

Entscheidende Behörde

Bundesvergabeamt

Entscheidungsdatum

04.10.2013

Geschäftszahl

N/0088-BVA/10/2013-40

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Senat 10 bestehend aus Mag. Hubert Reisner als Vorsitzendem sowie Sabine Prewein, MAS, als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Theodor Taurer als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "Hauptbahnhof Salzburg/Stahldach Schallmoos" des Auftraggebers ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft vertreten durch X*** Rechtsanwalts GmbH eingeleitet über Antrag der A*** vertreten durch Y*** Rechtsanwalts-Partnerschaft vom 30. August 2013 wie folgt entschieden:

Spruch**I.**

Der Antrag der A***, das Bundesvergabeamt möge "die angefochtene Zuschlagsentscheidung vom 23.8.2013 im Vergabeverfahren 'Hauptbahnhof Salzburg/Stahldach Schallmoos' für nichtig erklären", wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 187 Abs 1 BVergG 2006; § 231 Abs 1 BVergG

II.

Die Anträge der A***, das Bundesvergabeamt möge "die Antragsgegnerin verpflichten, der Antragstellerin die entrichteten Pauschalgebühren für den gegenständlichen Nachprüfungsantrag binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen" und "die Antragsgegnerin zum Ersatz der für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichteten Pauschalgebühr binnen 14 Tagen zu Händen des Rechtsvertreters der Antragstellerin verpflichten", werden abgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 319 BVergG;

Begründung**1. Vorbringen der Parteien und Gang des Verfahrens**

Die Antragstellerin stellte am 30. August 2013 neben dem im Spruch ersichtlichen Begehren und Anträgen auf Gebührenersatz gemäß § 319 BVergG, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Akteneinsicht gemäß § 17 AVG, Ausnahme des eigenen Angebots von der Akteneinsicht, Durchführung einer mündlichen Verhandlung und Ersatz der Pauschalgebühr den Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung. Nach Darstellung des Sachverhalts und formaler Voraussetzungen des Nachprüfungsantrags gab die Antragstellerin an, sich in ihren Rechten auf Durchführung eines fairen, transparenten und dem lautereren Wettbewerb und somit vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens, in ihrem Recht auf Unterlassung einer Zuschlagsentscheidung zugunsten eines Bieters, dessen Angebot auszuschneiden ist, in ihrem Recht auf Ausscheiden eines Angebotes eines Mitbewerbers, welches den Ausschreibungsbedingungen nicht entspricht und in ihrem Recht auf Erteilung des Zuschlages als verletzt zu erachten. Als Gründe für die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Zuschlagsentscheidung gab sie im Wesentlichen an, dass damit der Zuschlag an einen Unternehmer vorgesehen sei, dem die finanzielle und wirtschaftliche sowie die technische Leistungsfähigkeit fehle und der ein den Ausschreibungsunterlagen widersprechendes Angebot gelegt habe. Der geschätzte Auftragswert betrage Euro 3 Mio. Die Jahresabschlüsse der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin wiesen Bilanzsummen von 2009

Euro 585.848,28, 2010 Euro 3.285.332,84, 2011 Euro 5.693.530,27 und 2012 Euro 2.453.475,82 auf. Das Projektrisiko solle bei einem Fünftel liegen und sei hier wesentlich höher. Es jedenfalls zu hoch, wenn der geschätzte Auftragswert den Jahresumsatz übersteige. Es fehle der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit. Ihr Angebot hätte ausgeschieden werden müssen. Das konkret durchzuführende Projekt weise zahlreiche technische Schwierigkeiten auf. So sei die Tragkonstruktion in Abschnitten und zunächst überhöht herzustellen und anschließend ebenfalls abschnittsweise auf die endgültige Lage abzusenken. Daraus ergäben sich komplexe Bau-Zwischenzustände, die nach den Vorgaben der Ausschreibungsunterlagen vom Auftragnehmer zu planen und zu berechnen seien und bei denen die geometrische Lage der Teil-Tragwerke von der endgültigen Lage abwichen. Dementsprechend erfordere die Herstellung dieses Bauwerks abgesehen von der dafür notwendigen Erfahrung in der Planung und Berechnung bereits bei der Fertigung im Werk und noch viel mehr beim Zusammenbau und beim -umfangreichen - Zusammenschweißen der einzelnen Bauteile auf der Baustelle besondere Präzision und die Einhaltung engster Toleranzen. Ein Referenzprojekt sei mit der ausgeschriebenen Dachkonstruktion daher erst dann vergleichbar, wenn es ähnliche technische Schwierigkeiten und außerdem ein vergleichbares Auftragsvolumen von ca Euro 3 Mio aufgewiesen habe. Zusätzlich habe das Projekt im Nahbereich von Gleisanlagen erbracht worden sein müssen. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin habe kein derartiges Projekt ausgeführt. Es sei der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin wegen

Personalmangels nicht möglich, das ausgeschriebene Projekt in der dafür vorgesehenen Zeit auszuführen. Das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin sei auch wegen fehlender technischer Leistungsfähigkeit auszuschneiden gewesen. In den Ausschreibungsunterlagen sei die Geltung der EN 1090 Teil 2 und damit der darin verwiesenen EN ISO 3834-2 festgelegt. Der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin fehlten die gültige Zertifizierung und die werkseigene Produktionskontrolle. Das Angebot sei daher ausschreibungswidrig und auszuschneiden. Da das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin auszuschneiden sei, sei die Zuschlagsentscheidung rechtswidrig.

Am 4. September 2013 legte die Auftraggeberin die Unterlagen des Vergabeverfahrens vor.

Am 4. September 2013 erteilte die Auftraggeberin allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und nahm zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und zum Nachprüfungsantrag Stellung. Zum Nachprüfungsantrag führte sie im Wesentlichen aus, dass die Antragstellerin versuche, den von der Auftraggeberin festgelegten Eignungskriterien eine Bedeutung beizumessen, die sie nicht hätten, sowie nicht verlangte zusätzliche Eignungskriterien zu konstruieren. Es sei nach § 231 BVerfG Sache des Sektorenauftraggebers, die Mindestanforderungen an die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit nach seiner Einschätzung des Projektrisikos festzulegen und entsprechende Nachweise zu verlangen. Nachweise dürften nur so weit festgelegt werden, wie es durch den Gegenstand des Auftrages gerechtfertigt sei. Die Auftraggeberin habe sich für die Festlegung einer Mindestbonität entschieden. Darüber hinaus habe sich die Auftraggeberin für den spartenspezifischen Umsatz im Bereich der auftragsgegenständlichen Leistungen durch Nennung von Referenzprojekten entschieden. Es sei daher nicht ersichtlich, weshalb der präsumtiven Zuschlagsempfängerin aufgrund ihrer Unternehmensgröße die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit fehlen sollte. Auch bei großen Unternehmen müssten Gesamtsumme und Bilanzsumme keine Aussagekraft über deren wirtschaftliche Leistungsfähigkeit haben. Eine Mindestanforderung für die Bilanzsumme oder Gesamtsumme sei von der Auftraggeberin bewusst nicht verlangt worden, auch den Bieterkreis zu Lasten von KMU nicht noch weiter einzuschränken. Aus den bestandsfesten Festlegungen für die technische Leistungsfähigkeit sei die Anforderung einer gültigen Referenz mit einem geschätzten Auftragswert von jeweils Euro 3.000.000 nicht ableitbar. Ebenso wenig sei ableitbar, dass eine gültige Referenz nur Arbeiten im Nahbereich von Gleisanlagen umfassen dürfe. Es werde vielmehr klar zwischen Referenzen im Nahbereich von Gleisanlagen, für die keine Umsatzschwelle vorgesehen werde, und Referenzen nicht im Nahbereich von Gleisanlagen unterschieden. Bei Letzteren sei insgesamt ein Auftragswert von Euro 5.000.000 durch zwei bis maximal vier Aufträge nachzuweisen. Der geforderte Referenznachweis sei von der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin somit vollinhaltlich erbracht. Die in der bestandsfesten Ausschreibung geforderte technische Leistungsfähigkeit sei daher gegeben. Bei der Personalzahl versuche die Antragstellerin offenbar ihre Unternehmensgröße im Vergleich zur Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin auszunutzen und im Nachhinein ein Eignungskriterium zu konstruieren, das in der bestandsfesten Ausschreibung nicht vorgesehen sei. Abgesehen davon, dass für die Auftraggeberin die von der Antragstellerin genannten Stundenzahlen absolut nicht nachvollziehbar seien, enthalte die Ausschreibung keine Mindestanforderungen an Personalanzahl. Zudem entfielen vom Auftragswert von Euro 2.900.000 der überwiegende Teil auf vom Auftragnehmer zugekaufte Lieferleistungen. Die Antragstellerin beabsichtige im Unterschied zur in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin Korrosionsschutzarbeiten auf der Baustelle vor Ort durchzuführen, was einen höheren Personaleinsatz bedinge. Vor diesem Hintergrund sei für die Auftraggeberin nicht ersichtlich, weshalb die präsumtive Zuschlagsempfängerin die angebotenen Leistungen mit ihrem Personalstand nicht erbringen können sollte. Den Ausschreibungsunterlagen sei an keiner Stelle zu entnehmen, dass ein Nachweis der Zertifizierung nach EN 1090-2 sowie ein Nachweis der Zertifizierung nach EN ISO 3834-2 gefordert seien. Darüber hinaus habe die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin diese Nachweise bereits mit ihrem Teilnahmeantrag

vorgelegt. Die Auftraggeberin beantragte daher, eine mündliche Verhandlung im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren durchzuführen und sämtliche Anträge der Antragstellerin zurück-, in eventu abzuweisen.

