

TE Bvwg Erkenntnis 2015/3/13 W123 2100032-1

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 13.03.2015

Entscheidungsdatum

13.03.2015

Norm

BVergG 2006 §12 Abs3
BVergG 2006 §126 Abs1
BVergG 2006 §126 Abs2
BVergG 2006 §127
BVergG 2006 §129 Abs1 Z7
BVergG 2006 §129 Abs2
BVergG 2006 §2 Z40
BVergG 2006 §2 Z8
BVergG 2006 §23 Abs1
BVergG 2006 §292 Abs1
BVergG 2006 §3 Abs1 Z2
BVergG 2006 §312 Abs2 Z2
BVergG 2006 §313
BVergG 2006 §318 Abs1
BVergG 2006 §319
BVergG 2006 §320 Abs1
BVergG 2006 §321 Abs1
BVergG 2006 §322 Abs2
BVergG 2006 §4
BVergG 2006 §68 Abs1 Z7
BVergG 2006 §69 Z1
BVergG 2006 §76
B-VG Art.133 Abs4

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 § 126 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 126 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 126 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 126 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. BVergG 2006 § 127 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 23 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
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 § 313 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 313 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2013
1. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 318 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 318 gültig von 20.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 84/2007
6. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.02.2006 bis 19.11.2007
1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

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

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

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

1. BVergG 2006 § 68 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 68 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 68 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 68 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

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

1. BVergG 2006 § 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

Spruch

W123 2100032-1/17E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Dr. Michael ETLINGER als Vorsitzenden sowie die fachkundigen Laienrichter Dr. Friedrich RÖDLER als Mitglieder der Auftraggeberseite und Mag. Hagen PLEILE als Mitglied der Auftragnehmerseite über den Antrag der SP XXXX vertreten durch Autherith Partner Rechtsanwälte, Utzstraße 13, 3500 Krems, betreffend das Vergabeverfahren "9900 Lienz, Maximilianstraße 9-17, BG/BRG; Sanierung Freisportanlage; Sportanlagenbauarbeiten" der Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H., Hintere Zollamtsstraße 1, 1030 Wien, vom 02.02.2015, zu Recht erkannt: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Dr. Michael ETLINGER als Vorsitzenden sowie die fachkundigen Laienrichter Dr. Friedrich RÖDLER als Mitglieder der Auftraggeberseite und Mag. Hagen PLEILE als Mitglied der Auftragnehmerseite über den Antrag der SP römisch 40 vertreten durch Autherith Partner Rechtsanwälte, Utzstraße 13, 3500 Krems, betreffend das Vergabeverfahren "9900 Lienz, Maximilianstraße 9-17, BG/BRG; Sanierung Freisportanlage; Sportanlagenbauarbeiten" der Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H., Hintere Zollamtsstraße 1, 1030 Wien, vom 02.02.2015, zu Recht erkannt:

A)

I.römisch eins.

Der Antrag, "das Bundesverwaltungsgericht möge eine Nachprüfungsverfahren einleiten und durchführen und die Ausscheidensentscheidung betreffend die Antragstellerin vom 27.01.2015 für nichtig erklären", wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 68 Abs. 1 Z 7, 69 Z 1, 76, 126 Abs. 1 und 2, 129 Abs. 2 iVm 312 Abs. 2 Z 2 und 320 Abs. 1 BVergG 2006
Rechtsgrundlage: Paragraphen 68, Absatz eins, Ziffer 7, 69, Ziffer eins, 76, 126, Absatz eins und 2, 129 Absatz 2, in Verbindung mit 312 Absatz 2, Ziffer 2 und 320 Absatz eins, BVergG 2006

II.römisch zwei.

Der Antrag, "das Bundesverwaltungsgericht möge gemäß § 319 BVergG den Ersatz der von der Antragstellerin gemäß § 318 BVergG entrichteten Gebühr binnen 14 Tagen ab Rechtskraft der Entscheidung auftragen", wird abgewiesen. Der Antrag, "das Bundesverwaltungsgericht möge gemäß Paragraph 319, BVergG den Ersatz der von der Antragstellerin gemäß Paragraph 318, BVergG entrichteten Gebühr binnen 14 Tagen ab Rechtskraft der Entscheidung auftragen", wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 319 Abs. 1 BVergG 2006
Rechtsgrundlage: Paragraph 319, Absatz eins, BVergG 2006

B)

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

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang:römisch eins. Verfahrensgang:

1. Mit Schriftsatz vom 02.02.2015 stellte die Antragstellerin die im Spruch ersichtlichen Begehren und brachte im Wesentlichen folgendes vor:

Mit E-Mail vom 29.10.2014 habe die Antragstellerin bekannt gegeben, dass mit dem exklusiven Vertragspartner XXXX GmbH kein Werkvertrag abgeschlossen werde. Die Planung, Einteilung, Disposition und die Verantwortung über die benötigten Geräte und das Personal bleibe bei der Antragstellerin und liege sohin keine Weitergabe an Subunternehmer vor. Die Auftraggeberin behaupte zu Unrecht, dass im Anbot der Antragstellerin kein Antrag auf Genehmigung von Subunternehmern angeschlossen gewesen sei. Die Firma XXXX GmbH sei kein Subunternehmer der Antragstellerin, da die Lieferung von Material keine Subunternehmereigenschaft begründe. Zulieferer seien nämlich nicht als Subunternehmer anzusehen. Angesichts dessen, dass keinerlei sonstige Montageleistungen oder dergleichen von der XXXX GmbH durchgeführt würden, sei diese auch nicht als Subunternehmer tätig. Mit E-Mail vom 29.10.2014 habe die Antragstellerin bekannt gegeben, dass mit dem exklusiven Vertragspartner römisch 40 GmbH kein Werkvertrag abgeschlossen werde. Die Planung, Einteilung, Disposition und die Verantwortung über die benötigten Geräte und das Personal bleibe bei der Antragstellerin und liege sohin keine Weitergabe an Subunternehmer vor. Die Auftraggeberin behaupte zu Unrecht, dass im Anbot der Antragstellerin kein Antrag auf Genehmigung von Subunternehmern angeschlossen gewesen sei. Die Firma römisch 40 GmbH sei kein Subunternehmer der Antragstellerin, da die Lieferung von Material keine Subunternehmereigenschaft begründe. Zulieferer seien nämlich nicht als Subunternehmer anzusehen. Angesichts dessen, dass keinerlei sonstige Montageleistungen oder dergleichen von der römisch 40 GmbH durchgeführt würden, sei diese auch nicht als Subunternehmer tätig.

Die Antragstellerin greife hinsichtlich Personal und Geräte auf einen gemeinsamen Fonds zu; die für die Auftragsausführung erforderlichen Materialien würden durch gemeinschaftlichen Einkauf aufgrund der dadurch erzielten Mengeneffekte günstig gestaltet; - sämtliche Sportplatzbelege seien Produkte aus der XXXX-Produktion. XXXX führe jedoch keine Teile des Auftrages aus. Die Antragstellerin könne aufgrund einer Kooperations- und Lizenzvereinbarung mit XXXX auf einen gemeinsamen Personalfundus und Gerätepark zugreifen; die für die Abwicklung des Auftrages notwendigen Mitarbeiter würden ausschließlich unter Leitung und Verantwortung der Antragstellerin auf deren Rechnung tätig. Die Antragstellerin greife hinsichtlich Personal und Geräte auf einen gemeinsamen Fonds zu; die für die Auftragsausführung erforderlichen Materialien würden durch gemeinschaftlichen Einkauf aufgrund der dadurch erzielten Mengeneffekte günstig gestaltet; - sämtliche Sportplatzbelege seien Produkte aus der XXXX-Produktion. römisch 40 führe jedoch keine Teile des Auftrages aus. Die Antragstellerin könne aufgrund

einer Kooperations- und Lizenzvereinbarung mit römisch 40 auf einen gemeinsamen Personalfundus und Gerätepark zugreifen; die für die Abwicklung des Auftrages notwendigen Mitarbeiter würden ausschließlich unter Leitung und Verantwortung der Antragstellerin auf deren Rechnung tätig.

Im Übrigen handle es sich bei der XXXX GmbH um eine verbundenes Unternehmen. Die Weitergabe von Leistungen an verbundene Unternehmen sei nämlich anders zu beurteilen als eine Weitergabe nach außen. Es handle sich aus vergaberechtlicher Hinsicht daher um keine verschiedenen Rechtspersonen, sondern um eine funktionale Einheit zwischen der Antragstellerin und der XXXX GmbH. XXXX sei auch kein Arbeitskräfteüberlasser. Nicht einmal für den Fall, dass es sich um eine Personalüberlassung handeln würde, wäre diese als Subunternehmer zu qualifizieren, weil die Leistung einer Personalüberlassungsfirma betreffend der reinen Personalüberlassung keine Subunternehmereigenschaft nach der Rechtsprechung des BVA zu begründen vermöge. Im Übrigen handle es sich bei der römisch 40 GmbH um eine verbundenes Unternehmen. Die Weitergabe von Leistungen an verbundene Unternehmen sei nämlich anders zu beurteilen als eine Weitergabe nach außen. Es handle sich aus vergaberechtlicher Hinsicht daher um keine verschiedenen Rechtspersonen, sondern um eine funktionale Einheit zwischen der Antragstellerin und der römisch 40 GmbH. römisch 40 sei auch kein Arbeitskräfteüberlasser. Nicht einmal für den Fall, dass es sich um eine Personalüberlassung handeln würde, wäre diese als Subunternehmer zu qualifizieren, weil die Leistung einer Personalüberlassungsfirma betreffend der reinen Personalüberlassung keine Subunternehmereigenschaft nach der Rechtsprechung des BVA zu begründen vermöge.

Im Übrigen liege auch der behauptete Ausscheidungstatbestand des § 129 Abs. 2 BVergG nicht vor. Die Antragstellerin habe sämtliche relevanten und notwendigen Nachweise vorgelegt, sodass auch aus diesem Grund die nunmehr von der Auftraggeberin offenbar geforderte völlig überschießende Vorlage weiterer Urkunden nicht den Tatbestand des § 129 Abs. 2 BVergG zu erfüllen vermöge. Der Wortlaut des § 129 Abs. 2 BVergG enthalte keinen Hinweis darauf, dass Nachweise vorgelegt werden müssten, sondern lediglich, dass Erklärungen abzugeben seien und diese Aufklärungen auch eine nachvollziehbare Begründung aufweisen müssten. Diesen Erfordernissen sei die Aufklärung der Antragstellerin mit Schreiben vom 15.12.2014 gerecht geworden. Im Übrigen liege auch der behauptete Ausscheidungstatbestand des Paragraph 129, Absatz 2, BVergG nicht vor. Die Antragstellerin habe sämtliche relevanten und notwendigen Nachweise vorgelegt, sodass auch aus diesem Grund die nunmehr von der Auftraggeberin offenbar geforderte völlig überschießende Vorlage weiterer Urkunden nicht den Tatbestand des Paragraph 129, Absatz 2, BVergG zu erfüllen vermöge. Der Wortlaut des Paragraph 129, Absatz 2, BVergG enthalte keinen Hinweis darauf, dass Nachweise vorgelegt werden müssten, sondern lediglich, dass Erklärungen abzugeben seien und diese Aufklärungen auch eine nachvollziehbare Begründung aufweisen müssten. Diesen Erfordernissen sei die Aufklärung der Antragstellerin mit Schreiben vom 15.12.2014 gerecht geworden.

