

TE Verg Bescheid 2009/11/25 N/0110-BVA/09/2009-28

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 25.11.2009

Norm

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitaa

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §187 Abs1

BVergG 2006 §230 Z1

BVergG 2006 §240

BVergG 2006 §257 Abs1 Z2

BVergG 2006 §267 Abs2 Z2

BVergG 2006 §269 Abs1 Z2

BVergG 2006 §291 Abs2

BVergG 2006 §312 Abs2 Z2

BVergG 2006 §319

BVergG 2006 §321 Abs1 Z7

BVergG 2006 §322 Abs1

BundesbahnG §2

BundesbahnG §30

BundesbahnG §31 Abs1

ABGB §914

ABGB §915

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 § 187 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 187 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 187 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
-
1. BVergG 2006 § 230 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 240 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 240 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 240 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 240 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 257 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 257 gültig von 05.03.2010 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 257 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 267 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 267 gültig von 05.03.2010 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 267 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 269 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 269 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 269 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
 3. BVergG 2006 § 291 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 321 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 322 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. ABGB § 914 heute
 2. ABGB § 914 gültig ab 01.01.1917 zuletzt geändert durch RGBL. Nr. 69/1916
1. ABGB § 915 heute
 2. ABGB § 915 gültig ab 01.01.1812

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 9, Mag. Gerhard Prünster, sowie Dkfm Dr. Johann Hackl als Mitglied der Auftraggeberseite und MMag Dr. Annemarie Mille als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 idF der Novelle BGBl I Nr. 86/2007 (BVergG) betreffend das Vergabeverfahren "Bauvorhaben Koralmbahn, Abschnitt Althofen/Drau - Klagenfurt, Baulos 70.10, Frachtenbahnhof Klagenfurt, Oberbau B1982", des Auftraggebers ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft, Vivenotgasse

10, 1120 Wien, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 21.10.2009, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 9, Mag. Gerhard Prünster, sowie Dkfm Dr. Johann Hackl als Mitglied der Auftraggeberseite und MMag Dr. Annemarie Mille als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, (BVergG) betreffend das Vergabeverfahren "Bauvorhaben Koralmbahn, Abschnitt Althofen/Drau - Klagenfurt, Baulos 70.10, Frachtenbahnhof Klagenfurt, Oberbau B1982", des Auftraggebers ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft, Vivenotgasse 10, 1120 Wien, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 21.10.2009, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Der Antrag, "das Bundesvergabeamt möge das Ausscheiden des Angebots der Antragstellerin für nichtig erklären", wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 312 Abs 2 Z 2, 187 Abs 1, 230 Z 1, 240, 257 Abs 1 Z 2, 267 Abs 2 Z 2 und 269 Abs 1 Z 2 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraphen 312, Absatz 2, Ziffer 2, 187, Absatz eins, 230, Ziffer eins, 240, 257, Absatz eins, Ziffer 2, 267, Absatz 2, Ziffer 2 und 269 Absatz eins, Ziffer 2, BVergG

II.römisch zwei.

Der Antrag, "das Bundesvergabeamt möge die Antragsgegnerin verpflichten, der Antragstellerin die von ihr entrichteten Pauschalgebühren gemäß § 319 BVergG binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu Handen der Antragstellervertreter zu ersetzen", wird abgewiesen. Der Antrag, "das Bundesvergabeamt möge die Antragsgegnerin verpflichten, der Antragstellerin die von ihr entrichteten Pauschalgebühren gemäß Paragraph 319, BVergG binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu Handen der Antragstellervertreter zu ersetzen", wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 319 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraph 319, BVergG

Begründung

Mit Schriftsatz vom 21. Oktober 2009 brachte die A***, vertreten durch X*** (in der Folge Antragstellerin), einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung sowie Anträge auf Nichtigerklärung des Ausscheidens ihres Angebotes und auf Ersatz der Pauschalgebühren, ein.

Mit Schriftsatz vom 21. Oktober 2009 brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass der Auftraggeber ÖBB-Infrastruktur Bau Aktiengesellschaft mit Beschluss der Hauptversammlung vom 7. September 2009 zur ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft umfirmiert worden sei. Der Auftraggeber sei Sektorenauftraggeber iSd § 169 BVergG. Mit Schriftsatz vom 21. Oktober 2009 brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass der Auftraggeber ÖBB-Infrastruktur Bau Aktiengesellschaft mit Beschluss der Hauptversammlung vom 7. September 2009 zur ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft umfirmiert worden sei. Der Auftraggeber sei Sektorenauftraggeber iSd Paragraph 169, BVergG.

Es handle sich um Baumaßnahmen, welche nach den Sektorenbestimmungen für den Oberschwellenbereich vergeben werden sollen. Der Auftrag solle in einem offenen Verfahren nach dem Billigstbieterprinzip zur Vergabe gelangen.

Nach den Ausschreibungsunterlagen, LV Pos. 00A3600, würden für die Vergabe nur Unternehmen in Betracht kommen, die im Hinblick auf die Bauherstellung im Gefahrenraum von Gleisen, sowie die entsprechende Leistungsfähigkeit über die gesamte Bauzeit vergleichbare Referenzprojekte in den letzten fünf Jahren durchgeführt hätten.

Die Antragstellerin habe im Angebot vom 9. September 2009 bereits umfassende Unterlagen zu Referenzprojekten vorgelegt. In den Referenzschreiben würde bestätigt, dass die jeweiligen Unternehmen der A*** - Gruppe die angeführten zehn Referenzprojekte mit hoher technischer Qualität ausgeführt hätten.

Mit Schreiben des Auftraggebers vom 18. September 2009 sei die Antragstellerin aufgefordert worden, u.a. den Nachweis vergleichbarer Referenzprojekte im Hinblick auf die Bauherstellung im Gefahrenraum von Gleisen nachzureichen. Mit fristgerechtem Schreiben vom 24. September 2009 habe die Antragstellerin per E-Mail unter anderem die Übersichtstabelle "Nachweis Projekte im Gefahrenraum" als Nachweis für Referenzprojekte im Hinblick auf die Bauherstellung im Gefahrenraum von Gleisen übermittelt. Auftragnehmer der angeführten Referenzprojekte

seien die A*** - X, die D*** (ein Konzernunternehmen der A*** - Gruppe, welches zwischenzeitlich zur "A***-Y" umfirmiert worden sei) und die Antragstellerin selbst gewesen. Die Antragstellerin habe mit Schreiben vom 24. September 2009 somit sieben eigene Referenzprojekte bekanntgegeben. Mit Schreiben des Auftraggebers vom 18. September 2009 sei die Antragstellerin aufgefordert worden, u.a. den Nachweis vergleichbarer Referenzprojekte im Hinblick auf die Bauherstellung im Gefahrenraum von Gleisen nachzureichen. Mit fristgerechtem Schreiben vom 24. September 2009 habe die Antragstellerin per E-Mail unter anderem die Übersichtstabelle "Nachweis Projekte im Gefahrenraum" als Nachweis für Referenzprojekte im Hinblick auf die Bauherstellung im Gefahrenraum von Gleisen übermittelt. Auftragnehmer der angeführten Referenzprojekte seien die A*** - römisch zehn, die D*** (ein Konzernunternehmen der A*** - Gruppe, welches zwischenzeitlich zur "A***-Y" umfirmiert worden sei) und die Antragstellerin selbst gewesen. Die Antragstellerin habe mit Schreiben vom 24. September 2009 somit sieben eigene Referenzprojekte bekanntgegeben.

Im Aufklärungsgespräch vom 8. Oktober 2009 habe der Auftraggeber um Vorlage von Referenzprojekten der Antragstellerin selbst ersucht. Die Antragstellerin habe zusätzlich das Schreiben der A***-Y vom 2. März 2009 sowie das Schreiben der A***-X vom 6. Oktober 2009 übergeben, in welchem diese beiden Unternehmen ausdrücklich bestätigen würden, dass sich die Antragstellerin zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit auf deren Referenzen stützen dürfe und dass die vorhandenen und verfügbaren Mittel beider Konzernunternehmen der Antragstellerin tatsächlich zur Verfügung stehen würden.

Im Aufklärungsgespräch habe der Auftraggeber auch gefragt, ob die Personalbeistellung von Sicherungsposten, Kleinwagenführer und Arbeitszugsführer durch Eigenpersonal der Antragstellerin erfolge. Die Antragstellerin habe angegeben, dass entweder vorhandenes Personal aus der A*** - Gruppe zum Einsatz kommen werde, oder - falls erforderlich - entsprechend ausgebildetes Personal gesondert angemietet würde. Sollte eigenes ausgebildetes Personal der Antragstellerin bis zum Einsatzbeginn zur Verfügung stehen, würde dies dem Auftraggeber mitgeteilt werden.

Mit Schreiben des Auftraggebers vom 14. Oktober 2009 sei der Antragstellerin mitgeteilt worden, dass ihr Angebot gemäß § 269 Abs 1 Z 2 BVergG mangels Eignung wegen Nichterfüllung des Kriteriums in Pos. LV 00A3600 ausgeschieden worden sei. Das Ausscheiden sei folgendermaßen begründet worden: Mit Schreiben des Auftraggebers vom 14. Oktober 2009 sei der Antragstellerin mitgeteilt worden, dass ihr Angebot gemäß Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG mangels Eignung wegen Nichterfüllung des Kriteriums in Pos. LV 00A3600 ausgeschieden worden sei. Das Ausscheiden sei folgendermaßen begründet worden:

1. 1. Ziffer eins

Trotz schriftlicher Aufforderung des Auftraggebers vom 18. September 2009 und Nachfrage im Aufklärungsgespräch vom 8. Oktober 2009 habe die Antragstellerin weder durch ihre ergänzenden Unterlagen (E-Mail vom 24. September 2009) noch durch die anlässlich des Aufklärungsgesprächs übergebenen Verfügungserklärungen die erforderlichen Nachweise der technischen Leistungsfähigkeit als Bieter durch zurechenbare Referenzprojekte erbracht, da die in den Referenznachweisen als dortige Auftragnehmer angeführten Unternehmer laut Angebot der Antragstellerin nicht an der vergabegegenständlichen Leistungserbringung beteiligt seien.

1. 2. Ziffer 2

Darüber hinaus verfüge die Antragstellerin nicht über die notwendige Personalausstattung zur Erbringung der Baustellensicherung (Anm: LV Pos. 1309350, 1309360 und 1309370). Darüber hinaus verfüge die Antragstellerin nicht über die notwendige Personalausstattung zur Erbringung der Baustellensicherung Anmerkung, LV Pos. 1309350, 1309360 und 1309370).

Durch das unrechtmäßige Ausscheiden ihres Angebotes würde die Antragstellerin einen Schaden erleiden. Bei ordnungsgemäßer Durchführung des Vergabeverfahrens bzw. richtiger Bewertung ihres Angebotes hätte die Antragstellerin den Auftrag erhalten müssen.

Die weiteren Ausführungen der Antragstellerin hinsichtlich der Anrechenbarkeit von Referenzprojekten werden mangels Entscheidungsrelevanz (siehe hierzu Spruchpunkt I des Bescheides) nicht wiedergegeben. Die weiteren Ausführungen der Antragstellerin hinsichtlich der Anrechenbarkeit von Referenzprojekten werden mangels Entscheidungsrelevanz (siehe hierzu Spruchpunkt römisch eins des Bescheides) nicht wiedergegeben.

Zur mangelnden Eignung wegen fehlender Personalausstattung:

Der Auftraggeber berufe sich hinsichtlich des Ausscheidens weiters darauf, dass die Antragstellerin nicht über die notwendige Personalausstattung zur Baustellensicherung (Sicherungsposten, Kleinwagenführer und Arbeitszugsführer) verfüge. Bereits mit dem Angebot habe die Antragstellerin die geforderten Nachweise hinsichtlich der ausreichenden Personalausstattung und der geforderten Qualifizierung des Personals erbracht. Die Antragstellerin habe den Nachweis über die geforderte Personalausstattung der zu erbringenden Hauptleistungen erbracht. Lediglich hinsichtlich einzelner Hilfsleistungen habe der Auftraggeber im Aufklärungsgespräch nachgefragt, ob die Personalbeistellung von Sicherungsposten, Kleinwagenführer und Arbeitszugsführer durch Eigenpersonal der A*** - Gruppe zum Einsatz kommen würde, oder, falls erforderlich, entsprechend ausgebildetes Personal gesondert angemietet würde. Sollte eigenes ausgebildetes Personal bis zum Einsatzbeginn der Antragstellerin zur Verfügung stehen, würde dies dem Auftraggeber mitgeteilt werden.

Die Bereitstellung von Personal für Sicherungsposten, Kleinwagenführer und Arbeitszugsführer sei selbst kein Teil der vergebenen Leistung, sondern lediglich eine Hilfsleistung. Personalüberlassungsfirmen seien als Hilfsunternehmen zu qualifizieren und müssten als solche dem Auftraggeber nicht ausdrücklich bekannt gegeben werden. Die Antragstellerin habe den Auftraggeber im Aufklärungsgespräch ausreichend über die vorhandene Personalausstattung für die Erbringung dieser Hilfsleistungen informiert. Aus der Tatsache, dass gewisses Hilfspersonal in einzelnen, unwichtigen Hilfsbereichen angemietet würde und nicht bei der Antragstellerin angestellt sei, könne eine mangelnde Eignung wegen fehlender Personalausstattung nicht begründet werden. Derartige Personalanmietungen seien branchenüblich.

Aus der Sicht eines Auftraggebers mache es keinen Unterschied, ob der Auftragnehmer seinen Personalbedarf über Einstellung durch den Auftragnehmer, über Personal von Konzernunternehmen oder über Verträge mit Personalüberlassungsfirmen decke. Das fremde Personal würde nämlich in dem Betrieb des Auftragnehmers eingegliedert und der Auftragnehmer hätte in beiden Fällen die Kontrolle über die Erbringung der Leistung behalten und nicht an Dritte ausgelagert. Ein gesonderter Nachweis der ausreichenden Qualifizierung des Hilfspersonals sei in diesem Verfahrensstadium nicht gefordert gewesen.

