



**N/0053-BVA/11/2011-31**

## **B E S C H E I D**

Das Bundesvergabebamt hat durch die Vorsitzende des Senates 11, Mag. Angela Schidlof, und Dr. Wolfgang Wimmer als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Manfred Katzenschlager als Mitglied der Auftragnehmerseite betreffend das Vergabeverfahren „S7 Fürstenfelder Schnellstraße, Dobersdorf - Heiligenkreuz (Staatsgrenze), Projektsteuerung (UVP-Phase, Bauprojekte)“ der Auftraggeberin ASFINAG Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs- Aktiengesellschaft, 1010 Wien, Rotenturmstraße 5-9, vertreten durch ASFINAG Baumanagement GmbH, 1030 Wien, Modecenterstraße 16, über den Antrag der A\*\*\*, vertreten durch X\*\*\*, vom 18.06.2011 (beim Bundesvergabebamt eingelangt am 20.06.2011), wie folgt entschieden:

## **S p r u c h**

1. Der Antrag auf **Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung** vom 10.06.2011 wird **abgewiesen**.
2. Der Antrag auf **Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung** vom 10.06.2011 wird **zurückgewiesen**.
3. Der Antrag auf **Ersatz der Pauschalgebühren** gemäß § 319 Abs 3 BVergG wird **abgewiesen**.

## **B e g r ü n d u n g**

Die ASFINAG Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs- Aktiengesellschaft (im Folgenden Auftraggeberin) führt das Vergabeverfahren „S7 Fürstenfelder Schnellstraße, Dobersdorf - Heiligenkreuz (Staatsgrenze), Projektsteuerung (UVP-Phase, Bauprojekte)“ durch. Die europaweite Bekanntmachung des Vergabeverfahrens erfolgte im Supplement zum Amtsblatt der europäischen Gemeinschaften unter der Zahl 2011/S 35-057717. Die Angebotsfrist endete mit

30.03.2011, 10.00 Uhr, die öffentliche Angebotsöffnung erfolgte nach Ablauf der Angebotsfrist von 10.05 Uhr bis 11.05 Uhr.

Die Antragstellerin legte im Rahmen des gegenständlichen Vergabeverfahrens ein Angebot. Mit Aufklärungsersuchen vom 20.04.2011 hielt die Auftraggeberin der Antragstellerin vor, ihr Unternehmen bilde mit der B\*\*\* (in der Folge B\*\*\*) ein verbundenes Unternehmen durch eine personelle Verschränkung auf Geschäftsführerebene (C\*\*\* sei Geschäftsführer beider Unternehmen). Aus diesem Grund läge ein Verstoß gegen den Grundsatz des freien und lauterer Wettbewerbes gemäß § 19 BVergG iVm § 129 Abs 1 Z 8 BVergG vor, da sowohl das Unternehmen der Antragstellerin als auch B\*\*\* im vorliegenden Vergabeverfahren jeweils ein Angebot abgegeben hätten. Die Auftraggeberin räumte der Antragstellerin bei Androhung des Ausscheidens eine Stellungnahmefrist von 7 Tagen ein.

Diesem Aufklärungsersuchen kam die Antragstellerin mit Aufklärungsschreiben vom 03.05.2011 nach.

Mit Telefax vom 10.06.2011 teilte die Auftraggeberin der Antragstellerin die Ausscheidensentscheidung mit. Begründend führte die Auftraggeberin aus, es erscheine nicht glaubhaft, dass der für Straßenbau und Verkehrsplanung zuständige Geschäftsführer der B\*\*\* keine Kenntnis von einem Angebot habe, das in seinen Zuständigkeitsbereich falle und das auch in Anbetracht des Projektvolumens keinesfalls unbeachtlich sei. Durch die Beteiligung mehrerer Angebote am selben Vergabeverfahren erhalte ein Bieter nicht nur Kenntnis vom Inhalt gesondert eingereichter Angebote, die zueinander im Wettbewerb stehen sollten, sondern er könne auch die Gestaltung dieser Angebote und deren Reihung im Bewertungsverfahren direkt beeinflussen. Als Geschäftsführer beider Unternehmen sei es C\*\*\* jedenfalls möglich, die Angebote zu beeinflussen. Als Ausscheidenstatbestand führte die Auftraggeberin § 129 Abs 1 Z 8 BVergG an. Darüber hinaus gab die Auftraggeberin am 10.06.2011 die Zuschlagsentscheidung zugunsten der Bietergemeinschaft D\*\*\* bekannt.

Der vorliegende Nachprüfungsantrag richtet sich sowohl gegen die Ausscheidensentscheidung als auch die Zuschlagsentscheidung (beide vom

10.06.2011). Die **Antragstellerin** bringt vor, sie erachte sich im Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens verletzt, insbesondere in ihrem Recht auf Gleichbehandlung aller Bieter, insbesondere bei der Angebotsprüfung und Bestbieterermittlung, darauf, dass ihr Angebot nicht ausgeschieden werde, darauf, dass die Auftraggeberin die Zuschlagsentscheidung vergaberechtskonform gemäß § 131 Abs 1 BVergG inhaltlich klar und hinreichend konkret begründe, um die Entscheidung nachvollziehen zu können, auf Ausschluss der Bietergemeinschaft D\*\*\* wegen Vorliegens eines allfälligen Ausschluss- oder Ausscheidensgrundes, darauf, in einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren den Zuschlag zu erlangen und auf Durchführung eines Vergabeverfahrens, das insbesondere den Grundsätzen des freien und lautereren Wettbewerbes sowie des Transparenzgebotes entspreche.

