

TE Bvwg Erkenntnis 2015/9/9 W134 2111658-2

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 09.09.2015

Entscheidungsdatum

09.09.2015

Norm

BVergG 2006 §312

BVergG 2006 §318 Abs1

BVergG 2006 §319

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §76

B-VG Art.133 Abs4

GewO 1994 §32 Abs1 Z1

VwGVG §28 Abs1

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 § 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. B-VG Art. 133 heute
2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013
6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974
9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946
10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934

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

1. VwGVG § 28 heute
2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018

Spruch

W134 2111658-2/21E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Thomas Gruber als Vorsitzender sowie Mag. Gabriele Lukassen als fachkundiger Laienrichter der Auftraggeberseite und Mag. Kurt Lang als fachkundiger Laienrichter der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "A11 Karawanken Autobahn, Unterflurtrasse St. Niklas AB-km 3,68 - AB-km 4,38 - BL, STSG Sanierung", der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs-Aktiengesellschaft (kurz ASFINAG), vertreten durch die ASFINAG Baumanagement GmbH, Modecenterstraße 16, 1030 Wien, aufgrund des Antrages der Bietergemeinschaft bestehend aus XXXX und 2. XXXX, beide vertreten durch Rechtsanwalt XXXX, vom 03.08.2015 zu Recht erkannt: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Thomas Gruber als Vorsitzender sowie Mag. Gabriele Lukassen als fachkundiger Laienrichter der Auftraggeberseite und Mag. Kurt Lang als fachkundiger Laienrichter der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "A11 Karawanken Autobahn, Unterflurtrasse St. Niklas AB-km 3,68 - AB-km 4,38 - BL, STSG Sanierung", der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs-Aktiengesellschaft (kurz ASFINAG), vertreten durch die ASFINAG Baumanagement GmbH, Modecenterstraße 16, 1030 Wien, aufgrund des Antrages der Bietergemeinschaft bestehend aus römisch 40 und 2. römisch 40, beide vertreten durch Rechtsanwalt römisch 40, vom 03.08.2015 zu Recht erkannt:

A)

I. Der Antrag "das Verwaltungsgericht möge die Zuschlagsentscheidung der ASFINAG Baumanagement GmbH vom 23.07.2015, den Zuschlag im Vergabeverfahren ID-Nr.: 38662, A11 Karawankenautobahn, Unterflurtrasse St. Niklas von AB-km 3,68 bis AB-km 4,38 BL - STSG Sanierung der Firma XXXX mit einem Gesamtpreis von Euro 5.408.804,65 (netto) zu erteilen, für nichtig erklären", wird gemäß § 312 BVergG 2006 abgewiesen. römisch eins. Der Antrag "das Verwaltungsgericht möge die Zuschlagsentscheidung der ASFINAG Baumanagement GmbH vom 23.07.2015, den Zuschlag im Vergabeverfahren ID-Nr.: 38662, A11 Karawankenautobahn, Unterflurtrasse St. Niklas von AB-km 3,68 bis AB-km 4,38 BL - STSG Sanierung der Firma römisch 40 mit einem Gesamtpreis von Euro 5.408.804,65 (netto) zu erteilen, für nichtig erklären", wird gemäß Paragraph 312, BVergG 2006 abgewiesen.

II. Der Antrag "dem AG den Ersatz von Euro 9.234,00 Antragsgebühren binnen 14 Tagen bei sonstigem Zwange an die

Ast aufzuerlegen" wird gemäß § 319 BVergG abgewiesen.römisch zwei. Der Antrag "dem AG den Ersatz von Euro 9.234,00 Antragsgebühren binnen 14 Tagen bei sonstigem Zwange an die Ast aufzuerlegen" wird gemäß Paragraph 319, BVergG abgewiesen.

B)

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

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

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

Mit Schreiben vom 03.08.2015, beim BVwG eingelangt am gleichen Tag, begehrte die Antragstellerin die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 23.07.2015, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, Akteneinsicht, die Erlassung einer einstweiligen Verfügung und den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren durch die Auftraggeberin.

Begründend wurde von der Antragstellerin im Wesentlichen folgendes ausgeführt:

Ausgeschrieben sei die Vergabe von E & M Leistungen und dazugehörige Bauleistungen für die sicherheitstechnische Aufrüstung und Umbauten im Sinn des STSG der Unterflurtrasse Sankt Niklas inklusive der Vorportalbereiche. Angefochten werde die Zuschlagsentscheidung vom 23.07.2015 der XXXX mit einem Gesamtpreis von 5.408.804,65 (netto) den Zuschlag erteilen zu wollen. Zur Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung gab die Antragstellerin zusammengefasst folgendes an:Ausgeschrieben sei die Vergabe von E & M Leistungen und dazugehörige Bauleistungen für die sicherheitstechnische Aufrüstung und Umbauten im Sinn des STSG der Unterflurtrasse Sankt Niklas inklusive der Vorportalbereiche. Angefochten werde die Zuschlagsentscheidung vom 23.07.2015 der römisch 40 mit einem Gesamtpreis von 5.408.804,65 (netto) den Zuschlag erteilen zu wollen. Zur Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung gab die Antragstellerin zusammengefasst folgendes an:

1. Mangelnde Befugnis: Für die Ausführung der ausgeschriebenen Leistungen sei neben der Befugnis als Baumeister eine elektrotechnische Fachbefugnis erforderlich. Nach den Rechercheergebnissen der Antragstellerin verfüge die XXXX über keinerlei einschlägige in Betracht kommende Fachbefugnis Elektrotechnik. Daher sei die XXXX nicht befugt, die als Eigenleistung geforderten Kernleistungen auszuführen.1. Mangelnde Befugnis: Für die Ausführung der ausgeschriebenen Leistungen sei neben der Befugnis als Baumeister eine elektrotechnische Fachbefugnis erforderlich. Nach den Rechercheergebnissen der Antragstellerin verfüge die römisch 40 über keinerlei einschlägige in Betracht kommende Fachbefugnis Elektrotechnik. Daher sei die römisch 40 nicht befugt, die als Eigenleistung geforderten Kernleistungen auszuführen.

