

TE Verg Bescheid 2009/11/11 N/0105-BVA/04/2009-39

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 11.11.2009

Norm

BVergG 2006 §252 Abs8

BVergG 2006 §269 Abs1 Z5

BVergG 2006 §320 Abs1 Z2

1. BVergG 2006 § 252 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 252 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
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 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 4, Dr. Margit Möslinger-Gehmayr, und Dr. Clemens Mayr als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Helmut Heindl 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 "Ausbau Eisenbahnachse Brenner München-Verona, Teilprojekt Zulaufstrecke Nord, Abschnitt Kundl/Radfeld - Baumkirchen, Dienstleistung AS219, Örtliche Bauaufsicht 50Hz-Energieversorgungsanlagen und Kabelanlagen", des Auftraggebers ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft, vormals Brenner Eisenbahn GmbH, Vivenotgasse 10, 1120 Wien, vertreten durch X***, über den Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 30.9.2009, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 4, Dr. Margit Möslinger-Gehmayr, und Dr. Clemens Mayr als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Helmut Heindl 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 "Ausbau Eisenbahnachse Brenner München-Verona, Teilprojekt Zulaufstrecke Nord, Abschnitt Kundl/Radfeld - Baumkirchen, Dienstleistung AS219, Örtliche Bauaufsicht 50Hz-Energieversorgungsanlagen und Kabelanlagen", des Auftraggebers ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft, vormals Brenner Eisenbahn GmbH, Vivenotgasse 10, 1120 Wien, vertreten durch X***, über den Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 30.9.2009, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Der Antrag, gerichtet auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 17.9.2009, wird zurückgewiesen.

Begründung

Die Ausschreibungsbekanntmachung des Vergabeverfahrens "Ausbau Eisenbahnachse Brenner München-Verona, Teilprojekt Zulaufstrecke Nord, Abschnitt Kundl/Radfeld - Baumkirchen, Dienstleistung AS219, Örtliche Bauaufsicht 50Hz-Energieversorgungsanlagen und Kabelanlagen" wurde im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften unter 2008/S 181-24033 veröffentlicht. Der als Dienstleistungsauftrag eines Sektorenauftraggebers qualifizierte Auftrag der Dienstleistungskategorie 12 soll in Form eines Verhandlungsverfahrens nach dem Bestbieterprinzip im Oberschwellenbereich vergeben werden.

Unter Punkt 1.11. (Subunternehmer/Konzernunternehmen) der Teilnahmeantragsunterlagen wurde darauf hingewiesen, dass die Weitergabe von Teilen der Leistung an Subunternehmer nach Maßgabe der Bestimmungen des § 240 BVergG zulässig ist. Unter Punkt 1.12. (Teilnahmeantrag) wurde zum Inhalt des Teilnahmeantrages ausgeführt, dass diesem unter anderem verpflichtend die Subunternehmerliste, die Eignungsnachweise und die Referenzblätter beizulegen sind. Unter Punkt 1.11. (Subunternehmer/Konzernunternehmen) der Teilnahmeantragsunterlagen wurde darauf hingewiesen, dass die Weitergabe von Teilen der Leistung an Subunternehmer nach Maßgabe der Bestimmungen des Paragraph 240, BVergG zulässig ist. Unter Punkt 1.12. (Teilnahmeantrag) wurde zum Inhalt des Teilnahmeantrages ausgeführt, dass diesem unter anderem verpflichtend die Subunternehmerliste, die Eignungsnachweise und die Referenzblätter beizulegen sind.

Unter Punkt 2.3. (Auswahlverfahren) war in den Teilnahmeantragsunterlagen Nachfolgendes ausgeführt:

"Die ausschreibende Stelle wird gem. Punkt 2.3.1 Auswahlkriterien die 3 bestgereihten (mit den höchsten Punkten) Bewerber auswählen.

Die Reihung erfolgt nach den erreichten Punkten der einzelnen Teilnahmeanträge. Ausgeschieden werden jene Teilnahmeanträge, welche gem. den Auswahlkriterien nicht mind. 550 Punkte der maximal erreichbaren Punktzahl (1.000 Punkte) erreichen. Der Bewerber bzw. die BEWGE muss mind. 2 Referenzprojekte zum Auswahlkriterium A.), mind. 2 Referenzprojekte zum Auswahlkriterium B.), mind. 1 Referenzprojekt zum Auswahlkriterium C.) und mind. 1 Referenzprojekt zum Auswahlkriterium D.) beibringen. Wenn die Mindestprojektanzahl nicht nachgewiesen wird, wird der Bewerber bzw. BEWGE ausgeschieden.

2.3.1. Auswahlkriterien

Es werden die Überwachungstätigkeiten (örtliche Bauaufsicht) für nachfolgende 50 Hz- Energieversorgungsanlagen bewertet:

A.) ELEKTRISCHE AUSRÜSTUNG TUNNEL ³ 1.000 METER

B.) TRANSFORMATOREN UND SCHALTANLAGEN 800 ³ KVA

C.) ELEKTRISCHE INSTALLATIONEN IM GEWERBE- UND
INDUSTRIEBAU EINSCHLIESSLICH MSR-ANLAGEN

Es sind hier vom Bewerber bzw. BEWGE mind. 1 jedoch max.

2 Referenzblätter zu nennen. Dazu sind die

Referenzblätter gem. Pkt.3.16 bis 3.17 zu verwenden,

welche vom AG rechtsgültig zu bestätigen sind.

D.) KABELVERLEGUNG VON NIEDER- UND MITTELSPANNUNGSKABEL
kleiner als 10 KV

2.3.2. Bewertungsübersicht....."

Unter Punkt 3.1. (Spezifische Angaben zum Bewerber gem. 1.9) der Teilnahmeantragsunterlagen wurde in einer Fußnote darauf hingewiesen, dass jene Bewerber, die die Weitergabe von Auftragsteilen an Subunternehmer beabsichtigen, diese samt den entsprechenden Teilbereichen in die Liste aufzunehmen haben. In die

Subunternehmerliste unter Punkt 3.3. der Teilnahmeunterlagen war die Weitergabe von Auftragsteilen an Subunternehmer mit den entsprechenden Teilbereichen aufzunehmen. Dazu waren Name und Anschrift des Subunternehmers anzugeben. Zum Subunternehmerleistungsbereich wurde in einer Fußnote angeführt, dass Nachweise und Referenzen von Subunternehmern nur dann gewertet werden, wenn diese den Teilbereich betreffen, für welchen der Subunternehmer herangezogen werden soll.

In der Beilagenliste unter Punkt 3.4. waren die dem Teilnahmeantrag beigelegten Unterlagen anzugeben.

Die auszufüllenden Referenzblätter 1-11 waren grundsätzlich gleich strukturiert. Sie unterscheiden sich grundsätzlich nur im Bereich, für den die örtliche Bauaufsicht entsprechend den Auswahlkriterien gefordert wurde. In den Referenzblättern 8 bis 9 (Punkt 3.16 bis 3.17) war die örtliche Bauaufsicht für elektrische Installationen im Gewerbe- und Industriebau einschließlich MSR-Anlagen entsprechend dem Auswahlkriterium C erfasst.

Exemplarisch wird nachfolgend das Referenzblatt 8 der Teilnahmeantragsunterlagen dargestellt, das wie folgt gestaltet war: "

.....3.16. Referenzblatt 823

Elektrische Installationen im Gewerbe- und Industriebau
einschließlich MSR-Anlagen

Hiermit bestätigen wir, dass der angeführte Auftragnehmer nachstehendes Projekt als örtliche Bauaufsicht 50 Hz-Energieversorgungsanlagen, Kabelaufsicht vollständig, termingerecht und zur vollsten Zufriedenheit betreut hat:

Auftragnehmer(genau Bezeichnung, Anschrift)

Projektbezeichnung

Leistungszeitraum (MM/JJJJ - MM/JJJJ)

Folgende Überwachungstätigkeit wurde
als ÖBA durchgeführt:

für elektrische Installationen im Gewerbe- und Industriebau einschl. Mess-Steuer-Regel-Anlagen (MSR)

Sonstige Angaben

Ansprechpartner des Auftraggebers

(Telefon- und Telefaxnummer)

Bestätigung durch den Auftraggeber 24 Rechtsgültige Fertigung (Name, Funktion, Ort, Datum, Unterschrift)

23 Das Formular ist vollständig, leserlich und in deutscher Sprache auszufüllen; Vom Bewerber kann zusätzlich eine aussagekräftige Kurzbeschreibung beigelegt werden.

24 Als Bestätigung des Auftraggebers wird ausschließlich eine rechtsgültige Unterfertigung in dem dafür vorgesehenen Feld akzeptiert.

Erstellung: PLBT/Pj

Datum: 15.09.2008"

Neben der B*** (in der Folge präsumtiver Zuschlagsempfänger) stellte die A*** (in der Folge Antragsteller) einen Teilnahmeantrag.

Im Teilnahmeantrag des Antragstellers war in der Subunternehmerliste (Punkt 3.3.) das Wort "entfällt" angeführt. Unter Punkt 3.5. (Vollmacht bei Bewerber bzw. Bietergemeinschaft) wurde als Bevollmächtigter C*** mit der Adresse D*** angegeben. Als dessen Stellvertreter schien E*** auf. Unterfertigt wurde diese Bevollmächtigung unter der Rubrik "Firmenwortlaut bzw. Firmenstempel, rechtsgültige Unterfertigung unter leserlicher Beifügung des vollen Namens des jeweiligen Unterfertigenden" unter Beifügung der Firmenstempel des Antragstellers mit der Adresse D*** neben C*** in der selben Zeile auch von E***. In der selben Art und Weise wurden die Zuverlässigkeitserklärung und der Teilnahmeantrag unter der Rubrik "Firmenwortlaut bzw. Firmenstempel, rechtsgültige Unterfertigung unter leserlicher Beifügung des vollen Namens des jeweiligen Unterfertigenden" unterzeichnet.

Beim Referenzblatt 6 (Punkt 3.14.) Transformatoren und Schaltanlagen > 800 kVA betreffend, schien ebenso wie bei den Referenzblättern 8 (Punkt 3.16) und 9 (Punkt 3.17) elektrische Installationen im Gewerbe- und Industriebau einschließlich MSR-Anlagen betreffend, unter der Rubrik "Auftragnehmer" die Firmenstampiglie "C***" auf. Dazu wurde in einer Fußnote vermerkt: "bis 2004 wurde das Büro unter diesen Namen geführt. A*** wurde 2004 gegründet."

Dem Teilnahmeantrag des Antragstellers lag auch eine mit 2.10.2008 datierte Bestätigung der F*** bei. Darin wurde bestätigt, dass der Durchschnittsumsatz für Ingenieurleistungen aus den letzten 3 Geschäftsjahren (2005- 2007) für den Antragsteller 719.810,13 € betragen habe.

Im Zuge der Prüfung der Teilnahmeanträge wies der Auftraggeber den Antragsteller zur wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit darauf hin, dass lediglich eine Bestätigung für einen Durchschnittsumsatz der letzten Geschäftsjahre vorliege. Es sei umgehend der Jahresumsatz im Bereich der örtlichen Bauaufsicht nachzuweisen. Dieser Aufforderung kam der Antragsteller mit e-mail-Mitteilung vom 21.10.2008 nach. Zu den Umsätzen wurde Nachfolgendes ausgeführt:

"Umsätze aus Aufträgen der Bauüberwachung

Umsätze in €

	2005	2006	2007
C***	371	279	98
A***	141	240	431
	512	519	529"

Aus dem Prüfbericht vom 21.10.2008 zum Teilnahmeantrag des Antragstellers geht hervor, dass der Antragsteller mit seinem Teilnahmeantrag 1000 Punkte erreicht hat und somit als geeignet zu bewerten gewesen sei.

Mit Schreiben vom 26.11.2008 teilte der Auftraggeber dem Antragsteller ebenso wie dem präsumtiven Zuschlagsempfänger mit, dass aufgrund der Beurteilung ihrer Teilnahmeanträge als "geeignet" bis Ende Jänner 2009 Unterlagen zur Verfügung gestellt würden, die die Basis der ersten Verhandlungsgespräche bilden würden.

Mit Schreiben vom 19.2.2009 wurden sowohl der Antragsteller als auch der präsumtive Zuschlagsempfänger im weiteren Vergabeverfahren zur Legung eines Angebotes eingeladen. Dazu wurden Unterlagen für Verhandlungsgespräche zur Abstimmung der zu erbringenden Leistung übermittelt und waren für die Verhandlung vorgegebene Fragen zu beantworten. Unter anderem war auf Grundlage der Teile C-Baubeschreibung und E-Leistungsbeschreibung und der Bauablaufschemen (A1 und A2) der vorgesehene Personaleinsatz darzustellen, womit die Abdeckung aller Aufgaben abhängig vom Bauablauf gewährleistet sein würde.

Die Verhandlungsgespräche fanden mit dem Antragsteller am 20.3.2009 statt. Der Niederschrift zum Verhandlungsverfahren lag ein Vorschlag des Antragstellers zu einem Personaleinsatzplan bei. In diesem wurde als externe fachtechnische Unterstützung neben E*** als QM-Unterstützung, C*** als externe technische Unterstützung vorgesehen.

Nach Übermittlung von Ausschreibungsunterlagen wurde nach Berichtigungen zur Legung eines Angebotes bis zum 16.6.2009 aufgefordert.

Am 11.8.2009 fand eine weitere Verhandlungsrunde mit dem Antragsteller statt. Ebenso wurde mit dem präsumtiven Zuschlagsempfänger verhandelt. Es wurde zur Legung eines "last and best offers" innerhalb einer Woche nach Erhalt der Unterlagen aufgefordert.

In Teil A der Ausschreibungsunterlagen wurde unter Punkt 8 (Subunternehmerleistungen) Nachfolgendes ausgeführt:

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

Unter Punkt 11.2.4. (Ausscheidensgrundsätze) des Teiles A wurde Nachfolgendes angeführt:

".....

Weiters werden Angebote ausgeschieden:

a. Angebote, aus denen hervorgeht, dass Teile der Leistung

oder die gesamte Leistung, der im Teil F "Technisches

Angebot" zu benennenden Schlüsselpersonen "ÖBA Leiter"

oder "Technisches Personal" an einen/mehrere

Subunternehmer weitergegeben werden soll;

b."

In Teil B (Rechtliche Vertragsbedingungen) wurde unter Punkt B.3.6. der Subunternehmer wie folgt definiert:

"Unternehmer, der Teile der an den Auftragnehmer (AN) übertragenen Leistungen ausführt und vertraglich nur an diesen gebunden ist. Die Lieferung von Materialien oder Bestandteilen, die zur Erbringung einer Leistung erforderlich sind, stellt keine Subunternehmerleistung dar."

Unter Punkt B.11.1 (Schlüsselpersonal) wurden als Schlüsselpersonal wie folgt definiert:

"Schlüsselpersonal sind alle Mitarbeiter des AN, welche im Teil F 'technisches Angebot' namentlich unter Punkt F.5. angeführt werden."

Im Teil F war unter Punkt 1 (Vorbemerkungen) Nachfolgendes ausgeführt:

".....

Die unten angeführten Personen sind "Schlüsselpersonal" nach Maßgabe des Teiles B "Rechtliche Vertragsbestimmungen" Punkt 11.

Grundsätzlich wird das Personal wie folgt unterschieden:

. ÖBA-Leiter

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

....."

