

TE Bvwg Erkenntnis 2015/4/28 W139 2017669-2

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 28.04.2015

Entscheidungsdatum

28.04.2015

Norm

ABGB §914
BVerG 2006 §103 Abs3
BVerG 2006 §105 Abs6
BVerG 2006 §108 Abs2
BVerG 2006 §12 Abs1 Z2
BVerG 2006 §123
BVerG 2006 §126
BVerG 2006 §128
BVerG 2006 §128 Abs3
BVerG 2006 §129 Abs1 Z1
BVerG 2006 §129 Abs1 Z11 litc
BVerG 2006 §129 Abs1 Z3
BVerG 2006 §129 Abs1 Z7
BVerG 2006 §129 Abs2
BVerG 2006 §19 Abs1
BVerG 2006 §2 Z16 lit a
BVerG 2006 §2 Z8
BVerG 2006 §292 Abs1
BVerG 2006 §3 Abs1 Z2
BVerG 2006 §312 Abs1
BVerG 2006 §312 Abs2
BVerG 2006 §318 Abs1
BVerG 2006 §319
BVerG 2006 §320 Abs1
BVerG 2006 §321 Abs1
BVerG 2006 §322 Abs1
BVerG 2006 §322 Abs2
BVerG 2006 §324 Abs2
BVerG 2006 §324 Abs3

BVergG 2006 §325 Abs1

BVergG 2006 §6

BVergG 2006 §68 Abs1 Z1

BVergG 2006 §68 Abs1 Z2

BVergG 2006 §68 Abs1 Z3

BVergG 2006 §68 Abs1 Z4

BVergG 2006 §68 Abs1 Z6

BVergG 2006 §68 Abs1 Z7

BVergG 2006 §72 Abs2 Z1

BVergG 2006 §75 Abs3

BVergG 2006 §76

BVergG 2006 §83 Abs1

BVergG 2006 §83 Abs3

B-VG Art.133 Abs4

GewO 1994 §373a

GewO 1994 §51 Abs1 Z2

GewO 1994 §51 Abs2

VwGVG §28 Abs1

1. ABGB § 914 heute

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

1. BVergG 2006 § 103 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 103 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

3. BVergG 2006 § 103 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 105 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

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

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

3. BVergG 2006 § 108 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

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

2. BVergG 2006 § 128 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

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

2. BVergG 2006 § 128 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

- [illegible]

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 § 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 § 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 § 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 § 83 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 83 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 83 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 83 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
-
1. BVergG 2006 § 83 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 83 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 83 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 83 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
-
1. B-VG Art. 133 heute
 2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
 3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
 4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
 5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013
 6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
 7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
 8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974
 9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946
 10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
 11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934
-
1. GewO 1994 § 373a heute
 2. GewO 1994 § 373a gültig ab 25.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 32/2018
 3. GewO 1994 § 373a gültig von 17.10.2017 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 94/2017
 4. GewO 1994 § 373a gültig von 18.01.2016 bis 16.10.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 155/2015
 5. GewO 1994 § 373a gültig von 14.09.2012 bis 17.01.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2012
 6. GewO 1994 § 373a gültig von 19.08.2010 bis 13.09.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 66/2010
 7. GewO 1994 § 373a gültig von 27.02.2008 bis 18.08.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 42/2008
 8. GewO 1994 § 373a gültig von 01.08.2002 bis 26.02.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002
 9. GewO 1994 § 373a gültig von 19.03.1994 bis 31.07.2002
-
1. GewO 1994 § 51 heute
 2. GewO 1994 § 51 gültig ab 14.09.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2012
 3. GewO 1994 § 51 gültig von 01.08.2002 bis 13.09.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002
 4. GewO 1994 § 51 gültig von 01.07.1996 bis 31.07.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/1997
 5. GewO 1994 § 51 gültig von 19.03.1994 bis 30.06.1996

1. GewO 1994 § 51 heute
 2. GewO 1994 § 51 gültig ab 14.09.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2012
 3. GewO 1994 § 51 gültig von 01.08.2002 bis 13.09.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002
 4. GewO 1994 § 51 gültig von 01.07.1996 bis 31.07.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/1997
 5. GewO 1994 § 51 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

Spruch

W139 2017669-2/69E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat gem. § 6 BVwGG iVm § 292 Abs. 1 BVergG durch die Richterin Mag. Kristina HOFER als Vorsitzenden sowie Mag. Julia VAZNY-KÖNIG als fachkundige Laienrichterin der Auftraggeberseite und Mag. Manfred KATZENSCHLAGER als fachkundigen Laienrichter der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs. 2 Z 2 BVergG betreffend das Vergabeverfahren "Treasury Front2Back IT System; Akt Nr. 057H/2014/0006" der Oesterreichischen Nationalbank, Otto Wagner Platz 3, 1090 Wien, vertreten durch Doralt Seist Csoklich Rechtsanwalts-Partnerschaft, Währingerstraße 2-4, 1090 Wien, über den Antrag der XXXX, vertreten durch WOLF THEISS Rechtsanwälte GmbH & Co KG, Schuberting 6, 1010 Wien vom 26.01.2015 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 20.03.2015 zu Recht erkannt: Das Bundesverwaltungsgericht hat gem. Paragraph 6, BVwGG in Verbindung mit Paragraph 292, Absatz eins, BVergG durch die Richterin Mag. Kristina HOFER als Vorsitzenden sowie Mag. Julia VAZNY-KÖNIG als fachkundige Laienrichterin der Auftraggeberseite und Mag. Manfred KATZENSCHLAGER als fachkundigen Laienrichter der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG betreffend das Vergabeverfahren "Treasury Front2Back IT System; Akt Nr. 057H/2014/0006" der Oesterreichischen Nationalbank, Otto Wagner Platz 3, 1090 Wien, vertreten durch Doralt Seist Csoklich Rechtsanwalts-Partnerschaft, Währingerstraße 2-4, 1090 Wien, über den Antrag der römisch 40, vertreten durch WOLF THEISS Rechtsanwälte GmbH & Co KG, Schuberting 6, 1010 Wien vom 26.01.2015 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 20.03.2015 zu Recht erkannt:

A)

I. Der Antrag, "die Entscheidung der Auftraggeberin vom 15.01.2015, das Angebot der Antragstellerin aus dem Vergabeverfahren auszuschneiden, für nichtig zu erklären", wird gemäß §§ 129 Abs. 1 Z 7 sowie 312 Abs. 2 BVergG abgewiesen. römisch eins. Der Antrag, "die Entscheidung der Auftraggeberin vom 15.01.2015, das Angebot der Antragstellerin aus dem Vergabeverfahren auszuschneiden, für nichtig zu erklären", wird gemäß Paragraphen 129, Absatz eins, Ziffer 7, sowie 312 Absatz 2, BVergG abgewiesen.

II. Der Antrag, "der Auftraggeberin aufzutragen, der Antragstellerin die entrichteten Pauschalgebühren für diesen Nachprüfungsantrag binnen 14 Tagen zu Händen ihres Rechtsvertreters bei sonstiger Exekution zu bezahlen" sowie der Antrag, "das BVwG möge der Auftraggeberin auftragen, der Antragstellerin die entrichteten Pauschalgebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung binnen 14 Tagen zu Händen ihres Rechtsvertreters bei sonstiger Exekution zu bezahlen", werden gemäß § 319 BvergG abgewiesen. römisch zwei. Der Antrag, "der Auftraggeberin aufzutragen, der Antragstellerin die entrichteten Pauschalgebühren für diesen Nachprüfungsantrag binnen 14 Tagen zu Händen ihres Rechtsvertreters bei sonstiger Exekution zu bezahlen" sowie der Antrag, "das BVwG möge der Auftraggeberin auftragen, der Antragstellerin die entrichteten Pauschalgebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung binnen 14 Tagen zu Händen ihres Rechtsvertreters bei sonstiger Exekution zu bezahlen", werden gemäß Paragraph 319, BvergG abgewiesen.

B)

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

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

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

Die Antragstellerin stellte mit Schriftsatz vom 26.01.2015 das im Spruch ersichtliche Begehren verbunden mit Anträgen auf Gebührenersatz, Akteneinsicht, Ausnahme von der Akteneinsicht und Durchführung einer mündlichen Verhandlung. Begründend führte die Antragstellerin zusammengefasst aus, dass sich die Antragstellerin am gegenständlichen Vergabeverfahren beteiligt habe und ihr Angebot am 15.01.2015 ausgeschieden worden sei. Dies habe die Auftraggeberin mit der Nicht-Vorlage von Strafregistrauszügen, der Nicht-Bekanntgabe von Subunternehmern sowie mit dem Vorliegen unangemessen niedriger Angebotspreise begründet. Diese Entscheidung sei nicht vergaberechtskonform erfolgt.

Die Auftraggeberin habe weder die erforderlichen Prüfschritte gesetzt noch diese ordnungsgemäß dokumentiert. Dies werde auch dadurch belegt, dass die Auftraggeberin erst nach Urgenz den ihr Angebot betreffenden Teil der Niederschrift über die Angebotsprüfung übermittelt habe. Zum anderen würden die angeblichen Ausscheidensgründe auch tatsächlich nicht vorliegen.

XXXX XXXXDer Vorwurf, die Antragstellerin setze Subunternehmer ein und habe dies ausschreibungswidrigerweise nicht bekannt gegeben, sei daher nicht nachvollziehbar. Der Antragstellerin sei keine Möglichkeit geboten worden, hierzu Stellung zu nehmen. Weiters sei dieser Ausscheidungsgrund nicht im Prüfbericht dokumentiert. Überdies wären Subunternehmer nur bekannt zu geben gewesen, wenn sie für den Nachweis der Eignung erforderlich gewesen wären oder der von ihnen auszuführende Leistungsteil mehr als 10% der Gesamtleistung betreffen würde.römisch 40 XXXXDer Vorwurf, die Antragstellerin setze Subunternehmer ein und habe dies ausschreibungswidrigerweise nicht bekannt gegeben, sei daher nicht nachvollziehbar. Der Antragstellerin sei keine Möglichkeit geboten worden, hierzu Stellung zu nehmen. Weiters sei dieser Ausscheidungsgrund nicht im Prüfbericht dokumentiert. Überdies wären Subunternehmer nur bekannt zu geben gewesen, wenn sie für den Nachweis der Eignung erforderlich gewesen wären oder der von ihnen auszuführende Leistungsteil mehr als 10% der Gesamtleistung betreffen würde.

XXXX Sofern das Bundesverwaltungsgericht zur Überzeugung gelangen sollte, das Angebot der Antragstellerin sei auszuscheiden, sei das gegenständliche Vergabeverfahren zwingend zu widerrufen, da bei ordnungsgemäßer Angebotsprüfung die Angebote sämtlicher verbliebener Bieter aus dem Vergabeverfahren auszuscheiden seien. Die Antragstellerin sei angesichts der Rsp des EuGH in der Rechtssache C-100/12 (Fastweb) zur Geltendmachung dieser Rechtswidrigkeit legitimiert.römisch 40 Sofern das Bundesverwaltungsgericht zur Überzeugung gelangen sollte, das Angebot der Antragstellerin sei auszuscheiden, sei das gegenständliche Vergabeverfahren zwingend zu widerrufen, da bei ordnungsgemäßer Angebotsprüfung die Angebote sämtlicher verbliebener Bieter aus dem Vergabeverfahren auszuscheiden seien. Die Antragstellerin sei angesichts der Rsp des EuGH in der Rechtssache C-100/12 (Fastweb) zur Geltendmachung dieser Rechtswidrigkeit legitimiert.

XXXX Der gegenständliche Lieferauftrag stelle für die Antragstellerin ein wesentliches Referenzprojekt dar. Das Interesse der Antragstellerin am Vertragsabschluss ergebe sich daraus, dass sie ausschreibungskonforme Erst- und Letztangebote gelegt und den gegenständlichen Nachprüfungsantrag gestellt habe.römisch 40 Der gegenständliche Lieferauftrag stelle für die Antragstellerin ein wesentliches Referenzprojekt dar. Das Interesse der Antragstellerin am Vertragsabschluss ergebe sich daraus, dass sie ausschreibungskonforme Erst- und Letztangebote gelegt und den gegenständlichen Nachprüfungsantrag gestellt habe.

Die Antragstellerin erachte sich im Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens sowie insbesondere im Recht auf Durchführung eines transparenten und dem freien und lauten Wettbewerbs entsprechenden Vergabeverfahrens, im Recht auf Gleichbehandlung aller Bieter, im Recht auf vergaberechts- und ausschreibungskonforme Angebotsprüfung und Bestbieterermittlung, im Recht auf Nicht-Ausscheiden eines ausschreibungskonformen Angebotes sowie im Recht, für den Zuschlag in Aussicht genommen zu werden verletzt.

Mit Schriftsatz vom 27.01.2015 erteilte die Auftraggeberin, vertreten durch Doralt Seist Csoklich Rechtsanwalts-Partnerschaft, Währingerstraße 2-4, 1090 Wien, dem Bundesverwaltungsgericht die erbetenen allgemeinen Auskünfte zum Vergabeverfahren.

Am 29.01.2015 wies das Bundesverwaltungsgericht den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ab.

Am 04.02.2015 erhob eine verbliebene Bieterin, vertreten durch Diwok Hermann Petsche LLP & Co KG, Schottenring

25, 1010 Wien, begründete Einwendungen. Da sie durch die von der Antragstellerin begehrte Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung unmittelbar in ihren rechtlich geschützten Interessen nachteilig betroffen wäre, sei sie Partei dieses Nachprüfungsverfahrens. An der Parteistellung könne kein Zweifel bestehen, da sie durch die Nichtigerklärung des Ausscheidens des Angebotes der Antragstellerin als ihre unmittelbare Mitbewerberin einen Nachteil erleiden könnte. Aufgrund ihrer Marktkennntnis bzw. Marktwahrnehmung gehe sie davon aus, dass das Angebot der vermuteten Antragstellerin einerseits aufgrund eines nicht plausibel zusammengesetzten Gesamtpreises auszuschneiden gewesen sei, und andererseits mangels ausreichender Befugnis bzw. gemäß § 129 Abs. 1 Z 11 lit.c BVergG ausgeschieden habe werden müssen. Die mitbeteiligte Partei gehe davon aus, dass die Antragstellerin über keine Niederlassung und Gewerbeberechtigung in Österreich verfüge. Aufgrund des Umfanges und der Dauer der ausgeschriebenen Leistungen sei jedoch ausgeschlossen, dass diese Leistungen im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit "vorübergehend und gelegentlich" grenzüberschreitend erbracht werden dürften. Am 04.02.2015 erhob eine verbliebene Bieterin, vertreten durch Diwok Hermann Petsche LLP & Co KG, Schottenring 25, 1010 Wien, begründete Einwendungen. Da sie durch die von der Antragstellerin begehrte Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung unmittelbar in ihren rechtlich geschützten Interessen nachteilig betroffen wäre, sei sie Partei dieses Nachprüfungsverfahrens. An der Parteistellung könne kein Zweifel bestehen, da sie durch die Nichtigerklärung des Ausscheidens des Angebotes der Antragstellerin als ihre unmittelbare Mitbewerberin einen Nachteil erleiden könnte. Aufgrund ihrer Marktkennntnis bzw. Marktwahrnehmung gehe sie davon aus, dass das Angebot der vermuteten Antragstellerin einerseits aufgrund eines nicht plausibel zusammengesetzten Gesamtpreises auszuschneiden gewesen sei, und andererseits mangels ausreichender Befugnis bzw. gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 11, Litera c, BVergG ausgeschieden habe werden müssen. Die mitbeteiligte Partei gehe davon aus, dass die Antragstellerin über keine Niederlassung und Gewerbeberechtigung in Österreich verfüge. Aufgrund des Umfanges und der Dauer der ausgeschriebenen Leistungen sei jedoch ausgeschlossen, dass diese Leistungen im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit "vorübergehend und gelegentlich" grenzüberschreitend erbracht werden dürften.

Mit Stellungnahme vom 13.02.2015 führte die Auftraggeberin aus, dass die Antragstellerin im Zuge der Prüfung des Teilnahmeantrages aufgefordert worden sei, die Eignungsnachweise beizubringen. Darüber hinaus sei auch die Befugnis der Antragstellerin hinterfragt worden. XXXX Die Auftraggeberin habe sich auf die Angaben der Antragstellerin verlassen und deren Eignung nicht zuletzt auf Basis der abgegebenen Eigenerklärung für gegeben erachtet, weswegen die Antragstellerin zur zweiten Stufe des Vergabeverfahrens zugelassen worden sei. Mit Stellungnahme vom 13.02.2015 führte die Auftraggeberin aus, dass die Antragstellerin im Zuge der Prüfung des Teilnahmeantrages aufgefordert worden sei, die Eignungsnachweise beizubringen. Darüber hinaus sei auch die Befugnis der Antragstellerin hinterfragt worden. römisch 40 Die Auftraggeberin habe sich auf die Angaben der Antragstellerin verlassen und deren Eignung nicht zuletzt auf Basis der abgegebenen Eigenerklärung für gegeben erachtet, weswegen die Antragstellerin zur zweiten Stufe des Vergabeverfahrens zugelassen worden sei.

Die Antragstellerin habe sodann fristgerecht ein Erstangebot gelegt, welches allerdings ebenfalls nicht ausschreibungsform gewesen sei. XXXX Die Antragstellerin habe dies damit gerechtfertigt, dass das von ihr angeführte Lizenzmodell ein Verhandlungsvorschlag wäre. Die Auftraggeberin habe im Sinne der Antragstellerin diese Frage vorerst keiner endgültigen Klärung zugeführt und die Antragstellerin zu einer Teststellung eingeladen. Die Antragstellerin habe sodann fristgerecht ein Erstangebot gelegt, welches allerdings ebenfalls nicht ausschreibungsform gewesen sei. römisch 40 Die Antragstellerin habe dies damit gerechtfertigt, dass das von ihr angeführte Lizenzmodell ein Verhandlungsvorschlag wäre. Die Auftraggeberin habe im Sinne der Antragstellerin diese Frage vorerst keiner endgültigen Klärung zugeführt und die Antragstellerin zu einer Teststellung eingeladen.

