

TE Bvwg Erkenntnis 2015/10/19 W187 2114246-1

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 19.10.2015

Entscheidungsdatum

19.10.2015

Norm

BVergG 2006 §101 Abs4

BVergG 2006 §106 Abs1

BVergG 2006 §12 Abs1 Z2

BVergG 2006 §123

BVergG 2006 §129 Abs1 Z2

BVergG 2006 §129 Abs1 Z7

BVergG 2006 §19 Abs1

BVergG 2006 §2 Z8

BVergG 2006 §291

BVergG 2006 §292 Abs1

BVergG 2006 §3 Abs1

BVergG 2006 §312 Abs2 Z2

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §322

BVergG 2006 §6

BVergG 2006 §69 Z1

BVergG 2006 §70 Abs1

BVergG 2006 §75

B-VG Art.133 Abs4

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §28 Abs2

1. BVergG 2006 § 101 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 106 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 12 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

3. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

4. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 123 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 123 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

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 § 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 § 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 § 291 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
3. BVergG 2006 § 291 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 292 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 292 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 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 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 § 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 § 6 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

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 § 75 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. B-VG Art. 133 heute

2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017

3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018

4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018

5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013

6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012

7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003

8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974

9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946

10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945

11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934

1. VwGVG § 28 heute

2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017

3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018

1. VwGVG § 28 heute

2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017

3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018

Spruch

W187 2114246-1/22E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Hubert REISNER als Vorsitzender und den fachkundigen Laienrichter Mag. Wolfgang POINTNER als Beisitzer der Auftraggeberseite und den fachkundigen Laienrichter Dr. Günther FEUCHTINGER als Beisitzer der Auftragnehmerseite über den Nachprüfungsantrag der AAAA, betreffend das Vergabeverfahren "Ergänzende Untersuchungen von Verdachtsflächen nach § 13 ALSAG für die Lose 24 bis 27 in Niederösterreich 2015" des Auftraggebers Republik Österreich, Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft, vertreten durch den Landeshauptmann von Niederösterreich, Amt der NÖ Landesregierung, Abteilung Wasserwirtschaft, Landhausplatz 1, 3109 St. Pölten, vertreten durch Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH, Heinrichsgasse 4/Top 1, 1010 Wien, vom 14. September 2015, zu Recht erkannt: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Hubert REISNER als Vorsitzender und den fachkundigen Laienrichter Mag. Wolfgang POINTNER als Beisitzer der Auftraggeberseite und den fachkundigen Laienrichter Dr. Günther FEUCHTINGER als Beisitzer der Auftragnehmerseite über den Nachprüfungsantrag der AAAA, betreffend das Vergabeverfahren "Ergänzende Untersuchungen von Verdachtsflächen nach Paragraph 13, ALSAG für die Lose 24 bis 27 in Niederösterreich 2015" des Auftraggebers Republik Österreich, Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft, vertreten durch den Landeshauptmann von Niederösterreich, Amt der NÖ Landesregierung, Abteilung Wasserwirtschaft, Landhausplatz 1, 3109 St. Pölten, vertreten durch Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH, Heinrichsgasse 4/Top 1, 1010 Wien, vom 14. September 2015, zu Recht erkannt:

A)

Das Bundesverwaltungsgericht weist den Antrag der AAAA, "das Bundesverwaltungsgericht möge die mit Schreiben der Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH vom 04.09.2015 bzw. 11.09.2015 mitgeteilte Entscheidung, unser Angebot im gegenständlichen Vergabeverfahren auszuschneiden, für nichtig erklären", ab.

B)

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässigDie Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig.

Text

BEGRÜNDUNG

I. Verfahrensgangrömisches Verfahrensgang

1. Am 14. September 2015 beantragte die AAAA, die Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung betreffend ihr Angebot in dem Vergabeverfahren "Ergänzende Untersuchungen von Verdachtsflächen nach § 13 ALSAG für die Lose 24 bis 27 in Niederösterreich 2015" des Auftraggebers Republik Österreich, Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft, vertreten durch den Landeshauptmann von Niederösterreich, Amt der NÖ Landesregierung, Abteilung Wasserwirtschaft, vertreten durch die vergebende Stelle Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH. Darin brachte sie im Wesentlichen vor, dass sie für alle ausgeschriebenen Lose ein Angebot gelegt habe und ihr Angebot in dem genannten Vergabeverfahren mit Schreiben vom 4. September 2015 ausgeschieden worden sei. Die Ausscheidensentscheidung sei im Wesentlichen damit begründet, dass die Antragstellerin für die Funktion des Sachbearbeiters für Probenentnahmen entgegen Punkt 2.4.1.1 der Ausschreibung zwei natürliche Personen namhaft gemacht habe.1. Am 14. September 2015 beantragte die AAAA, die Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung betreffend ihr Angebot in dem Vergabeverfahren "Ergänzende Untersuchungen von Verdachtsflächen nach Paragraph 13, ALSAG für die Lose 24 bis 27 in Niederösterreich 2015" des Auftraggebers Republik Österreich, Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft, vertreten durch den Landeshauptmann von Niederösterreich, Amt der NÖ Landesregierung, Abteilung Wasserwirtschaft, vertreten durch die vergebende Stelle Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH. Darin brachte sie im Wesentlichen vor, dass sie für alle ausgeschriebenen Lose ein Angebot gelegt habe und ihr Angebot in dem genannten Vergabeverfahren mit Schreiben vom 4. September 2015 ausgeschieden worden sei. Die Ausscheidensentscheidung sei im Wesentlichen damit begründet, dass die Antragstellerin für die Funktion des Sachbearbeiters für Probenentnahmen entgegen Punkt 2.4.1.1 der Ausschreibung zwei natürliche Personen namhaft gemacht habe.

1.1 Sie habe eine Person als Sachbearbeiter und eine Person als deren Stellvertreter namhaft gemacht. Sie habe entsprechende Referenzen für diese Personen vorgelegt. Nach einer nochmaligen Prüfung durch die vergebende Stelle habe diese mit E-Mail vom 11. September 2015 mitgeteilt, dass die Antragstellerin vier Schlüsselpersonen namhaft gemacht habe, was einerseits Punkt 2.4.1.1 der Ausschreibung widerspreche und andererseits einen erhöhten Koordinierungsaufwand beim Auftraggeber und eine Ungleichbehandlung der Bieter verursache. Die Referenzen seien ungenügend.

1.2 Die Antragstellerin habe für Los 25 eine realistische Chance auf Zuschlagserteilung. Durch die angefochtene Entscheidung erachte sich die Antragstellerin in ihrem Recht auf Teilnahme an einem gesetzmäßigen Vergabeverfahren verletzt. Durch das Rechtswidrige Ausscheiden ihres Angebotes drohe ihr ein Schaden in Form des Entgangs des Auftrags und der damit verbundenen Erschwerung der Beschäftigung ihrer Mitarbeiter sowie der Entfall des Marktüblichen Gewinns.

1.3 Die Behauptung, dass die Antragstellerin vier Schlüsselpersonen namhaft gemacht habe, sei unrichtig. Sie habe nur für die Schlüsselpersonen des Projektleiters, des Projektleiter Stellvertreters und des Sachbearbeiters für Probenentnahmen Personen namhaft gemacht. Für die Position des Stellvertreters des Sachbearbeiters für Probenentnahmen handle es sich nicht um eine Schlüsselperson. Der Auftraggeber habe nach der Ausschreibung auch keine koordinierende Rolle innerhalb des Projektteams, sodass ihm kein zusätzlicher Koordinationsaufwand entstehen könne. Ganz im Gegenteil sei der Projektleiter in allen Belangen Ansprechpartner des Auftraggebers. Es liege auch keine Ungleichbehandlung gegenüber anderen Bietern vor, da der Projektleiter nach Punkt 2.4.1.3 der Ausschreibung "gemeinsam mit weiteren Mitarbeitern des künftigen Auftragnehmers operativ die beauftragte Leistung zu erbringen" habe. Daher hätten andere Bieter auch nicht mit einem schlankeren Projektteam kalkulieren müssen. Die Ausschreibung enthalte keine Beschränkung der Größe des Projektteams. Jeder Bieter werde die Größe bestimmen und Ersatzpersonal einplanen müssen. Ob der Stellvertreter des Sachbearbeiters für Probenentnahmen die Mindestanforderungen an die Referenzen erfülle, sei irrelevant, da eine andere Person als Sachbearbeiter für Probenentnahmen genannt worden sei. Es sei tatsächlich vergessen worden, im Formular die Anzahl der Probenentnahmen des

Sachbearbeiters für Probenahmen auszufüllen. Die Ausschreibung verbiete bloß den Austausch von Referenzen, nicht jedoch ergänzende Auskünfte zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit. Der urkundliche Nachweis eines Eignungskriteriums stelle einen behebbaren Mangel dar.

2. Am 21. September 2015 gab die vergebende Stelle Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH ihre Vollmacht zur Vertretung des Auftraggeber im Nachprüfungsverfahren bekannt, erteilte allgemeine Auskünfte und beantragte die Zurück-, in eventu Abweisung des Nachprüfungsantrags und die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung.

3. Am 21. September 2015 legte der Auftraggeber die Unterlagen des Vergabeverfahrens vor.

4. Am 23. September 2015 nahm der Auftraggeber zu dem Nachprüfungsantrag Stellung. Darin führte er nach Darstellung des entscheidungsrelevanten Sachverhalts im Wesentlichen Folgendes aus.

4.1 In Punkt 2.4.1.1 der Ausschreibungsbestimmungen sei als Eignungskriterium festgelegt, dass für die angegebenen drei Funktionen, nämlich Projektleiter, Projektleiter-Stellvertreter und Sachbearbeiter für Probenahmen, die vertragsspezifischen Schlüsselpersonen in Beilage ./7 des Angebotes zu nominieren seien. Entgegen den Vorgaben habe die Antragstellerin in Beilage ./7 ihres Angebots als Sachbearbeiter für Probenahmen zwei natürliche Personen namhaft gemacht. Da sie auch für den Projektleiter und den Projektleiter-Stellvertreter je eine natürliche Person namhaft gemacht habe, habe sie insgesamt vier Schlüsselpersonen genannt. Damit habe sie gegen Punkt 2.4.1.1 der Ausschreibungsbestimmungen verstoßen und ihr Angebot sei gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG auszuscheiden. 4.1 In Punkt 2.4.1.1 der Ausschreibungsbestimmungen sei als Eignungskriterium festgelegt, dass für die angegebenen drei Funktionen, nämlich Projektleiter, Projektleiter-Stellvertreter und Sachbearbeiter für Probenahmen, die vertragsspezifischen Schlüsselpersonen in Beilage ./7 des Angebotes zu nominieren seien. Entgegen den Vorgaben habe die Antragstellerin in Beilage ./7 ihres Angebots als Sachbearbeiter für Probenahmen zwei natürliche Personen namhaft gemacht. Da sie auch für den Projektleiter und den Projektleiter-Stellvertreter je eine natürliche Person namhaft gemacht habe, habe sie insgesamt vier Schlüsselpersonen genannt. Damit habe sie gegen Punkt 2.4.1.1 der Ausschreibungsbestimmungen verstoßen und ihr Angebot sei gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG auszuscheiden.

4.2 Die Antragstellerin habe eigenmächtig die Beilage ./7 kopiert und für beide Personen ausgefüllt und dem Angebot beigelegt. In ihrem Begleitschreiben vom 13. Juli 2015 habe die Antragstellerin darauf hingewiesen, dass sie eine Person als Sachbearbeiter und die andere als ihren Stellvertreter nominiere. Das ändere aber nichts daran, dass die Antragstellerin damit vier Schlüsselpersonen namhaft gemacht habe. Die Funktion des Stellvertreters des Sachbearbeiters für Probenahmen sei in der Ausschreibung nicht vorgesehen. Daher sei die Antragstellerin wegen unzulässiger Mehrfachnennung von Schlüsselpersonen zu Recht ausgeschieden.

