

TE Verg Bescheid 2012/11/15 N/0091-BVA/13/2012-26

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 15.11.2012

Norm

BVergG 2006 §20 Abs1

GewO §373a Abs4

1. BVergG 2006 § 20 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 20 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 20 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 13 Mag. Thomas Gruber sowie Mag. Wolfgang Pointner als Mitglied der Auftraggeberseite und DI Josef Robl als Mitglied der Auftragnehmerseite betreffend das Vergabeverfahren "Photovoltaikanlage - WIFI-Technikzentrum, 9020 Koschutastraße 4, 0G80 PV-Anlage" der Auftraggeberin Wirtschaftskammer Kärnten, Europaplatz 1, 9021 Klagenfurt, aufgrund der Anträge der A***, vertreten durch X***, vom 27.09.2012 wie folgt entschieden:

I.römisch eins.

Der Antrag das Bundesvergabeamt möge "nach Durchführung des Nachprüfungsverfahrens das rechtswidrige Ausscheiden des Angebots der Antragstellerin sowie die Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers laut Schreiben des Auftraggebers vom 21.09.2012 für nichtig erklären" wird gemäß § 312 BVergG 2006 abgewiesen. Der Antrag das Bundesvergabeamt möge "nach Durchführung des Nachprüfungsverfahrens das rechtswidrige Ausscheiden des Angebots der Antragstellerin sowie die Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers laut Schreiben des Auftraggebers vom 21.09.2012 für nichtig erklären" wird gemäß Paragraph 312, BVergG 2006 abgewiesen.

II.römisch zwei.

Der Antrag das Bundesvergabeamt möge "der Antragstellerin den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren zusprechen und dem Auftraggeber die Zahlung binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution gemäß § 19a RAO zu Handen der Antragstellervertreterin auftragen" wird gemäß § 319 BVergG 2006 abgewiesen. Der Antrag das Bundesvergabeamt möge "der Antragstellerin den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren zusprechen und dem Auftraggeber die Zahlung binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution gemäß Paragraph 19 a, RAO zu Handen der Antragstellervertreterin auftragen" wird gemäß Paragraph 319, BVergG 2006 abgewiesen.

Begründung

1. 1.Ziffer eins

Vorbringen der Parteien

Mit Schreiben vom 27.09.2012, beim BVA eingelangt am 28.09.2012, begehrte die Antragstellerin die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 21.09.2012 sowie des Ausscheidens ihres Angebotes, die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung, die Erlassung einer einstweiligen Verfügung und den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren durch die Auftraggeberin.

Begründend wurde von der Antragstellerin im Wesentlichen ausgeführt, dass die Antragstellerin im gegenständlichen Vergabeverfahren fristgerecht ihr ausschreibungskonformes Angebot mit einem Gesamtpreis von EUR 145.751,31 abgegeben habe. Aufgrund des Ergebnisses der Angebotsöffnung und -verlesung habe die Antragstellerin darüber Kenntnis, dass sie das Angebot mit dem zweitniedrigsten Preis abgegeben habe. Noch niedriger sei der Preis nur beim Alternativangebot der B*** mit EUR 138.691,02 gewesen. Die B*** habe auch ein Hauptangebot mit einem bei weitem teureren Gesamtpreis von EUR 157.765,62 abgegeben. Im Zuge der Angebotsprüfung sei die Antragstellerin mit Schreiben des C*** vom 10.09.2012 aufgefordert worden, "Unterlagen, lt. Ausschreibungsvorbemerkungen (auf den Seiten 15 und 16)" vorzulegen, darunter ausdrücklich auch ein "Letztgültiger Kontoauszug von Sozialversicherungsanstalten und sonstigen Kassen für Sozialbeiträge" sowie die "Letztgültige Lastschriftanzeige des Finanzamtes". Die Antragstellerin sei dieser Anforderung vollständig und fristgerecht nachgekommen und habe insbesondere den "letztgültigen" Kontoauszug bzw. die "letztgültige" Lastschriftanzeige vorgelegt. Mit Schreiben des Auftraggebers vom 21.09.2012, der Antragstellerin zugeworfen am selben Tag, habe der Auftraggeber mitgeteilt, dass das Angebot der Antragstellerin ausgeschieden werde, "da die Nachweise der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe nicht nachgewiesen wurde". Weiters sei mitgeteilt worden: "Die Angebote wurden durch das D*** geprüft und ausgewertet. Die B*** wurde entsprechend den Ausschreibungsbedingungen als Bestbieter ermittelt. Unseren Richtlinien entsprechend ist es beabsichtigt, den Auftrag an die B*** zu vergeben. Die Vergabesumme beträgt EUR 157.765,62 (zuzügl. gesetzl. USt.)."

Hervorzuheben sei, dass weder die Ausschreibungsunterlage noch das Aufforderungsschreiben des C*** einen Hinweis darauf enthalten habe, dass die Antragstellerin die "zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe letztgültige" Lastschriftanzeige und den "zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe letztgültigen" Kontoauszug hätte vorlegen sollen. Zudem sei schon in der Ausschreibungsunterlage selbst vorgesehen, dass die Nachweise auf Aufforderung innerhalb von sieben Kalendertagen vorzulegen seien - die eigenen Festlegungen des Auftraggebers hätten somit vorgesehen (i) Vorlage "innerhalb von 7 Kalendertagen" nach Aufforderung, also jedenfalls zu einem Zeitpunkt nach Angebotsabgabe, und (ii) "letztgültige" Unterlagen, was sich wohl (zumindest mangels näherer Präzisierung in der Aufforderung) schon wortinterpretativ auf den Zeitpunkt der Vorlage und nicht auf den Zeitpunkt der Angebotsabgabe beziehe. Das Ausscheiden des Angebots der Antragstellerin sei im Ergebnis rechtswidrig erfolgt und werde durch das Bundesvergabeamt für nichtig zu erklären sein. Nach Nichtigerklärung des Ausscheidens des Angebots der Antragstellerin erweise sich auch die Zuschlagsentscheidung als rechtswidrig. Unter Berücksichtigung des bei Weitem niedrigeren Angebotspreises der Antragstellerin müsse deren Angebot jenem des für den Zuschlag in Aussicht genommen Bieters vorgereicht sein. Die angefochtene Zuschlagsentscheidung sei schon deshalb mit Rechtswidrigkeit belastet, weil der Auftraggeber die in § 131 Abs 1 BVergG vorgeschriebenen Informationen nicht bekannt gegeben habe. Dadurch sei aber überhaupt nicht nachvollziehbar, wie das Hauptangebot der B*** das wirtschaftlich und technisch günstigste Angebot sein könne; aufgrund der Gewichtung der Zuschlagskriterien erscheine es doch sehr fragwürdig, wenn nicht geradezu unmöglich, dass die große Preisdifferenz durch die Bewertung in den anderen Zuschlagskriterien aufgewogen und sogar überkompensiert worden sein solle. Durch die mangelhafte Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung werde somit der Antragstellerin die Einbringung eines in diesem Punkt begründeten Nachprüfungsantrages wesentlich erschwert, womit die Rechtswidrigkeit der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung nach ständiger Rechtsprechung des Bundesvergabeamts auch als wesentlich für den Ausgang des Vergabeverfahrens zu werten sei. Schon deshalb werde die Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären sein. Sollte hingegen der Auftraggeber beabsichtigen, den Zuschlag in Wahrheit dem Alternativangebot der B*** zu erteilen, dann sei die Zuschlagsentscheidung umso mehr rechtswidrig, weil dann ja nicht einmal das Angebot bezeichnet sei, das aus der Angebotsprüfung als Bestangebot hervorgegangen wäre. Hinzu komme, dass nach der Rechtslage des BVergG 2006 Alternativangebote nur dann zulässig seien, wenn sie in der Ausschreibungsunterlage ausdrücklich für zulässig erklärt worden seien. Das treffe im vorliegenden Fall aber nicht zu (das Feld zum Ankreuzen am Deckblatt reiche nicht); das Alternativangebot sei auch mangels Mindestanforderungen gar nicht zuschlagsfähig. Jedenfalls sei bei beabsichtigter

