

TE Bvwg Erkenntnis 2015/10/9 W139 2112388-2

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 09.10.2015

Entscheidungsdatum

09.10.2015

Norm

ABGB §914
BVerG 2006 §101 Abs1
BVerG 2006 §108 Abs1 Z2
BVerG 2006 §108 Abs2
BVerG 2006 §12 Abs1 Z3
BVerG 2006 §123 Abs2
BVerG 2006 §126
BVerG 2006 §127 Abs1
BVerG 2006 §128
BVerG 2006 §129 Abs1 Z2
BVerG 2006 §129 Abs1 Z7
BVerG 2006 §129 Abs2
BVerG 2006 §19 Abs1
BVerG 2006 §2 Z16 lit a
BVerG 2006 §2 Z8
BVerG 2006 §292 Abs1
BVerG 2006 §3 Abs1 Z2
BVerG 2006 §312
BVerG 2006 §318 Abs1
BVerG 2006 §319
BVerG 2006 §320 Abs1
BVerG 2006 §321 Abs1
BVerG 2006 §322
BVerG 2006 §324 Abs3
BVerG 2006 §325 Abs1
BVerG 2006 §4
BVerG 2006 §76
BVerG 2006 §83 Abs3
B-VG Art.133 Abs4

GewO 1994 §32 Abs1 Z1

GewO 1994 §94 Z16

GewO 1994 §94 Z31

GewO 1994 §94 Z39

GewO 1994 §94 Z79

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §28 Abs2

1. ABGB § 914 heute

2. ABGB § 914 gültig ab 01.01.1917 zuletzt geändert durch RGBl. Nr. 69/1916

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

1. BVergG 2006 § 108 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 108 gültig von 05.03.2010 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

3. BVergG 2006 § 108 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 108 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 108 gültig von 05.03.2010 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

3. BVergG 2006 § 108 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

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

2. BVergG 2006 § 126 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 127 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 128 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 128 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 § 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 § 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 § 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 § 318 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 318 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 318 gültig von 20.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 84/2007
 6. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.02.2006 bis 19.11.2007
-
1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 321 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 322 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 324 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 324 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 324 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
-
1. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
-
1. BVergG 2006 § 4 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
-
1. BVergG 2006 § 76 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 76 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 83 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 83 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 83 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 83 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

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. GewO 1994 § 32 heute
2. GewO 1994 § 32 gültig ab 18.07.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 94/2017
3. GewO 1994 § 32 gültig von 15.01.2005 bis 17.07.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 131/2004
4. GewO 1994 § 32 gültig von 01.08.2003 bis 14.01.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 48/2003
5. GewO 1994 § 32 gültig von 01.08.2002 bis 31.07.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002
6. GewO 1994 § 32 gültig von 01.07.1997 bis 31.07.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 63/1997
7. GewO 1994 § 32 gültig von 19.03.1994 bis 30.06.1997

1. GewO 1994 § 94 heute
2. GewO 1994 § 94 gültig ab 17.10.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 94/2017
3. GewO 1994 § 94 gültig von 29.03.2016 bis 16.10.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 155/2015
4. GewO 1994 § 94 gültig von 28.12.2013 bis 28.03.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 212/2013
5. GewO 1994 § 94 gültig von 14.09.2012 bis 27.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2012
6. GewO 1994 § 94 gültig von 01.09.2012 bis 13.09.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2011
7. GewO 1994 § 94 gültig von 19.08.2010 bis 31.08.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 66/2010
8. GewO 1994 § 94 gültig von 01.01.2010 bis 18.08.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 121/2009
9. GewO 1994 § 94 gültig von 27.02.2008 bis 31.12.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 42/2008
10. GewO 1994 § 94 gültig von 01.01.2007 bis 26.02.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 161/2006
11. GewO 1994 § 94 gültig von 15.01.2005 bis 31.12.2006 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 131/2004
12. GewO 1994 § 94 gültig von 01.08.2002 bis 14.01.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002
13. GewO 1994 § 94 gültig von 01.07.1997 bis 31.07.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 63/1997
14. GewO 1994 § 94 gültig von 01.07.1996 bis 30.06.1997 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/1997
15. GewO 1994 § 94 gültig von 19.03.1994 bis 30.06.1996

1. GewO 1994 § 94 heute
2. GewO 1994 § 94 gültig ab 17.10.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 94/2017
3. GewO 1994 § 94 gültig von 29.03.2016 bis 16.10.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 155/2015
4. GewO 1994 § 94 gültig von 28.12.2013 bis 28.03.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 212/2013
5. GewO 1994 § 94 gültig von 14.09.2012 bis 27.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2012
6. GewO 1994 § 94 gültig von 01.09.2012 bis 13.09.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2011
7. GewO 1994 § 94 gültig von 19.08.2010 bis 31.08.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 66/2010
8. GewO 1994 § 94 gültig von 01.01.2010 bis 18.08.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 121/2009
9. GewO 1994 § 94 gültig von 27.02.2008 bis 31.12.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 42/2008
10. GewO 1994 § 94 gültig von 01.01.2007 bis 26.02.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 161/2006
11. GewO 1994 § 94 gültig von 15.01.2005 bis 31.12.2006 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 131/2004
12. GewO 1994 § 94 gültig von 01.08.2002 bis 14.01.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002

13. GewO 1994 § 94 gültig von 01.07.1997 bis 31.07.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 63/1997
14. GewO 1994 § 94 gültig von 01.07.1996 bis 30.06.1997 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/1997
15. GewO 1994 § 94 gültig von 19.03.1994 bis 30.06.1996

1. GewO 1994 § 94 heute
2. GewO 1994 § 94 gültig ab 17.10.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 94/2017
3. GewO 1994 § 94 gültig von 29.03.2016 bis 16.10.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 155/2015
4. GewO 1994 § 94 gültig von 28.12.2013 bis 28.03.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 212/2013
5. GewO 1994 § 94 gültig von 14.09.2012 bis 27.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2012
6. GewO 1994 § 94 gültig von 01.09.2012 bis 13.09.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2011
7. GewO 1994 § 94 gültig von 19.08.2010 bis 31.08.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 66/2010
8. GewO 1994 § 94 gültig von 01.01.2010 bis 18.08.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 121/2009
9. GewO 1994 § 94 gültig von 27.02.2008 bis 31.12.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 42/2008
10. GewO 1994 § 94 gültig von 01.01.2007 bis 26.02.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 161/2006
11. GewO 1994 § 94 gültig von 15.01.2005 bis 31.12.2006 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 131/2004
12. GewO 1994 § 94 gültig von 01.08.2002 bis 14.01.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002
13. GewO 1994 § 94 gültig von 01.07.1997 bis 31.07.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 63/1997
14. GewO 1994 § 94 gültig von 01.07.1996 bis 30.06.1997 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/1997
15. GewO 1994 § 94 gültig von 19.03.1994 bis 30.06.1996

1. GewO 1994 § 94 heute
2. GewO 1994 § 94 gültig ab 17.10.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 94/2017
3. GewO 1994 § 94 gültig von 29.03.2016 bis 16.10.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 155/2015
4. GewO 1994 § 94 gültig von 28.12.2013 bis 28.03.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 212/2013
5. GewO 1994 § 94 gültig von 14.09.2012 bis 27.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2012
6. GewO 1994 § 94 gültig von 01.09.2012 bis 13.09.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2011
7. GewO 1994 § 94 gültig von 19.08.2010 bis 31.08.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 66/2010
8. GewO 1994 § 94 gültig von 01.01.2010 bis 18.08.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 121/2009
9. GewO 1994 § 94 gültig von 27.02.2008 bis 31.12.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 42/2008
10. GewO 1994 § 94 gültig von 01.01.2007 bis 26.02.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 161/2006
11. GewO 1994 § 94 gültig von 15.01.2005 bis 31.12.2006 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 131/2004
12. GewO 1994 § 94 gültig von 01.08.2002 bis 14.01.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002
13. GewO 1994 § 94 gültig von 01.07.1997 bis 31.07.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 63/1997
14. GewO 1994 § 94 gültig von 01.07.1996 bis 30.06.1997 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/1997
15. GewO 1994 § 94 gültig von 19.03.1994 bis 30.06.1996

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

W139 2112388-2/35E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat gemäß § 6 BVwGG iVm § 292 Abs 1 BVergG durch die Richterin Mag. Kristina HOFER als Vorsitzende sowie Mag. Wolfgang POINTNER als fachkundigen Laienrichter der Auftraggeberseite und Dr. Theodor TAURER als fachkundigen Laienrichter der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG betreffend das Vergabeverfahren "A10 - Tauern Autobahn Sanierung Kroislerwandtunnel, Bau-/E&M Tunnelröhren u. E&M, Vorportalbereiche" (AVA ID-Nr:39819), der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (in der Folge auch ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, über den Antrag der BXXXX, vertreten durch WOLF THEISS Rechtsanwälte GmbH & Co KG, Schuberting 6, 1010 Wien vom 14.08.2015 nach

Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 25.09.2015 zu Recht erkannt: Das Bundesverwaltungsgericht hat gemäß Paragraph 6, BVwGG in Verbindung mit Paragraph 292, Absatz eins, BVergG durch die Richterin Mag. Kristina HOFER als Vorsitzende sowie Mag. Wolfgang POINTNER als fachkundigen Laienrichter der Auftraggeberseite und Dr. Theodor TAURER als fachkundigen Laienrichter der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG betreffend das Vergabeverfahren "A10 - Tauern Autobahn Sanierung Koislerwandtunnel, Bau-/E&M Tunnelröhren u. E&M, Vorportalbereiche" (AVA ID-Nr:39819), der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (in der Folge auch ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, über den Antrag der BXXXX, vertreten durch WOLF THEISS Rechtsanwälte GmbH & Co KG, Schuberttring 6, 1010 Wien vom 14.08.2015 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 25.09.2015 zu Recht erkannt:

A)

I. Dem Antrag, "die Entscheidung der Auftraggeberin vom 04.08.2015, der XXXX den Zuschlag erteilen zu wollen (Zuschlagsentscheidung), für nichtig zu erklären", wird stattgegeben. römisch eins. Dem Antrag, "die Entscheidung der Auftraggeberin vom 04.08.2015, der römisch 40 den Zuschlag erteilen zu wollen (Zuschlagsentscheidung), für nichtig zu erklären", wird stattgegeben.

Die Zuschlagsentscheidung der ASFINAG vom 04.08.2015 im Vergabeverfahren "A10 - Tauern Autobahn Sanierung Koislerwandtunnel, Bau-/E&M Tunnelröhren u. E&M, Vorportalbereiche" (AVA ID-Nr:39819) lautend auf die XXXX wird für nichtig erklärt. Die Zuschlagsentscheidung der ASFINAG vom 04.08.2015 im Vergabeverfahren "A10 - Tauern Autobahn Sanierung Koislerwandtunnel, Bau-/E&M Tunnelröhren u. E&M, Vorportalbereiche" (AVA ID-Nr:39819) lautend auf die römisch 40 wird für nichtig erklärt.

II. Den Anträgen, "der Auftraggeberin aufzutragen, der Antragstellerin die entrichteten Pauschalgebühren für diesen Nachprüfungsantrag binnen 14 Tagen zu Händen ihres Rechtsvertreters bei sonstiger Exekution zu bezahlen" sowie der Antrag, "das BVwG möge der Auftraggeberin auftragen, der Antragstellerin die entrichteten Pauschalgebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung binnen 14 Tagen zu Händen ihres Rechtsvertreters bei sonstiger Exekution zu bezahlen", wird stattgegeben. römisch zwei. Den Anträgen, "der Auftraggeberin aufzutragen, der Antragstellerin die entrichteten Pauschalgebühren für diesen Nachprüfungsantrag binnen 14 Tagen zu Händen ihres Rechtsvertreters bei sonstiger Exekution zu bezahlen" sowie der Antrag, "das BVwG möge der Auftraggeberin auftragen, der Antragstellerin die entrichteten Pauschalgebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung binnen 14 Tagen zu Händen ihres Rechtsvertreters bei sonstiger Exekution zu bezahlen", wird stattgegeben.

Die Auftraggeberin, die ASFINAG, ist verpflichtet, der Antragstellerin die tatsächlich entrichteten und geschuldeten Pauschalgebühren in der Höhe von gesamt EUR 3.078,-- binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Erkenntnisses zu Händen ihrer Rechtsvertreterin zu ersetzen.

B)

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

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang/Vorbringen der Parteien: römisch eins. Verfahrensgang/Vorbringen der Parteien:

1. Mit Schriftsatz vom 14.08.2015, beim BVwG am selben Tag eingelangt, stellte die Antragstellerin das im Spruch ersichtliche Begehren in Verbindung mit einem Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, auf Akteneinsicht, auf Anberaumung einer mündlichen Verhandlung und auf Gebührenersatz. Begründend führte die Antragstellerin zusammengefasst im Wesentlichen Folgendes aus:

Die Antragstellerin habe binnen offener Angebotsfrist drei (ausschreibungskonforme) Angebote gelegt, darunter ein Hauptangebot und zwei Alternativangebote. Mit Schreiben vom 04.08.2015 habe die Auftraggeberin mitgeteilt, dass die Alternativangebote der Antragstellerin auf den zweiten und dritten Platz sowie ihr Hauptangebot auf den vierten Platz gereiht worden seien. Gleichzeitig sei mitgeteilt worden, dass dem Angebot der XXXX der Zuschlag erteilt werden solle. Die Antragstellerin habe binnen offener Angebotsfrist drei (ausschreibungskonforme) Angebote gelegt, darunter ein Hauptangebot und zwei Alternativangebote. Mit Schreiben vom 04.08.2015 habe die Auftraggeberin mitgeteilt,

dass die Alternativangebote der Antragstellerin auf den zweiten und dritten Platz sowie ihr Hauptangebot auf den vierten Platz gereiht worden seien. Gleichzeitig sei mitgeteilt worden, dass dem Angebot der römisch 40 der Zuschlag erteilt werden solle.

Die XXXX sei ein eigenständiger Teil der XXXX mit langjähriger Erfahrung auf dem Gebiet der Tunnel- und Verkehrssicherheitstechnik. Die XXXX sei ein renommiertes österreichisches Unternehmen, dessen Kernkompetenz der Tunnel- und Untertagebau darstelle. Die römisch 40 sei ein eigenständiger Teil der römisch 40 mit langjähriger Erfahrung auf dem Gebiet der Tunnel- und Verkehrssicherheitstechnik. Die römisch 40 sei ein renommiertes österreichisches Unternehmen, dessen Kernkompetenz der Tunnel- und Untertagebau darstelle.

In Anbetracht der Markt- und Wettbewerbsverhältnisse in Österreich und der mit der Auftragserteilung verbundenen Publizitätswirkung stelle dieser Auftrag ein wesentliches Referenzprojekt dar. Mit der beabsichtigten Zuschlagserteilung an die XXXX drohe der Antragstellerin der Entgang des zu lukrierenden Gewinnes und des Deckungsbeitrages sowie ein in den Kosten der Angebotslegung, der entrichteten Pauschalgebühren sowie der anwaltlichen Vertretung bestehender Schaden. In Anbetracht der Markt- und Wettbewerbsverhältnisse in Österreich und der mit der Auftragserteilung verbundenen Publizitätswirkung stelle dieser Auftrag ein wesentliches Referenzprojekt dar. Mit der beabsichtigten Zuschlagserteilung an die römisch 40 drohe der Antragstellerin der Entgang des zu lukrierenden Gewinnes und des Deckungsbeitrages sowie ein in den Kosten der Angebotslegung, der entrichteten Pauschalgebühren sowie der anwaltlichen Vertretung bestehender Schaden.

Die Antragstellerin erachte sich generell im Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens sowie insbesondere im Recht auf Durchführung eines transparenten und dem freien und lautereren Wettbewerb entsprechenden Vergabeverfahrens, im Recht auf Gleichbehandlung aller Bieter, im Recht auf vergaberechts- und ausschreibungskonforme Angebotsprüfung und Bestbieterermittlung, im Recht auf Ausscheiden eines nicht ausschreibungskonformen Angebotes, im Recht auf Ausscheiden des Angebotes eines nicht geeigneten Bieters, im Recht auf Zuschlagserteilung an den tatsächlichen Bestbieter sowie im Recht, für den Zuschlag in Aussicht genommen zu werden, verletzt.

