

TE Bvwg Erkenntnis 2015/9/24 W187 2112472-2

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 24.09.2015

Entscheidungsdatum

24.09.2015

Norm

BVergG 2006 §101 Abs4
BVergG 2006 §106 Abs1
BVergG 2006 §12 Abs1 Z3
BVergG 2006 §123
BVergG 2006 §126 Abs4
BVergG 2006 §129 Abs1 Z1
BVergG 2006 §129 Abs1 Z2
BVergG 2006 §129 Abs1 Z7
BVergG 2006 §129 Abs1 Z9
BVergG 2006 §19 Abs1
BVergG 2006 §2 Z40
BVergG 2006 §2 Z8
BVergG 2006 §291
BVergG 2006 §292 Abs1
BVergG 2006 §3 Abs1 Z2
BVergG 2006 §312 Abs2 Z2
BVergG 2006 §318 Abs1
BVergG 2006 §319
BVergG 2006 §320 Abs1
BVergG 2006 §322
BVergG 2006 §325 Abs1
BVergG 2006 §4
BVergG 2006 §68 Abs1 Z7
BVergG 2006 §69 Z1
BVergG 2006 §70 Abs2
BVergG 2006 §72 Abs1
BVergG 2006 §72 Abs2
BVergG 2006 §74 Abs1
BVergG 2006 §75

BVergG 2006 §76

BVergG 2006 §79 Abs1

B-VG Art.133 Abs4

GewO 1994 §94

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §28 Abs2

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

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

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

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

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

4. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

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

2. BVergG 2006 § 123 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 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 § 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 § 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 § 291 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012

3. BVergG 2006 § 291 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

4. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 292 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 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 § 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 § 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 § 68 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 68 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 68 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 68 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 69 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 70 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 72 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 72 gültig von 05.03.2010 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

3. BVergG 2006 § 72 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 72 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 72 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 72 gültig von 05.03.2010 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 72 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 72 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 74 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
-
1. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. 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 § 79 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 79 gültig von 05.03.2010 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 79 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 § 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

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Hubert REISNER als Vorsitzender und die fachkundige Laienrichterin Mag. Jirina RADY als Beisitzerin der Auftraggeberseite und den fachkundigen Laienrichter Dr. Günther FEUCHTINGER als Beisitzer der Auftragnehmerseite über den Nachprüfungsantrag der A vertreten durch SCHRAMM ÖHLER Rechtsanwälte OG, Bartensteingasse 2, 1010 Wien, betreffend das Vergabeverfahren "Sanierung Medienstandort ORF - Bauabschnitt II Objekt 1 - 431.1" des ÖSTERREICHISCHEN RUNDFUNKS (ORF), Würzburggasse 30, 1136 Wien, vertreten durch die WOLF THEISS Rechtsanwälte GmbH & Co KG, Schuberttring 6, 1010 Wien, vom 17. August 2015, zu Recht erkannt: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Hubert REISNER als Vorsitzender und die fachkundige Laienrichterin Mag. Jirina RADY als Beisitzerin der Auftraggeberseite und den fachkundigen Laienrichter Dr. Günther FEUCHTINGER als Beisitzer der Auftragnehmerseite über den Nachprüfungsantrag der A vertreten durch SCHRAMM ÖHLER Rechtsanwälte OG, Bartensteingasse 2, 1010 Wien, betreffend das Vergabeverfahren "Sanierung Medienstandort ORF - Bauabschnitt römisch zwei Objekt 1 - 431.1" des ÖSTERREICHISCHEN RUNDFUNKS (ORF), Würzburggasse 30, 1136 Wien, vertreten durch die WOLF THEISS Rechtsanwälte GmbH & Co KG, Schuberttring 6, 1010 Wien, vom 17. August 2015, zu Recht erkannt:

A)

Das Bundesverwaltungsgericht weist den Antrag der A, "das Bundesverwaltungsgericht möge nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung die Zuschlagsentscheidung vom 07.08.2015 zugunsten der B für nichtig erklären", ab.

B)

Das Bundesverwaltungsgericht weist den Antrag der A "auf Ersatz der Pauschalgebühr gemäß § 319 BVergG", gemäß § 319 Abs 1 und 2 BVergG ab. Das Bundesverwaltungsgericht weist den Antrag der A "auf Ersatz der Pauschalgebühr gemäß Paragraph 319, BVergG", gemäß Paragraph 319, Absatz eins und 2 BVergG ab.

C)

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

BEGRÜNDUNG

I. Verfahrensgang römisch eins. Verfahrensgang

1. Am 17. August 2015 beantragte die A, vertreten durch Schramm Öhler Rechtsanwälte OG, Bartensteingasse 2, 1010 Wien, die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung zugunsten der B, in dem Vergabeverfahren "Sanierung Medienstandort ORF - Bauabschnitt II Objekt 1 - 431.1" für den Bauabschnitt II - Objekt 1" des Auftraggebers Österreichischer Rundfunk (ORF), Würzburggasse 30, 1136 Wien, vertreten durch die vergebende Stelle ARGE Delta - FCP Projektsteuerung Sanierung Medienstandort ORF, pA Delta Baumanagement GmbH, Zaunergasse 4/7. Stock, 1030 Wien, vertreten durch die Wolf Theiss Rechtsanwälte GmbH & Co KG, Schuberttring 6, 1010 Wien. Darüber hinaus beantragte die Antragstellerin die Gewährung von Akteneinsicht, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung und den Ersatz der Pauschalgebühr. 1. Am 17. August 2015 beantragte die A, vertreten durch Schramm Öhler Rechtsanwälte OG, Bartensteingasse 2, 1010 Wien, die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung zugunsten der B, in dem Vergabeverfahren "Sanierung Medienstandort ORF - Bauabschnitt römisch zwei Objekt 1 - 431.1" für den Bauabschnitt römisch zwei - Objekt 1" des Auftraggebers Österreichischer Rundfunk (ORF), Würzburggasse 30, 1136 Wien, vertreten durch die vergebende Stelle ARGE Delta - FCP Projektsteuerung Sanierung Medienstandort ORF, pA Delta Baumanagement GmbH, Zaunergasse 4/7. Stock, 1030 Wien, vertreten durch die Wolf Theiss Rechtsanwälte GmbH & Co KG, Schuberttring 6, 1010 Wien. Darüber hinaus beantragte die Antragstellerin die Gewährung von Akteneinsicht, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung und den Ersatz der Pauschalgebühr.

1.1. Nach Darstellung des Sachverhalts und Ausführungen zur Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags brachte sie im Wesentlichen vor, dass sie ihr Interesse am Vertragsabschluss durch die fristgerechte Legung eines ausschreibungskonformen Angebots dokumentiert habe. Den drohenden Schaden gab sie mit dem Verlust der Chance auf Zuschlagserteilung in einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren und der Beteiligung an einem fairen und

lauteren Wettbewerb zur Vergabe der ausgeschriebenen Leistung an. Es drohe weiters ein Schaden in der Höhe des entgangenen Gewinns zuzüglich der Kosten der Beteiligung am Vergabeverfahren in der Höhe von 106 Stunden zu € 63 ohne USt zuzüglich der Kosten für Recherche und Übermittlung des Angebots von € 303,68 sowie der Kosten der notwendigen Rechtsberatung. Weiters drohe der Verlust einer Referenz. Sie erachtet sich insbesondere in ihrem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Verfahrens und in ihrem Recht auf Zuschlagserteilung verletzt.

1.2 Als Gründe für die Rechtswidrigkeit brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin nicht geeignet sei. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin weise den in Punkt 2.3.1 der Ausschreibungsunterlage geforderten Mindestgesamtjahresumsatz von €

3.500.000 nicht auf und habe einen solchen im Durchschnitt der letzten drei Jahre nicht nachweisen können. Sie habe keine Subunternehmer genannt. Sie habe daher ihre wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit nicht nachweisen können.

1.3 Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin habe die für den gegenständlichen Auftrag nötige Gewerbeberechtigung erst am 1. Jänner 2015 erlangt. Sie habe daher unmöglich das in Punkt 2.4.1.2 der Ausschreibungsunterlage geforderte Referenzprojekt erbracht. Eine Substitution durch die Muttergesellschaft sei nicht möglich. Sie habe daher ihre technische Leistungsfähigkeit nicht nachgewiesen. Die Zuschlagsentscheidung vom 7. August 2015 sei daher vergaberechtswidrig und für nichtig zu erklären.

1.4 Die in der Zuschlagsentscheidung genannte Vergabesumme von €

1.168.736,94 stimme nicht mit der verlesenen Angebotssumme von €

1.159.136,94 überein.

2. Am 20. August 2015 legte die Auftraggeberin die Unterlagen des Vergabeverfahrens vor und beantragte aufgrund des Schutzes von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen oder zur Wahrung der Vertraulichkeit von Unterlagen und Informationen aus verfahrensrechtlichen oder -strategischen oder sonstigen Gründen die Ausnahme näher bezeichneter Teile der vorgelegten Unterlagen von der Akteneinsicht.

3. Am 20. August 2015 erteilte die Auftraggeberin allgemeine Auskünfte zum dem Vergabeverfahren und sah von einer Stellungnahme zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ab. Sie bezeichnete das Vorbringen im Nachprüfungsantrag als unrichtig, behielt sich jedoch eine Stellungnahme vor.

4. Am 20. August 2015 gab der Rechtsvertreter der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin die Vollmacht bekannt, erhob begründete Einwendungen und nahm zum Umfang der Akteneinsicht Stellung. In dem Schriftsatz führte die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin im Wesentlichen aus, dass sie als bekannt gegeben Zuschlagsempfängerin Partei des Nachprüfungsverfahrens sei und durch den Nachprüfungsantrag unmittelbar in ihren rechtlich geschützten Interessen betroffen sei. Sie habe ihre Eignung ordnungsgemäß nachgewiesen. Der Angebotspreis sei durch die Korrektur eines Rechenfehlers verändert worden. Die Zuschlagsentscheidung sei rechtskonform. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin beantragte, den Nachprüfungsantrag zurück-, in eventu abzuweisen, eine mündliche Verhandlung anzuberaumen und ihr Akteneinsicht in alle von der Auftraggeberin vorzulegenden Unterlagen zu gewähren.

5. Mit Beschluss vom 21. August 2015, OZ W187 2112472-1/2E, wies das Bundesverwaltungsgericht den Antrag auf Aussetzung des Vergabeverfahrens ab und untersagte dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, den Zuschlag zu erteilen.

6. Am 24. August 2015 nahm die Auftraggeberin erneut Stellung. Sie brachte darin im Wesentlichen vor, dass der Auftraggeber kein öffentlicher Auftraggeber sei.

6.1 Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin habe eine Eigenerklärung abgegeben und dadurch ihre wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit nachgewiesen. Einem "Informationsschreiben" im Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin sei zu entnehmen, dass die Fachabteilung "Industrie - Technischer Schallschutz" aus der C in die B zum 1. Jänner 2015 ausgelagert worden sei, die B ein verbundenes Unternehmen der C sei und das gesamte Leistungsspektrum von den gleichen Personen weitererbracht werde. Aus den ANKÖ Auszügen habe sich ergeben, dass die B im alleinigen Eigentum der C stehe, welche wiederum die geforderten Mindestumsätze deutlich übertreffe. Den Angebotsunterlagen sei kein Formblatt für eine Patronatserklärung beigegeben, eine

Eigenerklärung sei zulässig und der Nachweise der Eignung erst auf Aufforderung zu erbringen. Auf Aufforderung habe die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin die Patronatserklärung vorgelegt. Aus dem Firmenbuch ergebe sich, dass mit dem Stichtag 11. Juni 2015 100 % der Anteile an der B von der D auf die C übergegangen seien. Die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin war daher zum maßgeblichen Zeitpunkt gegeben, da sie sich jedenfalls gemäß § 76 BVergG zulässig auf ein drittes Unternehmen stützen habe können, nämlich im gegenständlichen Fall auf die eigene Muttergesellschaft, die C .6.1 Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin habe eine Eigenerklärung abgegeben und dadurch ihre wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit nachgewiesen. Einem "Informationsschreiben" im Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin sei zu entnehmen, dass die Fachabteilung "Industrie - Technischer Schallschutz" aus der C in die B zum 1. Jänner 2015 ausgelagert worden sei, die B ein verbundenes Unternehmen der C sei und das gesamte Leistungsspektrum von den gleichen Personen weitergebracht werde. Aus den ANKÖ Auszügen habe sich ergeben, dass die B im alleinigen Eigentum der C stehe, welche wiederum die geforderten Mindestumsätze deutlich übertreffe. Den Angebotsunterlagen sei kein Formblatt für eine Patronatserklärung beigelegt, eine Eigenerklärung sei zulässig und der Nachweise der Eignung erst auf Aufforderung zu erbringen. Auf Aufforderung habe die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin die Patronatserklärung vorgelegt. Aus dem Firmenbuch ergebe sich, dass mit dem Stichtag 11. Juni 2015 100 % der Anteile an der B von der D auf die C übergegangen seien. Die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin war daher zum maßgeblichen Zeitpunkt gegeben, da sie sich jedenfalls gemäß Paragraph 76, BVergG zulässig auf ein drittes Unternehmen stützen habe können, nämlich im gegenständlichen Fall auf die eigene Muttergesellschaft, die C .