2. Referenzen: Die XXXX verfüge nicht über die geforderten Referenzen für Unterflurtrassen und für den E & M Anteil. Referenzen: Die römisch 40 verfüge nicht über die geforderten Referenzen für Unterflurtrassen und für den E & M Anteil.

Die Antragstellerin habe ein Interesse am Vertragsabschluss, es drohe ihr ein Schaden und ihre Rechte würden verletzt.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 05.08.2015 gaben diese bekannt, dass Auftraggeberin die Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs-Aktiengesellschaft (kurz ASFINAG), vertreten durch die ASFINAG Baumanagement GmbH sei. Bei dem gegenständlichen Vergabeverfahren handle es sich um einen Bauauftrag im Oberschwellenbereich der in einem offenen Verfahren nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden solle. Die Bekanntmachung in Österreich sei am 21.04.2015, in der EU ebenfalls am 21.04.2015 erfolgt. Die Zuschlagsentscheidung sei am 23.07.2015 ergangen.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 10.08.2015 gab diese zusammengefasst an, dass die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin genannten Referenzprojekte von der Auftraggeberin im Rahmen der Angebotsprüfung geprüft worden seien und die Vorgaben der Ausschreibung erfüllen würden. Es handle sich dabei um Referenzprojekte des mit der präsumtiven Zuschlagsempfängerin konzernverbundenen Unternehmens XXXX. Die Prüfung dieser Referenzen habe ergeben, dass diese den Kriterien der gegenständlichen Ausschreibung entsprechen würden.Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 10.08.2015 gab diese zusammengefasst an, dass die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin

genannten Referenzprojekte von der Auftraggeberin im Rahmen der Angebotsprüfung geprüft worden seien und die Vorgaben der Ausschreibung erfüllen würden. Es handle sich dabei um Referenzprojekte des mit der präsumtiven Zuschlagsempfängerin konzernverbundenen Unternehmens römisch 40. Die Prüfung dieser Referenzen habe ergeben, dass diese den Kriterien der gegenständlichen Ausschreibung entsprechen würden.

Mit Beschluss des Bundesverwaltungsgerichtes vom 10.08.2015, W 134 2111658-1/2E, wurde der Auftraggeberin für die Dauer des Vergabekontrollverfahrens untersagt, den Zuschlag zu erteilen.

Mit Schreiben der präsumtiven Zuschlagsempfängerin XXXX vom 13.08.2015 erhob diese begründete Einwendungen. Entgegen den Behauptungen der Antragstellerin verfüge die präsumtive Zuschlagsempfängerin über die zum Nachweis der erforderlichen Eignung vorzulegenden Referenzen. Mit Schreiben der präsumtiven Zuschlagsempfängerin römisch 40 vom 13.08.2015 erhob diese begründete Einwendungen. Entgegen den Behauptungen der Antragstellerin verfüge die präsumtive Zuschlagsempfängerin über die zum Nachweis der erforderlichen Eignung vorzulegenden Referenzen.

Mit Schreiben der Antragstellerin vom 27.08.2015 ergänzte diese ihr Nachprüfungsantrag.

Am 01.09.2015 fand im Bundesverwaltungsgericht darüber eine mündliche Verhandlung statt. Dabei wurde unter anderem folgendes vorgebracht:

"XXXX Ich hatte genügend Zeit, die OZ 10 zu studieren. Erforderlich ist weiters die Befugnis für Kommunikationselektronik für das Spleißen und Verlegen sowohl der Lichtwellenleiter für die Ersatzumgehung als auch für die permanente Lichtwellenleiterkonstruktion.

XXXX übergibt sowohl der Antragstellerin als auch dem VR einen historischen GISA-Auszug und bringt dazu vor, dass daraus ersichtlich ist, dass die Gewerbebefugnis für Elektrotechnik zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung am 26.05.2015 bestanden hat und nach wie vor aufrecht ist. römisch 40 übergibt sowohl der Antragstellerin als auch dem VR einen historischen GISA-Auszug und bringt dazu vor, dass daraus ersichtlich ist, dass die Gewerbebefugnis für Elektrotechnik zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung am 26.05.2015 bestanden hat und nach wie vor aufrecht ist.

XXXX: Im Hinblick auf die nunmehr vorliegende öffentliche Urkunde wird die Befugnis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin betreffend das Gewerbe Elektrotechnik nicht mehr bezweifelt. Bezweifelt wird jedoch die Befugnis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin und ihre Eignung in Hinblick auf das Gewerbe Kommunikationselektronik.

XXXX: Arbeiten betreffend das Gewerbe Kommunikationselektronik sind nicht erforderlich und wurde daher das Vorliegen des Gewerbes Kommunikationselektronik auch nicht geprüft. Laut LV ist die Leistung des Spleißens von Lichtwellenleitern Teil der Ausschreibung (z.B. Position 06273921 LWL-Einzelspleißung ASF). Diese Leistungen sind in so geringem Ausmaß ausgeschrieben, dass sie jedenfalls durch Nebenrechte iSd § 32 GeWO abgedeckt sind. Das Spleißen von Lichtwellenleitern inklusive Dokumentation macht in der Gesamtauftragssumme einen Anteil von 0,2% aus. XXXX: Arbeiten betreffend das Gewerbe Kommunikationselektronik sind nicht erforderlich und wurde daher das Vorliegen des Gewerbes Kommunikationselektronik auch nicht geprüft. Laut LV ist die Leistung des Spleißens von Lichtwellenleitern Teil der Ausschreibung (z.B. Position 06273921 LWL-Einzelspleißung ASF). Diese Leistungen sind in so geringem Ausmaß ausgeschrieben, dass sie jedenfalls durch Nebenrechte iSd Paragraph 32, GeWO abgedeckt sind. Das Spleißen von Lichtwellenleitern inklusive Dokumentation macht in der Gesamtauftragssumme einen Anteil von 0,2% aus.

XXXX schließt sich diesen Ausführungen der Auftraggeberin an. römisch 40 schließt sich diesen Ausführungen der Auftraggeberin an.

