

TE Verg Bescheid 2009/2/17 N/0152-BVA/02/2008-31

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 17.02.2009

Norm

BVergG 2006 §2 Z47

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitii

BVergG 2006 §3 Abs1 Z1

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §19 Abs1

BVergG 2006 §25 Abs7

BVergG 2006 §69 Z1

BVergG 2006 §70 Abs3

BVergG 2006 §129 Z2

BVergG 2006 §129 Abs1 Z2

BVergG 2006 §129 Abs1 Z7

BVergG 2006 §131 Z5

BVergG 2006 §151 Abs3

BVergG 2006 §319 Abs1

BVergG 2006 §319 Abs2

BVergG 2006 §320 Abs1 Z2

BVergG 2006 §321

BVergG 2006 §322

BVergG 2006 §324 Abs3

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

1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
-
1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
-
1. BVergG 2006 § 19 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 25 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 25 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
-
1. BVergG 2006 § 69 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
-
1. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 70 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 131 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 151 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 151 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
-
1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 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
-
1. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 321 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 322 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 324 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 324 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 324 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 2, Mag. Viktoria Mugli-Maschek und Dkfm. Dr. Johann Hackl als Mitglied der Auftraggeberseite und Arch. DI Georg Pendl als Mitglied der Auftragnehmerseite, im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs. 2 Z 2 Bundesvergabegesetz 2006 idF der Novelle BGBl. I Nr. 86/2007 (BVergG), betreffend das Vergabeverfahren "Bereitstellung von Sicherheitsfachkräften (SFK)", der Auftraggeber 1. Republik Österreich (Bund) und 2. Bundesbeschaffung GmbH, beide vertreten durch die Bundesbeschaffung GmbH, Lassallestraße 9b, 1020 Wien, diese vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, über die Anträge der A***, vertreten durch X***, vom 24. 11. 2008, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 2, Mag. Viktoria Mugli-Maschek und Dkfm. Dr. Johann Hackl als Mitglied der Auftraggeberseite und Arch. DI Georg Pendl als Mitglied der Auftragnehmerseite, im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, (BVergG), betreffend das Vergabeverfahren "Bereitstellung von Sicherheitsfachkräften (SFK)", der Auftraggeber 1. Republik Österreich (Bund) und 2. Bundesbeschaffung GmbH, beide vertreten durch die Bundesbeschaffung GmbH, Lassallestraße 9b, 1020 Wien, diese vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, über die Anträge der A***, vertreten durch X***, vom 24. 11. 2008, wie folgt entschieden:

Spruch

1. Der Antrag, "das Bundesvergabeamt möge die mit Telefax vom 11.11.2008 bekannt gemachten Entscheidungen der Republik Österreich (Bund) und Bundesbeschaffung GmbH, das Angebot der A*** bei den Losen 1, 2, 5 und 7 (wird nur Vorbringen 3.2.3. stattgegeben, der Lose 2, 5 und 7 bzw. wird nur dem Vorbringen

3.2.4 stattgegeben Los 7) auszuscheiden, für nichtig zu erklären", wird abgewiesen.

1. 2.Ziffer 2

Der Antrag, "das Bundesvergabeamt möge die mit Telefax vom 11.11.2008 bekannt gemachten Entscheidungen der Republik Österreich (Bund) und Bundesbeschaffung GmbH, im gegenständlichen Vergabeverfahren nach Ablauf der Stillhaltefrist die Rahmenvereinbarungen bei den Losen 1 und 2 mit B***, bei Los 5 mit dem C*** und bei Los 7 mit Ingenieurbüro D*** abschließen zu wollen, für nichtig zu erklären", wird zurückgewiesen.

1. 3.Ziffer 3

Die Anträge, gerichtet auf Ersatz der Pauschalgebühren für den Antrag auf Nichtigerklärung von Auftraggeberentscheidungen sowie auf Ersatz der Pauschalgebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung werden abgewiesen.

Begründung

Die Veröffentlichung der Bekanntmachung zur Auftragsvergabe "Bereitstellung von Sicherheitsfachkräften (SFK)" der Auftraggeber

1. 1.Ziffer eins

Republik Österreich (Bund) und 2. Bundesbeschaffung GmbH als zentrale Beschaffungsstelle gemäß § 2 Z 47 lit b BVergG (im Folgenden Auftraggeber), beide vertreten durch die Bundesbeschaffung GmbH, Lassallestraße 9b, 1020 Wien (im Folgenden vergebende Stelle), zum Abschluss von je einer Rahmenvereinbarung mit einer Laufzeit von 36 Monaten für insgesamt 9 verschiedene Lose, darunter auch die Lose 1, 2, 5 und 7, erfolgte national am 7.8.2008 und am 16.8.2008 im Supplement S des Amtsblattes der Europäischen Gemeinschaften, 2008/S 158-213920. Zur Vergabe gelangt eine Dienstleistung der Dienstleistungskategorie Nr. 11 (Unternehmensberatung

und verbundene Tätigkeiten) des Anhanges III zum BVergG, mit dem CPV-Code 85300000 in Form eines offenen Verfahrens und zwar jeweils an das Angebot mit dem niedrigsten Preis. Der Losumfang wurde jeweils getrennt angegeben und beträgt für die verfahrensgegenständlich angefochtenen Lose wie folgt: für Los 1 Euro 125.000.-, für Los 2 Euro 100.000.-, und für die Lose 5 und 7 jeweils Euro 25.000.-; insgesamt wurden für alle 9 Lose Euro 395.000.- veranschlagt. Der zunächst mit 16.10.2008 festgelegte Schlusstermin für den Eingang der Angebote wurde laut Verlautbarung im Supplement S des Amtsblattes der Europäischen Gemeinschaften, 2008/S 197-259660 bis zum 23.10.2008, 10.00 Uhr, verlängert. Republik Österreich (Bund) und 2. Bundesbeschaffung GmbH als zentrale Beschaffungsstelle gemäß Paragraph 2, Ziffer 47, Litera b, BVergG (im Folgenden Auftraggeber), beide vertreten durch die Bundesbeschaffung GmbH, Lassallestraße 9b, 1020 Wien (im Folgenden vergebende Stelle), zum Abschluss von je einer Rahmenvereinbarung mit einer Laufzeit von 36 Monaten für insgesamt 9 verschiedene Lose, darunter auch die Lose 1, 2, 5 und 7, erfolgte national am 7.8.2008 und am 16.8.2008 im Supplement S des Amtsblattes der Europäischen Gemeinschaften, 2008/S 158-213920. Zur Vergabe gelangt eine Dienstleistung der Dienstleistungskategorie Nr. 11 (Unternehmensberatung und verbundene Tätigkeiten) des Anhanges römisch drei zum BVergG, mit dem CPV-Code 85300000 in Form eines offenen Verfahrens und zwar jeweils an das Angebot mit dem niedrigsten Preis. Der Losumfang wurde jeweils getrennt angegeben und beträgt für die verfahrensgegenständlich angefochtenen Lose wie folgt: für Los 1 Euro 125.000.-, für Los 2 Euro 100.000.-, und für die Lose 5 und 7 jeweils Euro 25.000.-; insgesamt wurden für alle 9 Lose Euro 395.000.- veranschlagt. Der zunächst mit 16.10.2008 festgelegte Schlusstermin für den Eingang der Angebote wurde laut Verlautbarung im Supplement S des Amtsblattes der Europäischen Gemeinschaften, 2008/S 197-259660 bis zum 23.10.2008, 10.00 Uhr, verlängert.

In der Ausschreibung "Allgemeine Ausschreibungsbedingungen zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung nach Durchführung eines offenen Verfahrens gemäß BVergG 2006 betreffend Bereitstellung von

Sicherheitsfachkräften (SFK), ... internes Geschäftszeichen der

BBG: GZ-Nr. 2701.00952" (im Folgenden AAB) wurde von den Auftraggebern auszugsweise wie folgt festgelegt:

"2.1 Ziel dieses Vergabeverfahrens

6 Ziel dieses Vergabeverfahrens ist der Abschluss von Rahmenvereinbarungen mit einem Unternehmer pro Los gemäß §§ 25 Abs. 7 und 32 i. V. m. §§ 150 ff BVergG 2006 über die Bereitstellung von Sicherheitsfachkräften (SFK) gem. Bundesbedienstetenschutzgesetz (B- BSG), BGBl. I Nr. 70/1999, und dem ArbeitnehmerInnenschutzgesetz (ASchG) in der jeweils geltenden Fassung ab Abschluss der Rahmenvereinbarung bis 30.11.2011 und einer Verlängerungsoption von 2 x 1 Jahr bis maximal 30.11.2013 in ganz Österreich für öffentliche Auftraggeber gemäß Punkt 3. dieser allgemeinen Ausschreibungsbedingungen. 6 Ziel dieses Vergabeverfahrens ist der Abschluss von Rahmenvereinbarungen mit einem Unternehmer pro Los gemäß Paragraphen 25, Absatz 7 und 32 i. römisch fünf. m. Paragraphen 150, ff BVergG 2006 über die Bereitstellung von Sicherheitsfachkräften (SFK) gem. Bundesbedienstetenschutzgesetz (B- BSG), BGBl. römisch eins Nr. 70 aus 1999,, und dem ArbeitnehmerInnenschutzgesetz (ASchG) in der jeweils geltenden Fassung ab Abschluss der Rahmenvereinbarung bis 30.11.2011 und einer Verlängerungsoption von 2 x 1 Jahr bis maximal 30.11.2013 in ganz Österreich für öffentliche Auftraggeber gemäß Punkt 3. dieser allgemeinen Ausschreibungsbedingungen.

7 Es ist vorgesehen, dass die Zuschläge hinsichtlich der auf dieser Rahmenvereinbarung beruhenden Aufträge unmittelbar dem auf Grund der Bedingungen der Rahmenvereinbarung gelegten Angebot nach den in diesen Ausschreibungsunterlagen genannten konkreten Bedingungen erteilt werden.

8 Der Beginn der Leistungserfüllung je Los bestimmt sich nach dem in der nachstehenden Tabelle bestimmten Zeitpunkt:

...

4.4 Fragen zum Vergabeverfahren, Berichtigungen

22 Die BBG behält sich vor, innerhalb der Angebotsfrist Berichtigungen zu den Ausschreibungsunterlagen vorzunehmen. Sofern erforderlich, wird die BBG die Angebotsfrist erstrecken.

...

5.2 Subunternehmer

38 Der Bieter kann sich zur Erfüllung der ausschreibungsgegenständlichen Einzelaufträge auch Subunternehmer bedienen, soweit der Subunternehmer die für die Ausführung des entsprechenden Teils der Leistung erforderliche Befugnis, die erforderliche technische, wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit sowie die berufliche Zuverlässigkeit gemäß den §§ 71 bis 76 BVerG 2006 besitzt. Hinsichtlich der

Erfüllung der ausschreibungsgegenständlichen Einzelaufträge auch Subunternehmer bedienen, soweit der Subunternehmer die für die Ausführung des entsprechenden Teils der Leistung erforderliche Befugnis, die erforderliche technische, wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit sowie die berufliche Zuverlässigkeit gemäß den Paragraphen 71 bis 76 BVerG 2006 besitzt. Hinsichtlich der

wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit gilt dies

nur dann, wenn der Auftragnehmer den/die Subunternehmer zur Darlegung seiner wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit benötigt.

39 Die Weitergabe des gesamten Auftrages ist jedoch unzulässig. Von dieser Bestimmung ausgenommen sind Kaufverträge.

40 Soweit sich Bieter bei der Leistungserbringung eines Subunternehmers bedienen wollen, haben sie im Angebot anzugeben, welche wesentlichen Leistungsteile an Subunternehmer vergeben werden sollen. Ein wesentlicher Teil des Auftrages liegt jedenfalls dann vor, wenn der Wert dieses Teiles allein oder insgesamt (sohin für alle Subunternehmer) 25 % des Gesamtauftragswertes übersteigt.

41 Die in Frage kommenden Subunternehmer sind unter Nachweis ihrer Befugnis und beruflichen Zuverlässigkeit im Angebot bekannt zu geben. Weiters ist auch die technische und/oder wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit der Subunternehmer, soweit diese für den Nachweis der Leistungsfähigkeit des Bieters erforderlich ist, durch Beilage entsprechender Bescheinigungen im Angebot nachzuweisen. Die Nachweise sind in der gleichen Weise wie für den Bieter zu erbringen (vgl. unten Punkt 6). Die Haftung des Auftragnehmers wird durch diese Angaben nicht berührt.

41 Die in Frage kommenden Subunternehmer sind unter Nachweis ihrer Befugnis und beruflichen Zuverlässigkeit im Angebot bekannt zu geben. Weiters ist auch die technische und/oder wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit der Subunternehmer, soweit diese für den Nachweis der Leistungsfähigkeit des Bieters erforderlich ist, durch Beilage entsprechender Bescheinigungen im Angebot nachzuweisen. Die Nachweise sind in der gleichen Weise wie für den Bieter zu erbringen vergleiche unten Punkt 6). Die Haftung des Auftragnehmers wird durch diese Angaben nicht berührt.

...

6 Eignungskriterien

6.1 Allgemeines

44 Der Bieter muss für die Erbringung der angebotenen Leistung geeignet sein. Geeignet sind Unternehmer, die befugt, technisch, finanziell und wirtschaftlich leistungsfähig sowie zuverlässig sind. Die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit muss spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen, widrigenfalls der Bieter ausgeschlossen wird. Die Eignung ist in den Angeboten durch Vorlage der in diesen Ausschreibungsunterlagen beschriebenen Urkunden (Nachweise, Bescheinigungen) darzutun und zu belegen, insbesondere auch betreffend allenfalls in Frage kommender Subunternehmer (siehe oben Punkt 5.2).

...

6.3 Technische Leistungsfähigkeit

6.3.1 Allgemeines

61 Der Bieter muss die für die Erbringung der Leistung erforderliche technische Leistungsfähigkeit aufweisen. Diese muss spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen. Für jene Teile, die der Subunternehmer erbringen soll, ist die entsprechende Leistungsfähigkeit des Subunternehmers erforderlich und ebenfalls nachzuweisen.

62 Der Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit des Bieters kann auch durch den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit eines mit dem Bieter verbundenen Unternehmens oder eines Subunternehmers

erbracht werden. Diesfalls muss der Bieter durch eine Verpflichtungserklärung, nachweisen, dass er im Auftragsfall tatsächlich über die zur Erbringung der Leistung erforderlichen Mittel des verbundenen Unternehmens oder des Subunternehmers verfügt.

63 Das Mindestniveau der technischen Leistungsfähigkeit für die Erbringung der Leistungen ist gegeben, wenn zumindest folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

- -Strichaufzählung
Der Bieter hat mindestens über 5 qualifizierte Mitarbeiter zu verfügen. Qualifiziert wird wie folgt verstanden: die Person muss eine einschlägige Ausbildung (SFK) aufweisen.
- -Strichaufzählung
Der Bieter muss mindestens 10 Referenzprojekte je Los über die Erbringung von sicherheitstechnischen Leistungen für öffentliche Auftraggeber in den vergangenen 3 Kalenderjahren (2005, 2006, 2007) erbracht haben.

6.3.2 Nachweise

64 Zum Nachweis für die technische Leistungsfähigkeit des Bieters bzw. des/der Subunternehmers/r zur Erbringung der Leistungen hat dieser

- -Strichaufzählung
eine Liste der in den letzten drei Jahren erbrachten Leistungen für öffentlichen Auftraggeber entsprechend den obigen Anforderungen
- -Strichaufzählung
eine Unternehmensdarstellung mit Angaben des vorgesehenen einzusetzenden Personals (Anzahl und Ausbildung) beizubringen.

...

7 Das Angebot

7.1 Teilangebot

Angebote können hinsichtlich aller, mehrerer, oder auch nur eines Loses abgegeben werden."

In der 1. Fragebeantwortung datiert mit 11.09.2008 nahm die vergebende Stelle zu diversen Bieteranfragen - soweit für das verfahrensgegenständliche Rechtsschutzverfahren von Relevanz - Stellung wie folgt:

1. "4.Ziffer 4

Frage:

Fragen zu den allgemeinen Ausschreibungsbedingungen Werden Werkvertragnehmer wie Angestellte d. Unternehmens behandelt oder wie Subunternehmer entsprechend Pkt. 5.2.

