



N/0112-BVA/10/2011-32

Betreff: Nachprüfungsverfahren nach § 312 Abs 2 Z 2 BVergG betreffend das Vergabeverfahren „Entwicklung einer IT-Lösung (Software) für den Vollzug des IESG“; **Antrag auf Nichtigklärung der Nicht-Zulassung zur Teilnahme**

B E S C H E I D

Das Bundesvergabeamt hat durch den Senat 10 bestehend aus Mag. Hubert Reisner als Vorsitzendem sowie Sabine Prewein MAS als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Manfred Müllner als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe „Entwicklung einer IT-Lösung (Software) für den Vollzug des IESG“ des Auftraggebers IEF-Service GmbH vertreten durch X***, Rechtsanwälte, eingeleitet über Antrag der A*** vertreten durch Y*** Rechtsanwälte OG vom 30. Oktober 2011 wie folgt entschieden:

S p r u c h

I .

Der Antrag der A***, „*das Bundesvergabeamt möge nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung die Entscheidung der IEF-Service GmbH über die Nicht-Zulassung zur Teilnahme der A*** an der zweiten Stufe des Verfahrens, mitgeteilt am 21. Oktober 2011, im Vergabeverfahren Entwicklung einer IT-Lösung (Software) für den Vollzug des IESG für nichtig erklären*“, wird **abgewiesen**.

Rechtsgrundlage: § 103 Abs 7 BVergG

II .

Der Antrag der A***, „*das Bundesvergabeamt möge der IEF-Service GmbH auftragen, der Antragstellerin die Pauschalgebühr für diesen Antrag zu Handen ihrer ausgewiesenen Rechtsvertreter zu ersetzen*“, wird **abgewiesen**.

Rechtsgrundlage: § 319 BVergG

B e g r ü n d u n g

1. Vorbringen der Parteien und Gang des Verfahrens

Die A*** vertreten durch Y*** Rechtsanwälte OG in der Folge Antragstellerin genannt, brachte am 31. Oktober 2011 die im Spruch wiedergegebenen Anträge Nichtigerklärung der Nichtzulassung der Antragstellerin zur Teilnahme an der zweiten Stufe des gegenständlichen Vergabeverfahrens und Ersatz der Pauschalgebühr sowie Anträge auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung und Akteneinsicht ein. Nach Darstellung des maßgeblichen Sachverhaltes führte die Antragstellerin aus, dass sich das Interesse am Vertragsabschluss schon aus der Stellung eines Teilnahmeantrags ergebe. Ihr drohe ein Schaden durch den Verlust einer Chance auf Zuschlagserteilung in einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren und Beteiligung an einem fairen und lauteren Wettbewerb zur Vergabe der ausgeschriebenen Leistungen. Ihr drohe auch ein finanzieller Schaden zumindest in Höhe des Deckungsbeitrages der bisher angelaufenen Kosten für das Studium der Teilnahmeunterlagen und die Teilnahmeantragstellung in der Höhe von weit über €5.000 sowie die Kosten der Rechtsvertretung. Weiters drohe ein Schaden in Form des Verlustes eines Referenzprojektes. Die Antragstellerin erachtet sich in ihren Rechten auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens, insbesondere auf Zulassung zur zweiten Stufe des Vergabeverfahrens verletzt. Ihre Nichtzulassung zur zweiten Stufe des Vergabeverfahrens mangels Eignung sei aus mehreren Gründen rechtswidrig. Die Nachforderung von Nachweisen durch die Auftraggeberin vom 31. Oktober 2011 sei kein Fall des § 68 Abs 1 Z 7 BVergG. Es gehe nicht um die Erteilung von Auskünften, sondern um die Vorlage von Nachweisen. Die Antragstellerin habe den überwiegenden Teil der Nachweise nachgebracht und nur vier Nachweise nicht in der gewünschten Form vorgelegt. Dies sei möglicherweise eine geringfügige Unvollständigkeit der Verbesserung. Im gesetzlichen Tatbestand der „Nichterteilung von Auskünften“ könne dieses Verhalten ohne Überschreitung des Gesetzeswortlautes nicht unterstellt werden. Die Auftraggeberin habe sich in den Teilnahmeunterlagen nicht festgelegt, wie sie bei der

Verbesserung fehlender unvollständiger Nachweise vorgehen werde. Die Auftraggeberin habe andere Bewerber mehrfach zur Verbesserung aufgefordert und auch telefonische Hilfestellung bei der Verbesserung gewährt. Sie hätte daher die Antragstellerin auch noch einmal zur Verbesserung auffordern müssen. Die Eignungsanforderungen seien gemessen am Ausschreibungsgegenstand extrem hoch angesetzt worden. Es dürfe der Auftraggeber nachfolgend nicht durch überzogen strenges Vorgehen bei der Verbesserung den potentiellen Bietermarkt zusätzlich einschränken. Es seien weniger als vier Bewerber in die zweite Stufe des Wettbewerbs einbezogen worden. Dies widerspreche den Vergabegrundsätzen des § 19 BVergG. Sie habe Bieter eingeladen, die nicht alle Eignungskriterien erfüllten. Die gegenständlich allenfalls fehlenden Eignungsnachweise beträfen einen kleinen Subunternehmeranteil. Insgesamt hätte die Auftraggeberin die Antragstellerin noch einmal zur Verbesserung auffordern müssen und sie nicht ausscheiden dürfen. Auch sei die Aufforderung nicht genau genug gewesen. Dies gelte für den Nachweis der Gewerbeberechtigung. Die Frist für die Vorlage der Registerauszüge der Korruptionsstaatsanwaltschaft sei zu kurz gewesen. Die Zertifizierung im Projektmanagement sei so formuliert, dass nicht erkennbar sei, welche Nachweise die Auftraggeberin hätte haben wollen. Die eingeräumte Verbesserungsfrist vom 27. September 2011 bis 5. Oktober 2011 sei zu kurz, um die Nachweise zu beschaffen. Die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit müsse im Verhandlungsverfahren erst zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe vorliegen. Die Antragstellerin habe eine Eigenerklärung im Sinne des § 70 Abs 2 BVergG abgegeben. Auch wenn sie nicht vollkommen klar gewesen sein möge, hätten die Ausführungen der Antragstellerin ausschreibungskonform ausgelegt oder der Antragstellerin zur Verbesserung vorgelegt werden müssen. Die B*** sei seit langem Vertragspartnerin der Auftraggeberin. Sie verfüge daher über Eignungen und Eignungsnachweise. Die Nachforderung von Nachweisen mit Schreiben vom 31. Oktober 2011 sei daher schikanös und rechtsmissbräuchlich erfolgt. Die Leistungs- und Funktionsbeschreibung der Auftraggeberin sei so allgemein und generell gehalten gewesen, dass der Leistungsumfang nur undeutlich erkennbar und damit die Abgrenzung von Lieferanten zu Subunternehmern nur schwer möglich sei. Die Notwendigkeit von Subunternehmern wie etwa der B*** für den Bereich Lohnverrechnung sei nicht klar erkennbar gewesen. Der Umfang der nachzubringenden Eignungsnachweise für Subunternehmer sei unklar. Die Auftraggeberin hätte daher die Eignungsnachweise für die Subunternehmerin nicht fordern dürfen.

Am 7. November 2011 erteilte die Auftraggeberin IEF-Service GmbH vertreten durch X*** Rechtsanwälte, Auskünfte zum Vergabeverfahren und teilte mit, dass sie die verbliebenen Bewerber mit E-Mail vom 3. November 2011 darauf hingewiesen habe, dass ein Nachprüfungsverfahren anhängig sei und dessen Ausgang abgewartet werde, bis mit dem Vergabeverfahren fortgefahren werde. Sie sprach sich nicht gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung aus. Darüber hinaus brachte sie vor, dass die Antragstellerin trotz vergaberechtskonformer Aufforderung keine ausreichenden Nachweise erbracht habe. Die Nichtzulassung zur Teilnahme sei somit ordnungsgemäß erfolgt. Sämtliche Eignungskriterien sowie die Nachweise dafür seien sachlich und eindeutig festgelegt worden. Die Teilnahmeunterlagen seien mangels Anfechtung bestandsfest geworden. Die Prüfung der Teilnahmeanträge sei von der Auftraggeberin vergaberechtskonform durchgeführt worden. Eine neuerliche Aufforderung der Antragstellerin zur Aufklärung, Verbesserung oder Nachreichung durch die Auftraggeberin wäre diskriminierend und somit vergaberechtswidrig. Die Auftraggeberin beantragte, das Bundesvergabeamt möge nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung die Anträge der Antragstellerin vom 31. Oktober 2011 auf Nichtigerklärung der Nicht-Zulassung der Antragstellerin zur Teilnahme an der zweiten Stufe des Verhandlungsverfahrens vom 21. Oktober 2011 zurück- in eventu abweisen und sämtliche Bestandteile des von der Auftraggeberin vorgelegten Vergabeaktes sowie die Punkte 1.2 und 1.3.1 der gegenständlichen Stellungnahme von der Akteneinsicht ausnehmen.

Am 7. November 2011 legte die Auftraggeberin den gegenständlichen Vergabeakt vor.

Am 9. November 2011 brachte die Antragstellerin eine neuerliche Stellungnahme ein und hielt ihre bisherigen Anträge aufrecht.

Mit einstweiliger Verfügung vom 10. November 2011, N/0112-BVA/10/2011-EV9, untersagte das Bundesvergabeamt der Auftraggeberin die Einleitung bzw Fortführung der zweiten Stufe des Verhandlungsverfahrens für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens.

Am 6. Dezember 2011 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesvergabebeamten statt. Darin brachte der Vertreter der Antragstellerin vor, dass alle Nachweise jetzt vorlägen und an den Auftraggeber übergeben werden könnten. Der Geschäftsführer der Antragstellerin brachte vor, dass er 99 % der Nachweise vorgelegt habe. Wichtig sei eine gute Lösung für den Auftraggeber. Er hätte noch einmal aufgefordert werden müssen, die fehlenden Nachweise beizubringen. Der Vertreter der Auftraggeberin brachte vor, dass die notwendige Zertifizierung nicht nachgewiesen sei. Der Vertreter der Antragstellerin brachte vor, dass die Auftraggeberin in dem Ausscheidungsschreiben zur Nachreichung fehlender Unterlagen hätte auffordern müssen. Es habe auch mehrfach schriftliche und mündliche Aufforderungen zur Nachreichung an andere Bieter gegeben. Der Vertreter der Auftraggeberin und der anwendende Mitarbeiter der Auftraggeberin bestritten das. Der Vertreter der Antragstellerin brachte vor, dass die Auftraggeberin ihre Sorgfaltspflicht als öffentliche Auftraggeberin verletzt habe, indem sie die Antragstellerin nicht darauf hingewiesen habe, dass sie nach dem Zeitpunkt zur Vorlage der Unterlagen bis zur tatsächlichen Ausscheidensentscheidung Unterlagen vorlegen könne. Der Geschäftsführer der Antragstellerin gab an, dass ihm nicht klar gewesen sei, dass er vor der Nichtzulassung zur Teilnahme noch Unterlagen hätte nachreichen können. Der anwesende Mitarbeiter der Auftraggeberin gab an, dass die Auftraggeberin aus den gesetzlich möglichen Eignungsnachweisen die geeigneten ausgewählt habe. Deshalb sei eine Zertifizierung Level C für das Projektmanagement verlangt worden. Die Fähigkeiten im Projektmanagement stellten einen wesentlichen Teil der Eignung für dieses Projekt dar. Der Geschäftsführer der Antragstellerin gab an, dass er das falsche Zertifikat vorgelegt habe. Er verfüge über ausreichend richtig zertifizierte Mitarbeiter. Die Referenzprojekte seien in diesem Zusammenhang wesentlich wichtiger. Eine Aktualität der Nachweise von vier Wochen habe er noch nie gesehen. Auch ein Zertifikat für Projektmanagement sei bei vergleichbaren Ausschreibungen noch nie verlangt worden. Die Zertifizierung habe mit dem Erfolg des Projekts nichts zu tun. Der Vertreter der Antragstellerin brachte vor, dass die Antragstellerin sofort ausgeschieden worden sei, obwohl das Aufforderungsschreiben unklar formuliert gewesen sei. Im Bau- und Planungsbereich seien bei Ausschreibungen, die von Ziviltechnikern betreut würden, mehrfache Aufforderungen üblich. Die Subunternehmerin sei langjährige Vertragspartnerin der Auftraggeberin. Sämtliche geforderte Nachweise lägen auch in der geforderten Aktualität bei der Auftraggeberin auf, da sie sich laufend vom Bestehen der Eignung überzeugen

müsste. Bei der Nachforderung von Nachweisen auf Grund einer Eigenerklärung handle es sich um eine Ermessensentscheidung des Auftraggebers. Da die Auftraggeberin in ständigen Vertragsbeziehungen zur Subunternehmerin stehe, habe sie vorliegend die Missbrauchsgrenze überschritten. Bei kleineren Nachweisen sei eine strenge Prüfung nicht sinnvoll. Der anwesende Mitarbeiter der Auftraggeberin gab an, dass die Auskunft der Korruptionsstaatsanwaltschaft für die B*** bei der Auftraggeberin bisher nicht eingelangt sei. Der Geschäftsführer der Antragstellerin gab an, dass nach Auskunft eines Staatsanwaltes der Korruptionsstaatsanwaltschaft vor drei Wochen die Auskunft bereits an die Auftraggeberin abgesandt worden sei. Der Vertreter der Antragstellerin brachte vor, dass nicht den gesetzlichen Vorgaben entsprechend zur Verbesserung aufgefordert worden sei.

Am 6. Dezember 2011 legte die Antragstellerin nach der mündlichen Verhandlung mit einem weiteren Schriftsatz die Zertifizierung im Projektmanagement Level C von M***, samt Lebenslauf, einen aktuellen Nachweis der Gewerbeberechtigung der B*** und eine Rückstandsbescheinigung der Finanzbehörden der B*** vor. Sie führte aus, dass der Registerauszug der Korruptionsstaatsanwaltschaft bereits vor rund drei Wochen von der Korruptionsstaatsanwaltschaft direkt an die Antragsgegnerin übermittelt worden sei. Sie kündigte die Vorlage für spätestens 7. Dezember 2011 an.