XXXX: Bei richtiger Kalkulation beläuft sich der Wert der vom Spleißen betroffenen Leistungen auf rund 1,5% der Auftragssumme. Ausschreibungsgemäß waren jedoch auch die notwendigen Subunternehmer für geringfügige Leistungen anzugeben (Position 00B103B des LV) und handelt es sich hierbei um eine in technischer Hinsicht jedenfalls wesentliche Leistung, weil die Lichtwellenleiter die gesamte Sicherheitsrelevante und sonstige Kommunikation der ASFINAG abwickeln und ein gesicherter Autobahnbetrieb ohne die Lichtwellenleiter nicht möglich ist. Selbst wenn daher der XXXX im Rahmen der gewerblichen Nebenrechte des § 32 GewO die reine Befugnis für die Ausübung dieser Leistung zukommen sollte, muss bei der Eignung ja auch geprüft werden ob die personelle und gerätetechnische Ausstattung für die Ausübung der Leistung vorliegt. Nach dem Gesetz muss der Bieter die technische

Leistungsfähigkeit für alle Leistungen entweder selbst erfüllen oder durch geeignete Subunternehmen erfüllen lassen. Es wäre daher zu überprüfen, wenn die XXXX über kein Lichtwellenschweißgerät verfügt, ob sie einen geeigneten Subunternehmer findet, der das Lichtwellenschweißgerät zur Verfügung stellen kann. XXXX: Bei richtiger Kalkulation beläuft sich der Wert der vom Spleißen betroffenen Leistungen auf rund 1,5% der Auftragssumme. Ausschreibungsgemäß waren jedoch auch die notwendigen Subunternehmer für geringfügige Leistungen anzugeben (Position 00B103B des LV) und handelt es sich hierbei um eine in technischer Hinsicht jedenfalls wesentliche Leistung, weil die Lichtwellenleiter die gesamte Sicherheitsrelevante und sonstige Kommunikation der ASFINAG abwickeln und ein gesicherter Autobahnbetrieb ohne die Lichtwellenleiter nicht möglich ist. Selbst wenn daher der römisch 40 im Rahmen der gewerblichen Nebenrechte des Paragraph 32, GewO die reine Befugnis für die Ausübung dieser Leistung zukommen sollte, muss bei der Eignung ja auch geprüft werden ob die personelle und gerätetechnische Ausstattung für die Ausübung der Leistung vorliegt. Nach dem Gesetz muss der Bieter die technische Leistungsfähigkeit für alle Leistungen entweder selbst erfüllen oder durch geeignete Subunternehmen erfüllen lassen. Es wäre daher zu überprüfen, wenn die römisch 40 über kein Lichtwellenschweißgerät verfügt, ob sie einen geeigneten Subunternehmer findet, der das Lichtwellenschweißgerät zur Verfügung stellen kann.

XXXX: Ich verweise auf das im Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gelegte Subunternehmerverzeichnis, welches eine Firma enthält, die über die Gewerbebefugnis für Mechatroniker für Elektromaschinenbau und Automatisierung verfügt (Auf Seite 6 von 14 des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin findet sich diese Firma an letzter Stelle). Gemäß § 150 Abs. 15 GewO berechtigt diese Befugnis auch zur Ausübung von Tätigkeiten in der Kommunikationselektronik. XXXX: Ich verweise auf das im Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gelegte Subunternehmerverzeichnis, welches eine Firma enthält, die über die Gewerbebefugnis für Mechatroniker für Elektromaschinenbau und Automatisierung verfügt (Auf Seite 6 von 14 des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin findet sich diese Firma an letzter Stelle). Gemäß Paragraph 150, Absatz 15, GewO berechtigt diese Befugnis auch zur Ausübung von Tätigkeiten in der Kommunikationselektronik.

XXXX: Zum Thema Befugnis, die 1,5% sind jedenfalls von den Nebenrechten abgedeckt und darüber hinaus möchte ich auch auf den von XXXX genannten Subunternehmer verweisen. XXXX: Zum Thema Befugnis, die 1,5% sind jedenfalls von den Nebenrechten abgedeckt und darüber hinaus möchte ich auch auf den von römisch 40 genannten Subunternehmer verweisen.

XXXX: Die Referenzen sind im Zusammenhang mit der auch geltend gemachten mangelnden Eignung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zu sehen, wo ich schon in der RZ 43 darauf hingewiesen habe, dass es nicht nur um die Referenzen sondern auch die um anderen Merkmale der technischen Leistungsfähigkeit geht. Aus den heute übergebenen nichtgeschwärzten Absätzen der Stellungnahme von OZ 10 geht für die Antragstellerin erstmals hervor, dass die XXXX selbst überhaupt keine Referenzen vorweisen kann. Das ist deswegen von ausschlaggebender Bedeutung, weil nach Position 00B103C mindestens mehr als 50% der E&M-Leistungen als Eigenleistung gefordert werden. D. h. die Merkmale der technischen Leistungsfähigkeit können bestandsfest für die Kernleistungen von mehr als 50% der E&M-Leistungen überhaupt nicht durch einen Subunternehmer substituiert werden, weil in diesem Ausmaß eine Weitergabe, auch beispielsweise an die XXXX unzulässig ist. Aus der Stellungnahme der ASFINAG geht hervor, dass sie die Eignung der XXXX im Sinne des vollen Umfangs der technischen Leistungsfähigkeit gerade für die Kernleistungen nicht geprüft hat. Aus ON 10 geht hervor, dass man sich sogar für die Referenzprojekte der XXXX bedienen möchte. Daraus folgt, dass die XXXX für die Kernleistungen keine ausreichende Erfahrung mitbringt und daher auch keine Organisationsstruktur, Führungspersonal, etc. hat. Aus ON 10 ergibt sich darüber hinaus, dass die XXXX nicht als Subunternehmer benannt wurde, sondern eine Erklärung vorgelegt wurde, wonach sich die XXXX auf die Referenzen der XXXX stützen könnte. Das führt zu einem gesetzlich nicht zulässigen Handel mit Referenzen. § 76 letzter Satz BVergG fordert den Nachweis, dass dem Auftragnehmer Mittel auch tatsächlich zur Verfügung stehen müssen. Bei einer Referenz handelt es sich aber nicht um Mittel zur Ausführung, wie z.B. einen Bagger, sondern um Erfahrungswissen des Leitungspersonals und organisatorische Merkmale. Eine Referenz ist per se nichts, was man als Mittel iSd des § 76 BVergG auch tatsächlich zur Verfügung stellen könnte. Man kann also nicht eine Referenz von einem Unternehmen loslösen und einem anderen Unternehmen abstrakt übertragen. Vielmehr wäre es erforderlich gewesen, dass schon im Angebot eine Erklärung abgegeben wird, dass die XXXX die E&M-Arbeiten, sei es als Subunternehmer, oder in einer anderen vom Gesetz zulässigen Form ausführt. Aus ON 10 geht nun hervor, dass keineswegs die Übertragung irgendwelcher referenzrelevanten Arbeiten an die XXXX, sondern bloß die Übertragung