Betrifft das auch Werkvertragnehmer, die im laufenden Arbeitsverhältnis zum Bieter sind oder soll hier eine Trennung erfolgen?

Kann ein Werkvertragnehmer in einem Vertragsverhältnis mit mehreren Bietern stehen?

Verweis Abs. 42 Verweis Absatz 42

Antwort BBG

Zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit ist es erforderlich, dass die Mitarbeiter grundsätzlich in einem aufrechten Dienstverhältnis zum Bieter stehen. Erklärend wird festgehalten, dass Werkvertragnehmer als Subunternehmer anzusehen sind. Sollte vom Bieter beabsichtigt werden, die eigene technische Leistungsfähigkeit durch solche Subunternehmer (Werkvertragnehmer) zu substituieren, wird hinsichtlich der vorzulegenden Nachweise auf die Bestimmung gemäß Pkt. 6.3.1, Rz 61 und 62 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen verwiesen.

Wie in RZ 42 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen geregelt dürfen Subunternehmer bei mehreren Bietern als Subauftragnehmer auftreten. In diesem Fall hat der Bieter in seinen Subunternehmerverträgen jedoch sicherzustellen, dass durch die Teilnahme des Subunternehmers keine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung der übrigen Bieter erfolgt. Weiters hat die vergebende Stelle auf Verlangen das Recht jederzeit Einsicht in die entsprechenden Teile des Subunternehmerangebotes bzw. Vereinbarungen mit dem Subunternehmer zu nehmen, um feststellen zu können, ob die entsprechenden Vorkehrungen zwischen Bieter und Subunternehmer getroffen wurden.

1. 5.Ziffer 5

Frage:

Fragen zu den allgemeinen Ausschreibungsbedingungen Absatz 62 Der Bieter hat mindestens über 5 qualifizierte Mitarbeiter zu verfügen. Müssen diese Mitarbeiter Vollzeit, Teilzeit beschäftigt sein, oder kann es sich auch um freie Mitarbeiter (Werkvertragnehmer) handeln?

Antwort BBG

Der Bieter hat über 5 qualifizierte Mitarbeiter zu verfügen. Die Mitarbeiter müssen Vollzeit beim Bieter beschäftigt sein. Sollten Subunternehmer (Werkvertragnehmer) für den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit des Bieters herangezogen werden, wird, um Wiederholungen zu vermeiden, auf die Antwort von Frage 4 verwiesen.

In der 3. Fragebeantwortung und 4. Berichtigung datiert vom 2.10.2008 nahmen die Auftraggeber - soweit für das gegenständliche Nachprüfungsverfahren von Relevanz - zu weiteren Fragen Stellung und legten ergänzend fest wie folgt:

"I. Fragebeantwortung

...

1. 4.Ziffer 4

Frage:

Wie ist der Nachweis zu erbringen, dass die Mitarbeiter im Betrieb beschäftigt sind, durch eine Erklärung des Bieters oder reicht die Unternehmensdarstellung?

Antwort BBG:

Der Bieter muss gemäß Pkt. 6.3.2 der allgemeinen Ausschreibungsbedingungen die Mitarbeiter bekannt geben. Siehe hierzu auch insbesondere die Antwort zur Frage 8 dieser Fragebeantwortung und Berichtigung.

1. 5.Ziffer 5

Frage:

Muss bereits jetzt schon das einzusetzende Personal namentlich einzelnen Dienststellen zugeteilt werden, oder erfolgt dies erst bei Beauftragung der Dienststellen (Abruf) und es reicht wenn man angibt wer Dienststellen betreuen soll?

Antwort BBG:

Nein, eine Zuordnung des einzusetzenden Personals ist nicht gefordert.

...

II. Berichtigungsgründung zwei. Berichtigung

...

1. 7.Ziffer 7

Frage:

...

2. 9.Ziffer 9

Frage:

Nach Punkt 6.3 "Technische Leistungsfähigkeit" der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen hat der Bieter "mindestens über 5 qualifizierte Mitarbeiter zu verfügen". Dies ist unsachlich, weil das Eignungskriterium der Mitarbeiteranzahl nicht nach den (im Übrigen unterschiedlich großen) Losen differenziert: Nach dem Wortlaut dieses Eignungskriteriums soll also ein Unternehmer, der sich für ein kleines Los wie zB. Burgenland bewirbt, eine gleich hohe Mitarbeiteranzahl von 5 nachweisen, wie ein Unternehmer, der sich für sämtliche Lose bewirbt: nämlich auch nur 5 Mitarbeiter.

Antwort BBG:

Die Bestimmung gemäß Pkt. 6.3.1, Rz 63 der Allgemeinen

Ausschreibungsbedingungen lautet anstatt wie bisher:

Das Mindestniveau der technischen Leistungsfähigkeit für die Erbringung der Leistungen ist gegeben, wenn zumindest folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

- -Strichaufzählung
Der Bieter hat mindestens über 5 qualifizierte Mitarbeiter zu verfügen. Qualifiziert wird wie folgt verstanden: Die Person muss eine einschlägige Ausbildung (SFK) aufweisen.
- -Strichaufzählung
Der Bieter muss mindestens 10 Referenzprojekte je Los über die Erbringung von sicherheitstechnischen Leistungen für öffentliche Auftraggeber in den vergangenen 3 Kalenderjahren (2005, 2006, 2007) erbracht haben.

nunmehr wie folgt:

Das Mindestniveau der technischen Leistungsfähigkeit für die Erbringung der Leistungen ist gegeben, wenn zumindest folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

- -Strichaufzählung
Der Bieter hat mindestens über
- -Strichaufzählung
6 qualifizierte Mitarbeiter für Los 1: Wien
- -Strichaufzählung
3 qualifizierte Mitarbeiter für Los 2: Niederösterreich
- -Strichaufzählung
3 qualifizierte Mitarbeiter für Los 3: Oberösterreich
- -Strichaufzählung
2 qualifizierte Mitarbeiter für Los 4: Salzburg
- -Strichaufzählung
3 qualifizierte Mitarbeiter für Los 5: Steiermark
- -Strichaufzählung
1 qualifizierten Mitarbeiter für Los 6: Burgenland
- -Strichaufzählung
2 qualifizierte Mitarbeiter für Los 7: Kärnten
- -Strichaufzählung
2 qualifizierte Mitarbeiter für Los 8: Tirol
- -Strichaufzählung
1 qualifizierten Mitarbeiter für Los 9: Vorarlberg

zu verfügen. Qualifiziert wird wie folgt verstanden: Die Person muss eine einschlägige Ausbildung zur Sicherheitsfachkraft aufweisen.

- -Strichaufzählung
Der Bieter muss
- -Strichaufzählung
für Los 1 (Wien) mindestens 10 Referenzprojekte,
- -Strichaufzählung
für Los 2 (Niederösterreich) mindestens 8 Referenzprojekte,
- -Strichaufzählung
für Los 3 (Oberösterreich) mindestens 6 Referenzprojekte,
- -Strichaufzählung
für Los 4 (Salzburg) mindestens 3 Referenzprojekte,
- -Strichaufzählung
für Los 5 (Steiermark) mindestens 3 Referenzprojekte,
- -Strichaufzählung
für Los 6 (Burgenland) mindestens 2 Referenzprojekte,
- -Strichaufzählung
für Los 7 (Kärnten) mindestens 3 Referenzprojekte,

- -Strichaufzählung
für Los 8 (Tirol) mindestens 3 Referenzprojekte,
- -Strichaufzählung
für Los 9 (Vorarlberg) mindestens 2 Referenzprojekte

über die Erbringung von sicherheitstechnischen Leistungen mit einem Umfang von zumindest 50 zu betreuenden Mitarbeiter je Referenzprojekt, wobei die Dauer der Betreuung je Referenzprojekt zumindest 1 Jahr betragen muss, in den vergangenen 3 Kalenderjahren (2005, 2006, 2007) erbracht haben. Eine Mehrfachnennung von Referenzprojekten in unterschiedlichen Losen ist unzulässig.

Die Bestimmung gemäß Pkt. 6.3.2, Rz 64 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen lautet anstatt wie bisher:

„Zum Nachweis für die technische Leistungsfähigkeit des Bieters bzw. des/der Subunternehmers/r zur Erbringung der Leistungen hat dieser

- -Strichaufzählung
eine Liste der in den letzten drei Jahren erbrachten Leistungen für öffentliche Auftraggeber entsprechend den obigen Anforderungen
- -Strichaufzählung
eine Unternehmensdarstellung mit Angaben des vorgesehenen einzusetzenden Personals (Anzahl, Ausbildung)

beizubringen“

nunmehr wie folgt:

„Zum Nachweis für die technische Leistungsfähigkeit des Bieters bzw. des/der Subunternehmers/r zur Erbringung der Leistungen hat dieser

- -Strichaufzählung
eine getrennte Liste je angebotenem Los der in den letzten drei Jahren erbrachten Leistungen entsprechend den obigen Anforderungen mit dem Angebot beizubringen. In dieser Liste hat der Bieter nachvollziehbar die Dauer der Betreuung und die Anzahl der zu betreuenden Mitarbeiter je Referenzprojekt darzustellen. Der Bieter hat zwingend die geforderten Referenzen in einer getrennten Referenzliste je Los darzustellen.
- -Strichaufzählung
eine getrennten Liste je angebotenem Los mit Angaben zum vorgesehenen einzusetzenden Personal entsprechend den obigen Anforderungen mit dem Angebot beizubringen. In dieser Liste ist die Anzahl der Mitarbeiter, die Namen der einzusetzenden Mitarbeiter sowie Ausbildung der Mitarbeiter anzuführen.“

1. 9.Ziffer 9

Frage:

..."

Das von der Antragstellerin mit Schreiben vom 21.10.2008 bei der vergebenden Stelle in Papierform eingelangte Angebot im Original über insgesamt 5 Teilangebote, enthält ua. auch 5 jeweils einem bestimmten Los ausdrücklich zugeordnete Beilagen mit der ausdrücklichen Bezeichnung "Liste des vorgesehenen einzusetzenden Personals". In jeder dieser Beilagen werden für jedes einzelne Los - mit Hinweis auf deren Ausbildung als Sicherheitsfachkraft - die Namen jener Personen genannt (6 Namen für Los 1, je 3 Namen für die Lose 2 und 5, 1 Name für Los 6 und 2 Namen für Los 7), die die Antragstellerin als Mitarbeiter jeweils einzusetzen beabsichtigt. Da der Name eines Mitarbeiters sowohl bei Los 5 als auch bei Los 6 aufscheint, werden somit insgesamt 14 verschiedene Mitarbeiter benannt.

Im Zuge der Angebotsprüfung wurde die Antragstellerin mit Fax-Mitteilung der vergebenden Stelle vom 30.10.2008 zur "Aufklärung betreffend des qualifizierten Personals" aufgefordert:

"Sehr geehrter Bieter!

... Im Zuge der Prüfung sind leider Unklarheiten hinsichtlich der qualifizierten Mitarbeiter aufgetreten.

Wir ersuchen Sie daher bis spätestens Montag, den 3.11.2008, 10:00 Uhr (Einlangen in der BBG) um schriftliche Aufklärung bzw. Nachreichung von Unterlagen über folgende Punkte, widrigenfalls Ihr Angebot ausgeschrieben werden muss.

Wir fordern Sie auf aufzuklären, ob die im Angebot genannten Mitarbeiter Vollzeit (vgl. 1.Fragebeantwortung vom 11.09.2008, Antwort zu Frage 5) in Ihrem Unternehmen beschäftigt sind. Sollte dies der Fall sein, haben Sie als Nachweis hierfür, für alle genannten Mitarbeiter einen Nachweis über die Anmeldung bei der Sozialversicherung beizubringen."Wir fordern Sie auf aufzuklären, ob die im Angebot genannten Mitarbeiter Vollzeit vergleiche 1.Fragebeantwortung vom 11.09.2008, Antwort zu Frage 5) in Ihrem Unternehmen beschäftigt sind. Sollte dies der Fall sein, haben Sie als Nachweis hierfür, für alle genannten Mitarbeiter einen Nachweis über die Anmeldung bei der Sozialversicherung beizubringen."

Unter Bezugnahme auf diese Aufforderung legte die Antragstellerin fristgerecht ein Konvolut "Aufklärung betreffend des qualifizierten Personals", bestehend aus 5 jeweils nach Losen getrennten Beilagen über die zum Einsatz vorgesehenen Mitarbeiter samt deren Beschäftigungsverhältnis und Beschäftigungsausmaß und - diesen Beilagen ebenfalls einzeln zugeordnet - insgesamt 15 Zeugniskopien betreffend deren (Fach)Ausbildung zur Sicherheitsfachkraft und insgesamt 11 Kopien betreffend deren Anmeldung zur Gebietskrankenkasse vor. Soweit für das gegenständliche Nachprüfungsverfahren von Relevanz lauten die Tabellen zu den Losen 1, 2, 5 und 7 wie folgt:

- -Strichaufzählung

- "Los 1 Wien

- Name Beschäftigungs- Beschäftigungsausmaß
- verhältnis
- **** Angestellter Vollzeit
- **** Angestellter Vollzeit
- **** Angestellter Vollzeit
- **** derzeit ca. 20,0 Stunden
- Projektmitarbeiter pro Woche
- auf Werkvertragsbasis
- **** Angestellter Vollzeit
- **** Angestellter 20,0 Stunden
- pro Woche

- Los 2 Niederösterreich

- Name Beschäftigungs- Beschäftigungsausmaß
- verhältnis
- **** Angestellter Vollzeit
- **** Angestellter Vollzeit
- **** derzeit ca. 15 Stunden
- Projektmitarbeiter pro Woche
- auf Werkvertragsbasis

- Los 5 Steiermark

- Name Beschäftigungs- Beschäftigungsausmaß
- verhältnis
- **** derzeit ca. 30,0 Stunden
- Projektmitarbeiter pro Woche

- auf Werkvertragsbasis
- **** derzeit ca. 30,0 Stunden
- Projektmitarbeiter pro Woche
- auf Werkvertragsbasis
- **** Angestellter Vollzeit

Los 7 Kärnten

- Name Beschäftigungs- Beschäftigungsausmaß
- verhältnis
- **** Angestellter Vollzeit
- **** Angestellter Vollzeit
- "

Mit Mitteilung vom 10.11.2008, zugestellt der Antragstellerin per Telefax am 11.11.2008, gab die vergebende Stelle die Entscheidung bekannt, mit welchen Unternehmen die Auftraggeber beabsichtigen, für die jeweiligen Lose des verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahrens eine Rahmenvereinbarung abzuschließen. Mit gleicher Mitteilung informierten die Auftraggeber über ihre Entscheidung, das Angebot der Antragstellerin für die Lose 1, 2, 5 und 7 vom weiteren Vergabeverfahren auszuschneiden. Begründend wurde unter Bezugnahme auf die durchgeführte Prüfung des Angebotes und die mit dem Angebot vorgelegten und nachgereichten Nachweise insbesondere ausgeführt, dass das Unternehmen der Antragstellerin "die in den Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen aufgestellten Anforderungen betreffend die technische Leistungsfähigkeit für die Lose 1, 2, 5 und 7 nicht erfüllt; dies deshalb, da Ihr Unternehmen in den vorangeführten Losen nicht über die geforderte Anzahl an aktiven Vollzeitmitarbeitern verfügt."

Mit Schriftsatz vom 24.11.2008, stellte die A*** und sicher arbeiten GmbH, Biberstraße 5/5, 1010 Wien, vertreten durch X***, (im Folgenden Antragstellerin) Anträge wie im Spruch wiedergegeben sowie Anträge auf Akteneinsicht, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und auf Durchführung einer öffentlichen Verhandlung.

Mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 1.12.2008, GZ N/0152- BVA/02/2008-EV8, wurde den Auftraggebern für die Dauer des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens untersagt, im Vergabeverfahren "Bereitstellung von Sicherheitsfachkräften (SFK)" hinsichtlich der Lose 1, 2, 5 und 7 die betreffenden Rahmenvereinbarungen abzuschließen.