4.3 Die Antragstellerin habe für keine der beiden Personen die in Punkt 2.4.5 der Ausschreibungsunterlagen vorgesehenen Personalreferenzen vorgelegt. Für den Sachbearbeiter für Probenahmen sei in Beilage ./10 die Zahl der Probenahmen nicht ausgefüllt gewesen, sodass das Mindestkriterium in Punkt 2.4.5 lit a der Ausschreibungsunterlagen von 25 Probenahmen nicht nachprüfbar sei. Dieser Mangel sei nicht behebbar. Deshalb sei das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin wegen fehlender Eignung ausgeschieden worden. Für den Stellvertreter des Sachbearbeiters für Probenahmen sei keine geeignete Referenz nachgewiesen. Nach Punkt 4.3 Die Antragstellerin habe für keine der beiden Personen die in Punkt 2.4.5 der Ausschreibungsunterlagen vorgesehenen Personalreferenzen vorgelegt. Für den Sachbearbeiter für Probenahmen sei in Beilage ./10 die Zahl der Probenahmen nicht ausgefüllt gewesen, sodass das Mindestkriterium in Punkt 2.4.5 Litera a, der Ausschreibungsunterlagen von 25 Probenahmen nicht nachprüfbar sei. Dieser Mangel sei nicht behebbar. Deshalb sei das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin wegen fehlender Eignung ausgeschieden worden. Für den Stellvertreter des Sachbearbeiters für Probenahmen sei keine geeignete Referenz nachgewiesen. Nach Punkt

2.4.2 letzter Absatz der Ausschreibungsunterlagen seien weder ein Austausch von Referenzen noch eine andere Änderung zulässig. Daher sei das Angebot der Antragstellerin zu Recht ausgeschieden worden.

4.4 Der Auftraggeber beantragt daher, den Nachprüfungsantrag samt allen anderen Anträgen zurück-, in eventu abzuweisen.

5. Am 30. September 2015 nahm die Antragstellerin Stellung.

5.1 Darin führte sie im Wesentlichen aus, dass sie zwar das Formblatt Beilage ./7 doppelt abgegeben habe, aber in dem Begleitschreiben klargestellt habe, dass sie einen Sachbearbeiter für Probenahmen und einen Stellvertreter des Sachbearbeiters für Probenahmen namhaft gemacht habe. Es sei daher klar, dass sie nur einen Sachbearbeiter für Probenahmen genannt habe. Die unaufgeforderte bzw eigenmächtige Bekanntgabe von zusätzlichen Funktionen im für die Auftragsbearbeitung vorgesehenen Projektteam sowie die Namhaftmachung von dafür vorgesehenen Personen verstießen gegen keine Bestimmung der Angebotsbedingungen. Sie könne daher auch nicht zu Recht ein Grund für das Ausscheiden des Angebots sein.

5.2 Da im Angebot der Antragstellerin beim Punkt "Anzahl der Probenahmen" irrtümlich nichts eingetragen worden sei, liege diesbezüglich keine im Angebot nachgewiesene Angabe iSv Punkt 2.4.2 der Ausschreibung vor. Es könne eine im Angebot "fehlende Angabe" nicht mit einer im Angebot "nachgewiesenen Angabe" gleichgesetzt werden. Die zitierte Bestimmung verbiete dem Angebotsprüfer daher nicht, um Aufklärung zu ersuchen. Der Angebotsprüfer hätte um Aufklärung ersuchen müssen.

6. Am 9. Oktober 2015 nahm der Auftraggeber erneut Stellung. Darin brachte er im Wesentlichen vor, dass die Antragstellerin "unaufgefordert" und "eigenmächtig" Personen für "zusätzliche Funktionen" angegeben habe und dadurch gegen die Ausschreibung verstoßen habe. Das Angebot sei zu Recht gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG ausgeschieden worden. Die Antragstellerin habe einen Vorteil gegenüber ihren Konkurrenten, weil sie vier anstelle von drei Personen einsetzen dürfe, und damit flexibler in ihrer Personalplanung sei. Wenn die Antragstellerin angebe, dass sie irrtümlich das Ausfüllen der Anzahl der Probenahmen in der Personalreferenz des Sachbearbeiters für Probenahmen angegeben habe, sei ihr entgegenzuhalten, dass eine Irrtumsanfechtung in Punkt 1.13 letzter Satz der Ausschreibungsunterlage ausgeschlossen sei. Es sei juristisch spitzfindig vorzubringen, dass "fehlende Angaben" nicht mit "nachgewiesenen Angaben" gleichgesetzt werden könnten. Die Behebung des Mangels sei jedenfalls nach Punkt 2.4.2 der Ausschreibungsunterlage ausgeschlossen. Daher war das Angebot der Antragstellerin mangels Nachweises der technischen Leistungsfähigkeit auszuschließen.

6. Am 9. Oktober 2015 nahm der Auftraggeber erneut Stellung. Darin brachte er im Wesentlichen vor, dass die Antragstellerin "unaufgefordert" und "eigenmächtig" Personen für "zusätzliche Funktionen" angegeben habe und dadurch gegen die Ausschreibung verstoßen habe. Das Angebot sei zu Recht gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG ausgeschieden worden. Die Antragstellerin habe einen Vorteil gegenüber ihren Konkurrenten, weil sie vier anstelle von drei Personen einsetzen dürfe, und damit flexibler in ihrer Personalplanung sei. Wenn die Antragstellerin angebe, dass sie irrtümlich das Ausfüllen der Anzahl der Probenahmen in der Personalreferenz des Sachbearbeiters für Probenahmen angegeben habe, sei ihr entgegenzuhalten, dass eine Irrtumsanfechtung in Punkt 1.13 letzter Satz der Ausschreibungsunterlage ausgeschlossen sei. Es sei juristisch spitzfindig vorzubringen, dass "fehlende Angaben" nicht mit "nachgewiesenen Angaben" gleichgesetzt werden könnten. Die Behebung des Mangels sei jedenfalls nach Punkt 2.4.2 der Ausschreibungsunterlage ausgeschlossen. Daher war das Angebot der Antragstellerin mangels Nachweises der technischen Leistungsfähigkeit auszuschließen.

7. Am 13. Oktober 2015 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht statt.

BBBB, Vertreter der Antragstellerin: "Für den Fall, dass die vierte Person nicht als Schlüsselperson qualifiziert ist, besteht durch die Angebotsannahme keine Bindung des AG im Fall eines späteren erforderlichen Austausch des Probenehmers, die im Angebot als Stellvertreter genannte Person anzunehmen. Auf Seite 39, Punkt 4.8.3 der Ausschreibungsunterlage ist ein Ablehnungsrecht des Auftraggebers festgehalten. Der Auftraggeber kann eine Person, die als Ersatz für eine Schlüsselperson namhaft gemacht wird, ablehnen. Bei Entfall einer Schlüsselperson ist der Austausch notwendig."

Mag. Gunter ESTERMANN, Rechtsvertreter des Auftraggebers: Den Stellvertreter muss der AG akzeptieren, wenn er das Angebot angenommen hat. Die Situation ist anders als in Punkt 4.8.3 beschrieben. Dadurch, dass die Schlüsselperson bereits im Angebot genannt wurde, handelt es sich bei Einsatz der genannten Schlüsselperson nicht um einen Austausch iSv Punkt 4.8.1, sodass der AG den Einsatz insbesondere des im Angebot genannten Probennehmer-Stellvertreters akzeptieren müsste, unabhängig davon, ob dieser die Eignungskriterien erfüllt.

BBBB: Der Auftragnehmer muss um den Ersatz ansuchen. Der AG hat das Recht, eine Schlüsselperson abzulehnen.

VR: Die Ausschreibung legt drei Schlüsselpersonen fest. Dies sind der Projektleiter, der Projektleiter-Stellvertreter und der Sachbearbeiter für Probenahmen. Diese sind in den entsprechenden Beilagen zum Angebot namhaft zu machen

und die geforderten Personalreferenzen abzugeben. Der Sachbearbeiter für Probenahmen muss bei dem Referenzprojekt als Sachbearbeiter für Probenahmen tätig gewesen sein.

BBBB: Herr CCCC ist wegen der Referenzen nicht geeignet. Im Auftragsschreiben könnte der AG anmerken, dass Herr CCCC jedenfalls als Sachbearbeiter für Probenahmen nicht geeignet ist. Dabei handelt es sich nicht um eine Änderung des Angebots.

Mag. Gunter ESTERMANN: Beim Entfall genannten Person handelt es sich um eine Änderung des Angebots. Im offenen Verfahren besteht ein Verhandlungsverbot, so dass eine Änderung des Angebots nicht zulässig ist.

VR: Bei der Referenz 1 des Sachbearbeiters für Probenahmen sind 33 Probenahmen angegeben und angegeben, dass dieser 75% des Projekts durchgeführt hat, woraus sich rechnerisch 24,75 Probenahmen ergeben.

BBBB: Seitens der ASt wurde dies so verstanden und ergibt sich auch aus dem Erläuterungstext, dass der Sachbearbeiter für Probenahmen selbst 33 Proben genommen hat und ein Kollege die übrigen 25% des Projekts abgewickelt hat.

VR: In der zweiten Personalreferenz des Sachbearbeiters für Probenahmen ist keine Zahl der entnommenen Proben eingetragen.

BBBB: Dies wurde vergessen.

VR: Haben Sie die Nachweise bereits mit dem Angebot vorgelegt?

BBBB: Ja.

VR: Fraglich sind die Möglichkeiten der Verbesserung.

BBBB: Aus der Ausschreibung ergibt sich, dass bereits im Angebot nachgewiesenen Angaben nicht mehr ergänzt werden dürfen. Beim Fehlen der Anzahl der Proben in der Personalreferenz 2 des Sachbearbeiters für Probennahmen ist nicht nachgewiesen, weil die Angabe fehlt. Sie kann daher ergänzt werden.

Mag. Gunter ESTERMANN: Eine Ergänzung ist nicht zulässig, zumal Referenz 2 etwa die nachgewiesene Angabe enthält, wonach die Probenahme selbstständig und eigenverantwortlich durchgeführt ist, sodass die Anzahl der Proben eine Ergänzung darstellt.

BBBB: Es ist eine Reihe von Angaben zu machen, damit die Prüfung des Angebotes möglich ist. Wenn nichts eingetragen ist, ist keine Prüfung möglich und daher eine ergänzende Angabe zur Prüfung notwendig.

Mag. Gunter ESTERMANN: Eine Ergänzung der Anzahl der Proben ist durch die Ausschreibung nicht zulässig.

VR: Ich verweise auf Punkt 1.14 letzter Absatz, letzter Satz der Ausschreibungsunterlage, wonach falsche Angaben und fehlende Nachweise - entsprechend den vergaberechtlichen Vorgaben - zum Ausschluss des Bieters vom Vergabeverfahren führen.