Nach Durchführung von Verhandlungen sei die Antragstellerin zur Letztangebotslegung aufgefordert worden. Die Antragstellerin sei XXXX zu einer Aufklärung hinsichtlich der Kalkulation der Tagessätze verschiedener Mitarbeiter und darüber hinaus um Vorlage von Eignungsnachweisen aufgefordert worden. XXXX Nach Durchführung von Verhandlungen sei die Antragstellerin zur Letztangebotslegung aufgefordert worden. Die Antragstellerin sei römisch 40 zu einer Aufklärung hinsichtlich der Kalkulation der Tagessätze verschiedener Mitarbeiter und darüber hinaus um Vorlage von Eignungsnachweisen aufgefordert worden. römisch 40

Sämtliche Ausscheidungsgründe würden sich aus dem Vergabeakt ergeben und seien daher bestens dokumentiert. Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin sei die Auftraggeberin nicht verpflichtet, dem Bieter die Niederschrift über die Angebotsprüfung zu übermitteln, sondern es sei gemäß § 128 Abs. 3 BVergG lediglich Einsicht in die

Niederschrift zu gewähren. Der Ausscheidungsentscheidung sei deutlich zu entnehmen, aus welchen Gründen das Angebot der Antragstellerin ausgeschieden worden sei. Sämtliche Ausscheidungsgründe würden sich aus dem Vergabeakt ergeben und seien daher bestens dokumentiert. Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin sei die Auftraggeberin nicht verpflichtet, dem Bieter die Niederschrift über die Angebotsprüfung zu übermitteln, sondern es sei gemäß Paragraph 128, Absatz 3, BVergG lediglich Einsicht in die Niederschrift zu gewähren. Der Ausscheidungsentscheidung sei deutlich zu entnehmen, aus welchen Gründen das Angebot der Antragstellerin ausgeschieden worden sei.

XXXX Die Antragstellerin habe weder in ihrem Teilnahmeantrag noch in ihrem Erstanteangebot und auch nicht in ihrem letztgültigen Angebot Subunternehmen namhaft gemacht. XXXXrömisch 40 Die Antragstellerin habe weder in ihrem Teilnahmeantrag noch in ihrem Erstanteangebot und auch nicht in ihrem letztgültigen Angebot Subunternehmen namhaft gemacht. römisch 40

Die Überprüfung der Angebotspreise sei unter Beziehung von Sachverständigen vorgenommen worden. XXXX Die Aufklärung der Antragstellerin habe die Zweifel an der Plausibilität dieser XXXX Preise nicht beseitigen können. Die Überprüfung der Angebotspreise sei unter Beziehung von Sachverständigen vorgenommen worden. römisch 40 Die Aufklärung der Antragstellerin habe die Zweifel an der Plausibilität dieser römisch 40 Preise nicht beseitigen können.

Gegenständlich handle es sich um ein freies Gewerbe. Für eine Tätigkeit von mehr als 90 Arbeitstagen pro Kalenderjahr bedürfe sogar ein Schweizer Bieter einer Gewerbebefugnis in Österreich oder eines Gleichstellungsbescheides nach § 51 Abs. 2 GewO. XXXXGegenständlich handle es sich um ein freies Gewerbe. Für eine Tätigkeit von mehr als 90 Arbeitstagen pro Kalenderjahr bedürfe sogar ein Schweizer Bieter einer Gewerbebefugnis in Österreich oder eines Gleichstellungsbescheides nach Paragraph 51, Absatz 2, GewO. römisch 40

XXXX XXXX Mit Stellungnahme vom 19.02.2015 führte die Antragstellerin aus, dass der mitbeteiligten Partei keine oder lediglich eine eingeschränkte Parteistellung zukomme. Die Ausscheidensentscheidung bzw. deren Nichtigerklärung, welche ausschließlich das Angebot der Antragstellerin betreffe, greife in keiner Weise in die rechtlich geschützte Stellung anderer Bieter ein. Sofern der andere Bieter an erster Stelle gereiht sei, verändere sich seine Position unabhängig vom Ausgang des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens in keiner Weise. Sofern der andere Bieter aber hinter der Antragstellerin gereiht sei, verändere sich zwar seine Stellung im Vergabeverfahren. Jedoch beruhe diese Veränderung ausschließlich auf dem unmittelbaren Eingriff in die Rechtsstellung der Antragstellerin durch die Ausscheidensentscheidung. Die Veränderung der Stellung des anderen Bieters sei folglich bloß mittelbar und von der Ausscheidensentscheidung abgeleitet. Ein schützenswertes Interesse von anderen Bietern könne daher ausschließlich im Zusammenhang mit der Frage, ob das Vergabeverfahren zwingend zu widerrufen sei, bestehen. Weiters sei gemäß § 105 Abs. 6 BVergG die Identität der Antragstellerin nicht bekannt zu geben. Sofern das Bundesverwaltungsgericht zur Ansicht gelange, dass einem anderen Bieter Parteistellung im hier gegenständlichen Nachprüfungsverfahren zustehe, so weise die Antragstellerin darauf hin, dass die Ausscheidensgründe wiederum fast ausschließlich Themen betreffen würden, an denen für die Antragstellerin ein massives Geheimhaltungsinteresse bestehe. römisch 40 römisch 40 Mit Stellungnahme vom 19.02.2015 führte die Antragstellerin aus, dass der mitbeteiligten Partei keine oder lediglich eine eingeschränkte Parteistellung zukomme. Die Ausscheidensentscheidung bzw. deren Nichtigerklärung, welche ausschließlich das Angebot der Antragstellerin betreffe, greife in keiner Weise in die rechtlich geschützte Stellung anderer Bieter ein. Sofern der andere Bieter an erster Stelle gereiht sei, verändere sich seine Position unabhängig vom Ausgang des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens in keiner Weise. Sofern der andere Bieter aber hinter der Antragstellerin gereiht sei, verändere sich zwar seine Stellung im Vergabeverfahren. Jedoch beruhe diese Veränderung ausschließlich auf dem unmittelbaren Eingriff in die Rechtsstellung der Antragstellerin durch die Ausscheidensentscheidung. Die Veränderung der Stellung des anderen Bieters sei folglich bloß mittelbar und von der Ausscheidensentscheidung abgeleitet. Ein schützenswertes Interesse von anderen Bietern könne daher ausschließlich im Zusammenhang mit der Frage, ob das Vergabeverfahren zwingend zu widerrufen sei, bestehen. Weiters sei gemäß Paragraph 105, Absatz 6, BVergG die Identität der Antragstellerin nicht bekannt zu geben. Sofern das Bundesverwaltungsgericht zur Ansicht gelange, dass einem anderen Bieter Parteistellung im hier gegenständlichen Nachprüfungsverfahren zustehe, so weise die Antragstellerin darauf hin, dass die Ausscheidensgründe wiederum fast ausschließlich Themen betreffen würden, an denen für die Antragstellerin ein massives Geheimhaltungsinteresse bestehe.

Am 24.02.2015 nahm die Antragstellerin neuerlich Stellung. Entgegen dem Vorbringen der Auftraggeberin werde im

Prüfbericht zutreffend festgehalten, dass die Antragstellerin befugt und zuverlässig sei und dies bereits mit dem Teilnahmeantrag nachgewiesen habe. Die Auftraggeberin führe nunmehr weitere vermeintliche Ausscheidensgründe ins Treffen, was deutlich belege, dass die Angebotsprüfung im relevanten Zeitpunkt nicht ordnungsgemäß abgeschlossen und der Prüfbericht noch nicht fertiggestellt gewesen sei.

XXXX Die Auftraggeberin habe die Antragstellerin erst in der Ausscheidensentscheidung mit dem vermeintlichen Ausscheidensgrund der mangelnden Subunternehmerbenennung konfrontiert. XXXX Im Übrigen seien nach einer Entscheidung der Bundesvergabekontrollkommission und der XXXX Vergaberechtsprechung verbundene Unternehmen nicht als Subunternehmen namhaft zu machen. Zumal gemäß § 83 BVergG die Weitergabe eines gesamten Auftrages an verbundene Unternehmen erlaubt sei, respektiere das BVergG die Freiheit von Konzernen innerhalb des Konzerns bzw. in dessen Gesellschaften sämtliche Ressourcen frei und flexibel zu nutzen, ohne im Vorhinein diese Ressourcen- bzw. Kapazitätsverteilung innerhalb des Konzerns bekanntgeben zu müssen. Die Antragstellerin könne so in zulässigerweise auf die Ressourcen ihrer Niederlassungen zurückgreifen. Des Weiteren hätte die Auftraggeberin die Antragstellerin zum Nachweis der Verfügbarkeit über die diesen Gesellschaften zustehenden Mitteln auffordern und Gelegenheit zur Mängelbehebung geben müssen. römisch 40 Die Auftraggeberin habe die Antragstellerin erst in der Ausscheidensentscheidung mit dem vermeintlichen Ausscheidensgrund der mangelnden Subunternehmerbenennung konfrontiert. römisch 40 Im Übrigen seien nach einer Entscheidung der Bundesvergabekontrollkommission und der römisch 40 Vergaberechtsprechung verbundene Unternehmen nicht als Subunternehmen namhaft zu machen. Zumal gemäß Paragraph 83, BVergG die Weitergabe eines gesamten Auftrages an verbundene Unternehmen erlaubt sei, respektiere das BVergG die Freiheit von Konzernen innerhalb des Konzerns bzw. in dessen Gesellschaften sämtliche Ressourcen frei und flexibel zu nutzen, ohne im Vorhinein diese Ressourcen- bzw. Kapazitätsverteilung innerhalb des Konzerns bekanntgeben zu müssen. Die Antragstellerin könne so in zulässigerweise auf die Ressourcen ihrer Niederlassungen zurückgreifen. Des Weiteren hätte die Auftraggeberin die Antragstellerin zum Nachweis der Verfügbarkeit über die diesen Gesellschaften zustehenden Mitteln auffordern und Gelegenheit zur Mängelbehebung geben müssen.

Die Auftraggeberin hätte bei rechtskonformem Vorgehen der Antragstellerin allfällige Bedenken bezüglich der Preisangemessenheit vorhalten und weitere Aufklärung fordern müssen. Der angebotene Preis sei jedenfalls auskömmlich.

Nach der ständigen Rechtsprechung des VwGH habe ein allfälliges Ausscheiden eines Angebotes wegen Widerspruchs zu den Ausschreibungsbestimmungen nur dann zu erfolgen, wenn der Bieter klar zum Ausdruck bringe, dass er ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot legen wolle. Dies sei vorliegend nicht der Fall.

XXXX Sollte das Bundesverwaltungsgericht der offenbar gegenteiligen Ansicht des VwGH zur Frage des zwingenden Widerrufs des Vergabeverfahrens zuneigen, so hätte es diese Rechtsfrage vor einer Entscheidung jedenfalls dem EuGH zur Vorabentscheidung vorzulegen. römisch 40 Sollte das Bundesverwaltungsgericht der offenbar gegenteiligen Ansicht des VwGH zur Frage des zwingenden Widerrufs des Vergabeverfahrens zuneigen, so hätte es diese Rechtsfrage vor einer Entscheidung jedenfalls dem EuGH zur Vorabentscheidung vorzulegen.

Am 03.03.2015 nahm die Auftraggeberin zur Frage der Parteistellung der verbliebenen Bieterin Stellung.

Ebenso nahm die am 03.03.2015 die Mitbieterin neuerlich Stellung. In den erläuternden Bemerkungen zu § 324 Abs. 2 BVergG werde ausdrücklich klargestellt, dass die Parteistellung in der vorliegenden Konstellation gegeben sei. Überdies lege insbesondere Thienel überzeugend dar, das verbliebene Bieter im Vergabeverfahren einen Anspruch darauf haben würden, dass ein auszuscheidender Bieter auch tatsächlich ausgeschieden werde. Durch die beantragte Nichtigserklärung der Ausscheidungsentscheidung würden daher die Rechte der Antragsgegnerin unmittelbar berührt werden. Im Übrigen sei für das vorliegende Nachprüfungsverfahren und die ausschließlich zur beantworteten Frage der Rechtskonformität der Ausscheidensentscheidung - wie der VwGH mit Beschluss vom 25.03.2014 ausdrücklich klargestellt habe - die Behauptung von Gründen für einen zwingenden Widerruf des Verfahrens auch im Lichte der Fastweb-Rechtsprechung des EuGH völlig irrelevant. Ebenso nahm die am 03.03.2015 die Mitbieterin neuerlich Stellung. In den erläuternden Bemerkungen zu Paragraph 324, Absatz 2, BVergG werde ausdrücklich klargestellt, dass die Parteistellung in der vorliegenden Konstellation gegeben sei. Überdies lege insbesondere Thienel überzeugend dar, das verbliebene Bieter im Vergabeverfahren einen Anspruch darauf haben würden, dass ein auszuscheidender Bieter auch tatsächlich ausgeschieden werde. Durch die beantragte Nichtigserklärung der Ausscheidungsentscheidung

würden daher die Rechte der Antragsgegnerin unmittelbar berührt werden. Im Übrigen sei für das vorliegende Nachprüfungsverfahren und die ausschließlich zur beantworteten Frage der Rechtkonformität der Ausscheidensentscheidung - wie der VwGH mit Beschluss vom 25.03.2014 ausdrücklich klargestellt habe - die Behauptung von Gründen für einen zwingenden Widerruf des Verfahrens auch im Lichte der Fastweb-Rechtsprechung des EuGH völlig irrelevant.

Es werde auch nach Übermittlung der (zum Großteil geschwärzten) Eingaben des bisherigen Nachprüfungsverfahrens davon ausgegangen, dass es sich bei der Antragstellerin um eine Bieterin handle, die über keine Niederlassung und Gewerbeberechtigung in Österreich verfüge. Es sei ferner davon auszugehen, dass die Antragstellerin mit ihrem Teilnahmeantrag auch keine notwendigen Subunternehmen namhaft gemacht habe, welche die mangelnde Befugnis gemäß § 76 BVergG ersetzen würde. Aufgrund der ausgeschriebenen Leistungsumfanges und der Leistungsdauer könne eine ausreichende Befugnis jedenfalls auch nicht unter Berufung auf eine Leistungserbringung im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit durch juristische Personen aus der EU/dem EWR oder der Schweiz nachgewiesen werden. Soweit die Antragstellerin weder ihren Sitz noch eine Niederlassung im Inland habe, könne sie mangels entsprechender Eintragungen in den öffentlichen Registern und mangels einer Freistellung von dieser Verpflichtung aufgrund von anwendbaren Staatsverträgen keine ausreichende Befugnis für die Vornahme der ausgeschriebene Dienstleistungen nachgewiesen haben. Zu betonen sei insbesondere, dass gemäß § 51 GewO auf den vorliegenden Fall keine Anwendung finde, da für IT-Dienstleistungen die gemäß § 51 Abs. 1 Z 2 GewO erforderliche Marktzutrittsverpflichtung gemäß Verpflichtungsliste zum GATS gerade nicht bestehe. Darüber hinaus beschränke § 51 Abs. 1 GewO die Zulässigkeit der grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung auf die Ausführung bestellter gewerblicher Tätigkeiten. Zur Eingrenzung von "gelegentlichen und vorübergehenden" Dienstleistung sei in den Materialien überdies ausdrücklich klargestellt, dass das ausländische Unternehmen um im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit zu bleiben, nicht systematisch oder schwerpunktmäßig nach Ausübungsmöglichkeiten im Aufnahmeland suchen sollte. Allein schon aufgrund der zielgerichteten Teilnahme im gegenständlichen Vergabeverfahren scheide daher eine Berufung auf die Dienstleistungsfreiheit zum Nachweis der Befugnis aus. Vor den Hintergrund einer Verfahrensdauer von mittlerweile 10 Monaten mit einer Teststellung Vorort für die Dauer von 3 Wochen ergebe sich vielmehr, dass nicht einmal die Verfahrensteilnahme selbst als vorübergehende und gelegentliche Tätigkeit in Österreich zu beurteilen wäre. Es werde auch nach Übermittlung der (zum Großteil geschwärzten) Eingaben des bisherigen Nachprüfungsverfahrens davon ausgegangen, dass es sich bei der Antragstellerin um eine Bieterin handle, die über keine Niederlassung und Gewerbeberechtigung in Österreich verfüge. Es sei ferner davon auszugehen, dass die Antragstellerin mit ihrem Teilnahmeantrag auch keine notwendigen Subunternehmen namhaft gemacht habe, welche die mangelnde Befugnis gemäß Paragraph 76, BVergG ersetzen würde. Aufgrund der ausgeschriebenen Leistungsumfanges und der Leistungsdauer könne eine ausreichende Befugnis jedenfalls auch nicht unter Berufung auf eine Leistungserbringung im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit durch juristische Personen aus der EU/dem EWR oder der Schweiz nachgewiesen werden. Soweit die Antragstellerin weder ihren Sitz noch eine Niederlassung im Inland habe, könne sie mangels entsprechender Eintragungen in den öffentlichen Registern und mangels einer Freistellung von dieser Verpflichtung aufgrund von anwendbaren Staatsverträgen keine ausreichende Befugnis für die Vornahme der ausgeschriebene Dienstleistungen nachgewiesen haben. Zu betonen sei insbesondere, dass gemäß Paragraph 51, GewO auf den vorliegenden Fall keine Anwendung finde, da für IT-Dienstleistungen die gemäß Paragraph 51, Absatz eins, Ziffer 2, GewO erforderliche Marktzutrittsverpflichtung gemäß Verpflichtungsliste zum GATS gerade nicht bestehe. Darüber hinaus beschränke Paragraph 51, Absatz eins, GewO die Zulässigkeit der grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung auf die Ausführung bestellter gewerblicher Tätigkeiten. Zur Eingrenzung von "gelegentlichen und vorübergehenden" Dienstleistung sei in den Materialien überdies ausdrücklich klargestellt, dass das ausländische Unternehmen um im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit zu bleiben, nicht systematisch oder schwerpunktmäßig nach Ausübungsmöglichkeiten im Aufnahmeland suchen sollte. Allein schon aufgrund der zielgerichteten Teilnahme im gegenständlichen Vergabeverfahren scheide daher eine Berufung auf die Dienstleistungsfreiheit zum Nachweis der Befugnis aus. Vor den Hintergrund einer Verfahrensdauer von mittlerweile 10 Monaten mit einer Teststellung Vorort für die Dauer von 3 Wochen ergebe sich vielmehr, dass nicht einmal die Verfahrensteilnahme selbst als vorübergehende und gelegentliche Tätigkeit in Österreich zu beurteilen wäre.