Begründend führte die Antragstellerin in ihrem verfahrenseinleitenden Schriftsatz und ihrer Stellungnahme vom 30.12.2008 im Wesentlichen aus, die vergebende Stelle habe das Angebot der Antragstellerin unberechtigter und rechtswidriger Weise ausgeschieden. Aufgrund des niedrigsten Preises hätte das Angebot der Antragstellerin für die Abschlüsse der Rahmenvereinbarungen bei den Losen 1, 2, 5 und 7 ausgewählt werden müssen.

Die Voraussetzungen für die technische Leistungsfähigkeit seien falsch angewendet worden. Die alte Klausel der Rz 63 habe - entsprechend auch der Frage 9 der 4. Fragenbeantwortung vom 2.10.2008 - lediglich insgesamt 5 qualifizierte Mitarbeiter für die technische Leistungsfähigkeit vorausgesetzt, und zwar unabhängig davon, ob der Bewerber für ein Los, für mehrere Lose oder für alle Lose anbiete. Auch bei Auslegung der neuen Rz 63 sei davon auszugehen, dass der Bieter insgesamt über 1 bis 6 qualifizierte Mitarbeiter verfügen müsse, je nachdem für welches Los er sich bewerbe. Bei dem Satz "Der Bieter hat mindestens über [1-6] qualifizierte Mitarbeiter für Los [1-9] zu verfügen" sei das Wort "für" dem Zusammenhang entsprechend, als "für die Erfüllung der Voraussetzungen der technischen Leistungsfähigkeit" zu lesen. Damit werde nicht auf qualifizierte Mitarbeiter für das jeweilige Los, sondern auf Mitarbeiter, über welche der Bieter insgesamt verfüge, abgestellt. In der gegenwärtigen Form sei davon auszugehen, dass sich die Voraussetzung der qualifizierten Mitarbeiter auf den Bieter als juristische Person und nicht auf dessen Niederlassung und dessen Zugehörigkeit zu einem bestimmten Bundesland beziehe. Für diese Ansicht spreche auch das Schreiben vom 30.10.2008, wenn darin auf Frage 5 in der 1. Fragebeantwortung vom 11.9.2008 verwiesen werde, aus welcher unzweifelhaft das Erfordernis von 5 qualifizierten Mitarbeitern ungeachtet der Zahl der Lose, für die sich der Bieter bewerbe, hervorgehe. Es werde damit die Möglichkeit offengehalten (arg. "ob", "Sollte dies der Fall sein"), auch nicht vollzeitbeschäftigte Mitarbeiter anzugeben. Somit seien auch die Auftraggeber noch zum Zeitpunkt dieses Schreibens

davon ausgegangen, dass die Mitarbeiterzahl für die Bewerbung bei mehreren Losen nicht zu addieren sei, sondern dass ein Bieter bei der Angabe der qualifizierten Mitarbeiter für die Zulassung beim kleinsten Los (Burgenland) über nur einen qualifizierten Mitarbeiter und beim größten Los (Wien) über 6 qualifizierte Mitarbeiter zu verfügen habe. Die Antragstellerin selbst verfüge zumindest über 8 qualifizierte und in Vollzeit beschäftigte Mitarbeiter. Sollten Zweifel an dieser Auslegung der Antragstellerin bestehen, so seien nach § 915 ABGB die sich aus der Klausel ergebenden Unklarheiten zu Lasten der Auftraggeber auszulegen. Auch die Formulierung der Rz 64, wonach getrennte Listen zum vorgesehenen einzusetzenden Personal anzuführen seien, ändere nichts an dieser Sicht. Die Voraussetzungen für die technische Leistungsfähigkeit seien falsch angewendet worden. Die alte Klausel der Rz 63 habe - entsprechend auch der Frage 9 der 4. Fragenbeantwortung vom 2.10.2008 - lediglich insgesamt 5 qualifizierte Mitarbeiter für die technische Leistungsfähigkeit vorausgesetzt, und zwar unabhängig davon, ob der Bewerber für ein Los, für mehrere Lose oder für alle Lose anbiete. Auch bei Auslegung der neuen Rz 63 sei davon auszugehen, dass der Bieter insgesamt über 1 bis 6 qualifizierte Mitarbeiter verfügen müsse, je nachdem für welches Los er sich bewerbe. Bei dem Satz "Der Bieter hat mindestens über [1-6] qualifizierte Mitarbeiter für Los [1-9] zu verfügen" sei das Wort "für" dem Zusammenhang entsprechend, als "für die Erfüllung der Voraussetzungen der technischen Leistungsfähigkeit" zu lesen. Damit werde nicht auf qualifizierte Mitarbeiter für das jeweilige Los, sondern auf Mitarbeiter, über welche der Bieter insgesamt verfüge, abgestellt. In der gegenwärtigen Form sei davon auszugehen, dass sich die Voraussetzung der qualifizierten Mitarbeiter auf den Bieter als juristische Person und nicht auf dessen Niederlassung und dessen Zugehörigkeit zu einem bestimmten Bundesland beziehe. Für diese Ansicht spreche auch das Schreiben vom 30.10.2008, wenn darin auf Frage 5 in der 1. Fragebeantwortung vom 11.9.2008 verwiesen werde, aus welcher unzweifelhaft das Erfordernis von 5 qualifizierten Mitarbeitern ungeachtet der Zahl der Lose, für die sich der Bieter bewerbe, hervorgehe. Es werde damit die Möglichkeit offengehalten (arg. "ob", "Sollte dies der Fall sein"), auch nicht vollzeitbeschäftigte Mitarbeiter anzugeben. Somit seien auch die Auftraggeber noch zum Zeitpunkt dieses Schreibens davon ausgegangen, dass die Mitarbeiterzahl für die Bewerbung bei mehreren Losen nicht zu addieren sei, sondern dass ein Bieter bei der Angabe der qualifizierten Mitarbeiter für die Zulassung beim kleinsten Los (Burgenland) über nur einen qualifizierten Mitarbeiter und beim größten Los (Wien) über 6 qualifizierte Mitarbeiter zu verfügen habe. Die Antragstellerin selbst verfüge zumindest über 8 qualifizierte und in Vollzeit beschäftigte Mitarbeiter. Sollten Zweifel an dieser Auslegung der Antragstellerin bestehen, so seien nach Paragraph 915, ABGB die sich aus der Klausel ergebenden Unklarheiten zu Lasten der Auftraggeber auszulegen. Auch die Formulierung der Rz 64, wonach getrennte Listen zum vorgesehenen einzusetzenden Personal anzuführen seien, ändere nichts an dieser Sicht.

Da es nach der ursprünglichen Version der Rz 63 möglich gewesen sei, einerseits die technische Leistungsfähigkeit durch Beschäftigung von 5 qualifizierten Mitarbeitern in Wien zu erfüllen und andererseits für Vorarlberg ein Angebot zu legen, widerspreche die Interpretationslinie der Antragstellerin nicht dem Sinn und Zweck des Einsatzes von Sicherheitsfachkräften. Grund für die Neuformulierung sei auch nicht dieser Teil der Rz 63, sondern vielmehr der Umstand gewesen, dass Bieter es als unsachlich empfunden hätten, für die Angebotslegung bei einem kleinen Bundesland genauso viele qualifizierten Mitarbeiter zu benötigen wie etwa für die Angebotslegung in einem großen Bundesland. Es sei zwar für einen qualifizierten Mitarbeiter in Wien schwer möglich, rechtzeitig in einem weiter entfernten Bundesland zu sein, solchen Problemen werde aber durch den Einsatz von nicht Vollzeit beschäftigten Mitarbeitern oder Subunternehmern bzw. der Ausdehnung der Beschäftigungsverhältnisse auf Vollzeit entgegen gewirkt. Die Mitarbeiterstunden seien in den Ausschreibungsunterlagen angegeben und somit Teil des Vertrages.

Die Prüfung der technischen Leistungsfähigkeit befände sich im Stadium vor Prüfung des konkreten Angebotes. Da erst die Leistungserfüllung in den vorgesehenen Stundenausmaßen Gegenstand des zivilrechtlichen Vertrages sei, sei es nicht relevant, ob die Antragstellerin bereits jetzt durch die genannten Mitarbeiter so viele Mitarbeiter-Stunden nachweisen könne, wie für die Auftragserfüllung notwendig sein würden. Diese nicht relevante Tatsache sei auch nicht zur Interpretation der Rz 63 und 64 heranzuziehen.

Weiters enthalte die Ausschreibung keine Voraussetzungen für die Arbeitszeiten der Angestellten. Obwohl in der Frage fälschlicher Weise die Rz 62 angegeben worden sei, beziehe sich die Beantwortung der Frage 5 speziell auf die Klausel der Rz 63, sodass nach Entfall der Rz 63 davon auszugehen sei, dass die Fragebeantwortung zu dieser (alten) Rz 63, ebenfalls ihre Geltung verliere. Fragebeantwortungen hätten im Gegensatz zu Berichtigungen keine normative Wirkung, sie dienten lediglich der Interpretation der Ausschreibungsunterlagen. Diese Ansicht werde durch die Berichtigungen der Rz 63 und 64 bezüglich der Nachweise für die technische Leistungsfähigkeit unterstützt. Weder die

in Rz 63 angestellte Definition von qualifizierten Mitarbeitern, noch die in Rz 64 verlangten Nachweise für die technische Leistungsfähigkeit enthielten einen Hinweis auf die Voraussetzung von Vollarbeitszeiten der Mitarbeiter bzw auf Nachweise, wie auf die später im Schreiben vom 30.10.2008 geforderten Nachweise über die Anmeldung bei der Sozialversicherung. Daher hätten die Auftraggeber die Beantwortung der Frage 5 nicht auf die neu formulierte Klausel der Rz 63 beziehen wollen, sondern vielmehr sei vom Entfall des Erfordernisses der Vollzeitbeschäftigung der qualifizierten Mitarbeiter auszugehen. Da die Antragstellerin als größtes Unternehmen in der Branche über ausreichend viele Vollzeit beschäftigte Mitarbeiter verfüge, hätten lediglich die unklaren und widersprüchlichen Angaben in der Fragenbeantwortung, in den Ergänzungen der Ausschreibungsunterlage sowie im Schreiben vom 30.10.2008 dazu geführt, dass die Antragstellerin die Angaben und Nachweise für Vollzeit beschäftigte Mitarbeiter nicht erbracht habe. Gemäß § 915 ABGB seien die Rz 63 und 64 so auszulegen, dass keine Vollzeitbeschäftigung bei jedem qualifizierten Mitarbeiter gefordert und nachzuweisen gewesen sei. Diese Klauseln seien weiters auch aufgrund des "Haushaltsgrundsatzes" zugunsten der Antragstellerin auszulegen. An der Leistungsfähigkeit der Antragstellerin bestünden keine Zweifel und für die Auftraggeber hätten die Angebote der Antragstellerin zu einer Ersparnis in der Höhe von ca. Euro 77.000,-- geführt. Da die Ausschreibungsunterlagen samt den Ergänzungen bestandfest geworden seien, könnten diese durch die spätere erstmalige Forderung eines Nachweises im Schreiben vom 30.10.2008 sowie durch das plötzliche Verlangen einer Vollzeitbeschäftigung von der vergebenden Stelle nicht umgangen werden. Es verstoße gegen den Grundsatz der Transparenz und sei als verbotene Umgehung zu werten, wenn eine bestandfeste Klausel der Ausschreibung durch ein Aufforderungsschreiben ergänzt werden könnte. Weiters enthalte die Ausschreibung keine Voraussetzungen für die Arbeitszeiten der Angestellten. Obwohl in der Frage fälschlicher Weise die Rz 62 angegeben worden sei, beziehe sich die Beantwortung der Frage 5 speziell auf die Klausel der Rz 63, sodass nach Entfall der Rz 63 davon auszugehen sei, dass die Fragebeantwortung zu dieser (alten) Rz 63, ebenfalls ihre Geltung verliere. Fragebeantwortungen hätten im Gegensatz zu Berichtigungen keine normative Wirkung, sie dienten lediglich der Interpretation der Ausschreibungsunterlagen. Diese Ansicht werde durch die Berichtigungen der Rz 63 und 64 bezüglich der Nachweise für die technische Leistungsfähigkeit unterstützt. Weder die in Rz 63 angestellte Definition von qualifizierten Mitarbeitern, noch die in Rz 64 verlangten Nachweise für die technische Leistungsfähigkeit enthielten einen Hinweis auf die Voraussetzung von Vollarbeitszeiten der Mitarbeiter bzw auf Nachweise, wie auf die später im Schreiben vom 30.10.2008 geforderten Nachweise über die Anmeldung bei der Sozialversicherung. Daher hätten die Auftraggeber die Beantwortung der Frage 5 nicht auf die neu formulierte Klausel der Rz 63 beziehen wollen, sondern vielmehr sei vom Entfall des Erfordernisses der Vollzeitbeschäftigung der qualifizierten Mitarbeiter auszugehen. Da die Antragstellerin als größtes Unternehmen in der Branche über ausreichend viele Vollzeit beschäftigte Mitarbeiter verfüge, hätten lediglich die unklaren und widersprüchlichen Angaben in der Fragenbeantwortung, in den Ergänzungen der Ausschreibungsunterlage sowie im Schreiben vom 30.10.2008 dazu geführt, dass die Antragstellerin die Angaben und Nachweise für Vollzeit beschäftigte Mitarbeiter nicht erbracht habe. Gemäß Paragraph 915, ABGB seien die Rz 63 und 64 so auszulegen, dass keine Vollzeitbeschäftigung bei jedem qualifizierten Mitarbeiter gefordert und nachzuweisen gewesen sei. Diese Klauseln seien weiters auch aufgrund des "Haushaltsgrundsatzes" zugunsten der Antragstellerin auszulegen. An der Leistungsfähigkeit der Antragstellerin bestünden keine Zweifel und für die Auftraggeber hätten die Angebote der Antragstellerin zu einer Ersparnis in der Höhe von ca. Euro 77.000,-- geführt. Da die Ausschreibungsunterlagen samt den Ergänzungen bestandfest geworden seien, könnten diese durch die spätere erstmalige Forderung eines Nachweises im Schreiben vom 30.10.2008 sowie durch das plötzliche Verlangen einer Vollzeitbeschäftigung von der vergebenden Stelle nicht umgangen werden. Es verstoße gegen den Grundsatz der Transparenz und sei als verbotene Umgehung zu werten, wenn eine bestandfeste Klausel der Ausschreibung durch ein Aufforderungsschreiben ergänzt werden könnte.

Die Substituierung durch Werkvertragnehmer sei zulässig. Bei den Losen 2, 5 und 7 habe die Antragstellerin jene Mitarbeiter angegeben und nachgewiesen, welche bei ihr im Vollzeitbeschäftigungsverhältnis angestellt seien. Weitere notwendige Mitarbeiter seien durch Werkvertragnehmer substituiert worden. Nachdem Werkvertragnehmer einen Erfolg schulden und nicht die regelmäßige Verrichtung von Diensten, ändere sich deren Beschäftigungsausmaß von Projekt zu Projekt. Die Antragstellerin habe das derzeitige Beschäftigungsausmaß - also vor Auftrags Erfüllung - angegeben. Diese angegebenen Stunden böten keine Aussage darüber, wie stark das Beschäftigungsausmaß der Werkvertragnehmer bei der Erfüllung des gegenständlichen Auftrages als Subunternehmer sein werde. Bei den Losen 2, 5 und 7 seien deshalb bloß informative Angaben des derzeitigen Beschäftigungsausmaßes möglich und dürften diese nicht zum Ausscheiden der Angebote der Antragstellerin führen.

Das Los 7 "Kärnten", wo die Antragstellerin angebe, dass die beiden qualifizierten Mitarbeiter vollzeitbeschäftigt seien, stelle einen Sonderfall dar. Der Nachweis des Beschäftigungsausmaßes sei bei einem der Mitarbeiter gescheitert, da sich dessen Beschäftigungsausmaß je nach Wirtschaftslage gelegentlich ändere, wobei im Falle des Abschlusses des Rahmenvertrages die Antragstellerin beabsichtige, diesen Mitarbeiter vollzeit zu beschäftigen. Da das Erfordernis des Nachweises in Form der Anmeldung bei der Sozialversicherung jedoch erstmals im Aufforderungsschreiben der vergebenden Stelle vom 30.10.2008 bekanntgegeben worden sei, handle es sich dabei um eine unzulässige Ergänzung der Ausschreibungsunterlagen, sodass dieser Nachweis über das Beschäftigungsausmaß nicht als Grund für das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin herangezogen werden könne.