Zur Vergaberechtswidrigkeit der Ausscheidensentscheidung führt die Antragstellerin aus, aus der Geschäftsführerfunktion von C\*\*\* sowohl im Unternehmen der Antragstellerin als auch bei B\*\*\* versuche die Auftraggeberin einen vermeintlichen Ausscheidensgrund zu konstruieren, beschränke sich dabei jedoch ausschließlich auf Mutmaßungen, die inhaltlich jedenfalls unzutreffend seien und das Ausscheiden nicht rechtfertigen könnten. C\*\*\* als Geschäftsführer von B\*\*\* sei generell nicht für die operative oder sonstige Ausarbeitung von Angeboten zuständig. Er habe weder davon Kenntnis gehabt, dass sich B\*\*\* am vorliegenden Vergabeverfahren beteiligt habe noch Kenntnis vom Angebotsinhalt von B\*\*\*. Ebenso sei C\*\*\* nicht in die Verfahrensteilnahme der Antragstellerin operativ eingebunden gewesen und habe auch keinerlei Kenntnis vom Angebotsinhalt der Antragstellerin besessen. Es seien auch beide Angebote nicht von C\*\*\* unterfertigt worden. Damit stehe fest, dass eine Beeinträchtigung des freien und lautereren Wettbewerbs gemäß § 19 Abs 1 BVergG ausgeschlossen sei. Aufgrund der fehlenden Kenntnis betreffend die Angebotsinhalte durch C\*\*\* sei es auch zu keinen Absprachen im Sinne des § 129 Abs 1 Z 8 BVergG gekommen. Solche Absprachen seien jedoch ein zwingendes Tatbestandselement, um ein Angebot nach dieser Bestimmung auszuschneiden. Daran, dass das Ausscheiden vergaberechtswidrig erfolgt sei, ändere auch das von der Auftraggeberin in der Ausscheidensentscheidung ins Treffen geführte Argument nichts, dass C\*\*\* im Angebot der Antragstellerin persönlich als Projektleiter nominiert worden sei. Allein, dass C\*\*\* im Angebot der Antragstellerin als Projektleiter nominiert

worden sei, begründe nicht einmal die Möglichkeit einer Manipulation. Entscheidend sei nämlich, dass C\*\*\* in die Angebotserstellung nicht eingebunden gewesen sei und daher auch keine Kenntnis vom Angebotsinhalt habe. Weiters verfüge C\*\*\* auch über keine Kenntnis bezüglich des Angebotsinhaltes von B\*\*\*. Nur die Kenntnis der wirtschaftlichen Bestandteile eines Angebotes könnte zu einer allfälligen Manipulationsmöglichkeit führen, die bloße Kenntnis einer Nominierung als Projektleiter sei jedoch nicht geeignet, den vergaberechtlichen Wettbewerb zu manipulieren.

Auch das von der Auftraggeberin in Punkt 2 der Ausscheidensentscheidung angeführte Argument "mathematische Unterpreiskriterien" ändere nichts an der Vergaberechtwidrigkeit der angefochtenen Ausscheidensentscheidung. Da das mathematische Unterpreiskriterium von den Angeboten sämtlicher Bieter und der Kostenschätzung der Auftraggeberin abhängt, sei eine allfällige Manipulation nur durch zwei Angebote nicht möglich. Eine allfällige Manipulation wäre lediglich dann möglich, wenn die Angebote aller oder zumindest mehrerer Bieter von einer solchen Manipulation erfasst wären. Die versuchte Begründung der Auftraggeberin für das Ausscheiden sei rein hypothetischer Natur, eine derartige Begründung könne die angefochtene Ausscheidensentscheidung nicht rechtfertigen. Selbst wenn eine Möglichkeit bestünde, durch die Abstimmung von zwei Angeboten ein Ausscheiden zu vermeiden, sei zu berücksichtigen, dass sowohl das Angebot der Antragstellerin als auch das Angebot von B\*\*\* im Hinblick auf das mathematische Unterpreiskriterium keinerlei Probleme hätten. Die Angebote seien bei Zugrundelegung des Unterpreiskriteriums nicht ausgeschieden worden.

Zur Vergaberechtwidrigkeit der Zuschlagsentscheidung führt die Antragstellerin in ihrem Antrag aus, allein aufgrund der Vergaberechtwidrigkeit der angefochtenen Ausscheidensentscheidung vom 10.06.2011 sei auch die Zuschlagsentscheidung vergaberechtwidrig. Hätte nämlich die Auftraggeberin vergaberechts- und ausschreibungskonform das Angebot der Antragstellerin nicht ausgeschieden, hätte dieses Angebot bei der Bestbieterermittlung berücksichtigt werden müssen, da das Angebot der Antragstellerin das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot sei. Die Antragstellerin habe für die Ermittlung des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes solche Referenzen angeboten, die sie in mehreren

Vergabeverfahren der Auftraggeberin bereits verwendet habe. Aufgrund der von der Auftraggeberin damals vergebenen Punkte wisse die Antragstellerin, dass auch im vorliegenden Fall die Antragstellerin deutlich mehr Punkte erreicht hätte als für die präsumtive Zuschlagsempfängerin bekannt gegeben worden seien. Darüber hinaus sei die Zuschlagsentscheidung auch deshalb vergaberechtswidrig, weil für die präsumtive Zuschlagsempfängerin ausschließlich die vergebenen Bewertungspunkte mitgeteilt worden seien. Eine inhaltliche Begründung für diese vergebenen Bewertungspunkte fehle in der angefochtenen Zuschlagsentscheidung. Eine solche Mitteilung der Zuschlagsentscheidung entspreche nicht den vergaberechtlichen Vorgaben. Die Auftraggeberin habe damit ihre Mitteilungs- und Begründungspflicht gemäß § 131 BVergG verletzt, die bekämpfte Zuschlagsentscheidung sei daher für nichtig zu erklären.

Mit **Schriftsätzen vom 22.06.2011 sowie vom 30.06.2011** erteilte die **Auftraggeberin** allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und gab zum Antragsvorbringen eine Stellungnahme ab.

In Ihrer Stellungnahme führte die Auftraggeberin aus, im Zuge der Prüfung der Angebote der Antragstellerin, der A\*\*\* sowie des Bieters B\*\*\* sei festgestellt worden, dass C\*\*\* handelsrechtlicher Geschäftsführer und Gesellschafter sowohl der A\*\*\* als auch der B\*\*\* sei. Nach einem entsprechenden Aufklärungsersuchen sei die Antragstellerin daher ausgeschieden worden. Wenn die Antragstellerin in ihrem Nachprüfungsantrag nunmehr vorbringe, dass es, obwohl C\*\*\* sowohl als Geschäftsführer der Antragstellerin als auch der B\*\*\* tätig sei, zu keiner unzulässigen Unternehmensverschränkung und Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des § 129 Abs 1 Z 8 BVergG komme, sei auf § 19 BVergG zu verweisen, welcher den Grundsatz des lautereren und fairen Wettbewerbs für Vergabeverfahren festlege. Gemäß § 129 Abs 1 Z 8 BVergG habe der Auftraggeber Angebote von Bieter, die mit anderen Unternehmern für den Auftraggeber nachteilige, gegen die guten Sitten oder den Grundsatz des Wettbewerbes verstoßende Abreden getroffen hätten, auszuschließen. Einen zentralen Anwendungsfall für diese Bestimmung stellten personelle Verflechtungen zwischen zwei oder mehreren Bieter dar. Gerade durch solche Verflechtungen, etwa in Form eines Doppelmandates, könne es zu unzulässigen Wettbewerbsvorteilen der Bieter, insbesondere durch Informationen