2. Mit Schriftsatz vom 12.02.2015 nahm die Auftraggeberin zum gesamten Antragsvorbringen Stellung.

Gemäß ANKÖ-Auszug seien bei der Antragstellerin lediglich zwei Teilzeitkräfte tätig. Für die Umsetzung des vergabegegenständlichen Bauvorhabens sollen laut eigenen Angaben der Antragstellerin insgesamt 10 Mitarbeiter eingesetzt werden, wovon zur Umsetzung laut eigenen Angaben der Antragstellerin auf 7 Mitarbeiter der Firma XXXX XXXX GmbH zurückgegriffen werde. Umgelegt auf die vergabegegenständlichen Leistungen betreffe dieser Einsatz der Mitarbeiter der Firma XXXX vorwiegend die Ausführungsleistungen der Leistungsgruppe 59 (Sportanlagen im Freien), welche auf Grundlage des Angebots der Antragstellerin wertmäßig einen Anteil von rund 79 % der Angebotssumme ausmache. Gemäß ANKÖ-Auszug seien bei der Antragstellerin lediglich zwei Teilzeitkräfte tätig. Für die Umsetzung des vergabegegenständlichen Bauvorhabens sollen laut eigenen Angaben der Antragstellerin insgesamt 10 Mitarbeiter eingesetzt werden, wovon zur Umsetzung laut eigenen Angaben der Antragstellerin auf 7 Mitarbeiter der Firma römisch 40 römisch 40 GmbH zurückgegriffen werde. Umgelegt auf die vergabegegenständlichen Leistungen betreffe dieser Einsatz der Mitarbeiter der Firma römisch 40 vorwiegend die Ausführungsleistungen der Leistungsgruppe 59 (Sportanlagen im Freien), welche auf Grundlage des Angebots der Antragstellerin wertmäßig einen Anteil von rund 79 % der Angebotssumme ausmache.

Die Antragstellerin habe in ihrer Stellungnahme vom 15.12.2014 im Rahmen der kontradiktorischen Aufklärung gar nicht bestritten, dass von ihr fast ausschließlich Material, Personal und Geräte der Firma XXXX bei der Ausführung der ausschreibungsgegenständlichen Leistungen eingesetzt werden sollen. Die Antragstellerin habe im Übrigen auch eine "Erklärung des Unternehmers gemäß § 76 BVergG 2006" abgegeben. Einer solchen Erklärung über die Berufung auf Kapazitäten anderer Unternehmer bedürfe es aber nur dann, wenn dies zum Nachweis der Leistungsfähigkeit oder

Befugnis notwendig sei. Bei einem reinen Materiallieferanten wäre dies aber per definitionem gerade nicht der Fall. Die seitens der Firma XXXX erbrachten Leistungen würden aber über bloße Hilfsfunktionen weit hinausgehen. Die Antragstellerin habe in ihrer Stellungnahme vom 15.12.2014 im Rahmen der kontradiktorischen Aufklärung gar nicht bestritten, dass von ihr fast ausschließlich Material, Personal und Geräte der Firma römisch 40 bei der Ausführung der ausschreibungsgegenständlichen Leistungen eingesetzt werden sollen. Die Antragstellerin habe im Übrigen auch eine "Erklärung des Unternehmers gemäß Paragraph 76, BVergG 2006" abgegeben. Einer solchen Erklärung über die Berufung auf Kapazitäten anderer Unternehmer bedürfe es aber nur dann, wenn dies zum Nachweis der Leistungsfähigkeit oder Befugnis notwendig sei. Bei einem reinen Materiallieferanten wäre dies aber per definitionem gerade nicht der Fall. Die seitens der Firma römisch 40 erbrachten Leistungen würden aber über bloße Hilfsfunktionen weit hinausgehen.

Es handle sich beim Unternehmen Firma XXXX auch nicht um ein verbundenes Unternehmen. Gemäß § 2 Z 40 BVergG gelte ein Unternehmen dann mit einem anderen Unternehmen verbunden, wenn entweder deren Jahresabschlüsse konsolidiert seien oder ein Unternehmer das andere - mittelbar oder unmittelbar - beherrsche. Es komme dabei also auf die Verbindung im Konzern an. Somit führe nicht schon allein der Umstand, dass ein Unternehmen mit einem anderen Unternehmen auf irgendeine Art rechtsgeschäftlich "verbunden" sei, dazu, dass es sich bei den betroffenen Unternehmen um "verbundene Unternehmen" iSd Bestimmungen des BVergG handle. Es handle sich beim Unternehmen Firma römisch 40 auch nicht um ein verbundenes Unternehmen. Gemäß Paragraph 2, Ziffer 40, BVergG gelte ein Unternehmen dann mit einem anderen Unternehmen verbunden, wenn entweder deren Jahresabschlüsse konsolidiert seien oder ein Unternehmer das andere - mittelbar oder unmittelbar - beherrsche. Es komme dabei also auf die Verbindung im Konzern an. Somit führe nicht schon allein der Umstand, dass ein Unternehmen mit einem anderen Unternehmen auf irgendeine Art rechtsgeschäftlich "verbunden" sei, dazu, dass es sich bei den betroffenen Unternehmen um "verbundene Unternehmen" iSd Bestimmungen des BVergG handle.

Entsprechend der Vorgaben der Ausschreibung seien Subunternehmer bei Angebotsabgabe zu benennen. Bei einer fehlenden Nennung von Subunternehmern im offenen Verfahren handle es sich gemäß ständiger Judikatur um einen unbehebbarer Mangel, insbesondere dann, wenn es sich dabei um eignungsrelevante Subunternehmer gemäß § 76 BVergG handle. Die Antragstellerin sei daher zwingend aus dem gegenständlichen Vergabeverfahren auszuscheiden gewesen. Entsprechend der Vorgaben der Ausschreibung seien Subunternehmer bei Angebotsabgabe zu benennen. Bei einer fehlenden Nennung von Subunternehmern im offenen Verfahren handle es sich gemäß ständiger Judikatur um einen unbehebbarer Mangel, insbesondere dann, wenn es sich dabei um eignungsrelevante Subunternehmer gemäß Paragraph 76, BVergG handle. Die Antragstellerin sei daher zwingend aus dem gegenständlichen Vergabeverfahren auszuscheiden gewesen.

3. Am 04.03.2015 fand vor dem Bundesverwaltungsgericht eine öffentliche mündliche Verhandlung statt. Die Niederschrift lautet auszugsweise:

Die Antragstellerin weist auf die Vereinbarung zwischen ihr und der Firma XXXX hin. Bei den Einbauarbeiten greift man auf die Mitarbeiter der XXXX zurück. Die Geräte, die man selber nicht hat, mietet man auch bei XXXX an. Die Antragstellerin bestätigt, dass die Firma XXXX ein Zulieferer ist. Zur Frage, ob die Firma XXXX ein verbundenes Unternehmen ist, wird ausgeführt, dass es sich insofern um ein verbundenes Unternehmen handelt, da die Antragstellerin mit der Firma XXXX eine Kooperations- und Lizenzvereinbarung getroffen hat, die ein gewisses Exklusivitätsrecht gewährt. Ein verbundenes Unternehmen iSd UGB liegt aber nicht vor, weil es keine kapitalmäßige Verflechtung gibt. Zur Kooperations- und Lizenzvereinbarung wird ausgeführt: Wir haben aus Preislisten Kopien vorgelegt, die Geräte- und Materialkosten betreffen. Die genannte Kooperations- und Lizenzvereinbarung wollen wir nicht vorlegen, da es sich um ein Geschäftsgeheimnis handelt. Die Erklärung gem. § 76 BVergG wurde deshalb abgegeben, weil Material, ein Teil des Personals und ein Teil der Geräte zur Erfüllung des Auftrages vom XXXX bezogen werden. Die Antragstellerin weist auf die Vereinbarung zwischen ihr und der Firma römisch 40 hin. Bei den Einbauarbeiten greift man auf die Mitarbeiter der römisch 40 zurück. Die Geräte, die man selber nicht hat, mietet man auch bei römisch 40 an. Die Antragstellerin bestätigt, dass die Firma römisch 40 ein Zulieferer ist. Zur Frage, ob die Firma römisch 40 ein verbundenes Unternehmen ist, wird ausgeführt, dass es sich insofern um ein verbundenes Unternehmen handelt, da die Antragstellerin mit der Firma römisch 40 eine Kooperations- und Lizenzvereinbarung getroffen hat, die ein gewisses Exklusivitätsrecht gewährt. Ein verbundenes Unternehmen iSd UGB liegt aber nicht vor, weil es keine kapitalmäßige Verflechtung gibt. Zur Kooperations- und Lizenzvereinbarung wird ausgeführt: Wir haben

aus Preislisten Kopien vorgelegt, die Geräte- und Materialkosten betreffen. Die genannte Kooperations- und Lizenzvereinbarung wollen wir nicht vorlegen, da es sich um ein Geschäftsgeheimnis handelt. Die Erklärung gem. Paragraph 76, BVergG wurde deshalb abgegeben, weil Material, ein Teil des Personals und ein Teil der Geräte zur Erfüllung des Auftrages vom römisch 40 bezogen werden.

Auf Frage von Laienrichter Mag. Pleile führt die Antragstellerin aus: Beim Einkauf bei der Fa. XXXX wird getrennt zwischen Material, Personal und Geräte. Wir haben mindestens 3 Kaufverträge. Die Materialien werden von zwei verschiedenen Unternehmen bezogen, nämlich die XXXX-Bindemittel kommen von der Firma XXXX GmbH und XXXX kommt von der Firma XXXX GmbH. Das Dritte sind die Geräte- und Personalkosten; die kommen von der Firma XXXX GmbH. Auf Frage von Laienrichter Mag. Pleile führt die Antragstellerin aus: Beim Einkauf bei der Fa. römisch 40 wird getrennt zwischen Material, Personal und Geräte. Wir haben mindestens 3 Kaufverträge. Die Materialien werden von zwei verschiedenen Unternehmen bezogen, nämlich die XXXX-Bindemittel kommen von der Firma römisch 40 GmbH und römisch 40 kommt von der Firma römisch 40 GmbH. Das Dritte sind die Geräte- und Personalkosten; die kommen von der Firma römisch 40 GmbH.

Auf Frage von Laienrichter Dr. Rödler führt die Antragstellerin aus:

Wir haben eine Kooperations- und Lizenzvereinbarung mit der Firma XXXX. Mit den beiden anderen genannten Firmen haben wir interne Vereinbarungen über Preise, die innerhalb der XXXXgruppe gelten. Für unser Gebiet, Österreich, bedienen wir uns exklusiv der Firma XXXX. Die Produzenten der Materialien können auch mit anderen Firmen Verträge abschließen. Nochmals klargestellt wird, dass die Firma XXXX innerhalb von Österreich Geräte und das dazu notwendige Personal ausschließlich an die Antragstellerin liefert. Die Materialien werden über XXXX zu den internen Preisen der Poyltangruppe bezogen. Wir haben eine Kooperations- und Lizenzvereinbarung mit der Firma römisch 40. Mit den beiden anderen genannten Firmen haben wir interne Vereinbarungen über Preise, die innerhalb der XXXXgruppe gelten. Für unser Gebiet, Österreich, bedienen wir uns exklusiv der Firma römisch 40. Die Produzenten der Materialien können auch mit anderen Firmen Verträge abschließen. Nochmals klargestellt wird, dass die Firma römisch 40 innerhalb von Österreich Geräte und das dazu notwendige Personal ausschließlich an die Antragstellerin liefert. Die Materialien werden über römisch 40 zu den internen Preisen der Poyltangruppe bezogen.