BBBB: Beim Nichtausfüllen handelt es sich nicht um eine falsche Angabe. Der Nachweis fehlt nicht.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen römisch zwei. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen

1. Feststellungen (Sachverhalt)

1.1 Die Republik Österreich, Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft, vertreten durch den Landeshauptmann von Niederösterreich, Amt der NÖ Landesregierung, Abteilung Wasserwirtschaft, vertreten durch die vergebende Stelle Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH schreibt ergänzende ALSAG-Untersuchungen in Niederösterreich, die Lose 24 - bis 27/2015 als prioritären Dienstleistungsauftrag der Kategorie 12 in Anh III zum BVergG im Oberschwellenbereich in einem offenen Verfahren nach dem Bestbieterprinzip aus. Der Auftrag hat die CPV-Codes 71000000-8 - Dienstleistungen von Architektur-, Konstruktions- und Ingenieurbüros und Prüfstellen, und 71600000-4 - Technische Tests, Analysen und Beratung. (Bekanntmachung der Ausschreibung; Ausschreibungsunterlagen) 1.1 Die Republik Österreich, Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft, vertreten durch den Landeshauptmann von Niederösterreich, Amt der NÖ Landesregierung, Abteilung Wasserwirtschaft, vertreten durch die vergebende Stelle Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH schreibt ergänzende ALSAG-Untersuchungen in Niederösterreich, die Lose 24 - bis 27 aus 2015, als prioritären Dienstleistungsauftrag der Kategorie 12 in Anh römisch drei zum BVergG im Oberschwellenbereich in einem offenen

Verfahren nach dem Bestbieterprinzip aus. Der Auftrag hat die CPV-Codes 71000000-8 - Dienstleistungen von Architektur-, Konstruktions- und Ingenieurbüros und Prüfstellen, und 71600000-4 - Technische Tests, Analysen und Beratung. (Bekanntmachung der Ausschreibung; Ausschreibungsunterlagen)

1.2 Der Auftraggeber machte die Ausschreibung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom 28. Mai 2015 zur Zahl 2015/S 101-184341 und im Amtlichen Lieferungsanzeiger vom am 27. Mai 2015 zur Zahl L-568467-5316, beide abgesandt am 26. Mai 2015, bekannt. (Unterlagen des Vergabeverfahrens; Auskunft des Auftraggebers)

1.3 Die Ausschreibung lautet auszugsweise wie folgt:

"...

1.5.3 Verfahrensablauf

...

Für die Vorlage von Nachweisen betreffend Ausschlussgründe und Eignungskriterien (Punkt 2) gilt gemäß § 70 Abs 1 und 2 BVergG folgendes: Den Bietern steht es zum einen frei, bereits mit Abgabe des Angebotes alle in den vorliegenden Ausschreibungsunterlagen geforderten Nachweise dem Auftraggeber vorzulegen (Fall 1). Zum anderen steht es den Bietern aber auch frei, auf die Vorlage dieser Nachweise bereits im Angebot vorerst zu verzichten und lediglich die Eigenerklärung in Beilage ./1 bis Beilage ./11 durch Ausfüllen der grau unterlegten Passagen und der Excel-Tabelle (Teil C) abzugeben (Fall 2). Macht der Bieter von Fall 2 bei Abgabe seines Angebotes Gebrauch und verzichtet er also vorerst auf die Vorlage von Nachweisen von Subunternehmer-Verfügungserklärungen für allfällige Subunternehmer oder von Auftraggeber-Bestätigungen für die Referenzen, wird der Auftraggeber gemäß § 70 Abs 4 BVergG im Wesentlichen jene Bieter, die nach einer vorläufigen Prüfung für die Beauftragung mit einem Los in Betracht kommen, per E-Mail auffordern, alle in den Ausschreibungsunterlagen geforderten Nachweise per E-Mail nachzureichen. Der Auftraggeber ist bei Festlegung der Nachfrist in jeder Hinsicht frei; gemäß den Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage zu § 70 Abs 4 BVergG wird jedoch die Nachfrist nicht weniger als einen vollen Werktag betragen. Eine solche Aufforderung zur Nachreichung der Nachweise kann an jene Bieter übermittelt werden, die nach einer Prüfung aller fristgemäßen Angebote nach den Eigenerklärungen und allfälligen freiwillig bereits mit den Angeboten abgegebenen Nachweisen als die vorläufig drei bestgereihten Angebote ermittelt wurden. Diese Bieter werden daher vor Mitteilung der Zuschlagsentscheidung betreffend die Vergabe der einzelnen Lose zur Nachreichung der Nachweise aufgefordert, sofern dies nach Auffassung des Auftraggebers für die Beurteilung der vergaberechtlichen Eignung erforderlich ist. Werden die vorläufigen Eigenerklärungen durch die nachgereichten Nachweise nicht vollständig bestätigt, liegt jedenfalls ein unbehebbarer Mangel vor, der zum zwingenden und sofortigen Ausschluss des betreffenden Angebots führt, sofern durch die Eigenerklärung ein höheres Maß an Eignung behauptet wurde, als sich dies im Rahmen der Eignungsprüfung aus den nachgereichten Nachweisen ergibt und sich die Eigenerklärung auf die Entscheidung, ob der betreffende Bieter geeignet oder nicht geeignet ist, auswirken würde. Darüber hinaus liegt jedenfalls ein unbehebbarer Mangel vor, der zum zwingenden Ausschluss des betreffenden Angebots führt, wenn nicht alle Nachweise, welche der Auftraggeber nachgefordert hat, (fristgemäß) nachgereicht werden; dies gilt auch für inhaltlich unvollständig nachgereichte Nachweise. Für die Vorlage von Nachweisen betreffend Ausschlussgründe und Eignungskriterien (Punkt 2) gilt gemäß Paragraph 70, Absatz eins und 2 BVergG folgendes: Den Bietern steht es zum einen frei, bereits mit Abgabe des Angebotes alle in den vorliegenden Ausschreibungsunterlagen geforderten Nachweise dem Auftraggeber vorzulegen (Fall 1). Zum anderen steht es den Bietern aber auch frei, auf die Vorlage dieser Nachweise bereits im Angebot vorerst zu verzichten und lediglich die Eigenerklärung in Beilage ./1 bis Beilage ./11 durch Ausfüllen der grau unterlegten Passagen und der Excel-Tabelle (Teil C) abzugeben (Fall 2). Macht der Bieter von Fall 2 bei Abgabe seines Angebotes Gebrauch und verzichtet er also vorerst auf die Vorlage von Nachweisen von Subunternehmer-Verfügungserklärungen für allfällige Subunternehmer oder von Auftraggeber-Bestätigungen für die Referenzen, wird der Auftraggeber gemäß Paragraph 70, Absatz 4, BVergG im Wesentlichen jene Bieter, die nach einer vorläufigen Prüfung für die Beauftragung mit einem Los in Betracht kommen, per E-Mail auffordern, alle in den Ausschreibungsunterlagen geforderten Nachweise per E-Mail nachzureichen. Der Auftraggeber ist bei Festlegung der Nachfrist in jeder Hinsicht frei; gemäß den Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage zu Paragraph 70, Absatz 4, BVergG wird jedoch die Nachfrist nicht weniger als einen vollen Werktag betragen. Eine solche Aufforderung zur Nachreichung der Nachweise kann an jene Bieter übermittelt werden, die nach einer Prüfung aller fristgemäßen Angebote nach den Eigenerklärungen und allfälligen freiwillig bereits mit den Angeboten abgegebenen Nachweisen als

die vorläufig drei bestgereihten Angebote ermittelt wurden. Diese Bieter werden daher vor Mitteilung der Zuschlagsentscheidung betreffend die Vergabe der einzelnen Lose zur Nachreichung der Nachweise aufgefordert, sofern dies nach Auffassung des Auftraggebers für die Beurteilung der vergaberechtlichen Eignung erforderlich ist. Werden die vorläufigen Eigenerklärungen durch die nachgereichten Nachweise nicht vollständig bestätigt, liegt jedenfalls ein unbehebbarer Mangel vor, der zum zwingenden und sofortigen Ausschluss des betreffenden Angebots führt, sofern durch die Eigenerklärung ein höheres Maß an Eignung behauptet wurde, als sich dies im Rahmen der Eignungsprüfung aus den nachgereichten Nachweisen ergibt und sich die Eigenerklärung auf die Entscheidung, ob der betreffende Bieter geeignet oder nicht geeignet ist, auswirken würde. Darüber hinaus liegt jedenfalls ein unbehebbarer Mangel vor, der zum zwingenden Ausschluss des betreffenden Angebots führt, wenn nicht alle Nachweise, welche der Auftraggeber nachgefordert hat, (fristgemäß) nachgereicht werden; dies gilt auch für inhaltlich unvollständig nachgereichte Nachweise.

...

1.14 Angebotsabgabe und Einreichform

...

Der Auftraggeber macht ausdrücklich darauf aufmerksam, dass nur vollständig ausgefüllte und mit allen allenfalls erforderlichen Nachweisen versehene Angebote bewertet werden. Der Bieter haftet für die Vollständigkeit und Richtigkeit aller in den Angeboten oder sonst zulässig gemachten Angaben und darüber hinaus insofern, als diese Angaben auch für das Vertragsverhältnis bindend sind. Falsche Angaben und fehlende Nachweise führen - entsprechend den vergaberechtlichen Vorgaben - zum Ausschluss des Bieters vom Vergabeverfahren.

...

2.4 Technische Leistungsfähigkeit

2.4.1 Bekanntgabe von Schlüsselpersonen

2.4.1.1 Allgemeine Anforderungen an Schlüsselpersonen

Der Bieter hat seine vertragsspezifischen Schlüsselpersonen in Beilage ./7 nach Maßgabe der folgenden Festlegungen - bei sonstigem Vorliegen eines unbehebbar Mangels, der zum sofortigen und zwingenden Ausschluss vom Vergabeverfahren führt - verbindlich namhaft zu machen; im Auftragsfall ist der Bieter verpflichtet, diese Schlüsselpersonen tatsächlich zur Leistungserbringung einzusetzen. Andere als darin genannte Personen dürfen für die betreffenden Funktionen im Auftragsfall zur Leistungserbringung nur unter den Bedingungen gemäß Punkt 4.8 eingesetzt werden. Ein Wechsel der bereits nominierten Schlüsselpersonen, der diesen Bedingungen widerspricht, hat während des Vergabeverfahrens den Ausschluss des Bieters zur Folge und ist auch ein außerordentlicher Kündigungsgrund des Auftraggebers während der Vertragsdauer.

Im vorliegenden Fall hat der Bieter für die nachstehenden Funktionen (Punkte 2.4.1.2 bis 2.4.1.4) seine vertragsspezifischen Schlüsselpersonen zu nominieren; diese Schlüsselpersonen müssen jeweils die festgelegten Anforderungen erfüllen. Werden diese Anforderungen mit Abgabe des Angebotes nicht erfüllt, liegt ein unbehebbarer Angebotsmangel vor, der zum sofortigen und zwingenden Ausschluss des Bieters führt, sodass eine Beauftragung jedenfalls ausgeschlossen ist. Der Bieter muss bei Angebotsabgabe jedenfalls für den Projektleiter und den Projektleiter-Stellvertreter zwei verschiedene natürliche Personen benennen; insofern ist als eine Mehrfachnennung unzulässig. Demgegenüber kann für den Projektleiter und den Sachbearbeiter für Probenahmen oder für den Projektleiter-Stellvertreter und den Sachbearbeiter für Probenahmen auch jeweils dieselbe natürliche Person namhaft gemacht werden. Über diese Festlegungen hinaus gehende Mehrfachbenennungen sind - bei sonstigem Vorliegen eines unbehebbar Angebots mangels, der zum sofortigen und zwingenden Ausschluss führt - ausgeschlossen. Daraus ergibt sich, dass jedenfalls und ausnahmslos zumindest zwei und höchstens drei natürliche Personen als Schlüsselpersonen zu benennen sind (Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit von Mehrfachbenennungen).

...