Angefochten werde die Zuschlagsentscheidung, welche die Auftraggeberin am 04.08.2015 abgesendet habe. Diese sei aus mehreren Gründen rechtswidrig. Zum einen verfüge die präsumtive Zuschlagsempfängerin nicht über die nötige technische Leistungsfähigkeit im Hinblick auf Bauleistungen und im Hinblick auf Leistungen der elektromaschinellen Ausrüstung. Der Antragstellerin sei aufgrund deren Marktkennntnis bekannt, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin nicht über Referenzprojekte verfüge, welche die Anforderungen der Ausschreibung (gemäß Pos 00.B1 04E Teil B.5 Leistungsverzeichnis inkl. LB-B-007, Stand 3. Berichtigung sowie gemäß Pos 00.B1. 04E1 Leistungsverzeichnis) erfüllen würden. Aufgrund von Marktbeobachtungen sei der Antragstellerin bekannt, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin mit der XXXX kooperiere. Auch diese könne die mangelnde technische Leistungsfähigkeit der präsumtiven Zuschlagsempfängerin mangels entsprechender Referenzen nicht substituieren. Angefochten werde die Zuschlagsentscheidung, welche die Auftraggeberin am 04.08.2015 abgesendet habe. Diese sei aus mehreren Gründen rechtswidrig. Zum einen verfüge die präsumtive Zuschlagsempfängerin nicht über die nötige technische Leistungsfähigkeit im Hinblick auf Bauleistungen und im Hinblick auf Leistungen der elektromaschinellen Ausrüstung. Der Antragstellerin sei aufgrund deren Marktkennntnis bekannt, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin nicht über Referenzprojekte verfüge, welche die Anforderungen der Ausschreibung (gemäß Pos 00.B1 04E Teil B.5 Leistungsverzeichnis inkl. LB-B-007, Stand 3. Berichtigung sowie gemäß Pos 00.B1. 04E1 Leistungsverzeichnis) erfüllen würden. Aufgrund von Marktbeobachtungen sei der Antragstellerin bekannt, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin mit der römisch 40 kooperiere. Auch diese könne die mangelnde technische Leistungsfähigkeit der präsumtiven Zuschlagsempfängerin mangels entsprechender Referenzen nicht substituieren.

Weiters werde bezweifelt, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin etwaig namhaft gemachte Subunternehmer ausschreibungs- und gesetzeskonform bekanntgegeben habe. Zu prüfen sei, ob die Verfügbarkeitserklärungen vor dem Zeitpunkt der Angebotslegung datieren würden und ob sie von für den Subunternehmer vertretungsbefugten Personen in der erforderlichen Anzahl gefertigt worden seien.

Darüber hinaus verfüge die präsumtive Zuschlagsempfängerin nach den Informationen der Antragstellerin nicht über die neben dem Gewerbe der "Elektrotechnik" gemäß § 94 Z 16 GewO erforderlichen Gewerbeberechtigungen "Lüftungstechnik" (Gemäß § 94 Z 31 GewO) und "Kommunikationselektronik" (gemäß § 94 Z 39 GewO). Die präsumtive

Zuschlagsempfängerin sei überdies nicht zur Durchführung eines Strömungsversuchs nach LV-Position 3011.9655C und zu den geforderten statischen Berechnungen und zur Erstellung einer Prüfstatistik befugt. Weiter sei die präsumtive Zuschlagsempfängerin nicht befugt, eine komplette Brandmeldeanlage inklusive Planung, Errichtung, Inbetriebnahme und Tests zu realisieren. Erforderlich sei weiters die Gewerbebefugnis als "Wärme-, Kälte-, Schall- und Branddämmer" gemäß § 94 Z 79 GewO sowie die Durchführung von Leistungen durch ein entsprechend befugtes Ziviltechnikerbüro und eine akkreditierte Prüfstelle. Im Rahmen des SiGe-Plans sei eine Sicherheitskraft zu benennen. Sofern die präsumtive Zuschlagsempfängerin daher keinen einschlägig befugten Subunternehmer namhaft gemacht habe, sei sie zur Erbringung der ausschreibungsgegenständlichen Leistungen nicht befugt und sei ihr Angebot auszuschneiden. Darüber hinaus verfüge die präsumtive Zuschlagsempfängerin nach den Informationen der Antragstellerin nicht über die neben dem Gewerbe der "Elektrotechnik" gemäß Paragraph 94, Ziffer 16, GewO erforderlichen Gewerbeberechtigungen "Lüftungstechnik" (Gemäß Paragraph 94, Ziffer 31, GewO) und "Kommunikationselektronik" (gemäß Paragraph 94, Ziffer 39, GewO). Die präsumtive Zuschlagsempfängerin sei überdies nicht zur Durchführung eines Strömungsversuchs nach LV-Position 3011.9655C und zu den geforderten statischen Berechnungen und zur Erstellung einer Prüfstatistik befugt. Weiter sei die präsumtive Zuschlagsempfängerin nicht befugt, eine komplette Brandmeldeanlage inklusive Planung, Errichtung, Inbetriebnahme und Tests zu realisieren. Erforderlich sei weiters die Gewerbebefugnis als "Wärme-, Kälte-, Schall- und Branddämmer" gemäß Paragraph 94, Ziffer 79, GewO sowie die Durchführung von Leistungen durch ein entsprechend befugtes Ziviltechnikerbüro und eine akkreditierte Prüfstelle. Im Rahmen des SiGe-Plans sei eine Sicherheitskraft zu benennen. Sofern die präsumtive Zuschlagsempfängerin daher keinen einschlägig befugten Subunternehmer namhaft gemacht habe, sei sie zur Erbringung der ausschreibungsgegenständlichen Leistungen nicht befugt und sei ihr Angebot auszuschneiden.

Auch würden die gravierenden Preisunterschiede des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zum zweitgereihten Angebot um über EUR 800.000,-- sowie zum nächstliegenden Hauptangebot um über eine Million Euro auf eine spekulative Preisgestaltung hinweisen. Die Auftraggeberin sei daher zu einer vertieften Angebotsprüfung und zum Ausscheiden des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin verpflichtet gewesen.

2. Am 19.08.2015 erteilte die Auftraggeberin allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren.

3. Am 24.08.2015 erhob die präsumtive Zuschlagsempfängerin, die XXXX, vertreten durch Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH, begründete Einwendungen. Darin brachte sie im Wesentlichen Folgendes vor. 3. Am 24.08.2015 erhob die präsumtive Zuschlagsempfängerin, die römisch 40, vertreten durch Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH, begründete Einwendungen. Darin brachte sie im Wesentlichen Folgendes vor.

Aus den Ausführungen der Antragstellerin sei zu schließen, dass diese für diverse nach der Ausschreibung geforderte Prüfungen eine akkreditierte Prüfstelle als Subunternehmer namhaft gemacht habe. Leistungsinhalt sei aber nicht die Prüfung selbst, sondern bloß die Anwesenheit des Auftragnehmers bei der Prüfung und die Übernahme der Prüfungskosten. Gemäß den Ausschreibungsbestimmungen seien die Prüfungen, die gemäß den technischen Vertragsbedingungen einer akkreditierten Prüfstelle vorbehalten seien, nur durch eine vom Auftragnehmer bzw von seinen Subunternehmern unabhängige Prüfstelle vorzunehmen. In Punkt 6.2.8.10 des Teils B sei geregelt, dass die Unabhängigkeit dann nicht gegeben sei, wenn der Auftragnehmer, ein Mitglied einer Arbeitsgemeinschaft, ein Konzernbetrieb des Auftragnehmers oder eines Mitgliedes der Arbeitsgemeinschaft bzw eines Subunternehmers einen maßgebenden Einfluss auf die Prüfanstalt habe. Sofern die Antragstellerin eine akkreditierte Prüfstelle als Subunternehmer genannt habe, widerspreche das Angebot daher den Ausschreibungsvorgaben, da die Prüfstelle nicht nur vom Bieter bzw Subunternehmer beeinflussbar, sondern sogar mit diesem identisch sei. Der Antragstellerin fehle es demzufolge an der Antragslegitimation zur Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung.

Im Übrigen verfüge die Antragstellerin selbst über die nach der Ausschreibung erforderlichen Referenzen für Baumeisterarbeiten, welche sie auch gegenüber der Auftraggeberin nachgewiesen habe. Im Hinblick auf die elektromaschinelle Ausrüstung habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin unter anderem einen Subunternehmer genannt, welcher über die nach der Ausschreibung geforderten Referenzprojekte betreffend E&M Leistungen verfüge.

Der betreffende Subunternehmer verfüge über die Gewerbeberechtigung Elektrotechnik. Er dürfe die Lüftungs- und Klimaanlage zumindest auf Grund seines gewerberechtlichen Nebenrechtes nach § 32 Abs 1 Z 1 Der betreffende Subunternehmer verfüge über die Gewerbeberechtigung Elektrotechnik. Er dürfe die Lüftungs- und Klimaanlage

zumindest auf Grund seines gewerberechtlichen Nebenrechtes nach Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer eins

2. Halbsatz GewO selbst erbringen, weil es sich dabei - bezogen auf den Anteil des E&M-Subunternehmers - um Leistungen geringen Umfangs handle, wobei nach der RSp zumindest ein Anteil von 7,52% als geringer Umfang anzusehen sei. Bei den Brandabschottungen handle es sich um Vollendungsarbeit iSd § 32 Abs 1 Z 1 1. Halbsatz GewO, welche ebenso vom bezeichneten Subunternehmer durchgeführt werden dürfe. Diese Leistungen seien überdies auch vom Nebenrecht des § 32 Abs 1 Z 1 2. Halbsatz GewO umfasst, weil es sich auch bei den Brandabschottungen bloß um Leistungen geringen Umfangs handle. Entgegen der Ansicht der Antragstellerin sei die Errichtung einer Funkanlage nicht ausschließlich dem Gewerbe "Kommunikationselektronik" vorbehalten. Diese falle zumindest auch in das Berufsbild und den Befugnisbereich eines Elektrotechnikers, was die einschlägigen Ausbildungsvorschriften bestätigen würden. Jedenfalls aber dürfte die Errichtung der Funkanlage gemäß § 32 Abs 1 Z 1, 2. Halbsatz GewO vom benannten E&M-Subunternehmer ausgeführt werden, weil es sich auch bei der Funkanlage bloß um Leistungen geringen Umfangs handle. Entgegen den Ausführungen der Antragstellerin ergebe sich aus der Ausschreibung, dass im Angebot gar keine "autorisierte Stelle" bzw "zertifizierte Prüfanstalt" für Strömungsversuche als Subunternehmer genannt werden dürfe und diese Funktion auch nicht vom Bieter selbst ausgeübt werden dürfe. Weiters sei die Herstellung der Gefahrenmeldeanlage Teil der elektromaschinellen Ausrüstung und zweifellos von der Befugnis Elektrotechnik umfasst. Entgegen der Ansicht der Antragstellerin sei es auch nicht erforderlich zwei voneinander unabhängige Ziviltechniker für statische Berechnungen und die Erstellung einer Prüfstatik einzusetzen. Auch handle es sich dabei nicht um erforderliche Subunternehmer. Nach der Ausschreibung müsse der eingesetzte Ziviltechniker erst vor Planungsbeginn bekanntgegeben werden. Für Vermessungsarbeiten und Erschütterungsmessungen habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin ohnehin einen Ziviltechniker als Subunternehmer benannt. In der Ausschreibung gebe es keine Grundlage, dass die Leistungen eines Sprengsachverständigen von einem befugten Ziviltechniker durchzuführen seien. Das vertragliche Erfordernis, besondere Fachkräfte einzusetzen, sei kein Thema der Befugnis. Dies gelte auch für das Erfordernis, im Rahmen des SiGe-Plans eine Sicherheitsfachkraft zu benennen. Schließlich weiche der von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotene Gesamtpreis marginal, nämlich um weniger als 1% von der Kostenschätzung der Auftraggeberin ab. Die seitens der Auftraggeberin dennoch vorgenommene vertiefte Angebotsprüfung habe ergeben, dass die Preise angemessen und betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar seien.

2. Halbsatz GewO selbst erbringen, weil es sich dabei - bezogen auf den Anteil des E&M-Subunternehmers - um Leistungen geringen Umfangs handle, wobei nach der RSp zumindest ein Anteil von 7,52% als geringer Umfang anzusehen sei. Bei den Brandabschottungen handle es sich um Vollendungsarbeit iSd Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer eins, 1. Halbsatz GewO, welche ebenso vom bezeichneten Subunternehmer durchgeführt werden dürfe. Diese Leistungen seien überdies auch vom Nebenrecht des Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer eins, 2. Halbsatz GewO umfasst, weil es sich auch bei den Brandabschottungen bloß um Leistungen geringen Umfangs handle. Entgegen der Ansicht der Antragstellerin sei die Errichtung einer Funkanlage nicht ausschließlich dem Gewerbe "Kommunikationselektronik" vorbehalten. Diese falle zumindest auch in das Berufsbild und den Befugnisbereich eines Elektrotechnikers, was die einschlägigen Ausbildungsvorschriften bestätigen würden. Jedenfalls aber dürfte die Errichtung der Funkanlage gemäß Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer eins, 2, Halbsatz GewO vom benannten E&M-Subunternehmer ausgeführt werden, weil es sich auch bei der Funkanlage bloß um Leistungen geringen Umfangs handle. Entgegen den Ausführungen der Antragstellerin ergebe sich aus der Ausschreibung, dass im Angebot gar keine "autorisierte Stelle" bzw "zertifizierte Prüfanstalt" für Strömungsversuche als Subunternehmer genannt werden dürfe und diese Funktion auch nicht vom Bieter selbst ausgeübt werden dürfe. Weiters sei die Herstellung der Gefahrenmeldeanlage Teil der elektromaschinellen Ausrüstung und zweifellos von der Befugnis Elektrotechnik umfasst. Entgegen der Ansicht der Antragstellerin sei es auch nicht erforderlich zwei voneinander unabhängige Ziviltechniker für statische Berechnungen und die Erstellung einer Prüfstatik einzusetzen. Auch handle es sich dabei nicht um erforderliche Subunternehmer. Nach der Ausschreibung müsse der eingesetzte Ziviltechniker erst vor Planungsbeginn bekanntgegeben werden. Für Vermessungsarbeiten und Erschütterungsmessungen habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin ohnehin einen Ziviltechniker als Subunternehmer benannt. In der Ausschreibung gebe es keine Grundlage, dass die Leistungen eines Sprengsachverständigen von einem befugten Ziviltechniker durchzuführen seien. Das vertragliche Erfordernis, besondere Fachkräfte einzusetzen, sei kein Thema der Befugnis. Dies gelte auch für das Erfordernis, im Rahmen des SiGe-Plans eine Sicherheitsfachkraft zu benennen. Schließlich weiche der von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin

angebotene Gesamtpreis marginal, nämlich um weniger als 1% von der Kostenschätzung der Auftraggeberin ab. Die seitens der Auftraggeberin dennoch vorgenommene vertiefte Angebotsprüfung habe ergeben, dass die Preise angemessen und betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar seien.

4. Am 04.09.2015 nahm die Auftraggeberin zum gesamten Antragsvorbringen Stellung. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin sei technisch leistungsfähig. Sie selbst habe die gemäß Pos 00B104E des Ausschreibungsteils B5 geforderten Referenzen für Bauleistungen nachgewiesen. Die gemäß Pos 00B104E des Ausschreibungsteils B5 geforderten Referenzen für EM-Leistungen habe der bereits im Angebot genannte Subunternehmer nachgewiesen. Sämtliche Subunternehmererklärungen seien jedenfalls vor dem 15.07.2015 datiert.

Weiters sei es unrichtig, dass der präsumtiven Zuschlagsempfängerin die erforderliche Befugnis fehle. Sie selbst verfüge über die gewerberechtliche Befugnis als "Baumeister". Im Übrigen habe sie eine Reihe befugter Subunternehmer namhaft gemacht. Dabei sei auch auf § 32 GewO Abs 1 Z 1 GewO verwiesen, wonach Gewerbetreibenden das Recht zustehe, "in geringem Umfang Leistungen anderer Gewerbe zu erbringen, die eigene Leistungen wirtschaftlich sinnvoll ergänzen". In der Judikatur werde dabei jedenfalls eine Prozentgrenze von 7,52% der Angebotssumme noch als geringer Umfang der Leistung iSd § 32 Abs 1 Z 1 GewO angenommen. Vorliegend käme man zu einem Prozentsatz, der unter dem genannten Prozentsatz liege, selbst wenn die Errichtung der Funkanlage und der Brandabschottungen nicht vom Berufsumfang des Elektrotechnikers umfasst sein sollten. Weiters sei es unrichtig, dass der präsumtiven Zuschlagsempfängerin die erforderliche Befugnis fehle. Sie selbst verfüge über die gewerberechtliche Befugnis als "Baumeister". Im Übrigen habe sie eine Reihe befugter Subunternehmer namhaft gemacht. Dabei sei auch auf Paragraph 32, GewO Absatz eins, Ziffer eins, GewO verwiesen, wonach Gewerbetreibenden das Recht zustehe, "in geringem Umfang Leistungen anderer Gewerbe zu erbringen, die eigene Leistungen wirtschaftlich sinnvoll ergänzen". In der Judikatur werde dabei jedenfalls eine Prozentgrenze von 7,52% der Angebotssumme noch als geringer Umfang der Leistung iSd Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer eins, GewO angenommen. Vorliegend käme man zu einem Prozentsatz, der unter dem genannten Prozentsatz liege, selbst wenn die Errichtung der Funkanlage und der Brandabschottungen nicht vom Berufsumfang des Elektrotechnikers umfasst sein sollten.

