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft zu 100% der ÖBB-Holding AG vorbehalten. Letztere steht gemäß § 2 leg cit zu 100% im Eigentum des Bundes, wobei die Verwaltung der Anteilsrechte dem Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie zukommt. Bei der ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft handelt es sich daher um einen öffentlichen Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (vgl. BVA 27.8.2009, N/0088-BVA/04/2009-EV10; 27.10.2009, N/0110-BVA/09/2009-EV9). Gemäß Paragraph 29 a, Absatz eins, leg cit ist die ÖBB-Infrastruktur Betrieb AG mit der ÖBB-Infrastruktur Bau Aktiengesellschaft als übernehmende Gesellschaft im Wege einer Gesamtrechtsnachfolge verschmolzen, die mit der Eintragung der Verschmelzung ins Firmenbuch am 3.10.2009 als "ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft" bezeichnet wird. Gemäß Paragraph 30, leg cit sind die Aktien der ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft zu 100% der ÖBB-Holding AG vorbehalten. Letztere steht gemäß Paragraph 2, leg cit zu 100% im Eigentum des Bundes, wobei die Verwaltung der Anteilsrechte dem Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie zukommt. Bei der ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft handelt es sich daher um einen öffentlichen Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG (vergleiche BVA 27.8.2009, N/0088-BVA/04/2009-EV10; 27.10.2009, N/0110-BVA/09/2009-EV9).

Gemäß § 31 Abs 1 1. Satz Bundesbahngesetz, BGBl 825/1992 idF BGBl Nr. I 95/2009, ist Aufgabe der ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft insbesondere die eines Eisenbahninfrastrukturunternehmens, in dem eine bedarfsgerechte und sichere Schieneninfrastruktur (einschließlich Hochleistungsstrecken) geplant, gebaut, instandgehalten, bereitgestellt und betrieben wird. In der gegenständlichen Fallkonstellation ist ebenso davon auszugehen, dass der Auftraggeber als Bereitsteller von Schieneninfrastruktur auftritt, sodass es sich um einen im Sektorenbereich tätigen Auftraggeber handelt. Gemäß Paragraph 31, Absatz eins, 1. Satz Bundesbahngesetz, Bundesgesetzblatt 825 aus 1992, in der Fassung Bundesgesetzblatt Nr. römisch eins 95 aus 2009, ist Aufgabe der ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft insbesondere die eines Eisenbahninfrastrukturunternehmens, in dem eine bedarfsgerechte und sichere Schieneninfrastruktur (einschließlich Hochleistungsstrecken) geplant, gebaut, instandgehalten, bereitgestellt und betrieben wird. In der gegenständlichen Fallkonstellation ist ebenso davon auszugehen, dass der Auftraggeber als Bereitsteller von Schieneninfrastruktur auftritt, sodass es sich um einen im Sektorenbereich tätigen Auftraggeber handelt.

Der gegenständliche Auftrag, eine Dienstleistung im Sinne von § 6 iVm § 174 BVergG, der Dienstleistungskategorie Nr. 7 des Anhanges III zum BVergG, CPV-Code 71520000-9, ist als prioritär zu qualifizieren und wird in einem Verhandlungsverfahren ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb gemäß § 192 Abs 6 iVm § 195 Z 1 BVergG vergeben. Der geschätzte Auftragswert des verfahrensgegenständlichen Bauloses "A1-Grundausrüstung" beträgt ca. Euro 1,8 Mio. ohne USt, das Verfahren ist demnach dem Oberschwellenbereich zuzuordnen. Der gegenständliche Auftrag, eine Dienstleistung im Sinne von Paragraph 6, in Verbindung mit Paragraph 174, BVergG, der Dienstleistungskategorie Nr. 7 des Anhanges römisch drei zum BVergG, CPV-Code 71520000-9, ist als prioritär zu qualifizieren und wird in einem Verhandlungsverfahren ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb gemäß Paragraph 192, Absatz 6, in Verbindung mit Paragraph 195, Ziffer eins, BVergG vergeben. Der geschätzte Auftragswert des verfahrensgegenständlichen Bauloses "A1-Grundausrüstung" beträgt ca. Euro 1,8 Mio. ohne USt, das Verfahren ist demnach dem Oberschwellenbereich zuzuordnen.

Das Verhandlungsverfahren befindet sich nach erfolgter Zuschlagsentscheidung. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung wurde innerhalb der Fristen des § 321 BVergG eingebracht. Das Verhandlungsverfahren befindet sich nach erfolgter Zuschlagsentscheidung. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung wurde innerhalb der Fristen des Paragraph 321, BVergG eingebracht.

Bei der Zuschlagsentscheidung handelt sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit a sublit dd BVergG. Bei der Zuschlagsentscheidung handelt sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d, BVergG.

Gemäß § 131 1. Satz BVergG hat der Auftraggeber den im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern unverzüglich und nachweislich mitzuteilen, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. Gemäß § 131 4. Satz leg cit sind in dieser Mitteilung den verbliebenen Bietern das jeweilige Ende der Stillhaltefrist gemäß § 132, die Gründe für die Ablehnung ihres Angebotes, die Vergabesumme sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bekannt zu geben, sofern nicht die Bekanntgabe dieser Informationen öffentlichen Interessen oder den berechtigten Geschäftsinteressen von Unternehmern widersprechen oder dem freien und lauten Wettbewerb schaden würde." Gemäß Paragraph 131, 1. Satz BVergG hat der Auftraggeber den im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern unverzüglich und nachweislich mitzuteilen, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. Gemäß Paragraph 131, 4. Satz leg cit sind in dieser Mitteilung den verbliebenen Bietern das jeweilige Ende der Stillhaltefrist gemäß Paragraph 132, die Gründe für die Ablehnung ihres Angebotes, die Vergabesumme sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bekannt zu geben, sofern nicht die Bekanntgabe dieser Informationen öffentlichen Interessen oder den berechtigten Geschäftsinteressen von Unternehmern widersprechen oder dem freien und lauten Wettbewerb schaden würde."

Die Zuschlagsentscheidung vom 20.1.2010 enthält neben dem Ende der Stillhaltefrist und der Vergabesumme, eine zusammenfassende Darstellung der von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin und der Antragstellerin im Rahmen der technischen Kriterien jeweils erreichten Punkte ("XXX" : "XXX"), der sich demnach jeweils ergebenden Bewertungsfaktoren Technik ("X,XXX" : "X,XXX") und der jeweils erreichten Gesamtbewertungsfaktoren ("X,XXX" : "X,XXX").