Zuschlagserteilung auf das Alternativangebot der B*** die angefochtene Zuschlagsentscheidung rechtswidrig. Hervorzuheben sei, dass weder die Ausschreibungsunterlage noch das Aufforderungsschreiben des C*** einen Hinweis darauf enthalten habe, dass die Antragstellerin die "zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe letztgültige" Lastschriftanzeige und den "zum Zeitpunkt der Angebotsangabe letztgültigen" Kontoauszug hätte vorlegen sollen. Zudem sei schon in der Ausschreibungsunterlage selbst vorgesehen, dass die Nachweise auf Aufforderung innerhalb von sieben Kalendertagen vorzulegen seien - die eigenen Festlegungen des Auftraggebers hätten somit vorgesehen (i) Vorlage "innerhalb von 7 Kalendertagen" nach Aufforderung, also jedenfalls zu einem Zeitpunkt nach Angebotsabgabe, und (ii) "letztgültige" Unterlagen, was sich wohl (zumindest mangels näherer Präzisierung in der Aufforderung) schon wortinterpretativ auf den Zeitpunkt der Vorlage und nicht auf den Zeitpunkt der Angebotsabgabe beziehe. Das Ausscheiden des Angebots der Antragstellerin sei im Ergebnis rechtswidrig erfolgt und werde durch das Bundesvergabeamt für nichtig zu erklären sein. Nach Nichtigerklärung des Ausscheidens des Angebots der Antragstellerin erweise sich auch die Zuschlagsentscheidung als rechtswidrig. Unter Berücksichtigung des bei Weitem niedrigeren Angebotspreises der Antragstellerin müsse deren Angebot jenem des für den Zuschlag in Aussicht genommenen Bieters vorgereicht sein. Die angefochtene Zuschlagsentscheidung sei schon deshalb mit Rechtswidrigkeit belastet, weil der Auftraggeber die in Paragraph 131, Absatz eins, BVergG vorgeschriebenen Informationen nicht bekannt gegeben habe. Dadurch sei aber überhaupt nicht nachvollziehbar, wie das Hauptangebot der B*** das wirtschaftlich und technisch günstigste Angebot sein könne; aufgrund der Gewichtung der Zuschlagskriterien erscheine es doch sehr fragwürdig, wenn nicht geradezu unmöglich, dass die große Preisdifferenz durch die Bewertung in den anderen Zuschlagskriterien aufgewogen und sogar überkompensiert worden sein solle. Durch die mangelhafte Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung werde somit der Antragstellerin die Einbringung eines in diesem Punkt begründeten Nachprüfungsantrages wesentlich erschwert, womit die Rechtswidrigkeit der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung nach ständiger Rechtsprechung des Bundesvergabeamts auch als wesentlich für den Ausgang des Vergabeverfahrens zu werten sei. Schon deshalb werde die Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären sein. Sollte hingegen der Auftraggeber beabsichtigen, den Zuschlag in Wahrheit dem Alternativangebot der B*** zu erteilen, dann sei die Zuschlagsentscheidung umso mehr rechtswidrig, weil dann ja nicht einmal das Angebot bezeichnet sei, das aus der Angebotsprüfung als Bestangebot hervorgegangen wäre. Hinzu komme, dass nach der Rechtslage des BVergG 2006 Alternativangebote nur dann zulässig seien, wenn sie in der Ausschreibungsunterlage ausdrücklich für zulässig erklärt worden seien. Das treffe im vorliegenden Fall aber nicht zu (das Feld zum Ankreuzen am Deckblatt reiche nicht); das Alternativangebot sei auch mangels Mindestanforderungen gar nicht zuschlagsfähig. Jedenfalls sei bei beabsichtigter Zuschlagserteilung auf das Alternativangebot der B*** die angefochtene Zuschlagsentscheidung rechtswidrig.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 02.10.2012 gab diese bekannt, dass Auftraggeberin die Wirtschaftskammer Kärnten sei. Bei dem gegenständlichen Vergabeverfahren handle es sich um einen Bauauftrag im Unterschwellenbereich mit einem geschätzten Auftragswert von € 300.000,- exklusive USt der in einem offenen Verfahren gemäß § 25 Abs 2 BVergG - eingeleitet nach dem 01.04.2012 - vergeben werden solle. Die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der B*** sei am 21.09.2012 erfolgt. Weiters wird detailliert ausgeführt, warum die im Nachprüfungsantrag genannten Argumente nicht gerechtfertigt sind. Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 02.10.2012 gab diese bekannt, dass Auftraggeberin die Wirtschaftskammer Kärnten sei. Bei dem gegenständlichen Vergabeverfahren handle es sich um einen Bauauftrag im Unterschwellenbereich mit einem geschätzten Auftragswert von € 300.000,- exklusive USt der in einem offenen Verfahren gemäß Paragraph 25, Absatz 2, BVergG - eingeleitet nach dem 01.04.2012 - vergeben werden solle. Die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der B*** sei am 21.09.2012 erfolgt. Weiters wird detailliert ausgeführt, warum die im Nachprüfungsantrag genannten Argumente nicht gerechtfertigt sind.

Mit Schreiben der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin vom 2.10.2012 sprach sich diese gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung aus und begründete dies damit, dass der Hauptantrag mangelnde Erfolgsaussichten habe und die Montage der Photovoltaikanlage sonst erst im März/April 2013 fertiggestellt werden könne.

Mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 4. Oktober 2012, N/0091-BVA/13/2012- EV11, wurde der Auftraggeberin die Erteilung des Zuschlages für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt.

Mit Schreiben der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin vom 8. Oktober 2012 erhob diese begründete Einwendungen gegen die von der Antragstellerin begehrte Entscheidung.

Am 19. Oktober 2012 fand im Bundesvergabeamt eine mündliche Verhandlung statt. Dabei wurde von der Auftraggeberin ein Auszug aus dem Dienstleisterregister des BMWFJ vom 10.10.2012 betreffend die "G****" vorgelegt. Der im Angebot der Antragstellerin auf Seite 6 genannte Teilbereich "Leistungsgruppe 80" umfasse Leistungen die unter die reglementierten Gewerbe fallen würden. Die Antragstellerin brachte dazu vor, die Gewerbeberechtigung dieses Subunternehmers sei entsprechend der Aufforderung des Auftraggebers vom 10.9.2012 nachgewiesen worden. Die Abfrage aus dem Dienstleisterregister sei unter Verwendung einer falschen Schreibweise des Firmenwortlautes getätigt worden, sodass nicht verwundere, dass es dazu keine Fundstelle eines Eintrages gebe. Dienstleistungsanzeigen gemäß § 373a Gewerbeordnung seien nur dann erforderlich, wenn die konkreten durchgeführten Dienstleistungen einem reglementierten Gewerbe zuzuordnen seien. Ob es tatsächlich eine Eintragung im Dienstleisterregister des BMWFJ betreffend die Subunternehmerin "H****" gebe oder nicht sei nicht bekannt. Es sei aber hervorzuheben, dass es sich bei diesem Subunternehmer nicht um einen erforderlichen Subunternehmer in dem Sinne handle, dass sich die Antragstellerin auf diesen zum Nachweis ihrer Eignung hätte berufen müssen.