über die jeweiligen Angebote, kommen. Im Zuge der Prüfung der Angebote der A\*\*\* und der B\*\*\* habe die Auftraggeberin festgestellt, dass C\*\*\* eine Doppelfunktion sowohl als handelsrechtlicher Geschäftsführer und Gesellschafter der A\*\*\* als auch der B\*\*\* ausübe. Beide Gesellschaften hätten am Vergabeverfahren mit eigenen Angeboten teilgenommen. Laut Homepage von B\*\*\* sei C\*\*\* bei B\*\*\* außerdem zuständiger Ansprechpartner für die Themenbereiche "Straßenbau und Verkehrsplanung". Eine enge personelle Verflechtung der beiden Gesellschaften sei somit in der Person des C\*\*\* gegeben. Aus gesellschaftsrechtlicher Sicht habe DI C\*\*\* als Gesellschafter und Geschäftsführer beider Gesellschaften jedenfalls sehr weitreichende Rechte und Pflichten im Bezug auf die unternehmerische Tätigkeit der Gesellschaften. Im Zentrum der Geschäftstätigkeit der beiden Zivilingenieurgesellschaften stehe jedenfalls auch die Teilnahme an Ausschreibungen zur Erlangung von Aufträgen aus dem Infrastrukturbereich. Die enge Verschränkung von A\*\*\* und B\*\*\* sei auch daraus ersichtlich, dass im ANKÖ für A\*\*\* in der Rubrik "wirtschaftliche Leistungsfähigkeit" eine Versicherungsbestätigung von B\*\*\* enthalten sei.

Die Ausführungen der Antragstellerin im Aufklärungsschreiben vom 03.05.2011, dass nämlich durch das Doppelmandat von C\*\*\* als Geschäftsführer beider Gesellschaften der freie und laute Wettbewerb nicht beeinträchtigt sei, sei unglaubwürdig und widerspreche dem konkreten Aufgabenbereich des Geschäftsführers. Weiters sei nicht nachvollziehbar, warum sich der Geschäftsführer, der für den gegenständlichen Aufgabenbereich in den beiden Gesellschaften verantwortlich sei, ausgerechnet bei einem der größten Infrastrukturprojekte im Neubau nicht beteilige. Es sei vielmehr richtig, dass durch die personelle Verschränkung in Person des gemeinsamen Geschäftsführers und Experten für "Straßenbau und Verkehrsplanung" sehr wohl von einer Einflussnahme auf den Wettbewerb bei der Erstellung der Angebote auszugehen sei. Schon allein die Tatsache, dass C\*\*\* als Geschäftsführer und Experte beider Zivilingenieurbüros im Kernbereich seiner beruflichen Tätigkeit Kenntnis über den Inhalt beider Angebote erlangen habe können, sei als wettbewerbsverfälschend zu betrachten.

Darüber hinaus sei C\*\*\* im Angebot der Antragstellerin auch noch als Projektleiter genannt. Diese Funktion bedinge im gegenständlichen Auftrag einen intensiven Arbeitsaufwand für die Dauer von rund 2,5 Jahren. Es handle sich dabei um die

Projektsteuerung im Rahmen der Begleitung des UVP - Verfahrens sowie des Bauprojektes (inkl. der relevanten Materienrechtsverfahren). Die Mindestaufgaben des Schlüsselpersonals seien in der Leistungsbeschreibung unter Punkt 3.1.4. im Teil D.3 der Ausschreibung definiert. Im Angebot der A\*\*\* werde die Tätigkeit von C\*\*\* folgerichtig auch mit insgesamt 3,5 Mannmonaten kalkuliert. Vor diesem Hintergrund sei es unglaublich und nicht nachvollziehbar, dass der vorgesehene Projektleiter vom Inhalt des Angebotes keinerlei Kenntnis habe, wie die Antragstellerin behaupte. Ähnliches gelte für die Tätigkeit von C\*\*\* als Geschäftsführer der B\*\*\*. C\*\*\* werde auf der Homepage der B\*\*\* in der Rubrik "Zuständigkeiten und Kontakte" als einer von zwei Ansprechpartnern der Gesellschaft für das Fachgebiet "Straßenbau und Verkehrsplanung" genannt. Auch in diesem Fall erscheine es nicht glaubhaft, dass der für Straßenbau und Verkehrsplanung zuständige Geschäftsführer und Experte der B\*\*\* keine Kenntnis von einem Angebot habe, das in seinen Zuständigkeitsbereich falle. In Anbetracht des Projektvolumens sei davon auszugehen, dass es sich bei der ausgeschriebenen Leistung für A\*\*\* bzw. B\*\*\* um einen nicht unwesentlichen Auftrag handeln würde. Betrachte man die Größe der beiden Zivilingenieurbüros (30 Mitarbeiter A\*\*\* bzw. 25 Mitarbeiter B\*\*\*) im Verhältnis zum Projektvolumen, sei davon auszugehen, dass der Geschäftsführer von der Angebotslegung Kenntnis habe und auf den Inhalt des jeweiligen Angebotes Einfluss nehmen habe können. Es sei daher im gegenständlichen Verfahren von vergaberechtswidrigen personellen Verschränkungen und Doppelfunktionen bei zwei Bietern gemäß § 129 Abs 1 Z 8 BVergG auszugehen.

Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin sei auch die Zuschlagsentscheidung ausreichend begründet, da die wesentlichen Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes darin angeführt worden seien. Des Weiteren müssten Auftraggeber gemäß § 23 BVergG die Vertraulichkeit der Informationen wahren, die sie von den Bietern im Zuge eines Vergabeverfahrens erhielten. Die Begründungspflicht sei daher eingeschränkt, wenn dadurch die Gefahr bestehe, dass Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse bekanntgegeben würden. Eine inhaltliche Begründung der Zuschlagsentscheidung, insbesondere im Hinblick auf nähere Informationen zu den Referenzen sowie detaillierte Angaben zum eingesetzten Personal, würde die Auftraggeberpflicht verletzen, berechnete Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse zu berücksichtigen.