Aufgrund der allgemeinen Marktwahrnehmung sei davon auszugehen, dass die vermutete Antragstellerin mit dem Erstangebot im bewertungsrelevanten funktionalen Anforderungskatalog (Appendix 9) Leistungen als "customized" angeboten habe, obwohl diese einen Eingriff in den Sourcecode und eine individuelle Konfiguration oder individuelle

Entwicklung erfordern würden. Darüber hinaus bezweifle die Antragsgegnerin, dass die im Erstangebot der Antragstellerin hinsichtlich des Sourcecodes zu vermutende Überbindung der Wartungsverpflichtung auf die Auftraggeberin ausschreibungskonform sei.

Mit Stellungnahme vom 09.03.2015 führte die Auftraggeberin aus, dass die Ausscheidensgründe umfassend im Vergabeakt dokumentiert seien. Auch im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens könnten weitere Ausscheidungsgründe geltend gemacht werden, die nicht bereits zur Begründung der Ausscheidungsentscheidung herangezogen worden seien, solange der Antragstellerin Gelegenheit gegeben werde, zur Stichhaltigkeit der Ausscheidensgründe Stellung zu nehmen. Dies sei im gegenständlichen Fall sichergestellt.

XXXX Die von der Antragstellerin vertretene Rechtsansicht, Konzernunternehmen seien keine Subunternehmer, sei dem BVergG sowie den Festlegungen der Auftraggeberin in den Ausschreibungsunterlagen fremd. Juristische bzw. natürliche Personen, die nicht ident mit dem Bieter des Vergabeverfahrens seien, seien ganz grundsätzlich - unabhängig von ihrer allfälligen gesellschaftsrechtlichen oder sonstigen Verbundenheit mit dem Bieter - als Dritte zu qualifizieren. Gemäß § 83 Abs. 1 BVergG sei die Weitergabe des gesamten Auftrages an verbundene Unternehmen zulässig, dies sei der einzige Unterschied des konzernverbundenen Unternehmens zu einem "herkömmlichen Subunternehmer". Subunternehmer sei jedes Unternehmen mit eigener Rechtspersönlichkeit, das Teile der an den Auftragnehmer übertragenen Leistungen ausführe und vertraglich nur an den Auftragnehmer gebunden sei. römisch 40 Die von der Antragstellerin vertretene Rechtsansicht, Konzernunternehmen seien keine Subunternehmer, sei dem BVergG sowie den Festlegungen der Auftraggeberin in den Ausschreibungsunterlagen fremd. Juristische bzw. natürliche Personen, die nicht ident mit dem Bieter des Vergabeverfahrens seien, seien ganz grundsätzlich - unabhängig von ihrer allfälligen gesellschaftsrechtlichen oder sonstigen Verbundenheit mit dem Bieter - als Dritte zu qualifizieren. Gemäß Paragraph 83, Absatz eins, BVergG sei die Weitergabe des gesamten Auftrages an verbundene Unternehmen zulässig, dies sei der einzige Unterschied des konzernverbundenen Unternehmens zu einem "herkömmlichen Subunternehmer". Subunternehmer sei jedes Unternehmen mit eigener Rechtspersönlichkeit, das Teile der an den Auftragnehmer übertragenen Leistungen ausführe und vertraglich nur an den Auftragnehmer gebunden sei.

Die Antragstellerin widerspreche sich selbst, wenn sie sich auf § 83 Abs. 1 BVergG stütze. Die Weitergabe des gesamten Auftrages bedeute, dass der Auftrag an jemand anders gegeben werde. XXXX Die von der Antragstellerin ins Treffen geführte Empfehlung der Bundesvergabekontrollkommission setze - wie die Judikatur des EuGH und des § 76 BVergG - den Nachweis voraus, dass dem Bieter die Mittel des Dritten im erforderlichen Ausmaß tatsächlich zur Verfügung stehen würden. Gleiches gelte auch nach der zitierten Entscheidung des OLG München, wonach verbundene Unternehmen nicht als Subunternehmen namhaft zu machen seien. Selbst wenn eine gesetzliche Pflicht zur Namhaftmachung und Nachweisführung hinsichtlich der konzernverbundenen Unternehmen nicht bestünde, sei die Antragstellerin gemäß den Festlegungen der Auftraggeberin in den Teilnahme- und Ausschreibungsunterlagen zur Namhaftmachung und Nachweisführung betreffend ihre Konzernunternehmen verpflichtet gewesen. In Pkt. 2.3 der Teilnahmemunterlagen seien diese Pflichten unabhängig der gesellschaftsrechtlichen Verbundenheit des Unternehmens zur Antragstellerin festgelegt. Gemäß Pkt. 2.7 iVm Kapitel 7 der bestandfesten Ausschreibungsunterlagen sei die Antragstellerin dann zur letztgültigen Namhaftmachung der Subunternehmer verpflichtet gewesen. Damit bleibe kein Raum mehr für die Rechtsansicht der Antragstellerin. Die Antragstellerin widerspreche sich selbst, wenn sie sich auf Paragraph 83, Absatz eins, BVergG stütze. Die Weitergabe des gesamten Auftrages bedeute, dass der Auftrag an jemand anders gegeben werde. römisch 40 Die von der Antragstellerin ins Treffen geführte Empfehlung der Bundesvergabekontrollkommission setze - wie die Judikatur des EuGH und des Paragraph 76, BVergG - den Nachweis voraus, dass dem Bieter die Mittel des Dritten im erforderlichen Ausmaß tatsächlich zur Verfügung stehen würden. Gleiches gelte auch nach der zitierten Entscheidung des OLG München, wonach verbundene Unternehmen nicht als Subunternehmen namhaft zu machen seien. Selbst wenn eine gesetzliche Pflicht zur Namhaftmachung und Nachweisführung hinsichtlich der konzernverbundenen Unternehmen nicht bestünde, sei die Antragstellerin gemäß den Festlegungen der Auftraggeberin in den Teilnahme- und Ausschreibungsunterlagen zur Namhaftmachung und Nachweisführung betreffend ihre Konzernunternehmen verpflichtet gewesen. In Pkt. 2.3 der Teilnahmemunterlagen seien diese Pflichten unabhängig der gesellschaftsrechtlichen Verbundenheit des Unternehmens zur Antragstellerin

festgelegt. Gemäß Pkt. 2.7 in Verbindung mit Kapitel 7 der bestandfesten Ausschreibungsunterlagen sei die Antragstellerin dann zur letztgültigen Namhaftmachung der Subunternehmer verpflichtet gewesen. Damit bleibe kein Raum mehr für die Rechtsansicht der Antragstellerin.

Im Übrigen reiche nach der Judikatur des OGH sowie der Vergabekontrollbehörden die Berufung auf die Tatsache, dass zwei Unternehmen zur selben Unternehmensgruppe gehören würden, nicht zum Nachweis der Verfügbarkeit des Unternehmens aus. Daher sei auch bei Konzernunternehmen der Nachweis der tatsächlichen Verfügbarkeit in Form einer Verfügungserklärung unbedingt erforderlich. Die Auftraggeberin hätte freilich nicht, wie die Antragstellerin vermeine, zu Nachweisen betreffend die von der Antragstellerin verschwiegenen Subunternehmer auffordern müssen. Die Auftraggeberin treffe zwar die grundsätzlichen Verfahrensleitungspflicht, die Antragstellerin aber die Pflicht zum Nachweis ihrer Eignung. Die Auftraggeberin dürfe und müsse auf die Angaben der Antragstellerin in ihren Teilnahme- und Ausschreibungsunterlagen vertrauen. Im Ergebnis sei der Auftraggeberin die Beiziehung von nicht namhaft gemachten Subunternehmen durch die Antragstellerin, erst im Zuge des Aufklärungsverfahrens bekannt geworden. Es handle sich eindeutig um einen unbehebaren Mangel. Eine nochmalige Aufklärung bzw. Verbesserung des Angebotes in dieser Hinsicht sei von vornherein ausgeschlossen und müsse der Mangel der Antragstellerin vor der Ausscheidungsentscheidung nicht gesondert vorgehalten werden.

Die gewerberechtliche "Gleichhaltungsbestimmung" des § 373a GewO gelte ausschließlich für Bewerber und Bieter aus der EU bzw. EWR-Raum. XXXX Durch die Beschränkung auf die bestellten gewerblichen Tätigkeiten sei die Teilnahme an Vergabeverfahren österreichischer öffentlicher Auftraggeber von § 51 GewO nicht umfasst. Eine Teilnahme am Vergabeverfahren käme nur durch inländische Zweigniederlassungen oder durch österreichische Tochtergesellschaften in Frage. Die gewerberechtliche "Gleichhaltungsbestimmung" des Paragraph 373 a, GewO gelte ausschließlich für Bewerber und Bieter aus der EU bzw. EWR-Raum. römisch 40 Durch die Beschränkung auf die bestellten gewerblichen Tätigkeiten sei die Teilnahme an Vergabeverfahren österreichischer öffentlicher Auftraggeber von Paragraph 51, GewO nicht umfasst. Eine Teilnahme am Vergabeverfahren käme nur durch inländische Zweigniederlassungen oder durch österreichische Tochtergesellschaften in Frage.

XXXX XXXX Gegenstand der Nachprüfungsverfahren sei die Ausscheidensentscheidung betreffend das Angebot der Antragstellerin. Mit der hier angefochtenen Entscheidung seien auch die Kompetenzen und Pflichten des Bundesverwaltungsgerichtes definiert. Demgemäß bestehe keine Pflicht des Bundesverwaltungsgerichtes, eine Prüfung des Angebots der mitbeteiligten Partei der Auftraggeberin vorzunehmen. Daran ändere auch die Fastweb-Entscheidung des EuGH nichts. Es sei alleine die Frage, ob die Antragstellerin von der Antragsgegnerin zu Recht ausgeschieden worden sei, zu klären. römisch 40 römisch 40 Gegenstand der Nachprüfungsverfahren sei die Ausscheidensentscheidung betreffend das Angebot der Antragstellerin. Mit der hier angefochtenen Entscheidung seien auch die Kompetenzen und Pflichten des Bundesverwaltungsgerichtes definiert. Demgemäß bestehe keine Pflicht des Bundesverwaltungsgerichtes, eine Prüfung des Angebots der mitbeteiligten Partei der Auftraggeberin vorzunehmen. Daran ändere auch die Fastweb-Entscheidung des EuGH nichts. Es sei alleine die Frage, ob die Antragstellerin von der Antragsgegnerin zu Recht ausgeschieden worden sei, zu klären.

Am 11.03.2015 nahm die Antragstellerin neuerlich zur Frage der Parteistellung Stellung. Die Behauptung der Auftraggeberin, der andere Bieter würde für den Fall dass die Zuschlagsentscheidung auf die Antragstellerin laute, kein rechtliches Gehör erhalten, sei unrichtig. Der Bieter könne alle seiner Ansicht nach vorliegenden Ausscheidensgründe im Rahmen der Anfechtungszuschlagsentscheidung geltend machen. Fernen sei die Behauptung unrichtig, dass der andere Bieter dieser Konstellation "vor vollendeten Tatsachen" gestellt werden würde, da das Bundesverwaltungsgericht bereits festgestellt hätte, dass das Angebot der Antragstellerin nicht auszuschneiden sei. Eine solche Feststellung könne das Bundesverwaltungsgericht gar nicht treffen. Es könne lediglich aussprechen, dass die konkrete Ausscheidensentscheidung nichtig sei. Es sei sohin nicht ausgeschlossen, dass das Bundesverwaltungsgericht später zu einer anderen Ansicht gelange bzw. andere Ausscheidensgründe als verwirklicht ansehe. Zudem sei das Bundesverwaltungsgericht lediglich an den Spruch seines Erkenntnisses gebunden. Dem Bundesverwaltungsgericht komme selbstverständlich volle Kognitionsbefugnis zu. Ein Bieter habe zwar grundsätzlich abstrakt einen Anspruch darauf, dass andere auszuschneidende Bieter tatsächlich ausgeschieden werden. Zu einem dursetzbaren Anspruch und somit zu einem subjektiv gewährleisteten Recht werde dieser abstrakte Anspruch erst, wenn zugunsten des auszuschneidenden Bieters eine Zuschlagsentscheidung ergehe. Zudem sei das bloße Interesse des anderen Bieters, einen Konkurrenten weniger im Vergabeverfahren oder keinen anderen Konkurrenten zu haben, kein rechtlich

geschütztes Interesse. Ansonsten würde das Bundesverwaltungsgericht die Möglichkeit vorsehen, einen Antrag aus Ausscheiden eines anderen Bieters zu stellen. Die von der Auftraggeberin zitierte Entscheidung des Bundesvergabebeamten sei nicht einschlägig, da entscheidungsgegenständlich bereits eine Zuschlagsentscheidung erlassen worden sei. Entgegen den Ausführungen der anderen Bieterin seien die ausschreibungsgegenständlichen Leistungen vom Anwendungsbereich des Government Procurement Agreement (GPA) klar erfasst. Hinsichtlich angeblicher Widersprüche zu den Ausschreibungsunterlagen stelle die andere Bieterin völlig substantiiert Mutmaßungen an.

Die Antragstellerin brachte mit Stellungnahme vom 18.03.2015 vor,

XXXXrömisch 40

Entgegen der Behauptung der Auftraggeberin würde sich aus § 83 BVergG klar eine Sonderstellung - eine Privilegierung - von konzernverbundenen Unternehmen gegenüber Subunternehmern ergeben. Der Umstand, dass die unselbstständigen Kostenstellen eine eigene Rechtspersönlichkeit aufweisen würden, sei aufgrund der umfassenden Weisungs- und Kontrollrechte der Antragstellerin irrelevant. DXXXX. Es bestehe daher keine Möglichkeit, dass die Konzernniederlassung einen von dem Willen der Antragstellerin abweichenden Willen bilden würden. Für die Auftraggeberin bestehe auch kein Risiko einer nachträglichen Verschlechterung. Aus diesem Grund sei eine Verpflichtungskklärung nicht erforderlich. Die von der Auftraggeberin zitierte Rechtsprechung, dass der bloße Hinweis auf die Konzernzugehörigkeit zur Zurechnung von Konzernunternehmen nicht ausreiche, sei hier nicht einschlägig. In diesem Zusammenhang sei auch auf das vergaberechtliche Rechtsinstitut der In-House-Vergabe zu verweisen. Demnach existiere auch kein vergaberechtlich gesondert zu betrachtender Subauftrag. Selbst wenn man der Ansicht der Auftraggeberin, wonach die Konzernniederlassungen als Subunternehmer zu qualifizieren wären, folgen würde, so wäre die Antragstellerin auch in diesem Fall nicht zur Namhaftmachung ihrer Konzernniederlassungen als Subunternehmer verpflichtet gewesen. Sowohl Pkt. 2.3 der Teilnahmeunterlagen als auch Pkt. 2.7 der Ausschreibungsunterlagen würden eine Bekanntgabe nur für den Fall vorsehen, das Subunternehmer mehr als 10% Leistung ausführen. Selbst wenn die Antragstellerin für die Vororttätigkeiten ihre XXXX Konzernniederlassung einsetzen würde, würde keine dieser Konzernniederlassungen einen Leistungsanteil von mehr als 10% erbringen. Entgegen der Behauptung der Auftraggeberin würde sich aus Paragraph 83, BVergG klar eine Sonderstellung - eine Privilegierung - von konzernverbundenen Unternehmen gegenüber Subunternehmern ergeben. Der Umstand, dass die unselbstständigen Kostenstellen eine eigene Rechtspersönlichkeit aufweisen würden, sei aufgrund der umfassenden Weisungs- und Kontrollrechte der Antragstellerin irrelevant. DXXXX. Es bestehe daher keine Möglichkeit, dass die Konzernniederlassung einen von dem Willen der Antragstellerin abweichenden Willen bilden würden. Für die Auftraggeberin bestehe auch kein Risiko einer nachträglichen Verschlechterung. Aus diesem Grund sei eine Verpflichtungskklärung nicht erforderlich. Die von der Auftraggeberin zitierte Rechtsprechung, dass der bloße Hinweis auf die Konzernzugehörigkeit zur Zurechnung von Konzernunternehmen nicht ausreiche, sei hier nicht einschlägig. In diesem Zusammenhang sei auch auf das vergaberechtliche Rechtsinstitut der In-House-Vergabe zu verweisen. Demnach existiere auch kein vergaberechtlich gesondert zu betrachtender Subauftrag. Selbst wenn man der Ansicht der Auftraggeberin, wonach die Konzernniederlassungen als Subunternehmer zu qualifizieren wären, folgen würde, so wäre die Antragstellerin auch in diesem Fall nicht zur Namhaftmachung ihrer Konzernniederlassungen als Subunternehmer verpflichtet gewesen. Sowohl Pkt. 2.3 der Teilnahmeunterlagen als auch Pkt. 2.7 der Ausschreibungsunterlagen würden eine Bekanntgabe nur für den Fall vorsehen, das Subunternehmer mehr als 10% Leistung ausführen. Selbst wenn die Antragstellerin für die Vororttätigkeiten ihre römisch 40 Konzernniederlassung einsetzen würde, würde keine dieser Konzernniederlassungen einen Leistungsanteil von mehr als 10% erbringen.

Die Antragstellerin sei XXXX zur Leistungserbringung in Österreich befugt, da die hier ausschreibungsgegenständlichen Leistungen vom Anwendungsbereich des GPA erfasst und ausdrücklich im Annex 4 zum GPA genannt seien. Die Beteiligung an Ausschreibungen sei ohne weiteres zulässig und werde von § 51 GewO nicht erfasst. Die Auffassung der Auftraggeberin hätte zur Folge, dass ein öffentlicher Auftraggeber niemals gewerbliche Tätigkeiten bei XXXX-Unternehmen bestellen könnte, da sich XXXX-Unternehmen nicht an österreichischen Ausschreibungen beteiligen dürften. Die Antragstellerin sei römisch 40 zur Leistungserbringung in Österreich befugt, da die hier ausschreibungsgegenständlichen Leistungen vom Anwendungsbereich des GPA erfasst und ausdrücklich im Annex 4 zum GPA genannt seien. Die Beteiligung an Ausschreibungen sei ohne weiteres zulässig und werde von Paragraph 51,

GewO nicht erfasst. Die Auffassung der Auftraggeberin hätte zur Folge, dass ein öffentlicher Auftraggeber niemals gewerbliche Tätigkeiten bei XXXX-Unternehmen bestellen könnte, da sich XXXX-Unternehmen nicht an österreichischen Ausschreibungen beteiligen dürften.