Bezüglich der nicht vorgelegten Kooperations- und Lizenzvereinbarung zwischen Antragstellerin und der Firma XXXX weist der VR die Antragstellerin auf § 313 Abs. 2 BVergG hin. Die Antragstellerin verweist auf die bereits erbrachten vorgelegten Unterlagen im Zuge der Angebotsprüfung. Die Antragstellerin teilt mit, dass sie diese Vereinbarung derzeit nicht vorlegen kann, weil sie sie in die mündliche Verhandlung nicht mitgenommen hat. Bezüglich der nicht vorgelegten Kooperations- und Lizenzvereinbarung zwischen Antragstellerin und der Firma römisch 40 weist der VR die Antragstellerin auf Paragraph 313, Absatz 2, BVergG hin. Die Antragstellerin verweist auf die bereits erbrachten vorgelegten Unterlagen im Zuge der Angebotsprüfung. Die Antragstellerin teilt mit, dass sie diese Vereinbarung derzeit nicht vorlegen kann, weil sie sie in die mündliche Verhandlung nicht mitgenommen hat.

Die Antragstellerin erklärt, dass sie kooperationsvertraglich nicht verpflichtet ist, das Personal und die Geräte von der Firma XXXX zu verwenden. Die Antragstellerin erklärt, dass sie kooperationsvertraglich nicht verpflichtet ist, das Personal und die Geräte von der Firma römisch 40 zu verwenden.

Gemäß § 313 Abs. 1 BVergG fordert der VR die Antragstellerin bis längstens 09.03.2015, 15:00 Uhr beim BVwG einlangend, auf, die genannte exklusive Kooperations- und Lizenzvereinbarung zwischen der Antragstellerin und der Firma XXXX vorzulegen. Auf die Säumnisfolge des § 313 Abs. 2 BVergG wird ausdrücklich hingewiesen. Gemäß Paragraph 313, Absatz eins, BVergG fordert der VR die Antragstellerin bis längstens 09.03.2015, 15:00 Uhr beim BVwG einlangend, auf, die genannte exklusive Kooperations- und Lizenzvereinbarung zwischen der Antragstellerin und der Firma römisch 40 vorzulegen. Auf die Säumnisfolge des Paragraph 313, Absatz 2, BVergG wird ausdrücklich hingewiesen.

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

1. Feststellungen (Sachverhalt):

1. Die Auftraggeberin hat die gegenständlichen Leistungen im Wege eines offenen Verfahrens ausgeschrieben. Es handelt sich um einen Bauauftrag im Unterschwellenbereich. Die Angebotsöffnung erfolgte am 14.10.2014, 10:00 Uhr.

2. Die Antragstellerin übermittelte am 14.10.2014 ihr Angebot. Diesem war eine Erklärung des Unternehmers gemäß §

76 BVergG 2006 beigeschlossen. Darin erklärt die Firma XXXX GmbH, dass sie im oben angeführten Vergabeverfahren und im Falle einer daraus resultierenden Beauftragung ihre technische Leistungsfähigkeit der Antragstellerin zur Verfügung stellt. Die Antragstellerin stellte keinen Antrag iSd Punktes 18.6. des Angebotsschreibens, bestimmte Teile der Leistungen durch Subunternehmer ausführen zu lassen.² Die Antragstellerin übermittelte am 14.10.2014 ihr Angebot. Diesem war eine Erklärung des Unternehmers gemäß Paragraph 76, BVergG 2006 beigeschlossen. Darin erklärt die Firma römisch 40 GmbH, dass sie im oben angeführten Vergabeverfahren und im Falle einer daraus resultierenden Beauftragung ihre technische Leistungsfähigkeit der Antragstellerin zur Verfügung stellt. Die Antragstellerin stellte keinen Antrag iSd Punktes 18.6. des Angebotsschreibens, bestimmte Teile der Leistungen durch Subunternehmer ausführen zu lassen.

3. Punkt 7. der "Einladung zur Angebotsabgabe und Angebotsbestimmungen" lautet:

Die Weitergabe des gesamten Auftrages an Subunternehmer ist - ausgenommen bei Kaufverträgen - unzulässig. Die Weitergabe von Teilen der Leistung ist überdies nur insoweit zulässig, als der Subunternehmer die für die Ausführung seines Teiles erforderliche Befugnis, technische, finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sowie die berufliche Zuverlässigkeit gemäß den §§ 71 bis 76 BVergG 2006 besitzt. Hinsichtlich der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit gilt dies nur dann, wenn der Bieter den/die Subunternehmer zur Darlegung seiner eigenen wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit benötigt. Die Weitergabe des gesamten Auftrages an Subunternehmer ist - ausgenommen bei Kaufverträgen - unzulässig. Die Weitergabe von Teilen der Leistung ist überdies nur insoweit zulässig, als der Subunternehmer die für die Ausführung seines Teiles erforderliche Befugnis, technische, finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sowie die berufliche Zuverlässigkeit gemäß den Paragraphen 71 bis 76 BVergG 2006 besitzt. Hinsichtlich der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit gilt dies nur dann, wenn der Bieter den/die Subunternehmer zur Darlegung seiner eigenen wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit benötigt.

Der Bieter hat in seinem Angebot all jene Subunternehmer anzugeben, an die er Teile des Auftrages weiterzugeben beabsichtigt. Diese Angaben umfassen die Person des Subunternehmers, den Einsatzbereich und den Wert der Subunternehmerleistung in Prozent von Gesamtauftragswert (Beilage h). Weiters hat der Bieter in seinem Angebot anzugeben, ob die angegebenen Subunternehmer für den Nachweis der Leistungsfähigkeit des Bieters erforderlich sind (Beilage h). In diesem Fall hat der Bieter den Nachweis zu erbringen, dass der jeweilige Subunternehmer dem Bieter die erforderlichen Mittel zur Verfügung stellt (bei Substitution der technischen Leistungsfähigkeit) bzw. dass eine solidarische Haftung des Subunternehmers gegenüber dem Auftraggeber besteht (bei Substitution der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit). Ein Wechsel eines Subunternehmers bedarf der schriftlichen Zustimmung des Auftraggebers.

4. Mit E-Mail vom 27.10.2014, 14.43 Uhr, ersuchte die Auftraggeberin die Antragstellerin um schriftliche Aufklärung. Das Schreiben lautet:

Vertiefte Angebotsprüfung Sanierung Freisportanlage BG/BRG Lienz, Maximilianstrasse 9-17, Sanierung Freisportanlage: Aufklärung technische Leistungsfähigkeit und Erklärung gemäß § 76 BVergG 2006
Vertiefte Angebotsprüfung Sanierung Freisportanlage BG/BRG Lienz, Maximilianstrasse 9-17, Sanierung Freisportanlage: Aufklärung technische Leistungsfähigkeit und Erklärung gemäß Paragraph 76, BVergG 2006

Sehr geehrte Damen und Herren,

Hiermit ersuchen wir sie höflichst um schriftliche Aufklärung von nachstehend angeführtem Sachverhalt bis Mittwoch, dem 29.10.2014, bis 12:00.

Technische Leistungsfähigkeit: Lt. aktueller ANKÖ-Abfrage verfügt ihr Unternehmen nur über 2 Teilzeitkräfte. Wie ist im konkreten Zusammenhang der zur Leistungserbringung erforderliche Personaleinsatz für den relevanten Zeitraum geplant? Steht der zur Leistungserbringung erforderliche Personalstand auch tatsächlich zum relevanten Zeitpunkt zur Verfügung (Zeitpunkt der Angebotsöffnung)?

Wie ist die Erklärung gemäß § 76 BVergG 2006 der Fa. XXXX im konkreten Zusammenhang zu verstehen? Welche konkreten Leistung /Ressourcen (Personal) sollten von der XXXX zur Verfügung gestellt werden? Zudem ist die Erklärung der XXXX undatiert. Eine Subunternehmererklärung liegt den Angebotsunterlagen nicht bei. Wie ist die

Erklärung gemäß §76 BVergG 2006 der Fa. römisch 40 im konkreten Zusammenhang zu verstehen? Welche konkreten Leistung /Ressourcen (Personal) sollten von der römisch 40 zur Verfügung gestellt werden? Zudem ist die Erklärung der römisch 40 undatiert. Eine Subunternehmererklärung liegt den Angebotsunterlagen nicht bei.

5. Mit E-Mail vom 29.10.2014, 11:43, Uhr gab die Antragstellerin zum Aufklärungsersuchen der Auftraggeberin eine Stellungnahme ab. Diese lautet auszugsweise:

Sehr geehrter Herr Dipl.-Ing. XXXX!

Gemäß Ihren Schreiben vom 27. Oktober 2014, 14.43 Uhr bzw. vom 27. Oktober 2014, 17.27 Uhr erlauben wir uns wie folgt bekannt zu geben:

Technische Leistungsfähigkeit:

Aufgrund unserer Liefer- und Lizenzvereinbarung mit unserem exklusiven Vertragspartner XXXX GmbH, XXXX können wir bei Bedarf auf die vollständigen personellen Ressourcen als auch den gesamten maschinellen Fuhrpark zurückgreifen. Aufgrund unserer Liefer- und Lizenzvereinbarung mit unserem exklusiven Vertragspartner römisch 40 GmbH, XXXX können wir bei Bedarf auf die vollständigen personellen Ressourcen als auch den gesamten maschinellen Fuhrpark zurückgreifen.

Eine entsprechende Bestätigung gemäß § 76 BVergG liegt dem Angebot bei. Eine entsprechende Bestätigung gemäß Paragraph 76, BVergG liegt dem Angebot bei.

Die von XXXX bei Bedarf zusätzlich benötigten Geräte und Fachpersonal werden intern mit Tages- oder Stundensätzen verrechnet, ohne dass ein Werkvertrag abgeschlossen wird. Die von römisch 40 bei Bedarf zusätzlich benötigten Geräte und Fachpersonal werden intern mit Tages- oder Stundensätzen verrechnet, ohne dass ein Werkvertrag abgeschlossen wird.

Die Planung, Einteilung, Disposition und vor allem die Verantwortung darüber bleibt allein bei XXXX. Es liegt damit keine Weitergabe an Subunternehmer vor und haben wir in unserem Angebot deshalb auch keine Subunternehmer angeführt. Die Planung, Einteilung, Disposition und vor allem die Verantwortung darüber bleibt allein bei römisch 40. Es liegt damit keine Weitergabe an Subunternehmer vor und haben wir in unserem Angebot deshalb auch keine Subunternehmer angeführt.

Wir bestätigen, dass zum relevanten Zeitpunkt - Zeitpunkt der Angebotseröffnung und auch zur tatsächlichen Ausführungszeit die zuvor angeführten Ressourcen für das BVH Sanierung Freisportanlage BG/BRG Lienz, Maximilianstrasse 9-17, zur Verfügung stehen.

Erklärung gemäß §76 BVergG 2006 durch XXXX:

Wie bereits bei der technischen Leistungsfähigkeit angeführt, können wir bei Bedarf auf die vollständigen personellen Ressourcen als auch auf den gesamten maschinellen Fuhrpark zurückgreifen.