Am 6. September 2013 erhob die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin begründete Einwendungen. Darin führte sie nach Darstellung des Ganges des Vergabeverfahrens im Wesentlichen aus, dass sie alle geforderten Nachweise abgegeben habe. Mit dem Angebot habe sie die Referenzen "B****" mit einem Auftragswert von Euro 3,92 Mio netto, "C****" mit einem Auftragswert von Euro 2,85 netto und "D****" mit einem Auftragswert von Euro 1,15 Mio netto angegeben. Auf Aufforderung habe sie zwei weitere Referenzen in Gleisnähe bekannt gegeben. Damit habe sie alle Bedingungen des Teilnahmeantrags nachweislich erfüllt. Die berufliche Befugnis entsprechend Position 00A311 und die allgemeine Haftpflichtversicherung nach Position 00A331 seien nachgewiesen. Es sei davon auszugehen, dass die Auftraggeberin die Auskunft des KSV zum Nachweis der Bonität eingeholt habe. Weiters lege sie die Bonitätsauskunft ihrer Bank vor. Die Referenzen seien mit der Nachreichung vom 23. Mai 2013 erbracht. Das Unternehmen der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin sei gemäß EN 1090- 2 EXC3 und EN ISO 3834-2 zertifiziert. Das Unternehmen sei leistungsfähig. Die nachweislichen Umsätze seien Euro 713.803,21 im Jahr 2009, Euro 3.012.015,02 im Jahr 2010, Euro 4.274.260,34 im Jahr 2011 und Euro 4.718.259,05 im Jahr 2012. Das Auftragsvolumen des gegenständlichen Projekts übersteige keineswegs den Jahresumsatz. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin arbeite größtenteils für öffentliche Auftraggeber. Sie verfüge über Referenzprojekte vergleichbarer technischer Komplexität wie die "E****", die in 70 m Höhe als Komplettanlage einschließlich Elektrik und Beheizung errichtet worden sei. Sie verfüge über ausreichende Personalkapazität.

Am 9. September 2013 erließ das Bundesvergabeamt zur Zahl N/0088- BVA/10/2013-EV12 eine einstweilige Verfügung, mit der es der Auftraggeberin die Zuschlagserteilung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagte.

Die Antragstellerin nahm am 19. September 2013 Stellung. In ihrem Schriftsatz führte sie im Wesentlichen aus, dass die Bonität der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin nach dem KSV-Rating zwar gut sei, jedoch den Auftraggeber von seiner Verpflichtung zur Vergabe an leistungsfähige Unternehmer nicht entbinde. Der Jahresumsatz der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin im Jahr 2010 entspreche etwa dem Auftragswert des ausgeschriebenen Auftrags. In den Jahren 2011 und 2012 habe der Jahresumsatz etwa das Eineinhalbfache des ausgeschriebenen Auftrags betragen. Die Leistungsdauer betrage lediglich ein halbes Jahr. Dies müsse in Relation zum Jahresumsatz und dem KSV-Rating gesetzt werden. Das Projektrisiko dürfe höchstens 20 % betragen. Es sei zu hoch. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin habe keine ausreichende wirtschaftliche Leistungsfähigkeit. Die Zuschlagsentscheidung sei aus diesem Grund für nichtig zu erklären. Ein Referenzprojekt sei nur dann vergleichbar, wenn es in etwa ein den ausgeschriebenen Leistungen vergleichbares Auftragsvolumen aufgewiesen habe und jedenfalls ähnliche technische Schwierigkeiten wie das ausgeschriebene Bauvorhaben bestanden hätten. Das Referenzprojekt müsse auch nach den Festlegungen in der Ausschreibung im Nahebereich von Gleisanlagen erbracht worden sein. Das Vorbringen der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin bestätige, dass die Referenzprojekte nicht im Nahebereich von Gleisanlagen erbracht worden seien. Dabei handle es sich um die Referenzen "B****", "C****" und "D****". Diese seien weder dem ausgeschriebenen Projekt vergleichbar noch befänden sie sich im Nahebereich von Gleisanlagen. Sie erfüllten weder die in Punkt 1 noch in Punkt 2 der Position 00A351Z formulierten Anforderungen. Aufgrund der technischen Schwierigkeiten beim Aufbau sei keines der genannten Referenzprojekte dem ausgeschriebenen Vorhaben vergleichbar. Das Projekt "B****" sei eine Sockelsanierung von Wiener Wohnen. Es sei in seiner technischen Komplexität dem ausgeschriebenen Projekt nicht vergleichbar. Das Referenzprojekt "C****" habe im Wesentlichen aus der Demontage und dem Umbau der bestehenden Stahlkonstruktion, der Lieferung der Stahlkonstruktion für zwei zusätzliche Dachfelder und der Erneuerung des Korrosionsschutzes sowie der Lieferung und Montage von Trapezblechbogenelementen für die Dacheindeckung bestanden. Es sei technisch nicht vergleichbar. Die Zuschlagsentscheidung bei diesem Projekt sei um Euro 1.619.102,50 ergangen. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin gebe jedoch einen Auftragswert von Euro 2,85 Mio an. Entweder sei die Angabe falsch oder sie habe vergaberechtswidrig einen Zusatzauftrag erhalten. Auch das Referenzprojekt "D****" sei technisch nicht vergleichbar, weil es bei diesem Projekt keine vergleichbaren Schweißarbeiten, keine komplexen Montagezustände und auch keine Verformungszustände im Montagezustand gebe. Es handle sich dabei um normale "Großschlosserarbeiten". Es habe auch nicht im Nahebereich von Gleisanlagen stattgefunden. Auch das zusätzlich angeführte Projekt "E****" erfülle nicht die Ausschreibungsvorgabe. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin verfüge nicht über ausreichend Personal zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistung, auch wenn die Ausschreibung diesbezüglich keine Vorgaben enthalte. Sie sei auch nicht gemäß EN ISO 3834-2 zertifiziert, weshalb sie nicht geeignet sei.

Am 30. September 2013 brachte die Auftraggeberin eine weitere Stellungnahme ein, mit der sie aktualisierte Zertifikate nach EN 1090, gültig bis 26. April 2014, und nach EN ISO 3834-2, gültig bis April 2014, vorlegte. Inhaltlich führt sie im Wesentlichen aus, dass die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin mit der ausreichenden Bonität nach KSV die geforderte finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit nachgewiesen

habe. Ein Mindestgesamtumsatz sei wäre zu Einbeziehung von KMU nicht vorgesehen gewesen. Wie auch die Bestätigung der Hausbank der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin zeige, bestehe kein Anlass, an der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin zu zweifeln. Die Aliquotierung des Halbjahresumsatzes sei unzulässig. Der Auftragswert übersteige den Jahresumsatz der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin nicht. Die Referenzen müssten bloß vergleichbar, aber nicht gleich sein. Die Anforderungen an die Stahlbauausführung bei Tragwerken oder hergestellten Bauteilen seien im Übrigen durch die Europäische Norm EN 1090-2 (ÖNORM EN 1090-2:2012), - wie auch die Antragstellerin in ihrem Nachprüfungsantrag angeführt habe - EU-weit normiert, die auch der gegenständlichen Ausschreibung zugrunde liege. Die EN 1090-2 differenziere nicht nach Herstellungsschritten sondern teile in Ausführungsklassen ein. Das ausgeschriebene Stahldach falle in die Herstellungsklasse EXC2, die Stützen in EXC3. Ausschreibung ordne die Geltung der RVS 08.08.01 an. Diese RVS sehe die Anwendung der EN 1090-2 und der darin festgelegten Ausführungsklassen vor. Einem Bieter, der für die gegenständlichen Ausführungsklassen zertifiziert sei und in diese Ausführungsklassen fallende Stahlbauarbeiten im Referenzzeitraum bereits durchgeführt habe, die Leistungsfähigkeit abzusprechen, würde nicht nur der Rechtsprechung des BVA zur Vergleichbarkeit von Aufträgen widersprechen, sondern wäre auch normwidrig. Vergleichbar seien daher alle Aufträge gleicher Ausführungsklassen. Dies sei bei den Referenzen der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin der Fall. Bei der Referenz B*** irre die Antragstellerin über den Auftragsinhalt. Der Auftragswert beim C*** sei durch den Referenzauftraggeber bestätigt, eine Falschangabe der präsumtiven Zuschlagsempfängerin liege nicht vor. Referenznachweise seien vielmehr von der Auftraggeberin wie auch der Nachprüfungsbehörde nur auf Nachvollziehbarkeit und Plausibilität zu prüfen. Die Auftraggeberin habe bewusst - um den Bieterkreis nicht einzuengen - zwischen Referenzen über Arbeiten im Nahbereich von Gleisanlagen und Referenzprojekten über vergleichbare Arbeiten unterschieden, die nicht im Nahbereich von Gleisanlagen durchgeführt worden sein müssten. Beide Referenzanforderungen seien von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nachgewiesen worden.

Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin brachte am 30. September 2013 eine Stellungnahme ein. Darin führt sie im Wesentlichen aus, dass sie alle Ausschreibungskriterien erfüllt habe und auch deshalb der Auftraggeberin zur Angebotsabgabe eingeladen worden sei. Einsprüche gegen die Ausschreibungskriterien hätte die Antragstellerin in der Phase der Präqualifikation erheben müssen. Sie habe in der Vergangenheit größere Projekte abgewickelt und wickle diese zur Zeit ab. Die tatsächliche Leistungsfähigkeit könnten nur der Geschäftsführer und die Bank bestätigen. Die Einwendungen der Antragstellerin seien ohne sachlichen Grund. Alle Referenzprojekte seien unter laufendem Betrieb durchgeführt worden. Beim B*** seien dies circa 1.000 vermietete Wohnungen der Stadt Wien. Den Haupteingangsbereich der D*** passieren circa 5.000 bis 10.000 Menschen täglich. Er befinde sich unmittelbar im Gleisbereich der U-Bahn in Hoehlage. Beim C*** sei der Umbau während der Saison auch unter laufendem Betrieb erfolgt. Das Projekt E*** mit 30 m Durchmesser sei unter laufendem Krankenhausbetrieb in einer Höhe von 70 m hergestellt worden. Alle Projekte seien in der Ausführungsklasse EXC3 ausgeführt worden. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin sei nach EN 1090-2 qualifiziert.