Am 6. Dezember 2011 brachte die Antragstellerin eine weitere Stellungnahme ein. Darin brachte sie im Wesentlichen vor, dass nach Auskunft der Kanzlei der Korruptionsstaatsanwaltschaft der Registerauszug bereits am 6. Oktober 2011 an die Auftraggeberin per Rsb-Brief versandt und von ihr laut Rückschein am 7. Oktober 2011 übernommen worden sei. Eine Kopie der Auskunft sei mit einer Wartezeit von mehreren Tagen verfügbar. Die Antragstellerin beantragte, die Verhandlung nicht vor sieben Tagen zu schließen und auch nicht vor dieser Frist in dieser Sache zu entscheiden, damit dieser Nachweis vorgelegt werde.

Am 12. Dezember 2011 brachte die Antragstellerin eine weitere Stellungnahme ein. Darin legte sie einen Auszug von Finanz Online und eine Kopie des Rückscheines vor, nach dem die Auftraggeberin am 7. Oktober 2011 eine Sendung der Wirtschafts- und Korruptionsstaatsanwaltschaft zur Zahl Jv 2472/11b-99a – KE 397/11 übernahm.

2. Sachverhalt

Die IEF Service GmbH schreibt unter der Bezeichnung „Entwicklung einer IT-Lösung (Software) für den Vollzug des IESG“ einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich mit dem CPV-Code 72230000 – Entwicklung von kundenspezifischer Software aus. Der geschätzte Auftragswert liegt oberhalb der Schwellenwerte des BVergG. Das Vergabeverfahren wird als Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung durchgeführt. Die Bekanntmachung wurde am 19. August 2011 an das Amt für amtliche Veröffentlichungen versendet und zur Zahl 2011/S 162-267952 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union bekannt gemacht. Es wurde am 22. August 2011 im elektronischen Lieferanzeiger bekanntgemacht. Der Auftrag soll dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werden. Das Vergabeverfahren befindet sich in der ersten Stufe. (Auskünfte der Auftraggeberin, Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Am 23. August 2011 übermittelte die Auftraggeberin der Antragstellerin die Teilnahmeunterlagen zu dem gegenständlichen Vergabeverfahren per E-Mail. Sie lauten auszugsweise wie folgt:

„2.1.4 Der Bewerber

2.1.4.1 Bietergemeinschaften, Subunternehmer

...

*Die Beauftragung von **Subunternehmern** hinsichtlich von Teilen des Leistungsinhalts durch den Bieter ist zulässig. Schlüsselpersonal, das nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Auftragnehmer steht, steht entweder in einem Arbeitsverhältnis zu einem Subunternehmer oder ist selbst Subunternehmer. Die Weitergabe des gesamten Auftrags ist unzulässig.*

Benötigt der Unternehmer Subunternehmer, um die erforderliche Leistungsfähigkeit oder Befugnis nachzuweisen (notwendiger Subunternehmer), so hat er die in Frage kommenden Subunternehmer bereits mit dem Teilnahmeantrag bekannt zu geben⁹. In diesem Fall ist auch bereits im Teilnahmeantrag nachzuweisen, dass dem Unternehmer für die Ausführung des Auftrages die bei den anderen Unternehmern im erforderlichen Ausmaß vorhandenen Mittel auch tatsächlich zur Verfügung stehen¹⁰. Letzteres gilt im Übrigen auch, wenn sich der Unternehmer für die ausschreibungsgegenständliche Leistung auf die Kapazitäten sonstiger Unternehmer zu stützen beabsichtigt. Der Wechsel von solchen notwendigen Subunternehmern ist nach deren Bekanntgabe im Teilnahmeantrag unzulässig.

*Für alle Subunternehmer sind in Bezug auf den durch den Subunternehmer zu erbringenden Leistungsteil **alle Nachweise wie für den Bieter zu erbringen¹¹.***

⁹ § 103 Abs. 3 BVergG 2006

¹⁰ § 76 BVergG 2006

¹¹ § 83 BVergG 2006

Der Bieter hat auch hinsichtlich von zweckmäßigen Subunternehmern (das sind alle Subunternehmer, die nicht notwendige Subunternehmer sind) **bereits im Teilnahmeantrag anzuführen**, welches Subunternehmers er sich bedienen will und nachzuweisen, dass ihm für die allfällige Erfüllung des Auftrags die Leistung des Subunternehmers auch tatsächlich zur Verfügung steht.

Mit einem Bewerber verbundene Unternehmen, die Teile der Leistung erbringen sollen, sind entweder Vorlieferanten, Subunternehmer oder Mitglieder einer Bietergemeinschaft. Nicht als Subunternehmer gelten Vorlieferanten, mit denen der Bewerber Kaufverträge abzuschließen beabsichtigt. Die Beauftragung eines Transportunternehmers (Spediteurs) mit dem Transport von Produkten ist nicht als Beauftragung eines Subunternehmers im Sinne dieses Absatzes zu verstehen.

Wechsel von Subunternehmern: Der Auftragnehmer wird sich ohne vorherige Zustimmung des Auftraggebers keiner anderen als der im Angebot genannten zweckmäßigen Subunternehmer zur Vertragserfüllung bedienen (in Bezug auf die notwendigen Subunternehmer siehe oben). Der Auftraggeber wird eine diesbezügliche Entscheidung binnen drei Wochen ab Erhalt des entsprechenden Antrages treffen.

Bedient sich der Auftragnehmer bei der Erfüllung seiner sich aus dem Auftrag ergebenden Pflichten Dritter, welche zu ihm in einem werkvertraglichen Rechtsverhältnis stehen, hält er jedenfalls den Auftraggeber diesbezüglich von jeder Verpflichtung frei und trägt die Haftung für Erfüllungsgehilfen.

2.1.4.2 Ausschluss von Bewerbern/Bietern

Unzulässige Bewerber/Bieter im Sinne der §§ 68 ff BVergG – das sind solche, bei denen die Befugnis oder die finanzielle, wirtschaftliche oder technische Leistungsfähigkeit oder die berufliche Zuverlässigkeit nicht gegeben ist – werden von der Teilnahme am Vergabeverfahren **ausgeschlossen bzw. zu diesem nicht zugelassen**.

Dies betrifft auch Bewerber/Bieter,

- ...
- die sich bei der Erteilung von Auskünften gemäß Punkt 2.2.3 in erheblichem Maße falscher Erklärungen schuldig machen bzw. diese Auskünfte nicht erteilen.

...

2.2 Informationen zum Teilnahmeverfahren

2.2.1 Rückfragen zur Bekanntmachung

2.2.1.1 Schriftform und Sprache

...

2.2.2 Der Teilnahmeantrag

Der Teilnahmeantrag muss alle Angaben enthalten, welche die gegenständliche Bekanntmachung erfordert. Insbesondere muss der Bewertungsraster in den Angaben zum Bewerber (Punkt 4) zu den Auswahlkriterien unter Punkt 2.2.6 **vollständig und zu jeder Position** korrekt ausgefüllt sein. An anderen Stellen angeführte Ausführungen zu den Auswahlkriterien werden – mit Ausnahme von Angaben auf Ergänzungsblättern (siehe unten) bei der Auswahl der Bewerber **nicht** berücksichtigt. Ein Bewerber, dessen Teilnahmeantrag unvollständig ist, **wird nicht zum Vergabeverfahren zugelassen**.

...

Bei Unklarheiten im Teilnahmeantrag kann die ausschreibende Stelle Aufklärung fordern.

Sofern der Bewerber nicht die Möglichkeit der Eigenerklärung in Anspruch nimmt, sind die unter Punkt 2.2.3 aufgezählten Nachweise zusammen mit dem Teilnahmeantrag der ausschreibenden Stelle zu übermitteln.

Es wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass **nur vollständige und mit allen geforderten Nachweisen versehene Teilnahmeanträge¹⁵ berücksichtigt** werden!

...

2.2.3 Nachweise des Bewerbers

2.2.3.1 Allgemeines zu den Nachweisen

Sämtliche geforderten Nachweise sind der ausschreibenden Stelle in aktueller Fassung vorzulegen. Sie dürfen somit zum Zeitpunkt der Abgabe des Teilnahmeantrags **nicht älter als vier Wochen** sein. Sollte der Bewerber die Möglichkeit der ‚Eigenerklärung‘¹⁶ wahrnehmen wollen, so hat er dennoch nach Aufforderungen durch die ausschreibende Stelle die Nachweise in urkundlicher Form vorzulegen. **Die ausschreibende Stelle wird die Nachweise spätestens vor Bekanntgabe der Auswahlentscheidung von den zur Auswahl vorgesehenen Bewerbern anfordern.** Sollte der Bewerber Mitglied des ‚Auftragnehmerkataster Österreich‘ (ANKÖ) sein, kann er mit Abgabe seines Teilnahmeantrags die Firmennummer beim ANKÖ bekannt geben und hat diesfalls die dort vorhältigen Nachweise in urkundlicher Form nur auf expliziten Wunsch der ausschreibenden Stelle binnen angemessener Frist zu übermitteln.

Nachweise österreichischer Behörden sind in Original oder Kopie beizulegen. Nachweise ausländischer Behörden sind – soweit sie in deutscher Sprache abgefasst sind – im Original oder in beglaubigter Kopie beizulegen. Fremdsprachige Nachweise sind in Kopie und in beglaubigter Übersetzung beizulegen.

Alle Nachweise sind für **sämtliche** Bewerber (Mitglieder eines Zusammenschlusses) sowie für Subunternehmer in Hinblick auf die ihnen konkret zufallenden Leistungsteile beizubringen.

...

Der Nachweis der gleichen Aussagekraft ist vom Unternehmer nach Aufforderung zu erbringen.

2.2.3.2 Nachweis der Befugnis¹⁷

Dem Teilnahmeantrag ist als Nachweis für die Befugnis beizulegen:

- die im Herkunftsland des Unternehmers zur Ausführung der betreffenden Dienstleistung erforderliche Berechtigung (für Österreich: Gewerbeberechtigung) oder eine Urkunde betreffend die im Herkunftsland des Unternehmers zur Ausführung der betreffenden Dienstleistung erforderlichen Mitgliedschaft zu einer bestimmten Organisation

2.2.3.3 Nachweis der beruflichen Zuverlässigkeit¹⁸

Dem Teilnahmeantrag ist als Nachweis für die allgemeine berufliche Zuverlässigkeit beizulegen:

- ein Auszug aus dem Strafregister oder eine gleichwertige Bescheinigung einer Gerichts- oder Verwaltungsbehörde des Herkunftslandes des Unternehmers, aus der hervorgeht, dass keine Ausschlussgründe gemäß § 68 Abs. 1 Z 1 bis 4 BVergG 2006 vorliegen. Bei juristischen Personen sind diese Dokumente **für alle Geschäftsführer** vorzulegen. Die Strafregisterauskunft darf zum Zeitpunkt der Abgabe des Teilnahmeantrags nicht älter als sechs Monate sein.
UND
- ein Registerauszug für Verbände von der Zentralen Staatsanwaltschaft zur Verfolgung von Korruption UND
- der letztgültige Kontoauszug der zuständigen Sozialversicherungsanstalt UND
- die letztgültige Rückstandsbescheinigung gemäß § 229a der Bundesabgabenordnung (BAO), BGBl. Nr. 194/191 oder gleichwertige Dokumente der zuständigen Behörden des Herkunftslandes des Unternehmers.

¹⁵ Allenfalls nach Mängelbehebung.

¹⁶ § 70 Abs. 2 BVergG 2006

¹⁷ § 71 BVergG 2006

¹⁸ § 72 BVergG 2006

Werden entsprechende Bescheinigungen und Kontoauszüge im Herkunftsland des Unternehmers nicht ausgestellt oder werden darin nicht alle in § 68 Abs. 1 Z 1 bis 4 und 6 vorgesehenen Fälle erwähnt, so hat der Bewerber eine Bescheinigung über eine vor einer dafür zuständigen Gerichts- oder Verwaltungsbehörde, vor einem Notar oder vor einer dafür qualifizierten Berufsorganisation des Herkunftslandes des Unternehmers abgegebenen Erklärung des Unternehmers darüber vorzulegen, dass die Ausschlussgründe des § 68 Abs. 1 Z 1 bis 4 und 6 des BVergG 2006 nicht vorliegen.

2.2.3.4 Nachweise der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit¹⁹

Dem Teilnahmeantrag ist als Nachweis für die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit beizulegen:

- eine entsprechende Auskunft von Kreditschutzverbänden oder Auskunftsteilen (KSV-Rating kleiner oder gleich 350 (geringes Risiko) oder ein gleichwertiger Nachweis) UND
- den Nachweis einer Berufshaftpflichtversicherung mit einer Versicherungssumme in der Höhe von min. € 2 Mio. UND

Der Nachweis der gleichen Aussagekraft ist im Falle gleichwertiger Nachweise vom Unternehmer spätestens nach Aufforderung zu erbringen.

2.2.3.5 Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit²⁰

Dem Teilnahmeantrag ist als Nachweis für die technische Leistungsfähigkeit beizulegen:

- eine Liste der wesentlichen – mindestens fünf und maximal zehn – in den letzten drei Kalenderjahren (2008-2010) erbrachten Leistungen (Umsetzungsprojekte) mit Angabe über
 - Name und Sitz des Leistungsempfängers sowie dem Namen der Auskunftsperson UND
 - des Werts der Leistung UND
 - des Zeitpunkts und des Ortes der Leistungserbringung UND
 - darüber, ob die Leistung fachgerecht und ordnungsgemäß ausgeführt wurde. UND
- eine Beschreibung der Maßnahmen des Unternehmers zur Qualitätssicherung nach Maßgabe des § 77 Abs. 1 BVergG 2006 (Zertifizierungen nach ISO 25000 oder EN ISO 9241 oder ein gleichwertiger Nachweis) UND
- Zertifizierungen im Projektmanagement (IPMA oder PMA, min. Level C oder ein gleichwertiger Nachweis) der für die Erbringung der Dienstleistung verantwortlichen und namentlich bekannt zu gebenden Person(en)

Als wesentlich gelten alle Dienstleistungen, welche auf einem Standardanteil in den Bereichen Stammdatenverwaltung, Dokumentenmanagementsystem, Workflow und Lohnverrechnung basieren und bei denen jeweils die folgenden Leistungen gemäß Punkt 3.1 – Entwicklung, Implementierung, Test, Altdatenübernahme, Schulung und Hilfefunktion – erbracht wurden. Als im genannten Zeitraum erbracht gilt eine Dienstleistung, wenn die Leistungserbringung innerhalb dieses Zeitraums abgeschlossen wurde.

