

TE Bvwg Erkenntnis 2015/3/18 W138 2100169-2

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 18.03.2015

Entscheidungsdatum

18.03.2015

Norm

ABGB §914

BVergG 2006 §108 Abs1 Z2

BVergG 2006 §12 Abs1 Z3

BVergG 2006 §129 Abs1 Z2

BVergG 2006 §19 Abs1

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitii

BVergG 2006 §291

BVergG 2006 §292

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §312 Abs2 Z2

BVergG 2006 §318 Abs1

BVergG 2006 §319 Abs1

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §320 Abs4

BVergG 2006 §321 Abs1

BVergG 2006 §322 Abs1

BVergG 2006 §325 Abs1

BVergG 2006 §4

BVergG 2006 §69 Z1

BVergG 2006 §70

BVergG 2006 §75 Abs6

BVergG 2006 §76

B-VG Art.133 Abs4

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 § 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 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 19 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
 3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
 3. BVergG 2006 § 291 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
 3. BVergG 2006 § 292 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
-
1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 318 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 318 gültig von 20.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 84/2007
 6. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.02.2006 bis 19.11.2007
-
1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 321 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 322 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 4 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 69 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 70 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 76 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 76 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. B-VG Art. 133 heute

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

1. 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

W138 2100169-2/21E

W138 2100171-2/21E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Klaus HOCHSTEINER als Vorsitzenden sowie Dr. Theodor Thanner als fachkundigen Laienrichter der Auftraggeberseite und Mag. Matthias Wohlgemuth als fachkundigen

Laienrichter der Auftragnehmerseite in den Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "Zentraler Einkauf ASFINAG/Bodenmarkierungen 2015 bis 2017" der ASFINAG Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs- Aktiengesellschaft, Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien,

1. über den zu GZ W138 2100169-2 protokollierten Antrag der Bietergemeinschaft XXXX, vertreten durch XXXX, vertreten durch Harrer Schneider Rechtsanwälte GmbH, Jasomirgottstraße 6/3, 1010 Wien vom 04.02.2015. über den zu GZ W138 2100169-2 protokollierten Antrag der Bietergemeinschaft römisch 40 , vertreten durch römisch 40 , vertreten durch Harrer Schneider Rechtsanwälte GmbH, Jasomirgottstraße 6/3, 1010 Wien vom 04.02.2015

und

2. über den zu GZ W138 2100171-2 protokollierten Antrag der Bietergemeinschaft XXXX, vertreten durch Dr. Kurt Dullinger Rechtsanwalt GmbH, Weyrgasse 8, 1030 Wien, vom 04.02.2015 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 12.03.2015 zu Recht erkannt: 2. über den zu GZ W138 2100171-2 protokollierten Antrag der Bietergemeinschaft römisch 40 , vertreten durch Dr. Kurt Dullinger Rechtsanwalt GmbH, Weyrgasse 8, 1030 Wien, vom 04.02.2015 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 12.03.2015 zu Recht erkannt:

A)

I. Dem im Nachprüfungsverfahren zu GZ W138 2100169-2 gestellten Antrag der Bietergemeinschaft bestehend aus XXXX die Entscheidung der Auftraggeberin, dass die Rahmenvereinbarung für das Los 1 und das Los 4 mit der XXXX abgeschlossen werden soll, für nichtig zu erklären, wird stattgegeben. römisch eins. Dem im Nachprüfungsverfahren zu GZ W138 2100169-2 gestellten Antrag der Bietergemeinschaft bestehend aus römisch 40 die Entscheidung der Auftraggeberin, dass die Rahmenvereinbarung für das Los 1 und das Los 4 mit der römisch 40 abgeschlossen werden soll, für nichtig zu erklären, wird stattgegeben.

Die Entscheidung der Auftraggeberin vom 21.01.2015 mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung für Los 1 und Los 4 abgeschlossen werden soll, wird für nichtig erklärt.

II. Dem im Nachprüfungsverfahren zu GZ W138 2100169-2 gestellten Antrag der Bietergemeinschaft bestehend aus XXXX auf Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu Handen des Rechtsvertreters wird stattgegeben. römisch zwei. Dem im Nachprüfungsverfahren zu GZ W138 2100169-2 gestellten Antrag der Bietergemeinschaft bestehend aus römisch 40 auf Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu Handen des Rechtsvertreters wird stattgegeben.

Die Auftraggeberin hat der Antragstellerin, der Bietergemeinschaft bestehend aus XXXX Euro 7.388,- für die entrichteten Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung binnen vierzehn Tagen ab Zustellung des Erkenntnisses zu Handen des Rechtsvertreters bei sonstiger Exekution zu ersetzen. Die Auftraggeberin hat der Antragstellerin, der Bietergemeinschaft bestehend aus römisch 40 Euro 7.388,- für die entrichteten Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung binnen vierzehn Tagen ab Zustellung des Erkenntnisses zu Handen des Rechtsvertreters bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

III. Dem im Nachprüfungsverfahren zu GZ W138 2100171-2 gestellt Nachprüfungsantrag der Bietergemeinschaft XXXX die Entscheidung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung für das Los 2 abgeschlossen werden soll vom 21.01.2015 für nichtig zu erklären, wird stattgegeben. römisch drei. Dem im Nachprüfungsverfahren zu GZ W138 2100171-2 gestellt Nachprüfungsantrag der Bietergemeinschaft römisch 40 die Entscheidung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung für das Los 2 abgeschlossen werden soll vom 21.01.2015 für nichtig zu erklären, wird stattgegeben.

Die Entscheidung der Auftraggeberin vom 21.01.2015 mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung für Los 2 abgeschlossen werden soll, wird für nichtig erklärt.

IV. Dem im Nachprüfungsverfahren zu GZ W138 2100171-2 gestellten Antrag der Bietergemeinschaft XXXX auf Ersatz der Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu Handen des Rechtsvertreters wird stattgegeben. römisch vier. Dem im Nachprüfungsverfahren zu GZ W138 2100171-2 gestellten Antrag der Bietergemeinschaft römisch 40 auf Ersatz der Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu Handen des Rechtsvertreters wird stattgegeben.

Die Auftraggeberin hat der Antragstellerin, der Bietergemeinschaft bestehend aus XXXX Euro 3.693,- für die entrichteten Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung binnen vierzehn Tagen ab Zustellung des Erkenntnisses zu Händen des Rechtsvertreters bei sonstiger Exekution zu ersetzen. Die Auftraggeberin hat der Antragstellerin, der Bietergemeinschaft bestehend aus römisch 40 Euro 3.693,- für die entrichteten Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung binnen vierzehn Tagen ab Zustellung des Erkenntnisses zu Händen des Rechtsvertreters bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

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

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang: römisch eins. Verfahrensgang:

Mit Schriftsatz vom 04.02.2015, am selben Tag beim Bundesverwaltungsgericht eingelangt und zu W138 2100169-2 protokolliert, hat die Bietergemeinschaft XXXX (im Weiteren: Erstantragstellerin), vertreten durch Harrer Schneider Rechtsanwälte GmbH, Jasomirgottstraße 6/3, 1010 Wien, einen Nachprüfungsantrag beim Bundesverwaltungsgericht eingebracht. Mit Schriftsatz vom 04.02.2015, am selben Tag beim Bundesverwaltungsgericht eingelangt und zu W138 2100169-2 protokolliert, hat die Bietergemeinschaft römisch 40 (im Weiteren: Erstantragstellerin), vertreten durch Harrer Schneider Rechtsanwälte GmbH, Jasomirgottstraße 6/3, 1010 Wien, einen Nachprüfungsantrag beim Bundesverwaltungsgericht eingebracht.

Angefochten wurde die per Telefax vom 26.01.2015 bekannt gegebene Entscheidung der ASFINAG Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (im Weiteren: Auftraggeberin), dass sie beabsichtige im Los 1 und im Los 4 die Rahmenvereinbarung mit der XXXX (im Weiteren: Präsumtive Zuschlagsempfängerin) abzuschließen. Zusätzlich wurde auch ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, auf Akteneinsicht, auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung und auf Gebührenersatz der für die Nachprüfungs- und den Provisorialantrag entrichteten Pauschalgebühren gestellt. Angefochten wurde die per Telefax vom 26.01.2015 bekannt gegebene Entscheidung der ASFINAG Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (im Weiteren: Auftraggeberin), dass sie beabsichtige im Los 1 und im Los 4 die Rahmenvereinbarung mit der römisch 40 (im Weiteren: Präsumtive Zuschlagsempfängerin) abzuschließen. Zusätzlich wurde auch ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, auf Akteneinsicht, auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung und auf Gebührenersatz der für die Nachprüfungs- und den Provisorialantrag entrichteten Pauschalgebühren gestellt.

Begründet wurde der Antrag auf Nichtigerklärung vom 04.02.2015 im Wesentlichen damit, dass das Schreiben der Auftraggeberin, welches mit 21.01.2015 datiert sei, der Antragstellerin per Telefax am 26.01.2015 übermittelt worden sei. Der gegenständliche Nachprüfungsantrag sowie der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung seien damit rechtzeitig. Die Auftraggeberin führe ein offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung über Bauleistungen durch. Gegenständlich werde die Entscheidung mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung für Los 1 und Los 4 abgeschlossen werden solle, angefochten. Der geschätzte Auftragswert der beiden Lose übersteige den Schwellenwert des § 12 Abs. 1 BVergG. Aus der Tatsache, dass sich die Antragstellerin am gegenständlichen Vergabeverfahren beteiligt habe und zeitgerecht ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt habe, sei ihr Interesse am Vertragsabschluss evident. Bei rechtskonformer Vorgehensweise hätte die Auftraggeberin das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin für die Lose 1 und 4 auszuschneiden gehabt und die Entscheidung über den Abschluss der Rahmenvereinbarung zu Gunsten der Antragstellerin treffen müssen. Die Antragstellerin erleide durch die Entscheidung der Auftraggeberin einen Schaden durch die Nichtabdeckung des projektgegenständlichen Deckungsbeitrages samt entgangenem Gewinn, sowie der angefallenen Kosten für die Teilnahme am Vergabeverfahren und die Bekämpfung der Entscheidung, mit welchem Bieter die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden solle, sowie die für den Antrag entrichteten Pauschalgebühren. Schließlich würde der Antragstellerin ein wichtiges Referenzprojekt entgehen. Die Antragstellerin erachte sich in folgenden Rechten verletzt: Begründet wurde der Antrag auf Nichtigerklärung vom 04.02.2015 im Wesentlichen damit, dass das Schreiben der Auftraggeberin, welches mit 21.01.2015 datiert sei, der Antragstellerin per Telefax am 26.01.2015 übermittelt worden sei. Der gegenständliche Nachprüfungsantrag sowie der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung

seien damit rechtzeitig. Die Auftraggeberin führe ein offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung über Bauleistungen durch. Gegenständlich werde die Entscheidung mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung für Los 1 und Los 4 abgeschlossen werden solle, angefochten. Der geschätzte Auftragswert der beiden Lose übersteige den Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, BVergG. Aus der Tatsache, dass sich die Antragstellerin am gegenständlichen Vergabeverfahren beteiligt habe und zeitgerecht ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt habe, sei ihr Interesse am Vertragsabschluss evident. Bei rechtskonformer Vorgehensweise hätte die Auftraggeberin das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin für die Lose 1 und 4 auszuschneiden gehabt und die Entscheidung über den Abschluss der Rahmenvereinbarung zu Gunsten der Antragstellerin treffen müssen. Die Antragstellerin erleide durch die Entscheidung der Auftraggeberin einen Schaden durch die Nichtabdeckung des projektgegenständlichen Deckungsbeitrages samt entgangenem Gewinn, sowie der angefallenen Kosten für die Teilnahme am Vergabeverfahren und die Bekämpfung der Entscheidung, mit welchem Bieter die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden solle, sowie die für den Antrag entrichteten Pauschalgebühren. Schließlich würde der Antragstellerin ein wichtiges Referenzprojekt entgehen. Die Antragstellerin erachte sich in folgenden Rechten verletzt:

- -Strichaufzählung
Im Recht auf Ausscheiden von Angeboten von Bietern, bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen
- -Strichaufzählung
Im Recht auf Ausscheiden von Angeboten von Bietern, die die festgelegten Eignungskriterien nicht erfüllen, bzw. die Eignung nach Angebotsöffnung verlieren würden
- -Strichaufzählung
Im Recht auf Abschluss der Rahmenvereinbarung
- -Strichaufzählung
Im Recht auf Durchführung einer ausschreibungs- und vergaberechtskonformen Angebotsprüfung
- -Strichaufzählung
Im Recht auf Einhaltung der von der Auftraggeberin getroffenen Festlegungen
- -Strichaufzählung
Im Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens gemäß den Grundsätzen des Vergaberechts, insbesondere auf Einhaltung der Grundsätze des fairen und lauteren Wettbewerbs und der Gleichbehandlung aller Bieter und die Verpflichtung zur Vergabe an geeignete Bieter zu angemessenen Preisen.

Die Antragstellerin habe sich an der gegenständlichen Ausschreibung beteiligt und für die Lose 1, 3, 4, 6 und 8 Angebote gelegt. Die Zuschlagsentscheidung für Los 1 und 4 zugunsten der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei rechtswidrig. Nachdem die Auftraggeberin im zu W138 2013420 geführten Nachprüfungsverfahren die "Zuschlagsentscheidung" zurückgenommen habe, sei die Antragstellerin zu einem Aufklärungsgespräch am 16.12.2014 eingeladen worden. Im Zuge dieser Besprechung sei offengelegt worden, welche Subunternehmer die präsumtive Zuschlagsempfängerin einzusetzen gedenke. Aufgrund der Marktkennntnis der Antragstellerin verfüge die präsumtive Zuschlagsempfängerin nicht über die geforderten 13 Fachkräfte für Bodenmarkierung. Auch bei Berücksichtigung der genannten Subunternehmer, ändere sich an der mangelnden Eignung auf Grund der fehlenden Fachkräfte nichts. Von den genannten 5 Subunternehmern würden 4 nicht über die erforderliche Gewerbeberechtigung für Bodenmarkierungen verfügen. Die mangelnde Eignung ergebe sich aber auch daraus, dass Facharbeiter das Unternehmen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin bereits vor Angebotsöffnung bzw. danach verlassen hätten und daher nicht mehr zu berücksichtigen wären.

In einer weiteren Stellungnahme vom 06.03.2015 führte die Erstantragstellerin unter Bezugnahme auf die Stellungnahme der präsumtiven Zuschlagsempfängerin der Rahmenvereinbarung vom 13.02.2015 im Wesentlichen aus, dass, sollte die präsumtive Zuschlagsempfängerin zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung über die erforderliche Anzahl der Facharbeiter verfügt haben, so bestätigte sie mit den nunmehrigen Ausführungen vom 13.02.2015 selbst, dass sie irgendwann nach der Angebotsöffnung nicht mehr über die erforderliche Anzahl an Fachkräften für Bodenmarkierung verfügt habe. Erst kürzlich sei vom Landesverwaltungsgericht Wien festgestellt worden, dass beim offenen Verfahren die Eignung spätestens zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung vorliegen müsse und in der Folge nicht mehr verlorengehen dürfe. Entgegen der Ansicht der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei deren Eignung

jedenfalls nach der Angebotsöffnung durch das Ausscheiden von Mitarbeitern (Facharbeitern) verloren gegangen. Damit sei ein Ausscheidenstatbestand verwirklicht. Daran ändere auch die Aufnahme neuer, zusätzlicher Mitarbeiter nichts, weil nicht während des gesamten Vergabeverfahrens nach Angebotsöffnung die Leistungsfähigkeit (erforderlicher Anzahl an Mitarbeitern/Facharbeitern) gegeben gewesen wäre. Eine andere Auslegung würde der Auftraggeberin die Möglichkeit eröffnen, je nach Belieben entweder mit ihrer Entscheidung zuzuwarten, bis der Bieter wieder ausreichend Mitarbeiter habe, oder diesen unmittelbar nach Ausscheiden eines Mitarbeiters auszuschneiden. Eine solche Vorgehensweise widerspreche dem Gleichbehandlungs- und Wettbewerbsgrundsatz.

Mit Schriftsatz vom 04.02.2015, beim Bundesverwaltungsgericht eingelangt am 05.02.2015 und zu W138 2100171-2 protokolliert, hat die Bietergemeinschaft XXXX (im Weiteren Zweitantragstellerin), vertreten durch Dr. Kurt Dullinger Rechtsanwalt GmbH, Weyrgasse 8, 1030 Wien, einen Nachprüfungsantrag beim Bundesverwaltungsgericht eingebracht. Angefochten wurde die per Fax vom 26.01.2015 bekanntgegebene Entscheidung der ASFINAG Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft (im Weiteren: Auftraggeberin), dass die Auftraggeberin beabsichtige, für das Los 2 die Rahmenvereinbarung mit der XXXX (im Weiteren: präsumtive Zuschlagsempfängerin) abzuschließen. Zusätzlich wurde auch ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, auf Akteneinsicht, auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung und auf Gebührenersatz der für den Nachprüfungsantrag und den Provisorialantrag entrichteten Pauschalgebühren gestellt. Mit Schriftsatz vom 04.02.2015, beim Bundesverwaltungsgericht eingelangt am 05.02.2015 und zu W138 2100171-2 protokolliert, hat die Bietergemeinschaft römisch 40 (im Weiteren Zweitantragstellerin), vertreten durch Dr. Kurt Dullinger Rechtsanwalt GmbH, Weyrgasse 8, 1030 Wien, einen Nachprüfungsantrag beim Bundesverwaltungsgericht eingebracht. Angefochten wurde die per Fax vom 26.01.2015 bekanntgegebene Entscheidung der ASFINAG Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft (im Weiteren: Auftraggeberin), dass die Auftraggeberin beabsichtige, für das Los 2 die Rahmenvereinbarung mit der römisch 40 (im Weiteren: präsumtive Zuschlagsempfängerin) abzuschließen. Zusätzlich wurde auch ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, auf Akteneinsicht, auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung und auf Gebührenersatz der für den Nachprüfungsantrag und den Provisorialantrag entrichteten Pauschalgebühren gestellt.

Begründet wurde der Antrag auf Nichtigkeitsklärung vom 04.02.2015 im Wesentlichen damit, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin für die Lose 1, 2 und 4 jeweils ein Teilangebot abgegeben habe. Nach Marktkennntnis der Zweitantragstellerin erfülle die präsumtive Zuschlagsempfängerin die Mindestanforderungen in Bezug auf die Eignungskriterien der Ausschreibung bezüglich des Mindestumsatzes, beziehungsweise der Personalausstattung und der Fachkräfte nicht und sei das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin aus diesem Grunde im angefochtenen Los 2 auszuschneiden. Zumal das Teilangebot der Zweitantragstellerin für das Los 2 zweitgerichtet sei, sei der Zweitantragstellerin nach dem Ausscheiden des Teilangebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin für dieses Los der Zuschlag zu erteilen. Die Zweitantragstellerin habe für das Los 2 zeitgerecht ein ausschreibungskonformes Teilangebot abgeben und habe daher Interesse am Vertragsabschluss für dieses Los. Nachdem die Auftraggeberin im zu W138 2013420 geführten Nachprüfungsverfahren die "Zuschlagsentscheidung" zurückgenommen habe, sei die Zweitantragstellerin zu einer "Nachbesprechung" am 15.12.2014 eingeladen worden. Im Zuge dieser Nachbesprechung sei offengelegt worden, welche Subunternehmer die präsumtive Zuschlagsempfängerin einzusetzen gedenke. Nach Gewerberegister verfüge nur einer der insgesamt 5 Subunternehmer über eine Gewerbeberechtigung zur Ausführung von Bodenmarkierungen. Auch durch Nennung dieser Subunternehmer, welche nicht über die erforderliche Befugnis verfügen würden, ändere sich nichts daran, dass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auszuschneiden wäre.