2.4.1.4 Sachbearbeiter für Probenahmen

Der zu nominierende Sachbearbeiter für Probenahmen muss als Schlüsselperson zwingend folgende Anforderungen erfüllen:

- a. Der Sachbearbeiter für Probenahmen muss als technische Mindestanforderung die deutsche Sprache verhandlungssicher in Wort und Schrift beherrschen, sodass eine in jeder Hinsicht uneingeschränkte Kommunikation mit dem Auftraggeber möglich ist.
- b. Der Sachbearbeiter für Probenahmen muss als technische Mindestanforderung über eine chemische oder technische oder umwelttechnische Ausbildung oder über einen chemischen oder technischen oder umwelttechnischen Lehrgang verfügen. In jedem Fall hat der Bieter entweder mit dem Angebot oder der Nachreichung infolge einer Nachforderung (Punkt 1.5.3 Abs 2) beizulegen.
- c. Im Auftragsfall muss der künftige Auftragnehmer die in Beilage ./7 benannte Person tatsächlich als verantwortlich leitenden Sachbearbeiter im Bereich der Probenahmen während der gesamten Aufschlussarbeiten einsetzen.

2.4.2 Allgemeine Anforderungen an Referenzen

Der Bieter hat mit seinem Angebot zum Nachweis seiner technischen Leistungsfähigkeit unter anderen Personalreferenzen in Form von Eigenerklärungen beizulegen. Alle Referenzprojekte, die im Rahmen der Eignungsprüfung von Auftraggeber berücksichtigt werden sollen, müssen auch die Anforderungen des vorliegenden Punktes 2.4.2 erfüllen.

Die Beschreibung der Referenzen in Beilage ./8 bis Beilage ./10 dürfen - wenn der Platz nicht ausreicht - auch auf einer gesonderten Beilage fortgesetzt werden, die jeweils eine A4-Seite (Schrift Arial, 10 pt, 1,5-zeilig) nicht überschreiten darf. Eine solche zusätzliche Beilage zum Angebot ist mit der Überschrift "Kurzbeschreibung - Personalreferenz Nr. []" so deutlich zu kennzeichnen, dass eine eindeutige Zuordnung zur betreffenden Referenz möglich ist; ist eine solche Zuordnung nicht möglich, kann diese zusätzliche Referenz-Beschreibung bei der Eignungsprüfung nicht berücksichtigt werden. Ein Mängelbehebungsauftrag erfolgt also in einem solchen Fall nicht.

Darüber hinaus liegt eine gültige Referenz unter anderem nur dann vor, wenn diese im Wesentlichen innerhalb eines siebenjährigen Referenzzeitraums abgeschlossen wurde; der Referenzzeitraum beginnt am 1.5.2008 und endet mit der am Deckblatt festgelegten Angebotsfrist. Referenzen, die außerhalb dieses Referenzzeitraumes abgeschlossen wurden, oder die mangels Detailangaben nicht überprüfbar sind, werden nicht berücksichtigt. Referenzen gemäß den Punkten 2.4.3 und 2.4.4 gelten dann als abgeschlossen, wenn der Abschlussbericht ordnungs- und vereinbarungsgemäß geliefert und vom ehemaligen Auftraggeber übernommen wurde, ohne inhaltliche Mängel angemeldet zu haben. Referenzen gemäß Punkt 2.4.5 gelten dann als abgeschlossen, wenn der zugehörige Bericht, der alle Proben umfasst, ordnungs- und vereinbarungsgemäß geliefert und vom ehemaligen Auftraggeber übernommen wurde, ohne inhaltliche Mängel angemeldet zu haben.

Ferner liegt eine gültige Personalreferenz unter anderem nur dann vor, wenn die Schlüsselperson im betreffenden Projekt die jeweilige Funktion (Projektleiter, Projektleiter-Stellvertreter oder Sachbearbeiter für Probenahmen) vollständig selbst erbracht hat. Dabei gilt eine Referenz, die sich auf eine bestimmte Funktion bezieht, stets als eigenständige Referenz für diese Funktion. Umfasst beispielsweise eine Beauftragung sowohl eine eigenständige Referenz für den Projektleiter als auch eine eigenständige Referenz für den Sachbearbeiter für Probenahmen vor.

Für jede nachgewiesene Referenz hat der Bieter entweder mit dem Angebot oder der Nachreichung infolge einer Nachforderung (Punkt 1.5.2 Absatz 2) eine Auftraggeber-Bestätigung gemäß Beilage ./8 bis Beilage ./10 beizulegen; diese Auftraggeber-Bestätigung, bestehend aus dem vollständigen Namen, dem Stempel und der Unterschrift der angegebenen Ansprechperson beim Referenz-Auftraggeber samt Angabe des Ortes und Datums dieser Bestätigung, hat am Ende des Einzelblatts zu erfolgen. Mit dieser Unterschrift ist zu bestätigen, dass die Schlüsselperson die beauftragten Leistungen bei angeführten Referenzprojekt 'inhaltlich vereinbarungsgemäß sowie termin- und fristgemäß' erfüllt hat. Der Nachweis dieser Auftraggeber-Bestätigung ist für jede zu berücksichtigende Referenz erforderlich und zwar unabhängig davon, ob der ehemalige Auftraggeber, für den die Referenz erbracht wurde, ein öffentlicher Auftraggeber, ein Sektorenauftraggeber oder ein privater Auftraggeber ist; eine einfache Erklärung des Bieters anstelle der Auftraggeber-Bestätigung ist also jedenfalls nicht ausreichend. Der Bieter nimmt zur Kenntnis, dass der Auftraggeber zur Überprüfung der angegebenen Referenzen mit diesem ehemaligen Auftraggeber Kontakt aufnehmen kann.

Der Bieter hat die in den Punkten 2.4.3 bis 2.4.5 angeführten Spezifikationen und Musskriterien zum einen durch Eigenerklärungen (Ausfüllen der in Beilage ./8 bis Beilage ./10 geforderten grau unterlegten Angaben) und zum anderen durch Auftraggeber-Bestätigungen im Sinne des vorstehenden Absatzes nachzuweisen. Sollte der Bieter dabei mit seiner Eigenerklärung eine den Tatsachen widersprechende Angabe gemacht haben, die sich auf die festgelegten Musskriterien oder Kennzahlen bezieht und die Einfluss auf die Beurteilung der technischen Leistungsfähigkeit hat, wird der Auftraggeber den Bieter - ohne weiteres - vom Vergabeverfahren ausschließen. Dies gilt auch bereits bei einer unrichtigen Eigenerklärung. Diese Eigenerklärungen sind für den Bieter insofern bindend, als die im Angebot nachgewiesenen Referenzen nach Ende der Angebotsfrist im Rahmen der Eignungsprüfung keinesfalls durch andere Referenzen ausgetauscht oder durch andere Referenzen ergänzt werden dürfen. Darüber hinaus sind die Eigenerklärungen für den Bieter auch insofern bindend, als der Bieter die im Angebot nachgewiesenen Angaben, die sich auf die festgelegten Musskriterien und Subkriterien beziehen, nach Ende der Angebotsfrist im Rahmen der Angebotsprüfung keinesfalls ändern oder ergänzen darf.

...

2.4.5 Mindest-Personalreferenzen des Sachbearbeiters für Probenahmen

Der Bieter hat in Beilage ./7 den im Auftragsfall tatsächlich einzusetzenden Sachbearbeiter für Probenahmen zu benennen. Als zwingendes Mindestanforderung hat der Bieter für diesen Sachbearbeiter in Beilage ./10 zwei Referenzprojekte nachzuweisen, die alle unterstehenden Musskriterien erfüllen und bei denen der bekannt gegebene Sachbearbeiter auch tatsächlich als Sachbearbeiter für Probenahmen tätig gewesen ist (Personalreferenz).

Eine Personalreferenz ist nur dann zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit geeignet, wenn das Projekt alle nachstehenden Musskriterien erfüllt:

a. Mit jedem Referenzprojekt muss der Sachbearbeiter jeweils zumindest 25 Probenahmen selbständig und eigenverantwortlich erbracht haben.

b. Diese Proben müssen jeweils zum Zweck einer abfallchemischen Analyse von Feststoffen für zumindest eine der folgenden Einsatzbereiche gezogen worden sein; allfällige Luft- oder Wasserproben gelten mangels Feststoffanteilen im vorliegenden Fall nicht als abfallchemische Analysen:

b.1 Ergänzende Untersuchungen im Sinne der §§ 13 oder 14 ALSAGb.1 Ergänzende Untersuchungen im Sinne der Paragraphen 13, oder 14 ALSAG

b.2 Gefährdungsabschätzungen im Sinne des § 13 ALSAGb.2 Gefährdungsabschätzungen im Sinne des Paragraph 13, ALSAG

b.3 Gesamtbeurteilung für Aushubmaterial gemäß § 47 Abs 5 Deponieverordnung 1996 oder grundlegende Charakterisierung gemäß § 12 Deponieverordnung 2008 oder Untersuchung aktuell angelieferter Abfälle gemäß § 42 Abs 3 Deponieverordnung 2008b.3 Gesamtbeurteilung für Aushubmaterial gemäß Paragraph 47, Absatz 5, Deponieverordnung 1996 oder grundlegende Charakterisierung gemäß Paragraph 12, Deponieverordnung 2008 oder Untersuchung aktuell angelieferter Abfälle gemäß Paragraph 42, Absatz 3, Deponieverordnung 2008

Sofern der Bieter ein Referenzprojekt nachweist, das nicht in Österreich erbracht wurde, hat der entweder mit dem Angebot oder der Nachreichung infolge einer Nachforderung (Punkt 1.5.3 Absatz 2) nachzuweisen, dass die dabei erbrachten Leistungen gemäß litera b.1 und b.3 zumindest in technischer und chemischer Hinsicht mit dem Leistungsbild ergänzender Untersuchungen im Sinne der §§ 13 oder 14 ALSAG oder im Sinne des § 47 DepVO 19967 oder § 12 DepVO 2008 zumindest gleichwertig sind. Kann diese Gleichwertigkeit in Bezug auf litera b.1 oder b.3 nicht nachgewiesen werden, liegt keine gültige Referenz vor, sofern nicht der Einsatzbereich nach litera b.2 vorliegt. Sofern der Bieter ein Referenzprojekt nachweist, das nicht in Österreich erbracht wurde, hat der entweder mit dem Angebot oder der Nachreichung infolge einer Nachforderung (Punkt 1.5.3 Absatz 2) nachzuweisen, dass die dabei erbrachten Leistungen gemäß litera b.1 und b.3 zumindest in technischer und chemischer Hinsicht mit dem Leistungsbild ergänzender Untersuchungen im Sinne der Paragraphen 13, oder 14 ALSAG oder im Sinne des Paragraph 47, DepVO 19967 oder Paragraph 12, DepVO 2008 zumindest gleichwertig sind. Kann diese Gleichwertigkeit in Bezug auf litera b.1 oder b.3 nicht nachgewiesen werden, liegt keine gültige Referenz vor, sofern nicht der Einsatzbereich nach litera b.2 vorliegt.

...

4. VERTRAGSBESTIMMUNGEN

...

4.8 Einsatz von Schlüsselpersonen

4.8.1 Tausch und Abzug von Schlüsselpersonen

Der Auftragnehmer hat im Vergabeverfahren in Beilage ./7 seines Angebots die vertragsspezifisch einzusetzenden Schlüsselpersonen bekannt gegeben, in Beilage ./8 bis Beilage ./10 des Angebots hat der Auftragnehmer die Qualifikation dieser Schlüsselpersonen insbesondere anhand von Referenzprojekten nachgewiesen. Der Auftragnehmer darf - nach Maßgabe folgender Regelungen - zur Vertragserfüllung ausschließlich die Beilage ./7 des Angebots bekannt gegebenen Schlüsselpersonen einsetzen:

Während aufrechtem Vertragsverhältnis ist der Auftragnehmer nicht berechtigt, seine Schlüsselpersonen ohne vorheriger schriftlicher Zustimmung des Auftraggebers auszutauschen oder abzuziehen.

...