Unter Punkt 2.2. [Technisches Personal(Ingenieure/Techniker)] waren in einer Tabelle die Funktion, die Namen, der Titel, das Geburtsdatum und die Ausbildung anzuführen.

Im Teil J waren unter Punkt 4 (Subunternehmerliste) die Subunternehmer und deren Leistungsbereiche anzugeben. In den Ausschreibungsunterlagen waren in Teil H als Zuschlagskriterien das mit 60% gewichtete "technische Kriterium" und das mit 40% gewichtete "wirtschaftliche Kriterium" genannt. Das zuletzt genannte Kriterium wurde auf Grund des Angebotspreises ermittelt. Das "technische Kriterium" war in die Subkriterien 1. ÖBA-Leiter (42%), 2. Technisches Personal (48%) und 3. Strukturierung der Projektorganisation (10%) unterteilt. Für das Subkriterium "ÖBA-Leiter" waren die Ausbildung (9%), die Berufserfahrung als ÖBA-Leiter im Bereich 50Hz-Energieversorgungsanlagen und/oder Kabelaufsicht (37%), die Berufserfahrung als technischer Mitarbeiter in einer örtlichen Bauaufsicht im Bereich 50Hz-Energieversorgungsanlagen und/oder Kabelaufsicht (24%), die allgemeine Berufserfahrung im Bereich 50Hz-Energieversorgungsanlagen und/oder Kabelaufsicht (12%), Hochspannungsanlagen bis 30 kV (7%), 50Hz-Gebäude-Installationen (5%) und die Kabelaufsicht (6%) maßgeblich. Für das Subkriterium "Technisches Personal" waren die Ausbildung (11%), die Berufserfahrung als technischer Mitarbeiter in einer örtlichen Bauaufsicht im Bereich 50Hz-Energieversorgungsanlagen und/oder Kabelaufsicht (47%), die allgemeine Berufserfahrung im Bereich 50Hz-Energieversorgungsanlagen und/oder Kabelaufsicht (21%), Hochspannungsanlagen bis 30 kV (8%), 50Hz-Gebäude-Installationen (6%) und die Kabelaufsicht (7%) entscheidend.

Der Antragsteller legte ein von C*** unter der Firmenstampiglie des Antragstellers unterzeichnetes Letztangebot zu einem Preis von € 3.992.111,43. In dem dem Angebot angeschlossenen Schreiben vom 15.6.2009 wurde ausgeführt, dass die Geschäftsführer des Antragstellers dem Antragsteller als Werkvertragsnehmer verpflichtet seien, Aufgaben der Unternehmensführung, wie auch Ingenieurtätigkeiten im gesamten Leistungsbild eines Ingenieurbüros für

Elektrotechnik wahrzunehmen. Im Teil F schienen unter Punkt 2.2. (Technisches Personal) unter anderem auch C*** und E*** auf. Als Subunternehmer waren im Teil J in der Subunternehmerliste C**** und E*** angeführt. In der Rubrik "Subunternehmer-Leistungsbereich" wurde "geschäftsführender Gesellschafter" angeführt und ein Bescheid des BVA zitiert.

Nach der Angebotsöffnung am 24.8.2009, Prüfung der Angebote und Bewertung nach den Zuschlagskriterien wurde den Bietern nach der Zurücknahme der 1. Zuschlagsentscheidung am 17.9.2009 die zu Gunsten der B*** lautende Zuschlagsentscheidung mit einer Vergabesumme von € 3.269.808,00 bekannt gegeben. Der Antragsteller wurde darüber hinaus neben der Bekanntgabe der Stillhaltefrist darüber informiert, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger den niedrigsten Angebotspreis aufweise. Beim Leistungsfaktor "Technik" habe der präsumtive Zuschlagsempfänger 933 von 1000 Punkten und der Antragsteller 762 Punkte erreicht. Daraus ergebe sich für den präsumtiven Zuschlagsempfänger ein Gesamtbewertungsfaktor von 1,000. Im Vergleich dazu habe der Antragsteller einen Gesamtbewertungsfaktor von 1,2230 erzielt.

Mit Schriftsatz vom 30.9.2009 brachte der Antragsteller einen Nachprüfungsantrag mit dem im Spruch ersichtlichen Begehren ein. In Verbindung damit wurde ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung eingebracht, dem mit Bescheid vom 7.10.2009, N/0105-BVA/04/2009-EV10, stattgegeben wurde. Darüber hinaus wurde neben der Durchführung einer mündlichen Verhandlung begehrt, die aus anwaltlicher Vorsicht entrichteten Pauschalgebühren rückzuerstatten bzw dem Auftraggeber den Ersatz der Pauschalgebühren gemäß § 319 BVergG aufzuerlegen. Mit Schriftsatz vom 30.9.2009 brachte der Antragsteller einen Nachprüfungsantrag mit dem im Spruch ersichtlichen Begehren ein. In Verbindung damit wurde ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung eingebracht, dem mit Bescheid vom 7.10.2009, N/0105-BVA/04/2009-EV10, stattgegeben wurde. Darüber hinaus wurde neben der Durchführung einer mündlichen Verhandlung begehrt, die aus anwaltlicher Vorsicht entrichteten Pauschalgebühren rückzuerstatten bzw dem Auftraggeber den Ersatz der Pauschalgebühren gemäß Paragraph 319, BVergG aufzuerlegen.

Begründend wurde in diesem Schriftsatz sowie in weiteren Schriftsätzen vom 19.10.2009, 27.10.2009 und 29.10.2009 im Wesentlichen vorgebracht, dass eine formwidrige Zuschlagsentscheidung vorliege und es dem präsumtiven Zuschlagsempfänger an der Befugnis fehle. Die sich aus der mit Telefax vom 24.9.2009 übermittelten Detailbewertung ergebende Punktebewertung sei für den Antragsteller in einigen Punkten nicht nachvollziehbar. Ebenso wenig sei der Angebotspreis des präsumtiven Zuschlagsempfängers nachvollziehbar. Der präsumtive Zuschlagsempfänger verfüge im Hinblick auf seine Funktion als Prüfenieur beim gegenständlichen Streckenabschnitt außerdem über einen als erheblichen Wettbewerbsvorteil zu bewertenden Wissensvorsprung gegenüber dem Antragsteller.

Unter Hinweis auf die im klassischen Bereich zur Zuschlagsentscheidung ergangene Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hielt der Antragsteller dem Auftraggeber entgegen, dass gemäß § 273 BVergG die Gründe für die Ablehnung eines Angebotes, die Vergabesumme sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bekanntzugeben seien. Ein Abgehen von diesen Formerfordernissen ohne sachliche Rechtfertigung würde zu einer objektiv rechtswidrigen Zuschlagsentscheidung führen, die aufgrund des dem Bieter zustehenden Informationsrechtes gemäß § 272 BVergG als wesentlich iSd § 325 Abs 1 Z 2 BVergG einzustufen sei. Unter Hinweis auf die im klassischen Bereich zur Zuschlagsentscheidung ergangene Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hielt der Antragsteller dem Auftraggeber entgegen, dass gemäß Paragraph 273, BVergG die Gründe für die Ablehnung eines Angebotes, die Vergabesumme sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bekanntzugeben seien. Ein Abgehen von diesen Formerfordernissen ohne sachliche Rechtfertigung würde zu einer objektiv rechtswidrigen Zuschlagsentscheidung führen, die aufgrund des dem Bieter zustehenden Informationsrechtes gemäß Paragraph 272, BVergG als wesentlich iSd Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG einzustufen sei.

Die angefochtene Zuschlagsentscheidung vom 17.9.2009 enthalte lediglich die Vergabesumme, den Leistungsfaktor "Technik" sowie die Gesamtbewertungsfaktoren für den präsumtiven Zuschlagsempfänger und den Antragsteller. Zwar habe der Auftraggeber nach Rückfrage des Antragstellers die Einzelpunkte für das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers und des Antragstellers offengelegt, die verbale Begründung für die Einzelpunktvergabe sowie die Zusammensetzung der Kommission beim Subkriterium "Strukturierung der Projektorganisation" sowie deren Vorgangsweise seien aber nicht dargelegt worden. Die klare Transparenzvorgabe in der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes spiegle sich auch in der jüngsten Judikatur des Bundesvergabeamtes. Der Antragsteller verfüge zu Beginn der Stillhaltefrist nicht über alle Informationen, die für die Überprüfung der Ausschreibungs- und Rechtskonformität der Zuschlagsentscheidung erforderlich seien.

Beim präsuntiven Zuschlagsempfänger handle es sich um eine Ziviltechnikergesellschaft in Form einer GmbH. Diese verfüge u. a. über eine Befugnis eines Ingenieurkonsulenten für Automatisierungstechnik, die aufgrund der "transistorisch" persönlichen Befugnis diesfalls auf G*** zurückgehe. Der Umfang einer Ziviltechnikerbefugnis auf dem jeweiligen Fachgebiet werde nicht im ZTG geregelt, sondern sei nach dem für die jeweilige Ausbildung vorgesehenen Studienplan zu beurteilen. Entscheidend sei dabei, dass die entsprechenden für die Leistungserbringung erforderlichen Inhalte vermittelt worden seien. Dazu werde auf die Korrespondenz mit dem Bundesministerium für Wirtschaft, Familie und Jugend (BMWFJ) vom 2.9.2009 verwiesen, dem bei der Beurteilung des Befugnisumfanges eine entscheidende Rolle zukomme.

Gegenständlich seien Bauüberwachungsleistungen im Hinblick auf die Errichtung zahlreicher elektronischer Anlagen zu erbringen. Da es sich um ein Infrastrukturprojekt des öffentlichen Schienenverkehrs handle, seien hohe Anforderungen an die Sicherheit und Ordnung des Eisenbahnverkehrs zu beachten. Der Befugnisumfang eines Ingenieurkonsulenten für Automatisierungstechnik decke nicht den in der Ausschreibung vorgesehenen Tätigkeitsbereich ab. Es handle sich keineswegs um Arbeiten, die dem Kernbereich der Automatisierungstechnik zuzuordnen seien. Immerhin seien vier Transformatorstationen für 30/10kV-Ebenen samt zahlreicher Kilometer Kabel zu errichten. Dazu werde auch auf Teil C der Ausschreibungsunterlagen verwiesen. Daran vermöge auch die Stellungnahme der Kammer der Architekten und Ingenieurkonsulenten für Steiermark und Kärnten nichts zu ändern.

Es sei jedenfalls von G*** nachzuweisen, dass im Zuge seines Studiums die erfolgreichen Detailkenntnisse und Fertigkeiten zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistung vermittelt worden seien. Bei Fehlen eines solchen Nachweises wäre der präsuntive Zuschlagsempfänger aufgrund der fehlenden Befugnis auszuschneiden gewesen. Ob neben G*** weitere Techniker mit facheinschlägiger Ausbildung und Erfahrung im Fachgebiet der Elektrotechnik tätig seien, sei im Hinblick auf den Befugnisumfang des präsuntiven Zuschlagsempfängers nicht zur berücksichtigen.

Zudem sei bei der - sich aus der vom Auftraggeber übermittelten Detailbewertung ergebenden - Punktevergabe aufgefallen, dass beim Angebot des Antragstellers im Vergleich zum präsuntiven Zuschlagsempfänger eine ungleich schlechtere Bewertung bei den Subkriterien "Berufserfahrung als technische Mitarbeit in der örtlichen Bauaufsicht im Bereich 50 Hz-Energieversorgungsanlagen und/oder Kabelaufsicht" und "Strukturierung der Projektorganisation" erfolgt sei. Dies sei für den Antragsteller nicht nachvollziehbar.

Ebenso wenig sei der Angebotspreis des präsuntiven Zuschlagsempfängers nachvollziehbar. Auf Grund der vorherigen Tätigkeit der beiden geschäftsführenden Gesellschafter des Antragstellers beim präsuntiven Zuschlagsempfänger sei von einem guten Überblick über die Kalkulationserfordernisse des präsuntiven Zuschlagsempfängers auszugehen. In der Ausschreibung sei die Anzahl der Personen für die örtliche Bauaufsicht aber nicht vorgegeben gewesen, sodass dies den einzelnen Bietern überlassen worden sei. Der präsuntive Zuschlagsempfänger könnte aufgrund des großen Preisunterschiedes nur wesentlich weniger Mann-Monate kalkuliert haben, sodass auf einen eindeutig geringeren und den Erfordernissen der ausgeschriebenen Leistung nicht genügenden Personaleinsatz geschlossen werden könnte. Der Preisvorteil des präsuntiven Zuschlagsempfängers könne auch nicht primär auf dessen größere Vorkenntnis aus ähnlichen Projekten zurückgeführt werden. Die Bezugnahme des präsuntiven Zuschlagsempfängers auf die "HO-IT" erfordere die Kenntnis der exakten Herstellungskosten gemäß § 4 HO-IT. Da sich diese aus den Beilagen der Ausschreibungsunterlagen nicht ableiten lassen würden, verfüge entweder der präsuntive Zuschlagsempfänger im Vergleich zum Antragsteller über einen weiteren Kenntnisstand oder es liege eine Preisspekulation gemäß § 269 Abs 1 Z 3 BVergG vor. Ebenso wenig sei der Angebotspreis des präsuntiven Zuschlagsempfängers nachvollziehbar. Auf Grund der vorherigen Tätigkeit der beiden geschäftsführenden Gesellschafter des Antragstellers beim präsuntiven Zuschlagsempfänger sei von einem guten Überblick über die Kalkulationserfordernisse des präsuntiven Zuschlagsempfängers auszugehen. In der Ausschreibung sei die Anzahl der Personen für die örtliche Bauaufsicht aber nicht vorgegeben gewesen, sodass dies den einzelnen Bietern überlassen worden sei. Der präsuntive Zuschlagsempfänger könnte aufgrund des großen Preisunterschiedes nur wesentlich weniger Mann-Monate kalkuliert haben, sodass auf einen eindeutig geringeren und den Erfordernissen der ausgeschriebenen Leistung nicht genügenden Personaleinsatz geschlossen werden könnte. Der Preisvorteil des präsuntiven Zuschlagsempfängers könne auch nicht primär auf dessen größere Vorkenntnis aus ähnlichen Projekten zurückgeführt werden. Die Bezugnahme des präsuntiven Zuschlagsempfängers auf die "HO-IT" erfordere die Kenntnis der exakten Herstellungskosten gemäß

Paragraph 4, HO-IT. Da sich diese aus den Beilagen der Ausschreibungsunterlagen nicht ableiten lassen würden, verfüge entweder der präsumtive Zuschlagsempfänger im Vergleich zum Antragsteller über einen weiteren Kenntnisstand oder es liege eine Preisspekulation gemäß Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG vor.

Zur Tätigkeit des präsumtiven Zuschlagsempfängers als Prüfenieur werde darauf verwiesen, dass dem Ersteller eines Vorprojektes und Prüfenieurs die fortlaufende Planung vorgelegt werde und auf den weiteren Planverlauf unmittelbar Einfluss genommen werden könne. Es liege damit ein weiterer Ausscheidungsgrund des Angebotes des präsumtiven Zuschlagsempfängers vor.

