



**N/0065-BVA/07/2011-22**

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

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 7, Mag. Julia Stiefelmeyer, sowie Dr. Friedrich Resel als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Hagen Pleile als Mitglied der Auftragnehmerseite, im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs. 2 Z 2 BVergG 2006 idF der Novelle BGBl I Nr. 15/2010 (BVergG), betreffend das Vergabeverfahren "Abschluss einer Rahmenvereinbarung betreffend Beratung und Case Management im Rahmen von Fit2Work", **Los 3** (Steiermark), des als Republik Österreich bezeichneten Auftraggebers Bund, vertreten durch das Bundessozialamt, vertreten durch die Bundesbeschaffung GmbH, Lassallestraße 9b, 1020 Wien, diese vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, aufgrund des Antrages des A\*\*\*, vertreten durch X\*\*\*, vom 7.7.2011, wie folgt entschieden:

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

#### **I.**

Der Antrag, "das Bundesvergabeamt möge die Entscheidung vom 28.6.2011, dass das Angebot der Antragstellerin ausgeschieden wird, gemäß § 312 Abs. 2 Z 2 BVergG für nichtig erklären", wird **abgewiesen**.

#### **II.**

Der Antrag, "das Bundesvergabeamt möge die Entscheidung vom 28.6.2011, dass die Rahmenvereinbarung mit der Firma B\*\*\* abgeschlossen werden soll, gemäß § 312 Abs. 2 Z 2 BVergG für nichtig erklären", wird bezüglich des Loses 3 (Steiermark) **zurückgewiesen**.

### III.

Der Antrag vom 21.7.2011, "das Bundesvergabeamt möge die Auftraggeberin gemäß § 319 BVergG zum Ersatz der Pauschalgebühren verpflichten", wird **abgewiesen**.

### **B e g r ü n d u n g**

Der Auftraggeber führt "in Anlehnung an ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich nach den Bestimmungen des BVergG 2006 in der geltenden Fassung und den dazu ergangenen Verordnungen" (vgl. Punkt 4.1. der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen berichtigt 02.05.2011, in der Folge Allgemeine Ausschreibungsbedingungen) ein Vergabeverfahren zur Beschaffung einer nicht prioritären Dienstleistung gemäß § 6 BVergG (CPV-Code 85312510, 85312500, 98350000) durch, mit dem Ziel des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung über die Beratung und das Case Management, wobei der Auftragsgegenstand in 3 Lose, nämlich Los 1 (Wien), Los 2 (Niederösterreich) und Los 3 (Steiermark) aufgeteilt wurde. Teilangebote/Teilvergaben für jedes der 3 Lose wurden ausdrücklich für zulässig erklärt (Punkt 7.1. der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen). Die europaweite Bekanntmachung erfolgte im März 2011. Gemäß Punkt 8.2 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen, wird die Entscheidung, mit welchem geeigneten Unternehmer pro Los die Rahmenvereinbarung geschlossen werden soll, nach dem Bestbieterprinzip getroffen, wobei als Zuschlagskriterien der Preis mit 60% und die Qualität, die in weitere Subkriterien unterteilt ist, mit 40% gewichtet sind. Zum Ende der Angebotsfrist, das mit 9.5.2011, 9.00 Uhr, fixiert wurde, langten insgesamt 5 Angebote zum gegenständlichen Los 3 ein. Die Antragstellerin hat jeweils ein Angebot zum verfahrensgegenständlichen Los 3 sowie zum Los 2 gelegt. Zum Los 1 hat sie als Mitglied einer Bietergemeinschaft ein Angebot gelegt.

Mit Telefax vom 28.6.2011 wurde der Antragstellerin in der "Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung gemäß § 141 BVergG 2006" mitgeteilt, dass der Auftraggeber aufgrund des Ergebnisses der Bestbieterermittlung beabsichtige, die Rahmenvereinbarung im Los 3 mit der B\*\*\*, abzuschließen. Weiters wurde der Antragstellerin darin mitgeteilt, dass ihr Angebot zum Los 3 auszuscheiden sei, da

wesentliche Kriterien der geforderten wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit nicht erfüllt bzw. nachgewiesen worden seien. *"Der erforderliche durchschnittliche Gesamtjahresumsatz der letzten drei Geschäftsjahre für die angebotenen Lose 2 und 3 beträgt (gem. Allg. Ausschreibungsbedingungen Pkt. 6.4) 9,9 Mio. Euro. Gemäß Angaben in ihrem Angebot wird der Umsatz nur für eines der beiden angebotenen Lose erfüllt. Gemäß Loszuordnung anhand der vom Bieter angegebenen Reihung im Fragebogen (vgl. Allg. Ausschreibungsbedingungen Pkt 6.1 Rz 58) ist somit das Angebot für Los 3 auszuschneiden."*