Die Zweitantragstellerin erachte sich durch die angefochtene Entscheidung im Recht, dass Bieter, die im offenen Verfahren zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung nicht über die vorgeschriebene Eignung verfügen würden, ausgeschieden würden, im Recht, dass Bieter, die im Zeitpunkt des Abschlusses der Rahmenvereinbarung nicht über die erforderliche Eignung verfügen würde, ausgeschieden würden, im Recht auf Durchführung des Vergabeverfahrens gemäß den Bestimmungen des BVergG, insbesondere des § 19 BVergG und im Recht auf Einhaltung des Bundesvergabegesetzes, verletzt. Die Zweitantragstellerin erachte sich durch die angefochtene Entscheidung im Recht, dass Bieter, die im offenen Verfahren zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung nicht über die vorgeschriebene Eignung verfügen würden, ausgeschieden würden, im Recht, dass Bieter, die im Zeitpunkt des Abschlusses der

Rahmenvereinbarung nicht über die erforderliche Eignung verfügen würde, ausgeschlossen würden, im Recht auf Durchführung des Vergabeverfahrens gemäß den Bestimmungen des BVergG, insbesondere des Paragraph 19, BVergG und im Recht auf Einhaltung des Bundesvergabegesetzes, verletzt.

Der Zweitantragstellerin seien mit der Ausarbeitung des Angebotes und mit der Ausarbeitung des Nachprüfungsantrages bereits erhebliche Kosten entstanden und drohe insbesondere ein Schaden im Verlust eines wichtigen Referenzprojektes. Die angefochtene Entscheidung sei der Zweitantragstellerin am 26.01.2015 per Fax übermittelt worden und sei somit der Antrag auf Nichtigserklärung, beziehungsweise der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung fristgerecht.

In einer weiteren Stellungnahme vom 02.03.2015 brachte die Zweitantragstellerin im Wesentlichen vor, dass nochmals ausdrücklich festgehalten werde, dass jeder Subunternehmer über die für seinen Leistungsteil erforderliche Eignung verfügen müsse und die Eignung des Bieters durch Subunternehmer nur soweit substituiert werden könne, soweit diese Subunternehmer auch Leistungsteile übernommen hätten. Dies ergebe sich eindeutig aus Teil B1 Punkt 1.1.24 der Ausschreibungsunterlagen. Dass jeder Subunternehmer für seinen Leistungsteil geeignet sein müsse, sei eindeutig und müsse nicht weiter ausgeführt werden. Die Auftraggeberin behaupte jedoch in ihrer Stellungnahme, dass die Mitarbeiterzahl der genannten Subunternehmer unbeschränkt zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit herangezogen werden könnten. Dies sei nicht richtig. Die Eignung könne nur soweit durch Subunternehmer substituiert werden, soweit im Angebot des Bieters Subunternehmer für einzelne Leistungsteile genannt wären. Eine Verpflichtung des Subunternehmers über seinen Leistungsteil hinausgehende Leistungen zu erbringen, bestehe nicht. Die Verfügungsmöglichkeit des Bieters sei daher mit dem Leistungsteil des Subunternehmers begrenzt. Zur konkreten Berechnung, in welchem Umfang die Eignung durch Subunternehmer substituiert werden könne, sei daher jedenfalls der im Formblatt Subunternehmerverzeichnis angegebene prozentuelle Anteil der Subleistung heranzuziehen. Die Eignung müsse jedenfalls auch zum Zeitpunkt des Abschlusses der Rahmenvereinbarung gegeben sein. Die Angebotsprüfung sei am 06.08.2014 gewesen und liege damit ein halbes Jahr zurück. Nach Informationen der Zweitantragstellerin habe sich sowohl bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, als auch bei der von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin genannten Subunternehmerin XXXX die Zahl der Mitarbeiter, insbesondere auch die Zahl der Fachkräfte für Bodenmarkierung verringert, sodass diese heute nicht mehr über die für ihre jeweiligen Leistungsteile erforderliche Eignung verfügen würden.

In einer weiteren Stellungnahme vom 02.03.2015 brachte die Zweitantragstellerin im Wesentlichen vor, dass nochmals ausdrücklich festgehalten werde, dass jeder Subunternehmer über die für seinen Leistungsteil erforderliche Eignung verfügen müsse und die Eignung des Bieters durch Subunternehmer nur soweit substituiert werden könne, soweit diese Subunternehmer auch Leistungsteile übernommen hätten. Dies ergebe sich eindeutig aus Teil B1 Punkt 1.1.24 der Ausschreibungsunterlagen. Dass jeder Subunternehmer für seinen Leistungsteil geeignet sein müsse, sei eindeutig und müsse nicht weiter ausgeführt werden. Die Auftraggeberin behaupte jedoch in ihrer Stellungnahme, dass die Mitarbeiterzahl der genannten Subunternehmer unbeschränkt zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit herangezogen werden könnten. Dies sei nicht richtig. Die Eignung könne nur soweit durch Subunternehmer substituiert werden, soweit im Angebot des Bieters Subunternehmer für einzelne Leistungsteile genannt wären. Eine Verpflichtung des Subunternehmers über seinen Leistungsteil hinausgehende Leistungen zu erbringen, bestehe nicht. Die Verfügungsmöglichkeit des Bieters sei daher mit dem Leistungsteil des Subunternehmers begrenzt. Zur konkreten Berechnung, in welchem Umfang die Eignung durch Subunternehmer substituiert werden könne, sei daher jedenfalls der im Formblatt Subunternehmerverzeichnis angegebene prozentuelle Anteil der Subleistung heranzuziehen. Die Eignung müsse jedenfalls auch zum Zeitpunkt des Abschlusses der Rahmenvereinbarung gegeben sein. Die Angebotsprüfung sei am 06.08.2014 gewesen und liege damit ein halbes Jahr zurück. Nach Informationen der Zweitantragstellerin habe sich sowohl bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, als auch bei der von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin genannten Subunternehmerin römisch 40 die Zahl der Mitarbeiter, insbesondere auch die Zahl der Fachkräfte für Bodenmarkierung verringert, sodass diese heute nicht mehr über die für ihre jeweiligen Leistungsteile erforderliche Eignung verfügen würden.

Mit Schriftsatz vom 05.02.2015 erteilte die Auftraggeberin in beiden Nachprüfungsverfahren die allgemeinen Auskünfte. Per 11.02.2015 legte die Auftraggeberin die Unterlagen des Vergabeverfahrens vor.

Ebenso am 11.02.2015 erstattete die Auftraggeberin eine gemeinsame Stellungnahme in den gegenständlichen Nachprüfungsverfahren, in welcher im Wesentlichen vorgebracht wurde, dass angeregt werde, die Verfahren W138

2100169-2 und W138 2100171-2 zu einem Verfahren zu verbinden. Dies deshalb, weil es in beiden Nachprüfungsanträgen und Verfahren um die gleiche inhaltliche Frage, Eignung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gehen würde. Die Auftraggeberin führe ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich durch, welches in 9 Lose unterteilt wäre. Im Zuge des offenen Verfahrens solle je Los eine Rahmenvereinbarung mit einem Unternehmer abgeschlossen werden. Gegenstand der Rahmenvereinbarung seien die Bodenmarkierungen für die ASFINAG Service GmbH, ASFINAG Alpenstraßen GmbH und die ASFINAG Baumanagement GmbH. Nach Prüfung der Angebote sei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin am 17.10.2014 mitgeteilt worden, dass beabsichtigt sei, mit ihr die Rahmenvereinbarung in den Losen 1, 2 und 4 abzuschließen. Mit Eingabe vom 24.10.2014 habe die nunmehrige Zweitantragstellerin einen Nachprüfungsantrag im Los 2 gestellt. Mit Eingabe vom 27.10.2014 habe die nunmehrige Erstantragstellerin einen Nachprüfungsantrag in den Losen 1 und 4 gestellt.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 11.11.2014 sei bekanntgegeben worden, dass die Zuschlagsentscheidung vom 14.10.2014 zurückgenommen werde und wieder ins Stadium der Angebotsprüfung eingetreten werde. Nach neuerlicher Prüfung der Angebote sei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin am 26.01.2015 mitgeteilt worden, dass beabsichtigt wäre, mit ihr die Rahmenvereinbarung in den Losen 1, 2 und 4 abzuschließen. Den übrigen Bietern sei die Entscheidung am selben Tag per Fax zugestellt worden. Die Nachprüfungsanträge der Erst- und Zweitantragstellerin seien unbegründet. Die Antragsteller würden in ihren Anträgen vorbringen, dass die Entscheidung darüber, mit welchem Unternehmen in welchem Los die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden solle, rechtswidrig wäre. Dies deshalb, weil der präsumtiven Zuschlagsempfängerin und deren Subunternehmern die geforderte Eignung, insbesondere hinsichtlich der geforderten Personalausstattung, fehlen würde. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe für die Lose 1, 2 und 4 ein Angebot abgegeben. Aufgrund der bestandfest gewordenen Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen habe daher die präsumtive

Zuschlagsempfängerin folgende Mindestanforderungen nachzuweisen:

Gesamtumsatz: 3,84 Mio. Euro

Personalausstattung: 34 Mitarbeiter

13 Fachkräfte für Bodenmarkierungen

Diese Mindestanforderungen seien der Auftraggeberin durch die präsumtive Zuschlagsempfängerin nachgewiesen worden, weshalb deren Eignung vorliege.

Zur finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit:

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin müsse einen Jahresumsatz in der Höhe von 3,84 Mio. Euro für die Jahre 2011, 2012 und 2013 nachweisen.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin stütze sich für den Nachweis der Eignung auf einen Subunternehmer, der im Angebot ordnungsgemäß benannt und von dem die Solidarhaftungserklärung unterfertigt worden sei. Gemeinsam mit diesem würde die präsumtive Zuschlagsempfängerin die erforderlichen Werte (Jahresumsatz) für die finanzielle- und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit erreichen. Auf Basis der Eigenerklärung und der relevanten ANKÖ -Auszüge habe der Auftraggeberin die erforderlichen Umsatzzahlen nachgewiesen werden können. Der geforderte Gesamtumsatz wäre somit entsprechend den Vorgaben der Auftraggeberin in den Ausschreibungsunterlagen gemäß § 70 BVergG nachgewiesen worden. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin stütze sich für den Nachweis der Eignung auf einen Subunternehmer, der im Angebot ordnungsgemäß benannt und von dem die Solidarhaftungserklärung unterfertigt worden sei. Gemeinsam mit diesem würde die präsumtive Zuschlagsempfängerin die erforderlichen Werte (Jahresumsatz) für die finanzielle- und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit erreichen. Auf Basis der Eigenerklärung und der relevanten ANKÖ -Auszüge habe der Auftraggeberin die erforderlichen Umsatzzahlen nachgewiesen werden können. Der geforderte Gesamtumsatz wäre somit entsprechend den Vorgaben der Auftraggeberin in den Ausschreibungsunterlagen gemäß Paragraph 70, BVergG nachgewiesen worden.

Zur technischen Leistungsfähigkeit:

Die Antragsteller würden in ihren Nachprüfungsanträgen vorbringen, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin nicht über die erforderliche durchschnittlichen Mitarbeiteranzahl bzw. die geforderten Fachkräfte für Bodenmarkierungen verfügen würde.

Durchschnittliche Mitarbeiterzahl:

Gemäß den Vorgaben in der Ausschreibung sei der Nachweis über das jährliche Mittel der Mitarbeiter in den letzten drei Jahren zu erbringen. Aus Sicht der Auftraggeberin sei festzuhalten, dass die Bestimmung hinsichtlich der durchschnittlichen Mitarbeiteranzahl so auszulegen sei, dass der durchschnittliche Mitarbeiterstand der letzten drei Jahre nachzuweisen sei. Zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit stütze sich die präsumtive Zuschlagsempfängerin auf Subunternehmer. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe im Formblatt "Eigenerklärung des Bieters" sämtliche Subunternehmer unter anderem zum Nachweis der verlangten Eignungskriterien angegeben. Zudem seien diese Subunternehmer im Formblatt "Subunternehmerverzeichnis" eingetragen worden. Damit sei bekanntgegeben worden, dass Subunternehmer für wesentliche Teile des Auftrages vorgesehen seien. Überdies habe jeder namhaft gemacht Subunternehmer das Formblatt "Verpflichtungserklärung des Subunternehmers" rechtsgültig gefertigt. In den einschlägigen Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen sei in Teil B.1, Punkt

1.1.24 klar geregelt, dass Auftragsteile dann wesentlich wären, wenn der Bieter für diese nicht selbst über die erforderliche Befugnis, technische, finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit verfügen würde und aus diesem Grund einen entsprechend geeigneten Subunternehmer namhaft gemacht habe. Auf Basis dieser Ausschreibungsbestimmung könne sich die präsumtive Zuschlagsempfängerin zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit jedenfalls auf die im Angebot genannten Subunternehmer, welche eine verbindliche Verpflichtungserklärung abgegeben hätten, stützen. Die Mitarbeiter der Subunternehmer hätten daher in die Berechnung der erforderlichen personellen Ausstattung mit einzufließen. Es werde die Ansicht vertreten, dass die Mitarbeiterzahl der benannten Subunternehmer unbeschränkt zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit herangezogen werden könnten. Dies auch deshalb, weil sich aus den oben zitierten Ausschreibungsunterlagen keine gegenteiligen Festlegungen ableiten lassen würden. Sollte das BVwG dieser Rechtsansichten nicht folgen, so wäre zu beachten, dass sich die präsumtive Zuschlagsempfängerin zum Nachweis der Eignung auf diverse Subunternehmer stütze. Konkret werde im Formblatt Verpflichtungserklärung der Subunternehmer und im Formblatt Subunternehmerverzeichnis von den jeweiligen Subunternehmern ein konkreter Leistungsteil substituiert bzw. werde mittels rechtsgültiger Unterschrift zugesichert den angegebenen Leistungsteil zu erbringen.

Im Hinblick auf die genannte Subunternehmerleistung sei vom jeweiligen Subunternehmer ein konkreter Leistungsteil im Angebot angegeben. Dieser lasse sich, gemäß dem Gesamtauftragswert, prozentuell den jeweiligen Subunternehmern zuordnen. Auf Basis dieser prozentuellen Zuordnung des jeweiligen Subunternehmers könne der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zum Nachweis des erforderlichen Mindestpersonales zumindest ein diesem Prozentsatz entsprechender Anteil des Personals des Subunternehmers angerechnet werden. Dieses Personal könne somit zum Nachweis der Eignung herangezogen werden. Zusätzlich zu den oben bereits genannten Formblättern sei ein Subunternehmer auch im Formblatt "Erklärung personelle Ausstattung" genannt und liege dem Angebot konkrete Arbeitskräftelisten bei. In Summe werde von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin der in der Ausschreibung geforderte Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit hinsichtlich der durchschnittlichen Mitarbeiterzahl erbracht. Dies ergäbe sich aus dem Ergebnis der Angebotsprüfung, die im Vergabeakt dokumentiert sei.

Fachkräfte für Bodenmarkierungen

Gemäß den Vorgaben in der Ausschreibung seien 13 Fachkräfte nachzuweisen. Auch hier habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin gemeinsam mit einem Subunternehmer die erforderliche Anzahl an Mitarbeitern nachgewiesen. Dies sei im Vergabeakt dokumentiert.

Eignung Subunternehmer

Die Antragsteller würden in ihren Schriftsätzen die Eignung der benannten Subunternehmer in Zweifel ziehen.

Festgehalten werden könne, dass der einzige Subunternehmer, der für den Leistungsteil Markierungsarbeiten genannt worden sei über die erforderliche Eignung verfüge. Es sei festzuhalten, dass die von den Antragstellern vorgebrachten Gründe haltlos seien, die Eignung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vorliegen würde und daher die Entscheidungen zu Recht ergangen wären.

Am 13.02.2015 richtete das Bundesverwaltungsgericht eine Anfrage an die Auftraggeberin hinsichtlich der Vorlage einer Auswertung der erforderlichen Mitarbeiterzahlen bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin bzw. deren

Subunternehmer XXXX. Fristgerecht wurde von der Auftraggeberin eine ergänzende Stellungnahme eingebracht, worin die vom Bundesverwaltungsgericht gestellten Fragen beantwortet wurden. Diese ergänzende Stellungnahme wurde den weiteren Parteien des Verfahrens nicht zur Kenntnis gebracht, zumal in selbiger Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, als auch deren Subunternehmer enthalten waren. Am 13.02.2015 richtete das Bundesverwaltungsgericht eine Anfrage an die Auftraggeberin hinsichtlich der Vorlage einer Auswertung der erforderlichen Mitarbeiterzahlen bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin bzw. deren Subunternehmer römisch 40. Fristgerecht wurde von der Auftraggeberin eine ergänzende Stellungnahme eingebracht, worin die vom Bundesverwaltungsgericht gestellten Fragen beantwortet wurden. Diese ergänzende Stellungnahme wurde den weiteren Parteien des Verfahrens nicht zur Kenntnis gebracht, zumal in selbiger Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, als auch deren Subunternehmer enthalten waren.