XXXX Da die Antragstellerin nicht selbst die technische Leistungsfähigkeit des anderen Bieters überprüfen könne und die Auftraggeberin die Prüfung offenkundig nicht ordnungsgemäß durchgeführt habe, müsse sich die Antragstellerin denklogisch an das Bundesverwaltungsgericht wenden. Das Vorbringen der Auftraggeberin sei widersprüchlich, wenn sie in ihrer Stellungnahme vom 03.03.2015 ausführe, dass der andere Bieter ohne Parteistellung keine Chance hätte, das Unterlassen der Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin durchzusetzen. Wenn die Auftraggeberin nunmehr behaupte die Antragstellerin habe kein Recht auf Ausscheiden des anderen Bieters, setzt sie sich daher in Widerspruch zu ihrem eigenen unrichtigen Vorbringen. Auch mache die Antragstellerin nicht das Recht auf Ausscheiden eines anderen Bieters geltend, sondern das Recht auf Widerruf des Vergabeverfahrens, wenn alle Angebote auszuschneiden wären. Dieses Recht sei aber in Folge der Fastweb-Entscheidung des EuGH in Österreich mehrfach anerkannt worden. römisch 40 Da die Antragstellerin nicht selbst die technische Leistungsfähigkeit des anderen Bieters überprüfen könne und die Auftraggeberin die Prüfung offenkundig nicht ordnungsgemäß durchgeführt habe, müsse sich die Antragstellerin denklogisch an das Bundesverwaltungsgericht wenden. Das Vorbringen der Auftraggeberin sei widersprüchlich, wenn sie in ihrer Stellungnahme vom 03.03.2015 ausführe, dass der andere Bieter ohne Parteistellung keine Chance hätte, das Unterlassen der Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin durchzusetzen. Wenn die Auftraggeberin nunmehr behaupte die Antragstellerin habe kein Recht auf Ausscheiden des anderen Bieters, setzt sie sich daher in Widerspruch zu ihrem eigenen unrichtigen Vorbringen. Auch mache die Antragstellerin nicht das Recht auf Ausscheiden eines anderen Bieters geltend, sondern das Recht auf Widerruf des Vergabeverfahrens, wenn alle Angebote auszuschneiden wären. Dieses Recht sei aber in Folge der Fastweb-Entscheidung des EuGH in Österreich mehrfach anerkannt worden.

Am 19.03.2015 nahm die Auftraggeberin Stellung. Im Hinblick auf die Parteistellung der mitbeteiligten Partei sei auszuführen, dass auf die Gesetzesmaterialien nur dann nicht zurück gegriffen werden könne, wenn sie mit dem Wortlaut des Gesetzes in einem eindeutigen Widerspruch stehen würden, was hier eindeutig nicht der Fall sei. Vielmehr werde die verfahrensgegenständliche Konstellation in den Gesetzesmaterialien als "Paradebeispiel" einer unmittelbaren Wirkung auf die Interessen der mitbeteiligten Partei angeführt.

In Pkt. II.1.7 der EU-weiten Auftragsbekanntmachung sei bestandfest festgelegt worden, dass der ausschreibungsgegenständliche Auftrag nicht unter das GPA falle. Die Antragstellerin könne sich daher jedenfalls nicht auf die Bestimmungen des GPA berufen. In Pkt. römisch zwei.1.7 der EU-weiten Auftragsbekanntmachung sei bestandfest festgelegt worden, dass der ausschreibungsgegenständliche Auftrag nicht unter das GPA falle. Die Antragstellerin könne sich daher jedenfalls nicht auf die Bestimmungen des GPA berufen.

XXXX Dass die Grundsätze der In-House-Vergabe auch auf Seiten nicht öffentlicher Auftraggeber zur Anwendung gelangen würden, sei nicht zutreffend. römisch 40 Dass die Grundsätze der In-House-Vergabe auch auf Seiten nicht öffentlicher Auftraggeber zur Anwendung gelangen würden, sei nicht zutreffend.

Am 20.03.2015 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht statt. Aufgrund der Erläuterung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen der Antragstellerin in Zusammenhang mit der Kalkulation von Preisen, dem Nachweis der beruflichen Zuverlässigkeit sowie der konkreten inhaltlichen Ausgestaltung des Angebotes der Antragstellerin wurde in der Folge die mündliche Verhandlung teils in Abwesenheit der mitbeteiligten Partei abgehalten.

Die Antragstellerin führte ergänzend aus, dass durch Ankreuzen im Bekanntmachungsformular ein völkerrechtlicher Vertrag wie das GPA nicht für unanwendbar erklärt werden könne. Beim Ankreuzen handle es sich um eine nicht rechtsverbindliche Wissenserklärung. Betont wurde abermals, dass das von der Antragstellerin vorgelegte Lizenzmodell klar als Verhandlungsvorschlag gekennzeichnet gewesen sei. Die Angemessenheit der angebotenen Tagessätze ergebe sich aus dem einschlägigen Kollektivvertrag. Im Übrigen fehle im Prüfbericht des externen Prüfers jegliche Begründung für die angebliche Unangemessenheit der angebotenen Tagessätze. XXXX Zur Frage des relevanten Zeitpunktes des Eignungsnachweises hätte die Auftraggeberin die Antragstellerin zur Verbesserung auffordern müssen. Die Antragstellerin führte ergänzend aus, dass durch Ankreuzen im Bekanntmachungsformular ein völkerrechtlicher Vertrag wie das GPA nicht für unanwendbar erklärt werden könne. Beim Ankreuzen handle es sich

um eine nicht rechtsverbindliche Wissenserklärung. Betont wurde abermals, dass das von der Antragstellerin vorgelegte Lizenzmodell klar als Verhandlungsvorschlag gekennzeichnet gewesen sei. Die Angemessenheit der angebotenen Tagessätze ergebe sich aus dem einschlägigen Kollektivvertrag. Im Übrigen fehle im Prüfbericht des externen Prüfers jegliche Begründung für die angebliche Unangemessenheit der angebotenen Tagessätze. römisch 40 Zur Frage des relevanten Zeitpunktes des Eignungsnachweises hätte die Auftraggeberin die Antragstellerin zur Verbesserung auffordern müssen.

XXXX XXXX Bei den Niederlassungen in XXXX handle es sich um Tochtergesellschaften der Antragstellerin. XXXX Es sei noch nicht abschließend entschieden, durch welche Personen die gegenständlichen Leistungen Vorort in Österreich erbracht würden. Es würden Mitarbeiter von der Muttergesellschaft XXXX sowie von den Niederlassungen XXXX, für die Leistungserbringung herangezogen werden, wobei für letzteren Fall der entsprechende Leistungsteil unter 10% bleibe. Bei den von der Antragstellerin bezeichneten Mitarbeitern handle es sich um Angestellte der Tochtergesellschaften. XXXX Jene Leistungen, die von den Mitarbeitern der Tochtergesellschaften erbracht werden sollen, würden derzeit noch nicht konkret feststehen. Bekannt sei bereits das Personal für die Scoping-Phase, nicht aber für die Projektphase selbst, da sich dies erst aus der Scoping-Phase selbst ergebe. XXXX römisch 40 römisch 40 Bei den Niederlassungen in römisch 40 handle es sich um Tochtergesellschaften der Antragstellerin. römisch 40 Es sei noch nicht abschließend entschieden, durch welche Personen die gegenständlichen Leistungen Vorort in Österreich erbracht würden. Es würden Mitarbeiter von der Muttergesellschaft römisch 40 sowie von den Niederlassungen römisch 40, für die Leistungserbringung herangezogen werden, wobei für letzteren Fall der entsprechende Leistungsteil unter 10% bleibe. Bei den von der Antragstellerin bezeichneten Mitarbeitern handle es sich um Angestellte der Tochtergesellschaften. römisch 40 Jene Leistungen, die von den Mitarbeitern der Tochtergesellschaften erbracht werden sollen, würden derzeit noch nicht konkret feststehen. Bekannt sei bereits das Personal für die Scoping-Phase, nicht aber für die Projektphase selbst, da sich dies erst aus der Scoping-Phase selbst ergebe. römisch 40

Der fehlende Nachweis der Verfügbarkeitserklärung sei ein behebbarer Mangel.

XXXX Der mitbeteiligten Partei wurde die Möglichkeit eingeräumt, weiteres schriftliches Vorbringen zu erstatten. Am 20.03.2015 nahm die mitbeteiligte Partei ergänzend Stellung. Entgegen der von der Antragstellerin vorgebrachten Rechtsansicht könne die erforderliche Befugnis nicht unmittelbar aus dem GPA abgeleitet werden, da seitens der Auftraggeberin bestandsfest in der EU-Auftragsbekanntmachung festgelegt worden sei, dass das GPA im gegenständlichen Fall nicht anwendbar sei, da bereits in Erwägungsgrund 7 der geltenden Vergaberechtslinie 2004/18/EG ausdrücklich festgelegt sei: "Das Übereinkommen hat keine unmittelbare Wirkung" und da aus dem GPA allenfalls ein diskriminierungsfreier Verfahrenszugang für EWR-Ausländer ableitbar wäre jedoch keinesfalls die erforderliche Befugnis. römisch 40 Der mitbeteiligten Partei wurde die Möglichkeit eingeräumt, weiteres schriftliches Vorbringen zu erstatten. Am 20.03.2015 nahm die mitbeteiligte Partei ergänzend Stellung. Entgegen der von der Antragstellerin vorgebrachten Rechtsansicht könne die erforderliche Befugnis nicht unmittelbar aus dem GPA abgeleitet werden, da seitens der Auftraggeberin bestandsfest in der EU-Auftragsbekanntmachung festgelegt worden sei, dass das GPA im gegenständlichen Fall nicht anwendbar sei, da bereits in Erwägungsgrund 7 der geltenden Vergaberechtslinie 2004/18/EG ausdrücklich festgelegt sei: "Das Übereinkommen hat keine unmittelbare Wirkung" und da aus dem GPA allenfalls ein diskriminierungsfreier Verfahrenszugang für EWR-Ausländer ableitbar wäre jedoch keinesfalls die erforderliche Befugnis.

Am 24.03.2015 nahm die Antragstellerin Stellung. Die Auftraggeberin habe in der Bekanntmachung nicht festgelegt, dass das GPA im gegenständlichen Fall nicht anwendbar sei. Es handle sich um eine bloße Wissenserklärung. Dabei handle es sich jedoch um keine Festlegung und könne diese daher auch nicht präkludieren. Im Übrigen stehe es nicht in der Dispositionsbefugnis eines öffentlichen Auftraggebers, ein völkerrechtliches Abkommen mittels Festlegung für unanwendbar zu erklären. Würde man die Antragstellerin nun von der Teilnahme am Vergabeverfahren ausschließen, müsste man dem BVergG bzw. den Ausschreibungsunterlagen einen völkerrechtswidrigen Inhalt unterstellen. Dies sei unabhängig von einer unmittelbaren Wirkung des GPA jedenfalls völkerrechtlich unzulässig.

Vergabekontrollbehörden seien zu einer GPA-konformen Interpretation auch nach Ablauf einer allfälligen Präklusionsfrist verpflichtet. Die Antragstellerin sei sohin gemäß GPA zur Teilnahme am gegenständlichen Vergabeverfahren berechtigt.

Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Festgestellter Sachverhalt:

Aufgrund der vorliegenden Stellungnahmen der bezugnehmenden Beilagen, der vorgelegten Unterlagen des Vergabeverfahrens sowie der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung vom 20.03.2015 wird folgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Die Oesterreichische Nationalbank AG (OeNB) schrieb im März 2014 die gegenständliche Leistung "Treasury Front2Back IT-System; Akt Nr. 057H/2014/0006" in Form eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip aus (L-545902-4313; CPV-Code 72268000,7226700). Als Schlusstermin für den Eingang der Teilnahmeanträge wurde der 14.05.2014 festgelegt. Die Angebotsfrist endete bezüglich der Erstangebote am 15.09.2014. Die Antragstellerin legte rechtzeitig ein Angebot. Die Angebotsfrist zur Legung eines Letztangebotes endete nach Durchführung von Verhandlungsgesprächen am 23.12.2014. Die Antragstellerin legte rechtzeitig ein Letztangebot.

Die gegenständlichen Teilnahmeunterlagen (TU) sowie die Ausschreibungsunterlagen (AU1 und AU2) lauten auszugsweise wie folgt:

Öffentliche Erkundung des Bewerber-Kreises (TU):

"2.3 Subunternehmer

Die Weitergabe des gesamten Auftrages ist unzulässig, ausgenommen hiervon sind Kaufverträge.

Der Bewerber hat im Bewerbungsblatt (Kap. 8) die notwendigen Subunternehmer und jene Subunternehmer bekannt zu geben, die wesentliche Leistungsteile erbringen sollen. Leistungsteile sind wesentlich, wenn der Leistungsteil 10% des Gesamtauftragswertes übersteigt. Subunternehmer sind notwendig, wenn der Bewerber nicht über die erforderliche Befugnis oder Leistungsfähigkeit verfügt und aus diesem Grund geeignete Subunternehmer beiziehen möchte. Für diese bekanntzugebenden Subunternehmer ist die für die Ausführung ihres Leistungsteiles erforderliche Eignung (Befugnis, Zuverlässigkeit, Leistungsfähigkeit) nachzuweisen. Der Nachweis der Eignung des/der beigezogenen Subunternehmer/s kann vorläufig durch entsprechende Eigenerklärung des Bewerbers (Kap. 7.1) geführt werden, wobei die Befugnisse über die der Bewerber bzw. die zum Nachweis seiner Befugnis notwendigen Subunternehmer verfügen, darin anzuführen sind. ...

Außerdem hat der Bewerber bei "notwendigen Subunternehmern" nachzuweisen, dass ihm die für die Ausführung des Auftrages von den betreffenden Subunternehmer zugesagten Mittel tatsächlich zur Verfügung stehen (in dem er etwa eine verbindliche Leistungszusage des Subunternehmers vorweisen kann (Kap. 7.2 bzw. 7.3, abhängig vom Grund des Einsatzes des SU). ...

...

2.7.5 Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit

...

Ferner hat der Bewerber nachzuweisen, dass er über mindestens 15 fachlich und technisch versierte Personen mit Arbeitsplatz an einem Standort in Europa für die Erbringung von Software Support- und Software Wartungsleistungen für die vom Bewerber für das Angebot vorgesehenen Treasury-Software verfügt. Unter fachlich und technisch versierten Personen sind Personen zu verstehen, die mehr als 12 Monate einschlägige Erfahrung mit Wartung und Support von Treasury-Software aufweisen.

Nachweise für das Vorliegen der technischen Leistungsfähigkeit

Die Nachweise für die Erbringung der Referenzprojekte sind durch folgende Unterlagen zu führen:

* Angabe der Referenzprojekte in Kap. 0

* Namentliche Nennung der 15 geforderten Mitarbeiter in Kap. 7.4 sam CV der namhaft gemachten Mitarbeiter

...

3 Allgemeine Vertragsbedingungen

...

7.2 Formblatt für Subunternehmer - Verpflichtungserklärung des Subunternehmers (nur auszufüllen wenn sich der Bewerber zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit auf Subunternehmer stützt)

Der Bewerber hat von jedem namhaft gemachten notwendigen Subunternehmer das nachfolgende Formblatt für Subunternehmer ausgefüllt und unterfertigt mit dem Teilnahmeantrag abzugeben.

1. Genaue Bezeichnung des Subunternehmers:

.....

2. Genaue Bezeichnung der vom Subunternehmer zu erbringenden

Leistungen:

Mit seiner rechtsgültigen Fertigung verpflichtet sich der hier fertigende Subunternehmer gegenüber dem Bewerber, die von ihm unter Punkt 2 dieses Formblattes beschriebenen Leistungen im Fall der Zuschlagserteilung an den Bewerber zu erbringen. Der fertigende bestätigt, dass er über die zur Ausführung des Auftrages bzw. Auftragsteiles erforderlichen Mittel verfügt und diese dem Bewerber - im Fall der Zuschlagserteilung an ihn - im zur Leistungserbringung erforderlichen Ausmaß zur Verfügung stellen wird.

...

7.4 Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit (Angabe der Mitarbeiter gemäß Kap. 2.7.5)

...

8 Bewerbungsblatt

Name, Adresse und Firmenbuchnummer des Bewerbers (bei Bewerbungsgemeinschaften aller Mitglieder der Bewerbungsgemeinschaft):

.....

Name, Adresse und Firmenbuchnummer allfälliger Subunternehmer sowie Angabe des Teils des Auftrages den der/die Subunternehmer erbringen soll(en) sowie ob und inwiefern der Subunternehmer zur Erfüllung der Eignungsvoraussetzungen notwendig ist. (Art der Leistung und ungefähre Wert):

....."

Ausschreibungsunterlagen (zur Legung des Erstangebotes, AU1):

"1.7 Abgabe der Angebote; Angebotsöffnung

...

Das vom Bieter zu unterbreitende Angebot hat folgendes zu umfassen:

* Vollständig ausgefülltes Angebotsblatt, Anlage 1 (siehe Kap 7)

* Anhang zu Anlage 1 Preise für Softwarelizenzen, Wartung und Projektleistungen (siehe Kap 8)

* Ausgefüllte Tabelle (Appendix) der technischen und funktionalen Anforderungen (siehe Kap 9)

* Konzept mit folgendem Inhalt:

? Beschreibung des Lizenzmodells, soweit vom Auftraggeber nicht vorgegeben (siehe Kap 3.2)

? Erläuterungen der geforderten technischen und funktionalen Anforderungen in Kap 9

Darüber hinaus steht es dem Bewerber frei, allenfalls konkrete Verhandlungsvorschläge zu unterbreiten (siehe Kap 2.1.).

...

2 Rahmenbedingungen der Ausschreibung

...

2.7 Subunternehmer

Die Weitergabe des gesamten Auftrages ist unzulässig. Die Weitergabe von Teilen der Leistung ist nur insoweit

zulässig, als der Subunternehmer die für die Erbringung seines Teiles erforderliche Befugnis, Leistungsfähigkeit sowie die berufliche Zuverlässigkeit gemäß den §§ 72 und 73 BVerG besitzt. Die Weitergabe des gesamten Auftrages ist unzulässig. Die Weitergabe von Teilen der Leistung ist nur insoweit zulässig, als der Subunternehmer die für die Erbringung seines Teiles erforderliche Befugnis, Leistungsfähigkeit sowie die berufliche Zuverlässigkeit gemäß den Paragraphen 72 und 73 BVerG besitzt.