Am 19. Oktober 2012 fand im Bundesvergabeamt eine mündliche Verhandlung statt. Dabei wurde von der Auftraggeberin ein Auszug aus dem Dienstleisterregister des BMWFJ vom 10.10.2012 betreffend die "G****" vorgelegt. Der im Angebot der Antragstellerin auf Seite 6 genannte Teilbereich "Leistungsgruppe 80" umfasse Leistungen die unter die reglementierten Gewerbe fallen würden. Die Antragstellerin brachte dazu vor, die Gewerbeberechtigung dieses Subunternehmers sei entsprechend der Aufforderung des Auftraggebers vom 10.9.2012 nachgewiesen worden. Die Abfrage aus dem Dienstleisterregister sei unter Verwendung einer falschen Schreibweise des Firmenwortlautes getätigt worden, sodass nicht verwundere, dass es dazu keine Fundstelle eines Eintrages gebe. Dienstleistungsanzeigen gemäß Paragraph 373 a, Gewerbeordnung seien nur dann erforderlich, wenn die konkreten durchgeführten Dienstleistungen einem reglementierten Gewerbe zuzuordnen seien. Ob es tatsächlich eine Eintragung im Dienstleisterregister des BMWFJ betreffend die Subunternehmerin "H****" gebe oder nicht sei nicht bekannt. Es sei aber hervorzuheben, dass es sich bei diesem Subunternehmer nicht um einen erforderlichen Subunternehmer in dem Sinne handle, dass sich die Antragstellerin auf diesen zum Nachweis ihrer Eignung hätte berufen müssen.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 22.10.2012 sowie vom 24.10.2012 gab diese zusammengefasst bekannt, dass die Antragstellerin den von ihr für die Subunternehmerleistungen angegebenen Teilbereich nur mit der "LG80", nicht aber nach Einzelleistungen gemäß Leistungspositionen des Ausschreibungs- und Angebotsleistungsverzeichnisses angegeben/qualifiziert (und "nur" in Geldeswert quantifiziert) habe. Abgesehen von den ebenfalls enthaltenen Statikerleistungen bzw. statischen Nachweisen falle die Ausführung der unter der "LG80" angeführten Leistungen unter die reglementierten Gewerbe des § 94 GewO 1994 idGF "Elektrotechnik" nach Ziffer 16 bzw. § 106 GewO, der die "Installation" der gegenständlichen Photovoltaikanlage umfasse und/oder "Mechatroniker für Elektromaschinenbau und Automatisierung" nach Ziffer 49 bzw. § 150 Abs 15 GewO wobei die "LGPosNr 800107A Z Verkabelung/Blitzschutz" nur unter die "Elektrotechnik" nach Ziffer 16 falle. Die Leistungen der Gruppe 80, wie sie von der Antragstellerin als "Teilbereich" genannt wurden, seien somit reglementierten Gewerben vorbehalten. In der - erst im Zuge der Angebotsprüfung über Aufforderung vorgelegten - "Detailkalkulation" sei zum Lohnanteil eine Subunternehmersumme von Euro 16.000,00 ausgewiesen, welcher den Preisen für die Positionen 800101A Z PV-Module (Photovoltaikmodule liefern und montieren) und 800102A Z Unterkonstruktion PV-Module (Unterkonstruktion für Module liefern und montieren) entspreche. Auch (nur) diese Leistungen würden den reglementierten Gewerben ("Aufständern") unterliegen. Zudem spreche die Einbeziehung der Subunternehmerkosten in den Lohnanteil gegen die Argumentation der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung, wonach auf die Subunternehmerleistungen nur im Falle ihrer Notwendigkeit zurückgegriffen werden solle ("J****", Seite 4). Keinesfalls habe die von der Antragstellerin gewählte Form der Angaben zur Subunternehmerin ["H****"] die sowohl nach der Ausschreibung als auch nach § 108 (1) 2 BVergG geforderten Mindestangaben erfüllt. Weder unter dem vorangeführten Wortlaut noch unter dem Wortlaut "E****" gebe es, ohne weitere Identifizierungsnachweise, Unternehmen mit Rechtspersönlichkeit.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 22.10.2012 sowie vom 24.10.2012 gab diese zusammengefasst bekannt, dass die Antragstellerin den von ihr für die Subunternehmerleistungen angegebenen Teilbereich nur mit der "LG80", nicht aber nach Einzelleistungen gemäß Leistungspositionen des Ausschreibungs- und Angebotsleistungsverzeichnisses angegeben/qualifiziert (und "nur" in Geldeswert quantifiziert) habe. Abgesehen von den ebenfalls enthaltenen

Statikerleistungen bzw. statischen Nachweisen falle die Ausführung der unter der "LG80" angeführten Leistungen unter die reglementierten Gewerbe des Paragraph 94, GewO 1994 idGF "Elektrotechnik" nach Ziffer 16 bzw. Paragraph 106, GewO, der die "Installation" der gegenständlichen Photovoltaikanlage umfasse und/oder "Mechatroniker für Elektromaschinenbau und Automatisierung" nach Ziffer 49 bzw. Paragraph 150, Absatz 15, GewO wobei die "LGPosNr 800107A Z Verkabelung/Blitzschutz" nur unter die "Elektrotechnik" nach Ziffer 16 falle. Die Leistungen der Gruppe 80, wie sie von der Antragstellerin als "Teilbereich" genannt wurden, seien somit reglementierten Gewerben vorbehalten. In der - erst im Zuge der Angebotsprüfung über Aufforderung vorgelegten - "Detailkalkulation" sei zum Lohnanteil eine Subunternehmensumme von Euro 16.000,00 ausgewiesen, welcher den Preisen für die Positionen 800101A Z PV-Module (Photovoltaikmodule liefern und montieren) und 800102A Z Unterkonstruktion PV-Module (Unterkonstruktion für Module liefern und montieren) entspreche. Auch (nur) diese Leistungen würden den reglementierten Gewerben ("Aufständern") unterliegen. Zudem spreche die Einbeziehung der Subunternehmerkosten in den Lohnanteil gegen die Argumentation der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung, wonach auf die Subunternehmerleistungen nur im Falle ihrer Notwendigkeit zurückgegriffen werden solle ("J****", Seite 4). Keinesfalls habe die von der Antragstellerin gewählte Form der Angaben zur Subunternehmerin ["H****"] die sowohl nach der Ausschreibung als auch nach Paragraph 108, (1) 2 BVergG geforderten Mindestangaben erfüllt. Weder unter dem vorangeführten Wortlaut noch unter dem Wortlaut "E****" gebe es, ohne weitere Identifizierungsnachweise, Unternehmen mit Rechtspersönlichkeit.

Mit Schreiben der Antragstellerin vom 7.11.2012 gab diese zusammengefasst bekannt, dass der Subunternehmer "H****" keine Dienstleistungsanzeige gemäß § 373a GewO zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung erstattet habe. Der genannte Subunternehmer sei jedoch auch nicht zur Erstattung einer solchen Anzeige verpflichtet, weil es sich bei dem an diesen Subunternehmer möglicherweise zu vergebenden Leistungsteil der Leistungsgruppe 80 nicht um Leistungen handeln würde, die einem reglementierten Gewerbe zuzuordnen seien. Die Leistungen, für die gegebenenfalls dieser Subunternehmer heran gezogen werden solle, seien im Leistungsverzeichnis in Pos. 800101 (Photovoltaikmodule liefern und montieren) enthalten und dem freien Gewerbe "Montage und Demontage von vorgefertigten Winkelprofilen und Fachböden für einfache Schraubverbindungen" zuzuordnen. Die Leistungen würden sich auf die mechanische Montage der Module an die Unterkonstruktion beschränken, das heiße, das PV-Modul werde auf das Dach transportiert, auf die Alu-Konstruktion gelegt und mit Winkeln und Schrauben verbunden. Nicht an den Subunternehmer weiter gegeben werden solle der elektrotechnische Anschluss, Messungen oder Inbetriebnahmen, die aber auch nicht in Pos. 800101, sondern in den Positionen 800107A (Verkabelung) und 800108A (Werkplanung, Inbetriebnahme) beschrieben seien. Diese Leistungen führe die Antragstellerin in jedem Fall selbst aus. Das sei auch den Detailangaben der Antragstellerin zur Kalkulation im Kalkulations-Formblatt 7 zu entnehmen. Es sei darauf hinzuweisen, dass es sich bei dem in Frage stehenden Subunternehmer nicht um einen erforderlichen Subunternehmer handle. Die Antragstellerin benötige diesen daher nicht zum Eignungsnachweis. Selbst wenn der Subunternehmer daher die erforderliche Befugnis nicht aufwiese, was die Antragstellerin bestreite, müsse das im konkret vorliegenden Fall nicht zum Ausscheiden des Angebots führen, weil die Antragstellerin den Auftrag ohnedies auch ohne diesen Subunternehmer ausführen könne und dessen Einsatz, wie in der Verhandlung am 19.10.2012 bereits vorgebracht, nur "möglicherweise" beabsichtige. Mit Schreiben der Antragstellerin vom 7.11.2012 gab diese zusammengefasst bekannt, dass der Subunternehmer "H****" keine Dienstleistungsanzeige gemäß Paragraph 373 a, GewO zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung erstattet habe. Der genannte Subunternehmer sei jedoch auch nicht zur Erstattung einer solchen Anzeige verpflichtet, weil es sich bei dem an diesen Subunternehmer möglicherweise zu vergebenden Leistungsteil der Leistungsgruppe 80 nicht um Leistungen handeln würde, die einem reglementierten Gewerbe zuzuordnen seien. Die Leistungen, für die gegebenenfalls dieser Subunternehmer heran gezogen werden solle, seien im Leistungsverzeichnis in Pos. 800101 (Photovoltaikmodule liefern und montieren) enthalten und dem freien Gewerbe "Montage und Demontage von vorgefertigten Winkelprofilen und Fachböden für einfache Schraubverbindungen" zuzuordnen. Die Leistungen würden sich auf die mechanische Montage der Module an die Unterkonstruktion beschränken, das heiße, das PV-Modul werde auf das Dach transportiert, auf die Alu-Konstruktion gelegt und mit Winkeln und Schrauben verbunden. Nicht an den Subunternehmer weiter gegeben werden solle der elektrotechnische Anschluss, Messungen oder Inbetriebnahmen, die aber auch nicht in Pos. 800101, sondern in den Positionen 800107A (Verkabelung) und 800108A (Werkplanung, Inbetriebnahme) beschrieben seien. Diese Leistungen führe die Antragstellerin in jedem Fall selbst aus. Das sei auch den Detailangaben der Antragstellerin zur Kalkulation im Kalkulations-Formblatt 7 zu entnehmen. Es sei darauf hinzuweisen, dass es sich bei dem in Frage stehenden Subunternehmer nicht um einen erforderlichen Subunternehmer handle. Die Antragstellerin benötige diesen daher