Mit Schriftsatz vom 13.02.2015 erstattete die präsumtive Zuschlagsempfängerin im Verfahren W138 2100169-2 fristgerecht im Wesentlichen das Vorbringen, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin für die Lose 1, 2 und 4 Angebote abgegeben habe. Bei der Angebotsprüfung habe sich die präsumtive Zuschlagsempfängerin in den vorgenannten Losen als Billigstbieterin erwiesen. Mit Schreiben vom 14.10.2014 habe die Auftraggeberin bekannt gegeben, dass beabsichtigt sei, der präsumtiven Zuschlagsempfängerin für die Lose 1, 2 und 4 den Zuschlag zu erteilen. Diese Zuschlagsentscheidung sei von den in den Losen 1, 2 und 4 jeweils zweitgereihten Bietern mit Nachprüfungsanträgen angefochten worden. Die Auftraggeberin habe die Zuschlagsentscheidung hierauf zurückgenommen und neuerlich eine Angebotsprüfung durchgeführt. Im Rahmen dieser weiteren Angebotsprüfung sei die Auftraggeberin zu dem Ergebnis gekommen, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin sämtliche in den Ausschreibungsbestimmungen festgelegten Kriterien erfülle. Demzufolge habe die Auftraggeberin mit Schreiben vom 21.01.2015, jeweils zugestellt per Telefax am 26.01.2015 mitgeteilt, dass beabsichtigt sei, mit der präsumtiven Zuschlagsempfängerin Rahmenvereinbarungen für Lose 1, 2 und 4 abzuschließen. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe sämtliche in den Ausschreibungsbestimmungen festgelegten Kriterien für die Zuschlagserteilung (Abschluss Rahmenvereinbarung) erfüllt. Insbesondere habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin den Nachweis erbracht, dass sie gemeinsam mit dem von ihr genannten Subunternehmer in den Jahren 2011, 2012 und 2013 den für die Lose 1, 2 und 4 erforderlichen Gesamtumsatz von Euro 3,84 Millionen erzielt habe, die präsumtive Zuschlagsempfängerin gemeinsam mit den von ihr genannten Subunternehmern, die im jährlichen Mittel der letzten 3 Jahre geforderte Anzahl von 34 Mitarbeitern bei weitem erreiche und im jährlichen Mittel der letzten 3 Jahre auch über weit mehr als die erforderliche Anzahl von 13 Fachkräften für Bodenmarkierungen verfüge. Des Weiteren habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin nachgewiesen, dass die von ihr genannten Subunternehmer über die in den jeweiligen Leistungsteilen erforderlichen Befugnisse verfügen. Wenn die Erstantragstellerin schließlich vorbringe, dass einzelne Mitarbeiter zwischenzeitig aus dem Unternehmen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ausgeschieden seien und die präsumtive Zuschlagsempfängerin somit ihre Eignung nach der Angebotsöffnung verloren hätte, so sei ihr zu entgegnen, dass der Personalstand jedes Unternehmens üblicherweise einer gewissen Fluktuation unterliege. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe Änderungen im Personalstand zwischen der Angebotsöffnung und der weiteren Angebotsprüfung gegenüber der Auftraggeberin auch offen gelegt und nachgewiesen, dass ausgeschiedene Mitarbeiter durch neue Mitarbeiter ersetzt worden seien. Jedenfalls habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin die bereits nachgewiesene Eignung zur Leistungserbringung auch zu einem späteren Zeitpunkt nicht verloren.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin erstattete weiters mit Schriftsatz vom 13.02.2015 im Verfahren W138 2100171-2 im Wesentlichen das gleiche Vorbringen, wie im vorangeführten Schriftsatz.

Am 12.03.2015 fand eine mündliche Verhandlung vor dem BVwG statt, im Zuge welcher, nach Verfahrensverbindung zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung, im Wesentlichen wie folgt vorgebracht wurde:

"[...]"

VR: Gibt es einen Nachweis, dass die weiteren Subunternehmer außer XXXX für die Substitution der Eignung hinsichtlich der durchschnittlichen Mitarbeiteranzahl von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin genannt werden durften? VR: Gibt es einen Nachweis, dass die weiteren Subunternehmer außer römisch 40 für die Substitution der Eignung hinsichtlich der durchschnittlichen Mitarbeiteranzahl von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin genannt werden durften?

AG: Man muss das Angebot als Gesamtes sehen. Da gibt es das Angebot an sich mit dem Erklärungen abgegeben werden. Der Inhalt darf nicht abgeändert werden, sonst würde es zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung kommen. Auf Grund des vorliegenden Angebots geht eindeutig bzw. zweifelsfrei hervor, dass die technische Leistungsfähigkeit gegeben ist. Zum einen gibt es das Formblatt Subunternehmerverzeichnis (dieses war zwingend mit dem Angebot abzugeben) aus diesem Subunternehmerverzeichnis ist klar ersichtlich, dass die Subunternehmer für wesentliche Teile des Auftrages vorgesehen sind (angekreuzt wurde am Formblatt das JA). Im Zusammenschau mit den Ausschreibungsunterlagen Teil B.1. 1.24 Subunternehmer geht klar hervor, dass Auftragsteile dann wesentlich sind wenn der Bieter für diese nicht selbst über die erforderliche Leistungsfähigkeit (z.B. technisch) verfügt. Zusätzlich wurde eine Eigenerklärung des Bieters vorgelegt in der sämtliche genannte Subunternehmer angeführt wurden und jeder Subunternehmer hat eine Verpflichtungserklärung gezeichnet, die dem Angebot beigelegt wurden. Im Gegensatz zu der Erklärung des Bieters auf welche Subunternehmer er sich für den Nachweis der Eignung stützt, gibt es Nachweise mit denen er die Erfüllung der Eignungskriterien nachzuweisen hat. Bei dem Formblatt Erklärung personelle Ausstattung das mit dem Angebot nicht zwingend abzugeben war, handelt es sich um einen derartigen Nachweis bzw. um ein Hilfsmittel mit dem das Vorliegen der Eignung ermittelt wird. Dies lässt sich ableiten aus dem Leistungsverzeichnis der Ausschreibungsunterlagen Teil B5 Pos. 00B104c, in diesem Punkt wird klar geregelt, dass mit dem Formblatt personelle Ausstattung der Nachweis über die durchschnittliche Mitarbeiterzahl zu erbringen ist, auch im Formblatt selbst wird festgelegt, dass hiermit der Nachweis der entsprechenden personellen Ausstattung zu erbringen ist. Durch dieses Formblatt kommt es schon auf Grund des objektiven Erklärungswertes nicht zu einer Abänderung des Subunternehmerverzeichnisses. Das Subunternehmerverzeichnis ist als das höher rangige Dokument zu sehen. Die Eignung an sich und deren Nachweis sind bezüglich der Judikatur als behebbare Mängel anzusehen (VWGH 12.05.2011 GZ 2008/04/0087). Klar ist, dass die Leistungsfähigkeit zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen muss. Im Hinblick auf die vorzulegenden Nachweise ist jedoch zu unterscheiden, ob im maßgeblichen Zeitpunkt der nachzuweisende Umstand (die Leistungsfähigkeit) fehlt oder lediglich dessen Nachweis. Fehlt lediglich der Nachweis, ist der Mangel behebbar. Auf Grund der vorliegenden Unterlagen ist die technische Leistungsfähigkeit zweifelsfrei erfüllt, es gibt keine Unklarheiten, weil aus dem objektiven Erklärungswert des Subunternehmerverzeichnisses klar abzuleiten ist, dass diese als wesentliche Subunternehmer gelten. Aus unserer Sicht liegt daher kein Mangel vor. Selbst wenn man davon ausgehen möchte, dass ein Mangel vorliegt, ist dieser unwesentlich und geringfügig und wurde im Zuge der Aufklärung des Bieters durch Vorlage der Gebietskrankenkassaauszüge der einzelnen Subunternehmer faktisch behoben. Durch die Vorlage der Gebietskrankenkassenauszüge nach Angebotsöffnung im Zuge der Aufklärung gibt der jeweilige Subunternehmer zusätzlich zu den Angaben im Angebot Verpflichtungserklärung des Subunternehmer, Eigenerklärung des Bieters samt Verweis auf den ANKÖ zu erkennen, dass XXXX über die allgemeine Kapazität der Subunternehmer.

AG: Man muss das Angebot als Gesamtes sehen. Da gibt es das Angebot an sich mit dem Erklärungen abgegeben werden. Der Inhalt darf nicht abgeändert werden, sonst würde es zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung kommen. Auf Grund des vorliegenden Angebots geht eindeutig bzw. zweifelsfrei hervor, dass die technische Leistungsfähigkeit gegeben ist. Zum einen gibt es das Formblatt Subunternehmerverzeichnis (dieses war zwingend mit dem Angebot abzugeben) aus diesem Subunternehmerverzeichnis ist klar ersichtlich, dass die Subunternehmer für wesentliche Teile des Auftrages vorgesehen sind (angekreuzt wurde am Formblatt das JA). Im Zusammenschau mit den Ausschreibungsunterlagen Teil B.1. 1.24 Subunternehmer geht klar hervor, dass Auftragsteile dann wesentlich sind wenn der Bieter für diese nicht selbst über die erforderliche Leistungsfähigkeit (z.B. technisch) verfügt. Zusätzlich wurde eine Eigenerklärung des Bieters vorgelegt in der sämtliche genannte Subunternehmer angeführt wurden und jeder Subunternehmer hat eine Verpflichtungserklärung gezeichnet, die dem Angebot beigelegt wurden. Im Gegensatz zu der Erklärung des Bieters auf welche Subunternehmer er sich für den Nachweis der Eignung stützt, gibt es Nachweise mit denen er die Erfüllung der Eignungskriterien nachzuweisen hat. Bei dem Formblatt Erklärung personelle Ausstattung das mit dem Angebot nicht zwingend abzugeben war, handelt es sich um einen derartigen Nachweis bzw. um ein Hilfsmittel mit dem das Vorliegen der Eignung ermittelt wird. Dies lässt sich ableiten aus dem Leistungsverzeichnis der Ausschreibungsunterlagen Teil B5 Pos. 00B104c, in diesem Punkt wird klar geregelt, dass mit dem Formblatt personelle Ausstattung der Nachweis über die durchschnittliche Mitarbeiterzahl zu erbringen ist, auch im Formblatt selbst wird festgelegt, dass hiermit der Nachweis der entsprechenden personellen Ausstattung zu erbringen ist. Durch dieses Formblatt kommt es schon auf Grund des objektiven Erklärungswertes nicht zu einer Abänderung des Subunternehmerverzeichnisses. Das Subunternehmerverzeichnis ist als das höher rangige Dokument zu sehen. Die Eignung an sich und deren Nachweis

sind bezüglich der Judikatur als behebbare Mängel anzusehen (VWGH 12.05.2011 GZ 2008/04/0087). Klar ist, dass die Leistungsfähigkeit zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen muss. Im Hinblick auf die vorzulegenden Nachweise ist jedoch zu unterscheiden, ob im maßgeblichen Zeitpunkt der nachzuweisende Umstand (die Leistungsfähigkeit) fehlt oder lediglich dessen Nachweis. Fehlt lediglich der Nachweis, ist der Mangel behebbar. Auf Grund der vorliegenden Unterlagen ist die technische Leistungsfähigkeit zweifelsfrei erfüllt, es gibt keine Unklarheiten, weil aus dem objektiven Erklärungswert des Subunternehmerverzeichnis klar abzuleiten ist, dass diese als wesentliche Subunternehmer gelten. Aus unserer Sicht liegt daher kein Mangel vor. Selbst wenn man davon ausgehen möchte, dass ein Mangel vorliegt, ist dieser unwesentlich und geringfügig und wurde im Zuge der Aufklärung des Bieters durch Vorlage der Gebietskrankenkassaauszüge der einzelnen Subunternehmer faktisch behoben. Durch die Vorlage der Gebietskrankenkassenauszüge nach Angebotsöffnung im Zuge der Aufklärung gibt der jeweilige Subunternehmer zusätzlich zu den Angaben im Angebot Verpflichtungserklärung des Subunternehmer, Eigenerklärung des Bieters samt Verweis auf den ANKÖ zu erkennen, dass römisch 40 über die allgemeine Kapazität der Subunternehmer.

VR: Gibt es einen solchen Nachweis zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung und war ein solcher außer für XXXX dem Angebot angeschlossen? VR: Gibt es einen solchen Nachweis zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung und war ein solcher außer für römisch 40 dem Angebot angeschlossen?

AG: Ja.

Zweit AST: Worin lag der Nachweis zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung?

AG: Durch die Unterzeichnung der Verpflichtungserklärungen der Subunternehmer. Die Nachweise selbst als solche sind behebbar.

[...]

VR: Erfüllt die Präs. ZE gemeinsam mit XXXX die Mindestanforderungen an die Eignung hinsichtlich der durchschnittlichen Mitarbeiteranzahl der letzten 3 Jahre? VR: Erfüllt die Präs. ZE gemeinsam mit römisch 40 die Mindestanforderungen an die Eignung hinsichtlich der durchschnittlichen Mitarbeiteranzahl der letzten 3 Jahre?

AG: Ja.

Nachfrage: Dies entspricht nicht den Erklärungen im Schriftsatz.

AG. Alleine erfüllen die Präs. ZE und XXXX diese vorgenannten Mindestanforderungen nicht AG. Alleine erfüllen die Präs. ZE und römisch 40 diese vorgenannten Mindestanforderungen nicht.

[...]

VR: Ist es richtig, dass im Subunternehmerverzeichnis auch die Substitution von Leistungsteilen angeboten wurden, welche vom AG nicht als wesentlich im Leistungsverzeichnis gekennzeichnet waren?

AG: Ja.

[...]

Zweit AST: Sowohl die Antragsgegnerin als auch die Präs. ZE haben in ihren Schriftsätzen im vorangegangenen Verfahren jeweils vom 03.11.2014 ausgeführt, dass sich die Präs. ZE auf einen Subunternehmer beruft. Dies zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit. Beide gingen sohin damals davon aus, dass die anderen 4 genannten Subunternehmer nicht zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit genannt wurden.

AG bestreitet.

[...]

Von Präs. ZE wird eine Berechnung der geforderten Mitarbeiter vorgelegt, welche auch der AG im Zuge der vertieften Angebotsprüfung zur Verfügung stand. Aus welcher sich ergäbe, dass die Präs. ZE zusammen mit XXXX über die erforderlichen Mitarbeiter einschließlich der erforderlichen Facharbeiter verfügt hat. Die Unterlagen werden zum Akt genommen. Von Präs. ZE wird eine Berechnung der geforderten Mitarbeiter vorgelegt, welche auch der AG im Zuge der vertieften Angebotsprüfung zur Verfügung stand. Aus welcher sich ergäbe, dass die Präs. ZE zusammen mit römisch 40 über die erforderlichen Mitarbeiter einschließlich der erforderlichen Facharbeiter verfügt hat. Die Unterlagen werden zum Akt genommen.

VR: Weshalb wurde im Formblatt Erklärung personelle Ausstattung und verbindlicher Personaleinsatzplan im Angebot ausschließlich XXXX genannt?VR: Weshalb wurde im Formblatt Erklärung personelle Ausstattung und verbindlicher Personaleinsatzplan im Angebot ausschließlich römisch 40 genannt?

Präs. ZE: Weil dieser für uns ein solidar haftender Subunternehmer ist. Auf den sich die Präs. ZE zu 100 Prozent stützt. Aus diesem Grunde wurde nur dieser auf Grund der Solidarhaftung im Zusammenhang mit dem Ersatz der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit genannt. Die Berechnung in deren vorgelegten Unterlagen ergibt sich aus Berechnungsmodellen, welche auch die Statistik Österreich verwendet, wie auch der ANKÖ. Eine andere Berechnungsmethodik, außer der von der Präs. ZE gewählt sei nicht vorgegeben gewesen.

Zweit AST: Das Formblatt Solidarhaftung bezieht sich ausschließlich auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit. Daraus könne aber nicht geschlossen werden, dass XXXX zu 100 Prozent zur Substituierung der technischen Leistungsfähigkeit herangezogen werden könne.Zweit AST: Das Formblatt Solidarhaftung bezieht sich ausschließlich auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit. Daraus könne aber nicht geschlossen werden, dass römisch 40 zu 100 Prozent zur Substituierung der technischen Leistungsfähigkeit herangezogen werden könne.

VR: Wurde mit den Subunternehmen außer XXXX vor Angebotslegung über deren Mitarbeiteranzahl in den letzten 3 Jahren gesprochen?VR: Wurde mit den Subunternehmen außer römisch 40 vor Angebotslegung über deren Mitarbeiteranzahl in den letzten 3 Jahren gesprochen?

Präs. ZE: Nein, da dies für uns nicht erheblich war. Es wurde nicht konkret mit den Subunternehmen über deren Mitarbeiteranzahlen gesprochen. Doch hat sich aus dem Umstand, dass diese Subunternehmer in ihrem Geschäftsbereich ständig und zwar auch für die Präs. ZE tätig waren klar ergeben, dass diese über die notwendige Mitarbeiteranzahl verfügen.

VR: Gab es vor Angebotsöffnung eine ausdrückliche Erklärung der weiteren Subunternehmer, dass sich die Präs. ZE zum Ersatz der Eignung hinsichtlich der Mitarbeiter der letzten 3 Jahre auf deren Mitarbeiterstand berufen kann?

Präs. ZE: Nein, nicht vor Angebotslegung.

VR: Wann gab es das erste Mal solche Gespräche?

Präs. ZE: Im Zuge der vertieften Angebotsprüfung, als von den Subunternehmern auch die Auszüge der GKK hinsichtlich ihrer Mitarbeiter übermittelt wurden.

VR: Wann ist dieser Umstand der AG erstmals offengelegt worden?

Präs. ZE: Im Zuge der vertieften Angebotsprüfung.

[...]"

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

1. Feststellungen (Sachverhalt):

Aufgrund der vorliegenden Stellungnahmen, der bezugnehmenden Beilagen und der Unterlagen des Vergabeverfahrens, sowie der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung vom 12.03.2015 wird der folgende entscheidungswesentliche Sachverhalt festgestellt:

Die Auftraggeberin führt unter der Bezeichnung "Zentraler Einkauf ASFINAG/Bodenmarkierung 2015-2017" ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich mit dem Ziel des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung über Bauleistungen in mehreren Losen nach den Billigstbieterprinzip durch. Der von der Auftraggeberin geschätzte Auftragswert ohne Umsatzsteuer aller Lose beträgt Euro 34.572.108,68 Euro. Der geschätzte Auftragswert ohne Umsatzsteuer des Loses 1 beträgt Euro 2.982.338 Euro, des Loses 2 Euro 4.689.044,12 Euro und des Loses 4 Euro 3.802.623,96 Euro. Die Auftraggeberin hat im Vergabeverfahren den Bietern eine Ausschreibungsunterlage bestehend aus

Angebotsdeckblatt und Formblätter

B.1 Allgemeine Ausschreibungsbestimmungen

B.2 Baubeschreibung/Pläne/Gutachten

B.3 Technische Vertragsbestimmungen für Bodenmarkierungen

B.4 Allgemeine rechtliche Vertragsbestimmungen

B.4.2 Besondere rechtliche Vertragsbestimmungen

B.5 Leistungsverzeichnis inklusive LB-B-006

B.6 Bietererklärung

B.7 Rahmenvereinbarung

zur Verfügung gestellt.

Im Angebotsdeckblatt sind folgende Unterlagen als "zwingend mit dem Angebot abzugebende Unterlagen" (Ausscheidenssanktion) festgelegt:

Angebotsdeckblatt

Ausgepreistes Leistungsverzeichnis

K3 Blätter, K4 Blätter und K7 Blätter für wesentliche Positionen

Formblätter:

Subunternehmerverzeichnis

Die entscheidungswesentlichen Ausschreibungsbestimmungen lauten auszugsweise wie folgt:

"B.1 1.1.12 Form und Einreichung der Angebote

Der Bieter ist - bei sonstigem Ausscheiden - verpflichtet, die im

Angebotsdeckblatt unter "zwingend mit dem Angebot abzugebende Unterlagen

(Ausscheidenssanktion)" angeführten Teile mit dem Angebot abzugeben.

Sonstige in den Ausschreibungsunterlagen verlangte Unterlagen sind - sofern ein behebbarer Mangel vorliegt - über Aufforderung binnen der im Aufforderungsschreiben genannten Frist bei der vergebenden Stelle nachzureichen.

Dem Angebotsdeckblatt sind sämtliche Formblätter angeschlossen. Klarstellend wird festgehalten, dass sich die oa. Verpflichtung zur zwingenden Abgabe von Unterlagen nur auf jene Formblätter des Angebotsdeckblattes bezieht, welche dort (auf dem Angebotsdeckblatt unter "zwingend mit dem Angebot abzugebenden Unterlagen "Ausscheidenssanktion") ausdrücklich angeführt sind. Alle übrigen Formblätter sind nachforderbare Unterlagen gemäß Teil B.6 der Ausschreibung.