In dem der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung beiliegenden Anhängen 1 und 2 wird die Punktevergabe bei der Technischen Angebotsbewertung für beide Unternehmen auf mehreren A4-Seiten tabellarisch aufgeschlüsselt. Im Anhang 1 betreffend das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ("Bietername 02...") beinhalten die Tabellen zu jedem angebotenen Mitarbeiter ("2.1.1. ÖBA-Leiter", "2.1.2 Technisches Personal, 01 ÖBA - Leiter Stellvertreter", "02 Technisches Personal" fortlaufend bis "05 Technisches Personal") die konkret erreichte Punktebewertung zu den Bewertungskriterien: "Ausbildung", "Berufserfahrung als ÖBA-Leiter im Bereich Fernmelde- und Telekomanlagen", "Berufserfahrung als techn. Mitarbeiter in einer Bauaufsicht im Bereich Fernmelde- und Telekomanlagen", "Allgemeine Berufserfahrung im Bereich Fernmelde- und Telekomanlagen", "Funkanlagen (Digital und Analog)", "Verlegen von IWL- und Kupferkabel" und "Brandmeldeanlagen" samt zugehöriger Subkriterien (vgl. Ausschreibung T H, Pkte. 2.1.1 und 2.1.1). Neben der ziffernmäßigen tabellarischen Darstellung scheinen bei jedem Bewertungskriterium ergänzende bzw. erläuternde Bemerkungen des Auftraggebers auf. Dabei handelt es sich beispielsweise um Begründungen für die getroffene Punktevergabe und etwa auch - entgegen dem ausdrücklichen Vorbringen der Antragstellerin - um Erläuterungen zu Art, Gegenstand bzw. Dauer der Referenz bzw. Berufserfahrung (vgl. Anhang 1, Seite 2: "Angabe des Bieters im Angebot S92-93 Nachweis nur für AHS", "Lt. Aufklärung S09 ...49 Monate nachgewiesen"; Seite 3: "Lt. Aufklärung S7-8: 64 Monate nachgewiesen. Nachweis über Tätigkeit in einer Bauüberwachung wird nicht als allg. Berufserfahrung gewertet"; etc.). Der Anhang 2 betreffend das Angebot der Antragstellerin enthält bei gleicher Struktur und ähnlichem Umfang ebenfalls vergleichbare Anmerkungen (vgl. Anhang 2, Seite 1: "Bietername 01"; Seite 2: In dem der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung beiliegenden Anhängen 1 und 2 wird die Punktevergabe bei der Technischen Angebotsbewertung für beide Unternehmen auf mehreren A4-Seiten tabellarisch aufgeschlüsselt. Im Anhang 1 betreffend das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ("Bietername 02...") beinhalten die Tabellen zu jedem angebotenen Mitarbeiter ("2.1.1. ÖBA-Leiter", "2.1.2 Technisches Personal, 01 ÖBA - Leiter Stellvertreter", "02 Technisches Personal" fortlaufend bis "05 Technisches Personal") die konkret erreichte Punktebewertung zu den Bewertungskriterien: "Ausbildung", "Berufserfahrung als ÖBA-Leiter im Bereich Fernmelde- und Telekomanlagen", "Berufserfahrung als techn. Mitarbeiter in einer Bauaufsicht im Bereich Fernmelde- und Telekomanlagen", "Allgemeine Berufserfahrung im Bereich Fernmelde- und Telekomanlagen", "Funkanlagen (Digital und Analog)", "Verlegen von IWL- und Kupferkabel" und "Brandmeldeanlagen" samt zugehöriger Subkriterien vergleiche Ausschreibung T H, Pkte. 2.1.1 und 2.1.1). Neben der ziffernmäßigen tabellarischen Darstellung scheinen bei jedem Bewertungskriterium ergänzende bzw. erläuternde Bemerkungen des Auftraggebers auf. Dabei handelt es sich beispielsweise um Begründungen für die getroffene Punktevergabe und etwa auch - entgegen dem ausdrücklichen Vorbringen der Antragstellerin - um Erläuterungen zu Art, Gegenstand bzw. Dauer der Referenz bzw. Berufserfahrung vergleiche Anhang 1, Seite 2:

"Angabe des Bieters im Angebot S92-93 Nachweis nur für AHS", "Lt. Aufklärung S09 ...49 Monate nachgewiesen"; Seite 3: "Lt. Aufklärung S7-8: 64 Monate nachgewiesen. Nachweis über Tätigkeit in einer Bauüberwachung wird nicht als allg. Berufserfahrung gewertet"; etc.). Der Anhang 2 betreffend das Angebot der Antragstellerin enthält bei gleicher Struktur und ähnlichem Umfang ebenfalls vergleichbare Anmerkungen vergleiche Anhang 2, Seite 1: "Bietername 01"; Seite 2:

"Angaben des Bieters im Angebot S185, S223 ... Ing. Urkunde";

Seite 3: "Abschluss einer Fachschule, kein HTL Abschluss. Dies wird auch in der Aufklärung S01 so dargestellt", "Angebot S 186,

Aufklärung S20: 90 Monate ÖBA Erfahrung" etc.).

Entsprechend den in der Ausschreibung, Teil H, für die Ermittlung der Bewertungsfaktoren Technik und Wirtschaftlichkeit festgelegten und bestandfest gewordenen "Kriterien für die Bestbieterermittlung" und den - wie die Antragstellerin selbst aufzeigt - sehr detailliert gehaltenen Subkriterien (vgl. Ausschreibung, Teil H, Pkte. 2.1.1 und 2.1.2, wonach die Punktevergabe für die Qualifikation des ÖBA-Leiters je nach Ausbildungsgrad zwischen 15 und 40 Punkten, beim technischen Personal zwischen 5 und 50 Punkten und etwa bei der Berufserfahrung je nach Art und Dauer zwischen 0 und 220 Punkten schwankt), informiert die bekämpfte Zuschlagsentscheidung ausreichend über Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes und über die Gründe für die getroffene Punktebewertungen, somit auch über die Gründe für die "Ablehnung" des Angebotes der Antragstellerin. Entsprechend den in der Ausschreibung, Teil H, für die Ermittlung der Bewertungsfaktoren Technik und Wirtschaftlichkeit festgelegten und bestandfest gewordenen "Kriterien für die Bestbieterermittlung" und den - wie die Antragstellerin selbst aufzeigt - sehr detailliert gehaltenen Subkriterien vergleiche Ausschreibung, Teil H, Pkte. 2.1.1 und 2.1.2, wonach die Punktevergabe für die Qualifikation des ÖBA-Leiters je nach Ausbildungsgrad zwischen 15 und 40 Punkten, beim technischen Personal zwischen 5 und 50 Punkten und etwa bei der Berufserfahrung je nach Art und Dauer zwischen 0 und 220 Punkten schwankt), informiert die bekämpfte Zuschlagsentscheidung ausreichend über Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes und über die Gründe für die getroffene Punktebewertungen, somit auch über die Gründe für die "Ablehnung" des Angebotes der Antragstellerin.

Nicht nachvollziehbar ist demnach auch das Vorbringen der Antragstellerin, die Begründung der Zuschlagsentscheidung sei insbesondere beim Bewertungs-kriterium "Strukturierung der Projektorganisation" unzureichend. Zum einen enthalten die der Zuschlagsentscheidung als Anhänge beigefügten Technischen Angebotsbewertungen bei diesem Kriterium neben der erreichten Punkteanzahl für alle 3 bewerteten Unternehmen eine differenzierende und vergleichende schriftliche Beurteilung über die vorgelegten und bewerteten Projektstrukturpläne, zum anderen hat die Antragstellerin als einzige Bieterin bei diesem Kriterium die maximale Punkteanzahl erhalten.

Die inhaltliche Intensität der Begründungspflicht steht zudem unter den Anforderungen des Zwecks, zu dem der Informationsanspruch des Bieters eingerichtet ist. Er muss jene Informationen erhalten, die es ihm ermöglichen, einzuschätzen, ob die Zuschlagsentscheidung rechtens getroffen wurde und ob ihre Bekämpfung aussichtsreich ist (vgl. Aicher, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2006, Kommentar2 § 131 Rz 29). Die inhaltliche Intensität der Begründungspflicht steht zudem unter den Anforderungen des Zwecks, zu dem der Informationsanspruch des Bieters eingerichtet ist. Er muss jene Informationen erhalten, die es ihm ermöglichen, einzuschätzen, ob die Zuschlagsentscheidung rechtens getroffen wurde und ob ihre Bekämpfung aussichtsreich ist vergleiche Aicher, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2006, Kommentar2 Paragraph 131, Rz 29).

Mit dem Zugang der Zuschlagsentscheidung vom 20.1.2010 erhielt die Antragstellerin nicht nur einen nachvollziehbaren und individualisierten Vergleich der Beurteilungen des nicht zum Zuge gekommenen Angebotes der Antragstellerin mit jenem der Bestbieterin, sondern auch Kenntnis über die Gründe, wieso das eigene Angebot nicht für den Zuschlag berücksichtigt wurde und die sie für einen Nachprüfungsantrag benötigte (RV 1171 BlgNR XXII. GP, 85ff). Mit dem Zugang der Zuschlagsentscheidung vom 20.1.2010 erhielt die Antragstellerin nicht nur einen nachvollziehbaren und individualisierten Vergleich der Beurteilungen des nicht zum Zuge gekommenen Angebotes der

Antragstellerin mit jenem der Bestbieterin, sondern auch Kenntnis über die Gründe, wieso das eigene Angebot nicht für den Zuschlag berücksichtigt wurde und die sie für einen Nachprüfungsantrag benötigte Regierungsvorlage 1171 BlgNR römisch 22. GP, 85ff).