nicht zum Eignungsnachweis. Selbst wenn der Subunternehmer daher die erforderliche Befugnis nicht aufwiese, was die Antragstellerin bestreite, müsse das im konkret vorliegenden Fall nicht zum Ausscheiden des Angebots führen, weil die Antragstellerin den Auftrag ohnedies auch ohne diesen Subunternehmer ausführen könne und dessen Einsatz, wie in der Verhandlung am 19.10.2012 bereits vorgebracht, nur "möglicherweise" beabsichtige.

Mit Schreiben der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin vom 8.11.2012 brachte diese vor, dass laut dem deutschen Unternehmensregister 28 Unternehmen existieren würden, welche die Worte "F***" in ihrem Firmenwortlaut führen würden. Laut dem vom polnischen Justizministerium geführten Register der juristischen Personen ("Landes-Gerichtsregister") würde keine "G***" sondern nur eine H*** mit Sitz in I*** existieren. Alle diese Unternehmen seien nicht ident mit der nachträglich genannten "G***".

Am 9. November 2012 fand im Bundesvergabeamt eine weitere mündliche Verhandlung statt, wobei die Antragstellerin in der Ladung darauf hingewiesen wurde, dass sich aus dem gesamten Vorbringen der Auftraggeberin, insbesondere aber dem Vorbringen in den beiliegenden OZ 17 und 18, möglicherweise ergibt, dass das Angebot der Antragstellerin wegen mangelnder Befugnis der im Angebot der Antragstellerin genannten Subunternehmer und wegen ungenauer Benennung der im Angebot der Antragstellerin genannten Subunternehmer auszuschneiden ist.

Dabei wurde folgendes protokolliert:

"Der Senatsvorsitzende hält der Antragstellerin vor, den Text auf Seite 6 der Ausschreibungsunterlagen Pkt. 2b wonach der Bieter "die vorgesehenen Subunternehmer nachstehend detailliert und namentlich bekannt zu geben" hat und befragt die Antragstellerin ob sie dies getan hat.

J*** gibt dazu an, dass die Antragstellerin die Subunternehmer mit für diese Subunternehmer gebräuchlichen Kurzbezeichnungen angegeben hat, wobei auf das bisherige Vorbringen verwiesen wird, dass diese Kurzbezeichnungen hinreichend detailliert sind, um die Subunternehmer zu identifizieren und deren nachträgliches Austauschen zu verhindern. Dass ein nachträglicher Austausch der genannten Subunternehmer nicht möglich ist, ergibt sich auch in Zusammenschau mit den für diese angegebenen Leistungsteilen.

Der Senatsvorsitzende hält der Antragstellerin mit Verweis auf den Schriftsatz von K*** vom 8.11.2012 vor, dass unter der Bezeichnung H*** offenbar mehrere deutsche Firmen (28) die H*** in ihrem Namen enthalten, existieren. J*** gibt dazu an, dass der Antragstellerin diese Unternehmen nicht bekannt sind. Nach Kenntnis der Antragstellerin ist jedoch nur die von ihr gemeinte H*** in der Solarbranche tätig.

K*** gibt dazu an, dass die Antragstellerin die von ihr vorgesehenen Subunternehmen weder - wie in der Ausschreibungsunterlage gefordert - detailliert noch namentlich (mit Nennung der Firma iSd § 17 UGB) bekannt gegeben hat. J*** gibt an, dass wenn die Antragstellerin von der Firma H*** spricht immer die polnische Firma "G***" gemeint war und ist. Eine andere Firma war nie gemeint. Über Befragen durch den Senatsvorsitzenden nach einem Auszug aus dem "Krajowy Rejestr Sadowy" (nationales Gerichtsregister für Polen entsprechend Anhang VII A des BVergG) von der "G***" gibt J*** an, dass eine solche Bestätigung der Antragstellerin nicht vorliegt. K*** gibt dazu an, dass die Antragstellerin die von ihr vorgesehenen Subunternehmen weder - wie in der Ausschreibungsunterlage gefordert - detailliert noch namentlich (mit Nennung der Firma iSd Paragraph 17, UGB) bekannt gegeben hat. J*** gibt an, dass wenn die Antragstellerin von der Firma H*** spricht immer die polnische Firma "G***" gemeint war und ist. Eine andere Firma war nie gemeint. Über Befragen durch den Senatsvorsitzenden nach einem Auszug aus dem "Krajowy Rejestr Sadowy" (nationales Gerichtsregister für Polen entsprechend Anhang römisch sieben A des BVergG) von der "G***" gibt J*** an, dass eine solche Bestätigung der Antragstellerin nicht vorliegt.

K*** bestreitet das Vorbringen der Antragstellerin, dass die "H***" in der Branche als Solarfirma bekannt ist. Die Zuordnung zu einer bestimmten Rechtsperson ist nicht möglich.

L*** gibt bekannt, dass der Auftraggeberin eine Firma "G***" nicht bekannt war. Ebenso war unter der Bezeichnung H*** der Auftraggeberin nicht bekannt um welche Firma es sich dabei handeln könnte.

Der Senatsvorsitzende befragt die Antragstellerin, ob mit ihrer Angabe auf Seite 6 des Angebotes "M*** bzw. N***" oder "O***" sie dem Erfordernis die Subunternehmer detailliert und namentlich bekannt zu geben nachgekommen ist. J*** gibt dazu an, dass auf das bisherige Vorbringen verwiesen wird. Wenn die Antragstellerin von der M*** spricht, hat sie immer die Firma "P***" mit Sitz in Q*** gemeint. Wenn die Antragstellerin von der N*** spricht, hat sie immer das Einzelunternehmen "R***" gemeint.

Der Senatsvorsitzende befragt die Antragstellerin welchen Leistungsumfang sie mit der Angabe Teilbereich (LG): 80 auf Seite 6 des Angebotes gemeint hat. J*** gibt dazu an, dass unter Verweis auf sein Schreiben vom 7.11.2012 Pkt. 3. damit nur Leistungen gemeint waren, die in den Pos. 800101 und 800102 enthalten sind und sich auf die mechanische Montage an die Unterkonstruktion beschränken. Der Senatsvorsitzende befragt die Antragstellerin warum sie dann im Angebot auf Seite 6 uneingeschränkt ausgefüllt hat LG 80.