Die Angebote sind vollständig und mit den vorgesehenen Textvordrucken und Formblättern auszufüllen. Es können auch Ergänzungsblätter verwendet werden, wenn die Formblätter bzw. die darin enthaltenen Felder für die Angaben des Bieters nicht ausreichend sind. [...]"

1.1.14 Angebotsöffnung

Die für die Bieter zugängliche Angebotsöffnung findet unmittelbar nach Ablauf der Angebotsfrist an dem am Angebotsdeckblatt angegebenen Ort statt.

Im Rahmen der Angebotsöffnung wird festgestellt, ob das Angebot elektronisch signiert bzw. bei schriftlichen Angeboten ob es unterfertigt ist, aus wie vielen Teilen es besteht und ob in der Ausschreibung verlangte Bestandteile im Angebot enthalten sind. Aus den Angeboten werden der Name und der Geschäftssitz sowie der Gesamtpreis unter Berücksichtigung allfälliger Nachlässe und Aufschläge mit Angabe ihres Ausmaßes

sowie wesentliche Erklärungen der Bieter verlesen.

Bei der Angebotsöffnung wird ein Protokoll gemäß § 118 BVergG erstellt. Bieter - sBei der Angebotsöffnung wird ein Protokoll gemäß Paragraph 118, BVergG erstellt. Bieter - so

sie an der Öffnung teilnahmeberechtigt waren - können eine Abschrift der Niederschrift direkt mitnehmen oder per Fax anfragen.

1.1.17 Angebotsprüfung

Die Prüfung der Angebote erfolgt nach den Bestimmungen der gegenständlichen Ausschreibungsunterlagen.

Ergeben sich bei der Prüfung der Angebote Unklarheiten über das Angebot selbst, oder über die geplante Art der Durchführung oder werden Mängel festgestellt, die das Angebot mit einer Ausscheidung bedrohen, so hat der Bieter die Möglichkeit innerhalb einer angemessenen Frist eine verbindliche schriftliche Aufklärung abzugeben. Erfolgt seitens des Bieters keine fristgerechte Aufklärung, so wird das Angebot ausgeschieden.

Die Wahl des Angebotes für den Zuschlag wird nach den hierfür in den vorstehenden Vergabegrundlagen enthaltenen Kriterien und Bestimmungen getroffen.

1.1.24 Subunternehmer

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

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

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

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

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

Für diese Subunternehmer sind folgende Nachweise vorzulegen:

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

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

Sollte der Subunternehmer zum Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen

Leistungsfähigkeit des Bieters genannt werden, ist eine Erklärung des Subunternehmers vorzulegen, wonach dieser sich verpflichtet, im Auftragsfall mit dem Bieter solidarisch zu haften. [...]

1.1.25.5 Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit

Der Bieter muss nachweisen, dass seine technische Leistungsfähigkeit gegeben ist.

1.2 Besondere Ausschreibungsbestimmungen

1.2.1 Klarstellend zu Punkt 00B104B des Leistungsverzeichnisses (Lose 1-9) wird festgehalten:

Bei einem Angebot für mehrere Lose muss der Bieter die in den jeweiligen LV geforderten Gesamtumsätze für jedes angebotene Los nachweisen. Daher sind die Umsätze der angebotenen Lose kumuliert nachzuweisen.

Beispiel: Wird für das Los 1 ein Umsatz von € 1.000.000,- und für das Los 2 ein Umsatz von € 1.570.000,- verlangt, dann hat ein Bieter der Los 1 und Los 2 anbietet, einen Mindestumsatz von 1.000.000,- + 1.570.000,- nachzuweisen.

1.2.2 Klarstellend zu Punkt 00B104C des Leistungsverzeichnisses (Lose 1-9) wird festgehalten:

Bei einem Angebot für mehrere Lose muss der Bieter die geforderten Personalausstattungen für jedes angebotene Los nachweisen. Daher sind die Personalausstattungen der angebotenen Lose kumuliert nachzuweisen.

Beispiel: Der Bieter bietet Los 1 und Los 2 an. In diesem Fall hat der Bieter daher die geforderte Personalausstattung für das Los 1 und zusätzlich jene für das Los 2 nachzuweisen. [...]

B.5 (Leistungsverzeichnis) 00B104C Personalausstattung (Los 1)

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

Der Bieter muss nachweisen, dass er über genügend Mitarbeiter verfügt.

Es ist gemäß Formblatt "Erklärung personelle Ausstattung" der Nachweis des jährlichen Mittels der Mitarbeiter in den letzten 3 Jahren (bzw. für den seit Unternehmensgründung bestehenden Zeitraum bei Unternehmen, die jünger als drei Jahre sind) zu erbringen.

Als Mindestanforderung wird festgelegt, dass der Bieter den Nachweis über mindestens 4 Mitarbeiter, die die Ausbildung zur Fachkraft für Bodenmarkierung haben, und insgesamt über mindestens 10 Mitarbeiter im oben genannten Zeitraum erbringen muss. Bei Bietergemeinschaften kann die Personalausstattung der einzelnen Mitglieder aufaddiert werden.

Als Mitarbeiter gelten Dienstnehmer (Vollzeit, Teilzeit, geringfügig Beschäftigte), freie Dienstnehmer und auf Werkvertragsbasis beschäftigte Personen, mit einer jeweiligen Gesamtvertragslaufzeit von zumindest 12 Monaten (Hinweis: freie Dienstnehmer und auf Werkvertragsbasis beschäftigte Personen sind im Subunternehmerverzeichnis anzuführen, falls diese als Nachweis für die technische Leistungsfähigkeit oder für die Zuschlagskriterien herangezogen werden).

00B104C Personalausstattung (Los 2)

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

Der Bieter muss nachweisen, dass er über genügend Mitarbeiter verfügt.

Es ist gemäß Formblatt "Erklärung personelle Ausstattung" der Nachweis des jährlichen Mittels der Mitarbeiter in den letzten 3 Jahren (bzw. für den seit Unternehmensgründung bestehenden Zeitraum bei Unternehmen, die jünger als drei Jahre sind) zu erbringen.

Als Mindestanforderung wird festgelegt, dass der Bieter den Nachweis über mindestens 5 Mitarbeiter, die die Ausbildung zur Fachkraft für Bodenmarkierung haben, und insgesamt über mindestens 14 Mitarbeiter im oben genannten Zeitraum erbringen muss. Bei

Bietergemeinschaften kann die Personalausstattung der einzelnen Mitglieder aufaddiert werden.

Als Mitarbeiter gelten Dienstnehmer (Vollzeit, Teilzeit, geringfügig Beschäftigte), freie Dienstnehmer und auf Werkvertragsbasis beschäftigte Personen, mit einer jeweiligen Gesamtvertragslaufzeit von zumindest 12 Monaten (Hinweis: freie Dienstnehmer und auf Werkvertragsbasis beschäftigte Personen sind im Subunternehmerverzeichnis anzuführen, falls diese als Nachweis für die technische Leistungsfähigkeit oder für die Zuschlagskriterien herangezogen werden).

00B104C Personalausstattung (Los 4)

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

Der Bieter muss nachweisen, dass er über genügend Mitarbeiter verfügt.

Es ist gemäß Formblatt "Erklärung personelle Ausstattung" der Nachweis des jährlichen Mittels der Mitarbeiter in den letzten 3 Jahren (bzw. für den seit Unternehmensgründung bestehenden Zeitraum bei Unternehmen, die jünger als drei Jahre sind) zu erbringen.

Als Mindestanforderung wird festgelegt, dass der Bieter den Nachweis über mindestens 4 Mitarbeiter, die die Ausbildung zur Fachkraft für Bodenmarkierung haben, und insgesamt über mindestens 10 Mitarbeiter im oben genannten Zeitraum erbringen muss. Bei

Bietergemeinschaften kann die Personalausstattung der einzelnen Mitglieder aufaddiert werden.

Als Mitarbeiter gelten Dienstnehmer (Vollzeit, Teilzeit, geringfügig Beschäftigte), freie Dienstnehmer und auf Werkvertragsbasis beschäftigte Personen, mit einer jeweiligen Gesamtvertragslaufzeit von zumindest 12 Monaten (Hinweis: freie Dienstnehmer und auf Werkvertragsbasis beschäftigte Personen sind im Subunternehmerverzeichnis anzuführen, falls diese als Nachweis für die technische Leistungsfähigkeit oder für die Zuschlagskriterien herangezogen werden). [...] (Vergabeakt)

Die Angebotsfrist endete ursprünglich am 30.06.2014 und wurde im Rahmen der ersten Berichtigung auf den 16.07.2014 verlegt. Infolge der zweiten Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen wurde die Angebotsfrist mit 06.08.2014 10:00 Uhr festgelegt. Im Zuge der zweiten Berichtigung wurde, soweit für das Verfahren relevant, nachfolgende Bieteranfrage beantwortet

"Punkt 1.1.24: Subunternehmer in Verbindung mit Referenzbestätigung

Frage:

Falls ein Subunternehmer mehreren Bietern seine (wesentlichen) Leistungen zur Verfügung stellt, und diese Bieter bei verschiedenen Losen den Zuschlag erhalten, müsste der Subunternehmer konsequenter Weise auch für alle diese Lose kumulativ entsprechende Referenzen nachweisen können (im Extremfall 18 Referenzen für 9 Lose).

Falls der Subunternehmer nicht über eine entsprechende Anzahl von Referenzen verfügt, stellt sich die Frage, welchem Bieter welche Referenzen zugeordnet werden.

Antwort:

Die Ausschreibung wird dahingehend berichtigt; Siehe Berichtigung

Punkt 1.2.1 - 1.2.6 "Besondere Ausschreibungsbestimmungen"

Frage:

Bei den Punkten 1.2.1 - 1.2.6 auf Seite 20 und 21 in Teil "B1 Allgemeine Ausschreibungsbestimmungen" bleibt offen, nach welchen Kriterien der Auftraggeber entscheidet, welches Los ein Bieter bekommt, wenn der Bieter beispielsweise bei Los 1, Los 3, Los 5, Los 6 und Los 7 anbietet und bei allen Billigstbieter ist, aber nur die Kriterien für 3 der angebotenen Lose erfüllt (Umsatz, Personal etc.). Wird dies falls ein Zuschlag für diese 3 Lose erteilt oder scheidet der Bieter gänzlich aus?

Angenommen ein Bieter bietet Los 1, 3, 5, 6, 7 an, erfüllt jedoch nur die Kriterien für 3 Lose. Der Bieter ist bei Los 1 und 6 Billigstbieter. Werden die Kriterien nur für die Lose herangezogen, bei denen der Bieter Billigstbieter ist oder muss der Bieter trotzdem bei allen Losen die Kriterien erfüllen (Umsatz, Personal etc.)?

Sind die im Leistungsverzeichnis angeführten Kriterien (Umsatz, Personal und Maschinen) ein Ausscheidungskriterium? Sprich, wenn eines den gewünschten Anforderungen nicht entspricht, scheidet der Bieter dann aus? Müssen die verlangten Nachweise am Tage der Angebotseröffnung vorhanden sein?

Antwort:

Der Bieter muss für jedes angebotene Los zB Umsatz, Personal und Gerätschaft bekannt geben. Personal und Gerätschaft darf nicht mehrfach genannt werden.

Beispiel 1:

Angebot für Los 1:

Gefordertes Personal:

10 Mitarbeiter, jedoch mindestens 4 Fachkräfte für Bodenmarkierung, z. B. Maier, Müller, Huber, Schmidt

Geforderte Gerätschaft:

Mindestens 2 Markierungsmaschinen

Geforderter Umsatz:

€ 1.000.000,-

Beispiel 2:

Angebot für Los 2:

Gefordertes Personal:

14 Mitarbeiter, jedoch mindestens 5 Fachkräfte für Bodenmarkierung, z. B. Fischer, Schlosser, Kaiser, Schuster, Schneider

Geforderte Gerätschaft:

Mindestens 3 Markierungsmaschinen

Geforderter Umsatz:

€ 1.570.000,-

Bietet der Bieter Los 1 und 2 an, so muss er insgesamt mindestens 9 Fachkräfte für Bodenmarkierungen, 5 Markierungsmaschinen und einen Gesamtumsatz von € 2.570.000,- nachweisen.

Die Nachweise müssen für jedes Los einzeln erbracht werden.

Eine Mehrfachnennung des Personals und der Gerätschaft ist nicht gestattet. D.h. die Fachkräfte für Bodenmarkierungsarbeiten (Maier, Müller, Huber und Schmidt) können nur in einem Los genannt werden, jedoch nicht in mehreren Losen. Dies gilt ebenso auch für die Gerätschaften.

Bietet ein Bieter beispielsweise bei fünf verschiedenen Losen an, kann jedoch die geforderte Personal- und Geräteausstattung sowie die Umsatzzahlen nur in drei Losen in der geforderten Höhe pro Los nachweisen, so kommt er bei keinem Los für eine Auftragserteilung in Betracht.

Die im Leistungsverzeichnis geforderte Eignung muss zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen. Bei Nichtvorliegen der geforderten Eignung, wird das Angebot ausgeschieden." [...]

2. Berichtigung der Ausschreibung gem. § 90 BVergG 2006 idgF. Berichtigung der Ausschreibung gem. Paragraph 90, BVergG 2006 idgF

• Ausschreibungs- Leistungsverzeichnis

00B104C Personalausstattung

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

Der Bieter muss nachweisen, dass er über genügend Mitarbeiter verfügt. Es ist gemäß Formblatt "Erklärung personelle Ausstattung" der Nachweis des jährlichen Mittels der Mitarbeiter in den letzten 3 Jahren (bzw. für den seit Unternehmensgründung bestehenden Zeitraum bei Unternehmen, die jünger als drei Jahre sind) zu erbringen.

Als Mindestanforderung wird festgelegt, dass der Bieter den Nachweis über mindestens x Mitarbeiter, die die Ausbildung zur Fachkraft für Bodenmarkierung (Als Nachweis für die Ausbildung einer Fachkraft für Bodenmarkierungsarbeiten, wird der Ausbildungsnachweis vom Wirtschaftsförderungsinstitut (WIFI) oder gleichwertig anerkannt. Den Nachweis der Gleichwertigkeit hat der Bieter zu führen. Der AG behält sich die Überprüfung sowohl der Gleichwertigkeit als auch der eingesetzten Facharbeiter vor.) haben, und insgesamt über mindestens y Mitarbeiter im oben genannten Zeitraum erbringen muss.

Bei Bietergemeinschaften kann die Personalausstattung der einzelnen Mitglieder aufaddiert werden. Als Mitarbeiter gelten Dienstnehmer (Vollzeit, Teilzeit, geringfügig Beschäftigte), freie Dienstnehmer und auf Werkvertragsbasis beschäftigte Personen, mit einer jeweiligen Gesamtvertragslaufzeit von zumindest 12 Monaten (Hinweis:

freie Dienstnehmer und auf Werkvertragsbasis beschäftigte Personen sind im Subunternehmerverzeichnis anzuführen, falls diese als Nachweis für die technische Leistungsfähigkeit oder für die Zuschlagskriterien herangezogen werden)." [...]

(Vergabeakt)

Die Angebotsöffnung fand am 06.08.2014 in der Zeit von 10:00 bis 10:48 Uhr statt. Insgesamt haben sich sieben Bieter durch die Abgabe von Angeboten am Vergabeverfahren beteiligt. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat Teilangebote im Los 1, Los 2 und Los 4 abgegeben. Die Erstantragstellerin hat insbesondere ein Teilangebot im Los 1 und Los 4 abgegeben und die Zweitantragstellerin ein solches im Los 2. Bei der Angebotsöffnung hat die Auftraggeberin unter anderem festgehalten, zu welchen Preisen die Bieter in den einzelnen Losen angeboten haben, sowie, ob sämtliche zwingend abzugebenden Unterlagen dem jeweiligen Angebot beigelegt wurden. Gemäß dem Angebotsöffnungsprotokoll haben alle sieben Bieter die zwingend abzugebenden Unterlagen den Angeboten beigelegt.

Dem Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ist zu entnehmen, dass das zwingend mit dem Angebot abzugebende Formblatt Subunternehmerverzeichnis angeschlossen wurde und darin bekannt gegeben wurde, dass mehrere Subunternehmer für wesentliche Teile des Auftrages vorgesehen sind, wobei die einzelnen Subunternehmer nach Firma, Sitz und Firmenbuchnummer identifizierbar sind, die jeweils zu erbringende Subunternehmerleistung beschrieben wurde und auch die prozentuellen Anteile der Subunternehmerleistungen, sowie die Bezeichnung der Leistungsteile angeführt wurden.

Dem Subunternehmerverzeichnis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin kann entnommen werden, dass der

Subunternehmer XXXX Gesellschaft m. b.H. (im Weiteren XXXX) neben 4 weiteren Subunternehmern für konkrete Subunternehmerleistungen genannt war. Dem Subunternehmerverzeichnis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin kann entnommen werden, dass der Subunternehmer römisch 40 Gesellschaft m. b.H. (im Weiteren römisch 40) neben 4 weiteren Subunternehmern für konkrete Subunternehmerleistungen genannt war.

Dem Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin weiters angeschlossen waren die Formblätter "Verpflichtungserklärung des Subunternehmers" für jene im Formblatt "Subunternehmerverzeichnis" namentlich angeführten Subunternehmer, wobei auch die jeweils vom Subunternehmer zu erbringenden Aufgaben genau beschrieben waren. Auch diese Verpflichtungserklärung wurde unter anderem vom Subunternehmer XXXX rechtsgültig unterfertigt. Dem Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin weiters angeschlossen waren die Formblätter "Verpflichtungserklärung des Subunternehmers" für jene im Formblatt "Subunternehmerverzeichnis" namentlich angeführten Subunternehmer, wobei auch die jeweils vom Subunternehmer zu erbringenden Aufgaben genau beschrieben waren. Auch diese Verpflichtungserklärung wurde unter anderem vom Subunternehmer römisch 40 rechtsgültig unterfertigt.

Dem, dem Angebot ebenso angeschlossenem Formblatt "Erklärung Mindestumsatz" ist zu entnehmen, dass sich die präsumtive Zuschlagsempfängerin zum Nachweis des entsprechenden Gesamtumsatzes gemäß den Eignungskriterien in Teil B.1 auf einen im Formblatt "Subunternehmerverzeichnis" genannten Subunternehmer, nämlich wiederum den Subunternehmer XXXX beruft, wobei von diesem genannten Subunternehmer auch das Formblatt "Solidarhaftung des Subunternehmers" ausgefüllt und rechtsgültig gefertigt wurde. Dem, dem Angebot ebenso angeschlossenem Formblatt "Erklärung Mindestumsatz" ist zu entnehmen, dass sich die präsumtive Zuschlagsempfängerin zum Nachweis des entsprechenden Gesamtumsatzes gemäß den Eignungskriterien in Teil B.1 auf einen im Formblatt "Subunternehmerverzeichnis" genannten Subunternehmer, nämlich wiederum den Subunternehmer römisch 40 beruft, wobei von diesem genannten Subunternehmer auch das Formblatt "Solidarhaftung des Subunternehmers" ausgefüllt und rechtsgültig gefertigt wurde.