Am 30. September 2013 brachte die Antragstellerin nach Schluss der Amtsstunden eine weitere Stellungnahme ein. Diese langte am 1. Oktober 2013 beim Bundesvergabeamt ein. Darin führte sie im Wesentlichen aus, dass das ausgeschriebene Stahldach eine besondere Komplexität aufweise. Die von der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin genannten Projekte wiesen nicht diese Komplexität auf. Die Auftraggeberin beschaffe eine in zwei Ebenen gekrümmte Stahlkonstruktion mit mehr als 300 Schweißungen auf der Baustelle. Es gebe keine Dehnfugen, Gleitlager oder sonstigen Einbauten, die geometrische Abweichungen aufnehmen könnten. Die werkseitige Ausführung der Einzelelemente müsse wesentlich präziser als bei herkömmlich geschraubten Konstruktionen sein. Die Vermessung sei wesentlich komplizierter. Toleranzabweichungen bewirkten Probleme bei der Tragfähigkeit. Die gesamte Konstruktion erhalte ihre Tragfähigkeit erst nach dem Zusammenschweißen aller Bauteile. Das gesamte Dach lagere auf nur sieben V-förmigen Stützen, die ihrerseits wieder ungleiche Schenkel aufwiesen und in unterschiedlichen Schrägstellungen montiert würden. Die Anschlüsse der Dachkonstruktion an die Stützen erforderten eine unüblich hohe Genauigkeit. Bei dem als Referenz der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin genannten Bauvorhaben B*** handle es sich um das Liefern und Montieren von Balkonkonstruktionen, die aus leichten, einfachen, geraden, verschraubten Standardbauteilen bestehe und daher mit "Hauptbahnhof Salzburg/Stahldach Schallmoos" in keiner Weise technisch und auch nicht im Volumen vergleichbar sei. Bei dem Bauvorhaben C*** habe die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin die bestehende Konstruktion um vier Felder erweitert und verstärkt. Es handle sich um eine ebene Walzprofilkonstruktion, im Wesentlichen in geschraubter Ausführung, mit entsprechenden einfachen Möglichkeiten zum Toleranzausgleich. Es kämen keine gekrümmten Profile und keine geschweißte Hohlkästen zur Ausführung. Bei dem Bauvorhaben D*** handle es sich um ein am Boden stehendes circa 4 Meter hohes Gebäude. Der Tragstahlbau sei aus handelsüblichen Walzprofilen in geschraubter Ausführung errichtet worden. Es gebe augenscheinlich keine gekrümmten Profile. Eine Vergleichbarkeit sei hier nicht zu erkennen. Bei dem Bauvorhaben E*** handle es sich um eine geschraubte Konstruktion aus handelsüblichen Formrohren. Es gebe augenscheinlich keine gekrümmten oder gebogenen Tragelemente. Die Stahlkonstruktion liege auf einem Massivbau auf. Hier gebe es keine Vergleichbarkeiten mit der gegenständlichen Ausschreibung. Die Eignung

müsse für die Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen gegeben sein. Die Auftraggeberin müsse die Eignung sogar dann prüfen, wenn - was aber hier ohnehin nicht der Fall sei - keine Eignungskriterien festgelegt worden seien. Die mitbeteiligte Partei sei daher weder wirtschaftlich leistungsfähig noch weise sie die technische Leistungsfähigkeit für die Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen auf.

Am 1. Oktober 2013 fand eine öffentliche mündliche Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt statt. Darin gab Herr F***, Geschäftsführer der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin, an, dass die F*** 25 Mitarbeiter habe. Die Fertigung erfolge durch Partnerbetriebe. Auch die Buchhaltung erfolge extern. Die angestellten Mitarbeiter erledigten Planung, Lieferung und Montage. Unter Montage sei das Verbauen der gelieferten Teile einschließlich aller dazu notwendigen Arbeiten wie Schweißen oder Anbringung eines Korrosionsschutzes zu verstehen. Korrosionsschutzarbeiten würden fallweise auch an Subunternehmer vergeben. Aus heutiger Sicht genüge der aktuelle Mitarbeiterstand, um die ausgeschriebene Leistung zu erbringen. Wenn nötig, würden Leiharbeiter ergänzend eingesetzt. Bis auf eine Sekretärin seien alle Mitarbeiter technisches Personal. Mit diesem Personal würden auch andere Aufträge abgewickelt. Derzeit seien alle Mitarbeiter auf Baustellen eingesetzt. Herr A***, Geschäftsführer der Antragstellerin, gab an, dass in den 32 Wochen Montage im Schnitt 16 Monteure auf der Baustelle erforderlich seien. In Spitzenzeiten seien 30 Monteure notwendig. Die genannten Zahlen bezögen sich ausschließlich auf Montagepersonal. Herr F*** hielt diese Zahlen für zu hoch. Unterschiede ergäben sich aus der Montagemethode, aus der Produktionsmethode und der Größe der vorgefertigten Teile. Herr G***, Mitarbeiter der Auftraggeberin, gab an, dass der Stundenansatz der Antragstellerin bezogen auf die zu verbauende Tonnage aus der Kalkulation nicht nachvollziehbar sei. Herr H***, Rechtsvertreter der Antragstellerin, bestritt dieses Vorbringen. Auf der Baustelle seien nicht nur Stahlbauleistungen sondern auch andere Leistungen zu erbringen. Nur für den Stahlbau habe die Antragstellerin 10.600 Stunden kalkuliert. Frau I***, Rechtsvertreterin der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin, brachte vor, dass auch die Antragstellerin beabsichtige, die Leistungen, die nicht Stahlbau seien, durch Fremdpersonal erbringen zu lassen. Herr H*** brachte vor, dass es sich bei den ausgeschriebenen Leistungen um eine äußerst komplexe Sonderkonstruktion handle. Die zu errichtende Stahlkonstruktion sei in zwei Ebenen gekrümmt, die vorgefertigten Bauelemente seien auf der Baustelle mit Hilfe von mehr als 300 Schweißungen zu einem einzigen Tragelement zusammenzuführen. Es gebe keine Dehnfugen, Gleitlager oder sonstige Einbauten, welche geometrische Abweichungen aufnehmen könnten. Werkseitige Ausführungen der Einzelemente müssten wesentlich präziser als bei herkömmlich geschraubter Konstruktion sein, da sich diese Toleranzen mangels Ausgleichselementen über die gesamte Bauwerksdimension (120 x 23 m) addierten, die Vermessung der räumlich gekrümmten Elemente sei sowohl in Herstellungsart als auch auf der Baustelle aufwendiger und komplizierter als bei geraden Elementen, sondern Toleranzabweichungen bewirkten Probleme in der Tragfähigkeit, da der Kraftschluss der einzelnen Schweißstöße nicht mehr gewährt sei. Die gesamte Konstruktion erhalte Stabilität erst nach Zusammenschweißen aller Bauteile, das gesamte Dach lagert auf nur sieben V-förmigen Stützen, die ihrerseits ungleiche Schenkel aufwiesen und in unterschiedlichen Schrägstellen montiert würden. Anschlüsse der Dachkonstruktion erforderten eine unüblich hohe Genauigkeit, die zu erreichen auf Grund der Zusammenwirkung der Öffnungswinkel der V's, der Schrägstellung der V's, der unterschiedlichen Dimensionen der Schenkel der V's und der gekrümmten Dachkonstruktion besonders anspruchsvoll sei. Die von der Antragsgegnerin angeführte EN 1090-2 sei kein geeigneter Maßstab, um eine Vergleichbarkeit zu beurteilen, weil diese Norm bei allen Stahlbauten zu berücksichtigen sei. Die von der Antragsgegnerin angeführten Ausführungsklassen orientierten sich nur an möglichen Folgeschäden, bezögen sich aber nicht auf die technische Ausführung. Herr H*** legte die Pläne Beilage /P zur Erläuterung des diesbezüglichen Vorbringens vor. Zur Echtheit und Richtigkeit gaben die Verfahrensparteien an, dass nichts anzumerken sei, wenn es sich um die Planbeilagen der Ausschreibung handle. Frau I*** legte den Leitfaden ONR 21090 vor. Herr F*** gab an, dass bei der Referenz B*** freitragende Balkone nach Güteklasse 1 errichtet worden seien. Im C*** sei in zwei Sektoren das Dach neu errichtet und der Mittelteil umgebaut und erneuert worden. Das Projekt gehöre der Güteklasse 1 an. Das Projekt D*** ist zum Teil unter der U-Bahn in Güteklasse 1 errichtet worden. Wegen des Einsatzes von Kränen seien eine Schulung der Kranführer und eine Verkehrsverhandlung mit den Wiener Linien notwendig gewesen. Auch das übrige Personal habe unterwiesen werden müssen. Herr H*** brachte dazu vor, dass dieses Projekt nicht vergleichbar sei, weil es aus handelsüblichen Walzprofilen in geschraubter Ausführung errichtet worden sei und es keine gekrümmten Profile gebe. Herr F*** gab an, dass die J*** den Austausch von zwei Tragwerken einer Eisenbahnbrücke betroffen habe. Die K*** führe über die Westbahnhauptstrecke bei Zell am See. Die L*** seien in Werkstätten der Linz AG über Gleisen errichtet worden, auf denen Triebwagen zur Reparatur führen. Die Werkstätte sei zur Zeit der Bauausführung in Betrieb gewesen. Die E*** sei nach EXC 3 ausgeführt worden. Herr H*** brachte dazu vor, dass dieses Projekt nicht vergleichbar sei, weil es aus handelsüblichen Walzprofilen in geschraubter Ausführung errichtet worden sei und es keine gekrümmten Profile gebe. Die heutige Verhandlung habe ergeben, dass die F*** Personal aus Personalbereitstellungsfirmen einzusetzen gedenke, um die Leistung erbringen zu können. Diese Personalbereitstellungsfirma sei als Subunternehmer anzugeben gewesen, was offensichtlich nicht erfolgt sei. Frau I*** brachte vor, dass Personalüberlasser sowie Vermieter von Geräten als Hilfsunternehmer und nicht als Subunternehmer anzusehen seien und daher nicht namhaft zu machen wären.