J*** gibt dazu an, dass dies aufgrund des auf Seite 6 zur Verfügung stehenden eingeschränkten Platzes geschehen ist, der wie beschrieben eingeschränkte Leistungsumfang war aber eindeutig dem Kalkulationsformblatt 7 zu entnehmen. Der Senatsvorsitzende hält der Antragstellerin vor, dass das Kalkulationsformblatt 7 erst nach Abgabe des Angebotes vorgelegt worden ist. J*** gibt dazu an, dass für die Vorlage des Kalkulationsformblattes eine Frist von 7 Tagen ab Aufforderung durch den Auftraggeber vorgesehen war, sodass die Antragstellerin davon ausging, dieses Kalkulationsformblatt vorlegen zu müssen. Im Übrigen ist eine Manipulation der Preise aus Sicht der Antragstellerin nicht möglich und ist auch nicht geschehen.

Der Senatsvorsitzende hält der Antragstellerin vor, dass sie den Umfang auf Seite 6 des Angebotes mit Euro 13.000,-- angegeben hat, jedoch im Kalkulationsformblatt 7 ein Umfang von über Euro 16.000,-- ergibt für die Subunternehmerleistungen in der LG 80.

J*** gibt dazu an, dass dies zutrifft. Die Differenz ergibt sich aus den kalkulierten Transportkosten die nicht zu den Leistungen des Subunternehmers "H****" gehören.

Der Senatsvorsitzende befragt die Parteien, ob Gegenstand des gegenständlichen Vergabeverfahrens die Installation einer elektrischen Starkstromanlage iSd § 106 Abs. 1 Z 1 GewO ist. Verwiesen wird darauf, dass gemäß § 106 Abs. 2 GewO eine elektrische Starkstromanlage eine Anlage für Spannung über 42 Volt oder Leistungen über 100 Watt ist. Der Senatsvorsitzende befragt die Parteien, ob Gegenstand des gegenständlichen Vergabeverfahrens die Installation einer elektrischen Starkstromanlage iSd Paragraph 106, Absatz eins, Ziffer eins, GewO ist. Verwiesen wird darauf, dass gemäß Paragraph 106, Absatz 2, GewO eine elektrische Starkstromanlage eine Anlage für Spannung über 42 Volt oder Leistungen über 100 Watt ist.

Alle Parteien geben übereinstimmend an, dass dies zu bejahen ist. J*** fügt hinzu, dass dies nicht bedeutet, dass die hier in Frage stehenden Subunternehmen dem Gewerbe der Elektrotechnik zuzuordnen sind, weil es sich bei den Tätigkeiten des Subunternehmers H*** um rein mechanische Montageleistungen handelt. Bei den Tätigkeiten des Subunternehmers H*** werden die Module nicht angeschlossen, sie stehen also nicht unter Strom.

Der Senatsvorsitzende befragt die Parteien, ob Gegenstand des gegenständlichen Vergabeverfahrens die Errichtung von Blitzschutzanlagen iSd § 106 Abs. 1 Z 2 GewO ist. Der Senatsvorsitzende befragt die Parteien, ob Gegenstand des gegenständlichen Vergabeverfahrens die Errichtung von Blitzschutzanlagen iSd Paragraph 106, Absatz eins, Ziffer 2, GewO ist.

J*** gibt dazu an: Bei den in Pos. 800107A beschriebenen Tätigkeiten handelt es sich nicht um die Errichtung einer Blitzschutzanlage, sondern um die Einbindung in eine bereits bestehende Blitzschutzanlage.

K*** gibt zu dieser Frage an, dass auch die Einbindung bzw. die Errichtung eines Teiles einer Blitzschutzanlage von dieser Ziffer erfasst wird. Dies fordert der Regelungszweck der zit. Bestimmung: Nur durch die Ausführung durch einen befugten und entsprechenden befähigten Gewerbetreibenden wird ein Schutz vor Blitzeinschlag gewährleistet."

Darüber hat das Bundesvergabeamt erwogen:

1. 2.Ziffer 2

Sachverhalt (schlüssiges Beweismittel)

Die Wirtschaftskammer Kärnten, hat zur Beschaffung "Photovoltaikanlage - WIFI-Technikzentrum, 9020 Koschutastraße 4, 0G80 PV-Anlage" einen Bauauftrag im Wege eines offenen Verfahren gemäß § 25 Abs 2 BVergG - eingeleitet nach dem 01.04.2012 - mit einem geschätzten Auftragswert von € 300.000,-- exklusive USt ausgeschrieben. Die Antragstellerin hat ein Angebot gelegt. Die Wirtschaftskammer Kärnten, hat zur Beschaffung "Photovoltaikanlage - WIFI-Technikzentrum, 9020 Koschutastraße 4, 0G80 PV-Anlage" einen Bauauftrag im Wege eines offenen Verfahren gemäß Paragraph 25, Absatz 2, BVergG - eingeleitet nach dem 01.04.2012 - mit einem geschätzten Auftragswert von € 300.000,-- exklusive USt ausgeschrieben. Die Antragstellerin hat ein Angebot gelegt.

Das Angebot der Antragstellerin lautet auf Seite 6 auszugsweise (die Angaben, die von der Antragstellerin handschriftlich eingefügt wurden sind fett und kursiv hervorgehoben):

1. "2.Ziffer 2

Subunternehmer:

1. a)Litera a

Die Übertragung von Teilen des Auftrages an Subunternehmer ist

1 erlaubt

0 nicht erlaubt (begründeter Sonderfall)

2. b)Litera b

Beabsichtigte Subvergaben:

Beabsichtigt der Bieter, Teile der ausgeschriebenen Leistungen durch einen Subunternehmer ausführen zu lassen, so hat er sämtliche Teile des Auftrages, die er jedenfalls oder möglicherweise im Wege von Subaufträgen an Dritte zu vergeben beabsichtigt, sowie die vorgesehenen Subunternehmer nachstehend detailliert und namentlich bekannt zu geben. Die Haftung des Auftragnehmers wird durch diese Angabe nicht berührt.

Der Bieter hat wesentliche Teile sowohl von jenen Leistungen, die in seine Befugnis fallen, als auch von der Gesamtleistung selbst zu erbringen. Die Weitergabe des gesamten Auftrages ist unzulässig. Die Weitergabe von Teilen der Leistung ist nur insoweit zulässig, als der/die Subunternehmer die für die Ausführung seines/ihres Teiles erforderliche Befugnis, technische, finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sowie die berufliche Zuverlässigkeit gemäß den §§ 72 und 73 BVergG 2006 besitzt/besitzen. Diese Eignung ist durch den Bieter nachzuweisen. Der Bieter hat wesentliche Teile sowohl von jenen Leistungen, die in seine Befugnis fallen, als auch von der Gesamtleistung selbst zu erbringen. Die Weitergabe des gesamten Auftrages ist unzulässig. Die Weitergabe von Teilen der Leistung ist nur insoweit zulässig, als der/die Subunternehmer die für die Ausführung seines/ihres Teiles erforderliche Befugnis, technische, finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sowie die berufliche Zuverlässigkeit gemäß den Paragraphen 72 und 73 BVergG 2006 besitzt/besitzen. Diese Eignung ist durch den Bieter nachzuweisen.

Angaben über die beabsichtigten Subvergaben:

15 % der Gesamtleistung entfallen (insgesamt) auf Subunternehmerleistungen

1. 1.)eins,

Teilbereich (LG): 80

Umfang (in EURO): 13.000,-

Angabe Firma: H***

2. 2.)2,

Teilbereich (LG): 01

Umfang (in EURO): 10.000,-

Angabe Firma: M*** bzw. N*** [Anmerkung: undeutlich könnte auch

"O***" heißen] (Gerüstbau)"

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 10.9.2012 wurde die Antragstellerin unter anderem aufgefordert, "für die Angebotsprüfung des Gewerkes Photovoltaikanlage" einen "Befugnisnachweis für die genannten Subunternehmer" vorzulegen.