Mit Antrag vom 7.7.2011 begehrte die Antragstellerin wie im Spruchpunkt I und II wiedergegeben. Weiters wurden Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung sowie auf Akteneinsicht gestellt. Dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde mit Bescheid des Bundesvergabebeamten vom 14.7.2011, GZ N/0065-BVA/07/2011-EV7, stattgegeben.

Der vorliegende Nachprüfungsantrag richtet sich gegen die Entscheidung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung in Los 3 (Steiermark) abgeschlossen werden soll (im Sinne des § 151 Abs. 3 BVergG), die gemäß § 141 Abs. 5 BVergG eine gesondert anfechtbare Entscheidung ist, sowie gegen die Ausscheidensentscheidung. Begründend wird darin ausgeführt, dass sich die Antragstellerin in ihrem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens, insbesondere in ihren Rechten auf Gleichbehandlung der Bieter, auf Einhaltung der Grundsätze des Vergabeverfahrens, insbesondere des Transparenzgebotes, auf eine vollständige, nachvollziehbare und überprüfbare Begründung der angefochtenen Entscheidung, auf Bekanntgabe einer Entscheidung zum Abschluss der Rahmenvereinbarung auf ihr Angebot sowie auf Unterlassen des Ausscheidens ihres Angebotes mangels vorliegender Ausscheidensgründe, verletzt fühle.

Inhaltlich begründete die Antragstellerin ihren Nachprüfungsantrag vom 7.7.2011 im Wesentlichen wie folgt:

Die Angebotsöffnung habe am 4.5.2011 um 9:05 Uhr stattgefunden. Dabei seien zu Los 3 folgende Bieter und Gesamtpreise (inkl. USt) verlesen worden:

- B\*\*\* EUR XXX
- Bietergemeinschaft C\*\*\* EUR XXX
- D\*\*\* EUR XXX
- Bietergemeinschaft E\*\*\* EUR XXX
- Antragstellerin EUR XXX

Die angefochtene Entscheidung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden solle ("Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung gemäß § 141 BVergG 2006"), sei unzureichend begründet, somit rechtswidrig und für nichtig zu erklären: § 151 Abs. 3 BVergG lege für die Entscheidung, mit welchem Unternehmer eine Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, die Verpflichtung zur Bekanntgabe der "Gründe der Nichtberücksichtigung sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes" fest.

In Punkt 8.3.2 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen sei ausdrücklich festgelegt, dass jedes Kommissionsmitglied eine Punktebewertung und eine verbale Begründung abzugeben habe. Diese verbale Begründung sei in der angefochtenen Entscheidung vollständig weggelassen und lediglich folgender inhaltsleerer Stehsatz hinzugefügt: "Aufgrund des Schutzes von Geschäftsinteressen des präsumtiven Bestbieters kann die Begründung der Bewertung nicht bekannt gegeben werden". Der darüber hinaus eingefügte Satz, "Das Angebot verfügt über ein sehr gutes Preis-Leistungsverhältnis und überzeugt bei Erfüllung aller Anforderungen durch einen sehr guten Preis", sei ebenfalls eine inhaltsleere Standardformulierung, die zur Begründung der Entscheidung untauglich sei. Die bloße, weil ohne jede sachliche Begründung aufgestellte Behauptung des "Schutzes von Geschäftsinteressen" sei für eine Ausnahme von der Verpflichtung des Auftraggebers, in einer dem Grundsatz der Transparenz entsprechenden Art und Weise dem Antragsteller dazulegen, werhalb sein Angebot schlechter als jenes des präsumtiven Bestbieters bewertet worden sei, ungeeignet. Diese Verpflichtung treffe den Auftraggeber auch bei der Vergabe nicht prioritärer Dienstleistungen. Zwar gewähre das BVergG dem Auftraggeber sowohl in § 131 Abs. 1 als auch in § 151 Abs. 3 das Recht, Informationen nicht bekanntzugeben, wenn sie den berechtigten Geschäftsinteressen von Unternehmern widersprüchen. Diese Ausnahme sei jedoch eng auszulegen. Es sei auch nicht