Die Tunnel-Lüftungsanlage sei Teil der elektromaschinellen Ausrüstung, für welche die präsumtive Zuschlagsempfängerin entsprechend befugte Subunternehmer benannt habe. Im Übrigen belaufe sich die Summe der gewerberechtlich relevanten Einstellarbeiten, des Projektmanagments und der Anlagenfertigstellung auf einen Umfang, der die E&M-Subunternehmer jedenfalls aufgrund ihrer gewerberechtlichen Nebenrechte gemäß § 32 Abs 1 Z 1 2. Halbsatz GewO berechtige, diese Leistungen zu erbringen. Beim Einsatz der für die Strömungsversuche beizuziehenden Prüfstelle handle es sich nicht um eine notwendige Befugnis. Auch hinsichtlich der Leistungen der Gebäudelüftung, Klimatechnik seien die entsprechend befugten, oben angeführten E&M Subunternehmer namhaft gemacht worden. Es handle sich auch hier um ergänzende Leistungen in geringem Umfang. Darüber hinaus seien die bezeichneten E&M Subunternehmer im Rahmen ihrer Befugnis Elektrotechnik zur Errichtung der HF-Sende- und Empfangseinheit (Funkanlage) berechtigt. Die Errichtung von Kommunikationsanlagen sei ausdrücklich vom Berufsumfang des Elektrotechnikers mitumfasst. Selbst wenn dies nicht der Fall wäre, handle es sich um wirtschaftlich sinnvolle Ergänzungsarbeiten gemäß § 32 Abs 1 Z 1 2. Halbsatz GewO. Die Errichtung der Brandmeldeanlage sei ebenso wie die Brandabschottungen von der Gewerbeberechtigung "Elektrotechnik" umfasst und erfolge durch die namhaft gemachten, befugten E&M Subunternehmer. Der Leistungsteil für die statischen Berechnungen und die Erstellung der Prüfstatik sei verschwindend gering und überdies sei der Ziviltechniker erst vor Planungsbeginn bekannt zu geben. Für die Vermessungsarbeiten und Erschütterungsmessungen sei ein entsprechend befugter Subunternehmer namhaft gemacht worden. Die von der Antragstellerin angeführten Leistungen in Verbindung mit dem Sprengkonzept, den Abnahmen und Überprüfungen sowie den Tätigkeiten im Rahmen des SiGe-Plans würden einen verschwindend geringen Anteil des Gesamtauftrages aufweisen. Darüber hinaus stelle der Einsatz eines Sprengsachverständigen und einer Sicherheitsfachkraft im Rahmen des SiGe-Plans keine Frage der Befugnis dar, sondern vielmehr der Ausbildung der jeweils zum Einsatz kommenden Personen. Beim Einsatz akkreditierter Prüfstellen handle es sich nicht um eine notwendige Befugnis, sondern um eine Qualitätsanforderung an den geforderten Prüfnachweis. Zudem handle es sich nicht um Subunternehmer, sondern vielmehr um Hilfsunternehmen, da sie keinen eigenständigen Leistungsteil erbringen würden. Die Tunnel-Lüftungsanlage sei Teil der elektromaschinellen Ausrüstung, für welche die präsumtive Zuschlagsempfängerin entsprechend befugte Subunternehmer benannt habe. Im Übrigen belaufe sich die Summe der gewerberechtlich relevanten Einstellarbeiten,

des Projektmanagements und der Anlagenfertigstellung auf einen Umfang, der die E&M-Subunternehmer jedenfalls aufgrund ihrer gewerberechtlichen Nebenrechte gemäß Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer eins, 2. Halbsatz GewO berechtige, diese Leistungen zu erbringen. Beim Einsatz der für die Strömungsversuche beizuziehenden Prüfstelle handle es sich nicht um eine notwendige Befugnis. Auch hinsichtlich der Leistungen der Gebäudelüftung, Klimatechnik seien die entsprechend befugten, oben angeführten E&M Subunternehmer namhaft gemacht worden. Es handle sich auch hier um ergänzende Leistungen in geringem Umfang. Darüber hinaus seien die bezeichneten E&M Subunternehmer im Rahmen ihrer Befugnis Elektrotechnik zur Errichtung der HF-Sende- und Empfangseinheit (Funkanlage) berechtigt. Die Errichtung von Kommunikationsanlagen sei ausdrücklich vom Berufsumfang des Elektrotechnikers mitumfasst. Selbst wenn dies nicht der Fall wäre, handle es sich um wirtschaftlich sinnvolle Ergänzungsarbeiten gemäß Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer eins, 2. Halbsatz GewO. Die Errichtung der Brandmeldeanlage sei ebenso wie die Brandabschottungen von der Gewerbeberechtigung "Elektrotechnik" umfasst und erfolge durch die namhaft gemachten, befugten E&M Subunternehmer. Der Leistungsteil für die statischen Berechnungen und die Erstellung der Prüfstatik sei verschwindend gering und überdies sei der Ziviltechniker erst vor Planungsbeginn bekannt zu geben. Für die Vermessungsarbeiten und Erschütterungsmessungen sei ein entsprechend befugter Subunternehmer namhaft gemacht worden. Die von der Antragstellerin angeführten Leistungen in Verbindung mit dem Sprengkonzept, den Abnahmen und Überprüfungen sowie den Tätigkeiten im Rahmen des SiGe-Plans würden einen verschwindend geringen Anteil des Gesamtauftrages aufweisen. Darüber hinaus stelle der Einsatz eines Sprengsachverständigen und einer Sicherheitsfachkraft im Rahmen des SiGe-Plans keine Frage der Befugnis dar, sondern vielmehr der Ausbildung der jeweils zum Einsatz kommenden Personen. Beim Einsatz akkreditierter Prüfstellen handle es sich nicht um eine notwendige Befugnis, sondern um eine Qualitätsanforderung an den geforderten Prüfnachweis. Zudem handle es sich nicht um Subunternehmer, sondern vielmehr um Hilfsunternehmen, da sie keinen eigenständigen Leistungsteil erbringen würden.

Im Hinblick darauf, dass der angebotene Gesamtpreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin lediglich ganz geringfügig unter der fachkundigen Kostenschätzung liege und auch die Abweichung zu den Preisen der anderen Angebote innerhalb der in der Literatur und Judikatur tolerierbaren Abweichung von weniger als 15% liege, sei das Angebot nicht als unterpreisig zu qualifizieren und der Vorwurf des auffällig niedrigen Gesamtpreises zurückzuweisen. Nichtsdestotrotz sei eine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt worden, bei welcher ein Preisspiegel erstellt und die Kalkulation umfassend geprüft worden sei. Es habe ein Aufklärungsgespräch stattgefunden, bei dem Zweifelsfälle aufgeklärt worden seien. Die Prüfung habe auch ergeben, dass eine spekulative Preisgestaltung bzw. Unterpreise nicht vorliegen würden. Dem vorliegenden Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei bezüglich der von der Antragstellerin monierten Positionen auch zu entnehmen, dass dem Markt entsprechende bzw. im Rahmen der zulässigen marktüblichen Bandbreiten entsprechende Preise angesetzt worden seien. Eine Aufklärung sei bezüglich der "Pos 20130123A Beton abtragen vertikal unbewehrt" nicht erforderlich gewesen, da die gegenständliche Leistung in vergleichbaren, erst kürzlich durchgeführten von der Auftraggeberin näher dargelegten Projekten zu gleichen oder sogar niedrigeren Preisen auch von anderen Unternehmen angeboten worden sei. Dies betreffe auch die "Pos 20131215B Fertigmörtel R3 XF4 GRFL Untersicht LT". Aus der ASFINAG Baupreisdatenbank gehe im Übrigen betreffend die "Pos 20131234M Trockenspritzmörtel R3 XF4 GRFL vertikal GL m2" klar hervor, dass sich der angebotene Preis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin in einer marktüblichen Bandbreite bewege und dieser daher als betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar anzusehen gewesen sei.

Zusammenfassend sei festzuhalten, dass die von der Antragstellerin vorgebrachten Gründe haltlos seien und das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin daher nicht auszuschneiden sei.

5. Am 15.09.2015 gab die Antragstellerin eine weitere Stellungnahme ab. Bei den erwähnten Prüfungsleistungen handle es sich um ausschreibungsgegenständliche Subunternehmer-Leistungen, welche zwingend von einem unabhängigen Dritten erbracht werden müssten. So habe auch der VKS Wien judiziert, dass, sofern ein Bieter selbst keine akkreditierte Prüfstelle sei und dieser seine mangelnde Befugnis nicht durch einen (notwendigen) Subunternehmer substituiere, sein Angebot mangels Befugnis bzw. mangels Nennung eines notwendigen Subunternehmers auszuschneiden sei. Vorliegend seien die Prüfleistungen vom Leistungsgegenstand umfasst. Es handle sich daher entgegen der Behauptung der Auftraggeberin nicht um bloße "Hilfsunternehmer". Mit der Regelung, dass die Prüfanstalt unabhängig und frei von maßgebenden Einfluss des Bieters oder sonstiger genannter Unternehmer sein müsse, wolle die Auftraggeberin schlicht verhindern, dass die Prüfleistungen durch "konzerneigene"

Prüfanstalten erbracht würden. Die Auftraggeberin würde im Übrigen Unmögliches verlangen, wenn die klar als Subunternehmer zu qualifizierende Prüfstelle nicht auch als solcher genannt werden dürfe. Die Antragstellerin habe unabhängige Prüfstellen namhaft gemacht. Deren bloß einzelne Beauftragung begründe keine wirtschaftliche Abhängigkeit. Die Antragslegitimation der Antragstellerin sei gegeben. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin gestehe zu, selbst keine Prüfanstalten namhaft gemacht zu haben, weswegen ihr Angebot mangels Befugnis auszuschneiden sei. Im Übrigen käme der Antragstellerin angesichts der Judikatur des EuGH in der Rechtssache Fastweb auch dann Antragslegitimation zu, wenn sie selbst auszuschneiden wäre, da auch das Angebot der mitbeteiligten Partei auszuschneiden sei.

Mangels Möglichkeit zur Einsicht in das Angebot der mitbeteiligten Partei bezweifle die Antragstellerin weiters, dass die vorgelegten Referenzprojekte die Anforderungen der Ausschreibung erfüllen würden.

Darüber hinaus sei aus dem Angebotsprüfungsprotokoll insbesondere nicht ersichtlich, für welchen Leistungsteil die Auftraggeberin welche konkreten Befugnisse geprüft habe. Es sei daher auch im Hinblick auf die präsumtive Zuschlagsempfängerin anzunehmen, dass keine entsprechende Befugnis-Prüfung stattgefunden habe bzw dies nicht ausreichend dokumentiert worden und die Angebotsprüfung sohin nicht abgeschlossen sei. Die Zuschlagsentscheidung sei daher bereits aus diesem Grunde für nichtig zu erklären.

Entgegen der Ansicht der mitbeteiligten Partei und der Auftraggeberin berechne die Gewerbebefugnis "Elektrotechnik" allein nicht zur Erbringung der Leistungen im Hinblick auf Brandmeldeanlagen. Hierfür sei eine spezielle Zertifizierung gemäß ÖNORM F 3070 bzw TRVB 123 S für das Unternehmen und die konkret zu planende Brandmeldeanlage erforderlich.

Weiters bestätige die Auftraggeberin, dass für Strömungsversuche eine Prüfanstalt beizuziehen sei. Die mitbeteiligte Partei gestehe selbst zu, diese befugnisrelevanten Subunternehmer nicht namhaft gemacht zu haben.

Es sei unzutreffend, dass die Namhaftmachung eines einzigen Ziviltechnikers für die Erstellung der Statik sowie für die Prüfstatik ausreichend wäre. Dies verstoße gegen § 14 Abs 2 Z1 Ziviltechnikergesetz. Eine augenscheinlichere Interessenskollision sei kaum denkbar. Es sei unzutreffend, dass die Namhaftmachung eines einzigen Ziviltechnikers für die Erstellung der Statik sowie für die Prüfstatik ausreichend wäre. Dies verstoße gegen Paragraph 14, Absatz 2, Z1 Ziviltechnikergesetz. Eine augenscheinlichere Interessenskollision sei kaum denkbar.

Schließlich werde bezweifelt, dass die im Rahmen der Nebenrechte zu erbringenden Leistungen unter 6,43% des Auftragsteils des "E&M-Subunternehmers" liegen würden und daher bloß "geringen Umfangs" iSd § 32 Abs 1 Z 1 GewO seien. Schließlich werde bezweifelt, dass die im Rahmen der Nebenrechte zu erbringenden Leistungen unter 6,43% des Auftragsteils des "E&M-Subunternehmers" liegen würden und daher bloß "geringen Umfangs" iSd Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer eins, GewO seien.

6. Mit Stellungnahme vom 21.09.2015 führte die präsumtive Zuschlagsempfängerin ergänzend aus, es könne dahinstehen, ob durch die Beauftragung eines Subunternehmers eine Abhängigkeit entstehe. Maßgeblich sei, dass es angesichts des bestandsfesten Ausschreibungswortlauts unzulässig sei, eine Prüfstelle als Subunternehmer zu benennen.

Die Behauptung der Antragstellerin, die Brandmeldeanlage sei von einer Fachfirma zu errichten, die von einer hierfür akkreditierten Zertifizierungsstelle zu zertifizieren sei, beruhe offenbar auf einer alten Version der TRVB 123 S und sei schlicht falsch.

Nach der Ausschreibung seien Pläne und statische Berechnungen von einem Ziviltechniker zu verfassen oder zu prüfen. Das bedeute, dass die Pläne auch von einer Person erstellt werden könnten, die nicht Ziviltechniker sei und diese dann von einem Ziviltechniker geprüft werden würden. Abgesehen davon, sei der Ziviltechniker erst vor Planungsbeginn namhaft zu machen.

7. Am 25.09.2015 fand eine öffentliche mündliche Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht statt. Die Auftraggeberin führte zu der in Frage stehenden Abnahmeprüfung durch eine akkreditierte Prüfstelle betreffend die Gefahrenmeldeanlage aus, dass der Auftragnehmer nach Fertigstellung der Anlage ein Attest (Befund nach der TRVB-123) durch eine akkreditierte Prüfstelle einholen müsse. Die Prüfstelle kontrolliere die Brandmeldeanlage vor Ort auf deren Konformität mit der TRVB. Es würde der bisherigen Praxis entsprechen, dass die Prüfstelle vom Auftragnehmer beauftragt werde. Von der Abnahmeprüfung sei die Inbetriebsetzung und Inbetriebnahme zu unterscheiden, diese

würde vorerst durch den Auftragnehmer selbst durchgeführt werden bzw würden die Auftraggeberin und der Auftragnehmer diese grundsätzlich gemeinsam vornehmen. Der Hinweis, dass die Prüfstelle unabhängig zu sein habe, zielt darauf ab, dass sie auch in ihrer Rechtsform unabhängig vom Bieter sei.

Aus Sicht der Antragstellerin liege demnach ein aktives Tun der Prüfstelle vor. Es werde ein Teil der ausgeschriebenen Leistung erbracht. Demgegenüber vertrat die präsumtive Zuschlagsempfängerin die Ansicht, dass auch denkbar sei, dass die Auftraggeberin die Prüfstelle beauftrage und die Auftragnehmerin die Kosten trage. Den Ausführungen der Antragstellerin sei weiters zu entnehmen, dass sie bloß eine Prüfstelle für die Überprüfung der Brandmeldeanlage namhaft gemacht habe, nicht aber auch für andere laut Ausschreibung durch akkreditierte Prüfstellen zu erbringende Prüfleistungen.

Die Antragstellerin entgegnete, sie habe für "Diverse Abnahmen und Überprüfungen" eine akkreditierte Prüfstelle namhaft gemacht. Diese nehme sämtliche notwendigen Prüfungen und Zertifizierungen vor.

Auf Befragen, um welche Prüfungen durch akkreditierte Prüfstellen es sich konkret handle, verwies die Auftraggeberin auf die Technischen Vertragsbestimmungen für EM. Aus Punkt 31.1. ergebe sich eine derartige Vorgabe in der Beschreibung betreffend Türen und Tore. Weiters verwies sie auf die ständigen Vorbemerkungen zu jeder Obergruppe im Leistungsverzeichnis (B.5), sowie auf Punkt B.3.5.1.18 (Kalkulations- und Abrechnungsbestimmungen Tunnelbau).