Mit Schriftsatz vom 23. Oktober 2009 erstattete der Auftraggeber allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und legte die Unterlagen des Vergabeverfahrens vor. Es handle sich gegenständlich um einen Bauauftrag gemäß § 174 iVm § 4 BVergG im Oberschwellenbereich. Der geschätzte Kostenwert betrage EUR XXXX. Die verfahrensgegenständliche Vergabe sei Teil eines übergeordneten Gesamtprojektes, dessen geschätzte Vorhabenssumme über dem Schwellenwert liege. Der Auftrag solle in einem offenen Verfahren gemäß § 192 Abs 2 BVergG nach dem Billigstbieterprinzip vergeben werden. Mit Schriftsatz vom 23. Oktober 2009 erstattete der Auftraggeber allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und legte die Unterlagen des Vergabeverfahrens vor. Es handle sich gegenständlich um einen Bauauftrag gemäß Paragraph 174, in Verbindung mit Paragraph 4, BVergG im Oberschwellenbereich. Der geschätzte Kostenwert betrage EUR römisch 40 . Die verfahrensgegenständliche Vergabe sei Teil eines übergeordneten Gesamtprojektes, dessen geschätzte Vorhabenssumme über dem Schwellenwert liege. Der Auftrag solle in einem offenen Verfahren gemäß Paragraph 192, Absatz 2, BVergG nach dem Billigstbieterprinzip vergeben werden.

Die Angebotsfrist habe am 9.9.2009 geendet. Die Angebotsöffnung sei am 9.9.2009, das Ausscheiden der Antragstellerin am 14.10.2009 erfolgt. Es seien insgesamt drei Angebote eingelangt:

A***, B*** sowie C***.

Eine Zuschlagsentscheidung sei nicht erfolgt. Das Verfahren sei auch nicht widerrufen, ein Zuschlag nicht erteilt worden.

Mit Schriftsatz vom 3. November 2009 teilte der Auftraggeber im Wesentlichen mit, dass er als Bereitsteller von Schieneninfrastruktur eine Sektorentätigkeit im Bereich des Verkehrs gemäß § 169 Abs 1 BVergG ausübe. (Die Ausführungen des Auftraggebers zum Ausscheidensgrund der fehlenden Referenzen werden mangels Entscheidungsrelevanz nicht wiedergegeben). Mit Schriftsatz vom 3. November 2009 teilte der Auftraggeber im Wesentlichen mit, dass er als Bereitsteller von Schieneninfrastruktur eine Sektorentätigkeit im Bereich des Verkehrs gemäß Paragraph 169, Absatz eins, BVergG ausübe. (Die Ausführungen des Auftraggebers zum Ausscheidensgrund

der fehlenden Referenzen werden mangels Entscheidungsrelevanz nicht wiedergegeben).

Zum Ausscheidensgrund fehlende Bekanntgabe von Subunternehmern für wesentliche Sicherheitsleistungen:

Die Antragstellerin habe im Aufklärungsgespräch zu den drei ausgeschriebenen sicherheitsrelevanten Leistungspositionen (Sicherungsposten, KL-Führer, Arbeitszugführer) erklärt, diese jeweils anzumieten. Bei diesen Leistungspositionen handle es sich um wesentliche, unabdingbare Leistungen. Ohne Sicherungsposten etc. dürften die ausgeschriebenen Oberbauleistungen aufgrund der ausschreibungsgegenständlichen eisenbahnrechtlichen Vorschriften nicht begonnen werden. Sicherungsposten etc. müssten zudem vor ihrem ersten Einsatz umfangreiche Ausbildungen samt Praxis absolviert haben und über eigene Ausweise verfügen. Die Antragstellerin hätte daher die von ihr nach eigenen Angaben anzumietenden Sicherungsposten etc. als erforderliche Subunternehmer (LV- Position 00A3710) benennen müssen. Ein Nachnennen der Vermieter der Sicherungsposten etc. als Subunternehmer sei unzulässig.

In LV Pos. 00A3710 sei festgelegt gewesen, dass, wenn der Nachweis der Leistungsfähigkeit nur unter Heranziehung von Subunternehmen erbracht werden könne, die Subunternehmer - bei sonstigem Ausscheiden des Angebotes - bereits mit dem Angebot namhaft zu machen seien. Der Zugriff auf diese Subunternehmer müsse zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung gegeben sein und sei z. B. durch ein bindendes Angebot nachzuweisen.

Die Eignung müsse gemäß § 230 Z 1 BVergG bereits zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen. Auch nach LV Pos. 0030710 hätte die Subunternehmensnennung bei sonstigem Ausscheiden spätestens mit der Angebotsabgabe erfolgen müssen. Die Eignung müsse gemäß Paragraph 230, Ziffer eins, BVergG bereits zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen. Auch nach LV Pos. 0030710 hätte die Subunternehmensnennung bei sonstigem Ausscheiden spätestens mit der Angebotsabgabe erfolgen müssen.

Das Nichtbenennen von erforderlichen Subunternehmern führe zum Ausscheiden des Angebotes. Die LV Pos. 01 01 1309350, 01 01 1309360, 01 01 1309370, 00A3710 sowie 00A3470 würden sicherheitsrelevante und wesentliche Leistungen darstellen, da die Erfüllung der sicherheitstechnischen Anforderungen erst die Voraussetzung zur Erbringung der Leistungen schaffe. Keinesfalls würden daher lediglich Hilfsleistungen vorliegen, bei deren Nichterbringung aus Eigenem kein Subunternehmer anzugeben sei. Bei Nichterbringung dieser Leistungen durch den Bieter selbst, hätte dieser jedenfalls Subunternehmer benennen müssen. Ohne die genannten sicherheitsrelevanten Leistungen dürfe mit der Erbringung der Oberbauarbeiten gar nicht begonnen werden. Es handle sich dabei um den unter dem Aspekt der Sicherheit äußerst heikle Positionen, die von der Antragstellerin anzubieten gewesen wären und für die sie nach eigenen Angaben über kein Personal verfüge.

Neben anderen Punkten sei im Aufklärungsgespräch auch darüber Aufklärung zu gegeben gewesen, ob die Personalbeistellung zu den LV Pos. 01 01 1309350, 01 01 1309360 und 01 01 1309370 durch Eigenpersonal der Antragstellerin erfolge und wie der Nachweis der Qualifikation des eingesetzten Personals erbracht werde. Die Antragstellerin habe diese Fragen im Aufklärungsgespräch damit beantwortet, das genannte Personal anmieten zu wollen.

Die Antragstellerin habe im Angebot diese wesentlichen sicherheitsrelevanten Leistungen nicht als Subunternehmerleistungen ausgewiesen, obwohl sie diese Leistungen nach eigenen Angaben nicht selbst erbringen könne. Da für die sicherheitsrelevanten Leistungen der Nachweis spezieller Ausbildungen erforderlich sei, handle es sich dabei jedenfalls um erforderliche Subunternehmer. Die Antragstellerin habe also die notwendige Personalausstattung nicht nachgewiesen. Die genannten Positionen seien ihrem Inhalt nach wesentliche und wichtige Teile der ausgeschriebenen Leistung im Sicherheitsbereich. Sie seien im LV einzeln auszupreisen und würden einen nicht unerheblichen Zeitaufwand im Rahmen der Leistungserbringung darstellen.

Sicherungsposten müssten zunächst einen Nachweis über eine sechsmonatige Arbeitspraxis im Gleisbereich nachweisen sowie eine eignungspsychologische und eine medizinische Untersuchung bestehen. Danach müssten die Anwärter das dreitägige Modul ANS 23 Sicherungsposten/Bewacher IK belegen und abschließend eine positive Prüfung absolvieren. Erst danach dürfe die Person als Sicherungsposten tätig sein. Für alle drei Sicherungspersonengruppen gelte, dass regelmäßig Auffrischungsprüfungen zu absolvieren seien. Nach positiver Absolvierung der Ausbildung würden die Sicherungsposten ein Zertifikat erhalten. Derzeit seien mehr als 400 gültige aufrechte Ausweise vom Auftraggeber ausgestellt. Dem Nachweis der Qualifikation dieses Personals komme eine übergeordnete Bedeutung zu.

Zur Beantwortung der Frage, wann ein Subunternehmer für eine Leistung zu nennen sei und wann lediglich eine unwesentliche Leistung vorliege, die von Hilfspersonal erledigt werden könne, sei ein strenger Maßstab anzulegen. Sicherheitsleistungen, die notwendiger Weise mit der Hauptleistung verbunden seien und mangels deren Vorliegen die Bauleistungen gar nicht erbracht werden dürften, seien jedenfalls als wesentliche Leistungen zu qualifizieren. Bei deren Nichterbringung durch den Bieter selbst habe dieser zwingend einen Subunternehmer zu benennen. Bei den oben genannten Positionen, welche wesentliche Positionen seien, verfüge die Antragstellerin hinsichtlich wesentlicher Leistungen nicht über das erforderliche Personal. Sie habe es jedoch unterlassen, erforderliche Subunternehmer bekannt zu geben. Ihr Angebot sei deshalb auszuschneiden gewesen.

Mit Schriftsatz vom 9. November 2009 erstattet die Antragstellerin eine ergänzende Stellungnahme und brachte zum Thema "Personalausstattung/Baustellensicherung" im Wesentlichen vor wie folgt:

Der Auftraggeber bringe vor, dass die Leistungspositionen 01 01 1309350, 01 01 1309360 und 01 01 1309370 wesentliche, unabdingbare Leistungen seien, ohne die die Bauleistung nicht begonnen werden dürfte. Die Antragstellerin hätte die anzumietenden Sicherungsposten als erforderliche Subunternehmer im Angebot benennen müssen. Eine Nachnennung sei unzulässig.

Hiezu sei Folgendes anzuführen:

Die Antragstellerin verfüge - entgegen der Darstellung des Auftraggebers - grundsätzlich über das geforderte Personal Arbeitszugsführer, Sicherungsposten und Kleinwagenführer, da der A*** Konzern und somit die Antragstellerin auf einen vorhandenen Ressourcenpool von eigenen und vertraglich gebundenen Partnern zugreifen könne, mit welchem unter anderem Arbeitszugsführer, Sicherungsposten und Kleinwagenführer von anderen Konzernunternehmen und vertraglich gebundenen Partnern zur Verfügung gestellt würden. Die Antragstellerin habe im Aufklärungsgespräch angegeben, dass vorhandenes Personal der A***- Gruppe zum Einsatz kommen werde. Nur für den Fall, dass nicht ausreichend eigenes Personal vorhanden sein sollte, werde dies gesondert (extern) angemietet. Hinsichtlich der Sicherungsposten werde in Position LV 00D3410 überdies gefordert, dass Sicherungsposten nach Vereinbarung mit der ÖBA für Arbeiten für Gleis- und im Gefahrenraum der Gleise vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt würden. Weiters seien Sicherungsposten rechtzeitig, mindestens jedoch 21 Tage vor dem Bedarf von der ÖBA anzufordern. Auch hinsichtlich der erforderlichen Kleinwagenführer und Sicherungsposten werde in Position LV 00J2320 gefordert, dass der Bedarf an Sicherungsposten bzw. KL/SKL - Führer mindestens drei Wochen im Vorhinein der ÖBA bekannt zu geben sei und diese somit ebenfalls von der Antragstellerin (Anm: gemeint wohl vom Auftraggeber) zur Verfügung gestellt würden. Es sei davon auszugehen, dass das diesbezügliche Personal ohnehin vom Auftraggeber beigestellt werde. Die Nennung bzw. Auspreisung des Personals Sicherungsposten und KL- Führer sei nur deshalb auszupreisen gewesen, falls der Auftragnehmer selbst dieses Personal stellen wolle und nicht beabsichtige, dieses beim Auftraggeber anzufordern. Die Antragstellerin verfüge - entgegen der Darstellung des Auftraggebers - grundsätzlich über das geforderte Personal Arbeitszugsführer, Sicherungsposten und Kleinwagenführer, da der A*** Konzern und somit die Antragstellerin auf einen vorhandenen Ressourcenpool von eigenen und vertraglich gebundenen Partnern zugreifen könne, mit welchem unter anderem Arbeitszugsführer, Sicherungsposten und Kleinwagenführer von anderen Konzernunternehmen und vertraglich gebundenen Partnern zur Verfügung gestellt würden. Die Antragstellerin habe im Aufklärungsgespräch angegeben, dass vorhandenes Personal der A***- Gruppe zum Einsatz kommen werde. Nur für den Fall, dass nicht ausreichend eigenes Personal vorhanden sein sollte, werde dies gesondert (extern) angemietet. Hinsichtlich der Sicherungsposten werde in Position LV 00D3410 überdies gefordert, dass Sicherungsposten nach Vereinbarung mit der ÖBA für Arbeiten für Gleis- und im Gefahrenraum der Gleise vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt würden. Weiters seien Sicherungsposten rechtzeitig, mindestens jedoch 21 Tage vor dem Bedarf von der ÖBA anzufordern. Auch hinsichtlich der erforderlichen Kleinwagenführer und Sicherungsposten werde in Position LV 00J2320 gefordert, dass der Bedarf an Sicherungsposten bzw. KL/SKL - Führer mindestens drei Wochen im Vorhinein der ÖBA bekannt zu geben sei und diese somit ebenfalls von der Antragstellerin (Anmerkung, gemeint wohl vom Auftraggeber) zur Verfügung gestellt würden. Es sei davon auszugehen, dass das diesbezügliche Personal ohnehin vom Auftraggeber beigestellt werde. Die Nennung bzw. Auspreisung des Personals Sicherungsposten und KL- Führer sei nur deshalb auszupreisen gewesen, falls der Auftragnehmer selbst dieses Personal stellen wolle und nicht beabsichtige, dieses beim Auftraggeber anzufordern.