ersichtlich, inwiefern durch die Bekanntgabe der verbalen Begründung der Bewertungskommission in Immaterialgüterrechte des präsumtiven Rahmenvereinbarungspartners eingegriffen werden sollte. Darüber hinaus sei die angefochtene Entscheidung auch deswegen nicht ausreichend begründet, weil das Angebot der Antragstellerin nicht einmal einer kommissionellen Bewertung unterzogen worden sei. Dies sei völlig unverständlich, weil erst aus dem Vergleich der Bewertung des erfolgreichen Angebotes - insbesondere der (hier fehlenden) verbalen Begründung - mit der Bewertung des eigenen Angebotes, die Gründe der Nichtberücksichtigung des eigenen sowie die Vorteile des erfolgreichen Angebotes erkennbar und überprüfbar würden. Ohne Vergleichsbasis sei für die Bieter nicht überprüfbar, ob die Bewertung nachvollziehbar und richtig sei. Die in der angefochtenen Entscheidung angeführte Bemerkung, dass die kommissionelle Bewertung des Angebotes der Antragstellerin unterlassen worden sei, weil "diese selbst bei Erreichung der vollen Punktezahl keinen Einfluss auf das Ergebnis hätte", sei irrelevant, weil die vorliegende Entscheidung ohne den Vergleichsmaßstab der Bewertung des eigenen Angebotes gar nicht auf ihre Richtigkeit hin überprüfbar sei. Die Richtigkeit der angefochtenen Entscheidung sei aber Vorfrage für die Beurteilung, ob andere Angebote dann Chancen hätten oder nicht. Es sei auch möglich, dass sich aus der verbalen Begründung das zwingende Ausscheiden des für den Abschluss der Rahmenvereinbarung vorgesehenen Angebotes erkennen ließe. Darüber hinaus ergäben sich aus den Angebotsergebnissen und der Bewertung des präsumtiven Rahmenvereinbarungspartners gravierende Bedenken hinsichtlich der Vergleichbarkeit und damit der Zuschlagsfähigkeit der Angebote. Auch diese Bedenken könnten ohne verbale Begründung des erfolgreichen Angebotes einerseits und des eigenen Angebotes andererseits nicht beurteilt werden.

Im Ergebnis nehme die angefochtene Entscheidung aufgrund ihrer gesetzwidrigen Begründung der Antragstellerin die Chance, ihre inhaltlichen Rechtsschutzmöglichkeiten zu beurteilen und gegebenenfalls zu nutzen. Genau dies sei aber Sinn und Zweck der im BVergG normierten Begründungspflichten für Angebotsbewertungen: Die nicht erfolgreichen Bieter müssten beurteilen können, ob sie im Rechtsschutzweg gegen diese Entscheidung vorgehen könnten. Könnten sie

dies nicht beurteilen, sei die Entscheidung rechtswidrig und daher für nichtig zu erklären.