Weiters waren dem Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin die Formblätter "Verbindlicher Personaleinsatzplan" für die jeweils angebotenen Lose angeschlossen, worin das jeweilige Schlüsselpersonal nach Funktion, Fachbereich, Namen, Unternehmen, Standort und Qualifikation angeführt war.

Auch hier wurde für die Lose 1,2 und 4 neben der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ausschließlich der Subunternehmer XXXX angeführt. Auch hier wurde für die Lose 1,2 und 4 neben der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ausschließlich der Subunternehmer römisch 40 angeführt.

Schlussendlich war, soweit entscheidungswesentlich, dem Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auch das Formblatt "Erklärung personelle Ausstattung" zum Nachweis der entsprechenden personellen Ausstattung gemäß den Eignungskriterien in Teil B.1 angeschlossen. In dem vorgesehenen Feld des Formblattes "Erklärung personelle Ausstattung" Personelle Ausstattung- Name des Unternehmers war neben der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ausschließlich der Subunternehmer XXXX angeführt, welcher sich, wie bereits ausgeführt, auch im Formblatt "Subunternehmerverzeichnis" findet. Schlussendlich war, soweit entscheidungswesentlich, dem Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auch das Formblatt "Erklärung personelle Ausstattung" zum Nachweis der entsprechenden personellen Ausstattung gemäß den Eignungskriterien in Teil B.1 angeschlossen. In dem vorgesehenen Feld des Formblattes "Erklärung personelle Ausstattung" Personelle Ausstattung- Name des Unternehmers war neben der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ausschließlich der Subunternehmer römisch 40 angeführt, welcher sich, wie bereits ausgeführt, auch im Formblatt "Subunternehmerverzeichnis" findet.

Von Seiten der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wurde mit dem Angebot für ihr Unternehmen selbst sowie für den Subunternehmer XXXX die jeweils mindestbeschäftigten Mitarbeiter im Formblatt "Erklärung personelle Ausstattung" angeführt und sowohl für die präsumtive Zuschlagsempfängerin als auch für den Subunternehmer XXXX Nachweise in Form von Listen bezüglich der in beiden Unternehmen in den Jahren 2011 bis 2014 beschäftigten Dienstnehmer vorgelegt. Wobei diese Listen vom jeweiligen Unternehmen mit dem Firmenstempel versehen und auch unterfertigt waren. (Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin; Vergabeakt) Von Seiten der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wurde mit dem Angebot für ihr Unternehmen selbst sowie für den Subunternehmer römisch 40 die jeweils mindestbeschäftigten Mitarbeiter im Formblatt "Erklärung personelle Ausstattung" angeführt und sowohl für die präsumtive Zuschlagsempfängerin als auch für den Subunternehmer römisch 40 Nachweise in Form von Listen

bezüglich der in beiden Unternehmen in den Jahren 2011 bis 2014 beschäftigten Dienstnehmer vorgelegt. Wobei diese Listen vom jeweiligen Unternehmen mit dem Firmenstempel versehen und auch unterfertigt waren. (Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin; Vergabeakt)

Fest steht nach den Ausführungen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin in der mündlichen Verhandlung vom 12.03.2015, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin vor Angebotsöffnung mit den weiteren in deren Angebot genannten Subunternehmern, außer mit XXXX, nicht über des jährlichen Mittels der Mitarbeiter der letzten drei Jahre gesprochen hat. Fest steht nach den Ausführungen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin in der mündlichen Verhandlung vom 12.03.2015, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin vor Angebotsöffnung mit den weiteren in deren Angebot genannten Subunternehmern, außer mit römisch 40, nicht über des jährlichen Mittels der Mitarbeiter der letzten drei Jahre gesprochen hat.

Fest steht nach den Ausführungen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin in der mündlichen Verhandlung vom 12.03.2015 weiters, dass es vor Angebotsöffnung keine Erklärung der weiteren Subunternehmer, außer von XXXX, gegenüber der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gegeben hat, dass sich die präsumtive Zuschlagsempfängerin zum Ersatz der Eignung hinsichtlich des jährlichen Mittels der Mitarbeiter der letzten drei Jahre auf deren Mitarbeiterstand berufen darf. Fest steht nach den Ausführungen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin in der mündlichen Verhandlung vom 12.03.2015 weiters, dass es vor Angebotsöffnung keine Erklärung der weiteren Subunternehmer, außer von römisch 40, gegenüber der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gegeben hat, dass sich die präsumtive Zuschlagsempfängerin zum Ersatz der Eignung hinsichtlich des jährlichen Mittels der Mitarbeiter der letzten drei Jahre auf deren Mitarbeiterstand berufen darf.

Die ersten diesbezüglichen Gespräche gab es im Zuge der vertieften Angebotsprüfung und damit nach Angebotsöffnung.

(Verhandlungsprotokoll vom 12.03.2015, Seite 7)

Fest steht, dass die Berechnungen der Auftraggeberin bezüglich des jährlichen Mittels der Mitarbeiter in den letzten drei Jahren beim Subunternehmer XXXX mit den von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin in der mündlichen Verhandlung vorgelegten Berechnungen übereinstimmen (XXXX: Durchschnitt 2011 14,08 Mitarbeiter, 2012 14,42 Mitarbeiter, 2013 13,33 Mitarbeiter) und diese von der Auftraggeberin angestellten Berechnungen auf Basis der Unterlagen des Vergabeverfahrens (Mitarbeiterlisten WGKK von XXXX) für den erkennenden Senat plausibel sind und auch vom erkennenden Senat nachvollzogen werden konnten. (Vergabeakt; Akt des BVwG) Fest steht, dass die Berechnungen der Auftraggeberin bezüglich des jährlichen Mittels der Mitarbeiter in den letzten drei Jahren beim Subunternehmer römisch 40 mit den von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin in der mündlichen Verhandlung vorgelegten Berechnungen übereinstimmen (XXXX: Durchschnitt 2011 14,08 Mitarbeiter, 2012 14,42 Mitarbeiter, 2013 13,33 Mitarbeiter) und diese von der Auftraggeberin angestellten Berechnungen auf Basis der Unterlagen des Vergabeverfahrens (Mitarbeiterlisten WGKK von römisch 40) für den erkennenden Senat plausibel sind und auch vom erkennenden Senat nachvollzogen werden konnten. (Vergabeakt; Akt des BVwG)

Bezüglich der Berechnung des jährlichen Mittels der Mitarbeiter in den letzten drei Jahren bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin selbst gibt es Abweichungen zwischen der Berechnung der Auftraggeberin und der präsumtiven Zuschlagsempfängerin für das Jahr 2011 (Auftraggeberin: 17,92 Mitarbeiter; präsumtive Zuschlagsempfängerin: 20,08) und für das Jahr 2013 (Auftraggeberin:

19,67 Mitarbeiter; präsumtive Zuschlagsempfängerin: 20,25). Für das Jahr 2012 decken sich die Berechnungen der Auftraggeberin und der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wieder (20,08 Mitarbeiter). (Akt des BVwG)

Der Unterschied für das Jahr 2013 ergibt sich auf Basis der Unterlagen des Vergabeaktes (Auszüge WGKK der präsumtiven Zuschlagsempfängerin) daraus, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin angab, dass Herr XXXX 2013 für 7 Monate bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin beschäftigt gewesen wäre. Dies steht in Widerspruch zu den Unterlagen des Vergabeaktes. Gemäß dem Auszug der WGKK vom 04.11.2014 endete das Beschäftigungsverhältnis des XXXX am 21.11.2012. Dies stimmt auch mit den Angaben in den Beilagen zur von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin in der mündlichen Verhandlung vorgelegten Berechnung überein. Damit errechnet sich das jährliche Mittel der Mitarbeiter für das Jahr 2013 mit 19,67. Der Unterschied für das Jahr 2013 ergibt sich auf Basis der Unterlagen des Vergabeaktes (Auszüge WGKK der präsumtiven Zuschlagsempfängerin) daraus, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin angab, dass Herr römisch 40 2013 für 7 Monate bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin

beschäftigt gewesen wäre. Dies steht in Widerspruch zu den Unterlagen des Vergabeaktes. Gemäß dem Auszug der WGKK vom 04.11.2014 endete das Beschäftigungsverhältnis des römisch 40 am 21.11.2012. Dies stimmt auch mit den Angaben in den Beilagen zur von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin in der mündlichen Verhandlung vorgelegten Berechnung überein. Damit errechnet sich das jährliche Mittel der Mitarbeiter für das Jahr 2013 mit 19,67.

Der Unterschied für das Jahr 2011 ergibt sich auf Basis der Unterlagen des Vergabeaktes (Auszüge WGKK) daraus, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin bei Herrn XXXX Beschäftigungszeiten bei der zwischenzeitig gelöschten Firma XXXX eingerechnet hat, wohingegen dies von der Auftraggeberin unterlassen wurde. Auf Basis der Unterlagen des Vergabeaktes und den angestellten Recherchen des BVwG ist die Vorgehensweise der Auftraggeberin plausibel und nachvollziehbar. Dem im Vergabeakt erliegenden Auszug der WGKK vom 04.11.2014 bezüglich der Firma XXXX ist zu entnehmen, dass Herr XXXX bis zum 15.09.2011 bei der Firma XXXX gemeldet waren. Dem Firmenbuchauszug der Firma XXXX ist zu entnehmen, dass mit Beschluss des Gerichtes vom 14.09.2011, 2 S 115/11s der Konkurs eröffnet wurde und mit diesem Datum die Gesellschaft aufgelöst wurde. Dem im Vergabeakt ebenso inliegenden Auszug der WGKK vom 04.11.2014 betreffend die präsumtive Zuschlagsempfängerin ist zu entnehmen, dass Herr XXXX ab 01.09.2011 bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angemeldet waren. Der Unterschied für das Jahr 2011 ergibt sich auf Basis der Unterlagen des Vergabeaktes (Auszüge WGKK) daraus, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin bei Herrn römisch 40 Beschäftigungszeiten bei der zwischenzeitig gelöschten Firma römisch 40 eingerechnet hat, wohingegen dies von der Auftraggeberin unterlassen wurde. Auf Basis der Unterlagen des Vergabeaktes und den angestellten Recherchen des BVwG ist die Vorgehensweise der Auftraggeberin plausibel und nachvollziehbar. Dem im Vergabeakt erliegenden Auszug der WGKK vom 04.11.2014 bezüglich der Firma römisch 40 ist zu entnehmen, dass Herr römisch 40 bis zum 15.09.2011 bei der Firma römisch 40 gemeldet waren. Dem Firmenbuchauszug der Firma römisch 40 ist zu entnehmen, dass mit Beschluss des Gerichtes vom 14.09.2011, 2 S 115/11s der Konkurs eröffnet wurde und mit diesem Datum die Gesellschaft aufgelöst wurde. Dem im Vergabeakt ebenso inliegenden Auszug der WGKK vom 04.11.2014 betreffend die präsumtive Zuschlagsempfängerin ist zu entnehmen, dass Herr römisch 40 ab 01.09.2011 bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angemeldet waren.

Weder dem Vergabeakt, noch den Firmenbuchauszügen der Firma XXXX und der präsumtiven Zuschlagsempfängerin kann ein nachvollziehbarer Grund entnommen werden, warum Beschäftigungszeiten vor dem 01.09.2011 bei den genannten Arbeitnehmern bei der Berechnung des jährlichen Mittels der Mitarbeiter bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gezählt werden sollten. Der Umstand, dass die Auftraggeberin Dienstzeiten vor dem 01.09.2011, welche bei der Firma XXXX geleistet wurden in die Berechnung des jährlichen Mittels der Mitarbeiter bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht einfließen hat lassen, ist auf Basis der vorliegenden Unterlagen des Vergabeaktes nachvollziehbar und plausibel. Weder dem Vergabeakt, noch den Firmenbuchauszügen der Firma römisch 40 und der präsumtiven Zuschlagsempfängerin kann ein nachvollziehbarer Grund entnommen werden, warum Beschäftigungszeiten vor dem 01.09.2011 bei den genannten Arbeitnehmern bei der Berechnung des jährlichen Mittels der Mitarbeiter bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gezählt werden sollten. Der Umstand, dass die Auftraggeberin Dienstzeiten vor dem 01.09.2011, welche bei der Firma römisch 40 geleistet wurden in die Berechnung des jährlichen Mittels der Mitarbeiter bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht einfließen hat lassen, ist auf Basis der vorliegenden Unterlagen des Vergabeaktes nachvollziehbar und plausibel.

In der Berechnung des jährlichen Mittels der Mitarbeiter 2011 ist der Auftraggeberin eine Unkorrektheit bei Herrn XXXX unterlaufen, da der Monat Dezember 2011 nicht gezählt wurde, obwohl sich deren Beschäftigung bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin den Vergabeakten entnehmen lässt. Damit errechnet sich das jährliche Mittel der Mitarbeiter für das Jahr 2011 bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin korrekter Weise mit 18,08 Mitarbeitern. In der Berechnung des jährlichen Mittels der Mitarbeiter 2011 ist der Auftraggeberin eine Unkorrektheit bei Herrn römisch 40 unterlaufen, da der Monat Dezember 2011 nicht gezählt wurde, obwohl sich deren Beschäftigung bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin den Vergabeakten entnehmen lässt. Damit errechnet sich das jährliche Mittel der Mitarbeiter für das Jahr 2011 bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin korrekter Weise mit 18,08 Mitarbeitern.

Fest steht jedenfalls, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin zusammen mit dem Subunternehmer XXXX im jährlichen Mittel des Jahres 2011 über 32,16 Mitarbeiter, im jährlichen Mittel des Jahres 2012 über 34,5 Mitarbeiter und im jährlichen Mittel des Jahres 2013 über 33 Mitarbeiter verfügte. Der drei Jahres Schnitt liegt daher bei 33,22 Mitarbeitern. (Vergabeakt; Akt des BVwG) Fest steht jedenfalls, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin zusammen

mit dem Subunternehmer römisch 40 im jährlichen Mittel des Jahres 2011 über 32,16 Mitarbeiter, im jährlichen Mittel des Jahres 2012 über 34,5 Mitarbeiter und im jährlichen Mittels des Jahres 2013 über 33 Mitarbeiter verfügte. Der drei Jahres Schnitt liegt daher bei 33,22 Mitarbeitern. (Vergabeakt; Akt des BVwG)

Fest steht für den erkennenden Senat, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin zusammen mit dem weiteren im Formblatt "Erklärung personelle Ausstattung" angeführten Subunternehmer XXXX das für die Lose 1, 2 und 4 insgesamt geforderte Eignungskriterium (Nachweis des jährlichen Mittels von 34 Mitarbeitern (Los 1 10 Mitarbeiter, Los 2 14 Mitarbeiter und Los 4 10 Mitarbeiter)) bezüglich der technischen Leistungsfähigkeit iSv. B.1 iVm.B.5 00B104C hinsichtlich der Personalausstattung der Lose 1, 2 und 4, zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung nicht erfüllte. Fest steht für den erkennenden Senat, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin zusammen mit dem weiteren im Formblatt "Erklärung personelle Ausstattung" angeführten Subunternehmer römisch 40 das für die Lose 1, 2 und 4 insgesamt geforderte Eignungskriterium (Nachweis des jährlichen Mittels von 34 Mitarbeitern (Los 1 10 Mitarbeiter, Los 2 14 Mitarbeiter und Los 4 10 Mitarbeiter)) bezüglich der technischen Leistungsfähigkeit iSv. B.1 iVm.B.5 00B104C hinsichtlich der Personalausstattung der Lose 1, 2 und 4, zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung nicht erfüllte.

2. Beweiswürdigung:

Die oben getroffenen Feststellungen ergeben sich schlüssig aus den vorgelegten Verfahrensunterlagen des bei der Auftraggeberin geführten Vergabeverfahrens. Bei der Beweiswürdigung haben sich gegen die Echtheit und Richtigkeit der vorliegenden Unterlagen des Vergabeverfahrens keine Bedenken ergeben. Die Feststellungen finden Deckung in den von den Verfahrensparteien eingebrachten Schriftsätzen, den Vergabeunterlagen und Angaben in der mündlichen Verhandlung.

3. Rechtliche Beurteilung:

3.1. Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes und Zulässigkeit des Antrages:

Gemäß Art. 130 Abs. 2 Z 2 und Art. 131 Abs. 2 B-VG iVm § 291 BVergG ist das Bundesverwaltungsgericht zuständig zur Entscheidung über Anträge wegen Rechtswidrigkeit eines Verhaltens eines Auftraggebers in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens, soweit es sich um Auftraggeber handelt, die gemäß Art. 14b Abs. 2 Z 1 B-VG in den Vollzugsbereich des Bundes fallen. Gemäß Artikel 130, Absatz 2, Ziffer 2 und Artikel 131, Absatz 2, B-VG in Verbindung mit Paragraph 291, BVergG ist das Bundesverwaltungsgericht zuständig zur Entscheidung über Anträge wegen Rechtswidrigkeit eines Verhaltens eines Auftraggebers in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens, soweit es sich um Auftraggeber handelt, die gemäß Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, B-VG in den Vollzugsbereich des Bundes fallen.

Da dieselbe gesondert anfechtbare Entscheidung (Entscheidung darüber, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, vom 21.01.2015) von zwei Unternehmen angefochten wurde, wurden die unter der Geschäftszahl W138 2100169-2 und W138 2100171-2 protokollierten Nachprüfungsanträge zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung gemäß § 320 Abs. 4 BVergG verbunden. Da dieselbe gesondert anfechtbare Entscheidung (Entscheidung darüber, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, vom 21.01.2015) von zwei Unternehmen angefochten wurde, wurden die unter der Geschäftszahl W138 2100169-2 und W138 2100171-2 protokollierten Nachprüfungsanträge zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung gemäß Paragraph 320, Absatz 4, BVergG verbunden.

Die ASFINAG Autobahnen- und Schnellstrassen-Finanzierungs Aktiengesellschaft ist öffentliche Auftraggeberin gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG (siehe BVA vom 10.12.2013, N/0106-BVA/02/2013-11). Dabei handelt es sich um eine Auftraggeberin, die gemäß Art. 14b Abs. 2 Z 1 B-VG in den Vollzugsbereich des Bundes fällt. Daraus resultiert die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes zur Entscheidung im gegenständlichen Vergabekontrollverfahren. Die ASFINAG Autobahnen- und Schnellstrassen-Finanzierungs Aktiengesellschaft ist öffentliche Auftraggeberin gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG (siehe BVA vom 10.12.2013, N/0106-BVA/02/2013-11). Dabei handelt es sich um eine Auftraggeberin, die gemäß Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, B-VG in den Vollzugsbereich des Bundes fällt. Daraus resultiert die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes zur Entscheidung im gegenständlichen Vergabekontrollverfahren.

Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes wird gemäß § 1 VwGVG durch dieses geregelt. Gemäß § 58 Abs. 2 VwGVG bleiben entgegenstehende Bestimmungen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens

dieses Bundesgesetzes bereits kundgemacht wurden, unberührt. Zu diesen Bestimmungen zählt auch der Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes wird gemäß Paragraph eins, VwGVG durch dieses geregelt. Gemäß Paragraph 58, Absatz 2, VwGVG bleiben entgegenstehende Bestimmungen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits kundgemacht wurden, unberührt. Zu diesen Bestimmungen zählt auch der

4. Teil des BVergG, der die Bestimmungen über den Rechtsschutz vor dem Bundesverwaltungsgericht enthält.

Gemäß Art 135 Abs. 1 B-VG iVm § 2 VwGVG und § 6 BVwGG sowie § 292 BVergG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in der gegenständlichen Angelegenheit durch einen Senat. Gemäß Artikel 135, Absatz eins, B-VG in Verbindung mit Paragraph 2, VwGVG und Paragraph 6, BVwGG sowie Paragraph 292, BVergG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in der gegenständlichen Angelegenheit durch einen Senat.

Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um ein Verfahren zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung über eine Bauleistung iSd § 4 BVergG. Das Verfahren wird in Form eines offenen Verfahrens durchgeführt. Der geschätzte Auftragswert liegt entsprechend den Abgaben der Auftraggeberin über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs. 1 Z 3 BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um ein Verfahren zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung über eine Bauleistung iSd Paragraph 4, BVergG. Das Verfahren wird in Form eines offenen Verfahrens durchgeführt. Der geschätzte Auftragswert liegt entsprechend den Abgaben der Auftraggeberin über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt.

Da das Vergabeverfahren nach Angaben der Auftraggeberin weder widerrufen, noch ein Zuschlag erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht gemäß § 312 Abs. 2 Z 2 BVergG zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen der Auftraggeberin im Rahmen der von der Antragstellerin geltend gemachten Beschwerdepunkte zuständig. Da das Vergabeverfahren nach Angaben der Auftraggeberin weder widerrufen, noch ein Zuschlag erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen der Auftraggeberin im Rahmen der von der Antragstellerin geltend gemachten Beschwerdepunkte zuständig.

Die Nachprüfungsanträge der Erst- und Zweitantragstellerin entsprechen auch den in § 322 Abs. 1 BVergG angeführten Anforderungen. Die Nachprüfungsanträge - verbunden mit dem Provisorialbegehren - wurde unter Berücksichtigung von § 321 Abs. 1 BVergG fristgerecht eingebracht. Die Nachprüfungsanträge richten sich gegen die Entscheidung darüber, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, im gegenständlichen Vergabeverfahren. Dabei handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit a sublit ii BVergG. Die Pauschalgebühren wurden unter Berücksichtigung von § 318 Abs. 1 Z 1, 4 und 5 BVergG iVm § 1 BVwG-PauschGebV vergabevergaberechtskonform entrichtet. Die Nachprüfungsanträge der Erst- und Zweitantragstellerin entsprechen auch den in Paragraph 322, Absatz eins, BVergG angeführten Anforderungen. Die Nachprüfungsanträge - verbunden mit dem Provisorialbegehren - wurde unter Berücksichtigung von Paragraph 321, Absatz eins, BVergG fristgerecht eingebracht. Die Nachprüfungsanträge richten sich gegen die Entscheidung darüber, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, im gegenständlichen Vergabeverfahren. Dabei handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, i, i, BVergG. Die Pauschalgebühren wurden unter Berücksichtigung von Paragraph 318, Absatz eins, Ziffer eins, 4 und 5 BVergG in Verbindung mit Paragraph eins, BVwG-PauschGebV vergabevergaberechtskonform entrichtet.

Gemäß § 17 VwGVG sind, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, auf das Verfahren über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 B-VG die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der §§ 1 bis 5 sowie des IV. Teiles, die Bestimmungen der Bundesabgabenordnung - BAO, BGBl. Nr. 194/1961, des Agrarverfahrensgesetzes - AgrVG, BGBl. Nr. 173/1950, und des Dienstrechtsverfahrensgesetzes 1984 - DVG, BGBl. Nr. 29/1984, und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in den dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte. Gemäß Paragraph 17, VwGVG sind, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, auf das Verfahren über Beschwerden gemäß Artikel 130, Absatz eins, B-VG die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der Paragraphen eins bis 5 sowie des römisch vier. Teiles, die Bestimmungen der Bundesabgabenordnung - BAO, Bundesgesetzblatt Nr. 194 aus 1961,, des Agrarverfahrensgesetzes - AgrVG, Bundesgesetzblatt Nr. 173 aus 1950,, und

des Dienstrechtsverfahrensgesetzes 1984 - DVG, Bundesgesetzblatt Nr. 29 aus 1984,, und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in den dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte.

Zu A I., II., III. und IV. Zu A römisch eins., römisch zwei., römisch drei. und römisch vier.)

Vorweg ist festzuhalten, dass die Ausschreibung nicht rechtzeitig angefochten wurde und daher bestandfest ist. Alle am Vergabeverfahren Beteiligten, inklusive der Auftraggeberin, sind daran gebunden (ständige Rechtsprechung, zum Beispiel VwGH vom 14.04.2011, 2008/04/0065).

Die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen hat nach ständiger Rechtsprechung und dem einschlägigen Schrifttum auch im Vergaberecht nach den Regeln der §§ 914ff 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 präsumtiven Zuschlagsempfängerin 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, 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 präsumtiven Zuschlagsempfängerin 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 Festlegungen der Ausschreibung sind für alle am Vergabeverfahren Beteiligten bindend (zum Beispiel EuGH vom 22.06.1993, Rs C-243/89, Kommission/Dänemark-Brücke über den Storebaelt, Slg. 1993, I 3353, Rn 39; VwGH vom 07.09.2009, 2007/04/0090). Allfällige Rechtswidrigkeiten können auch von der Vergabekontrollbehörde nicht mehr aufgegriffen werden (zum Beispiel VwGH vom 07.11.2005, 2003/04/0234). Die Festlegungen der Ausschreibung sind der Auftragsvergabe zu Grunde zu legen (zum Beispiel VwGH vom 07.09.2009, 2007/04/0090 mwN; 14.04.2011, 2008/04/0065). Es ist von einer strengen Bindung an die Ausschreibungsunterlagen auszugehen (BVA vom 30.04.2009, N/0021-BVA/10/2009-28; vom 02.05.2011, N/0021-BVA/10/2011-33), andernfalls ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz vorliegen würde (zum Beispiel EuGH vom 22.06.1993, Rs C-243/89, BVA vom 28.11.2008/N-0131-BVA/12/2008-29). Die Festlegungen der Ausschreibung sind für alle am Vergabeverfahren Beteiligten bindend (zum Beispiel EuGH vom 22.06.1993, Rs C-243/89, Kommission/Dänemark-Brücke über den Storebaelt, Slg. 1993, römisch eins 3353, Rn 39; VwGH vom 07.09.2009, 2007/04/0090). Allfällige Rechtswidrigkeiten können auch von der Vergabekontrollbehörde nicht mehr aufgegriffen werden (zum Beispiel VwGH vom 07.11.2005, 2003/04/0234). Die Festlegungen der Ausschreibung sind der Auftragsvergabe zu Grunde zu legen (zum Beispiel VwGH vom 07.09.2009, 2007/04/0090 mwN; 14.04.2011, 2008/04/0065). Es ist von einer strengen Bindung an die Ausschreibungsunterlagen

auszugehen (BVA vom 30.04.2009, N/0021-BVA/10/2009-28; vom 02.05.2011, N/0021-BVA/10/2011-33), andernfalls ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz vorliegen würde (zum Beispiel EuGH vom 22.06.1993, Rs C-243/89, BVA vom 28.11.2008/N-0131-BVA/12/2008-29).

Der objektive Erklärungswert der Bestimmungen hinsichtlich Los 1

"00B104C Personalausstattung

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

Der Bieter muss nachweisen, dass er über genügend Mitarbeiter verfügt.

Es ist gemäß Formblatt "Erklärung personelle Ausstattung" der Nachweis des jährlichen Mittels der Mitarbeiter in den letzten 3 Jahren (bzw. für den seit Unternehmensgründung bestehenden Zeitraum bei Unternehmen, die jünger als drei Jahre sind) zu erbringen.

Als Mindestanforderung wird festgelegt, dass der Bieter den Nachweis über mindestens 4 Mitarbeiter, die die Ausbildung zur Fachkraft für Bodenmarkierung haben, und insgesamt über mindestens 10 Mitarbeiter im oben genannten Zeitraum erbringen muss. Bei

Bietergemeinschaften kann die Personalausstattung der einzelnen Mitglieder aufaddiert werden.

Als Mitarbeiter gelten Dienstnehmer (Vollzeit, Teilzeit, geringfügig Beschäftigte), freie Dienstnehmer und auf Werkvertragsbasis beschäftigte Personen, mit einer jeweiligen Gesamtvertragslaufzeit von zumindest 12 Monaten (Hinweis: freie Dienstnehmer und auf Werkvertragsbasis beschäftigte

Personen sind im Subunternehmerverzeichnis anzuführen, falls diese als Nachweis für die technische Leistungsfähigkeit oder für die Zuschlagskriterien herangezogen werden)."

Los 2

"00B104C Personalausstattung

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

Der Bieter muss nachweisen, dass er über genügend Mitarbeiter verfügt.

Es ist gemäß Formblatt "Erklärung personelle Ausstattung" der Nachweis des jährlichen Mittels der Mitarbeiter in den letzten 3 Jahren (bzw. für den seit Unternehmensgründung bestehenden Zeitraum bei Unternehmen, die jünger als drei Jahre sind) zu erbringen.

Als Mindestanforderung wird festgelegt, dass der Bieter den Nachweis über mindestens 5 Mitarbeiter, die die Ausbildung zur Fachkraft für Bodenmarkierung haben, und insgesamt über mindestens 14 Mitarbeiter im oben genannten Zeitraum erbringen muss. Bei

Bietergemeinschaften kann die Personalausstattung der einzelnen Mitglieder aufaddiert werden.

Als Mitarbeiter gelten Dienstnehmer (Vollzeit, Teilzeit, geringfügig Beschäftigte), freie Dienstnehmer und auf Werkvertragsbasis beschäftigte Personen, mit einer jeweiligen Gesamtvertragslaufzeit von zumindest 12 Monaten (Hinweis: freie Dienstnehmer und auf Werkvertragsbasis beschäftigte

Personen sind im Subunternehmerverzeichnis anzuführen, falls diese als Nachweis für die technische Leistungsfähigkeit oder für die Zuschlagskriterien herangezogen werden).

und Los 4

00B104C Personalausstattung

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

Der Bieter muss nachweisen, dass er über genügend Mitarbeiter verfügt.

Es ist gemäß Formblatt "Erklärung personelle Ausstattung" der Nachweis des jährlichen Mittels der Mitarbeiter in den letzten 3 Jahren (bzw. für den seit Unternehmensgründung bestehenden Zeitraum bei Unternehmen, die jünger als drei Jahre sind) zu erbringen.

Als Mindestanforderung wird festgelegt, dass der Bieter den Nachweis über mindestens 4 Mitarbeiter, die die Ausbildung zur Fachkraft für Bodenmarkierung haben, und insgesamt über mindestens 10 Mitarbeiter im oben genannten Zeitraum erbringen muss. Bei Bietergemeinschaften kann die Personalausstattung der einzelnen Mitglieder aufaddiert werden.

Als Mitarbeiter gelten Dienstnehmer (Vollzeit, Teilzeit, geringfügig Beschäftigte), freie Dienstnehmer und auf Werkvertragsbasis beschäftigte Personen, mit einer jeweiligen Gesamtvertragslaufzeit von zumindest 12 Monaten (Hinweis: freie Dienstnehmer und auf Werkvertragsbasis beschäftigte Personen sind im Subunternehmerverzeichnis anzuführen, falls diese als Nachweis für die technische Leistungsfähigkeit oder für die Zuschlagskriterien herangezogen werden).

iVm.

00B104H Z Personelle Ausstattung

Ist der Bieter in mehreren Losen erfolgreich, muss er für die jeweilige Lose geforderte personelle Ausstattung getrennt je nach Los, zusätzlich nachweisen.

iVm.

B.1 1.2.2 Klarstellend zu Punkt 00B104C des Leistungsverzeichnisses (Lose 1-9) wird

festgehalten:

Bei einem Angebot für mehrere Lose muss der Bieter die geforderten Personalausstattungen für jedes angebotene Los nachweisen. Daher sind die Personalausstattungen der angebotenen Lose kumuliert nachzuweisen.

Beispiel: Der Bieter bietet Los 1 und Los 2 an. In diesem Fall hat der Bieter daher die geforderte Personalausstattung für das Los 1 und zusätzlich jene für das Los 2 nachzuweisen.

und der Bestimmung der 2. Berichtigung

Punkt 1.2.1 - 1.2.6 "Besondere Ausschreibungsbestimmungen"

Frage:

Bei den Punkten 1.2.1 - 1.2.6 auf Seite 20 und 21 in Teil "B1 Allgemeine Ausschreibungsbestimmungen" bleibt offen, nach welchen Kriterien der Auftraggeber entscheidet, welches Los ein Bieter bekommt, wenn der Bieter beispielsweise bei Los 1, Los

3, Los 5, Los 6 und Los 7 anbietet und bei allen Billigstbieter ist, aber nur die Kriterien für 3 der angebotenen Lose erfüllt (Umsatz, Personal etc.). Wird dies falls ein Zuschlag für diese 3 Lose erteilt oder scheidet der Bieter gänzlich aus?

Angenommen ein Bieter bietet Los 1, 3, 5, 6, 7 an, erfüllt jedoch nur die Kriterien für 3 Lose. Der Bieter ist bei Los 1 und 6 Billigstbieter. Werden die Kriterien nur für die Lose herangezogen, bei denen der Bieter Billigstbieter ist oder muss der Bieter trotzdem bei allen Losen die Kriterien erfüllen (Umsatz, Personal etc.)?

Sind die im Leistungsverzeichnis angeführten Kriterien (Umsatz, Personal und Maschinen) ein Ausscheidungskriterium? Sprich, wenn eines den gewünschten Anforderungen nicht entspricht, scheidet der Bieter dann aus? Müssen die verlangten Nachweise am Tage der Angebotseröffnung vorhanden sein?

Antwort:

Der Bieter muss für jedes angebotene Los zB Umsatz, Personal und Gerätschaft bekannt geben. Personal und Gerätschaft darf nicht mehrfach genannt werden.

Beispiel 1:

Angebot für Los 1:

Gefordertes Personal:

10 Mitarbeiter, jedoch mindestens 4 Fachkräfte für Bodenmarkierung, z. B. Maier, Müller, Huber, Schmidt

Geforderte Gerätschaft:

Mindestens 2 Markierungsmaschinen

Geforderter Umsatz:

€ 1.000.000,-

Beispiel 2:

Angebot für Los 2:

Gefordertes Personal:

14 Mitarbeiter, jedoch mindestens 5 Fachkräfte für Bodenmarkierung, z. B. Fischer, Schlosser, Kaiser, Schuster, Schneider

Geforderte Gerätschaft:

Mindestens 3 Markierungsmaschinen

Geforderter Umsatz:

€ 1.570.000,-

Bietet der Bieter Los 1 und 2 an, so muss er insgesamt mindestens 9 Fachkräfte für Bodenmarkierungen, 5 Markierungsmaschinen und einen Gesamtumsatz von € 2.570.000,- nachweisen.

Die Nachweise müssen für jedes Los einzeln erbracht werden.

Eine Mehrfachnennung des Personals und der Gerätschaft ist nicht gestattet. D.h. die Fachkräfte für Bodenmarkierungsarbeiten (Maier, Müller, Huber und Schmidt) können nur in einem Los genannt werden, jedoch nicht in mehreren Losen. Dies gilt ebenso auch für die Gerätschaften.

Bietet ein Bieter beispielsweise bei fünf verschiedenen Losen an, kann jedoch die geforderte Personal- und Geräteausstattung sowie die Umsatzzahlen nur in drei Losen in der geforderten Höhe pro Los nachweisen, so kommt er bei keinem Los für eine Auftragserteilung in Betracht.

Die im Leistungsverzeichnis geforderte Eignung muss zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen. Bei Nichtvorliegen der geforderten Eignung, wird das Angebot ausgeschieden."

ergibt sich wie folgt:

Bei den Vorgaben hinsichtlich der Personalausstattung Punkt 00B104C des Leistungsverzeichnisses bezüglich der Lose 1, 2 und 4, welche von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angeboten wurden, handelt es sich um von der Auftraggeberin geforderte Nachweise der technischen Leistungsfähigkeit gemäß § 75 Abs. 6 Z 6 BVergG und damit um Eignungsanforderungen im Sinne des § 69 Z 1 BVergG, welche beim offenen Verfahren, wie im gegenständlichen Fall, zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen müssen. Zumal die präsumtive Zuschlagsempfängerin ein Angebot für Los 1, Los 2 und Los 4 gelegt hat, bedeutet dies, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin als Mindestanforderung insbesondere den Nachweis über zumindest insgesamt 34 Mitarbeiter im jährlichen Mittel der letzten drei Jahre zu erbringen hat. Der objektive Erklärungswert der Bestimmung des Punktes 00B104C des Leistungsverzeichnisses "es ist

gemäß Formblatt "Erklärung personelle Ausstattung" der Nachweis des jährlichen Mittels der Mitarbeiter in den letzten drei Jahren (bzw. für den seit Unternehmungsgründung bestehenden Zeitraum bei Unternehmen, die jünger als drei Jahre sind) zu erbringen" kann nur so verstanden werden, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin im Jahr 2011, 2012 und 2013 im jährlichen Mittel jeweils über 34 Mitarbeiter verfügen muss, um den geforderten Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit hinsichtlich der Personalausstattung zu erbringen. Entsprechend dem objektiven Erklärungswert der Ausschreibungsbestimmungen würde es daher zum Beispiel zur Erfüllung der Forderung der Ausschreibung von insgesamt 34 Mitarbeiter im jährlichen Mittel der letzten drei Jahre nicht genügen, wenn ein Bieter nachweisen könnte, dass er im jährlichen Mittel des Jahres 2011 über 50 Mitarbeiter, 2012 über 30 Mitarbeiter und 2013 über 25 Mitarbeiter verfügt, diese Mitarbeiterstände der drei Jahre aufsummiert und durch drei dividiert, sodass sich in diesem Falle ein Mitarbeiterstand von durchschnittlich 34 errechnen würde. Vielmehr ist der Formulierung, "des jährlichen Mittels der Mitarbeiter in den letzten drei Jahren" zu entnehmen, dass die Eignungsanforderung hinsichtlich der personellen Ausstattung nur dann erfüllt ist, wenn ein Bieter nachweisen kann, dass er im Jahr 2011 über durchschnittlich Bei den Vorgaben hinsichtlich der Personalausstattung Punkt 00B104C des Leistungsverzeichnisses bezüglich der Lose 1, 2 und 4, welche von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angeboten wurden, handelt es sich um von der Auftraggeberin geforderte Nachweise der technischen Leistungsfähigkeit gemäß Paragraph 75, Absatz 6, Ziffer 6, BVergG und damit um Eignungsanforderungen im Sinne des Paragraph 69, Ziffer eins, BVergG, welche beim offenen Verfahren, wie im gegenständlichen Fall, zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen müssen. Zumal die präsumtive Zuschlagsempfängerin ein Angebot für Los 1, Los 2 und Los 4 gelegt hat, bedeutet dies, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin als Mindestanforderung insbesondere den Nachweis über zumindest insgesamt 34 Mitarbeiter im jährlichen Mittel der letzten drei Jahre zu erbringen hat. Der objektive Erklärungswert der Bestimmung des Punktes 00B104C des Leistungsverzeichnisses "es ist gemäß Formblatt "Erklärung personelle Ausstattung" der Nachweis des jährlichen Mittels der Mitarbeiter in den letzten drei Jahren (bzw. für den seit Unternehmungsgründung bestehenden Zeitraum bei Unternehmen, die jünger als drei Jahre sind) zu erbringen" kann nur so verstanden werden, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin im Jahr 2011, 2012 und 2013 im jährlichen Mittel jeweils über 34 Mitarbeiter verfügen muss, um den geforderten Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit hinsichtlich der Personalausstattung zu erbringen. Entsprechend dem objektiven Erklärungswert der Ausschreibungsbestimmungen würde es daher zum Beispiel zur Erfüllung der Forderung der Ausschreibung von insgesamt 34 Mitarbeiter im jährlichen Mittel der letzten drei Jahre nicht genügen, wenn ein Bieter nachweisen könnte, dass er im jährlichen Mittel des Jahres 2011 über 50 Mitarbeiter, 2012 über 30 Mitarbeiter und 2013 über 25 Mitarbeiter verfügt, diese Mitarbeiterstände der drei Jahre aufsummiert und durch drei dividiert, sodass sich in diesem Falle ein Mitarbeiterstand von durchschnittlich 34 errechnen würde. Vielmehr ist der Formulierung, "des jährlichen Mittels der Mitarbeiter in den letzten drei Jahren" zu entnehmen, dass die Eignungsanforderung hinsichtlich der personellen Ausstattung nur dann erfüllt ist, wenn ein Bieter nachweisen kann, dass er im Jahr 2011 über durchschnittlich

zumindest 34 Mitarbeiter, im Jahr 2012 über durchschnittlich

zumindest 34 Mitarbeiter und im Jahr 2013 über durchschnittlich zumindest 34 Mitarbeiter verfügt. Wie den Feststellungen zu entnehmen ist, erfüllt die präsumtive Zuschlagsempfängerin zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung diese Mindestanforderungen der Eignung nicht.