6.2 Die angegebene Referenz der C erfülle alle Anforderungen an das Referenzprojekt gemäß den Ausschreibungsunterlagen. Die Berufung auf dieses Referenzprojekt sei wegen der Fortführung des Betriebs möglich. Der Schlossereibetrieb der C sei vollständig in die B ausgelagert worden und im Auftragsfall würde das gleiche Personal wie bei dem Referenzprojekte zum Einsatz kommen. Damit sei die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin technisch leistungsfähig.

6.3 Bei der Änderung des Preises zwischen der Angebotsöffnung und der Zuschlagserteilung handle es sich um die nach den Ausschreibungsunterlagen zulässige Korrektur eines Rechenfehlers von unter 2 %.

6.4 Der Auftraggeber beantragt den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühr zurück-, in eventu abzuweisen und eine mündliche Verhandlung anzuberaumen.

7. Am 28. August 2015 ersuchte die Antragstellerin um Verlegung der bereits anberaumten Verhandlung auf einen Termin nach dem 16. September 2015 und Erstreckung der Frist zur Stellungnahme auf 9. September 2015.

8. Am 4. September 2015 erstattete die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin eine Stellungnahme.

8.1 Darin führte sie im Wesentlichen aus, dass die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin 100%ige Tochtergesellschaft der C sei. Die D sei eine Treuhänderin für die C Das Eigentumsverhältnis sei wirtschaftlich zu betrachten. Gegenwärtig würden die Anteile ohnehin von der C gehalten. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin legte den notariell errichteten Treuhandvertrag vor. Der beherrschende Einfluss der C auf die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin sei offen gelegt worden.

8.2 Der Nachweis der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit könne nicht nur durch einen Subunternehmer erfolgen. Es seien auch Mittel verbundener Unternehmen zu berücksichtigen. Im Zeitpunkt der Angebotsabgabe habe die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin den Nachweis durch eine Eigenerklärung geführt. Die Verbundenheit der Unternehmen sei der Auftraggeberin bereits vor dem Vergabeverfahren bekannt gewesen. Gemäß § 76 BVergG sei der Nachweis auch möglich, wenn Unternehmen nicht verbunden seien.8.2 Der Nachweis der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit könne nicht nur durch einen Subunternehmer erfolgen. Es seien auch Mittel verbundener Unternehmen zu berücksichtigen. Im Zeitpunkt der Angebotsabgabe habe die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin den Nachweis durch eine Eigenerklärung geführt. Die Verbundenheit der Unternehmen sei der Auftraggeberin bereits vor dem Vergabeverfahren bekannt gewesen. Gemäß Paragraph 76, BVergG sei der Nachweis auch möglich, wenn Unternehmen nicht verbunden seien.

8.3 Zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit habe die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin auf ein Referenzprojekt der C , nämlich das Projekt XXXX erwiesen, das den Anforderungen der Ausschreibung genüge. Die Fachabteilung der C , insbesondere das Personal (und damit auch das entsprechende Fachwissen), sei mit Jahresende

2014 in die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin ausgegliedert worden. Dies sei der Auftraggeberin auch ehestens, nämlich bereits im Jänner 2015 mitgeteilt worden. Damit seien die Berufung auf dieses Referenzprojekt zulässig und die technische Leistungsfähigkeit nachgewiesen. 8.3 Zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit habe die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin auf ein Referenzprojekt der C, nämlich das Projekt römisch 40 erwiesen, das den Anforderungen der Ausschreibung genüge. Die Fachabteilung der C, insbesondere das Personal (und damit auch das entsprechende Fachwissen), sei mit Jahresende 2014 in die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin ausgegliedert worden. Dies sei der Auftraggeberin auch ehestens, nämlich bereits im Jänner 2015 mitgeteilt worden. Damit seien die Berufung auf dieses Referenzprojekt zulässig und die technische Leistungsfähigkeit nachgewiesen.

8.4 Die Angebotssumme sei auf nach der Ausschreibung zulässige Art wegen eines Rechenfehlers im Angebot korrigiert worden.

9. Mit Schriftsatz vom 14. September 2015 nahm die Antragstellerin Stellung. Darin verwies sie zur Unzuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts auf ihre bisherigen Ausführungen.

9.1 Zu den bisherigen Stellungnahmen der anderen Verfahrensparteien führte sie im Wesentlichen aus, dass das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin keine Erklärung und keinen Nachweis enthalte, wonach sie ihre wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit in diesem Verfahren durch einen Subunternehmer oder ein anderes Unternehmen substituieren könne oder wolle. Nach Punkt 1.3 und Beilage 4 der Ausschreibungsunterlage sei der Nachweis über den durchschnittlichen Gesamtumsatz der letzten drei Jahre dem Angebot beizulegen gewesen. Ein Bieter müsse durchschnittlich mindestens € 3,500.000 erbringen. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin könne diesen Nachweis nicht aus Eigenem erbringen. Im Angebot finde sich offenbar keine Erklärung hinsichtlich der Substitution der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit.

9.2 Das vom Auftraggeber erwähnte Informationsschreiben vom Jänner 2015 über die Auslagerung einer Abteilung beziehe sich ausschließlich auf die Substitution der technischen Leistungsfähigkeit. Der Verweis auf das verbundene Unternehmen C könne keinesfalls als Erklärung über die Substitution der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit gewertet werden.

9.3 Der nach der Angebotsöffnung eingeholte Auszug des ANKÖ könne keinen Nachweis der Eignung für den Zeitpunkt der Angebotsöffnung liefern. Die Patronatserklärung vom 10. Juni 2015 gebe an, dass die C Eigentümerin der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin sei, obwohl in der Anmeldung zum Firmenbuch der 11. Juni 2015 angegeben sei. Es handle sich um eine unrichtige Erklärung.

9.4 Die wissentliche Vorlage einer falschen Erklärung müsse zum Ausschluss der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin führen. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin sei auch aus diesem Grund für die Zuschlagserteilung nicht geeignet.

9.5 Die C erkläre in ihrer "Patronatserklärung" entgegen § 74 Abs 1 BVergG gerade nicht, dass sie solidarisch mit der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin hafte. 9.5 Die C erkläre in ihrer "Patronatserklärung" entgegen Paragraph 74, Absatz eins, BVergG gerade nicht, dass sie solidarisch mit der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin hafte.

9.6 Die Antragstellerin gehe davon aus, dass sich die allgemeinen Anforderungen an Referenzen in Punkt 2.4.1.1 der Ausschreibung beim namhaft gemachten Dritten auf einen Subunternehmer bezögen und im Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin kein Subunternehmer genannt sei. Die C sei jedoch als verbundenes Unternehmen namhaft gemacht, was sich anhand der Firmenbuchauszüge nicht nachvollziehen lasse. Im aktuellen Firmenbuchauszug sei die letzte Änderung mit 15. Juni 2015, somit vier Tage nach der Angebotsöffnung datiert, weshalb die Unternehmen im Zeitpunkt der Angebotsöffnung noch nicht verbunden gewesen seien. § 78 Abs 1 GmbHG stelle auf das Aufscheinen der Gesellschafterstellung im Firmenbuch ab. Die Eintragung im Firmenbuch sei am 18. Juni 2015 erfolgt. 9.6 Die Antragstellerin gehe davon aus, dass sich die allgemeinen Anforderungen an Referenzen in Punkt 2.4.1.1 der Ausschreibung beim namhaft gemachten Dritten auf einen Subunternehmer bezögen und im Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin kein Subunternehmer genannt sei. Die C sei jedoch als verbundenes Unternehmen namhaft gemacht, was sich anhand der Firmenbuchauszüge nicht nachvollziehen lasse. Im aktuellen Firmenbuchauszug sei die letzte Änderung mit 15. Juni 2015, somit vier Tage nach der Angebotsöffnung datiert, weshalb die Unternehmen im Zeitpunkt der Angebotsöffnung noch nicht verbunden gewesen seien. Paragraph

78, Absatz eins, GmbHG stelle auf das Aufscheinen der Gesellschafterstellung im Firmenbuch ab. Die Eintragung im Firmenbuch sei am 18. Juni 2015 erfolgt.

9.7 Warum die Auslagerung der Fachabteilung "Industrie - Technischer Schallschutz" von der C in die B für die in den Ausschreibungsunterlagen geforderten "Gewichtsschlosserarbeiten" relevant sein sollten, sei nicht nachvollziehbar. Eine Prüfung sei notwendig. Dass die Personen, die die Referenz erbracht hätten, auch im gegenständlichen Auftrag eingesetzt werden sollten, sei offenbar nicht geprüft worden, obwohl es für die technische Leistungsfähigkeit wesentlich sei.

9.8 Nach Punkt 2.2.1 der Ausschreibung habe ein verbundenes Unternehmen genauso wie ein Bieter seine berufliche Zuverlässigkeit nachzuweisen. Es seien wohl weder der Nachweis noch die Prüfung erfolgt.

9.9 Die Antragstellerin beantragte, ihr Angebot und die Niederschrift der Angebotsprüfung zu ihrem Angebot von der Akteneinsicht durch die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin ausnehmen.

10. Am 16. September 2015 nahm die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin schriftlich Stellung.

10.1 Darin führte sie im Wesentlichen aus, dass die Bieter die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit im Angebot auch durch Vorlage einer Eigenerklärung nachweisen könnten. Die Beilage 3 sei alternativ zur Beilage 4 dem Angebot anzuschließen gewesen. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin habe die Beilage 4 bestätigt durch einen Wirtschaftsprüfer auch für die C vorgelegt.

10.2 Die C habe schon auf Basis des notariellen Treuhandvertrags vom 28. Jänner 2008 beherrschenden Einfluss auf die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin ausgeübt. Dies entspreche § 2 Z 40 BVergG. Die Begriffe des "verbundenen Unternehmens" und des "beherrschenden Einflusses" seien in Art 63 RL 2004/18/EG zu finden und dementsprechend autonom auszulegen. Der EuGH stelle bei dem Verständnis dieser Begriffe auf eine wirtschaftliche Betrachtungsweise ab. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin habe den Umstand, dass es sich um verbundene Unternehmen handle, schon vor Beginn des Vergabeverfahrens gegenüber dem Auftraggeber offengelegt. Es könne daher nicht von einer unrichtigen Erklärung iSd § 68 Abs 1 Z 7 BVergG die Rede sein. 10.2 Die C habe schon auf Basis des notariellen Treuhandvertrags vom 28. Jänner 2008 beherrschenden Einfluss auf die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin ausgeübt. Dies entspreche Paragraph 2, Ziffer 40, BVergG. Die Begriffe des "verbundenen Unternehmens" und des "beherrschenden Einflusses" seien in Artikel 63, RL 2004/18/EG zu finden und dementsprechend autonom auszulegen. Der EuGH stelle bei dem Verständnis dieser Begriffe auf eine wirtschaftliche Betrachtungsweise ab. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin habe den Umstand, dass es sich um verbundene Unternehmen handle, schon vor Beginn des Vergabeverfahrens gegenüber dem Auftraggeber offengelegt. Es könne daher nicht von einer unrichtigen Erklärung iSd Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG die Rede sein.

10.3 Die Referenz XXXX , sei der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin zuzurechnen. Der Auftraggeber sei Auftraggeber des Referenzprojekts gewesen. Der Übergang des betreffenden Unternehmensteils sei dem Auftraggeber bekannt gewesen. Aus diesem Grund halte die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin ihre bisherigen Anträge aufrecht. 10.3 Die Referenz römisch 40 , sei der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin zuzurechnen. Der Auftraggeber sei Auftraggeber des Referenzprojekts gewesen. Der Übergang des betreffenden Unternehmensteils sei dem Auftraggeber bekannt gewesen. Aus diesem Grund halte die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin ihre bisherigen Anträge aufrecht.

11. Am 17. September 2015 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht statt.

Herr E , Mitarbeiter des Generalplaners: "Der Rechenfehler lag bei den Baustellengemeinkosten, der Baustelleneinrichtung. Die Differenz zwischen verlesenem Preis und korrigiertem Preis wurde nicht mitaddiert."

Herr Dr. Michael BREITENFELD, Rechtsvertreter der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin: "Die B ist seit 2008 ein verbundenes Unternehmen der C . Es ist ein Unternehmen der C , die zwei Schienen gefahren ist. Große Aufträge sollte die C abwickeln, kleine Aufträge die B . Die B wurde bei einem Steuerberater ‚geparkt‘."

Herr F , Geschäftsführer der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin: "Die Gruppe wurde umstrukturiert. Die C macht in Hinkunft Hochbau. Der Schlossereibetrieb und Metallbau wurde an die B ausgegliedert. Dazu wurde die entsprechende Abteilung mitsamt der gesamten Mannschaft von der C an die B übertragen. Die Abteilung hat auch schon andere größere Projekte abgewickelt wie zB XXXX ." Herr F , Geschäftsführer der in Aussicht genommenen

Zuschlagsempfängerin: "Die Gruppe wurde umstrukturiert. Die C macht in Hinkunft Hochbau. Der Schlossereibetrieb und Metallbau wurde an die B ausgegliedert. Dazu wurde die entsprechende Abteilung mitsamt der gesamten Mannschaft von der C an die B übertragen. Die Abteilung hat auch schon andere größere Projekte abgewickelt wie zB römisch 40."