Nachweise über erbrachte Leistungen sind, wenn der Leistungsempfänger ein öffentlicher Auftraggeber war, in Form einer vom öffentlichen Auftraggeber ausgestellt oder beglaubigten Bescheinigung beizubringen, die der Leistungsempfänger auch direkt der ausschreibenden Stelle zuleiten kann. Ist der Leistungsempfänger ein privater Auftraggeber gewesen, ist der Nachweis über erbrachte Leistungen in Form einer vom Leistungsempfänger ausgestellten Bescheinigung oder, falls eine derartige Bescheinigung nicht erhältlich ist, durch eine einfache Erklärung des Unternehmers zu erbringen²¹.

Sofern davon Leistungen in Arbeitsgemeinschaften erbracht wurden, ist der Anteil des Unternehmens an der Leistungserbringung anzugeben, wobei der Anteil der Leistungen des Bewerbers am Gesamt-

¹⁹ § 74 BVergG 2006

²⁰ § 75 BVergG

²¹ § 75 Abs. 2 BVergG 2006

auftragswert des vollständigen Projektes mindestens 60% ausgemacht haben muss. Zu weitergehenden Anforderungen in Bezug auf einzelne Referenzen siehe unter Punkt 2.2.6 (Auswahlkriterien).

Der Nachweis der gleichen Aussagekraft ist im Falle gleichwertiger Nachweise vom Unternehmer spätestens nach Aufforderung zu erbringen.

2.2.4 Teilnahmefrist

Der Teilnahmeantrag muss bis **19. September 2011, 12.00 Uhr** bei der IEF-Service GmbH in 1150 Wien, Linke Wienzeile 246, Zimmer 3.10 (Assistenz der Geschäftsführung) eingelangt sein. Die Einreichung von Teilnahmeanträgen auf dem Postweg erfolgt ebenso wie die Einreichung an sonstiger Stelle auf Risiko des Bewerbers. Die Einbringung per E-Mail oder Fax ist **unzulässig** und **wirkt nicht als Teilnahmeantrag** im Sinne des gegenständlichen Vergabeverfahrens.

Später als zu dem im vorhergehenden Absatz angegebenen Zeitpunkt einlangende Teilnahmeanträge **werden nicht berücksichtigt**.

2.2.5 Bewerberauswahl

Es ist vorgesehen, die zweite Verfahrensstufe **mit vier Bietern** durchzuführen. Die dafür allenfalls erforderliche Bewerberauswahl soll bis zum 10. Oktober 2011 erfolgen.

...

4 Angaben des Bewerbers

4.1 Angaben zum Bewerber

Name:

Geschäftssitz:

Kontaktperson:

elektronische Zustelladresse gemäß Punkt 2.1.3:

Fax-Nr. gemäß Punkt 2.1.3:

...

4.3 Unterlagen

Dem Teilnahmeantrag sind zum Nachweis der Eignung beigelegt:

- Gewerbeberechtigung
- Strafregisterauszug
- Registerauszug für Verbände von der Zentralen Staatsanwaltschaft zur Verfolgung von Korruption
- Kontoauszug der zuständigen Sozialversicherungsanstalt
- Rückstandsbescheinigung gem. § 229a BAO
- Bonitätsauskunft
- Berufshaftpflichtversicherung
- Referenzliste
- Beschreibung zur Qualitätssicherung
- Zertifizierung im Projektmanagement

Dem Teilnahmeantrag sind weiters beigelegt:

-
-
-

4.4 Erklärung des Bewerbers

Der/die Bewerber erklärt/erklären hiermit,

dass er die Bestimmungen der Bekanntmachung kennt, dass er über die erforderlichen Befugnisse zur Ausführung der zu vergebenden Leistung verfügt, und dass er sich bis zur erfolgten Bieterauswahl an seinen Teilnahmeantrag bindet

und ermächtigt den Auftraggeber ausdrücklich, Auskünfte bei der nach § 28b des Ausländerbeschäftigungsgesetzes, BGBl. Nr. 218/1975 eingerichteten Verwaltungsstrafevidenz des Bundesministers für Finanzen sowie bei den Kreditschutzverbänden Auskünfte über die wirtschaftliche Situation des Unternehmens einzuholen sowie zur Abfrage seiner Daten im Auftragnehmerkataster Österreich (zur ANKÖ-Nr.).

Der/die Bewerber erklärt/erklären weiters seine/ihre Absicht, sich bei der Erfüllung des Auftrags des/der folgenden Subunternehmer(s) zu bedienen:

Subunternehmer (Firma, Sitz, Anschrift, Firmenbuchnummer, ANKÖ-Nr., Teil des Auftrages, den der Subunternehmer erbringen soll)

4.5 Zusätzliche Erklärung für geplante Bieter- und Arbeitsgemeinschaften

Die Unterzeichneten haben vor, zur Angebotserstellung eine Bietergemeinschaft zu bilden. Sie verpflichten sich, im Fall der Zuschlagserteilung die Bietergemeinschaft in eine Arbeitsgemeinschaft mit gesamtschuldnerischer Haftung ihrer Mitglieder gegenüber dem Auftraggeber umzuwandeln.

bzw.

Die Unterzeichneten haben vor, zur Angebotserstellung und Durchführung des Auftrages eine Arbeitsgemeinschaft zu bilden. Die Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft haften gegenüber dem Auftraggeber als Gesamtschuldner.

Bewerber/Mitbewerber (Firma, Sitz und Anschrift, Firmenbuchnummer, ANKÖ-Nr., Teil des Auftrages, den der jeweilige Unternehmer erbringen soll):

Zum Vertreter der geplanten Arbeits-/Bietergemeinschaft inklusive Abschluss und Abwicklung des Vergabeverfahrens und des Vertrags wird bevollmächtigt (Name und Zustelladresse):

*, am
Rechtsgültige Zeichnung des Bewerbers/ (bei geplanten Bietergemeinschaften:) aller Bewerber
(unter Angabe des Namens in Blockbuchstaben und des Vertretungsverhältnisses des Unterfertigen-
den wie z.B. Geschäftsführer, ppa. etc.)*

*...“
(Unterlagen des Vergabeverfahrens)*

Die Antragstellerin forderte die Teilnahmeunterlagen am 23. August 2011 an und erhielt sie am selben Tag per E-Mail. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Am 7. September 2011 versandte die Auftraggeberin per E-Mail an alle Bewerber, die Teilnahmeunterlagen bezogen hatten, eine Fragebeantwortung. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Am 19. September 2011 langte der Teilnahmeantrag der Antragstellerin bei der Auftraggeberin ein. Dieser enthält ua ausgefüllte Formblätter für fünf Referenzen, die Erklärung, sich bei Ausführung des Auftrags des Subunternehmers BDM Systemhaus GmbH zu bedienen, die Erklärung, eine Bietergemeinschaft bilden zu wollen, ohne ein weiteres Mitglied der Bietergemeinschaft zu nennen. Dem Teilnahmeantrag liegen drei unvollständig ausgefüllte Formblätter für Referenzen der B*** bei. Es fehlen die Adressen der Leistungsempfänger und Ansprechpartner der Leistungsempfänger. Zu den genannten Referenzen der Antragstellerin liegen nähere Beschreibungen und teilweise Bestätigungen der Kunden bei. Weiters liegen der Firmenbuchauszug der Antragstellerin vom 23. Juli 2011, ein Auszug aus dem Gewerbeverzeichnis vom 14. Dezember 2004, eine Verständigung über eine Standortverlegung der Antragstellerin vom 16. August 2011, ein Strafregisterauszug für den Geschäftsführer der Antragstellerin vom 15. September 2011, einen Antrag auf Ausstellung eines Registerauszuges an die Wirtschafts- und Korruptionsstaatsanwaltschaft vom 12. September 2011, ein Kontoauszug der Wiener Gebietskrankenkasse für den Monat Juli 2011, ein Beleg mit Daten des Steuerkontos vom 14. September 2011, eine Auskunft des Kreditschutzverbandes vom 14. September 2011, eine Polizze über eine Betriebshaftpflichtversicherung vom 14. September 2011, eine undatierte „Eigenerklärung als notwendiger Subunternehmer“ der B***, Kommentare und Antworten zur Bekanntmachung mit weiteren Angaben über die Antragstellerin und die Subunternehmerin, eine Liste mit Schlüsselpersonal mit Lebensläufen, Ausbildungen und bisherigen Tätigkeiten von Herrn C***, Herrn D***, Herrn E***, Herr F***, Herr G***, Herrn H***, Herrn I***, Herrn J***, sowie eine Reihe weiterer Referenzprojekte. Die Eigenerklärung der Subunternehmerin lautet:

„Eigenerklärung als notwendiger Subunternehmer

Wir stehen gerne für das Projekt ‚Entwicklung einer IT Lösung (Software) für den Vollzug des IESG‘ für die IEF-Service GesmbH. zur Verfügung.

...

Angaben gemäß § 70 BVergG 2006

Wir erklären lt. Absatz 2, dass die in den Ausschreibungsunterlagen 4.3 vom Auftraggeber geforderten Eignungskriterien für die uns konkret zufallenden Leistungsteile erfüllen und die festgelegten Nachweise auf Aufforderung in einer angemessenen Frist beibringen können.

Diese Nachweise sind im Einzelnen:

Berufliche Zuverlässigkeit

- Nachweis der Befugnis (Gewerbeberechtigung)
- Beschaffung eines Strafregisterauszug aller Geschäftsführer nicht älter als 4 Wochen
- Beschaffung eines Strafregisterauszug für Verbände von der zentralen Staatsanwaltschaft zur Verfolgung von Korruption nicht älter als 4 Wochen
- Kontoauszug der zuständigen Sozialversicherungsanstalt

Finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit

- Bonitätsauskunft mit einem KSV-Rating kleiner oder gleich 350 (geringes Risiko) oder einen gleichwertigen Nachweis
- Berufshaftpflichtversicherung mit einer Versicherungssumme von mindestens EUR 2Mio

Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit

Referenzliste (es wurden bereits 3 Referenzen im Teilnahmeantrag angegeben)
Beschreibung der Qualitätssicherung (ISO 9001:2008 Zertifikat)

...“

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Am 19. September 2011 forderte die Auftraggeberin per E-Mail einige Bieter zur Verbesserung der Angaben über Referenzen bis 21. September 2011 auf. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Am 22. September langte das Schreiben der Zentralen Staatsanwaltschaft zur Verfolgung von Wirtschaftsstrafsachen und Korruption vom 20. September 2011 bei der Auftraggeberin ein. Der beiliegende Strafregisterauszug ergab, dass gegen die Antragstellerin keine Verurteilungen aufscheinen. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Den Unterlagen des Vergabeverfahrens liegt auch ein Firmenbuchauszug der B*** vom 22. September 2011 bei. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Am 22. September 2011 forderte die Auftraggeberin per E-Mail für einige Bewerber, unter anderem die Antragstellerin, Auskünfte gemäß § 28a AuslBG beim Bundesministerium für Finanzen an. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Mit Telefax vom 22. September 2011 teilte die Zentrale Koordinationsstelle für die Kontrolle illegaler Beschäftigung des BMF mit, dass keinem der angefragten Bewerber eine zu berücksichtigende Bestrafung gemäß § 28b Abs 2 AuslBG zuzurechnen ist. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Am 28. September 2011 forderte die Auftraggeberin per E-Mail einige Bieter zur Übermittlung von Nachweisen bis 5. Oktober 2011 auf. Zwei Bewerber, die bereits am 19. September 2011 aufgefordert wurden, wurden erneut aufgefordert, andere Nachweise als nach der Aufforderung vom 28. September 2011 vorzulegen. Die Aufforderung der Antragstellerin lautete wie folgt:

„Nach Sichtung des von Ihnen am 19.09. eingebrachten Teilnahmeantrags im gegenständlichen Vergabeverfahren wird ersucht, die folgenden Unterlagen **bis Mi, 05.10.2011** nachzureichen:

1. **Erklärung**, ob die B*** als Subunternehmer oder Mitglied einer Bietergemeinschaft am gegenständlichen Vergabeverfahren teilnehmen soll sowie gegebenenfalls
 - a. **Erklärung**, ob es sich um einen notwendigen oder einen sonstigen Subunternehmer handelt
2. **Verpflichtungserklärung** der B*** gemäß 2.1.4.1 der Teilnahmeunterlagen
3. **Nachweis der Gewerbeberechtigung** der B*** gemäß 2.2.3.2 iVm 2.1.4.1 der Teilnahmeunterlagen
4. **Strafregisterauszug** für die B*** gemäß 2.2.3.3 iVm 2.1.4.1 der Teilnahmeunterlagen
5. **Registerauszug der Korruptionsstaatsanwaltschaft** für die B*** gemäß 2.2.3.3 iVm 2.1.4.1 der Teilnahmeunterlagen
6. **letztgültiger Kontoauszug der zuständigen Sozialversicherungsanstalt** für die B*** gemäß 2.2.3.3 iVm 2.1.4.1 der Teilnahmeunterlagen
7. **letztgültige Rückstandsbescheinigung der Finanzbehörde** für die B*** gemäß 2.2.3.3 iVm 2.1.4.1 der Teilnahmeunterlagen
8. **Bescheinigung der Referenzen Nr. 3 (SMTLF) und 6 (ÖNB)** durch den öffentlichen Auftraggeber gemäß 2.2.3.5 der Teilnahmeunterlagen
9. **Beschreibung der Maßnahmen zur Qualitätssicherung** gemäß 2.2.3.5 der Teilnahmeunterlagen für
 - a. A*** sowie
 - b. B*** in Hinblick auf deren Leistungsteil
10. **Zertifizierung im Projektmanagement** gemäß 2.2.3.5 der Teilnahmeunterlagen für
 - a. A*** sowie
 - b. B*** in Hinblick auf deren Leistungsteil
11. **das Formular „Angaben zu ausgewählten Referenzprojekten“** im Anhang jeweils für die folgenden Referenzen:
 - a. Referenz Nr. 3
 - b. Referenz Nr. 4
 - c. Referenz Nr. 5
12. **Aufklärung zu den Auswahlkriterien 4.2.2 und 4.2.3**

Es wird in diesem Zusammenhang nochmals darauf hingewiesen, dass gemäß 2.2.3.1 der Teilnahmeunterlagen Nachweise zum Zeitpunkt der Abgabe des Teilnahmeantrags **nicht älter als vier Wochen** sein dürfen.

Im Einzelnen ist zu den Nachweisen weiters Folgendes auszuführen:

Zu Punkt 1.:

Unter 4.4 der Bewerberangaben zu Ihrem Teilnahmeantrag erklären Sie Ihre Absicht, sich der B*** als Subunternehmer zu bedienen. Unter 4.5 erklären Sie Ihre Absicht, zur Angebotserstellung eine Bietergemeinschaft zu bilden, wobei nicht angegeben wird, wer Mitglied der Bietergemeinschaft sein soll. Nachdem ein Unternehmen in einem Teilnahmeantrag nicht gleichzeitig Subunternehmer und Mitglied einer Bietergemeinschaft sein kann, wird ersucht, die für B*** vorgesehene Rolle aufzuklären.