Hat sich der Bieter zum Nachweis der Eignung in seinem Teilnahmeantrag auf Subunternehmer berufen oder deren Referenzprojekte zu den Auswahlkriterien namhaft gemacht, so sind diese Subunternehmer bei der Leistungsdurchführung vom Bieter beizuziehen. Die im Teilnahmeantrag namhaft gemachten Subunternehmer sind im Angebotsblatt (Kap.7) noch einmal anzuführen und gelten mit Abgabe des Angebotes als Subunternehmer für die Leistungsdurchführung.

Beabsichtigt der Bieter über die bereits mit dem Teilnahmeantrag namhaft gemachten Subunternehmer weitere Subunternehmer beizuziehen so sind diese auch im Angebotsblatt (Kap.7) anzugeben, sofern deren Leistungsteil, mehr als 10% der Gesamtleistung ausmacht.

...

3.4 Besondere Vertragsbedingungen für die zu liefernden Softwarelizenzen

...

3.6.4 Personaleinsatz

...

Für die Leistungsfunktionen sind grundsätzlich Mitarbeiter der folgenden Skill Kategorien zu Verfügung zu stellen:

- * Senior Business Analyst/Test Manager

- * Senior Developer/Software Architect

...

Ansonsten sind grundsätzlich Mitarbeiter der folgenden Skill-Kategorien zur Verfügung zu stellen:

- * Business Analyst/Tester

- * Developer/System Engineer

...

Während der Project Scoping-Phase hat der Auftragnehmer (AN) zumindest 80% Mitarbeiter der Skill Kategorien Projektkoordinator, Senior Business Consultant und Software Architect einzusetzen. Um die nötige Kontinuität zu gewährleisten, arbeiten mindestens 80% der Mitarbeiter des AN, die in der Project Scoping-Phase eingesetzt wurden, auch während den darauf folgenden Projektphasen weiter.

...

7 Anlage 1: Angebotsblatt

Name, Adresse und Firmenbuchnummer des Bieters (bei Bietergemeinschaften aller Mitglieder der Bietergemeinschaft) und Kontakt der Ansprechperson für den Auftraggeber:

.....

Name, Adresse und Firmenbuchnummer allfälliger Subunternehmer sowie Angabe des Teils des Auftrages, denn der/die Subunternehmer erbringen soll(en). (Art der Leistung und ungefähre Wert). [Beachte Kap 2.7]:

.....

Der Bieter erklärt, dass er die Bestimmungen der Ausschreibung einschließlich der allgemeinen Vertragsbedingungen der Österreichischen Nationalbank vorbehaltlos anerkennt, die bei Einrechnung der Teilnahmeanträge erstatteten Angaben und die nachgereichten Nachweise zur Erfüllung der Eignungskriterien nach wie vor gelten und dass er alle Angaben nach bestem Wissen und Gewissen gemacht hat. ..."

Ausschreibungsunterlagen (für die Erstellung des Letztangebotes):

"1.8 Abgabe der letztgültigen Angebote; Angebotsöffnung

...

Das vom Bieter zu unterbreitende Angebot hat Folgendes zu umfassen:

* Vollständig ausgefülltes Angebotsblatt,

* Anlage 1 (siehe Kap. 7)

* Anhang zu Anlage 1 Preise für Softwarelizenzen, Wartung und Projektleistungen (siehe Kap. 8)

...

2.7 Subunternehmer

Die Weitergabe des gesamten Auftrages ist unzulässig. Die Weitergabe von Teilen der Leistung ist nur insoweit zulässig, als der Subunternehmer die für die Erbringung seines Teiles erforderliche Befugnis, Leistungsfähigkeit sowie die berufliche Zuverlässigkeit gemäß den §§ 72 und 73 BVergG 2006 besitzt. Die Weitergabe des gesamten Auftrages ist unzulässig. Die Weitergabe von Teilen der Leistung ist nur insoweit zulässig, als der Subunternehmer die für die Erbringung seines Teiles erforderliche Befugnis, Leistungsfähigkeit sowie die berufliche Zuverlässigkeit gemäß den Paragraphen 72 und 73 BVergG 2006 besitzt.

Die im Erstantgebot namhaft gemachten Subunternehmer sind im Angebotsblatt (Kap. 7) noch einmal anzuführen und gelten mit Abgabe des Angebotes als Subunternehmer für die Leistungsdurchführung. Weitere, das heißt im Erstantgebot noch nicht namhaft gemachte Subunternehmer, dürfen nicht mehr namhaft gemacht werden.

...

3.6.4 Personaleinsatz

...

Während der Project Scoping-Phase hat der AN zumindest 80 % der Skillkategorie in Projektkoordinator, senior business consultant und Softwarearchitekt einzusetzen. Um die nötige Kontinuität zu gewährleisten, arbeiten mindestens 80 % der Mitarbeiter des AN, die in der Project Scoping-Phase eingesetzt wurden, auch während den darauffolgenden Projektphasen weiter.

...

7 Anlage 1: Angebotsblatt

Name, Adresse und Firmenbuchnummer des Bieters und Kontakt der Ansprechperson für den Auftraggeber:

.....

Name, Adresse und Firmenbuchnummer allfälliger Subunternehmer sowie Angabe des Teils des Auftrages, den der/die Subunternehmer erbringen soll(en) (Art der Leistung und ungefähre Wert).

....."

Die Fragenbeantwortung durch die Auftraggeberin vom 04.04.2014 lautet auszugsweise wie folgt:

"5.) Sind Tochterunternehmen ebenfalls als Subunternehmer zu nennen?

Antwort:

Subunternehmer ist jedes Unternehmen mit eigener Rechtspersönlichkeit (keine Zweigniederlassungen), das Teile der an den Auftragnehmer übertragenen Leistungen ausführen soll. Tochterunternehmen sind somit grundsätzlich als Subunternehmen zu nennen. ...

17.) Im Abschnitt 2.3 über Subunternehmer, wird angezeigt, dass die Details aller Subunternehmer, die mehr als 10 % der erforderlichen Dienstleistungen erbringen werden, bekanntzugeben sind. Können Sie bestätigen, dass wir für den Fall, wenn zwei Subunternehmer mit uns arbeiten, wobei jeder z.B. 8 % der benötigten Leistungen erbringt (insgesamt 16 %, aber jeder individuell 8 % des Gesamtauftrages) Ihnen in dieser Phase noch keine Details über Subunternehmer zuschicken müssen?

Antwort:

Jeder einzelne Subunternehmer, der weniger als 10 % des Gesamtauftragswertes ausführt, muss nicht bekanntgegeben werden. Kann im Rahmen der Bewerbung noch nicht abgeschätzt werden, in welchem Umfang Subunternehmer eingesetzt werden sollen, sind diese im Zweifel anzugeben. Sofern der Bewerber einen Subunternehmer benötigt, um die Eignungskriterien erfüllen zu können, ist der Subunternehmer jedenfalls bekanntzugeben."

Die Antragstellerin übermittelte rechtzeitig einen Teilnahmeantrag. Die Antragstellerin machte im Bewerbungsblatt keinen Subunternehmer namhaft und bezeichnete keine allfällig von einem Subunternehmer zu erbringenden Leistungen. Das Formblatt 7.2 "Formblatt für Subunternehmer - Verpflichtungserklärung des Subunternehmers" liegt dem Teilnahmeantrag unausgefüllt bei. Im Formblatt 7.4 zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit benannte die Antragstellerin zahlreiche Mitarbeiter und bezeichnete als Standort des Arbeitsplatzes jeweils XXXX. Bei diesen Mitarbeitern handelt es sich um bei den XXXX Niederlassungen angestellte Personen. Die Antragstellerin übermittelte rechtzeitig einen Teilnahmeantrag. Die Antragstellerin machte im Bewerbungsblatt keinen Subunternehmer namhaft und bezeichnete keine allfällig von einem Subunternehmer zu erbringenden Leistungen. Das Formblatt 7.2 "Formblatt für Subunternehmer - Verpflichtungserklärung des Subunternehmers" liegt dem Teilnahmeantrag unausgefüllt bei. Im Formblatt 7.4 zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit benannte die Antragstellerin zahlreiche Mitarbeiter und bezeichnete als Standort des Arbeitsplatzes jeweils römisch 40. Bei diesen Mitarbeitern handelt es sich um bei den römisch 40 Niederlassungen angestellte Personen.

XXXX. Die Niederlassungen der Antragstellerin XXXX sind Gesellschaften mit eigener Rechtspersönlichkeit römisch 40. Die Niederlassungen der Antragstellerin römisch 40 sind Gesellschaften mit eigener Rechtspersönlichkeit.

Dem Erstangebot der Antragstellerin liegt das unterfertigte Angebotsblatt Anlage 1 bei. Ein allfälliger Subunternehmer wurde darin nicht namhaft gemacht, ebenso wenig wurde die Art der Leistung und ein ungefährer Wert des durch den allfälligen Subunternehmer zu erbringenden Leistungsteils beschrieben.

Dem Letztangebot der Antragstellerin liegt das unterfertigte Angebotsblatt Anlage 1 bei. Auch dieses enthält keine Angaben zu allfälligen Subunternehmen und zu den von diesen allenfalls zu erbringenden Leistungsteilen.

Die Antragstellerin beabsichtigt, für die Leistungserbringung auf die personellen Ressourcen ihrer XXXX Tochtergesellschaften und zwar jedenfalls auf jene ihrer Tochtergesellschaft in XXXX Rückgriff zu nehmen. Die Art und der Umfang der Leistungen, welche an diese Unternehmen weitergegeben werden sollen, stehen nicht fest. Die zum Einsatz kommenden Mitarbeiter für die Scoping-Phase wurden festgelegt, für die darauf folgenden Projektphasen stehen die Mitarbeiter noch nicht fest. Die Antragstellerin beabsichtigt, für die Leistungserbringung auf die personellen Ressourcen ihrer römisch 40 Tochtergesellschaften und zwar jedenfalls auf jene ihrer Tochtergesellschaft in römisch 40 Rückgriff zu nehmen. Die Art und der Umfang der Leistungen, welche an diese Unternehmen weitergegeben werden sollen, stehen nicht fest. Die zum Einsatz kommenden Mitarbeiter für die Scoping-Phase wurden festgelegt, für die darauf folgenden Projektphasen stehen die Mitarbeiter noch nicht fest.

XXXX. Diesem Schreiben fügte die Antragstellerin sowohl ein Kalkulationsblatt XXXX als auch ein als XXXX betitelt Dokument bei. In diesem Dokument werden Gehaltsbänder für die aufgezeigten Skill-Kategorien für XXXX dargelegt. römisch 40. Diesem Schreiben fügte die Antragstellerin sowohl ein Kalkulationsblatt römisch 40 als auch ein als römisch 40 betitelt Dokument bei. In diesem Dokument werden Gehaltsbänder für die aufgezeigten Skill-Kategorien für römisch 40 dargelegt.

Im Prüfbericht der letztgültigen Angebote der Auftraggeberin wird allgemein ausgeführt, dass die Eignung bereits im Rahmen der ersten Stufe des Vergabeverfahrens geprüft wurde. Bezüglich der Antragstellerin wird ausdrücklich festgehalten, dass der Nachweis bereits mit dem Teilnahmeantrag erbracht wurde und dass keine Subunternehmer namhaft gemacht wurden. Darüber hinaus wird zusammenfassend festgehalten, dass das Angebot der Antragstellerin unter Berücksichtigung der erfolgten Aufklärungen nicht den Ausschreibungsvorgaben entspricht. Das Angebot des Bieters ist daher auszuschneiden. Diesem Prüfbericht liegt die Prüfung der Preisangemessenheit der Letztangebote durch die XXXX bei.

Am 15.01.2015 wurde der Antragstellerin das Ausscheiden ihres Angebotes gestützt auf § 129 Abs. 1 Z 1, 3 und 7 und Abs. 2 BVergG per Telefax bekannt gegeben. Begründend wurde unter anderem ausgeführt: Am 15.01.2015 wurde der Antragstellerin das Ausscheiden ihres Angebotes gestützt auf Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer eins, 3 und 7 und Absatz 2, BVergG per Telefax bekannt gegeben. Begründend wurde unter anderem ausgeführt:

"... Dazu haben Sie zwei Beilagen übermittelt, in einer der Beilagen führen Sie die ,XXXX an, in der zweiten Beilage XXXX führen Sie die Gehaltsbestandteile und Gehaltsnebenkosten, wie sie in XXXX üblich sind an. Daraus ist ersichtlich, dass Ihre Gesellschaft Mitarbeiter einer XXXX Gesellschaft einzusetzen gedenkt, welche sohin nicht bei Ihrer Gesellschaft angestellt sind. Somit steht fest, dass sich Ihre Gesellschaft zur Leistungserbringung Subunternehmer bedienen möchte. Entgegen den Vorgaben in Kap. 2.3 iVm Kap. 8 in der öffentlichen Erkundung des Bewerberkreises und Kap. 2.7 iVm Kap 7 der Ausschreibungsunterlagen haben Sie diese Subunternehmer im Bewerbungsblatt allerdings nicht erwähnt, weswegen Ihr Angebot schließlich auch gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG auszuschneiden ist."... Dazu haben Sie zwei Beilagen übermittelt, in einer der Beilagen führen Sie die ,XXXX an, in der zweiten Beilage römisch 40 führen Sie die Gehaltsbestandteile und Gehaltsnebenkosten, wie sie in römisch 40 üblich sind an. Daraus ist ersichtlich, dass Ihre Gesellschaft Mitarbeiter einer römisch 40 Gesellschaft einzusetzen gedenkt, welche sohin nicht bei Ihrer Gesellschaft angestellt sind. Somit steht fest, dass sich Ihre Gesellschaft zur Leistungserbringung Subunternehmer bedienen möchte. Entgegen den Vorgaben in Kap. 2.3 in Verbindung mit Kap. 8 in der öffentlichen Erkundung des Bewerberkreises und Kap. 2.7 in Verbindung mit Kap 7 der Ausschreibungsunterlagen haben Sie diese Subunternehmer im Bewerbungsblatt allerdings nicht erwähnt, weswegen Ihr Angebot schließlich auch gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG auszuschneiden ist.

..."

Am 26.01.2015 brachte die Antragstellerin den gegenständlichen Nachprüfungsantrag beim Bundesverwaltungsgericht ein.

Mit Beschluss vom 29.01.2015 wurde der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung abgewiesen.

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

2. Beweiswürdigung:

Der Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den eingangs angeführten Beweismitteln. Bei der Beweiswürdigung haben sich gegen die Echtheit und Richtigkeit der vorliegenden Unterlagen des Vergabeverfahrens keine Bedenken ergeben.

3. Rechtliche Beurteilung:

Zu A.I.

3.1. Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes, Zulässigkeit des Antrages und Parteistellung

Auftraggeberin im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die Oesterreichische Nationalbank AG (OeNB). Diese ist öffentliche Auftraggeberin gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG (siehe ua bereits BVA 14.02.2011, N/0001-BVA/14/2011-17). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag iSd § 6 BVergG. Das Verfahren wird in Form eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung durchgeführt. Der geschätzte Auftragswert liegt entsprechend den Abgaben der Auftraggeberin über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs. 1 Z 2 BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt. Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die Oesterreichische Nationalbank AG (OeNB). Diese ist öffentliche Auftraggeberin gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG (siehe ua bereits BVA 14.02.2011, N/0001-BVA/14/2011-17). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag iSd Paragraph 6, BVergG. Das Verfahren wird in Form eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung durchgeführt. Der geschätzte Auftragswert liegt entsprechend den Abgaben der Auftraggeberin über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt.

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

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

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

Mit Schriftsatz vom 26.01.2015 stellte die Antragstellerin den unter Spruchpunkt A I. wiedergegebenen Nachprüfungsantrag. Dieser genügt den formalen Voraussetzungen nach § 322 Abs. 1 BVergG. Der Nachprüfungsantrag richtet sich gegen das Ausscheiden des Angebotes vom 15.01.2015. Dabei handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. dd BVergG. In einem derartigen Fall bildet die Hauptfrage des Vergabenachprüfungsverfahrens - wie dies der VwGH bereits in einem vergleichbaren Fall erkannt hat - allein die Frage, ob die Antragstellerin von der Auftraggeberin zu Recht ausgeschieden worden ist, sohin ob die Antragstellerin einen Ausscheidenstatbestand gemäß § 129 BVergG verwirklicht hat oder nicht. Vom Bundesverwaltungsgericht ist dagegen entgegen der Ansicht der Antragstellerin nicht zu beurteilen, ob es die Auftraggeberin rechtswidrigerweise unterlassen hat, das Vergabeverfahren zu widerrufen (VwGH 25.03.2014, Ra 2014/04/0001 unter Verweis auf VwGH 25.01.2011, 2009/04/0302; ua BVwG vom 28.04.2014, W134 2004838-1/18E; BVwG vom 31.01.2014, W139 2000171-34E). Das Bundesverwaltungsgericht sieht sich nicht veranlasst, von dieser Rechtsprechung abzuweichen. In Anbetracht dessen wird auch davon abgesehen, ein Vorabentscheidungsverfahren einzuleiten, zumal hierzu auch keine Verpflichtung des Verwaltungsgerichtes besteht (VfGH 26.09.2014, E 304/2014-12). Mit Schriftsatz vom 26.01.2015 stellte die Antragstellerin den unter Spruchpunkt A römisch eins. wiedergegebenen Nachprüfungsantrag. Dieser genügt den formalen Voraussetzungen nach Paragraph 322, Absatz eins, BVergG. Der Nachprüfungsantrag richtet sich gegen das Ausscheiden des Angebotes vom 15.01.2015. Dabei handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d, BVergG. In einem derartigen Fall bildet die Hauptfrage des Vergabenachprüfungsverfahrens - wie dies der VwGH bereits in einem vergleichbaren Fall erkannt hat - allein die Frage, ob die Antragstellerin von der Auftraggeberin zu Recht ausgeschieden worden ist, sohin ob die Antragstellerin einen Ausscheidenstatbestand gemäß Paragraph 129, BVergG verwirklicht hat oder nicht. Vom Bundesverwaltungsgericht ist dagegen entgegen der Ansicht der Antragstellerin nicht zu beurteilen, ob es die Auftraggeberin rechtswidrigerweise unterlassen hat, das Vergabeverfahren zu widerrufen (VwGH 25.03.2014, Ra 2014/04/0001 unter Verweis auf VwGH 25.01.2011, 2009/04/0302; ua BVwG vom 28.04.2014, W134 2004838-1/18E; BVwG vom 31.01.2014, W139 2000171-34E). Das Bundesverwaltungsgericht sieht sich nicht veranlasst, von dieser Rechtsprechung abzuweichen. In Anbetracht dessen wird auch davon abgesehen, ein Vorabentscheidungsverfahren einzuleiten, zumal hierzu auch keine Verpflichtung des Verwaltungsgerichtes besteht (VfGH 26.09.2014, E 304/2014-12).