2. Sachverhalt

Die ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft baut den Hauptbahnhof Salzburg um. Im Zuge dieses Umbaus errichtet sie ein Stahldach im Bereich des Aufgangs auf der Seite Schallmoos. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Bereits im Jahr 2012 fand eine Ausschreibung über diesen Leistungsgegenstand statt. Die Ausschreibung wurde im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom 29. November 2012 zur Zahl 2012/S 230-379181 und in der Online-Ausgabe des Amtlichen Lieferungsanzeigers vom 28. November 2012 zur Zahl L-517798-2b27, beide abgesandt am 27. November 2012, bekannt gemacht. Der Widerruf dieser Ausschreibung wurde im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom 30. März 2013 zur Zahl 2013/S 064-106347 und in der Online-Ausgabe des Amtlichen Lieferungsanzeigers vom 29. März 2013 zur Zahl L-525107-3329, beide abgesandt am 29. März 2013, bekannt gemacht. (amtliche Einschau unter ted.europa.eu und auftrag.at)

Es handelt sich um einen Bauauftrag mit dem CPV-Code 45230000 - Bauarbeiten für Rohrleitungen, Fernmelde- und Stromleitungen, für Autobahnen, Straßen, Flugplätze und Eisenbahnen;

Nivellierungsarbeiten im Oberschwellenbereich, der in einem Verhandlungsverfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb nach dem Billigstbieterprinzip nach den Sektorenbestimmungen des BVergG vergeben werden soll. (Bekanntmachung der Ausschreibung und Ausschreibung in den Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die Veröffentlichung der Ausschreibung erfolgte am 24. April 2013 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union zur Zahl 2013/S 080- 135193 und am 23. April 2013 in der Online-Ausgabe des Amtlichen Lieferungsanzeigers zur Zahl L-526455-3422, beide abgesandt am 22. April 2013. (amtliche Einschau unter ted.europa.eu und auftrag.at)

Der geschätzte Auftragswert beträgt Euro 3.288.329 ohne USt. (Kostenschätzung der Auftraggeberin)

Die Teilnahmeunterlagen lauten auszugsweise wie folgt:

"Projekt S - Bahn Salzburg

Salzburg Hbf

Strecke Rosenheim - Salzburg km 87,5+51 - km 88,5+16

Strecke Salzburg - Wörgl km 0,0+00 - km 0,3+08

Dach Schallmoos

AUFRUF ZUM WETTBERWERB

TEIL A

EIGNUNGSKRITERIEN

...

00A3 Eignung

Sofern die Eignungsnachweise des Unternehmens nicht in aktueller Ausgabe im Auftragnehmerkataster Österreich (ANKÖ) hinterlegt bzw. beim AG nicht ausreichend bekannt sind, sind nachfolgende Unterlagen vorzulegen; sind die Eignungsnachweise des Bewerbers bzw. Bieters im ANKÖ hinterlegt, so hat er für die laufende Aktualisierung der darin enthaltenen Informationen selbst zu sorgen. Eine Nachforderung von Informationen/Unterlagen auf aktuellstem Stand bleibt dem AG jedenfalls vorbehalten.

Sofern in den Ausschreibungsunterlagen die Durchführung von Leistungen durch einen staatlich befugten und beeideten Ziviltechniker, durch ein befugtes Vermessungsbüro bzw. durch eine akkreditierte Prüfstelle öä verlangt sind, sind diese spätestens vor Durchführung der Leistung dem Auftraggeber zu nennen und der Nachweis der Innehabung der Berechtigung vorzulegen. Eine allfällige Nennung als Subunternehmer im Angebot ist nicht zweckmäßig und erforderlich und führt ein Unterlassen der Nennung, selbst dann, wenn der Bieter die Berechtigung selbst nicht hat, nicht zum Ausscheiden des Angebotes.

...

00A337 f+wLF - Bonität (KSV)

Der Bewerber bzw. Bieter bzw. alle Mitglieder der Bewerber- bzw. Bietergemeinschaft müssen für die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit eine entsprechende Bonität, welche kein hohes Risiko ergibt (zB Rating an Hand des KSV max. 500), haben.

Die Auskunft wird ggf vom AG eingeholt.

00A351 z tLF-Anforderung: Projekt Bau + Nahbereich Gleis

Für die Vergabe der Arbeiten kommen nur Unternehmen in Betracht, die gewährleisten, dass sie über die erforderliche technische Leistungsfähigkeit für die ausgeschriebenen Leistungen, auch im Hinblick auf die Bauherstellung im Nahbereich von Gleisanlagen, sowie die entsprechende Leistungsfähigkeit über die gesamte Bauzeit verfügen und vergleichbare Arbeiten in den letzten 5 Jahren bereits durchgeführt haben.

- 1) Es sind mindestens 2 bis maximal 4 vergleichbare Aufträge (jedoch nicht in Hinblick auf die Bauherstellung im Gefahrenraum) mit einem Gesamtumsatz für alle Aufträge von insgesamt mindestens EUR 5.000.000 (exkl. USt.) vorzuweisen.
- 2) Weiters sind mindestens 3 Aufträge vorzuweisen, bei denen die Arbeiten zumindest zum Teil im Nahbereich von Gleisanlagen ausgeführt wurden. Der Nahbereich von Gleisanlagen wird hier mit einem maximalen Abstand von 10m zu einem in Betrieb befindlichen Gleis beschränkt. Die Kenntnis der diesbezüglichen Regelungen der Betriebsvorschrift (EisbAV) ist von Bedeutung. Die Aufträge dürfen auch mit den unter Punkt 1 genannten Aufträgen ident sein.

Als Nachweis sind vorzulegen:

Eine Liste der in den letzten fünf Jahren (Stichtag Ende Angebotsfrist) erbrachten vergleichbaren Bauleistungen mit Angabe des Ortes, der Zeit (Monat/Jahr) und des Wertes der Leistungserfüllung sowie der AG einschließlich der Kontaktpersonen der AG; sofern davon Leistungen in Arbeitsgemeinschaften erbracht wurden, ist der Anteil des Unternehmers an der Leistungserbringung anzugeben.

Aufträge, welche nur zum Teil in den Zeitraum der letzten fünf Jahre fallen, werden nur anteilmäßig über die Zeit gewertet.

Referenzen im Rahmen von Arbeitsgemeinschaften werden dann gewertet, wenn eine maßgebliche Beteiligung von mindestens 25 % oder die Wahrnehmung einer technischen Geschäftsführung oder die Stellung des Bauleiters nachgewiesen wird.

..."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die Frist für den Eingang der Teilnahmeanträge endete am 13. Mai 2013. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin hat 25 Mitarbeiter. Die Fertigung erfolgt durch Partnerbetriebe. Auch die Buchhaltung erfolgt extern. Die angestellten Mitarbeiter erledigen Planung, Lieferung und Montage. Unter Montage ist das Verbauen der gelieferten Teile einschließlich aller dazu notwendigen Arbeiten wie Schweißen oder Anbringung eines Korrosionsschutzes zu verstehen.

Korrosionsschutzarbeiten werden fallweise auch an Subunternehmer vergeben. Wenn nötig, werden Leiharbeiter ergänzend eingesetzt. Bis auf eine Sekretärin sind alle Mitarbeiter technisches Personal. Mit diesem Personal werden auch andere Aufträge abgewickelt. Derzeit sind alle Mitarbeiter auf Baustellen eingesetzt. (Aussage von F***, Geschäftsführer der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin, in der mündlichen Verhandlung)

Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin hat ein Stammkapital von Euro 35.000, das zur Gänze einbezahlt ist. (Firmenbuchauszug vom 12. August 2013, Beilage ./G zum Nachprüfungsantrag)

In ihrem Teilnahmeantrag wies die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin die Zertifizierungen nach EN 1090-2 und nach EN ISO 3834-2 durch Vorlage von Zertifikaten ausgestellt von der TÜV Süd SZA Österreich Technische Prüf GmbH nach. Diese sind bis 26. April 2013 und April 2013 befristet. Als Referenzprojekte gab sie die Projekte "B****" mit einem voraussichtlichen Gesamtauftragswert von Euro 4.800.000 einschließlich USt, "C*** BA02 + 03" mit einem Gesamtauftragswert von Euro 3.420.000 einschließlich USt, "D****" mit einem Gesamtauftragswert von Euro 1.146.785 einschließlich USt, "M****", "K****", "N****", "O****" und "L****" an. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Mit E-Mail vom 23. Mai 2013 forderte die Auftraggeberin die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin auf, bis spätestens Freitag 24. Mai 2013, 18.00 Uhr, zwei weitere Referenzen für Arbeiten in Gleisnähe laut Ausschreibungsanforderungen und ein detailliertes Referenzenblatt für die Referenz "B****" mit einer detaillierten Beschreibung und der korrekten Auftragssumme vorzulegen. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Mit E-Mail vom 23. Mai 2013 reichte die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin zwei Referenzen mit Arbeiten in Gleisnähe und detaillierte Angaben zur Referenz "B****" nach. Diese sind die "J****" und die "L****". Bei der Referenz "J****" handelt es sich um die Herstellung eines WIB-Tragwerks samt Verbänden und Korrosionsschutz auf Verschiebjochen. Nach Betonage der Brücke und Demontage der bestehenden Eisenbahnbrücke wurde das Tragwerk von der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin während einer Gleissperre seitlich eingeschoben und abgesenkt. Das Einschubgewicht betrug ca 500 t. Die Hauptkonstruktion betrug circa 100 t. Die Brücke wurde von Juni bis Oktober 2009 ausgeführt. Das Projekt "L****" betraf die Herstellung und Montage von fünf L*** mit 42 m Gesamtlänge mit einer Dachkonstruktion für je einen Kran je Gleisachse für die Linz AG Linien. Die L*** wurden von Dezember 2009 bis Jänner 2010 hergestellt.