Mit Schreiben der Antragstellerin vom 13.9.2012 hat diese der Auftraggeberin eine "Bescheinigung über die Änderung der Eintragung im Gewerberegister" der Stadtverwaltung Zielona Gora, Polen, betreffend die Firma "G***" und offenbar ein Schriftstück des KSV über das Rating der "G***" übersendet.

Die Auftraggeberin hat mit Schreiben vom 21.09.2012 eine Zuschlagsentscheidung zugunsten der B*** getroffen und das Angebot der Antragstellerin ausgeschieden. (Schreiben der Auftraggeberin vom 02.10.2012; Akt des Vergabeverfahrens)

Für den Subunternehmer "H***" bzw. "G***" wurde keine Dienstleistungsanzeige gemäß§ 373a GewO beim BMWFJ erstattet. (Schreiben der Antragstellerin vom 7.11.2012; Internetrecherche im Dienstleisterregister des BMWFJ unter

<http://dlr.bmwfj.gv.at/Search/SearchCompany.aspx>) Für den Subunternehmer "H****" bzw. "G****" wurde keine Dienstleistungsanzeige gemäß Paragraph 373 a, GewO beim BMWFJ erstattet. (Schreiben der Antragstellerin vom 7.11.2012; Internetrecherche im Dienstleisterregister des BMWFJ unter <http://dlr.bmwfj.gv.at/Search/SearchCompany.aspx>)

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den jeweils in Klammern genannten Quellen, deren inhaltliche Richtigkeit außer Zweifel steht.

1. 3. Ziffer 3

Anzuwendendes Recht

Die BVergG-Novelle 2012, BGBl I Nr 10/2012, trat am 1. April 2012 in Kraft. Das gegenständliche Vergabeverfahren wurde nach Inkrafttreten der Novelle 2012 eingeleitet. Das Vergabeverfahren und das Nachprüfungsverfahren sind daher nach den Bestimmungen des BVergG 2006 idF der Novelle 2012 zu führen. Die BVergG-Novelle 2012, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 10 aus 2012, trat am 1. April 2012 in Kraft. Das gegenständliche Vergabeverfahren wurde nach Inkrafttreten der Novelle 2012 eingeleitet. Das Vergabeverfahren und das Nachprüfungsverfahren sind daher nach den Bestimmungen des BVergG 2006 in der Fassung der Novelle 2012 zu führen.

1. 4. Ziffer 4

Zum Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung sowie der Zuschlagsentscheidung

Die Antragstellerin hat soweit entscheidungsrelevant zusammengefasst vorgebracht, dass die Antragstellerin in ihrem Angebot die Subunternehmer mit für diese Subunternehmer gebräuchlichen Kurzbezeichnungen angegeben habe, wobei diese Kurzbezeichnungen hinreichend detailliert seien, um die Subunternehmer zu identifizieren und deren nachträgliches Austauschen zu verhindern. Dass ein nachträglicher Austausch der genannten Subunternehmer nicht möglich sei, ergebe sich auch in Zusammenschau mit den für diese angegebenen Leistungsteilen. Ihr Angebot sei zu Unrecht ausgeschieden worden, weil der von ihr für die Montage genannte Subunternehmer "H****" über die erforderliche Befugnis verfügen würde. Eine Anzeige gemäß § 373a Abs 4 GewO durch den genannten Subunternehmer sei nicht erforderlich, da die Tätigkeit des genannten Subunternehmers kein in § 94 GewO angeführtes Gewerbe zum Gegenstand habe. Die Leistungen, für die gegebenenfalls dieser Subunternehmer heran gezogen werden solle seien Leistungen, die in den Pos. 800101 und 800102 enthalten seien, sich auf die mechanische Montage an die Unterkonstruktion beschränken würden und dem freien Gewerbe "Montage und Demontage von vorgefertigten Winkelprofilen und Fachböden für einfache Schraubverbindungen" zuzuordnen seien. Die Antragstellerin hat soweit entscheidungsrelevant zusammengefasst vorgebracht, dass die Antragstellerin in ihrem Angebot die Subunternehmer mit für diese Subunternehmer gebräuchlichen Kurzbezeichnungen angegeben habe, wobei diese Kurzbezeichnungen hinreichend detailliert seien, um die Subunternehmer zu identifizieren und deren nachträgliches Austauschen zu verhindern. Dass ein nachträglicher Austausch der genannten Subunternehmer nicht möglich sei, ergebe sich auch in Zusammenschau mit den für diese angegebenen Leistungsteilen. Ihr Angebot sei zu Unrecht ausgeschieden worden, weil der von ihr für die Montage genannte Subunternehmer "H****" über die erforderliche Befugnis verfügen würde. Eine Anzeige gemäß Paragraph 373 a, Absatz 4, GewO durch den genannten Subunternehmer sei nicht erforderlich, da die Tätigkeit des genannten Subunternehmers kein in Paragraph 94, GewO angeführtes Gewerbe zum Gegenstand habe. Die Leistungen, für die gegebenenfalls dieser Subunternehmer heran gezogen werden solle seien Leistungen, die in den Pos. 800101 und 800102 enthalten seien, sich auf die mechanische Montage an die Unterkonstruktion beschränken würden und dem freien Gewerbe "Montage und Demontage von vorgefertigten Winkelprofilen und Fachböden für einfache Schraubverbindungen" zuzuordnen seien.

Die Auftraggeberin hat soweit entscheidungsrelevant zusammengefasst vorgebracht, dass die von der Antragstellerin gewählte Form der Angaben zu den Subunternehmern "H****" sowie "M****" nicht die sowohl nach der Ausschreibung als auch nach § 108 (1) 2 BVergG geforderten Mindestangaben erfülle. Es gebe keine solche Unternehmen mit Rechtspersönlichkeit. Die Auftraggeberin hat soweit entscheidungsrelevant zusammengefasst vorgebracht, dass die von der Antragstellerin gewählte Form der Angaben zu den Subunternehmern "H****" sowie "M****" nicht die sowohl nach der Ausschreibung als auch nach Paragraph 108, (1) 2 BVergG geforderten Mindestangaben erfülle. Es gebe keine solche Unternehmen mit Rechtspersönlichkeit.

Die Ausführung der unter der "LG80" angeführten Leistungen falle unter die reglementierten Gewerbe des § 94 Z 16 GewO "Elektrotechnik" der die "Installation" der gegenständlichen Photovoltaikanlage umfasse und/oder

"Mechatroniker für Elektromaschinenbau und Automatisierung" nach § 94 Z 49 GewO wobei die "LGPosNr 800107A Z Verkabelung/Blitzschutz" nur unter die "Elektrotechnik" nach Ziffer 16 falle. Da für die aufgrund des Schreibens der Auftraggeberin vom 10.9.2012 nachträglich benannte polnische Firma G*** keine Dienstleistungsanzeige gemäß § 373 a GewO erstattet worden sei, sei diese Subunternehmerin nicht für die Tätigkeiten der "LG80" befugt. Die Ausführung der unter der "LG80" angeführten Leistungen falle unter die reglementierten Gewerbe des Paragraph 94, Ziffer 16, GewO "Elektrotechnik" der die "Installation" der gegenständlichen Photovoltaikanlage umfasse und/oder "Mechatroniker für Elektromaschinenbau und Automatisierung" nach Paragraph 94, Ziffer 49, GewO wobei die "LGPosNr 800107A Z Verkabelung/Blitzschutz" nur unter die "Elektrotechnik" nach Ziffer 16 falle. Da für die aufgrund des Schreibens der Auftraggeberin vom 10.9.2012 nachträglich benannte polnische Firma G*** keine Dienstleistungsanzeige gemäß Paragraph 373, a GewO erstattet worden sei, sei diese Subunternehmerin nicht für die Tätigkeiten der "LG80" befugt.

Es ist unstrittig, dass die Wirtschaftskammer Kärnten ein öffentlicher Auftraggeber iSd § 3 BVergG 2006 ist (vgl BVA 5.10.2005, 11F-17/99-63). Es ist unstrittig, dass die Wirtschaftskammer Kärnten ein öffentlicher Auftraggeber iSd Paragraph 3, BVergG 2006 ist vergleiche BVA 5.10.2005, 11F-17/99-63).