der nackten Referenzen der XXXX an die XXXX beabsichtigt waren. Das ist in Punkt der Referenzen aufgrund ihrer rechtlichen Natur nicht möglich. Das ergibt sich aus den Anforderungen des § 76 BVergG. Dazu kommt aber, dass die Weitergabe dieser Leistungen im Bereich der Kernleistung als Eigenleistung unzulässig ist, nach der Position 00B103C der Ausschreibung hätte die XXXX für weniger als 50% der E&M-Leistungen als Subunternehmer benannt werden müssen, was nicht erfolgt ist. XXXX: Die Referenzen sind im Zusammenhang mit der auch geltend gemachten mangelnden Eignung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zu sehen, wo ich schon in der RZ 43 darauf hingewiesen habe, dass es nicht nur um die Referenzen sondern auch die um anderen Merkmale der technischen Leistungsfähigkeit geht. Aus den heute übergebenen nichtgeschwärzten Absätzen der Stellungnahme von OZ 10 geht für die Antragstellerin erstmals hervor, dass die römisch 40 selbst überhaupt keine Referenzen vorweisen kann. Das ist deswegen von ausschlaggebender Bedeutung, weil nach Position 00B103C mindestens mehr als 50% der E&M-Leistungen als Eigenleistung gefordert werden. D. h. die Merkmale der technischen Leistungsfähigkeit können bestandsfest für die Kernleistungen von mehr als 50% der E&M-Leistungen überhaupt nicht durch einen Subunternehmer substituiert werden, weil in diesem Ausmaß eine Weitergabe, auch beispielsweise an die römisch 40 unzulässig ist. Aus der Stellungnahme der ASFINGAG geht hervor, dass sie die Eignung der römisch 40 im Sinne des vollen Umfangs der technischen Leistungsfähigkeit gerade für die Kernleistungen nicht geprüft hat. Aus ON 10 geht hervor, dass man sich sogar für die Referenzprojekte der römisch 40 bedienen möchte. Daraus folgt, dass die römisch 40 für die Kernleistungen keine ausreichende Erfahrung mitbringt und daher auch keine Organisationsstruktur, Führungspersonal, etc. hat. Aus ON 10 ergibt sich darüber hinaus, dass die römisch 40 nicht als Subunternehmer benannt wurde, sondern eine Erklärung vorgelegt wurde, wonach sich die römisch 40 auf die Referenzen der römisch 40 stützen könnte. Das führt zu einem gesetzlich nicht zulässigen Handel mit Referenzen. Paragraph 76, letzter Satz BVergG fordert den Nachweis, dass dem Auftragnehmer Mittel auch tatsächlich zur Verfügung stehen müssen. Bei einer Referenz handelt es sich aber nicht um Mittel zur Ausführung, wie z.B. einen Bagger, sondern um Erfahrungswissen des Leitungspersonals und organisatorische Merkmale. Eine Referenz ist per se nichts, was man als Mittel iSd des Paragraph 76, BVergG auch tatsächlich zur Verfügung stellen könnte. Man kann also nicht eine Referenz von einem Unternehmen loslösen und einem anderen Unternehmen abstrakt übertragen. Vielmehr wäre es erforderlich gewesen, dass schon im Angebot eine Erklärung abgegeben wird, dass die römisch 40 die E&M-Arbeiten, sei es als Subunternehmer, oder in einer anderen vom Gesetz zulässigen Form ausführt. Aus ON 10 geht nun hervor, dass keineswegs die Übertragung irgendwelcher referenzrelevanten Arbeiten an die römisch 40, sondern bloß die Übertragung der nackten Referenzen der römisch 40 an die römisch 40 beabsichtigt waren. Das ist in Punkt der Referenzen aufgrund ihrer rechtlichen Natur nicht möglich. Das ergibt sich aus den Anforderungen des Paragraph 76, BVergG. Dazu kommt aber, dass die Weitergabe dieser Leistungen im Bereich der Kernleistung als Eigenleistung unzulässig ist, nach der Position 00B103C der Ausschreibung hätte die römisch 40 für weniger als 50% der E&M-Leistungen als Subunternehmer benannt werden müssen, was nicht erfolgt ist.