Gleichzeitig reichte die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin eine Beschreibung der Balkonzubauten bei der Referenz "B****" mit einem Auftragswert von Euro 3.922.578,88 ohne USt nach. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die Referenzen der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin sind folgende:

Name der Referenz

Bauzeit

Menge Stahl

Klassifi

kation

der

Ausfüh

rung

Gleisnä

he

Auftragswert

B****

2010 bis

2013

1100 t Stahl

Gütekl

asse 1

nein

Euro 3.922.578,88

netto

C**** BA 02 und

03

2010 bis

2012

590 t

Gütekl

asse 1

nein

Euro 3.420.000

brutto

D****

Mai 2010

bis

Novemb

er 2010

150 t

Gütekl

asse 1

ja

Euro 1.146785

M****

2010

88 t

nein

K***

2010

60 t

ja

N***

2010

50 t

nein

O***

2010

40 t

nein

L***

Dezemb

er 2009

bis

Jänner 2010

90 t

ja

J***

Juni 2009 bis

Oktober 2009

100 t

(Hauptkonstruktion)

ja

E***

Fertigste

llung

30. April 2013

670 t

Ausfüh

rungsk

lasse

EXC 3

nein

(eigene Zusammenstellung des Bundesvergabeamtes gestützt auf das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin, Nachreichungen dazu, Angaben in den Stellungnahmen der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin und Aussagen von Herrn F***, Geschäftsführer der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin, in der mündlichen Verhandlung)

Die Jahresumsätze der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin betragen Euro 713.803,21 im Jahr 2009, Euro 3.012.015,02 im Jahr 2010, Euro 4.274.260,34 im Jahr 2011 und Euro 4.718.259,05 im Jahr 2012. (Angaben der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin)

Die Abfrage des KSV-Ratings durch die Auftraggeberin ergab ein Rating von 372. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Der Prüfbericht der Teilnahmeanträge vom 24. Mai 2013 lautet auszugsweise wie folgt:

"...

2.8 PRÜFUNG FA. F***

berufliche Befugnis

erforderliche Befugnisse (Metalltechnik, Stahlbau) sind vorhanden (siehe Beilage Gewereregisterauszug vom 04.02.2009)

Weitere Bestätigungen:

ÖNORM M 7812 Teil 1 (Schweißverfahren) 2009

Diplom European Welding Engineer 2007

EG-Zertifikat TÜV: WPK Werkseigene Produktionskontrolle 2013

Zertifikat EN ISO 3834-2 schweißtechnische Fertigungsbetriebe

(siehe Beilagen)

allg.berufl.Zuverl - Besch. SV/Finanz

Bescheinigung Finanzamt 10.05.2013 kein Rückstand Unbedenklichkeitsbescheinigung OÖ GKK 09.04.2013 kein Rückstand (siehe Beilage)

Finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit - Haftpflichtversicherung

Versicherungsbestätigung *** 02.03.2012

(siehe Beilage)

Finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit - Bonität (KSV) max. 500

Rating 244 sehr geringes Risiko Stand 05.02.2013

(siehe Beilage ANKÖ-Abfrage vom 17.05.2013)

Technische Leistungsfähigkeit - Anforderung: Projekt Bau + Nahbereich Gleis (2- 4 Auftr. Ges. mind. 5 Mio, 3 Aufträge Nahbereich Gleis) Dem Teilnahmeantrag lagen 8 Referenzprojektsbeschreibungen bei, 2 Referenzen wurden nachgeliefert, welche zusammen den Anforderungen gemäß Ausschreibung entsprechen (siehe Beilagen) Zeitraum 2009-2013,

3 Aufträge im Nahbereich von Gleisanlagen, Gesamtumsatz keine Angabe, ca. 60 to, ca. 100 to, ca. 90 to.

7 Aufträge nicht im Nahbereich 3,9 Mio (1100 to), 3,4 Mio. (590 to), 1,15 Mio (150 to), 292 to, 88 to, 50 to, 40 to

Beurteilung beruflicher Zuverlässigkeit analog § 73 BVerg Strafregisterbescheinigung 20.11.2012

Amtsbestätigung Landes-Bezirksgericht Linz kein Insolvenzverfahren (siehe Beilage)

Die in den Ausschreibungsunterlagen angeführten Eignungskriterien sind erfüllt. Somit ist die Eignung des Bieters gegeben.

2.9 ZUSAMMENFASSUNG PRÜFUNG TEILNAHMEANTRÄGE

Die Eignung sämtlicher Bieter ist gegeben.

Die Firmen

...

A***

...

F***

sind in das weitere Verfahren aufzunehmen.

..."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Nach Prüfung der Teilnahmeantragsunterlagen lud die Auftraggeberin am 28. Mai 2013 per E-Mail alle sechs Unternehmen, die sich um die Teilnahme am Verhandlungsverfahren beworben haben, zur Legung eines Angebotes ein. Die Ausschreibung wurde mit den Nachsendungen vom 17. Juni 2013 und vom 24. Juni 2013 berichtigt. Die Ausschreibung enthält in ihrem Teil 4 "Bauablaufplan und Leistungsfristen" einen voraussichtlichen Vertragsbeginn am 2. September 2013, einen Montagebeginn am 2. Dezember 2013 und einen Fertigstellungstermin am 20. Mai 2014. In Position 0801 "Stahlkonstruktionen" Punkt 5 "Technische Vertragsbedingungen" im Leistungsverzeichnis legt fest, dass die technischen Vertragsbedingungen RVS 08.08.01 einzuhalten sind. Diese RVS sieht die Anwendung der EN 1090-2 und der darin festgelegten Ausführungsklassen vor. Das Leistungsverzeichnis fordert in folgenden Positionen eine Ausführung nach EXC2:

- * 080101B V "Lieferrn Stahlkonstruktion S235J2, EXC2", Konstruktionsteil Trägerrost inklusive Abschlussträger und Dachnasenträger laut Plan SH335-14-22000
- * 080101B2 V "Lieferrn Stahlkonstruktion S235J2, EXC2", Konstruktionsteil LSW-Steher (geschweißte Hohlprofile) laut Plan SH- 335-14-26100
- * 080101I V "Lieferrn Stahlkonstruktion S355J2, EXC2", Konstruktionsteil Trägerrost inklusive Abschlussträger und Dachnasenträger laut Plan SH335-14-22000

Das Leistungsverzeichnis fordert in folgenden Positionen eine Ausführung nach EXC3:

- * 080104E V "Lieferrn Stahlkonstruktion S355J2, EXC3", Konstruktionsteil Stützen laut Plan SH335-14-23000
- * 080125A Z "Sonderlager Stahl, Fest; Kalotte; Zugverankerung" eine Ausführung nach EXC3

Die Frist zur Abgabe der Erstangebote endete am 25. Juni 2013,

10.55 Uhr. An diesem Tag öffnete die Auftraggeberin von 13.56 Uhr bis 14.14 Uhr die Angebote. Am 3. Juli 2013 führte die Auftraggeberin ein Short-Listing auf drei Bieter durch. Mit E-Mail vom 8. Juli 2013 reichte die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin ua über Aufforderung einen Personaleinsatzplan nach, der einen Bauleiter, einen Techniker, einen Polier und sechs Facharbeiter vorsieht. Am 8. Juli 2013 reichte die Antragstellerin ua ebenfalls eine Personalliste nach, die zwei bis zwölf Gerüstarbeiter, vier bis zwölf Stahlbaufacharbeiter, vier bis zwölf Schweißer, vier bis acht Beschichtfacharbeiter, vier bis zwölf Metallbaufacharbeiter, vier bis zwölf Dachdecker und ein bis zwei ZPF-Prüfer vorsieht. Am 10. Juli 2013, 9.30 Uhr, fand ein Verhandlungsgespräch mit der dritten verbliebenen Bieterin statt. Am 10. Juli 2013, 11.30 Uhr, fand ein Verhandlungsgespräch mit der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin statt. Am 10. Juli 2013, 13.30 Uhr, fand ein Verhandlungsgespräch mit der Antragstellerin statt. Am 10. Juli 2013 lud die Auftraggeberin alle verbliebenen Bieter zu einer elektronischen Verhandlungsrunde zur Abgabe eines LAFO ein und wies auf die allenfalls geänderten Ausschreibungsunterlagen sowie auf den Umstand hin, dass das letzte abgegebene Angebot weiter gilt und berücksichtigt wird, wenn fristgerecht kein neues Angebot eingereicht wird. Die Frist zur Abgabe der Angebote war der 18. Juli 2013, 14.00 Uhr. Am 18. Juli 2013, 14.20 Uhr öffnete die Auftraggeberin die Angebote. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin gab kein neues Angebot ab. Ihr Angebot weist einen Gesamtpreis von Euro 2.910.044,70 ohne USt auf. Die Auftraggeberin gab ein neues Angebot ab. Es weist einen Gesamtpreis von Euro 2.984.441,83 ohne USt auf. Das neue Angebot der dritten Bieterin weist einen Gesamtpreis von Euro 3.297.364,65 aus. Nach einer durchgeführten Angebotsprüfung schied die Auftraggeberin kein Angebot aus. Die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin übermittelte sie den verbliebenen Bietern am 23. August 2013. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin legte die Bankbetätigung vom 5. September 2013 vor, mit der die Hausbank betätigte, dass sie über die notwendige Bonität zur Vertragserfüllung verfügt. (Beilage zu OZ 8b)

Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin verfügt über eine Zertifizierung zur Ausführung von Tragwerken und Bauteilen aus Stahl bis EXC3 nach EN 1090-2 und eine Zertifizierung für umfassende schweißtechnische Qualitätsanforderungen nach EN ISO 3834-2, die beide bis Ende April 2014 gelten. (Zertifikate Beilagen zu OZ 28)

Der Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren wurde noch nicht erteilt, ein Widerruf hat nicht stattgefunden.