Mit **Schriftsatz vom 29.06.2011** (beim Bundesvergabeamt eingelangt am 30.06.2011) erhob die **präsumtive Zuschlagsempfängerin begründete Einwendungen** und führte zusammengefasst aus, die personellen Verschränkungen der beiden Bieter A\*\*\* sowie B\*\*\* begründeten die Richtigkeit der Ausscheidensentscheidung, da die personellen Verschränkungen der beiden Bieter in Person von C\*\*\*, nicht allein eine Mutmaßung darstellten, sondern eine auch jedem Außenstehenden erschließbare Unvereinbarkeit wiedergeben. Es liege evidenter Weise ein Doppelmandat vor. Die Antragstellerin orientiere sich in ihrer Argumentation zwar an den einschlägigen Rechtssätzen, wonach unter anderem der "äußere böse Schein" nicht automatisch eine Unzulässigkeit bewirke, übersehe dabei aber, dass in den zitierten Fällen jeweils schlüssige Gründe für die tatsächlich fehlende Beeinträchtigung des freien Wettbewerbs durch die personelle Verflechtung vorgelegen hätten. Dies treffe jedoch im vorliegenden Fall nicht zu. Ausreichende "Neutralisierungsmaßnahmen" zur Sicherstellung der Nichtbefassung der betroffenen Person mit der Teilnahme auf Seiten zumindest eines betroffenen Bieters seien von der Antragstellerin nicht einmal behauptet worden. Selbst wenn eine Ressortzuständigkeit des betroffenen Geschäftsführers vorliegen sollte, würde dies nach der vergaberechtlichen Entscheidungspraxis die personelle Verflechtung nicht neutralisieren. Ein Geschäftsführer könne dadurch nicht seiner Verantwortung der Gesellschaft gegenüber enthoben werden und sei jedenfalls berechtigt und verpflichtet, etwa bei Missständen, einzugreifen. Im Ergebnis sei festzuhalten, dass der Ausschluss des Angebotes der Antragstellerin gemäß §129 Abs. 1 Z 8 BVergG 2006 zurecht erfolgt sei, da die bemängelte personelle Verflechtung der Antragstellerin mit der Mitbieterin B\*\*\* eine sitten- bzw. wettbewerbswidrige Abrede zum Nachteil des Auftraggebers darstelle.

Mit Schreiben vom 8.7.2011 forderte das Bundesvergabeamt die Antragstellerin auf, Verträge betreffend die Beschäftigungsverhältnisse der im Angebot genannten Schlüsselpersonen mit der Antragstellerin vorzulegen.

In Entsprechung dieser Aufforderung erfolgte am **12.7.2011 eine Urkundenvorlage** durch die Antragstellerin sowie eine weitere Stellungnahme. Die **Antragstellerin** legte einen Geschäftsführervertrag, abgeschlossen zwischen der Antragstellerin

sowie E\*\*\*, vor. In der Stellungnahme führte die Antragstellerin dazu aus, dass aufgrund der unmittelbaren Unternehmenszugehörigkeit der genannten Personen feststehe, dass diese keinesfalls Subunternehmer im Sinne des § 84 BVergG seien. Alle genannten Personen seien in keiner Weise im eigenen Namen unternehmerisch tätig. Daher könne keinesfalls eine Subunternehmereigenschaft angenommen werden. Gemäß Punkt 1.1.10 Teil D.1 der Ausschreibung sei die Bekanntgabe von Subunternehmern abschließend geregelt. Danach habe der Bieter nur die beabsichtigte Vergabe von Subaufträgen für wesentliche Teile des Auftrages bekannt zu geben. Auftragsteile seien dann wesentlich, wenn der Bieter für diese nicht selbst über die erforderliche Eignung (insbesondere Befugnis-, Leistungsfähigkeit) verfüge und aus diesem Grund einen entsprechend geeigneten Subunternehmer namhaft mache. Die Auftraggeberin habe die nach dieser Festlegung erforderliche Eignung im Punkt 1.2.1 Teil D.1 abschließend definiert. Für diese in den Ausschreibungsunterlagen bestandfest festgelegte Eignung seien die genannten Personen nicht erforderlich. Daher sei auch nach Punkt 1.1.10 Teil D.1 eine Benennung dieser Personen als Subunternehmer im Angebot nicht erforderlich. Zusätzlich sei festzuhalten, dass die Auftraggeberin im Vergabeverfahren die Antragstellerin nicht um Nachreichung allfälliger Eignungsnachweise für diese vermeintlichen Subunternehmer ersucht habe. Damit sei also das Angebot der Antragstellerin jedenfalls vollständig und ausschreibungskonform. Da die Auftraggeberin im vorliegenden Vergabeverfahren die drei Beschäftigungsverhältnisse in keiner Weise behandelt habe, stehe fest, dass diese Verträge auch nicht Bestandteil der Aktenlage des Vergabeverfahrens seien. In diesen Zusammenhang verwies die Antragstellerin auf das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 18.3.2009, 2007/04/0095. Weiters handle es sich beim Bundesvergabeamt um eine Nachprüfungsbehörde, die Entscheidungen öffentlicher Auftraggeber ausschließlich nachzuprüfen und nicht an deren Stelle zu treffen habe.