Soll die B*** Subunternehmer sein, ist weiters **durch den Bewerber** zu erklären, ob diese als notwendiger oder als sonstiger Subunternehmer (siehe dazu 2.1.4.1 der Teilnahmeunterlagen, Seite 8, 4. Absatz) fungieren soll.

In den weiteren Ausführungen in diesem Schreiben wird davon ausgegangen, dass es sich bei der Angabe unter 4.5 um einen Fehler handelt und B*** ausschließlich als **Subunternehmer** vorgesehen ist.

Zu Punkt 2.:

Entsprechend § 76 BVergG und der Judikatur zum BVergG normieren die Teilnahmeunterlagen, dass der Bieter sowohl in Hinblick auf notwenige als auch auf sonstige Subunternehmer bereits im Teilnahmeantrag nachzuweisen hat, dass ihm für die allfällige Erfüllung des Auftrags die Leistung der Subunternehmer auch tatsächlich zur Verfügung steht. Die bloße unverbindliche Bereitschaft des vorgesehenen Subunternehmers reicht dafür nicht aus.

Es ist daher eine Erklärung des Subunternehmers erforderlich, mit der dieser sich **verpflichtet**, im Falle der Zuschlagserteilung im gegenständlichen Vergabeverfahren den für ihn vorgesehenen Auftragsteil zu erbringen.

Zu Punkt 8.:

Die Teilnahmeunterlagen – und gleichlautend § 75 Abs. 2 BVergG – besagen, dass Nachweise über erbrachte Leistungen, wenn der Leistungsempfänger ein öffentlicher Auftraggeber war, in Form einer vom öffentlichen Auftraggeber ausgestellten oder beglaubigten Bescheinigung beizubringen sind. Diese Bescheinigung ist Ihrem Teilnahmeantrag für die Referenzen Nr. 3 und 6 nicht beigelegt. Es wird daher um Nachreichung ersucht.

Zu Punkt 9.:

Gemäß 2.2.3.5 der Teilnahmeunterlagen ist dem Teilnahmeantrag zur Beschreibung der Maßnahmen zur Qualitätssicherung eine Zertifizierung nach ISO 25000 oder EN ISO 9241 oder ein gleichwertiger Nachweis beizulegen. ISO 25000 zielt auf die Produktqualität von Softwareprodukten ab, welche sich in Merkmalen wie Funktionalität, Richtigkeit, Zuverlässigkeit, Fehlertoleranz, Benutzbarkeit etc. ausdrückt. Der Verweis in Ihrem Teilnahmeantrag auf die B*** erfüllt diese Anforderung ebenso wenig wie eine Zertifizierung nach ISO 9001:2008, weil ISO 9001 nur die Mindestanforderungen an ein Qualitätsmanagementsystem an sich festlegt, jedoch nicht spezifisch hinsichtlich von Softwareprodukten.

Es wird daher entsprechend § 77 Abs. 1 BVergG und 2.2.3.5 der Teilnahmeunterlagen um Beibringung entsprechender, also zumindest gleichwertiger Nachweise sowie um eine ausreichende Begründung, in welchen Punkten und weshalb die Gleichwertigkeit gegeben ist, ersucht. Da es sich hier um einen Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit handelt, kann dieser grundsätzlich entsprechend § 76 BVergG auch durch den Subunternehmer substituiert werden, sofern sich dieser verpflichtet, dem Bewerber im Falle der Zuschlagserteilung die bei ihm im erforderlichen Ausmaß vorhandenen **und nachgewiesenen** Mittel für die Ausführung des Auftrags auch tatsächlich zur Verfügung zu stellen. Diese Verpflichtung muss diesfalls in die Verpflichtungserklärung gemäß Punkt 2. Eingang finden.

Zu Punkt 10.:

Gemäß 2.2.3.5 der Teilnahmeunterlagen ist dem Teilnahmeantrag eine Zertifizierung im Projektmanagement (IPMA/PMA min. Level C oder ein gleichwertiger Nachweis) der **für die Erbringung der Dienstleistung verantwortlichen und namentlich bekannt zu gebenden Personen** beizulegen. Der Verweis in Ihrem Teilnahmeantrag auf die B*** erfüllt diese Anforderung nicht.

Es wird daher entsprechend 2.2.3.5 der Teilnahmeunterlagen um Beibringung entsprechender, also zumindest gleichwertiger Nachweise **für eine konkrete Person wie oben angeführt** sowie um eine ausreichende Begründung, in welchen Punkten und weshalb die Gleichwertigkeit gegeben ist, ersucht. Da es sich hier um einen Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit handelt, kann dieser grundsätzlich entsprechend § 76 BVergG auch durch den Subunternehmer substituiert werden, sofern sich dieser verpflichtet, dem Bewerber im Falle der Zuschlagserteilung die bei ihm im erforderlichen Ausmaß vorhandenen **und nachgewiesenen** Mittel für die Ausführung des Auftrags auch tatsächlich zur Verfügung zu stellen. Diese Verpflichtung muss diesfalls in die Verpflichtungserklärung gemäß Punkt 2. Eingang finden.

Zu Punkt 11.:

Die Prüfung der Ihrem Teilnahmeantrag beigelegten fünf wesentlichen Referenzen hat zu Unklarheiten geführt, in welchem Ausmaß diese die Anforderungen an Referenzen unter 2.2.6.1 der Teilnahmeunterlagen erfüllen.

Die Unklarheiten finden sich insbesondere zu den folgenden Themenbereichen/resultieren aus:

- a. Referenz Nr. 3: Auskunftsperson beim Referenzkunden nicht erreichbar;
- b. Referenz Nr. 4: Auskunftsperson beim Referenzkunden nicht erreichbar;
- c. Referenz Nr. 5: Angabe des alleinverantwortlichen Auftragnehmers

Es wird daher ersucht, das Formular im Anhang **zu jeder dieser Referenzen gesondert vollständig** auszufüllen.

Zu Punkt 12.:

Zu den Auswahlkriterien werden unter 4.2.2 Angaben zur Personalzahl bei Ihrem Unternehmen und unter 4.2.3 Angaben zu Antwortzeiten bei Ihrem Unternehmen gemacht. In den Ergänzungsblättern machen Sie die entsprechenden Angaben zur B***. Es wird um Aufklärung ersucht, ob die Zahlen aus den Ergänzungsblättern die Zahlen im Bewertungsraster im Sinne vom 2.2.6 der Teilnahmeunterlagen substituieren sollen.

Falls dies der Fall ist, fehlt es an einer **Verpflichtung** des Subunternehmers, dem Bewerber im Falle der Zuschlagserteilung die bei ihm im erforderlichen Ausmaß vorhandenen Mittel für die Ausführung des Auftrags auch tatsächlich zur Verfügung zu stellen und es wird um Nachbringung ersucht. Diese Verpflichtung muss diesfalls in die Verpflichtungserklärung gemäß Punkt 2. Eingang finden.

Sollten die genannten Nachweise nicht bis zum o.a. Termin beigebracht werden, ist dies als Nicht-Erteilung der entsprechenden Auskünfte iSv § 68 Abs. 1 Z 7 BVergG zu werten, **was zur Folge hat, dass Ihr Unternehmen von Gesetzes wegen von der Teilnahme zum Vergabeverfahren auszuschließen ist.**

Sollten die genannten Nachweise nicht den Anforderungen in den Teilnahmeunterlagen genügen, ist dies in dem Sinn zu werten, dass Ihrem Unternehmen die technische Leistungsfähigkeit für den zu vergebenden Auftrag fehlt, **was ebenfalls zur Folge hat, dass Ihr Unternehmen von Gesetzes wegen nicht zum Vergabeverfahren zugelassen werden darf¹.**

Weiters ist festzuhalten, dass die ausschreibende Stelle die genannten Nachweise und Ausführungen dort, wo sie Relevanz in Bezug auf die Auswahlkriterien haben, auch im Rahmen der dortigen Punktevergabe entsprechend zu berücksichtigen hat.“

Dem Mail lag ein Formblatt für die Angaben zu ausgewählten Referenzprojekten bei.
(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Am 3. Oktober 2011 sandte die Antragstellerin folgendes E-Mail:

„Vielen Dank für die Rückfragen. Wir arbeiten intensiv an den angesprochenen Punkten um alles bis Mittwoch bereit zu haben. Ich wollte mich nur zwischendurch melden um das zu bestätigen. Falls sich noch Fragen ergeben sollten würde ich mich noch telefonisch melden.“

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Am 5. Oktober 2011 gab die Antragstellerin ergänzende Unterlagen bei der Auftraggeberin ab. Sie gab darin bekannt, dass die B*** eine notwendige Subunternehmerin ist. Sie legte die Verpflichtungserklärung der Subunternehmerin vom 5. Oktober

¹ § 103 Abs. 7 BVergG: „Langen in der Folge mehr Teilnahmeanträge als die vom Auftraggeber festgelegte Zahl von aufzufordernden Unternehmen ein, so hat der Auftraggeber **unter den befugten, leistungsfähigen und zuverlässigen** Unternehmen anhand der Auswahlkriterien die besten Bewerber auszuwählen.“ (Hervorhebung durch den Auftraggeber)

2011, sowie an weiteren Belegen der Subunternehmerin den Gewerbeschein vom 9. November 1993, einen Auszug aus der Gewerbekartei vom 10. März 1998, einen Strafregisterauszug betreffen den Geschäftsführer vom 4. Oktober 2011, einen Antrag auf Ausstellung eines Registerauszuges an die Wirtschafts- und Korruptionsstaatsanwaltschaft vom 4. Oktober 2011, einen Kontoauszug der Oberösterreichischen Gebietskrankenkasse vom 3. Oktober 2011 für die Zeit von 31. Oktober 2010 bis 3. Oktober 2011, die Buchungsmitteilung des Finanzamtes Kirchdorf Perg Steyr vom 10. August 2011, das Zertifikat von Herrn K*** als zertifizierter Junior Projektmanager mit IPMA-Level D vom 9. September 2008 vor. Zu den Referenzen 3 und 6 legte sie Bestätigungen des Auftraggebers vor. Zu den Referenzen 3, 4 und 5 legte sie ausgefüllte Formblätter vor. Weiters legte sie eine Beschreibung der Technologien und Vorgangsweisen zur Qualitätssicherung für sich und die Subunternehmerin sowie eine Zertifizierung der Subunternehmerin nach ISO 9001 vor. Beispiele für Lieferdokumente zu Auslieferungen des angebotenen Systems in elektronischer Form legte sie auf einer CD bei. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Am 5. Oktober 2011 sandte die Antragstellerin folgendes Mail:

„wir haben heute um ca. 14:30 die Unterlagen in Ihrem Hause übergeben. Sollten sich noch irgendwelche Fragen dazu ergeben, stehe ich natürlich jederzeit gerne telefonisch (0699 16805151) oder per E-Mail zur Verfügung.“

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Am 7 Oktober 2011 übernahm die Auftraggeberin eine Sendung der Wirtschafts- und Korruptionsstaatsanwaltschaft zur Zahl Jv 2472/11b-99a – KE 397/11. (Urkundenvorlage der Antragstellerin)

Die „Magnus Checkliste Eignung“ sieht für die Antragstellerin wie folgt aus:

	<i>Stichtag</i>	A***	<i>Anmerkung</i>
<i>ANKÖ-FC</i>		<i>nein</i>	
<i>Verfügbarkeit Subunternehmer</i>		<i>ok</i>	<i>5.10.2011</i>
<i>Vertretungsbefugnis</i>	<i>aktuell</i>	<i>ok</i>	<i>Geschäftsführer</i>
<i>Firmenbuch</i>	<i>22.8.2011</i>	<i>ok</i>	<i>23.07.2011, 22.09.2011 (Sub)</i>
<i>Insolvenz</i>	<i>nein</i>	<i>ok</i>	<i>Abfrage wegen Rating nicht nötig</i>
<i>Gewerbeberechtigung</i>	<i>22.8.2011</i>	<i>nicht aktuell für Sub</i>	<i>16.08.2011; 17.09.1993 (Sub)</i>
<i>Strafregister</i>	<i>19.3.2011</i>	<i>ok</i>	<i>15.09.2011;</i>

			04.10.2011 (Sub)
Register KorruptionsStA	22.8.2011	fehlt für Sub	eingegangen 22.09.2011; Sub: Anforderung vom 04.10.2011
Sozialversicherungsanstalt	22.8.2011	ok	02.09.2011 für Juli 2011; 03.10.2011 (Sub)
Finanzbehörde	22.8.2011	fehlt für notwendigen Subunternehmer!	14.09.2011; Dokument des Sub nachgereicht, aber ohne Aussagekraft (MFü) und außerdem zu alt (10.08.2011)
§ 28b AuslBG	19.3.2011	ok	BMF 22.9.
Bonitätsauskunft	22.8.2011	ok	14.09.2011; Rating 206
Berufshaftpflichtversicherung	aufrecht	ok	2,18 Mio.
Referenzliste	2008-2010	ok	6 Referenzen, eine zu alt;
Qualitätsnachweis	ISO 25000, EN ISO 9241	gleichwertig?	Ausführungen dazu in Nachreichung (ein- gangs und product description inkl. Quali- tätssicherung
Ausbildungsnachweise	IPMA/PMA Level C	NEIN	IPMA Level D (für B***) - erfüllt nicht Vorgaben (min. Level C)

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Mit E-Mail vom 21. Oktober 2011, 12.10 Uhr, teilte die Auftraggeberin der Antragstellerin folgendes mit:

„Die A*** hat am 19.09.2011 einen Teilnahmeantrag im gegenständlichen Vergabeverfahren eingebracht.

Zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit war unter 2.2.3.5 der Teilnahmeunterlagen unter anderem gefordert:

- ‚Zertifizierungen im Projektmanagement (IPMA oder PMA, **min. Level C** oder ein gleichwertiger **Nachweis**) der für die Erbringung der Dienstleistung verantwortlichen und namentlich bekannt zu gebenden Person(en)‘

Sie haben zu diesem Punkt in Ihrem Teilnahmeantrag keinen Nachweis erbracht, sondern bloß in allgemeiner Art auf Ihren Subunternehmer verwiesen. In der Nachreichung vom 05.10.2011 haben Sie zu diesem Punkt mitgeteilt: ‚Gemeinsam mit unserem Subunternehmer B*** verfügen wir über eine ganze Reihe von Mitarbeitern die über die Zertifizierung im Projektmanagement gemäß 2.2.3.5 der Teilnahmeunterlagen verfügen. Im Profil anbei ist zumindest einer der in Frage kommenden Mitarbeiter im Detail beschrieben.‘ Dort findet sich dann eine Zertifizierung für Herrn K*** von B*** als Junior Projektmanager/in (IPMA-Level D).