Die von der XXXX aufgegebenen Referenzen sind nicht ausreichend. Zugestandenermaßen umfasste das Projekt M6 nur die Errichtung der elektrotechnischen Straßenausrüstung, gefordert war aber eine elektro- und maschinelle Ausrüstung. Mangels Präzision, welche Autobahnabschnitte hier angeführt wurden, kann nicht festgestellt werden, welche maschinellen Ausrüstungen auf der M6 und auf dem Arad-Bypass-Motorway überhaupt vorhanden waren, noch dass das Vorhandensein der maschinellen Ausrüstung geprüft worden wäre. Es gibt dort einige Tunnel, deren maschinelle Ausrüstung wurde aber nach Kenntnis der Antragstellerin von anderen Unternehmen ausgeführt. Die maschinelle Komponente fehlt sowohl bei den Referenzen als auch bei den übrigen Merkmalen der technischen Leistungsfähigkeit. Die XXXX verfügt über einen einzigen elektrotechnischen Mitarbeiter, nämlich den Herrn XXXX und einen weiteren Mitarbeiter. Mit dieser Personalausstattung ist der Leistungsgegenstand der Ausschreibung in keinem Fall in der ausgeschriebenen Zeit ausführbar. Die von der römisch 40 aufgegebenen Referenzen sind nicht ausreichend. Zugestandenermaßen umfasste das Projekt M6 nur die Errichtung der elektrotechnischen Straßenausrüstung, gefordert war aber eine elektro- und maschinelle Ausrüstung. Mangels Präzision, welche Autobahnabschnitte hier angeführt wurden, kann nicht festgestellt werden, welche maschinellen Ausrüstungen auf der M6 und auf dem Arad-Bypass-Motorway überhaupt vorhanden waren, noch dass das Vorhandensein der maschinellen Ausrüstung geprüft worden wäre. Es gibt dort einige Tunnel, deren maschinelle Ausrüstung wurde aber nach Kenntnis der Antragstellerin von anderen Unternehmen ausgeführt. Die maschinelle Komponente fehlt sowohl bei den Referenzen als auch bei den übrigen Merkmalen der technischen Leistungsfähigkeit. Die römisch 40 verfügt über einen einzigen

elektrotechnischen Mitarbeiter, nämlich den Herrn römisch 40 und einen weiteren Mitarbeiter. Mit dieser Personalausstattung ist der Leistungsgegenstand der Ausschreibung in keinem Fall in der ausgeschriebenen Zeit ausführbar.

XXXX: Als erstes möchte ich darauf verweisen, dass gem. § 75 BVergG es dem Auftraggeber in diesem Rahmen freisteht, welche Nachweise er für die technische Leistungsfähigkeit fordert. In der konkreten Ausschreibung waren eine Liste über erbrachte Leistungen, sowie zwei näher definierte Referenzprojekte gefordert. Anhand dieser Kriterien wurde die Eignung geprüft. Zum Thema Übertragung der Referenzen kann festgehalten werden, dass sich der Bieter gem. § 76 BVergG auf die Leistungsfähigkeit anderer Unternehmen berufen kann. Dies ist im gegenständlichen Fall erfolgt und liegt eine entsprechende Verpflichtungserklärung der XXXX iSd § 76 BVergG dem Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin bei. Eine Namhaftmachung als Subunternehmer ist nur dann erforderlich, wenn das dritte Unternehmen konkrete Auftragsteile erbringt. Dies ist hier betreffend die XXXX nicht der Fall und war entsprechend der Judikatur des BVwG eine Namhaftmachung der XXXX als Subunternehmer nicht erforderlich, weil von der XXXX keine Auftragsteile für die XXXX erbracht werden. Entgegen der Ansicht der Antragstellerin war in den Ausschreibungsunterlagen nicht gefordert, dass der Leistungsinhalt der Referenzprojekte 1:1 dem der gegenständlichen Ausschreibung entspricht, sondern war eine näherdefinierte Vergleichbarkeit gefordert. Es war also nicht notwendig, dass die gleichen E&M-Leistungen wie in der gegenständlichen Ausschreibung ausgeführt werden. E&M-Leistungen ist die Abkürzung für elektrotechnische und maschinelle Leistungen. Dies sind Leistungen, die der elektrotechnischen und maschinellen Ausrüstung des jeweiligen Bauobjekts dienen. Es wurde geprüft, ob eben E&M-Leistungen in den Referenzprojekten erbracht wurden, die den Leistungen im Leistungsbuch "Technische Infrastruktur" (LB-TI) entsprechen. Das Leistungsbuch ist eine Richtlinie der ASFINAG BMG und ist Grundlage der Ausschreibung und ist öffentlich von der Homepage abrufbar. Diese Überprüfung hat ergeben, dass in den genannten Referenzprojekten entsprechende E&M-Leistungen im erforderlichen Ausmaß erbracht wurden, weshalb die technische Leistungsfähigkeit der präsumtiven Zuschlagsempfängerin als gegeben anzusehen war.

XXXX: Als erstes möchte ich darauf verweisen, dass gem. Paragraph 75, BVergG es dem Auftraggeber in diesem Rahmen freisteht, welche Nachweise er für die technische Leistungsfähigkeit fordert. In der konkreten Ausschreibung waren eine Liste über erbrachte Leistungen, sowie zwei näher definierte Referenzprojekte gefordert. Anhand dieser Kriterien wurde die Eignung geprüft. Zum Thema Übertragung der Referenzen kann festgehalten werden, dass sich der Bieter gem. Paragraph 76, BVergG auf die Leistungsfähigkeit anderer Unternehmen berufen kann. Dies ist im gegenständlichen Fall erfolgt und liegt eine entsprechende Verpflichtungserklärung der römisch 40 iSd Paragraph 76, BVergG dem Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin bei. Eine Namhaftmachung als Subunternehmer ist nur dann erforderlich, wenn das dritte Unternehmen konkrete Auftragsteile erbringt. Dies ist hier betreffend die römisch 40 nicht der Fall und war entsprechend der Judikatur des BVwG eine Namhaftmachung der römisch 40 als Subunternehmer nicht erforderlich, weil von der römisch 40 keine Auftragsteile für die römisch 40 erbracht werden. Entgegen der Ansicht der Antragstellerin war in den Ausschreibungsunterlagen nicht gefordert, dass der Leistungsinhalt der Referenzprojekte 1:1 dem der gegenständlichen Ausschreibung entspricht, sondern war eine näherdefinierte Vergleichbarkeit gefordert. Es war also nicht notwendig, dass die gleichen E&M-Leistungen wie in der gegenständlichen Ausschreibung ausgeführt werden. E&M-Leistungen ist die Abkürzung für elektrotechnische und maschinelle Leistungen. Dies sind Leistungen, die der elektrotechnischen und maschinellen Ausrüstung des jeweiligen Bauobjekts dienen. Es wurde geprüft, ob eben E&M-Leistungen in den Referenzprojekten erbracht wurden, die den Leistungen im Leistungsbuch "Technische Infrastruktur" (LB-TI) entsprechen. Das Leistungsbuch ist eine Richtlinie der ASFINAG BMG und ist Grundlage der Ausschreibung und ist öffentlich von der Homepage abrufbar. Diese Überprüfung hat ergeben, dass in den genannten Referenzprojekten entsprechende E&M-Leistungen im erforderlichen Ausmaß erbracht wurden, weshalb die technische Leistungsfähigkeit der präsumtiven Zuschlagsempfängerin als gegeben anzusehen war.