Im Einklang mit den gemäß § 131 4. Satz, letzter Gliedsatz BVergG bestehenden Grenzen der Begründungspflicht, wurden hingegen weder in der Zuschlagsentscheidung selbst noch in den der Antragstellerin gleichzeitig übermittelten Anhängen, weitere Angaben darüber gemacht, warum bei einer konkreten Referenz eine "Tätigkeit in der Bauüberwachung nicht als allg. Berufserfahrung gewertet wird". Eine Bekanntgabe derartiger Informationen stünde im Widerspruch zu berechtigten Geschäftsinteressen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin. Im Einklang mit den gemäß Paragraph 131, 4. Satz, letzter Gliedsatz BVergG bestehenden Grenzen der Begründungspflicht, wurden hingegen weder in der Zuschlagsentscheidung selbst noch in den der Antragstellerin gleichzeitig übermittelten Anhängen, weitere Angaben darüber gemacht, warum bei einer konkreten Referenz eine "Tätigkeit in der Bauüberwachung nicht als allg. Berufserfahrung gewertet wird". Eine Bekanntgabe derartiger Informationen stünde im Widerspruch zu berechtigten Geschäftsinteressen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin.

Die bekämpfte 2. Zuschlagsentscheidung erfüllt somit die in § 131 BVergG aufgestellten Anforderungen und stellt einen zulässigen Anfechtungsgegenstand gemäß § 322 Abs 1 Z 7 BVergG dar. Die bekämpfte 2. Zuschlagsentscheidung erfüllt somit die in Paragraph 131, BVergG aufgestellten Anforderungen und stellt einen zulässigen Anfechtungsgegenstand gemäß Paragraph 322, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG dar.

Im gegenständlichen Verhandlungsverfahren wurde nach den Angaben des Auftraggebers weder ein Zuschlag erteilt, noch das Vergabeverfahren widerrufen. Das Bundesvergabeamt ist daher zur Behandlung der Anträge zuständig.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat mit Schriftsatz vom 7.1.2010 begründete Einwendungen erhoben. Ihr kommt Parteistellung gemäß § 324 Abs 3 BVergG zu. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat mit Schriftsatz vom 7.1.2010 begründete Einwendungen erhoben. Ihr kommt Parteistellung gemäß Paragraph 324, Absatz 3, BVergG zu.

3. Inhaltliche Beurteilung des Antrages:

3.1. Antragslegitimation

3.1.1 Allgemeines

Nach ständiger Judikatur des VwGH (18.3.2009, 2007/04/0095;

28.5.2008, 2007/04/0232 und 0233 mwN; ebenso BVA 16.6.2009, N/0030-BVA/04/2009-41) ist das Bundesvergabeamt bei hinreichend konkreten Einwänden einer Verfahrenspartei - auch des Auftraggebers, der den Bieter nicht selbst ausgeschieden hat (!) - verpflichtet, im Rahmen der Überprüfung, ob der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder droht, auch zu prüfen, ob das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden gewesen wäre. Dabei hat die Nachprüfungsbehörde nur solche Ausscheidensgründe aufzugreifen, die schon auf Grund der Akten des Vergabeverfahrens ersichtlich sind und wozu die Heranziehung eines Sachverständigen nicht erforderlich ist (vgl auch VwGH 1.3.2005, 2003/04/0199; BVA 29.7.2009, N/0061-BVA/04/2009-32). 28.5.2008, 2007/04/0232 und 0233 mwN; ebenso BVA 16.6.2009, N/0030-BVA/04/2009-41) ist das Bundesvergabeamt bei hinreichend konkreten Einwänden einer Verfahrenspartei - auch des Auftraggebers, der den Bieter nicht selbst ausgeschieden hat (!) - verpflichtet, im Rahmen der Überprüfung, ob der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder droht, auch zu prüfen, ob das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden gewesen wäre. Dabei hat die Nachprüfungsbehörde nur solche Ausscheidensgründe aufzugreifen, die schon auf Grund der Akten des Vergabeverfahrens ersichtlich sind und wozu die Heranziehung eines Sachverständigen nicht erforderlich ist vergleiche auch VwGH 1.3.2005, 2003/04/0199; BVA 29.7.2009, N/0061-BVA/04/2009-32).

Entgegen der Meinung der Antragstellerin ist ein Bieter, dem es nicht gelingt, auf Grund einer ordnungsgemäß zustande gekommenen Ausschreibung (verfahrens-gegenständlich ist diese mangels rechtzeitiger Anfechtung bestandfest geworden) ein für den Zuschlag geeignetes Angebot zu legen, auch dann nicht schutzwürdig, wenn er geltend machen kann, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin sowie alle anderen Bieter auszuschneiden gewesen wären (vgl. VwGH 11.11.2009, 2009/04/0240). Selbst wenn der Auftraggeber - wie die Antragstellerin ebenso unzutreffend vorbringt - das Vergabeverfahren zwingend zu widerrufen hätte und so der Antragstellerin die Chance eröffnet würde, sich an einem neuen Vergabeverfahren zu beteiligen, kann einem Bieter, der selbst gegen die

Ausschreibungsbedingungen oder die Bestimmungen über öffentliche Aufträge verstoßen hat, kein Schaden dadurch entstehen, dass dieser Bieter an einem weiteren Vergabeverfahren nicht teilnehmen kann (VwGH 28.3.2007, 2005/04/0200; 12.9.2007, 2005/04/0181). Entgegen der Meinung der Antragstellerin ist ein Bieter, dem es nicht gelingt, auf Grund einer ordnungsgemäß zustande gekommenen Ausschreibung (verfahrens-gegenständlich ist diese mangels rechtzeitiger Anfechtung bestandfest geworden) ein für den Zuschlag geeignetes Angebot zu legen, auch dann nicht schutzwürdig, wenn er geltend machen kann, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin sowie alle anderen Bieter auszuschneiden gewesen wären (vergleiche VwGH 11.11.2009, 2009/04/0240). Selbst wenn der Auftraggeber - wie die Antragstellerin ebenso unzutreffend vorbringt - das Vergabeverfahren zwingend zu widerrufen hätte und so der Antragstellerin die Chance eröffnet würde, sich an einem neuen Vergabeverfahren zu beteiligen, kann einem Bieter, der selbst gegen die Ausschreibungsbedingungen oder die Bestimmungen über öffentliche Aufträge verstoßen hat, kein Schaden dadurch entstehen, dass dieser Bieter an einem weiteren Vergabeverfahren nicht teilnehmen kann (VwGH 28.3.2007, 2005/04/0200; 12.9.2007, 2005/04/0181).

Diese höchstgerichtliche Rechtsansicht ist, im Gegensatz zu den von der Antragstellerin geäußerten Zweifeln durchaus, "im Hinblick auf die gemeinschafts-rechtlich gebotene Effektivität des Rechtsschutzes haltbar" und sie steht im Einklang mit der Europäischen Judikatur, insbesondere also auch mit dem Gleichheitsgebot (vgl. EUGH vom 19.6.2003, Rs C-249/01, Hackermüller). Diese höchstgerichtliche Rechtsansicht ist, im Gegensatz zu den von der Antragstellerin geäußerten Zweifeln durchaus, "im Hinblick auf die gemeinschafts-rechtlich gebotene Effektivität des Rechtsschutzes haltbar" und sie steht im Einklang mit der Europäischen Judikatur, insbesondere also auch mit dem Gleichheitsgebot (vergleiche EUGH vom 19.6.2003, Rs C-249/01, Hackermüller).

Eine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Prüfung von objektiven Rechtsverletzungen, wie sie die Antragstellerin behauptet, entspricht nicht der Systematik des Bundesvergabegesetzes. Gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG ist das Bundesvergabeamt zur Prüfung angefochtener Entscheidungen des Auftraggebers ausschließlich "im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerde-punkte" zuständig. Die zitierte Regelung in Zusammenschau mit §§ 312 Abs 1 Z 5 und 325 Abs 1 Z 1 BVergG macht deutlich, dass es im Nachprüfungsverfahren nur um die Durchsetzung subjektiver Rechte der Antragstellerin gegenüber dem Auftraggeber geht. Zudem besteht auch nach der Judikatur des VfGH kein subjektives Recht auf objektive Richtigkeit von Auftraggeberentscheidungen (vgl. M. Möslinger-Gehmayr in Schramm/Aicher/ Fruhmann/Thienel, § 322 Rz 48). Eine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Prüfung von objektiven Rechtsverletzungen, wie sie die Antragstellerin behauptet, entspricht nicht der Systematik des Bundesvergabegesetzes. Gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG ist das Bundesvergabeamt zur Prüfung angefochtener Entscheidungen des Auftraggebers ausschließlich "im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerde-punkte" zuständig. Die zitierte Regelung in Zusammenschau mit Paragraphen 312, Absatz eins, Ziffer 5 und 325 Abs Ziffer eins, BVergG macht deutlich, dass es im Nachprüfungsverfahren nur um die Durchsetzung subjektiver Rechte der Antragstellerin gegenüber dem Auftraggeber geht. Zudem besteht auch nach der Judikatur des VfGH kein subjektives Recht auf objektive Richtigkeit von Auftraggeberentscheidungen (vergleiche M. Möslinger-Gehmayr in Schramm/Aicher/ Fruhmann/Thienel, Paragraph 322, Rz 48).