Die Antragstellerin hat ihr Interesse am Vertragsabschluss und den ihr durch den Verlust der Chance auf Zuschlagserteilung im gegenständlichen Vergabeverfahren entstandenen bzw. drohenden Schaden iSd § 320 Abs. 1 BVergG plausibel dargestellt, sodass die Antragslegitimation der Antragstellerin gegeben ist. Die Antragstellerin hat ihr Interesse am Vertragsabschluss und den ihr durch den Verlust der Chance auf Zuschlagserteilung im gegenständlichen Vergabeverfahren entstandenen bzw. drohenden Schaden iSd Paragraph 320, Absatz eins, BVergG plausibel dargestellt, sodass die Antragslegitimation der Antragstellerin gegeben ist.

Der Antrag wurde innerhalb der Anfechtungsfrist gemäß § 321 Abs. 1 BVergG eingebracht. Die Pauschalgebühr wurde jedenfalls in entsprechender Höhe entrichtet (§ 318 Abs. 1 Z 1 BVergG iVm §§ 1 und 2 Abs. 2 BVwG-PauschGebV Vergabe). Ein Grund für die Unzulässigkeit des Antrages nach § 322 Abs. 2 BVergG liegt daher nicht vor. Der Antrag

wurde innerhalb der Anfechtungsfrist gemäß Paragraph 321, Absatz eins, BVergG eingebracht. Die Pauschalgebühr wurde jedenfalls in entsprechender Höhe entrichtet (Paragraph 318, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG in Verbindung mit Paragraphen eins und 2 Absatz 2, BVwG-PauschGebV Vergabe). Ein Grund für die Unzulässigkeit des Antrages nach Paragraph 322, Absatz 2, BVergG liegt daher nicht vor.

Eine im Vergabeverfahren verbliebene Mitbieterin erhob am 04.02.2015 begründete Einwendungen. Die Antragstellerin bestritt deren Parteistellung.

Gemäß § 324 Abs. 2 BVergG sind Parteien des Nachprüfungsverfahrens ferner jene Unternehmer, die durch die vom Antragsteller begehrte Entscheidung unmittelbar in ihren rechtlich geschützten Interessen nachteilig betroffen sein können (Antragsgegner). Nach der Rechtsprechung der Vergabekontrolle wie auch nach der herrschenden Lehre haben - unter Bezugnahme auf die Erläuternden Bemerkungen zu § 324 BVergG - auch alle Mitbieter grundsätzlich Parteistellung, wenn ein Bieter sein Ausscheiden bekämpft, weil sie durch die Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung einen Nachteil erleiden können (BVA 06.07.2011, N/0038-BVA/12/2011-42; BVA 09.05.2008, N/0114-BVA/08/2007/77 unter Verweis auf die Judikatur des VfGH; G. Gruber in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Rz 25; Walther/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010], Rz 1814). Wie das Bundesvergabeamt in seiner Entscheidung vom 06.07.2011 zutreffend ausgeführt hat, reicht bereits die Möglichkeit (arg.: Formulierung im Konjunktiv "können") einer nachteiligen Betroffenheit für die Bejahung der Parteistellung iSd § 324 Abs. 2 BVergG aus. Dies ist gegenständlich der Fall, könnte doch die aufgrund der Aktenlage nicht offensichtlich auszuschließende Chance der Mitbieterin auf Zuschlagserteilung durch die Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung unmittelbar beeinträchtigt werden. Sowohl für den von der Antragstellerin aufgezeigten Fall der Reihung der Mitbieterin an erster Stelle als auch für jenen der Reihung hinter der Antragstellerin ist durch die begehrte Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes ein potentieller Eingriff in die rechtlich geschützten Interessen der Mitbieterin nicht auszuschließen. Dies insofern, als sich durch das Verbleiben der Antragstellerin im Vergabeverfahren die Position der Mitbieterin ändert. Zum einen besteht für die Antragstellerin weiterhin die Möglichkeit der Anfechtung einer auf die Mitbieterin lautenden Zuschlagsentscheidung und zum anderen bleibt auch die Möglichkeit einer auf die Antragstellerin lautenden Zuschlagsentscheidung aufrecht. Es geht nicht darum, einen Konkurrenten weniger oder gar keinen Konkurrenten zu haben, sondern um die Verfolgung des dem Interesse der Antragstellerin gegenläufigen Interesses an der Aufrechterhaltung der durch die Auftraggeberin getroffenen Ausscheidensentscheidung. Soweit die Antragstellerin die mangelnde Einschlägigkeit der Entscheidung des Bundesvergabeamtes vom 06.07.2011, N/0038-BVA/12/2011-42, einwendet, ist sie darauf hinzuweisen, dass in der betreffenden Konstellation eine Zuschlagsentscheidung zwar zuvor ergangen, aber in weiterer Folge durch das Bundesvergabeamt für nichtig erklärt worden war, weswegen sehr wohl ein mit dem gegenständlichen Fall vergleichbarer Sachverhalt vorliegt. Gemäß Paragraph 324, Absatz 2, BVergG sind Parteien des Nachprüfungsverfahrens ferner jene Unternehmer, die durch die vom Antragsteller begehrte Entscheidung unmittelbar in ihren rechtlich geschützten Interessen nachteilig betroffen sein können (Antragsgegner). Nach der Rechtsprechung der Vergabekontrolle wie auch nach der herrschenden Lehre haben - unter Bezugnahme auf die Erläuternden Bemerkungen zu Paragraph 324, BVergG - auch alle Mitbieter grundsätzlich Parteistellung, wenn ein Bieter sein Ausscheiden bekämpft, weil sie durch die Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung einen Nachteil erleiden können (BVA 06.07.2011, N/0038-BVA/12/2011-42; BVA 09.05.2008, N/0114-BVA/08/2007/77 unter Verweis auf die Judikatur des VfGH; G. Gruber in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Rz 25; Walther/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010], Rz 1814). Wie das Bundesvergabeamt in seiner Entscheidung vom 06.07.2011 zutreffend ausgeführt hat, reicht bereits die Möglichkeit (arg.: Formulierung im Konjunktiv "können") einer nachteiligen Betroffenheit für die Bejahung der Parteistellung iSd Paragraph 324, Absatz 2, BVergG aus. Dies ist gegenständlich der Fall, könnte doch die aufgrund der Aktenlage nicht offensichtlich auszuschließende Chance der Mitbieterin auf Zuschlagserteilung durch die Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung unmittelbar beeinträchtigt werden. Sowohl für den von der Antragstellerin aufgezeigten Fall der Reihung der Mitbieterin an erster Stelle als auch für jenen der Reihung hinter der Antragstellerin ist durch die begehrte Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes ein potentieller Eingriff in die rechtlich geschützten Interessen der Mitbieterin nicht auszuschließen. Dies insofern, als sich durch das Verbleiben der Antragstellerin im Vergabeverfahren die Position der Mitbieterin ändert. Zum einen besteht für die Antragstellerin weiterhin die Möglichkeit der Anfechtung einer auf die Mitbieterin lautenden Zuschlagsentscheidung und zum anderen bleibt auch die Möglichkeit einer auf die Antragstellerin lautenden Zuschlagsentscheidung aufrecht. Es geht nicht darum, einen Konkurrenten weniger oder gar keinen Konkurrenten zu haben, sondern um die Verfolgung des dem Interesse der

Antragstellerin gegenläufigen Interesses an der Aufrechterhaltung der durch die Auftraggeberin getroffenen Ausscheidensentscheidung. Soweit die Antragstellerin die mangelnde Einschlägigkeit der Entscheidung des Bundesvergabebeamten vom 06.07.2011, N/0038-BVA/12/2011-42, einwendet, ist sie darauf hinzuweisen, dass in der betreffenden Konstellation eine Zuschlagsentscheidung zwar zuvor ergangen, aber in weiterer Folge durch das Bundesvergabeamt für nichtig erklärt worden war, weswegen sehr wohl ein mit dem gegenständlichen Fall vergleichbarer Sachverhalt vorliegt.

Die Mitbieterin hat demnach durch das Erheben begründeter Einwendungen ihre Parteistellung gemäß § 324 Abs. 2 und Abs. 3 BVergG gewahrt. Im Hinblick auf § 105 Abs. 6 BVergG war es jedoch geboten, die Identität der Parteien geheim zu halten. Des weiteren war in Anbetracht der Notwendigkeit der Geheimhaltung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen der Antragstellerin eine dies berücksichtigende Ausfertigung des Erkenntnisses erforderlich. Hierbei war sicherzustellen, dass der mitbeteiligten Partei ins Detail Kenntnisse über die Angebotskalkulation, maßgeblichen Angebotsinhalt sowie konkrete Beteiligungsstrategien nicht bekannt werden. Diesem Erfordernis wird gegenständlich durch gesonderte Ausfertigung des Erkenntnisses für die mitbeteiligte Partei Rechnung getragen. Die Mitbieterin hat demnach durch das Erheben begründeter Einwendungen ihre Parteistellung gemäß Paragraph 324, Absatz 2 und Absatz 3, BVergG gewahrt. Im Hinblick auf Paragraph 105, Absatz 6, BVergG war es jedoch geboten, die Identität der Parteien geheim zu halten. Des weiteren war in Anbetracht der Notwendigkeit der Geheimhaltung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen der Antragstellerin eine dies berücksichtigende Ausfertigung des Erkenntnisses erforderlich. Hierbei war sicherzustellen, dass der mitbeteiligten Partei ins Detail Kenntnisse über die Angebotskalkulation, maßgeblichen Angebotsinhalt sowie konkrete Beteiligungsstrategien nicht bekannt werden. Diesem Erfordernis wird gegenständlich durch gesonderte Ausfertigung des Erkenntnisses für die mitbeteiligte Partei Rechnung getragen.

3.2. Inhaltliche Beurteilung

Der Antragstellerin wurde am 15.01.2015 das Ausscheiden ihres Angebotes mitgeteilt. Die Auftraggeberin begründete diese Entscheidung damit, dass die Antragstellerin hinsichtlich des Nachweises der Zuverlässigkeit zu Unrecht von einer XXXX Erklärung Gebrauch gemacht habe. Darüber hinaus wären die für zwei konkret bezeichnete Skillkategorien veranschlagten Preise und die der Kalkulation zugrunde liegenden Gehaltsbänder im Hinblick auf die verlangte fachliche Qualifikation unangemessen niedrig. Weiters habe es die Antragstellerin entgegen Kap. 2.2 iVm Kap. 8 der Öffentlichen Erkundung des Bewerberkreises und entgegen Kap. 2.7 iVm Kap. 7 der Ausschreibungsunterlagen unterlassen, die Subunternehmer, welche sie zur Leistungserbringung heranzuziehen beabsichtige, im Bewerbungsblatt zu benennen. Im Zuge des Nachprüfungsverfahrens machte die Auftraggeberin weitere Ausscheidensgründe geltend. Der Antragstellerin wurde am 15.01.2015 das Ausscheiden ihres Angebotes mitgeteilt. Die Auftraggeberin begründete diese Entscheidung damit, dass die Antragstellerin hinsichtlich des Nachweises der Zuverlässigkeit zu Unrecht von einer römisch 40 Erklärung Gebrauch gemacht habe. Darüber hinaus wären die für zwei konkret bezeichnete Skillkategorien veranschlagten Preise und die der Kalkulation zugrunde liegenden Gehaltsbänder im Hinblick auf die verlangte fachliche Qualifikation unangemessen niedrig. Weiters habe es die Antragstellerin entgegen Kap. 2.2 in Verbindung mit Kap. 8 der Öffentlichen Erkundung des Bewerberkreises und entgegen Kap. 2.7 in Verbindung mit Kap. 7 der Ausschreibungsunterlagen unterlassen, die Subunternehmer, welche sie zur Leistungserbringung heranzuziehen beabsichtige, im Bewerbungsblatt zu benennen. Im Zuge des Nachprüfungsverfahrens machte die Auftraggeberin weitere Ausscheidensgründe geltend.

Die maßgebenden Bestimmungen des BVergG lauten:

Grundsätze des Vergabeverfahrens

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

...

Nachweis der Eignung durch andere Unternehmer

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

Subunternehmerleistungen

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

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

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

Teilnehmer im nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung und im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung

§ 103. (1) ...Paragraph 103, (1) ...

(3) Benötigt der Unternehmer Subunternehmer, um die erforderliche Leistungsfähigkeit oder Befugnis nachzuweisen, so hat er die in Frage kommenden Subunternehmer bereits mit dem Teilnahmeantrag bekannt zu geben.

...

Ablauf des Verhandlungsverfahrens

§ 105. (1) ...Paragraph 105, (1) ...

(6) Anzahl und Namen der zur Angebotsabgabe aufgeforderten Unternehmer sind bis zur Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung geheim zu halten.

Inhalt der Angebote

§ 108. (1) ...Paragraph 108, (1) ...

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

Vorgehen bei der Prüfung

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

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

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

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

3. ob das Angebot rechnerisch richtig ist;

4. die Angemessenheit der Preise;

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

Vorgehen bei Mangelhaftigkeit der Angebote

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

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

Niederschrift über die Prüfung

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

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

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

Ausscheiden von Angeboten

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

...

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

...

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

(3) ...

Nichtigerklärung von Entscheidungen des Auftraggebers

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

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

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

...

Nichtbenennung von Subunternehmern

Zunächst ist festzuhalten, dass es nach der ständigen Rechtsprechung des VwGH und der Vergabekontrolle nicht in der Disposition des Auftraggebers steht, von der Anwendung eines Ausscheidensstatbestandes nach seinem Ermessen Gebrauch zu machen. Das unterlassene Ausscheiden eines zwingend auszuschließenden (Erst)Angebotes macht dieses nicht zu einem zulässigen Angebot, welchem rechtsrichtig der Zuschlag erteilt werden könnte (siehe ua VwGH 27.09.2000, 2000/04/0050; VwGH 04.09.2002, 2000/04/0181; BVwG 01.12.2014, W114 2013254-2/24E; BVA 01.02.2008, N/0121-BVA/07/2007-41). In diesem Sinne hat das Bundesverwaltungsgericht jüngst ausgesprochen, dass selbst das formale Absehen von der Nichtzulassung für die zweite Stufe im Verhandlungsverfahren einen Auftraggeber nicht daran hindert, erst im Rahmen des Vergabekontrollverfahrens Ausscheidens- bzw. Nichtzulassungsgründe geltend zu machen (wiederum BVwG 01.12.2014, W114 2013254-2/24E mwN). Liegt auch nur ein einziger Ausscheidensgrund vor, so ist ein Angebot zwingend auszuschließen (BVwG 24.07.2014, W138 2008591-1/45E; BVA 23.08.2011, N/0067-BVA/09/2011-21).

Gegenständlich wurden die Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages und die Aufforderungen zur Angebotsabgabe nicht angefochten. Deren Bestimmungen haben sohin Bestandskraft erlangt und sind demzufolge nach ständiger Rechtsprechung selbst dann unveränderliche Grundlage für die Prüfung und Bewertung der Angebote, wenn diese unzumutbar oder gar vergaberechtswidrig sein sollten (siehe ua VwGH 17.06.2014, 2013/04/0029; VwGH 07.11.2005, 2003/04/0135; dem folgend ua BVA 16.04.2008, N/0029-BVA/09/2008-27). Sowohl der Auftraggeber als auch die Bieter sind an die in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen gebunden. Ein nachträgliches Abgehen von den Bestimmungen der Ausschreibung ist im Sinne der Gleichbehandlung aller Bieter nicht mehr möglich (vgl. EuGH 25.04.1996, Rs C-87/94, Wallonische Busse; jüngst EuGH 06.11.2014, Rs C-42/13, Cartiera dell'Adda SpA gegen CEM Ambiente SpA). Der Gleichbehandlungsgrundsatz verlangt auch im Verhandlungsverfahren, dass die Bieter bei der Erstellung der Angebote an die Ausschreibung gebunden sind und davon nicht abweichen dürfen, um einen objektiven Vergleich der Angebote zu ermöglichen (EuGH 22.06.1993, Rs C-243/89, Kommission/Dänemark; BVA 16.08.2012, N/0070-BVA/10/2012-39 mwN; BVA 14.12.2012, N/0102-BVA/09/2012-46). Umgekehrt müssen alle Bieter

darauf vertrauen können, dass der Auftraggeber seine eigenen Ausschreibungsbedingungen einhält (ua BVA 25.11.2009, N/0110-BVA/09/2009-28; Latzenhofer in Gast (Hrsg.), BVergG-Leitsatzkommentar, E 53 zu § 321). Dem Bundesverwaltungsgericht ist es daher auch verwehrt, derart bestandskräftige Entscheidungen im Zuge der Anfechtung späterer Auftraggeberentscheidungen inzident in Prüfung zu ziehen (siehe grundlegend VwGH 15.09.2004, 2004/04/0054; VwGH 07.09.2009, 2007/04/0090; VwGH 27.06.2007, 2005/04/0234; VwGH 07.11.2005, 2003/04/0135; für viele ua BVA 08.02.2008, N/0008-BVA/06/2008-29 mwN). Gegenständlich wurden die Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages und die Aufforderungen zur Angebotsabgabe nicht angefochten. Deren Bestimmungen haben sohin Bestandskraft erlangt und sind demzufolge nach ständiger Rechtsprechung selbst dann unveränderliche Grundlage für die Prüfung und Bewertung der Angebote, wenn diese unzweckmäßig oder gar vergaberechtswidrig sein sollten (siehe ua VwGH 17.06.2014, 2013/04/0029; VwGH 07.11.2005, 2003/04/0135; dem folgend ua BVA 16.04.2008, N/0029-BVA/09/2008-27). Sowohl der Auftraggeber als auch die Bieter sind an die in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen gebunden. Ein nachträgliches Abgehen von den Bestimmungen der Ausschreibung ist im Sinne der Gleichbehandlung aller Bieter nicht mehr möglich vergleiche EuGH 25.04.1996, Rs C-87/94, Wallonische Busse; jüngst EuGH 06.11.2014, Rs C-42/13, Cartiera dell'Adda SpA gegen CEM Ambiente SpA). Der Gleichbehandlungsgrundsatz verlangt auch im Verhandlungsverfahren, dass die Bieter bei der Erstellung der Angebote an die Ausschreibung gebunden sind und davon nicht abweichen dürfen, um einen objektiven Vergleich der Angebote zu ermöglichen (EuGH 22.06.1993, Rs C-243/89, Kommission/Dänemark; BVA 16.08.2012, N/0070-BVA/10/2012-39 mwN; BVA 14.12.2012, N/0102-BVA/09/2012-46). Umgekehrt müssen alle Bieter darauf vertrauen können, dass der Auftraggeber seine eigenen Ausschreibungsbedingungen einhält (ua BVA 25.11.2009, N/0110-BVA/09/2009-28; Latzenhofer in Gast (Hrsg.), BVergG-Leitsatzkommentar, E 53 zu Paragraph 321.). Dem Bundesverwaltungsgericht ist es daher auch verwehrt, derart bestandskräftige Entscheidungen im Zuge der Anfechtung späterer Auftraggeberentscheidungen inzident in Prüfung zu ziehen (siehe grundlegend VwGH 15.09.2004, 2004/04/0054; VwGH 07.09.2009, 2007/04/0090; VwGH 27.06.2007, 2005/04/0234; VwGH 07.11.2005, 2003/04/0135; für viele ua BVA 08.02.2008, N/0008-BVA/06/2008-29 mwN).