Die Behauptung des Auftraggebers, dass ohne Bekanntgabe der sicherungsrelevanten Leistungen die Bauarbeiten gar nicht begonnen werden dürften, sei falsch. Dies unter dem Aspekt, dass Sicherungsposten und KL- Führer erst drei

Wochen vor Bedarf angefordert werden könnten. Weiters gebe es am freien Markt genügend Anbieter, die das genannte Personal bei Bedarf zur Verfügung stellen könnten.

Überdies sei die Bereitstellung von Sicherungsposten, KL- Führer und Arbeitszugführer selbst kein Teil der zu vergebenden Leistung, sondern lediglich eine Hilfsleistung. Diese Leistungen würden der Erbringung der Hauptleistung dienen und seien somit zweifelslos Hilfsleistungen. Diese Tätigkeiten seien daher keinesfalls als wesentliche Leistungen des gegenständlichen Auftrags zu qualifizieren.

Da Hilfsunternehmen selbst keinen Teil der vergebenen Leistung erbringen würden, sondern für den Auftragnehmer nur in Hilfsfunktionen tätig seien, bestehe keine Bekanntgabepflicht. Personalüberlassungsfirmen seien als Hilfsunternehmer zu qualifizieren und nicht als Subunternehmer. Sie müssten als solche dem Auftraggeber auch nicht bekannt gegeben werden.

Im gegenständlichen Fall bediene sich die Antragstellerin lediglich des Personals Dritter, führe dabei aber den Auftrag zur Gänze selbst durch. Die Leistungen würden daher keinesfalls von anderen Unternehmen ausgeführt, sondern nur von der Antragstellerin selbst. Es liege daher auch aus diesem Grund keine unzulässige Weitergabe an nichtbenannte Subunternehmer vor.

Mit Schriftsatz vom 12. November 2009 brachte der Auftraggeber ergänzend vor, dass Leistungen von Personalüberlassungsfirmen lediglich unter gewissen Voraussetzungen nicht als Subunternehmer genannt werden müssten. Da aber die Weitergabe der ausgeschriebenen Leistungen gegenständlich weit über die reine Personalüberlassung hinausgehe - insbesondere Geräteüberlassung samt Bedienpersonal mit entsprechender Qualifikation vorliege - sei eine Gleichstellung mit Subunternehmen unumgänglich. Bei erforderlichen Subunternehmen sei im offenen Verfahren (unabhängig vom Leistungsumfang) eine Verfügbarkeitserklärung bereits mit dem Angebot abzugeben.

Die technische Leistungsfähigkeit der Antragstellerin sei nicht gegeben, da diese nicht über die notwendige Personalausstattung (Sicherungsposten etc.) verfüge. In Pos. 01 01 1309350 "Sicherungsposten AN" werde die Beistellung von Sicherungsposten durch den Auftragnehmer gefordert. Der Sicherungsposten bedürfe einer speziellen Ausbildung, welche mit einem Zertifikat absolviert werde. Ohne solches dürfe die Position des Sicherungspostens nicht übernommen werden. In den Ausschreibungsbestimmungen werde zur Darlegung der technischen Leistungsfähigkeit die Beistellung von Sicherungsposten gefordert. Die Antragstellerin sei gemäß ihren eigenen Angaben nicht dazu in der Lage, Sicherungsposten anzubieten, da sie über kein geeignetes Personal verfüge. Die Antragstellerin sei somit - aufgrund ihrer fehlenden Eignung - nicht im Stande, selbstständig die geforderten Leistungen zu erbringen. Werde jedoch ein Subunternehmer für die Eignung des Bieters benötigt, handle es sich um einen erforderlichen Subunternehmer. Für Hilfsfunktionen bestünde grundsätzlich keine Bekanntgabepflicht, außer der Bieter stütze sich zur Substituierung seiner Leistungsfähigkeit auf ein solches Hilfsunternehmen.

Dass es sich bei der Funktion als Sicherungsposten um eine bloße Hilfstätigkeit handle, werde ausdrücklich bestritten. Auch wenn dies so sein sollte, würde man trotzdem zu dem Schluss gelangen, dass die Position u.a. des Sicherungspostens als Subunternehmer namhaft gemacht werden müsste. Dies deshalb, da der angemietete Sicherungsposten zur Substituierung der Leistungsfähigkeit des Bieter notwendig sei und es sich somit um einen erforderlichen Subunternehmen handle.

Der A***- Konzern verfüge laut eigenen Angaben über einen konzernweiten Ressourcenpool durch welchen unter anderem Sicherungsposten von anderen Konzernunternehmen und vertraglich gebundenen Partnern zur Verfügung gestellt würden. Im Aufklärungsgespräch habe die Antragstellerin angegeben, dass allenfalls vorhandenes Personal aus der A***- Gruppe zum Einsatz kommen werde. Der "deutsche Abschluss" dieser Schulung könne keinesfalls mit dem österreichischen Abschluss gleichgesetzt werden. In Österreich bestehe eine andere Dienstanweisung als in Deutschland. Deutsche Sicherungsposten, welche diese Position in Österreich ausüben sollten, würden eine zusätzliche Prüfung ablegen müssen.

Die Antragstellerin gehe nach ihren eigenen Angaben davon aus, dass das diesbezügliche Personal ohnehin vom Auftraggeber beigestellt würde. Der Auftraggeber sehe jedoch eigene Leistungspositionen (bei Sicherungsposten etc.) in erheblichen Umfang im Leistungsverzeichnis vor. Zwar würden seitens des Auftraggebers auch Sicherungsposten beigestellt, da diese jedoch aufgrund der Vielzahl der abzuwickelnden Bauvorhaben nicht zur Gänze beigestellt werden könnten, seien die in den Leistungspositionen ausgeschriebenen Sicherungsposten seitens des Auftragnehmers zu

stellen.

Ohne Beistellung von Sicherungsposten sei die Sicherheit des laufenden Bahnbetriebes nicht gewährleistet und dürften die Arbeiten nicht durchgeführt werden. Wenn die Antragstellerin vorbringe, dass das Personal für Sicherungsposten und Kleinwagenführer erst drei Wochen vor Bedarf angefordert werden könnte, so bedeute dies lediglich, dass bei nicht rechtzeitiger Anforderung durch die Antragstellerin die Arbeiten nicht plangemäß durchgeführt werden könnten und die Folgen zu Lasten des Auftragnehmers gehen würden.

Mit Schriftsatz vom 16. November 2009 erstattete die Antragstellerin eine ergänzende Stellungnahme und brachte vor, dass für die Hilfsfunktion "Sicherungspersonal" keine Bekanntgabepflicht bestehe. In einer - mit dem gegenständlichen Fall vergleichbaren - Entscheidung des BVA vom 12. Mai 2009, N/0022-BVA/11/2009-27, sei das BVA zu dem Ergebnis gelangt, dass ausschließlich für den Fall, dass der Bieter seine Leistungsfähigkeit nur durch Subunternehmer nachweisen könne, der Zugriff auf den Subunternehmer nachzuweisen sei. Eine darüber hinausgehende bzw. davon losgelöste Verpflichtung zum Nachweis des Zugriffs auf Subunternehmer sei der Ausschreibung nicht zu entnehmen. Die Erbringung von Subunternehmererklärungen bzw. die Beibringung bindender Angebote von Subunternehmern sei aufgrund der Festlegungen in der Ausschreibung nicht geboten.

Überdies gestehe der Auftraggeber selbst zu, dass Leistungen von Personalüberlassungsfirmen nicht als Subunternehmer genannt werden müssten.

Sicherungsposten würden in den Ausschreibungsunterlagen nicht als Schlüsselpersonal angeführt. Die Tätigkeit der Sicherungsposten - Überwachung des Zugverkehrs während der Bauarbeiten - sei keine hochqualifizierte Tätigkeit. Die vom Auftraggeber dargestellte spezielle Schulung könne innerhalb von nur drei Tagen durchgeführt werden. Überdies müssten die Sicherungsposten - unter Berücksichtigung der lokalen Gegebenheiten - ohnehin gesondert vor Ort eingeschult werden, um mit den Anforderungen der örtlichen Gegebenheiten vertraut zu werden. Diese Schulung der Sicherungsposten sei aber nicht schon von jedem Bieter vor der Zuschlagserteilung vorzunehmen, sondern werde erst vor dem tatsächlichen Baubeginn durchgeführt.

Im Rahmen der mündlichen Verhandlung am 18. November 2009 führte die Antragstellerin (Herr M***) weiters aus, dass es eine Reihe von Anbietern von Personalüberlassungsfirmen gebe und dass die Antragstellerin mit einer dieser Personalüberlassungsfirmen einen Rahmenvertrag geschlossen habe. Im Angebot sei in den Positionen 01 01 1309 350 bis 370 (Baustellensicherung) in der Folge der günstigste Preis einer dieser Personalüberlassungsfirmen eingesetzt worden. Es handle sich sohin um die Kosten für anzumietendes Personal, nicht jedoch für Eigenpersonal der Antragstellerin. Die Antragstellerin beabsichtige, ab Jänner 2010 eigenes Personal in sicherheitsrelevanten Fragen ausbilden zu lassen. Zurzeit habe die Antragstellerin noch kein sicherheitsrelevant ausgebildetes Personal.

RA Mag. O*** führte aus, dass es sich bei der Baustellensicherung nicht um eine wesentliche Position handle. Dies ergebe sich aus keiner Bestimmung der Ausschreibung. Vielmehr gehe die Ausschreibung davon aus, dass Sicherungsposten (SIPO) etc beim Auftraggeber selbst "abgerufen werden könnten" und von diesem bereitgestellt würden (Pos. 00D3410). Die Schulung der Sicherungsposten benötige gerade einmal drei Tage. Die Beiziehung von Sicherungsposten durch Dritte sei gleichzuhalten mit der Beschaffung durch Personalleasingfirmen. Eine Nennung als Subunternehmer sei daher nicht notwendig gewesen.

Herr M*** erläuterte, dass die Antragstellerin die Ausschreibung so interpretiert habe, dass der Auftraggeber die Sicherungsposten und Kleinwagenführer stelle und die Antragstellerin dieses Personal nur in dem Fall stellen müsse, dass die Antragstellerin dieses Personal nicht spätestens drei Wochen vor Beginn der Arbeiten beim Auftraggeber abrufe. Weiters sei festzuhalten, dass die Antragstellerin über mehrere hundert Leute verfüge, die über eine sechsmonatige Praxis verfügen würden.

RA Mag. O*** ergänzte, dass die Ausschreibung unmissverständlich dahingehend zu verstehen gewesen sei, dass Sicherungsposten, KL-Führer und Arbeitszugführer von der Auftraggeberin beigestellt würden und sich aus der Ausschreibung andererseits ergebe, dass es sich bei diesen Personen gerade nicht um Schlüsselpersonal und auch nicht um wesentliche Leistungsteile handle, sodass eine Subunternehmerbenennung nicht notwendig gewesen sei.

Der Auftraggeber (Mag. P***) brachte in der mündlichen Verhandlung vom 18. November 2009 ergänzend vor, dass es sich bei den sicherheitsrelevanten Leistungspositionen 01 01 1309 350 bis 370 um Teile der anzubietenden Leistung handle. Dafür seien ausdrücklich Leistungspositionen mit Stundenanzahl (zB für SIPO 1.800 Stunden) ausgeschrieben

worden. Dies bedeute, dass diese sicherheitsrelevanten Leistungen Teil der anzubietenden Leistung seien und von den Bietern anzubieten gewesen seien. Somit handle es sich um Subunternehmerleistungen iSv Pkt. 3.15 der vertragsgegenständlichen Werkvertragsnorm B 2118. Die Werksvertragsnorm B 2118 sei Ausschreibungsinhalt gem. Pkt. 2.1.1 der AGB Bau, welche Teil der Ausschreibung sei.

Der Auftraggeber stelle einen Teil der Sicherungsposten. Aus derzeitiger Sicht sei davon auszugehen, dass der Auftraggeber maximal 30% der Sicherungsposten stellen werde können.

Herr L***, beim Auftraggeber zuständig für Ausbildung, erläuterte über Befragen, dass die Ausbildung zum Sicherungsposten 24 Stunden dauere. Diese Ausbildung könne demnach in drei Tagen bewerkstelligt werden. Die Ausbildung bestehe aus einem praktischen Teil und einem theoretischen Teil. Ausbildungsinhalt seien die Betriebsprozesse, die betriebliche Kommunikation sowie Signale und Signalmittel. Ein praktischer Teil befasse sich mit der Umsetzung des Gelernten (Anhang 1 EisbAV). Weiters müsse das Personal über eine eignungspsychologische Untersuchung und eine ärztlich festgestellte Tauglichkeit verfügen. Vor der Schulung hätten die entsprechenden Mitarbeiter eine sechsmonatige Praxis zu absolvieren. Die Notwendigkeit dieser sechsmonatigen Praxis ergebe sich nicht aus der EisbAV, sondern aus Vorgaben des BMVIT.

Mag. P*** bestritt ausdrücklich, dass für die ausgeschriebenen Leistungspositionen für die sicherheitsrelevanten Maßnahmen keine Subunternehmer zu nennen gewesen wären. Hinsichtlich der Bedeutung dieser Positionen werde auf die EisbAV verwiesen.

Aufgrund der Vorbringen der Verfahrensparteien, der Unterlagen des Vergabeverfahrens sowie den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung vom 18. November 2009 wurde folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt festgestellt:

Als Auftraggeber des gegenständlichen Bauauftrages trat die ÖBB - Infrastruktur Bau AG auf. Die ÖBB - Infrastruktur Bau AG, die ÖBB - Infrastruktur Betrieb AG und die Brenner Eisenbahn GmbH wurden - rückwirkend zum 1. Jänner 2009 - zum gemeinsamen Unternehmen ÖBB - Infrastruktur AG verschmolzen.