Der Umstand, dass die Antragstellerin nicht vom Auftraggeber vorweg ausgeschieden wurde, ändert nichts an der Verpflichtung der Nachprüfungsbehörde, bei der Prüfung der Zulässigkeit eines Nachprüfungsverfahrens zur Sicherung eines wirksamen und raschen Nachprüfungsverfahrens einen von ihr erkannten und vom Auftraggeber nicht aufgegriffenen Ausscheidungsgrund heranzuziehen. Dass dem Bundesvergabeamt keine Zuständigkeit zukommt, Angebote auszuschneiden, ändert nichts daran, dass das Bundesvergabeamt die Zulässigkeit von Anträgen zu prüfen hat (vgl. BVA 11.11.2009, N/0105-BVA/04/2009-39). Der Umstand, dass die Antragstellerin nicht vom Auftraggeber vorweg ausgeschieden wurde, ändert nichts an der Verpflichtung der Nachprüfungsbehörde, bei der Prüfung der Zulässigkeit eines Nachprüfungsverfahrens zur Sicherung eines wirksamen und raschen Nachprüfungsverfahrens einen von ihr erkannten und vom Auftraggeber nicht aufgegriffenen Ausscheidungsgrund heranzuziehen. Dass dem Bundesvergabeamt keine Zuständigkeit zukommt, Angebote auszuschneiden, ändert nichts daran, dass das Bundesvergabeamt die Zulässigkeit von Anträgen zu prüfen hat (vergleiche BVA 11.11.2009, N/0105-BVA/04/2009-39).

Solche im Rahmen der Antragslegitimation zu prüfende Ausscheidungsgründe, welche schon auf Grund der Akten des Vergabeverfahrens ersichtlich sind, wurden vom Auftraggeber vorgebracht.

3.1.2 Qualifikation der vorgesehenen Projektteam-Mitglieder

Zu den Vorgaben in der Ausschreibungsunterlage

In der Ausschreibung, Teil A, Pkt. 9 "Subunternehmerleistungen", wird einleitend allgemein bestimmt, dass "Die gem. Teil F 'Technisches Angebot' zu benennenden Schlüsselpersonen 'ÖBA-Leiter' und 'Technisches Personal' nicht substituiert werden können." Laut Ausschreibung, Teil B, Pkt. B.11.1, sind "Schlüsselpersonal alle Mitarbeiter des AN, welche im Teil F

"Technisches Angebot" namentlich ... angeführt werden."

Nach Pkt. 1, Teil F, der Ausschreibung zählen der ÖBA-Leiter und das Technische Personal (ÖBA-Leiter-Stv, Ingenieure/Techniker) zum sog. "Schlüsselpersonal nach Maßgabe des Teiles B 'Rechtliche Vertragsbestimmungen'. Im letzten Absatz von Pkt. 1 wird darauf hingewiesen, dass "die Bewertung der Bieterangaben nach den technischen Kriterien gem. Teil H 'Kriterien für die Bestbieterermittlung' der Ausschreibungsunterlagen erfolgt".

Als Technisches Personal (Ingenieure/Techniker) ist vom Bieter in der in der Ausschreibung, Teil F, Pkt. 2.2, vorgegebenen Tabelle "eine frei wählbare Anzahl von Personen (Ingenieure/Techniker) namhaft zu machen, welche zur vertragsgegenständlichen Leistungserbringung benötigt wird." Der "ÖBA-Stellvertreter ist aus dem übrigen technischen Personal zu

nennen ... dieser muss hinsichtlich seiner Berufserfahrung

mindestens die gleiche Punkteanzahl wie der ÖBA-Leiter erreichen". Die einzelnen Tabellenspalten tragen die Überschriften: "Funktion", "Vorname", "Nachname", "Akad. Titel", "Geb.Datum" und "Ausbildung (HTL/FH/UNI)". Weiters "müssen vom Bieter pro genannter Person jeweils 2 Referenzprojekte (vgl. Referenzmusterblätter) aus dem Bereich Fernmelde- und Telekomanlagen beigebracht werden" und sind "die im Anhang Teil mindestens die gleiche Punkteanzahl wie der ÖBA-Leiter erreichen". Die einzelnen Tabellenspalten tragen die Überschriften: "Funktion", "Vorname", "Nachname", "Akad. Titel", "Geb.Datum" und "Ausbildung (HTL/FH/UNI)". Weiters "müssen vom Bieter pro genannter Person jeweils 2 Referenzprojekte (vergleiche Referenzmusterblätter) aus dem Bereich Fernmelde- und Telekomanlagen beigebracht werden" und sind "die im Anhang Teil

F-I beigelegten Referenzblätter Nr.3 bis Nr.22 ... entsprechend

auszufüllen und in den Registerblättern beizulegen" (vgl. Ausschreibung, Teil F, Pkt. 2.2. Tabelle, letzte Spalte: auszufüllen und in den Registerblättern beizulegen" vergleiche Ausschreibung, Teil F, Pkt. 2.2. Tabelle, letzte Spalte:

"Ref.Blatt").

Zu Ausbildung und ebenso zu Berufserfahrung sind auf einem gesonderten Blatt (welches nach Fußnote 5 "für jede Person des

technischen Personals ... auszufüllen" ist) "allgemeine

Informationen" zu geben zu: "- Höhere Technische Lehr-

anstalt, - Technische Fachhochschule, - Technische Universität", wobei "eine Kopie des Zeugnisses, Diploms, Bescheides, etc. dem Angebot beizulegen ist" (siehe Fußnote 6).

.

Zu "Berufserfahrung als technischer Mitarbeiter in einer Bauaufsicht im Bereich Fernmelde- und Telekomanlagen sind Angaben zu machen zu: - < 1 Jahr / keine Erfahrung, - 1 - 3 Jahre, - 3 - 5 Jahre, - > 5 Jahre) und zu "Allgemeine Berufserfahrung im Bereich Fernmelde- und Telekomanlagen. (Diese Person hat noch nie in einer Örtlichen Bauaufsicht mitgearbeitet.)" zu den Punkten: "- < 5 Jahr / keine Erfahrung, - 5 - 10 Jahre, - 10 - 15 Jahre, - > 15 Jahre".

Nach den Fußnoten 7 und 8 sind den Angaben in den Bewertungskategorien Berufserfahrung jeweils "Bescheinigungen der jeweiligen Berufserfahrung beizulegen".

Die allgemeinen, für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der §§ 914 ff ABGB sind auch im Vergaberecht anzuwenden (vgl. Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). 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 einer Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind nicht danach zu beurteilen, was der Erklärende sagen wollte oder was der Erklärungsempfänger darunter verstanden hat, sondern danach, 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 vom 29.3.2006, Zlen. 2004/04/0144, 0156, 0157 und dem folgend in ständiger Rechtssprechung das BVA 28.7.2006, N/0048-BVA/14/2006-28, BVA 23.11.2006, N/0083-BVA/15/2006-23, BVA 27.11.2006, F/0001-BVA/14/2006-44, BVA 17.4.2009, N/0152-BVA/02/2008-31 uva.). Die allgemeinen, für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der Paragraphen 914, ff ABGB sind auch im Vergaberecht anzuwenden vergleiche Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). 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 einer Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind nicht danach zu beurteilen, was der Erklärende sagen wollte oder was der Erklärungsempfänger darunter verstanden hat, sondern danach, 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 vom 29.3.2006, Zlen. 2004/04/0144, 0156, 0157 und dem folgend in ständiger Rechtssprechung das BVA 28.7.2006, N/0048-BVA/14/2006-28, BVA 23.11.2006, N/0083-BVA/15/2006-23, BVA 27.11.2006, F/0001-BVA/14/2006-44, BVA 17.4.2009, N/0152-BVA/02/2008-31 uva.).