Eine Zertifizierung auf Level D ist eine um eine Stufe niedrigere Zertifizierung als die geforderte. Sie erfüllt daher die Mindestanforderungen der Teilnahmeunterlagen nicht. Ihre allgemeine Mitteilung ersetzt keinen Nachweis, zumal keine entsprechenden Personen namentlich bekannt gegeben wurden.

Zudem wurden die folgenden in den Teilnahmeunterlagen geforderten Nachweise für den notwendigen Subunternehmer B*** trotz Nachforderung nicht (ordnungsgemäß) erbracht:

- (aktueller) Nachweis der Gewerbeberechtigung (2.2.3.2 der Teilnahmeunterlagen): Die Nachweise für B*** stammen aus den Jahren 1993 und 1998 und erfüllen daher nicht das Erfordernis der Aktualität (nicht älter als vier Wochen zum Zeitpunkt der Einbringung des Teilnahmeantrags, siehe 2.2.3.1 der Teilnahmeunterlagen und unser Schreiben vom 28.9.2011).
- Registerauszug der Korruptionsstaatanwaltschaft (2.2.3.3 der Teilnahmeunterlagen): Nachgewiesen wurde bloß die Beantragung dieses Nachweises.
- Rückstandsbescheinigung der Finanzbehörden (2.2.3.3 der Teilnahmeunterlagen): Die der Nachreichung beigelegte Buchungsmitteilung hat keine der Rückstandsbescheinigung vergleichbare Aussagekraft.

Ihr Unternehmen ist aus diesen Gründen mangels Eignung nicht für die zweite Stufe des Vergabeverfahrens zuzulassen.

Die IEF-Service GmbH bedauert, Ihnen keine günstigere Mitteilung machen zu können.“
(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Darauf antwortete die Auftraggeberin am selben Tag wie folgt:

„Danke für die Information wobei ich allerdings absolut nicht nachvollziehen kann, wie ich die hier genannten Punkte begründen, dass wir nicht die Möglichkeit erhalten ein auch für den IEF gutes Angebot für die eigentliche Aufgabe zu machen. Alle genannten Punkte sind doch rein formal und können wir innerhalb von maximal 1-2 Tagen ergänzen. Ich würde sie höflich bitten uns die Gelegenheit dazu zu geben.“

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Dieses Mail beantwortete die Auftraggeberin am 24. Oktober 2011 wie folgt:

„leider kann ich Ihnen zu Ihrem Ansuchen keine positive Antwort übersenden und in Folge darf ich Ihnen dazu unsere Begründung übersenden:

Sie hatten bis zum 19.09.11 die Gelegenheit Ihre Teilnahmeunterlagen, gemäß den gesetzlichen und unseren Eignungs- und Auswahlkriterien entsprechend, einzureichen. Danach erhielten Sie noch bis zum 05.10.11 eine Nachfrist Ihre mangelnden Unterlagen zu ergänzen. Leider erfüllten diese am Ende nicht die in der Teilnahmeunterlage festgelegten Kriterien.

Eine Nachforderung der noch immer ausständigen Unterlagen ist der ausschreibenden Stelle auch aus rechtlichen Gründen verwehrt (siehe dazu zuletzt BVA vom 2.5.2011, N/0021-BVA/10/2011-33: ‚Es genügt, (...) einen Bieter einmal zur Aufklärung aufzufordern. Kommt er diesem Aufklärungsersuchen nicht oder nur unvollständig nach, ist es dem Auftraggeber **verwehrt**, eine Aufklärung der Aufklärung zu verlangen (...). Dies gilt umso mehr, als es sich um das Nachreichen von Unterlagen handelt, die der Bieter bereits zusammen mit dem Angebot hätte vorlegen müssen.‘ In diesem Zusammenhang gilt für den Teilnahmeantrag des Bewerbers selbstverständlich dasselbe wie für das Angebot des Bieters.) Weiters würde eine Nachforderung dem Prinzip der Bietergleichbehandlung widersprechen.

Aus den genannten Gründen muss von einer neuerlichen Nachfrist der Nachfrist abgesehen werden.

Ich bitte um Ihr Verständnis und bedauere Ihnen keine bessere Nachricht übermitteln zu können.“
(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Am 24. Oktober 2011 wandte sich die Antragstellerin per E-Mail an die Auftraggeberin. Das Mail lautete wie folgt:

„Ich bezweifle natürlich überhaupt nicht, dass Sie hier nach dem Buchstaben des Gesetzes vorgehen.

Was ich mich allerdings frage ist ob eine Ablehnung eines in der Sache kompetenten Anbieters (dazu gab es ja keinerlei negative Rückmeldungen) aus derartig minimalen Gründen gerechtfertigt und sinnvoll ist. Es geht hier um Unterlagen unseres Subunternehmers, der a) nur für einen eingeschränkten Teil der Leistung zuständig wäre, außerdem b) ein sein vielen Jahren in Österreich tätiges Unternehmen mit > 300 Arbeitsplätzen ist und c) das Problem einzig und allein das Datum der Unterlagen ist bzw. Dinge betrifft die innerhalb kürzester Zeit berichtigt werden könnten.

Sind derartige rein formale und inhaltlich so gut wie nicht relevante Punkte tatsächlich für Ihr Projekt entscheidend? Oder ist nicht der Sinn der Ausschreibung bzw. die Aufgabe der ausschreibenden Stelle eine gute Lösung für bzw. einen kompetenten Lieferanten für Ihre IT Aufgabe zu finden. Einen Bewerber auszuschließen, der alle inhaltlich wichtigen Kriterien offenbar erfüllt und die letzten minimalen und formalen Punkte auch innerhalb von 1-2 Tagen erfüllten würde, nimmt Ihnen doch eine große Chance ein gutes Angebot zu erhalten. Ist das richtig für den Erfolg des Projektes, die Wirtschaftlichkeit der Investition und damit den Auswahlprozess?

Verstehen Sie mich nicht falsch und ich will hier auch kein Querulant sein, aber ich kann das nicht wirklich nachvollziehen. Gesetze sind natürlich dazu da Dinge sauber zu regeln, sollten aber nicht dazu dienen gute Möglichkeiten auszuschließen, oder? Daher frage ich nochmals nach.“
(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Dieses Mail beantwortete die Auftraggeberin am selben Tag per E-Mail wie folgt:

„leider kann die IEF-Service GmbH auch für Sie keine Ausnahme machen und richtet sich streng und für alle Bewerber gleich nach den in den Teilnahmeunterlagen angegebenen Kriterien, welche auch für alle gleich geprüft und bewertet wurden.“
(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Am 3. November 2011 informierte die Auftraggeberin jene drei Unternehmen, mit denen sie die zweite Stufe des Vergabeverfahrens führen wollte, dass ein Nachprüfungsantrag eingeleitet wurde und es ihr nicht möglich ist, das Vergabeverfahren planmäßig mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe fortzuführen. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die geeigneten Bieter wurden noch nicht zur Abgabe eines Angebotes aufgefordert. Die Auftraggeberin gab bislang weder eine Zuschlags- noch eine Widerrufsentscheidung bekannt, noch wurde der Zuschlag erteilt oder der Widerruf erklärt. (Auskünfte der Auftraggeberin)

Die Antragstellerin entrichtete € 2.627 an Pauschalgebühren. (gegenständlicher Verfahrensakt)

Dieser Sachverhalt ergibt sich aus den jeweils in Klammern genannten Quellen schlüssig. Es sind die Unterlagen des Vergabeverfahrens und Auskünfte, die nur der

Auftraggeber erteilen kann. Die herangezogenen Beweismittel sind daher echt. Ihre inhaltliche Richtigkeit steht außer Zweifel. Widersprüche traten nicht auf.

3. Rechtliche Würdigung

3.1 Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten

Auftraggeber im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die IEF-Service GmbH. Sie wurde gemäß § 1 Bundesgesetz, mit dem eine IAF-Service GmbH gegründet wird (IEF-Service GmbH-Gesetz – IIEFG), BGBl I Nr. 88/2001 idF BGBl I Nr. 29/2010, gegründet. Gemäß § 3 Abs 1 IIEFG ist ihr Unternehmensgegenstand die Besorgung von Aufgaben auf dem Gebiet der Insolvenz-Entgeltsicherung. Die Aufgabenbesorgung hat in den vom Gesetz bestimmten Fällen hoheitlich, sonst in den Formen des Privatrechts zu erfolgen. Gemäß § 5 Abs 1 IIEFG stehen die Anteile der Gesellschaft zu 100 % im Eigentum des Bundes. Die Ausübung der Gesellschafterrechte und die Verwaltung der Anteilsrechte des Bundes obliegen gemäß § 5 Abs 2 IIEFG dem Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit. Die IEF-Service GmbH erbringt somit Aufgaben im Allgemeininteresse, nämlich die Insolvenz-Entgeltsicherung. Es handelt sich dabei auch um nicht gewerbliche Aufgaben, die zum Teil sogar hoheitlich zur erledigen sind. Als Gesellschaft mit beschränkter Haftung besitzt sie Rechtspersönlichkeit. Da sie zur Gänze im Eigentum der Republik Österreich, Bund, steht, wird sie von einem öffentlichen Auftraggeber beherrscht. Sie ist daher öffentliche Auftraggeberin gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG.

Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag der Dienstleistungskategorie Nr. 7 in Anhang III zum BVergG und somit um eine prioritäre Dienstleistung. Der geschätzte Auftragswert liegt jedenfalls über den relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 2 BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs 2 BVergG iVm Art 14b Abs 2 Z 1 lit c B-VG ist sohin gegeben.

Da darüber hinaus das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag und noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers zuständig.

3.2 Zulässigkeit des Antrags

Die Entscheidung über die Nichtzulassung zur zweiten Stufe des Vergabeverfahrens wurde der Antragstellerin am 21. Oktober 2011 bekannt gegeben. Die Frist zur Einbringung eines Nachprüfungsantrags gemäß § 321 Abs 1 BVergG endete daher am 31. Oktober 2011. Der Nachprüfungsantrag wurde per E-Mail am 31. Oktober 2011 nach Ende der Amtsstunden des Bundesvergabeamtes eingebracht und befand sich noch am 31. Oktober 2011 im elektronischen Verfügungsbereich des Bundesvergabeamtes. Er ist daher rechtzeitig eingelangt (BVA 15. 6. 2010, N/0038-BVA/10/2010-44).

Im Ergebnis ist daher der Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs 1 BVergG zulässig, wobei auch die Voraussetzungen des § 322 Abs 1 BVergG vorliegen. Er richtet sich gegen die Nicht-Zulassung zur Teilnahme, eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit a sublit dd BVergG. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt. Es liegt daher auch kein Grund für eine Unzulässigkeit gemäß § 322 Abs 2 BVergG vor.

3.3 Inhaltliche Beurteilung

Die einschlägigen Bestimmungen des BVergG lauten:

Zeitpunkt des Vorliegens der Eignung

§ 69. Unbeschadet der Regelung des § 20 Abs. 1 muss die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit spätestens

1. ...

3. beim Verhandlungsverfahren grundsätzlich zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe,

4. ...

vorliegen.

Eigenerklärung, Verlangen der Nachweise durch den Auftraggeber

§ 70. (1) Der Auftraggeber hat festzulegen, mit welchen Nachweisen gemäß den §§ 71 bis 75 Unternehmer, die an einem Vergabeverfahren teilnehmen, ihre

1. berufliche Befugnis,

2. berufliche Zuverlässigkeit,

3. finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sowie
4. technische Leistungsfähigkeit

zu belegen haben. Nachweise dürfen nur so weit festgelegt werden, wie es durch den Gegenstand des Auftrages gerechtfertigt ist. Dabei hat der Auftraggeber die berechtigten Interessen des Unternehmers am Schutz seiner technischen oder handelsbezogenen Betriebsgeheimnisse zu berücksichtigen.

(2) Bewerber oder Bieter können ihre Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit auch durch die Vorlage einer Erklärung belegen, dass sie die vom Auftraggeber verlangten Eignungskriterien erfüllen und die festgelegten Nachweise auf Aufforderung unverzüglich beibringen können (Eigenerklärung). In einer solchen Erklärung sind die Befugnisse anzugeben, über die der Unternehmer konkret verfügt.

(3) Bei der Vergabe von Aufträgen kann der Auftraggeber die Vorlage bestimmter Nachweise von bestimmten Bewerbern oder Bietern verlangen, sofern dies nach Auffassung des Auftraggebers erforderlich ist. Bei der Vergabe von Bauaufträgen, deren geschätzter Auftragswert mindestens 120 000 Euro beträgt, und bei der Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen, deren geschätzter Auftragswert mindestens 80 000 Euro beträgt, hat der Auftraggeber vor Zuschlagserteilung die Vorlage der festgelegten Nachweise vom Zuschlagsempfänger jedenfalls zu verlangen; bei einer Vergabe in Losen gilt dies nur, wenn der geschätzte Wert des einzelnen Loses diese Schwellenwerte erreicht.

(4) Nach Maßgabe des Abs. 3 kann der Auftraggeber den Unternehmer auffordern, erforderliche Nachweise binnen einer angemessenen Frist vorzulegen bzw. vorgelegte Bescheinigungen binnen einer angemessenen Frist zu vervollständigen oder zu erläutern. Nachweise können auch in Kopie oder elektronisch vorgelegt werden.

(5) Der Unternehmer kann den Nachweis der Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit auch durch den Nachweis der Eintragung in einem einschlägigen, allgemein zugänglichen Verzeichnis eines Dritten führen, sofern diesem die vom Auftraggeber festgelegten Unterlagen in der vom Auftraggeber gewünschten Aktualität vorliegen und vom Auftraggeber selbst unmittelbar abrufbar sind. Der Unternehmer kann den Nachweis der Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit auch mit anderen als den vom Auftraggeber festgelegten Unterlagen führen, sofern die festgelegten Unterlagen aus einem gerechtfertigten Grund nicht beigebracht werden können und die vorgelegten Unterlagen die gleiche Aussagekraft wie die ursprünglich festgelegten aufweisen. Der Nachweis der gleichen Aussagekraft ist vom Unternehmer nach Aufforderung zu erbringen.