4.8.3 Ablehnungsrechte des Auftraggebers

Der Auftraggeber ist berechtigt, Schlüsselpersonen oder sonstiges Personal des Auftragnehmers, das dieser für die Vertragserfüllung einsetzt, abzulehnen, wenn durch diese Personen nach Ansicht des Auftraggebers die vereinbarungsgemäße Vertragserfüllung gefährdet ist oder dem Auftraggeber eine weitere Zusammenarbeit nicht mehr zugemutet werden kann. Der Auftraggeber hat dem Auftragnehmer die Ablehnung der namentlich genannten Personen und die Gründe hierfür schriftlich mitzuteilen.

Der Auftragnehmer hat dem Auftraggeber binnen einer Woche ab Zugang der Ablehnung schriftlich einen Ersatz namentlich vorzuschlagen, der zumindest dieselbe fachliche Qualifikation hat, wie die vom Auftraggeber abgelehnte Person. Der Auftragnehmer hat dabei die adäquate fachliche Eignung der Ersatzperson mit jenen Unterlagen nachzuweisen, die er auch im Angebot nachzuweisen hatte.

..."

(Ausschreibung in den Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.4 Die Angebotsöffnung fand am 14. Juli 2015 von 12.15 Uhr bis 13.15 Uhr statt. Es wurden zehn Angebote geöffnet. (Protokoll der Angebotsöffnung in den Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.5 Das Begleitschreiben zum Angebot der Antragstellerin lautet wie folgt:

"Anbei übermitteln wir Ihnen unser Angebot zu o.a. Ausschreibung bestehend aus:

- -Strichaufzählung
Angebot (gebunden)
- -Strichaufzählung
Konzept Qualität der Leistungserbringung (3-fach)
- -Strichaufzählung
Angebotskopie, ohne Teil A und B (2-fach)
- -Strichaufzählung
1 CD
- -Strichaufzählung
Beilagen zum Angebot (1-fach)

Unsere ANKÖ-Mitgliedsnummer ist 40061.

Wir beabsichtigen, die Fa. DDDD (ANKÖ-Mitgliedsnummer: XXXX) im Auftragsfall als Subunternehmer einzusetzen. Für unseren Probenehmer, Herrn EEEE, haben wir uns erlaubt, Herrn CCCC als Stellvertreter zu nominieren. Wir beabsichtigen, die Fa. DDDD (ANKÖ-Mitgliedsnummer: römisch 40) im Auftragsfall als Subunternehmer einzusetzen. Für unseren Probenehmer, Herrn EEEE, haben wir uns erlaubt, Herrn CCCC als Stellvertreter zu nominieren.

Wir hoffen, dass unser Angebot entspricht und würden uns freuen, Ihnen im Auftragsfall mit unserem bewährten Projektsteam zur Verfügung stehen zu können."

(Angebot der Antragstellerin in den Unterlagen des Vergabeverfahrens; Beilage ./8 zu OZ 8)

1.6 Dem Angebot der Antragstellerin liegen zwei Blätter für Sachbearbeiter für Probenahmen, Seite 61 von 73 der Ausschreibung für Herrn EEEE und Herrn CCCC bei. Für beide sind je zwei Personalreferenzen in Formblättern Beilage ./10 beigelegt. Bei der ersten Personalreferenz von Herrn EEEE ist angegeben, dass 33 Probenahmen erfolgten und er 75 % der Anteil daran hatte. Bei der zweiten Personalreferenz von Herrn EEEE fehlt die Zahl der Probenahmen. Die Referenzen von Herrn CCCC sind nicht vom Auftraggeber bestätigt. Bei beiden Referenzen ist im Feld "Tätigkeit der oben genannten Person als Sachbearbeiter für Probenahmen bei diesem Projekt (bitte jedenfalls ankreuzen - Punkt 2.4.5 Abs 1)" nein angekreuzt. (Angebot der Antragstellerin in den Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.6 Dem Angebot der Antragstellerin liegen zwei Blätter für Sachbearbeiter für Probenahmen, Seite 61 von 73 der Ausschreibung für Herrn EEEE und Herrn CCCC bei. Für beide sind je zwei Personalreferenzen in Formblättern Beilage ./10 beigelegt. Bei der ersten Personalreferenz von Herrn EEEE ist angegeben, dass 33 Probenahmen erfolgten und er 75 % der Anteil daran hatte. Bei der zweiten Personalreferenz von Herrn EEEE fehlt die Zahl der Probenahmen. Die Referenzen von Herrn CCCC sind nicht vom Auftraggeber bestätigt. Bei beiden Referenzen ist im Feld "Tätigkeit der oben genannten Person als Sachbearbeiter für Probenahmen bei diesem Projekt (bitte jedenfalls ankreuzen - Punkt 2.4.5 Absatz eins,)" nein angekreuzt. (Angebot der Antragstellerin in den Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.7 Am 4. September 2015 sandte die vergebende Stelle der Antragstellerin folgendes Schreiben:

"Im Namen des Amtes der Niederösterreichischen Landesregierung, Abteilung Wasserwirtschaft, danken wir für die Teilnahme am europaweit bekannt gemachten offenen Vergabeverfahren ‚NÖ Ergänzende ALSAG-Untersuchungen Lose 24 bis 27 / 2015‘ (Bekanntmachung im europäischen Amtsblatt am 28.5.2015, 2015/S 101-18341) und für die Abgabe der Angebote. Leider müssen wir mitteilen, dass die Angebote ihres Büros für alle Lose aus folgenden Gründen ausgeschieden werden müssen:

1. In Punkt 2.4.1.1 der Ausschreibungsunterlagen ist als Eignungskriterium festgelegt, dass für die drei angegebenen Funktionen (Projektleiter, Projektleiter-Stellvertreter und Sachbearbeiter für Probenahmen) die vertragsspezifischen Schlüsselpersonen in Beilage ./7 zu nominieren sind. Im Konkreten ist für die Nominierung dieser Schlüsselpersonen in den Ausschreibungsunterlagen folgende Festlegung enthalten:

„Der Bieter muss bei Angebotsabgabe jedenfalls für den Projektleiter und den Projektleiter-Stellvertreter zwei verschiedene natürliche Personen benennen; insofern ist als eine Mehrfachnennung unzulässig. Demgegenüber kann für den Projektleiter und den Sachbearbeiter für Probenahmen oder für den Projektleiter-Stellvertreter und den Sachbearbeiter für Probenahmen auch jeweils dieselbe natürliche Person namhaft gemacht werden. Über diese Festlegungen hinaus gehende Mehrfachbenennungen sind - bei sonstigem Vorliegen eines unbeheblichen Angebotsmangels, der zum sofortigen und zwingenden Ausschluss führt - ausgeschlossen. Daraus ergibt sich, dass jedenfalls und ausnahmslos zumindest zwei und höchstens drei natürliche Personen als Schlüsselpersonen zu benennen sind (Zulässigkeit bzw Unzulässigkeit von Mehrfachbenennungen).“

2. Entgegen diesen Vorgaben wurden jedoch in Beilage ./7 für den Sachbearbeiter für Probenahmen zwei natürliche Personen für diese Funktion nominiert und zwar Herr EEEE und Herr CCCC. Da auch für den Projektleiter und den Projektleiter-Stellvertreter zulässig jeweils zwei verschiedene natürliche Personen nominiert wurden, wurden damit im Ergebnis in Beilage ./7 insgesamt vier natürliche Personen nominiert. Diese Nominierung verletzt die oben zitierte Festlegung in den Ausschreibungsunterlagen. Aus diesem Grund erfüllen die Angebote nicht die zwingenden Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen zum Nachweis der vergaberechtlichen Eignung. Daher müssen die Angebote Ihres Büros wegen fehlender vergaberechtlicher Eignung gemäß § 129 Abs 1 Z 2 und Z 7 BVergG ausgeschieden werden."

2. Entgegen diesen Vorgaben wurden jedoch in Beilage ./7 für den Sachbearbeiter für Probenahmen zwei natürliche Personen für diese Funktion nominiert und zwar Herr EEEE und Herr CCCC. Da auch für den Projektleiter und den Projektleiter-Stellvertreter zulässig jeweils zwei verschiedene natürliche Personen nominiert wurden, wurden damit im Ergebnis in Beilage ./7 insgesamt vier natürliche Personen nominiert. Diese Nominierung verletzt die oben zitierte Festlegung in den Ausschreibungsunterlagen. Aus diesem Grund erfüllen die Angebote nicht die zwingenden Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen zum Nachweis der vergaberechtlichen Eignung. Daher müssen die Angebote Ihres Büros wegen fehlender vergaberechtlicher Eignung gemäß Paragraph 129, Absatz eins,

Ziffer 2 und Ziffer 7, BVergG ausgeschieden werden."

1.8 Der Auftraggeber hat weder eine Zuschlagsentscheidung bekannt gegeben, noch den Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren erteilt oder das Vergabeverfahren widerrufen. (Stellungnahme des Auftraggebers)

1.9 Die Antragstellerin bezahlte € 2.052 an Pauschalgebühren. (gegenständlicher Verfahrensakt)

2. Beweiswürdigung

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den jeweils in Klammern genannten Quellen. Diese sind Veröffentlichungen und die Unterlagen des Vergabeverfahrens sowie Auskünfte, die nur die Auftraggeberin erteilen kann. Soweit Schriftstücke von der Antragstellerin vorgelegt wurden, spricht der Anschein für ihre Echtheit. Die herangezogenen Beweismittel sind daher echt. Ihre inhaltliche Richtigkeit steht außer Zweifel. Widersprüche traten nicht auf.

3. Rechtliche Beurteilung

3.1 Anzuwendendes Recht

3.1.1 Die maßgeblichen Bestimmungen des Bundesverwaltungsgerichtsgesetz - BVwGG, BGBl I 2013/10 lauten: 3.1.1 Die maßgeblichen Bestimmungen des Bundesverwaltungsgerichtsgesetz - BVwGG, BGBl römisch eins 2013/10 lauten:

Einzelrichter

§ 6. Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Paragraph 6, Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist.

3.1.2 Die maßgeblichen Bestimmungen des Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz - VwGVG, BGBl I 2013/33 idF BGBl I 2013/122, lauten: 3.1.2 Die maßgeblichen Bestimmungen des Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz - VwGVG, BGBl römisch eins 2013/33 in der Fassung BGBl römisch eins 2013/122, lauten:

Anwendungsbereich

§ 1. Dieses Bundesgesetz regelt das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes. Paragraph eins, Dieses Bundesgesetz regelt das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes.

Erkenntnisse

§ 28. (1) Sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen. Paragraph 28, (1) Sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen.

(2) Über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG hat das Verwaltungsgericht dann in der Sache selbst zu entscheiden, wenn (2) Über Beschwerden gemäß Artikel 130, Absatz eins, Ziffer eins, B-VG hat das Verwaltungsgericht dann in der Sache selbst zu entscheiden, wenn

1. der maßgebliche Sachverhalt feststeht oder

2. die Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts durch das Verwaltungsgericht selbst im Interesse der Raschheit gelegen oder mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden ist.

(3) ...

Inkrafttreten

§ 58. (1) Dieses Bundesgesetz tritt mit 1. Jänner 2014 in Kraft. Paragraph 58, (1) Dieses Bundesgesetz tritt mit 1. Jänner 2014 in Kraft.

(2) Entgegenstehende Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits kundgemacht sind, bleiben unberührt.

(3) ...