Mit **Schreiben vom 14.07.2011 (OZ 21)** hielt das **Bundesvergabeamt** der **Antragstellerin vor**, dass aufgrund der Erhebungen des Bundesvergabeamtes bei der Niederösterreichischen Gebietskrankenkasse hervorgekommen sei, dass nur eine der genannten Schlüsselpersonen als Angestellte bei der Antragstellerin beschäftigt sei. Sich jedoch andererseits aus den Versicherungsdatenauszügen der

Niederösterreichischen Gebietskrankenkasse betreffend E\*\*\* sowie betreffend C\*\*\* ergeben habe, dass diese beiden Personen in keinem aufrechten Beschäftigungsverhältnis zur Antragstellerin stünden. Aus der präkludierten Ausschreibung Punkt 1.1.10 "Subunternehmer" gehe eindeutig hervor, dass werkvertragsähnliche Dienstverhältnisse als Subunternehmer gewertet würden, das heißt, C\*\*\* als Selbstständiger sowie E\*\*\* als Angestellter eines anderen Unternehmens als die Antragstellerin hätten als Subunternehmer namhaft gemacht werden müssen. Der Antragstellerin wurde weiters vorgehalten, durch diese Unterlassung ein ausschreibungswidriges Angebot gelegt zu haben. Darüber hinaus sollte durch die Namhaftmachung der Schlüsselpersonen der Nachweis für die technische Leistungsfähigkeit der Antragstellerin erbracht werden. Durch die Namhaftmachung unzulässiger Schlüsselpersonen im verbindlichen Personaleinsatzplan Punkt 1.2.3.1 der Ausschreibungsunterlage habe die Antragstellerin den geforderten Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit nicht erbracht. Der Antragstellerin wurde eine Frist von 10 Tagen eingeräumt, zu den Schlussfolgerungen des Bundesvergabebeamtes Stellung zu nehmen, dass aufgrund des einerseits ausschreibungswidrigen Angebotes sowie des mangelnden Nachweises der technischen Leistungsfähigkeit das Angebot der Antragstellerin auszuscheiden gewesen wäre.

In **Beantwortung des Vorhaltes vom 14.07.2011** übermittelte die **Antragstellerin** am 21.07.2011 eine weitere Stellungnahme und bestritt darin die Befugnis des Bundesvergabebeamtes amtswegige Ermittlungen bezüglich eines anderen Ausscheidensgrundes als den von der Auftraggeberin genannten, anzustellen. Inhaltlich führte die Antragstellerin aus, eine sozialversicherungsrechtliche Beurteilung sei nicht entscheidend für die Qualifikation, ob ein Subunternehmer vorliege. Entscheidend sei vielmehr die rechtliche Qualifikation der betreffenden Vertragsverhältnisse. Die Aussage, E\*\*\* sei Angestellter bei C\*\*\* sei in dieser allgemeinen Form unrichtig. Die Annahme, die im Firmenbuch eingetragenen Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung wären Subunternehmer der eigenen Gesellschaft sei unzutreffend. Aus der Begriffsdefinition der ÖNORM B 2110 ergebe sich, dass Subunternehmer nur Unternehmer sein könnten. Die im Vorhalt genannten Personen betrieben jedoch kein Unternehmen, das von der Antragstellerin verschieden sei und mit dem man sich am gegenständlichen

Vergabeverfahren beteiligt hätte. Sie arbeiteten nicht mit eigenen Arbeitsmitteln und nicht auf eigene Gefahr, würden weder ein Leistungsrisiko noch ein Termin- oder Gewährleistungsrisiko tragen. Darüber hinaus schuldeten die Genannten auch keinen Erfolg, womit das Wesensmerkmal des Werkvertrages nicht erfüllt sei. Daher stehe fest, dass diese Personen keinesfalls Subunternehmer sein könnten.

In der **mündlichen Verhandlung vom 26.07.2011** erfolgte die zeugenschaftliche Einvernahme des Gesellschafter - Geschäftsführers E<sup>\*\*\*</sup>. Im Rahmen seiner Aussage führte E<sup>\*\*\*</sup> aus, er sei bis 01.05.2007 voll bei seinem Vater, C<sup>\*\*\*</sup>, beschäftigt gewesen. Dieses Beschäftigungsverhältnis sei mit 2007 beendet worden. Im Rahmen seiner Beschäftigung bei seinem Vater habe er neben der rein technischen Tätigkeit als artfremde Tätigkeit im Sinne des Ziviltechnikergesetzes auch die EDV betreut. Seit 2007 sei er nur mehr acht Stunden pro Woche bei seinem Vater, C<sup>\*\*\*</sup>, als Angestellter weiterhin zur EDV-Betreuung tätig. Zur Frage, ob es über den im Rahmen des Ermittlungsverfahrens dem Bundesvergabeamt vorgelegten Geschäftsführerbestellungsvertrag noch einen weiteren Vertrag gebe, der das Beschäftigungsverhältnis zur Antragstellerin regle, gab der Zeuge an, dass es keinen weiteren Vertrag gebe.

Weiters führte der Zeuge aus, dass er als Mehrheitseigentümer und einer von drei Geschäftsführern ressortübergreifend bei der Antragstellerin tätig sei. Gesellschafter der Antragstellerin seien der Zeuge selbst, C<sup>\*\*\*</sup>, sein Vater, F<sup>\*\*\*</sup>, G<sup>\*\*\*</sup>, sein Bruder sowie H<sup>\*\*\*</sup> und I<sup>\*\*\*</sup>. Innerhalb der Gesellschaft seien die Geschäftsführer und die Prokuristen gleich entscheidungsberechtigt. Im Unternehmen der Antragstellerin gebe es viele verschiedene spezialisierte Bereiche. Die Betreuung werde im Einzelfall projektspezifisch entschieden. Der Zeuge selbst sei als Mehrheitseigentümer derjenige, der die Letztentscheidungen treffe. Der Gesellschaftsvertrag regle die Entscheidungsbefugnis zwar nach den Geschäftsanteilen. Dies spiele jedoch im Alltag kaum eine Rolle, da die Themen ausdiskutiert würden und im Regelfall eine Konsensentscheidung getroffen würde.

Über Befragung durch den Antragstellervertreter führte der Zeuge aus, er stelle seine gesamte Arbeitskraft der Antragstellerin zur Verfügung und erbringe auch ausschließlich Leistungen für die Antragstellerin. Im Sinne des Angestelltengesetzes dürfe er keine Leistungen für eine andere Ziviltechniker-gesellschaft erbringen. Seine Krankenversicherung laufe über die Gruppenkrankenversicherung der Architekten-

und Ingenieurkonsulenten bei der XXX Versicherung. Außer der Haftung als Geschäftsführer, die er der Gesellschaft gegenüber habe, gebe es keine weiteren Haftungsansprüche gegen ihn. Es gebe auch keine Vereinbarungen dahingehend, dass der Zeuge persönlich pro Projekt Termine einhalten oder bestimmte konkrete Leistungen erbringen müsste oder ihm gegenüber Gewährleistungsansprüche bestünden. Die Betriebsmittel sowie die Personalkapazitäten bekäme er im Rahmen seiner Geschäftsführertätigkeit vom Unternehmen beigestellt. Der Zeuge verfüge über eine Berufshaftpflichtversicherung in der Form, dass er im Rahmen der Versicherung der Antragstellerin mitversichert sei. Die Versicherungspolizze sei auf die Antragstellerin ausgestellt, wobei in einer Zeile der Versicherungspolizze alle Geschäftsführer mit aufrechter Befugnis als mitversichert angeführt seien.