(6) Im Falle der Angebotslegung durch eine Arbeitsgemeinschaft oder eine Bietergemeinschaft hat jedes Mitglied die Befugnis für den ihm konkret zufallenden Leistungsteil nach Maßgabe der Abs. 2 und 3 nachzuweisen.

Nachweis der Befugnis

§ 71. Der Auftraggeber hat als Nachweis für das Vorliegen der einschlägigen Befugnis gemäß § 70 Abs. 1 Z 1, dass der Unternehmer nach den Vorschriften seines Herkunftslandes befugt ist, die konkrete Leistung zu erbringen, festzulegen:

1. nach Maßgabe der Vorschriften des Herkunftslandes des Unternehmers eine Urkunde über die Eintragung im betreffenden in **Anhang VII** angeführten Berufs- oder Handelsregister des Herkunftslandes oder die Vorlage der betreffenden in **Anhang VII** genannten Bescheinigung oder eidesstattlichen Erklärung, oder
2. im Falle eines Dienstleistungsauftrages die Vorlage der im Herkunftsland des Unternehmers zur Ausführung der betreffenden Dienstleistung erforderlichen Berechtigung oder eine Urkunde betreffend die im Herkunftsland des Unternehmers zur Ausführung der betreffenden Dienstleistung erforderliche Mitgliedschaft zu einer bestimmten Organisation.

Nachweis der beruflichen Zuverlässigkeit

§ 72. (1) Der Auftraggeber hat als Nachweis für die berufliche Zuverlässigkeit gemäß § 70 Abs. 1 Z 2 festzulegen, dass die Unternehmer zu belegen haben, dass kein Ausschlussgrund gemäß § 68 Abs. 1 vorliegt. Der Auftraggeber hat überdies von für die Zuschlagserteilung in Betracht kommenden Bewerbern, Bietern und deren Subunternehmern eine Auskunft aus der zentralen Verwaltungsstrafevidenz des Bundesministers für Finanzen gemäß § 28b des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG), BGBl. Nr. 218/1975, einzuholen, ob diesen eine rechtskräftige Bestrafung gemäß § 28 Abs. 1 Z 1 AuslBG zuzurechnen ist. Diese Auskunft darf nicht älter als sechs Monate sein.

(2) Der Nachweis kann für Ausschlussgründe

1. gemäß § 68 Abs. 1 Z 1 bis 4 durch Vorlage eines Auszuges aus einem in Anhang VII angeführten Berufs- oder Handelsregister, dem Strafregister oder einer gleichwertigen Bescheinigung einer Gerichts- oder Verwaltungsbehörde des Herkunftslandes des Unternehmers, aus der hervorgeht, dass diese Ausschlussgründe nicht vorliegen, sowie
2. gemäß § 68 Abs. 1 Z 6 durch Vorlage des letztgültigen Kontoauszuges der zuständigen Sozialversicherungsanstalt oder die letztgültige Rückstandsbescheinigung gemäß § 229a Bundesabgabenordnung

(BAO), BGBl. Nr. 194/1961, oder gleichwertiger Dokumente der zuständigen Behörden des Herkunftslandes des Unternehmers

erbracht werden.

(3) Werden die in Abs. 2 genannten Bescheinigungen, Rückstandsbescheinigungen, Kontoauszüge oder Dokumente im Herkunftsland des Unternehmers nicht ausgestellt oder werden darin nicht alle in § 68 Abs. 1 Z 1 bis 4 und 6 vorgesehenen Fälle erwähnt, kann der Auftraggeber eine Bescheinigung über eine eidesstattliche Erklärung oder eine entsprechende, vor einer dafür zuständigen Gerichts- oder Verwaltungsbehörde, vor einem Notar oder vor einer dafür qualifizierten Berufsorganisation des Herkunftslandes des Unternehmers abgegebene Erklärung des Unternehmers verlangen, dass kein Ausschlussgrund gemäß § 68 Abs. 1 Z 1 bis 4 und 6 vorliegt.

(4) Die Behörden und Stellen, welche Bescheinigungen gemäß Abs. 2 und 3 ausstellen, sind vom Bundesminister für Wirtschaft, Familie und Jugend dem Bundesminister für europäische und internationale Angelegenheiten zur Weiterleitung an die Kommission und die Vertragsparteien des EWR-Abkommens bekannt zu geben. Der Bundesminister für Wirtschaft, Familie und Jugend hat den Bundeskanzler über den Inhalt dieses Schreibens zu informieren.

Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit

§ 75. (1) Als Nachweis für die technische Leistungsfähigkeit gemäß § 70 Abs. 1 Z 4 kann der Auftraggeber je nach Art, Menge oder Umfang und Verwendungszweck der zu liefernden Waren, der zu erbringenden Bau- oder Dienstleistungen die in Abs. 5 bis 7 angeführten Nachweise verlangen. Andere als die in den Abs. 5 bis 7 angeführten Nachweise darf der Auftraggeber nicht verlangen.

(2) Verlangt der Auftraggeber einen Nachweis über erbrachte Leistungen (Referenzen), ist er, wenn der Leistungsempfänger ein öffentlicher Auftraggeber war, in Form einer vom öffentlichen Auftraggeber ausgestellten oder beglaubigten Bescheinigung beizubringen, die der Leistungsempfänger dem öffentlichen Auftraggeber auch direkt zuleiten kann. Ist der Leistungsempfänger ein privater Auftraggeber gewesen, ist der Nachweis über erbrachte Leistungen (Referenzen) in Form einer vom Leistungsempfänger ausgestellten Bescheinigung oder, falls eine derartige Bescheinigung nicht erhältlich ist, durch eine einfache Erklärung des Unternehmers zu erbringen.

(3) Nachweise über erbrachte Leistungen (Referenzen) müssen jedenfalls folgende Angaben enthalten:

1. Name und Sitz des Leistungsempfängers sowie Name der Auskunftsperson;
2. Wert der Leistung;
3. Zeit und Ort der Leistungserbringung;
4. Angabe, ob die Leistung fachgerecht und ordnungsgemäß ausgeführt wurde.

(4) Werden Nachweise über Leistungen vorgelegt, die der Unternehmer in Arbeitsgemeinschaften erbracht hat, ist der vom Unternehmer erbrachte Anteil an der Leistungserbringung anzugeben.

(5) ...

(7) Als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit können bei Dienstleistungsaufträgen verlangt werden:

1. eine Liste der wesentlichen in den letzten drei Jahren erbrachten Dienstleistungen;
2. eine Beschreibung der technischen Ausrüstung, der Maßnahmen des Unternehmers zur Qualitätssicherung und der Untersuchungs- und Forschungsmöglichkeiten des Unternehmers;
3. Angaben über die technischen Fachkräfte oder die technischen Stellen, unabhängig davon, ob diese dem Unternehmen angeschlossen sind oder nicht, und zwar insbesondere über diejenigen, die mit der Qualitätskontrolle beauftragt sind;
4. bei Dienstleistungen komplexer Art oder bei Dienstleistungen, die ausnahmsweise einem besonderen Zweck dienen sollen, eine Kontrolle, die vom Auftraggeber oder in dessen Namen von einer zuständigen amtlichen Stelle im Herkunftsland des Unternehmers durchgeführt wird. Diese Kontrolle betrifft die technische Leistungsfähigkeit und erforderlichenfalls die Untersuchungs- und Forschungsmöglichkeiten des Unternehmers sowie die von diesem für die Qualitätskontrolle getroffenen Vorkehrungen;
5. Ausbildungsnachweise und Bescheinigungen über die berufliche Befähigung des Unternehmers und der Führungskräfte des Unternehmers, insbesondere der für die Erbringung der Dienstleistungen verantwortlichen Personen;
6. bei Dienstleistungen, deren Art ein entsprechendes Verlangen des Auftraggebers rechtfertigt, die Angabe der Umweltmanagementmaßnahmen, die der Unternehmer bei der Ausführung des Auftrages gegebenenfalls anwenden will;
7. eine Erklärung, aus der hervorgeht, über welche Ausstattung, welche Geräte und welche technische Ausrüstung der Unternehmer für die Ausführung des Auftrages verfügen wird;
8. eine Erklärung, aus der das jährliche Mittel der vom Unternehmer in den letzten drei Jahren Beschäftigten und die Anzahl seiner Führungskräfte in den letzten drei Jahren ersichtlich sind;

9. eine Angabe, welche Teile des Auftrages der Unternehmer unter Umständen als Subaufträge zu vergeben beabsichtigt;
10. die Bescheinigung, dass der Unternehmer die für die Erbringung der Dienstleistung erforderliche berufliche Befähigung, Fachkunde und Erfahrung besitzt.

Nachweis der Eignung durch andere Unternehmer

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

Subunternehmerleistungen

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

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

(3) Die Weitergabe des gesamten Auftrages oder von Teilen der Leistung ist nur insoweit zulässig, als der Subunternehmer die für die Ausführung seines Teiles erforderliche Befugnis, Leistungsfähigkeit sowie die berufliche Zuverlässigkeit besitzt.

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

§ 103. (1) Nicht offene Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung und Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung sind in den einschlägigen Publikationsmedien gemäß den §§ 46, 50 bis 52 und 55 bekannt zu machen.

(2) Anträge auf Teilnahme können brieflich oder elektronisch gestellt werden. Interessenbekundungen auf Teilnahme können auch telefonisch oder mittels Telefax übermittelt werden.

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

(4) Unternehmern, die auf Grund der Bekanntmachung rechtzeitig Teilnahmeanträge gestellt haben und die gemäß den §§ 68 bis 77 als befugt, leistungsfähig und zuverlässig anzusehen sind, ist unter Bedachtnahme auf Abs. 6 und 7 Gelegenheit zur Beteiligung am nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung und am Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung zu geben.

(5) Der Auftraggeber darf vom Inhalt der Teilnahmeanträge erst nach Ablauf der Frist für deren Einreichung Kenntnis erhalten. Über die Prüfung der Teilnahmeanträge ist eine Niederschrift zu verfassen, in welcher alle für die Beurteilung der Teilnahmeanträge wesentlichen Umstände festzuhalten sind. Der Bewerber kann in den seinen Teilnahmeantrag betreffenden Teil der Niederschrift Einsicht nehmen.

(6) Die Anzahl der aufzufordernden Unternehmer ist entsprechend der Leistung festzulegen, darf aber bei nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung nicht unter fünf liegen. Bei Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung darf sie bei Existenz einer hinreichenden Anzahl von befugten, leistungsfähigen und zuverlässigen Unternehmern nicht unter drei liegen. Die festgelegte Anzahl muss einen echten Wettbewerb gewährleisten und ist in der Bekanntmachung anzugeben. Die objektiven und nicht diskriminierenden Auswahlkriterien haben den besonderen Erfordernissen der zur Ausführung gelangenden Leistung Rechnung zu tragen und sind in der Bekanntmachung bekannt zu geben.

(7) Lagen in der Folge mehr Teilnahmeanträge als die vom Auftraggeber festgelegte Anzahl von aufzufordernden Unternehmern ein, so hat der Auftraggeber unter den befugten, leistungsfähigen und zuverlässigen Unternehmern anhand der Auswahlkriterien die besten Bewerber auszuwählen. Die maßgeblichen Gründe für die Auswahl sind in nachvollziehbarer Form festzuhalten. Der Auftraggeber hat die nicht zur Angebotsabgabe aufgeführten Bewerber von dieser Entscheidung unverzüglich, jedenfalls aber eine Woche, bei der Durchführung eines beschleunigten Verfahrens gemäß den §§ 61 bis 63, 66 und 67 drei Tage, nach Abschluss der Auswahl unter Bekanntgabe der Gründe für die Nicht-Zulassung zu verständigen. Die Gründe der Nicht-Zulassung sind nicht bekannt zu geben, sofern die Bekanntgabe dieser Informationen öffentlichen Interessen oder den berechtigten Geschäftsinteressen von Unternehmern widersprechen oder dem freien und lautereren Wettbewerb schaden würde.

(8) ...

Ausscheiden von Angeboten

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

1. Angebote von Bietern, die von der Teilnahme am Vergabeverfahren gemäß § 20 Abs. 5 oder gemäß § 68 Abs. 1 auszuschließen sind;
2. Angebote von Bietern, deren Befugnis, finanzielle, wirtschaftliche oder technische Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit nicht gegeben ist;
3. ...
7. den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Teil-, Alternativ- und Abänderungsangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, nicht gleichwertige Alternativ- oder Abänderungsangebote und Alternativangebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen, sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind;
8. ...

(2) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung kann 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. Von einem Bieter, der im Gebiet einer anderen Vertragspartei des EWR-Abkommens oder in der Schweiz ansässig ist, können auch Aufklärungen über die Zulässigkeit der Ausübung der Tätigkeit in Österreich verlangt werden.

(3) Der Auftraggeber hat den Bieter vom Ausscheiden seines Angebotes unter Angabe des Grundes nachweislich elektronisch oder mittels Telefax zu verständigen.

Der Antragstellerin wurde die Nicht-Zulassung zur Teilnahme an der zweiten Stufe des Verhandlungsverfahrens mitgeteilt. Die Auftraggeberin begründete es im Wesentlichen damit, dass die Antragstellerin trotz Aufforderung zur Verbesserung Nachweise nicht vorgelegt hat. Überdies habe sie keinen ausreichend zertifizierten Mitarbeiter namhaft gemacht.

Die Teilnahmeunterlagen wurden innerhalb der Frist des § 321 Abs 4 BVergG nicht angefochten. Sie sind daher bestandsfest (st Rspr, zB VwGH 26. 11. 2010, 2008/04/0027, 0036; BVA 2. 5. 2011, N/0021-BVA/10/2011-33). Alle Einwendungen gegen die Teilnahmeunterlagen, insbesondere gegen die Art und Aktualität der zu erbringenden Eignungsnachweise und die Leistungs- und Funktionsanforderungen sind daher präkludiert (st Rspr, zB VwGH 22. 6. 2011, 2011/04/0007; BVA 5. 8. 2011, N/0060-BVA/04/2011-20). Alle am Vergabeverfahren Beteiligten sind ebenso wie das Bundesvergabeamt an die Festlegungen der Teilnahmeunterlagen gebunden (st Rspr, zB VwGH 14. 4. 2011, 2008/04/0065; BVA 28. 7. 2010, N/0051-BVA/10/2010-37). Allfällige Rechtswidrigkeiten können auch von der Vergabekontrollbehörde nicht mehr aufgegriffen werden (zB VwGH 7. 11. 2005, 2003/04/0135; 27. 6. 2007, 2005/04/0234). Es ist von einer strengen Bindung an die Ausschreibungsunterlagen auszugehen (BVA 30. 4. 2009, N/0021-BVA/10/2009-28; 2. 5. 2011, N/0021-BVA/10/2011-33), andernfalls ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz vorläge (zB BVA 28. 11. 2008, N/0131-BVA/12/2008-29).