Die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen hat nach ständiger Rechtsprechung und dem einschlägigen Schrifttum auch im Vergaberecht nach den Regeln der §§ 914f ABGB zu erfolgen (siehe ua BVA 18.01.2008, N/0118-BVA/04/2007-36; BVA 11.01.2008, N/0112-BVA/14/2007-20; BVA 28.06.2007, N/0057-BVA/11/2007-25; Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt zu interpretieren (ua VwGH 22.11.2011, 2006/04/0024; VwGH 19.11.2008, 2007/04/0018 und 2007/04/0019; ebenso ua BVA vom 02.05.2011, N/0021-BVA/10/2011-33 mwN). Die Bedeutung der Ausschreibung richtet sich weder nach den Motiven des Auftraggebers noch danach, wie dies der Erklärungsempfänger (Bieter) subjektiv verstanden hat, sondern allein danach, wie der Text der Ausschreibung unter Berücksichtigung aller Umstände objektiv verstanden werden musste (BVA 04.06.2012, N/0045-BVA/07/2012-23 unter Verweis auf VwGH 16.02.2005, 2004/04/0030 sowie Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, § 2 Z 3 Rz 8 zur insoweit vergleichbaren Situation der Interpretation des Angebotes). Ebenso ist für die Interpretation von Willenserklärungen der Bieter und damit für das Angebot der Antragstellerin der objektive Erklärungswert maßgeblich (VwGH 22.11.2011, 2006/04/0024; VwGH 25.01.2011, 2006/04/0200; BVA 14. 06.2012, N/0048-BVA/03/2012-23 ua) Die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen hat nach ständiger Rechtsprechung und dem einschlägigen Schrifttum auch im Vergaberecht nach den Regeln der Paragraphen 914 f, ABGB zu erfolgen (siehe ua BVA 18.01.2008, N/0118-BVA/04/2007-36; BVA 11.01.2008, N/0112-BVA/14/2007-20; BVA 28.06.2007, N/0057-BVA/11/2007-25; Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt zu interpretieren (ua VwGH 22.11.2011, 2006/04/0024; VwGH 19.11.2008, 2007/04/0018 und 2007/04/0019; ebenso ua BVA vom 02.05.2011, N/0021-BVA/10/2011-33 mwN). Die Bedeutung der Ausschreibung richtet sich weder nach den Motiven des Auftraggebers noch danach, wie dies der Erklärungsempfänger (Bieter) subjektiv verstanden hat, sondern allein danach, wie der Text der Ausschreibung unter Berücksichtigung aller Umstände objektiv verstanden werden musste (BVA 04.06.2012, N/0045-BVA/07/2012-23 unter Verweis auf VwGH 16.02.2005, 2004/04/0030 sowie Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Paragraph 2, Ziffer 3, Rz 8 zur insoweit vergleichbaren Situation der Interpretation des Angebotes). Ebenso ist für die

Interpretation von Willenserklärungen der Bieter und damit für das Angebot der Antragstellerin der objektive Erklärungswert maßgeblich (VwGH 22.11.2011, 2006/04/0024; VwGH 25.01.2011, 2006/04/0200; BVA 14. 06.2012, N/0048-BVA/03/2012-23 ua).

Zufolge den bestandsfesten Bestimmungen der Teilnahmeunterlagen waren bereits mit dem Teilnahmeantrag im Bewerbungsblatt die notwendigen Subunternehmer und jene Subunternehmer bekannt zu geben, die wesentliche Leistungsteile erbringen sollen (Kap. 2.3 der TU). Leistungsteile sind demnach wesentlich, wenn der Leistungsteil 10% des Gesamtauftragswertes übersteigt. Subunternehmer sind notwendig, wenn der Bewerber nicht über die erforderliche Befugnis oder Leistungsfähigkeit verfügt und aus diesem Grund geeignete Subunternehmer beiziehen möchte. Neben der Benennung des Subunternehmers waren im Bewerbungsblatt auch die Art der Leistung und deren ungefähre Wert anzuführen. Im Rahmen einer Bieteranfragenbeantwortung zu den Teilnahmeantragsunterlagen beantwortete die Auftraggeberin Bieteranfragen dahingehend, dass auch Tochtergesellschaften grundsätzlich als Subunternehmer zu nennen und dass für den Fall, dass im Rahmen der Bewerbung der Umfang der zum Einsatz kommenden Subunternehmer noch nicht abgeschätzt werden kann, diese im Zweifel anzugeben sind. Aus den Ausschreibungsunterlagen für das Erstangebot geht unmissverständlich hervor, dass, sofern sich der Bieter bereits im Teilnahmeantrag zum Nachweis der Eignung auf Subunternehmer berufen hat, diese Subunternehmer bei der Leistungsdurchführung vom Bieter beizuziehen sind und nochmals im Angebotsblatt, wiederum unter Angabe des Namens und der von dem Subunternehmer jeweils zu erbringenden Leistung und deren ungefähren Wert, zu bezeichnen sind (Kap. 2.7 der AU1 und Kap. 7 Anlage 1 der AU1). Schließlich sehen die Ausschreibungsunterlagen für das LAFO (Kap. 2.7 der AU2) vor, dass die im Erstangebot namhaft gemachten Subunternehmer noch einmal im Angebotsblatt anzuführen sind. Diese gelten mit Abgabe des Angebotes als Subunternehmer für die Leistungsdurchführung.

Die Antragstellerin bezeichnete in ihrem Teilnahmeantrag im Formblatt 7.4 zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit namentlich genannte Personen unter Angabe der Standorte XXXX als deren jeweiligen Arbeitsplatz. Weder im Teilnahmeantrag noch im Erstangebot und im letztgültigen Angebot machte die Antragstellerin Subunternehmer namhaft und sie determinierte keine allfällig von diesen zu erbringenden Leistungen. Die Antragstellerin benannte demnach keine ihrer an den bezeichneten Standorten XXXX bestehenden XXXX Niederlassungen in XXXX XXXX oder sonstige XXXX Niederlassungen im Bewerbungsblatt oder Angebotsblatt. Ebenso wurde keine Subunternehmererklärung unterzeichnet. Während die Antragstellerin im Rahmen ihrer schriftlichen Stellungnahmen mehrfach zum Ausdruck brachte, dass es sich um eine Mutmaßung der Auftraggeberin handle, dass sie auf die personellen Ressourcen ihrer Tochtergesellschaften zurückgreifen würde, bestätigte die Antragstellerin demgegenüber im Rahmen der mündlichen Verhandlung ausdrücklich, dass auch bei den XXXX Niederlassungen, jedenfalls nämlich bei der Niederlassung in XXXX, angestellte Mitarbeiter verfahrensgegenständliche Leistungen erbringen werden. Im Zuge dessen führte die Antragstellerin auch aus, die Art und den tatsächlichen Umfang der von den betreffenden Mitarbeitern zu erbringenden Leistungen, welcher aber jedenfalls unter 10% der Gesamtleistung liegen würde, noch nicht konkretisieren zu können.

Die Antragstellerin bezeichnete in ihrem Teilnahmeantrag im Formblatt 7.4 zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit namentlich genannte Personen unter Angabe der Standorte römisch 40 als deren jeweiligen Arbeitsplatz. Weder im Teilnahmeantrag noch im Erstangebot und im letztgültigen Angebot machte die Antragstellerin Subunternehmer namhaft und sie determinierte keine allfällig von diesen zu erbringenden Leistungen. Die Antragstellerin benannte demnach keine ihrer an den bezeichneten Standorten römisch 40 bestehenden römisch 40 Niederlassungen in römisch 40 römisch 40 oder sonstige römisch 40 Niederlassungen im Bewerbungsblatt oder Angebotsblatt. Ebenso wurde keine Subunternehmererklärung unterzeichnet. Während die Antragstellerin im Rahmen ihrer schriftlichen Stellungnahmen mehrfach zum Ausdruck brachte, dass es sich um eine Mutmaßung der Auftraggeberin handle, dass sie auf die personellen Ressourcen ihrer Tochtergesellschaften zurückgreifen würde, bestätigte die Antragstellerin demgegenüber im Rahmen der mündlichen Verhandlung ausdrücklich, dass auch bei den römisch 40 Niederlassungen, jedenfalls nämlich bei der Niederlassung in römisch 40 , angestellte Mitarbeiter verfahrensgegenständliche Leistungen erbringen werden. Im Zuge dessen führte die Antragstellerin auch aus, die Art und den tatsächlichen Umfang der von den betreffenden Mitarbeitern zu erbringenden Leistungen, welcher aber jedenfalls unter 10% der Gesamtleistung liegen würde, noch nicht konkretisieren zu können.

Die Antragstellerin brachte vor, dass, selbst wenn sie sich zur Leistungserbringung ihrer XXXX Niederlassungen in XXXX

bedienen würde, es sich bei den Tochtergesellschaften der Antragstellerin um konzernverbundene Unternehmen handle, welche nicht bekannt gegeben werden müssten bzw. welche entsprechend den Ausschreibungsbestimmungen nur dann bekannt zu geben seien, wenn diese für den Nachweis der Eignung erforderlich gewesen wären oder der von ihnen auszuführende Leistungsteil mehr als 10% der Gesamtleistung betreffen würde, was vorliegend aber nicht der Fall sei. Die Antragstellerin habe bereits im Zeitpunkt der Abgabe des Teilnahmeantrags sowie der Aufforderung zur Angebotslegung uneingeschränkt über die Mittel dieser Niederlassungen verfügt. Zur entsprechenden Nachweisführung sei die Antragstellerin durch die Auftraggeberin nie aufgefordert worden. Die Antragstellerin brachte vor, dass, selbst wenn sie sich zur Leistungserbringung ihrer römisch 40 Niederlassungen in römisch 40 bedienen würde, es sich bei den Tochtergesellschaften der Antragstellerin um konzernverbundene Unternehmen handle, welche nicht bekannt gegeben werden müssten bzw. welche entsprechend den Ausschreibungsbestimmungen nur dann bekannt zu geben seien, wenn diese für den Nachweis der Eignung erforderlich gewesen wären oder der von ihnen auszuführende Leistungsteil mehr als 10% der Gesamtleistung betreffen würde, was vorliegend aber nicht der Fall sei. Die Antragstellerin habe bereits im Zeitpunkt der Abgabe des Teilnahmeantrags sowie der Aufforderung zur Angebotslegung uneingeschränkt über die Mittel dieser Niederlassungen verfügt. Zur entsprechenden Nachweisführung sei die Antragstellerin durch die Auftraggeberin nie aufgefordert worden.

Es stellt sich daher die Frage, ob die Tochtergesellschaften als mit der Antragstellerin verbundene Unternehmen im Teilnahmeantrag bzw. im Angebot als Subunternehmer zu benennen waren und ob gegebenenfalls in der fehlenden Benennung der betreffenden Unternehmen und der von diesen voraussichtlich zu verrichtenden Leistungsteile ein behebbarer oder nicht behebbarer Mangel liegt.

Da § 83 Abs.1 BVergG zwingend gemeinsam mit § 76 BVergG zu lesen ist, wird in der Lehre für "klassische Auftragsvergaben" die Ansicht vertreten, dass "eine ‚konzernverbundene Subvergabe‘ nur insofern begünstigt ist, als diese, vor allem betreffend Bau- und Dienstleistungsaufträge, umfangmäßig in keiner Weise beschränkt bzw. beschränkbar sein soll, sodass innerhalb eines Konzerns auch der gesamte Auftrag weitergegeben werden kann" (Schiefer/Wiedemair in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010], Rz 1178). In diesem Sinne verweist auch T. Jaeger auf die Möglichkeit der Berufung auf die Kapazitäten anderer Unternehmer "ungeachtet des rechtlichen Charakters" der Beziehungen des Bieters zum anderen Unternehmer, weswegen auch verbundene (Konzern-)Unternehmen als Subunternehmer in Frage kommen. Auch bei mit dem Bieter verbundenen Unternehmen ist die tatsächliche Verfügbarkeit der auftragsgegenständlichen Kapazitäten beim verbundenen Unternehmen zu belegen, mag dies auch etwa durch den Nachweis, dass der Geschäftsführung des verbundenen Unternehmens eine Weisung erteilt werden kann, zulässig sein (T. Jaeger in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 76, Rz 7, 18). Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin wird auch nach der XXXX Vergaberechtsprechung gerade nicht einhellig die Ansicht vertreten, dass (konzern)verbundene Unternehmen keine Subunternehmer sind (ua OLG Düsseldorf 23.10.2010, Verg 18/10; OLG München 15.03.2012, Verg 2/12). Bieten ist es sohin zwar gemäß § 83 Abs. 1 BVergG grundsätzlich - nicht aber nach den bestandfesten Ausschreibungsbestimmungen - gestattet, den gesamten Auftrag an verbundene Unternehmen weiterzugeben. Das entbindet sie aber nicht, das betreffende Unternehmen sowie diesen Umstand der gänzlichen Weitergabe oder aber, wie im vorliegenden Fall bestandsfest festgelegt, der Weitergabe einzeln zu bezeichnender Leistungsteile bekannt zu geben, ist doch nach § 83 Abs. 3 BVergG die Weitergabe des gesamten Auftrages an einen Subunternehmer und damit gemäß § 83 Abs. 1 leg.cit auch an ein verbundenes Unternehmen nur dann zulässig, wenn dieses die für die Ausführung seines Teiles erforderliche Eignung besitzt. Da Paragraph 83, Absatz eins, BVergG zwingend gemeinsam mit Paragraph 76, BVergG zu lesen ist, wird in der Lehre für "klassische Auftragsvergaben" die Ansicht vertreten, dass "eine ‚konzernverbundene Subvergabe‘ nur insofern begünstigt ist, als diese, vor allem betreffend Bau- und Dienstleistungsaufträge, umfangmäßig in keiner Weise beschränkt bzw. beschränkbar sein soll, sodass innerhalb eines Konzerns auch der gesamte Auftrag weitergegeben werden kann" (Schiefer/Wiedemair in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010], Rz 1178). In diesem Sinne verweist auch T. Jaeger auf die Möglichkeit der Berufung auf die Kapazitäten anderer Unternehmer "ungeachtet des rechtlichen Charakters" der Beziehungen des Bieters zum anderen Unternehmer, weswegen auch verbundene (Konzern-)Unternehmen als Subunternehmer in Frage kommen. Auch bei mit dem Bieter verbundenen Unternehmen ist die tatsächliche Verfügbarkeit der auftragsgegenständlichen Kapazitäten beim verbundenen Unternehmen zu belegen, mag dies auch etwa durch den Nachweis, dass der Geschäftsführung des verbundenen Unternehmens eine Weisung erteilt werden kann, zulässig sein (T. Jaeger in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 76,, Rz 7, 18). Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin wird auch nach der römisch 40 Vergaberechtsprechung gerade nicht einhellig die

Ansicht vertreten, dass (konzern)verbundene Unternehmen keine Subunternehmer sind (ua OLG Düsseldorf 23.10.2010, Verg 18/10; OLG München 15.03.2012, Verg 2/12). Bietern ist es sohin zwar gemäß Paragraph 83, Absatz eins, BVergG grundsätzlich - nicht aber nach den bestandfesten Ausschreibungsbestimmungen - gestattet, den gesamten Auftrag an verbundene Unternehmen weiterzugeben. Das entbindet sie aber nicht, das betreffende Unternehmen sowie diesen Umstand der gänzlichen Weitergabe oder aber, wie im vorliegenden Fall bestandsfest festgelegt, der Weitergabe einzeln zu bezeichnender Leistungsteile bekannt zu geben, ist doch nach Paragraph 83, Absatz 3, BVergG die Weitergabe des gesamten Auftrages an einen Subunternehmer und damit gemäß Paragraph 83, Absatz eins, leg.cit auch an ein verbundenes Unternehmen nur dann zulässig, wenn dieses die für die Ausführung seines Teiles erforderliche Eignung besitzt.

Nach Ansicht des erkennenden Senates sind die hier maßgeblichen Festlegungen in der Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages sowie in der Aufforderung zur Angebotsabgabe, zu deren Auslegung auch die mangels Anfechtung der nachfolgenden gesondert anfechtbaren Entscheidung (Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages) bestandsfest gewordene Bieteranfragebeantwortung heranzuziehen ist (siehe BVA 13.08.2009, N/0059-BVA/02/2009-19), objektiv dahingehend zu verstehen, dass als Subunternehmer jeder andere Unternehmer unabhängig von den rechtlichen Beziehungen zueinander zu bezeichnen war, sofern es sich um einen wesentlichen oder notwendigen Subunternehmer handelt. Die in der Bieteranfragebeantwortung seitens der Auftraggeberin wiedergegebene Auffassung ist in Anbetracht der oben aufgezeigten Lehre und Rechtsprechung jedenfalls vergaberechtlich vertretbar. Sohin waren gegebenenfalls auch mit der Bieterin verbundene Unternehmen zu benennen.