3.1.3 Zu Bestimmungen gemäß § 58 Abs 2 VwGVG zählt der 4. Teil des BVergG, der die Bestimmungen über den

Rechtsschutz vor dem Bundesverwaltungsgericht enthält und daher als lex specialis den Bestimmungen des BVergG vorgeht. Die einschlägigen Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2006 - BVergG 2006), BGBl I 2006/17 idF BGBl II 2014/292 lauten: 3.1.3 Zu Bestimmungen gemäß Paragraph 58, Absatz 2, VwGVG zählt der 4. Teil des BVergG, der die Bestimmungen über den Rechtsschutz vor dem Bundesverwaltungsgericht enthält und daher als lex specialis den Bestimmungen des BVergG vorgeht. Die einschlägigen Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2006 - BVergG 2006), BGBl römisch eins 2006/17 in der Fassung BGBl römisch zwei 2014/292 lauten:

Grundsätze des Vergabeverfahrens

§ 19. (1) Vergabeverfahren sind nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen. Paragraph 19, (1) Vergabeverfahren sind nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

(2) ...

Zeitpunkt des Vorliegens der Eignung

§ 69. Unbeschadet der Regelung des § 20 Abs. 1 muss die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit spätestens Paragraph 69, Unbeschadet der Regelung des Paragraph 20, Absatz eins, muss die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit spätestens

1. beim offenen Verfahren zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung,

2. ...

Eigenerklärung, Verlangen der Nachweise durch den Auftraggeber

§ 70. (1) Der Auftraggeber hat festzulegen, mit welchen Nachweisen gemäß den §§ 71 bis 75 Unternehmer, die an einem Vergabeverfahren teilnehmen, ihre Paragraph 70, (1) Der Auftraggeber hat festzulegen, mit welchen Nachweisen gemäß den Paragraphen 71 bis 75 Unternehmer, die an einem Vergabeverfahren teilnehmen, ihre

1. berufliche Befugnis,

2. berufliche Zuverlässigkeit,

3. finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sowie

4. technische Leistungsfähigkeit

zu belegen haben. Nachweise dürfen nur so weit festgelegt werden, wie es durch den Gegenstand des Auftrages gerechtfertigt ist. Dabei hat der Auftraggeber die berechtigten Interessen des Unternehmers am Schutz seiner technischen oder handelsbezogenen Betriebsgeheimnisse zu berücksichtigen.

(2) ...

Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit

§ 75. (1) Als Nachweis für die technische Leistungsfähigkeit gemäß § 70 Abs. 1 Z 4 kann der Auftraggeber je nach Art, Menge oder Umfang und Verwendungszweck der zu liefernden Waren, der zu erbringenden Bau- oder Dienstleistungen die in Abs. 5 bis 7 angeführten Nachweise verlangen. Andere als die in den Abs. 5 bis 7 angeführten Nachweise darf der Auftraggeber nicht verlangen. Paragraph 75, (1) Als Nachweis für die technische Leistungsfähigkeit gemäß Paragraph 70, Absatz eins, Ziffer 4, kann der Auftraggeber je nach Art, Menge oder Umfang und Verwendungszweck der zu liefernden Waren, der zu erbringenden Bau- oder Dienstleistungen die in Absatz 5 bis 7 angeführten Nachweise verlangen. Andere als die in den Absatz 5 bis 7 angeführten Nachweise darf der Auftraggeber nicht verlangen.

(2) Verlangt der Auftraggeber einen Nachweis über erbrachte Leistungen (Referenzen), ist er, wenn der

Leistungsempfänger ein öffentlicher Auftraggeber war, in Form einer vom öffentlichen Auftraggeber ausgestellten oder beglaubigten Bescheinigung beizubringen, die der Leistungsempfänger dem öffentlichen Auftraggeber auch direkt zuleiten kann. Ist der Leistungsempfänger ein privater Auftraggeber gewesen, ist der Nachweis über erbrachte Leistungen (Referenzen) in Form einer vom Leistungsempfänger ausgestellten Bescheinigung oder, falls eine derartige Bescheinigung nicht erhältlich ist, durch eine einfache Erklärung des Unternehmers zu erbringen.

(3) Nachweise über erbrachte Leistungen (Referenzen) müssen jedenfalls folgende Angaben enthalten:

1. Name und Sitz des Leistungsempfängers sowie Name der Auskunftsperson;
2. Wert der Leistung;
3. Zeit und Ort der Leistungserbringung;
4. Angabe, ob die Leistung fachgerecht und ordnungsgemäß ausgeführt wurde.

(4) Werden Nachweise über Leistungen vorgelegt, die der Unternehmer in Arbeitsgemeinschaften erbracht hat, ist der vom Unternehmer erbrachte Anteil an der Leistungserbringung anzugeben.

(5) ...

(7) Als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit können bei Dienstleistungsaufträgen verlangt werden:

1. eine Liste der wesentlichen in den letzten drei Jahren erbrachten Dienstleistungen;
2. ...

Ablauf des offenen Verfahrens

§ 101. (1) ...Paragraph 101, (1) ...

(4) Während eines offenen Verfahrens darf mit den Bietern über eine Angebotsänderung nicht verhandelt werden.

Allgemeine Bestimmungen

§ 106. (1) Der Bieter hat sich bei offenen oder nicht offenen Verfahren bei der Erstellung des Angebotes an die Ausschreibungsunterlagen zu halten. Der vorgeschriebene Text der Ausschreibungsunterlagen darf weder geändert noch ergänzt werden. Paragraph 106, (1) Der Bieter hat sich bei offenen oder nicht offenen Verfahren bei der Erstellung des Angebotes an die Ausschreibungsunterlagen zu halten. Der vorgeschriebene Text der Ausschreibungsunterlagen darf weder geändert noch ergänzt werden.

(2) ...

Vorgehen bei der Prüfung

§ 123. (1) Die Prüfung der Angebote erfolgt in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien. Paragraph 123, (1) Die Prüfung der Angebote erfolgt in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien.

(2) Bei Angeboten, die für eine Zuschlagserteilung in Betracht kommen, ist im Einzelnen zu prüfen,

1. ob den in § 19 Abs. 1 angeführten Grundsätzen entsprochen wurde; 1. ob den in Paragraph 19, Absatz eins, angeführten Grundsätzen entsprochen wurde;
2. nach Maßgabe des § 70 die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Bieters bzw. - bei der Weitergabe von Leistungen - der namhaft gemachten Subunternehmer; 2. nach Maßgabe des Paragraph 70, die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Bieters bzw. - bei der Weitergabe von Leistungen - der namhaft gemachten Subunternehmer;
3. ob das Angebot rechnerisch richtig ist;
4. die Angemessenheit der Preise;
5. ob das Angebot den sonstigen Bestimmungen der Ausschreibung entspricht, insbesondere ob es formrichtig und vollständig ist.

Ausscheiden von Angeboten

§ 129. (1) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der Auftraggeber auf Grund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschneiden: Paragraph 129, (1) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der Auftraggeber auf Grund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschneiden:

1. ...

2. Angebote von Bietern, deren Befugnis, finanzielle, wirtschaftliche oder technische Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit nicht gegeben ist;

3. ...

7. den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Teil-, Alternativ- und Abänderungsangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, nicht gleichwertige Alternativ- oder Abänderungsangebote und Alternativangebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen, sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind;

8. ...

vorliegt.

(2) ...

Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes

§ 291. Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig zur Entscheidung über Anträge wegen Rechtswidrigkeit eines Verhaltens eines Auftraggebers in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens, soweit es sich um Auftraggeber handelt, die gemäß Art. 14b Abs. 2 Z 1 B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen. Paragraph 291, Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig zur Entscheidung über Anträge wegen Rechtswidrigkeit eines Verhaltens eines Auftraggebers in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens, soweit es sich um Auftraggeber handelt, die gemäß Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen.

Senatszuständigkeit und -zusammensetzung

§ 292. (1) Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet in den Angelegenheiten des § 291, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung handelt, in Senaten. Paragraph 292, (1) Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet in den Angelegenheiten des Paragraph 291,, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung handelt, in Senaten.

(2) Der Senat besteht aus einem Mitglied als Vorsitzenden und zwei fachkundigen Laienrichtern als Beisitzern. Von den fachkundigen Laienrichtern muss jeweils einer dem Kreis der Auftraggeber und der andere dem der Auftragnehmer angehören.

Anzuwendendes Verfahrensrecht

§ 311. Soweit in diesem Bundesgesetz und im Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz - VwGVG, BGBl. I Nr. 33/2013, nichts anderes bestimmt ist, sind die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der §§ 1 bis 5 sowie des IV. Teiles in den Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nach diesem Bundesgesetz sinngemäß anzuwenden. Paragraph 311, Soweit in diesem Bundesgesetz und im Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz - VwGVG, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 33 aus 2013,, nichts anderes bestimmt ist, sind die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der Paragraphen eins bis 5 sowie des römisch vier. Teiles in den Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nach diesem Bundesgesetz sinngemäß anzuwenden.

Zuständigkeit

§ 312. (1) ... Paragraph 312, (1) ...

(2) Bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens ist das Bundesverwaltungsgericht zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hierzu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht zuständig

1. ...

2. zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte.

(3) ...

Einleitung des Verfahrens

§ 320. (1) Ein Unternehmer kann bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern

Paragraph 320, (1) Ein Unternehmer kann bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern

1. er ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, und

2. ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

(2) ...

3.2 Zu A) - Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung

3.2.1 Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts

3.2.1 Gemäß § 6 BVwGG iVm § 292 Abs 1 BVergG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht über den gegenständlichen Nachprüfungsantrag mit einem Senat in seiner Zusammensetzung gemäß § 292 Abs 2 BVergG.3.2.1 Gemäß Paragraph 6, BVwGG in Verbindung mit Paragraph 292, Absatz eins, BVergG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht über den gegenständlichen Nachprüfungsantrag mit einem Senat in seiner Zusammensetzung gemäß Paragraph 292, Absatz 2, BVergG.

3.2.2 Auftraggeber im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die Republik Österreich Bund. Sie ist öffentliche Auftraggeberin iSd § 3 Abs 1 Z 1 BVergG (zB BVwG 25. 7. 2014, W138 2008703-2/14E). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich gemäß § 6 BVergG iVm Kategorie 12 in Anh III zum BVergG um einen prioritären Dienstleistungsauftrag, da die CPV-Codes 71000000-8 und 71600000-4 gemäß der Verordnung 2195/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates idF der Verordnung 213/2008 der Kommission vom 28. November 2007 nach Anh I Teil A der RL 2004/18/EG der CPC-Referenznummer 867 entsprechen. Der gegenständliche Auftrag betrifft ein Los eines Gesamtvorhabens, dessen geschätzter Auftragswert jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 2 BVergG liegt, sodass gemäß § 12 Abs 1 BVergG ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt.3.2.2 Auftraggeber im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die Republik Österreich Bund. Sie ist öffentliche Auftraggeberin iSd Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG (zB BVwG 25. 7. 2014, W138 2008703-2/14E). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich gemäß Paragraph 6, BVergG in Verbindung mit Kategorie 12 in Anh römisch drei zum BVergG um einen prioritären Dienstleistungsauftrag, da die CPV-Codes 71000000-8 und 71600000-4 gemäß der Verordnung 2195 aus 2002, des Europäischen Parlaments und des Rates in der Fassung der Verordnung 213 aus 2008, der Kommission vom 28. November 2007 nach Anh römisch eins Teil A der RL 2004/18/EG der CPC-Referenznummer 867 entsprechen. Der gegenständliche Auftrag betrifft ein Los eines Gesamtvorhabens, dessen geschätzter Auftragswert jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG liegt, sodass gemäß Paragraph 12, Absatz eins, BVergG ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt.

3.2.3 Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs 2 BVergG iVm Art 14b Abs 2 Z 1 lit a B-VG ist sohin gegeben.3.2.3 Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend Paragraph 312, Absatz 2, BVergG in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera a, B-VG ist sohin gegeben.