Ebenso sei die Ausscheidensentscheidung rechtswidrig und für nichtig zu erklären. Zwar sei es korrekt, dass der von der Antragstellerin für die Lose 2 und 3 - in denen sie "allein" angeboten habe - angegebene Gesamtumsatz nicht den kumulierten Jahresumsatz gemäß Punkt 6.4 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen (EUR 9,9 Mio) erreiche. Wenn aber die Antragstellerin in Los 2 tatsächlich nicht, in Los 3 jedoch zum Zuge kommen sollte, so wäre ihr Jahresumsatz für Los 3 jedenfalls ausreichend. Die Abfrage eines Mindest-Jahresumsatzes im Zuge der Prüfung der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit von Bietern habe den Zweck, sicherzustellen, dass das Unternehmen "groß genug" zur laufenden Pflichterfüllung gegenüber dem Auftraggeber sei, somit, dass es den Auftrag wirtschaftlich "durchhalte". Diese Verpflichtung zum "Durchhalten" bestehe aber nicht, wenn ein Unternehmen ohnehin bei einem Auftrag nicht zum Zuge komme, weil es für diesen, von einem Dritten ausgeführten Auftrag keinerlei Ressourcen benötige. Daher sei der gegenständlich verlangte Mindest-Jahresumsatz auch in diesem Sinne zu verstehen und auszulegen. Sollte das Los 2 zu widerrufen sein, wären konsequenterweise auch die von den Bietern genannten Eignungsangaben nicht für Los 2 zu "verwenden" bzw. anzurechnen, sodass wiederum die Ausscheidensentscheidung für Los 3 unberechtigt wäre. Die vollständige und richtige Begründung der "Zuschlagsentscheidung" zu Los 2, die von der Antragstellerin ebenfalls angefochten worden sei, sei somit Voraussetzung für die Entscheidung, ob das Angebot der Antragstellerin zu Los 3 auszuschneiden sei oder nicht.

Der Antragstellerin drohe im Fall des Abschlusses der Rahmenvereinbarung mit einem Mitbewerber der Entgang des Auftrages, sohin ein entgangener Gewinn bzw. die Frustration der Kosten für die Erstellung der Angebotsunterlagen und Kosten für die rechtsfreundliche Vertretung im gegenständlichen Verfahren. Weiters entginge der Antragstellerin die Chance auf Erlangung eines wichtigen Referenzprojektes für künftige Vergabeverfahren.

Mit Stellungnahme vom 11.7.2011 erteilte der **Auftraggeber** allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und teilte mit, dass sich das Verfahren im Stadium der

Stillhaltefrist befinde. In einer weiteren Stellungnahme vom 15.7.2011 brachte der Auftraggeber vor, dass das Angebot der Antragstellerin zu Recht ausgeschieden worden sei und verwies auf Rz 58 der bestandfesten Ausschreibungsbedingungen.

Mit Schriftsatz vom 15.7.2011 erhob die B\*\*\*, vertreten durch Y\*\*\*, begründete Einwendungen gegen den Nachprüfungsantrag.

Mit Schriftsatz vom 21.7.2011 begehrte die Antragstellerin, den Auftraggeber zum Ersatz der Pauschalgebühren zu verpflichten und führte zusammenfassend aus, dass eine "Zuteilung" des Jahresumsatzes eines Bieters zu einem Los, das dieser Bieter nicht zugeschlagen bekommen könnte, oder das überhaupt nicht zugeschlagen werden könnte (was erst anhand einer ordnungsgemäß begründeten "Zuschlagsentscheidung" beurteilt werden könnte) und daraus resultierend das Ausscheiden dieses Bieters in einem anderen Los rechtswidrig sei.

Am 27.7.2011 fand vor dem Bundesvergabeamt eine mündliche Verhandlung statt. Dabei hielt die Auftraggebervertreterin fest, dass Auftraggeber die Republik Österreich (Bund), vertreten durch das Bundessozialamt sei. Die Lose 1, 2 und 3 sollten grundsätzlich gleichzeitig vergeben werden.

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

Die Republik Österreich (Bund), vertreten durch das Bundessozialamt, ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG.

Der Antrag auf Nachprüfung wurde fristgerecht eingebracht und erfüllt auch die formalen Voraussetzungen des § 322 BVergG. Wenn die mitbeteiligte Partei vermeint, die Antragstellung gegen die "Republik Österreich" sei verfehlt, da nicht diese, sondern der Bund Auftraggeber sei, ist darauf hinzuweisen, dass die Bezeichnung des Bunds im Verfahren als "Republik Österreich" diese Beurteilung nicht verhindert, da einerseits diese Begriffe - wenn gleich entgegen Art 8 B-VG - notorisch partiell synonym verwendet werden (vgl. BVA 9.5.2007, N/0029-BVA/06/2007-112), andererseits sowohl in der europaweiten Bekanntmachung als

auch in den Allgemeinen Ausschreibungsunterlagen als Auftraggeber die Republik Österreich, vertreten durch das Bundessozialamt, genannt wird.

Das Vergabeverfahren befindet sich im Stadium der Stillhaltefrist.