Zum Vorhalt des Bundesverwaltungsgerichts vom 18.09.2015, wonach für eine für die E&M-Leistungen namhaft gemachte Subunternehmerin kein Nachweis über die geforderten Referenzprojekte erbracht wurde, führte die präsumtive Zuschlagsempfängerin aus, die betreffenden E&M-Leistungen würden im Rahmen einer Arbeitsgemeinschaft erbracht werden. Es sei daher nicht erforderlich, dass die Referenzen von sämtlichen Unternehmen nachzuweisen seien. Es gebe ein gemeinsames Angebot und eine Erklärung gegenüber der präsumtiven Zuschlagsempfängerin. Über Vorhalt, dass sich aus den dem Bundesverwaltungsgericht vorliegenden Unterlagen des Vergabeverfahrens nicht klar ergebe, welche Aufgaben seitens der namhaft gemachten Subunternehmerinnen tatsächlich durchgeführt werden würden, gab die präsumtive Zuschlagsempfängerin an, die Leistungen würden gemeinsam von beiden Unternehmen in Arbeitsgemeinschaft erbracht werden.

Die Antragstellerin führte hierzu aus, es würden einem der beiden Subunternehmer, welcher für die E&M-Leistungen namhaft gemacht worden sei, die erforderlichen Referenzen für E&M-Leistungen fehlen. Gemäß Punkt 1.1.2.24 Teil B.1 wären für beide Subunternehmer die Referenzen beizubringen gewesen. Es werde ausgeschlossen, dass es eine Arbeitsgemeinschaft und eine Subunternehmererklärung einer Arbeitsgemeinschaft gebe. Wenn überhaupt gebe es zwei Subunternehmererklärungen von zwei unabhängigen Unternehmen. Die Arbeitsgemeinschaft erschließe sich nicht aus dem Angebot. Entscheidend sei das Angebot zum Ende der Angebotsfrist.

Diesen Ausführungen trat die präsumtive Zuschlagsempfängerin entgegen. Ausgehend vom Standpunkt der Antragstellerin wäre eine Bietergemeinschaft und damit sie selbst auszuschließen, wenn nicht beide Mitglieder der Bietergemeinschaft jeweils über alle notwendigen Referenzen, sohin insgesamt zumindest vier E&M-Referenzen, verfügen würden. Es sei anzunehmen, dass die geforderten E&M Referenzen bei der XXXX nicht vorliegen, ebenso wenig gehe aus dem Angebot der Antragstellerin hervor, für welche Leistungen die jeweiligen Mitglieder der Bietergemeinschaft herangezogen werden würden. Diesen Ausführungen trat die präsumtive Zuschlagsempfängerin entgegen. Ausgehend vom Standpunkt der Antragstellerin wäre eine Bietergemeinschaft und damit sie selbst auszuschließen, wenn nicht beide Mitglieder der Bietergemeinschaft jeweils über alle notwendigen Referenzen, sohin insgesamt zumindest vier E&M-Referenzen, verfügen würden. Es sei anzunehmen, dass die geforderten E&M Referenzen bei der römisch 40 nicht vorliegen, ebenso wenig gehe aus dem Angebot der Antragstellerin hervor, für welche Leistungen die jeweiligen Mitglieder der Bietergemeinschaft herangezogen werden würden.

Die Auftraggeberin verwies auf ein Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts, wonach die Berufung auf die Referenzen eines Dritten keine Aussage darüber treffe, wer die Leistung tatsächlich erbringe. Es widerspreche der Judikatur des VWGH und des BVA, dass auch jedes Mitglied einer Bietergemeinschaft und jeder Subunternehmer allfällige Referenzen nachzuweisen habe.

Die Antragstellerin verwies darauf, dass entgegen der zitierten Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vorliegend eine ausdrückliche Festlegung vorliege, dass Subunternehmer für ihren Leistungsteil eine entsprechende Referenz nachweisen müssten.

Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Festgestellter Sachverhalt:

Aufgrund der vorliegenden Stellungnahmen, der bezugnehmenden Beilagen, der vorgelegten Unterlagen des Vergabeverfahrens sowie der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung vom 25.09.2015 wird folgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Die ASFINAG schrieb im Juni 2015 die gegenständliche Leistung "A10 - Tauern Autobahn Sanierung Kroislerwandtunnel, Bau- / E&M Tunnelröhren u. E&M, Vorportalbereiche (AVA ID-Nr: 39819)" in einem offenen Verfahren nach dem Bestbieterprinzip öffentlich aus. Der geschätzte Auftragswert beträgt EUR 5.995.989,10. Die Angebotsöffnung erfolgte am 15.07.2015. Am Vergabeverfahren beteiligten sich unter anderen die Antragstellerin und die beabsichtigte Zuschlagsempfängerin durch die Abgabe von Angeboten bzw. Alternativangeboten. Die auf das Angebot der XXXX lautende Zuschlagsentscheidung wurde den Bietern am 04.08.2015 über die Plattform AVA-Online bekannt gegeben. Die ASFINAG schrieb im Juni 2015 die gegenständliche Leistung "A10 - Tauern Autobahn Sanierung Kroislerwandtunnel, Bau- / E&M Tunnelröhren u. E&M, Vorportalbereiche (AVA ID-Nr: 39819)" in einem offenen Verfahren nach dem Bestbieterprinzip öffentlich aus. Der geschätzte Auftragswert beträgt EUR 5.995.989,10. Die Angebotsöffnung erfolgte am 15.07.2015. Am Vergabeverfahren beteiligten sich unter anderen die Antragstellerin und die beabsichtigte Zuschlagsempfängerin durch die Abgabe von Angeboten bzw. Alternativangeboten. Die auf das Angebot der römisch 40 lautende Zuschlagsentscheidung wurde den Bietern am 04.08.2015 über die Plattform AVA-Online bekannt gegeben.

Die maßgeblichen Ausschreibungsbestimmungen lauten auszugsweise:

B.1 Allgemeine Ausschreibungsbestimmungen:

"1.1.24 Subunternehmer

Die Weitergabe von Teilen der Leistung an Subunternehmer ist zulässig. Die Weitergabe des gesamten Auftrages ist unzulässig.

Der Bieter hat nur hinsichtlich wesentlicher Teile des Auftrages die beabsichtigte Vergabe von Subaufträgen bekannt zu geben.

Auftragsteile sind dann wesentlich, wenn der Bieter für diese nicht selbst über die erforderliche Befugnis, technische, finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit verfügt und aus diesem Grund einen entsprechend geeigneten Subunternehmer namhaft macht.

Insbesondere wird auch auf Leistungen kleineren Umfanges hingewiesen. Auch für solche Leistungen muss die notwendige Befugnis nachgewiesen und gegebenenfalls im Formblatt "Subunternehmerverzeichnis" angeführt werden, soweit der Bieter zur Ausführung dieser Leistungen nicht gemäß den Bestimmungen des § 32 bzw. § 99 GewO befugt ist. Insbesondere wird auch auf Leistungen kleineren Umfanges hingewiesen. Auch für solche Leistungen muss die notwendige Befugnis nachgewiesen und gegebenenfalls im Formblatt "Subunternehmerverzeichnis" angeführt werden, soweit der Bieter zur Ausführung dieser Leistungen nicht gemäß den Bestimmungen des Paragraph 32, bzw. Paragraph 99, GewO befugt ist.

Für die in den Ausschreibungsunterlagen als wesentlich definierten Teile des Auftrages (siehe auch ULG 00B1) sind die vorgesehenen Subunternehmer zu nennen und in der entsprechenden Liste (Formblatt "Subunternehmerverzeichnis") vollständig anzuführen.

Für diese Subunternehmer sind folgende Nachweise vorzulegen:

- * Sämtliche Eignungsnachweise, die vom Bieter gefordert sind, soweit sie für den Leistungsteil des Subunternehmers relevant sind.

- * Nachweis über die Verfügungsmöglichkeit des Subunternehmers (Formblatt "Verpflichtungserklärung des Subunternehmers").

Sollte der Subunternehmer zum Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Bieters genannt werden, ist eine Erklärung des Subunternehmers vorzulegen, wonach dieser sich verpflichtet, im Auftragsfall mit dem Bieter solidarisch zu haften.

* Erklärung über die solidarische Haftung des Subunternehmers gegenüber dem AG, falls sich der Bieter zum Nachweis seiner finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit auf die Kapazitäten des Subunternehmers stützt."

B.3 Technische Vertragsbestimmungen für EM-Einrichtungen:

"3.31 Türen und Tore

3.31.1. Allgemeine Anlagenbeschreibung

Grundsätzlich gilt, wenn nicht anders angegeben, dass sämtliche Türen und Tore komplett in allen ihren Einzelteilen gemäß PLaPB

800.543 - "Türen und Tore" auszuführen und zu prüfen sind. Bei brandhemmenden und feuerbeständigen Türen und Tore ist die gemäß ÖNORM EN 13501-2 geforderte Feuerwiderstandsklasse durch ein Prüfzeugnis einer akkreditierten Prüfanstalt nachzuweisen. Das Prüfzeugnis der akkreditierten Prüfanstalt ist dabei unbedingt erforderlich und der Fertigungs- und Montageplanung beizulegen. ...

Nachstehend angeführte Leistungen sind herzustellen:

- Türen beim Notausgang / Querschlag, inkl. Öffnungshilfe
- Türen in den Elektronischen und Notrufrischen
- Magnetsensoren zur Überwachung der Türen, betriebsbereit montiert und verkabelt bis zum Steuerschrank inkl. Beschriftungen
- Schließsystem entsprechend Vorgaben des AG
- Verkabelungen inkl. Anschlussarbeiten der peripheren Komponenten (Schalter, Sensoren, Taster, etc.)
- Beschilderungen der jeweiligen Türen und Nischen (Türkennzeichnung, Nischenbeschriftungen, Hinweisschilder, etc.)
- Abnahme der Toranlagen durch eine akkreditierte Prüfstelle entsprechend den Vorgaben des PLaHELP PuT im Zuge der IBS ..."

B.5 Leistungsverzeichnis inkl. LB-B-007 - Bauleistungen (idF der dritten Berichtigung) B.5 Leistungsverzeichnis inkl. LB-B-007 - Bauleistungen in der Fassung der dritten Berichtigung):

Position 00 00.B1 03A:

"Subunternehmer wesentliche Leistungsteile

Über die in der B.1 als wesentlich definierten Auftragsteile sind auch folgende Auftragsteile wesentlich im Sinne der B.1:

- -Strichaufzählung
Herstellung Querschlag GQ
- -Strichaufzählung
Leistungen der E&M (OG 40)"

Position 00 00.B1 03B:

"Subunternehmer %-Satz

Über die in der B.1 als wesentlich definierten Auftragsteile sind auch folgende Auftragsteile wesentlich im Sinne der B.1.

Leistungsteile von mehr als 10% der Gesamtangebotssumme, die an Subunternehmer vergeben werden.

Dieser %-Satz gilt je Subunternehmer."

Position 00 00.B1 04E:

"Referenzprojekte

Zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit des Bieters ist ergänzend zur B.1 zumindest folgendes nachzuweisen:

Referenzprojekte

Zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit sind mindestens 2 Referenzprojekte anzugeben, die mit dem vorliegenden Auftrag vergleichbar sind. Letzteres ist dann der Fall, wenn folgende Kriterien erfüllt sind:

a) Kriterien:

- -Strichaufzählung
Baumeisterarbeiten unter Verkehr
- -Strichaufzählung
Bauleistungen für Neubau oder Sanierung eines Tunnels im hochrangigen Straßennetz mit einer Mindestlänge von 400 m (Summe der Röhrenkilometer) und eines Auftragswertes von mind. 3 Mio. Euro netto.

b) Beschränkung des Alters von Referenzen:

Es werden grundsätzlich nur Referenzprojekte mit einer Auftragserteilung ab dem 01.01.2003 anerkannt und gewertet.

c) Selbstdeklaration und Referenzzuordnung:

Im Formblatt "Erklärung hinsichtlich durchgeführter Arbeiten" sind Referenzprojekte anzugeben, die in weiterer Folge für die Auswertung der Eignungskriterien herangezogen werden.

Die Referenzprojekte nach Wahl des Bieters sind unter Angabe von

- Projektsbezeichnung
- AG
- Kontaktaufnahmemöglichkeit
- Datum der Auftragserteilung
- Zeit und Ort der Bauführung
- ursprüngliche Auftragssumme
- ob die Arbeiten den anerkannten Regeln der Technik entsprachen, und ob sie ordnungsgemäß durchgeführt wurden anzuführen.

Die vergebende Stelle behält sich vor, Auftraggeber-Bestätigungen über die ordnungsgemäße Ausführung der erbrachten Leistung (nicht jedoch für ASFiNAG-Projekte) nachzufordern."

Position 00 00.B1 04E1:

"Referenzprojekte

Zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit des Bieters ist ergänzend zur B.1 zumindest folgendes nachzuweisen:

Referenzprojekte

Zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit sind mindestens 2 Referenzprojekte anzugeben, die mit dem vorliegenden Auftrag vergleichbar sind. Letzteres ist dann der Fall, wenn folgende Kriterien erfüllt sind:

a) Kriterien:

- -Strichaufzählung
EM Leistungen für Neubau oder Sanierung eines Tunnels im hochrangigen Straßennetz mit einer Mindestlänge von 1.000 m (Summe der Röhrenkilometer) und eines Auftragswertes von mind. 2 Mio. Euro netto.

b) Beschränkung des Alters von Referenzen:

Es werden grundsätzlich nur Referenzprojekte mit einer Auftragserteilung ab dem 01.01.2003 anerkannt und gewertet.

c) Selbstdeklaration und Referenzzuordnung:

Im Formblatt "Erklärung hinsichtlich durchgeführter Arbeiten" sind Referenzprojekte anzugeben, die in weiterer Folge für die Auswertung der Eignungskriterien herangezogen werden.

Die Referenzprojekte nach Wahl des Bieters sind unter Angabe von

- Projektsbezeichnung
- AG
- Kontaktaufnahmemöglichkeit
- Datum der Auftragserteilung
- Zeit und Ort der Bauführung
- ursprüngliche Auftragssumme
- ob die Arbeiten den anerkannten Regeln der Technik entsprachen, und ob sie ordnungsgemäß durchgeführt wurden anzuführen.

Die vergebende Stelle behält sich vor, Auftraggeber-Bestätigungen über die ordnungsgemäße Ausführung der erbrachten Leistung (nicht jedoch für ASFINAG-Projekte) nachzufordern."

Position 30 21.92 71: (betreffend Gefahrenmeldeanlage)

"AbnahmeÜPrüfung

Die AbnahmeÜberprüfung (AbnahmeÜPrüfung) ist nach Fertigstellung der Anlage ist deren Einsatzsicherheit und die geforderte Ausführung durch eine staatliche akkreditierte Prüfstelle zu attestieren. Der Aufwand für die Präsenz bei der behördlichen Abnahme sowie die Kosten der behördlichen Übernahme sind mit dem Einheitspreis abgegolten.

Lo

So

1 PA EP"

Position 30 31.92 31: (betreffend Türen und Tore)

"Inbetriebsetzung (IBS) der angeführten Anlage einschließlich der erforderlichen Prüfungen und Tests, Einschulung des Bedienungs- und Wartungspersonals und Erstellen eines Inbetriebsetzungsprotokolls."

Punkt 1.5. der Ständigen Vorbemerkungen zu den Obergruppen lautet:

"1.5 Qualitätsnachweise

Prüfungen, die gemäß den technischen Vertragsbedingungen einer akkreditierten Prüfstelle vorbehalten sind, dürfen nur durch eine vom Auftragnehmer (AN) bzw. von seinen Subunternehmern unabhängigen Prüfstelle vorgenommen werden."

Zur Position 00 00.B1 03A stellte die Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung klar, dass es sich bei den Leistungen der E&M richtigerweise um die OG 11, 30 und 31 handelt.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin machte in ihrem Angebot unter anderen folgende Subunternehmer namhaft, wobei die Firma des jeweiligen Subunternehmers sowie der exakte Prozentsatz der Subleistung zur Wahrung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen nicht wiedergegeben wird:

Tabelle kann nicht abgebildet werden

Die Antragstellerin machte in ihrem Angebot für "Diverse Abnahmen und Überprüfungen" die C*** als Subunternehmerin namhaft.

Am 15.07.2015 richtete die Auftraggeberin das nachstehende Schreiben an die präsumtive Zuschlagsempfängerin:

"Sehr geehrte Damen und Herren,

im Zuge des Vergabeverfahrens

ID-Nr.: 39819 A10 INT Kroislerwandtunnel BuS Bauleistung - Bauliche & EM Sanierung & STSG

werden Sie ersucht, folgende Dokumente nachzureichen / zu beachten:

Referenznachweise gem. 00.0B104E und 00.0B104E1

Erklärung hinsichtlich durchgeführter Arbeiten.