Die Ausschreibungsunterlagen wurden nicht angefochten und sind damit bestandfest gewordenen. Gemäß den Ausschreibungsunterlagen, Seite 6 Punkt 2. Subunternehmer, hat der Bieter, der beabsichtigt Teile der ausgeschriebenen Leistungen durch einen Subunternehmer ausführen zu lassen, sämtliche Teile des Auftrages, die er jedenfalls oder möglicherweise im Wege von Subaufträgen an Dritte zu vergeben beabsichtigt, sowie die vorgesehenen Subunternehmer im Angebot detailliert und namentlich bekannt zu geben.

Die diesbezügliche Bekanntgabe der Antragstellerin ist unter Punkt 2. Sachverhalt zu ersehen. Dementsprechend beabsichtigt sie die Subvergabe der (gesamten, weil nicht eingeschränkten) LG 80 an die "H***" und der (gesamten, weil nicht eingeschränkten) LG 01 an die "M*** bzw. N***". Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 10.9.2012 wurde die Antragstellerin unter anderem aufgefordert, "für die Angebotsprüfung des Gewerkes Photovoltaikanlage" einen "Befugnisnachweis für die genannten Subunternehmer" vorzulegen. Mit Schreiben der Antragstellerin vom 13.9.2012 hat diese der Auftraggeberin eine "Bescheinigung über die Änderung der Eintragung im Gewerberegister" der Stadtverwaltung Zielona Gora, Polen, betreffend die Firma "G***" und offenbar ein Schriftstück des KSV über das Rating der "P***" übersendet. Indem die Antragstellerin nunmehr Nachweise anderer Firmen vorlegt, versucht sie jedoch ihr Angebot zu ändern. Dies stellt jedoch - insbesondere auch weil die Ausschreibung einen hohen Detaillierungsgrad bei den Angaben zu den Subunternehmern gefordert hat ("detailliert und namentlich"), nicht mehr eine Mängelbehebung sondern eine unzulässige Änderung des Angebotes dar. Da die Subunternehmer im Angebot der Antragstellerin entgegen den Ausschreibungsunterlagen nicht detailliert und namentlich genannt wurden (die Bezeichnungen "H***" bzw. "M*** bzw. N***" können keinem bestimmten Unternehmen zugeordnet werden, da - wie die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin in ihrem Schreiben vom 8.11.2012 nachgewiesen hat - es viele Unternehmen gibt, welche die Worte "F***" in ihrem Firmenwortlaut führen; gleiches gilt für die beiden anderen Firmenbezeichnungen) war das Angebot gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG 2006 als den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot auszuscheiden. Die diesbezügliche Bekanntgabe der Antragstellerin ist unter Punkt 2. Sachverhalt zu ersehen. Dementsprechend beabsichtigt sie die Subvergabe der (gesamten, weil nicht eingeschränkten) LG 80 an die "H***" und der (gesamten, weil nicht eingeschränkten) LG 01 an die "M*** bzw. N***". Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 10.9.2012 wurde die Antragstellerin unter anderem aufgefordert, "für die Angebotsprüfung des Gewerkes Photovoltaikanlage" einen "Befugnisnachweis für die genannten Subunternehmer" vorzulegen. Mit Schreiben der Antragstellerin vom 13.9.2012 hat diese der Auftraggeberin eine "Bescheinigung über die Änderung der Eintragung im Gewerberegister" der Stadtverwaltung Zielona Gora, Polen, betreffend die Firma "G***" und offenbar ein Schriftstück des KSV über das Rating der "P***" übersendet. Indem die Antragstellerin nunmehr Nachweise anderer Firmen vorlegt, versucht sie jedoch ihr Angebot zu ändern. Dies stellt jedoch - insbesondere auch weil die Ausschreibung einen hohen Detaillierungsgrad bei den Angaben zu den Subunternehmern gefordert hat ("detailliert und namentlich"), nicht mehr eine Mängelbehebung sondern eine unzulässige Änderung des Angebotes dar. Da die Subunternehmer im Angebot der Antragstellerin entgegen den Ausschreibungsunterlagen nicht detailliert und namentlich genannt wurden (die Bezeichnungen "H***" bzw. "M*** bzw. N***" können keinem bestimmten Unternehmen zugeordnet werden, da - wie die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin in ihrem Schreiben vom

8.11.2012 nachgewiesen hat - es viele Unternehmen gibt, welche die Worte "F***" in ihrem Firmenwortlaut führen; gleiches gilt für die beiden anderen Firmenbezeichnungen) war das Angebot gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 als den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot auszuschneiden.

Im Übrigen wäre das Angebot der Antragstellerin, selbst wenn man den obenstehenden Ausscheidungsgrund nicht annehmen wollte, sondern das von der Antragstellerin nachträglich benannte polnische Unternehmen "G***" als Subunternehmer annehmen würde, trotzdem wegen mangelnder Befugnis des genannten Subunternehmers gem § 129 BVergG auszuschneiden, weil das genannte Unternehmen für die gesamte, weil nicht eingeschränkte, LG 80 als Subunternehmer benannt worden ist und für die Tätigkeiten in dieser Leistungsgruppe die Befugnis des reglementierten Gewerbes des Elektrotechnikers gemäß § 94 Z 16 GewO bzw des Mechatronikers gemäß § 94 Z 49 GewO erforderlich ist. Dies deshalb, weil die einzelnen Positionen der LG 80 (zB Pos 800101A: Photovoltaikmodule liefern und montieren, inkl Anschlussdose und Anschlusskabel sowie Montagezubehör; Pos 800103: Wechselrichter für die Einspeisung von Solarstrom in das Niederspannungsnetz im Netzparallelbetrieb liefern, montieren und anschließen; Pos 800107A: Verkabelung/Blitzschutz) deutlich erkennen lassen, dass hier eine Installation elektrischer Starkstromanlagen iSd § 106 Abs 1 Z 1 GewO und die Errichtung von Blitzschutzanlagen iSd § 106 Abs 1 Z 2 GewO vorgenommen werden sollen. Wenn jedoch ein polnisches Unternehmen das reglementierte Gewerbe des Elektrotechnikers in Österreich ausüben will, hat es gem den §§ 20 Abs 1 BVergG iVm 373a Abs 4 GewO vor Ablauf der Angebotsfrist dem Bundesminister für Wirtschaft, Familie und Jugend die erstmalige Aufnahme der Tätigkeit schriftlich anzuzeigen. Eine solche Dienstleistungsanzeige ist jedoch nicht erfolgt, weshalb die "G***" für Tätigkeiten der LG 80 des gegenständlichen Auftrages nicht befugt ist. Im Übrigen wäre das Angebot der Antragstellerin, selbst wenn man den obenstehenden Ausscheidungsgrund nicht annehmen wollte, sondern das von der Antragstellerin nachträglich benannte polnische Unternehmen "G***" als Subunternehmer annehmen würde, trotzdem wegen mangelnder Befugnis des genannten Subunternehmers gem Paragraph 129, BVergG auszuschneiden, weil das genannte Unternehmen für die gesamte, weil nicht eingeschränkte, LG 80 als Subunternehmer benannt worden ist und für die Tätigkeiten in dieser Leistungsgruppe die Befugnis des reglementierten Gewerbes des Elektrotechnikers gemäß Paragraph 94, Ziffer 16, GewO bzw des Mechatronikers gemäß Paragraph 94, Ziffer 49, GewO erforderlich ist. Dies deshalb, weil die einzelnen Positionen der LG 80 (zB Pos 800101A: Photovoltaikmodule liefern und montieren, inkl Anschlussdose und Anschlusskabel sowie Montagezubehör; Pos 800103: Wechselrichter für die Einspeisung von Solarstrom in das Niederspannungsnetz im Netzparallelbetrieb liefern, montieren und anschließen; Pos 800107A: Verkabelung/Blitzschutz) deutlich erkennen lassen, dass hier eine Installation elektrischer Starkstromanlagen iSd Paragraph 106, Absatz eins, Ziffer eins, GewO und die Errichtung von Blitzschutzanlagen iSd Paragraph 106, Absatz eins, Ziffer 2, GewO vorgenommen werden sollen. Wenn jedoch ein polnisches Unternehmen das reglementierte Gewerbe des Elektrotechnikers in Österreich ausüben will, hat es gem den Paragraphen 20, Absatz eins, BVergG in Verbindung mit 373a Absatz 4, GewO vor Ablauf der Angebotsfrist dem Bundesminister für Wirtschaft, Familie und Jugend die erstmalige Aufnahme der Tätigkeit schriftlich anzuzeigen. Eine solche Dienstleistungsanzeige ist jedoch nicht erfolgt, weshalb die "G***" für Tätigkeiten der LG 80 des gegenständlichen Auftrages nicht befugt ist.