Frau Mag. Sonja FESSL, Rechtsvertreterin des Auftraggebers: "Der ORF kennt daher die Mannschaft, weil sie bereits Projekte abgewickelt hat."

Herr F: "In Wahrheit ist die C an der B seit 2002 beteiligt. Die Änderungen der Treuhänderin im Jahr 2008 hat mit dem Verhältnis zwischen C und B nichts zu tun, sondern geht auf eine Veränderung auf Seiten der Treuhänderin zurück."

Herr Dr. Matthias ÖHLER, Rechtsvertreter der Antragstellerin: "Das Schreiben von Jänner 2015 hat keinen Bezug zu dem gegenständlichen Vergabeverfahren. Es kann daher nicht als Berufung auf die Mittel Dritter bewertet werden."

Frau Mag. Sonja FESSL: "Die Ausschreibung enthält keine Vorgaben für Bieter, wie sie die Berufung auf die Mittel Dritter anführen. Insbesondere gibt es kein Formblatt dafür."

Herr Dr. Matthias ÖHLER: "Die Beilage 4 war auch für Dritte vorzulegen, auf deren Kapazitäten sich ein Bieter stützt."

Frau Mag. Sonja FESSL: "In der Gesamtschau ergibt sich, dass sich die B auf die Mittel der C beruft. Im Zuge der Angebotsprüfung ersuchte der Auftraggeber, die entsprechenden Unterlagen vorzulegen. Die B legte diese Unterlagen auch vor. Wenn überhaupt handelt es sich um einen behebbaren Mangel. Die Unterlagen waren zum Stichtag bereits vorgelegen."

Herr Dr. Matthias ÖHLER: "In der Eigenerklärung der B erfolgte keine Berufung auf die C. Im Angebot steht auch sonst keine Substitution der Eignung der B durch die Eignung der C."

Frau Mag. Sonja FESSL: "In der Gesamtschau ist eine Unterstützung der B durch die C erkennbar."

Herr Dr. Michael BREITENFELD: "Zu verweisen ist auf die Beilage 8 des Angebotes, wo das Referenzprojekt der C genannt ist. In der Beilage 8 ist auf das Schreiben von Jänner 2015 über den Übergang eines Betriebsteils verwiesen."

Herr Dr. Matthias ÖHLER: "Aus dem BVergG ergibt sich die Verpflichtung, im Angebot einen allfälligen Dritten bereits anzugeben."

Herr Dr. Michael BREITENFELD: "Im Angebot ist ein Hinweis auf die C enthalten. Die Ausschreibung sieht kein Formblatt für die Angabe eines Dritten vor. Es wurde über Aufforderung fristgerecht aufgeklärt."

Frau Mag. Sonja FESSL: "Eine Solidarhaftung des Dritten ist nicht zwingend notwendig. Die Verpflichtungserklärung der C ist notwendig. Es wurde eine Patronatserklärung gefordert. Durch die abgegebene Erklärung ist der Auftraggeber ausreichend abgesichert. Das Weglassen der im Aufklärungsschreiben geforderten Solidarhaftung führt nicht zu einer fehlenden Absicherung des Auftraggebers."

Herr Dr. Matthias ÖHLER ersucht um Akteneinsicht in das Aufforderungsschreiben.

Herr Dr. Michael BREITENFELD spricht sich dagegen aus.

Herr Dr. Matthias ÖHLER bekommt eine Kopie von Punkt 2 des fraglichen Aufforderungsschreibens.

Herr Dr. Matthias ÖHLER: "Es sind im Aufforderungsschreiben drei Punkte gefragt. Die C hat keine solidarische Haftung erklärt. Dies steht im Widerspruch zu dem Aufforderungsschreiben."

Herr Dr. Michael BREITENFELD: "Die Patronatserklärung ist älter als das Aufforderungsschreiben. Die Anforderung des Aufforderungsschreibens konnten daher nicht berücksichtigt werden und waren daher auch nicht erforderlich."

Festgehalten wird, dass die Strafregisterauskunft für Herrn F im Angebot für die B von 5. Mai 2015 und in beiden ANKÖ-Auskünften von 8. September 2014 stammt.

Vorgelegt wird eine Reihe von Erklärungen von Mitarbeitern der C über deren Übernahme als Mitarbeiter durch die B mit Wirkung 1. Jänner 2015, die anlässlich einer Mitarbeiterversammlung am 20. November 2014 abgegeben wurden.

Herr F: "Herr G wechselte schon zu einem früheren Zeitpunkt von der C zur B."

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogenrömisch zwei. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen

1. Feststellungen (Sachverhalt)

1. Im Notariatsakt vom 28. Jänner 2008, Geschäftszahl 494, AZ 13-2008, bestätigte Herr Mag. Rudolf Valita, öffentlicher Notar, die Unterfertigung des Treuhandvertrags und Anbots auf Abtretung eines Geschäftsanteiles zwischen der C (Treugeberin) und der D (Treuhänderin) über einen Geschäftsanteil im Ausmaß der voll einbezahlten Stammeinlage von S 380.000 an der H , FN XXXX .Die Treuhänderin erklärt darin, dass sie die gesamte Beteiligung aus den ihr seitens der Treugeberin zur Verfügung gestellten Mitteln erworben hat bzw erwirbt und dass sie diese Beteiligung im vorgenannten Ausmaß nur als Treuhänderin der Treugeberin besitzt und keinerlei vermögensrechtliche Ansprüche welcher Art auch immer in Bezug auf diese Beteiligung erhebt. Dies trifft insbesondere auf etwaige Werterhöhungen, abreifende Früchte, wie zB Gewinnausschüttungen, etc zu. In Punkt III. der Treuhandvereinbarung unterwirft sich die Treuhänderin zusammengefasst bei der Verwaltung der Geschäftsanteile dem Willen und der Zustimmung der Treugeberin. In Punkt IV. der Treuhandvereinbarung unterbreitet die Treuhänderin der Treugeberin ein Angebot auf Abtretung der Geschäftsanteile für die Dauer der Treuhandvereinbarung. (Beilage. /1 der Stellungnahme der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin vom 4. September 2015, OZ 22)1. Im Notariatsakt vom 28. Jänner 2008, Geschäftszahl 494, AZ 13-2008, bestätigte Herr Mag. Rudolf Valita, öffentlicher Notar, die Unterfertigung des Treuhandvertrags und Anbots auf Abtretung eines Geschäftsanteiles zwischen der C (Treugeberin) und der D (Treuhänderin) über einen Geschäftsanteil im Ausmaß der voll einbezahlten Stammeinlage von S 380.000 an der H , FN römisch 40 .Die Treuhänderin erklärt darin, dass sie die gesamte Beteiligung aus den ihr seitens der Treugeberin zur Verfügung gestellten Mitteln erworben hat bzw erwirbt und dass sie diese Beteiligung im vorgenannten Ausmaß nur als Treuhänderin der Treugeberin besitzt und keinerlei vermögensrechtliche Ansprüche welcher Art auch immer in Bezug auf diese Beteiligung erhebt. Dies trifft insbesondere auf etwaige Werterhöhungen, abreifende Früchte, wie zB Gewinnausschüttungen, etc zu. In Punkt römisch drei. der Treuhandvereinbarung unterwirft sich die Treuhänderin zusammengefasst bei der Verwaltung der Geschäftsanteile dem Willen und der Zustimmung der Treugeberin. In Punkt römisch vier. der Treuhandvereinbarung unterbreitet die Treuhänderin der Treugeberin ein Angebot auf Abtretung der Geschäftsanteile für die Dauer der Treuhandvereinbarung. (Beilage. /1 der Stellungnahme der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin vom 4. September 2015, OZ 22)
2. Die C , steht zu 100 % im Eigentum der I , HRB XXXX beim Handelsregister Abteilung B, Amtsgericht XXXX . (Beilage ./9 zum Schriftsatz der Antragstellerin vom 14. September 2015, OZ 24)2. Die C , steht zu 100 % im Eigentum der römisch eins , HRB römisch 40 beim Handelsregister Abteilung B, Amtsgericht römisch 40 . (Beilage ./9 zum Schriftsatz der Antragstellerin vom 14. September 2015, OZ 24)
3. Mit 1. Jänner 2015 übertrug die C die Fachabteilung "Industrie - Technischer Schallschutz" auf die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin. Dabei wechselten auch die Mitarbeiter der Fachabteilung von der C zur in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin. Diese Fachabteilung führt ungeachtet der Bezeichnung alle Schlosserarbeiten aus. (Aussage von Herrn F in der mündlichen Verhandlung; Schreiben der C an den ORF vom Jänner 2015; Telefonnotiz vom 3. August 2015 im Zuge der Angebotsprüfung)
4. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin verfügt seit 1. Jänner 2015 auch über eine Gewerbeberechtigung mit dem Gewerbewortlaut "Metalltechnik für Metall- und Maschinenbau, verbunden mit Metalltechnik für Schmiede und Fahrzeugbau und mit Metalltechnik für Land- und Baumaschinen (Handwerk)" (Beilage ./5 zum Nachprüfungsantrag)
5. Mit Notariatsakt vom 11. Juni 2015 beantragte der Geschäftsführer der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin als Einschreiter die Übertragung der Geschäftsanteile an die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin von der D an die C . (Beilage ./8 zur Stellungnahme der Auftraggeberin vom 24. August 2015, OZ 12)
6. Am 18. Juni 2015 wurde der Antrag auf Übertrag der Geschäftsanteile an der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin von der D auf die C im Handelsregister zu FN XXXX eingetragen. Dieser Antrag langte am 15. Juni 2015 bei Landesgericht XXXX ein. (Beilage ./11 zum Schriftsatz der Antragstellerin vom 14. September 2015, OZ 24)6. Am 18. Juni 2015 wurde der Antrag auf Übertrag der Geschäftsanteile an der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin von der D auf die C im Handelsregister zu FN römisch 40 eingetragen. Dieser Antrag langte am 15. Juni 2015 bei Landesgericht römisch 40 ein. (Beilage ./11 zum Schriftsatz der Antragstellerin vom 14. September 2015, OZ 24)
7. Der Österreichische Rundfunk (ORF)schreibt unter der Bezeichnung "Sanierung Medienstandort ORF - Bauabschnitt

II Objekt 1 - 431.1" eine Bauauftrag mit den CPV-Codes 45262670-8 - Metallbauarbeiten und 45210000-2 - Bauleistungen im Hochbau mit einem geschätzten Auftragswert von € 1.059.185 ohne USt in einem offenen Verfahren mit Vorinformation nach dem Billigstbieterprinzip nach den Regeln für den Oberschwellenbereich aus. Es handelt sich um ein Los eines größeren Auftrags. Die vergebende Stelle ist die ARGE DELTA - FCP Projektsteuerung Sanierung Medienstandort ORF, pA Delat Baumanagement GmbH, Zaunergasse 4, 7. Stock, 1030 Wien. Die Auftraggeberin veröffentlichte eine Vorinformation im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom 12. Februar 2015, 2015/S 030-049882 und im Amtlichen Lieferungsanzeiger zur Zahl L-565893-5210 und machte den Auftrag im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom 16. Mai 2015, 2015/S 094-168057, und im Amtlichen Lieferungsanzeiger vom 14. Mai 2015 online zur Zahl L-571512-5429, alle abgesandt am 13. Mai 2015 bekannt. (Unterlagen des Vergabeverfahrens; Auskünfte des Auftraggebers)7. Der Österreichische Rundfunk (ORF)schreibt unter der Bezeichnung "Sanierung Medienstandort ORF - Bauabschnitt römisch zwei Objekt 1 - 431.1" eine Bauauftrag mit den CPV-Codes 45262670-8 - Metallbauarbeiten und 45210000-2 - Bauleistungen im Hochbau mit einem geschätzten Auftragswert von € 1.059.185 ohne USt in einem offenen Verfahren mit Vorinformation nach dem Billigstbieterprinzip nach den Regeln für den Oberschwellenbereich aus. Es handelt sich um ein Los eines größeren Auftrags. Die vergebende Stelle ist die ARGE DELTA - FCP Projektsteuerung Sanierung Medienstandort ORF, pA Delat Baumanagement GmbH, Zaunergasse 4, 7. Stock, 1030 Wien. Die Auftraggeberin veröffentlichte eine Vorinformation im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom 12. Februar 2015, 2015/S 030-049882 und im Amtlichen Lieferungsanzeiger zur Zahl L-565893-5210 und machte den Auftrag im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom 16. Mai 2015, 2015/S 094-168057, und im Amtlichen Lieferungsanzeiger vom 14. Mai 2015 online zur Zahl L-571512-5429, alle abgesandt am 13. Mai 2015 bekannt. (Unterlagen des Vergabeverfahrens; Auskünfte des Auftraggebers)

8. Die Ausschreibung lautet auszugsweise:

"1. ALLGEMEINE AUSSCHREIBUNGSBESTIMMUNGEN

...