Die Antragstellerin habe ein Interesse an der Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen. Sie habe fristgerecht ein ausschreibungskonformes Angebot für die Lose 1, 2, 5, 6 und 7 abgegeben und sei bei sämtlichen Losen Billigstbieterin. Sie erachte sich somit in ihrem subjektiven Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens, in ihrem Recht auf Nichtausscheidung ausschreibungskonformer Angebote und in Ihrem Recht auf Erteilung des Zuschlages als eigentliche Billigstbieterin, verletzt. Im Falle des Verlustes dieses Auftrages entgingen ihr ein Gewinn von mindestens 1% des Angebotes, somit insgesamt Euro 7.340,-- sowie die frustrierten Kosten der Angebotslegung und der rechtsfreundlichen Vertretung von insgesamt Euro 15.000,- und es drohe ihr ein Schaden in Gestalt des Verlustes eines Referenzprojektes.

Mit Schriftsatz vom 26.11.2008 machten die Auftraggeber, nunmehr vertreten durch die Finanzprokurator, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, diverse anderen allgemeine Angaben zum Vergabeverfahren und gaben an, dass weder eine Widerrufsentscheidung noch ein Widerruf erfolgt sei, sich das Vergabeverfahren nach Bekanntgabe der Auswahl- und Ausscheidensentscheidung derzeit im Stadium der Stillhaltung befinde und Rahmenvereinbarungen noch nicht abgeschlossen worden seien.

Zum Vorbringen der Antragstellerin führten die Auftraggeber in ihren Stellungnahmen vom 1.12.2008 und 14.1.2009 im Wesentlichen aus, dass eine Zusammenschau der Bestimmungen in den AAB, Pkt. 6.3 Technische Leistungsfähigkeit, Pkt. 6.3.1. Allgemeines, Rz 63 mit Pkt. 6.3.2 Nachweise, Rz 64 in der Fassung der 4. Berichtigung vom 2.10.2008 ergebe, dass vom Bieter je Los die für dieses Los vorgesehenen und zum Einsatz gelangenden Mitarbeiter anzugeben seien. Ein Bieter habe folglich pro Los die von ihm in diesem Los einzusetzenden Sicherheitsfachkräfte sowohl nach Anzahl, Namen als auch Ausbildung in jeweils getrennten Listen anzugeben. Es werde auf das konkret zum Einsatz gelangende Personal "fokussiert".

Wäre die Rechtsansicht der Antragstellerin zutreffend, wonach der Bieter insgesamt über 1-6 qualifizierte Mitarbeiter zu verfügen habe, je nachdem für welches Los er sich bewerbe, könne er konsequenterweise - wenn er über 6 qualifizierte Mitarbeiter verfüge - zu allen Losen ein Angebot legen. Den Abschluss der Rahmenvereinbarung vorausgesetzt, müsste somit der vom Bieter namhaft gemachte Mitarbeiter A die gemäß den kommerziellen Ausschreibungsbedingungen, Pkt. 7, zu erbringenden Leistungen sowohl im Bundesland Wien als auch im Bundesland Vorarlberg verrichten. Für einen in Wien weilenden Mitarbeiter, sei es schon aufgrund der hunderte Kilometer gegebenen Entfernung zwischen Wien und Vorarlberg unmöglich, im Falle eines Unfalles eines Bediensteten unverzüglich zum Zwecke der Erhebung der Unfallursache bzw. als Auskunftsperson gegenüber dem Arbeitsinspektorat vor Ort in Vorarlberg anwesend zu sein. Bereits aus dem Sinn und Zweck des Einsatzes von Sicherheitsfachkräften in unterschiedlichen Dienststätten im gesamten Bundesgebiet, ergebe sich, dass es Voraussetzung für die Erfüllung der technischen Leistungsfähigkeit sei, dass nur qualifizierte Mitarbeiter für das jeweilige Los gemeint sein könnten.

Im Zuge der Berichtigung der Ausschreibungsunterlage am 2.10.2008 seien lediglich eine Berichtigung hinsichtlich der Anzahl der qualifizierten Mitarbeiter sowie eine entsprechende Loszuteilung durchgeführt worden. Die Definition des qualifizierten Mitarbeiters selbst habe keine Änderung erfahren.

Das Erfordernis der Vollzeitbeschäftigung der qualifizierten Mitarbeiter ergebe sich aus der 1. Anfragebeantwortung zu Frage 5 vom 11.09.2008. Dieses Faktum "Vollzeitbeschäftigung" sei von keinem Bieter angefochten worden. Die Frage der Voll- bzw. Teilzeitbeschäftigung sei eine solche der Qualifikation des Mitarbeiters und stehe in keinem Zusammenhang mit der Anzahl der Mitarbeiter oder mit der Loszuteilung. Infolge Nichtänderung der Qualifikation durch die 4. Berichtigung seien auch die die Qualifikation betreffenden Antworten der Auftraggeber weiterhin uneingeschränkt gültig. Ein Abgehen vom Vollzeiterfordernis mache auch keinen Sinn, zumal sich die Mitarbeiteranzahl

mit Ausnahme des Loses 1 in sämtlichen sonstigen Losen nach Berichtigung verringert habe und gerade dadurch eine Vollzeitbeschäftigung mehr denn je erforderlich sei. Dieses Kriterium werde auch nicht im Hinblick auf die Möglichkeit des Einsatzes von Sub- oder Werkvertragnehmern "ad absurdum" geführt, da es durchaus marktüblich sei, dass Subunternehmer nicht ausschließlich als "Einzelpersonen" am Markt auftreten, sondern selbst über qualifizierte Mitarbeiter, die im Auftragsfall zur Verfügung stehen, verfügen. Dieser Umstand erkläre auch, dass ein und derselbe Subunternehmer bei mehreren Bietern genannt werden könne.

Der Auftraggeber habe sich mit Schreiben vom 30.10.2008 nicht die Möglichkeit offen gehalten, dass auch nicht vollzeitbeschäftigte Mitarbeiter anzugeben seien. Da bei der vergebenden Stelle Zweifel am Beschäftigungsausmaß der von der Antragstellerin in ihrem Angebot angegebenen Mitarbeiter aufgetreten seien, habe sie diese mit Schreiben vom 30.10.2008 aufgefordert, die Vollzeitmitarbeiter anzugeben und deren Anmeldung bei der Sozialversicherung beizubringen. Die Antragstellerin habe diese Aufforderung auch in diesem Sinne verstanden, denn im Aufklärungsschreiben seien für sämtliche im Angebot genannten Mitarbeiter sowohl das Beschäftigungsverhältnis (Angestellter/Werkvertrag) als auch das Beschäftigungsausmaß (Vollzeit/Teilzeit) angegeben, sowie für die angestellten Mitarbeiter die Anmeldung zur Sozialversicherung beigelegt worden. Wie aus dieser Aufklärung ersichtlich sei, sei sich die Antragstellerin dabei klar gewesen, dass sich die anzubietenden qualifizierten Mitarbeiter auf das jeweilige Los zu beziehen hätten. Anders könne eine losweise Aufteilung der jeweiligen Mitarbeiter im Aufklärungsschreiben nicht verstanden werden.

Das nachträgliche Einfordern der Anmeldung zur Sozialversicherung sei zulässig. In welcher Form der Auftraggeber eine Aufklärung iSv § 127 Abs. 1 BVergG verlange, bleibe ihm vorbehalten. Dies könne entweder durch eine schriftliche Verpflichtungserklärung oder durch das Nachbringen eines Nachweises erfolgen. Nach der Judikatur des VwGH (Zl. 2004/04/0094) könne der Auftraggeber auch Nachweise fordern, die in den Ausschreibungsunterlagen nicht genannt worden seien. Das nachträgliche Einfordern der Anmeldung zur Sozialversicherung sei zulässig. In welcher Form der Auftraggeber eine Aufklärung iSv Paragraph 127, Absatz eins, BVergG verlange, bleibe ihm vorbehalten. Dies könne entweder durch eine schriftliche Verpflichtungserklärung oder durch das Nachbringen eines Nachweises erfolgen. Nach der Judikatur des VwGH (Zl. 2004/04/0094) könne der Auftraggeber auch Nachweise fordern, die in den Ausschreibungsunterlagen nicht genannt worden seien.

Dass der Antragstellerin zum Zeitpunkt der Angeboterstellung bzw. der Aufklärung klar gewesen sei, dass pro Los Mitarbeiter kumulativ anzugeben und Doppelnennungen unzulässig seien und darüber hinaus die Mitarbeiter vollbeschäftigt zu sein haben, ergebe sich u.a. aus dem Umstand, dass die Antragstellerin einerseits 23 unterschiedliche Personen als einzusetzende Mitarbeiter namhaft gemacht habe und andererseits im Aufklärungsschreiben unter der Rubrik "Anmerkungen" auf die im Zuschlagsfalle vorgesehene Auftragserteilung bzw. Stundenerhöhung hingewiesen habe.

Die Substituierung durch Werkvertragnehmer sei zulässig. Diese Subunternehmer seien einerseits im Angebot anzugeben und andererseits sei mittels Verpflichtungserklärung nachzuweisen gewesen, dass der Bieter im Auftragsfall tatsächlich über die zur Erbringungsleistung erforderlichen Mittel des Subunternehmers verfüge. Die von der Antragstellerin genannten Werkvertragnehmer seien alle Subunternehmer iSv der AAB (vgl. Rz 41, Rz 44 und Rz 62) und seien jedoch von der Antragstellerin entgegen den bestandfest gewordenen Ausschreibungsbestimmungen weder im Angebot namhaft gemacht worden, noch sei bereits mit dem Angebot eine entsprechende Verpflichtungserklärung vorgelegt worden. Da die Antragstellerin daher nicht über die Mindestanzahl der pro Los geforderten qualifizierten Mitarbeiter verfüge, mangle es ihr an der technischen Leistungsfähigkeit für die Lose 1, 2 und 5. Erst die Angabe jener Mitarbeiter, die ein Bieter für den Einsatz beim jeweiligen Los vorsehe, ermögliche es dem Auftraggeber iSv § 70 BVergG zu überprüfen, ob der Bieter über die technische Leistungsfähigkeit verfüge. Die Substituierung durch Werkvertragnehmer sei zulässig. Diese Subunternehmer seien einerseits im Angebot anzugeben und andererseits sei mittels Verpflichtungserklärung nachzuweisen gewesen, dass der Bieter im Auftragsfall tatsächlich über die zur Erbringungsleistung erforderlichen Mittel des Subunternehmers verfüge. Die von der Antragstellerin genannten Werkvertragnehmer seien alle Subunternehmer iSv der AAB (vergleiche Rz 41, Rz 44 und Rz 62) und seien jedoch von der Antragstellerin entgegen den bestandfest gewordenen Ausschreibungsbestimmungen weder im Angebot namhaft gemacht worden, noch sei bereits mit dem Angebot eine entsprechende Verpflichtungserklärung vorgelegt worden. Da die Antragstellerin daher nicht über die Mindestanzahl der pro Los geforderten qualifizierten Mitarbeiter verfüge,

mangle es ihr an der technischen Leistungsfähigkeit für die Lose 1, 2 und 5. Erst die Angabe jener Mitarbeiter, die ein Bieter für den Einsatz beim jeweiligen Los vorsehe, ermögliche es dem Auftraggeber iSv Paragraph 70, BVergG zu überprüfen, ob der Bieter über die technische Leistungsfähigkeit verfüge.

Mit Schriftsatz vom 3.12.2008 erhob die B*** vertreten durch Y*** (präsumtive Rahmenvertragsempfängerin/Lose 1 und 2) begründete Einwendungen gemäß § 324 Abs. 3 BVergG. In diesem und einem weiteren Schriftsatz vom 13.1.2009 brachte die präsumtive Rahmenvertragsempfängerin im Wesentlichen vor, sie sei auf Grund ihrer Stellung als Billigstbieterin von den Auftraggebern als präsumtive Partnerin der Rahmenvereinbarungen hinsichtlich des Loses 1 (Wien) und des Loses 2 (Niederösterreich) mit Schreiben vom 10.11.2008 "Auswahl Entscheidung zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung" bekannt gegeben worden. Als ein auf die ausschreibungsgegenständlichen Leistungen spezialisiertes Unternehmen, welches zur Erbringung dieser Leistungen befugt, leistungsfähig und zuverlässig sei, zähle sie zu den führenden Dienstleistern für die Bereitstellung von Sicherheitsfachkräften in Österreich und in Europa und habe sie sich um die Erteilung des Auftrages durch fristgerechte Legung eines verbindlichen und ausschreibungskonformen Angebotes bemüht. Mangels Antragslegimitation in Folge zwingend auszuschcheidenden Angebotes sei der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin unzulässig. Mit Schriftsatz vom 3.12.2008 erhob die B*** vertreten durch Y*** (präsumtive Rahmenvertragsempfängerin/Lose 1 und 2) begründete Einwendungen gemäß Paragraph 324, Absatz 3, BVergG. In diesem und einem weiteren Schriftsatz vom 13.1.2009 brachte die präsumtive Rahmenvertragsempfängerin im Wesentlichen vor, sie sei auf Grund ihrer Stellung als Billigstbieterin von den Auftraggebern als präsumtive Partnerin der Rahmenvereinbarungen hinsichtlich des Loses 1 (Wien) und des Loses 2 (Niederösterreich) mit Schreiben vom 10.11.2008 "Auswahl Entscheidung zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung" bekannt gegeben worden. Als ein auf die ausschreibungsgegenständlichen Leistungen spezialisiertes Unternehmen, welches zur Erbringung dieser Leistungen befugt, leistungsfähig und zuverlässig sei, zähle sie zu den führenden Dienstleistern für die Bereitstellung von Sicherheitsfachkräften in Österreich und in Europa und habe sie sich um die Erteilung des Auftrages durch fristgerechte Legung eines verbindlichen und ausschreibungskonformen Angebotes bemüht. Mangels Antragslegimitation in Folge zwingend auszuschcheidenden Angebotes sei der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin unzulässig.

Die Antragstellerin sei nicht einmal "ansatzweise" in der Lage die gemäß den AAB, Pkt. 6.3.1 und Pkt. 6.3.2 geforderte Mindestanzahl an fachlich qualifizierten vollbeschäftigten Mitarbeitern zu erfüllen. 8 der von der Antragstellerin angegebenen Werkvertragnehmer stünden der Antragstellerin nicht als vollbeschäftigte Mitarbeiter zur Verfügung. Mit dem Hinweis auf einen beabsichtigten Vertragsabschluss mit diesen Werkvertragnehmern für den Fall der Auftragserteilung im gegenständlichen Vergabeverfahren gestehe die Antragstellerin ausdrücklich ein, dass sie die von ihr im Angebot namhaft gemachten Mitarbeiter zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung nicht im geforderten Ausmaß einer Vollzeitbeschäftigung zur Verfügung habe. Es mangle ihr daher zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung an der geforderten technischen Leistungsfähigkeit, sodass ihr Angebot bereits aus diesem Grunde zwingend auszuschneiden sei.

Mit Schriftsatz vom 5.12.2008 erhob die C***, vertreten durch die Z***, (präsumtive Rahmenvertragsempfängerin/Los 5) begründete Einwendungen gemäß § 324 Abs. 3 BVergG und brachte im Wesentlichen vor, sie habe ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt und sei von den Auftraggebern als Bieter mit dem niedrigsten Preis betreffend "Los 3 (Oberösterreich)", offensichtlich gemeint Los 5 (Steiermark), ermittelt worden. Es sei beabsichtigt, mit ihr eine Rahmenvereinbarung hinsichtlich des Loses 5 abzuschließen. Mit Schriftsatz vom 5.12.2008 erhob die C***, vertreten durch die Z***, (präsumtive Rahmenvertragsempfängerin/Los 5) begründete Einwendungen gemäß Paragraph 324, Absatz 3, BVergG und brachte im Wesentlichen vor, sie habe ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt und sei von den Auftraggebern als Bieter mit dem niedrigsten Preis betreffend "Los 3 (Oberösterreich)", offensichtlich gemeint Los 5 (Steiermark), ermittelt worden. Es sei beabsichtigt, mit ihr eine Rahmenvereinbarung hinsichtlich des Loses 5 abzuschließen.