Die Erklärung seitens XXXX ist mit Datum der Angebotsabgabe für dieses Bauvorhaben anzusehen. Dieses Schreiben ist konkret mit diesem Bauvorhaben verbunden und somit für die gesamte Dauer der Leistungserbringung ab dem Tag der Angebotsöffnung gültig. Die Erklärung seitens römisch 40 ist mit Datum der Angebotsabgabe für dieses Bauvorhaben anzusehen. Dieses Schreiben ist konkret mit diesem Bauvorhaben verbunden und somit für die gesamte Dauer der Leistungserbringung ab dem Tag der Angebotsöffnung gültig.

Die Planung, Einteilung, Disposition und vor allem die Verantwortung darüber bleibt allein bei XXXX. Es liegt damit keine Weitergabe an Subunternehmer vor und haben wir in unserem Angebot deshalb auch keine Subunternehmer angeführt. Die Planung, Einteilung, Disposition und vor allem die Verantwortung darüber bleibt allein bei römisch 40. Es liegt damit keine Weitergabe an Subunternehmer vor und haben wir in unserem Angebot deshalb auch keine Subunternehmer angeführt.

6. Mit E-Mail vom 29.10.2014, 15:46 Uhr, ersuchte die Auftraggeberin die Antragstellerin erneut um Aufklärung. Das Schreiben lautet:

SP Sportplatzsanierung BG/BRG Lienz: Konkrete Nachweise

Sehr geehrte Damen und Herren,

In Bezug auf Ihre E-Mail vom 29. Oktober 2014, 11:43, betreffend:

"Aufklärung technische Leistungsfähigkeit - schriftliche Aufklärung", fehlen zu den Erklärungen noch konkrete Nachweise, aus denen hervorgeht,

Technische Leistungsfähigkeit der XXXX: Nachweis (Leistungsbereiche, Mitarbeiteranzahl, Umsätze, Referenzen ...)

über welches Personal und welche technischen Fachkräfte, zu welchen bestimmten Zeitpunkt der Leistungserbringung verfügt wird - Nachweis der Verfügbarkeit für den bestimmten Zeitpunkt.

über welche Ausstattung, welche Baugeräte und welche technische Ausrüstung Ihr Unternehmen für die Ausführung des Auftrags tatsächlich verfügen wird (jene Geräte die konkret für die Abwicklung zur Verfügung stehen) -> Nachweis auf welche konkreten Ressourcen und Kapazitäten anderer Unternehmen sich Ihr Unternehmen zur Ausführung des Auftrags stützt, dass diese Ressourcen und Kapazitäten beim anderen Unternehmer im erforderlichen Ausmaß vorliegen und Ihrem Unternehmen auch gemäß § 76 BVergG 2006 tatsächlich zur Verfügung stehen. auf welche konkreten Ressourcen und Kapazitäten anderer Unternehmen sich Ihr Unternehmen zur Ausführung des Auftrags stützt, dass diese Ressourcen und Kapazitäten beim anderen Unternehmer im erforderlichen Ausmaß vorliegen und Ihrem Unternehmen auch gemäß Paragraph 76, BVergG 2006 tatsächlich zur Verfügung stehen.

Zur Beantwortung räumen wir ihnen eine Nachfrist bis 30.10.2014 16:00 ein.

7. Mit E-Mail vom 29.10.2014, 21:51 Uhr, nahm die Antragstellerin dazu wie folgt Stellung:

Sehr geehrter Hr. Dipl. Ing. XXXX!

Anbei möchten wir die Fragen zur technischen Leistungsfähigkeit gerne beantworten. Aufgrund der Größe der digitalen Unterlagen müssen wir diese leider in mehreren emails verteilen

Punkt 1. Technische Leistungsfähigkeit XXXX:

XXXX GmbH ist einer der führenden Unternehmen im Bereich der Produktion und Herstellung und Einbau von Kunststoff- und Kunstrasenbelägen. römisch 40 GmbH ist einer der führenden Unternehmen im Bereich der Produktion und Herstellung und Einbau von Kunststoff- und Kunstrasenbelägen.

Die Unternehmensgröße beläuft sich derzeit auf ca. 320 Personen/Arbeiter im ausführenden Bereich.

Weiters befinden sich ca. 60 Stk. Fertiger für Kunststoffbeläge, ca. 130 LKW und sonstige Spezialgeräte im Eigentum der Fa. XXXX. Weiters befinden sich ca. 60 Stk. Fertiger für Kunststoffbeläge, ca. 130 LKW und sonstige Spezialgeräte im Eigentum der Fa. römisch 40.

Auf diesen Arbeiter- und Gerätepool können wir jederzeit zugreifen.

Die Auflistung dieses Pools, die Leistungsbereiche und Referenzen finden Sie bitte im angefügten Anhang.

8. Mit Telefax vom 09.12.2014 richtete die Auftraggeberin ein Schreiben an die Antragstellerin. Dieses lautet auszugsweise:

Sehr geehrte Damen und Herren,

Bezug nehmend auf Ihr Angebot zum Termin 14.10.2014, die bisher seitens des Angebotsprüfers, Büro Arch. DI XXXX, geführte Korrespondenz sowie das Vergabenachprüfungsverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht zur GZ W123 2013363-2 geben wir Ihnen Gelegenheit, zu folgenden Punkten bis längstens 15.12.2014 umfassend und abschließend Stellung zu nehmen: Bezug nehmend auf Ihr Angebot zum Termin 14.10.2014, die bisher seitens des Angebotsprüfers, Büro Arch. DI römisch 40, geführte Korrespondenz sowie das Vergabenachprüfungsverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht zur GZ W123 2013363-2 geben wir Ihnen Gelegenheit, zu folgenden Punkten bis längstens 15.12.2014 umfassend und abschließend Stellung zu nehmen:

.....

Rolle der Fa. XXXX Rolle der Fa. römisch 40

Gemäß Punkt 7 der Angebotsbestimmungen waren sämtliche Subunternehmer anzugeben, an die Teile des Auftrages weiterzugeben beabsichtigt sind (samt Angabe Einsatzbereich, Wert der Subunternehmerleistung in Prozent an der Gesamtleistung und darüber, ob die angegebenen Subunternehmer für den Nachweis der Leistungsfähigkeit des Bieters erforderlich sind).

Ihrem Angebot vom 14.10.2014 war kein Antrag auf Genehmigung von Subunternehmern (samt Angabe über den %-Anteil an der Gesamtleistung) angeschlossen.

Ihrem Angebot liegt lediglich die "Erklärung des Unternehmers gemäß § 76 BVergG 2006" bei, in der die Fa. XXXX erklärt, dass sie im oben angeführten Vergabeverfahren und im Falle einer daraus resultierenden Beauftragung ihre technische Leistungsfähigkeit Ihrem Unternehmen zur Verfügung stellt. Ihrem Angebot liegt lediglich die "Erklärung des Unternehmers gemäß Paragraph 76, BVergG 2006" bei, in der die Fa. römisch 40 erklärt, dass sie im oben angeführten Vergabeverfahren und im Falle einer daraus resultierenden Beauftragung ihre technische Leistungsfähigkeit Ihrem Unternehmen zur Verfügung stellt.

.....

Es steht Ihnen frei, bis zur o.a. Frist umfassend und abschließend - inklusiver allfälliger noch nicht vorgelegter Nachweise, insbesondere unter Offenlegung Ihrer konkreten Vereinbarung mit der Fa. XXXX (welche selbstverständlich gemäß § 23 BVergG 2006 der Vertraulichkeit unterliegt) - darzulegen, dass die in diesem Punkt aufgezeigten zur Ausscheidung führenden Umstände dennoch nicht vorliegen. Es steht Ihnen frei, bis zur o.a. Frist umfassend und abschließend - inklusiver allfälliger noch nicht vorgelegter Nachweise, insbesondere unter Offenlegung Ihrer konkreten Vereinbarung mit der Fa. römisch 40 (welche selbstverständlich gemäß Paragraph 23, BVergG 2006 der Vertraulichkeit unterliegt) - darzulegen, dass die in diesem Punkt aufgezeigten zur Ausscheidung führenden Umstände dennoch nicht vorliegen.

9. Am 15.12.2014 erstattete die Antragstellerin durch ihre rechtsfreundliche Vertretung eine Stellungnahme an die Auftraggeberin. Diese lautet auszugsweise:

Verhältnis XXXX Ges.m.b.H. - Firma XXXX/Verhältnis römisch 40 Ges.m.b.H. - Firma XXXX:

Wie bereits in der bisherigen Korrespondenz und auch im Rahmen der vertieften Angebotsprüfung dargelegt, ist die Firma XXXX kein Subunternehmer der XXXX Ges.m.b.H.. Aus diesem Grund wurde im Anbot auch kein Antrag auf Genehmigung von Subunternehmerleistungen gestellt. Wie bereits in der bisherigen Korrespondenz und auch im Rahmen der vertieften Angebotsprüfung dargelegt, ist die Firma römisch 40 kein Subunternehmer der römisch 40 Ges.m.b.H.. Aus diesem Grund wurde im Anbot auch kein Antrag auf Genehmigung von Subunternehmerleistungen gestellt.

Die XXXX Ges.m.b.H. hat die Erklärung des Unternehmens gemäß § 76 BVergG 2006 angeschlossen. Die römisch 40 Ges.m.b.H. hat die Erklärung des Unternehmens gemäß Paragraph 76, BVergG 2006 angeschlossen.

Die XXXX Ges.m.b.H. greift hinsichtlich Personal und Geräte auf einen gemeinsamen Fonds zu; die für die Auftragsausführung erforderlichen Materialien werden durch gemeinschaftlichen Einkauf aufgrund der dadurch erzielten Mengeneffekte günstig gestaltet; - sämtliche Sportplatzbeläge sind Produkte aus der XXXX-Produktion. Der Standpunkt der BIG, wonach im Sinne der ÖNORM eine Subunternehmereigenschaft von XXXX vorläge, ist unrichtig; XXXX führt keine Teile des Auftrages aus. Die römisch 40 Ges.m.b.H. greift hinsichtlich Personal und Geräte auf einen gemeinsamen Fonds zu; die für die Auftragsausführung erforderlichen Materialien werden durch gemeinschaftlichen Einkauf aufgrund der dadurch erzielten Mengeneffekte günstig gestaltet; - sämtliche Sportplatzbeläge sind Produkte aus der XXXX-Produktion. Der Standpunkt der BIG, wonach im Sinne der ÖNORM eine Subunternehmereigenschaft von römisch 40 vorläge, ist unrichtig; römisch 40 führt keine Teile des Auftrages aus.

Wie bereits dargelegt, kann die XXXX Ges.m.b.H. aufgrund einer Kooperations- und Lizenzvereinbarung mit XXXX auf einen gemeinsamen Personalfundus und Gerätepark zugreifen; die für die Abwicklung des Auftrages notwendigen Mitarbeiter werden ausschließlich unter Leitung und Verantwortung der XXXX Ges.m.b.H. auf deren Rechnung tätig. Auch andere Bieterkreise greifen vor allem im Rahmen von Konzernbetrieben auf den Gerätepark oder das Personal dritter Gesellschaften aufgrund einer internen Vereinbarung zu; in den seltensten Fällen, haben operativ tätige Gesellschaften einen vollständigen Personalfundus oder Gerätepark zur Verfügung. Wie bereits dargelegt, kann die römisch 40 Ges.m.b.H. aufgrund einer Kooperations- und Lizenzvereinbarung mit römisch 40 auf einen gemeinsamen Personalfundus und Gerätepark zugreifen; die für die Abwicklung des Auftrages notwendigen Mitarbeiter werden ausschließlich unter Leitung und Verantwortung der römisch 40 Ges.m.b.H. auf deren Rechnung tätig. Auch andere

Bieterkreise greifen vor allem im Rahmen von Konzernbetrieben auf den Gerätepark oder das Personal dritter Gesellschaften aufgrund einer internen Vereinbarung zu; in den seltensten Fällen, haben operativ tätige Gesellschaften einen vollständigen Personalfundus oder Gerätepark zur Verfügung.