3.2.4 Da darüber hinaus laut Stellungnahme des Auftraggebers das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht damit gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG zur

Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers zuständig. 3.2.4 Da darüber hinaus laut Stellungnahme des Auftraggebers das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht damit gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers zuständig.

3.2.2 Zulässigkeit des Antrages

3.2.2.1 Die Auftraggeberin schied das Angebot der Antragstellerin aus. Der Antragstellerin kommt jedenfalls Legitimation zur Überprüfung ihres eigenen Ausscheidens zu (VwGH 25. 1. 2011, 2009/04/0302). Der Antragstellerin fehlen somit die Antragsvoraussetzungen nach § 320 BVergG nicht. Sie hat ihr Interesse am Vertragsabschluss ausreichend dokumentiert und ihr droht ein im Nachprüfungsantrag plausibel dargelegter Schaden. 3.2.2.1 Die Auftraggeberin schied das Angebot der Antragstellerin aus. Der Antragstellerin kommt jedenfalls Legitimation zur Überprüfung ihres eigenen Ausscheidens zu (VwGH 25. 1. 2011, 2009/04/0302). Der Antragstellerin fehlen somit die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, BVergG nicht. Sie hat ihr Interesse am Vertragsabschluss ausreichend dokumentiert und ihr droht ein im Nachprüfungsantrag plausibel dargelegter Schaden.

3.2.2.2 Der Nachprüfungsantrag enthält alle in § 322 Abs 1 BVergG geforderten Inhalte. Es liegt kein Grund für seine Unzulässigkeit gemäß § 322 Abs 2 BVergG vor. Die Pauschalgebühr wurde in der gesetzlichen Höhe bezahlt. 3.2.2.2 Der Nachprüfungsantrag enthält alle in Paragraph 322, Absatz eins, BVergG geforderten Inhalte. Es liegt kein Grund für seine Unzulässigkeit gemäß Paragraph 322, Absatz 2, BVergG vor. Die Pauschalgebühr wurde in der gesetzlichen Höhe bezahlt.

3.2.3 Zum Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung - Inhaltliche Beurteilung

3.2.3.1 Vorbemerkungen

3.2.3.1.1 Die Antragstellerin beantragt die Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung. Die Rechtmäßigkeit der Ausscheidensentscheidung hängt von der Zulässigkeit Nennung eines Stellvertreters des Sachbearbeiters für Probenahmen, seiner Beurteilung als Schlüsselperson, der Qualität der Referenzen des Sachbearbeiters für Probenahmen und dessen Stellvertreters sowie der Verbesserbarkeit der Angaben über die Referenzen ab.

3.2.3.1.2 Vorweg ist festzuhalten, dass die Ausschreibung nicht rechtzeitig angefochten wurde und daher bestandsfest ist (VwGH 17. 6. 2014, 2013/04/0029). Alle am Vergabeverfahren Beteiligten sind daran gebunden (st Rspr zB VwGH 14. 4. 2011, 2008/04/0065). Die Nachprüfungsbehörde kann allfällige Rechtswidrigkeiten der bestandsfesten Ausschreibung nicht mehr aufgreifen (VwGH 17. 6. 2014, 2013/04/0029). Die strittigen Festlegungen überschreiten die Grenzen möglicher Festlegungen des Auftraggebers nicht (VwGH 17. 6. 2014, 2013/04/0029).

3.2.3.1.3 Die Ausschreibung ist nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen. Gleiches gilt für die Willenserklärungen der Bieter (st Rspr zB VwGH 22. 11. 2011, 2006/04/0024). Ihre Festlegungen sind für alle am Vergabeverfahren Beteiligten bindend (zB EuGH 22. 6. 1993, C-243/89, Kommission/Dänemark - Brücke über den "Storebælt" Rn 39; VwGH 7. 9. 2009, 2007/04/0090). Allfällige Rechtswidrigkeiten können auch von der Vergabekontrollbehörde nicht mehr aufgegriffen werden (zB VwGH 7. 11. 2005, 2003/04/0135; 27. 6. 2007, 2005/04/0234). Die Ausschreibung ist der gegenständlichen Auftragsvergabe zugrunde zu legen (zB VwGH 7. 9. 2009, 2007/04/0090 mwN; 14. 4. 2011, 2008/04/0065). Es ist von einer strengen Bindung an die Ausschreibung auszugehen (VwGH 20. 5. 2010, 2007/04/0072; BVwG 16. 4. 2014, W187 2003334-1/25E), andernfalls ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz vorliegen würde (zB EuGH 22. 6. 1993, C-243/89, Kommission/Dänemark - Brücke über den "Storebælt" Rn 37; BVA 28. 11. 2008, N/0131-BVA/12/2008-29).

3.2.3.1.4 Die Beurteilung der Angebote erfolgt gemäß § 123 BVergG in erster Linie anhand der bestandsfesten Ausschreibung (BVwG 26. 3. 2014, W187 2001000-1/30E). 3.2.3.1.4 Die Beurteilung der Angebote erfolgt gemäß Paragraph 123, BVergG in erster Linie anhand der bestandsfesten Ausschreibung (BVwG 26. 3. 2014, W187 2001000-1/30E).

Das über die Ausschreibung Gesagte gilt ebenso für alle anderen Festlegungen des Auftraggebers im Zuge des Vergabeverfahrens (BVwG 1. 8. 2014, W187 2008946-1/23E).

Damit ist der objektive Erklärungswert der Ausschreibung zu ermitteln.

3.2.3.1.5 Der maßgebliche Zeitpunkt für den Nachweise der Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit ist gemäß

§ 69 Z 1 BVergG im offenen Verfahren der Zeitpunkt der Angebotsöffnung (VwGH 17. 9. 2014, 2013/04/0056).3.2.3.1.5 Der maßgebliche Zeitpunkt für den Nachweise der Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit ist gemäß Paragraph 69, Ziffer eins, BVergG im offenen Verfahren der Zeitpunkt der Angebotsöffnung (VwGH 17. 9. 2014, 2013/04/0056).

3.2.3.1.6 Bei der Vorlage der Nachweise hat die Antragstellerin die Vorgangsweise nach Fall 1 nach Punkt 1.5.3 der Ausschreibungsunterlage gewählt und die Nachweise zu Ausschlussgründen und Eignungskriterien bereits der Ausschreibung beigelegt. Damit ist die Vorgangsweise zur Nachreichung der Unterlagen bei Verwendung einer Eigenerklärung, in der Ausschreibung als Fall 2 bezeichnet, auf das Angebot der Antragstellerin nicht anzuwenden.

3.2.3.2 Zur Zulässigkeit der Nennung eines Stellvertreters des Sachbearbeiters für Probenahmen

3.2.3.2.1 Die Antragstellerin hat ihrem Angebot das Formblatt Beilage ./7 in zweifacher Ausfertigung beigelegt. Im Begleitschreiben hat sie angegeben, neben dem Sachbearbeiter für Probenahmen auch einen Stellvertreter anzugeben. Weiters hat sie einen Projektleiter und einen Projektleiter-Stellvertreter nominiert. Sie damit in ihrem Angebot insgesamt vier Personen für die Durchführung des Auftrags namentlich genannt.

3.2.3.2.2 Punkt 2.4.1.1 der Ausschreibungsunterlage legt die Vorgangsweise zur Angabe der Schlüsselpersonen fest. Der Antragstellerin verlangt drei Schlüsselpersonen, den Projektleiter, den Projektleiter-Stellvertreter und den Sachbearbeiter für Probenahmen. Als Mindestanzahl zu nennender Personen legt der Auftraggeber im zweiten Absatz der Punktes 2.4.1.1 der Ausschreibungsunterlage fest, dass jedenfalls ein Projektleiter und ein Projektleiter-Stellvertreter, also zwei Personen, zu nennen sind. Begnügt sich ein Bieter mit der Nennung von zwei Personen, muss eine diese Personen auch die Funktion des Sachbearbeiters für Probenahmen übernehmen und in dieser Funktion ebenfalls genannt werden. Dies ist die einzige Art von Mehrfachnennungen, die die Ausschreibung ausdrücklich zulässt, da sie alle anderen Arten von Mehrfachnennungen natürlicher Personen als unbehebbarer Angebotsmangel bezeichnet und mit sofortigem und zwingendem Ausscheiden bedroht. Darüber hinaus begrenzt die Ausschreibung die Anzahl zu benennender Schlüsselpersonen mit drei, was nach dem objektiven Verständnis von Punkt 2.4.1.1 der Ausschreibung impliziert, dass ein Projektleiter, ein Projektleiter-Stellvertreter und ein Sachbearbeiter für Probenahmen zu nennen sind.

3.2.3.3 Zur Bewertung des Stellvertreters des Sachbearbeiters für Probenahmen als Schlüsselperson

3.2.3.3.1 Wie oben ausgeführt, kennt die Ausschreibung drei namhaft zu machenden Schlüsselpersonen. Weitere sind darin nicht vorgesehen. Der Stellvertreter des Sachbearbeiters für Probenahmen ist daher keine Schlüsselperson, die in der Ausschreibung vorgesehen ist. Damit widerspricht auch eine Nennung dieser Person als Schlüsselperson den Festlegungen der Ausschreibungsunterlage.

3.2.3.3.2 Allerdings legt Punkt 2.4.1 lit c der Ausschreibungsunterlagen fest, dass der benannte Sachbearbeiter für Probenahmen tatsächlich als verantwortlich leitender Sachbearbeiter einzusetzen ist. Damit ist er zwar als verantwortliche Schlüsselperson anzusehen, muss jedoch nicht alle Proben selbst ziehen, sondern kann sich auch unter seiner Verantwortung - und wohl auch Aufsicht - ziehen lassen. Damit gibt der Auftraggeber zu erkennen, dass neben dem Sachbearbeiter für Probenahmen auch andere Mitarbeiter des Auftragnehmers Proben nehmen können. Durch die Verwendung der Beilage ./7 nennt die Antragstellerin allerdings eine Schlüsselperson und keinen weiteren Mitarbeiter, da diese Beilage nur für die Nennung von Schlüsselpersonen auszufüllen ist, auch wenn sie die Rolle dieser Schlüsselperson in dem Begleitschreiben zum Angebot klarstellt. Auch die Beilage der nur für die Schlüsselperson geforderten Formblätter in Beilage ./10 weist auf die Namhaftmachung einer Schlüsselperson hin, da Personalreferenzen nur für Schlüsselpersonen nachzuweisen sind. Die Antragstellerin verstößt damit gegen die eindeutig abschließende Aufzählung von Schlüsselpersonen in Punkt 2.4.1.1 der Ausschreibung.3.2.3.3.2 Allerdings legt Punkt 2.4.1 Litera c, der Ausschreibungsunterlagen fest, dass der benannte Sachbearbeiter für Probenahmen tatsächlich als verantwortlich leitender Sachbearbeiter einzusetzen ist. Damit ist er zwar als verantwortliche Schlüsselperson anzusehen, muss jedoch nicht alle Proben selbst ziehen, sondern kann sich auch unter seiner Verantwortung - und wohl auch Aufsicht - ziehen lassen. Damit gibt der Auftraggeber zu erkennen, dass neben dem Sachbearbeiter für Probenahmen auch andere Mitarbeiter des Auftragnehmers Proben nehmen können. Durch die Verwendung der Beilage ./7 nennt die Antragstellerin allerdings eine Schlüsselperson und keinen weiteren Mitarbeiter, da diese Beilage nur für die Nennung von Schlüsselpersonen auszufüllen ist, auch wenn sie die Rolle dieser Schlüsselperson in dem Begleitschreiben zum Angebot klarstellt. Auch die Beilage der nur für die Schlüsselperson

geforderten Formblätter in Beilage ./10 weist auf die Namhaftmachung einer Schlüsselperson hin, da Personalreferenzen nur für Schlüsselpersonen nachzuweisen sind. Die Antragstellerin verstößt damit gegen die eindeutig abschließende Aufzählung von Schlüsselpersonen in Punkt 2.4.1.1 der Ausschreibung.