Die Antragstellerin bezahlte Euro 4.500 an Pauschalgebühren. (gegenständlicher Verfahrensakt)

3. Beweiswürdigung

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den jeweils in Klammern genannten Quellen. Diese sind Veröffentlichungen und die Unterlagen des Vergabeverfahrens, sowie Auskünfte, die nur die Auftraggeberin erteilen kann. Soweit Schriftstücke von der Antragstellerin vorgelegt wurden, spricht der Anschein für ihre

Echtheit. Das gilt insbesondere für den Firmenbuchauszug die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin. Die Aussagen in der mündlichen Verhandlung wurden so weit den Sachverhaltsfeststellungen zugrunde gelegt, als sie nicht bestritten wurden. Die herangezogenen Beweismittel sind daher echt. Ihre inhaltliche Richtigkeit steht außer Zweifel. Widersprüche traten nicht auf.

4. Rechtliche Würdigung

4.1 Einschlägigen Bestimmungen des BVergG

Grundsätze des Vergabeverfahrens

§ 187. (1) Vergabeverfahren sind nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lautereren Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

(2) ...

Allgemeine Bestimmungen

§ 228. (1) Sektorenauftraggeber haben für die Durchführung eines Vergabeverfahrens objektive Eignungskriterien festzulegen, die allen interessierten Unternehmern zugänglich sein müssen.

(2) Unternehmer, die die gemäß Abs. 1 festgelegten Eignungskriterien nicht erfüllen, sind vom Vergabeverfahren auszuschließen.

(3) ...

Eigenerklärung, Verlangen der Nachweise durch den Sektorenauftraggeber

§ 231. (1) Der Sektorenauftraggeber hat festzulegen, mit welchen Nachweisen 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 Sektorenauftraggeber die berechtigten Interessen des Unternehmers am Schutz seiner technischen oder handelsbezogenen Betriebsgeheimnisse zu berücksichtigen.

(2) ...

Teilnehmer im nicht offenen Verfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb und im Verhandlungsverfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb

§ 252. (1) Nicht offene Verfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb und Verhandlungsverfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb sind in den einschlägigen Publikationsmedien gemäß den §§ 207, 211, 212, 213 Abs. 1, 214 bis 216 und 218 bis 220 bekannt zu machen. Erfolgt die Bekanntmachung mittels einer regelmäßigen nichtverbindlichen Bekanntmachung gemäß § 213 Abs. 1 Z 2, so hat der Sektorenauftraggeber alle Bewerber gemäß § 251 aufzufordern, ihr Interesse mittels Teilnahmeantrag zu bestätigen.

(2) ...

(3) Bei einem nicht offenen Verfahren oder einem Verhandlungsverfahren hat die Auswahl der aufzufordernden Unternehmer anhand objektiver Auswahlkriterien zu erfolgen, die allen interessierten Unternehmern zugänglich sein müssen.

(4) Die Auswahlkriterien gemäß Abs. 3 können auf der Notwendigkeit für den Sektorenauftraggeber beruhen, die Zahl der Bewerber so weit zu verringern, dass ein angemessenes Verhältnis zwischen den Besonderheiten des Vergabeverfahrens und den zu seiner Durchführung erforderlichen Ressourcen sichergestellt ist. Es sind jedoch so viele Bewerber zu berücksichtigen, dass ein angemessener Wettbewerb gewährleistet ist.

(5) ...

(6) Die Anzahl der aufzufordernden Unternehmer soll beim nicht offenen Verfahren und beim Verhandlungsverfahren grundsätzlich nicht unter drei liegen; Ausnahmen aus sachlichen Gründen sind zulässig. Die Gründe für diese Unterschreitung sind vom Sektorenauftraggeber festzuhalten. Über die Prüfung der Teilnahmeanträge ist eine Niederschrift zu verfassen, in der alle für die Beurteilung der Teilnahmeanträge wesentlichen Umstände festzuhalten sind.

(7) ...

Ausscheiden von Angeboten

§ 269. (1) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der Sektorenauftraggeber auf Grund des Ergebnisses der Prüfung im Oberschwellenbereich folgende Angebote auszuschneiden:

1. ...
 2. Angebote von Bietern, deren Befugnis, finanzielle, wirtschaftliche oder technische Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit nicht gegeben ist;
 3. ...
 5. 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;
 6. ...
- (2) ...

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) [...]

Inkrafttretens-, Außerkrafttretens- und Übergangsvorschriften

§ 345. (1) ...

(17) Für das Inkrafttreten der durch das Bundesgesetz BGBl. I Nr. 128/2013 neu gefassten Bestimmungen gilt Folgendes:

1. Die Einfügung der Einträge zu § 87a, § 99a, § 241a, § 247a und die Neufassung des Eintrages vor § 245 im Inhaltsverzeichnis, § 11 erster Satz, § 19 Abs. 7, § 41 Abs. 1, § 41a Abs. 1, § 87a samt Überschrift, § 99a samt Überschrift, § 141 Abs. 1, § 142 Abs. 1, § 145 Abs. 2, § 177 Abs. 1, § 187 Abs. 7, § 201 Abs. 1, § 201a Abs. 1, § 241a samt Überschrift, die Bezeichnung und Überschrift nach § 244, § 247a samt Überschrift, § 248 Abs. 12, § 280 Abs. 1, § 304, § 323 Abs. 1, § 344 Abs. 2, § 351 Z 20 und die Einfügungen in Anhang VII treten mit dem der Kundmachung folgenden Tag in Kraft.
2. Die im Zeitpunkt des Inkrafttretens gemäß Z 1 bereits eingeleiteten Vergabeverfahren sind nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Die im Zeitpunkt des Inkrafttretens gemäß Z 1 beim Bundesvergabeamt anhängigen Verfahren sind vom Bundesvergabeamt nach der bisherigen Rechtslage fortzuführen. Hinsichtlich der Vergabeverfahren, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens gemäß Z 1 bereits beendet sind, richtet sich die Durchführung von Feststellungsverfahren nach der bisherigen Rechtslage.
3. ...

4.2 Anzuwendendes Recht

Das Bundesvergabegesetz 2006 - BVergG wurde zuletzt durch das BGBl I 128/2013, veröffentlicht am 11. Juli 2013, novelliert. Die in § 345 Abs 17 Z 1 BVergG genannten Bestimmungen traten daher am 12. Juli 2013 in Kraft. Das Vergabeverfahren wurde vor diesem Zeitpunkt eingeleitet. Es ist daher gemäß § 345 Abs 17 Z 2 BVergG nach der Rechtslage vor Inkrafttreten der Novelle BGBl I 128/2013 zu Ende zu führen. Das Nachprüfungsverfahren wurde zwar nach diesem Zeitpunkt eingeleitet. Die einschlägigen Bestimmungen der Novelle treten jedoch gemäß § 345 Abs 17 Z 3 BVergG erst am 1. Jänner 2014 in Kraft. Es ist daher gemäß § 345 Abs 17 Z 2 BVergG nach der Rechtslage vor Inkrafttreten der Novelle BGBl I 128/2013 zu Ende zu führen.

4.3 Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes

Auftraggeberin im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die ÖBB Infrastruktur AG. Sie ist öffentliche Auftraggeberin gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (BVA 15. 12. 2011, N/0114-BVA/12/2011-12; 22. 6. 2012, N/0053-BVA/08/2012- 93). Sie übt eine Sektorentätigkeit gemäß § 169 Abs 1 BVergG 2006, nämlich den Betrieb von Verkehrsnetzen auf der Schiene, aus (BVA 19. 4. 2010, N/0008-BVA/02/2010-30). Sie ist daher Sektorenauftraggeberin gemäß § 164 BVergG (BVA 19. 4. 2010, N/0008- BVA/02/2010-30). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Bauauftrag gemäß § 174 iVm § 4 BVergG. Der

geschätzte Auftragswert liegt jedenfalls unter dem relevanten Schwellenwert des § 180 Abs 1 Z 2 BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich vorliegt.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollanwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes 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 laut Stellungnahme des Auftraggebers das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers zuständig.

4.4 Zulässigkeit des Antrags

Der Antragstellerin fehlen die Antragsvoraussetzungen nach § 320 BVergG nicht offensichtlich. Sie hat ihr Interesse am Vertragsabschluss und den drohenden Schaden plausibel dargelegt.

Im Ergebnis ist daher der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung gemäß § 322 Abs 1 BVergG vollständig und zulässig. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt. Ein Grund für eine Unzulässigkeit gemäß § 322 Abs 2 BVergG liegt nicht vor.

4.5 Inhaltliche Beurteilung - Spruchpunkt I.

Die Antragstellerin behauptet die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung im Wesentlichen wegen der mangelnden finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin und der ungenügenden technischen Leistungsfähigkeit der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin, die sich in Referenzen, die nicht den Anforderungen der Ausschreibung entsprechen, einer unzureichenden Zahl von Mitarbeitern und der fehlenden Zertifizierung manifestiert.

Vorweg ist festzuhalten, dass die Teilnahmeunterlagen und die Ausschreibung nicht rechtzeitig angefochten wurden und daher bestandsfest sind. Alle am Vergabeverfahren Beteiligten sind daran gebunden (st Rspr zB VwGH 14. 4. 2011, 2008/04/0065).

Die Teilnahmeunterlagen und die Ausschreibung sind nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen. Gleiches gilt für die Willenserklärungen der Bieter (st Rspr zB VwGH 22. 11. 2011, 2006/04/0024). Ihre Festlegungen sind für alle am Vergabeverfahren Beteiligten bindend (zB EuGH 22. 6. 1993, C-243/89, Kommission/Dänemark - Brücke über den "Storebælt" Rn 39; VwGH 7. 9. 2009, 2007/04/0090). 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). Die Festlegungen der Teilnahmeunterlagen und die Ausschreibung sind der gegenständlichen Auftragsvergabe zugrunde zu legen (zB VwGH 7. 9. 2009, 2007/04/0090 mwN; 14. 4. 2011, 2008/04/0065). Es ist von einer strengen Bindung an die Teilnahmeunterlagen und die Ausschreibung 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 vorliegen würde (zB EuGH 22. 6. 1993, C-243/89, Kommission/Dänemark - Brücke über den "Storebælt" Rn 37; BVA 28. 11. 2008, N/0131-BVA/12/2008-29).