XXXX ist daher weder Subunternehmer, noch Bieter in diesem Verfahren, sodass es nicht erforderlich war, XXXX als Subunternehmer zu benennen und auch kein Problem darin besteht, dass die Firma XXXX in Österreich für die Ausführung der ausschreibungsgegenständlichen Leistungen nicht, in das entsprechende Dienstleistungsverzeichnis eingetragen ist; diese Voraussetzungen sind bei der XXXX Ges.m.b.H, und deren Mitarbeitern gegeben. römisch 40 ist daher weder Subunternehmer, noch Bieter in diesem Verfahren, sodass es nicht erforderlich war, römisch 40 als Subunternehmer zu benennen und auch kein Problem darin besteht, dass die Firma römisch 40 in Österreich für die Ausführung der ausschreibungsgegenständlichen Leistungen nicht, in das entsprechende Dienstleistungsverzeichnis eingetragen ist; diese Voraussetzungen sind bei der römisch 40 Ges.m.b.H, und deren Mitarbeitern gegeben.

XXXX ist auch kein Arbeitskräfteüberlasser, sondern werden aus dem gemeinsamen Personalfundus die notwendigen Mitarbeiter von der XXXX Ges.m.b.H. für die Abwicklung des Auftrages rekrutiert. Dadurch ist Gewähr dafür gegeben, dass die Mitarbeiter einerseits einen hohen fachlichen Ausbildungsstand haben und andererseits Overhead-Kosten der XXXX Ges.m.b.H. vermieden werden können, wodurch sie in die Lage versetzt wird, den Auftraggebern günstige Angebote zu erstellen; dies sollte der Sinn des wettbewerbsintensiven Vergabeverfahrens sein. römisch 40 ist auch kein Arbeitskräfteüberlasser, sondern werden aus dem gemeinsamen Personalfundus die notwendigen Mitarbeiter von der römisch 40 Ges.m.b.H. für die Abwicklung des Auftrages rekrutiert. Dadurch ist Gewähr dafür gegeben, dass die Mitarbeiter einerseits einen hohen fachlichen Ausbildungsstand haben und andererseits Overhead-Kosten der römisch 40 Ges.m.b.H. vermieden werden können, wodurch sie in die Lage versetzt wird, den Auftraggebern günstige Angebote zu erstellen; dies sollte der Sinn des wettbewerbsintensiven Vergabeverfahrens sein.

Der der Entscheidung 2002/04/0023 zugrundeliegende Sachverhalt ist völlig anders gelagert und daher im vorliegenden Fall nicht heranzuziehen; dies unbeschadet des Umstandes, dass die Entscheidung zur früheren Rechtslage ergangen ist und daher nicht anwendbar ist.

Die XXXX Ges.m.b.H. legt für die von ihr im Rahmen der Auftragsabwicklung beschäftigten Mitarbeiter die entsprechenden Nachweise vor, dass diese mindestens kollektivvertraglich entlohnt werden und sozialversichert sind. Im Zuge der Auftragsabwicklung werden die Mitarbeiter im Namen und auf Rechnung der XXXX Ges.m.b.H. tätig. Die römisch 40 Ges.m.b.H. legt für die von ihr im Rahmen der Auftragsabwicklung beschäftigten Mitarbeiter die entsprechenden Nachweise vor, dass diese mindestens kollektivvertraglich entlohnt werden und sozialversichert sind. Im Zuge der Auftragsabwicklung werden die Mitarbeiter im Namen und auf Rechnung der römisch 40 Ges.m.b.H. tätig.

Im Rahmen der vertieften Angebotsprüfung hat die XXXX Ges.m.b.H. sämtliche Grundlagen der Zusammenarbeit mit XXXX vorgelegt. Im Rahmen der vertieften Angebotsprüfung hat die römisch 40 Ges.m.b.H. sämtliche Grundlagen der Zusammenarbeit mit römisch 40 vorgelegt.

10. Mit Telefax vom 27.01.2015 teilte die Auftraggeberin der Antragstellerin die Ausscheidensentscheidung mit. Das Schreiben lautet auszugsweise:

Sehr geehrte Damen und Herren,

wir bedauern Ihnen mitteilen zu müssen, dass Ihr Angebot bei der Bestbieterermittlung nicht berücksichtigt werden konnte, da es leider aus folgendem Grund auszuschneiden war:

.....

Nach Prüfung Ihres Angebots wurde Ihnen in unserem Schreiben vom 09.12.2014 folgender Ausscheidensgrund vorgehalten:

Einerseits ist durch die ständige Vergabenachprüfungsjudikatur klargestellt, dass erforderliche Subunternehmer auf jeden Fall bereits im Angebot bekannt zu geben sind. Andererseits kann aber die Erklärung gemäß § 76 BVergG den in der Ausschreibung geforderten Subunternehmerantrag keinesfalls ersetzen. Einerseits ist durch die ständige Vergabenachprüfungsjudikatur klargestellt, dass erforderliche Subunternehmer auf jeden Fall bereits im Angebot bekannt zu geben sind. Andererseits kann aber die Erklärung gemäß Paragraph 76, BVergG den in der Ausschreibung geforderten Subunternehmerantrag keinesfalls ersetzen.

Nachdem Sie gemäß Pkt. 7 der Angebotsbestimmungen verpflichtet waren, sämtliche (auch nicht erforderliche) Subunternehmer anzugeben, an die Sie Teile des Auftrages weiterzugeben beabsichtigen, stellt die fehlende Bekanntgabe von Subunternehmern im Angebot einen unbehebbarer Mangel dar, da ein Nachnominieren von Subunternehmern die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbewerbern materiell verbessern wurde (vgl. Schiefer/Wiedemair in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ 2010, Rz 1181f) bzw. den ausdrücklichen Bestimmungen der Ausschreibung und des BVerG 2006 im offenen Verfahren widerspricht. Nachdem Sie gemäß Pkt. 7 der Angebotsbestimmungen verpflichtet waren, sämtliche (auch nicht erforderliche) Subunternehmer anzugeben, an die Sie Teile des Auftrages weiterzugeben beabsichtigen, stellt die fehlende Bekanntgabe von Subunternehmern im Angebot einen unbehebbarer Mangel dar, da ein Nachnominieren von Subunternehmern die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbewerbern materiell verbessern wurde vergleiche Schiefer/Wiedemair in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ 2010, Rz 1181f) bzw. den ausdrücklichen Bestimmungen der Ausschreibung und des BVerG 2006 im offenen Verfahren widerspricht.

In diesem Zusammenhang ist auszuführen, dass bei der am 24.11.2014 durchgeführten Abfrage im Dienstleisterregister des BMWFW kein Eintrag der Fa. XXXX vorliegt. Damit fehlt es der Fa. XXXX an der Voraussetzung einer gültigen Befugnis für die Ausführung der ausschreibungsgegenständlichen Leistungen. In diesem Zusammenhang ist auszuführen, dass bei der am 24.11.2014 durchgeführten Abfrage im Dienstleisterregister des BMWFW kein Eintrag der Fa. römisch 40 vorliegt. Damit fehlt es der Fa. römisch 40 an der Voraussetzung einer gültigen Befugnis für die Ausführung der ausschreibungsgegenständlichen Leistungen.

Selbst wenn man - im Sinne Ihrer Ausführungen - davon ausginge, dass die Fa. XXXX "nur" Personal (und Geräte) zur Verfügung stellen sollte, wäre dieses Unternehmen als Subunternehmer spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung zu nennen gewesen (vgl. VwGH 29.05.2002, 2002/04/0023). Selbst wenn man - im Sinne Ihrer Ausführungen - davon ausginge, dass die Fa. römisch 40 "nur" Personal (und Geräte) zur Verfügung stellen sollte, wäre dieses Unternehmen als Subunternehmer spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung zu nennen gewesen vergleiche VwGH 29.05.2002, 2002/04/0023).

Doch auch für den Fall, dass man dieser Judikatur nicht folgen wollte, liegt uns kein (gewerberechtlicher) Nachweis vor, dass die Fa. XXXX auch befugt ist, diese Arbeitskräfte auch zur Verfügung zu stellen. Doch auch für den Fall, dass man dieser Judikatur nicht folgen wollte, liegt uns kein (gewerberechtlicher) Nachweis vor, dass die Fa. römisch 40 auch befugt ist, diese Arbeitskräfte auch zur Verfügung zu stellen.

Das Schreiben Ihrer rechtsfreundlichen Vertretung vom 15.12.2014, das in Beantwortung unseres Schreibens vom 09.12.2014 übermittelt wurde, konnte diese Ausscheidensgründe nicht entkräften, zumal die darin erhobenen Behauptungen nicht durch Nachweise belegt wurden.

Entgegen Ihren bisherigen Ausführungen wurde in diesem Schreiben Ihrer rechtsfreundlichen Vertretung ausgeführt, dass Ihr Unternehmen hinsichtlich Personal und Geräte auf einen gemeinsamen Fonds zurückgreife, die für die Auftragsausführung erforderlichen Materialien würden durch gemeinschaftlichen Einkauf aufgrund der dadurch erzielten Mengeneffekte günstig gestaltet. In diesem Zusammenhang wurde von Ihrer Seite auf eine Kooperations- und Lizenzvereinbarung mit XXXX hingewiesen, eine Konkretisierung dieser Vereinbarung bzw. den Nachweis darüber - obwohl mit unserem Schreiben vom 09.12.2014 im Sinne eines kontradiktorischen Verfahrens ausdrücklich freigestellt - erfolgte jedoch nicht. Entgegen Ihren bisherigen Ausführungen wurde in diesem Schreiben Ihrer rechtsfreundlichen Vertretung ausgeführt, dass Ihr Unternehmen hinsichtlich Personal und Geräte auf einen gemeinsamen Fonds zurückgreife, die für die Auftragsausführung erforderlichen Materialien würden durch gemeinschaftlichen Einkauf aufgrund der dadurch erzielten Mengeneffekte günstig gestaltet. In diesem Zusammenhang wurde von Ihrer Seite auf eine Kooperations- und Lizenzvereinbarung mit römisch 40 hingewiesen, eine Konkretisierung dieser Vereinbarung bzw. den Nachweis darüber - obwohl mit unserem Schreiben vom 09.12.2014 im Sinne eines kontradiktorischen Verfahrens ausdrücklich freigestellt - erfolgte jedoch nicht.

Mangels Nachweises dieser Vereinbarung ist die Behauptung, dass die Fa. XXXX kein Subunternehmer Ihres Unternehmens sei und damit auch nicht bei der Angebotslegung zu nennen gewesen wäre, aber weder überprüfbar noch nachvollziehbar. Vielmehr steht fest, dass im Auftragsfall fast ausschließlich Ressourcen der Fa. XXXX eingesetzt wurden und damit die Fa. XXXX wesentliche Leistungen für Ihr Unternehmen erbringen würde. Aus Sicht der vergebenden Stelle liegt damit eine Subunternehmer-Eigenschaft vor. Dies konnte Ihrerseits nicht widerlegt

werden. Mangels Nachweises dieser Vereinbarung ist die Behauptung, dass die Fa. römisch 40 kein Subunternehmer Ihres Unternehmens sei und damit auch nicht bei der Angebotslegung zu nennen gewesen wäre, aber weder überprüfbar noch nachvollziehbar. Vielmehr steht fest, dass im Auftragsfall fast ausschließlich Ressourcen der Fa. römisch 40 eingesetzt wurden und damit die Fa. römisch 40 wesentliche Leistungen für Ihr Unternehmen erbringen würde. Aus Sicht der vergebenden Stelle liegt damit eine Subunternehmer-Eigenschaft vor. Dies konnte Ihrerseits nicht widerlegt werden.