Unter Zugrundelegung dieses Interpretationsmaßstabes, geht aus den zuvor dargestellten Festlegungen in der Ausschreibung Teil F, Pkte 1 und 2.2, eindeutig hervor, dass der Bieter im verfahrensgegenständlichen Verhandlungsverfahren in einer Tabelle Vor- und Zuname, Funktion, Akad. Titel, Geburtsdatum und Ausbildung jener Personen zu nennen hat, die er als sog. "Schlüsselpersonal" benötigt. Wobei nur die Anzahl der zu wählenden Personen vom Auftraggeber dem Bieter aus-drücklich freigestellt wurde (vgl. Pkt. 1, Teil F). Alle weiteren allgemeinen Informationen zum Technischen Personal hat der Bieter hingegen in die anschließend an diese Tabelle, Pkt. 2.2., Teil F auf einem gesonderten Blatt (vgl. Teil F, Seite 5 von 6) vorgegebenen übersichtliche Darstellung von Bewertungskriterien "mittels Ankreuzen" bestimmter vorgegebener Antwortmöglichkeiten gleichfalls für jede von ihm zuvor in der Tabelle als "Schlüsselpersonal" genannte Person auszufüllen. Dabei ist sowohl die drei Antworten umfassende erste Kategorie von Ausbildungsarten (Höhere Technische Lehranstalt, Technische Fachhochschule, Technische Universität), als sind auch die jeweils vier Möglichkeiten umfassenden 2 weiteren Kategorien: Unter Zugrundelegung dieses Interpretationsmaßstabes, geht aus den zuvor dargestellten Festlegungen in der Ausschreibung Teil F, Pkte 1 und 2.2, eindeutig hervor, dass der Bieter im verfahrensgegenständlichen Verhandlungsverfahren in einer Tabelle Vor- und Zuname, Funktion, Akad. Titel, Geburtsdatum und Ausbildung jener Personen zu nennen hat, die er als sog. "Schlüsselpersonal" benötigt. Wobei nur die Anzahl der zu wählenden Personen vom Auftraggeber dem Bieter aus-drücklich freigestellt wurde vergleiche Pkt. 1, Teil F). Alle weiteren allgemeinen Informationen zum Technischen Personal hat der Bieter hingegen in die anschließend an diese Tabelle, Pkt. 2.2., Teil F auf einem gesonderten Blatt vergleiche Teil F, Seite 5 von 6) vorgegebenen übersichtliche Darstellung von Bewertungskriterien "mittels Ankreuzen" bestimmter vorgegebener Antwortmöglichkeiten gleichfalls für jede von ihm zuvor in der Tabelle als "Schlüsselpersonal" genannte Person auszufüllen. Dabei ist sowohl die drei Antworten umfassende erste Kategorie von Ausbildungsarten (Höhere Technische Lehranstalt, Technische Fachhochschule, Technische Universität), als sind auch die jeweils vier Möglichkeiten umfassenden 2 weiteren Kategorien:

"Berufserfahrung als technischer Mitarbeiter" und "Allgemeine Berufserfahrung ..." taxativ auszufüllen. In mehreren Fußnoten wird klargestellt, dass sämtliche Angaben durch entsprechende dem Angebot beizulegende Dokumente (vgl. FN 6 "Zeugnis, Diplom ...", FN 8 "Bescheinigung") nachzuweisen sind. "Berufserfahrung als technischer Mitarbeiter" und "Allgemeine Berufserfahrung ..." taxativ auszufüllen. In mehreren Fußnoten wird klargestellt, dass sämtliche Angaben durch entsprechende dem Angebot beizulegende Dokumente vergleiche FN 6 "Zeugnis, Diplom ...", FN 8 "Bescheinigung") nachzuweisen sind.

Mangels Anfechtung innerhalb der Frist des § 321 BVergG ist diese Ausschreibung in ihrer Gesamtheit bestandsfest

geworden (vgl. dazu VwGH 14.11.2007, 2006/04/0233; 11.10.2007, 2006/04/0112; ebenso BVA 23.6.2006, N/0036-BVA/02/2006-22; 19.10.2006, N/0072-BVA/08/2006-65 u.a.). Nicht nur die Bieter (bei ihrer Angebotserstellung), sondern insbesondere auch der Auftraggeber hat sich demnach bei der Angebotsprüfung an diese Ausschreibung in ihrer bestandsfest gewordenen Fassung zu halten (vgl. VwGH 1.3.2007, 2005/04/0239; 28.3.2007, 2005/04/0200; 27.6.2007, 2005/04/0234; ebenso BVA 18.1.2008, N/0118- BVA/04/2007-36; 20.3.2007, N/0012-BVA/07/2007-63; BVA 11.2.2008, N/0006-BVA/04/2008-24 uva.). Mangels Anfechtung innerhalb der Frist des Paragraph 321, BVergG ist diese Ausschreibung in ihrer Gesamtheit bestandsfest geworden vergleiche dazu VwGH 14.11.2007, 2006/04/0233; 11.10.2007, 2006/04/0112; ebenso BVA 23.6.2006, N/0036-BVA/02/2006-22; 19.10.2006, N/0072-BVA/08/2006-65 u.a.). Nicht nur die Bieter (bei ihrer Angebotserstellung), sondern insbesondere auch der Auftraggeber hat sich demnach bei der Angebotsprüfung an diese Ausschreibung in ihrer bestandsfest gewordenen Fassung zu halten vergleiche VwGH 1.3.2007, 2005/04/0239; 28.3.2007, 2005/04/0200; 27.6.2007, 2005/04/0234; ebenso BVA 18.1.2008, N/0118-BVA/04/2007-36; 20.3.2007, N/0012-BVA/07/2007-63; BVA 11.2.2008, N/0006-BVA/04/2008-24 uva.).

Zum Angebot der Antragstellerin

In dem, dem Bundesvergabeamt im Original vorliegenden Technischen Angebot vom 16.10.2009 hat die Antragstellerin in der Tabelle unter Pkt. 2.2, Teil F, ua wie folgt angeboten:

"

Funktion Vorname Nachname Akad. Geb. Ausbildung Ref.

- Titel Datum (HTL / FH/ Blatt

- Uni

ÖBA-Leiter O*** O*** O*** XXXXXX HTL 3-4

-Stellvert

rter

.... 5-6

Techn. M*** M*** M*** XXXXXX HTL 7-8

Personal

.... 9-10

"

In den zu den genannten Personen vorgelegten beiden Bewertungsblättern (2x Seiten 5 von 6) wurden bei der Kategorie "Ausbildung" jeweils die Kästchen "- Höhere Technische Lehranstalt" und bei der Kategorie "Berufserfahrung als technischer Mitarbeiter in einer Bauaufsicht im Bereich Fernmelde- und Telekomanlagen" das Kästchen "- > 5 Jahre" angekreuzt.

Dem Angebot liegen ein Abschlusszeugnis der Höheren Technischen Bundeslehr-anstalt und Bundesfachschiule Braunau am Inn vom 27.6.2002 bei, wonach O*** die Abschlussprüfung der "Fachschule für Elektronik, Autonomieschwerpunkt: Computertechnik" bestanden hat (vgl. Angebot, Teil F, Reg.Blatt 3). In dem M*** zugeordneten Reg.Blatt 5 befinden sich 3 verschiedene, die Ausbildung des Genannten betreffende Kopien, nämlich: Dem Angebot liegen ein Abschlusszeugnis der Höheren Technischen Bundeslehr-anstalt und Bundesfachschiule Braunau am Inn vom 27.6.2002 bei, wonach O*** die Abschlussprüfung der "Fachschule für Elektronik, Autonomieschwerpunkt: Computertechnik" bestanden hat vergleiche Angebot, Teil F, Reg.Blatt 3). In dem M*** zugeordneten Reg.Blatt 5 befinden sich 3 verschiedene, die Ausbildung des Genannten betreffende Kopien, nämlich:

1. 1.Ziffer eins

das "Fähigkeitszeugnis vom 22.4.1983, ausgestellt von der Schweizerischen Eidgenossenschaft, wonach die "Lehre als Elektromonteur beendet und die gesetzliche Lehrabschlussprüfung bestanden" wurde.