Die mitbeteiligte Partei hat mit Schriftsatz vom 15.7.2011 begründete Einwendungen erhoben. Ihr kommt somit Parteistellung gemäß § 324 Abs. 3 BVergG zu.

Das verfahrensgegenständliche Los 3 ist laut Angaben des Auftraggebers dem Oberschwellenbereich zuzuordnen. Es handelt sich um einen nicht prioritären Dienstleistungsauftrag (CPV-Code 85312510, 85312500, 98350000) gemäß § 6 BVergG, der "in Anlehnung an ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich nach den Bestimmungen des BVergG 2006 in der jeweils geltenden Fassung und den dazu ergangenen Verordnungen" nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden soll.

#### Zu Spruchpunkt I.

Gemäß § 320 Abs. 1 BVergG kann ein Unternehmer bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern 1. er ein Interesse am Abschluss eines in den Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, und 2. ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Zunächst wird darauf hingewiesen, dass die Ausschreibung bzw. die Ausschreibungsunterlagen nicht angefochten wurden und somit bestandfest sind.

Punkt 6 (**Eignungskriterien**) der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen lautet:

#### "Punkt 6.1 Allgemeines

51 Der Bieter muss für die Erbringung der angebotenen Leistung geeignet sein. Geeignet sind Unternehmer, die befugt, technisch, finanziell und wirtschaftlich leistungsfähig sowie zuverlässig sind. Die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit muss spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen, widrigenfalls der Bieter ausgeschlossen wird. Die Eignung ist in den Angeboten

durch Vorlage der in diesen Ausschreibungsunterlagen beschriebenen Urkunden (Nachweise, Bescheinigungen) darzutun und zu belegen.

52 Sämtliche Nachweise sind in deutscher Sprache in Kopie beizulegen. Soweit sie nicht in deutscher Sprache abgefasst sind, (...)

53 Der Bieter kann den Nachweis der Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit auch durch Vorlage einer Eigenerklärung erbringen. Diesfalls hat der Bieter die vollständig ausgefüllte und rechtsgültig unterfertigte Beilage zum Angebotsanschreiben "Eigenerklärung des Bieters" mit dem Angebot beizubringen.

**Hinweis:** Wird der Nachweis der Eignung durch Vorlage einer Eigenerklärung erbracht, muss der Bieter dennoch über die angeführten Nachweise verfügen und diese auf Aufforderung unverzüglich beibringen können. Dies gilt ebenso für die Vorlage von Nachweisen betreffend notwendige Subunternehmer/verbundene Unternehmen gemäß Punkt 5.2.1.

(....)

57 Die untenstehend genannten Kriterien hinsichtlich technischer, finanzieller und/oder wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit sind für alle drei Lose kumulativ zu sehen (mit Ausnahme des Projektleiters: es kann ein Projektleiter für alle Lose genannt werden).

58 Wenn ein Angebot für mehrere Lose gelegt wird und die nachgewiesene technische, wirtschaftliche und/oder finanzielle Leistungsfähigkeit nicht für alle angebotenen Lose ausreicht, wird die Loszuordnung anhand der vom Bieter angegebenen Reihung im Fragebogen vorgenommen. Wenn der Bieter die Reihung unterlässt, erfolgt die Zuordnung in aufsteigender Reihenfolge gemäß der Losnummerierung unter Punkt 2.3.

Beispiel:

Der Bieter legt ein Angebot für alle Lose und reiht die Lose in aufsteigender Reihenfolge. Er weist unter anderem 3 Referenzprojekte, einen Projektleiter, die Verfügbarkeit von 9 geeigneten Beratern und einen durchschnittlichen Gesamtjahresumsatz von 13 Mio. Euro nach.

Gemäß der Reihung wird zunächst Los 1 geprüft. Die Eignungsanforderungen wurden erfüllt. Nach der Prüfung bleiben 2 Referenzprojekte, 5 Berater und ein Umsatz von 5,2 Mio. verfügbar. Der

Projektleiter kann auch für die Prüfung der übrigen Lose herangezogen werden.

Als nächstes wird Los 2 geprüft. Da die Eignungsanforderungen nicht erfüllt werden (Umsatz von 5,4 Mio. wird nicht mehr erreicht) ist das Angebot für dieses Los auszuschneiden.