Mangels Nachweises der Kooperation mit der Fa. XXXX ist aber auch die Argumentation Ihrer rechtsfreundlichen Vertretung, dass nicht einmal Arbeitskräfteüberlassung vorliege, weil auf den gemeinsamen Personalfundus die notwendigen Mitarbeiter für die Abwicklung des Auftrages rekrutiert wurden, und diese im Zuge der Auftragsabwicklung im Namen und auf Rechnung Ihres Unternehmens tätig wurden, weder überprüfbar noch nachvollziehbar. Mangels Nachweises der Kooperation mit der Fa. römisch 40 ist aber auch die Argumentation Ihrer rechtsfreundlichen Vertretung, dass nicht einmal Arbeitskräfteüberlassung vorliege, weil auf den gemeinsamen Personalfundus die notwendigen Mitarbeiter für die Abwicklung des Auftrages rekrutiert wurden, und diese im Zuge der Auftragsabwicklung im Namen und auf Rechnung Ihres Unternehmens tätig wurden, weder überprüfbar noch nachvollziehbar.

Schlussfolgernd ergibt sich daher, dass Ihr Unternehmen gemäß § 129 Abs 1 Z 7 bzw. Abs 2 BVergG auszuscheiden war. Schlussfolgernd ergibt sich daher, dass Ihr Unternehmen gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, bzw. Absatz 2, BVergG auszuscheiden war.

11. Im Zuge der mündlichen Verhandlung wurde der Antragstellerin gemäß § 313 Abs. 1 BVergG bis längstens 09.03.2015, 15:00 Uhr, aufgetragen, die exklusive Kooperations- und Lizenzvereinbarung zwischen der Antragstellerin und der Firma XXXX GmbH vorzulegen. Auf die Säumnisfolge des § 313 Abs. 2 BVergG wurde ausdrücklich hingewiesen. 11. Im Zuge der mündlichen Verhandlung wurde der Antragstellerin gemäß Paragraph 313, Absatz eins, BVergG bis längstens 09.03.2015, 15:00 Uhr, aufgetragen, die exklusive Kooperations- und Lizenzvereinbarung zwischen der Antragstellerin und der Firma römisch 40 GmbH vorzulegen. Auf die Säumnisfolge des Paragraph 313, Absatz 2, BVergG wurde ausdrücklich hingewiesen.

12. Am 09.03.2015 legte die Antragstellerin eine Kooperations-, Liefer- und Lizenzvereinbarung vom 03.02.2014 zwischen der XXXX GmbH und der Antragstellerin vor. Die Vereinbarung umfasst 9 Seiten inklusive 7 Anlagen. Auf diese Anlagen wurde in der Vereinbarung mehrfach hingewiesen. Die Anlagen lagen diesem Schreiben nicht bei. 12. Am 09.03.2015 legte die Antragstellerin eine Kooperations-, Liefer- und Lizenzvereinbarung vom 03.02.2014 zwischen der römisch 40 GmbH und der Antragstellerin vor. Die Vereinbarung umfasst 9 Seiten inklusive 7 Anlagen. Auf diese Anlagen wurde in der Vereinbarung mehrfach hingewiesen. Die Anlagen lagen diesem Schreiben nicht bei.

2. Beweiswürdigung:

Der Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus dem Verfahrensakt bzw. den Stellungnahmen der Parteien. Bei der Beweiswürdigung haben sich gegen die Echtheit und Richtigkeit der Vergabeunterlagen der Auftraggeberin keine Bedenken ergeben. Die am 09.03.2015 seitens der Antragstellerin übermittelte Kooperations-, Liefer- und Lizenzvereinbarung zwischen der XXXX GmbH und der Antragstellerin vom 03.02.2014 ist jedoch unvollständig, da der Inhalt dieser Vereinbarung mehrfach auf verschiedene Anlagen Bezug nimmt. Diese Anlagen lagen der Stellungnahme vom 09.03.2015 jedoch nicht bei. Daher kann die Richtigkeit der Kooperations-, Liefer- und Lizenzvereinbarung nicht bestätigt werden. Der Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus dem Verfahrensakt bzw. den Stellungnahmen der Parteien. Bei der Beweiswürdigung haben sich gegen die Echtheit und Richtigkeit der Vergabeunterlagen der Auftraggeberin keine Bedenken ergeben. Die am 09.03.2015 seitens der Antragstellerin übermittelte Kooperations-, Liefer- und Lizenzvereinbarung zwischen der römisch 40 GmbH und der Antragstellerin vom 03.02.2014 ist jedoch unvollständig, da der Inhalt dieser Vereinbarung mehrfach auf verschiedene Anlagen Bezug nimmt. Diese Anlagen lagen der Stellungnahme vom 09.03.2015 jedoch nicht bei. Daher kann die Richtigkeit der Kooperations-, Liefer- und Lizenzvereinbarung nicht bestätigt werden.

3. Rechtliche Beurteilung:

Zu A)

1. Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts und Zulässigkeit des Antrages

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

Auftraggeber iSd § 2 Z 8 BVergG ist die Bundesimmobiliengesellschaft m. b.H. Dieser ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG. Beim gegenständlichen Auftrag handelt es sich um einen Bauauftrag iSd § 4 BVergG. Nach den Angaben der Auftraggeberin beträgt der geschätzte Auftragswert EUR 239.522,00, sodass gemäß § 12 Abs. 3 BVergG ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich vorliegt. Auftraggeber iSd Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die Bundesimmobiliengesellschaft m. b.H. Dieser ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG. Beim gegenständlichen Auftrag handelt es sich um einen Bauauftrag iSd Paragraph 4, BVergG. Nach den Angaben der Auftraggeberin beträgt der geschätzte Auftragswert EUR 239.522,00, sodass gemäß Paragraph 12, Absatz 3, BVergG ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich vorliegt.

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

Da das Vergabeverfahren weder widerrufen noch ein Zuschlag erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht in concreto gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers zuständig. Da das Vergabeverfahren weder widerrufen noch ein Zuschlag erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht in concreto gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers zuständig.

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

2. Inhaltliche Beurteilung des Antrages

Zu Spruchpunkt I. Zu Spruchpunkt römisch eins.

Gemäß § 68 Abs. 1 Z 7 BVergG hat der Auftraggeber - unbeschadet der Absätze 2 und 3 - Unternehmer von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen, wenn sie sich bei der Erteilung von Auskünften betreffend die Befugnis, die berufliche Zuverlässigkeit, die technische Leistungsfähigkeit sowie die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit im erheblichen Maße falscher Erklärungen schuldig gemacht oder diese Auskünfte nicht erteilt haben. Gemäß Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG hat der Auftraggeber - unbeschadet der Absätze 2 und 3 - Unternehmer von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen, wenn sie sich bei der Erteilung von Auskünften betreffend die Befugnis, die berufliche Zuverlässigkeit, die technische Leistungsfähigkeit sowie die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit im erheblichen Maße falscher Erklärungen schuldig gemacht oder diese Auskünfte nicht erteilt haben.

Gemäß § 69 Z 1 BVergG muss unbeschadet der Regelung des § 20 Abs. 1 die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit beim offenen Verfahren spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen. Gemäß Paragraph

69, Ziffer eins, BVergG muss unbeschadet der Regelung des Paragraph 20, Absatz eins, die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit beim offenen Verfahren spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen.

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

Ergeben sich bei der Prüfung der Angebote Unklarheiten über das Angebot, einschließlich etwaiger Varianten-, Alternativ- oder Abänderungsangebote, oder über die geplante Art der Durchführung, oder werden Mängel festgestellt, so ist nach § 126 Abs. 1 BVergG, sofern die Unklarheiten für die Beurteilung der Angebote von Bedeutung sind, vom Bieter eine verbindliche schriftliche Aufklärung zu verlangen. Gemäß § 126 Abs. 2 BVergG darf die durch die erteilten Aufklärungen allenfalls veranlasste weitere Vorgangsweise die Grundsätze der §§ 19 Abs. 1, 101 Abs. 4, 104 Abs. 2 und 127 nicht verletzen. Ergeben sich bei der Prüfung der Angebote Unklarheiten über das Angebot, einschließlich etwaiger Varianten-, Alternativ- oder Abänderungsangebote, oder über die geplante Art der Durchführung, oder werden Mängel festgestellt, so ist nach Paragraph 126, Absatz eins, BVergG, sofern die Unklarheiten für die Beurteilung der Angebote von Bedeutung sind, vom Bieter eine verbindliche schriftliche Aufklärung zu verlangen. Gemäß Paragraph 126, Absatz 2, BVergG darf die durch die erteilten Aufklärungen allenfalls veranlasste weitere Vorgangsweise die Grundsätze der Paragraphen 19, Absatz eins, 101, Absatz 4, 104, Absatz 2 und 127 nicht verletzen.

Gemäß § 129 Abs. 2 BVergG kann vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung der Auftraggeber Angebote von Bietern ausscheiden, die es unterlassen haben, innerhalb der ihnen gestellten Frist die verlangten Aufklärungen zu geben oder deren Aufklärung einer nachvollziehbaren Begründung entbehrt. Nach den Materialien stellt dies bloß eine Möglichkeit zum Ausscheiden dar, die es dem Auftraggeber ermöglichen soll, Angebote weiterhin zu prüfen, obwohl der Bieter (aus welchen Gründen immer) Aufklärungen unterlassen oder nicht nachvollziehbar begründet hat. Hinzuweisen ist darauf, dass § 68 Abs. 1 Z 7 eine lex specialis zu Abs. 2 enthält (RV 1171 BlgNR XXII. GP 85). Gemäß Paragraph 129, Absatz 2, BVergG kann vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung der Auftraggeber Angebote von Bietern ausscheiden, die es unterlassen haben, innerhalb der ihnen gestellten Frist die verlangten Aufklärungen zu geben oder deren Aufklärung einer nachvollziehbaren Begründung entbehrt. Nach den Materialien stellt dies bloß eine Möglichkeit zum Ausscheiden dar, die es dem Auftraggeber ermöglichen soll, Angebote weiterhin zu prüfen, obwohl der Bieter (aus welchen Gründen immer) Aufklärungen unterlassen oder nicht nachvollziehbar begründet hat. Hinzuweisen ist darauf, dass Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 7, eine lex specialis zu Absatz 2, enthält Regierungsvorlage 1171 BlgNR römisch 22. Gesetzgebungsperiode 85).

§ 313 Abs. 2 BVergG lautet: Hat ein Auftraggeber, eine vergebende Stelle oder ein Unternehmer Unterlagen nicht vorgelegt, Auskünfte nicht erteilt oder eine Auskunft zwar erteilt, die Unterlagen des Vergabeverfahrens aber nicht vorgelegt, so kann das Bundesverwaltungsgericht, wenn der Auftraggeber oder der Unternehmer auf diese Säumnisfolge vorher ausdrücklich hingewiesen wurde, aufgrund der Behauptungen des nicht säumigen Beteiligten entscheiden. Paragraph 313, Absatz 2, BVergG lautet: Hat ein Auftraggeber, eine vergebende Stelle oder ein Unternehmer Unterlagen nicht vorgelegt, Auskünfte nicht erteilt oder eine Auskunft zwar erteilt, die Unterlagen des Vergabeverfahrens aber nicht vorgelegt, so kann das Bundesverwaltungsgericht, wenn der Auftraggeber oder der Unternehmer auf diese Säumnisfolge vorher ausdrücklich hingewiesen wurde, aufgrund der Behauptungen des nicht säumigen Beteiligten entscheiden.