XXXX: Die präsumtive Zuschlagsempfängerin verfügt selbst über eine ausreichende Zahl an Referenzen wie auch Mitarbeitern (Elektriker). Grundsätzlich sind für die präsumtive Zuschlagsempfängerin zur Leistungserbringung auch keine Mittel der XXXX Im Sinne von § 76 BVergG erforderlich. Selbst wenn solche erforderlich wären, könnte die XXXX Geräte sowie Hilfspersonal im Wege der Arbeitskräfteüberlassung zur Verfügung stellen, ohne dadurch als Subunternehmer qualifiziert zu werden. In den Projekten M6 und Arad Bypass Motorway wurden an maschineller Ausrüstung zum Beispiel Transformatoren errichtet bzw. angeschlossen. Ich lege eine Aufstellung der von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zu erbringenden Eigenleistungen vor und bitte diese wegen der Preisangaben aus der Akteneinsicht auszunehmen. Daraus ergibt sich, dass der Eigenleistungsanteil der präsumtiven

Zuschlagsempfängerin, wie in den Ausschreibungsunterlagen gefordert, bei E&M-Leistungen über 50% betragen würde. Des Weiteren lege ich eine Urkunde vom 31.08.2015 vor, wo die Referenzgeberin für das Projekt M6 nochmals bestätigt, dass die XXXX E&M-Leistungen erbracht hat. XXXX: Die präsumtive Zuschlagsempfängerin verfügt selbst über eine ausreichende Zahl an Referenzen wie auch Mitarbeitern (Elektriker). Grundsätzlich sind für die präsumtive Zuschlagsempfängerin zur Leistungserbringung auch keine Mittel der römisch 40 im Sinne von Paragraph 76, BVergG erforderlich. Selbst wenn solche erforderlich wären, könnte die römisch 40 Geräte sowie Hilfspersonal im Wege der Arbeitskräfteüberlassung zur Verfügung stellen, ohne dadurch als Subunternehmer qualifiziert zu werden. In den Projekten M6 und Arad Bypass Motorway wurden an maschineller Ausrüstung zum Beispiel Transformatoren errichtet bzw. angeschlossen. Ich lege eine Aufstellung der von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zu erbringenden Eigenleistungen vor und bitte diese wegen der Preisangaben aus der Akteneinsicht auszunehmen. Daraus ergibt sich, dass der Eigenleistungsanteil der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, wie in den Ausschreibungsunterlagen gefordert, bei E&M-Leistungen über 50% betragen würde. Des Weiteren lege ich eine Urkunde vom 31.08.2015 vor, wo die Referenzgeberin für das Projekt M6 nochmals bestätigt, dass die römisch 40 E&M-Leistungen erbracht hat.

XXXX: Dazu weise ich darauf hin, dass es sich um einen ausländischen Auftraggeber handelt, der das Leistungsbuch Technische Infrastruktur nicht anwendet, sodass die Prüfung eine eindeutige Spezifikation der tatsächlich erbrachten Leistungen im Sinne einer verbalen Beschreibung erfordert hätte. Eine maschinelle Ausrüstung ist nur in einem Tunnel oder in einer Unterflurtrasse erforderlich.

XXXX: Ist das Leistungsbuch "Technische Infrastruktur" (LB-TI) Teil der gegenständlichen Ausschreibung und wenn ja, ersuche ich um konkrete Zitierung in der Ausschreibung.

XXXX: Teile dieses Leistungsbuchs sind dem LV zugrunde gelegt. In der Ausschreibung gibt es allerdings keinen konkreten Verweis auf das Leistungsbuch "Technische Infrastruktur" (LB-TI).

XXXX: Das im obigen Absatz Gesagte ist richtig.

XXXX: Ein Transformator ist sehr wohl eine elektrische Maschine und daher vom Begriff maschinelle Ausrüstung umfasst.

XXXX: Eine Maschine ist nur ein Apparat mit rotierenden Teilen."

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

1. Feststellungen:

Die ASFINAG vertreten durch die ASFINAG Baumanagement GmbH hat einen Bauauftrag im Wege eines offenen Verfahrens im Oberschwellenbereich ausgeschrieben. Die Bekanntmachung in Österreich und in der EU ist am 21.04.2015 erfolgt. Die Zuschlagsentscheidung ist am 23.07.2015 zu Gunsten der XXXX ergangen (Schreiben der Auftraggeber vom 05.08.2015, Nachprüfungsantrag). Die ASFINAG vertreten durch die ASFINAG Baumanagement GmbH hat einen Bauauftrag im Wege eines offenen Verfahrens im Oberschwellenbereich ausgeschrieben. Die Bekanntmachung in Österreich und in der EU ist am 21.04.2015 erfolgt. Die Zuschlagsentscheidung ist am 23.07.2015 zu Gunsten der römisch 40 ergangen (Schreiben der Auftraggeber vom 05.08.2015, Nachprüfungsantrag).

Die Positionsnummer 00B104E des "B.5 Leistungsverzeichnis, Bauleistungen E&M Leistungen" lautet auszugsweise:

"00B104E Referenzprojekte

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

Referenzprojekte

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

a) Kriterien:

Auftragswert: > 1 Mio. € für E&M-Ausrüstungen im hochrangigen Straßennetz

b) Beschränkung des Alters von Referenzen:

Es werden grundsätzlich nur Referenzprojekte mit einer Auftragserteilung ab dem 01.01.2009

anerkannt und gewertet.

c)..."