2. eine sog. "Wahl" vom 13.7.1988, ausgestellt von den

Schweizerischen Post-, Telefon- und Telegrafanbetrieben, wonach

"die Fachprüfung für Fernmelde-spezialisten ... bestanden" wurde und "aufgrund des ... erzielten Ergebnisses ... ins Beamtenverhältnis übergeleitet" wird.

3. ein Zertifikat vom November 2007, ausgestellt von "XXXXXX der XXXXXX", über die erfolgreiche Teilnahme am "Planer - Seminar IWL".

Auf Aufforderung des Auftraggebers vom 6.11.2009, diverse Unterlagen nachzureichen, legte die Antragstellerin das Technische Angebot, Teil F am 10.11.2009 nochmals samt mehrerer Nachweise [ua die 2-seitige Information: "Wegleitung nachträglicher Erwerb des Fachhochschultitels (nachträglicher Titelerwerb, NTE)" der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement EVD, Bundesamt für Berufsbildung und Technologie (BBT) vor und führte im Begleitschreiben insbesondere aus:

- -Strichaufzählung
Reife- und Maturazeugnis Herr O***: Das Abschlusszeugnis der HTBLA Braunau liegt den Angebotsunterlagen bei, ein Maturazeugnis kann nicht vorgelegt werden. ...
- -Strichaufzählung
Ingenieururkunde Herr M***: In der Schweiz wird die Ausbildungsform HTL vergleichbar mit Österreich nicht angeboten. Für die Gleichwertigkeit liegen die Ausbildungsnachweise dem Schreiben bei. ...
- -Strichaufzählung
Die Formblätter im Teil F `Allgemeine Informationen zum ÖBA-Leiter und zum technischen Personal` wurden aufgrund der missverständlichen Formulierung betreffend allgemeine Berufserfahrung falsch interpretiert. Der berichtigte Teil F unseres Angebotes liegt dem Schreiben bei. ..."

Die Tabelle unter Pkt. 2.2 in Teil F der Ausschreibung stellt die angebotenen Mitarbeiter O*** und M*** verändert dar: Bei beiden Personen ist die Spalte "Akad. Titel" frei geblieben und in der Spalte "Ausbildung" lautet die Angabe zu O*** "HTL - FS" und zu M*** "Technikerschule (vergl. HTL)". In den zu diesen Mitarbeitern erneut vorgelegten Bewertungsblättern "Seite 5 von 6" finden sich zusätzliche Ankreuzungen jeweils in den Kästchen der Kategorie: "Allgemeine Berufserfahrung im Bereich Fernmelde- und Telekomanlagen. (Diese Person hat noch nie in einer Örtlichen Bauaufsicht mitgearbeitet.) - 5 - 10 Jahre." Im Bezug auf den übrigen Inhalt sind beide nachgereichten Blätter im Vergleich zum Angebot vom 16.10.2009 unverändert geblieben.

Weiters liegen der Nachreichung 5 weitere Bewertungsblätter betreffend alle anderen angebotenen Mitarbeiter bei, wo - wie im Begleitschreiben ausdrücklich angekündigt - dieselbe Kategorie "Allgemeine Berufserfahrung..." auch erstmals ausgefüllt wurde.

Zum Vorbringen der Antragstellerin, der Begriff "Höhere Technische Lehranstalt" in den Ausschreibungsunterlagen sei vom Auftraggeber undifferenziert verwendet worden, ist festzustellen, dass es sich dabei um einen "Terminus" des Bundesgesetzes vom 25. Juli 1962 über die Schulorganisation (Schulorganisations-gesetz), BGBl. Nr. 242/1962, idF BGBl. I Nr. 44/2009, handelt. Höhere Technische Lehranstalten (HTL) sind berufsbildende höhere Schulen; ihre Aufgabe ist es, eine höhere allgemeine und fachliche Bildung zu vermitteln, die ihre Schüler ua. zur Universitätsreife führt (vgl. §§ 65, 67 lit a leg.cit). Davon klar zu unterscheiden sind "Fachschulen", die gesetzlich den berufsbildenden mittleren Schulen zugeordnet sind (vgl. § 54 Abs 1 lit a leg.cit.). Zum Vorbringen der Antragstellerin, der Begriff "Höhere Technische Lehranstalt" in den Ausschreibungsunterlagen sei vom Auftraggeber undifferenziert verwendet worden, ist festzustellen, dass es sich dabei um einen "Terminus" des Bundesgesetzes vom 25. Juli 1962 über die Schulorganisation (Schulorganisations-gesetz), Bundesgesetzblatt Nr. 242 aus 1962,, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 44 aus 2009,, handelt. Höhere Technische Lehranstalten (HTL) sind berufsbildende höhere Schulen; ihre Aufgabe ist es, eine höhere allgemeine und fachliche Bildung zu vermitteln, die ihre Schüler ua. zur Universitätsreife führt vergleiche Paragraphen 65, 67, Litera a, leg.cit). Davon klar zu unterscheiden sind "Fachschulen", die gesetzlich den berufsbildenden mittleren Schulen zugeordnet sind vergleiche Paragraph 54, Absatz eins, Litera a, leg.cit.).

Die Prüfung und Bewertung der Technischen Angebotsteile, somit auch die Ausbildung des Technischen Personals erfolgt nach den Bestimmungen in Teil H der Ausschreibung "Kriterien für die Bestbieterermittlung" (vgl. Ausschreibung, Teil A, Pkt. 12.2.3). Die Ausschreibung, Teil H, legt zur Qualifikation des Technischen Personals eine gestaffelte Punktebewertung fest: Die Prüfung und Bewertung der Technischen Angebotsteile, somit auch die

Ausbildung des Technischen Personals erfolgt nach den Bestimmungen in Teil H der Ausschreibung "Kriterien für die Bestbieterermittlung" (vergleiche Ausschreibung, Teil A, Pkt. 12.2.3). Die Ausschreibung, Teil H, legt zur Qualifikation des Technischen Personals eine gestaffelte Punktbewertung fest:

"Ausbildung:

Matura / Abitur 5 Punkte

Höhere Technische Lehranstalt 15 Punkte

Technische Fachhochschule 30 Punkte

Technische Universität 50 Punkte

Bei nicht einschlägiger Ausbildung werden nur 50 % der Kategorie zugeordneten Punkte gewertet.

Berufserfahrung als technischer Mitarbeiter in einer Bauaufsicht

im Bereich Fernmelde- und Telekomanlagen:

< 1 Jahr / keine Erfahrung 0 Punkte

1 - 3 Jahre 80 Punkte

3 - 5 Jahre 165 Punkte

> 5 Jahre 220 Punkte

Allgemeine Berufserfahrung im Bereich Fernmelde- und

Telekomanlagen:

< 5 Jahr / keine Erfahrung 0 Punkte

5 - 10 Jahre 40 Punkte

10 - 15 Jahre 75 Punkte

> 15 Jahre 100 Punkte

Funkanlagen (Digital und Analog 40 Punkte

Verlegen von LWL - und Kupferkabel 35 Punkte

Brandmeldeanlagen

Unter Berücksichtigung des Schulorganisationsgesetzes, auf das der Auftraggeber im Übrigen nicht wie die Antragstellerin moniert, gesondert hinzuweisen hatte, sind die Festlegungen in der Ausschreibung in ihrer Gesamtheit hinsichtlich der Voraussetzungen für die Ausbildung des Technischen Personals orientiert am objektiven Erklärungswert von jedem redlichen Erklärungsempfänger, so auch von der Antragstellerin, dahingehend zu verstehen, dass zwar bei der Berufserfahrung zB weniger als 1 Jahr bzw. keine Erfahrung oder weniger als 5 Jahre Erfahrung grundsätzlich zulässig sind und dies bei der konkreten Person zu keiner Punktevergabe führt. Demgegenüber müssen jedoch eindeutig alle zur Erfüllung der verfahrensgegenständlichen Leistung im Angebot zu nennenden Mitarbeiter zumindest eine Matura bzw. ein Abitur erfolgreich abgeschlossen haben.