Der verfahrensgegenständliche Auftrag (geschätzter Auftragswert Euro XXXX) ist Teil eines Gesamtvorhabens, für welches die Bestimmungen für Sektorenaufträge im Oberschwellenbereich gelten (vgl. Stellungnahme des Auftraggebers vom 23. Oktober 2009, OZ 6). Der verfahrensgegenständliche Auftrag (geschätzter Auftragswert Euro römisch 40) ist Teil eines Gesamtvorhabens, für welches die Bestimmungen für Sektorenaufträge im Oberschwellenbereich gelten vergleiche Stellungnahme des Auftraggebers vom 23. Oktober 2009, OZ 6).

Die Angebotsöffnung erfolgte am 9. September 2009. Es sind insgesamt drei Angebote eingelangt. Der Angebotspreis der Antragstellerin betrug netto Euro XXXX, jener der D*** Euro XXXX netto sowie jener der C*** Euro XXXX netto. Die Angebotsöffnung erfolgte am 9. September 2009. Es sind insgesamt drei Angebote eingelangt. Der Angebotspreis der Antragstellerin betrug netto Euro römisch 40 , jener der D*** Euro römisch 40 netto sowie jener der C*** Euro römisch 40 netto.

Leistungsverzeichnis Pos. 00A3710, "Leistungsfähigkeit durch Subunternehmer" lautet:

Wird der Nachweis der Leistungsfähigkeit nur unter Heranziehung von Subunternehmern erbracht, so ist bei sonstigem Ausscheiden des Angebotes der Subunternehmer bereits mit dem Angebot (z.B. in der Angebotszusammenstellung) namhaft zu machen. Der Zugriff auf diese Subunternehmer muss zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung gegeben sein und ist zum Beispiel durch ein bindendes Angebot nachzuweisen.

Leistungsverzeichnis Pos. 00D3410 "Sicherungspaket" lautet:

Sicherungsposten können nur im unbedingt erforderlichen Ausmaß und nur nach Vereinbarung mit der ÖBA für Arbeiten im Gleis- und Gefahrenbereich der Gleise zur Verfügung gestellt werden. Die Anzahl erforderlicher Sicherungsposten und weitere Arbeiten, die nur unter dem Schutz von Sicherungsposten ausgeführt werden dürfen, werden im Zuge der Evaluierung festgelegt. [...]. Sicherungsposten sind rechtzeitig, mind. jedoch 21 Tage vor dem Bedarf, bei der ÖBA anzufordern.

Leistungsverzeichnis Pos. 00J2320 "ÖBB - Personalbeistellung" lautet:

[...]. Die Kosten für den Kleinwagenführer sowie für Arbeitszugführer oder Sicherungsposten werden vom AG direkt übernommen bzw nach gesonderten Position vergütet. Der Bedarf an SKL-Führer und Verschubpersonal ist mindestens 3 Wochen im Vorhinein der ÖBA bekannt zu geben. [...].

Leistungsverzeichnis Pos. 01 01 1309350 Z Sicherungsposten AN, lautet:

Beistellen von Sicherungsposten. Die Sicherungsposten sind vom AN beizustellen. Die Qualifikation des beigestellten Personals als Sicherungsposten ist dem AG nachweislich vorzulegen. Die Position kommt ausschließlich auf Anordnung durch den AG zur Anwendung.

In der Spalte "Menge/EH" war vorgesehen "1.800,00 h"

Leistungsverzeichnis Pos. 01 01 1309360 Z KL- Führer AN, lautet:

Beistellen von Kleinwagenführer. Die Kleinwagenführer sind vom AN beizustellen. Die Qualifikation des beigestellten Personals als Kleinwagenführer ist dem AG nachweislich vorzulegen. Die Position kommt ausschließlich auf Anordnung durch den AG zur Anwendung.

In der Spalte "Menge/EH" war vorgesehen "1.000,00 h"

Leistungsverzeichnis Pos. 01 01 1309370 Z Arbeitszugführer AN, lautet:

Beistellen von Arbeitszugführer. Die Arbeitszugführer sind vom AN beizustellen. Die Qualifikation des beigestellten Personals als Arbeitszugführer ist dem AG nachweislich vorzulegen. Die Position kommt ausschließlich auf Anordnung durch den AG zur Anwendung.

In der Spalte "Menge/EH" war vorgesehen "400,00 h"

Mit E-Mail vom 4. Oktober 2009 wurde die Antragstellerin ersucht, beim Aufklärungsgespräch am 8. Oktober 2009 u.a. folgende Punkte aufzuklären:

- -Strichaufzählung
Pos. 01 01 1309350 - Sicherungsposten AN: Erfolgt die Personalbeistellung durch Eigenpersonal? Nachweis der Qualifikation?
- -Strichaufzählung
Pos. 01 01 1309360 - KL- Führer AN: Erfolgt die Personalbeistellung durch Eigenpersonal? Nachweis der Qualifikation?
- -Strichaufzählung
Pos. 01 01 1309370 - Arbeitszugführer AN: Erfolgt die Personalbeistellung durch Eigenpersonal? Nachweis der Qualifikation?

Am 8. Oktober 2009 fand ein Aufklärungsgespräch mit der Antragstellerin statt. Im Protokoll über das Aufklärungsgespräch, Pkt. E, wurde u.a. Folgendes festgehalten:

Zu Pos. 01 01 1309350 - Sicherungsposten AN:

Der Bieter erklärt, die Sicherungsposten anzumieten. Sollte eigenes ausgebildetes Personal bis zum Einsatzbeginn vorhanden sein, so wird dieses noch bekannt gegeben. Weiters gibt der Bieter bekannt, dass es österreichweit genügend Anbieter gibt.

Zu Pos. 01 01 1309360 - KL- Führer AN:

Der Bieter erklärt, die KL- Führer ebenfalls anzumieten. Sollte eigenes ausgebildetes Personal bis zum Einsatzbeginn vorhanden sein, so wird dieses noch bekannt gegeben. Weiters gibt der Bieter bekannt, dass es österreichweit genügend Anbieter gibt.

Zu Pos. 01 01 1309370 - Arbeitszugführer AN:

Der Bieter erklärt, die Arbeitszugführer anzumieten. Sollte eigenes ausgebildetes Personal bis zum Einsatzbeginn vorhanden sein, so wird dieses noch bekannt gegeben. Weiters gibt der Bieter bekannt, dass es österreichweit genügend Anbieter gibt.

Aus dem Protokoll der Angebotsprüfung vom 12. Oktober 2009, Seite 7, ergibt sich Folgendes:

Auf Anfrage im Aufklärungsgespräch vom 8. Oktober 2009, ob die Personalbeistellung für diese Leistungen durch Personalbeistellungen oder Eigenpersonal erfolgt und wie der Bieter die Qualifikation nachweisen kann, erklärte der Bieter, die Sicherungsposten, Kleinwagenführer und Arbeitszugführer anzumieten bzw. sollte eigenes ausgebildetes Personal bis zum Einsatzbeginn vorhanden sein, dies noch bekannt zu geben. Der Bieter hat im Angebot diese

sicherheitsrelevanten Leistungen, für welche eine eigene Ausbildung erforderlich ist und ohne welche die ausgeschriebenen Arbeiten nicht durchgeführt werden dürfen, nicht als Subunternehmerleistungen ausgewiesen. Die Personalausstattung für Sicherungsposten AN, KL- Führer AN, Arbeitszugführer AN ist demnach nicht gegeben bzw. konnte nicht nachgewiesen werden.

Mit Schreiben des Auftraggebers vom 14. Oktober 2009 wurde das Angebot der Antragstellerin ausgeschieden. Die Mitteilung über das Ausscheiden lautete:

Wir danken für die Übermittlung Ihres Angebots im oben angeführten Vergabeverfahren und bedauern mitteilen zu müssen, dass ihr Angebot gemäß § 269 Abs 1 Z 2 BVergG mangels Eignung, sohin wegen Nichterfüllen des Kriteriums in Pos. LV Pos. 00A3600, auszuschneiden ist. Dies begründet sich wie folgt: Wir danken für die Übermittlung Ihres Angebots im oben angeführten Vergabeverfahren und bedauern mitteilen zu müssen, dass ihr Angebot gemäß Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG mangels Eignung, sohin wegen Nichterfüllen des Kriteriums in Pos. LV Pos. 00A3600, auszuschneiden ist. Dies begründet sich wie folgt:

[...].

Darüber hinaus ist Ihr Angebot auszuschneiden, da Sie nicht über die notwendige Personalausstattung zum Erbringen der in den Positionen LV 1309350/ 1309360/ 1309370 vorgesehenen Leistungen verfügen.

Im Angebots-LV Seite 14, "Baustellensicherung" (PosNr 01 01 1309), hat die Antragstellerin zu PosNr 01 01 1309350 "Sicherungsposten AN" einen Einheitspreis von Euro XXXX angegeben, in der PosNr 01 01 1309360 "KL-Führer AN" einen Einheitspreis von Euro XXXX und in der PosNr 01 01 1309370 "Arbeitszugführer AN" einen Einheitspreis von Euro XXXX. Bei diesen Auspreisungen handelt es sich um die Kosten für das bei Personalüberlassungsfirmen anzumietende Personal und nicht um die Kosten für Eigenpersonal der Antragstellerin (vgl die diesbezüglichen Angaben des Herrn M***, A***, in der mündlichen Verhandlung, Verhandlungsschrift OZ 24, Seite 3). Im Angebots-LV Seite 14, "Baustellensicherung" (PosNr 01 01 1309), hat die Antragstellerin zu PosNr 01 01 1309350 "Sicherungsposten AN" einen Einheitspreis von Euro römisch 40 angegeben, in der PosNr 01 01 1309360 "KL-Führer AN" einen Einheitspreis von Euro römisch 40 und in der PosNr 01 01 1309370 "Arbeitszugführer AN" einen Einheitspreis von Euro römisch 40 . Bei diesen Auspreisungen handelt es sich um die Kosten für das bei Personalüberlassungsfirmen anzumietende Personal und nicht um die Kosten für Eigenpersonal der Antragstellerin vergleiche die diesbezüglichen Angaben des Herrn M***, A***, in der mündlichen Verhandlung, Verhandlungsschrift OZ 24, Seite 3).

Die Antragstellerin verfügt derzeit selbst über kein ausgebildetes Sicherheitspersonal (Sicherungsposten, KL-Führer, Arbeitszugführer); sie beabsichtigt, eigenes Personal ab Jänner 2010 in sicherheitsrelevanten Fragen ausbilden zu lassen (vgl die diesbezüglichen Angaben des Herrn M***, A***, Verhandlungsschrift OZ 24, Seite 3). Die Antragstellerin beabsichtigt daher, im Falle des Erhalts des gegenständlichen Auftrages, Personal für die Baustellensicherung bei Personalüberlassungsfirmen anzumieten (vgl die diesbezüglichen Angaben der Antragstellerin im Aufklärungsgespräch vom 8.10.2009 und in der mündlichen Verhandlung, VH-Schrift OZ 24, Seite 3). Die Antragstellerin verfügt derzeit selbst über kein ausgebildetes Sicherheitspersonal (Sicherungsposten, KL-Führer, Arbeitszugführer); sie beabsichtigt, eigenes Personal ab Jänner 2010 in sicherheitsrelevanten Fragen ausbilden zu lassen vergleiche die diesbezüglichen Angaben des Herrn M***, A***, Verhandlungsschrift OZ 24, Seite 3). Die Antragstellerin beabsichtigt daher, im Falle des Erhalts des gegenständlichen Auftrages, Personal für die Baustellensicherung bei Personalüberlassungsfirmen anzumieten vergleiche die diesbezüglichen Angaben der Antragstellerin im Aufklärungsgespräch vom 8.10.2009 und in der mündlichen Verhandlung, VH-Schrift OZ 24, Seite 3).

Die Ausbildung der Sicherungsposten ist in der Eisenbahn-ArbeitnehmerInnenschutzverordnung- EIsbAV, BGBl II Nr. 384/1999 idF BGBl II Nr. 108/2009, geregelt. Die Ausbildung der Sicherungsposten ist in der Eisenbahn-ArbeitnehmerInnenschutzverordnung- EIsbAV, Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 384 aus 1999, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 108 aus 2009,, geregelt.

In Teil 3.1 Ausschreibung, "Angebotszusammenstellung", scheint u. a. eine mit "Subunternehmer für wesentliche Teilleistungen" übertitelte Tabelle auf. In dieser Tabelle hat die Antragstellerin einen Subunternehmer für den Leistungsteil "Schweißen" angegeben. Weitere Subunternehmer wurden nicht genannt (vgl Angebot der Antragstellerin). Für die Pos Nr 01 01 1309350, 01 01 1309360 und 01 01 1309370 (Sicherungsposten, KL-Führer und Arbeitszugführer) hat die Antragstellerin keine Subunternehmer bekannt gegeben. In Teil 3.1 Ausschreibung, "Angebotszusammenstellung", scheint u. a. eine mit "Subunternehmer für wesentliche Teilleistungen" übertitelte

Tabelle auf. In dieser Tabelle hat die Antragstellerin einen Subunternehmer für den Leistungsteil "Schweißen" angegeben. Weitere Subunternehmer wurden nicht genannt (vergleiche Angebot der Antragstellerin). Für die Pos Nr 01 01 1309350, 01 01 1309360 und 01 01 1309370 (Sicherungsposten, KL-Führer und Arbeitszugführer) hat die Antragstellerin keine Subunternehmer bekannt gegeben.

Am 21.10.2009 brachte die Antragstellerin Anträge auf Nichtigerklärung des Ausscheidens ihres Angebotes und auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ein. Mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 27.10.2009, N/0110-BVA/09/2009-EV9, wurde dem Antrag stattgegeben und dem Auftraggeber bis längstens 2.12.2009 untersagt, im gegenständlichen Verfahren den Zuschlag zu erteilen.