Einzige und entscheidende Frage sei, ob die Antragstellerin über die in den Ausschreibungsbedingungen vorgegebene Anzahl an vollbeschäftigten, qualifizierten Mitarbeitern für die angebotenen Lose ohne Mehrfachnennungen verfüge. Die Bewertung habe jeweils für das betreffende Los zu erfolgen und andere Lose seien diesbezüglich außer Betracht zu belassen. Auch die Nachweise seien entsprechend beizubringen. Der Umstand, dass die Auftraggeber nach Ablauf

der Angebotsfrist noch Nachweise betreffend die Leistungsfähigkeit bei der Antragstellerin angefordert haben, deutete an, dass die Antragstellerin die in der Ausschreibung geforderten Nachweise nicht oder nur unvollständig beigebracht habe.

Für Los 5 seien mindestens drei vollbeschäftigte qualifizierte Mitarbeiter im Angebot nachzuweisen. Diesen geforderten Nachweis habe die Antragstellerin offenkundig nicht erbracht. Sie verfüge folglich nicht über die nach den Ausschreibungsbedingungen geforderte technische Leistungsfähigkeit. Entgegen den eigenen Darstellungen habe die Antragstellerin die Festlegungen der Auftraggeber richtig verstanden, denn anders könne das Namhaftmachen von 25 Mitarbeitern für sämtliche Lose nicht nachvollzogen werden. Das Angebot der Antragstellerin wäre daher bereits aus diesem Grund mangels ausschreibungskonformen Angebotes betreffend Los 5 auszuschneiden gewesen und die Anträge auf Nichtigerklärung wären wegen Fehlens der erforderlichen Antragslegitimation als unzulässig zurück- bzw. abzuweisen.

Mit Schriftsatz vom 10.12.2008 erhob das Ingenieurbüro D***, vertreten durch Q***, (präsumtive Rahmenvertragsempfängerin/Los 7) begründete Einwendungen gemäß § 324 Abs. 3 BVergG und brachte im Wesentlichen vor, dass sie als "Billigstbieter" im Zuge des gegenständlichen Vergabeverfahrens für das Los 7 von der vergebenden Stelle ausgewählt worden sei. Demgegenüber mangle es der Antragstellerin an der Antragslegitimation, sodass ihr Angebot zwingend auszuschneiden sei. Der Antragstellerin mangle es aufgrund fehlender technischer Leistungsfähigkeit an der entsprechenden Eignung, verursacht durch die nicht vorhandene geforderte Anzahl an vollzeitbeschäftigten qualifizierten Mitarbeitern. Die Antragstellerin missachte weiters die zwingenden Erfordernisse des kumulativen Nachweises von qualifizierten Mitarbeitern je Los nach den AAB, Rz 63 und Rz 64 in der Fassung von Punkt II. Berichtigung der 3. Fragebeantwortung und 4. Berichtigung vom 2.10.2008 und der Vollbeschäftigung der je Los namhaft zu machenden Mitarbeiter sowie die gebotene Sorgfalt einer fachkundigen Bieterin und habe ein ausschreibungswidriges Angebot übermittelt. Offenbar sei die Antragstellerin selbst auch von dem Erfordernis der Vollbeschäftigung ihrer Mitarbeiter ausgegangen, jedoch erst im Falle des Abschlusses des Rahmenvertrages mit den Auftraggebern. Der Umstand, dass die Mitarbeiter in Vollzeit beim Bieter beschäftigt sein müssten, werde durch die Beantwortung von Frage 5 in der 1. Fragebeantwortung von 11.9.2008 durch die vergebende Stelle klar verifiziert. Diese Festlegung sei später im Vergabeverfahren nicht mehr behoben bzw. abgeändert worden. In sämtlichen zeitlich nachfolgenden Anfragebeantwortungen und Berichtigungen werde von Seiten der Auftraggeber immer klar gestellt, dass "im Übrigen die bisherigen Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen weiterhin in Geltung" bleiben. In der mündlichen Verhandlung am 15.1.2009 betonte die Antragstellerin, dass sie zwar mehr als 6 qualifizierte Mitarbeiter angegeben habe, jedoch lediglich 6 qualifizierte Mitarbeiter zur Erfüllung der technischen Leistungsfähigkeit gemäß Ausschreibungsbedingungen erforderlich seien. Erläuternd gab sie in der auf Aufforderung der vergebenden Stelle vom 30.10.2008 fristgerecht vorgelegten Aufklärung an, dass in den übermittelten Beilagen 1 bis 5 jene Mitarbeiter genannt seien, die für die einzelnen Lose zum Einsatz gelangen sollen. Darunter ist unter anderem zB. für das Los 2 ein Mitarbeiter verzeichnet, welcher zum Zeitpunkt der Anbotslegung - sowie auch in der Unterlage beschrieben - als Projektmitarbeiter auf Werkvertragsbasis beschäftigt gewesen sei. Die Antragstellerin plane diesen Mitarbeiter in das Angestelltenverhältnis zu übernehmen und in Vollzeit zu beschäftigen. Im Übrigen gelte dies auch für alle weiteren Mitarbeiter die entweder mit dem Vermerk "derzeit Projektmitarbeiter auf Werkvertragsbasis" bezeichnet worden seien oder deren Beschäftigungsausmaß derzeit nur Teilzeit sei. Zu den Nachweisen verwies die Antragstellerin darauf, dass sie etwa zB. bei Los 1 (Beilage 1) für den Mitarbeiter **** ein Zeugnis vorgelegt habe. Damit habe sie den Nachweis im Sinne der berichtigten Rz 64 2. Absatz zur technischen Leistungsfähigkeit erbracht, denn laut Aufforderung der Auftraggeber vom 30.10.2008 seien in dieser Tabelle nur Angaben zum Beschäftigungsverhältnis und Beschäftigungsausmaß zu machen gewesen. Nach ihrem Verständnis der Ausschreibungsbestimmungen seien Werkvertragnehmer im Zeitpunkt der Erstellung der Angebotstabellen lediglich Werkvertragnehmer und keine Subunternehmer. Das ergebe sich u.a. aus der Definition des Subunternehmers unter Pkt. 5.2, Rz 38, wenn dort auf das Heranziehen des Subunternehmers zur Erfüllung des Auftrages abgestellt werde. Da sie beabsichtige, diese Personen alle künftig als vollbeschäftigte Angestellte aufzunehmen, seien Nachweise über die Verfügbarkeit der derzeitigen Projektmitarbeiter auf Werkvertragsbasis nicht vorgelegt worden. Mit Schriftsatz vom 10.12.2008 erhob das Ingenieurbüro D***, vertreten durch Q***, (präsumtive Rahmenvertragsempfängerin/Los 7) begründete Einwendungen gemäß Paragraph 324, Absatz 3, BVergG und brachte im Wesentlichen vor, dass sie als "Billigstbieter" im Zuge des gegenständlichen Vergabeverfahrens für das Los 7 von der vergebenden Stelle ausgewählt worden sei. Demgegenüber mangle es der Antragstellerin an der Antragslegitimation, sodass ihr Angebot zwingend auszuschneiden

sei. Der Antragstellerin mangle es aufgrund fehlender technischer Leistungsfähigkeit an der entsprechenden Eignung, verursacht durch die nicht vorhandene geforderte Anzahl an vollzeitbeschäftigten qualifizierten Mitarbeitern. Die Antragstellerin missachte weiters die zwingenden Erfordernisse des kumulativen Nachweises von qualifizierten Mitarbeitern je Los nach den AAB, Rz 63 und Rz 64 in der Fassung von Punkt römisch zwei. Berichtigung der 3. Fragebeantwortung und 4. Berichtigung vom 2.10.2008 und der Vollbeschäftigung der je Los namhaft zu machenden Mitarbeiter sowie die gebotene Sorgfalt einer fachkundigen Bieterin und habe ein ausschreibungswidriges Angebot übermittelt. Offenbar sei die Antragstellerin selbst auch von dem Erfordernis der Vollbeschäftigung ihrer Mitarbeiter ausgegangen, jedoch erst im Falle des Abschlusses des Rahmenvertrages mit den Auftraggebern. Der Umstand, dass die Mitarbeiter in Vollzeit beim Bieter beschäftigt sein müssten, werde durch die Beantwortung von Frage 5 in der 1. Fragebeantwortung von 11.9.2008 durch die vergebende Stelle klar verifiziert. Diese Festlegung sei später im Vergabeverfahren nicht mehr behoben bzw. abgeändert worden. In sämtlichen zeitlich nachfolgenden Anfragebeantwortungen und Berichtigungen werde von Seiten der Auftraggeber immer klar gestellt, dass "im Übrigen die bisherigen Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen weiterhin in Geltung" bleiben. In der mündlichen Verhandlung am 15.1.2009 betonte die Antragstellerin, dass sie zwar mehr als 6 qualifizierte Mitarbeiter angegeben habe, jedoch lediglich 6 qualifizierte Mitarbeiter zur Erfüllung der technischen Leistungsfähigkeit gemäß Ausschreibungsbedingungen erforderlich seien. Erläuternd gab sie in der auf Aufforderung der vergebenden Stelle vom 30.10.2008 fristgerecht vorgelegten Aufklärung an, dass in den übermittelten Beilagen 1 bis 5 jene Mitarbeiter genannt seien, die für die einzelnen Lose zum Einsatz gelangen sollen. Darunter ist unter anderem zB. für das Los 2 ein Mitarbeiter verzeichnet, welcher zum Zeitpunkt der Anbotslegung - sowie auch in der Unterlage beschrieben - als Projektmitarbeiter auf Werkvertragsbasis beschäftigt gewesen sei. Die Antragstellerin plane diesen Mitarbeiter in das Angestelltenverhältnis zu übernehmen und in Vollzeit zu beschäftigen. Im Übrigen gelte dies auch für alle weiteren Mitarbeiter die entweder mit dem Vermerk "derzeit Projektmitarbeiter auf Werkvertragsbasis" bezeichnet worden seien oder deren Beschäftigungsausmaß derzeit nur Teilzeit sei. Zu den Nachweisen verwies die Antragstellerin darauf, dass sie etwa zB. bei Los 1 (Beilage 1) für den Mitarbeiter **** ein Zeugnis vorgelegt habe. Damit habe sie den Nachweis im Sinne der berichtigten Rz 64 2. Absatz zur technischen Leistungsfähigkeit erbracht, denn laut Aufforderung der Auftraggeber vom 30.10.2008 seien in dieser Tabelle nur Angaben zum Beschäftigungsverhältnis und Beschäftigungsausmaß zu machen gewesen. Nach ihrem Verständnis der Ausschreibungsbestimmungen seien Werkvertragnehmer im Zeitpunkt der Erstellung der Angebotstabellen lediglich Werkvertragnehmer und keine Subunternehmer. Das ergebe sich u.a. aus der Definition des Subunternehmers unter Pkt. 5.2, Rz 38, wenn dort auf das Heranziehen des Subunternehmers zur Erfüllung des Auftrages abgestellt werde. Da sie beabsichtige, diese Personen alle künftig als vollbeschäftigte Angestellte aufzunehmen, seien Nachweise über die Verfügbarkeit der derzeitigen Projektmitarbeiter auf Werkvertragsbasis nicht vorgelegt worden.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

1. 1.Ziffer eins

Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages:

Die Republik Österreich (Bund) ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 3 Abs 1 Z 1 BVerG. Die Bundesbeschaffung GmbH als zentrale Beschaffungsstelle gemäß § 2 Z 47 BVerG ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 3 Abs 1 Z 2 BVerG (BVA 28.5.2004, 04N-32/04/14; 14.10.2008, N/0125-BVA/07/2008-EV13). Die Republik Österreich (Bund) ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne von Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVerG. Die Bundesbeschaffung GmbH als zentrale Beschaffungsstelle gemäß Paragraph 2, Ziffer 47, BVerG ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne von Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVerG (BVA 28.5.2004, 04N-32/04/14; 14.10.2008, N/0125-BVA/07/2008-EV13).

Der zu vergebende Auftrag, eine Dienstleistung der Dienstleistungskategorie Nr. 11 (Unternehmensberatung und verbundene Tätigkeiten) des Anhanges III zum BVerG, CPV-Code 85300000, ist als prioritär zu qualifizieren. Mit einem geschätzten Gesamtauftragswert aller zur Ausschreibung gelangten 9 Lose von insgesamt Euro 395.000.- (exkl. USt.) ist der einschlägige Schwellenwert überschritten und das Vergabeverfahren dem Oberschwellenbereich zuzuordnen. Der zu vergebende Auftrag, eine Dienstleistung der Dienstleistungskategorie Nr. 11 (Unternehmensberatung und verbundene Tätigkeiten) des Anhanges römisch drei zum BVerG, CPV-Code 85300000, ist als prioritär zu qualifizieren.

Mit einem geschätzten Gesamtauftragswert aller zur Ausschreibung gelangten 9 Lose von insgesamt Euro 395.000.- (exkl. USt.) ist der einschlägige Schwellenwert überschritten und das Vergabeverfahren dem Oberschwellenbereich zuzuordnen.

Das Vergabeverfahren befindet sich im Stadium der gesetzlichen Stillhaltefrist vor Abschluss einer Rahmenvereinbarung. Die Rahmenvereinbarung soll im Rahmen eines offenen Verfahrens pro Los jeweils an das Angebot mit dem niedrigsten Preis vergeben werden. Demnach wurde betreffend die verfahrensgegenständlichen Lose 1, 2, 5 und 7 weder eine Rahmenvereinbarung abgeschlossen, noch wurden Aufträge aufgrund dieser Rahmenvereinbarung bereits vergeben, noch wurde das Vergabeverfahren widerrufen.

Die Anträge auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung und der Entscheidung, mit welchem Unternehmer bzw. mit welchen Unternehmern die Rahmenvereinbarungen pro Los abgeschlossen werden sollen, wurden innerhalb der Frist des § 321 BVergG eingebracht und erfüllen auch die sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen nach § 322 BVergG. Sowohl die Ausscheidensentscheidung als auch die Entscheidung, mit welchem Unternehmer bzw. mit welchen Unternehmern die Rahmenvereinbarungen pro Los in einem offenen Verfahren abgeschlossen werden sollen, stellen gemäß § 2 Z 16 lit ii, gesondert anfechtbare Entscheidungen dar. Die Anträge auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung und der Entscheidung, mit welchem Unternehmer bzw. mit welchen Unternehmern die Rahmenvereinbarungen pro Los abgeschlossen werden sollen, wurden innerhalb der Frist des Paragraph 321, BVergG eingebracht und erfüllen auch die sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen nach Paragraph 322, BVergG. Sowohl die Ausscheidensentscheidung als auch die Entscheidung, mit welchem Unternehmer bzw. mit welchen Unternehmern die Rahmenvereinbarungen pro Los in einem offenen Verfahren abgeschlossen werden sollen, stellen gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, lit ii, gesondert anfechtbare Entscheidungen dar.

Die präsumtiven Rahmenvertragsempfängerinnen der Lose 1, 2, 5 und 7 haben gemäß § 324 Abs 3 BVergG rechtzeitig jeweils begründete Einwendungen gegen die von der Antragstellerin begehrten Entscheidungen erhoben, sodass ihnen Parteistellung gemäß § 324 Abs 3 BVergG zukommt. Die präsumtiven Rahmenvertragsempfängerinnen der Lose 1, 2, 5 und 7 haben gemäß Paragraph 324, Absatz 3, BVergG rechtzeitig jeweils begründete Einwendungen gegen die von der Antragstellerin begehrten Entscheidungen erhoben, sodass ihnen Parteistellung gemäß Paragraph 324, Absatz 3, BVergG zukommt.