Damit wird Los 2 in der Prüfung nicht weiter berücksichtigt und die Prüfung bei Los 3 fortgesetzt. Die Eignungsanforderungen für Los 3 werden mit den verbliebenen Kapazitäten erfüllt."

Punkt 6.4 **Finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit** lautet:

"6.4.1 Allgemeines

75 Der Bieter muss die für die Erbringung der Leistung erforderliche finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit aufweisen. Diese muss spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen.

76 Der Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Bieters kann auch durch den Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit eines mit dem Bieter verbundenen Unternehmens oder eines Subunternehmers erbracht werden. Diesfalls ist die Bestimmung gemäß Punkt 5.2.1 verpflichtend einzuhalten.

77 Das Mindestniveau der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit für die Erbringung der Leistungen ist gegeben, wenn zumindest folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

78 **Los 1 - Wien**

- (...)

79 **Los 2 - Niederösterreich**

- Für die Erbringung der Leistungen hat der Bieter einen **durchschnittlichen Gesamtjahresumsatz** der letzten 3 Geschäftsjahre in der Höhe von zumindest **5,4 Mio. Euro** aufzuweisen. Bei Arbeits- und Bietergemeinschaften gilt der kumulierte Umsatz. Im Fall von verbundenen Unternehmen sind die Umsätze zu konsolidieren (die Innenumsätze - also die zwischen den verbundenen Unternehmen erzielten Umsätze - sind zu eliminieren, soweit Doppelzählungen vorliegen). Sofern ein bietendes Unternehmen weniger als drei Jahre besteht, gilt das Zwölfwache des

durchschnittlichen Monatsumsatzes seit Bestand des bietenden Unternehmens.

80 **Los 3 - Steiermark**

- Für die Erbringung der Leistungen hat der Bieter einen **durchschnittlichen Gesamtjahresumsatz** der letzten drei Geschäftsjahre in der Höhe von zumindest **4,5 Mio. Euro** aufzuweisen. Bei Arbeits- und Bietergemeinschaften gilt der kumulierte Umsatz. Im Fall von verbundenen Unternehmen sind die Umsätze zu konsolidieren (die Innenumsätze - also die zwischen den verbundenen Unternehmen erzielten Umsätze - sind zu eliminieren, soweit Doppelzählungen vorliegen). Sofern ein bietendes Unternehmen weniger als drei Jahre besteht, gilt das Zwölfwache des durchschnittlichen Monatsumsatzes seit Bestand des bietenden Unternehmens."

Punkt 6.4.2 (Nachweise) lautet:

"<sup>81</sup> Zum Nachweis für die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Bieters zur Erbringung der Leistungen hat dieser die nachstehenden Urkunden und Erklärungen vorzulegen:

- eine Erklärung über den **durchschnittlichen Gesamtjahresumsatz** der letzten drei Geschäftsjahre; (...)"

Gemäß der dem Angebot beigelegten Erklärung der Geschäftsführung des Vereins A<sup>\*\*\*</sup>, datiert mit 2.5.2011, betrug der Gesamtumsatz der A<sup>\*\*\*</sup> im Jahre 2008 € 5.428.995, im Jahre 2009 € 7.403.011 sowie im Jahre 2010 € 8.613.512. Diese genannten Umsatzzahlen sind auch in der dem Angebot beigelegten Erklärung der F<sup>\*\*\*</sup> vom 27.4.2011 genannt. Der durchschnittliche Jahresumsatz der letzten 3 Geschäftsjahre beträgt somit € 7.148.506. Für die Erbringung der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit wurden im Angebot der Antragstellerin weder zu Los 2 noch zu Los 3 Subunternehmer/verbundene Unternehmen genannt. Auch die Antragstellerin selbst gesteht in ihrem Antrag vom 7.7.2011 ein, dass der von ihr für die beiden Lose 2 und 3, in denen sie "allein" (d.h. nicht in einer Bietergemeinschaft) geboten habe, angegebene Gesamtumsatz nicht den kumulierten Jahresumsatz

gemäß Punkt 6.4 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen in Höhe von € 9,9 Mio. erreicht.