Der Zuschlag wurde nicht erteilt, das Verfahren auch nicht widerrufen.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

1. a) Litera a

Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages:

Auftraggeber iSd § 2 Z 8 BVergG ist die ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft. Gemäß § 30 Bundesbahngesetz, BGBl I Nr. 825/1992 idGF BGBl I Nr. 95/2009, 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 vom 7.10.2009, N/0105-BVA/04/2009-EV10). Auftraggeber iSd Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft. Gemäß Paragraph 30, Bundesbahngesetz, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 825 aus 1992, idGF Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 95 aus 2009,, 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 vom 7.10.2009, N/0105-BVA/04/2009-EV10).

Gemäß § 31 Abs 1 1. Satz Bundesbahngesetz 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. Da die ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft eine Bereitstellerin von Schieneninfrastruktur ist, handelt es sich um einen im Sektorenbereich tätigen Auftraggeber (vgl auch BVA 12.5.2009, N/0022-BVA/09/2009-27). Gemäß Paragraph 31, Absatz eins, 1. Satz Bundesbahngesetz 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. Da die ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft eine Bereitstellerin von Schieneninfrastruktur ist, handelt es sich um einen im Sektorenbereich tätigen Auftraggeber (vergleiche auch BVA 12.5.2009, N/0022-BVA/09/2009-27).

Der gegenständliche Auftrag ist als Bauauftrag iSd § 174 iVm § 4 BVergG zu qualifizieren. Nach den Angaben des Auftraggebers handelt es sich bei dem verfahrensgegenständlichen Auftrag um einen Teil eines Gesamtvorhabens, welches im Oberschwellenbereich liegt. Der gegenständliche Auftrag ist als Bauauftrag iSd Paragraph 174, in Verbindung mit Paragraph 4, BVergG zu qualifizieren. Nach den Angaben des Auftraggebers handelt es sich bei dem verfahrensgegenständlichen Auftrag um einen Teil eines Gesamtvorhabens, welches im Oberschwellenbereich liegt.

Der Auftrag soll in einem offenen Verfahren vergeben werden. Im offenen Verfahren stellt das Ausscheiden eines Angebotes eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit a sublit aa BVergG dar. Der Auftrag soll in einem offenen Verfahren vergeben werden. Im offenen Verfahren stellt das Ausscheiden eines Angebotes eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG dar.

Der Antrag auf Nichtigerklärung des Ausscheidens erfüllt die formalen Voraussetzungen des § 322 Abs 1 BVergG. Der Antrag auf Nichtigerklärung des Ausscheidens erfüllt die formalen Voraussetzungen des Paragraph 322, Absatz eins, BVergG.

Der Antrag auf Nichtigerklärung des Ausscheidens wurde innerhalb der gemäß § 321 Abs 1 Z 7 BVergG vorgesehenen Frist eingebracht, sodass der Antrag jedenfalls als rechtzeitig anzusehen ist. Der Antrag auf Nichtigerklärung des

Ausscheidens wurde innerhalb der gemäß Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG vorgesehenen Frist eingebracht, sodass der Antrag jedenfalls als rechtzeitig anzusehen ist.

Der Zuschlag wurde nach Auskunft des Auftraggebers noch nicht erteilt, das Verfahren auch nicht widerrufen. Die Pauschalgebühren wurden ordnungsgemäß entrichtet. Der Antrag ist zulässig. Das Bundesvergabeamt ist gemäß § 291 Abs 2 BVergG zur Durchführung des Nachprüfungsverfahrens zuständig. Der Zuschlag wurde nach Auskunft des Auftraggebers noch nicht erteilt, das Verfahren auch nicht widerrufen. Die Pauschalgebühren wurden ordnungsgemäß entrichtet. Der Antrag ist zulässig. Das Bundesvergabeamt ist gemäß Paragraph 291, Absatz 2, BVergG zur Durchführung des Nachprüfungsverfahrens zuständig.

Inhaltliche Beurteilung des Antrages:

Zu Spruchpunkt I:

Laut Auftraggeber sei bei der Antragstellerin die notwendige Personalausstattung für Sicherungsposten (Pos LV 01 01 1309350), KL-Führer (Pos LV 01 01 1309360) und Arbeitszugführer (Pos LV 01 01 1309370) nicht gegeben bzw hätte diese nicht nachgewiesen werden können (siehe Protokoll Angebotsprüfung vom 12.10.2009, Seite 7; Vergabeakt). In der Folge wurde das Angebot der Antragstellerin mangels technischer Leistungsfähigkeit gemäß § 269 Abs 1 Z 2 BVergG u.a. mit der Begründung ausgeschieden, dass die Antragstellerin nicht über die notwendige Personalausstattung zur Erbringung der vorgesehenen Leistungen verfüge (vgl Bekanntgabe des Ausscheidens am 14.10.2009). Laut Auftraggeber sei bei der Antragstellerin die notwendige Personalausstattung für Sicherungsposten (Pos LV 01 01 1309350), KL-Führer (Pos LV 01 01 1309360) und Arbeitszugführer (Pos LV 01 01 1309370) nicht gegeben bzw hätte diese nicht nachgewiesen werden können (siehe Protokoll Angebotsprüfung vom 12.10.2009, Seite 7; Vergabeakt). In der Folge wurde das Angebot der Antragstellerin mangels technischer Leistungsfähigkeit gemäß Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG u.a. mit der Begründung ausgeschieden, dass die Antragstellerin nicht über die notwendige Personalausstattung zur Erbringung der vorgesehenen Leistungen verfüge vergleiche Bekanntgabe des Ausscheidens am 14.10.2009).

Die Antragstellerin behauptet die Rechtswidrigkeit des Ausscheidens ihres Angebotes u.a. damit, dass sie einerseits das erforderliche Sicherheitspersonal von Personalüberlassungsfirmen anzumieten beabsichtige und, für den Fall, dass ihr bis zum Einsatzbeginn eigenes ausgebildetes Personal zur Verfügung stehen sollte, sie dies dem Auftraggeber noch mitteilen würde (vgl Aufklärungsgespräch vom 8.10.2009, Protokoll Seite 3). Überdies würde nach der Ausschreibung das Sicherheitspersonal (Sicherungsposten, KL-Führer und Arbeitszugführer) vom Auftraggeber beigestellt, falls der Bieter dies rechtzeitig bei der ÖBA "abrufe" (vgl Angaben der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung, VH-Schrift Seiten 3 und 4). Die Antragstellerin behauptet die Rechtswidrigkeit des Ausscheidens ihres Angebotes u.a. damit, dass sie einerseits das erforderliche Sicherheitspersonal von Personalüberlassungsfirmen anzumieten beabsichtige und, für den Fall, dass ihr bis zum Einsatzbeginn eigenes ausgebildetes Personal zur Verfügung stehen sollte, sie dies dem Auftraggeber noch mitteilen würde vergleiche Aufklärungsgespräch vom 8.10.2009, Protokoll Seite 3). Überdies würde nach der Ausschreibung das Sicherheitspersonal (Sicherungsposten, KL-Führer und Arbeitszugführer) vom Auftraggeber beigestellt, falls der Bieter dies rechtzeitig bei der ÖBA "abrufe" vergleiche Angaben der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung, VH-Schrift Seiten 3 und 4).

Hiezu ist Folgendes anzumerken:

Die gegenständliche Ausschreibung wurde von der Antragstellerin innerhalb der in § 321 Abs 1 Z 7 BVergG vorgesehenen Frist nicht angefochten. Der Inhalt der Ausschreibungsunterlagen ist daher bestandfest geworden (vgl VwGH 15.9.2004, 2004/04/0054; 17.11.2004, 2002/04/0078; ebenso BVA 11.2.2008, N/0006- BVA/04/2008-24; BVA 12.5.2009, N/0022-BVA/11/2009-27; BVA 30.10.2009, N/0093-BVA/09/2009-54 u. N/0102-BVA/09/2009-32 u.a). Damit sind sowohl der Auftraggeber als auch die Bieter an die in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen gebunden. Die Bindung der für die Zuschlagserteilung in Frage kommenden Angebote an die Ausschreibung ist für die Gleichbehandlung der Bieter iSd § 19 Abs 1 BVergG entscheidend (vgl VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050, und die dort zitierte Rechtsprechung des EuGH vom 25.4.1996, Rs C-87/94, Wallonische Busse, wonach die Abweichung von in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen eine Verletzung wesentlicher Grundsätze des Vergabeverfahrens darstellt; ebenso BVA 8.2.2006, 15N-127/05-25; BVA 12.5.2009, N/0022-BVA/11/2009-27 uva). Die gegenständliche Ausschreibung wurde von der Antragstellerin innerhalb der in Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG vorgesehenen Frist nicht angefochten. Der Inhalt der Ausschreibungsunterlagen ist daher bestandfest geworden vergleiche VwGH 15.9.2004,

2004/04/0054; 17.11.2004, 2002/04/0078; ebenso BVA 11.2.2008, N/0006- BVA/04/2008-24; BVA 12.5.2009, N/0022-BVA/11/2009-27; BVA 30.10.2009, N/0093-BVA/09/2009-54 u. N/0102-BVA/09/2009-32 u.a). Damit sind sowohl der Auftraggeber als auch die Bieter an die in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen gebunden. Die Bindung der für die Zuschlagserteilung in Frage kommenden Angebote an die Ausschreibung ist für die Gleichbehandlung der Bieter iSd Paragraph 19, Absatz eins, BVergG entscheidend vergleiche VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050, und die dort zitierte Rechtsprechung des EuGH vom 25.4.1996, Rs C-87/94, Wallonische Busse, wonach die Abweichung von in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen eine Verletzung wesentlicher Grundsätze des Vergabeverfahrens darstellt; ebenso BVA 8.2.2006, 15N-127/05-25; BVA 12.5.2009, N/0022-BVA/11/2009-27 uva).

Im Leistungsverzeichnis, Pos. 01 01 1309350 Z Sicherungsposten AN, ist festgelegt:

Beistellen von Sicherungsposten. Die Sicherungsposten sind vom AN beizustellen. Die Qualifikation des beigestellten Personals als Sicherungsposten ist dem AG nachweislich vorzulegen. Die Position kommt ausschließlich auf Anordnung durch den AG zur Anwendung.

In der Spalte "Menge/EH" war vorgesehen "1.800,00 h"

Im Leistungsverzeichnis, Pos. 01 01 1309360 Z KL- Führer AN, ist festgelegt:

Beistellen von Kleinwagenführer. Die Kleinwagenführer sind vom AN beizustellen. Die Qualifikation des beigestellten Personals als Kleinwagenführer ist dem AG nachweislich vorzulegen. Die Position kommt ausschließlich auf Anordnung durch den AG zur Anwendung.

In der Spalte "Menge/EH" war vorgesehen "1.000,00 h"

Im Leistungsverzeichnis, Pos. 01 01 1309370 Z Arbeitszugführer AN, ist festgelegt:

Beistellen von Arbeitszugführer. Die Arbeitszugführer sind vom AN beizustellen. Die Qualifikation des beigestellten Personals als Arbeitszugführer ist dem AG nachweislich vorzulegen. Die Position kommt ausschließlich auf Anordnung durch den AG zur Anwendung.

In der Spalte "Menge/EH" war vorgesehen "400,00 h"

Aus dem klaren Wortlaut der bestandsfesten Ausschreibungsbestimmungen [vgl "Die Sicherungsposten sind vom Auftragnehmer beizustellen, die KL-Führer sind vom Auftragnehmer beizustellen, die Arbeitszugführer sind vom Auftragnehmer beizustellen"; vgl auch jeweils die Abkürzung "AN" (für Auftragnehmer) in der Überschrift des LV-Positionstextes] ergibt sich unmissverständlich, dass zu den oben genannten Positionen AN, somit vom Bieter, entsprechendes, qualifiziertes Personal - nämlich Sicherungsposten, KL-Führer und Arbeitszugführer - beizustellen ist und demnach auch anzubieten war. So war von den Bietern auch im Angebots-LV der Einheitspreis je Stunde für Sicherungsposten im Umfang von 1.800 Stunden, für KL-Führer im Ausmaß von 1.000 Stunden und für Arbeitszugführer im Ausmaß von 400 Stunden auszureisen. Dementsprechend hat auch die Antragstellerin im Angebots-LV zu PosNr 01 01 1309350 "Sicherungsposten AN" einen Einheitspreis von Euro XXXX, in der PosNr 01 01 1309360 "KL-Führer AN" einen Einheitspreis von Euro XXXX und in der PosNr 01 01 1309370 "Arbeitszugführer AN" einen Einheitspreis von Euro XXXX angegeben. Durch die Auspreisung dieser LV-Positionen hat auch die Antragstellerin zu erkennen gegeben, dass ihr jedenfalls bewusst war, dass von ihr laut Ausschreibung Personal zur Baustellensicherung anzubieten war und dass es sich hierbei um einen Teil der ausgeschriebenen und demnach anzubietenden Leistung handelt. Aus dem klaren Wortlaut der bestandsfesten Ausschreibungsbestimmungen [vgl "Die Sicherungsposten sind vom Auftragnehmer beizustellen, die KL-Führer sind vom Auftragnehmer beizustellen, die Arbeitszugführer sind vom Auftragnehmer beizustellen"; vergleiche auch jeweils die Abkürzung "AN" (für Auftragnehmer) in der Überschrift des LV-Positionstextes] ergibt sich unmissverständlich, dass zu den oben genannten Positionen AN, somit vom Bieter, entsprechendes, qualifiziertes Personal - nämlich Sicherungsposten, KL-Führer und Arbeitszugführer - beizustellen ist und demnach auch anzubieten war. So war von den Bietern auch im Angebots-LV der Einheitspreis je Stunde für Sicherungsposten im Umfang von 1.800 Stunden, für KL-Führer im Ausmaß von 1.000 Stunden und für Arbeitszugführer im Ausmaß von 400 Stunden auszureisen. Dementsprechend hat auch die Antragstellerin im Angebots-LV zu PosNr 01 01 1309350 "Sicherungsposten AN" einen Einheitspreis von Euro römisch 40 , in der PosNr 01 01 1309360 "KL-Führer AN" einen Einheitspreis von Euro römisch 40 und in der PosNr 01 01 1309370 "Arbeitszugführer AN" einen Einheitspreis von Euro römisch 40 angegeben. Durch die Auspreisung dieser LV-

Positionen hat auch die Antragstellerin zu erkennen gegeben, dass ihr jedenfalls bewusst war, dass von ihr laut Ausschreibung Personal zur Baustellensicherung anzubieten war und dass es sich hierbei um einen Teil der ausgeschriebenen und demnach anzubietenden Leistung handelt.