Die Materialien zum BVergG führen dazu aus (327 der Beilagen XXIV. GP 13) Die Materialien zum BVergG führen dazu aus (327 der Beilagen römisch 24 . Gesetzgebungsperiode 13):

"3.4. Ein Angebot ist auch dann auszuschneiden, wenn für die Ausübung einer Tätigkeit eine behördliche Entscheidung eingeholt werden muss, der Bieter aber nicht nachweist, dass er das darauf gerichtete Verfahren vor Ablauf der Angebotsfrist eingeleitet hat (also etwa bei "sensiblen" reglementierten Gewerben eine Anzeige gemäß § 373a Abs. 4 GewO 1994 erstattet hat). Damit wird der Auftraggeber der Verpflichtung enthoben, selbst Nachforschungen darüber anzustellen, ob der Bieter ein gebotenes Verfahren eingeleitet hat (ob die Dienstleistungsanzeige erstattet wurde, könnte auch im gemäß § 373a Abs. 5 letzter Satz GewO 1994 eingerichteten Dienstleisterregister unter der Adresse <http://dlr.bmwfj.gv.at> vom Auftraggeber abgefragt werden). Darüber hinaus wird der Auftraggeber so nicht dazu angehalten, das Verstreichen der in § 373c Abs. 5 Z 3 GewO 1994 genannten Frist abwarten zu müssen." 3.4. Ein Angebot ist auch dann auszuschneiden, wenn für die Ausübung einer Tätigkeit eine behördliche Entscheidung eingeholt werden muss, der Bieter aber nicht nachweist, dass er das darauf gerichtete Verfahren vor Ablauf der Angebotsfrist eingeleitet hat (also etwa bei "sensiblen" reglementierten Gewerben eine Anzeige gemäß Paragraph 373 a, Absatz 4, GewO 1994 erstattet hat). Damit wird der Auftraggeber der Verpflichtung enthoben, selbst Nachforschungen darüber anzustellen, ob der Bieter ein gebotenes Verfahren eingeleitet hat (ob die Dienstleistungsanzeige erstattet wurde,

könnte auch im gemäß Paragraph 373 a, Absatz 5, letzter Satz GewO 1994 eingerichteten Dienstleisterregister unter der Adresse <http://dlr.bmwfj.gv.at> vom Auftraggeber abgefragt werden). Darüber hinaus wird der Auftraggeber so nicht dazu angehalten, das Verstreichen der in Paragraph 373 c, Absatz 5, Ziffer 3, GewO 1994 genannten Frist abwarten zu müssen."

Wenn die Antragstellerin zum angebotenen Leistungsumfang bei der Angabe "Teilbereich (LG): 80" auf Seite 6 des Angebotes angibt, damit seien unter Verweis auf ihr Schreiben vom 7.11.2012 Pkt. 3. nur Leistungen gemeint gewesen, die in den Pos. 800101 und 800102 enthalten seien und sich auf die mechanische Montage an die Unterkonstruktion beschränken - dieser eingeschränkte Leistungsumfang wäre eindeutig dem Kalkulationsformblatt 7 zu entnehmen gewesen - ist ihr entgegenzuhalten, dass das Kalkulationsformblatt 7 erst nach Abgabe des Angebotes vorgelegt worden ist und daher das Angebot, welches uneingeschränkt auf die LG 80 verweist, nicht ändern konnte. Auch das Vorbringen der Antragstellerin, wonach sie auf Seite 6 des Angebotes wegen des zur Verfügung stehenden eingeschränkten Platzes uneingeschränkt LG 80 ausgefüllt habe, geht ins Leere, da dort genügend Platz für die Einschränkung auf die von der Antragstellerin scheinbar gemeint gewesenen beiden Positionen 800101 und 800102 gewesen wäre.

Wenn die Antragstellerin bei den in Pos. 800107A beschriebenen Tätigkeiten angibt, es handle sich nicht um die Errichtung einer Blitzschutzanlage, sondern um die Einbindung in eine bereits bestehende Blitzschutzanlage, ist ihr entgegenzuhalten, dass auch die Einbindung bzw. die Errichtung eines Teiles einer Blitzschutzanlage von § 106 Abs 1 Z 2 GewO erfasst wird. Dies fordert der Regelungszweck der zit. Wenn die Antragstellerin bei den in Pos. 800107A beschriebenen Tätigkeiten angibt, es handle sich nicht um die Errichtung einer Blitzschutzanlage, sondern um die Einbindung in eine bereits bestehende Blitzschutzanlage, ist ihr entgegenzuhalten, dass auch die Einbindung bzw. die Errichtung eines Teiles einer Blitzschutzanlage von Paragraph 106, Absatz eins, Ziffer 2, GewO erfasst wird. Dies fordert der Regelungszweck der zit.

Bestimmung: Nur durch die Ausführung durch einen befugten und entsprechend befähigten Gewerbetreibenden wird ein Schutz vor Blitzeinschlag gewährleistet.

Wenn die Antragstellerin angibt, dass es sich bei den von ihr benannten Subunternehmern nicht um erforderliche Subunternehmer in dem Sinne handle, dass sich die Antragstellerin auf diese zum Nachweis ihrer Eignung hätte berufen müssen, ist ihr entgegenzuhalten, dass gemäß den Ausschreibungsunterlagen, Seite 6 2. b.), die Eignung der dort genannten Subunternehmer durch den Bieter jedenfalls nachzuweisen ist (vgl auch § 83 Abs 3 BVergG). Wenn die Antragstellerin angibt, dass es sich bei den von ihr benannten Subunternehmern nicht um erforderliche Subunternehmer in dem Sinne handle, dass sich die Antragstellerin auf diese zum Nachweis ihrer Eignung hätte berufen müssen, ist ihr entgegenzuhalten, dass gemäß den Ausschreibungsunterlagen, Seite 6 2. b.), die Eignung der dort genannten Subunternehmer durch den Bieter jedenfalls nachzuweisen ist vergleiche auch Paragraph 83, Absatz 3, BVergG).

Da somit das Angebot der Antragstellerin im Ergebnis zu Recht ausgeschieden worden ist, war spruchgemäß zu entscheiden.

5. Gebührenersatz durch den Auftraggeber

§ 319 Abs 1 und 2 BVergG 2006 lautet Paragraph 319, Absatz eins und 2 BVergG 2006 lautet:

"§ 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." § 319. (1) Der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller hat Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird.

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

1. 1. Ziffer eins
dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und
2. 2. Ziffer 2

dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde."

Da zwar dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, nicht aber dem Hauptantrag stattgegeben wurde, war gemäß § 319 BVergG 2006 der Antrag das Bundesvergabeamt möge "der Antragstellerin den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren zusprechen und dem Auftraggeber die Zahlung binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution gemäß § 19a RAO zu Handen der Antragstellervertreterin auftragen" mit Spruchpunkt II. abzuweisen. Da zwar dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, nicht aber dem Hauptantrag stattgegeben wurde, war gemäß Paragraph 319, BVergG 2006 der Antrag das Bundesvergabeamt möge "der Antragstellerin den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren zusprechen und dem Auftraggeber die Zahlung binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution gemäß Paragraph 19 a, RAO zu Handen der Antragstellervertreterin auftragen" mit Spruchpunkt römisch zwei. abzuweisen.

Zuletzt aktualisiert am

13.02.2013

Quelle: Vergabekontrollbehörden Verg, <https://www.ris.bka.gv.at/Verg>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at