Verpflichtungserklärung und Eignungsnachweise wesentlicher SUBS:

A*** und B***"

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin übermittelte in weiterer Folge binnen der gesetzten Frist jeweils unter Verwendung des Formblattes "Verpflichtungserklärung des Subunternehmers" einerseits eine Verpflichtungserklärung der von ihr als Subunternehmerin benannten A*** sowie andererseits eine Verpflichtungserklärung der von ihr als Subunternehmerin benannten B*** sowie überdies Referenzlisten der XXXX und der A***. Das Formblatt "Verpflichtungserklärung des Subunternehmers" lautet auszugsweise: Die präsumtive Zuschlagsempfängerin übermittelte in weiterer Folge binnen der gesetzten Frist jeweils unter Verwendung des Formblattes "Verpflichtungserklärung des Subunternehmers" einerseits eine Verpflichtungserklärung der von ihr als Subunternehmerin benannten A*** sowie andererseits eine Verpflichtungserklärung der von ihr als Subunternehmerin benannten B*** sowie überdies Referenzlisten der römisch 40 und der A***. Das Formblatt "Verpflichtungserklärung des Subunternehmers" lautet auszugsweise:

"3. Genaue Bezeichnung der Aufgaben: innerhalb des Projektes sowie Abgrenzung zu anderen Leistungen oder Leistungsteilen ...

Wir geben hiermit die ausdrückliche, verbindliche und unwiderrufliche Zusage gegenüber dem Bieter/der Bietergemeinschaft ... ab, die in Punkt 3 angegebenen Leistungen im Falle der Zuschlagserteilung zu erbringen."

Unter Punkt 3 findet sich bei der Verpflichtungserklärung der A*** keine Eintragung.

Am 27.07.2015 fand ein Aufklärungsgespräch mit der präsumtiven Zuschlagsempfängerin statt. Das Protokoll hierzu lautet auszugsweise:

"Themenblock 1: Eignungs- und Zuschlagskriterien

...

Thema: technische Zuverlässigkeit

Frage 1.3: Der Bieter hat für die Erbringung der EM-technischen Leistungen die A*** sowie die B*** als Subunternehmer genannt. Im Zuge der Prüfung wurde festgestellt, dass der Subunternehmer B*** die im Kap B.5 definierten Referenzprojekte nicht vorweisen kann.

Bestätigt der Bieter, dass die EM-Leistungen unter Federführung der A*** erbracht werden, sodass die Qualität der Ausführung im Sinne der geforderten technischen Leistungsfähigkeit sichergestellt ist?

Antwort 1.3: Ja. Der Bieter bestätigt dies."

Am 04.08.2015 wurde den Bietern über die Vergabeplattform AVA-Online die Zuschlagsentscheidung lautend auf das Angebot der XXXX mitgeteilt. Am 04.08.2015 wurde den Bietern über die Vergabeplattform AVA-Online die Zuschlagsentscheidung lautend auf das Angebot der römisch 40 mitgeteilt.

Am 14.08.2015 brachte die Antragstellerin den gegenständlichen Nachprüfungsantrag beim Bundesverwaltungsgericht ein.

Mit Beschluss vom 19.08.2015 wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben und die Erteilung des Zuschlages für die Dauer des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens untersagt.

Mit Schriftsatz vom 24.08.2015, beim Bundesverwaltungsgericht am selben Tag eingelangt, erhob die präsumtive Zuschlagsempfängerin begründete Einwendungen.

Entsprechend den Angaben der Auftraggeberin wurde weder eine Zuschlagsentscheidung bzw. Widerrufsentscheidung bekanntgegeben noch wurde der Zuschlag erteilt bzw. der Widerruf erklärt.

2. Beweiswürdigung:

Der Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den eingangs angeführten Beweismitteln. Bei der Beweiswürdigung haben sich gegen die Echtheit und Richtigkeit der vorliegenden Unterlagen des Vergabeverfahrens keine Bedenken ergeben. Das erstmals in der mündlichen Verhandlung seitens der präsumtiven Zuschlagsempfängerin erstattete Vorbringen, die E&M-Leistungen würden in einer Arbeitsgemeinschaft der von ihr namhaft gemachten Subunternehmerinnen A***

und B*** erbracht werden, findet keinen Niederschlag in den dem Bundesverwaltungsgericht vorliegenden Unterlagen des Vergabeverfahrens, sondern muss im Hinblick auf den erfolgten Vorhalt des Bundesverwaltungsgerichts vom 18.09.2015 als nachgeschobene "Schutzbehauptung" angesehen werden.

3. Rechtliche Beurteilung:

Zu A.I.

3.1. Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts, Zulässigkeit des Antrages und Parteistellung

Auftraggeberin im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft (Bund). Sie ist öffentliche Auftraggeberin gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (st Rspr, zB BVwG 23.09.2014, W187 2009108-1/19E; BVA 14.08.2013, N/0065-BVA/12/2013-17). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich gemäß § 4 BVergG um einen Bauauftrag. Der geschätzte Auftragswert liegt über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 3 BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt. Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft (Bund). Sie ist öffentliche Auftraggeberin gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG (st Rspr, zB BVwG 23.09.2014, W187 2009108-1/19E; BVA 14.08.2013, N/0065-BVA/12/2013-17). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich gemäß Paragraph 4, BVergG um einen Bauauftrag. Der geschätzte Auftragswert liegt über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt.

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 ist entsprechend § 312 Abs 1 und 2 BVergG iVm Art 14b Abs 2 Z 1 lit e B-VG gegeben. 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 ist entsprechend Paragraph 312, Absatz eins und 2 BVergG in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera e, B-VG gegeben.

Da laut Stellungnahme der Auftraggeberin das Vergabeverfahren weder widerrufen noch ein Zuschlag erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht in concreto gemäß § 312 Abs 2 Z 1 BVergG zur Nichtigkeitsklärung rechtswidriger Entscheidungen der Auftraggeberin zuständig. Da laut Stellungnahme der Auftraggeberin das Vergabeverfahren weder widerrufen noch ein Zuschlag erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht in concreto gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG zur Nichtigkeitsklärung rechtswidriger Entscheidungen der Auftraggeberin zuständig.

Gemäß Art 135 Abs 1 B-VG iVm § 2 VwGVG und § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gemäß § 292 Abs 1 BVergG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in den Angelegenheiten des § 291, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung handelt, in Senaten. Gemäß Artikel 135, Absatz eins, B-VG in Verbindung mit Paragraph 2, VwGVG und Paragraph 6, BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gemäß Paragraph 292, Absatz eins, BVergG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in den Angelegenheiten des Paragraph 291,, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung handelt, in Senaten.

Mit Schriftsatz vom 14.08.2015 stellte die Antragstellerin den unter Spruchpunkt A I. wiedergegebenen Nachprüfungsantrag. Dieser genügt den formalen Voraussetzungen nach § 322 Abs 1 BVergG. Der Nachprüfungsantrag richtet sich gegen die Zuschlagsentscheidung vom 04.08.2015. Dabei handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit a sublit aa BVergG. Die Antragstellerin hat ihr Interesse am Vertragsabschluss und den ihr durch den Verlust der Chance auf Zuschlagserteilung im gegenständlichen Vergabeverfahren entstandenen bzw drohenden Schaden iSd § 320 Abs 1 BVergG plausibel dargestellt. Mit Schriftsatz vom 14.08.2015 stellte die Antragstellerin den unter Spruchpunkt A römisch eins. wiedergegebenen Nachprüfungsantrag. Dieser genügt den formalen Voraussetzungen nach Paragraph 322, Absatz eins, BVergG. Der Nachprüfungsantrag richtet sich gegen die Zuschlagsentscheidung vom 04.08.2015. Dabei handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG. Die Antragstellerin hat ihr Interesse am Vertragsabschluss und den ihr durch den Verlust der Chance auf

Zuschlagserteilung im gegenständlichen Vergabeverfahren entstandenen bzw drohenden Schaden iSd Paragraph 320, Absatz eins, BVergG plausibel dargestellt.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin erhob rechtzeitig begründete Einwendungen und wahrte damit ihre Parteistellung (§ 324 Abs 3 BVergG). Soweit die präsumtive Zuschlagsempfängerin vorbringt, dass das Angebot der Antragstellerin gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG als den Ausschreibungsbestimmungen widersprechend auszuschneiden gewesen wäre, da sie eine akkreditierte Prüfanstalt als Subunternehmerin für diverse Abnahmen und Überprüfungen namhaft gemacht habe und der Antragstellerin folgedessen die Antragslegitimation fehle, ist Folgendes festzuhalten: Die präsumtive Zuschlagsempfängerin erhob rechtzeitig begründete Einwendungen und wahrte damit ihre Parteistellung (Paragraph 324, Absatz 3, BVergG). Soweit die präsumtive Zuschlagsempfängerin vorbringt, dass das Angebot der Antragstellerin gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG als den Ausschreibungsbestimmungen widersprechend auszuschneiden gewesen wäre, da sie eine akkreditierte Prüfanstalt als Subunternehmerin für diverse Abnahmen und Überprüfungen namhaft gemacht habe und der Antragstellerin folgedessen die Antragslegitimation fehle, ist Folgendes festzuhalten:

Vorauszuschicken ist, dass die gegenständliche Ausschreibung mangels rechtzeitiger Anfechtung Bestandskraft erlangt hat und sohin nach ständiger Rechtsprechung selbst dann unveränderliche Grundlage für die Prüfung und Bewertung der Angebote ist, wenn deren Bestimmungen unzweckmäßig oder gar vergaberechtswidrig sein sollten (siehe ua VwGH 17.06.2014, 2013/04/0029; VwGH 07.11.2005, 2003/04/0135; dem folgend ua BVA 16.04.2008, N/0029-BVA/09/2008-27). Sowohl der Auftraggeber als auch die Bieter sind an die in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen gebunden. Ein nachträgliches Abgehen von den Bestimmungen der Ausschreibung ist im Sinne der Gleichbehandlung aller Bieter nicht mehr möglich (vgl. EuGH 25.04.1996, Rs C-87/94, Wallonische Busse; EuGH 06.11.2014, Rs C-42/13, Cartiera dell'Adda SpA gegen CEM Ambiente SpA). Umgekehrt müssen alle Bieter darauf vertrauen können, dass der Auftraggeber seine eigenen Ausschreibungsbedingungen einhält (ua BVA 25.11.2009, N/0110-BVA/09/2009-28; Latzenhofer in Gast (Hrsg.), BVergG-Leitsatzkommentar, E 53 zu § 321). Dem Bundesverwaltungsgericht ist es daher auch verwehrt, derart bestandskräftige Entscheidungen im Zuge der Anfechtung späterer Auftraggeberentscheidungen inzident in Prüfung zu ziehen (siehe grundlegend VwGH 15.09.2004, 2004/04/0054; VwGH 07.09.2009, 2007/04/0090; VwGH 27.06.2007, 2005/04/0234; VwGH 07.11.2005, 2003/04/0135; ua BVwG 10.06.2015, W138 2107225-2/17E; BVwG 23.10.2014, W123 2011734-2/24E; für viele ua BVA 08.02.2008, N/0008-BVA/06/2008-29 mwN). Vorauszuschicken ist, dass die gegenständliche Ausschreibung mangels rechtzeitiger Anfechtung Bestandskraft erlangt hat und sohin nach ständiger Rechtsprechung selbst dann unveränderliche Grundlage für die Prüfung und Bewertung der Angebote ist, wenn deren Bestimmungen unzweckmäßig oder gar vergaberechtswidrig sein sollten (siehe ua VwGH 17.06.2014, 2013/04/0029; VwGH 07.11.2005, 2003/04/0135; dem folgend ua BVA 16.04.2008, N/0029-BVA/09/2008-27). Sowohl der Auftraggeber als auch die Bieter sind an die in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen gebunden. Ein nachträgliches Abgehen von den Bestimmungen der Ausschreibung ist im Sinne der Gleichbehandlung aller Bieter nicht mehr möglich vergleiche EuGH 25.04.1996, Rs C-87/94, Wallonische Busse; EuGH 06.11.2014, Rs C-42/13, Cartiera dell'Adda SpA gegen CEM Ambiente SpA). Umgekehrt müssen alle Bieter darauf vertrauen können, dass der Auftraggeber seine eigenen Ausschreibungsbedingungen einhält (ua BVA 25.11.2009, N/0110-BVA/09/2009-28; Latzenhofer in Gast (Hrsg.), BVergG-Leitsatzkommentar, E 53 zu Paragraph 321,). Dem Bundesverwaltungsgericht ist es daher auch verwehrt, derart bestandskräftige Entscheidungen im Zuge der Anfechtung späterer Auftraggeberentscheidungen inzident in Prüfung zu ziehen (siehe grundlegend VwGH 15.09.2004, 2004/04/0054; VwGH 07.09.2009, 2007/04/0090; VwGH 27.06.2007, 2005/04/0234; VwGH 07.11.2005, 2003/04/0135; ua BVwG 10.06.2015, W138 2107225-2/17E; BVwG 23.10.2014, W123 2011734-2/24E; für viele ua BVA 08.02.2008, N/0008-BVA/06/2008-29 mwN).

Die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen hat nach ständiger Rechtsprechung und dem einschlägigen Schrifttum auch im Vergaberecht nach den Regeln der §§ 914f ABGB zu erfolgen (siehe ua BVA 18.01.2008, N/0118-BVA/04/2007-36; BVA 11.01.2008, N/0112-BVA/14/2007-20; BVA 28.06.2007, N/0057-BVA/11/2007-25; Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt zu interpretieren (ua VwGH 22.11.2011, 2006/04/0024; VwGH 19.11.2008, 2007/04/0018 und 2007/04/0019; ebenso ua BVA vom 02.05.2011, N/0021-BVA/10/2011-33 mwN). Dies gilt auch für die Auslegung der Willenserklärungen der Bieter und damit für die Auslegung ihrer Angebote (VwGH 22.11.2011, 2006/04/0024; VwGH 25.01.2011, 2006/04/0200; ua BVA

14.06.2012, N/0048-BVA/03/2012-23; Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, § 2 Z 3 Rz 8). Die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen hat nach ständiger Rechtsprechung und dem einschlägigen Schrifttum auch im Vergaberecht nach den Regeln der Paragraphen 914 f, ABGB zu erfolgen (siehe ua BVA 18.01.2008, N/0118-BVA/04/2007-36; BVA 11.01.2008, N/0112-BVA/14/2007-20; BVA 28.06.2007, N/0057-BVA/11/2007-25; Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt zu interpretieren (ua VwGH 22.11.2011, 2006/04/0024; VwGH 19.11.2008, 2007/04/0018 und 2007/04/0019; ebenso ua BVA vom 02.05.2011, N/0021-BVA/10/2011-33 mwN). Dies gilt auch für die Auslegung der Willenserklärungen der Bieter und damit für die Auslegung ihrer Angebote (VwGH 22.11.2011, 2006/04/0024; VwGH 25.01.2011, 2006/04/0200; ua BVA 14.06.2012, N/0048-BVA/03/2012-23; Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Paragraph 2, Ziffer 3, Rz 8).

Die Antragstellerin machte in ihren Angeboten eine nach dem AkkreditierungsG akkreditierte Prüfstelle für "Diverse Abnahmen und Überprüfungen" als Subunternehmerin namhaft. Nach Ansicht des erkennenden Senates kann es im Hinblick auf die Beurteilung der Antragslegitimation dahinstehen, ob es sich bei den betreffenden Prüfungen um bloße "Hilfstätigkeiten" handelt oder um Subleistungen. Einerseits begründet nicht die Bezeichnung der akkreditierten Prüfstelle als Subunternehmerin deren rechtliche Stellung als solche, sondern allein deren Leistung in Bezug auf den konkreten Leistungsgegenstand (Zellhofer/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, § 83 Rz 24). Andererseits stehen die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ins Treffen geführten Ausschreibungsbestimmungen einer Namhaftmachung als Subunternehmerin nicht entgegen. Soweit Prüfungen nach den technischen Vertragsbestimmungen einer akkreditierten Prüfstelle vorbehalten sind, ist zwar nach den ständigen Vorbemerkungen zu jeder Obergruppe (jeweils Punkt 1.5) die Unabhängigkeit dieser akkreditierten Prüfstelle vom Auftragnehmer bzw von seinen Subunternehmern zu gewährleisten. Sofern es sich dabei nicht ohnehin um Tätigkeiten in Hilfsfunktion handelt, so ist, will man der Auftraggeberin nicht die Festlegung sinnwidriger bzw widersprüchlicher Bestimmungen unterstellen, das Erfordernis der Unabhängigkeit der akkreditierten Prüfstelle dahingehend auszulegen, dass die Prüfung der betreffenden Leistung durch einen vom konkreten Leistungserbringer unabhängigen Dritten erfolgen muss. Wie die Antragstellerin zutreffend ausführt, ist dieses Erfordernis der Unabhängigkeit zur Wahrung der Objektivität demnach dahingehend zu interpretieren, dass die betreffende Prüfstelle keinem maßgebenden Einfluss durch den Auftragnehmer selbst oder durch sonstige zur Erbringung der (zu überprüfenden) Leistungen herangezogene Subunternehmer unterliegen darf. Bei der von der Antragstellerin namhaft gemachten akkreditierten Prüfstelle handelt es sich um eine Prüfstelle, welche weder mit der Antragstellerin noch mit den von ihr namhaft gemachten sonstigen Subunternehmern in einem Naheverhältnis steht, welches die Unabhängigkeit in Frage stellen könnte. Das Angebot der Antragstellerin steht damit nicht in Widerspruch zu den Ausschreibungsvorgaben. Der Ausscheidenstatbestand des § 129 Abs 1 Z 7 BVergG liegt nicht vor. Die Antragslegitimation der Antragstellerin ist gegeben.