2. EIGNUNGSKRITERIEN und AUSSCHLUSSGRÜNDE

Zur Angebotslegung berechtigt und zum Vergabeverfahren zugelassen sind nur Unternehmen, die nachweislich über die erforderliche Eignung (Befugnis, technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit) verfügen und bei denen kein Ausschlussgrund gemäß § 68 BVergG vorliegt. Zur Angebotslegung berechtigt und zum Vergabeverfahren zugelassen sind nur Unternehmen, die nachweislich über die erforderliche Eignung (Befugnis, technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit) verfügen und bei denen kein Ausschlussgrund gemäß Paragraph 68, BVergG vorliegt.

Die verlangten Nachweise können auch durch Angabe der ANKÖ-Nummer des Bieters erbracht werden, soweit dem ANKÖ (Auftragnehmerkataster Österreich) die verlangten Nachweise in der geforderten Aktualität vorliegen und für den Auftraggeber abrufbar sind.

Eigenerklärung:

Gemäß § 70 Abs 2 BVergG können Bieter ihre Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit auch durch die Vorlage einer Erklärung belegen, dass sie die vom Auftraggeber verlangten Eignungskriterien erfüllen und die festgelegten Nachweise auf Aufforderung unverzüglich beibringen können (Eigenerklärung). In einer solchen Erklärung sind die Befugnisse anzugeben über die der Unternehmer konkret verfügt (siehe Beilage 3). Gemäß Paragraph 70, Absatz 2, BVergG können Bieter ihre Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit auch durch die Vorlage einer Erklärung belegen, dass sie die vom Auftraggeber verlangten Eignungskriterien erfüllen und die festgelegten Nachweise auf Aufforderung unverzüglich beibringen können (Eigenerklärung). In einer solchen Erklärung sind die Befugnisse anzugeben über die der Unternehmer konkret verfügt (siehe Beilage 3).

Es wird darauf hingewiesen, dass die verlangten Eignung zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen muss und in der Folge nicht mehr verloren gehen darf.

...

2.2 Zuverlässigkeit

2.2.1 Berufliche Zuverlässigkeit

Bieter bzw. Mitglieder einer Bietergemeinschaft bzw. damit verbundene Unternehmen oder Dritte (zB Subunternehmer) werden von der Teilnahme am Vergabeverfahren ausgeschlossen, wenn

1) ...

7) sie sich bei der Erteilung von Auskünften betreffend die Befugnis, die berufliche Zuverlässigkeit, die technische Leistungsfähigkeit sowie die finanzielle und wirtschaftliche

Leistungsfähigkeit sowie die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit in erheblichem Maße falscher Erklärungen schuldig gemacht oder diese Auskünfte nicht erteilt haben.

2.3 Wirtschaftliche bzw. finanzielle Leistungsfähigkeit

Zum Nachweis der wirtschaftlichen bzw. finanziellen Leistungsfähigkeit sind vom Bieter folgende Informationen und Unterlagen mit seinem Angebot vorzulegen:

2.3.1 Gesamtumsatz

Der Bieter hat gemäß Beilage 4 dem Angebot einen Nachweis über seinen durchschnittlichen Gesamtumsatz für jedes der letzten 3 abgeschlossenen Geschäftsjahre (bzw. für den seit Unternehmensgründung bestehenden Zeitraum bei Unternehmen, die jünger als drei Jahre sind) vorzulegen und von einem Steuerberater/Wirtschaftsprüfer bestätigen zu lassen.

Als Mindestanforderung wird festgelegt, dass der Bieter den Nachweis über den Gesamtjahresumsatz in den letzten drei Geschäftsjahren (bzw. seit Unternehmensgründung) von mindestens EUR 3,5 Mio. durchschnittlich erbringen muss. Sofern es sich um eine Bietergemeinschaft handelt oder sich der Bieter/die Bietergemeinschaft zum Nachweis der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit auf ein anderes Unternehmen (Subunternehmer, sonstiger Dritter) stützt, ist die Beilage zusätzlich gesondert für jedes Mitglied der Bietergemeinschaft / jedes andere Unternehmen auszufüllen und vorzulegen.

...

2.4 Technische Leistungsfähigkeit

Zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit sind folgende Informationen und Unterlagen vorzulegen:

2.4.1 Unternehmensreferenz

Der Auftraggeber prüft das Vorliegen der technischen Leistungsfähigkeit anhand des Nachweises des Bieters über in der Vergangenheit erbrachte Leistungen.

2.4.1.1 Allgemeine Anforderungen an Referenzen

Zum Nachweis ihrer technischen Leistungsfähigkeit kann sich eine Bietergemeinschaft auf die Kapazitäten ihrer Mitglieder stützen. Namhaft gemachte Referenzen werden im Rahmen der Eignungsprüfung nur dann gewertet, wenn der Bieter (bzw. das betreffende Mitglied der Bietergemeinschaft bzw. das mit ihm verbundenen Unternehmen oder der allenfalls namhaft gemachte Dritte) selbst Auftragnehmer oder Mitglied der beauftragten Arbeitsgemeinschaft war. Im Letzteren Fall (d.h. Mitglied der beauftragten Arbeitsgemeinschaft) wird das Referenzprojekt im Rahmen dieser Eignungsprüfung nur dann berücksichtigt, wenn der Leistungsanteil des betreffenden Bieters (bzw. des Mitglieds der Bietergemeinschaft bzw. des mit ihm verbundenen Unternehmens oder des allenfalls namhaft gemachten Dritten) an dem von der Arbeitsgemeinschaft durchgeführten Referenzauftrag zumindest 50 % des vom Referenz-Auftraggeber geleisteten Entgelts des Referenzprojekts betragen hat und die Leistungen im jeweiligen Fachbereich von diesem selbst durchgeführt wurden (oder an Stelle der Eigenleistung bei der unmittelbaren Leistungserbringung durch andere Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft diese wesentlich unterstützt bzw. überwacht hat).

Der Bieter kann ein Referenzprojekt auch als Subunternehmer im Rahmen eines umfangreicheren Projekts erbracht haben. Voraussetzung ist nur, dass der Bieter die hinsichtlich der technischen Leistungsfähigkeit geforderten Leistungen selbst erbracht hat.

Für jede nachgewiesene Referenz hat der Bieter im Angebot in der Beilage 8 eine Auftraggeber-Bestätigung beizubringen, mit welcher der Referenz-Auftraggeber die Referenzangaben bestätigt, insbesondere dass der Bieter den

Auftrag fachgerecht und ordnungsgemäß erfüllt hat. Der Bieter erklärt sich damit einverstanden, dass der Auftraggeber zur Prüfung der angegebenen Referenzen allenfalls mit den ehemaligen Auftraggeber Kontakt aufnehmen wird.

2.4.1.2 Technische Leistungsfähigkeit

Zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit hat der Bieter zumindest 1 Referenzprojekt nachzuweisen, welches zumindest die folgenden Mindestanforderungen erfüllen muss:

? Der Bieter hat Gewichtsschlosserarbeiten durchgeführt.

? Der Referenz-Auftraggeber hat für die entsprechenden Leistungen ein Entgelt von zumindest EUR 0,8 Mio. (exkl. USt.) geleistet.

? Es muss sich um ein Projekt mit Zu- bzw. Umbauten während laufenden Betriebs handeln.

? Das Referenzprojekt muss zum Ablauf der Angebotsfrist abgeschlossen sein, wobei das Datum der Schlussrechnung maßgeblich ist. Referenzprojekte, die vor mehr als fünf Jahren (gerechnet ab dem Tag der Absendung der europaweiten Bekanntmachung des vorliegenden Vergabeverfahrens) abgeschlossen wurden oder die mangels Detailangaben nicht überprüfbar sind, werden nicht berücksichtigt.

Der Bieter hat die Mindestreferenz durch Ausfüllen und Unterfertigung der dafür vorgesehenen Beilage 8 nachzuweisen (die Durchführung der geforderten Leistungen im Hochbau ist im Feld „Kurzbeschreibung“ anzuführen bzw. allenfalls zu erläutern).

..."

(Ausschreibungsunterlage in den Unterlagen des Vergabeverfahrens)

9. Die Angebotsöffnung erfolgte am 11. Juni 2015. Insgesamt langten Angebote der folgenden sechs Bieter fristgerecht ein:

* ?Schuh Isoliertechnik GmbH € 1.159.136,94

* ?Heinrich Renner GmbH € 1.457.439,31

* Ludwig Brandstätter Betriebsges.m.b.H € 1.479.871,83

* GWS - G. Wittek Stahlbau GmbH € 1.777.371,86

* Rudolf GmbH € 1.795.508,00

* Metallbau Payreder GmbH & Co KG € 2.307.466,79

(Niederschrift über die Angebotsöffnung vom 11. Juni 2015 in den Unterlagen des Vergabeverfahrens)

10. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin legte ihrem Angebot ein Begleitschreiben, Beilage 1 "Allgemeine Angaben zum Bieter", Beilage 2 "Rechtsgültig unterfertigte Bietererklärungen", Beilage 3 "Eigenerklärung über den Eignungsnachweis, aktuelle Strafregistrauszüge der in der Geschäftsführung tätigen Personen des Bieters, einen aktuellen Firmenbuchauszug des Bieters, einen letztgültigen Kontoauszug der zuständigen Sozialversicherungsanstalt, eine letztgültige Lastschriftanzeige des Bieters, ein ausgepreistes und ausgedrucktes Leistungsverzeichnis-Kurztext samt Bieterlückenprotokoll und ONLV-Datei des Leistungsverzeichnisses auf Angebots-Datenträger, Beilage 4 "Gesamtumsatz", Beilage 8 "Unternehmensreferenz" und ein K3-Blatt bei. In der Eigenerklärung Beilage 3 erklärte die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin, "dass ich (wir) die vom Auftraggeber Österreichischer Rundfunk (ORF) in der Ausschreibung

431.1 Gewichtsschlosser verlangten Eignungskriterien erfülle(n) und die darin festgelegten Nachweise auf Aufforderung unverzüglich beibringen kann (können). Ich (Wir) verfüge(n) über folgende Befugnis(se):

- Metalltechnik
- Stuckateur & Trockenausbau
- Wärme-, Kälte-, Schall- und Branddämmung"

Weiters legte die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin eine vom Wirtschaftsprüfer bestätigte Beilage 4 - Erklärung über Umsatzerlöse bei, die für das Jahr 2012 einen Gesamtumsatz von € 2,3 Mio, für das Jahr 2013 einen Gesamtumsatz von € 2,2 Mio und für das Jahr 2014 einen Gesamtumsatz von € 2,1 Mio ausweist.

In der Beilage 8 - Unternehmens-Referenz nannte sie das Projekt "ORF Zentrum Hauptgebäude - Standsicherheitssanierung Los 3 - Bauabschnitt 1 - Objekt 1", bei dem die C Auftragnehmer war und das von Oktober 2012 bis September 2014 durchgeführt wurde. Dabei erbrachte die C die Leistungsteile Schlosser und konstruktiver Stahlbau.

Weiters legte sie das Schreiben der C aus dem Jänner 2015 an die Auftraggeberin bei, mit dem die C den ORF darüber informierte, "dass unsere Fachabteilung 'Industrie - Technischer Schallschutz' aus strategischen Gründen, mit Jahresende aus der C, ausgegliedert wurde. Die Tätigkeiten der Abteilung 'Technischer Schallschutz' werden im vollem Umfang ab 1.1.2015 vom Unternehmen - B, wahrgenommen. Das Unternehmen - B - ist ein verbundenes Unternehmen der C. Das gesamte Leistungsspektrum ist und bleibt unverändert, und auch die langjährigen Ansprechpartner sind weiterhin, unter der gleichen Mobilnummer, für Sie erreichbar." Es folgt die Angabe von Namen, Telefonnummern und E-Mail-Adressen, ua des bei der B zuständigen Mitarbeiters. "Unter dem Motto wo, B 'draufsteht ist, C 'drinnen, bitten wir weiterhin, der Abteilung 'Technischer Schallschutz' und Ihnen bekannten Ansprechpartnern die Treue zu halten, und empfehlen uns mit den besten Grüßen."

Weiters lag das an die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin gerichtete Schreiben der C vom 7. Jänner 2015 über die Erbringung des Auftrags "ORF Zentrum Hauptgebäude - Standsicherheitssanierung Los 3 - Bauabschnitt 1 - Objekt 1 Schlosser und konstruktiver Stahlbau" des Auftraggebers ORF mit einer Schlussrechnungssumme €

1,537.000 ohne USt. Der Auftraggeber bestätigte den folgenden Satz:

"Die genannten Leistungen wurden zur Gänze durch das Unternehmen C, termingerecht, fachgerecht und ordnungsgemäß ausgeführt."

Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin legte einen Firmenbuchauszug vom 24. Februar 2015, aus dem sich ergibt, dass sie zu 100 % im Eigentum der D stand, ein ANKÖ-Führungszertifikat, eine Auskunft der NÖGKK vom 3. Juni 2015, Daten des Steuerkontos mit Stand 19. Mai 2015 und eine Strafregistrauskunft für den Geschäftsführer vom 5. Mai 2015 bei.

Subunternehmer nannte die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin nicht.

(Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin in den Unterlagen des Vergabeverfahrens)

11. Am 23. Juni 2015 holte der Auftraggeber eine Auskunft des ANKÖ über die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin ein. Aus dieser ergibt sich, dass die C am Abfragetag Alleingesellschafterin der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin war. (ANKÖ Abfrage vom 23. Juni 2015 in den Unterlagen des Vergabeverfahrens)

12. Am 23. Juli 2015 holte der Auftraggeber eine Auskunft des ANKÖ über die C ein. Aus dieser ergibt sich, dass am Abfragetag J zu 1 % Gesellschafter der C waren. Der Gesamtumsatz im Jahr 2012 betrug €

22 Mio, im Jahr 2013 € 22,2 Mio und im Jahr 2014 € 30,8 Mio. Sie verfügte mit Stand 23. Juli 2015 über die Befugnisse "Abdichter gegen Feuchtigkeit und Druckwasser", "Erzeugung von Isoliermaterial", "Handel mit Waren aller Art unter Ausschluss solcher, deren Verkauf an eine besondere Bewilligung (Konzession) gebunden ist", "Schlosser (Handwerk)", "Stukkateure und Trockenausbauer gemäß § 94 Z 8 GewO 1973" und "Wärme-, Kälte- und Schallisolierer gemäß § 103 Abs. 1 lit. B Z 52 GewO 1973". (ANKÖ Abfrage vom 23. Juli 2015 in den Unterlagen des Vergabeverfahrens) 22 Mio, im Jahr 2013 € 22,2 Mio und im Jahr 2014 € 30,8 Mio. Sie verfügte mit Stand 23. Juli 2015 über die Befugnisse "Abdichter gegen Feuchtigkeit und Druckwasser", "Erzeugung von Isoliermaterial", "Handel mit Waren aller Art unter Ausschluss solcher, deren Verkauf an eine besondere Bewilligung (Konzession) gebunden ist", "Schlosser (Handwerk)", "Stukkateure und Trockenausbauer gemäß Paragraph 94, Ziffer 8, GewO 1973" und "Wärme-, Kälte- und Schallisolierer gemäß Paragraph 103, Absatz eins, lit. B Ziffer 52, GewO 1973". (ANKÖ Abfrage vom 23. Juli 2015 in den Unterlagen des Vergabeverfahrens)

13. Mit E-Mail vom 27. Juli 2015 forderte die vergebende Stelle die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin zur Vorlage folgender Erklärungen, Aufklärungen und Nachweise auf:

- eine Vollmacht für den Mitarbeiter, der das Angebot gefertigt hat,

- eine Patronatserklärung der C , die die für die Erfüllung des Auftrags benötigten Mittel bei der C und die Zurverfügungstellung dieser Mittel an die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin im Auftragsfall bestätigen sowie eine Solidarhaftungserklärung abgeben soll,
- eine Betriebshaftpflichtversicherung und
- K7-Blätter für näher genannte Positionen.

(E-Mail der vergebenden Stelle an die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin vom 27. Juli 2015 in den Unterlagen des Vergabeverfahrens)

14. Am 29. Juli 2015 erstreckte die vergebende Stelle die Frist zur Vorlage der angeforderten Unterlagen bis 4. August 2015. (Telefonnotiz vom 29. Juli 2015 in den Unterlagen des Vergabeverfahrens)

15. Am 3. August 2015 sandte die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin der vergebenden Stelle

- die Vollmacht des zuständigen Mitarbeiters zur Vertretung der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin in dem gegenständlichen Vergabeverfahren vom 3. Juni 2015,
- die Erklärung des C vom 10. Juni 2015, "dass die C als Eigentümer der B (100 %) zugunsten der B erklärt, dass
- zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe (11.06.2015 - 09.00 Uhr) die vorhandenen Mittel hinsichtlich der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit im erforderlichen Ausmaß zur Verfügung stehen
- im Falle einer Beauftragung an die B , die C die Mittel hinsichtlich der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit im erforderlichen Ausmaß zur Verfügung stellt."
- die Beilage 4 über die Umsatzerlöse der letzten Jahre bestätigt von einem Wirtschaftsprüfer mit einem Jahresumsatz für das Jahr 2012 von € 21,6 Mio, für das Jahr 2013 von € 22,2 Mio und für das Jahr 2014 von € 26 Mio,
- eine Versicherungsbestätigung vom 30. Juli 2015 und
- K7-Blätter zu den angefragten Positionen.

(E-Mail der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin an die vergebende Stelle vom 3. August 2015 in den Unterlagen des Vergabeverfahrens)

16. Am 3. August fand ein Telefonat zwischen einem Mitarbeiter der vergebenden Stelle und dem Projektverantwortlichen der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin statt, in dem letzterer die Auslagerung des Schlossereibetriebs der C an die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin. Das gegenständliche Bauvorhaben XXXX würde im Auftragsfall somit vom gleichen Betrieb mit gleichem Personal ausgeführt werden. Die Bezeichnung "technischer Schallschutz" im Schreiben vom Jänner 2015 erklärte er damit, dass für die Leistungserbringung technischer Schallschutz wesentliche Komponenten dem Gewerk Schlosser zuzuordnen seien. (Telefonnotiz vom 3. August 2015 in den Unterlagen des Vergabeverfahrens)

16. Am 3. August fand ein Telefonat zwischen einem Mitarbeiter der vergebenden Stelle und dem Projektverantwortlichen der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin statt, in dem letzterer die Auslagerung des Schlossereibetriebs der C an die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin. Das gegenständliche Bauvorhaben römisch 40 würde im Auftragsfall somit vom gleichen Betrieb mit gleichem Personal ausgeführt werden. Die Bezeichnung "technischer Schallschutz" im Schreiben vom Jänner 2015 erklärte er damit, dass für die Leistungserbringung technischer Schallschutz wesentliche Komponenten dem Gewerk Schlosser zuzuordnen seien. (Telefonnotiz vom 3. August 2015 in den Unterlagen des Vergabeverfahrens)

17. Im Dokument "Angebotsprüfung und Vergabevorschlag" vom 3. August 2015 ist zum Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin festgehalten, dass sich Rechenfehler kleiner/gleich 2 % ergeben hätten, die mit einer Differenz von € 9.600 von einer Nettosumme ungeprüft von € 1,159.136,94 zu einer Nettosumme geprüft von €

1,168.736,94 führt. Die Reihung nach rechnerischer Prüfung ergebe, dass die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin das billigste und die Antragstellerin das zweitbilligste Angebot gelegt hätten. Die Abweichung einiger Preise vom Mittelpreis sei durch die vorgelegten K7-Blätter betriebswirtschaftlich plausibel erklärt worden. Durch die Vorlage der Patronatserklärung der C und die nachgereichte Betriebshaftpflichtversicherung seien die Anforderungen an die Befugnis, finanzielle, wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit sowie der beruflichen Zuverlässigkeit vollinhaltlich erfüllt worden. Ein Aufklärungsgespräch sei angesichts der schriftlichen Aufklärung nicht

nötig gewesen. Da der Preis das einzige Zuschlagskriterium war, wurde die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin für den Zuschlag vorgeschlagen. (Dokument "Angebotsprüfung und Vergabevorschlag" vom 3. August 2015 in den Unterlagen des Vergabeverfahrens)

18. Der Auftraggeber schied keine Angebote aus. (Auskunft des Auftraggebers, Unterlagen des Vergabeverfahrens)

19. Am 7. August 2015 gab der Auftraggeber die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin mit einer Vergabesumme von € 1,168.736,94 ohne USt per Telefax allen Bietern bekannt. (Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung vom 7. August 2015 in den Unterlagen des Vergabeverfahrens)

20. Der Auftraggeber hat weder den Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren erteilt noch das Vergabeverfahren widerrufen. (Stellungnahme des Auftraggebers; Unterlagen des Vergabeverfahrens)

21. Die Antragstellerin bezahlte € 4.617 an Pauschalgebühren. (gegenständlicher Verfahrensakt OZ 10G)

2. Beweiswürdigung

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

3. Rechtliche Beurteilung

3.1 Anzuwendendes Recht

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

Einzelrichter

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

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

Anwendungsbereich

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

Erkenntnisse

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

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

1. der maßgebliche Sachverhalt feststeht oder

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

(3) ...

Inkrafttreten

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

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

(3) ...

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

Begriffsbestimmungen

§ 2. Im Geltungsbereich dieses Bundesgesetzes sind folgende Begriffsbestimmungen maßgebend. Paragraph 2, Im Geltungsbereich dieses Bundesgesetzes sind folgende Begriffsbestimmungen maßgebend:

1. ...

40. Verbundenes Unternehmen ist jedes Unternehmen, dessen Jahresabschluss gemäß § 228 des Unternehmensgesetzbuches, dRGBl. S 219/1897, mit demjenigen des Auftraggebers, Konzessionärs, Bewerbers oder Bieters konsolidiert ist; im Fall von Auftraggebern, Konzessionären, Bewerbern oder Bieter, die nicht unter diese Bestimmung fallen, sind verbundene Unternehmen diejenigen, auf die der Auftraggeber, Konzessionär, Bewerber oder Bieter unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben kann oder die einen beherrschenden Einfluss auf den Auftraggeber, Konzessionär, Bewerber oder Bieter ausüben können oder die ebenso wie der Auftraggeber, Konzessionär, Bewerber oder Bieter dem beherrschenden Einfluss eines anderen Unternehmens unterliegen, sei es auf Grund der Eigentumsverhältnisse, der finanziellen Beteiligung oder der für das Unternehmen geltenden sonstigen Vorschriften. Ein beherrschender Einfluss ist zu vermuten, wenn ein Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Mehrheit des gezeichneten Kapitals eines anderen Unternehmens besitzt oder über die Mehrheit der mit den Anteilen eines anderen Unternehmens verbundenen Stimmrechte verfügt oder mehr als die Hälfte der Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans eines anderen Unternehmens bestellen kann. 40. Verbundenes Unternehmen ist jedes Unternehmen, dessen Jahresabschluss gemäß Paragraph 228, des Unternehmensgesetzbuches, dRGBl. S 219 aus 1897,, mit demjenigen des Auftraggebers, Konzessionärs, Bewerbers oder Bieters konsolidiert ist; im Fall von Auftraggebern, Konzessionären, Bewerbern oder Bieter, die nicht unter diese Bestimmung fallen, sind verbundene Unternehmen diejenigen, auf die der Auftraggeber, Konzessionär, Bewerber oder Bieter unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben kann oder die einen beherrschenden Einfluss auf den Auftraggeber, Konzessionär, Bewerber oder Bieter ausüben können oder die ebenso wie der Auftraggeber, Konzessionär, Bewerber oder Bieter dem beherrschenden Einfluss eines anderen Unternehmens unterliegen, sei es auf Grund der Eigentumsverhältnisse, der finanziellen Beteiligung oder der für das Unternehmen geltenden sonstigen Vorschriften. Ein beherrschender Einfluss ist zu vermuten, wenn ein Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Mehrheit des gezeichneten Kapitals eines anderen Unternehmens besitzt oder über die Mehrheit der mit den Anteilen eines anderen Unternehmens verbundenen Stimmrechte verfügt oder mehr als die Hälfte der Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans eines anderen Unternehmens bestellen kann.

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 lauter Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

(2) ...

Ausschlussgründe

§ 68. (1) Der Auftraggeber hat - unbeschadet der Abs. 2 und 3 - Unternehmer von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen, wenn Paragraph 68, (1) Der Auftraggeber hat - unbeschadet der Absatz 2 und 3 - Unternehmer von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen, wenn

1. ...

7. sie sich bei der Erteilung von Auskünften betreffend die Befugnis, die berufliche Zuverlässigkeit, die technische Leistungsfähigkeit sowie die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit in erheblichem Maße falscher Erklärungen schuldig gemacht oder diese Auskünfte nicht erteilt haben.

(2) ...

Zeitpunkt des Vorliegens der Eignung

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

1. beim offenen Verfahren zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung,

2. ...

Eigenerklärung, Verlangen der Nachweise durch den Auftraggeber

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

1. berufliche Befugnis,

2. berufliche Zuverlässigkeit,

3. finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sowie

4. technische Leistungsfähigkeit

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

(2) Bewerber oder Bieter können ihre Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit auch durch die Vorlage einer Erklärung belegen, dass sie die vom Auftraggeber verlangten Eignungskriterien erfüllen und die festgelegten Nachweise auf Aufforderung unverzüglich beibringen können (Eigenerklärung). In einer solchen Erklärung sind die Befugnisse anzugeben, über die der Unternehmer konkret verfügt.

(3) Bei der Vergabe von Aufträgen kann der Auftraggeber die Vorlage bestimmter Nachweise von bestimmten Bewerbern oder Bietern verlangen, sofern dies nach Auffassung des Auftraggebers erforderlich ist. Bei der Vergabe von Aufträgen im Oberschwellenbereich hat der Auftraggeber vor Zuschlagserteilung die Vorlage der festgelegten Nachweise vom Zuschlagsempfänger jedenfalls zu verlangen; bei einer Vergabe in Losen gilt dies nur, wenn der geschätzte Wert des einzelnen Loses den in § 12 Abs. 1 genannten jeweiligen Schwellenwert erreicht.(3) Bei der Vergabe von Aufträgen kann der Auftraggeber die Vorlage bestimmter Nachweise von bestimmten Bewerbern oder Bietern verlangen, sofern dies nach Auffassung des Auftraggebers erforderlich ist. Bei der Vergabe von Aufträgen im Oberschwellenbereich hat der Auftraggeber vor Zuschlagserteilung die Vorlage der festgelegten Nachweise vom Zuschlagsempfänger jedenfalls zu verlangen; bei einer Vergabe in Losen gilt dies nur, wenn der geschätzte Wert des einzelnen Loses den in Paragraph 12, Absatz eins, genannten jeweiligen Schwellenwert erreicht.