1. 2. Ziffer 2

Inhaltliche Beurteilung des Antrages:

2.1 Zu Spruchpunkt 1:

Fehlende technische Leistungsfähigkeit:

Wie dem in Papierform der vergebenden Stelle vorgelegten und dem Bundesvergabeamt vorliegenden Angebot im Original vom 21.10.2008 zu entnehmen ist, hat die Antragstellerin für insgesamt 5 Lose angeboten. Bestandteil dieses Angebotes waren 5 jeweils als "Liste des vorgesehenen einzusetzenden Personals" bezeichnete Beilagen. Je eine dieser Beilagen war nach ihrer ausdrücklichen Bezeichnung (vgl. zB "Teil 8: Los 1 Wien", "Teil 8: Los 2 Niederösterreich") einem bestimmten Los zugeordnet. Soweit für das gegenständliche Nachprüfungsverfahren von Relevanz waren in diesen Beilagen - unter gleichzeitigem Hinweis auf deren Ausbildung als Sicherheitsfachkraft - die Namen der Mitarbeiter verzeichnet, die die Antragstellerin als Mitarbeiter pro Los einzusetzen beabsichtigt: für Los 1 die Namen von 6 Mitarbeitern, für die Lose 2 und 5 jeweils die Namen von 3 Mitarbeitern und schließlich für Los 7 die Namen von 2 Mitarbeitern. Wie dem in Papierform der vergebenden Stelle vorgelegten und dem Bundesvergabeamt vorliegenden Angebot im Original vom 21.10.2008 zu entnehmen ist, hat die Antragstellerin für insgesamt 5 Lose angeboten. Bestandteil dieses Angebotes waren 5 jeweils als "Liste des vorgesehenen einzusetzenden Personals" bezeichnete Beilagen. Je eine dieser Beilagen war nach ihrer ausdrücklichen Bezeichnung vergleiche zB "Teil 8: Los 1 Wien", "Teil 8: Los 2 Niederösterreich") einem bestimmten Los zugeordnet. Soweit für das gegenständliche Nachprüfungsverfahren von Relevanz waren in diesen Beilagen - unter gleichzeitigem Hinweis auf deren Ausbildung als Sicherheitsfachkraft - die Namen der Mitarbeiter verzeichnet, die die Antragstellerin als Mitarbeiter pro Los einzusetzen beabsichtigt: für Los 1 die Namen von 6 Mitarbeitern, für die Lose 2 und 5 jeweils die Namen von 3 Mitarbeitern und schließlich für Los 7 die Namen von 2 Mitarbeitern.

Lose 1, 2 und 5:

Zur Beschäftigung von Subunternehmern ist in den Allgemeinen Ausschreibungsunterlagen (AAB) Pkt. 5.2 Rz 38 bis Rz 41 festgelegt:

"Der Bieter kann sich zur Erfüllung der ausschreibungsgegenständlichen Einzelaufträge auch Subunternehmer bedienen, soweit der Subunternehmer die für die Ausführung des entsprechenden Teils der Leistung erforderliche Befugnis, die

erforderliche technische,... Leistungsfähigkeit ...besitzt.

...

Soweit sich Bieter bei der Leistungserbringung eines Subunternehmers bedienen wollen, haben sie im Angebot anzugeben, welche wesentlichen Leistungsteile an Subunternehmer vergeben werden sollen.

...

Die in Frage kommenden Subunternehmer sind unter Nachweis ihrer Befugnis und beruflichen Zuverlässigkeit im Angebot bekannt zu

geben. Weiters ist auch die technische ... Leistungsfähigkeit der

Subunternehmer, soweit diese für den Nachweis der Leistungsfähigkeit des Bieters erforderlich ist, durch Beilage entsprechender Bescheinigungen im Angebot nachzuweisen. Die Nachweise sind in der gleichen Weise wie für den Bieter zu erbringen (vgl. unten Punkt 6)."Subunternehmer, soweit diese für den Nachweis der Leistungsfähigkeit des Bieters erforderlich ist, durch Beilage entsprechender Bescheinigungen im Angebot nachzuweisen. Die Nachweise sind in der gleichen Weise wie für den Bieter zu erbringen vergleiche unten Punkt 6)."

Erläuternd beantwortete die vergebende Stelle auf die 4. Frage - zum Themenkreis wie Werkvertragsnehmer nach Pkt. 5.2 AAB zu behandeln seien - in der 1. Fragebeantwortung vom 11.9.2008, dass diese "als Subunternehmer anzusehen sind" und verwies gleichzeitig auf die Regelungen der Rz 61 und 62 unter Pkt. 6.3.1 AAB.

Hinsichtlich der technischen Leistungsfähigkeit ist unter Pkt. 6 Eignungskriterien, 6.1 Allgemeines, Rz 44 der AAB ausdrücklich festgehalten:

"der Bieter muss für die Erbringung der angebotenen Leistung geeignet sein. Geeignet sind Unternehmer, die ..., technisch, ...

leistungsfähig ...sind. Die ... Leistungsfähigkeit ... muss

spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen, widrigenfalls der Bieter ausgeschieden wird. Die Eignung ist in den Angeboten durch Vorlage der in diesen Ausschreibungsunterlagen beschriebenen Urkunden (Nachweise, Bescheinigungen) darzutun und zu belegen, insbesondere auch betreffend allenfalls in Frage kommender Subunternehmer (siehe oben Punkt 5.2).

Ebenso ist unter Pkt. 6.3 technische Leistungsfähigkeit, 6.3.1 Allgemeines, Rz 61 festgelegt:

"Der Bieter muss die für die Erbringung der Leistung erforderliche technische Leistungsfähigkeit aufweisen. Diese muss spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen. Für jene Teile, die der Subunternehmer erbringen soll, ist die entsprechende Leistungsfähigkeit des Subunternehmers erforderlich und ebenfalls nachzuweisen."

In Rz. 62 heißt es weiter:

"Der Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit des Bieters kann auch durch den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit ... eines Subunternehmers erbracht werden. Diesfalls muss der Bieter durch eine Verpflichtungserklärung nachweisen, dass er im Auftragsfall tatsächlich über die zur Erbringung der Leistung erforderlichen Mittel ... des Subunternehmers verfügt."

Schließlich beinhalten die Rz 63 und 64, in der Fassung der

1. 4.Ziffer 4

Berichtigung vom 2.10.2008 die Voraussetzungen hinsichtlich des Mindestniveaus der technischen Leistungsfähigkeit und der diesbezüglichen Nachweise:

"Das Mindestniveau der technischen Leistungsfähigkeit für die Erbringung der Leistungen ist gegeben, wenn

zumindest folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

- -Strichaufzählung
Der Bieter hat mindestens über
- -Strichaufzählung
6 qualifizierte Mitarbeiter für Los 1: Wien
- -Strichaufzählung
3 qualifizierte Mitarbeiter für Los 2: Niederösterreich
- -Strichaufzählung
...
- -Strichaufzählung
3 qualifizierte Mitarbeiter für Los 5: Steiermark
- -Strichaufzählung
...
- -Strichaufzählung
2 qualifizierte Mitarbeiter für Los 7: Kärnten

zu verfügen. Qualifiziert wird wie folgt verstanden: Die Person muss eine einschlägige Ausbildung zur Sicherheitsfachkraft aufweisen.

Zum Nachweis für die technische Leistungsfähigkeit des Bieters bzw. des/der Subunternehmers/r zur Erbringung der Leistungen hat dieser

- -Strichaufzählung
...
- -Strichaufzählung
eine getrennte Liste je angebotenem Los mit Angaben zum vorgesehenen einzusetzenden Personal entsprechend den obigen Anforderungen mit dem Angebot beizubringen. In dieser Liste ist die Anzahl der Mitarbeiter, die Namen der einzusetzenden Mitarbeiter sowie Ausbildung der Mitarbeiter anzuführen."

Aus diesen unangefochtenen und damit bestandkräftig gewordenen Ausschreibungsbestimmungen (VwGH 28.3.2007, 2005/04/0200; 1.3.2007, 2005/04/0239; 7.11.2005, 2003/04/0135; BVA 23.11.2006, N/0085-BVA/04/2006-38; BVA 20.6.2007, N/0050-BVA/04/2007-41, N/0051-BVA/04/2007-47) ist für einen durchschnittlichen, fachkundigen Bieter, bei Anwendung üblicher Sorgfalt [EuGH 4.12.2003, Rs C-448/01 (EVN - AG Wien Strom GmbH gegen Republik Österreich); VwGH 17.11.2004, 2002/04/0078; 16.2.2005, 2004/04/0030; BVA 19.1.2006, 04N-134/05-17] unmissverständlich erkennbar, dass zum Nachweis des Mindestniveaus der technischen Leistungsfähigkeit für die ausgeschriebenen Leistungen, der Bieter - je nachdem für welches Los er anbietet - zumindest über die in der Ausschreibung genannte Anzahl an qualifizierten Mitarbeitern für das betreffende Los zu verfügen hat, also für Los 1 (Wien) über 6 qualifizierte Mitarbeiter und für die Lose 2 (Niederösterreich) und 5 (Steiermark) über je 3 qualifizierte Mitarbeiter und für das Los 7 (Kärnten) über 2 qualifizierte Mitarbeiter. Die technische Leistungsfähigkeit ist vom Bieter mittels einer mit dem Angebot beizubringenden Liste, in welcher getrennt je angebotenem Los, Anzahl, Namen und Ausbildung der einzusetzenden Mitarbeiter anzuführen sind, nachzuweisen.

Nach Aufforderung durch die vergebende Stelle, "Aufklärungen zum qualifizierten Personal vorzunehmen", übermittelte die Antragstellerin fristgerecht ein ebenso bezeichnetes Konvolut. Neben 5 Beilagen wo - parallel zu den 5 Beilagen im Originalangebot - nach den einzelnen Losen getrennt, die von der Bieterin zum Einsatz vorgesehenen Mitarbeiter samt der Art von deren Beschäftigungsverhältnis (Angestellter/derzeit Projektmitarbeiter auf Werkvertragsbasis) und der Umfang des jeweiligen Beschäftigungsausmaßes (Vollzeit/ca. xx,x Stunden pro Woche) angegeben waren, umfasste diese Nachsendung noch 15 Kopien von Zeugnissen über die Absolvierung der Fachausbildung zur Sicherheitsfachkraft und 11 Kopien über die Anmeldung der betreffenden, in einem aufrechten Angestelltenverhältnis zur Bieterin stehenden Mitarbeiter zur Gebietskrankenkasse. Weitere Unterlagen sind bei der vergebenden Stelle nicht eingelangt. Der Mitarbeiteraufstellung selbst ist zu entnehmen, dass bei den Losen 1, 2 und 5 - neben 5 Mitarbeiter (bei Los 1), 2 Mitarbeiter (bei Los 2) und neben 1 Mitarbeiter (bei Los 5) im Angestelltenverhältnis, jeweils zumindest 1 Mitarbeiter als "derzeit Projektmitarbeiter auf Werkvertragsbasis" pro Los angegeben werden.

Im Vergaberecht sind für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen, so auch bei der Ermittlung des Inhaltes der Ausschreibungsunterlagen, nach ständiger Rechtsprechung des BVA und der Literatur die zivilrechtlichen Regeln der §§ 914ff ABGB anzuwenden (vgl. zuletzt BVA 12.9.2008, N/105-BVA/02/2008-24 mit zahlreichen weiteren Ver- und Nachweisen). Die Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und der Vertrag so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus einer Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind nicht danach zu beurteilen, was der Erklärende sagen wollte oder was der Erklärungsempfänger darunter verstanden hat, sondern danach, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern es ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgebend (vgl. VwGH 19.11.2008, 2007/04/0018, 0019; 29.3.2006, 2004/04/0144, 0156, 0157). Im Vergaberecht sind für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen, so auch bei der Ermittlung des Inhaltes der Ausschreibungsunterlagen, nach ständiger Rechtsprechung des BVA und der Literatur die zivilrechtlichen Regeln der Paragraphen 914 f, f, ABGB anzuwenden vergleiche zuletzt BVA 12.9.2008, N/105-BVA/02/2008-24 mit zahlreichen weiteren Ver- und Nachweisen). Die Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und der Vertrag so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus einer Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind nicht danach zu beurteilen, was der Erklärende sagen wollte oder was der Erklärungsempfänger darunter verstanden hat, sondern danach, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern es ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgebend vergleiche VwGH 19.11.2008, 2007/04/0018, 0019; 29.3.2006, 2004/04/0144, 0156, 0157).

Daraus ergibt sich, dass die objektive Bedeutung der Festlegungen zur technischen Leistungsfähigkeit aus den Ausschreibungsunterlagen in ihrer Gesamtheit zu ermitteln ist und die Angebote an diesem Maßstab zu messen sind. Von diesem Beurteilungsmaßstab abweichende Vorstellungen der Antragstellerin, gestützt auf einzelne Teile der Ausschreibung - so zB. das Herausgreifen von einzelnen Worten aus Satzteilen (vgl. "für" in Rz 63) - sind infolge mangelnder Berücksichtigung des Gesamtzusammenhanges der Regelungen in den AAB zur technischen Leistungsfähigkeit und insbesondere zur Substitution der technischen Leistungsfähigkeit eines Bieters mittels Einsatzes von Subunternehmern unbeachtlich. Nicht nachvollziehbar ist, weshalb die Antragstellerin unter Hinweis auf das Schreiben vom 30.10.2008 vermeint, dass auch nach der am 2.10.2008 erfolgten Berichtigung der Ausschreibung weiterhin nicht auf qualifizierte Mitarbeiter pro Los, sondern auf Mitarbeiter, über welche der Bieter insgesamt verfüge, abgestellt werde. Das Aufklärungsersuchen der vergebenden Stelle bezog sich tatsächlich auf die Antwort vom 11.9.2008 zu Frage 5 und entsprechend der Anfrage zu Rz 62 wurden darin ua. ergänzende Erklärungen zur Frage der Beschäftigung von Werkvertragnehmer als Subunternehmer gegeben, was in keiner Weise einen Rückschluss auf die Anzahl der in Rz 63 in der Fassung vom 2.10.2008 festgelegten Anzahl an qualifizierten Mitarbeitern pro Los für die Erfüllung der technischen Leistungsfähigkeit zulässt. Offenbar stellt die Antragstellerin selbst weder zum Zeitpunkt der Legung des Angebotes noch bei den vorgelegten Ergänzungen auf das Unternehmen, sondern - wie ihre Aufstellungen der Mitarbeiter pro Los zeigen - vielmehr auf das einzelne Los ab. Die Begründung für die Behauptung der Antragstellerin, dass diese Ausschreibung dem Sinn und Zweck des Einsatzes von Sicherheitsfachkräften widerspreche, bleibt die Antragstellerin selbst schuldig. Eine solche kann auch vom Bundesvergabeamt nicht erschlossen werden, zumal die Antragstellerin gleichzeitig zugesteht, dass es für einen qualifizierten Mitarbeiter "schwer" möglich sei, rechtzeitig in einem weiter entfernten Bundesland zu sein und damit der durchaus nachvollziehbaren und schlüssigen Argumentation der Auftraggeber hiezu folgt. Daraus ergibt sich, dass die objektive Bedeutung der Festlegungen zur technischen Leistungsfähigkeit aus den Ausschreibungsunterlagen in ihrer Gesamtheit zu ermitteln ist und die Angebote an diesem Maßstab zu messen sind. Von diesem Beurteilungsmaßstab abweichende Vorstellungen der Antragstellerin, gestützt auf einzelne Teile der Ausschreibung - so zB. das Herausgreifen von einzelnen Worten aus Satzteilen vergleiche "für" in Rz 63) - sind infolge mangelnder Berücksichtigung des Gesamtzusammenhanges der Regelungen in den AAB zur technischen Leistungsfähigkeit und insbesondere zur Substitution der technischen Leistungsfähigkeit eines Bieters mittels Einsatzes von Subunternehmern unbeachtlich. Nicht nachvollziehbar ist, weshalb die Antragstellerin unter Hinweis auf das Schreiben vom 30.10.2008 vermeint, dass auch nach der am 2.10.2008 erfolgten Berichtigung der Ausschreibung weiterhin nicht auf qualifizierte Mitarbeiter pro Los, sondern auf

Mitarbeiter, über welche der Bieter insgesamt verfüge, abgestellt werde. Das Aufklärungsersuchen der vergebenden Stelle bezog sich tatsächlich auf die Antwort vom 11.9.2008 zu Frage 5 und entsprechend der Anfrage zu Rz 62 wurden darin ua. ergänzende Erklärungen zur Frage der Beschäftigung von Werkvertragnehmer als Subunternehmer gegeben, was in keiner Weise einen Rückschluss auf die Anzahl der in Rz 63 in der Fassung vom 2.10.2008 festgelegten Anzahl an qualifizierten Mitarbeitern pro Los für die Erfüllung der technischen Leistungsfähigkeit zulässt. Offenbar stellt die Antragstellerin selbst weder zum Zeitpunkt der Legung des Angebotes noch bei den vorgelegten Ergänzungen auf das Unternehmen, sondern - wie ihre Aufstellungen der Mitarbeiter pro Los zeigen - vielmehr auf das einzelne Los ab. Die Begründung für die Behauptung der Antragstellerin, dass diese Ausschreibung dem Sinn und Zweck des Einsatzes von Sicherheitsfachkräften widerspreche, bleibt die Antragstellerin selbst schuldig. Eine solche kann auch vom Bundesvergabeamt nicht erschlossen werden, zumal die Antragstellerin gleichzeitig zugesteht, dass es für einen qualifizierten Mitarbeiter "schwer" möglich sei, rechtzeitig in einem weiter entfernten Bundesland zu sein und damit der durchaus nachvollziehbaren und schlüssigen Argumentation der Auftraggeber hiezu folgt.