Gemäß § 231 Abs 1 BVergG ist die Auftraggeberin weitgehend frei, die Anforderungen an die Leistungsfähigkeit festzulegen (Mayr in Schramm/ Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG2 2. Lfg [2012] § 231 Rz 6). Sie ist dabei einerseits durch die Angemessenheit dieser Anforderungen an den Gegenstand des Auftrags und andererseits durch die Grundsätze des Vergabeverfahrens begrenzt. Die Eignung, insbesondere die Leistungsfähigkeit, muss für die Erbringung der gesamten Leistung ausreichen (Mayr in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG2 2. Lfg [2012] § 231 Rz 17). Die Leistungsfähigkeit betrifft die individuelle Eignung, auch im Hinblick auf die geforderten Ressourcen und Kapazitäten, den Auftrag vollständig und vertragsgemäß zu erfüllen (Eilmannsberger/Fruhmann in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG2 1. Lfg [2009] § 187 Rz 50).

4.5.1 Zum Verhältnis von Auftragswert und Gesamtumsatz der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin

Als einziges Eignungskriterium für die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit hat die Auftraggeberin in Position 00A337 ein Rating des KSV von kleiner als 500 festgelegt. Die in Aussicht genommene

Zuschlagsempfängerin hat nach der von der Auftraggeberin eingeholten Auskunft ein Rating von 372 und erfüllt damit diese Anforderung.

Die Bestimmungen für die Vergabe von Sektoraufträgen enthalten mit Ausnahme von Ausschlussgründen keine besonderen Bestimmungen zum Nachweis der Eignung von Bietern. Es ist daher vom Grundsatz des § 187 Abs 1 BVergG auszugehen, dass die Vergabe an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen hat. Dieser stellt im Sektorenbereich die einzige allgemein gefasste Anforderung an die Leistungsfähigkeit von Bietern dar. Die Leistungsfähigkeit ist daher an den Anforderungen des Auftrages zu messen. Die Argumentation der Antragstellerin, dass die Jahresumsätze der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin für den gegenständlichen Auftrag zu niedrig sind, ist allenfalls in diesem Licht zu sehen. Fest steht nämlich, dass nur eine Zuschlagserteilung an geeignete Unternehmen in Frage kommt (BVA 22. 6. 2012, N/0053-BVA/08/2012-93).

Die Antragstellerin bringt vor, dass das Projektrisiko bei einer Vergabe an die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin zu hoch wäre.

Nach der Rechtsprechung ist das Projektrisiko das Verhältnis von Auftragssumme ohne USt zum durchschnittlichen Jahresumsatz der letzten drei Jahre (BVA 29. 4. 1997, N-9/96-28; 8. 7. 2013, N/0038-BVA/10/2013-35, N/0049-BVA/10/2013-29).

Nach der "Oberndorfer-Formel" sollte das Verhältnis zwischen Auftragssumme zum durchschnittlichen Jahresumsatz der letzten drei Jahre höchstens ein Fünftel betragen. Das Projektrisiko, das Verhältnis von Auftragssumme ohne Umsatzsteuer zum durchschnittlichen Jahresumsatz der letzten drei Jahre, soll bei 0,2, somit einem Fünftel liegen (Oberndorfer/Straube, Vergabe- und Verdingungswesen-Kommentar [1997], 23). Nach Platzer/Öhlinger, EU-konforme Ausschreibungen² (1998), 100, soll dieses Verhältnis höchstens 0,5 betragen (Heid/Kondert in Heid/Preslmayr [Hrsg], Handbuch Vergaberecht³ [2010] Rz 1059).

Zum Projektrisiko hat das Bundesvergabeamt ausgeführt: "Angaben über die Anzahl der beschäftigten Dienstnehmer und Angaben über den Gesamtumsatz der letzten drei Geschäftsjahre sollen die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit nachweisen und sind von umso größerer Bedeutung, je größer das Projektrisiko des Unternehmers (Verhältnis von Auftragssumme exkl. Umsatzsteuer zum durchschnittlichen Jahresumsatz der letzten drei Jahre) ist. Die teilweise oder vollständige Abverlangung dieser Nachweise wird erst ab einem Projektrisiko von 0,20 sinnvoll sein." (BVA 29. 4. 1997, N-9/96-28)

"Die Beurteilung des Projektrisikos obliegt dem Ermessen der vergebenden Stelle." (B-VKK 4. 7. 1997, S-51/97-14)

"Das Projektrisiko für den Auftraggeber ist zu hoch, wenn das Auftragsvolumen den Jahresumsatz eines Bieters übersteigt. Diesfalls mangelt es dem Bieter an der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, sein Angebot ist auszuschneiden." (BVA 29. 4. 1997, N-9/96-28; 23. 3. 1999, F- 20/98-11)

Der geschätzte Auftragswert beträgt Euro 3.288.329 ohne USt. Unter Berücksichtigung von 20 % USt beträgt er Euro 3.945.994,80. Für die Ausführung des ausgeschriebenen Vorhabens ist ein halbes Jahr vorgesehen. Die Umrechnung des Projektumfangs auf die Hälfte des Jahresumsatzes findet angesichts der Definition des Projektrisikos nicht statt, weil diese auf den Jahresumsatz abstellt.

Die Mindestanforderungen an die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit müssen dem Auftragsgegenstand angemessen und durch ihn gerechtfertigt sein. Maßstab ist der konkrete Auftrag. Die Nachweise müssen verhältnismäßig sein (Heid/Kondert in Heid/Preslmayr [Hrsg], Handbuch Vergaberecht³ [2010] Rz 1013).

Bei der Beurteilung der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit ist der Auftraggeber an die in der Ausschreibung festgelegten Mindestanforderungen gebunden (BVA 31. 5. 2012, N/0043- BVA/13/2012-40; 20. 12. 2012, N/0103-BVA/10/2012-34).

Ungeachtet der Festlegungen in der Ausschreibung muss daher die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des für den Zuschlag vorgesehenen Unternehmens ausreichen, eine ordnungsgemäße und fristgerechte Erfüllung des Auftrags sicherzustellen. Das Projektrisiko erlaubt es abzuschätzen, wie weit diese bei der Durchführung des Auftrags angespannt wird und welche Reserven für allfällige andere Aufträge bleiben.

Weitere Angaben über die finanzielle oder wirtschaftliche Leistungsfähigkeit machte die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin insofern, als sie eine Bestätigung des Gerichts vorlegte, dass kein Konkursverfahren in den letzten Jahren eröffnet wurde, und eine Bonitätserklärung der Bank sowie eine Auskunft der Gebietskrankenkasse beilegte. Das Stammkapital von Euro 35.000 ist nach dem vorgelegten Firmenbuchauszug zur Gänze einbezahlt. Über das Betriebsvermögen machte sie keine Angaben, da die Auftraggeberin diese nicht von ihr forderte.

Die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit ist nach den Festlegungen in der Ausschreibung ausschließlich nach dem KSV-Rating zu beurteilen. Insofern genügt die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin den Anforderungen der Ausschreibung. Setzt man den Projektumfang in Verhältnis zu den bisherigen Jahresumsätzen und den Umfang der bisher ausgeführten Leistungen, so erscheint die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit gegeben. Auch die Auskunft der Bank und die übrigen Nachweise des Finanzamtes und der Gebietskrankenkasse erwecken keine Zweifel an der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit zur Durchführung des ausgeschriebenen Bauvorhabens.

4.5.2 Zum Mitarbeiterstand der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin

Die technische Leistungsfähigkeit muss ungeachtet der Festlegungen in der Ausschreibung über deren Nachweis gegeben sein (VwGH 31. 5. 2000, 2000/04/0015). So ist es möglich, die personelle Anzahl der Dienstnehmer auch dann als zu gering anzusehen, wenn Festlegungen darüber in der Ausschreibung fehlen (VwGH 18. 5. 2005, 2004/04/0094).

Nach den - in der mündlichen Verhandlung von der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin als zu hoch angesehenen - Angaben der Antragstellerin, sind im Schnitt 16 Mitarbeiter auf der Baustelle notwendig. In Spitzenzeiten sind es 30. Diese Zahlen können jedenfalls als Obergrenze für das nötige Personal herangezogen werden.

Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin verfügt über 24 Mitarbeiter, die technische Aufgaben wahrnehmen. Wenn nötig, setzt sie Personal eines Personalüberlassers ein. Gleiches beabsichtigt die Antragstellerin, was den Eindruck der Branchenüblichkeit erweckt.

Der VwGH hat dazu ausgeführt, dass Personalüberlasser Subunternehmern gleichzuhalten sind (VwGH 29. 5. 2002, 2002/04/0023). Allerdings stützt sich diese Aussage, auf die nach § 30 BVergG 1993, der als § 43 BVergG 1997 wiederverlautbart wurde, iVm § 8 ABVV zwingend anzuwendende Festlegung in Punkt 3.2.5 Abs 3 letzter Satz ÖNORM A 2050, dass Personalüberlassungsfirmen Subunternehmern gleichzusetzen sind. Eine gleichartige Festlegung findet sich im BVergG 2006 nicht. Auch ist die Bereitstellung von Personal nicht Gegenstand des Auftrags. Es ist lediglich dazu nötig, das geschuldete Werk, das Stahldach, herzustellen. Wie der Auftragnehmer dieses Personal bereitstellt, ist nicht Gegenstand des Auftrags. Die Leistung des Personalüberlassers besteht auch nicht in der Ausführung eines Teils der Leistung. Diese erfolgt zur Gänze durch den Auftragnehmer. Der Personalüberlasser ist unter den gegebenen Umständen daher anders als in Fällen, in denen die Bereitstellung von Personal ausdrücklich Teil der Leistung war (zB BVA 25. 11. 2009, N/0110-BVA/09/2009-28), als Hilfsunternehmer anzusehen (zB BVA 14. 3. 2013, N/0008-BVA/10/2013-42). Bei dieser Abgrenzung ist auf den Leistungsgegenstand abzustellen (BVA 28. 10. 2011, N/0090-BVA/02/2011-33). Als Hilfsunternehmer ist er nicht als Subunternehmer im Angebot zu nennen (BVA 12. 5. 2009, N/0022-BVA/11/2009-27). Ein allenfalls zum Einsatz kommender Personalüberlasser war daher von der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin unter den dargestellten Voraussetzungen nicht im Angebot zu nennen.