2. Beweiswürdigung:

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den in Klammer genannten Quellen, deren inhaltliche Richtigkeit außer Zweifel steht.

3. Rechtliche Beurteilung:

Die Ausschreibungsunterlagen sind nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen (VwGH 22.11.2011, 2006/04/0024).

3. a) Zum Nachprüfungsantrag (Spruchpunkt A I.); 3. a) Zum Nachprüfungsantrag (Spruchpunkt A) römisch eins.):

Die Antragstellerin hat ursprünglich die Befugnis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin betreffend das Gewerbe Elektrotechnik bezweifelt, diese Zweifel jedoch nach Vorlage eines Gewerbeinformationssystemauszuges durch die präsumtive Zuschlagsempfängerin in der mündlichen Verhandlung wieder zurückgezogen.

Bezweifelt hat die Antragstellerin jedoch die Befugnis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin in Hinblick auf das Gewerbe Kommunikationselektronik für das Spleißen und Verlegen sowohl der Lichtwellenleiter für die Ersatzumgehung als auch für die permanente Lichtwellenleiterkonstruktion. Die Antragstellerin hat dazu angegeben dass sich der Wert der vom Spleißen betroffenen Leistungen auf rund 1,5 % der Auftragssumme belaufe. Die Auftraggeberin hat dafür einen Prozentsatz von 0,2 % angegeben.

§ 32 Abs 1 Z 1 und Abs 2 GewO 1994 idF.BGBl I Nr. 131/2004 lautet: Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer eins und Absatz 2, GewO 1994 in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 131 aus 2004, lautet:

"(1) Gewerbetreibenden stehen auch folgende Rechte zu:

1. alle Vorarbeiten und Vollendungsarbeiten auf dem Gebiet anderer Gewerbe vorzunehmen, die dazu dienen, die Produkte, die sie erzeugen oder vertreiben sowie Dienstleistungen, die sie erbringen, absatzfähig zu machen sowie in geringem Umfang Leistungen anderer Gewerbe zu erbringen, die eigene Leistungen wirtschaftlich sinnvoll ergänzen;

(2) Bei der Ausübung der Rechte gemäß Abs. 1 müssen der wirtschaftliche Schwerpunkt und die Eigenart des Betriebes erhalten bleiben. Soweit dies aus Gründen der Sicherheit notwendig ist, haben sich die Gewerbetreibenden entsprechend ausgebildeter und erfahrener Fachkräfte zu bedienen." (2) Bei der Ausübung der Rechte gemäß Absatz eins, müssen der wirtschaftliche Schwerpunkt und die Eigenart des Betriebes erhalten bleiben. Soweit dies aus Gründen der Sicherheit notwendig ist, haben sich die Gewerbetreibenden entsprechend ausgebildeter und erfahrener Fachkräfte zu bedienen."

Der Verwaltungsgerichtshof geht bei der Frage wie das Nebenrecht nach § 32 Abs. 1 Z 1 GewO 1994 (Leistungen anderer Gewerbe in geringem Umfang) zu bemessen ist, von einer rein quantitativen Betrachtungsweise aus, wobei ein Anteil von 6,43 % der Angebotssumme auch als geringer Umfang gewertet worden ist (VwGH 05.11.2010, 2007/04/0210). Da entsprechend den glaubwürdigen Angaben der Antragstellerin das Spleißen und Verlegen sowohl der Lichtwellenleiter für die Ersatzumgehung als auch für die permanente Lichtwellenleiterkonstruktion nur einen Anteil von 1,5 % der Auftragssumme ausmacht (laut der Auftraggeberin sind es lediglich 0,2 %), handelt es sich um Leistungen anderer Gewerbe in geringem Umfang, welche die präsumtive Zuschlagsempfängerin im Rahmen ihres Nebenrechtes nach § 32 Abs. 1 Z 1 GewO 1994 ausüben kann. Im Übrigen hat die präsumtive Zuschlagsempfängerin auch eine Subunternehmerin für diese Leistungen benannt. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin ist daher befugt, die gegenständlichen Leistungen auszuführen. Der Verwaltungsgerichtshof geht bei der Frage wie das Nebenrecht nach Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer eins, GewO 1994 (Leistungen anderer Gewerbe in geringem Umfang) zu bemessen ist, von einer rein quantitativen Betrachtungsweise aus, wobei ein Anteil von 6,43 % der Angebotssumme auch als geringer Umfang gewertet worden ist (VwGH 05.11.2010, 2007/04/0210). Da entsprechend den glaubwürdigen Angaben der Antragstellerin das Spleißen und Verlegen sowohl der Lichtwellenleiter für die Ersatzumgehung als auch für die permanente Lichtwellenleiterkonstruktion nur einen Anteil von 1,5 % der Auftragssumme ausmacht (laut der Auftraggeberin sind es lediglich 0,2 %), handelt es sich um Leistungen anderer Gewerbe in geringem Umfang, welche die präsumtive Zuschlagsempfängerin im Rahmen ihres Nebenrechtes nach Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer eins,

GewO 1994 ausüben kann. Im Übrigen hat die präsuntive Zuschlagsempfängerin auch eine Subunternehmerin für diese Leistungen benannt. Die präsuntive Zuschlagsempfängerin ist daher befugt, die gegenständlichen Leistungen auszuführen.

Die Antragstellerin hat weiters zusammengefasst vorgebracht, dass die präsuntive Zuschlagsempfängerin nicht über die beiden Referenzen entsprechend Positionsnummer 00B104E des Leistungsverzeichnisses verfügen würde.

Die Auftraggeberin und die präsuntive Zuschlagsempfängerin haben darauf verwiesen, dass sich die präsuntive Zuschlagsempfängerin diesbezüglich auf 2 Referenzen der XXXX stützt. Die Auftraggeberin und die präsuntive Zuschlagsempfängerin haben darauf verwiesen, dass sich die präsuntive Zuschlagsempfängerin diesbezüglich auf 2 Referenzen der römisch 40 stützt.