Die Regelungen der AAB zur Beschäftigung von Subunternehmern (vgl. Rz 38 bis 41) im Allgemeinen und die Vorgaben zu deren technischer Leistungsfähigkeit und den diesbezüglichen Nachweisen (vgl. Rz 61 bis 64 in der aktuell geltenden Fassung) im Besonderen, legen in Zusammenschau mit den erklärenden Ausführungen der vergebenden Stelle in den diversen Fragebeantwortungen und Berichtigungen (vgl. Frage 4 sowie Antwort hiezu vom 11.9.2008, Frage 4 sowie Antwort hiezu vom 2.10.2008, wo ebenfalls auf Pkt. 6.3.2 der AAB und auf die Änderung der Rz 63 und Rz 64 ausdrücklich verwiesen wurde) klar fest: Die Regelungen der AAB zur Beschäftigung von Subunternehmern (vergleiche Rz 38 bis 41) im Allgemeinen und die Vorgaben zu deren technischer Leistungsfähigkeit und den diesbezüglichen Nachweisen (vergleiche Rz 61 bis 64 in der aktuell geltenden Fassung) im Besonderen, legen in Zusammenschau mit den erklärenden Ausführungen der vergebenden Stelle in den diversen Fragebeantwortungen und Berichtigungen (vergleiche Frage 4 sowie Antwort hiezu vom 11.9.2008, Frage 4 sowie Antwort hiezu vom 2.10.2008, wo ebenfalls auf Pkt. 6.3.2 der AAB und auf die Änderung der Rz 63 und Rz 64 ausdrücklich verwiesen wurde) klar fest:

1. 1.Ziffer eins

Bei Beschäftigung von Subunternehmern hat ein Bieter nicht nur diese im Angebot bekanntzugeben, sondern auch insbesondere jene wesentlichen Leistungsteile, welche an diese Subunternehmer vergeben werden sollen.

2. 2.Ziffer 2

Will ein Bieter die technische Leistungsfähigkeit nicht selbst, sondern mit der Hilfe eines Subunternehmers erbringen, hat er in diesem Fall den Nachweis hierfür nicht nur durch Beibringung einer getrennten Liste je angebotenem Los, aus welcher die Anzahl der Mitarbeiter, die Namen der einzusetzenden Mitarbeiter sowie deren Ausbildung ersichtlich sind, zu führen, sondern vielmehr auch eine bzw. mehrere

Verpflichtungserklärungen vorzulegen, aus welcher bzw. welchen erkennbar wird, dass ihm im Auftragsfall die zur Erbringung der Leistung erforderlichen Mittel auch tatsächlich zur Verfügung stehen.

Der Auftraggeber entscheidet grundsätzlich selbst, welche Nachweismittel vom Unternehmer für die Eignung bzw. die technische Leistungsfähigkeit vorzulegen sind. Es ist nicht Inhalt des Gesetzes, Auftraggebern vorzugeben, welcher Standard der technischen Leistungsfähigkeit für die Teilnahme an öffentlichen Ausschreibungen erforderlich ist (vgl. EB 2006 zu § 70). Bei der Nachweisführung durch einen Dritten, also auch durch einen Subunternehmer, stellt die Ausschreibung im Ergebnis auf die rechtlichen Vorgaben gemäß § 76 Abs 1 letzter Satz ab. Der Auftraggeber entscheidet grundsätzlich selbst, welche Nachweismittel vom Unternehmer für die Eignung bzw. die technische Leistungsfähigkeit vorzulegen sind. Es ist nicht Inhalt des Gesetzes, Auftraggebern vorzugeben, welcher Standard der technischen Leistungsfähigkeit für die Teilnahme an öffentlichen Ausschreibungen erforderlich ist (vergleiche EB 2006 zu Paragraph 70,). Bei der Nachweisführung durch einen Dritten, also auch durch einen Subunternehmer, stellt die Ausschreibung im Ergebnis auf die rechtlichen Vorgaben gemäß Paragraph 76, Absatz eins, letzter Satz ab.

Den in der Ausschreibung vorgegebenen und bestandfesten kumulativen Anforderungen wird das Angebot der Antragstellerin in den Losen 1, 2, und 5 nicht gerecht. Wie das Ermittlungsverfahren vor dem Bundesvergabeamt ergeben hat, hat die Antragstellerin zwar bei den Losen 1, 2 und 5 insgesamt die pro Los geforderte Mitarbeiteranzahl angegeben, neben den in einem Angestelltenverhältnis stehenden Mitarbeitern, sind aber auch weitere im Zeitpunkt der Angebotsöffnung als Werkvertragnehmer beschäftigte Personen zum Einsatz vorgesehen. Unterlagen oder

Nachweise im Sinne der Ausschreibung, betreffend deren Verfügbarkeit als Subunternehmer hat die Antragstellerin, wie sie in der mündlichen Verhandlung am 15.1.2009 ausdrücklich bestätigte, weder zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung, noch nach dem Aufklärungsersuchen der vergebenden Stelle beigebracht.

Im Zusammenhang mit dem Vorbringen der Antragstellerin, bei den Werkvertragnehmern handle es sich im Zeitpunkt der Erstellung der "Angebotstabellen" um keine Subunternehmer, da die Rz 38 unter Pkt. 5.2 der AAB "auf das Heranziehen des Subunternehmers zur Erfüllung des Auftrages abstelle", ist zunächst das Ziel der verfahrensgegenständlichen Auftragsvergabe zum "Abschluss von Rahmenvereinbarungen mit einem Unternehmer pro Los gemäß §§ 25 Abs 7 und 32 iVm §§ 150ff BVergG 2006" in Erinnerung zu rufen (vgl AAB, Rz 6). Im Zusammenhang mit dem Vorbringen der Antragstellerin, bei den Werkvertragnehmern handle es sich im Zeitpunkt der Erstellung der "Angebotstabellen" um keine Subunternehmer, da die Rz 38 unter Pkt. 5.2 der AAB "auf das Heranziehen des Subunternehmers zur Erfüllung des Auftrages abstelle", ist zunächst das Ziel der verfahrensgegenständlichen Auftragsvergabe zum "Abschluss von Rahmenvereinbarungen mit einem Unternehmer pro Los gemäß Paragraphen 25, Absatz 7 und 32 in Verbindung mit Paragraphen 150 f, f, BVergG 2006" in Erinnerung zu rufen vergleiche AAB, Rz 6).

Hinsichtlich der weiteren Vorgangsweise wird in Rz 7 bestimmt, dass vorgesehen ist:

"dass die Zuschläge hinsichtlich der auf dieser Rahmenvereinbarung beruhenden Aufträge unmittelbar dem auf Grund der Bedingungen der Rahmenvereinbarung gelegten Angebot nach den in diesen Ausschreibungsunterlagen genannten konkreten Bedingungen erteilt werde."

Demnach legen die bestandfest gewordenen und sowohl für die Auftraggeber als auch für die Bieter in dieser Fassung maßgeblichen AAB fest, dass die jeweils mit einem einzigen Bieter gemäß § 151 Abs 3 leg. cit. abgeschlossene Rahmenvereinbarungen für die einzelnen Lose hinsichtlich der auf dieser Rahmenvereinbarung beruhenden Aufträge durch den, unmittelbar auf Grund der Bedingungen der Rahmenvereinbarung gelegten Angebot nach den in den Ausschreibungsunterlagen der Rahmenvereinbarung genannten Bedingungen erteilten Zuschlag abgeschlossen werden. Die im konkreten Nachprüfungsverfahren neben der Ausscheidensentscheidung gleichfalls nachzuprüfende Entscheidung der Auftraggeber, mit welchen Unternehmer die Rahmenvereinbarung für das einzelne Los abgeschlossen werden soll, ist somit nicht nur die letzte gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. ii, sondern gleichzeitig auch die letzte Entscheidung im Sinne von § 131 Z 5 BVergG., welche vom Auftraggeber vor der "Zuschlagserteilung" an den jeweiligen Bestbieter pro Los verpflichtend mitzuteilen ist. Eine Prüfung der technischen Leistungsfähigkeit des Bieters oder allfälliger Subunternehmer kann und hat somit - entgegen der Auffassung der Antragstellerin hinsichtlich Rz 36 - bereits im gegenwärtigen Stadium des Vergabeverfahrens zur Vergabe einer Rahmenvereinbarung gemäß § 151 Abs 3 2. Satz, stattzufinden. Anzumerken bleibt, dass die vergebende Stelle im Zuge der Antwort zur 4. Frage in der 1. Demnach legen die bestandfest gewordenen und sowohl für die Auftraggeber als auch für die Bieter in dieser Fassung maßgeblichen AAB fest, dass die jeweils mit einem einzigen Bieter gemäß Paragraph 151, Absatz 3, leg. cit. abgeschlossene Rahmenvereinbarungen für die einzelnen Lose hinsichtlich der auf dieser Rahmenvereinbarung beruhenden Aufträge durch den, unmittelbar auf Grund der Bedingungen der Rahmenvereinbarung gelegten Angebot nach den in den Ausschreibungsunterlagen der Rahmenvereinbarung genannten Bedingungen erteilten Zuschlag abgeschlossen werden. Die im konkreten Nachprüfungsverfahren neben der Ausscheidensentscheidung gleichfalls nachzuprüfende Entscheidung der Auftraggeber, mit welchen Unternehmer die Rahmenvereinbarung für das einzelne Los abgeschlossen werden soll, ist somit nicht nur die letzte gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, i, i., sondern gleichzeitig auch die letzte Entscheidung im Sinne von Paragraph 131, Ziffer 5, BVergG., welche vom Auftraggeber vor der "Zuschlagserteilung" an den jeweiligen Bestbieter pro Los verpflichtend mitzuteilen ist. Eine Prüfung der technischen Leistungsfähigkeit des Bieters oder allfälliger Subunternehmer kann und hat somit - entgegen der Auffassung der Antragstellerin hinsichtlich Rz 36 - bereits im gegenwärtigen Stadium des Vergabeverfahrens zur Vergabe einer Rahmenvereinbarung gemäß Paragraph 151, Absatz 3, 2. Satz, stattzufinden. Anzumerken bleibt, dass die vergebende Stelle im Zuge der Antwort zur 4. Frage in der 1.

Fragebeantwortung am 11.09.2008, die Eigenschaft der Werkvertragnehmer als Subunternehmer nicht nur klaggestellt hat, sondern zusätzlich auch auf die gebotene Nachweisführung gemäß den AAB, Pkt. 6.3.1 hingewiesen hat.

Gemäß § 69 Z 1 BVergG hat beim offenen Verfahren die Leistungsfähigkeit zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung

vorzuliegen. Die Antragstellerin wurde von der vergebenden Stelle mit Schreiben vom 30.10.2009 aufgefordert, bis 3.11.2008 ergänzende Informationen und Nachweise wegen bestehender Unklarheiten hinsichtlich des qualifizierten Personals beizubringen. Nachweise betreffend die Verfügbarkeit der von der Antragstellerin bei den Losen 1, 2 und 5 im Falle der Auftragserteilung vorgesehenen Werk- bzw. Subunternehmer wurden von der Antragstellerin innerhalb der gesetzten Nachfrist nicht vorgelegt (vgl. VwGH 1.3.2007, 2005/04/0239). Gemäß Paragraph 69, Ziffer eins, BVergG hat beim offenen Verfahren die Leistungsfähigkeit zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorzuliegen. Die Antragstellerin wurde von der vergebenden Stelle mit Schreiben vom 30.10.2009 aufgefordert, bis 3.11.2008 ergänzende Informationen und Nachweise wegen bestehender Unklarheiten hinsichtlich des qualifizierten Personals beizubringen. Nachweise betreffend die Verfügbarkeit der von der Antragstellerin bei den Losen 1, 2 und 5 im Falle der Auftragserteilung vorgesehenen Werk- bzw. Subunternehmer wurden von der Antragstellerin innerhalb der gesetzten Nachfrist nicht vorgelegt (vergleiche VwGH 1.3.2007, 2005/04/0239).

Der Auftraggeber hat auf Grund des Ergebnisses der Prüfung vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung gemäß § 129 Abs 1 Z 7 den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote auszuschneiden. Dabei steht es nicht in der Disposition des Auftraggebers, von Ausscheidenstatbeständen 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 iSd § 19 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)]. Gleiches hat auch für das Ausscheiden eines Angebotes vor Abschluss einer Rahmenvereinbarung in einem Vergabeverfahren gemäß § 25 Abs 7 BVergG zu gelten. Der Auftraggeber hat auf Grund des Ergebnisses der Prüfung vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote auszuschneiden. Dabei steht es nicht in der Disposition des Auftraggebers, von Ausscheidenstatbeständen 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 iSd Paragraph 19, 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)]. Gleiches hat auch für das Ausscheiden eines Angebotes vor Abschluss einer Rahmenvereinbarung in einem Vergabeverfahren gemäß Paragraph 25, Absatz 7, BVergG zu gelten.

Gemäß § 129 Abs 1 Z. 2 BVergG hat der Auftraggeber auf Grund des Ergebnisses der Prüfung vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung Angebote von Biestern auszuschneiden, deren technische Leistungsfähigkeit nicht gegeben ist. Infolge Nichtvorlage von Nachweisen zur tatsächlichen Verfügbarkeit der von der Antragstellerin bei den Losen 1,2 und 5 im Auftragsfall als Mitarbeiter vorgesehenen Werk- bzw. Subunternehmer, fehlt es der Antragstellerin hinsichtlich ihres Angebotes zu den Losen 1, 2 und 5 an der technischen Leistungsfähigkeit, sodass das Angebot der Antragstellerin im Ergebnis zu Recht gemäß § 129 Abs 1 Z 2 BVergG ausgeschieden wurde, weshalb das Begehren zur Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung des Angebotes der Antragstellerin für die Lose 1, 2 und 5 abzuweisen war. Gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG hat der Auftraggeber auf Grund des Ergebnisses der Prüfung vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung Angebote von Biestern auszuschneiden, deren technische Leistungsfähigkeit nicht gegeben ist. Infolge Nichtvorlage von Nachweisen zur tatsächlichen Verfügbarkeit der von der Antragstellerin bei den Losen 1,2 und 5 im Auftragsfall als Mitarbeiter vorgesehenen Werk- bzw. Subunternehmer, fehlt es der Antragstellerin hinsichtlich ihres Angebotes zu den Losen 1, 2 und 5 an der technischen Leistungsfähigkeit, sodass das Angebot der Antragstellerin im Ergebnis zu Recht gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG ausgeschieden wurde, weshalb das Begehren zur Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung des Angebotes der Antragstellerin für die Lose 1, 2 und 5 abzuweisen war.