Die Antragstellerin machte in ihren Angeboten eine nach dem AkkreditierungsG akkreditierte Prüfstelle für "Diverse Abnahmen und Überprüfungen" als Subunternehmerin namhaft. Nach Ansicht des erkennenden Senates kann es im Hinblick auf die Beurteilung der Antragslegitimation dahinstehen, ob es sich bei den betreffenden Prüfungen um bloße "Hilfstätigkeiten" handelt oder um Subleistungen. Einerseits begründet nicht die Bezeichnung der akkreditierten Prüfstelle als Subunternehmerin deren rechtliche Stellung als solche, sondern allein deren Leistung in Bezug auf den konkreten Leistungsgegenstand (Zellhofer/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Paragraph 83, Rz 24). Andererseits stehen die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ins Treffen geführten Ausschreibungsbestimmungen einer Namhaftmachung als Subunternehmerin nicht entgegen. Soweit Prüfungen nach den technischen Vertragsbestimmungen einer akkreditierten Prüfstelle vorbehalten sind, ist zwar nach den ständigen Vorbemerkungen zu jeder Obergruppe (jeweils Punkt 1.5) die Unabhängigkeit dieser akkreditierten Prüfstelle vom Auftragnehmer bzw von seinen Subunternehmern zu gewährleisten. Sofern es sich dabei nicht ohnehin um Tätigkeiten in Hilfsfunktion handelt, so ist, will man der Auftraggeberin nicht die Festlegung sinnwidriger bzw widersprüchlicher Bestimmungen unterstellen, das Erfordernis der Unabhängigkeit der akkreditierten Prüfstelle dahingehend auszulegen, dass die Prüfung der betreffenden Leistung durch einen vom konkreten Leistungserbringer unabhängigen Dritten erfolgen muss. Wie die Antragstellerin zutreffend ausführt, ist dieses Erfordernis der Unabhängigkeit zur Wahrung der Objektivität demnach dahingehend zu interpretieren, dass die betreffende Prüfstelle keinem maßgebenden Einfluss durch den Auftragnehmer selbst oder durch sonstige zur Erbringung der (zu überprüfenden) Leistungen herangezogene Subunternehmer unterliegen darf. Bei der von der Antragstellerin namhaft gemachten

akkreditierten Prüfstelle handelt es sich um eine Prüfstelle, welche weder mit der Antragstellerin noch mit den von ihr namhaft gemachten sonstigen Subunternehmern in einem Naheverhältnis steht, welches die Unabhängigkeit in Frage stellen könnte. Das Angebot der Antragstellerin steht damit nicht in Widerspruch zu den Ausschreibungsvorgaben. Der Ausscheidenstatbestand des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG liegt nicht vor. Die Antragslegitimation der Antragstellerin ist gegeben.

Soweit die präsumtive Zuschlagsempfängerin überdies geltend macht, dass die Antragstellerin ihrem Vorbringen nach nicht für sämtliche Prüfungen eine akkreditierte Prüfstelle namhaft gemacht habe und insofern ihre Angebote ebenso wie ihr eigenes Angebot auszuschneiden wären, ist sie darauf hinzuweisen, dass die Antragstellerin ausdrücklich für "Diverse Abnahmen und Überprüfungen" eine akkreditierte Prüfstelle namhaft gemacht hat. Angesichts der allein im Hinblick auf die Gefahrenmeldeanlage erfolgten Festlegung einer eigenständigen Leistungsposition ausschließlich für die Abnahmeüberprüfung hat die Antragstellerin den von der Prüfstelle zu erbringenden Leistungsteil mit "Diverse Abnahmen und Überprüfungen" ausreichend konkretisiert. Selbst die Auftraggeberin vermochte sonstige konkret erforderliche Prüfungen durch akkreditierte Prüfstellen nicht abschließend und klar abzugrenzen und verwies etwa auch darauf, dass die Inbetriebnahme und Inbetriebsetzung, im Rahmen welcher auch Prüfungen vorzunehmen sind, grundsätzlich von Auftragnehmer und Auftraggeberin gemeinsam durchgeführt würden. Im Übrigen wäre es im Falle von Unklarheiten im Hinblick auf den von der Antragstellerin bezeichneten Leistungsteil "Diverse Abnahmen und Überprüfungen" Aufgabe der Auftraggeberin, entsprechende Aufklärung seitens der Antragstellerin zu begehren und ist es nicht Aufgabe der Vergabekontrolle Angebotsprüfungsschritte nachzuholen (BVA 04.07.2013, N/0037-BVA/09/2013-45; BVA 10.03.2009, N/0145-BVA/09/2008-81 uva). Das Vorliegen eines offenkundig den Akten des Vergabeverfahrens zu entnehmenden Ausscheidensgrundes ist daher auch insofern nicht anzunehmen (ua VWGH 31.05.2011, 2007/04/0095).

Des Weiteren wurde der Antrag innerhalb der Anfechtungsfrist gemäß § 321 Abs 1 BVergG eingebracht. Die Pauschalgebühr wurde in entsprechender Höhe entrichtet (§ 318 Abs 1 Z 1 BVergG iVm § 1 BVwG-PauschGebV Vergabe). Ein Grund für die Unzulässigkeit des Antrages nach § 322 Abs 2 BVergG liegt daher nicht vor. Des Weiteren wurde der Antrag innerhalb der Anfechtungsfrist gemäß Paragraph 321, Absatz eins, BVergG eingebracht. Die Pauschalgebühr wurde in entsprechender Höhe entrichtet (Paragraph 318, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG in Verbindung mit Paragraph eins, BVwG-PauschGebV Vergabe). Ein Grund für die Unzulässigkeit des Antrages nach Paragraph 322, Absatz 2, BVergG liegt daher nicht vor.

3.2. Inhaltliche Beurteilung

Vorliegend behauptet die Antragstellerin im Wesentlichen, dass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wegen unzureichender Referenzen hinsichtlich der technischen Leistungsfähigkeit, wegen mangelnder Befugnisse, die zur Auftragsdurchführung erforderlich wären und wegen eines unangemessen niedrigen Gesamtpreises auszuschneiden wäre. Tatsächlich hat das Ermittlungsverfahren ergeben, dass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin für eine Zuschlagserteilung nicht in Betracht kommt. Der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wurden mit Schreiben des Bundesverwaltungsgerichts vom 18.09.2015 vorläufige Ermittlungsergebnisse, welche die Verwirklichung des vom Bundesverwaltungsgericht herangezogenen Ausscheidensgrundes nach sich ziehen, vorgehalten (VwGH vom 12.05.2011, 2007/04/0012). Ihr wurde hiermit - sowie weiters in der mündlichen Verhandlung am 25.09.2015 - Gelegenheit gegeben, dazu und damit auch zur Stichhaltigkeit des letztlich herangezogenen Ausscheidensgrundes Stellung zu nehmen.

Die maßgebenden Bestimmungen des BVergG 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.

...

Nachweis der Eignung durch andere Unternehmer

§ 76. Zum Nachweis der erforderlichen Leistungsfähigkeit oder Befugnis kann sich ein Unternehmer für einen bestimmten Auftrag auf die Kapazitäten anderer Unternehmer ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und diesen Unternehmern bestehenden Verbindungen stützen. In diesem Fall muss er den Nachweis erbringen, dass ihm für die Ausführung des Auftrages die bei den anderen Unternehmern im erforderlichen Ausmaß vorhandenen Mittel auch tatsächlich zur Verfügung stehen. Paragraph 76, Zum Nachweis der erforderlichen Leistungsfähigkeit oder Befugnis kann sich ein Unternehmer für einen bestimmten Auftrag auf die Kapazitäten anderer Unternehmer ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und diesen Unternehmern bestehenden Verbindungen stützen. In diesem Fall muss er den Nachweis erbringen, dass ihm für die Ausführung des Auftrages die bei den anderen Unternehmern im erforderlichen Ausmaß vorhandenen Mittel auch tatsächlich zur Verfügung stehen.

Subunternehmerleistungen

§ 83. (1) Die Weitergabe des gesamten Auftrages ist unzulässig, ausgenommen hiervon sind Kaufverträge sowie die Weitergabe an verbundene Unternehmen. Paragraph 83, (1) Die Weitergabe des gesamten Auftrages ist unzulässig, ausgenommen hiervon sind Kaufverträge sowie die Weitergabe an verbundene Unternehmen.

(2) Der Auftraggeber hat in den Ausschreibungsunterlagen festzulegen, ob nur die wesentlichen Teile des Auftrages, die der Bieter jedenfalls oder möglicherweise im Wege von Subaufträgen an Dritte zu vergeben beabsichtigt, bekannt zu geben sind.

(3) Die Weitergabe des gesamten Auftrages oder von Teilen der Leistung ist nur insoweit zulässig, als der Subunternehmer die für die Ausführung seines Teiles erforderliche Befugnis, Leistungsfähigkeit sowie die berufliche Zuverlässigkeit besitzt. Die Subunternehmer können ihre erforderliche Befugnis, Leistungsfähigkeit und berufliche Zuverlässigkeit nach Maßgabe des § 70 Abs. 2 bis 4 nachweisen. (3) Die Weitergabe des gesamten Auftrages oder von Teilen der Leistung ist nur insoweit zulässig, als der Subunternehmer die für die Ausführung seines Teiles erforderliche Befugnis, Leistungsfähigkeit sowie die berufliche Zuverlässigkeit besitzt. Die Subunternehmer können ihre erforderliche Befugnis, Leistungsfähigkeit und berufliche Zuverlässigkeit nach Maßgabe des Paragraph 70, Absatz 2 bis 4 nachweisen.

Ablauf des offenen Verfahrens

§ 101. (1) Offene Verfahren sind in den einschlägigen Publikationsmedien gemäß den §§ 46, 50 bis 52 und 55 bekannt zu machen. Paragraph 101, (1) Offene Verfahren sind in den einschlägigen Publikationsmedien gemäß den Paragraphen 46, 50 bis 52 und 55 bekannt zu machen.

(2) Anzahl und Namen der Unternehmer, die ihr Interesse an der Teilnahme an einem offenen Verfahren bekundet haben, sind bis zur Angebotsöffnung geheim zu halten.

(3) Im offenen Verfahren können Unternehmer innerhalb der Angebotsfrist ihre Angebote einreichen.

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

Inhalt der Angebote

§ 108. (1) Jedes Angebot muss insbesondere enthalten: Paragraph 108, (1) Jedes Angebot muss insbesondere enthalten:

1. ...

2. Bekanntgabe der Subunternehmer, auf deren Kapazitäten sich der Bieter zum Nachweis seiner Eignung stützt, unter Beilage des Nachweises, dass der Bieter über deren Kapazitäten tatsächlich verfügt und der Auftraggeber die zur Durchführung des Gesamtauftrages erforderlichen Sicherheiten über die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit hat. Bekanntgabe aller Teile oder - sofern der Auftraggeber dies in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehen hat - nur der wesentlichen Teile des Auftrages, die der Bieter jedenfalls oder möglicherweise im Wege von Subaufträgen an Dritte zu vergeben beabsichtigt. Die in Frage kommenden Subunternehmer sind bekannt zu geben. Die Nennung mehrerer Subunternehmer je Leistungsteil ist zulässig. Die Haftung des Auftragnehmers wird durch diese Angaben nicht berührt;

...

(2) Mit der Abgabe seines Angebotes erklärt der Bieter, dass er die Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen kennt, dass er über die erforderlichen Befugnisse zur Ausführung des Auftrages verfügt, dass er die ausgeschriebene Leistung zu diesen Bestimmungen und den von ihm angegebenen Preisen erbringt, und dass er sich bis zum Ablauf der Zuschlagsfrist an sein Angebot bindet.

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.

Vorgehen bei Mangelhaftigkeit der Angebote

§ 126. (1) Ergeben sich bei der Prüfung der Angebote Unklarheiten über das Angebot, einschließlich etwaiger Varianten-, Alternativ- oder Abänderungsangebote, oder über die geplante Art der Durchführung, oder werden Mängel festgestellt, so ist, sofern die Unklarheiten für die Beurteilung der Angebote von Bedeutung sind, vom Bieter eine verbindliche schriftliche Aufklärung zu verlangen. Die vom Bieter erteilten schriftlichen Auskünfte bzw. die vom Bieter allenfalls vorgelegten Nachweise sind der Niederschrift über die Prüfung der Angebote beizuschließen. Bei Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich kann von der Vorgehensweise gemäß diesem Absatz abgesehen werden. Paragraph 126, (1) Ergeben sich bei der Prüfung der Angebote Unklarheiten über das Angebot, einschließlich etwaiger Varianten-, Alternativ- oder Abänderungsangebote, oder über die geplante Art der Durchführung, oder werden Mängel festgestellt, so ist, sofern die Unklarheiten für die Beurteilung der Angebote von Bedeutung sind, vom Bieter eine verbindliche schriftliche Aufklärung zu verlangen. Die vom Bieter erteilten schriftlichen Auskünfte bzw. die vom Bieter allenfalls vorgelegten Nachweise sind der Niederschrift über die Prüfung der Angebote beizuschließen. Bei Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich kann von der Vorgehensweise gemäß diesem Absatz abgesehen werden.

(2) Die durch die erteilten Aufklärungen allenfalls veranlasste weitere Vorgangsweise darf die Grundsätze der §§ 19 Abs. 1, 101 Abs. 4, 104 Abs. 2 und 127 nicht verletzen. (2) Die durch die erteilten Aufklärungen allenfalls veranlasste weitere Vorgangsweise darf die Grundsätze der Paragraphen 19, Absatz eins, 101, Absatz 4, 104, Absatz 2 und 127 nicht verletzen.

Aufklärungsgespräche und Erörterungen

§ 127. (1) Während eines offenen oder eines nicht offenen Verfahrens sind nur Aufklärungsgespräche zum Einholen von Auskünften über die finanzielle und wirtschaftliche oder die technische Leistungsfähigkeit sowie Auskünfte, die zur Prüfung der Preisangemessenheit, der Erfüllung der Mindestanforderungen und der Gleichwertigkeit von Alternativ- oder Abänderungsangeboten erforderlich sind, zulässig. Paragraph 127, (1) Während eines offenen oder eines nicht offenen Verfahrens sind nur Aufklärungsgespräche zum Einholen von Auskünften über die finanzielle und wirtschaftliche oder die technische Leistungsfähigkeit sowie Auskünfte, die zur Prüfung der Preisangemessenheit, der Erfüllung der Mindestanforderungen und der Gleichwertigkeit von Alternativ- oder Abänderungsangeboten erforderlich sind, zulässig.

(2) ...

Niederschrift über die Prüfung

§ 128. (1) Über die Prüfung der Angebote und ihr Ergebnis ist eine Niederschrift zu verfassen, in welcher alle für die Beurteilung der Angebote wesentlichen Umstände festzuhalten sind. Paragraph 128, (1) Über die Prüfung der Angebote und ihr Ergebnis ist eine Niederschrift zu verfassen, in welcher alle für die Beurteilung der Angebote wesentlichen Umstände festzuhalten sind.

(2) Über die Gesamtpreise, die sich nach Prüfung der Angebote ergeben - bei Teilvergabe auch über die betreffenden Teilgesamtpreise -, ist jedem Bieter, der berechtigt war, an der Angebotsöffnung teilzunehmen, Auskunft zu geben. Jeder Bieter kann in sein allenfalls berechtigtes Angebot oder in die Durchrechnung seines Angebotes Einsicht nehmen.

(3) Der Bieter kann in den sein Angebot betreffenden Teil der Niederschrift Einsicht nehmen. Bei der Gestaltung der Niederschrift ist darauf Bedacht zu nehmen.

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:

...

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

...

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;

...

(2) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung kann der Auftraggeber Angebote von Bieter ausschneiden, die es unterlassen haben, innerhalb der ihnen gestellten Frist die verlangten Aufklärungen zu geben oder deren Aufklärung einer nachvollziehbaren Begründung entbehrt. Von einem Bieter, der im Gebiet einer anderen Vertragspartei des EWR-Abkommens oder in der Schweiz ansässig ist, können auch Aufklärungen über die Zulässigkeit der Ausübung der Tätigkeit in Österreich verlangt werden.