Wie bereits an obiger Stelle ausgeführt, sind auch Erklärungen des Bieters, wie auch dessen Angebot, nach dem objektiven Erklärungswert auszulegen. Dem Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin war das zwingend mit dem Angebot abzugebende Formblatt "Subunternehmerverzeichnis" angeschlossen, wobei von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin in diesem Formblatt angekreuzt wurde, dass Subunternehmer für wesentliche Teile des Auftrages vorgesehen sind. In diesem Formblatt findet sich eine Auflistung von fünf Subunternehmern mit der prozentuellen Angabe der Sub- Leistung und der jeweiligen konkreten Bezeichnung der von den Subunternehmern auszuführenden Leistungsteilen. Von diesen Subunternehmen wurde auch das Formblatt "Verpflichtungserklärung des Subunternehmers" unterfertigt, in welchem sich die genaue Beschreibung der im Auftragsfall auszuführenden Aufgaben findet.

Die jeweiligen Subunternehmer gaben diesbezüglich die nachfolgende Erklärung ab "wir geben hiermit die ausdrückliche, verbindliche und unwiderrufliche Zusage gegenüber dem Bieter XXXX ab, die in Punkt drei angegeben Leistungen im Falle der Zuschlagserteilung zu erbringen". Im Formblatt "Subunternehmerverzeichnis" ist auch die Firma XXXX angeführt. Dem Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ist auch das Formblatt "Verbindlicher

Personaleinsatzplan" angeschlossen, in welchem das jeweilige Schlüsselpersonal der präsumtiven Zuschlagsempfängerin selbst, als auch der Firma XXXX genannt wurde. Auch im Formblatt "Erklärung Mindestumsatz" findet sich der Name der präsumtiven Zuschlagsempfängerin selbst und der Firma XXXX. Dem Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ebenso angeschlossen war das Formblatt "Erklärung personelle Ausstattung" in welchen wiederum ausschließlich die präsumtive Zuschlagsempfängerin selbst und die Firma XXXX zum Nachweis der entsprechenden personellen Ausstattung gemäß den Eignungskriterien in Teil B.1 genannt wurden. Diesem Formblatt angeschlossen waren Arbeitskräftelisten ab dem Jahre 2011 sowohl für die präsumtive Zuschlagsempfängerin selbst, als auch für die Firma XXXX, wobei diese Listen sowohl von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin selbst, als auch von XXXX jeweils firmenmäßig gestempelt und unterfertigt wurden. Die jeweiligen Subunternehmer gaben diesbezüglich die nachfolgende Erklärung ab "wir geben hiermit die ausdrückliche, verbindliche und unwiderrufliche Zusage gegenüber dem Bieter römisch 40 ab, die in Punkt drei angegeben Leistungen im Falle der Zuschlagserteilung zu erbringen". Im Formblatt "Subunternehmerverzeichnis" ist auch die Firma römisch 40 angeführt. Dem Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ist auch das Formblatt "Verbindlicher Personaleinsatzplan" angeschlossen, in welchem das jeweilige Schlüsselpersonal der präsumtiven Zuschlagsempfängerin selbst, als auch der Firma römisch 40 genannt wurde. Auch im Formblatt "Erklärung Mindestumsatz" findet sich der Name der präsumtiven Zuschlagsempfängerin selbst und der Firma römisch 40. Dem Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ebenso angeschlossen war das Formblatt "Erklärung personelle Ausstattung" in welchen wiederum ausschließlich die präsumtive Zuschlagsempfängerin selbst und die Firma römisch 40 zum Nachweis der entsprechenden personellen Ausstattung gemäß den Eignungskriterien in Teil B.1 genannt wurden. Diesem Formblatt angeschlossen waren Arbeitskräftelisten ab dem Jahre 2011 sowohl für die präsumtive Zuschlagsempfängerin selbst, als auch für die Firma römisch 40, wobei diese Listen sowohl von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin selbst, als auch von römisch 40 jeweils firmenmäßig gestempelt und unterfertigt wurden.

Dem Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ist, dem objektiven Erklärungswert desselben entsprechend, unzweifelhaft zu entnehmen, dass sich die präsumtive Zuschlagsempfängerin zur Erfüllung der geforderten Eignungskriterien hinsichtlich der technischen, aber auch wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit ausschließlich auf die Ressourcen des weiteren genannten Unternehmens XXXX berufen hat und nicht beabsichtigt und vereinbart war, sich allfällig zum Nachweis der Eignung auch auf die Leistungsfähigkeit der weiteren vier im Angebot für konkrete Leistungsteile namhaft gemachten Subunternehmer zu stützen. Dem Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ist, dem objektiven Erklärungswert desselben entsprechend, unzweifelhaft zu entnehmen, dass sich die präsumtive Zuschlagsempfängerin zur Erfüllung der geforderten Eignungskriterien hinsichtlich der technischen, aber auch wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit ausschließlich auf die Ressourcen des weiteren genannten Unternehmens römisch 40 berufen hat und nicht beabsichtigt und vereinbart war, sich allfällig zum Nachweis der Eignung auch auf die Leistungsfähigkeit der weiteren vier im Angebot für konkrete Leistungsteile namhaft gemachten Subunternehmer zu stützen.

Diese Auslegung des objektiven Erklärungswerts des Angebots der präsumtiven Zuschlagsempfängerin hinsichtlich der Erfüllung der Eignungskriterien der personellen Ausstattung, wurde auch von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin selbst im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 12.03.2015 dahingehend untermauert, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin ausführte, dass sie außer mit der Firma XXXX vor Angebotslegung mit keinem weiteren Subunternehmer über deren Mitarbeiteranzahl in den letzten Jahre gesprochen hat. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin führte auch aus, dass es vor Angebotsöffnung keine Erklärung der weiteren Subunternehmer, bis auf XXXX gab, dass sich die präsumtive Zuschlagsempfängerin zum Ersatz der Eignung, bezüglich der personellen Ausstattung auf deren Mitarbeiterstand berufen kann. Gespräche darüber, dass sich die präsumtive Zuschlagsempfängerin auf den Mitarbeiterstand weiterer Subunternehmer berufen könne, hat es nach Angaben der präsumtiven Zuschlagsempfängerin erst im Zuge der vertieften Angebotsprüfung gegeben. Erst zu diesem Zeitpunkt sind auch von den vier weiteren im Angebot genannten Subunternehmern Auszüge der Gebietskrankenkasse hinsichtlich deren Mitarbeiter übermittelt worden. Diese Auslegung des objektiven Erklärungswerts des Angebots der präsumtiven Zuschlagsempfängerin hinsichtlich der Erfüllung der Eignungskriterien der personellen Ausstattung, wurde auch von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin selbst im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 12.03.2015 dahingehend untermauert, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin ausführte, dass sie außer mit der Firma römisch 40 vor Angebotslegung mit keinem weiteren Subunternehmer über deren Mitarbeiteranzahl in den letzten Jahre gesprochen hat. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin führte auch aus, dass es vor Angebotsöffnung

keine Erklärung der weiteren Subunternehmer, bis auf römisch 40 gab, dass sich die präsumtive Zuschlagsempfängerin zum Ersatz der Eignung, bezüglich der personellen Ausstattung auf deren Mitarbeiterstand berufen kann. Gespräche darüber, dass sich die präsumtive Zuschlagsempfängerin auf den Mitarbeiterstand weiterer Subunternehmer berufen könne, hat es nach Angaben der präsumtiven Zuschlagsempfängerin erst im Zuge der vertieften Angebotsprüfung gegeben. Erst zu diesem Zeitpunkt sind auch von den vier weiteren im Angebot genannten Subunternehmern Auszüge der Gebietskrankenkasse hinsichtlich deren Mitarbeiter übermittelt worden.

Das Vorbringen, sowohl der Auftraggeberin als auch der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, dass sich die präsumtive Zuschlagsempfängerin zum Nachweis der Eignung hinsichtlich der personellen Ausstattung nicht nur auf den ausdrücklich im Formblatt "Erklärung personelle Ausstattung" genannten Subunternehmer XXXX, sondern auf sämtliche im Formblatt "Subunternehmerverzeichnis" genannten weiteren Subunternehmer stützen könne, ob im vollen Umfang oder entsprechend den prozentmäßigen Anteilen der Subunternehmerleistungen an der Auftragssumme, geht bereits aufgrund des ausdrücklichen und unmissverständlichen Erklärungsinhaltes des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, dass sie sich zum Nachweis der personellen Ausstattung ausschließlich auf XXXX beruft, ins Leere und würde nach Angebotsöffnung zu einer unzulässigen Änderung des Angebots der präsumtiven Zuschlagsempfängerin führen. Das Vorbringen, sowohl der Auftraggeberin als auch der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, dass sich die präsumtive Zuschlagsempfängerin zum Nachweis der Eignung hinsichtlich der personellen Ausstattung nicht nur auf den ausdrücklich im Formblatt "Erklärung personelle Ausstattung" genannten Subunternehmer römisch 40, sondern auf sämtliche im Formblatt "Subunternehmerverzeichnis" genannten weiteren Subunternehmer stützen könne, ob im vollen Umfang oder entsprechend den prozentmäßigen Anteilen der Subunternehmerleistungen an der Auftragssumme, geht bereits aufgrund des ausdrücklichen und unmissverständlichen Erklärungsinhaltes des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, dass sie sich zum Nachweis der personellen Ausstattung ausschließlich auf römisch 40 beruft, ins Leere und würde nach Angebotsöffnung zu einer unzulässigen Änderung des Angebots der präsumtiven Zuschlagsempfängerin führen.

Es stellt sich in diesem Zusammenhang, aufgrund des ausdrücklichen Erklärungswertes des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, gar nicht die Frage, hinsichtlich des allfälligen weiteren Vorliegens von Nachweisen der technischen Leistungsfähigkeit gemäß § 75 Abs. 6 Z 6 BVergG, da die präsumtive Zuschlagsempfängerin in ihrem Angebot ausdrücklich zum Ausdruck brachte, sich für den Ersatz der Eignung hinsichtlich der personellen Ausstattung lediglich auf die Firma XXXX zu berufen. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat mit der ausdrücklichen Nennung des Subunternehmers XXXX im Formblatt "Erklärung personelle Ausstattung" und Vorlage der vom Subunternehmen XXXX gefertigten Arbeitskräftelisten den Nachweis erbracht, dass sich die präsumtive Zuschlagsempfängerin auf die Kapazität des Subunternehmers XXXX im Sinne des § 76 BVergG berufen kann. Es stellt sich in diesem Zusammenhang, aufgrund des ausdrücklichen Erklärungswertes des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, gar nicht die Frage, hinsichtlich des allfälligen weiteren Vorliegens von Nachweisen der technischen Leistungsfähigkeit gemäß Paragraph 75, Absatz 6, Ziffer 6, BVergG, da die präsumtive Zuschlagsempfängerin in ihrem Angebot ausdrücklich zum Ausdruck brachte, sich für den Ersatz der Eignung hinsichtlich der personellen Ausstattung lediglich auf die Firma römisch 40 zu berufen. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat mit der ausdrücklichen Nennung des Subunternehmers römisch 40 im Formblatt "Erklärung personelle Ausstattung" und Vorlage der vom Subunternehmen römisch 40 gefertigten Arbeitskräftelisten den Nachweis erbracht, dass sich die präsumtive Zuschlagsempfängerin auf die Kapazität des Subunternehmers römisch 40 im Sinne des Paragraph 76, BVergG berufen kann.

Auch ist darauf hinzuweisen, dass gemäß § 108 Abs 1 Z 2 BVergG beim erforderlichen Subunternehmer der Nachweis der Verfügungsmöglichkeit über die Kapazitäten anderer Unternehmen zum Ersatz der Eignung vom Bieter bereits dem Angebot beizuschließen ist. Dieses Erfordernis hat die präsumtive Zuschlagsempfängerin lediglich hinsichtlich der Firma XXXX erfüllt. Auch ist darauf hinzuweisen, dass gemäß Paragraph 108, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG beim erforderlichen Subunternehmer der Nachweis der Verfügungsmöglichkeit über die Kapazitäten anderer Unternehmen zum Ersatz der Eignung vom Bieter bereits dem Angebot beizuschließen ist. Dieses Erfordernis hat die präsumtive Zuschlagsempfängerin lediglich hinsichtlich der Firma römisch 40 erfüllt.

Da dem Vergabeakt zu entnehmen ist, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin alleine nicht über die Leistungsfähigkeit hinsichtlich der personellen Ausstattung verfügt, handelt es sich bei dem Subunternehmer, auf den

sich die präsumtive Zuschlagsempfängerin zum Nachweis ihrer Eignung in Form der technischen Leistungsfähigkeit stützen muss, um einen erforderlichen Subunternehmer.

Beim erforderlichen Subunternehmer ist nicht nur die Beilage der erforderlichen Bescheinigungen und Nachweise gefordert, dass der Bieter über deren Kapazität verfügt, sondern hat der VwGH zum erforderlichen Subunternehmen ausgesprochen, dass vom Auftraggeber im Rahmen der Prüfung der Leistungsfähigkeit des Bieters, neben der Eignung des Subunternehmers, auch zu prüfen ist, ob der Bieter tatsächlich über die dem Subunternehmer zustehenden Mittel, die er nicht selbst besitzt und die zur Ausführung des Auftrages erforderlich sind, verfügt. (VwGH 29.05.2002, 2002/04/0023).

Gerade dieser vorher genannte Nachweis, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin zum Zeitpunkt der Angebotslegung über die Kapazitäten hinsichtlich der personellen Ausstattung der letzten drei Jahre der weiteren im Angebot genannten Subunternehmer verfügen konnte, konnte von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht erbracht werden. Dies wird dadurch belegt, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin in der mündlichen Verhandlung vom 12.03.2015 selbst zugestand, dass es mit den weiteren im Angebot genannten Subunternehmern vor Angebotsöffnung keine Gespräche und damit denkbare keine Vereinbarung gab, dass sich die präsumtive Zuschlagsempfängerin zum Nachweis der Eignung hinsichtlich der personellen Ausstattung auch auf deren Ressourcen stützen kann.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass es einem Bieter, der nicht selbst die für die Teilnahme an dem Vergabeverfahren erforderlichen Mindestvoraussetzungen erfüllt, frei steht - gerade auch durch die Subunternehmerregelung -, sich gegenüber dem Auftraggeber auf die Leistungsfähigkeit Dritter zu berufen, die er in Anspruch nehmen will, wenn ihm der Auftrag erteilt wird (vgl. EuGH vom 2. Dezember 1999, Rechtssache C-176/98 Holst Italia/Cagliari, Rz 27). Wenn nun § 19 BVergG bestimmt, dassIn diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass es einem Bieter, der nicht selbst die für die Teilnahme an dem Vergabeverfahren erforderlichen Mindestvoraussetzungen erfüllt, frei steht - gerade auch durch die Subunternehmerregelung -, sich gegenüber dem Auftraggeber auf die Leistungsfähigkeit Dritter zu berufen, die er in Anspruch nehmen will, wenn ihm der Auftrag erteilt wird vergleiche EuGH vom 2. Dezember 1999, Rechtssache C-176/98 Holst Italia/Cagliari, Rz 27). Wenn nun Paragraph 19, BVergG bestimmt, dass

"Aufträge über Leistungen ... an - spätestens zum Zeitpunkt der

Angebotseröffnung - befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu vergeben" sind, so ist bei einer Beurteilung dieser Frage - wenn sich der Bieter auf die Leistungsfähigkeit Dritter beruft - auch zu prüfen, ob er tatsächlich über die diesem Dritten zustehenden Mittel, die er nicht selbst besitzt und die zur Ausführung des Auftrags erforderlich sind, verfügt (vgl. nochmals EuGH vom 2. Dezember 1999, Rechtssache C-176/98 Holst Italia/Cagliari, Rz 29). Gerade der Beschwerdefall zeigt im Zusammenhang mit dem Ersatz der Eignung hinsichtlich der technischen Leistungsfähigkeit in Zusammenhang mit der personellen Ausstattung der letzten drei Jahre, dass dann, wenn es dem Bieter erlaubt wäre, Subunternehmer auch nach Angebotseröffnung namhaft zu machen, es dem Auftraggeber verwehrt wäre, die Eignung des Bieters (zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung - vgl. § 19 Abs. 1 BVergG) - in Ansehung einer Substitution der Leistungsfähigkeit des Bieters durch diejenige eines Subunternehmers - entsprechend zu beurteilen. Angebotseröffnung - befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu vergeben" sind, so ist bei einer Beurteilung dieser Frage - wenn sich der Bieter auf die Leistungsfähigkeit Dritter beruft - auch zu prüfen, ob er tatsächlich über die diesem Dritten zustehenden Mittel, die er nicht selbst besitzt und die zur Ausführung des Auftrags erforderlich sind, verfügt vergleiche nochmals EuGH vom 2. Dezember 1999, Rechtssache C-176/98 Holst Italia/Cagliari, Rz 29). Gerade der Beschwerdefall zeigt im Zusammenhang mit dem Ersatz der Eignung hinsichtlich der technischen Leistungsfähigkeit in Zusammenhang mit der personellen Ausstattung der letzten drei Jahre, dass dann, wenn es dem Bieter erlaubt wäre, Subunternehmer auch nach Angebotseröffnung namhaft zu machen, es dem Auftraggeber verwehrt wäre, die Eignung des Bieters (zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung - vergleiche Paragraph 19, Absatz eins, BVergG) - in Ansehung einer Substitution der Leistungsfähigkeit des Bieters durch diejenige eines Subunternehmers - entsprechend zu beurteilen.