Los 7:

Unter Zugrundelegung des anzuwendenden Interpretationsmaßstabes des objektiven Erklärungswertes (vgl. VwGH 28.3.2007, 2005/04/0200; 1.3.2007, 2005/04/0239 ua.) ergibt sich - wie zuvor dargelegt - aus den bestandkräftigen Ausschreibungsbestimmungen zunächst, dass zur Erfüllung der technischen Leistungsfähigkeit bei Los 7 der Bieter über 2 qualifizierte Mitarbeiter zu verfügen und er die technische Leistungsfähigkeit mit einer mit dem Angebot beizubringenden Liste, woraus ua. auch die Ausbildung der Mitarbeiter ersichtlich ist, nachzuweisen hat. Was weiters das erforderliche Beschäftigungsausmaß dieser qualifizierten Mitarbeiter betrifft, ergibt sich dieses unmissverständlich

aus der von den Auftraggebern am 11.9.2008 vorgenommenen 1. Fragebeantwortung zu Frage 5. Hierin haben sich die Auftraggeber hierzu nämlich wie folgt geäußert: Unter Zugrundelegung des anzuwendenden Interpretationsmaßstabes des objektiven Erklärungswertes vergleiche VwGH 28.3.2007, 2005/04/0200; 1.3.2007, 2005/04/0239 ua.) ergibt sich - wie zuvor dargelegt - aus den bestandkräftigen Ausschreibungsbestimmungen zunächst, dass zur Erfüllung der technischen Leistungsfähigkeit bei Los 7 der Bieter über 2 qualifizierte Mitarbeiter zu verfügen und er die technische Leistungsfähigkeit mit einer mit dem Angebot beizubringenden Liste, woraus ua. auch die Ausbildung der Mitarbeiter ersichtlich ist, nachzuweisen hat. Was weiters das erforderliche Beschäftigungsausmaß dieser qualifizierten Mitarbeiter betrifft, ergibt sich dieses unmissverständlich aus der von den Auftraggebern am 11.9.2008 vorgenommenen 1. Fragebeantwortung zu Frage 5. Hierin haben sich die Auftraggeber hierzu nämlich wie folgt geäußert:

"Fragen zu den allgemeinen Ausschreibungsbedingungen Absatz 62 Der Bieter hat mindestens über 5 qualifizierte Mitarbeiter zu verfügen. Müssen diese Mitarbeiter Vollzeit, Teilzeit beschäftigt sein, oder kann es sich auch um freie Mitarbeiter (Werkvertragnehmer) handeln?"

Antwort BBG

Der Bieter hat über 5 qualifizierte Mitarbeiter zu verfügen. Die Mitarbeiter müssen Vollzeit beim Bieter beschäftigt sein. Sollten Subunternehmer (Werkvertragnehmer) ..."

Zieht man den bereits erwähnten, gebotenen Auslegungsmaßstab des objektiven Erklärungswertes heran, ergibt sich bereits aus dem völlig eindeutigen und unmissverständlichen Wortlaut ("müssen Vollzeit beim Bieter beschäftigt sein"), dass die Mitarbeiter beim Bieter im Vollzeitbeschäftigungsausmaß zu stehen haben. Dies musste auch von einem durchschnittlichen fachkundigen Bieter bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt auf diese Weise verstanden werden. Die von der Antragstellerin ins Treffen geführte Zweifelsregelung gemäß § 915 ABGB kommt nur bei undeutlichen Äußerungen des Erklärenden zum tragen. Aufgrund des eindeutigen Erklärungswertes der in Rede stehenden Anfragebeantwortung der Auftraggeber bleibt somit für die Anwendung der Zweifelsregelung des § 915 ABGB kein Raum. Zieht man den bereits erwähnten, gebotenen Auslegungsmaßstab des objektiven Erklärungswertes heran, ergibt sich bereits aus dem völlig eindeutigen und unmissverständlichen Wortlaut ("müssen Vollzeit beim Bieter beschäftigt sein"), dass die Mitarbeiter beim Bieter im Vollzeitbeschäftigungsausmaß zu stehen haben. Dies musste auch von einem durchschnittlichen fachkundigen Bieter bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt auf diese Weise verstanden werden. Die von der Antragstellerin ins Treffen geführte Zweifelsregelung gemäß Paragraph 915, ABGB kommt nur bei undeutlichen Äußerungen des Erklärenden zum tragen. Aufgrund des eindeutigen Erklärungswertes der in Rede stehenden Anfragebeantwortung der Auftraggeber bleibt somit für die Anwendung der Zweifelsregelung des Paragraph 915, ABGB kein Raum.

Die zitierte Fragebeantwortung ist Bestandteil der - mangels fristgerechter Anfechtung - bestandsfest gewordenen Ausschreibung und als solche der Auslegung der Ausschreibung zugrunde zu legen. Eine Abänderung oder gar ein Entfall dieser bestandsfest gewordenen Vorgabe, dass es sich bei den vom Bieter beschäftigten Mitarbeitern um vollzeitbeschäftigte Mitarbeiter zu handeln hat, ist nicht erfolgt. Eine von den Auftraggebern am 2.10.2008 zu (den ursprünglichen Bestimmungen der Rz 63 und 64) betreffend die technische Leistungsfähigkeit vorgenommene Berichtigung hat auf das verlangte (Vollzeit)Beschäftigungsausmaß der Mitarbeiter keinerlei Einfluss und nimmt auf dieses auch in keiner Weise Bezug. Berichtigungen, die in keinerlei inhaltlichem Zusammenhang mit vor dem Zeitpunkt dieser Berichtigung zu einem anderen Thema getroffenen Festlegungen der Auftraggeber stehen, sind grundsätzlich ohne Relevanz und haben bei der Beurteilung außer Betracht zu bleiben. In diesem Sinne hat im Übrigen auch die präsumentive Rahmenvertragsempfängerin zutreffend angemerkt, dass die von Berichtigungen nicht berührten Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen unverändert bleiben. Der Vollständigkeit halber wird an dieser Stelle angemerkt, dass ein Auftraggeber gemäß § 70 Abs 3 BVerfG befugt ist, jedenfalls für die betreffend die technische Leistungsfähigkeit in der Ausschreibung genannten Kriterien konkrete Nachweise zu verlangen (vgl. VwGH 18.5.2005, 2004/04/0094). Die zitierte Fragebeantwortung ist Bestandteil der - mangels fristgerechter Anfechtung - bestandsfest gewordenen Ausschreibung und als solche der Auslegung der Ausschreibung zugrunde zu legen. Eine Abänderung oder gar ein Entfall dieser bestandsfest gewordenen Vorgabe, dass es sich bei den vom Bieter beschäftigten Mitarbeitern um vollzeitbeschäftigte Mitarbeiter zu handeln hat, ist nicht erfolgt. Eine von den Auftraggebern am 2.10.2008 zu (den ursprünglichen Bestimmungen der Rz 63 und 64) betreffend die technische Leistungsfähigkeit vorgenommene Berichtigung hat auf das verlangte (Vollzeit)Beschäftigungsausmaß der Mitarbeiter keinerlei Einfluss und nimmt auf dieses auch in keiner Weise Bezug. Berichtigungen, die in keinerlei inhaltlichem Zusammenhang mit

vor dem Zeitpunkt dieser Berichtigung zu einem anderen Thema getroffenen Festlegungen der Auftraggeber stehen, sind grundsätzlich ohne Relevanz und haben bei der Beurteilung außer Betracht zu bleiben. In diesem Sinne hat im Übrigen auch die präsuntive Rahmenvertragsempfängerin zutreffend angemerkt, dass die von Berichtigungen nicht berührten Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen unverändert bleiben. Der Vollständigkeit halber wird an dieser Stelle angemerkt, dass ein Auftraggeber gemäß Paragraph 70, Absatz 3, BVergG befugt ist, jedenfalls für die betreffend die technische Leistungsfähigkeit in der Ausschreibung genannten Kriterien konkrete Nachweise zu verlangen (vergleiche VwGH 18.5.2005, 2004/04/0094).

Dementsprechend forderte die vergebende Stelle die Antragstellerin mit Schreiben vom 30.10.2008 unter Hinweis auf die hervorgekommenen Zweifel auf, zusätzliche Angaben hinsichtlich des Beschäftigungsausmaßes der im Originalangebot gemachten Mitarbeiter zu geben, und für den Fall, dass es sich um bei der Bieterin in einem Angestelltenverhältnis stehende Mitarbeiter handelt, einen Nachweis über deren Anmeldung bei der Sozialversicherung beizubringen.

Für das Los 7 hatte die Antragstellerin im Originalangebot 2 Mitarbeiter als Sicherheitsfachkraft vorgesehen. Nach Aufforderung durch die vergebende Stelle verzeichnete die Antragstellerin dieselben Personen in ihrer Aufstellung zur "Aufklärung betreffend das qualifizierte Personal" als Vollzeit-Angestellte und legte für die beiden Mitarbeiter neben Ausbildungsnachweisen zur Sicherheitsfachkraft Nachweise über deren Anmeldung bei der Sozialversicherung vor. Demnach erhält der erstgenannte Mitarbeiter monatliche Geldbezüge jedoch lediglich im Ausmaß von 25 Stunden pro Woche.

Somit handelt es sich bei der erstgenannten Person - entgegen der Angabe der Antragstellerin in den "Angebotstabellen" - nicht um einen vollzeitbeschäftigten, sondern um einen teilzeitbeschäftigten Mitarbeiter. Dass die Antragstellerin, wie sie angibt, beabsichtigen mag, diesen Mitarbeiter - so wie die bei den Losen 1, 2 und 5 genannten Werkunternehmer - im Falle des Abschlusses der Rahmenvereinbarung Vollzeit beschäftigen zu wollen, ist ohne Belang. Es vermag nichts daran zu ändern, dass, da die technische Leistungsfähigkeit des Bieters nach den bestandfesten Ausschreibungsbestimmungen spätestens zum maßgeblichen Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorzuliegen hatte, andernfalls der Bieter auszuschneiden war (vgl. AAB Rz 44 und 61). Somit handelt es sich bei der erstgenannten Person - entgegen der Angabe der Antragstellerin in den "Angebotstabellen" - nicht um einen vollzeitbeschäftigten, sondern um einen teilzeitbeschäftigten Mitarbeiter. Dass die Antragstellerin, wie sie angibt, beabsichtigen mag, diesen Mitarbeiter - so wie die bei den Losen 1, 2 und 5 genannten Werkunternehmer - im Falle des Abschlusses der Rahmenvereinbarung Vollzeit beschäftigen zu wollen, ist ohne Belang. Es vermag nichts daran zu ändern, dass, da die technische Leistungsfähigkeit des Bieters nach den bestandfesten Ausschreibungsbestimmungen spätestens zum maßgeblichen Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorzuliegen hatte, andernfalls der Bieter auszuschneiden war (vergleiche AAB Rz 44 und 61).

Infolge Nichterfüllung der in der Ausschreibung festgelegten Zahl an vollbeschäftigten qualifizierten Mitarbeitern bei Los 7, fehlt es dem Angebot der Antragstellerin somit auch im Bezug auf Los 7 an der technischen Leistungsfähigkeit, sodass auch dieses Angebot von den Auftraggebern im Ergebnis zu Recht ausgeschieden wurde (§ 129 Z 2 BVergG). Das auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung des Angebotes der Antragstellerin für Los 7 gerichtete Eventualbegehren war daher ebenso abzuweisen. Infolge Nichterfüllung der in der Ausschreibung festgelegten Zahl an vollbeschäftigten qualifizierten Mitarbeitern bei Los 7, fehlt es dem Angebot der Antragstellerin somit auch im Bezug auf Los 7 an der technischen Leistungsfähigkeit, sodass auch dieses Angebot von den Auftraggebern im Ergebnis zu Recht ausgeschieden wurde (Paragraph 129, Ziffer 2, BVergG). Das auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung des Angebotes der Antragstellerin für Los 7 gerichtete Eventualbegehren war daher ebenso abzuweisen.

2.2 Zu Spruchpunkt 2:

Wie sich aus den Ausführungen zu Spruchpunkt 1, ergibt, wurde das Angebot der Antragstellerin zu den Losen 1, 2, 5 und 7 zu Recht ausgeschieden und kam für die Wahl des Angebotes zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung von vornherein nicht in Betracht. Somit konnte der Antragstellerin aber aus ihrem - zu Recht erfolgtem Ausscheiden - auch kein Schaden entstehen. Da somit eine notwendige Voraussetzung für die Antragstellung gemäß § 320 Abs 1 Z 2 BVergG fehlt, war der Antrag auf Nichtigerklärung der Entscheidung der Auftraggeber, die Rahmenvereinbarungen zu den Losen 1, 2, 5 und 7 mit den jeweiligen präsuntiven Vertragsempfängerinnen abzuschließen, zurückzuweisen (vgl. Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002, § 163 Rz 26; ebenso BVA 23.7.2004, 04N-

50/04-46; 5.10.2006, N/0073- BVA/07/2006-39).Wie sich aus den Ausführungen zu Spruchpunkt 1, ergibt, wurde das Angebot der Antragstellerin zu den Losen 1, 2, 5 und 7 zu Recht ausgeschieden und kam für die Wahl des Angebotes zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung von vornherein nicht in Betracht. Somit konnte der Antragstellerin aber aus ihrem - zu Recht erfolgtem Ausscheiden - auch kein Schaden entstehen. Da somit eine notwendige Voraussetzung für die Antragstellung gemäß Paragraph 320, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG fehlt, war der Antrag auf Nichtigklärung der Entscheidung der Auftraggeber, die Rahmenvereinbarungen zu den Losen 1, 2, 5 und 7 mit den jeweiligen präsumtiven Vertragsempfängerinnen abzuschließen, zurückzuweisen vergleiche Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002, Paragraph 163, Rz 26; ebenso BVA 23.7.2004, 04N-50/04-46; 5.10.2006, N/0073-BVA/07/2006-39).

2.3 Zu Spruchpunkt 3:

Da der Nachprüfungsantrag - wie sich aus Spruchpunkt 1 ergibt - betreffend die Ausscheidensentscheidung abgewiesen und - wie sich aus Spruchpunkt 2 ergibt - betreffend die Entscheidung, mit welchem Bieter die Rahmenvereinbarung bei den Losen 1, 2, 5 und 7 abgeschlossen werden soll, zurückgewiesen wurde, liegt auch kein "teilweises Obsiegen" der Antragstellerin iSv § 319 Abs 1 BVergG vor. Der diesbezügliche Antrag, soweit er sich auf den Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag bezieht, ist abzuweisen.Da der Nachprüfungsantrag - wie sich aus Spruchpunkt 1 ergibt - betreffend die Ausscheidensentscheidung abgewiesen und - wie sich aus Spruchpunkt 2 ergibt - betreffend die Entscheidung, mit welchem Bieter die Rahmenvereinbarung bei den Losen 1, 2, 5 und 7 abgeschlossen werden soll, zurückgewiesen wurde, liegt auch kein "teilweises Obsiegen" der Antragstellerin iSv Paragraph 319, Absatz eins, BVergG vor. Der diesbezügliche Antrag, soweit er sich auf den Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag bezieht, ist abzuweisen.

Ebenso ist der Antrag der Antragstellerin, soweit er sich auf den Ersatz der Pauschalgebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bezieht, gemäß § 319 Abs 2 BVergG abzuweisen. Zwar wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit Bescheid vom 1.12.2008, N/0152- BVA/02/2008-EV8 teilweise stattgegeben, die Nachprüfungsanträge wurden jedoch unter Spruchpunkt 1 ab- und unter Spruchpunkt 2 zurückgewiesen.Ebenso ist der Antrag der Antragstellerin, soweit er sich auf den Ersatz der Pauschalgebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bezieht, gemäß Paragraph 319, Absatz 2, BVergG abzuweisen. Zwar wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit Bescheid vom 1.12.2008, N/0152- BVA/02/2008-EV8 teilweise stattgegeben, die Nachprüfungsanträge wurden jedoch unter Spruchpunkt 1 ab- und unter Spruchpunkt 2 zurückgewiesen.

Schlagworte

Abschluss Rahmenvereinbarungen, Ausscheiden Angebot, Auslegung Ausschreibung, bestandfest, technische Leistungsfähigkeit, Gleichbehandlungsgebot, objektiver Erklärungswert, Subunternehmer

Zuletzt aktualisiert am

14.12.2010

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at