Bei der Prüfung der Antragslegitimation könne das Bundesvergabeamt nach der Judikatur des VwGH nur solche Ausscheidungsgründe aufgreifen, die schon auf Grund der Akten des Vergabeverfahrens ersichtlich seien. Entgegen der vom Auftraggeber nachgeschobenen behaupteten Ausscheidungsgründe sei der Antragsteller nicht auszuschneiden. Ein solches Vorgehen würde dem gesamten bisherigen Vorgehen im abgewickelten Vergabeverfahren widersprechen. Vielmehr komme dem Antragsteller die Antragslegitimation zu.

Abgesehen davon, dass vom Antragsteller bereits nicht nachvollzogen werden könne, warum ihm beim Subkriterium "Strukturierung der Projektorganisation", zu dem die Projektorganisation mit Schnittstellen zu anderen Projektbeteiligten darzustellen gewesen seien, kein Punkt zuerkannt worden sei, stehe das Angebot des Antragstellers im Hinblick darauf jedenfalls nicht im Widerspruch zu den Ausschreibungsvorgaben. Das genannte Kriterium sei auch nicht als "KO-Kriterium" zu werten. Vielmehr sei die angebotene Lösung lediglich als besser oder schlechter einzustufen. Der Antragsteller habe für die Verhandlung bereits die Frage zu beantworten gehabt, in welcher Form sich wesentliche Schnittstellen darstellen würden und diese abgedeckt werden könnten. Dazu seien ein Projektorganisationsvorschlag und ein Personaleinsatzplan erstellt worden. Im Zuge der Verhandlung seien die Unterstützung der Fachreferenten thematisiert worden und vom Antragsteller zur Unterstützung vornehmlich E*** und C*** genannt worden. Überdies sei klar, dass der Projektleiter ÖBA in erster Linie diese Aufgabe wahrnehme. Die Leistung für ein interdisziplinäres Projektteam sei auch in Punkt 4.1. des Teils E der Ausschreibungsunterlagen enthalten, damit zu erbringen und in der Kalkulation zu berücksichtigen. Entgegen dem Vorbringen des Auftraggebers sei der Antragsteller auch geeignet. Andernfalls hätte der Antragsteller nicht zur 2. Verfahrensstufe eingeladen werden dürfen. Das Zurückgreifen auf die Ressourcen des Geschäftsführers C*** sei im Laufe des sich über ein Kalenderjahr erstreckenden Vergabeverfahrens auch "bejaht" worden. Mit der Unternehmensgründung des Antragstellers durch E*** und C*** sollten die Agenden des Einzelunternehmens "C***" übernommen werden. Es seien daher auch die Umsätze dieses Einzelunternehmens proportional zur Entwicklung des Antragstellers gesunken. Der Internetauftritt des Einzelunternehmens stamme aus dem Jahr 2002. Es handle sich um einen faktischen Übergang dieses Einzelunternehmens auf den Antragsteller, der auch dem Auftraggeber bekannt gewesen und anerkannt worden sei. Dazu werde auch auf das Schreiben vom 14.7.2004 verwiesen.

Der Antragsteller sei als "betriebliche Fortführung" des Einzelunternehmens "C***" gesehen worden. Dies werde auch durch die Fertigung von C***, der sowohl für das Einzelunternehmen "C***" als auch für die Antragstellerin zeichnungsberechtigt sei, bestätigt. Es sei daher davon auszugehen, dass in dieser Konstellation auf die Ressourcen des C*** Rückgriff genommen werden könne. Es liege daher die in der Stellungnahme des Auftraggebers vom 9.10.2009 geforderte Subunternehmererklärung für die technische Leistungsfähigkeit und Solidarhaftungserklärung zweifellos vor.

Die fehlende ausdrückliche Nennung des C*** im Formblatt "Subunternehmerliste" sei zweifellos behebbar und einem Verbesserungsauftrag zugänglich. Eine Solidarhaftungserklärung in Form eines Vordrucks sei den Teilnahmeunterlagen nicht zu entnehmen. Die "gewählte Form" der Solidarhaftung des Antragstellers sei daher als "ausschreibungskonform" zu werten. Der Antragsteller könne sich daher sowohl auf die wirtschaftlichen als auch auf die technischen Ressourcen des Einzelunternehmens "C***" berufen. Dies ergebe sich auch auf Grund der nach Aufforderung erfolgten Vorlage der Umsätze des C*** und des Antragstellers für die Jahre 2005 bis 2007, sodass der Auftraggeber den Antragsteller als geeignet betrachtet und keine Zweifel an der Rückgriffsmöglichkeit auf die Ressourcen des Einzelunternehmens gehabt habe. Außerdem sei in dieser Konstellation von einer Präklusion der Bewerberauswahl auszugehen. Dazu werde auch auf § 252 Abs 8 BVergG verwiesen, der neben den qualifizierten Bewerbern auch die Einbeziehung zusätzlicher Unternehmen in das Vergabeverfahren ermögliche. Die fehlende ausdrückliche Nennung des C*** im Formblatt "Subunternehmerliste" sei zweifellos behebbar und einem Verbesserungsauftrag zugänglich. Eine Solidarhaftungserklärung in Form eines Vordrucks sei den

Teilnahmeunterlagen nicht zu entnehmen. Die "gewählte Form" der Solidarhaftung des Antragstellers sei daher als "ausschreibungskonform" zu werten. Der Antragsteller könne sich daher sowohl auf die wirtschaftlichen als auch auf die technischen Ressourcen des Einzelunternehmens "C***" berufen. Dies ergebe sich auch auf Grund der nach Aufforderung erfolgten Vorlage der Umsätze des C*** und des Antragstellers für die Jahre 2005 bis 2007, sodass der Auftraggeber den Antragsteller als geeignet betrachtet und keine Zweifel an der Rückgriffsmöglichkeit auf die Ressourcen des Einzelunternehmens gehabt habe. Außerdem sei in dieser Konstellation von einer Präklusion der Bewerberauswahl auszugehen. Dazu werde auch auf Paragraph 252, Absatz 8, BVergG verwiesen, der neben den qualifizierten Bewerbern auch die Einbeziehung zusätzlicher Unternehmen in das Vergabeverfahren ermögliche.

Das Interesse des Antragstellers ergebe sich daraus, dass zum einen die elektronische Planung und Beratung sowie die örtliche Fachbauaufsicht einen wesentlichen Geschäftszweig darstellen und zum anderen der Antragsteller ein aus wirtschaftlicher und technischer Sicht interessantes Angebot gelegt habe. Bisher seien dem Antragsteller Kosten in der Höhe von zumindest € 15.000,-- entstanden, die auch die aus Vorsichtsgründen entrichteten Pauschalgebühren von € 2.400,-- umfassen würden. Darüber hinaus entgingen dem Antragsteller die Möglichkeit der Erzielung eines angemessenen Gewinnes und die Chance auf Erlangung eines wichtigen Referenzprojektes für künftige Vergabeverfahren.

Der Antragsteller erachte sich in seinem Recht auf rechtskonforme Durchführung eines Vergabeverfahrens, auf rechtskonforme Prüfung der Teilnahmeanträge und Angebote, auf Ausscheiden eines Angebotes eines Mitbieters, auf ausschreibungskonforme Bestbieterermittlung, auf Gleichbehandlung der Bieter und Einhaltung eines fairen Wettbewerbes, auf rechtskonforme Bekanntgabe einer Zuschlagsentscheidung mit sämtlichen Mindestinhalten, auf Bekanntgabe einer Zuschlagsentscheidung auf sein Angebot, sowie auf Zuschlagserteilung verletzt.

Der Auftraggeber teilte mit Schriftsatz vom 2.10.2009 mit, dass weder der Zuschlag erteilt noch das Vergabeverfahren widerrufen worden sei. Die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der B*** sei gemäß § 272 BVergG per Telefax bekannt gegeben und sicherheitshalber postalisch mittels Einschreiben versendet worden. Mit Schriftsatz vom 5.10.2009 gab der Auftraggeber bekannt, dass die "Brenner Eisenbahn GmbH" im Wege einer Gesamtrechtsnachfolge mit der "ÖBB-Bau Infrastruktur Aktiengesellschaft" als übernehmende Gesellschaft verschmolzen sei. Die "ÖBB-Infrastruktur-Bau Aktiengesellschaft" sei auf "ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft" geändert worden. Auftraggeber sei daher im gegenständlichen Vergabeverfahren die "ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft". Der Auftraggeber teilte mit Schriftsatz vom 2.10.2009 mit, dass weder der Zuschlag erteilt noch das Vergabeverfahren widerrufen worden sei. Die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der B*** sei gemäß Paragraph 272, BVergG per Telefax bekannt gegeben und sicherheitshalber postalisch mittels Einschreiben versendet worden. Mit Schriftsatz vom 5.10.2009 gab der Auftraggeber bekannt, dass die "Brenner Eisenbahn GmbH" im Wege einer Gesamtrechtsnachfolge mit der "ÖBB-Bau Infrastruktur Aktiengesellschaft" als übernehmende Gesellschaft verschmolzen sei. Die "ÖBB-Infrastruktur-Bau Aktiengesellschaft" sei auf "ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft" geändert worden. Auftraggeber sei daher im gegenständlichen Vergabeverfahren die "ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft".

Im Schriftsatz vom 9.10.2009 gab der Auftraggeber den geschätzten Auftragswert mit € 1.340.000,-- an und führte darin sowie in einem weiteren Schriftsatz vom 27.10.2009 begründend im Wesentlichen aus, dass es dem Antragsteller an der Antragslegitimation fehle. Das Angebot des Antragstellers sei als unvollständig bzw. ausschreibungswidrig zu qualifizieren.

Gemäß den Ausschreibungsunterlagen sei die "Strukturierung der Projektorganisation" als Zuschlagskriterium zur Ermittlung des Bewertungsfaktors "Technik" festgelegt worden. Im Hinblick darauf seien die Schnittstellen zu anderen Projektbeteiligten darzustellen gewesen. Der Antragsteller habe dazu lediglich ein einseitiges, rudimentäres nicht an die Anforderungen der Ausschreibungsunterlagen angepasstes Organigramm vorgelegt, in dem Schnittstellen zu anderen Projektbeteiligten entgegen den ausdrücklichen Ausschreibungsvorgaben im Organigramm nicht einmal angedeutet gewesen seien. Dem Antragsteller seien auch aus diesem Grunde für die Strukturierung der Projektorganisation 0 Punkte zuerkannt worden. Zudem ergebe sich die Frage, ob der Antragsteller aufgrund der Außerachtlassung der Position "Unterstützung des Fachreferenten" und der nicht erfolgten Darstellung der Schnittstellen nicht überhaupt auszuschneiden gewesen wäre. Die Unterstützung der Fachreferenten durch E*** und C*** hätte in der Projektorganisation schriftlich dargestellt werden müssen. Darüber hinaus fehle es dem Antragsteller an der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit. Aus der in den Teilnahmeunterlagen vorgelegten Umsatzbestätigung der F*** gehe lediglich hervor, dass der Durchschnittsumsatz für Ingenieurleistungen aus den letzten 3 Geschäftsjahren

den geforderten Mindestumsatz überschreite. Nach Aufforderung zur Verbesserung habe sich aus der nachgereichten Umsatzübersicht des Antragstellers ergeben, dass für die Jahre 2005-2007 Umsätze sowohl für den Antragsteller als auch für das Unternehmen "C***" gesondert ausgewiesen worden seien. Das C*** sei weder als Mitglied einer Bewerbungsgemeinschaft noch als Subunternehmer angegeben worden. Es handle sich daher um einen "sonstigen Dritten" iSd § 233 Abs 1 BVergG. Für diesen fehle jedoch der Nachweis, dass die für die Ausführung des Auftrages im erforderlichen Ausmaß nachgewiesenen vorhandenen Mittel auch tatsächlich zur Verfügung stehen würden. Der Umsatz des C*** hätte daher nicht bei der Prüfung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit berücksichtigt werden dürfen. Das Angebot des Antragstellers wäre daher gemäß Punkt 2.3 der Ausschreibungsunterlagen sei die "Strukturierung der Projektorganisation" als Zuschlagskriterium zur Ermittlung des Bewertungsfaktors "Technik" festgelegt worden. Im Hinblick darauf seien die Schnittstellen zu anderen Projektbeteiligten darzustellen gewesen. Der Antragsteller habe dazu lediglich ein einseitiges, rudimentäres nicht an die Anforderungen der Ausschreibungsunterlagen angepasstes Organigramm vorgelegt, in dem Schnittstellen zu anderen Projektbeteiligten entgegen den ausdrücklichen Ausschreibungsvorgaben im Organigramm nicht einmal angedeutet gewesen seien. Dem Antragsteller seien auch aus diesem Grunde für die Strukturierung der Projektorganisation 0 Punkte zuerkannt worden. Zudem ergebe sich die Frage, ob der Antragsteller aufgrund der Außerachtlassung der Position "Unterstützung des Fachreferenten" und der nicht erfolgten Darstellung der Schnittstellen nicht überhaupt auszuschneiden gewesen wäre. Die Unterstützung der Fachreferenten durch E*** und C*** hätte in der Projektorganisation schriftlich dargestellt werden müssen. Darüber hinaus fehle es dem Antragsteller an der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit. Aus der in den Teilnahmeunterlagen vorgelegten Umsatzbestätigung der F*** gehe lediglich hervor, dass der Durchschnittsumsatz für Ingenieurleistungen aus den letzten 3 Geschäftsjahren den geforderten Mindestumsatz überschreite. Nach Aufforderung zur Verbesserung habe sich aus der nachgereichten Umsatzübersicht des Antragstellers ergeben, dass für die Jahre 2005-2007 Umsätze sowohl für den Antragsteller als auch für das Unternehmen "C***" gesondert ausgewiesen worden seien. Das C*** sei weder als Mitglied einer Bewerbungsgemeinschaft noch als Subunternehmer angegeben worden. Es handle sich daher um einen "sonstigen Dritten" iSd Paragraph 233, Absatz eins, BVergG. Für diesen fehle jedoch der Nachweis, dass die für die Ausführung des Auftrages im erforderlichen Ausmaß nachgewiesenen vorhandenen Mittel auch tatsächlich zur Verfügung stehen würden. Der Umsatz des C*** hätte daher nicht bei der Prüfung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit berücksichtigt werden dürfen. Das Angebot des Antragstellers wäre daher gemäß Punkt

11.2.4 lit c, Teil A der Ausschreibungsunterlagen auszuschneiden gewesen und hätte nicht zur zweiten Stufe des Verhandlungsverfahrens eingeladen werden dürfen. 11.2.4 Litera c,, Teil A der Ausschreibungsunterlagen auszuschneiden gewesen und hätte nicht zur zweiten Stufe des Verhandlungsverfahrens eingeladen werden dürfen.

Der Antragsteller habe auch nicht die Mindestzahl an Referenzen, die unter Punkt 2.3 im Teilnahmeantrag festgelegt worden seien, erbracht. Im Rahmen der ersten Stufe des Vergabeverfahrens habe sich der Antragsteller hinsichtlich der Referenzen auf das C*** bezogen. Davon betroffen seien die Referenzen der Kategorie B (Referenz 6) und der Kategorie C (Referenzen 8 und 9). Eine nähere Erläuterung der geplanten Funktion dieses Unternehmens im Rahmen der Auftragsabwicklung sei nicht erfolgt. Würden Referenzen als Eignungs- und als Auswahlkriterium herangezogen, sei ein Nachreichen von Referenzen im Wege der Verbesserung unzulässig.