(4) Nach Maßgabe des Abs. 3 kann der Auftraggeber den Unternehmer auffordern, erforderliche Nachweise binnen einer angemessenen Frist vorzulegen bzw. vorgelegte Bescheinigungen binnen einer angemessenen Frist zu vervollständigen oder zu erläutern. Nachweise können auch in Kopie oder elektronisch vorgelegt werden.

(5) Der Unternehmer kann den Nachweis der Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit auch durch den Nachweis der Eintragung in einem einschlägigen, allgemein zugänglichen Verzeichnis eines Dritten führen, sofern diesem die vom Auftraggeber festgelegten Unterlagen in der vom Auftraggeber gewünschten Aktualität vorliegen und vom Auftraggeber selbst unmittelbar abrufbar sind. Der Unternehmer kann den Nachweis der Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit auch mit anderen als den vom Auftraggeber festgelegten Unterlagen führen, sofern die festgelegten Unterlagen aus einem gerechtfertigten Grund nicht beigebracht werden können und die vorgelegten Unterlagen die gleiche Aussagekraft wie die ursprünglich festgelegten aufweisen. Der Nachweis der gleichen Aussagekraft ist vom Unternehmer nach Aufforderung zu erbringen.

(6) ...

Nachweis der beruflichen Zuverlässigkeit

§ 72. (1) Der Auftraggeber hat als Nachweis für die berufliche Zuverlässigkeit gemäß § 70 Abs. 1 Z 2 festzulegen, dass die Unternehmer zu belegen haben, dass kein Ausschlussgrund gemäß § 68 Abs. 1 vorliegt. Der Auftraggeber hat überdies von für die Zuschlagserteilung in Betracht kommenden Bewerbern, Bietern und deren Subunternehmern eine Auskunft aus der zentralen Verwaltungsstrafevidenz des Bundesministers für Finanzen gemäß § 28b des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG), BGBl. Nr. 218/1975, einzuholen, ob diesen eine rechtskräftige Bestrafung gemäß § 28 Abs. 1 Z 1 AuslBG zuzurechnen ist. Diese Auskunft darf nicht älter als sechs Monate sein.

Paragraph 72, (1) Der Auftraggeber hat als Nachweis für die berufliche Zuverlässigkeit gemäß Paragraph 70, Absatz eins, Ziffer 2, festzulegen, dass die Unternehmer zu belegen haben, dass kein Ausschlussgrund gemäß Paragraph 68, Absatz eins, vorliegt. Der Auftraggeber hat überdies von für die Zuschlagserteilung in Betracht kommenden Bewerbern, Bietern und deren Subunternehmern eine Auskunft aus der zentralen Verwaltungsstrafevidenz des Bundesministers für Finanzen gemäß Paragraph 28 b, des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG), Bundesgesetzblatt Nr. 218 aus 1975,, einzuholen, ob diesen eine rechtskräftige Bestrafung gemäß Paragraph 28, Absatz eins, Ziffer eins, AuslBG zuzurechnen ist. Diese Auskunft darf nicht älter als sechs Monate sein.

(2) Der Nachweis kann für Ausschlussgründe

1. gemäß § 68 Abs. 1 Z 1 bis 4 durch Vorlage eines Auszuges aus einem in Anhang VII angeführten Berufs- oder Handelsregister, dem Strafregister oder einer gleichwertigen Bescheinigung einer Gerichts- oder Verwaltungsbehörde des Herkunftslandes des Unternehmers, aus der hervorgeht, dass diese Ausschlussgründe nicht vorliegen, sowie

2. gemäß § 68 Abs. 1 Z 6 durch Vorlage des letztgültigen Kontoauszuges der zuständigen Sozialversicherungsanstalt oder die letztgültige Rückstandsbescheinigung gemäß § 229a Bundesabgabenordnung (BAO), BGBl. Nr. 194/1961, oder gleichwertiger Dokumente der zuständigen Behörden des Herkunftslandes des Unternehmers

2. gemäß Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 6, durch Vorlage des letztgültigen Kontoauszuges der zuständigen Sozialversicherungsanstalt oder die letztgültige Rückstandsbescheinigung gemäß Paragraph 229 a, Bundesabgabenordnung (BAO), Bundesgesetzblatt Nr. 194 aus 1961,, oder gleichwertiger Dokumente der zuständigen Behörden des Herkunftslandes des Unternehmers erbracht werden.

(3) ...

Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit

§ 75. (1) Als Nachweis für die technische Leistungsfähigkeit gemäß § 70 Abs. 1 Z 4 kann der Auftraggeber je nach Art, Menge oder Umfang und Verwendungszweck der zu liefernden Waren, der zu erbringenden Bau- oder

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

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

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

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

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

(5) ...

(6) Als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit können bei Bauaufträgen verlangt werden:

1. eine Liste der in den letzten fünf Jahren erbrachten Bauleistungen;
2. ...

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.

Inhalt der Ausschreibungsunterlagen

§ 79. (1) ...Paragraph 79, (1) ...

(6) In den Ausschreibungsunterlagen ist anzugeben, ob rechnerisch fehlerhafte Angebote gemäß § 126 Abs. 4 ausgeschlossen werden und ob eine Vorreihung infolge der Berichtigung eines Rechenfehlers zulässig ist.(6) In den Ausschreibungsunterlagen ist anzugeben, ob rechnerisch fehlerhafte Angebote gemäß Paragraph 126, Absatz 4, ausgeschlossen werden und ob eine Vorreihung infolge der Berichtigung eines Rechenfehlers zulässig ist.

Ablauf des offenen Verfahrens

§ 101. (1) ...Paragraph 101, (1) ...

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

Allgemeine Bestimmungen

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

(2) ...

Vorgehen bei der Prüfung

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

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

1. ob den in § 19 Abs. 1 angeführten Grundsätzen entsprochen wurde; 1. ob den in Paragraph 19, Absatz eins, angeführten Grundsätzen entsprochen wurde;

2. nach Maßgabe des § 70 die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Bieters bzw. - bei der Weitergabe von Leistungen - der namhaft gemachten Subunternehmer; 2. nach Maßgabe des Paragraph 70, die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Bieters bzw. - bei der Weitergabe von Leistungen - der namhaft gemachten Subunternehmer;

3. ob das Angebot rechnerisch richtig ist;

4. die Angemessenheit der Preise;

5. ob das Angebot den sonstigen Bestimmungen der Ausschreibung entspricht, insbesondere ob es formrichtig und vollständig ist.

Vorgehen bei Mangelhaftigkeit der Angebote

§ 126. (1) ... Paragraph 126, (1) ...

(4) Rechnerisch fehlerhafte Angebote sind, sofern dies in der Ausschreibung festgelegt wurde, dann nicht weiter zu berücksichtigen, wenn die Summe der Absolutbeträge aller Berichtigungen - erhöhend oder vermindern - 2 vH oder mehr des ursprünglichen Gesamtpreises beträgt. Berichtigungen von Seitenüberträgen der Zwischensummen im Angebot (Übertragungsfehler), mit denen nicht weitergerechnet wurde, bleiben dabei unberücksichtigt. Eine Vorreihung infolge der Berichtigung eines Rechenfehlers ist, ausgenommen der Auftraggeber hat in der Ausschreibung ausdrücklich anderes festgelegt, unzulässig.

Ausscheiden von Angeboten

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

1. Angebote von Bieter, die von der Teilnahme am Vergabeverfahren gemäß § 20 Abs. 5 oder gemäß § 68 Abs. 1 auszuschließen sind; 1. Angebote von Bieter, die von der Teilnahme am Vergabeverfahren gemäß Paragraph 20, Absatz 5, oder gemäß Paragraph 68, Absatz eins, auszuschließen sind;

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

3. ...

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

8. ...

9. rechnerisch fehlerhafte Angebote, die gemäß den Festlegungen in der Ausschreibung nicht weiter zu berücksichtigen sind;

10. ...

vorliegt.

(2) ...

Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes

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

Senatzuständigkeit und -zusammensetzung

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

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

Anzuwendendes Verfahrensrecht

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

Zuständigkeit

§ 312. (1) ...Paragraph 312, (1) ...

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

1. ...

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

(3) ...

Gebührenersatz

§ 319. (1) Der vor dem Bundesverwaltungsgericht wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller hat Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 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. Paragraph 319, (1) Der vor dem Bundesverwaltungsgericht wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller hat Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, 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.

(2) Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung besteht 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.

(3) Über den Gebührenersatz hat das Bundesverwaltungsgericht spätestens drei Wochen ab jenem Zeitpunkt zu entscheiden, ab dem feststeht, dass ein Anspruch auf Gebührenersatz besteht.

Einleitung des Verfahrens

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

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

1. er ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, und
2. ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

(2) ...

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.

(2) ...

3.2 Zu A) - Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung

3.2.1 Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts

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

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

3.2.2 Auftraggeber im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist der Österreichische Rundfunk (ORF). Er ist öffentlicher Auftraggeber iSd § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (zB BVwG 24. 7. 2014, W138 2008591-1/45E; 4. 2. 2014, W138 2000177-1/27E; BVA 4. 12. 2013, F/0004-BVA/11/2013-15; 27. 9. 2012, F/0005-BVA/02/2012-28; siehe auch VwGH 27. 10. 2014, 2012/04/0143; 26. 2. 2014, 2013/04/0175). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich gemäß § 4 Z 1 BVergG iVm Klasse 45.25 - Spezialbau und sonstiger Tiefbau sowie Klasse 45.21 - Hochbau, Brücken- und Tunnelbau uä in Gruppe 45.2 - Hoch- und Tiefbau in der Abteilung 45 des NACE in Anh I zum BVergG um einen Bauauftrag, da die in der Ausschreibung genannten CPV-Codes den genannten Klassen gemäß Anh I zum BVergG entsprechen und es sich damit um in Anh I genannte Tätigkeiten handelt. Der gegenständliche Auftrag betrifft ein Los eines Gesamtvorhabens, dessen geschätzter Auftragswert jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 3 BVergG liegt, sodass gemäß § 12 Abs 1 BVergG ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt.

3.2.2 Auftraggeber im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist der Österreichische Rundfunk (ORF). Er ist öffentlicher Auftraggeber iSd Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2,

BVergG (zB BVwG 24. 7. 2014, W138 2008591-1/45E; 4. 2. 2014, W138 2000177-1/27E; BVA 4. 12. 2013, F/0004-BVA/11/2013-15; 27. 9. 2012, F/0005-BVA/02/2012-28; siehe auch VwGH 27. 10. 2014, 2012/04/0143; 26. 2. 2014, 2013/04/0175). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich gemäß Paragraph 4, Ziffer eins, BVergG in Verbindung mit Klasse 45.25 - Spezialbau und sonstiger Tiefbau sowie Klasse 45.21 - Hochbau, Brücken- und Tunnelbau uä in Gruppe 45.2 - Hoch- und Tiefbau in der Abteilung 45 des NACE in Anh römisch eins zum BVergG um einen Bauauftrag, da die in der Ausschreibung genannten CPV-Codes den genannten Klassen gemäß Anh römisch eins zum BVergG entsprechen und es sich damit um in Anh römisch eins genannte Tätigkeiten handelt. Der gegenständliche Auftrag betrifft ein Los eines Gesamtvorhabens, dessen geschätzter Auftragswert jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG liegt, sodass gemäß Paragraph 12, Absatz eins, BVergG ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt.

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

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

3.2.2 Zulässigkeit des Antrages

3.2.2.1 Der Antragstellerin fehlen somit die Antragsvoraussetzungen nach § 320 BVergG nicht. Sie hat ihr Interesse am Vertragsabschluss ausreichend dokumentiert und ihr droht ein im Nachprüfungsantrag plausibel dargelegter Schaden. 3.2.2.1 Der Antragstellerin fehlen somit die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, BVergG nicht. Sie hat ihr Interesse am Vertragsabschluss ausreichend dokumentiert und ihr droht ein im Nachprüfungsantrag plausibel dargelegter Schaden.

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

3.2.3 Zum Antrag auf Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung - Inhaltliche Beurteilung

3.2.3.1 Die Antragstellerin beantragt die Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung. Sie begründet dies im Wesentlichen damit, dass die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin nicht ausreichend finanziell und wirtschaftlich leistungsfähig sei, sie ihre technische Leistungsfähigkeit nicht durch entsprechende ihr zurechenbare Referenzen habe nachweisen können und die verletzte Angebotssumme von der Auftragssumme in der Zuschlagsentscheidung abweiche. Auf diese Punkte wird in der Folge eingegangen werden.

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

3.2.3.3 Die Ausschreibung ist nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen. Gleiches gilt für die Willenserklärungen der Bieter (st Rspr zB VwGH 22.