Die Antragstellerin hat sich im Zusammenhang mit der technischen Leistungsfähigkeit bzw. des Nachweises nach § 76 BVergG mehrfach auf eine exklusive Kooperations-, Liefer- und Lizenzvereinbarung mit der XXXX GmbH berufen. Die Auftraggeberin forderte am 09.12.2014 die Antragstellerin konkret um Offenlegung dieser Vereinbarung auf. Diesem letzten Aufklärungsschreiben kam die Antragstellerin jedoch nicht nach (vgl. Feststellungen). Es ist daher nunmehr zu

prüfen, ob das Angebot der Antragstellerin zu Recht ausgeschieden worden ist: Die Antragstellerin hat sich im Zusammenhang mit der technischen Leistungsfähigkeit bzw. des Nachweises nach Paragraph 76, BVergG mehrfach auf eine exklusive Kooperations-, Liefer- und Lizenzvereinbarung mit der römisch 40 GmbH berufen. Die Auftraggeberin forderte am 09.12.2014 die Antragstellerin konkret um Offenlegung dieser Vereinbarung auf. Diesem letzten Aufklärungsschreiben kam die Antragstellerin jedoch nicht nach (vergleiche Feststellungen). Es ist daher nunmehr zu prüfen, ob das Angebot der Antragstellerin zu Recht ausgeschieden worden ist:

§ 126 Abs. 1 BVergG sieht die verpflichtende Durchführung eines Aufklärungsverfahrens in zwei Fällen vor: Erstens bei Unklarheiten über das Angebot und zweitens bei Angebotsmängeln. Unter Mängel sind alle Fehler und Unvollständigkeiten in Angeboten erfasst, die zur Ausscheidung nach § 129 Abs. 1 Z 7 führen können. Der Auftraggeber hat in seiner Aufforderung zur Aufklärung klar und präzise anzugeben, welche Unklarheiten bestehen und was konkret der Bieter aufzuklären und zu tun hat bzw. konkret welche Mängel zu beheben sind (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel [Hrsg], § 126 Rz 7, 9 und 20). Paragraph 126, Absatz eins, BVergG sieht die verpflichtende Durchführung eines Aufklärungsverfahrens in zwei Fällen vor: Erstens bei Unklarheiten über das Angebot und zweitens bei Angebotsmängeln. Unter Mängel sind alle Fehler und Unvollständigkeiten in Angeboten erfasst, die zur Ausscheidung nach Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, führen können. Der Auftraggeber hat in seiner Aufforderung zur Aufklärung klar und präzise anzugeben, welche Unklarheiten bestehen und was konkret der Bieter aufzuklären und zu tun hat bzw. konkret welche Mängel zu beheben sind (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel [Hrsg], Paragraph 126, Rz 7, 9 und 20).

In einem offenen Verfahren steht einem Bieter die Möglichkeit zur Behebung von Mängeln nur einmal zu. Werden die Mängel nicht fristgerecht behoben, ist das Angebot auszuschneiden (Koller in Gast [Hrsg.], BVergG-Leitsatzkommentar, E 503 zu § 129). In einem offenen Verfahren steht einem Bieter die Möglichkeit zur Behebung von Mängeln nur einmal zu. Werden die Mängel nicht fristgerecht behoben, ist das Angebot auszuschneiden (Koller in Gast [Hrsg.], BVergG-Leitsatzkommentar, E 503 zu Paragraph 129,).

Erfolgt durch einen Bieter trotz Aufforderung durch den Auftraggeber nicht einmal in der mündlichen Verhandlung eine entsprechende Aufklärung, so ist das Angebot auszuschneiden (Koller in Gast, BVergG-Leitsatzkommentar, E 513 zu § 129). Erfolgt durch einen Bieter trotz Aufforderung durch den Auftraggeber nicht einmal in der mündlichen Verhandlung eine entsprechende Aufklärung, so ist das Angebot auszuschneiden (Koller in Gast, BVergG-Leitsatzkommentar, E 513 zu Paragraph 129,).

Das Angebot eines Bieters ist auszuschneiden, wenn er trotz Verbesserungsauftrag die fristgerechte, vollständige Mängelbehebung bzw. Aufklärung unterlässt (Koller in Gast, BVergG-Leitsatzkommentar, E 520 zu § 129). Das Angebot eines Bieters ist auszuschneiden, wenn er trotz Verbesserungsauftrag die fristgerechte, vollständige Mängelbehebung bzw. Aufklärung unterlässt (Koller in Gast, BVergG-Leitsatzkommentar, E 520 zu Paragraph 129,).

Ein Ausscheiden kommt nur dann in Betracht, wenn der Bieter die (nachvollziehbare) Aufklärung nicht innerhalb der ihm v AG gestellten Frist gegeben hat. Ein Bieter hat die verlangte Aufklärung unterlassen, wenn er diese Aufklärung nicht oder nicht fristgerecht erstattet. Dem ist gleichzuhalten, wenn die Aufklärung des Bieters nur unvollständig ist, er also die Aufklärung nur zT gibt (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 129 Rz 141 und 143). Ein Ausscheiden kommt nur dann in Betracht, wenn der Bieter die (nachvollziehbare) Aufklärung nicht innerhalb der ihm v AG gestellten Frist gegeben hat. Ein Bieter hat die verlangte Aufklärung unterlassen, wenn er diese Aufklärung nicht oder nicht fristgerecht erstattet. Dem ist gleichzuhalten, wenn die Aufklärung des Bieters nur unvollständig ist, er also die Aufklärung nur zT gibt (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 129, Rz 141 und 143).

Da die Vorgangsweise des Auftraggebers jedenfalls in Einklang mit den Vergabegrundsätzen zu stehen hat, bleibt für eine weiterführende Angebotsprüfung allerdings auch in den verbleibenden Konstellationen mangelnder bzw. fehlender Aufklärung wenig Spielraum. Durch nochmaliges bzw. mehrmaliges Auffordern zur Aufklärung steht nämlich nicht allen Bietern derselbe Zeitraum für die Ausarbeitung ihrer Angebote zur Verfügung. Dieser Umstand ist vom VWGH im Zusammenhang mit der Frage der Behebbarkeit von Mängeln als die Wettbewerbsstellung (wenn auch nur mittelbar) materiell verbessernd gewertet worden. Tatsächlich könnte ein Bieter durch fadenscheinige Auskünfte vorerst gleichsam "Zeit schinden" und in der Folge maßgeschneiderte Informationen liefern. Der Auftraggeber wird daher jeweils im Einzelfall das ihm vom Gesetzgeber eingeräumte Ermessen an den Vergabegrundsätzen, insbesondere dem Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bieter, zu messen haben. Eine fortgesetzte Prüfung wird

somit nur in sehr engen Grenzen zulässig sein. Insofern erfordert die mit dem BVergG 2006 erfolgte Ausgestaltung dieses Ausscheidensgrundes als "bloße" Kann-Bestimmung grundsätzlich auch kein Abgehen von der bisherigen Rechtsprechung, wonach Auftraggeber Bieter lediglich einmal zur Aufklärung bzw. Mängelbehebung auffordern dürfen. Ein Ausscheiden kommt im Sinne dieser Judikatur jedoch nur dann in Betracht, wenn das Aufklärungsersuchen die aufzuklärenden Aspekte eindeutig und verständlich darlegt. (Fink/Hofer in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010] Rz 1438).

Die Auftraggeberin richtete an die Antragstellerin insgesamt drei Aufklärungsschreiben, um ihr die Möglichkeit einzuräumen, insbesondere zur technischen Leistungsfähigkeit der Firma XXXX GmbH Stellung zu nehmen: Die Auftraggeberin richtete an die Antragstellerin insgesamt drei Aufklärungsschreiben, um ihr die Möglichkeit einzuräumen, insbesondere zur technischen Leistungsfähigkeit der Firma römisch 40 GmbH Stellung zu nehmen:

1. E-Mail vom 27.10.2014, 14:43 Uhr (Frist: 29.10.2014, 12:00 Uhr)

2. E-Mail vom 29.10.2014, 15:46 Uhr (Nachfrist: 30.10.2014, 16:00 Uhr)

3. Telefax vom 09.12.2014 mit dem ausdrücklichen Hinweis, die seitens der Antragstellerin angeführte Liefer- und Lizenzvereinbarung mit dem exklusiven Vertragspartner XXXX GmbH offen zu legen (Frist: 15.12.2014) 3. Telefax vom 09.12.2014 mit dem ausdrücklichen Hinweis, die seitens der Antragstellerin angeführte Liefer- und Lizenzvereinbarung mit dem exklusiven Vertragspartner römisch 40 GmbH offen zu legen (Frist: 15.12.2014)

Der Wortlaut des letzten Aufklärungsersuchens der Auftraggeberin kann nur dahingehend verstanden werden, dass der Antragstellerin aufgetragen wurde, die "exklusive" Liefer- und Lizenzvereinbarung vorzulegen (vgl. die Formulierung "offen zu legen"). Das Aufklärungsschreiben der Auftraggeberin war daher klar und präzise iSd 126 Abs. 1 BVergG. Durch die Nichtvorlage der verlangten Liefer- und Lizenzvereinbarung hat die Antragstellerin dem Mängelbehebungsauftrag der Auftraggeberin nicht entsprochen und ist daher der Verpflichtung, ihre technische Leistungsfähigkeit gemäß § 76 BVergG nachzuweisen, nicht nachgekommen (vgl. dazu auch § 69 Z 1 BVergG). Schon aus diesem Grunde war aber die Auftraggeberin jedenfalls nach § 129 Abs. 2 BVergG berechtigt, das Angebot der Antragstellerin - mangels Nichtentsprechen des Verbesserungsauftrages - auszuschließen; gemäß § 68 Abs. 1 Z 7 BVergG zudem sogar verpflichtet (vgl. die Wortfolge "der Auftraggeber hat"). Der Wortlaut des letzten Aufklärungsersuchens der Auftraggeberin kann nur dahingehend verstanden werden, dass der Antragstellerin aufgetragen wurde, die "exklusive" Liefer- und Lizenzvereinbarung vorzulegen (vergleiche die Formulierung "offen zu legen"). Das Aufklärungsschreiben der Auftraggeberin war daher klar und präzise iSd 126 Absatz eins, BVergG. Durch die Nichtvorlage der verlangten Liefer- und Lizenzvereinbarung hat die Antragstellerin dem Mängelbehebungsauftrag der Auftraggeberin nicht entsprochen und ist daher der Verpflichtung, ihre technische Leistungsfähigkeit gemäß Paragraph 76, BVergG nachzuweisen, nicht nachgekommen (vergleiche dazu auch Paragraph 69, Ziffer eins, BVergG). Schon aus diesem Grunde war aber die Auftraggeberin jedenfalls nach Paragraph 129, Absatz 2, BVergG berechtigt, das Angebot der Antragstellerin - mangels Nichtentsprechen des Verbesserungsauftrages - auszuschließen; gemäß Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG zudem sogar verpflichtet (vergleiche die Wortfolge "der Auftraggeber hat

... Unternehmer auszuschließen, wenn ... sie ... diese Auskünfte

nicht erteilt haben").