Daran ändert im gegenständlichen Fall auch der Umstand nichts, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger im Zuge der vertieften Angebotsprüfung versucht, seine mangelnde Eignung hinsichtlich der personellen Ausstattung durch Berufung auf weitere im Angebot genannte Subunternehmer zu substituieren, da es bezüglich dieser weiteren 4

Subunternehmer gerade keinen Nachweis zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung gibt, dass der Bieter über deren Kapazitäten hinsichtlich der durchschnittlichen Mitarbeiter der letzten drei Jahre verfügt. Die im Vergabeakt erliegenden Verpflichtungserklärungen der Subunternehmer beziehen sich ausschließlich auf die Phase der allfälligen Auftragsdurchführung und nicht auf die Vergangenheit, wie bei der personellen Ausstattung der letzten drei Jahre gefordert. Die Auftraggeberin konnte daher bei Angebotsöffnung nicht prüfen, ob die Eignung des Bieters und der weiteren 4 Subunternehmer, außer XXXX, hinsichtlich der Substitution der Eignung gegeben war. Daran ändert im gegenständlichen Fall auch der Umstand nichts, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger im Zuge der vertieften Angebotsprüfung versucht, seine mangelnde Eignung hinsichtlich der personellen Ausstattung durch Berufung auf weitere im Angebot genannte Subunternehmer zu substituieren, da es bezüglich dieser weiteren 4 Subunternehmer gerade keinen Nachweis zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung gibt, dass der Bieter über deren Kapazitäten hinsichtlich der durchschnittlichen Mitarbeiter der letzten drei Jahre verfügt. Die im Vergabeakt erliegenden Verpflichtungserklärungen der Subunternehmer beziehen sich ausschließlich auf die Phase der allfälligen Auftragsdurchführung und nicht auf die Vergangenheit, wie bei der personellen Ausstattung der letzten drei Jahre gefordert. Die Auftraggeberin konnte daher bei Angebotsöffnung nicht prüfen, ob die Eignung des Bieters und der weiteren 4 Subunternehmer, außer römisch 40, hinsichtlich der Substitution der Eignung gegeben war.

Gemäß § 69 Z 1 BVergG muss beim offenen Verfahren die Leistungsfähigkeit spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen. Gemäß Paragraph 69, Ziffer eins, BVergG muss beim offenen Verfahren die Leistungsfähigkeit spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen.

Wird diese Forderung nicht erfüllt und haftet daher dem Angebot ein Mangel an, so ist zu unterscheiden, ob im genannten Zeitpunkt die Leistungsfähigkeit - als solche - fehlt (in diesem Fall lege ein unbehebbarer Mangel vor) oder ob es bloß am Nachweis der - im maßgeblichen Zeitpunkt an sich bereits bestehenden - Leistungsfähigkeit mangelt (dabei handelt es sich um einen behebbaren Mangel) vgl. VwGH 03.09.2008, 2007/04/0017, 11.11.2009, 2009/04/0203. Wird diese Forderung nicht erfüllt und haftet daher dem Angebot ein Mangel an, so ist zu unterscheiden, ob im genannten Zeitpunkt die Leistungsfähigkeit - als solche - fehlt (in diesem Fall lege ein unbehebbarer Mangel vor) oder ob es bloß am Nachweis der - im maßgeblichen Zeitpunkt an sich bereits bestehenden - Leistungsfähigkeit mangelt (dabei handelt es sich um einen behebbaren Mangel) vergleiche VwGH 03.09.2008, 2007/04/0017, 11.11.2009, 2009/04/0203.

Im gegenständlichen Fall handelt es sich, um einen unbehebbarer Mangel, da der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zusammen mit dem eignungsrelevanten Subunternehmer XXXX die Mindestanforderungen hinsichtlich der Eignungskriterien der personellen Ausstattung zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung fehlten. Da die präsumtive Zuschlagsempfängerin zusammen mit dem Subunternehmer XXXX die von der Auftraggeberin in der Ausschreibung als Eignungskriterium geforderte Mindestanzahl an Arbeitnehmern im jährlichen Mittel zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung nicht erreichte, wären die Angebote der präsumtiven Zuschlagsempfängerin im Los 1, 2 und 4 gemäß § 129 Abs. 1 Z 2 BVergG auszuschneiden gewesen. Im gegenständlichen Fall handelt es sich, um einen unbehebbarer Mangel, da der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zusammen mit dem eignungsrelevanten Subunternehmer römisch 40 die Mindestanforderungen hinsichtlich der Eignungskriterien der personellen Ausstattung zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung fehlten. Da die präsumtive Zuschlagsempfängerin zusammen mit dem Subunternehmer römisch 40 die von der Auftraggeberin in der Ausschreibung als Eignungskriterium geforderte Mindestanzahl an Arbeitnehmern im jährlichen Mittel zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung nicht erreichte, wären die Angebote der präsumtiven Zuschlagsempfängerin im Los 1, 2 und 4 gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG auszuschneiden gewesen.

Im gegenständlichen Fall kann es sich nur um einen unbehebbarer Mangel handeln, dessen Behebung nach Angebotsöffnung zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung des Bieters führen würde, da im gegenständlichen Falle eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbieterinnen materiell verbessern würde. (vgl. VwGH vom 25.02.2004, 2003/04/0186). Dieser Umstand wird auch durch die Aussage der präsumtiven Zuschlagsempfängerin in der Verhandlung vom 12.03.2015 belegt, wonach sie vor Angebotsöffnung mit den weiteren Subunternehmerinnen nicht über die Möglichkeit der Berufung auf deren Kapazitäten hinsichtlich der personellen Ausstattung gesprochen hat. Würde man der präsumtiven Zuschlagsempfängerin in diesem Fall eine Verbesserungsmöglichkeit einräumen, würde dies bedeuten, dass sie für die Ausarbeitung ihres Angebotes eine längere Zeit zur Verfügung hätte, als diese den weiteren Mitbewerberinnen zur Verfügung gestanden hat, da die

präsumtive Zuschlagsempfängerin mit den weiteren Subunternehmern erst über die Modalitäten, unter denen sie sich auf deren Kapazitäten stützen kann, verhandeln müsste. (vgl. VwGH vom 25.02.2004, 2003/04/0186). Im gegenständlichen Fall kann es sich nur um einen unbehebbarer Mangel handeln, dessen Behebung nach Angebotsöffnung zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung des Bieters führen würde, da im gegenständlichen Falle eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbieterinnen materiell verbessern würde. vergleiche VwGH vom 25.02.2004, 2003/04/0186). Dieser Umstand wird auch durch die Aussage der präsumtiven Zuschlagsempfängerin in der Verhandlung vom 12.03.2015 belegt, wonach sie vor Angebotsöffnung mit den weiteren Subunternehmern nicht über die Möglichkeit der Berufung auf deren Kapazitäten hinsichtlich der personellen Ausstattung gesprochen hat. Würde man der präsumtiven Zuschlagsempfängerin in diesem Fall eine Verbesserungsmöglichkeit einräumen, würde dies bedeuten, dass sie für die Ausarbeitung ihres Angebotes eine längere Zeit zur Verfügung hätte, als diese den weiteren Mitbewerbern zur Verfügung gestanden hat, da die präsumtive Zuschlagsempfängerin mit den weiteren Subunternehmern erst über die Modalitäten, unter denen sie sich auf deren Kapazitäten stützen kann, verhandeln müsste. vergleiche VwGH vom 25.02.2004, 2003/04/0186).

Liegt auch nur ein Ausscheidungsgrund vor, ist der Auftraggeber zum Ausscheiden des betreffenden Angebotes verpflichtet. Dabei kommt dem Auftraggeber kein Ermessen zu (vgl. VwGH 18.05.2005, 2004/04/0040). Liegt auch nur ein Ausscheidungsgrund vor, ist der Auftraggeber zum Ausscheiden des betreffenden Angebotes verpflichtet. Dabei kommt dem Auftraggeber kein Ermessen zu (vergleiche VwGH 18.05.2005, 2004/04/0040).

Es steht nicht in der Disposition der Auftraggeberin von Ausscheidenstatbeständen nach ihrem Ermessen Gebrauch zu machen. Die Bindung der für eine Zuschlagserteilung in Frage kommenden Angebote an die Ausschreibung ist für die Gleichbehandlung der Bieter im Sinne des § 19 Abs. 1 BVergG entscheidend [vgl. dazu EuGH 25.04.1996, Rs C-87/94 (Wallonische Busse, RZ 89, wonach eine Abweichung von den in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen eine Verletzung wesentlicher Grundsätze des Vergabeverfahrens darstellt; jüngst EuGH 06.11.2014, Rs C-42/13, Cartiera dell- Adda SpA gegen CEM Ambiente SpA)]. Es steht nicht in der Disposition der Auftraggeberin von Ausscheidenstatbeständen nach ihrem Ermessen Gebrauch zu machen. Die Bindung der für eine Zuschlagserteilung in Frage kommenden Angebote an die Ausschreibung ist für die Gleichbehandlung der Bieter im Sinne des Paragraph 19, Absatz eins, BVergG entscheidend [vgl. dazu EuGH 25.04.1996, Rs C-87/94 (Wallonische Busse, RZ 89, wonach eine Abweichung von den in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen eine Verletzung wesentlicher Grundsätze des Vergabeverfahrens darstellt; jüngst EuGH 06.11.2014, Rs C-42/13, Cartiera dell- Adda SpA gegen CEM Ambiente SpA)].

Alleine deshalb, weil der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für den Zuschlag von einem formalen Ausscheiden eines Angebotes Abstand genommen hat, wird ein auszuschheidendes Angebot nicht zu einem zulässigen Angebot, dem der Zuschlag erteilt werden kann (vgl. VwGH 27.09.2000, 2000/04/0050; ebenso BVA 23.07.2004, 14F-09/03-18; 23.07.2004, 14N-64/03-22, 28.01.2005, 04N-131/04-38 und andere). Alleine deshalb, weil der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für den Zuschlag von einem formalen Ausscheiden eines Angebotes Abstand genommen hat, wird ein auszuschheidendes Angebot nicht zu einem zulässigen Angebot, dem der Zuschlag erteilt werden kann (vergleiche VwGH 27.09.2000, 2000/04/0050; ebenso BVA 23.07.2004, 14F-09/03-18; 23.07.2004, 14N-64/03-22, 28.01.2005, 04N-131/04-38 und andere).

Da das Vorliegen eines zwingenden Ausscheidungsgrundes festgestellt wurde, welcher entsprechend den bestandfesten Vorgaben der Ausschreibung zum Ausscheiden der Angebote der präsumtiven Zuschlagsempfängerin in den Losen 1, 2 und 4 führen muss, war auf das weitere Vorbringen der Parteien nicht weiter einzugehen.

Da die angefochtene Entscheidung hinsichtlich der Lose 1 und 4, in Folge der rechtswidrigen Unterlassung des Ausscheidens des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, die Erstantragstellerin in den von ihr geltend gemachten Rechten verletzt und - wie oben aufgezeigt - mit Rechtswidrigkeit behaftet ist, die für den Ausgang des Vergabeverfahrens gemäß § 325 Abs. 1 Z 2 BVergG von wesentlichem Einfluss ist, da nicht auszuschließen ist, dass in der Folge ein anderer Bieter als präsumtiver Zuschlagsempfänger in Frage kommt (vgl. dazu VwGH 20.12.2005, 2004/04/0130; 24.02.2006, 2004/04/0127), ist die angefochtene Entscheidung für nichtig zu erklären. Da die angefochtene Entscheidung hinsichtlich der Lose 1 und 4, in Folge der rechtswidrigen Unterlassung des Ausscheidens des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, die Erstantragstellerin in den von ihr geltend gemachten Rechten verletzt und - wie oben aufgezeigt - mit Rechtswidrigkeit behaftet ist, die für den Ausgang des Vergabeverfahrens gemäß Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG von wesentlichem Einfluss ist, da nicht auszuschließen ist, dass in der Folge ein anderer Bieter als präsumtiver Zuschlagsempfänger in Frage kommt

vergleiche dazu VwGH 20.12.2005, 2004/04/0130; 24.02.2006, 2004/04/0127), ist die angefochtene Entscheidung für nichtig zu erklären.

Da die angefochtene Entscheidung hinsichtlich des Loses 2, in Folge der rechtswidrigen Unterlassung des Ausscheidens des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, die Zweitantragstellerin in den von ihr geltend gemachten Rechten verletzt und - wie oben aufgezeigt - mit Rechtswidrigkeit behaftet ist, die für den Ausgang des Vergabeverfahrens gemäß § 325 Abs. 1 Z 2 BVerfG von wesentlichem Einfluss ist, da nicht auszuschließen ist, dass in der Folge ein anderer Bieter als präsumtiver Zuschlagsempfänger in Frage kommt (vgl. dazu VwGH 20.12.2005, 2004/04/0130; 24.02.2006, 2004/04/0127), ist die angefochtene Entscheidung für nichtig zu erklären. Da die angefochtene Entscheidung hinsichtlich des Loses 2, in Folge der rechtswidrigen Unterlassung des Ausscheidens des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, die Zweitantragstellerin in den von ihr geltend gemachten Rechten verletzt und - wie oben aufgezeigt - mit Rechtswidrigkeit behaftet ist, die für den Ausgang des Vergabeverfahrens gemäß Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVerfG von wesentlichem Einfluss ist, da nicht auszuschließen ist, dass in der Folge ein anderer Bieter als präsumtiver Zuschlagsempfänger in Frage kommt vergleiche dazu VwGH 20.12.2005, 2004/04/0130; 24.02.2006, 2004/04/0127), ist die angefochtene Entscheidung für nichtig zu erklären.

Gemäß § 319 Abs 1 erster Satz BVerfG hat der, vor dem Bundesverwaltungsgericht, wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 leg. cit. zu entrichtenden Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat auch den Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 leg. cit. entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Ein Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 319 Abs 2 leg. cit. besteht auch, wenn dem Nachprüfungsantrag und dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben wurde bzw. dieser nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, erster Satz BVerfG hat der, vor dem Bundesverwaltungsgericht, wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, leg. cit. zu entrichtenden Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat auch den Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, leg. cit. entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Ein Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 319, Absatz 2, leg. cit. besteht auch, wenn dem Nachprüfungsantrag und dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben wurde bzw. dieser nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde.

Wie sich aus dem oben angeführte Spruchpunkt A I. ergibt, hat die Erstantragstellerin im Sinne von § 319 Abs 1 BVerfG obsiegt, sodass die Auftraggeberin im ordnungsgemäß vorgesehenen Ausmaß zum Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, dem mit Beschluss vom 06.02.2015, W138 2100169-1/3E, stattgegeben wurde, zu verpflichten war und dem diesbezüglichen Antrag der Erstantragstellerin stattzugeben war. Wie sich aus dem oben angeführte Spruchpunkt A römisch eins. ergibt, hat die Erstantragstellerin im Sinne von Paragraph 319, Absatz eins, BVerfG obsiegt, sodass die Auftraggeberin im ordnungsgemäß vorgesehenen Ausmaß zum Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, dem mit Beschluss vom 06.02.2015, W138 2100169-1/3E, stattgegeben wurde, zu verpflichten war und dem diesbezüglichen Antrag der Erstantragstellerin stattzugeben war.

Wie sich aus dem oben angeführte Spruchpunkt A III. ergibt, hat die Zweitantragstellerin im Sinne von § 319 Abs 1 BVerfG obsiegt, sodass die Auftraggeberin im ordnungsgemäß vorgesehenen Ausmaß zum Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, dem mit Beschluss vom 06.02.2015, W138 2100171-1/3E, stattgegeben wurde, zu verpflichten war und dem diesbezüglichen Antrag der Zweitantragstellerin stattzugeben war. Wie sich aus dem oben angeführte Spruchpunkt A römisch drei. ergibt, hat die Zweitantragstellerin im Sinne von Paragraph 319, Absatz eins, BVerfG obsiegt, sodass die Auftraggeberin im ordnungsgemäß vorgesehenen Ausmaß zum Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, dem mit Beschluss vom 06.02.2015, W138 2100171-1/3E, stattgegeben wurde, zu verpflichten war und dem diesbezüglichen Antrag der Zweitantragstellerin stattzugeben war.

Die Auftraggeberin hat daher der Zweitantragstellerin gemäß § 319 BVerfG die entrichtete Pauschalgebühr für den unter Aktenzahl W138 2100171-2, protokollierten Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu ersetzen. Die korrekt errechnete Gebühr beträgt gem. § 318 Abs 1 Z 5 BVerfG für den

Nachprüfungsantrag EUR 2.462,- und für den Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung EUR 1.231,-, gesamt sohin EUR 3.693,-. Der zu viel entrichtete Betrag von EUR 308,4,- ist der Zweitantragstellerin zurückzuerstatten. Die Auftraggeberin hat daher der Zweitantragstellerin gemäß Paragraph 319, BVergG die entrichtete Pauschalgebühr für den unter Aktenzahl W138 2100171-2, protokollierten Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu ersetzen. Die korrekt errechnete Gebühr beträgt gem. Paragraph 318, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG für den Nachprüfungsantrag EUR 2.462,- und für den Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung EUR 1.231,-, gesamt sohin EUR 3.693,-. Der zu viel entrichtete Betrag von EUR 308,4,- ist der Zweitantragstellerin zurückzuerstatten.

Zu B) 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 ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung (VwGH 27.09.2000, 2000/04/0050; 20.12.2005, 2004/04/0130; Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung (VwGH 27.09.2000, 2000/04/0050; 20.12.2005, 2004/04/0130;

24.02.2006, 2004/04/0127; 18.05.2005, 2004/04/0040; 03.09.2008, 2007/04/0017, 11.11.2009, 2009/04/0203; 29.05.2002, 2002/04/003/20;

29.03.2006, 2004/040144, 0156, 0157); 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

Angebotsmangel, Angebotsöffnung, Ausscheiden eines Angebotes, Ausscheidensgrund, Bauauftrag, Behebbarkeit von Mängeln, Eignung, Eignungskriterien, fairer Wettbewerb, finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, Gewerbeberechtigung, Grundsatz der Gleichbehandlung, Leistungsfähigkeit, Mängelbehebung, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, Nichtigerklärung, Nichtigerklärung Auftraggeberentscheidung, objektiver Erklärungswert, Obsiegen, offenes Verfahren, öffentlicher Auftraggeber, Pauschalgebührenersatz, Rahmenvereinbarung, Referenzprojekt, Subunternehmer, technische Leistungsfähigkeit, Unbehebbarkeit, Verbesserung der Wettbewerbsstellung, verbesserungsfähiger Mangel, Vergabeverfahren, vertiefte Angebotsprüfung, Zeitpunkt

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2015:W138.2100169.2.00

Zuletzt aktualisiert am

23.06.2015

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at