4.5.3 Zu den Referenzen

Referenzen sollen eine ausreichende einschlägige Erfahrung belegen (BVA 8. 7. 2013, N/0038-BVA/10/2013-35; N/0049-BVA/10/2013-29).

Die Teilnahmeunterlagen verlangen in Position 00A351 Z Punkt 1, dass mindestens zwei bis maximal vier vergleichbare Aufträge mit einem Gesamtumsatz von insgesamt mindestens Euro 5.000.000 ohne USt für alle Aufträge vorzuweisen sind. Dabei verlangt die Auftraggeberin ausdrücklich gerade nicht Aufträge, die im Gefahrenraum einer in Betrieb befindlichen Eisenbahnanlage ausgeführt wurden. In Position 0800 Punkt 5 ordnet die Auftraggeberin die Geltung der RVS 08.08.01 an, die auf die EN 1090-2 verweist und eine Einteilung entsprechend der Ausführungsklassen dieser Norm vorsieht. Die Auftraggeberin verlangt in Position 00A351 Z Punkt 1 Aufträge, die hinsichtlich ihrer technischen Komplexität und des Umfanges des Auftrages vergleichbar sind. Der Umfang des Auftrags lässt sich im Auftragswert und allenfalls in der Menge des zu verarbeitenden Stahls messen.

Ein möglicher Vergleichspunkt für die Komplexität ist die Ausführungsklasse nach EN 1090-2, die für elementare Qualitätsanforderungen die Ausführungsklasse EXC 1 und für die schwierigsten Klassen - umfassende Qualitätsanforderungen - die Ausführungsklasse EXC 4 vorsieht. Da die EN 1090-2 erst 2012 die Güteklassen nach ÖNORM M 7812-1 ablöste, sind ältere Projekte in die Güteklassen 3 bis 1 für elementare Qualitätsanforderungen bis umfassende Qualitätsanforderungen eingeteilt. Der Leitfaden ONR 21090:2011 enthält eine Entsprechungstabelle, nach der die Ausführungsklasse EXC 1 der Güteklasse 3, die Ausführungsklasse EXC 2 der Güteklasse 2 und die Ausführungsklasse EXC 3 und 4 der Güteklasse 1 entsprechen.

Die EN 1090-2, die von der Antragstellerin als Beilage ./E zum Nachprüfungsantrag vorgelegt wurde, definiert in Punkt 3.7.2 die Ausführungsklasse als in Klassen zusammengefasste Anforderungen, die für die Ausführung der Stahlkonstruktion als Ganzes, eines einzelnen Bauteils oder eines Details eines Bauteils festgelegt sind. Punkt 3.7 der EN 1090-2 definiert als Ausführung jegliche Tätigkeit, die zur Produktion und Lieferung eines Bauteils erforderlich ist. Je nach vorliegenden Gegebenheiten gehören dazu zB Materialbeschaffung, Vorbereitung und Zusammenbau, Schweißen, mechanisches Verbinden, Transportieren, Oberflächenschutz und die zugehörige Kontrolle und Dokumentation. Punkt 4.1.2 der EN 1090-2 legt auch fest, dass EXC 2 dann gilt, wenn keine Ausführungsklasse festgelegt ist. In diesem Punkt findet sich noch die Anmerkung, dass die Wahl der Ausführungsklasse von Herstellungskategorien und Beanspruchungskategorien in Verbindung den in Anhang B von EN 1990:2002 definierten Schadenskategorien abhängt. Die Ausführungsklassen betreffen daher die Schwierigkeiten bei der Herstellung und lassen eine Beurteilung der Komplexität des Vorhabens zu. Mögliche Schäden spielen zwar auch eine Rolle, stehen jedoch nicht im Vordergrund dieser Kategorisierung.

Darüber hinaus bedeutet vergleichbar nicht gleich oder gleichwertig. Die Ausführung des Auftrags besteht jedenfalls darin, dass der Auftragnehmer die Stahlbauteile - so schwierig ihre Herstellung auch sein mag - nach eigenen Werkstattplänen nicht selbst fertigt, sondern fertigen lässt. Dabei schuldet er nur die Auswahl eines entsprechenden Unternehmens zur Herstellung dieser Bauteile und die Überprüfung dieser Teile, nicht jedoch die Fertigkeit, selbst komplexe Teile herzustellen. Er baut diese gefertigten Teile auf der Baustelle selbst zusammen. Im Vergleich sieht das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin einen größeren Teil an Arbeit bei der Herstellung der Teile durch den Lieferanten als jenes der Antragstellerin vor. Zusammengefasst besteht der Auftrag daher darin, nach Werkstattplänen gefertigte Teile auf der Baustelle zusammenschweißen und zu -schrauben. Beim gegenständlichen Projekt kommen noch umfangreiche Stütz- und Hilfskonstruktionen während der Bauführung sowie das Absenken des Dachs auf die Stützen als Erschwerungen bei der Bauführung hinzu. Hier ist anzumerken, dass die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin ein Zertifikat nach EN ISO 3834-2 für die Qualität der Schweißarbeiten besitzt. Solange dieses aufrecht ist, ist davon auszugehen, dass über die nötigen technischen Fähigkeiten verfügt, andernfalls ein Verfahren zu Aberkennung dieser Zertifizierung zu führen wäre (EuGH 14. 6. 2007, C- 6/05, Medipac-Kazantzidis Rn 53).

Das ausgeschriebene Dach ist in der Ausführungsklasse EXC 2. Die Stützen sind in der Ausführungsklasse EXC 3. Das Dach ist daher in der Standardausführungsklasse. Lediglich die Stützen weisen eine höhere Ausführungsklasse auf.

Die Projekte "B****", "C*** BA02 + 03" und "D****" sind Projekte der Güteklasse 1. Diese entsprechen den Ausführungsklassen EXC 3 und EXC 4. Für die Vergleichbarkeit mit den ausgeschriebenen Leistungen genügt die Ausführungsklasse EXC 3, die damit jedenfalls nachgewiesen ist. Damit genügen die Referenzen den Anforderungen der Ausschreibung. Auch ist die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin zur Ausführung von Stahlbauten bis zur Ausführungsklasse EXC 3 zertifiziert

Anzumerken ist, dass die Nachweise der Referenzen "Neubau Chemie, Pharmazie und theoretische Medizin Uni Innsbruck", "K****", "N****", "O****", "J****" und "L****" der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin nicht den formalen Anforderungen der Ausschreibung genügen, weil der Auftragswert nicht angegeben ist. Eine Aussage über den Auftragswert dieser Projekte ist daher nicht möglich. Sie ist aber auch nicht notwendig, da die verlangte Mindestauftragssumme durch die oben genannten Projekte bereits nachgewiesen ist.

In Position 00A351 Z Punkt 2 verlangt die Auftraggeberin darüber hinaus den Nachweis von mindestens drei Aufträgen, bei denen die Arbeiten zumindest zum Teil im Nahbereich von Gleisanlagen ausgeführt wurden. Als Nahbereich von Gleisanlagen wird hier der Bereich, mit einem maximalen Abstand von 10 m zu einem in Betrieb befindlichen Gleis definiert. Die Kenntnis der diesbezüglichen Regelungen der Betriebsvorschrift (EisbAV) ist von Bedeutung. Die Aufträge dürfen auch mit den unter Punkt 1 genannten Aufträgen ident sein.

Die Projekte "B****", "C**** BA02 + 03", "M****", "N****" und "O****" fanden nicht im Nahebereich von Gleisanlagen statt, da in den jeweiligen Bereichen keine Eisenbahngleise verlegt sind. Bei dem Projekt "J****" handelt es sich eine Eisenbahnbrücke aus Stahl. Es befand sich daher ein Gleis im Bereich von 10 m. Bei dem Projekt "L****" wurden L**** mit "L****" Kränen über Gleisen der Linzer Straßenbahnen errichtet. Die jeweiligen Nachbargleise waren zur Zeit der Bauarbeiten in Betrieb. Damit entspricht sie auch dieser Anforderung. Bei dem Projekt "K****" handelt es sich um eine Fußgängerbrücke über die Westbahn Hauptstrecke. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin hat daher ausreichend Referenzen gemäß Position 00A351 Z Punkt 2 beigebracht. Das Projekt "D****" fand jedenfalls unter einer in Betrieb befindlichen U-Bahn, ebenfalls einer Eisenbahn, statt, die eine spezielle Schulung des auf der Baustelle eingesetzten Personals erforderlich machte.

Damit hat die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin die nach der Ausschreibung erforderlichen Referenzen nachgewiesen. Dieser Ausscheidensgrund liegt daher nicht vor.

4.5.4 Zur Zertifizierung der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin

Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin ist nach EN 1090 und nach EN ISO 3834-2 zertifiziert. Nachweise darüber hat sie dem Teilnahmeantrag beigelegt. Die vorgelegten Zertifikate sind jedoch - wie im Sachverhalt festgestellt - bereits spätestens Ende April 2013 abgelaufen. Es erfolgte jedoch eine Verlängerung bis Ende April 2014, sodass sie derzeit weiterhin zertifiziert ist. Dieser Ausscheidensgrund liegt daher nicht vor.

4.5.5 Zusammenfassung

Da somit der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin ihre Eignung zumindest in der in Ausschreibung verlangten Art nachgewiesen hat, liegen die behaupteten Ausscheidensgründe nicht vor.

4.6 Ersatz der Pauschalgebühr - Spruchpunkt II.

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