3.2.3.4 Zur Eignung der Schlüsselpersonen

3.2.3.4.1 Punkt 2.4.2 der Ausschreibungsunterlage verlangt, dass die Schlüsselperson die in der Personalreferenz genannte Funktion vollständig selbst erbracht hat. Damit kommt eine Referenz, bei der Schlüsselperson die Funktion nur zu einem bestimmten Anteil ausführt hat, nicht als geeignete Personalreferenz in Frage.

3.2.3.4.2 Für den Sachbearbeiter für Probenahmen verlangt Punkt

2.4.5 der Ausschreibungsunterlage als Personalreferenz, dass er zwei Referenzprojekte nachweisen muss, bei denen er jeweils zumindest 25 Probenahmen selbständig und eigenverantwortlich durchgeführt hat und die entnommenen Proben bestimmten inhaltlichen Anforderungen genügen müssen.

3.2.3.4.3 Die zweite Personalreferenz des Sachbearbeiters für Probenahmen genügt den Anforderungen der Ausschreibung nicht, weil die Anzahl der Probenahmen nicht ausgefüllt und damit auch nicht vom Auftraggeber des Referenzauftrags bestätigt ist.

3.2.3.4.4 In jedem Fall sind die Referenzen des Stellvertreters des Sachbearbeiters für Probenahmen nicht geeignet, seine Eignung nachzuweisen, da auf beiden Referenzblättern angekreuzt ist, dass er in den angegebenen Projekten nicht als Sachbearbeiter für Probenahmen tätig war. Weiters fehlt bei beiden Referenzen die Bestätigung des Auftraggebers des jeweiligen Auftrags. Damit vermögen diese Referenzen nicht nachzuweisen, dass er die im vorliegenden Auftrag zu erbringenden Tätigkeiten bereits selbst erbracht hat, und erfüllen die allgemeine Anforderung an Referenzen in Punkt 2.4.2 der Ausschreibungsunterlage nicht.

3.2.3.2.5 Wenn sich die Antragstellerin auf das Recht des Auftraggebers nach Punkt 4.8.3 der Ausschreibungsunterlage beruft, Schlüsselpersonen abzulehnen, ist zur berücksichtigen, dass bei Annahme des Angebots jede namhaft gemachte Schlüsselperson nach Punkt 4.8.1 der Ausschreibungsunterlage Teil des Projektteams ist. Eine weitere Überprüfung der Eignung findet nicht statt. Weiters bezieht sich Punkt 4.8.3 der Ausschreibungsunterlage als Teil des Leistungsvertrags auf die Zeit der Auftragsdurchführung und kann bei der Angebotsprüfung nicht herangezogen werden. Vielmehr ist die Eignung von namhaft gemachten Schlüsselpersonen an den Mindestanforderungen der Ausschreibung für Schlüsselpersonen zu messen.

3.2.3.5 Zur Verbesserbarkeit des Angebots

3.2.3.5.1 Wie oben ausgeführt wurde die Ausschreibung nicht ausgeführt und ist bestandsfest geworden. Daher sind die Festlegungen der Ausschreibung beachtlich und gemäß § 123 BVergG als Maßstab für die Angebotsprüfung heranzuziehen (zB VwGH 27. 10. 2014, 2014/04/0058; 8. 9. 2015, Ra 2015/04/0058). 3.2.3.5.1 Wie oben ausgeführt wurde die Ausschreibung nicht ausgeführt und ist bestandsfest geworden. Daher sind die Festlegungen der Ausschreibung beachtlich und gemäß Paragraph 123, BVergG als Maßstab für die Angebotsprüfung heranzuziehen (zB VwGH 27. 10. 2014, 2014/04/0058; 8. 9. 2015, Ra 2015/04/0058).

3.2.3.5.2 Punkt 2.4.2 der Ausschreibungsunterlage legt fest, dass nach Ende der Angebotsfrist im Angebot nachgewiesene Angaben, die sich auf die festgelegten Musskriterien und Subkriterien beziehen, nicht ändern oder ergänzen darf. Allgemein führt Punkt 1.14 der Ausschreibungsunterlage aus, dass fehlende Nachweise zum sofortigen Ausschluss des Bieters führen. Auch wenn eine solche Regelung von der allgemeinen Regel in stark überschießender Art abweicht, dass fehlende Eignungsnachweise nachgereicht werden können, wenn sie den Nachweis für den relevanten Zeitpunkt liefern (st Rspr zB VwGH 25. 11. 2011, 2006/04/0200; 27. 10. 2014, 2012/04/0065), ist damit eine Änderung oder Ergänzung der Angaben in Beilage ./10 ausgeschlossen und die zweite Personalreferenz für den Sachbearbeiter für Probenahmen bleibt unbehebbar unvollständig.

3.2.3.5.3 Aus ebendiesen Gründen kommt auch eine Nominierung des Stellvertreters des Sachbearbeiters für Probenahmen nicht in Frage. Wie oben in Rz 3.2.3.4.4 ausgeführt gab die Antragstellerin an, dass er in den Referenzprojekten nicht als Sachbearbeiter für Probenahmen tätig war. Eine Änderung oder Verbesserung oder die Nachreichung anderer Referenzprojekte kommt wegen der Festlegungen der Ausschreibung nicht in Frage. Eine Änderung des Angebots durch eine Änderung der Schlüsselpersonen würde einerseits gegen das Verhandlungsverbot im offenen Verfahren gemäß § 101 Abs 4 BVergG und andererseits gegen die genannten Festlegungen der

Ausschreibung verstoßen. 3.2.3.5.3 Aus ebendiesen Gründen kommt auch eine Nominierung des Stellvertreters des Sachbearbeiters für Probenahmen nicht in Frage. Wie oben in Rz 3.2.3.4.4 ausgeführt gab die Antragstellerin an, dass er in den Referenzprojekten nicht als Sachbearbeiter für Probenahmen tätig war. Eine Änderung oder Verbesserung oder die Nachreichung anderer Referenzprojekte kommt wegen der Festlegungen der Ausschreibung nicht in Frage. Eine Änderung des Angebots durch eine Änderung der Schlüsselpersonen würde einerseits gegen das Verhandlungsverbot im offenen Verfahren gemäß Paragraph 101, Absatz 4, BVergG und andererseits gegen die genannten Festlegungen der Ausschreibung verstoßen.

3.2.3.6 Zum Antrag auf Nichtigkeitsklärung der Ausscheidensentscheidung - Spruchpunkt A

3.2.3.6.1 Auch wenn es dem Auftraggeber untersagt ist, eigene Ausscheidensgründe festzulegen (zB BVwG 26. 3. 2015, W187 2017416-2/26E), sind alle am Vergabeverfahren Beteiligten und die Vergabekontrolle daran gebunden (zB BVA 5. 6. 2003, 12N-32/03-17).

3.2.3.6.2 Da in der zweiten Personalreferenz des Sachbearbeiters für Probenahmen die Anzahl der Probenahmen nicht eingetragen ist und nicht ergänzt werden kann, aber die Anzahl der Probenahmen in dem Referenzprojekt nach Punkt 2.4.5 lit a der Ausschreibungsunterlage eine Mindestanforderung für Referenz und damit die technische Leistungsfähigkeit darstellt, hat die Antragstellerin ihre technische Leistungsfähigkeit nicht nachgewiesen. Damit hat sie die Ausscheidensgründe der § 129 Abs 1 Z 2 und 7 BVergG verwirklicht. 3.2.3.6.2 Da in der zweiten Personalreferenz des Sachbearbeiters für Probenahmen die Anzahl der Probenahmen nicht eingetragen ist und nicht ergänzt werden kann, aber die Anzahl der Probenahmen in dem Referenzprojekt nach Punkt 2.4.5 Litera a, der Ausschreibungsunterlage eine Mindestanforderung für Referenz und damit die technische Leistungsfähigkeit darstellt, hat die Antragstellerin ihre technische Leistungsfähigkeit nicht nachgewiesen. Damit hat sie die Ausscheidensgründe der Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2 und 7 BVergG verwirklicht.

3.2.3.6.3 Weiters entsprechen beide Personalreferenzen des Stellvertreters des Sachbearbeiters für Probenahmen den Anforderungen der Ausschreibungsunterlage nicht. Damit hat die Antragstellerin auch in diesem Punkt die technische Leistungsfähigkeit nicht nachgewiesen und die Ausscheidensgründe der § 129 Abs 1 Z 2 und 7 BVergG verwirklicht. 3.2.3.6.3 Weiters entsprechen beide Personalreferenzen des Stellvertreters des Sachbearbeiters für Probenahmen den Anforderungen der Ausschreibungsunterlage nicht. Damit hat die Antragstellerin auch in diesem Punkt die technische Leistungsfähigkeit nicht nachgewiesen und die Ausscheidensgründe der Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2 und 7 BVergG verwirklicht.

3.2.3.6.4 Schließlich widersprach das unvollständige Ausfüllen der Personalreferenzen den Vorgaben der Ausschreibungsunterlage, das Angebot blieb bei den Nachweisen der technischen Leistungsfähigkeit unvollständig und verwirklichte den Ausscheidensgrund des § 129 Abs 1 Z 7 BVergG. 3.2.3.6.4 Schließlich widersprach das unvollständige Ausfüllen der Personalreferenzen den Vorgaben der Ausschreibungsunterlage, das Angebot blieb bei den Nachweisen der technischen Leistungsfähigkeit unvollständig und verwirklichte den Ausscheidensgrund des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG.

3.3 Zu Spruchpunkt B) - Unzulässigkeit der Revision

3.3.1 Gemäß § 25a Abs 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art 133 Abs 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen. 3.3.1 Gemäß Paragraph 25 a, Absatz eins, VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

3.3.2 Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor, da das Bundesverwaltungsgericht in Bindung an die Rechtsmeinung des Verwaltungsgerichtshofes die beantragte Feststellung erließ. Schließlich handelt es sich gestützt auf die Auslegung der Ausschreibung im gegenständlichen Vergabeverfahren um eine Einzelfallbeurteilung, der keine über das gegenständliche Verfahren hinausgehende Bedeutung zukommt. 3.3.2 Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht

von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor, da das Bundesverwaltungsgericht in Bindung an die Rechtsmeinung des Verwaltungsgerichtshofes die beantragte Feststellung erließ. Schließlich handelt es sich gestützt auf die Auslegung der Ausschreibung im gegenständlichen Vergabeverfahren um eine Einzelfallbeurteilung, der keine über das gegenständliche Verfahren hinausgehende Bedeutung zukommt.

Schlagworte

Angebotsmangel, Angebotsöffnung, Ausscheiden eines Angebotes, Ausscheidensentscheidung, Ausscheidensgrund, Behebbarkeit von Mängeln, bestandfeste Ausschreibung, Bietergleichbehandlung, Dienstleistungsauftrag, Eignung, Eignungskriterien, Eignungsnachweis, Mängelbehebung, Mangelhaftigkeit, Mindestanforderung, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, Nichtigerklärung Auftraggeberentscheidung, objektiver Erklärungswert, öffentlicher Auftraggeber, Referenzprojekt, Schaden, technische Leistungsfähigkeit, Unbehebbarkeit, unvollständiges Angebot, Verbesserung, Verbesserung des Angebots, verbesserungsfähiger Mangel, Vergabeverfahren, Verhandlungsverbot

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2015:W187.2114246.1.00

Zuletzt aktualisiert am

20.11.2015

Quelle: Bundesverwaltungsgericht BVwg, <https://www.bvwg.gv.at>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at