### **Das Bundesvergabeamt hat erwogen:**

Bei der ASFINAG handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (vgl. BVA 10.5.2006, N/0021-BVA/14/2006-13; 31.10.2007, N/0088-BVA/10/2007-37; 17.10.2007, N/0095-BVA/04/2007-EV6 u.v.a.).

Das vorliegende Vergabeverfahren ist dem Oberschwellenbereich zuzuordnen. Es handelt sich um einen Dienstleistungsauftrag, der nach dem Bestbieterprinzip im Rahmen eines offenen Verfahrens vergeben werden soll.

### **Zu Spruchpunkt 1:**

Einleitend ist festzuhalten, dass die Antragstellerin durch die Auftraggeberin mit der Begründung ausgeschieden wurde, dass sie aufgrund eines Doppelmandates auf Biiterebene ein abgestimmtes Bieterverhalten gesetzt haben könnte. Dies wird von der Antragstellerin bestritten. Die Durchsicht der durch die Auftraggeberin vorgelegten Vergabeunterlagen ergab jedoch, dass die Antragstellerin aus einem anderen als dem von der Auftraggeberin genannten Grund auszuschneiden ist.

Die Antragstellerin brachte im Rahmen der von ihr genannten Beschwerdepunkte ua. vor, sich in ihrem Recht darauf, "dass unser Angebot nicht ausgeschieden wird", verletzt zu erachten. Damit ist die Prüfbefugnis des Bundesvergabeamtes definiert.

Im Rahmen dieses von der Antragstellerin selbst formulierten Beschwerdepunktes kann das Bundesvergabeamt - der Officialmaxime entsprechend - Ermittlungen hinsichtlich des Vorliegens von Ausscheidensgründen durchführen (*Thienel* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, § 312 Rz 185). Überdies ist nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes die Vergabekontrollbehörde auch befugt, bei Wahrung des Parteiengehörs auf solche Gründe für das Ausscheiden eines Angebotes Bedacht zu nehmen, die vom Auftraggeber nicht herangezogen wurden (VwGH 12.05.2011, 2007/04/0012 mwN).

Die gegenständliche - präkludierte - Ausschreibung trifft folgende Festlegungen (die für den gegenständlichen Bescheid wesentlichen Aussagen wurden unterstrichen):

#### ***"1.1.10 Subunternehmer***

*Der Bieter hat nur die beabsichtigte Vergabe von Subaufträgen für wesentliche Teile des Auftrages bekannt zu geben. Auftragsteile sind dann wesentlich, wenn der Bieter für diese nicht selbst über die erforderliche Eignung (insbesondere Befugnis, Leistungsfähigkeit) verfügt und aus diesem Grund einen entsprechend geeigneten Subunternehmer namhaft macht.*

*Für diese Teile sind die ausführenden 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.*
- *Erklärung über die solidarische Haftung des Subunternehmers gegenüber dem Auftraggeber, falls sich der Bieter zum Nachweis seiner finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit auf die Kapazitäten des Subunternehmers stützt.*
- *Nachweis über die Verfügungsmöglichkeiten 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.*

*Subunternehmer dürfen ohne vorherige nachvollziehbar dokumentierte Zustimmung des Auftraggebers nicht ausgetauscht werden.*

*Werkvertragsähnliche Dienstverhältnisse werden als Subunternehmer gewertet.*

.....

### **1.2.1.5 Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit**

*Der Bieter muss seine technische Leistungsfähigkeit durch Erfüllung nachfolgend definierter Anforderungen nachweisen.*

#### **Personalausstattung**

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

*Es ist gemäß Formblatt "Nachweise gemäß §§ 70 ff BVergG 2006" 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 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).

### 1.2.2 Zuschlagskriterien - Übersicht

Für die Prüfung und Beurteilung der Angebote gelten die Vorgaben des Bundesvergabegesetzes - BVergG. Zur Beurteilung der Angebote wird neben dem Preis auch die Qualität des Angebotes herangezogen. Im Zuge der Angebotsprüfung wird nach den Angaben des Bieters wie folgt bewertet:

Gesamtpreis: 30%

Qualität: 70%

Die Bewertung erfolgt nach folgender Matrix:

Kriterium				max. Punktezahl	Gewicht in %			
Qualität	Referenzen	Projektleiter	Referenzprojekt A	100	15	30	70	100
			Referenzprojekt B	100	15			
		Stv. Projektleiter	Referenzprojekt A	100	10	20		
			Referenzprojekt B	100	10			
		Projektteam- Mitglied	Referenzprojekt A	100	5	10		
			Referenzprojekt B	100	5			
	Ausbildung, Berufserfahrung		Projektleiter	100	5			
		Stv. Projektleiter	100	3				
		Projektteam-Mitglied	100	2				
Preis	Preis (Bewertungspreis: 100% der Grundleistung + 50% der Option)			100	30			

Bewertungstabelle

.....

Personaleinsatzplan

*Mit dem Angebot ist die Angabe des geplanten Personaleinsatzes beinhaltend*

- *Namen des eingesetzten Personals*
- *Unternehmen, Standort*
- *Qualifikation*
- *Kalkulierte Mannmonate*

*entsprechend dem im Anhang von Teil D.6 "Erklärung des Bieters" beigefügten Formular "Verbindlicher Personaleinsatzplan" zwingend abzugeben.*

.....

*Die Qualifikation (Referenzen) des eingesetzten Personals kann sich nur auf die im Personaleinsatzplan angeführten Personen beziehen."*

Die allgemeinen für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der §§ 914ff ABGB sind auch im Vergaberecht anzuwenden (vgl *Rummel*, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus der Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind danach zu beurteilen, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgeblich (vgl VwGH 29.3.2006, 2004/04/0144, 0156, 0157; ebenso BVA 11.1.2008, N/0112-BVA/14/2007-20, BVA 11.2.2008, N/0006-BVA/04/2008-24, BVA 12.5.2009 N/0022-BVA/11/2009-27; BVA 25.11.2009, N/0110-BVA/09/2009-28 uva.).