Den Unterlagen des Vergabeverfahren ist zu entnehmen, dass die Antragstellerin zu keinem Zeitpunkt Subunternehmer ausdrücklich als solche bezeichnete und entsprechend den Ausschreibungsfestlegungen (im Sinne der Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages als auch der Aufforderung zur Angebotslegung) im Bewerbungsblatt bzw. im Angebotsblatt die Art der Leistung und deren ungefähren Wert angab. Die Antragstellerin führte aber zum Nachweis ihrer technischen Leistungsfähigkeit gemäß Kap. 2.7.5 der Teilnahmeunterlagen zahlreiche Mitarbeiter mit Arbeitsplätzen in XXXX im hierfür vorgesehenen Formblatt an. Nach den eigenen Angaben der Antragstellerin handelt es sich dabei um bei den betreffenden XXXX Niederlassungen angestellte Personen. Sie hätte diese Tochtergesellschaften demzufolge als notwendige Subunternehmer bereits im Teilnahmeantrag und in weiterer Folge in ihrem Erst- und Letztangebot ausdrücklich als Subunternehmer in den betreffenden Formblättern unter Angabe der Art der Leistung und deren ungefähren Wert bezeichnen müssen (Kap. 2.3 und 2.7.5 der TU; Kap. 2.7 der AU1 und AU2). Der Teilnahmeantrag und die Angebote der Antragstellerin sind daher unvollständig. Dieser Mangel ist auch als unbehebbar zu qualifizieren. Den Unterlagen des Vergabeverfahren ist zu entnehmen, dass die Antragstellerin zu keinem Zeitpunkt Subunternehmer ausdrücklich als solche bezeichnete und entsprechend den Ausschreibungsfestlegungen (im Sinne der Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages als auch der Aufforderung zur Angebotslegung) im Bewerbungsblatt bzw. im Angebotsblatt die Art der Leistung und deren ungefähren Wert angab. Die Antragstellerin führte aber zum Nachweis ihrer technischen Leistungsfähigkeit gemäß Kap. 2.7.5 der Teilnahmeunterlagen zahlreiche Mitarbeiter mit Arbeitsplätzen in römisch 40 im hierfür vorgesehenen Formblatt an. Nach den eigenen Angaben der Antragstellerin handelt es sich dabei um bei den betreffenden römisch 4 0 Niederlassungen angestellte Personen. Sie hätte diese Tochtergesellschaften demzufolge als notwendige Subunternehmer bereits im Teilnahmeantrag und in weiterer Folge in ihrem Erst- und Letztangebot ausdrücklich als Subunternehmer in den betreffenden Formblättern unter Angabe der Art der Leistung und deren ungefähren Wert bezeichnen müssen (Kap. 2.3 und 2.7.5 der TU; Kap. 2.7 der AU1 und AU2). Der Teilnahmeantrag und die Angebote der Antragstellerin sind daher unvollständig. Dieser Mangel ist auch als unbehebbar zu qualifizieren.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sind solche Mängel als unbehebbar zu qualifizieren, deren Behebung nach Angebotseröffnung zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung des Bieters führen kann. Bei der Abgrenzung zwischen behebbaren und unbehebaren Mängeln ist darauf abzustellen, ob durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbietern (nachträglich) materiell verbessert würde (ua VwGH 12.05.2011, 2008/04/0087; VwGH 16.02.2005, 2004/04/0030; VwGH 25.02.2004, 2003/04/0186). Gemäß der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes und der Vergabekontrolle kann es auch eine materielle Verbesserung der Wettbewerbsstellung bedeuten, wenn "nicht alle Bieter nach der Veröffentlichung der

Bekanntmachung über denselben Zeitraum verfügen würden, um ihre Angebote auszuarbeiten" (wiederum VwGH 25.02.2004, 2003/04/0186; BVwG 24.07.2014, W138 2008591-1/45E; BVwG vom 05.06.2014, W138 2007599-1/15E; ua BVA 30.05.2012, N/0040-BVA/10/2012-27; BVA 27.05.2011, N/0024-BVA/13/2011-24).

Die Antragstellerin führte im Rahmen der mündlichen Verhandlung aus, derzeit weder die von den Tochtergesellschaften zu erbringenden Leistungsteile konkret benennen zu können noch Aussagen über das konkret für die Implementierung und Wartungsleistungen zum Einsatz kommende Personal machen zu können. Dies "sei noch nicht abschließend entschieden". Damit ist aber die Ausarbeitung des Angebotes jedenfalls im Hinblick auf die Planung der Art und des Umfangs jener Leistungen, für welche die Antragstellerin auf die personellen Ressourcen der XXXX Niederlassungen zurück zu greifen gedenkt, noch nicht abgeschlossen. So hat die Antragstellerin auch zu Protokoll gegeben, dass zwar die Mitarbeiter für die Scoping-Phase feststehen würden, nicht aber für die Projektphase, was im Übrigen in Widerspruch zu den Vorgaben der Ausschreibung gemäß Kap. 3.6.4. der AU1 steht, wonach zumindest 80% der Mitarbeiter des AN, die in der Project-Scoping-Phase eingesetzt wurden, auch während den darauf folgenden Projektphasen weiterarbeiten. Dieser Eindruck wird auch dadurch verstärkt, dass in den Stellungnahmen der Antragstellerin - entgegen den Ausführungen im Rahmen der mündlichen Verhandlung - mehrfach zum Ausdruck kommt, es handle sich um eine bloße Vermutung, dass sie für die Vor-Ort-Tätigkeiten XXXX Niederlassungen einsetzen würde. Offenbar besteht bereits grundsätzlich über die Weitergabe von Leistungen Unklarheit, jedenfalls aber kann die Antragstellerin - ihren eigenen Aussagen zufolge - die Art und den Umfang der Leistungen, deren Weitergabe die Antragstellerin (möglicherweise) beabsichtigt, auch nach Angebotslegung noch nicht abschätzen. Die Antragstellerin führte im Rahmen der mündlichen Verhandlung aus, derzeit weder die von den Tochtergesellschaften zu erbringenden Leistungsteile konkret benennen zu können noch Aussagen über das konkret für die Implementierung und Wartungsleistungen zum Einsatz kommende Personal machen zu können. Dies "sei noch nicht abschließend entschieden". Damit ist aber die Ausarbeitung des Angebotes jedenfalls im Hinblick auf die Planung der Art und des Umfangs jener Leistungen, für welche die Antragstellerin auf die personellen Ressourcen der römisch 40 Niederlassungen zurück zu greifen gedenkt, noch nicht abgeschlossen. So hat die Antragstellerin auch zu Protokoll gegeben, dass zwar die Mitarbeiter für die Scoping-Phase feststehen würden, nicht aber für die Projektphase, was im Übrigen in Widerspruch zu den Vorgaben der Ausschreibung gemäß Kap. 3.6.4. der AU1 steht, wonach zumindest 80% der Mitarbeiter des AN, die in der Project-Scoping-Phase eingesetzt wurden, auch während den darauf folgenden Projektphasen weiterarbeiten. Dieser Eindruck wird auch dadurch verstärkt, dass in den Stellungnahmen der Antragstellerin - entgegen den Ausführungen im Rahmen der mündlichen Verhandlung - mehrfach zum Ausdruck kommt, es handle sich um eine bloße Vermutung, dass sie für die Vor-Ort-Tätigkeiten römisch 40 Niederlassungen einsetzen würde. Offenbar besteht bereits grundsätzlich über die Weitergabe von Leistungen Unklarheit, jedenfalls aber kann die Antragstellerin - ihren eigenen Aussagen zufolge - die Art und den Umfang der Leistungen, deren Weitergabe die Antragstellerin (möglicherweise) beabsichtigt, auch nach Angebotslegung noch nicht abschätzen.

Da die Auftraggeberin bestandsfest festgelegt hat, dass die voraussichtlich von Subunternehmern zu verrichtenden Leistungen von den Bietern näher zu bezeichnen sind, und im Zuge der unangefochten gebliebenen Anfragebeantwortung vom 04.04.2014 darüber hinaus klargestellt hat, dass sie - im Einklang mit der herrschenden Lehre und (XXXX) Rechtsprechung - auch Tochtergesellschaften als Subunternehmer versteht und deren Bezeichnung daher erforderlich ist, musste der Antragstellerin spätestens mit der Aufforderung zur Angebotslegung (für das Erstangebot) klar sein, dass sie die von ihr zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit in der Mitarbeiterliste durch Standortbekanntgabe "definierten" Tochtergesellschaften jedenfalls zur Leistungserbringung heranzuziehen hat, und dass sie entsprechend den Festlegungen im Angebotsblatt neben der Benennung der betreffenden Tochtergesellschaften auch die Art und den ungefähren Wert der Leistungsteile angeben muss. Sie hat dies allerdings bis zuletzt nicht getan. Da die Auftraggeberin bestandsfest festgelegt hat, dass die voraussichtlich von Subunternehmern zu verrichtenden Leistungen von den Bietern näher zu bezeichnen sind, und im Zuge der unangefochten gebliebenen Anfragebeantwortung vom 04.04.2014 darüber hinaus klargestellt hat, dass sie - im Einklang mit der herrschenden Lehre und (römisch 40) Rechtsprechung - auch Tochtergesellschaften als Subunternehmer versteht und deren Bezeichnung daher erforderlich ist, musste der Antragstellerin spätestens mit der Aufforderung zur Angebotslegung (für das Erstangebot) klar sein, dass sie die von ihr zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit in der Mitarbeiterliste durch Standortbekanntgabe "definierten" Tochtergesellschaften jedenfalls zur

Leistungserbringung heranzuziehen hat, und dass sie entsprechend den Festlegungen im Angebotsblatt neben der Benennung der betreffenden Tochtergesellschaften auch die Art und den ungefähren Wert der Leistungsteile angeben muss. Sie hat dies allerdings bis zuletzt nicht getan.

Würde der Antragstellerin nunmehr die Möglichkeit geboten werden, ihr Angebot im Hinblick auf die gebotene Namhaftmachung von Subunternehmern und der von diesen zu erbringenden Leistungsteile zu ergänzen, käme das nachträgliche Definieren der Leistungsteile und die entsprechende Zuordnung der Leistungen zu den Tochtergesellschaften einer dem Gleichbehandlungsgrundsatz widersprechenden Ermöglichung einer verzögerten Angebotsausarbeitung und -vervollständigung nach Ablauf der Angebotsfrist gleich. Die Bieter würden in diesem Fall nicht über denselben Zeitraum verfügen, um ihre Angebote auszuarbeiten. In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass die mitbeteiligte Partei ausschreibungskonform auch mit ihr verbundene Unternehmen als Subunternehmer bezeichnet sowie die von diesen zu verrichtenden Leistungen näher beschrieben hat.

Unabhängig von der bestandskräftigen Festlegung, wonach die Art und der ungefähre Wert der Subunternehmerleistungen zu konkretisieren sind, kann es sich auch im Verhandlungsverfahren eine Bieterin nicht bis zuletzt völlig offen halten, ob und gegebenenfalls welche Leistungen und in welchem Umfang sie diese weitergibt. Eine Verbesserung des in der Unvollständigkeit liegenden Mangels scheidet daher aus. Dies käme in der vorliegenden Konstellation gleichsam einer Verlängerung der Angebotsfrist gleich. Dies würde die Wettbewerbsstellung der Antragstellerin aufgrund der Möglichkeit der nachträglichen Angebotsausarbeitung verbessern.

Selbst wenn die Auftraggeberin aufgrund der Bezeichnung der Mitarbeiter unter Bezugnahme der Standorte die Heranziehung der XXXX Niederlassungen vermuten hätte können, so hat es die Antragstellerin in Kenntnis der insofern unmissverständlichen Festlegungen der Auftraggeberin bis zuletzt selbst im letztgültigen Angebot unterlassen, diese Tochtergesellschaften ausdrücklich unter Bekanntgabe der von diesen konkret zu verrichtenden Leistungen zu bezeichnen. Abgesehen davon lässt das Vorbringen der Antragstellerin auch den Schluss zu, dass möglicherweise nur Mitarbeiter der XXXX Niederlassung oder aber auch jener der XXXX Niederlassung zur Leistungserbringung herangezogen werden sollen. Insofern können auch die Aussagen der Antragstellerin, die von den XXXX Tochtergesellschaften durchgeführten Leistungen würden 10% der Gesamtleistung jedenfalls nicht übersteigen, nicht überzeugen und stellen sich als reine Schutzbehauptung dar. Selbst wenn die Auftraggeberin aufgrund der Bezeichnung der Mitarbeiter unter Bezugnahme der Standorte die Heranziehung der römisch 40 Niederlassungen vermuten hätte können, so hat es die Antragstellerin in Kenntnis der insofern unmissverständlichen Festlegungen der Auftraggeberin bis zuletzt selbst im letztgültigen Angebot unterlassen, diese Tochtergesellschaften ausdrücklich unter Bekanntgabe der von diesen konkret zu verrichtenden Leistungen zu bezeichnen. Abgesehen davon lässt das Vorbringen der Antragstellerin auch den Schluss zu, dass möglicherweise nur Mitarbeiter der römisch 40 Niederlassung oder aber auch jener der römisch 40 Niederlassung zur Leistungserbringung herangezogen werden sollen. Insofern können auch die Aussagen der Antragstellerin, die von den römisch 40 Tochtergesellschaften durchgeführten Leistungen würden 10% der Gesamtleistung jedenfalls nicht übersteigen, nicht überzeugen und stellen sich als reine Schutzbehauptung dar.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Auftraggeberin das Angebot der Antragstellerin - mangels Behebbarkeit eines Mangels bzw. wegen eines Widerspruchs gegen bestandsfeste Festlegungen - zu Recht ohne Durchführung eines Verbesserungsverfahrens ausgeschieden hat. Die Antragstellerin war mit diesem Ausscheidensgrund konfrontiert und war dieser auch Gegenstand der mündlichen Verhandlung. Festzuhalten ist, dass sich das Vorliegen dieses Ausscheidensgrundes unmittelbar aus der dem Bundesverwaltungsgericht vorliegenden Aktenlage des Vergabeverfahrens, nämlich dem Angebot der Antragstellerin, ergibt.

Angesichts des Vorliegens dieses Ausscheidensgrundes konnte von einer Prüfung der seitens der Auftraggeberin weiters herangezogenen Ausscheidensgründe Abstand genommen werden, wobei gerade auch die nicht abgeschlossene Angebotsausarbeitung die Kalkulation der Antragstellerin aufklärungsbedürftig erscheinen lässt.

Zu A.II.

Gemäß § 319 Abs. 1 BVergG hat der vor dem Bundesverwaltungsgericht wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 BVergG entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, BVergG hat der vor dem

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

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

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

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

Die Antragstellerin hat die Pauschalgebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und den Nachprüfungsantrag tatsächlich bezahlt (§ 318 Abs. 1 Z 1 und 4 BVergG iVm §§ 1 und 2 Abs. 2 BVwG-PauschGebV Vergabe). Die Antragstellerin hat die Pauschalgebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und den Nachprüfungsantrag tatsächlich bezahlt (Paragraph 318, Absatz eins, Ziffer eins und 4 BVergG in Verbindung mit Paragraphen eins und 2 Absatz 2, BVwG-PauschGebV Vergabe).

Da dem Hauptantrag nicht stattgegeben wurde, besteht weder ein Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag noch für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

Zu B. Zur Unzulässigkeit der Revision:

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

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (zur Sache des Nachprüfungsverfahrens: ua VwGH vom 25.01.2014, Ra 2014/04/0001; zur Interpretation der Ausschreibung und der Willenserklärungen der Bieter: ua VwGH vom 19.11.2008, 2007/04/0018 und 2007/04/0019; VwGH 22.11.2011, 2006/04/0024; zur Bestandskraft von Auftraggeberentscheidungen: ua VwGH vom 07.11.2005, 2003/04/0135; zum gebotenen Ausscheiden von
Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (zur Sache des Nachprüfungsverfahrens: ua VwGH vom 25.01.2014, Ra 2014/04/0001; zur Interpretation der Ausschreibung und der Willenserklärungen der Bieter: ua VwGH vom 19.11.2008, 2007/04/0018 und 2007/04/0019; VwGH 22.11.2011, 2006/04/0024; zur Bestandskraft von Auftraggeberentscheidungen: ua VwGH vom 07.11.2005, 2003/04/0135; zum gebotenen Ausscheiden von

Angeboten: VwGH 27.09.2000, 2000/04/0050; VwGH 04.09.2002, 2000/04/0181; zur Frage der Behebbarkeit bzw Behebbarkeit von

Mängeln: VwGH 12.05.2011, 2008/04/0087; VwGH 16.02.2005, 2004/04/0030; VwGH 25.02.2004, 2003/04/0186) ab; noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Schlagworte

Angebot ausschreibungswidrig, Angebotsmangel, Angemessenheit, Ausscheidensentscheidung, Ausscheidensgrund, Ausscheidensgründe, Behebbarkeit, Betriebsgeheimnis, Dienstleistungsauftrag, Eignung, Eignung zu beurteilen am bestandfesten Ausschreibungsgegenstand,

Eignungsnachweis, fairer Wettbewerb, Geheimhaltung,
Geschäftsgeheimnis, Gewerbeberechtigung, Gleichbehandlung,
Gleichheitsgrundsatz, Gleichstellung, Kalkulation,
Leistungsfähigkeit, Mängelbehebung, Nachprüfungsantrag,
Nachprüfungsverfahren, Nichtigerklärung Auftraggeberentscheidung,
Niederschrift, objektiver Erklärungswert, öffentlicher Auftraggeber,
Parteistellung, Plausibilität, rechtliches Interesse,
Referenzprojekt, spekulativer Preis, Strafregistrauszug,
Subunternehmer, technische Leistungsfähigkeit, Unbehebbarkeit,
unvollständiges Angebot, Unvollständigkeit, Verbesserung der
Wettbewerbsstellung, Vergabeverfahren, Vergleichbarkeit der
Angebote, Verhandlungsverfahren, vertiefte Angebotsprüfung,
(vertiefte) Preisprüfung, vorherige Bekanntmachung, Weisung,
Wettbewerb

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2015:W139.2017669.2.00

Zuletzt aktualisiert am

07.09.2015

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at