Somit sind sowohl der Inhalt der Ausschreibungsunterlagen als auch des Teilnahmeantrags der Antragstellerin zu ermitteln. Da es sich bei der Ausschreibung um eine Erklärung des Auftraggebers und beim Teilnahmeantrag um eine Erklärung des Bieters handelt, ist ihr Inhalt von Bedeutung. Dieser ist nach ständiger Rechtsprechung und der Literatur nach den Regeln der §§ 914 f ABGB zu ermitteln (zB BVA 15. 6. 2010, N/0038-BVA/10/2010-44; *Rummel*, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und der Vertrag so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus einer Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind nicht danach zu beurteilen, was der Erklärende sagen wollte oder was der Erklärungsempfänger darunter verstanden hat, sondern danach, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war (OGH 26. 4. 1961, 5 Ob 135/61) und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Es kommt nämlich nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern es sind vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung und des Angebots maßgebend (st Rspr, zB VwGH 29. 3. 2006, 2004/04/0144; BVA 10. 7. 2009, N/0058-BVA/10/2009-25; *Heid/Kurz* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht³ [2010] Rz 961). Im Zweifel sind Festlegungen in der Ausschreibung gesetzeskonform und sohin in Übereinstimmung mit den maßgeblichen Bestimmungen, hier des BVergG 2006, zu lesen (zB VwGH 12. 5. 2011, 2008/04/0087).

Bei einem Nachprüfungsverfahren handelt es sich um ein antragsgebundenes Verfahren. Sein Prozessgegenstand wird durch den Antrag determiniert (VwGH 1. 7. 2010, 2009/04/0129; 22. 6. 2011, 2007/04/0037; 22. 6. 2011, 2007/04/0080). Im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren wurde die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers, nämlich der Nicht-Zulassung zur Teilnahme, beantragt. Sie ist ausschließlich auf Grundlage jenes Sachverhalts und jener Unterlagen zu beurteilen, der zum dem Zeitpunkt vorlag, zu dem die Auftraggeberin die Entscheidung traf. Erst im Vergabekontrollverfahren nachgereichte Unterlagen sind dabei nicht zu berücksichtigen (VwGH 28. 9. 2011, 2007/04/0102; VKS Wien 16. 9. 2010, VKS-7278/10). Dem steht auch die Verpflichtung der Auftraggeberin nicht entgegen, ungeachtet einer gesetzten Frist bis zu dieser Entscheidung alle relevanten Verbesserungen der Antragstellerin zu berücksichtigen (VwGH

12. 5. 2011, 2007/04/0012). Weiters ist das Bundesvergabeamt nur zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen zuständig (VwGH 28. 1. 2004, 2003/04/0134, VwSlg 16274). Die Überprüfung der Rechtmäßigkeit dieser Entscheidung stellt den Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens dar (VwGH 23. 1. 2002, 2001/04/0041, VwSlg 15.750). Somit ist nicht die objektive Eignung der Antragstellerin, sondern die Rechtmäßigkeit der Nicht-Zulassung zur Teilnahme zu beurteilen. Dem Bundesvergabeamt kommt keine Zuständigkeit zu, privatwirtschaftliche Akte anstelle der Auftraggeberin zu setzen (VwGH 27. 1. 2006, 2005/04/0202). Daher ist es nicht Aufgabe des Bundesvergabeamtes, anstelle der Auftraggeberin eine Angebotsprüfung vorzunehmen und allenfalls die Antragstellerin zur Verbesserung ihres Teilnahmeantrags aufzufordern (VwGH 22. 6. 2011, 2011/04/0011; BVA 22. 5. 2006, N/0024-BVA/16/2006-038; 10. 3. 2009, N/0145-BVA/09/2008-81). Die von der Antragstellerin nachgereichten Unterlagen sind – soweit sie nach der Entscheidung über die Nicht-Zulassung zur Teilnahme bei der Auftraggeberin eingelangt sind – bei der Prüfung der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Entscheidung nicht zu berücksichtigen.

Punkt 2.1.4.1 „Bietergemeinschaften, Subunternehmer“ der Teilnahmeunterlagen legt in Übereinstimmung mit § 103 Abs 3 BVergG klar fest, dass notwendige Subunternehmer im Teilnahmeantrag zu nennen sind. Dieser Anforderung kam die Antragstellerin insofern nach, als sie die B*** in ihrem Teilnahmeantrag namhaft machte, auch wenn der Antragstellerin ihre Rolle vorerst nicht ganz klar war.

In diesem Fall legt Punkt 2.1.4.1 „Bietergemeinschaften, Subunternehmer“ der Teilnahmeunterlagen fest, dass für alle Subunternehmer „*in Bezug auf den zu erbringenden Leistungsteil*“ alle Nachweise wie für den Bieter zu erbringen sind. Dabei verweisen die Teilnahmeunterlagen ausdrücklich auf § 83 BVergG. Punkt 2.2.3.1 „Allgemeines zu den Nachweisen“ der Teilnahmeunterlagen ebenfalls fest, dass für Subunternehmer die Nachweise „*in Hinblick auf die ihnen konkret zufallenden Leistungsteile beizubringen*“ sind. Diese Festlegung hat somit zwei Teile. Einerseits ist zu ermitteln, worauf sich die Einschränkung „*in Bezug auf den zu erbringenden Leistungsteil*“ bezieht. § 83 Abs 3 BVergG verlangt vom Subunternehmer, dass er für die Ausführung seines Teils der Leistung die erforderliche Befugnis, Leistungsfähigkeit sowie die berufliche Zuverlässigkeit besitzt. Gesetzeskonform ist diese Bestimmung

des Teilnahmeantrags daher so zu lesen, dass der Bewerber den Subunternehmer für die Erbringung eines bestimmten Teils der Leistung namhaft macht. Diese Festlegung obliegt dem Bewerber in seinem Teilnahmeantrag. Den Umfang der vom Subunternehmer zu erbringenden Leistung legt daher die Antragstellerin fest. Nur sie kann ihn kennen, weil sie die Erbringung der Leistung in dem Umfang organisieren muss, in dem sie sie nicht selbst zu erbringen beabsichtigt. Dass die Leistungs- und Funktionsbeschreibung in Teilnahmeunterlagen nicht die Genauigkeit einer Ausschreibung haben kann, ist selbstverständlich. Die Antragstellerin hat nun die B*** für den Leistungsteil Lohnverrechnung als Subunternehmerin und keinesfalls als Lieferantin namhaft gemacht. Dies ergibt sich bei objektivem Verständnis des Teilnahmeantrags iVm der Aufklärung vom 5. Oktober 2011. Damit kann dahinstehen, ob die Lohnverrechnung als Fertigprodukt in Form eines Zukaufs geliefert oder in Form einer Dienstleistung maßgeschneidert erstellt wird. Die Erklärung der Antragstellerin war eindeutig. Daher muss die Antragstellerin für die Subunternehmerin jene Nachweise vorlegen, die sie zur Erbringung des Leistungsteils Lohnverrechnung benötigt. Welche Nachweise das sind, ergibt sich aus Punkt 2.2.3 „Nachweise des Bewerbers“.

Am 28. September 2011 forderte die Auftraggeberin per E-Mail ua zur Aufklärung der Rolle der B*** auf. Am 5. Oktober 2011 teilte die Antragstellerin mit, dass die B*** eine notwendige Subunternehmerin ist. Einerseits hat die Antragstellerin damit – verspätet – die nach § 103 Abs 3 BVergG im Teilnahmeantrag notwendige Auskunft gegeben und die mögliche Rolle der B*** im Zuge einer möglichen Auftragsabwicklung festgelegt. Andererseits ist sie an ihre Erklärung gebunden und die B*** damit als notwendige Subunternehmerin zu betrachten. Daher waren mit dem Teilnahmeantrag alle notwendigen Nachweise für die Befugnis, Leistungsfähigkeit und berufliche Zuverlässigkeit vorzulegen. Welche Nachweise verlangt werden, ergibt sich aus der Formulierung „wie für den Bieter“. Damit wird auf Punkt 2.2.3 „Nachweise des Bewerbers“ der Teilnahmeunterlagen verwiesen. Daher muss die Antragstellerin alle dort genannten Nachweise in der in diesem Punkt genannten Form und Aktualität für sich und die B*** vorlegen.

Punkt 2.2.3.1 „Allgemeines zu den Nachweisen“ der Teilnahmeunterlagen räumt den Bietern ausdrücklich die Möglichkeit ein, eine Eigenerklärung zu vorzulegen. Die Auf-

traggeberin kündigt allerdings an, die Bieter aufzufordern, die Nachweise vor der Auswahl vorzulegen. Auch wenn die Antragstellerin zulässigerweise eine Eigenerklärung verwendete, musste ihr bewusst sein, dass die Auftraggeberin auch für die Subunternehmerin die geforderten Nachweise verlangen würde. Gemäß § 70 Abs 2 BVergG musste sie die Nachweise unverzüglich vorlegen können. Die Erläuterungen dazu führen aus: *„Schließlich muss der Bewerber oder Bieter in der Lage sein, die Nachweise im Laufe des Vergabeverfahrens ohne unnötigen Verzug vorzulegen, falls der Auftraggeber dies verlangt, und er muss eben dies in der Eigenerklärung bestätigen.“* (RV 327 BlgNR XXIV. GP 18) Gemäß § 70 Abs 3 BVergG kann der Auftraggeber im Verhandlungsverfahren bereits vor der Aufforderung zur Angebotslegung die Nachweise verlangen (RV 327 BlgNR XXIV. GP 19).

Der Abruf der Nachweise durch die Auftraggeberin findet somit nicht nur in den bestandsfesten Teilnahmeunterlagen sondern auch im BVergG Deckung. Ob die Verwendung einer Eigenerklärung durch Subunternehmer anhand des Gesetzestextes des § 70 Abs 2 BVergG, der nur von Bewerbern und Bietern spricht, überhaupt zulässig ist, kann angesichts der Ankündigung in Punkt 2.2.3.1 der Teilnahmeunterlagen dahinstehen, auch bei Verwendung einer Eigenerklärung alle Nachweise anzufordern. Fest steht jedenfalls, dass die Eigenerklärung der Antragstellerin nicht den Anforderungen des § 70 Abs 2 BVergG genügt, weil weder die Befugnisse angegeben noch die unverzügliche Vorlage der Nachweise zugesichert sind. Angesichts der Festlegung in der Ausschreibung und der ausdrücklichen Befugnis, gemäß § 70 Abs 3 BVergG Nachweise von Bewerbern oder Bietern zu verlangen, musste die Auftraggeberin aber nicht zur Verbesserung der Eigenerklärung auffordern, sondern konnte die Vorlage der in der Ausschreibung näher bezeichneten Nachweise sofort verlangen. Dass die Auftraggeberin die Nachweise für die Subunternehmerin verlangte, ist vor diesem Hintergrund auch weder rechtsmissbräuchlich noch schikanös, sondern auf Grundlage der bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Gleichbehandlung aller Bieter vielmehr sogar geboten (VwGH 21. 3. 2011, 2008/04/0083). Auch laufende Geschäftsbeziehungen erlauben keine Ausnahme von diesem Grundsatz.

Die Antragstellerin bemängelt die Frist zur Vorlage der Nachweise. Die Materialien führen dazu aus: *„Hinzuweisen ist darauf, dass der Auftraggeber eine angemessene*

– somit auch eine durchaus kurze – Frist für die Vorlage bzw. Ergänzung der Nachweise festlegen kann (vgl. dazu den Wortlaut des Abs. 2 [„auf Aufforderung unverzüglich beibringen können“] und den systematischen Zusammenhang dieser Wortfolge mit Abs. 4 [„binnen einer angemessenen Frist“]). Aus einem systematischen Vergleich mit anderen Fristenregelungen des Gesetzes (vgl. etwa § 58, der für die Übermittlung zusätzlicher Unterlagen eine Frist von maximal sechs bzw. vier Tagen vorsieht) folgt, dass der Auftraggeber nicht gezwungen ist, längere Zeit zuzuwarten, bis der Unternehmer die geforderten Nachweise beschafft. Abhängig von der Art des durchgeführten Vergabeverfahrens ist somit auch eine sehr kurze Frist (etwa ein Tag) als angemessen anzusehen.“ (RV 327 BlgNR XXIV. GP 19) „Eine Berücksichtigung der Komplexität der beizuschaffenden Urkunden, der Möglichkeit einer raschen Datenbeschaffung und der Reaktionsmöglichkeit – wie dies in den Materialien zum BVergG 2006 vorgesehen war – ist daher obsolet.“ (Heid/Kondert in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010] Rz 1019) Hinzu tritt der in § 70 Abs 2 BVergG normierte Inhalt der Eigenerklärung, dass der Bieter die Nachweise unverzüglich vorlegen kann. Das bedingt, dass er bereits bei Abgabe der Eigenerklärung darüber verfügt. Die gesetzte Frist von acht Tagen zur Vorlage der Nachweise aufgrund der Eigenerklärung ist aufgrund dieser Überlegungen jedenfalls angemessen, zumal der Bieter die Nachweise parat haben musste. Er sollte sie auch bei Verwendung einer Eigenerklärung nicht erst beschaffen müssen. Damit geht das Argument der Antragstellerin, dass die Korruptionsstaatsanwaltschaft für die Erstellung eines Registerauszugs zu lange brauche, am Wesen der Eigenerklärung vorbei.

Zur Genauigkeit der Aufforderung vom 29. September 2011 Unterlagen beizubringen ist anzumerken, dass die Punkte 1 und 2 betreffend die Stellung der B*** als allenfalls notwendige Subunternehmerin oder als Mitglied einer Bietergemeinschaft sowie die Vorlage einer Verpflichtungserklärung unter Verweis auf die Teilnahmeunterlagen hinlänglich genau sind. Diesen Verbesseraufträgen ist die Antragstellerin auch nachgekommen. Punkt 3 betrifft den Nachweis der Befugnis der Subunternehmerin. Der Verweis auf Punkte 2.2.3.3. ist verwirrend, da dieser den Nachweis der beruflichen Zuverlässigkeit betrifft. Gemeint war offensichtlich Punkt 2.2.3.2. Allerdings hätte der Antragstellerin bei Durchlesen der Teilnahmeunterlagen bereits zum Zeitpunkt der Erstellung des Teilnahmeantrags klar sein müssen, dass auch für die Subunternehmerin Nachweise über das Bestehen der Gewerbeberechtigung vorzulegen sind.