Beim H*** handle es sich um ein eigenes, gesondertes Unternehmen, das laut Homepage 8 ständige und einen freien Mitarbeiter beschäftige. C*** verfüge auch über eine aufrechte Gewerbeberechtigung für ein technisches Büro auf dem Fachgebiet der Elektrotechnik am Standort D***. Diese Gewerbeberechtigung sei auch nicht ruhend gemeldet. Auch aus der Umsatzzerklärung ergebe sich, dass das C*** in den Jahren 2005-2007 eigene Umsätze erzielt habe. Die vom Antragsteller behauptete Solidarhaftungserklärung liege nicht vor. Das nach der Gründung des Antragstellers weiter bestehende H*** sei eindeutig als gesondertes Unternehmen zu qualifizieren. Eine Tätigkeit im Büroverbund stelle keinen Unternehmensübergang dar. Eine entsprechende Verpflichtungserklärung, wonach die für die Ausführung des Auftrages bei den anderen Unternehmen im erforderlichen Ausmaß nachgewiesenen vorhandenen Mittel auch tatsächlich zur Verfügung stehen würden, liege nicht vor. Der vom Antragsteller behauptete "faktische Übergang" sei keinem rechtlichen Übergang gleichzusetzen, bei dessen Vorliegen die finanziellen und technischen Ressourcen des Einzelunternehmens zu berücksichtigen gewesen wären. Eine Unterfertigung von C*** als Einzelunternehmer habe nicht stattgefunden. Eine behauptete Subunternehmerklärung existiere nicht. Im Hinblick auf die Rechtssicherheit könne eine faktische Konstellation nicht diese Erklärung substituieren. Die Möglichkeit, die

Subunternehmerliste zu vervollständigen, sei als diskriminierend und wettbewerbsverzerrend zu qualifizieren. Somit hätten die Referenzen des C*** nicht berücksichtigt werden dürfen und wäre der Teilnahmeantrag des Antragstellers auszuschneiden gewesen.

Wie sich aus den Formblättern der Referenzen in den Teilnahmeunterlagen ergebe, sei das verpflichtend zu benutzende Formblatt vollständig auszufüllen gewesen. Dies sei bei den vom Referenzbeauftragter "Amt der Oberösterreichischen Landesregierung" stammenden Referenzen 4, 7 und 11 nicht der Fall, sodass auch die diesbezüglichen Referenzen keine Berücksichtigung hätten finden können. Entgegen den Vorgaben der Teilnahmeunterlagen zum Auswahlkriterium B habe der Antragsteller somit nur ein Referenzprojekt (Referenzblatt 5) vorweisen können, sodass sein Teilnahmeantrag auszuschneiden gewesen wäre. Der Antragsteller habe auch aufgrund der vorgelegten und nicht zu berücksichtigenden Referenzen die Mindestanzahl von 550 Punkten im Zusammenhang mit dem Auswahlverfahren gemäß Punkt 2.3 der Teilnahmeunterlagen nicht erreicht.

Die Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers entspreche entgegen dem Vorbringen des Antragstellers den Vorgaben des § 272 BVerfG. Der Auftraggeber habe darüber hinaus auf Ersuchen des Antragstellers mit Schreiben vom 21.9.2009 zusätzliche ergänzende Informationen über die Bestbieterermittlung mitgeteilt. Damit habe der Antragsteller über alle Informationen verfügt, um die Ausschreibungs- und Rechtskonformität der Zuschlagsentscheidung nachprüfen zu können. Die Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers entspreche entgegen dem Vorbringen des Antragstellers den Vorgaben des Paragraph 272, BVerfG. Der Auftraggeber habe darüber hinaus auf Ersuchen des Antragstellers mit Schreiben vom 21.9.2009 zusätzliche ergänzende Informationen über die Bestbieterermittlung mitgeteilt. Damit habe der Antragsteller über alle Informationen verfügt, um die Ausschreibungs- und Rechtskonformität der Zuschlagsentscheidung nachprüfen zu können.

Darüber hinaus beruhe das Bewertungssystem auf den Selbstdeklarationen der Bieter, sodass der Bieter voll umfänglich Kenntnis von seinen Bewertungspunkten habe und volle Transparenz gegeben sei. Weitere Informationen seien aufgrund des Schutzes von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen sowie des fairen und lauten Wettbewerbes nicht mehr offen zu legen. Die vom Auftraggeber mit Schreiben vom 24.9.2009 eingeräumte Möglichkeit zur Einsichtnahme in das Angebotsbewertungsprotokoll zum Angebot des Antragstellers sei vom Antragsteller nicht wahrgenommen worden.

Außerdem werde darauf verwiesen, dass aufgrund der Angebotspreise und der vom präsumtiven Zuschlagsempfänger erzielten technischen Punkte es selbst dann nicht zum Bietersturz kommen würde, wenn der Antragsteller die maximal erreichbare Punktzahl in den technischen Kriterien erreichen würde. Die Frage der rechtskonformen Bewertung in den technischen Kriterien sei daher nicht wesentlich und führe zu keiner Änderung des Verfahrensausganges.

Entgegen dem Vorbringen des Antragstellers verfüge der präsumtive Zuschlagsempfänger über eine ausreichende Befugnis. Entscheidend sei, welche maximale Spannungshöhe der Auftragsgegenstand aufweise und ob die Befugnis für den auftragsgegenständlichen Spannungsbereich vorliege. Gemäß Punkt 6.2., Teil C der Ausschreibungsunterlagen werde zur Spannungsebene ausgeführt, dass die Versorgung derzeit über das bestehende 25 kVA - Netz erfolge, das zukünftig auf 30 kVA umgestellt werden solle. Im Hinblick darauf seien auch die Referenzen im Anhang F der Ausschreibungsunterlagen auf den Spannungsbereich bis 30 kVA begrenzt worden. Eine entsprechende Begrenzung sei auch bei den Zuschlagskriterien gemäß Teil H der Ausschreibungsunterlagen vorgesehen. G*** habe während der Zurücklegung seines Studiums "Automatisierungstechnik" an der "Campus 02 Fachhochschule der Wirtschaft GmbH" den Spannungsbereich bis 30 kVA behandelt. Auch der zuständige Studiengangsleiter für das genannte Studium I*** habe bestätigt, dass für den "Niederspannungs- und Mittelspannungsbereich", somit 0 kVA - 30 kVA, die Befugnis gegeben sei, da dieser Bereich im Lehrplan enthalten sei. Auch die Kammer der Architekten und Ingenieurkonsulenten für Steiermark und Kärnten habe bestätigt, dass die Befugnis von G*** die ausgeschriebene Leistung abdecke. Es seien mehrere einschlägige "elektronische Vorlesungen" im Studienplan vorgesehen gewesen.

Soweit sich der Antragsteller auf den angeblichen "guten Überblick" der beiden geschäftsführenden Gesellschafter C*** und E*** berufe und auf den "geringen" Angebotspreis des präsumtiven Zuschlagsempfängers schließe, werde darauf verwiesen, dass C*** lediglich bis 1994 beim präsumtiven Zuschlagsempfänger tätig gewesen sei. Sein Überblick sei daher als veraltet zu beurteilen. Dies betreffe auch den Kenntnisstand von E***, der sich auf einen Wissensstand von vor über 5 Jahren stützen könne. Der präsumtive Zuschlagsempfänger sei zur Kalkulation seines

Angebots in der letzten Verhandlungsrunde befragt worden. Die diesbezüglichen Fragen seien zufriedenstellend beantwortet worden. An der Angemessenheit des Angebotspreises des präsumtiven Zuschlagsempfängers sei daher nicht zu zweifeln. Der Preisvorteil des präsumtiven Zuschlagsempfängers sei primär auch auf dessen größere Vorkenntnis aus ähnlichen Projekten zurückzuführen und wegen der Unternehmensgröße möglich. Es sei ein besserer bzw. optimierbarer Personaleinsatzplan möglich. Der Personaleinsatzplan des präsumtiven Zuschlagsempfängers sei gut abgestimmt.

Der präsumtive Zuschlagsempfänger brachte mit Schriftsatz vom 13.10.2009 begründete Einwendungen vor. Insbesondere wurde darin von ihm bestritten, dass G*** die Befugnis auf Grund der Absolvierung des Studiums "Automatisierungstechnik" am Campus 02 Fachhochschule der Wirtschaft GmbH fehle. Vielmehr sei G*** als befugt zu qualifizieren. Zudem sei das Vorbringen des Antragstellers zum Angebotspreis des präsumtiven Zuschlagsempfängers rein spekulativ und habe keinen substantziellen Inhalt.

In der mündlichen Verhandlung am 30.10.2009 führte die Vorsitzende unter Hinweis auf den Beschluss des VfGH vom 21.9.2009, ZI V 3/09, aus, dass für Dienstleistungsaufträge im Oberschwellenbereich keine Pauschalgebühren zu entrichten seien, sodass die vom Antragsteller aus anwaltlicher Vorsicht entrichteten Pauschalgebühren von Amts wegen zurückbezahlt werden. Darauf hin zog der Antragsteller seine Anträge, gerichtet auf Rückerstattung der Pauschalgebühr bzw Auferlegung des Ersatzes durch den Auftraggeber gemäß § 319 BVergG, zurück. In der mündlichen Verhandlung am 30.10.2009 führte die Vorsitzende unter Hinweis auf den Beschluss des VfGH vom 21.9.2009, ZI römisch fünf 3/09, aus, dass für Dienstleistungsaufträge im Oberschwellenbereich keine Pauschalgebühren zu entrichten seien, sodass die vom Antragsteller aus anwaltlicher Vorsicht entrichteten Pauschalgebühren von Amts wegen zurückbezahlt werden. Darauf hin zog der Antragsteller seine Anträge, gerichtet auf Rückerstattung der Pauschalgebühr bzw Auferlegung des Ersatzes durch den Auftraggeber gemäß Paragraph 319, BVergG, zurück.

C*** beschrieb die für ihn im Einsatzplan des Letztangebotes vorgesehene externe fachtechnische Unterstützung als beratende Funktion und Erbringung von beratenden Ingenieurleistungen für die eigene Mannschaft sowie für Fachexperten des Auftraggebers. Diese Leistung werde als technisches Personal gemäß Teil F des Letztangebotes erbracht. Die Tätigkeit als externe fachtechnische Unterstützung werde in der Funktion als geschäftsführender Gesellschafter und Erbringer von Ingenieurleistungen gegenüber dem Antragsteller ausgeübt. Der ebenfalls als technisches Personal im Letztangebot des Antragstellers angeführte E*** werde im Einsatzplan des Letztangebotes als QM-Unterstützer tätig und erbringe in dieser Funktion sowohl administrative Tätigkeiten als auch Ingenieurleistungen.

C*** führte weiter aus, wie E*** gegenüber dem Antragsteller auf Basis eines Werkvertrages zur Erbringung von Geschäftsführerleistungen einerseits und zur Erbringung von Ingenieurleistungen andererseits verpflichtet zu sein. Der Antragsteller habe ihn und E*** im Letztangebot als Subunternehmer in der Subunternehmerliste angegeben. Dazu werde auf die Entscheidung des BVA, ZI N/0016-BVA/11/2008, verwiesen. Weder er noch E*** hätten ein Dienstnehmerverhältnis gegenüber dem Antragsteller. Ein solches wäre auch auf Grund seiner und der von E*** bestehenden Beteiligungsverhältnisse an der Antragsteller-GmbH, die über 25% lägen, nicht möglich. E*** verfüge auch über eine aufrechte Ziviltechnikerbefugnis. Von seinen Tätigkeiten würden zirka 30% auf Geschäftsführertätigkeiten und 70% auf Ingenieurtätigkeiten entfallen. Bei der Erbringung von Ingenieurtätigkeiten stütze sich der Antragsteller auf die Gewerbeberechtigung als Geschäftsführer des Antragstellers. Dies gelte auch für E***.

Der Antragsteller gab an, dass der Werkvertrag aus vergütungstechnischen Gründen abgeschlossen worden sei. Eine andere Form der Bindung an den Antragsteller wäre für C*** nur eingeschränkt möglich und für E*** auf Grund eines darauf hinauslaufenden Berufsverbotes gänzlich unmöglich gewesen. Das GmbH-Gesetz sehe für den Geschäftsführer eine umfassende Verpflichtung und eine Geschäftsführerhaftung vor. Die ausdrückliche Nennung von C*** und E*** als Subunternehmer, die als Folge einer "gewissen Verwirrung" im Hinblick auf den Bescheid des Bundesvergabeamtes, vom 16.4.2008, N/0016- BVA/11/2008-37, zu sehen sei, diene nur der Klarstellung, dass die Geschäftsführer dem Antragsteller gegenüber ohnedies umfassend verpflichtet seien.

Dem Vorhalt des Auftraggebers, dass gemäß Teil A Punkt 11.2.4 die Nominierung einer Person als technisches Personal und als Subunternehmer zum Ausscheiden des Angebotes führe, hielt der Antragsteller entgegen, dass C*** und E*** eine "Zwitterstellung" zukomme. Diese seien Subunternehmer und Angehörige des Antragstellers. Die

Bestimmung in Teil A Punkt

11.2.4 ziele darauf ab, eine Subvergabe an Dritte auszuschließen, auf die kein Rückgriff möglich sei. Geschäftsführende Gesellschafter einer GmbH seien davon nicht erfasst, zumal bei dieser Konstellation auf den Antragsteller und den Geschäftsführer zurückgegriffen werden könne. Der präsumtive Zuschlagsempfänger hob hervor, dass E*** und C*** nicht beim Antragsteller angestellt seien, das aber rechtlich möglich gewesen wäre. Die Beteiligungsverhältnisse und die standesrechtlichen Bestimmungen würden dabei keine Rolle spielen. Würde E*** seine Ziviltechnikerbefugnis zurücklegen, könne dieser als Dienstnehmer und Geschäftsführer des Antragstellers auftreten. Für den als Einzelunternehmer tätigen C*** bestehe kein rechtliches Hindernis als Dienstnehmer und Geschäftsführer beim Antragsteller tätig zu werden.

Ebenso wies der Auftraggeber darauf hin, dass es C*** aus arbeitsrechtlicher Sicht offen gestanden wäre, als Geschäftsführer im Rahmen eines Dienstnehmerverhältnisses in Form eines Geschäftsführeranstellungsvertrages mit exkl. Tätigkeitsverpflichtung für den Antragsteller und einem Wettbewerbsverbot tätig zu werden. Zur Interpretation der Bestimmung in Punkt 11.2.4 des Teiles A der Ausschreibungsunterlagen zum Letztangebot zeigte der Auftraggeber auf, dass die exklusive Weisungskette zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer und Auftragnehmer und Schlüsselpersonal im Mittelpunkt stehe. Es gehe primär um die Exklusivität der Tätigkeit des Schlüsselpersonals gegenüber dem Auftragnehmer. Es sollte das Schlüsselpersonal jedenfalls außerhalb des Dienstverhältnisses zum Auftragnehmer keine weiteren Nebentätigkeiten ausüben.

Diese ausschließliche Tätigkeit sei nach Ansicht des Antragstellers in der gegenständlichen Konstellation durch die Unterschrift der beiden Geschäftsführer gegeben. Zudem wäre bei einer solchen Interpretation des Auftraggebers jede Teilzeitbeschäftigung des Schlüsselpersonals ausgeschlossen. Dies gehe auch aus der Erklärung in der Subunternehmerliste zum Letztangebot hervor. Der Antragsteller sehe sich nicht formal als "normaler" Subunternehmer, sondern habe sich auf Grund des oben erwähnten Bescheides zur Klarstellung berufen gefühlt.