Gleichartige Abschlüsse weisen aber laut Angebot der Antragstellerin nicht alle von ihr namentlich genannten Mitarbeiter auf:

O***, als ÖBA-Leiter Stellvertreter nominiert, hat eine Fachschule für Elektronik abgeschlossen (siehe Angebot vom 16.10.2009, Teil F, Reg.Blatt 3, Abschlusszeugnis). Der wenn auch "mit ausgezeichnetem Erfolg" absolvierte Abschluss der Ausbildung an einer Fachschule berechtigt nicht zum Besuch einer Universität oder Hochschule. Somit kann ein Maturazeugnis - wie von der Antragstellerin wiederholt ausdrücklich zugestanden - für O*** nicht beigebracht werden. Von der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung selbst angesprochen wurde der Umstand, dass Absolventen von Fachschulen Zusatzprüfungen abzulegen haben, um in die III. Stufe einer HTL übertreten zu können (vgl. § 59 Abs 1 Z 2 Schulorganisationsgesetz). Die Ausbildung an diesen auf unterschiedlichen Ebenen des Schulsystems angesiedelten Schultypen ist nicht, wie die Antragstellerin behauptet, "dieselbe" (gemeint wohl eher

"gleich"). Die Inhalte der Lehrpläne (vgl. für die Fachschule § 55a leg. cit. / für die HTL § 68a leg. cit) unterscheiden sich deutlich und in weiterer Folge entspricht der Umfang der abschließenden Prüfung an einer Fachschule für Elektronik (siehe beispielsweise §§ 12f Verordnung des Bundesministers für Unterricht und kulturelle Angelegenheiten über die abschließenden Prüfungen in den berufsbildenden mittleren und höheren Schulen) nicht jenem einer Reife- und Diplomprüfung an einer HTL (siehe §§ 22f leg. cit.). Der angebotene Mitarbeiter O*** erfüllt somit keinesfalls die in der Ausschreibung bestandfest gewordenen Voraussetzungen. O***, als ÖBA-Leiter Stellvertreter nominiert, hat eine Fachschule für Elektronik abgeschlossen (siehe Angebot vom 16.10.2009, Teil F, Reg.Blatt 3, Abschlusszeugnis). Der wenn auch "mit ausgezeichnetem Erfolg" absolvierte Abschluss der Ausbildung an einer Fachschule berechtigt nicht zum Besuch einer Universität oder Hochschule. Somit kann ein Maturazeugnis - wie von der Antragstellerin wiederholt ausdrücklich zugestanden - für O*** nicht beigebracht werden. Von der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung selbst angesprochen wurde der Umstand, dass Absolventen von Fachschulen Zusatzprüfungen abzulegen haben, um in die römisch drei. Stufe einer HTL übertreten zu können (vergleiche Paragraph 59, Absatz eins, Ziffer 2, Schulorganisationsgesetz). Die Ausbildung an diesen auf unterschiedlichen Ebenen des Schulsystems angesiedelten Schultypen ist nicht, wie die Antragstellerin behauptet, "dieselbe" (gemeint wohl eher "gleich"). Die Inhalte der Lehrpläne (vergleiche für die Fachschule Paragraph 55 a, leg. cit. / für die HTL Paragraph 68 a, leg. cit) unterscheiden sich deutlich und in weiterer Folge entspricht der Umfang der abschließenden Prüfung an einer Fachschule für Elektronik (siehe beispielsweise Paragraphen 12 f, Verordnung des Bundesministers für Unterricht und kulturelle Angelegenheiten über die abschließenden Prüfungen in den berufsbildenden mittleren und höheren Schulen) nicht jenem einer Reife- und Diplomprüfung an einer HTL (siehe Paragraphen 22 f, leg. cit.). Der angebotene Mitarbeiter O*** erfüllt somit keinesfalls die in der Ausschreibung bestandfest gewordenen Voraussetzungen.

M***, als technisches Personal vorgesehen, hat - wie das beigebrachte Fähigkeitszeugnis der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 22.4.1983 (vgl. Angebot, Teil F, Reg.Blatt 5) belegt, eine "Lehre als Elektromonteur beendet". Dass eine Lehrausbildung in der Schweiz grundsätzlich mit einer solchen in Österreich vergleichbar ist, hat die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung zuletzt nicht mehr in Abrede gestellt. Wie auf der Informationsseite des Schweizer Bundesamtes für Berufsbildung und Technologie (BBT) nachzulesen ist, handelt es sich dabei um eine drei- bis vierjährige berufliche Grundausbildung, wobei eine "Berufsmaturität" ausschließlich nur nach deren Ergänzung erreicht werden kann (siehe www.bbt.admin.ch). Wieso eine Fachausbildung zum Fernmeldespezialisten bei den Schweizerischen Post-, Telefon- und Telegrafienbetrieben und der Besuch eines Seminars "Planer - Seminar IWL", mit dem erfolgreichen Besuch einer allgemein- bzw. berufsbildenden höheren Schule vergleichbar sein soll, konnte die Antragstellerin, die zudem eingestand, die Ausbildung in der Schweiz nicht zu kennen und sich auch vor Angebotslegung diesbezüglich nicht erkundigt zu haben, nicht näher begründen und ist für den erkennenden Senat nicht nachvollziehbar. Weder eine von einem Unternehmen vorgenommene, regelmäßig mit handwerklich-praktischen bzw. ausführenden Schwerpunkten gekennzeichnete berufliche Ausbildung, noch eine - bestimmten Anforderungen in Teilbereichen der Ausschreibung entsprechende - Teilnahme an einem speziellen Seminar sind mit einem Besuch und Abschluss einer in der Ausschreibung geforderten allgemein- bzw. berufsbildenden höheren Schule vergleichbar. Auch kann die in diesem Zusammenhang von der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vorgebrachte Mitwirkung des M*** bei zahlreichen Projekten, Matura bzw. Abitur jedenfalls nicht ersetzen. Auf Basis des zuvor dargestellten für die Interpretation der Ausschreibung heranzuziehenden Interpretationsmaßstabes des objektiven Erklärungswertes, geht die Argumentation der Antragstellerin, das Fehlen weiterer Möglichkeiten bei den Angaben zur Ausbildung des Technischen Personals am Bewertungsbogen in Teil F der Ausschreibung habe sie "gezwungen" bei M*** das Kästchen "HTL" anzukreuzen, ebenso ins Leere. Demnach entspricht die Ausbildung von M*** nicht den bestandfesten Ausschreibungsbestimmungen. M***, als technisches Personal vorgesehen, hat - wie das beigebrachte Fähigkeitszeugnis der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 22.4.1983 (vergleiche Angebot, Teil F, Reg.Blatt 5) belegt, eine "Lehre als Elektromonteur beendet". Dass eine Lehrausbildung in der Schweiz grundsätzlich mit einer solchen in Österreich vergleichbar ist, hat die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung zuletzt nicht mehr in Abrede gestellt. Wie auf der Informationsseite des Schweizer Bundesamtes für Berufsbildung und Technologie (BBT) nachzulesen ist, handelt es sich dabei um eine drei- bis vierjährige berufliche Grundausbildung, wobei eine "Berufsmaturität" ausschließlich nur nach deren Ergänzung erreicht werden kann (siehe www.bbt.admin.ch). Wieso eine Fachausbildung zum Fernmeldespezialisten bei den Schweizerischen Post-, Telefon- und Telegrafienbetrieben und der Besuch eines Seminars "Planer - Seminar IWL", mit dem erfolgreichen Besuch einer allgemein- bzw. berufsbildenden höheren Schule vergleichbar sein soll, konnte die Antragstellerin, die zudem eingestand, die

Ausbildung in der Schweiz nicht zu kennen und sich auch vor Angebotslegung diesbezüglich nicht erkundigt zu haben, nicht näher begründen und ist für den erkennenden Senat nicht nachvollziehbar. Weder eine von einem Unternehmen vorgenommene, regelmäßig mit handwerklich-praktischen bzw. ausführenden Schwerpunkten gekennzeichnete berufliche Ausbildung, noch eine - bestimmten Anforderungen in Teilbereichen der Ausschreibung entsprechende - Teilnahme an einem speziellen Seminar sind mit einem Besuch und Abschluss einer in der Ausschreibung geforderten allgemein- bzw. berufsbildenden höheren Schule vergleichbar. Auch kann die in diesem Zusammenhang von der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vorgebrachte Mitwirkung des M*** bei zahlreichen Projekten, Matura bzw. Abitur jedenfalls nicht ersetzen. Auf Basis des zuvor dargestellten für die Interpretation der Ausschreibung heranzuziehenden Interpretationsmaßstabes des objektiven Erklärungswertes, geht die Argumentation der Antragstellerin, das Fehlen weiterer Möglichkeiten bei den Angaben zur Ausbildung des Technischen Personals am Bewertungsbogen in Teil F der Ausschreibung habe sie "gezwungen" bei M*** das Kästchen "HTL" anzukreuzen, ebenso ins Leere. Demnach entspricht die Ausbildung von M*** nicht den bestandfesten Ausschreibungsbestimmungen.