Wenn nun die Antragstellerin demgegenüber in der mündlichen Verhandlung vorbringt, dass sie die Ausschreibung (Pos 00D3410 bzw 00J2320) dahingehend verstanden habe, dass der Auftraggeber die Sicherungsposten und KL-Führer - nach Abruf durch den Bieter - beistelle und der Bieter dieses Sicherheitspersonal nur dann selbst beizustellen habe, falls er dieses Personal nicht spätestens 3 Wochen vor Beginn der Arbeiten beim Auftraggeber abrufe (vgl Angaben des Herrn M*** sowie RA Mag. O***, VH-Schrift OZ 24, Seiten 3, 4), so ist dies weder mit ihrem Angebot noch mit den einschlägigen Ausschreibungsbestimmungen in Einklang zu bringen: Wenn nun die Antragstellerin demgegenüber in der mündlichen Verhandlung vorbringt, dass sie die Ausschreibung (Pos 00D3410 bzw 00J2320) dahingehend verstanden habe, dass der Auftraggeber die Sicherungsposten und KL-Führer - nach Abruf durch den Bieter - beistelle und der Bieter dieses Sicherheitspersonal nur dann selbst beizustellen habe, falls er dieses Personal nicht spätestens 3 Wochen vor Beginn der Arbeiten beim Auftraggeber abrufe vergleiche Angaben des Herrn M*** sowie RA Mag. O***, VH-Schrift OZ 24, Seiten 3, 4), so ist dies weder mit ihrem Angebot noch mit den einschlägigen Ausschreibungsbestimmungen in Einklang zu bringen:

Leistungsverzeichnis Pos. 00D3410 "Sicherungspaket" lautet:

Sicherungsposten können nur im unbedingt erforderlichen Ausmaß und nur nach Vereinbarung mit der ÖBA für Arbeiten im Gleis- und Gefahrenbereich der Gleise zur Verfügung gestellt werden. Die Anzahl erforderlicher Sicherungsposten und weitere Arbeiten, die nur unter dem Schutz von Sicherungsposten ausgeführt werden dürfen, werden im Zuge der Evaluierung festgelegt. [...]. Sicherungsposten sind rechtzeitig, mind. jedoch 21 Tage vor dem Bedarf, bei der ÖBA anzufordern.

Leistungsverzeichnis Pos. 00J2320 "ÖBB - Personalbeistellung" lautet:

[...]. Die Kosten für den Kleinwagenführer sowie für Arbeitszugführer oder Sicherungsposten werden vom AG direkt übernommen bzw nach gesonderten Positionen vergütet. Der Bedarf an SKL-Führer und Vershubpersonal ist mindestens 3 Wochen im Vorhinein der ÖBA bekannt zu geben. [...].

Die allgemeinen für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der §§ 914ff ABGB sind auch im Vergaberecht anzuwenden (vgl Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus der Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind danach zu beurteilen, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgeblich (vgl VwGH 29.3.2006, 2004/04/0144, 0156, 0157; ebenso BVA 11.1.2008, N/0112-BVA/14/2007-20, BVA 11.2.2008, N/0006-BVA/04/2008-24, BVA 12.5.2009 N/0022-BVA/11/2009-27). Die allgemeinen für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der Paragraphen 914 f, f, ABGB sind auch im Vergaberecht anzuwenden vergleiche Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus der Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind danach zu beurteilen, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgeblich vergleiche VwGH 29.3.2006, 2004/04/0144, 0156, 0157; ebenso BVA 11.1.2008, N/0112-BVA/14/2007-20, BVA 11.2.2008, N/0006-BVA/04/2008-24, BVA 12.5.2009 N/0022-BVA/11/2009-27).

Aus der Sicht eines durchschnittlichen, fachkundigen Bieters bei Anwendung der üblichen Sorgfalt [vgl EuGH 4.12.2003, Rs C- 448/01 (EVN-AG Wien Strom GmbH gegen Republik Österreich); VwGH 17.11.2004, 2002/04/0078; 16.2.2005, 2004/04/0030; BVA 11.2.2008, N/0006-BVA/04/2008-24; BVA 12.5.2009, N/0022-BVA/11/2009-27 u.a.] waren

die Ausschreibungsbestimmungen 00D3410 und 00J2320 in Zusammenschau mit den Bestimmungen der Positionen 01 01 1309350 bis 370 dahingehend zu verstehen, dass der Auftraggeber nur einen Teil des erforderlichen Sicherheitspersonals (auf Abruf durch den Bieter) zur Verfügung stellt.

So ist etwa in Pos 00D3410 davon die Rede, dass Sicherungsposten nur im unbedingt erforderlichen Ausmaß zur Verfügung gestellt werden können.

In Pos 00J2320 "ÖBB-Personalbeistellung", lautet es, dass die Kosten für den KL-Führer sowie für Arbeitszugführer oder Sicherungsposten vom Auftraggeber direkt übernommen bzw nach gesonderten Positionen vergütet werden. Daraus folgt, dass vom Auftraggeber zwar die Kosten für das für diese LV-Positionen erforderliche Personal übernommen werden, das entsprechende Personal selbst, jedoch jeweils vom Auftragnehmer beizustellen ist. Dies findet seinen ausdrücklichen Niederschlag in den damit im Zusammenhang stehenden Positionen 1309350 bis 1309370, worin es jeweils lautet "... sind vom AN beizustellen".

Der Auftraggeber stellt demgegenüber lediglich einen Teil des erforderlichen Personals - auf rechtzeitigen Abruf durch den Bieter - selbst bei. Im Übrigen ist das Sicherheitspersonal jedoch - gegen Kostenübernahme durch den Auftraggeber - vom Bieter beizustellen. So hat auch der Auftraggeber (Mag. P***) in der mündlichen Verhandlung nachvollziehbar angegeben, dass der Auftraggeber maximal 30% der erforderlichen Sicherungsposten beistellen könne (vgl VH-Schrift OZ 24, Seite 4). Der Auftraggeber stellt demgegenüber lediglich einen Teil des erforderlichen Personals - auf rechtzeitigen Abruf durch den Bieter - selbst bei. Im Übrigen ist das Sicherheitspersonal jedoch - gegen Kostenübernahme durch den Auftraggeber - vom Bieter beizustellen. So hat auch der Auftraggeber (Mag. P***) in der mündlichen Verhandlung nachvollziehbar angegeben, dass der Auftraggeber maximal 30% der erforderlichen Sicherungsposten beistellen könne vergleiche VH-Schrift OZ 24, Seite 4).

Das Vorbringen der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung, wonach sich aus der Ausschreibung ergebe, dass der Auftraggeber grundsätzlich das gesamte erforderliche Sicherheitspersonal zur Verfügung stelle, wenn dieses vom Bieter nur rechtzeitig abgerufen würde, und dass die Pos 01 01 1309350 bis 370 nur für den Fall auszupreisen gewesen wären, dass der Bieter das Sicherheitspersonal nicht spätestens 3 Wochen vor Beginn der Arbeiten beim Auftraggeber abrufe, stellt sich somit als Schutzbehauptung dar, die in der Ausschreibung keine Deckung findet.

Wie die Antragstellerin im Aufklärungsgespräch zu ihrem Angebot zu Protokoll gegeben und in der mündlichen Verhandlung vor dem BVA nochmals bekräftigt hat, handelt es sich bei den in den Pos 01 01 1309350 bis 370 des Ausschreibungs-LV angesetzten Einheitspreisen nicht um die Kosten für Eigenpersonal, sondern um die Kosten für das von der Antragstellerin bei Personalüberlassungsfirmen anzumietende (Fremd-)Personal (vgl die diesbezüglichen Angaben des Herrn M***, A***, in der mündlichen Verhandlung, Verhandlungsschrift OZ 24, Seite 3). Die entsprechenden Angaben der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung stimmen mit ihren ausdrücklichen Ausführungen im Aufklärungsgespräch vom 8.10.2009 überein, wo sie erklärte, die Sicherungsposten, KL-Führer bzw Arbeitszugführer anzumieten und (nur) für den Fall, dass allenfalls eigenes ausgebildetes Personal bis zum Einsatzbeginn vorhanden sein sollte, sie dies dem Auftraggeber bekannt geben werde (siehe Protokoll Aufklärungsgespräch). Die Antragstellerin hat in ihrem Angebot zu den betreffenden Positionen des LV somit die Leistungserbringung durch anzumietendes Personal angeboten. Wie die Antragstellerin im Aufklärungsgespräch zu ihrem Angebot zu Protokoll gegeben und in der mündlichen Verhandlung vor dem BVA nochmals bekräftigt hat, handelt es sich bei den in den Pos 01 01 1309350 bis 370 des Ausschreibungs-LV angesetzten Einheitspreisen nicht um die Kosten für Eigenpersonal, sondern um die Kosten für das von der Antragstellerin bei Personalüberlassungsfirmen anzumietende (Fremd-)Personal vergleiche die diesbezüglichen Angaben des Herrn M***, A***, in der mündlichen Verhandlung, Verhandlungsschrift OZ 24, Seite 3). Die entsprechenden Angaben der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung stimmen mit ihren ausdrücklichen Ausführungen im Aufklärungsgespräch vom 8.10.2009 überein, wo sie erklärte, die Sicherungsposten, KL-Führer bzw Arbeitszugführer anzumieten und (nur) für den Fall, dass allenfalls eigenes ausgebildetes Personal bis zum Einsatzbeginn vorhanden sein sollte, sie dies dem Auftraggeber bekannt geben werde (siehe Protokoll Aufklärungsgespräch). Die Antragstellerin hat in ihrem Angebot zu den betreffenden Positionen des LV somit die Leistungserbringung durch anzumietendes Personal angeboten.

Derzeit verfügt die Antragstellerin sohin nach ihren eigenen Angaben nicht über eigenes, nach den Pos 01 01 1309350 bis 370 erforderliches ausgebildetes Sicherheitspersonal, sondern soll dieses bei Personalüberlassungsfirmen angemietet werden. Die Antragstellerin selbst beabsichtigt überhaupt erst ab Jänner 2010 entsprechendes eigenes

Personal für solche Zwecke ausbilden zu lassen (vgl Angaben des Herrn M*** in der mündlichen Verhandlung, VH-Schrift, Seite 3). Derzeit verfügt die Antragstellerin sohin nach ihren eigenen Angaben nicht über eigenes, nach den Pos 01 01 1309350 bis 370 erforderliches ausgebildetes Sicherheitspersonal, sondern soll dieses bei Personalüberlassungsfirmen angemietet werden. Die Antragstellerin selbst beabsichtigt überhaupt erst ab Jänner 2010 entsprechendes eigenes Personal für solche Zwecke ausbilden zu lassen vergleiche Angaben des Herrn M*** in der mündlichen Verhandlung, VH-Schrift, Seite 3).

Daraus folgt, dass die Antragstellerin im für das Vorliegen der technischen Leistungsfähigkeit maßgeblichen Zeitpunkt der Angebotsöffnung (vgl § 230 BVergG) nicht selbst über das zur Leistungserbringung erforderliche Personal und somit nicht über die erforderliche technische Leistungsfähigkeit, verfügt. Die Antragstellerin benötigt somit das erst von dritter Seite anzumietende Personal zur Darstellung ihrer eigenen (technischen) Leistungsfähigkeit. Beim von der Antragstellerin zum Zweck der Leistungserbringung anzumietenden Personal handelt es sich, wie nachstehend ausgeführt wird, um Subunternehmer, die im Angebot zu nominieren gewesen wären: Daraus folgt, dass die Antragstellerin im für das Vorliegen der technischen Leistungsfähigkeit maßgeblichen Zeitpunkt der Angebotsöffnung vergleiche Paragraph 230, BVergG) nicht selbst über das zur Leistungserbringung erforderliche Personal und somit nicht über die erforderliche technische Leistungsfähigkeit, verfügt. Die Antragstellerin benötigt somit das erst von dritter Seite anzumietende Personal zur Darstellung ihrer eigenen (technischen) Leistungsfähigkeit. Beim von der Antragstellerin zum Zweck der Leistungserbringung anzumietenden Personal handelt es sich, wie nachstehend ausgeführt wird, um Subunternehmer, die im Angebot zu nominieren gewesen wären:

Im Leistungsverzeichnis Pos. 00A3710, "Leistungsfähigkeit durch Subunternehmer", ist Folgendes - bestandsfest - festgelegt:

Wird der Nachweis der Leistungsfähigkeit nur unter Heranziehung von Subunternehmern erbracht, so ist bei sonstigem Ausscheiden des Angebotes der Subunternehmer bereits mit dem Angebot (z.B. in der Angebotszusammenstellung) namhaft zu machen. Der Zugriff auf diese Subunternehmer muss zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung gegeben sein und ist zum Beispiel durch ein bindendes Angebot nachzuweisen. [...].

Diese Ausschreibungsbestimmung legt also - in Entsprechung des § 257 Abs 1 Z 2 BVergG - fest, dass ein Bieter, der zur Darstellung seiner technischen Leistungsfähigkeit einen Subunternehmer benötigt, diesen Subunternehmer bei sonstigem Ausscheiden seines Angebotes bereits zwingend mit dem Angebot bekannt zu geben hat. Diese Ausschreibungsbestimmung legt also - in Entsprechung des Paragraph 257, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG - fest, dass ein Bieter, der zur Darstellung seiner technischen Leistungsfähigkeit einen Subunternehmer benötigt, diesen Subunternehmer bei sonstigem Ausscheiden seines Angebotes bereits zwingend mit dem Angebot bekannt zu geben hat.