Aus der Sicht eines durchschnittlichen, fachkundigen Bieters bei Anwendung der üblichen Sorgfalt [vgl EuGH 4.12.2003, Rs C-448/01 (EVN-AG Wien Strom GmbH gegen Republik Österreich); VwGH 17.11.2004, 2002/04/0078; 16.2.2005, 2004/04/0030; BVA 11.2.2008, N/0006-BVA/04/2008-24; BVA 12.5.2009, N/0022-

BVA/11/2009-27; BVA 25.11.2009, N/0110-BVA/09/2009-28 u.a.] ist den Punkten 1.1.10 sowie 1.2.1.5. der Ausschreibungsunterlage unzweifelhaft zu entnehmen, dass der Bieter verpflichtet ist, Subunternehmer, die er zur Leistungserbringung heranzuziehen beabsichtigt, im Formblatt "Subunternehmerverzeichnis" vollständig anzuführen. Weiters geht aus diesen Festlegungen eindeutig hervor, dass werkvertragsähnliche Dienstverhältnisse oder freie Dienstnehmer als Subunternehmer gewertet werden. In dem oben zitierten Punkt 1.2.1.5 "Personalausstattung" wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass freie Dienstnehmer sowie auf Werkvertragsbasis beschäftigte Personen im Subunternehmerverzeichnis anzuführen sind, falls diese als Nachweis für die technische Leistungsfähigkeit oder für die Zuschlagskriterien herangezogen werden. Die im "Anhang 6.5: Formblatt Verbindlicher Personaleinsatzplan" genannten Personen (Schlüsselpersonal) und ihre Referenzen werden im Rahmen der Qualität (70 %) bei den Zuschlagskriterien bewertet.

Im vorliegenden Fall wurde von der Antragstellerin in "Anhang 6.5.: Formblatt Verbindlicher Personaleinsatzplan" E\*\*\* als Stv. Projektleiter als Schlüsselpersonal namhaft gemacht. Die Erhebungen des Bundesvergabebeamten zu dem als Stv. Projektleiter namhaft gemachten E\*\*\* ergaben, dass dieser Gesellschafter - Geschäftsführer der Antragstellerin ist. Mit Schriftsatz OZ 17 legte die Antragstellerin einen Geschäftsführervertrag, abgeschlossen zwischen der Antragstellerin und E\*\*\* vor. Diesem Vertrag ist, ebenso wie dem Firmenbuch, zu entnehmen, dass E\*\*\* mit einer Stammeinlage von Euro XXX einen 60 % Anteil an der antragstellenden GmbH hält.

Allgemein bietet das Zivilrecht für menschliche Erwerbsarbeit drei Vertragstypen: den (durch persönliche Leistungspflicht, Arbeitszeit- und Weisungsbindung gekennzeichneten arbeitsrechtlichen) Dienst- oder Arbeitsvertrag, den freien Dienstvertrag sowie den Werkvertrag.

Im vorliegenden Fall handelt es sich bei der Antragstellerin um eine Kapitalgesellschaft, die zu 60 % im Eigentum von E\*\*\* eines ihrer Geschäftsführer steht. Dieser ist somit Mehrheitseigentümer der Antragstellerin und damit - wie er auch im Rahmen seiner Zeugenaussage betonte - derjenige, der

Letztentscheidungen zu treffen hat. Ob ein Geschäftsführer Arbeitnehmer ist, hängt davon ab, ob ihm Weisungen erteilt werden können, ob er arbeitnehmerähnlich ist, davon, ob er von der Gesellschaft wirtschaftlich abhängig ist. Für den Gesellschafter-Geschäftsführer ist darauf abzustellen, inwieweit er Einfluss auf die Willensbildung der Gesellschafter nehmen kann. Dabei kommt es nicht allein auf die Höhe seiner Beteiligung an der Gesellschaft an. Als Faustregel gilt jedoch, dass eine Beteiligung von 50 % eine Sperrminorität des Gesellschafter - Geschäftsführers und damit dessen Weisungsfreiheit ergibt (Völkl in *Straube*, GmbHG § 15 Rz 72). Arbeits-, sozial- und steuerrechtlich ist - sofern der Geschäftsführer nicht als Arbeitnehmer zu qualifizieren ist - auf dessen "Arbeitnehmerähnlichkeit" abzustellen. Maßgeblich für die Arbeitnehmerähnlichkeit ist die wirtschaftliche Unselbständigkeit. Die Anwendbarkeit arbeitsrechtlicher Normen hängt davon ab, ob ein Geschäftsführer als Arbeitnehmer bzw. arbeitnehmerähnlich zu qualifizieren ist. Das trifft jedenfalls dann nicht zu, wenn der Geschäftsführer Mehrheitsgesellschafter ist (Völkl in *Straube*, GmbHG § 15 Rz 85). Ein beherrschender Einfluss des Geschäftsführers auf die Gesellschaft schließt seine Qualifikation als Arbeitnehmer aus [Gellis (Feil) Kommentar zum GmbH-Gesetz, § 15 Rz 13]. Wesentlich beteiligte Gesellschafter - Geschäftsführer zählen im Einkommensteuerrecht nicht zu den Dienstnehmern und beziehen daher Einkünfte aus selbständiger Arbeit (VwGH 31.3.2005, 2002/15/0029). Ein Gesellschafter - Geschäftsführer, der - wie im vorliegende Fall E\*\*\* - Mehrheitseigentümer der Gesellschaft ist, ist somit sowohl im Sinne des Arbeitsrechts als auch des Steuerrechts als Selbstständiger zu werten.