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

3.2.3.4 Die Beurteilung der Angebote erfolgt gemäß § 123 BVergG in erster Linie anhand der bestandsfesten Ausschreibung (BVwG 26. 3. 2014, W187 2001000-1/30E). 3.2.3.4 Die Beurteilung der Angebote erfolgt gemäß Paragraph 123, BVergG in erster Linie anhand der bestandsfesten Ausschreibung (BVwG 26. 3. 2014, W187 2001000-1/30E).

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

Damit ist der objektive Erklärungswert der Ausschreibung zu ermitteln.

3.2.3.5 Der maßgebliche Zeitpunkt für den Nachweis der Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit ist gemäß § 69 Z 1 BVergG im offenen Verfahren der Zeitpunkt der Angebotsöffnung (VwGH 17. 9. 2014, 2013/04/0056). 3.2.3.5 Der maßgebliche Zeitpunkt für den Nachweis der Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit ist gemäß Paragraph 69, Ziffer eins, BVergG im offenen Verfahren der Zeitpunkt der Angebotsöffnung (VwGH 17. 9. 2014, 2013/04/0056).

3.2.3.1 Zur Berufung auf die Mittel Dritter

Grundsätzlich ist der Nachweis der Leistungsfähigkeit und der Befugnis durch Verweis auf die Mittel Dritter gemäß § 76 BVergG möglich (EuGH 2. 12. 1999, C-176/98, Holst Italia, Rn 27). Auf die Art der rechtlichen Verbindung zu diesem Unternehmen kommt es nicht an. Allerdings muss der Bieter nachweisen, dass ihm diese Mittel im Auftragsfall tatsächlich zur Verfügung stehen (EuGH 10. 10. 2013, C-94/12, Swm Construzioni, Rn 29). Der Dritte muss allerdings die Leistungen nicht selbst erbringen, also etwa nicht als Subunternehmer zur Verfügung stehen (BVwG 26. 3. 2014, W187 2001000-1/32E; 9. 9. 2015, W134 2111658-2/21), auch wenn innerhalb eines Konzerns auch der gesamte Auftrag an ein konzernverbundenes Unternehmen als Subunternehmer weitergegeben werden könnte (BVwG 28. 4. 2015, W139 2017669-2/69E; Schiefer/Wiedermair in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010] Rz 1178). Auch kann sich eine Tochtergesellschaft auf die Kapazitäten der Muttergesellschaft stützen, um den Nachweis der Leistungsfähigkeit zu erbringen (EuGH 18. 10. 2012, C-218/11, Édukövíz und Hochtief Construction, Rn 38 f; OGH 20. 6. 2008, 1 Ob 52/08s). Den Nachweis für das Zurverfügungstehen der Mittel muss der Bieter führen (BVwG 13. 3. 2015, W123 2100032-1/17E). Der Nachweis muss zum relevanten Zeitpunkt gemäß § 69 Z 1 BVergG geführt werden, inhaltlich jedoch das Zurverfügungstehen der Mittel zum Zeitpunkt der Auftragsausführung nachweisen (BVwG 26. 3. 2014, W187 2001000-1/32E). Dazu muss der Bieter auch nachweisen, dass der Dritte tatsächlich über diese Mittel verfügt (VwGH 11. 11. 2009, 2009/04/0203). Dies muss durch eine ausdrückliche Erklärung des Dritten erfolgen. Die Konzernzugehörigkeit alleine genügt dazu nicht (OGH 20. 6. 2008, 1 Ob 52/08s). Grundsätzlich ist der Nachweis der Leistungsfähigkeit und der Befugnis durch Verweis auf die Mittel Dritter gemäß Paragraph 76, BVergG möglich (EuGH 2. 12. 1999, C-176/98, Holst Italia, Rn 27). Auf die Art der rechtlichen Verbindung zu diesem Unternehmen kommt es nicht an. Allerdings muss der Bieter nachweisen, dass ihm diese Mittel im Auftragsfall tatsächlich zur Verfügung stehen (EuGH 10. 10. 2013, C-94/12, Swm Construzioni, Rn 29). Der Dritte muss allerdings die Leistungen nicht selbst erbringen, also etwa nicht als Subunternehmer zur Verfügung stehen (BVwG 26. 3. 2014, W187 2001000-1/32E; 9. 9. 2015, W134 2111658-2/21), auch wenn innerhalb eines Konzerns auch der gesamte Auftrag an ein konzernverbundenes Unternehmen als Subunternehmer weitergegeben werden könnte (BVwG 28. 4. 2015, W139 2017669-2/69E; Schiefer/Wiedermair in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010] Rz 1178). Auch kann sich eine Tochtergesellschaft auf die Kapazitäten der Muttergesellschaft stützen, um den Nachweis der Leistungsfähigkeit zu erbringen (EuGH 18. 10. 2012, C-218/11, Édukövíz und Hochtief Construction, Rn 38 f; OGH 20. 6. 2008, 1 Ob 52/08s). Den Nachweis für das Zurverfügungstehen der Mittel muss der Bieter führen (BVwG 13. 3. 2015, W123 2100032-1/17E). Der Nachweis muss zum relevanten Zeitpunkt gemäß Paragraph 69, Ziffer eins, BVergG geführt werden, inhaltlich jedoch das Zurverfügungstehen der Mittel zum Zeitpunkt der Auftragsausführung nachweisen (BVwG 26. 3. 2014, W187 2001000-

1/32E). Dazu muss der Bieter auch nachweisen, dass der Dritte tatsächlich über diese Mittel verfügt (VwGH 11. 11. 2009, 2009/04/0203). Dies muss durch eine ausdrückliche Erklärung des Dritten erfolgen. Die Konzernzugehörigkeit alleine genügt dazu nicht (OGH 20. 6. 2008, 1 Ob 52/08s).

3.2.3.2 Zum Verhältnis der B zur C

3.2.3.2.1 Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin behauptet, dass sie mit der C verbunden ist.

3.2.3.2.2 Zum Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit beruft sie sich auf ein verbundenes Unternehmen, ihre Muttergesellschaft C. Maßgeblich ist der Stand des Firmenbuchs. Zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung war die D Eigentümerin der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin. Diese war jedoch nach dem Treuhandvertrag vom 28. Jänner 2008 Treuhänderin für C. Das Treuhandverhältnis ist im Firmenbuch nicht eintragungsfähig (OGH 10. 4. 2008, 6 Ob 37/08x). Die Übertragung der Geschäftsanteile an der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin von der D an die C erfolgte erst am 18. Juni 2015, somit nach der Angebotsöffnung am 11. Juni 2015. Maßgeblich für die Beurteilung der Stellung als verbundenes Unternehmen ist daher, ob der Treuhandvertrag der Treugeberin ein derartiges Ausmaß an Beherrschung vermittelt hat, dass sie auf die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin einen beherrschenden Einfluss ausüben konnte und damit als Konzernmutter zu betrachten war. Dabei ist eine wirtschaftliche Betrachtungsweise heranzuziehen und die wirtschaftlichen Einflussmöglichkeiten zu beurteilen (OGH 9. 4. 2002, 5 Ob 271/01s).

3.2.3.2.3 Nach § 2 Z 40 BVergG beherrscht ein Unternehmen ein anderes, wenn es beherrschenden Einfluss auf dieses ausübt. Eine derartige Beherrschung wird vermutet, wenn das beherrschende Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Mehrheit des gezeichneten Kapitals des beherrschten Unternehmens besitzt. Bei der Beurteilung des beherrschenden Einflusses ist eine wirtschaftliche Betrachtungsweise anzuwenden. Es ist nicht ausschließlich auf das formal zivilrechtliche Eigentum abzustellen (Nowotny in Straube, UBG [2011] § 228 Rz 35). Seit der Eintragung der C als Eigentümern der gesamten Geschäftsanteile ist dieser beherrschende Einfluss klar. Ein mittelbarer Besitz kann zuvor nur dann angenommen werden, wenn der Treuhandvertrag einen entsprechenden Einfluss vermittelt. 3.2.3.2.3 Nach Paragraph 2, Ziffer 40, BVergG beherrscht ein Unternehmen ein anderes, wenn es beherrschenden Einfluss auf dieses ausübt. Eine derartige Beherrschung wird vermutet, wenn das beherrschende Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Mehrheit des gezeichneten Kapitals des beherrschten Unternehmens besitzt. Bei der Beurteilung des beherrschenden Einflusses ist eine wirtschaftliche Betrachtungsweise anzuwenden. Es ist nicht ausschließlich auf das formal zivilrechtliche Eigentum abzustellen (Nowotny in Straube, UBG [2011] Paragraph 228, Rz 35). Seit der Eintragung der C als Eigentümern der gesamten Geschäftsanteile ist dieser beherrschende Einfluss klar. Ein mittelbarer Besitz kann zuvor nur dann angenommen werden, wenn der Treuhandvertrag einen entsprechenden Einfluss vermittelt.

3.2.3.2.4 Der Treuhandvertrag untersagte zusammengefasst der Treuhänderin jede selbständige Verfügung über die Geschäftsanteile. Für die Verwaltung der Geschäftsanteile benötigte die Treuhänderin die Zustimmung der Treugeberin. Sie konnte keine selbständige Verfügung treffen. Auch konnte die Treugeberin jederzeit die Übertragung der Geschäftsanteile an sie verlangen. Es ist daher von einer uneigennützigen Treuhand auszugehen. Nach der Aussage des Geschäftsführers der C sollte wegen der unterschiedlichen Geschäftsfelder der C und der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin der gesellschaftsrechtliche und wirtschaftliche Zusammenhang zwischen den Gesellschaften verschleiert werden. So ist bei einer Übertragung der Geschäftsanteile vom Treugeber auf den Treuhänder und umgekehrt nicht von einer Änderung der wirtschaftlichen Einflussmöglichkeit auszugehen (OGH 9. 4. 2002, 5 Ob 271/01s). Auch ist bei der Berechnung der Geschäftsteile des Treuhänders der auf fremde Rechnung gehaltene Teil nicht anzurechnen (Nowotny in Straube, UBG [2011] § 228 Rz 35). Der Treugeber übt durch den Treuhänder beherrschenden Einfluss auf die beherrschte Gesellschaft aus (zur Beherrschung durch den Bund OGH 12. 3. 2008, 7 Ob 267/07a). Schließlich gab der Geschäftsführer beider Gesellschaften an, dass die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin und die C konsolidierte Jahresabschlüsse erstellen. Auch besteht eine personelle Identität des Geschäftsführers beider Gesellschaften. Damit kam der Treugeberin beherrschender Einfluss auf die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin zu. 3.2.3.2.4 Der Treuhandvertrag untersagte zusammengefasst der Treuhänderin jede selbständige Verfügung über die Geschäftsanteile. Für die Verwaltung der Geschäftsanteile benötigte die Treuhänderin die Zustimmung der Treugeberin. Sie konnte keine selbständige Verfügung treffen. Auch konnte die Treugeberin jederzeit die Übertragung der Geschäftsanteile an sie verlangen. Es ist daher von einer uneigennützigen Treuhand auszugehen. Nach der Aussage des Geschäftsführers der C sollte wegen der unterschiedlichen Geschäftsfelder der C und der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin der gesellschaftsrechtliche und

wirtschaftliche Zusammenhang zwischen den Gesellschaften verschleiert werden. So ist bei einer Übertragung der Geschäftsanteile vom Treugeber auf den Treuhänder und umgekehrt nicht von einer Änderung der wirtschaftlichen Einflussmöglichkeit auszugehen (OGH 9. 4. 2002, 5 Ob 271/01s). Auch ist bei der Berechnung der Geschäftsteile des Treuhänders der auf fremde Rechnung gehaltene Teil nicht anzurechnen (Nowotny in Straube, UBG [2011] Paragraph 228, Rz 35). Der Treugeber übt durch den Treuhänder beherrschenden Einfluss auf die beherrschte Gesellschaft aus (zur Beherrschung durch den Bund OGH 12. 3. 2008, 7 Ob 267/07a). Schließlich gab der Geschäftsführer beider Gesellschaften an, dass die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin und die C konsolidierte Jahresabschlüsse erstellen. Auch besteht eine personelle Identität des Geschäftsführers beider Gesellschaften. Damit kam der Treugeberin beherrschender Einfluss auf die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin zu.

3.2.3.2.5 Daher ist davon auszugehen, dass die C auch zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung entscheidenden Einfluss auf die B ausübte und daher die beiden Unternehmen als verbundenen Unternehmen anzusehen waren.

3.2.3.3 Zur wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit

3.2.3.3.1 Punkt 2.3.1 der Ausschreibung verlangt einen Jahresumsatz von € 3,5 Mio in den letzten drei Geschäftsjahren. Dieser ist in der Beilage ./4 mit Bestätigung eines Wirtschaftsprüfers oder Steuerberaters nachzuweisen. Diese Beilage ist auch auszufüllen und von einem Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer zu bestätigen, wenn sich der Bieter auf die Kapazitäten eines Dritten stützt.