Gemäß "Fragebogen zur Ausschreibung", Seite 2, (2) Reihung der Lose, für die ein Angebot gelegt wird (siehe Allgemeine Ausschreibungsbedingungen, Pkt. 6.1. Rz 58) hat die Antragstellerin in ihrem Angebot eine Reihung vorgenommen und in der Reihenfolge 1 Los 2 und in der Reihenfolge 2 Los 3 angeführt.

Zur Auslegung von Ausschreibungsunterlagen sind die für rechtsgeschäftliche Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der §§ 914ff ABGB anzuwenden (vgl. *Rummel*, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsunterlagen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibungsunterlagen maßgeblich (vgl. VwGH 19.11.2008, 2007/04/0018 und 2007/04/0019; 29.3.2006, 2004/04/0144, 0156, 0157; 16.2.2005, 2004/04/0030; ebenso BVA 11.1.2008, N/0112-BVA/14/2007-20; 10.10.2007, F/0003-BVA/04/2007-21 u F/0004/04/2007-21; 28.7.2006, N/0048-BVA/15/2006-28 u.v.a).

Unter zu Grundlegung dieses Interpretationsmaßstabes ergibt sich aus den für die Lose 1, 2 und 3 geltenden Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen, die mangels fristgerechter Anfechtung bestandfest geworden sind (vgl. VwGH 25.6.2008, 2006/04/0116; 27.6.2007, 2005/04/0234; ebenso BVA 1.7.2008, N/0056-BVA/04/2008-20, u.a.), dass in Punkt 6.4 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen zunächst die Anforderungen an die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit definiert werden, nämlich je Los ein gewisser Mindestumsatz und zwar für das Los 2 ein durchschnittlicher Gesamtjahresumsatz der letzten drei Geschäftsjahre in Höhe von € 5,4 Mio. und für das Los 3 ein ebensolcher in der Höhe von € 4,5 Mio. In Punkt 6.1., Rz 57, der Allgemeinen Ausschreibungsunterlagen wird festgehalten, dass die Kriterien hinsichtlich technischer, finanzieller und/oder wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit für alle drei Lose kumulativ zu sehen sind. In Punkt 6.1, Rz 58, der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen wird weiters die Vorgehensweise geregelt, wenn ein Bieter Angebote für mehrere Lose gelegt hat und die nachgewiesene technische,

wirtschaftliche und/oder finanzielle Leistungsfähigkeit nicht für alle angebotenen Lose ausreicht. Dabei ist insbesondere das unter Rz 58 genannte Beispiel zu berücksichtigen. So wird entsprechend der Reihung der Lose (siehe Punkt 6.1. der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen) der durchschnittliche Gesamtjahresumsatz "konsumiert", sodass für das nachgereichte Los jeweils nur noch der - nach Abzug des durchschnittlichen Gesamtjahresumsatzes des vorgereichten Loses - verbleibende Restumsatz zu berücksichtigen ist. Wird der für das nächstgereichte Los erforderliche durchschnittliche Gesamtjahresumsatz sodann nicht mehr erreicht, so ist das Angebot zu diesem Los auszuscheiden. Entgegen den Ausführungen der Antragstellerin ist diese bestandfeste Beurteilung völlig unabhängig von anderen Faktoren, wie etwa davon, ob der Bieter den Zuschlag für das vorgereichte Los erhält, oder auch, ob dieses Los etwa zu widerrufen wäre, zu betrachten. Dies kann schon nicht anders gesehen werden, da ja die Antragstellerin zu beiden Losen (2 und 3) "allein" geboten hat und sie somit den Abschluss der Rahmenvereinbarung in beiden Lose, die laut Angaben der Auftraggebervertreterin in der mündlichen Verhandlung vom 27.7.2011 auch gleichzeitig vergeben werden sollen, anstrebt. Die Allgemeinen Ausschreibungsunterlagen legen weiters auch die Folge fest, die zum Tragen kommt, wenn der durchschnittliche Gesamtjahresumsatz im nächstgereichten Los nicht mehr erreicht wird. Diese besteht im Ausscheiden des Angebotes zu diesem Los.