Der präsumtive Zuschlagsempfänger wies auf die Präklusion der Ausschreibungsunterlagen hin, die aus der Sicht eines redlichen Erklärungsempfängers zu interpretieren seien. Die Ausführungen des Antragstellers stünden dazu im Widerspruch. Zur vom Auftraggeber vorgelegten Bestätigung der Tiroler Gebietskrankenkasse vom 28.10.2009, wonach der Einzelunternehmer C*** über zwei Angestellte verfüge, führte C*** aus, bei der Gründung des Antragstellers im Jahr 2004 seien von ihm als Einzelunternehmer noch eine Reihe von Aufträgen mit langer Laufzeit abzuarbeiten gewesen. Nunmehr seien sämtliche Mitarbeiter von seinem Einzelunternehmen vom Antragsteller übernommen worden. Bei den in der vorgelegten Bestätigung aufscheinenden teilzeitbeschäftigten Personen handle es sich um seine Ehefrau und eine Reinigungskraft. Die Ehefrau unterstütze seine Gutachtertätigkeit und Abarbeitung der noch laufenden Aufträge. Dies sei dem Auftraggeber nie verheimlicht worden.

Der präsumtive Zuschlagsempfänger hob hervor, dass es sich beim Einzelunternehmer C*** und beim Antragsteller um zwei unterschiedliche Rechtspersonen handle. Der Auftraggeber wies darauf hin, dass die Möglichkeit der Sacheinbringung und Sachgründung des Einzelunternehmers C*** in den Antragsteller offen gestanden sei, jedoch dieser Weg nicht gewählt worden sei. C*** erbringe die Ingenieurleistungen gegenüber dem Antragsteller auf Basis der Gewerbeberechtigung am Standort D*** im Rahmen des Werkvertrages.

Dazu führte der Antragsteller aus, dass Hauptwohnsitz des C*** in D*** sei. Die Tätigkeit von C*** werde im Büroverbund mit dem Antragsteller erbracht, dessen Büro sich am Standort Schwaz befinde.

C*** erklärte, als Einzelunternehmer in D*** und als Geschäftsführer des Antragstellers in J*** zu arbeiten. Mit der Anmerkung in den Referenzblättern im Teilnahmeantrag "bis 2004 wurde das Büro unter diesen Namen geführt. A*** wurde 2004 gegründet" werde vermittelt, dass die Referenzen vom Einzelunternehmen C*** stammen, weitere Leistungen gegenüber dem Auftraggeber jedoch vom Antragsteller erbracht würden. Mit der Berufung auf die Referenz des Einzelunternehmers C*** sollte zum Ausdruck gebracht werden, dass die Referenzen des Einzelunternehmers im Teilnahmeantrag, der damit als Subunternehmer tätig werde, jedenfalls im Rahmen der Eignungsprüfung als Referenzen für den Antragsteller in der ersten Stufe zu werten seien. Darauf werde auch in der Stellungnahme vom 19.10.2009 des Antragstellers verwiesen. Der Einzelunternehmer C*** trete auch als Subunternehmer im Letztangebot auf.

Zum Vorhalt der Vorsitzenden, dass in der Subunternehmerliste im Teilnahmeantrag vom Antragsteller der Vermerk "entfällt" aufscheine, gab C*** an, dass sich weder er noch E*** "innerlich" als Subunternehmer ihres eigenen

Unternehmens werten würden. Der Antragsteller betonte, dass aus der gesamten Konstellation im Teilnahmeantrag hervorgehe, dass der Antragsteller auf den Einzelunternehmer C*** rückgreifen könne. Dem hielt der Auftraggeber entgegen, davon ausgegangen zu sein, dass während des Zeitraums 2004 bis zum Ende der Teilnahmeantragsfrist eine Unternehmensnachfolge zwischen dem Einzelunternehmer C*** und dem Antragsteller erfolgt wäre. Dazu merkte der Antragsteller an, eine solche Unternehmensnachfolge im formellen Sinne nie behauptet zu haben.

Die Vorsitzende zeigte auf, dass einerseits der Vermerk "entfällt" in der Subunternehmerliste im Teilnahmeantrag aufscheine, sich andererseits der Einzelunternehmer C*** im Teilnahmeantrag als Subunternehmer sehe und deshalb argumentiere, dass die Referenzen des Einzelunternehmers anzurechnen gewesen seien. Bei Nichtberücksichtigung der Referenzen 8 und 9, die vom Einzelunternehmer C*** stammen würden, sei die Mindestreferenzzahl für das Auswahlkriterium C nicht erfüllt. Dies habe gemäß Punkt 2.3. der Teilnahmeantragsbestimmungen das Ausscheiden des Teilnahmewerbers zur Folge.

Nach Ansicht des Antragstellers sei das Nichtausfüllen der Subunternehmerliste im Teilnahmeantrag jedenfalls einer Verbesserung zugänglich bzw. aufklärungsbedürftig gewesen. Eine Aufklärung sei jedoch nicht erfolgt. Im Hinblick auf § 252 Abs 8 BVergG könne der Auftraggeber auch bei Nichterfüllen der vorgesehenen Zahl von drei Bietern weitere Bieter zur zweiten Stufe heranziehen. Damit werde der Wettbewerb sichergestellt. Auswahlreferenzen seien einer Behebung zugänglich, sofern es sich nur um eine Unklarheit handle. Dies gelte umso mehr für Auswahlreferenzen, die auch als Eignungsreferenz zu werten seien. Nach Ansicht des Antragstellers sei das Nichtausfüllen der Subunternehmerliste im Teilnahmeantrag jedenfalls einer Verbesserung zugänglich bzw. aufklärungsbedürftig gewesen. Eine Aufklärung sei jedoch nicht erfolgt. Im Hinblick auf Paragraph 252, Absatz 8, BVergG könne der Auftraggeber auch bei Nichterfüllen der vorgesehenen Zahl von drei Bietern weitere Bieter zur zweiten Stufe heranziehen. Damit werde der Wettbewerb sichergestellt. Auswahlreferenzen seien einer Behebung zugänglich, sofern es sich nur um eine Unklarheit handle. Dies gelte umso mehr für Auswahlreferenzen, die auch als Eignungsreferenz zu werten seien.

Dem hielt der Auftraggeber entgegen, dass auch bei einer Aufklärung die Subunternehmerliste unvollständig gewesen und die Referenzen 6, 8 und 9 nicht zu berücksichtigen gewesen wären. Eine weitere Beibringung von Referenzen wäre unzulässig gewesen.

Der präsumtive Zuschlagsempfänger brachte vor, dass bei einer Mängelbehebung eine Ergänzung der Subunternehmerliste jedenfalls unzulässig gewesen wäre. Dem Antragsteller fehle es an der Eignung, um für die 2. Stufe zugelassen zu werden. § 252 Abs 8 BVergG sei unter Berücksichtigung der allgemeinen Grundsätze des Vergaberechts, wie dem Gleichbehandlungsgrundsatz zu interpretieren. Sämtliche Teilnahmewerber und Bieter seien gleich zu behandeln. Es dürften keine unterschiedlichen Maßstäbe herangezogen werden. Der Antragsteller hob hervor, dass sich aus einer Zusammenschau im Teilnahmeantrag ohnehin eine Bezugnahme auf C*** ergebe, sodass jedenfalls eine Verbesserung möglich sei. Es handle sich nur um ein nachträgliches Ausfüllen und um keine Nachnominierung. Zwar gelte für § 252 Abs 8 der Gleichbehandlungsgrundsatz. Der Sektorenauftraggeber habe jedoch im Vergleich zum klassischen Bereich einen größeren Handlungsspielraum, sodass diese Bestimmung insofern als *lex specialis* zu werten sei. Der präsumtive Zuschlagsempfänger brachte vor, dass bei einer Mängelbehebung eine Ergänzung der Subunternehmerliste jedenfalls unzulässig gewesen wäre. Dem Antragsteller fehle es an der Eignung, um für die 2. Stufe zugelassen zu werden. Paragraph 252, Absatz 8, BVergG sei unter Berücksichtigung der allgemeinen Grundsätze des Vergaberechts, wie dem Gleichbehandlungsgrundsatz zu interpretieren. Sämtliche Teilnahmewerber und Bieter seien gleich zu behandeln. Es dürften keine unterschiedlichen Maßstäbe herangezogen werden. Der Antragsteller hob hervor, dass sich aus einer Zusammenschau im Teilnahmeantrag ohnehin eine Bezugnahme auf C*** ergebe, sodass jedenfalls eine Verbesserung möglich sei. Es handle sich nur um ein nachträgliches Ausfüllen und um keine Nachnominierung. Zwar gelte für Paragraph 252, Absatz 8, der Gleichbehandlungsgrundsatz. Der Sektorenauftraggeber habe jedoch im Vergleich zum klassischen Bereich einen größeren Handlungsspielraum, sodass diese Bestimmung insofern als *lex specialis* zu werten sei.

Der Auftraggeber gab an, dass der Antragsteller mit seinem Teilnahmeantrag offenbar irrtümlich als geeignet qualifiziert worden sei, sodass § 252 Abs 8 keine Anwendung finde. Der Auftraggeber gab an, dass der Antragsteller mit seinem Teilnahmeantrag offenbar irrtümlich als geeignet qualifiziert worden sei, sodass Paragraph 252, Absatz 8, keine Anwendung finde.

In einem weiteren Schriftsatz vom 3.11.2009 führte der Antragsteller aus, dass er sich auf die technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Einzelunternehmers "C***" berufen könne, wobei dem Auftraggeber klar habe sein müssen, dass der Antragsteller die "inhaltliche" Nachfolge des Einzelunternehmers "C***" angetreten habe. Dies ergebe sich aus der auf Aufforderung des Auftraggebers vorgelegten Umsatztafel und den telefonischen Kontakten zwischen Auftraggeber und dem Einzelunternehmer "C***". Da dem Auftraggeber kein weiterer Interessent neben dem präsumtiven Zuschlagsempfänger und dem Antragsteller zur Verfügung gestanden sei, sei von einer Einladung gemäß § 252 Abs 8 BVergG auszugehen. Diese Bestimmung sei als "lex specialis" zum Gleichbehandlungsgebot des § 187 Abs 1 leg cit zu werten. Dem Wettbewerbsgedanken sollte größere Bedeutung beigemessen werden. In einem weiteren Schriftsatz vom 3.11.2009 führte der Antragsteller aus, dass er sich auf die technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Einzelunternehmers "C***" berufen könne, wobei dem Auftraggeber klar habe sein müssen, dass der Antragsteller die "inhaltliche" Nachfolge des Einzelunternehmers "C***" angetreten habe. Dies ergebe sich aus der auf Aufforderung des Auftraggebers vorgelegten Umsatztafel und den telefonischen Kontakten zwischen Auftraggeber und dem Einzelunternehmer "C***". Da dem Auftraggeber kein weiterer Interessent neben dem präsumtiven Zuschlagsempfänger und dem Antragsteller zur Verfügung gestanden sei, sei von einer Einladung gemäß Paragraph 252, Absatz 8, BVergG auszugehen. Diese Bestimmung sei als "lex specialis" zum Gleichbehandlungsgebot des Paragraph 187, Absatz eins, leg cit zu werten. Dem Wettbewerbsgedanken sollte größere Bedeutung beigemessen werden.

Im Hinblick auf die Entscheidung des Bundesvergabeamtes vom 16.4.2008, ZI N/0016-BVA/11/2008-37, sollte mit der Nennung von C*** und E*** als Subunternehmer ein Formalfehler vermieden werden. Mit dem Hinweis "geschäftsführender Gesellschafter" sollte zum Ausdruck gebracht werden, dass sich der Antragsteller nicht als Subunternehmer verstehe. Ein Anführen in der Subunternehmerliste habe nicht zur Folge, dass es sich tatsächlich um einen Subunternehmer handle. Auf Grund des Gesellschaftsvertrages könnten die geschäftsführenden Gesellschafter letztlich nicht als Arbeitnehmer qualifiziert werden. Andernfalls hätte E*** seine Ziviltechnikerbefugnis zurücklegen müssen. Der freie Dienstvertrag wäre grundsätzlich bei C*** möglich gewesen. Mit der Vergütung auf Werkvertragsbasis sei für beide geschäftsführenden Gesellschafter eine einheitliche Lösung gefunden und eine klare Abgrenzung zur von beiden Geschäftsführern wahrgenommenen Sachverständigentätigkeit geschaffen worden. Es würden nur jeweils 2% an Sachverständigentätigkeit im eigenen Namen abgewickelt werden. Von der Ausgestaltung eines Anstellungsverhältnisses eines geschäftsführenden Gesellschafters könne nicht auf ein Subunternehmerverhältnis geschlossen werden. Es bestünde kein allzu großer Unterschied zwischen einem freien Dienstnehmer und einem Werkvertragsnehmer.

Für die Annahme eines Subunternehmers sei maßgeblich, ob es sich um einen Dritten handle. Abgesehen von den genannten 2% an Sachverständigentätigkeiten seien beide Geschäftsführer nahezu ausschließlich für den Antragsteller tätig. Im Gegensatz zum Subunternehmer seien die Aktivitäten von Geschäftsführern unmittelbar der GmbH zuzurechnen, auf die Rückgriff genommen werden könne. Eine Subunternehmereigenschaft der Geschäftsführer sei zu verneinen.

Selbst wenn aus formaler Sicht die beiden geschäftsführenden Gesellschafter als Subunternehmer anzusehen sein sollten, wäre Punkt 11.2.4 lit a nicht verwirklicht, da eine Trennung der Tätigkeitsbereiche der Geschäftsführer kaum bewerkstelligbar wäre und sie daher als technisches Personal anzusehen seien. Es sei von keiner Weitergabe auszugehen, da sowohl C*** als auch E*** ihre Leistung auf Grund ihrer Funktion als geschäftsführenden Gesellschafter ausüben würden. Eine Auslagerung auf Dritte, auf die nicht unmittelbar Rückgriff genommen werden könne, erfolge nicht. Ein Ausscheidenstatbestand liege nicht vor, sodass dem Antragsteller die Antragslegitimation zukomme. Selbst wenn aus formaler Sicht die beiden geschäftsführenden Gesellschafter als Subunternehmer anzusehen sein sollten, wäre Punkt 11.2.4 Litera a, nicht verwirklicht, da eine Trennung der Tätigkeitsbereiche der Geschäftsführer kaum bewerkstelligbar wäre und sie daher als technisches Personal anzusehen seien. Es sei von keiner Weitergabe auszugehen, da sowohl C*** als auch E*** ihre Leistung auf Grund ihrer Funktion als geschäftsführenden Gesellschafter ausüben würden. Eine Auslagerung auf Dritte, auf die nicht unmittelbar Rückgriff genommen werden könne, erfolge nicht. Ein Ausscheidenstatbestand liege nicht vor, sodass dem Antragsteller die Antragslegitimation zukomme.