(3) ...

Nichtigerklärung von Entscheidungen des Auftraggebers

§ 325. (1) Das Bundesverwaltungsgericht hat eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Erkenntnis für nichtig zu erklären, wenn Paragraph 325, (1) Das Bundesverwaltungsgericht hat eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Erkenntnis für nichtig zu erklären, wenn

1. sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung den Antragsteller in dem von ihm nach § 322 Abs. 1 Z 5 geltenden gemachten Recht verletzt, und 1. sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung den Antragsteller in dem von ihm nach Paragraph 322, Absatz eins, Ziffer 5, geltenden gemachten Recht verletzt, und

2. die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

...

Wie unter Punkt 3.1. bereits ausgeführt wurde, haben die Ausschreibungsunterlagen mangels rechtzeitiger Anfechtung Bestandskraft erlangt. Sie sind ebenso wie die Willenserklärungen der Bieter nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen (ua VwGH 22.11.2011,

2006/04/0024; im Zusammenhang mit der Beurteilung der Ausschreibungskonformität Fink/Hofer in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010], Rz 1423).

Zunächst ist festzuhalten, dass es nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes und der Vergabekontrolle nicht in der Disposition des Auftraggebers steht, von der Anwendung eines Ausscheidenstatbestandes nach seinem Ermessen Gebrauch zu machen. Alleine deshalb, weil der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für den Zuschlag von einem formalen Ausscheiden eines Angebotes Abstand genommen hat, wird ein auszuscheidendes Angebot nicht zu einem zulässigen Angebot, dem rechtsrichtig der Zuschlag erteilt werden kann (siehe ua VwGH 27.09.2000, 2000/04/0050; VwGH 04.09.2002, 2000/04/0181; BVwG 18.03.2015, W138 2100169-2/21E; BVwG 01.12.2014, W114 2013254-2/24E; BVA 19.08.2013, N/0073-BVA/06/2013-47; BVA 16.06.2009, N/0030-BVA/04/2009; BVA 01.02.2008, N/0121-BVA/07/2007-41 uva). Selbst das formale Absehen von der Nichtzulassung für die zweite Stufe im Verhandlungsverfahren hindert einen Auftraggeber nicht daran, erst im Rahmen des Vergabekontrollverfahrens Ausscheidens- bzw Nichtzulassungsgründe geltend zu machen (wiederum BVwG 01.12.2014, W114 2013254-2/24E mwN). Liegt auch nur ein einziger Ausscheidensgrund vor, so ist ein Angebot zwingend auszuscheiden (BVwG 24.07.2014, W138 2008591-1/45E; BVA 23.08.2011, N/0067-BVA/09/2011-21). Die Annahme, ein Bieter wolle ein den Ausschreibungsbedingungen widersprechendes Angebot legen, ist allerdings nach ständiger RSp des Verwaltungsgerichtshofes nur dann gerechtfertigt, wenn er dies - klar - zum Ausdruck bringt (VwGH 27.10.2014, 2012/04/0066; VwGH 25.01.2011, 2006/04/0200; VwGH 19.11.2008, 2004/04/0102).

Entsprechend den bestandsfesten Ausschreibungsbestimmungen sind für die in den Ausschreibungsunterlagen als wesentlich definierten Teile des Auftrages die vorgesehenen Subunternehmer zu nennen und in einer entsprechenden Liste (Formblatt "Subunternehmerverzeichnis") vollständig anzuführen. Als wesentliche Auftragsteile gelten jene Teile für die der Bieter nicht selbst über die erforderliche Befugnis, technische, finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit verfügt, weiters die Herstellung Querschlag, die Leistungen der E&M (OG 11, 30 und 31) sowie Leistungsteile von mehr als 10% der Gesamtangebotssumme, die an Subunternehmer vergeben werden, wobei dieser Prozentsatz je Subunternehmer gilt. Für diese Subunternehmer sind sämtliche Eignungsnachweise, die vom Bieter gefordert sind, soweit sie für den Leistungsteil des Subunternehmers relevant sind, vorzulegen. Zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit sind neben zumindest zwei näher definierten Referenzprojekten betreffend "Baumeisterarbeiten unter Verkehr" auch mindestens zwei näher definierte Referenzprojekte betreffend "EM Leistungen für Neubau und Sanierung eines Tunnel im hochrangigen Straßennetz" anzugeben (Pos 00.B104E1 B5-LV).

Die Weitergabe von Leistungen ist gemäß § 83 Abs 3 BVergG grundsätzlich nur an jene Subunternehmer zulässig, welche über die für die Ausübung ihres Leistungsteiles notwendige Befugnis, Leistungsfähigkeit und berufliche Zuverlässigkeit verfügen (BVA 23.10.2007, N/0084-BVA/05/2007-27; Schiefer/Wiedemair in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010], Rz 1184; Zellhofer/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 83 Rz 23ff). Die Angebotsprüfung des Auftraggebers hat demzufolge auch die Überprüfung der Eignung der Subunternehmer und damit jener Unternehmer, die den konkreten Leistungsteil tatsächlich ausführen, zu erfassen, sofern diese im Angebot bekannt zu geben waren (§§ 108 Abs 1 Z 2 und 123 Abs 2 Z 2 BVergG; siehe auch VwGH 24.09.2003, 2003/04/0093; VwGH 29.05.2002, 2002/04/0023; wiederum Zellhofer/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 83 Rz 11). Unerheblich ist dabei, ob es sich um einen erforderlichen Subunternehmer handelt oder nicht. So ist die technische Leistungsfähigkeit auch dann nachzuweisen, wenn der Bieter selbst bereits über die erforderliche Leistungsfähigkeit verfügt (wiederum Zellhofer/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 83 Rz 24, 26). Allein im Hinblick auf die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit wird in den Materialien festgehalten, dass die Zulässigkeitsregel betreffend die Weitergabe von Teilen der Leistung nur dann gilt, wenn der Unternehmer die Subunternehmer zur Darlegung seiner finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit benötigt (EBRV 1171 BlgNR XXII. GP 71). Die Weitergabe von Leistungen ist gemäß Paragraph 83, Absatz 3, BVergG grundsätzlich nur an jene Subunternehmer zulässig, welche über die für die Ausübung ihres Leistungsteiles notwendige Befugnis, Leistungsfähigkeit und berufliche Zuverlässigkeit verfügen (BVA 23.10.2007, N/0084-BVA/05/2007-27; Schiefer/Wiedemair in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010], Rz 1184; Zellhofer/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 83, Rz 23ff). Die Angebotsprüfung des Auftraggebers hat demzufolge auch die Überprüfung der Eignung der Subunternehmer und damit jener Unternehmer, die den konkreten Leistungsteil tatsächlich ausführen, zu erfassen, sofern diese im Angebot bekannt zu geben waren (Paragraphen 108, Absatz eins, Ziffer 2 und 123 Absatz 2, Ziffer 2, BVergG; siehe auch VwGH 24.09.2003, 2003/04/0093; VwGH 29.05.2002, 2002/04/0023; wiederum Zellhofer/Schramm in

Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 83, Rz 11). Unerheblich ist dabei, ob es sich um einen erforderlichen Subunternehmer handelt oder nicht. So ist die technische Leistungsfähigkeit auch dann nachzuweisen, wenn der Bieter selbst bereits über die erforderliche Leistungsfähigkeit verfügt (wiederum Zellhofer/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 83, Rz 24, 26). Allein im Hinblick auf die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit wird in den Materialien festgehalten, dass die Zulässigkeitsregel betreffend die Weitergabe von Teilen der Leistung nur dann gilt, wenn der Unternehmer die Subunternehmer zur Darlegung seiner finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit benötigt (EBRV 1171 BlgNR römisch 22 . Gesetzgebungsperiode 71).

In diesem Sinne sehen die gegenständlichen Ausschreibungsbestimmungen ausdrücklich vor, dass die für wesentliche Auftragsteile namhaft zu machenden Subunternehmer gleichermaßen die vom Bieter geforderten Eignungsnachweise vorzulegen haben, sofern diese für ihren Leistungsteil von Relevanz sind (1.1.24 B.1 - Allgemeine Ausschreibungsbestimmungen). Mit dieser Festlegung nimmt die Auftraggeberin Bezug auf die auch seitens der Bieter geforderten Eignungsnachweise und macht damit unmissverständlich klar, dass auch Subunternehmer ihre Eignung durch eben diese Eignungsnachweise nachweisen müssen, sofern ihre Leistungen als wesentliche Auftragsteile iSd Ausschreibungsvorgaben zu betrachten sind und die Nachweisführung im Hinblick auf die konkret von ihnen zu erbringenden Leistungsteile geboten ist.

Feststeht, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin für den überwiegenden Teil der ausgeschriebenen E&M-Leistungen, nämlich entsprechend den Angaben im Subunternehmerverzeichnis für "Elektroarbeiten, Teilleistung OG 30 u. 31" zwei Subunternehmerinnen mit einem Anteil der Sub-Leistung an der Gesamtangebotssumme in Höhe von jeweils knapp 30% namhaft machte. Weiters steht fest, dass die zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit gemäß Pos 00.B104E1 B5-LV geforderten Referenzprojekte im Hinblick auf E&M-Leistungen nach Aufforderung durch die Auftraggeberin, die Eignungsnachweise für die betreffenden beiden wesentlichen Subunternehmerinnen A*** und B*** vorzulegen, lediglich von einer der beiden namhaft gemachten Subunternehmerinnen, der A***, nachgewiesen wurden.

Das Bundesverwaltungsgericht hielt der präsumtiven Zuschlagsempfängerin diese Tatsache mit Schreiben vom 18.09.2015 vor. Im Rahmen der mündlichen Verhandlung am 25.09.2015 brachte die präsumtive Zuschlagsempfängerin hierzu vor, es würde ein gemeinsames Angebot und eine Erklärung gegenüber der präsumtiven Zuschlagsempfängerin bestehen, dass diese beiden Unternehmen diese Leistungen in Arbeitsgemeinschaft erbringen würden.

Entgegen diesem Vorbringen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin konnte nicht festgestellt werden, dass die betreffenden E&M-Leistungen von den bezeichneten Subunternehmerinnen in Arbeitsgemeinschaft erbracht werden würden. Vielmehr ist dem Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin - unter Berücksichtigung des aufgezeigten Interpretationsmaßstabes - klar und eindeutig zu entnehmen, dass für die Leistungen der elektromaschinellen Ausrüstung (Leistungen der OG 30 und 31) zwei Subunternehmerinnen nebeneinander für jeweils etwa die Hälfte der betreffenden Leistungen namhaft gemacht wurden. Es wurden aber weder beide Subunternehmerinnen für denselben Leistungsteil, also für die betreffenden E&M-Leistungen insgesamt, namhaft gemacht, sondern ausdrücklich jeweils nur für eine "Teilleistung" im oben genannten Ausmaß; noch kann dem Angebot sonst ein Anhaltspunkt entnommen werden, dass sich die zwei Subunternehmerinnen im Hinblick auf sämtliche E&M-Leistungen gemeinschaftlich zu deren Erbringung verpflichtet hätten und sohin auch für die Erbringung der Leistungen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gegenüber solidarisch haften würden (§ 348 UGB). Die A*** hat es im Gegenteil sogar gänzlich unterlassen in Punkt 3. der Verpflichtungserklärung, die erforderlichen genauen Angaben zu den von ihr zu erbringenden Leistungsteilen zu erteilen, geschweige denn lässt sich daraus bzw aus der Verpflichtungserklärung der B*** ableiten, dass sich die A*** und die B*** gemeinsam zur Erbringung der E&M-Leistungen verpflichtet hätten. Im Übrigen wurde auch nicht vorgebracht, dass sich die B*** aus anderen Gründen auf die Kapazitäten der A*** stützen könnte. Festgehalten wird daher, dass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin seinem objektiven Erklärungsbild zufolge klar dahingehend zu interpretieren ist, dass sie für die E&M-Leistungen zwei unabhängige Subunternehmerinnen für jeweils eine Teilleistung in prozentuell bestimmtem Ausmaß namhaft gemacht hat. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin kann sich nicht darauf berufen, dass die betreffenden E&M-Leistungen von den von ihr namhaft gemachten Subunternehmerinnen in einer Arbeitsgemeinschaft erbracht werden würden und sich die B*** daher auf die Kapazitäten der A*** stützen könnte. Denn ließe man eine aus dem Angebot nicht objektivierbare Leistungserbringung namhaft gemachter

Subunternehmer in einer Arbeitsgemeinschaft zu, so wäre es Bietern stets möglich, das bei Weitergabe von Leistungen bestehende Zulässigkeitserfordernis der Eignung des jeweiligen Subunternehmers für den konkreten Leistungsteil durch (nachträgliche) Berufung auf die Leistungserbringung in einer Arbeitsgemeinschaft und damit ein gebotenes Ausscheiden des Angebotes zu umgehen. Entgegen diesem Vorbringen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin konnte nicht festgestellt werden, dass die betreffenden E&M-Leistungen von den bezeichneten Subunternehmerinnen in Arbeitsgemeinschaft erbracht werden würden. Vielmehr ist dem Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin - unter Berücksichtigung des aufgezeigten Interpretationsmaßstabes - klar und eindeutig zu entnehmen, dass für die Leistungen der elektromaschinellen Ausrüstung (Leistungen der OG 30 und 31) zwei Subunternehmerinnen nebeneinander für jeweils etwa die Hälfte der betreffenden Leistungen namhaft gemacht wurden. Es wurden aber weder beide Subunternehmerinnen für denselben Leistungsteil, also für die betreffenden E&M-Leistungen insgesamt, namhaft gemacht, sondern ausdrücklich jeweils nur für eine "Teilleistung" im oben genannten Ausmaß; noch kann dem Angebot sonst ein Anhaltspunkt entnommen werden, dass sich die zwei Subunternehmerinnen im Hinblick auf sämtliche E&M-Leistungen gemeinschaftlich zu deren Erbringung verpflichtet hätten und sohin auch für die Erbringung der Leistungen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gegenüber solidarisch haften würden (Paragraph 348, UGB). Die A*** hat es im Gegenteil sogar gänzlich unterlassen in Punkt 3. der Verpflichtungserklärung, die erforderlichen genauen Angaben zu den von ihr zu erbringenden Leistungsteilen zu erteilen, geschweige denn lässt sich daraus bzw aus der Verpflichtungserklärung der B*** ableiten, dass sich die A*** und die B*** gemeinsam zur Erbringung der E&M-Leistungen verpflichtet hätten. Im Übrigen wurde auch nicht vorgebracht, dass sich die B*** aus anderen Gründen auf die Kapazitäten der A*** stützen könnte. Festgehalten wird daher, dass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin seinem objektiven Erklärungsbild zufolge klar dahingehend zu interpretieren ist, dass sie für die E&M-Leistungen zwei unabhängige Subunternehmerinnen für jeweils eine Teilleistung in prozentuell bestimmtem Ausmaß namhaft gemacht hat. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin kann sich nicht darauf berufen, dass die betreffenden E&M-Leistungen von den von ihr namhaft gemachten Subunternehmerinnen in einer Arbeitsgemeinschaft erbracht werden würden und sich die B*** daher auf die Kapazitäten der A*** stützen könnte. Denn ließe man eine aus dem Angebot nicht objektivierbare Leistungserbringung namhaft gemachter Subunternehmer in einer Arbeitsgemeinschaft zu, so wäre es Bietern stets möglich, das bei Weitergabe von Leistungen bestehende Zulässigkeitserfordernis der Eignung des jeweiligen Subunternehmers für den konkreten Leistungsteil durch (nachträgliche) Berufung auf die Leistungserbringung in einer Arbeitsgemeinschaft und damit ein gebotenes Ausscheiden des Angebotes zu umgehen.