§ 76 BVergG 2006 in der Fassung BGBl. I Nr. 15/2010 lautet: Paragraph 76, BVergG 2006 in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, lautet:

"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."

Die XXXX hat eine Erklärung vom 18.05.2015 mit einem Verweis auf § 76 BVergG 2006 abgegeben. Es ist gemäß § 76 BVergG zulässig, dass sich die präsuntive Zuschlagsempfängerin zum Nachweis der erforderlichen Leistungsfähigkeit auf die Kapazitäten der XXXX ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen den beiden bestehenden Verbindungen stützt. Die präsuntive Zuschlagsempfängerin kann sich daher auf die Referenzen der XXXX stützen. Dies sagt nichts darüber aus, wer die Leistung tatsächlich erbringt. Im konkreten Fall ist offenbar nicht geplant, dass die XXXX Leistungen als Subunternehmer für die präsuntive Zuschlagsempfängerin erbringt (siehe die Ausführungen der Auftraggeberin auf Seite 9 der Verhandlungsschrift). Die römisch 40 hat eine Erklärung vom 18.05.2015 mit einem Verweis auf Paragraph 76, BVergG 2006 abgegeben. Es ist gemäß Paragraph 76, BVergG zulässig, dass sich die präsuntive Zuschlagsempfängerin zum Nachweis der erforderlichen Leistungsfähigkeit auf die Kapazitäten der römisch 40 ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen den beiden bestehenden Verbindungen stützt. Die präsuntive Zuschlagsempfängerin kann sich daher auf die Referenzen der römisch 40 stützen. Dies sagt nichts darüber aus, wer die Leistung tatsächlich erbringt. Im konkreten Fall ist offenbar nicht geplant, dass die römisch 40 Leistungen als Subunternehmer für die präsuntive Zuschlagsempfängerin erbringt (siehe die Ausführungen der Auftraggeberin auf Seite 9 der Verhandlungsschrift).

Die Antragstellerin hat weiters ausgeführt, dass die von der XXXX angebotenen Referenzen nicht ausreichend seien. Es sei fraglich, welche maschinellen Ausrüstungen bei den beiden Referenzprojekten überhaupt vorhanden gewesen seien. Die Antragstellerin hat weiters ausgeführt, dass die von der römisch 40 angebotenen Referenzen nicht ausreichend seien. Es sei fraglich, welche maschinellen Ausrüstungen bei den beiden Referenzprojekten überhaupt vorhanden gewesen seien.

Die Auftraggeberin hat dazu angegeben, dass sie geprüft habe, ob vergleichbare E&M Leistungen in den beiden Referenzprojekten erbracht worden seien, die den Leistungen im Leistungsbuch "Technische Infrastruktur" (LB-TI) entsprechen. Das Leistungsbuch sei eine Richtlinie der ASFINAG Baumanagement GmbH, wobei es in der Ausschreibung keinen konkreten Verweis auf dieses Leistungsbuch gebe.

Aus den vorgelegten Referenzschreiben geht hervor, dass es sich um 2 Projekte betreffend Ausrüstungen im hochrangigen Straßennetz mit einem Auftragsvolumen von jeweils mehr als € 1 Million gehandelt hat. Dies wird auch von der Antragstellerin nicht bezweifelt. Zweifel hegt die Antragstellerin jedoch, ob maschinelle Ausrüstungen bei beiden Referenzprojekten zur Ausführung gelangt sind. Differenzen, was unter einer maschinellen Ausrüstung genau zu verstehen ist, gab es in der mündlichen Verhandlung zwischen der Antragstellerin sowie der präsuntiven Zuschlagsempfängerin und der Auftraggeberin.

Fraglich ist somit wie der Begriff "E&M-Ausrüstungen" der Positionsnummer 00B104E des Leistungsverzeichnisses auszulegen ist. Der Begriff wird in der Ausschreibung nicht näher definiert, insbesondere gibt es keinen konkreten Verweis in der Ausschreibung auf das von der Auftraggeberin genannte Leistungsbuch "Technische Infrastruktur" (LB-

TI). Es ist somit auch für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter nicht klar erkennbar, was genau unter diesem Begriff verstanden wird. Da die Ausschreibung nicht angefochten und daher bestandsfest geworden ist, kann der Ausschreibung auch nicht ein zusätzlicher Inhalt in Form etwa des oben genannten Leistungsbuches hinzugefügt werden. Da somit die genaue Bedeutung des Begriffes "E&M-Ausrüstungen" in der Ausschreibung nicht näher definiert wird, kann auch diesbezüglich keine genaue Prüfung der beiden Referenzprojekte, sondern lediglich eine Plausibilitätsprüfung vorgenommen werden. Eine Plausibilitätsprüfung der beiden Referenzprojekte der präsumtiven Zuschlagsempfängerin durch den erkennenden Senat führt jedenfalls zu dem gleichen Ergebnis wie die Prüfung durch die Auftraggeberin, nämlich dass es sich um geeignete Referenzprojekte handelt.

4. Gebührenersatz (Spruchpunkt A) II.);4. Gebührenersatz (Spruchpunkt A) römisch zwei.);

§ 319 Abs 1 und 2 BVergG 2006 lautetParagraph 319, Absatz eins und 2 BVergG 2006 lautet:

"§ 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."§ 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."

Da dem Hauptantrag nicht stattgegeben wurde, besteht kein Anspruch auf Ersatz der Gebühren durch die Auftraggeberin.

B) Revision:

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

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. dazu VwGH 22.11.2011, 2006/04/0024; VwGH 05.11.2010, 2007/04/0210) 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.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 vergleiche dazu VwGH 22.11.2011, 2006/04/0024; VwGH 05.11.2010, 2007/04/0210) ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Schlagworte

Bauftrag, Befugnis beurteilt am Auftragsgegenstand,
Bestandsfestigkeit, Bietergemeinschaft, Leistungsfähigkeit,
Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, Nebenrechte,
Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, Pauschalgebührenersatz,
Plausibilität, Referenzprojekt, Subunternehmer, Vergabeverfahren

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2015:W134.2111658.2.00

Zuletzt aktualisiert am

18.11.2015

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at