Die in der mündlichen Verhandlung vom 30.10.2009 vorgelegte Studienplanübersicht beweise nicht die hinreichende Behandlung von elektronischen Aspekten zur Erbringung der konkreten Leistung. Besonders schwer würden die vom

präsumtiven Zuschlagsempfänger erbrachten Vorarbeiten wiegen. Bei entsprechender Kenntnis im Vorfeld der Ausschreibung hätte sich der Antragsteller nicht an der Ausschreibung beteiligt. Unter Aufrechterhaltung der bisherigen Anträge werde die Durchführung einer neuerlichen Verhandlung, in deren Rahmen das inhaltliche Vorbringen des Antragstellers behandelt werde, beantragt.

Der präsumtive Zuschlagsempfänger bestritt mit Schriftsatz vom 3.11.2009 das Vorbringen des Antragstellers in den Schriftsätzen vom 27.10.2009 und 29.10.2009 zum nicht nachvollziehbaren Angebotspreis sowie den behaupteten Vorarbeiten des präsumtiven Zuschlagsempfängers.

Der Auftraggeber bestritt ebenso mit Schriftsatz vom 3.11.2009 den Wissensvorsprung des präsumtiven Zuschlagsempfängers auf Grund von geleisteten Vorarbeiten. Ebenso trat er dem Vorbringen des Antragstellers zur "HO-IT" entgegen, wonach dem präsumtiven Zuschlagsempfänger die exakten Herstellungskosten bekannt gewesen seien.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

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

Die Brenner Eisenbahn GmbH, die als öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG zu qualifizieren war (vgl. BVA 1.2.2008, N/0121-BVA/07/2007-41), wurde gemäß § 34 Bundesbahngesetz, BGBl 825/1992 idF BGBl Nr I 95/2009, mit der ÖBB-Infrastruktur AG als übernehmende Gesellschaft im Wege einer Gesamtrechtsnachfolge verschmolzen. Mit der am 3.10.2009 erfolgten Eintragung ins Firmenbuch gingen alle privatrechtlichen und öffentlichrechtlichen Aufgabenstellungen, Rechte und Pflichten der Brenner Eisenbahn GmbH auf die ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft über. Die Brenner Eisenbahn GmbH, die als öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG zu qualifizieren war (vergleiche BVA 1.2.2008, N/0121-BVA/07/2007-41), wurde gemäß Paragraph 34, Bundesbahngesetz, Bundesgesetzblatt 825 aus 1992, in der Fassung Bundesgesetzblatt Nr römisch eins 95 aus 2009, mit der ÖBB-Infrastruktur AG als übernehmende Gesellschaft im Wege einer Gesamtrechtsnachfolge verschmolzen. Mit der am 3.10.2009 erfolgten Eintragung ins Firmenbuch gingen alle privatrechtlichen und öffentlichrechtlichen Aufgabenstellungen, Rechte und Pflichten der Brenner Eisenbahn GmbH auf die ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft über.

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

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

die eines Eisenbahninfrastrukturunternehmens, in dem eine bedarfsgerechte und sichere Schieneninfrastruktur (einschließlich Hochleistungsstrecken) geplant, gebaut, instandgehalten, bereitgestellt und betrieben wird. In der gegenständlichen Fallkonstellation ist ebenso davon auszugehen, dass der Auftraggeber als Bereitsteller von Schieneninfrastruktur auftritt, sodass es sich um einen im Sektorenbereich tätigen Auftraggeber handelt.

Der gegenständliche Auftrag ist als Dienstleistungsauftrag gemäß § 6 iVm § 174 BVergG einzustufen. Vergeben wird eine prioritäre Dienstleistung der Kategorie 12, Anhang III, BVergG. Das Vergabeverfahren wurde als Verhandlungsverfahren durchgeführt. Der geschätzte Auftragswert ist jedenfalls dem Oberschwellenbereich zuzuordnen. Laut Stellungnahme des Auftraggebers wurde im gegenständlichen Vergabeverfahren weder der Zuschlag erteilt noch das Vergabeverfahren widerrufen. Der gegenständliche Auftrag ist als Dienstleistungsauftrag gemäß Paragraph 6, in Verbindung mit Paragraph 174, BVergG einzustufen. Vergeben wird eine prioritäre Dienstleistung der Kategorie 12, Anhang römisch drei, BVergG. Das Vergabeverfahren wurde als Verhandlungsverfahren durchgeführt. Der geschätzte Auftragswert ist jedenfalls dem Oberschwellenbereich zuzuordnen. Laut Stellungnahme des Auftraggebers wurde im gegenständlichen Vergabeverfahren weder der Zuschlag erteilt noch das Vergabeverfahren widerrufen.

Der präsumtive Zuschlagsempfänger hat innerhalb der in § 324 Abs 3 leg cit vorgesehenen Frist begründete Einwendungen erhoben, sodass ihm im gegenständlichen Verfahren Parteistellung gemäß § 324 Abs 3 leg cit zukommt. Der präsumtive Zuschlagsempfänger hat innerhalb der in Paragraph 324, Absatz 3, leg cit vorgesehenen Frist begründete Einwendungen erhoben, sodass ihm im gegenständlichen Verfahren Parteistellung gemäß Paragraph 324, Absatz 3, leg cit zukommt.

II. zu Spruchpunkt I. römisch zwei. zu Spruchpunkt römisch eins.

1. Antragslegitimation

1.1. Allgemeines

Nach ständiger Judikatur des VwGH (18.3.2009, 2007/04/0095; 28.5.2008, 2007/04/0232 und 0233 mwN; ebenso BVA 16.6.2009, N/0030-BVA/04/2009-41) ist das Bundesvergabeamt nicht nur befugt, sondern gerade bei hinreichend konkreten Einwänden einer Verfahrenspartei auch verpflichtet, im Rahmen der Überprüfung, ob dem Antragsteller durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder droht und sein Antrag daher gemäß § 320 Abs 1 Z 2 BVergG zulässig ist, auch zu prüfen, ob das Angebot des Antragstellers auszuschneiden gewesen wäre. Diese Verpflichtung der Nachprüfungsbehörde, bei der Prüfung der Zulässigkeit eines Nachprüfungsverfahrens einen von ihr erkannten und vom Auftraggeber nicht aufgegriffenen Ausscheidungsgrund heranzuziehen, dient der Sicherung eines wirksamen und raschen Nachprüfungsverfahrens. Der Umstand, dass dem Bundesvergabeamt keine Zuständigkeit zukommt, Angebote auszuschneiden, ändert nichts daran, dass das Bundesvergabeamt die Zulässigkeit von Anträgen zu prüfen hat. Nach ständiger Judikatur des VwGH (18.3.2009, 2007/04/0095; 28.5.2008, 2007/04/0232 und 0233 mwN; ebenso BVA 16.6.2009, N/0030-BVA/04/2009-41) ist das Bundesvergabeamt nicht nur befugt, sondern gerade bei hinreichend konkreten Einwänden einer Verfahrenspartei auch verpflichtet, im Rahmen der Überprüfung, ob dem Antragsteller durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder droht und sein Antrag daher gemäß Paragraph 320, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG zulässig ist, auch zu prüfen, ob das Angebot des Antragstellers auszuschneiden gewesen wäre. Diese Verpflichtung der Nachprüfungsbehörde, bei der Prüfung der Zulässigkeit eines Nachprüfungsverfahrens einen von ihr erkannten und vom Auftraggeber nicht aufgegriffenen Ausscheidungsgrund heranzuziehen, dient der Sicherung eines wirksamen und raschen Nachprüfungsverfahrens. Der Umstand, dass dem Bundesvergabeamt keine Zuständigkeit zukommt, Angebote auszuschneiden, ändert nichts daran, dass das Bundesvergabeamt die Zulässigkeit von Anträgen zu prüfen hat.

Den Rahmen der Nachprüfungskontrollbehörde für die Prüfung der Antragslegitimation schränkt der Verwaltungsgerichtshof insofern ein, als es dem genannten Sicherungszweck zuwiderlaufen würde, wenn die Nachprüfungsbehörde verpflichtet wäre, bei der Prüfung der Antragslegitimation auch solche Ausscheidensgründe aufzugreifen, die nicht schon auf Grund der Akten des Vergabeverfahrens ersichtlich sind und dazu die Heranziehung eines Sachverständigen erforderlich wäre (vgl auch VwGH 1.3.2005, 2003/04/0199; BVA 29.7.2009, N/0061-BVA/04/2009-32). Den Rahmen der Nachprüfungskontrollbehörde für die Prüfung der Antragslegitimation schränkt der Verwaltungsgerichtshof insofern ein, als es dem genannten Sicherungszweck zuwiderlaufen würde, wenn die Nachprüfungsbehörde verpflichtet wäre, bei der Prüfung der Antragslegitimation auch solche Ausscheidensgründe

aufzugreifen, die nicht schon auf Grund der Akten des Vergabeverfahrens ersichtlich sind und dazu die Heranziehung eines Sachverständigen erforderlich wäre vergleiche auch VwGH 1.3.2005, 2003/04/0199; BVA 29.7.2009, N/0061-BVA/04/2009-32).

Solche im Rahmen der Antragslegitimation zu prüfende Ausscheidensgründe, die schon auf Grund der Akten des Vergabeverfahrens ersichtlich sind, liegen - wie nachfolgend dargestellt - im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren vor.

1.2. Teilnahmeantrag - Nichterfüllung der Mindestreferenzprojektzahl beim Auswahlkriterium C

1.2.1. Vorgaben in den Teilnahmeantragsunterlagen

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). Teilnahmeantragsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus einer Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind nicht danach zu beurteilen, was der Erklärende sagen wollte oder was der Erklärungsempfänger darunter verstanden hat, sondern danach, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Teilnahmeantragsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Teilnahmeantragunterlagen maßgeblich (vgl VwGH 19.11.2008, 2007/04/0018 und 2007/04/0019; 29.3.2006, 2004/04/0144, 0156, 0157; 16.2.2005, 2004/04/0030; ebenso BVA 11.1.2008, N/0112-BVA/14/2007-20). 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). Teilnahmeantragsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus einer Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind nicht danach zu beurteilen, was der Erklärende sagen wollte oder was der Erklärungsempfänger darunter verstanden hat, sondern danach, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Teilnahmeantragsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Teilnahmeantragunterlagen maßgeblich vergleiche VwGH 19.11.2008, 2007/04/0018 und 2007/04/0019; 29.3.2006, 2004/04/0144, 0156, 0157; 16.2.2005, 2004/04/0030; ebenso BVA 11.1.2008, N/0112-BVA/14/2007-20;

10.10.2007, F/0003-BVA/04/2007-21 u F/0004/04/2007-21;

28.7.2006, N/0048-BVA/15/2006-28 u.v.a).

Wie sich aus den Teilnahmeantragsunterlagen unter Heranziehen dieses Interpretationsmaßstabes ergibt, sahen die Bestimmungen unter Punkt 2.3 (Auswahlverfahren) vor, dass der Bewerber bei den einzelnen Auswahlkriterien eine Mindestreferenzprojektzahl nachzuweisen hatte. Bei Nichterfüllung der Mindestreferenzprojektzahl war der Bewerber auszuscheiden. Für das Auswahlkriterium C (Elektrische Installationen im Gewerbe- und Industriebau einschließlich MSR-Anlagen) war zumindest 1 Referenzprojekt zu erbringen.

1.2.2. Referenzprojekte des Antragstellers zum Auswahlkriterium C

Der Antragsteller legte zum Auswahlkriterium C im Teilnahmeantrag zwei Referenzprojekte (Referenzblatt 8 und 9), für die in den dafür vom Auftraggeber vorgegebenen Referenzblättern als Referenzauftragnehmer der Einzelunternehmer, C*** aufschien. Beim Einzelunternehmer C***, handelt sich um eine vom Antragsteller unterschiedliche Rechtsperson. Wie sich auch aus dem dem Teilnahmeantrag des Antragstellers beiliegenden Firmenbuchauszug ergibt, ist der Antragsteller weder Rechtsnachfolger des Einzelunternehmens, C***, noch wurde der genannte Einzelunternehmer vom Antragsteller übernommen.

Dass der Einzelunternehmer, C***, nach wie vor existiert, ist auch aus dem Gewerberegister ersichtlich, da für diesen Einzelunternehmer nach wie vor die Gewerbeberechtigung des C*** vermerkt ist und diese auch nicht als ruhend

gemeldet wurde. Daran ändert auch nichts, dass C*** als gewerberechtlicher Geschäftsführer des Antragstellers für das Gewerbe "Technisches Büro-Ingenieurbüro auf dem Gebiet der Elektrotechnik" tätig ist (vgl. §§ 8, 9, 39 und 365ff GewO 1994 idGF; BVA 11.2.2008, N/0006-BVA/04/2008-24). Dass der Einzelunternehmer, C***, nach wie vor existiert, ist auch aus dem Gewerberegister ersichtlich, da für diesen Einzelunternehmer nach wie vor die Gewerbeberechtigung des C*** vermerkt ist und diese auch nicht als ruhend gemeldet wurde. Daran ändert auch nichts, dass C*** als gewerberechtlicher Geschäftsführer des Antragstellers für das Gewerbe "Technisches Büro-Ingenieurbüro auf dem Gebiet der Elektrotechnik" tätig ist vergleiche Paragraphen 8, 9, 39 und 365 f, f GewO 1994 idGF; BVA 11.2.2008, N/0006-BVA/04/2008-24).

Auch aus den Aussagen des C*** in der mündlichen Verhandlung am 30.10.2009 ergibt sich, dass der Einzelunternehmer, C***, nach wie vor als Rechtsperson existiert. Zum einen wurde nämlich von ihm zur vom Auftraggeber vorgelegten Bestätigung der Tiroler Gebietskrankenkasse vom 28.10.2009 ausgeführt, dass es sich bei den in seinem Einzelunternehmen, V***, beschäftigten Personen um seine Ehefrau und eine Reinigungskraft handelt. Weiters gab C*** an, mit seinem Einzelunternehmen auch als Subunternehmer im Letztangebot des Antragstellers aufzutreten.

Soweit der Antragsteller ausführt, dass in der konkreten Konstellation unmissverständlich zum Ausdruck komme, dass der Antragsteller als "betriebliche Fortführung" bzw. "inhaltliche Nachfolge" des Einzelunternehmens "C***" anzusehen sei, ist diesem entgegenzuhalten, dass die oben genannten Eintragungen im Firmenbuch und im Gewerberegister einer solchen "betrieblichen Fortführung" bzw. "inhaltlichen Nachfolge" entgegenstehen. In der gegenständlichen Konstellation liegt weder eine Gesamtrechtsnachfolge noch eine Überführung des Einzelunternehmers C***, in die GmbH des Antragstellers vor.

Im Übrigen wird angemerkt, dass sich auch der Antragsteller nicht als Gesamtrechtsnachfolger des Einzelunternehmers K*** sehen konnte. Dies ergibt sich insbesondere aus den gesondert ausgewiesenen Umsätzen des Einzelunternehmers C*** einerseits und des Antragstellers andererseits in der vom Antragssteller nach Verbesserungsauftrag des Auftraggebers vorgelegten Umsatztafel. Ebenso ist aus der Aussage des C*** in der mündlichen Verhandlung, dass er als Einzelunternehmer auch im Letztangebot als Subunternehmer tätig werde, zu schließen, dass das genannte Einzelunternehmen nach wie vor als Rechtsperson existiert.