Aufgrund der nachstehenden Überlegungen wäre die präsumtive Zuschlagsempfängerin sohin gemäß den bestandskräftigen Ausschreibungsbestimmungen verpflichtet gewesen, für jede von ihr für eine "Teilleistung" der elektromaschinellen Ausrüstung namhaft gemachte Subunternehmerin die geforderten Referenzprojekte betreffend die E&M-Leistungen vorzulegen. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin machte die B*** ohne jegliche Einschränkung klar und unmissverständlich für einen Anteil von knapp 30% an der Gesamtauftragssumme für Leistungen der OG 30 und 31, demnach für einen Teil der E&M-Leistungen, als Subunternehmerin namhaft. Sowohl angesichts des hohen Prozentsatzes der Subleistung als auch angesichts der Weitergabe von durch die Auftraggeberin als inhaltlich wesentlich definierten "Leistungen der E&M", war die B*** zutreffend als Subunternehmerin bekannt zu geben. Der Anteil der seitens der B*** zu erbringenden Leistungen beträgt rund die Hälfte der ausschreibungsgegenständlichen E&M-Leistungen. Aufgrund dieses nicht bloß geringfügigen Anteiles an den von der Subunternehmerin zu erbringenden E&M-Leistungen sind die von der Auftraggeberin zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit geforderten Referenzprojekte für E&M-Leistungen als im Sinne des Punktes 1.1.24 B.1 für den Leistungsteil der Subunternehmerin relevant zu qualifizieren. Folge dessen waren auch seitens der B*** entsprechende Eignungsnachweise zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit zu erbringen. Dies erscheint auch insofern geboten, als die konkrete "Teilleistung" innerhalb der OG 30 und 31 nicht differenziert dargelegt wurde, sodass bereits insofern die Relevanz der Eignungsnachweise für die "Elektroarbeiten" im Allgemeinen jedenfalls anzunehmen war. Dabei ist es unerheblich, dass die Bieterin selbst über die geforderte technische Leistungsfähigkeit verfügt. Auch nach Aufforderung zur Vorlage entsprechender Eignungsnachweise für die beiden wesentlichen Subunternehmerinnen A*** und B*** durch die Auftraggeberin legte die präsumtive Zuschlagsempfängerin für die B*** keine entsprechenden Eignungsnachweise vor. Da, wie oben dargelegt wurde, im Hinblick auf das objektive Erklärungsbild des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin keine Zweifel bestehen, setzt sie sich mit der Benennung der mangels Nachweis der erforderlichen Referenzprojekte als technisch nicht leistungsfähig zu qualifizierenden B*** als

Subunternehmerin klar in Widerspruch zu den bestandskräftigen Eignungsanforderungen. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin stellt damit ein den dargelegten Ausschreibungsbedingungen widersprechendes Angebot dar. Eine "Verbesserung" eines ausschreibungswidrigen Angebotes scheidet aus, weswegen das Angebot gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG sofort ohne vorherige Gelegenheit zur Aufklärung auszuschneiden gewesen und demnach eine Zuschlagserteilung auf dieses Angebot rechtswidrig wäre (ua BVwG 30.06.2015, W134 2107889-2/30E; BVwG 10.06.2015, W138 2107225-2/17E; Fink/Hofer in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010], Rz 1422; Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 129 Rz 73). Aufgrund der nachstehenden Überlegungen wäre die präsumtive Zuschlagsempfängerin sohin gemäß den bestandskräftigen Ausschreibungsbestimmungen verpflichtet gewesen, für jede von ihr für eine "Teilleistung" der elektromaschinellen Ausrüstung namhaft gemachte Subunternehmerin die geforderten Referenzprojekte betreffend die E&M-Leistungen vorzulegen. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin machte die B*** ohne jegliche Einschränkung klar und unmissverständlich für einen Anteil von knapp 30% an der Gesamtauftragssumme für Leistungen der OG 30 und 31, demnach für einen Teil der E&M-Leistungen, als Subunternehmerin namhaft. Sowohl angesichts des hohen Prozentsatzes der Subleistung als auch angesichts der Weitergabe von durch die Auftraggeberin als inhaltlich wesentlich definierten "Leistungen der E&M", war die B*** zutreffend als Subunternehmerin bekannt zu geben. Der Anteil der seitens der B*** zu erbringenden Leistungen beträgt rund die Hälfte der ausschreibungsgegenständlichen E&M-Leistungen. Aufgrund dieses nicht bloß geringfügigen Anteiles an den von der Subunternehmerin zu erbringenden E&M-Leistungen sind die von der Auftraggeberin zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit geforderten Referenzprojekte für E&M-Leistungen als im Sinne des Punktes 1.1.24 B.1 für den Leistungsteil der Subunternehmerin relevant zu qualifizieren. Folge dessen waren auch seitens der B*** entsprechende Eignungsnachweise zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit zu erbringen. Dies erscheint auch insofern geboten, als die konkrete "Teilleistung" innerhalb der OG 30 und 31 nicht differenziert dargelegt wurde, sodass bereits insofern die Relevanz der Eignungsnachweise für die "Elektroarbeiten" im Allgemeinen jedenfalls anzunehmen war. Dabei ist es unerheblich, dass die Bieterin selbst über die geforderte technische Leistungsfähigkeit verfügt. Auch nach Aufforderung zur Vorlage entsprechender Eignungsnachweise für die beiden wesentlichen Subunternehmerinnen A*** und B*** durch die Auftraggeberin legte die präsumtive Zuschlagsempfängerin für die B*** keine entsprechenden Eignungsnachweise vor. Da, wie oben dargelegt wurde, im Hinblick auf das objektive Erklärungsbild des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin keine Zweifel bestehen, setzt sie sich mit der Benennung der mangels Nachweis der erforderlichen Referenzprojekte als technisch nicht leistungsfähig zu qualifizierenden B*** als Subunternehmerin klar in Widerspruch zu den bestandskräftigen Eignungsanforderungen. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin stellt damit ein den dargelegten Ausschreibungsbedingungen widersprechendes Angebot dar. Eine "Verbesserung" eines ausschreibungswidrigen Angebotes scheidet aus, weswegen das Angebot gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG sofort ohne vorherige Gelegenheit zur Aufklärung auszuschneiden gewesen und demnach eine Zuschlagserteilung auf dieses Angebot rechtswidrig wäre (ua BVwG 30.06.2015, W134 2107889-2/30E; BVwG 10.06.2015, W138 2107225-2/17E; Fink/Hofer in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010], Rz 1422; Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 129, Rz 73).

Im Übrigen ist festzuhalten, dass selbst wenn nicht von einem den Ausschreibungsbestimmungen widersprechenden Angebot, sondern aufgrund der Namhaftmachung eines nicht geeigneten Subunternehmers von einem (ursprünglich) mangelhaften Angebot auszugehen wäre, so handelt es sich vorliegend nicht um einen behebbaren Mangel. Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sind solche Mängel als unbehebbar zu qualifizieren, deren Behebung nach Angebotseröffnung zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung des Bieters führen kann. Bei der Abgrenzung zwischen behebbaren und unbehebbaeren Mängeln ist darauf abzustellen, ob durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbieter(n) materiell verbessert würde (ua VwGH 12.05.2011, 2008/04/0087; VwGH 16.02.2005, 2004/04/0030; VwGH 25.02.2004, 2003/04/0186; ua BVwG 28.04.2015, W139 2017669-2/69E; BVwG 01.12.2015, W114 2013254-2/24E). Gemäß der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes und der Vergabekontrolle kann es auch eine materielle Verbesserung der Wettbewerbsstellung bedeuten, wenn "nicht alle Bieter nach der Veröffentlichung der Bekanntmachung über denselben Zeitraum verfügen würden, um ihre Angebote auszuarbeiten" (wiederum VwGH 25.02.2004, 2003/04/0186; BVwG 24.07.2014, W138 2008591-1/45E; BVwG vom 05.06.2014, W138 2007599-1/15E; ua BVA 30.05.2012, N/0040-BVA/10/2012-27; BVA 27.05.2011, N/0024-BVA/13/2011-24; BVwG 28.04.2015, W139 2017669-2/69E).

Im vorliegenden Fall wäre aufgrund der mangelnden technischen Leistungsfähigkeit der als Subunternehmerin

namhaft gemachten B*** ein durchaus erheblicher Leistungsanteil an der Gesamtauftragssumme in der Höhe von beinahe 30% von einer Angebotsänderung berührt. Bei den betreffenden Subleistungen handelt es sich überdies um rund die Hälfte der ausschreibungsgegenständlichen E&M-Leistungen. Eine Angebotsänderung würde demnach umfangmäßig wie inhaltlich wesentliche Leistungsteile im Sinne der Vorgaben der Auftraggeberin betreffen. Eine "Mängelbehebung" scheidet daher nach Ansicht des Senates aufgrund der Größenordnung und "Qualität" (Leistungsinhalt) der einer Angebotsänderung unterliegenden Leistungen aus, zumal dessen Veränderung wesentliche Leistungsteile beträfe und sohin einen massiven Eingriff in die Angebotsgestaltung erlauben würde. In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, dass vorliegend ein offenes Verfahren durchgeführt wird, bei welchem die Änderung des Angebotes nach Angebotsöffnung dahingehend, dass wesentliche Leistungsteile, für welche Subunternehmerinnen namhaft gemacht wurden, abgeändert werden bzw die benannten Subunternehmerinnen modifiziert werden, die Grenzen einer zulässigen Mängelbehebung bei Weitem überschreiten würde. Eine derart weitgehende Angebotsänderung fällt unter das Verhandlungsverbot gemäß § 101 Abs 1 BVergG und verstößt gegen das Gleichbehandlungsgebot (Fink/Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010], Rz 677; siehe auch BVA 30.06.2009, N/0051-BVA/10/2009-42; BVA 23.10.2007, N/0084-BVA/05/2007-27). Dies gilt auch dahingehend, als eine Veränderung im Hinblick auf die von Subunternehmerinnen zu verrichtenden Leistungsteile einer unzulässigen Ermöglichung einer verzögerten Angebotsausarbeitung und -vervollständigung nach Ablauf der Angebotsfrist gleich käme. Damit wird auch deutlich, dass vorliegend die Grenze eines zulässigen Aufklärungsgespräches gemäß § 127 Abs 1 BVergG überschritten wurde. Im vorliegenden Fall wäre aufgrund der mangelnden technischen Leistungsfähigkeit der als Subunternehmerin namhaft gemachten B*** ein durchaus erheblicher Leistungsanteil an der Gesamtauftragssumme in der Höhe von beinahe 30% von einer Angebotsänderung berührt. Bei den betreffenden Subleistungen handelt es sich überdies um rund die Hälfte der ausschreibungsgegenständlichen E&M-Leistungen. Eine Angebotsänderung würde demnach umfangmäßig wie inhaltlich wesentliche Leistungsteile im Sinne der Vorgaben der Auftraggeberin betreffen. Eine "Mängelbehebung" scheidet daher nach Ansicht des Senates aufgrund der Größenordnung und "Qualität" (Leistungsinhalt) der einer Angebotsänderung unterliegenden Leistungen aus, zumal dessen Veränderung wesentliche Leistungsteile beträfe und sohin einen massiven Eingriff in die Angebotsgestaltung erlauben würde. In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, dass vorliegend ein offenes Verfahren durchgeführt wird, bei welchem die Änderung des Angebotes nach Angebotsöffnung dahingehend, dass wesentliche Leistungsteile, für welche Subunternehmerinnen namhaft gemacht wurden, abgeändert werden bzw die benannten Subunternehmerinnen modifiziert werden, die Grenzen einer zulässigen Mängelbehebung bei Weitem überschreiten würde. Eine derart weitgehende Angebotsänderung fällt unter das Verhandlungsverbot gemäß Paragraph 101, Absatz eins, BVergG und verstößt gegen das Gleichbehandlungsgebot (Fink/Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010], Rz 677; siehe auch BVA 30.06.2009, N/0051-BVA/10/2009-42; BVA 23.10.2007, N/0084-BVA/05/2007-27). Dies gilt auch dahingehend, als eine Veränderung im Hinblick auf die von Subunternehmerinnen zu verrichtenden Leistungsteile einer unzulässigen Ermöglichung einer verzögerten Angebotsausarbeitung und -vervollständigung nach Ablauf der Angebotsfrist gleich käme. Damit wird auch deutlich, dass vorliegend die Grenze eines zulässigen Aufklärungsgespräches gemäß Paragraph 127, Absatz eins, BVergG überschritten wurde.

Des Weiteren hat das Ermittlungsverfahren, wie bereits oben aufgezeigt wurde, ergeben, dass die Verpflichtungserklärung der A*** keine Angaben zu den Leistungen, zu deren Erbringung sie sich im Auftragsfall verpflichtet, beinhaltet. Insofern bestehen daher auch massive Zweifel daran, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin im Hinblick auf jene Subunternehmerin, auf deren technische Leistungsfähigkeit sie sich stützt, tatsächlich den Nachweis über die Verfügbarkeit der Mittel erbringen konnte. Denn die A*** ließ mit dieser Erklärung gänzlich offen, zu welchen Leistungen sie sich gegenüber der präsumtiven Zuschlagsempfängerin verpflichtet.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin - wegen eines Widerspruchs gegen bestandsfeste Festlegungen - ohne Durchführung eines Verbesserungsverfahrens ausgeschieden hätte werden müssen. Eine Zuschlagserteilung auf deren Angebot wäre sohin rechtswidrig. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin war mit diesem Ausscheidensgrund konfrontiert und war dieser auch Gegenstand der mündlichen Verhandlung. Angesichts des Vorliegens dieses Ausscheidensgrundes konnte von einer Prüfung der seitens der Antragstellerin monierten weiteren Ausscheidensgründe Abstand genommen werden.

Zu A.II.

Gemäß § 319 Abs 1 BVergG hat der vor dem Bundesverwaltungsgericht wenn auch nur teilweise obsiegende

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

Gemäß § 319 Abs 2 besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung nur dann, wenn Gemäß Paragraph 319, Absatz 2, besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung nur dann, wenn

1. dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und
2. dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde.

Gemäß § 319 Abs 3 BVergG entscheidet über den Gebührenersatz das Bundesverwaltungsgericht Gemäß Paragraph 319, Absatz 3, BVergG entscheidet über den Gebührenersatz das Bundesverwaltungsgericht.

Die Antragstellerin hat die Pauschalgebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und den Nachprüfungsantrag tatsächlich bezahlt § 318 Abs 1 Z 1 BVergG iVm § 1 BVwG-PauschGebV Vergabe). Die Antragstellerin hat die Pauschalgebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und den Nachprüfungsantrag tatsächlich bezahlt Paragraph 318, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG in Verbindung mit Paragraph eins, BVwG-PauschGebV Vergabe).

Die Antragstellerin hat mit ihrem Nachprüfungsantrag obsiegt, da das Bundesverwaltungsgericht dem Nachprüfungsantrag stattgegeben hat. Die Auftraggeberin ist daher verpflichtet, der Antragstellerin die für den Nachprüfungsantrag und für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung tatsächlich geschuldete und bezahlte Pauschalgebühr zu ersetzen.

Zu B. Zur Unzulässigkeit der Revision:

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. 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.

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 (zur Interpretation der Ausschreibung und der Willenserklärungen der Bieter: ua VwGH vom 19.11.2008, 2007/04/0018 und 2007/04/0019; VwGH 22.11.2011, 2006/04/0024; zur Bestandskraft von Auftraggeberentscheidungen: ua VwGH vom 07.11.2005, 2003/04/0135; zum gebotenen Ausscheiden von Angeboten: 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 (zur Interpretation der Ausschreibung und der Willenserklärungen der Bieter: ua VwGH vom 19.11.2008, 2007/04/0018 und 2007/04/0019; VwGH 22.11.2011, 2006/04/0024; zur Bestandskraft von Auftraggeberentscheidungen: ua VwGH vom 07.11.2005, 2003/04/0135; zum gebotenen Ausscheiden von Angeboten:

VwGH 27.09.2000, 2000/04/0050; VwGH 04.09.2002, 2000/04/0181; zur Eignung von Subunternehmern: VwGH 24.09.2003, 2003/04/0093; VwGH 29.05.2002, 2002/04/0023; zur Ausschreibungswidrigkeit eines Angebotes: VwGH 27.10.2014, 2012/04/0066; VwGH 25.01.2011, 2006/04/0200; VwGH 19.11.2008, 2004/04/0102; zur Frage der Behebbarkeit bzw Behebbarkeit von Mängeln: VwGH 12.05.2011, 2008/04/0087; VwGH 16.02.2005, 2004/04/0030; VwGH 25.02.2004, 2003/04/0186) 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.

Schlagworte

Angebot ausschreibungswidrig, Angebotsänderung, Angebotsmangel, Angebotsöffnung, Antragslegimitation, Ausscheiden eines Angebotes, Ausscheidensgrund, Bauauftrag, Befugnis beurteilt am Auftragsgegenstand, Behebbarkeit von Mängeln, Bestandskraft, Bietergleichbehandlung, Eignung, Eignungsnachweis, Form der Angebote, Gewerbeberechtigung, Gleichbehandlung, Grundsatz der Gleichbehandlung, Haftung, Kalkulation, Leistungsfähigkeit, Mängelbehebung, Mangelhaftigkeit, mündliche Verhandlung, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, Nachvollziehbarkeit, Nebenrechte, Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, objektiver Erklärungswert, öffentlicher Auftraggeber, Parteistellung, Pauschalgebührenersatz, Plausibilität, Protokoll, Referenzprojekt, Schaden, spekulativer Preis, Subunternehmer, technische Leistungsfähigkeit, Unbehebbarkeit, Verbesserung, Verbesserung der Wettbewerbsstellung, Vergabeverfahren, Verhandlungsverbot, vertiefte Angebotsprüfung, (vertiefte) Preisprüfung, Wettbewerbsrelevanz, Zuverlässigkeit

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2015:W139.2112388.2.00

Zuletzt aktualisiert am

19.11.2015

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at