Nach der Bestimmung des § 257 Abs 1 Z 2 leg cit muss jedes Angebot insbesondere enthalten: Bekanntgabe der Subunternehmer, deren Leistungsfähigkeit für den Nachweis der Leistungsfähigkeit des Bieters erforderlich ist. Dies unter Beilage der erforderlichen Bescheinigungen und dem Nachweis, dass der Bieter über deren Kapazitäten [...] verfügt. Bekanntgabe aller Teile oder - wenn dies in der Ausschreibung vorgesehen ist - nur der wesentlichen Teile des Auftrages, die der Bieter jedenfalls oder möglicherweise im Wege von Subaufträgen an Dritte zu vergeben beabsichtigt. [...]. Die in Frage kommenden Subunternehmer sind unter Nachweis ihrer Befugnis und beruflichen Zuverlässigkeit bekannt zu geben. Nach der Bestimmung des Paragraph 257, Absatz eins, Ziffer 2, leg cit muss jedes Angebot insbesondere enthalten: Bekanntgabe der Subunternehmer, deren Leistungsfähigkeit für den Nachweis der Leistungsfähigkeit des Bieters erforderlich ist. Dies unter Beilage der erforderlichen Bescheinigungen und dem Nachweis, dass der Bieter über deren Kapazitäten [...] verfügt. Bekanntgabe aller Teile oder - wenn dies in der Ausschreibung vorgesehen ist - nur der wesentlichen Teile des Auftrages, die der Bieter jedenfalls oder möglicherweise im Wege von Subaufträgen an Dritte zu vergeben beabsichtigt. [...]. Die in Frage kommenden Subunternehmer sind unter Nachweis ihrer Befugnis und beruflichen Zuverlässigkeit bekannt zu geben.

In Teil 3.1 Ausschreibung, "Angebotszusammenstellung", scheint auch eine mit "Subunternehmer für wesentliche Teilleistungen" übertitelte Tabelle auf. Aus dieser Tabelle geht hervor, dass der Bieter iSd zuvor wiedergegebenen Gesetzesbestimmung darüber hinaus auch zur Angabe jener Subunternehmer verhalten ist, die er zur Ausführung wesentlicher Teilleistungen heranzuziehen beabsichtigt (vgl auch § 240 2.Satz BVergG, wonach der Sektorenauftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen festzulegen hat, ob nur die wesentlichen Teile des Auftrages,

die der Bieter jedenfalls oder möglicherweise im Wege von Subaufträgen an Dritte zu vergeben beabsichtigt, bekannt zu geben sind). In dieser Tabelle hat die Antragstellerin für den Leistungsteil "Schweißen" einen Subunternehmer angegeben. In Teil 3.1 Ausschreibung, "Angebotszusammenstellung", scheint auch eine mit "Subunternehmer für wesentliche Teilleistungen" übertitelte Tabelle auf. Aus dieser Tabelle geht hervor, dass der Bieter iSd zuvor wiedergegebenen Gesetzesbestimmung darüber hinaus auch zur Angabe jener Subunternehmer verhalten ist, die er zur Ausführung wesentlicher Teilleistungen heranzuziehen beabsichtigt (vergleiche auch Paragraph 240, 2. Satz BVergG, wonach der Sektorenauftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen festzulegen hat, ob nur die wesentlichen Teile des Auftrages, die der Bieter jedenfalls oder möglicherweise im Wege von Subaufträgen an Dritte zu vergeben beabsichtigt, bekannt zu geben sind). In dieser Tabelle hat die Antragstellerin für den Leistungsteil "Schweißen" einen Subunternehmer angegeben.

Weitere Subunternehmer hat die Antragstellerin in ihrem Angebot nicht namhaft gemacht. Für die Pos Nr 01 01 1309350 bis 01 01 1309370, für die die Antragstellerin Subunternehmer für ihre technische Leistungsfähigkeit benötigt, hat die Antragstellerin keine Subunternehmer bekannt gegeben.

Die Verpflichtung zur Angabe jener Unternehmer, die für wesentliche Teilleistungen herangezogen werden sollen, besteht jedoch neben und unabhängig von der Verpflichtung zur Angabe der für die eigene Leistungsfähigkeit erforderlichen Subunternehmer und ist von dieser zu unterscheiden. Die ebenso in der Ausschreibung normierte Verpflichtung zur Nennung der zum Nachweis der eigenen Leistungsfähigkeit benötigten Subunternehmer kann daher auch nicht durch die Verpflichtung zur Nennung der für wesentliche Teilleistungen herangezogenen Subunternehmer ersetzt werden. Vgl auch Zellhofer/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, zu der der Regelung des § 257 Abs 1 Z 2 BVergG insofern gleichlautenden Regelung des § 83, wonach Subunternehmer, die der Bieter zur Darstellung seiner Eignung benötigt ("eignungsrelevante Subunternehmer") gemäß § 108 Abs 1 Z 2 BVergG immer, dh auch dann - wenn sie nur unwesentliche Leistungsteile erbringen, bekannt zu geben sind. Für diese Subunternehmer ist darüber hinaus der Nachweis der Verfügungsmöglichkeit iSd § 76 leg cit zu erbringen. Die Verpflichtung zur Angabe jener Unternehmer, die für wesentliche Teilleistungen herangezogen werden sollen, besteht jedoch neben und unabhängig von der Verpflichtung zur Angabe der für die eigene Leistungsfähigkeit erforderlichen Subunternehmer und ist von dieser zu unterscheiden. Die ebenso in der Ausschreibung normierte Verpflichtung zur Nennung der zum Nachweis der eigenen Leistungsfähigkeit benötigten Subunternehmer kann daher auch nicht durch die Verpflichtung zur Nennung der für wesentliche Teilleistungen herangezogenen Subunternehmer ersetzt werden. Vgl auch Zellhofer/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, zu der der Regelung des Paragraph 257, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG insofern gleichlautenden Regelung des Paragraph 83,, wonach Subunternehmer, die der Bieter zur Darstellung seiner Eignung benötigt ("eignungsrelevante Subunternehmer") gemäß Paragraph 108, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG immer, dh auch dann - wenn sie nur unwesentliche Leistungsteile erbringen, bekannt zu geben sind. Für diese Subunternehmer ist darüber hinaus der Nachweis der Verfügungsmöglichkeit iSd Paragraph 76, leg cit zu erbringen.

Die Auffassung der Antragstellerin, dass im gegenständlichen Fall allein die für die Erbringung wesentlicher Teilleistungen beabsichtigten Subunternehmer namhaft zu machen gewesen wären, ist somit verfehlt.

Bei den in Rede stehenden Positionen handelt es sich um im LV ausgeschriebene Leistungspositionen, die als solche - entgegen der Auffassung der Antragstellerin - sehr wohl Teil der zu vergebenden und vom Auftragnehmer zu erbringenden Leistung sind. Werden von einem vom (Haupt-)Auftragnehmer beigezogenen Unternehmer jedoch Teile der zu vergebenden Leistung erbracht, so sind diese Leistungen entgegen der Ansicht der Antragstellerin nicht als bloße von Hilfsunternehmen erbrachte Hilfstätigkeiten zu qualifizieren (siehe Zellhofer/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, zu der der Regelung des § 257 Abs 1 Z 2 BVergG entsprechenden Regelung des § 83, Rz 12). Solche Unternehmer erbringen vielmehr Subunternehmerleistungen und sind als bekanntgabepflichtige Subunternehmer einzustufen. Bei den in Rede stehenden Positionen handelt es sich um im LV ausgeschriebene Leistungspositionen, die als solche - entgegen der Auffassung der Antragstellerin - sehr wohl Teil der zu vergebenden und vom Auftragnehmer zu erbringenden Leistung sind. Werden von einem vom (Haupt-)Auftragnehmer beigezogenen Unternehmer jedoch Teile der zu vergebenden Leistung erbracht, so sind diese Leistungen entgegen der Ansicht der Antragstellerin nicht als bloße von Hilfsunternehmen erbrachte Hilfstätigkeiten zu qualifizieren (siehe

Zellhofer/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, zu der der Regelung des Paragraph 257, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG entsprechenden Regelung des Paragraph 83,, Rz 12). Solche Unternehmer erbringen vielmehr Subunternehmerleistungen und sind als bekanntgabepflichtige Subunternehmer einzustufen.

In diesem Zusammenhang ist auch auf die - auch außerhalb der Bauwirtschaft relevante - Definition des Subunternehmerbegriffes in der ÖNORM B 2110 hinzuweisen, die lautet: "Subunternehmer ist ein Unternehmer, der Teile der an den Auftragnehmer (AN) übertragenen Leistungen ausführt und vertraglich nur an diesen gebunden ist" (vgl auch Wiesinger in ZVB 11/2008, Seite 298ff "Berührungspunkte von Gewerberecht und Vergaberecht - Teil 1"). In diesem Zusammenhang ist auch auf die - auch außerhalb der Bauwirtschaft relevante - Definition des Subunternehmerbegriffes in der ÖNORM B 2110 hinzuweisen, die lautet: "Subunternehmer ist ein Unternehmer, der Teile der an den Auftragnehmer (AN) übertragenen Leistungen ausführt und vertraglich nur an diesen gebunden ist" vergleiche auch Wiesinger in ZVB 11 aus 2008,, Seite 298ff "Berührungspunkte von Gewerberecht und Vergaberecht - Teil 1").

Genau dies, nämlich die Erbringung eines Teiles der an den Auftragnehmer übertragenen Leistung, soll im vorliegenden Fall durch das von der Antragstellerin bei Personalüberlassungsfirmen anzumietende Personal erfolgen. Bei dem hierfür bei Personalüberlassungsfirmen anzumietenden Personal handelt es sich somit um kein bloßes Hilfspersonal und beim Personalüberlasser um kein bloßes Hilfsunternehmen.

Hinzu kommt, dass nach der Judikatur des VwGH Personalüberlassungsfirmen Subunternehmern gleichzusetzen und daher wie diese namhaft zu machen sind (VwGH 29.5.2002, 2002/04/0023).

Selbst im Falle, dass man dieser Ansicht des VwGH mit der Begründung, dass es keinen Unterschied mache, ob der Auftragnehmer seinen Personalbedarf über die Einstellung von Arbeitnehmern oder über Verträge mit Personalüberlassungsfirmen decke, da das fremde Personal in den Betrieb des Auftragnehmers eingegliedert werde und der Auftragnehmer in beiden Fällen die Kontrolle über die Erbringung der Leistung behalte und nicht an Dritte auslagere, nicht zuneigen sollte, führt dies hier zu keiner abweichenden Beurteilung. Geht nämlich die Leistung des betreffenden Unternehmens über die reine Personalüberlassung hinaus, was etwa wie in der konkreten Konstellation dann der Fall ist, wenn entsprechende Qualifikationen erforderlich sind, sodass die Kontrolle stark ausgelagert wird, ist jedenfalls eine Gleichstellung der Personalüberlassern mit Subunternehmern anzunehmen und gerechtfertigt (vgl Zellhofer/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 83 Rz 13). Selbst im Falle, dass man dieser Ansicht des VwGH mit der Begründung, dass es keinen Unterschied mache, ob der Auftragnehmer seinen Personalbedarf über die Einstellung von Arbeitnehmern oder über Verträge mit Personalüberlassungsfirmen decke, da das fremde Personal in den Betrieb des Auftragnehmers eingegliedert werde und der Auftragnehmer in beiden Fällen die Kontrolle über die Erbringung der Leistung behalte und nicht an Dritte auslagere, nicht zuneigen sollte, führt dies hier zu keiner abweichenden Beurteilung. Geht nämlich die Leistung des betreffenden Unternehmens über die reine Personalüberlassung hinaus, was etwa wie in der konkreten Konstellation dann der Fall ist, wenn entsprechende Qualifikationen erforderlich sind, sodass die Kontrolle stark ausgelagert wird, ist jedenfalls eine Gleichstellung der Personalüberlassern mit Subunternehmern anzunehmen und gerechtfertigt vergleiche Zellhofer/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 83, Rz 13).

Im Sinne des Gesagten geht die Leistung des von der Antragstellerin bei Personalüberlassungsfirmen anzumietenden Personals weit über eine "reine" Personalüberlassung hinaus, da das Sicherheitspersonal eine spezielle Ausbildung nachzuweisen hat (vgl EISbAV). Im Sinne des Gesagten geht die Leistung des von der Antragstellerin bei Personalüberlassungsfirmen anzumietenden Personals weit über eine "reine" Personalüberlassung hinaus, da das Sicherheitspersonal eine spezielle Ausbildung nachzuweisen hat vergleiche EISbAV).

Laut Eisenbahn-ArbeitnehmerInnenschutzverordnung (EISbAV; BGBl II Nr. 384/1999 idGF), § 29, dürfen Arbeitgeber als Sicherungsposten nur Arbeitnehmer einsetzen, die das 18. Lebensjahr vollendet haben und die erforderlichen Fachkenntnisse über die mit den Tätigkeiten im Gefahrenraum von Gleisen verbundenen Gefahren und spezifischen Arbeitsbedingungen und über die hierfür erforderlichen Sicherheitsmaßnahmen nachweisen. Laut Eisenbahn-ArbeitnehmerInnenschutzverordnung (EISbAV; Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 384 aus 1999, idGF), Paragraph 29,, dürfen Arbeitgeber als Sicherungsposten nur Arbeitnehmer einsetzen, die das 18. Lebensjahr vollendet haben und die erforderlichen Fachkenntnisse über die mit den Tätigkeiten im Gefahrenraum von Gleisen verbundenen Gefahren und spezifischen Arbeitsbedingungen und über die hierfür erforderlichen Sicherheitsmaßnahmen nachweisen.