Darüber hinaus ergibt sich aus den Aussagen des C*** in der mündlichen Verhandlung, dass im Teilnahmeantrag die Referenzen seines als Subunternehmer tätig werdenden Einzelunternehmens jedenfalls als Referenzen des Antragstellers zu werten seien und er als Einzelunternehmer auch im Letztangebot als Subunternehmer tätig werde, dass der Antragsteller bereits zum Zeitpunkt der Teilnahmeantragseinbringung beabsichtigte, den Einzelunternehmer C***, für den ausgeschriebenen Auftrag als Subunternehmer heranzuziehen.

Ungeachtet dessen hat der Antragsteller in seinem Teilnahmeantrag in der Subunternehmerliste (Punkt 3.3.) jedoch keinen Subunternehmer namhaft gemacht, sondern vielmehr auf dem Formblatt "Subunternehmerliste" ausdrücklich das Wort "entfällt" vermerkt. Unter Berücksichtigung des nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes für die Interpretation eines Angebotes eines Bieters heranzuziehenden Interpretationsmaßstabes des objektiven Erklärungswertes (vgl. VwGH 16.2.2005, 2004/04/0030; BVA 16.6.2009, N/0030- BVA/04/2009, 9.6.2009, N/0040-BVA/14/2009-31; 14.11.2008, N/0122-BVA/04/2008-48 u.a.) ergibt sich damit ohne Zweifel, dass der Antragsteller die Heranziehung eines Subunternehmers ausdrücklich ausschließt. Ob sich der Einzelunternehmer C*** diesfalls - wie in der mündlichen Verhandlung vorgebracht - "innerlich" als Subunternehmer seines eigenen Unternehmens bewertet oder nicht, ist für die rechtliche Qualifikation nicht von Belang. Ungeachtet dessen hat der Antragsteller in seinem Teilnahmeantrag in der Subunternehmerliste (Punkt 3.3.) jedoch keinen Subunternehmer namhaft gemacht, sondern vielmehr auf dem Formblatt "Subunternehmerliste" ausdrücklich das Wort "entfällt" vermerkt. Unter Berücksichtigung des nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes für die Interpretation eines Angebotes eines Bieters heranzuziehenden Interpretationsmaßstabes des objektiven Erklärungswertes vergleiche VwGH 16.2.2005, 2004/04/0030; BVA 16.6.2009, N/0030- BVA/04/2009, 9.6.2009, N/0040-BVA/14/2009-31; 14.11.2008, N/0122-BVA/04/2008-48 u.a.) ergibt sich damit ohne Zweifel, dass der Antragsteller die Heranziehung eines Subunternehmers ausdrücklich ausschließt. Ob sich der Einzelunternehmer C*** diesfalls - wie in der mündlichen Verhandlung vorgebracht - "innerlich" als Subunternehmer seines eigenen Unternehmens bewertet oder nicht, ist für die rechtliche Qualifikation nicht von Belang.

Vor diesem Hintergrund geht auch das Vorbringen des Antragstellers ins Leere, dass auf Grund der Zeichnungsberechtigungen des C*** eine von Seiten des "C***" eingeforderte Subunternehmererklärung und Solidarhaftungserklärung zweifellos vorliegen würden und die fehlende ausdrückliche Anführung des "c***" im Formblatt "Subunternehmerliste" als behebbarer Mangel zu werten sei, da dies im Wege eines Verbesserungsauftrages im kurzen Wege beseitigt werden könne. Angesichts der oben wiedergegebenen Aussage des C*** in der mündlichen Verhandlung hätte es auch im Fall einer Aufklärung des Auftraggebers zu keinem anderen Ergebnis kommen können.

Abgesehen davon hat C*** im Teilnahmeantrag auch nicht - wie der Antragsteller in seinem Schriftsatz vorbrachte - als Einzelunternehmer unterzeichnet. Dies folgt daraus, dass C*** stets unter Verwendung der Firmenstampiglie des Antragstellers unterfertigt hat. Damit hat C*** jedoch nicht als Einzelunternehmer, c***, sondern firmenmäßig als Geschäftsführer für den Antragsteller unterzeichnet. Hätte C*** als Einzelunternehmer gefertigt, hätte er sich auch als solcher eindeutig deklarieren müssen und keinesfalls die Firmenstampiglie des Antragstellers verwenden dürfen.

1.2.3 Schlussfolgerungen:

Auf Grund der oben dargelegten beabsichtigten Heranziehung des genannten Einzelunternehmens als Subunternehmer einerseits und des expliziten Ausschlusses eines Subunternehmers durch das Wort "entfällt" in der Subunternehmerliste im Teilnahmeantrag andererseits, hätten vom Auftraggeber in weiterer Folge jedoch die Referenzen 8 und 9, in denen als Referenzauftragnehmer der "Einzelunternehmer C***" angeführt wurde, für das Auswahlkriterium C nicht berücksichtigt werden dürfen. Auch dem Hinweis in der Fußnote der Subunternehmerliste im Teilnahmeantrag ist zu entnehmen, dass Referenzen von Subunternehmern nur gewertet werden, wenn diese einen Teilbereich betreffen, für den sie herangezogen werden sollen.

Der Antragsteller hat daher für das Auswahlkriterium C keine für die Wertung zu berücksichtigende Referenz gelegt und damit auch die Mindestanzahl an Referenzprojekten, nämlich ein Referenzprojekt für das Auswahlkriterium C, nicht erfüllt. Da es sich bei der Nennung von Referenzprojekten um ein Auswahlkriterium handelt, ist die Einräumung einer Verbesserungsmöglichkeit und damit die Nachnominierung von Referenzprojekten ausgeschlossen (vgl. in diesem Zusammenhang auch BVA 24.11.2008, N/0139-BVA/05/2008-16). Der Antragsteller hat daher für das Auswahlkriterium C keine für die Wertung zu berücksichtigende Referenz gelegt und damit auch die Mindestanzahl an Referenzprojekten, nämlich ein Referenzprojekt für das Auswahlkriterium C, nicht erfüllt. Da es sich bei der Nennung von Referenzprojekten um ein Auswahlkriterium handelt, ist die Einräumung einer Verbesserungsmöglichkeit und damit die Nachnominierung von Referenzprojekten ausgeschlossen vergleiche in diesem Zusammenhang auch BVA 24.11.2008, N/0139-BVA/05/2008-16).

Der Antragsteller wäre daher auch auf Grund der bestandfest gewordenen Teilnahmeunterlagen, wonach der Bewerber gemäß Punkt 2.3. (Auswahlverfahren) bei einer nicht nachgewiesenen Mindestprojektanzahl auszuschneiden ist, nicht zur Abgabe eines Angebotes einzuladen gewesen. Im Hinblick auf diese bestandfest gewordene Bestimmung in den Teilnahmeantragsunterlagen könnte sich der Auftraggeber auch nicht - entgegen der Auffassung des Antragstellers - auf das im Rahmen der Bestimmung des § 252 Abs 8 BVergG eingeräumte Ermessen stützen, das die Möglichkeit eröffnen würde, neben qualifizierten Bewerbern auch zusätzliche Unternehmen in das Vergabeverfahren einzubeziehen. Vielmehr hat der Auftraggeber durch diese bestandfest gewordene Bestimmung in den Teilnahmeantragsunterlagen sein diesbezügliches Ermessen eingeschränkt. Der Antragsteller wäre daher auch auf Grund der bestandfest gewordenen Teilnahmeunterlagen, wonach der Bewerber gemäß Punkt 2.3. (Auswahlverfahren) bei einer nicht nachgewiesenen Mindestprojektanzahl auszuschneiden ist, nicht zur Abgabe eines Angebotes einzuladen gewesen. Im Hinblick auf diese bestandfest gewordene Bestimmung in den Teilnahmeantragsunterlagen könnte sich der Auftraggeber auch nicht - entgegen der Auffassung des Antragstellers - auf das im Rahmen der Bestimmung des Paragraph 252, Absatz 8, BVergG eingeräumte Ermessen stützen, das die Möglichkeit eröffnen würde, neben qualifizierten Bewerbern auch zusätzliche Unternehmen in das Vergabeverfahren einzubeziehen. Vielmehr hat der Auftraggeber durch diese bestandfest gewordene Bestimmung in den Teilnahmeantragsunterlagen sein diesbezügliches Ermessen eingeschränkt.

Die fehlende Mindestanzahl, nämlich ein Referenzprojekt zum Auswahlkriterium C, war auch Gegenstand der mündlichen Verhandlung am 30.10.2009. Dem Antragsteller wurde Gelegenheit gegeben, dazu und damit auch zur Stichhaltigkeit der unzulässigen Einladung zur Angebotslegung, Stellung zu nehmen [vgl. EuGH 19.6.2003, Rs C-249/01

(Hackermüller); VwGH 1.10.2008, 2005/04/0233; 1.3.2005, 2003/04/0339; 16.2.2005, 2004/04/0030]. Mangelt es einem Angebot an der grundsätzlichen Eignung gemäß den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes und den hierzu ergangenen Verordnungen für den Zuschlag in Betracht gezogen zu werden, so ist - wie der Verwaltungsgerichtshof wiederholt ausgesprochen hat - die Antragslegitimation iSv § 320 Abs 1 BVergG zu verneinen (vgl. VwGH 18.3.2009, 2007/04/0095; 3.1.2005, 2003/04/0039; 27.2.2002, 2000/04/0050; 16.2.2005, 2004/04/0030; ebenso BVA 16.6.2009, N/0030-BVA/04/2009; 9.6.2009, N/0040-BVA/14/2009- 31; 1.2.2008, N/0121-BVA/07/2007-41; 23.11.2006, N/0085-BVA/04/2006-38 uva). Die fehlende Mindestanzahl, nämlich ein Referenzprojekt zum Auswahlkriterium C, war auch Gegenstand der mündlichen Verhandlung am 30.10.2009. Dem Antragsteller wurde Gelegenheit gegeben, dazu und damit auch zur Stichhaltigkeit der unzulässigen Einladung zur Angebotslegung, Stellung zu nehmen [vgl. EuGH 19.6.2003, Rs C-249/01 (Hackermüller); VwGH 1.10.2008, 2005/04/0233; 1.3.2005, 2003/04/0339; 16.2.2005, 2004/04/0030]. Mangelt es einem Angebot an der grundsätzlichen Eignung gemäß den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes und den hierzu ergangenen Verordnungen für den Zuschlag in Betracht gezogen zu werden, so ist - wie der Verwaltungsgerichtshof wiederholt ausgesprochen hat - die Antragslegitimation iSv Paragraph 320, Absatz eins, BVergG zu verneinen vergleiche VwGH 18.3.2009, 2007/04/0095; 3.1.2005, 2003/04/0039; 27.2.2002, 2000/04/0050; 16.2.2005, 2004/04/0030; ebenso BVA 16.6.2009, N/0030-BVA/04/2009; 9.6.2009, N/0040-BVA/14/2009-31; 1.2.2008, N/0121-BVA/07/2007-41; 23.11.2006, N/0085-BVA/04/2006-38 uva).

Aber selbst wenn der Antragsteller vom Auftraggeber zur Angebotslegung einzuladen gewesen wäre, wäre für den Antragsteller - wie nachfolgend ausgeführt - nichts gewonnen.

1.3. Ausschreibungswidriges Angebot des Antragstellers

1.3.1. Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen zur Legung eines "last and best offers"

Der Maßstab für die Interpretation der Teilnahmeunterlagen ist auch für die Interpretation der mangels fristgerechter Anfechtung bestandfest geworden Ausschreibungsunterlagen zum Letztangebot (vgl. VwGH 7.9.2009, 2007/04/0090; 1.10.2008, 2005/04/0204; 25.6.2008, 2006/04/0116; 28.5.2008, 2007/04/0232, 0233; 27.6.2007, 2005/04/0234; ebenso BVA 1.7.2008, N/0056-BVA/04/2008-20; 11.1.2008, N/0112-BVA/14/2007-20 u.a.) heranzuziehen. Der Maßstab für die Interpretation der Teilnahmeunterlagen ist auch für die Interpretation der mangels fristgerechter Anfechtung bestandfest geworden Ausschreibungsunterlagen zum Letztangebot vergleiche VwGH 7.9.2009, 2007/04/0090; 1.10.2008, 2005/04/0204; 25.6.2008, 2006/04/0116; 28.5.2008, 2007/04/0232, 0233; 27.6.2007, 2005/04/0234; ebenso BVA 1.7.2008, N/0056-BVA/04/2008-20; 11.1.2008, N/0112-BVA/14/2007-20 u.a.) heranzuziehen.

In Teil A der Ausschreibungsunterlagen zum Letztangebot wird zwar grundsätzlich unter Punkt 8 darauf verwiesen, dass für die Weitergabe von Teilleistungen ein Subunternehmer gemäß § 240 BVergG zulässig und ein solcher Subunternehmer im Teil J (Erklärungen des Bieters) zu benennen ist. Allerdings können für das gemäß Teil F ("Technisches Angebot") zu benennende Schlüsselpersonal, zu welchem der ÖBA-Leiter und das technische Personal zählen, kein Subunternehmer herangezogen werden. Der Fall des Heranziehens eines Subunternehmers für das im Teil F zu nominierende Schlüsselpersonal wird im Teil A unter Punkt 11.2.4. der Ausschreibungsunterlagen zum Letztangebot explizit als Ausscheidenstatbestand festgelegt. In Teil A der Ausschreibungsunterlagen zum Letztangebot wird zwar grundsätzlich unter Punkt 8 darauf verwiesen, dass für die Weitergabe von Teilleistungen ein Subunternehmer gemäß Paragraph 240, BVergG zulässig und ein solcher Subunternehmer im Teil J (Erklärungen des Bieters) zu benennen ist. Allerdings können für das gemäß Teil F ("Technisches Angebot") zu benennende Schlüsselpersonal, zu welchem der ÖBA-Leiter und das technische Personal zählen, kein Subunternehmer herangezogen werden. Der Fall des Heranziehens eines Subunternehmers für das im Teil F zu nominierende Schlüsselpersonal wird im Teil A unter Punkt 11.2.4. der Ausschreibungsunterlagen zum Letztangebot explizit als Ausscheidenstatbestand festgelegt.

Der Subunternehmer wird im Teil B, Punkt B.3.6. der Ausschreibungsunterlagen zum Letztangebot darüber hinaus als Unternehmer definiert, der Teile der an den Auftragnehmer übertragenen Leistung ausführt und nur an diesen gebunden ist. Das in Teil F zu nominierende Schlüsselpersonal wird im Teil B unter Punkt B.11.1. Ausschreibungsunterlagen zum Letztangebot demgegenüber als Mitarbeiter des Auftragnehmers definiert.

1.3.2. Technisches Personal im "last and best offer" des Antragstellers

Der Antragsteller hat in seinem "last and best offer" im Teil J (Erklärungen des Bieters) sowohl C*** als auch E*** als Subunternehmer aufgezählt, wobei der angegebene Leistungsbereich mit geschäftsführendem Gesellschafter

umschrieben wurde. Dazu wurde ein Bescheid des BVA zitiert. Zu den genannten Personen wurde in dem dem "last and best offer" beiliegenden Schreiben vom 15.6.2009 angeführt, dass diese Personen dem Antragsteller auf Grund eines Werkvertrages neben Aufgaben zur Unternehmensführung auch zur Erbringung von Ingenieurleistungen im gesamten Leistungsbild eines Ingenieurbüros für Elektrotechnik verpflichtet sind.