Dies ergibt sich aus Punkt 2.1.4.1 der Teilnahmeunterlagen, auf den in diesem Punkt des Aufforderungsschreibens verwiesen wird. Mit diesem Verweis ist auch die Forderung der Aktualität klar festgelegt, zumal die Teilnahmeunterlagen der Antragstellerin vorlagen und sie diese Anforderung durch einfaches Lesen der entsprechenden Bestimmung hätte erkennen können. Punkte 4 und 5 betreffen Strafregisterauszüge. Diese Aufforderungen sind genau genug. Punkt 6 bedeutet, dass für die Subunternehmerin ein maximal vier Wochen alter Kontoauszug der Sozialversicherung vorzulegen war. Dieser lässt sich jederzeit beschaffen. Gleiches gilt für den Rückstandsabweis nach Punkt 7. Punkt 8 war ebenfalls eindeutig. Die Beschreibung der Maßnahmen zur Qualitätssicherung gemäß Punkt 9 musste der Bieter aus seinem Betrieb heraus darstellen. Die Zertifizierung im Projektmanagement gemäß 2.2.3.5 der Teilnahmeunterlagen in Punkt 10 ist genau genug. Verlangt war eine Zertifizierung Level C für alle beteiligten Unternehmen. Das Ausfüllen von Formularen zu Referenzprojekten gemäß Punkt 11 war ebenfalls genau genug. Die Aufklärung zu den Auswahlkriterien 4.2.2 und 4.2.3 in Punkt 12 war ebenfalls genau genug. Hervorzuheben ist, dass die Auftraggeberin in dem Aufklärungsschreiben die Aktualität der Nachweise wiederholte und die einzelnen Punkte eingehend erläuterte. Schließlich kündigte die Auftraggeberin den Ausschluss bei Nichtvorlage der geforderten Nachweise an. Die Aufforderung zur Vorlage von Nachweisen vom 28. September 2011 ist damit hinlänglich genau (zu Nachweisen für Subunternehmer siehe VwGH 27. 5. 2009, 2007/04/0098). Die Antragstellerin hätte wissen müssen, welche Nachweise sie der Auftraggeberin vorzulegen gehabt hätte. Anzumerken ist, dass es ihr offen gestanden wäre, fehlende Nachweise auch in der Zeit zwischen dem Ende der Frist zur Vorlage von Nachweisen am 5. Oktober 2011 und der Entscheidung über die Nicht-Zulassung zur Teilnahme am 21. Oktober 2011 nachzureichen (VwGH 21. 3. 2011, 2008/04/0083).

Der Gewerbeschein vom 9. November 1993 und der Auszug aus der Gewerbekartei vom 10. März 1998 betreffend die Befugnis der Subunternehmerin weisen nicht die in Punkt 2.2.3.1 der Teilnahmeunterlagen und im Schreiben der Auftraggeberin vom 28. September 2011 geforderte Aktualität auf. Sie genügen daher nicht den Anforderungen der Teilnahmeunterlagen.

Da auch bei Verwendung einer Eigenerklärung die unverzügliche Vorlage von Nachweisen erwartet werden muss, hätte die Subunternehmerin bereits wesentlich früher die Ausstellung eines Registerauszuges der Wirtschafts- und Korruptionsstaatsanwaltschaft beantragen müssen. Da – entgegen dem Vorbringen der Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung – die Auskunft der Korruptionsstaatsanwaltschaft am 7. Oktober 2011 von ihr übernommen wurde, hätte sie sie auch nach Ablauf der gesetzten Frist vor Fällung der angefochtenen Entscheidung berücksichtigen müssen.

In Punkt 2.2.3.3 „Nachweis der beruflichen Zuverlässigkeit“ der Teilnahmeunterlagen ist ausdrücklich eine *„letztgültige Rückstandsbescheinigung gemäß § 229a der Bundesabgabenordnung (BAO), BGBl. Nr. 194/191 oder gleichwertige Dokumente der zuständigen Behörden des Herkunftslandes des Unternehmers“* verlangt. Der Antragstellerin musste daher bewusst sein, welches Dokument verlangt war, zumal die Rückstandsbescheinigung für jedes inländische Unternehmen verfügbar ist, andere Nachweise nur Unternehmen aus anderen Staaten als Österreich vorgesehen sind und der Subunternehmerin auch bekannt war, welchen Nachweis sie vorzulegen hätte, zumal sie ihn ausdrücklich in ihrer Eigenerklärung nannte.

Die Nennung eines Mitarbeiters mit einer Zertifizierung IPMA-Level D genügt nicht der Anforderung in Punkt 2.2.3.5 „Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit“ der Teilnahmeunterlagen, dass ein Mitarbeiter mit der Zertifizierung IPMA-Level C namentlich zu nennen war.

Die Antragstellerin hat daher mit der Vorlage vom 5. Oktober 2011 nicht alle geforderten Nachweise in der verlangten Form vorgelegt. Sie hat daher die Eignung nach den Vorgaben der Teilnahmeunterlagen nicht nachgewiesen.

Bei der Nichterteilung von Auskünften kommen das Ausscheiden gemäß § 129 Abs 1 Z 1 BVergG iVm § 68 Abs 1 Z 7 BVergG und § 129 Abs 2 BVergG in Frage. Erstgenannter Ausschlussgrund ist eine *lex specialis* zum zweitgenannten Ausscheidensgrund (VwGH 21. 3. 2011, 2008/04/0083). Im ersten Fall ist der Bewerber gemäß § 129 Abs 1 Z 1 BVergG bei Vorliegen eines Ausschlussgrundes zwingend auszuscheiden (UVS Vorarlberg 13. 10. 2009, 314-011/09). Im zweiten Fall kommt dem

Auftraggeber Ermessen zu, das er im Sinn der Vergabegrundsätze ausüben muss (VwGH 22. 6. 2011, 2011/04/0011).

§ 68 Abs 1 Z 7 BVergG betrifft lediglich Auskünfte über die Befugnis, die berufliche Zuverlässigkeit, die technische Leistungsfähigkeit sowie die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit. Die Auftraggeberin hat in Punkt 2.1.4.2 „Ausschluss von Bewerbern/Bietern“ der Teilnahmeunterlagen ausdrücklich festgelegt, dass die Nichterteilung von Auskünften gemäß Punkt 2.2.3 „Nachweise des Bewerbers“ der Teilnahmeunterlagen zum Ausschluss führt. In dem Schreiben vom 28. September 2011 kündigte die Auftraggeberin an, die Nichterteilung der verlangten Auskünfte und die Nichtvorlage der verlangten Nachweise als Ausschlussgrund zu werten, sowie die Vorlage ungenügender Nachweise als Mangel der technischen Leistungsfähigkeit und damit als Ausscheidensgrund anzusehen. Dazu ist anzumerken, dass nicht alle Nachweise die technische Leistungsfähigkeit betreffen. Zu beurteilen ist, ob die verlangten Nachweise unter die in § 68 Abs 1 Z 7 BVergG genannten fallen. Die Gewerbeberechtigung der Subunternehmerin betrifft die Befugnis. Die Auskunft der Korruptionsstaatsanwaltschaft und die Rückstandsbescheinigung betreffen die berufliche Zuverlässigkeit. Die Zertifizierung des projektverantwortlichen Mitarbeiters betrifft die technische Leistungsfähigkeit. Alle der Antragstellerin vorgehaltenen Mängel betreffen daher die in § 68 Abs 1 Z 7 BVergG genannten Auskünfte. Die Antragstellerin hat keine falsche Erklärung abgegeben. Sie hat jedoch Nachweise nicht in der verlangten Aktualität erteilt. Das BVA sah die Namhaftmachung einer unzulässigen Schlüsselperson – also einer mangelhaften Auskunft – einen Ausschlussgrund (BVA 28. 3. 2011, N/0002-BVA/04/2011-23). Damit wurden die – ursprünglich bereits mit dem Teilnahmeantrag zu erteilenden – Nachweise nicht vollständig vorgelegt und die Auskünfte nicht erteilt. Damit ist der Tatbestand des § 68 Abs 1 Z 7 BVergG und Punkts 2.2.3 „Nachweise des Bewerbers“ der Teilnahmeunterlagen erfüllt. Für ein Ausscheiden gemäß § 129 Abs 2 BVergG bleibt daher kein Raum.

Die Auftraggeberin musste die Antragstellerin nicht mehrfach zur Verbesserung auffordern. Die geforderten Nachweise waren der Auftraggeberin bereits zusammen mit dem Teilnahmeantrag vorzulegen. Die Auftraggeberin hat angekündigt, bei Verwendung einer Eigenerklärung die Vorlage der Nachweise zu verlangen. Die Eigenerklärung der Subunternehmerin enthält eine Liste der vorzulegenden Unterlagen, in der

ua die Nachweise für die Gewerbeberechtigung, die Auskunft der Korruptionsstaatsanwaltschaft und eine Rückstandsbescheinigung gemäß § 229a BAO genannt sind. Bei den beiden letztgenannten Nachweisen ist sogar angemerkt, dass sie nicht älter als vier Wochen sein dürfen. Daher war sich die Subunternehmerin bewusst, welche Nachweise in welcher Aktualität zu erbringen waren. Auch wenn in der Subunternehmererklärung gegen § 70 Abs 2 BVergG die Vorlagen der Nachweise binnen angemessener Frist versprochen wurde, musste der Antragstellerin zum Zeitpunkt der Verfassung der Eigenerklärung bewusst sein, dass sie diese innerhalb einer kurzen Frist vorlegen müssen wird. Verstärkt wird das durch die Festlegung der Auftraggeberin in Punkt 2.2.2 „Der Teilnahmeantrag“ der Teilnahmeunterlagen, dass nur *„vollständige und mit allen geforderten Nachweisen versehene Teilnahmeanträge berücksichtigt werden“*. Nach der Rechtsprechung des BVA muss eine genau spezifizierte Aufforderung zur Mängelbehebung ergehen. Ist die erste Auskunft des Bewerbers unzureichend, ist der Auftraggeber nicht verpflichtet, ein zweites Mal zur Verbesserung aufzufordern (UVS Steiermark 6. 7. 2010, 44.15-2/2010). Im Sinne der Gleichbehandlung der Bieter darf allerdings auch keine zweite Aufforderung zur Mängelbehebung ergehen (BVA 2. 12. 2008, N/0146-BVA/06/2008-17). Da die Aufforderung zur Nachreichung von Nachweisen hinlänglich genau war (BVA 23. 11. 2011, N/0104-BVA/14/2011-41), musste die Auftraggeberin die Antragstellerin kein zweites Mal zur Vorlage von Nachweisen auffordern, sondern konnte sie ausscheiden (BVA 20. 6. 2007, N/0050-BVA/04/2007-41). Das Vorbringen der Antragstellerin, dass es sich dabei nur um vier Nachweise handle, vermag an diesem Ergebnis nicht zu ändern. Im Detail ist auszuführen, dass bei jenen Nachweisen, die von der Eigenerklärung der Subunternehmerin erfasst waren, die Vorlage eine erstmalige und eine Verbesserung möglich war. Das gilt jedoch nicht für den Nachweis der Zertifizierung. Da der ursprüngliche Teilnahmeantrag keinen Nachweis über die Zertifizierung enthielt, handelt es sich diesbezüglich bei dem Schreiben von 28. September 2011 um eine hinlänglich genaue Aufforderung zur Verbesserung des Teilnahmeantrags.

Eine mehrfache Aufforderung anderer Bieter zur Verbesserung in den selben Punkten konnte in den vorgelegten Unterlagen des Vergabeverfahrens nicht festgestellt werden. Insofern liegt keine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes vor.

Grundsätzlich ist die Auftraggeberin an die Festlegung in Punkt 2.2.5 „Bewerberauswahl“ der Teilnahmeunterlagen gebunden, vier Bieter zur Angebotslegung aufzufordern. Die Auftraggeberin darf gemäß § 103 Abs 4 BVergG nur geeignete Bieter zur Angebotslegung einladen. Erweisen sich jedoch weniger Bieter als die Mindestanzahl als geeignet, kann die Auftraggeberin das Vergabeverfahren auch mit weniger Bietern fortführen (EuGH 15. 10. 2008, Rs C-138/08, *Hochtief und Linde-Kca-Dresden*, Rn 42, Slg 2009, I-9889). Gemäß § 103 Abs 8 BVergG ist dem Auftraggeber schließlich verwehrt, weitere Unternehmer zur Angebotslegung aufzufordern.

Nach den Unterlagen des Vergabeverfahrens haben alle Bewerber, die die Auftraggeberin zur Angebotslegung einzuladen beabsichtigt, alle in den Teilnahmeunterlagen geforderten Eignungsnachweise ordnungsgemäß erbracht. Darüber hinaus kann diese Frage die Antragstellerin nur dann belasten, wenn sie selbst alle in den Teilnahmeunterlagen geforderten Eignungsnachweise ordnungsgemäß erbracht und damit die Anwendung der Auswahlkriterien erreicht hat.

Das bessere Kosten-Nutzen Verhältnis, das die Antragstellerin behauptet bieten zu können, ist erst im Zuge der Angebotsbewertung von Bedeutung, nachdem sie sich nach den bestandsfesten Festlegungen in den Teilnahmeunterlagen für den Auftrag als geeignet erwiesen hat. Darauf ist nach Angebotslegung im nicht zum derzeitigen Stand des Vergabeverfahrens einzugehen.

Insgesamt ist daher festzuhalten, dass die Auftraggeberin die Antragstellerin zu Recht nicht zur Angebotsabgabe aufgefordert hat, weil letztere trotz Aufforderung zur Nachreichung von Nachweisen ihre Eignung nicht entsprechend den Teilnahmeunterlagen nachgewiesen hat.

3.4 Ersatz der Pauschalgebühr

Die einschlägigen Bestimmungen des BVergG lauten:

Gebührenersatz

§ 319. (1) Der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller hat Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 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.

(2) Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung besteht nur dann, wenn

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

(3) [...]

Die Antragstellerin hat die Pauschalgebühr in der gesetzlich geschuldeten Höhe tatsächlich bezahlt. Das Bundesvergabeamt erließ die beantragte einstweilige Verfügung. Die Antragstellerin hat mit ihrem Nachprüfungsantrag nicht obsiegt, da das Bundesvergabeamt den Nachprüfungsantrag abwies. Der Ersatz der bezahlten Pauschalgebühr findet daher nicht statt.

Wien, am 16. Dezember 2011
Der Vorsitzende des Senates 10
Mag. Hubert Reisner