Das durch die Bieter namhaft gemachte Schlüsselpersonal wird, wie aus der Bewertungsmatrix unter Punkt 1.2.2 der Ausschreibung hervorgeht, aufgrund der Referenzen sowie Ausbildung und Berufserfahrung als Qualitätskriterium (70%) bewertet. Wie der Ausschreibung unter Punkt 1.2.1.5 weiters zu entnehmen ist, gelten als Mitarbeiter Dienstnehmer (Vollzeit, Teilzeit, geringfügig Beschäftigte), freie Dienstnehmer und auf Werkvertragsbasis beschäftigte Personen. Freie Dienstnehmer sowie auf Werkvertragsbasis beschäftigte Personen sind jedoch im Subunternehmerverzeichnis anzuführen, falls sie als Nachweis für die technische Leistungsfähigkeit oder für die Zuschlagskriterien herangezogen werden. Da für menschliche Erwerbsarbeit nur drei Vertragstypen zur Verfügung stehen, ergibt sich daher, dass gemäß den eindeutigen Festlegungen in der Ausschreibung, die als

Schlüsselpersonal genannten Personen Dienstnehmer des Bieters auf der Grundlage eines Dienst- oder Arbeitsvertrages sein müssen, anderenfalls sie jedenfalls als Subunternehmer anzuführen sind.

Im vorliegenden Fall ergaben die Ermittlungen des Bundesvergabebeamtes, dass der als Stv. Projektleiter namhaft gemachte E\*\*\* als Mehrheitseigentümer der antragstellenden GmbH Selbständiger und nicht Mitarbeiter im Sinne der Definition in der Ausschreibung ist.

In der vorliegenden Fallkonstellation hätte daher - wie von der Ausschreibung gefordert - E\*\*\* als Selbständiger, als Subunternehmer genannt werden müssen.

Da E\*\*\* als Stv. Projektleiter für die Zuschlagskriterien unter Pkt. 1.2.2 der Ausschreibung als Bewertungsgrundlage heranzuziehen ist, die Nennung dieser Person im verbindlichen Personaleinsatzplan jedoch aufgrund der Ausschreibungsbedingungen (Pkt.1.2.1.5) ohne ihre Namhaftmachung als Subunternehmer unzulässig war, liegt ein den Ausschreibungsbedingungen widersprechendes Angebot vor.

Nach der Judikatur des Bundesvergabebeamtes hat der Bieter darüber hinaus unaufgefordert die Teile des Angebotes, die er möglicherweise im Wege von Subaufträgen an Dritte zu vergeben beabsichtigt, in seinem Angebot anzugeben. Anderenfalls liegt ein unvollständiges Angebot vor (BVA 25.03.2008, N/0020-BVA/13/2008-42). Ein solcher Mangel ist auch als unbehebbar zu qualifizieren (BVA 14.10.2005, 15N--87/05-18), da der Auftraggeber die Eignung eines konkreten Subunternehmers spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung überprüfen muss (BVA 18.12.2003, 17N-111/03-26). Durch den Wegfall der als Stv. Projektleiter genannten Person, kann die Auftraggeberin überdies auch nicht mehr die technische Leistungsfähigkeit der Antragstellerin überprüfen. Eine nachträgliche Namhaftmachung eines Stv Projektleiters wäre eine Angebotsänderung und würde gegen das Verbandsverbot und den Gleichbehandlungsgrundsatz verstoßen (*M.Öhler/J.Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, § 129 Rz 23).

Der auf Grund des Ermittlungsergebnisses vorliegende Sachverhalt wurde der Antragstellerin mit Schreiben vom 14.07.2011 (OZ 21) vorgehalten und ihr eine 10-tägige Stellungnahmefrist eingeräumt.

Gemäß § 19 Abs. 1 BVergG sind Vergabeverfahren nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lautereren Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen.

Gemäß § 129 Abs. 1 Z 2 leg cit hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung aufgrund des Ergebnisses der Prüfung Angebote von Bieter auszuscheiden, deren technische Leistungsfähigkeit nicht gegeben ist.

Gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 leg.cit. hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung aufgrund des Ergebnisses der Prüfung, Angebote von Bieter auszuscheiden, wenn sie ein den Ausschreibungsbedingungen widersprechendes Angebot bzw. eines, das die Mindestanforderungen nicht erfüllt, gelegt haben.

Wenn die Antragstellerin vorbringt, die Auftraggeberin habe nicht um Nachreichung allfälliger Eignungsnachweise für die Subunternehmereigenschaft ersucht und damit sei ihr Angebot vollständig und ausschreibungskonform, so ist ihr zu entgegen, dass es nicht in der Disposition der Auftraggeberin steht, von Ausscheidenstatbeständen gemäß § 129 Abs 1 BVergG 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 entscheidend [vgl dazu EuGH 25.4.1996, Rs C-87/94 (Wallonische Busse, RZ 89, wonach eine Abweichung von in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen eine Verletzung wesentlicher Grundsätze des Vergabeverfahrens darstellt)].

Wie sich aus den eindeutigen Festlegungen in der bestandfesten Ausschreibung ergibt, wäre die Antragstellerin bereits allein deshalb auszuscheiden gewesen, weil sie einerseits ein den präkludierten Festlegungen in der Ausschreibung widersprechendes Angebot gelegt hat und andererseits auch die technische

Leistungsfähigkeit nicht nachweisen konnte. Auf das weitere Antragsvorbringen war daher nicht mehr einzugehen.

### **Zu Spruchpunkt 2:**

Da, wie das Bundesvergabeamt unter Spruchpunkt 1 ausführlich dargelegt hat, das Ausscheiden der Antragstellerin - wenn auch aus einem anderen Grund als dem von der Auftraggeberin herangezogenen - rechtmäßig erfolgt ist, war der Antrag der Antragstellerin auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung mangels der Möglichkeit, dass der Antragstellerin aus dieser Auftraggeberentscheidung ein Schaden erwachsen könnte, zurückzuweisen. Dies steht auch im Einklang mit der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes, wonach ein Bieter den Zuschlag nicht erhalten kann, der selbst gegen die Ausschreibungsbedingungen oder gegen die Bestimmungen über öffentliche Aufträge verstoßen hat (VwGH 28.05.2008, 2007/04/0232).

### **Zu Spruchpunkt 3:**

Gemäß § 319 Abs. 1 1.Satz BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende, Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber.

Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung besteht nur dann, wenn dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde (§ 319 Abs. 2 BVergG).

Die Antragstellerin hat, wie sich aus Spruchpunkt 1 und 2 ergibt, mit ihrem Nachprüfungsantrag auch nicht teilweise obsiegt. Die Nachprüfungsanträge wurden ab- bzw. zurückgewiesen. Der sowohl für den Nachprüfungsantrag als auch für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung geltend gemachte Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühren war daher abzuweisen.

Wien, am 1. August 2011  
Die Vorsitzende des Senates 11:  
Mag. Angela Schidlof