Unter Berücksichtigung des oben angeführten, für die Interpretation eines Angebotes eines Bieters heranzuziehenden Interpretationsmaßstabes des objektiven Erklärungswertes (vgl. VwGH 16.2.2005, 2004/04/0030; BVA16.6.2009, N/0030- BVA/04/2009, 9.6.2009, N/0040-BVA/14/2009-31; 14.11.2008, N/0122-BVA/04/2008-48 u.a.) ist daher davon auszugehen, dass der Antragsteller sowohl C*** als auch E*** als Subunternehmer heranzieht. Unter Berücksichtigung des oben angeführten, für die Interpretation eines Angebotes eines Bieters heranzuziehenden Interpretationsmaßstabes des objektiven Erklärungswertes vergleiche VwGH 16.2.2005, 2004/04/0030; BVA16.6.2009, N/0030- BVA/04/2009, 9.6.2009, N/0040-BVA/14/2009-31; 14.11.2008, N/0122-BVA/04/2008-48 u.a.) ist daher davon auszugehen, dass der Antragsteller sowohl C*** als auch E*** als Subunternehmer heranzieht.

C*** und E*** wurden auch als Schlüsselpersonal im Teil F des Letztangebotes des Antragstellers genannt. In Übereinstimmung damit hat C*** in der mündlichen Verhandlung ausgeführt, dass er die für ihn vorgesehene externe fachtechnische Unterstützung im Einsatzplan des Letztangebotes des Antragstellers als technisches Personal, als geschäftsführender Gesellschafter und als Erbringer von Ingenieurleistungen gegenüber dem Antragsteller wahrnehmen werde. Er bestätigte auch die Nennung seiner Person sowie die des E*** als Subunternehmer im Letztangebot. Gleichzeitig betont er, dass er in keinem Dienstnehmerverhältnis gegenüber dem Antragsteller stehe, sondern dass er ebenso wie E*** auf Grund eines Werkvertrages dem Antragsteller verpflichtet sei.

Einem durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt [vgl. EuGH 4.12.2003, Rs C-448/01 (EVN-AG gegen Republik Österreich); VwGH 19.11.2008, 2007/04/20018, 2007/04/0019; 17.11.2004, 2002/04/0078; 16.2.2005, 2004/04/0030; BVA 16.6.2009, N/0030-BVA/04/2009-41; 11.1.2008, N/0112-BVA/14/2007-20 u.a.] hätte klar sein müssen, dass das im Teil F im Letztangebot zu nominierende Personal nicht zugleich in der Liste der Subunternehmer im Teil J nominiert werden darf.

1.3.3. Schlussfolgerung

Die Entscheidung des Auftraggebers im Verhandlungsverfahren, die Bieter zum Letztangebot aufzufordern, ist mangels Anfechtung bestandfest geworden. Damit hat der Auftraggeber zum Ausdruck gebracht, keine weitere Verhandlung mehr zu führen. Das Letztangebot des Antragstellers, in dem C*** als auch E*** als technisches Personal im Teil F und als Subunternehmer im Teil J nominiert wurden, ist keiner weiteren Verhandlung mehr zugänglich. Damit hat der Antragsteller ein den bestandfest gewordenen Ausschreibungsvorgaben widersprechendes "last and best offer" gelegt. Das Letztangebot wäre daher auch wegen Ausschreibungswidrigkeit gemäß § 269 Abs 1 Z 5 BVergG auszuschneiden gewesen. Die Entscheidung des Auftraggebers im Verhandlungsverfahren, die Bieter zum Letztangebot aufzufordern, ist mangels Anfechtung bestandfest geworden. Damit hat der Auftraggeber zum Ausdruck gebracht, keine weitere Verhandlung mehr zu führen. Das Letztangebot des Antragstellers, in dem C*** als auch E*** als technisches Personal im Teil F und als Subunternehmer im Teil J nominiert wurden, ist keiner weiteren Verhandlung mehr zugänglich. Damit hat der Antragsteller ein den bestandfest gewordenen Ausschreibungsvorgaben widersprechendes "last and best offer" gelegt. Das Letztangebot wäre daher auch wegen Ausschreibungswidrigkeit gemäß Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG auszuschneiden gewesen.

Ein Austausch der genannten Personen als technisches Personal im Teil F des Letztangebotes durch Einräumung einer Verbesserungsmöglichkeit wäre ebenso unzulässig. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes sind solche Mängel als unbehebbar zu qualifizieren, deren Behebung nach Anbotsöffnung zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung der Bieter führen kann. Bei der Abgrenzung zwischen behebbar und unbehebbar ist darauf abzustellen, ob durch die Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbewerbern materiell verbessert würde. In diesem Sinn wurden das Fehlen der firmenmäßigen Fertigung eines ohnehin rechtsgültig unterfertigten Angebotes (VwGH 26.2.2003, 2001/04/0037), die Namhaftmachung von mehreren Vertretern einer Bietergemeinschaft anstelle des in den Ausschreibungsunterlagen geforderten einzigen Vertreters (VwGH 25.2.2004, 2003/04/0186) oder das Fehlen eines Formblattes, das von einem Bieter nicht abänderbare Ausschreibungsbedingungen enthält (VwGH 29.6.2005, 2005/04/0024), als behebbare Mängel, ein Angebot mit einer kürzeren als der von den Ausschreibungsunterlagen geforderten Mindestgewährleistungsfrist jedoch als

unbehebbarer Mangel (vgl. VwGH 16.2.2005, 2004/04/0030) gewertet. Ein Austausch der genannten Personen als technisches Personal im Teil F des Letztangebotes durch Einräumung einer Verbesserungsmöglichkeit wäre ebenso unzulässig. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes sind solche Mängel als unbehebbar zu qualifizieren, deren Behebung nach Anbotsöffnung zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung der Bieter führen kann. Bei der Abgrenzung zwischen behebbarem und unbehebbarer Mangel ist darauf abzustellen, ob durch die Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbewerbern materiell verbessert würde. In diesem Sinn wurden das Fehlen der firmenmäßigen Fertigung eines ohnehin rechtsgültig unterfertigten Angebotes (VwGH 26.2.2003, 2001/04/0037), die Namhaftmachung von mehreren Vertretern einer Bietergemeinschaft anstelle des in den Ausschreibungsunterlagen geforderten einzigen Vertreters (VwGH 25.2.2004, 2003/04/0186) oder das Fehlen eines Formblattes, das von einem Bieter nicht abänderbare Ausschreibungsbedingungen enthält (VwGH 29.6.2005, 2005/04/0024), als behebbare Mängel, ein Angebot mit einer kürzeren als der von den Ausschreibungsunterlagen geforderten Mindestgewährleistungsfrist jedoch als unbehebbarer Mangel vergleiche VwGH 16.2.2005, 2004/04/0030) gewertet.

Die Namhaftmachung der beiden genannten Personen als technisches Personal im Teil F, die entgegen den bestandfest gewordenen Ausschreibungsbestimmungen gleichzeitig auch als Subunternehmer nominiert waren, ist jedenfalls als unbehebbarer Mangel zu qualifizieren. Die Möglichkeit der Mängelbehebung und damit der Austausch der Personen, C*** und E***, die laut "last and best offer" des Antragstellers zum technischen Personal im Teil F zählen und im Organigramm als externe fachtechnische Unterstützung (C***) bzw. als QM-Unterstützung (E***), aufscheinen, würde nach Öffnung der Letztangebote zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung des Bieters führen. Das im Teil F nominierte technische Personal unterliegt nämlich einer Bewertung im Rahmen des als Zuschlagskriterium festgelegten "technischen Kriteriums".

Es steht nicht in der Disposition des Auftraggebers, im Oberschwellenbereich von Ausscheidenstatbeständen gemäß § 269 Abs 1 Z 5 BVergG nach seinem Ermessen Gebrauch zu machen. Die Bindung der für eine Zuschlagserteilung in Frage kommenden Angebote an die Ausschreibung ist für die Gleichbehandlung der Bieter - ebenso wie im klassischen Bereich (§ 19 BVergG) - auch im Sektorenbereich iSd § 187 Abs 1 BVergG entscheidend [vgl. dazu EuGH 25.4.1996, Rs C-87/94 (Wallonische Busse, RZ 89, wonach eine Abweichung von in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen eine Verletzung wesentlicher Grundsätze des Vergabeverfahrens darstellt)]. Allein deshalb, weil der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für den Zuschlag von einem formalen Ausscheiden eines Angebotes Abstand genommen hat, wird ein auszuscheidendes Angebot nicht zu einem zulässigen Angebot, dem der Zuschlag erteilt werden kann (vgl. VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050; ebenso BVA 16.6.2009, N/0030-BVA/04/2009; 23.7.2004, 14F-09/03-18; 23.7.2004, 14N-64/03-22, 28.1.2005, 04N-131/04-38 u.a.). Es steht nicht in der Disposition des Auftraggebers, im Oberschwellenbereich von Ausscheidenstatbeständen gemäß Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG nach seinem Ermessen Gebrauch zu machen. Die Bindung der für eine Zuschlagserteilung in Frage kommenden Angebote an die Ausschreibung ist für die Gleichbehandlung der Bieter - ebenso wie im klassischen Bereich (Paragraph 19, BVergG) - auch im Sektorenbereich iSd Paragraph 187, Absatz eins, BVergG entscheidend [vgl. dazu EuGH 25.4.1996, Rs C-87/94 (Wallonische Busse, RZ 89, wonach eine Abweichung von in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen eine Verletzung wesentlicher Grundsätze des Vergabeverfahrens darstellt)]. Allein deshalb, weil der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für den Zuschlag von einem formalen Ausscheiden eines Angebotes Abstand genommen hat, wird ein auszuscheidendes Angebot nicht zu einem zulässigen Angebot, dem der Zuschlag erteilt werden kann vergleiche VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050; ebenso BVA 16.6.2009, N/0030-BVA/04/2009; 23.7.2004, 14F-09/03-18; 23.7.2004, 14N-64/03-22, 28.1.2005, 04N-131/04-38 u.a.).

Das Thema der "Nominierung von Personen als technisches Personal im Sinne von Teil F und als Subunternehmer im Teil J als Ausscheidensgrund" war auch Gegenstand der mündlichen Verhandlung am 30.10.2009. Dem Antragsteller wurde Gelegenheit gegeben, dazu und damit auch zur Stichhaltigkeit des Ausscheidensgrundes Stellung zu nehmen [vgl. EuGH 19.6.2003, Rs C-249/01 (Hackermüller); VwGH 1.10.2008, 2005/04/0233; 1.3.2005, 2003/04/0339; 16.2.2005, 2004/04/0030]. Mangelt es einem Angebot an der grundsätzlichen Eignung gemäß den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes und den hierzu ergangenen Verordnungen für den Zuschlag in Betracht gezogen zu werden, so ist - wie der Verwaltungsgerichtshof wiederholt ausgesprochen hat - die Antragslegitimation iSv § 320 Abs 1 BVergG zu verneinen (vgl. VwGH 18.3.2009, 2007/04/0095; Das Thema der "Nominierung von Personen als technisches Personal im Sinne von Teil F und als Subunternehmer im Teil J als Ausscheidensgrund" war auch Gegenstand der

mündlichen Verhandlung am 30.10.2009. Dem Antragsteller wurde Gelegenheit gegeben, dazu und damit auch zur Stichhaltigkeit des Ausscheidensgrundes Stellung zu nehmen [vgl. EuGH 19.6.2003, Rs C-249/01 (Hackermüller); VwGH 1.10.2008, 2005/04/0233; 1.3.2005, 2003/04/0339; 16.2.2005, 2004/04/0030]. Mangelt es einem Angebot an der grundsätzlichen Eignung gemäß den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes und den hierzu ergangenen Verordnungen für den Zuschlag in Betracht gezogen zu werden, so ist - wie der Verwaltungsgerichtshof wiederholt ausgesprochen hat - die Antragslegitimation iSv Paragraph 320, Absatz eins, BVergG zu verneinen vergleiche VwGH 18.3.2009, 2007/04/0095;

3.1.2005, 2003/04/0039; 27.2.2002, 2000/04/0050; 16.2.2005, 2004/04/0030; ebenso BVA 16.6.2009, N/0030-BVA/04/2009;

9.6.2009, N/0040-BVA/14/2009-31; 1.2.2008, N/0121-BVA/07/2007-41; 23.11.2006, N/0085-BVA/04/2006-38 uva).

Darüber hinaus ist dem Antragsteller, der im Übrigen in der mündlichen Verhandlung selbst davon sprach, dass es sich bei den genannten Personen auch um Subunternehmer handelt, soweit er die Nominierung und Qualifizierung von C*** und E*** als Subunternehmer im Letztangebot wiederum bestreitet, nicht zu folgen.

Sowohl C*** als auch E*** erfüllen die Subunternehmereigenschaft, die in Teil B unter Punkt B.3.6 der Ausschreibungsunterlagen definiert ist. Wie sich aus der Aussage von C**** in der mündlichen Verhandlung ergibt, sind C*** und E*** dem Antragsteller auf Grund eines Werkvertrages verpflichtet. Ein Dienstnehmerverhältnis gegenüber dem Antragsteller wurde ausgeschlossen. Dies ergibt sich auch aus dem dem Letztangebot beiliegenden Schreiben der Sozialversicherung der gewerblichen Wirtschaft betreffend C*** und E***. Es ist daher davon auszugehen, dass die genannten Personen als Selbstständige und somit Unternehmer im Sinne der Definition im Teil B unter Punkt B.3.6 zu werten sind. Als solche sollten von ihnen Teile der an den Antragsteller als Auftragnehmer übertragenen Leistungen ausgeführt werden. In dieser Hinsicht sind sie vertraglich nur an den Antragsteller gebunden.

Aus der Definition des in Teil F anzuführenden Schlüsselpersonals (technisches Personal) in Teil B Punkt B.11.1. der Ausschreibungsunterlagen ergibt sich, dass dieses Personal als Mitarbeiter des Bieters definiert wird. Offenbar legte der Auftraggeber besonderen Wert auf ein zwischen dem Bieter und dem Schlüsselpersonal bestehendes Dienstverhältnis.

Selbst wenn ein solches Dienstverhältnis aus rechtlichen Gründen nicht möglich sein sollte - wie vom Antragsteller in der mündlichen Verhandlung argumentiert wurde -, so wäre es dem Antragsteller jedoch offen gestanden, als technisches Personal im Teil F des Letztangebotes andere Personen als C*** und E*** zu nominieren.

Ungeachtet der oben genannten Ausschreibungsvorgaben hat der Antragsteller in seinem "last and best offer" im technischen Angebot (Teil F) unter Punkt 2.2 (Technisches Personal) die genannten Personen, C*** und E***, die dem Antragsteller auf Grund eines Werksvertrages verpflichtet sind, die in keinem Dienstverhältnis zum Antragsteller stehen, und zudem als Subunternehmer deklariert wurden, zugleich als technisches Personal namhaft gemacht. Für diese beiden Personen wurden zudem im Anhang zu Teil F die Referenzblätter ausgefüllt und mit den mit 25.4.2009 datierten Bestätigungen der Sozialversicherung der gewerblichen Wirtschaft beigelegt. Diese Vorgangsweise hat gemäß den Vorgaben der bestandfest gewordenen Ausschreibungsunterlagen das Ausscheiden eines Angebotes zur Folge.

Auf Grund der obigen Ausführungen war von der vom Antragsteller beantragten Durchführung einer weiteren mündlichen Verhandlung abzusehen.

Zuletzt aktualisiert am

09.02.2010

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