3.2.3.3.2 Fest steht, dass die Nachweise der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin den Mindestanforderungen der Ausschreibung nicht genügen. Sie hat jedoch eine Eigenerklärung abgegeben, nach der sie bestätigt, ausreichend technisch leistungsfähig zu sein und auf Anforderung die Nachweise unverzüglich vorlegen zu können. In der Eigenerklärung sind zwar die Befugnisse, über die der Bieter verfügt, nicht jedoch die Art der übrigen Nachweise für die Eignung anzugeben. Damit steht es dem Bieter frei, im Rahmen der Vorgaben der Ausschreibung und der gesetzlichen Vorgaben auf Aufforderung zur Vorlage von Nachweisen jene Nachweise vorzulegen, die er als zum Nachweis seiner Eignung tauglich ansieht.

3.2.3.3.3 Um sich auf die Mittel Dritter, jene der Konzernmutter zu berufen, muss diese nicht als Subunternehmerin namhaft gemacht werden. Die Patronatserklärung enthält alle notwendigen Angaben, insbesondere, dass die Mittel der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin zum Leistungszeitraum zur Verfügung stehen. Sie vermag daher zum Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit dienen.

3.2.3.3.4 Da sich die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin einer Eigenerklärung bediente, konnte sie gemäß § 70 Abs 2 BVergG die Nachweise auch zu einem späteren Zeitpunkt über Aufforderung des Auftraggebers vorlegen. Eine Eigenerklärung war nach Punkt 2 der Ausschreibung nur für den Bieter, nicht jedoch für verbundene Unternehmen vorzulegen. Sie enthielt auf dem Formblatt 3 auch keinen Raum, allfällige andere Unternehmer anzugeben, insbesondere nicht Dritte, auf deren Kapazitäten sich der Bieter zu stützen gedenkt. Damit brachte der Auftraggeber zum Ausdruck, dass er eine Bekanntgabe erst zu einem Zeitpunkt wünschte, in dem der erkannt hatte, dass der Bieter für den Zuschlag in Betracht kommt, und der Auftraggeber die Nachweise benötigt. 3.2.3.3.4 Da sich die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin einer Eigenerklärung bediente, konnte sie gemäß Paragraph 70, Absatz 2, BVergG die Nachweise auch zu einem späteren Zeitpunkt über Aufforderung des Auftraggebers vorlegen. Eine Eigenerklärung war nach Punkt 2 der Ausschreibung nur für den Bieter, nicht jedoch für verbundene Unternehmen vorzulegen. Sie enthielt auf dem Formblatt 3 auch keinen Raum, allfällige andere Unternehmer anzugeben, insbesondere nicht Dritte, auf deren Kapazitäten sich der Bieter zu stützen gedenkt. Damit brachte der Auftraggeber zum Ausdruck, dass er eine Bekanntgabe erst zu einem Zeitpunkt wünschte, in dem der erkannt hatte, dass der Bieter für den Zuschlag in Betracht kommt, und der Auftraggeber die Nachweise benötigt.

3.2.3.3.5 Unstrittig erfüllt die Konzernmutter die Anforderungen der Ausschreibung in Punkt 2.3.1. Damit hat die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin ihre finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit durch die Mittel Dritter iSd § 76 BVergG nachgewiesen. 3.2.3.3.5 Unstrittig erfüllt die Konzernmutter die Anforderungen der Ausschreibung in Punkt 2.3.1. Damit hat die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin ihre finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit durch die Mittel Dritter iSd Paragraph 76, BVergG nachgewiesen.

3.2.3.3.6 Die Beilage ./4 wäre nach Punkt 2.3.1 auch für die C dem Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin anzuschließen gewesen. Als Nachweis der Eignung handelt es sich jedoch mangels anderer Festlegungen in der Ausschreibung (zB EuGH 6. 11. 2014, C-42/13, Cartiera dell'Adda und CEM Ambiente, Rn 46; BVA

20. 3. 2003, 12N-10/03-11) um einen behebbaren Mangel (VwGH 27. 10. 2014, 2012/04/0065). Die Verwendung einer Eigenerklärung vermag daran nichts zu ändern (BVA 20. 12. 2012, N/0103-BVA/10/2012-34; 27. 2. 2013, N/0123-BVA/14/2012-34, N/0126/BVA-14/2012-34). Damit konnte die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin die Beilage ./4 zusammen mit der Patronatserklärung und den übrigen gemäß §70 BVergG zulässigen beim ANKÖ aufliegenden Nachweisen samt der aktuellen Strafregisterauskunft für den Geschäftsführer im Zuge der Aufforderung zur Vorlage von Nachweisen vorlegen.

3.2.3.3.7 Den Nachweis einer solidarischen Haftung verlangt die Ausschreibung nicht. Die Patronatserklärung musste zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung bereits bestehen. Daher konnte die C nur auf jene Anforderungen Rücksicht nehmen, die zu diesem Zeitpunkt bekannt waren. Diese fanden sich in der Ausschreibung. Die Erklärung einer Solidarhaftung war daher nicht zu verlangen. Eine nachträgliche Erklärung einer Solidarhaftung wäre wegen des maßgeblichen Stichtages auch unzulässig. Gegen die Anforderung der ausschreibungswidrigen Anforderung hätte sich die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin auch nur im Fall eines Ausscheidens ihres Angebots zur Wehr setzen können. Damit vermag die Nichtvorlage der Solidarhaftungserklärung nicht zu einer Unzulässigkeit des Angebots der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin führen.

3.2.3.4 Zur technischen Leistungsfähigkeit

3.2.3.4.1 Die notwendige technische Leistungsfähigkeit richtet sich nach der zu erbringenden Leistung. Davon zu unterscheiden ist der Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit, der entsprechend den Festlegungen in der Ausschreibung erbracht werden muss.

3.2.3.4.2 Die Ausschreibung verlangt in ihrem Punkt 2.4.1.2 ausschließlich eine Unternehmensreferenz über Gewichtsschlosserarbeiten mit einem Auftragswert von € 0,8 Mio.

3.2.3.4.3 Strittig ist die Zurechnung des Nachweises der technischen Leistungsfähigkeit zu der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin.

3.2.3.4.4 Der Übergang der relevanten Abteilung mit 1. Jänner 2015 von der C auf die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin umfasste auch das Personal. Die C gab das mit dem Schreiben aus dem Jänner 2015 auch dem Auftraggeber bekannt. Darin waren die Ansprechpartner, ua der auch im gegenständlichen Projekt als Mitarbeiter der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin zur Durchführung des Vergabeverfahrens Bevollmächtigte genannt. Diese Mitteilung erfolgte vor Einleitung des gegenständlichen Vergabeverfahrens. Die missverständliche Bezeichnung wurde gegenüber dem Auftraggeber aufgeklärt. Dem entspricht auch, dass die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin die für den gegenständlichen Auftrag nötige Gewerbeberechtigung mit 1. Jänner 2015 bekam. Durch die Übertragung des Betriebsteils bestehen auch keine Bedenken, sich auf die in diesem Betriebsteil durchgeführten Aufträge zu berufen, da auch - wie sich aus den in der mündlichen Verhandlungen vorgelegten Protokollen über den Wechsel der Mitarbeiter der C zur B - die Mitarbeiter und die technischen Kapazitäten von der C auf die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin übertragen wurden und nun der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin zur Verfügung stehen.

3.2.3.4.5 Damit ähnelt diese Vorgangsweise einer Teilrechtsnachfolge mitsamt Übergang eines Betriebsteils. Bei der Fortführung des Unternehmens teils oder wenigstens der Übernahme von Personal und Ausstattung sogar eines untergangenen Unternehmens im eigenen Betrieb kann sich ein Unternehmer auf die Referenzen des fortgeführten Betriebsteils stützen (BVwG 25. 7. 2014, W187 2008561-2/16E). die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin kann sich daher auf die Referenzprojekte stützen, die der von der C übernommene Betriebsteil erbracht hat.

3.2.3.4.6 Auch im Wege der Berufung auf die Mittel Dritter ist die Nennung dieser Referenz möglich. Schließlich erfolgte die Bestätigung des Auftraggeber auf dem Schreiben von der C auf die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin lange vor Einleitung des gegenständlichen Vergabeverfahrens und geschah offenbar im Zuge des Übergangs des Betriebsteils.

3.2.3.4.7 Die Referenz muss sich trotz der Möglichkeit, sich auf die Kapazitäten anderer Unternehmer zu stützen, darin bestehen, dass der Bieter selbst als Hauptunternehmer oder als Mitglied einer Arbeitsgemeinschaft tätig war (VwGH 12. 5. 2011, 2011/04/0043). Die Rechnungssumme der C übersteigt die in der Ausschreibung geforderte, sodass diese Referenz geeignet ist, die technische Leistungsfähigkeit der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin nachzuweisen.

3.2.3.4.8 Schließlich lagen diese Nachweise bereits dem Angebot bei. Sie waren daher im maßgeblichen Zeitpunkt gemäß § 69 Z 1 BVergG bereits vorhanden.3.2.3.4.8 Schließlich lagen diese Nachweise bereits dem Angebot bei. Sie waren daher im maßgeblichen Zeitpunkt gemäß Paragraph 69, Ziffer eins, BVergG bereits vorhanden.

3.2.3.5 Zur Korrektur eines Rechenfehlers

Das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin wies einen Rechenfehler auf. Die Korrektur eines Rechenfehlers im Ausmaß von 0,83 % und somit unter 2 % der Angebotssumme ist gemäß § 126 Abs 4 BVergG unabhängig von einer Festlegung des Auftraggebers in der Ausschreibung möglich, umso mehr als es im gegenständlichen Vergabeverfahren dadurch nicht zu einer Änderung der Reihung der Angebote kam (BVwG 23. 10. 2014, W123 2011734-2/24E). Der Unterschied zwischen dem verlesenen Preis und dem in der Zuschlagsentscheidung genannten Preis verstößt daher auch nicht gegen das Verbandsverbot gemäß § 101 Abs 4 BVergG und ist nicht zu beanstanden. Schließlich ist das Angebot der Antragstellerin um 24,7 % teurer als jenes der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin. Das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin wies einen Rechenfehler auf. Die Korrektur eines Rechenfehlers im Ausmaß von 0,83 % und somit unter 2 % der Angebotssumme ist gemäß Paragraph 126, Absatz 4, BVergG unabhängig von einer Festlegung des Auftraggebers in der Ausschreibung möglich, umso mehr als es im gegenständlichen Vergabeverfahren dadurch nicht zu einer Änderung der Reihung der Angebote kam (BVwG 23. 10. 2014, W123 2011734-2/24E). Der Unterschied zwischen dem verlesenen Preis und dem in der Zuschlagsentscheidung genannten Preis verstößt daher auch nicht gegen das Verbandsverbot gemäß Paragraph 101, Absatz 4, BVergG und ist nicht zu beanstanden. Schließlich ist das Angebot der Antragstellerin um 24,7 % teurer als jenes der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin.

3.2.3.6 Zum Antrag auf Nichtigerklärung

Wie oben gezeigt, trat keine Rechtswidrigkeit auf. Eine falsche Auskunft der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin über die Eignung iSd § 68 Abs 1 Z 7 BVergG konnte nicht festgestellt werden. Die Zuschlagsentscheidung erging daher rechtens und der Nachprüfungsantrag war abzuweisen. Wie oben gezeigt, trat keine Rechtswidrigkeit auf. Eine falsche Auskunft der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin über die Eignung iSd Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG konnte nicht festgestellt werden. Die Zuschlagsentscheidung erging daher rechtens und der Nachprüfungsantrag war abzuweisen.

3.3 Zu Spruchpunkt B) - Ersatz der Pauschalgebühr

Die Antragstellerin hat die Pauschalgebühr in der gesetzlich geschuldeten Höhe tatsächlich bezahlt. Das Bundesverwaltungsgericht erließ die beantragte einstweilige Verfügung. Die Antragstellerin hat mit ihrem Nachprüfungsantrag nicht obsiegt, da das Bundesverwaltungsgericht den Nachprüfungsantrag abwies. Der Ersatz der Pauschalgebühr findet daher nicht statt.

3.4 Zu Spruchpunkt C) - Unzulässigkeit der Revision

3.4.1 Gemäß § 25a Abs 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art 133 Abs 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.3.4.1 Gemäß Paragraph 25 a, Absatz eins, VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

3.4.2 Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor, da das Bundesverwaltungsgericht in Bindung an die Rechtsmeinung des Verwaltungsgerichtshofes die beantragte Feststellung erließ.3.4.2 Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich

zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor, da das Bundesverwaltungsgericht in Bindung an die Rechtsmeinung des Verwaltungsgerichtshofes die beantragte Feststellung erließ.

Schlagworte

Angebotsöffnung, Bauauftrag, Befugnis beurteilt am Auftragsgegenstand, Behebbarkeit von Mängeln, bestandfeste Ausschreibung, Eigenerklärung, Eignung, Eignungsnachweis, fairer Wettbewerb, finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, Gewerbeberechtigung, Leistungsfähigkeit, Mängelbehebung, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, objektiver Erklärungswert, öffentlicher Auftraggeber, Pauschalgebührenersatz, Rechenfehler, Rechtsnachfolger, Referenzprojekt, Schaden, Subunternehmer, technische Leistungsfähigkeit, Vergabeverfahren, wirtschaftliche Interessen, Zeitpunkt, Zuverlässigkeit

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2015:W187.2112472.2.00

Zuletzt aktualisiert am

30.11.2015

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at