Somit hat die Antragstellerin 2 Mitarbeiter angeboten, die die für das Technische Personal in der Ausschreibung festgeschriebenen Mindestvoraussetzungen nicht erfüllen. Ihr Angebot widerspricht daher der Ausschreibung.

Beide Personen zählen zum sog. Schlüsselpersonal. Zum Wechsel solcher Personen bedarf es während der gesamten Auftragsdauer der schriftlichen Zustimmung des Auftraggebers; diese ist nur zu erteilen, wenn die Ersatzperson dem bisher namhaft gemachten Schlüsselpersonal zumindest gleichwertig ist (vgl. Ausschreibung, Teil B, Pkt 11.3). Hinsichtlich der Gleichwertigkeit knüpft die Ausschreibung an die in Teil H für die Bewerberauswahl aufgestellten "Kriterien für die Bestbieterermittlung" an (vgl. Ausschreibung, Teil B, Pkt 11.4). Dass das im Teil F des Angebots nominierte Technische Personal der Bewertung im Zuschlagskriterium "Bewertungsfaktor Technik" unterliegt, macht den Austausch von Personen, aber auch deren "Wegfallen" zum gegenwärtigen Zeitpunkt, unzulässig. Jede Änderung sowohl bei der Anzahl an angebotenen Mitarbeitern, als auch bei der Identität von einzelnen Personen nach Angebotsöffnung würde selbst im Verhandlungsverfahren zu einer Änderung in der Wettbewerbsstellung der Antragstellerin gegenüber den übrigen verbliebenen Bietern führen. Der vorliegende Mangel ist als unbehebbar zu qualifizieren. Beide Personen zählen zum sog. Schlüsselpersonal. Zum Wechsel solcher Personen bedarf es während der gesamten Auftragsdauer der schriftlichen Zustimmung des Auftraggebers; diese ist nur zu erteilen, wenn die Ersatzperson dem bisher namhaft gemachten Schlüsselpersonal zumindest gleichwertig ist (vergleiche Ausschreibung, Teil B, Pkt 11.3). Hinsichtlich der Gleichwertigkeit knüpft die Ausschreibung an die in Teil H für die Bewerberauswahl aufgestellten "Kriterien für die Bestbieterermittlung" an (vergleiche Ausschreibung, Teil B, Pkt 11.4). Dass das im Teil F des Angebots nominierte Technische Personal der Bewertung im Zuschlagskriterium "Bewertungsfaktor Technik" unterliegt, macht den Austausch von Personen, aber auch deren "Wegfallen" zum gegenwärtigen Zeitpunkt, unzulässig. Jede Änderung sowohl bei der Anzahl an angebotenen Mitarbeitern, als auch bei der Identität von einzelnen Personen nach Angebotsöffnung würde selbst im Verhandlungsverfahren zu einer Änderung in der Wettbewerbsstellung der Antragstellerin gegenüber den übrigen verbliebenen Bietern führen. Der vorliegende Mangel ist als unbehebbar zu qualifizieren.

Auf die Auswirkungen, die dieser Umstand auf die weitere Bewertung des Angebotes der Antragstellerin hat (unzulässige Berücksichtigung der Referenzen von jenen Mitarbeitern, deren Ausbildung nicht die in der Ausschreibung aufgestellten Mindestvoraussetzungen erfüllen) sowie auf das übrige Vorbringen der Antragstellerin, insbesondere zu den Rechtswidrigkeiten im Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, war daher nicht mehr einzugehen.

Es steht nicht in der Disposition des Auftraggebers, von Ausscheidenstatbeständen gemäß § 269 Abs 1 Z 5 BVergG nach seinem Ermessen Gebrauch zu machen. Die Bindung der für eine Zuschlagserteilung in Frage kommenden Angebote an die Ausschreibung ist für die Gleichbehandlung der Bieter auch im Sektorenbereich iSd § 187 Abs 1 BVergG entscheidend [vgl. dazu EuGH 25.4.1996, Rs C-87/94 (Wallonische Busse, RZ 89, wonach eine Abweichung von in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen eine Verletzung wesentlicher Grundsätze des Vergabeverfahrens darstellt)]. Allein deshalb, weil der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für den Zuschlag von einem formalen Ausscheiden eines Angebotes Abstand genommen hat, wird ein auszuscheidendes Angebot nicht zu einem zulässigen Angebot, dem der Zuschlag erteilt werden kann (vgl. VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050; ebenso BVA 16.6.2009, N/0030-BVA/04/2009; 23.7.2004, 14F-09/03-18; 23.7.2004, 14N-64/03-22, 28.1.2005, 04N-131/04-38 u.a.). Es steht nicht in der

Disposition des Auftraggebers, von Ausscheidenstatbeständen gemäß Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG nach seinem Ermessen Gebrauch zu machen. Die Bindung der für eine Zuschlagserteilung in Frage kommenden Angebote an die Ausschreibung ist für die Gleichbehandlung der Bieter auch im Sektorenbereich iSd Paragraph 187, Absatz eins, BVergG entscheidend [vgl dazu EuGH 25.4.1996, Rs C-87/94 (Wallonische Busse, RZ 89, wonach eine Abweichung von in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen eine Verletzung wesentlicher Grundsätze des Vergabeverfahrens darstellt)]. Allein deshalb, weil der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für den Zuschlag von einem formalen Ausscheiden eines Angebotes Abstand genommen hat, wird ein auszuscheidendes Angebot nicht zu einem zulässigen Angebot, dem der Zuschlag erteilt werden kann vergleiche VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050; ebenso BVA 16.6.2009, N/0030- BVA/04/2009; 23.7.2004, 14F-09/03-18; 23.7.2004, 14N-64/03-22, 28.1.2005, 04N-131/04-38 u.a.).

Das Thema "Ausbildung der als technisches Personal im Sinne von Teil F nominierten Mitarbeiter O*** und M***" war Gegenstand der mündlichen Verhandlung am 12.4.2010. Die Antragstellerin hatte Gelegenheit, dazu und damit auch zur Stichhaltigkeit dieses Ausscheidensgrundes Stellung zu nehmen [vgl. EuGH 19.6.2003, Rs C-249/01 (Hackermüller); VwGH 1.10.2008, 2005/04/0233; 1.3.2005, 2003/04/0339; 16.2.2005, 2004/04/0030]. Mangelt es dem Angebot der Antragstellerin an der grundsätzlichen Eignung gemäß den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes und den hierzu ergangenen Verordnungen für den Zuschlag in Betracht gezogen zu werden, so ist - wie zuvor unter 3.1.1 allgemein ausgeführt - gemäß § 320 Abs 1 BVergG die Antragslegitimation zu verneinen. Das Thema "Ausbildung der als technisches Personal im Sinne von Teil F nominierten Mitarbeiter O*** und M***" war Gegenstand der mündlichen Verhandlung am 12.4.2010. Die Antragstellerin hatte Gelegenheit, dazu und damit auch zur Stichhaltigkeit dieses Ausscheidensgrundes Stellung zu nehmen [vgl. EuGH 19.6.2003, Rs C-249/01 (Hackermüller); VwGH 1.10.2008, 2005/04/0233; 1.3.2005, 2003/04/0339; 16.2.2005, 2004/04/0030]. Mangelt es dem Angebot der Antragstellerin an der grundsätzlichen Eignung gemäß den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes und den hierzu ergangenen Verordnungen für den Zuschlag in Betracht gezogen zu werden, so ist - wie zuvor unter 3.1.1 allgemein ausgeführt - gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG die Antragslegitimation zu verneinen.

Schlagworte

Verhandlungsverfahren ohne vorherigem Aufruf zum Wettbewerb, Interpretation Ausschreibung, Ausschreibung bestandfest, ausschreibungswidriges Angebot;

Zuletzt aktualisiert am

10.05.2010

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