Soweit die Antragstellerin verneint, dass die "nunmehr von der BIG offenbar geforderte völlig überschießende Vorlage weiterer Urkunden nicht den Tatbestand des § 129 Abs 2 BVergG zu erfüllen vermag", da der Wortlaut des 129 Abs. 2 BVergG keinen Hinweis darauf enthalte, dass Nachweise vorgelegt werden müssten, verkennt sie, dass § 129 Abs. 2 BVergG in unmittelbaren Zusammenhang mit § 126 BVergG steht. Der Tatbestand des § 129 Abs. 2 BVergG kann nämlich erst dann zur Anwendung gelangen, wenn der Auftraggeber den Bieter vorher um Aufklärung iSd §§ 126 und 127 BVergG ersucht hat. § 126 Abs. 1 BVergG ist aber ein umfassender Tatbestand, der nicht nur bei Unklarheiten über das Angebot zur Anwendung gelangt, sondern auch bei Angebotsmängeln. Darunter sind alle Fehler und Unvollständigkeiten in Angeboten erfasst, die zur Ausscheidung nach § 129 Abs. 1 Z 7 führen können (vgl. dazu bereits die zitierte Lehre: Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel [Hrsg], § 126 Rz 7, 9; siehe dazu auch Fink/Hofer in Heid/Preslmayr, Handbuch Rz 1430). Mangels Nichtvorliegens der (zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit entscheidungsrelevanten) Liefer- und Lizenzvereinbarung war das Angebot der Antragstellerin aber jedenfalls unvollständig und daher mit einem Mangel behaftet, der die Auftraggeberin zum Mängelbehebungsauftrag iSd § 126 Abs. 1 BVergG verpflichtet hat (vgl. den Wortlaut "so ist, sofern die Unklarheiten für die Beurteilung der

Angebote von Bedeutung sind, vom Bieter eine verbindliche schriftliche Aufklärung zu verlangen"). Warum aber die Vorlage zum Nachweis einer technischen Leistungsfähigkeit "überschießend" sein soll, konnte die Antragstellerin nicht plausibel darlegen. Soweit die Antragstellerin verneint, dass die "nunmehr von der BIG offenbar geforderte völlig überschießende Vorlage weiterer Urkunden nicht den Tatbestand des Paragraph 129, Absatz 2, BVergG zu erfüllen vermag", da der Wortlaut des 129 Absatz 2, BVergG keinen Hinweis darauf enthalte, dass Nachweise vorgelegt werden müssten, verkennt sie, dass Paragraph 129, Absatz 2, BVergG in unmittelbarem Zusammenhang mit Paragraph 126, BVergG steht. Der Tatbestand des Paragraph 129, Absatz 2, BVergG kann nämlich erst dann zur Anwendung gelangen, wenn der Auftraggeber den Bieter vorher um Aufklärung iSd Paragraphen 126 und 127 BVergG ersucht hat. Paragraph 126, Absatz eins, BVergG ist aber ein umfassender Tatbestand, der nicht nur bei Unklarheiten über das Angebot zur Anwendung gelangt, sondern auch bei Angebotsmängeln. Darunter sind alle Fehler und Unvollständigkeiten in Angeboten erfasst, die zur Ausscheidung nach Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, führen können vergleiche dazu bereits die zitierte Lehre: Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel [Hrsg], Paragraph 126, Rz 7, 9; siehe dazu auch Fink/Hofer in Heid/Preslmayr, Handbuch Rz 1430). Mangels Nichtvorliegens der (zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit entscheidungsrelevanten) Liefer- und Lizenzvereinbarung war das Angebot der Antragstellerin aber jedenfalls unvollständig und daher mit einem Mangel behaftet, der die Auftraggeberin zum Mängelbehebungsauftrag iSd Paragraph 126, Absatz eins, BVergG verpflichtet hat vergleiche den Wortlaut "so ist, sofern die Unklarheiten für die Beurteilung der Angebote von Bedeutung sind, vom Bieter eine verbindliche schriftliche Aufklärung zu verlangen"). Warum aber die Vorlage zum Nachweis einer technischen Leistungsfähigkeit "überschießend" sein soll, konnte die Antragstellerin nicht plausibel darlegen.

In der mündlichen Verhandlung wurde die Antragstellerin zur angeführten Kooperations- und Lizenzvereinbarung befragt. Auch im Zuge dieser Verhandlung konnte (oder wollte) die Antragstellerin diese Vereinbarung nicht vorlegen. Daher wurde ihr gemäß § 313 Abs. 2 BVergG aufgetragen, diese Vereinbarung dem Bundesverwaltungsgericht bis zum 09.03.2015, 15:00 Uhr, vorzulegen. Aber auch die schließlich binnen offener Frist eingelangte Kooperations- und Lizenzvereinbarung zwischen der Antragstellerin und der Firma XXXX GmbH wurde nur unvollständig übermittelt. Es fehlen nämlich die (mehrfach in der Vereinbarung bezugnehmenden und offenkundig entscheidungsrelevanten) Anlagen, sodass dem Auftrag des Bundesverwaltungsgerichtes gemäß § 313 Abs. 2 BVergG nicht (vollständig) entsprochen wurde. Der Antragstellerin ist daher Säumnis vorzuwerfen, was zur Konsequenz hat, dass das Bundesverwaltungsgericht aufgrund der Behauptungen des nichtsäumigen Beteiligten (in concreto der Auftraggeberin, die sämtliche Vergabeunterlagen vorgelegt hat) entscheiden kann. Dass es sich bei der "exklusiven" Liefer- und Lizenzvereinbarung um ein Geschäftsgeheimnis handeln soll, wurde im Übrigen seitens der Antragstellerin erstmals im Rahmen der mündlichen Verhandlung behauptet. Im letzten "Aufklärungsschreiben" vom 15.12.2014 findet sich diesbezüglich kein Hinweis. Dem Bundesverwaltungsgericht ist auch kein plausibler Grund ersichtlich, warum die Antragstellerin diese Vereinbarung nicht vorlegen konnte (oder wollte), zumal nach § 23 Abs. 1 BVergG Auftraggeber, Bewerber und Bieter den vertraulichen Charakter aller den Auftraggeber als auch die Bewerber und Bieter und deren Unterlagen betreffenden Angaben zu wahren haben. In der mündlichen Verhandlung wurde die Antragstellerin zur angeführten Kooperations- und Lizenzvereinbarung befragt. Auch im Zuge dieser Verhandlung konnte (oder wollte) die Antragstellerin diese Vereinbarung nicht vorlegen. Daher wurde ihr gemäß Paragraph 313, Absatz 2, BVergG aufgetragen, diese Vereinbarung dem Bundesverwaltungsgericht bis zum 09.03.2015, 15:00 Uhr, vorzulegen. Aber auch die schließlich binnen offener Frist eingelangte Kooperations- und Lizenzvereinbarung zwischen der Antragstellerin und der Firma römisch 40 GmbH wurde nur unvollständig übermittelt. Es fehlen nämlich die (mehrfach in der Vereinbarung bezugnehmenden und offenkundig entscheidungsrelevanten) Anlagen, sodass dem Auftrag des Bundesverwaltungsgerichtes gemäß Paragraph 313, Absatz 2, BVergG nicht (vollständig) entsprochen wurde. Der Antragstellerin ist daher Säumnis vorzuwerfen, was zur Konsequenz hat, dass das Bundesverwaltungsgericht aufgrund der Behauptungen des nichtsäumigen Beteiligten (in concreto der Auftraggeberin, die sämtliche Vergabeunterlagen vorgelegt hat) entscheiden kann. Dass es sich bei der "exklusiven" Liefer- und Lizenzvereinbarung um ein Geschäftsgeheimnis handeln soll, wurde im Übrigen seitens der Antragstellerin erstmals im Rahmen der mündlichen Verhandlung behauptet. Im letzten "Aufklärungsschreiben" vom 15.12.2014 findet sich diesbezüglich kein Hinweis. Dem Bundesverwaltungsgericht ist auch kein plausibler Grund ersichtlich, warum die Antragstellerin diese Vereinbarung nicht vorlegen konnte (oder wollte), zumal nach Paragraph 23, Absatz eins, BVergG Auftraggeber, Bewerber und Bieter den vertraulichen Charakter aller den Auftraggeber als auch die Bewerber und Bieter und deren Unterlagen betreffenden Angaben zu wahren haben.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Antragstellerin ihre Eignung gemäß § 69 Z 1 BVergG - aufgrund der Nichtvorlage der (offenkundig) entscheidungsrelevanten Kooperations- und Lizenzvereinbarung zwischen der Antragstellerin und der Firma XXXX GmbH - nicht nachgewiesen hat und daher zu Recht aus dem Vergabeverfahren ausgeschieden wurde. Somit musste auf die Abgrenzung Subunternehmer/Lieferant bzw. auf die Frage, ob die Firma XXXX GmbH ein verbundenes Unternehmen darstellt nicht mehr eingegangen werden. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Antragstellerin ihre Eignung gemäß Paragraph 69, Ziffer eins, BVergG - aufgrund der Nichtvorlage der (offenkundig) entscheidungsrelevanten Kooperations- und Lizenzvereinbarung zwischen der Antragstellerin und der Firma römisch 40 GmbH - nicht nachgewiesen hat und daher zu Recht aus dem Vergabeverfahren ausgeschieden wurde. Somit musste auf die Abgrenzung Subunternehmer/Lieferant bzw. auf die Frage, ob die Firma römisch 40 GmbH ein verbundenes Unternehmen darstellt nicht mehr eingegangen werden.

Zu Spruchpunkt II.: Zu Spruchpunkt römisch zwei.:

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

Da dem Nachprüfungsantrag nicht stattgegeben wurde, besteht kein Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühr.

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 (zum maßgeblichen Zeitpunkt der Eignung siehe etwa VwGH 09.10.2002, 2000/04/0037; VwGH 29.05.2002, 2002/04/0023; VwGH 01.03.2007, 2005/04/0239; VwGH 22.04.2009, 2007/04/0141; VwGH 11.11.2009, 2009/04/0203) ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor. Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (zum maßgeblichen Zeitpunkt der Eignung siehe etwa VwGH 09.10.2002, 2000/04/0037; VwGH 29.05.2002, 2002/04/0023; VwGH 01.03.2007, 2005/04/0239; VwGH 22.04.2009, 2007/04/0141; VwGH 11.11.2009, 2009/04/0203) ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Schlagworte

Angebotsmangel, Angebotsöffnung, Ausscheiden eines Angebotes, Ausscheidensentscheidung, Ausscheidensgrund, Bauauftrag, Behebbarkeit von Mängeln, Bietergleichbehandlung, Ermessen, Geschäftsgeheimnis, Gleichbehandlung, Grundsatz der Gleichbehandlung, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, Nachweismangel, Nichtigklärung Auftraggeberentscheidung, öffentlicher Auftraggeber, Pauschalgebührenersatz, Säumnis,

Subunternehmer, technische Leistungsfähigkeit, Unbehebbarkeit,
Verbesserung der Wettbewerbsstellung, Verbesserungsauftrag,
verbesserungsfähiger Mangel, Vergabeverfahren, vertiefte
Angebotsprüfung, Vertraulichkeit, Wettbewerbsrelevanz, Zeitpunkt

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2015:W123.2100032.1.00

Zuletzt aktualisiert am

16.06.2015

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at