Darüber hinaus muss die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen, widrigenfalls der Bieter ausgeschlossen wird (vgl. Punkt 6.1 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen). Der Argumentation der Antragstellerin, dass ihre finanziellen Ressourcen für das Los 3 im Falle eines Nichterhalts des Zuschlags im Los 2 "freiwürden", ist entgegenzuhalten, dass die Ausschreibungsbedingungen entsprechend dem BVerG (vgl. § 69 Z 1 BVerG) festlegen, dass die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen müssen und dass diese (gegebene) Leistungsfähigkeit durch in den Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen genannte Nachweise belegt werden muss. Wie der VwGH in seinem Erkenntnis vom 12.5.2011, 2008/04/0087, festgehalten hat, müssen diese Nachweise bereits (zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung) vorhanden sein, dürfen somit nicht erst nachträglich hergestellt werden. Würde man der Argumentationslinie der Antragstellerin folgen, dann würde ihr Angebot zu Los 3, das

zunächst - nämlich zum maßgeblichen Zeitpunkt der Angebotsöffnung - aufgrund des mangelnden durchschnittlichen Gesamtjahresumsatzes eindeutig ausschreibungswidrig ist, durch die freiwerdenden Ressourcen des nicht zum Zug kommenden Angebotes zu Los 2 zu einem ausschreibungskonformen Angebot zu Los 3 "mutieren". Dies würde jedoch gegen die vom VwGH festgelegten Grundsätze verstoßen, da ein zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung ausschreibungswidriges Angebot durch eine wie auf die gegenständliche Art und Weise erst zu einem späteren Zeitpunkt erfolgende "Umschichtung" nachträglich zu einem ausschreibungskonformen Angebot gemacht würde, was den Grundsätzen des § 19 BVergG widerspricht. Abgesehen davon würde dies der Verpflichtung des Auftraggebers zum Ausscheiden eines ausschreibungswidrigen Angebotes zuwiderlaufen.

Darüber hinaus übersieht die Antragstellerin mit ihrer Argumentation, dass die Eignung "ex ante" (konkret im Zeitpunkt der Angebotsöffnung), nicht aber im Rückblick vorzuliegen hat und zu prüfen ist. In diesem Sinne kann das Erfordernis der Eignung nicht daran "festgemacht" werden, ob ein Bieter mit einem von mehreren angebotenen Losen auch tatsächlich zum Zug gekommen ist.

Die Antragstellerin hat die Reihung der Lose im Fragebogen insofern vorgenommen, als sie Los 2 vor Los 3 gereiht hat. Gemäß der von der Antragstellerin vorgenommenen Reihung hat der Auftraggeber daher völlig zu Recht zunächst die Eignung für das angebotene Los 2 geprüft und daran anschließend die Eignung für das ebenso angebotene Los 3. Da der durchschnittliche Gesamtjahresumsatz der Antragstellerin mit dem Los 2 bereits so weit konsumiert wurde, dass er nicht mehr zur Erfüllung des Mindestumsatzes in Los 3 ausreicht, wurde das Angebot der Antragstellerin zu Los 3 vom Auftraggeber zu Recht ausgeschieden.

#### Zu Spruchpunkt II.

Ein Bieter, dessen Angebot zu Recht ausgeschieden wurde, kann durch Rechtswidrigkeiten, die das Verfahren zur Wahl eines Angebotes für den Zuschlag betreffen, nicht in Rechten verletzt werden. Daher ist ein gegen die Zuschlagsentscheidung gerichteter Nachprüfungsantrag des zu Recht ausgeschiedenen Bieters zurückzuweisen (vgl. VwGH 25.01.2011, 2009/04/0302).

Wie unter Spruchpunkt I. dargestellt, wurde die Antragstellerin zu Recht ausgeschieden. Der gegen die Zuschlagsentscheidung gerichtete Nachprüfungsantrag war daher mangels Möglichkeit der Verletzung der in § 322 Abs. 1 Z 5 BVergG genannten Rechte wegen fehlender Antragslegitimation zurückzuweisen.

Zu Spruchpunkt III.

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 I und II ergibt, mit ihren Nachprüfungsanträgen auch nicht teilweise obsiegt. Die Nachprüfungsanträge wurden abgewiesen (Spruchpunkt I.) bzw. zurückgewiesen (Spruchpunkt II.). 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 28. Juli 2011

Die Vorsitzende des Senates 7:

Mag. Julia Stiefelmeyer