Gemäß § 30 leg cit müssen Sicherungsposten. Gemäß Paragraph 30, leg cit müssen Sicherungsposten:

- -Strichaufzählung
[...]
- -Strichaufzählung
die Funktionsfähigkeit der Signalmittel vor Beginn der Bauarbeiten und wiederholt während der Arbeiten prüfen
- -Strichaufzählung
Warnsignale geben, sobald die Annäherung eines Schienenfahrzeuges wahrgenommen wird
- -Strichaufzählung
[...]
- -Strichaufzählung
dem Triebfahrzeugführer Signale zum sofortigen Anhalten geben, sobald sie feststellen, dass der Gefahrenraum des Gleises nicht rechtzeitig geräumt werden kann
- -Strichaufzählung
den Gefahrenraum der Gleise räumen lassen, sobald sie eine Unterbrechung der Sicht- oder Hörverbindung feststellen.

Gemäß § 32 Abs 1 EisbAV darf mit den Bauarbeiten erst begonnen werden, wenn die erforderlichen Sicherungsmaßnahmen durchgeführt sind. Gemäß Paragraph 32, Absatz eins, EisbAV darf mit den Bauarbeiten erst begonnen werden, wenn die erforderlichen Sicherungsmaßnahmen durchgeführt sind.

§ 48 Abs 1 EisbAV lautet: Zusätzlich zu den in § 2 der Fachkenntnisnachweis-Verordnung genannten Tätigkeiten dürfen Arbeitgeber mit nachfolgenden Arbeiten nur Arbeitnehmer beschäftigen, die die entsprechenden Fachkenntnisse durch ein Zeugnis gemäß § 4 der Fachkenntnisnachweis-Verordnung, BGBl II Nr. 13/2007, nachweisen: Paragraph 48, Absatz eins, EisbAV lautet: Zusätzlich zu den in Paragraph 2, der Fachkenntnisnachweis-Verordnung genannten Tätigkeiten dürfen Arbeitgeber mit nachfolgenden Arbeiten nur Arbeitnehmer beschäftigen, die die entsprechenden Fachkenntnisse durch ein Zeugnis gemäß Paragraph 4, der Fachkenntnisnachweis-Verordnung, Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 13 aus 2007,, nachweisen:

1. 1) Ziffer eins

Arbeiten als Sicherungsposten (§ 30) Arbeiten als Sicherungsposten (Paragraph 30,)

[...]

Gemäß § 49 leg cit muss die Ausbildung für die unter § 48 angeführten Arbeiten je nach Ausbildungsgebiet mindestens die nachfolgend angeführte Gesamtzahl an Unterrichtseinheiten (einschließlich praktischer Übungen) umfassen: Für Arbeiten als Sicherungsposten mindestens 24 Unterrichtseinheiten (Anhang 1). Gemäß Paragraph 49, leg cit muss die Ausbildung für die unter Paragraph 48, angeführten Arbeiten je nach Ausbildungsgebiet mindestens die nachfolgend angeführte Gesamtzahl an Unterrichtseinheiten (einschließlich praktischer Übungen) umfassen: Für Arbeiten als Sicherungsposten mindestens 24 Unterrichtseinheiten (Anhang 1).

Anhang 1, "Fachkenntnisse Ausbildungsgebiet gemäß § 49 Z 1, Sicherungsposten" Anhang 1, "Fachkenntnisse Ausbildungsgebiet gemäß Paragraph 49, Ziffer eins,, Sicherungsposten":

Verhalten im Gefahrenraum der Gleise (Bedeutung der Signale, Gestaltung der Bahn- und Gleisanlagen, Elektroschutz bei elektrischen Bahnen, Eisenbahn-ArbeitnehmerInnenschutzverordnung (8 UE), Grundlagen der Betriebsabwicklung [Organisation des Eisenbahnbetriebes, Grundlagen des Vorschriftswesens (4 UE)], Arbeitnehmerschutzvorschriften für Sicherungsposten [Eisenbahn-ArbeitnehmerInnenschutzverordnung (4 UE)], Betriebsvorschriften für Sicherungsposten [einschließlich Signalvorschriften (8 UE)].

Das heißt, dass die konkrete Ausbildung von Sicherungsposten zumindest 24 Unterrichtseinheiten beträgt. Richtig ist somit, dass die vorgeschriebenen 24 Unterrichtseinheiten für die SIPO-Ausbildung binnen drei Tagen absolviert werden können, wie dies Herr M*** vorgebracht hat (Anm: bestätigt auch von Herrn L*** in der mündlichen Verhandlung, VH-Schrift Seite 4). Es ist jedoch zu beachten, dass im Vorfeld auch eine sechsmonatige Praxis (Vorgabe des BMVIT) sowie eine eignungspsychologische Untersuchung und eine ärztliche Tauglichkeitsprüfung zu absolvieren sind (vgl die unwidersprochen gebliebenen Angaben des Herrn L*** in der mündlichen Verhandlung, VH-Schrift OZ 24, Seite 4). Das heißt, dass die konkrete Ausbildung von Sicherungsposten zumindest 24 Unterrichtseinheiten beträgt.

Richtig ist somit, dass die vorgeschriebenen 24 Unterrichtseinheiten für die SIPO-Ausbildung binnen drei Tagen absolviert werden können, wie dies Herr M*** vorgebracht hat (Anmerkung, bestätigt auch von Herrn L*** in der mündlichen Verhandlung, VH-Schrift Seite 4). Es ist jedoch zu beachten, dass im Vorfeld auch eine sechsmonatige Praxis (Vorgabe des BMVIT) sowie eine eignungspsychologische Untersuchung und eine ärztliche Tauglichkeitsprüfung zu absolvieren sind (vergleiche die unwidersprochen gebliebenen Angaben des Herrn L*** in der mündlichen Verhandlung, VH-Schrift OZ 24, Seite 4).

Schließlich vermag auch die von der Antragstellerin ins Treffen geführte Entscheidung des BVA vom 12.5.2009, N/0022-BVA/11/2009- 27, der zur Folge der "Zugriff" auf den Subunternehmer ausschließlich für den Fall nachzuweisen sei, dass der Bieter seine Leistungsfähigkeit nur durch Subunternehmer nachweisen könne, zu keinem abweichenden Ergebnis zu führen.

Wenn auch die Antragstellerin in ihren Schriftsätzen nunmehr vorbringt, dass sie zur Erbringung der Leistung selbst in der Lage sei bzw über einen entsprechenden Ressourcenpool im Konzern verfüge, so übersieht sie den wesentlichen Umstand, dass sie im Aufklärungsgespräch zu ihrem Angebot ausdrücklich angegeben hat, dass sie das entsprechende Personal anmieten werde, und zwar bei Personalüberlassungsfirmen. In diesem Zusammenhang hat die Antragstellerin zudem ausdrücklich darauf hingewiesen, dass es österreichweit genügend Anbieter gebe (Anm: gemeint Personalüberlassungsfirmen). Davon, dass der Antragstellerin hierfür eigenes ausgebildetes Personal oder ein konzernweiter Ressourcenpool zur Verfügung stünden, wie sie nunmehr im Nachprüfungsverfahren vor dem BVA vorbringt, war im Aufklärungsgespräch zu ihrem Angebot keinerlei Rede. Sollte dies nunmehr plötzlich der Fall sein, wäre darin auch eine - im offenen Verfahren unzulässige - Angebotsänderung gelegen. So hat die Antragstellerin dem Auftraggeber im Aufklärungsgespräch nämlich dezitiert mitgeteilt, dass sie (nur) in dem Fall, dass sie zu Leistungsbeginn (allenfalls) über eigenes ausgebildetes Personal verfügen sollte, dies dem Auftraggeber bekannt geben werde. Damit hat die Antragstellerin aber selbst eingeräumt, dass es ihr im maßgeblichen Zeitpunkt der Angebotsöffnung am erforderlichen eigenen Personal mangelt und sie diesen Bedarf nur durch Anmietung von Fremdpersonal, somit mittels namhaft zu machender Subunternehmer, decken kann. Wenn auch die Antragstellerin in ihren Schriftsätzen nunmehr vorbringt, dass sie zur Erbringung der Leistung selbst in der Lage sei bzw über einen entsprechenden Ressourcenpool im Konzern verfüge, so übersieht sie den wesentlichen Umstand, dass sie im Aufklärungsgespräch zu ihrem Angebot ausdrücklich angegeben hat, dass sie das entsprechende Personal anmieten werde, und zwar bei Personalüberlassungsfirmen. In diesem Zusammenhang hat die Antragstellerin zudem ausdrücklich darauf hingewiesen, dass es österreichweit genügend Anbieter gebe (Anmerkung, gemeint Personalüberlassungsfirmen). Davon, dass der Antragstellerin hierfür eigenes ausgebildetes Personal oder ein konzernweiter Ressourcenpool zur Verfügung stünden, wie sie nunmehr im Nachprüfungsverfahren vor dem BVA vorbringt, war im Aufklärungsgespräch zu ihrem Angebot keinerlei Rede. Sollte dies nunmehr plötzlich der Fall sein, wäre darin auch eine - im offenen Verfahren unzulässige - Angebotsänderung gelegen. So hat die Antragstellerin dem Auftraggeber im Aufklärungsgespräch nämlich dezitiert mitgeteilt, dass sie (nur) in dem Fall, dass sie zu Leistungsbeginn (allenfalls) über eigenes ausgebildetes Personal verfügen sollte, dies dem Auftraggeber bekannt geben werde. Damit hat die Antragstellerin aber selbst eingeräumt, dass es ihr im maßgeblichen Zeitpunkt der Angebotsöffnung am erforderlichen eigenen Personal mangelt und sie diesen Bedarf nur durch Anmietung von Fremdpersonal, somit mittels namhaft zu machender Subunternehmer, decken kann.

Auch wenn die Antragstellerin, wie sie in der mündlichen Verhandlung erstmalig vorbrachte, tatsächlich bereits einen Rahmenvertrag mit einer Personalüberlassungsfirma haben sollte, so ändert dies nichts daran, dass diese Personalüberlassungsfirma im Angebot als Subunternehmer namhaft zu machen gewesen und die tatsächliche Verfügbarkeit dieser Ressourcen bereits mit dem Angebot nachzuweisen gewesen wären.

Gemäß § 187 Abs 1 BVergG sind Vergabeverfahren nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen zu angemessenen Preisen zu erfolgen. Gemäß Paragraph 187, Absatz eins, BVergG sind Vergabeverfahren nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des

Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauterer Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

Nach § 267 Abs 1 BVergG hat die Prüfung der Angebote in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien zu erfolgen. Nach Abs 2 leg cit ist dabei etwa im Einzelnen zu prüfen, ob die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Bieters bzw - bei der Weitergabe von Teilen der Leistung - der namhaft gemachten Subunternehmer gegeben ist und ob das Angebot den sonstigen Bestimmungen der Ausschreibung entspricht, insbesondere ob es formrichtig und vollständig ist. Nach Paragraph 267, Absatz eins, BVergG hat die Prüfung der Angebote in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien zu erfolgen. Nach Absatz 2, leg cit ist dabei etwa im Einzelnen zu prüfen, ob die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Bieters bzw - bei der Weitergabe von Teilen der Leistung - der namhaft gemachten Subunternehmer gegeben ist und ob das Angebot den sonstigen Bestimmungen der Ausschreibung entspricht, insbesondere ob es formrichtig und vollständig ist.

Gemäß § 269 Abs 1 Z 2 BVergG hat der Sektorenauftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung aufgrund des Ergebnisses der Prüfung im Oberschwellenbereich, Angebote von Bietern auszuschneiden, deren Befugnis, finanzielle, wirtschaftliche oder technische Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit nicht gegeben ist. Gemäß Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG hat der Sektorenauftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung aufgrund des Ergebnisses der Prüfung im Oberschwellenbereich, Angebote von Bietern auszuschneiden, deren Befugnis, finanzielle, wirtschaftliche oder technische Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit nicht gegeben ist.

Aus dem oben Gesagten folgt, dass das Angebot der Antragstellerin vom Auftraggeber bereits infolge fehlender technischer Leistungsfähigkeit zu Recht ausgeschieden wurde. Auf das übrige Vorbringen zum Ausscheiden des Angebotes (mangelnde Referenzen) war sohin nicht mehr einzugehen.

Zu Spruchpunkt II:

Gemäß § 319 Abs 1 BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 leg.cit. entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 leg.cit. entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, leg.cit. entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, leg.cit. entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird.

Wie sich aus Spruchpunkt I des gegenständlichen Bescheides ergibt, wurde der Antrag auf Nichtigerklärung des Ausscheidens abgewiesen. Ein - auch nur teilweises - Obsiegen des Antragstellers iSd § 319 Abs 1 BVergG liegt sohin nicht vor. Der Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag war daher abzuweisen. Wie sich aus Spruchpunkt römisch eins des gegenständlichen Bescheides ergibt, wurde der Antrag auf Nichtigerklärung des Ausscheidens abgewiesen. Ein - auch nur teilweises - Obsiegen des Antragstellers iSd Paragraph 319, Absatz eins, BVergG liegt sohin nicht vor. Der Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag war daher abzuweisen.

Dies gilt auch für den Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühr für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Zwar wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit Bescheid des BVA vom 27.10.2009, GZ N/0110-BVA/09/2009-EV9, stattgegeben, der Nachprüfungsantrag jedoch abgewiesen (vgl Spruchpunkt I). Ein Ersatz der Pauschalgebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung kam daher gemäß § 319 Abs 2 BVergG nicht in Betracht. Dies gilt auch für den Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühr für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Zwar wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit Bescheid des BVA vom 27.10.2009, GZ N/0110-BVA/09/2009-EV9, stattgegeben, der Nachprüfungsantrag jedoch abgewiesen (vergleiche Spruchpunkt römisch eins). Ein Ersatz der Pauschalgebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung kam daher gemäß Paragraph 319, Absatz 2, BVergG nicht in Betracht.

Zuletzt aktualisiert am

09.02.2010

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