

TE Verg Bescheid 2011/11/7 N/0094-BVA/06/2011-26

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 07.11.2011

Norm

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublicc

BVergG 2006 §2 Z16 litb

BVergG 2006 §2 Z8

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §12 Abs1 Z3

BVergG 2006 §25

BVergG 2006 §57 Abs1

BVergG 2006 §70 Abs1

BVergG 2006 §70 Abs2

BVergG 2006 §70 Abs3

BVergG 2006 §70 Abs4

BVergG 2006 §70 Abs5

BVergG 2006 §79 Abs2

BVergG 2006 §102 Abs1

BVergG 2006 §105 Abs1

BVergG 2006 §105 Abs2

BVergG 2006 §312 Abs2

BVergG 2006 §319 Abs1

BVergG 2006 §319 Abs2

BVergG 2006 §319 Abs3

BVergG 2006 §321 Abs1

BVergG 2006 §325 Abs1 Z2

B-VG Art14b Abs2 Z1

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
 3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013

- [illegible]

1. BVergG 2006 § 102 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 102 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 102 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 105 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 105 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 321 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. B-VG Art. 14b heute
2. B-VG Art. 14b gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
3. B-VG Art. 14b gültig von 01.07.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
4. B-VG Art. 14b gültig von 01.01.2003 bis 30.06.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2002

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 303 BVergG durch die Vorsitzende des Senates 6, Mag. Kristina Hofer, sowie durch Mag. Alexander Piekniczek als Mitglied der Auftragnehmerseite und MR Mag. Franz Pachner als Mitglied der Auftraggeberseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG betreffend das Vergabeverfahren "Austausch von 2 Kältemaschinen, Unfallkrankenhaus Lorenz Böhler, 1200 Wien, Donaueschingenstraße 13" der Auftraggeberin Allgemeine Unfallversicherungsanstalt, Adalbert-Stifter-Straße 65, 1200 Wien, aufgrund des Antrages der A***, vom 26. September 2011, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 303, BVergG durch die Vorsitzende des Senates 6, Mag. Kristina Hofer, sowie durch Mag. Alexander Piekniczek als Mitglied der Auftragnehmerseite und MR Mag. Franz Pachner als Mitglied der Auftraggeberseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG betreffend das Vergabeverfahren "Austausch von 2 Kältemaschinen, Unfallkrankenhaus Lorenz Böhler, 1200 Wien, Donaueschingenstraße 13" der Auftraggeberin Allgemeine Unfallversicherungsanstalt, Adalbert-Stifter-Straße 65, 1200 Wien, aufgrund des Antrages der A***, vom 26. September 2011, wie folgt entschieden:

SPRUCH

I.römisch eins.

Die Entscheidung der Auftraggeberin Allgemeine Unfallversicherungsanstalt, Adalbert-Stifter-Straße 65, 1200 Wien, vom 20. September 2011, im Vergabeverfahren "Austausch von 2 Kältemaschinen, Unfallkrankenhaus Lorenz Böhler, 1200 Wien, Donaueschingenstraße 13" das Angebot der A*** auszuschneiden, wird für nichtig erklärt.

II.römisch zwei.

Die Allgemeine Unfallversicherungsanstalt ist verpflichtet, der A*** die für den Nachprüfungsantrag entrichtete Pauschalgebühr in der Höhe von Euro 657,- und die für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichtete Pauschalgebühr in der Höhe von Euro 328,50, sohin insgesamt Euro 985,50, binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Bescheides bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

BEGRÜNDUNG

Mit Schriftsatz vom 26. September 2011, verbessert mit Schriftsätzen vom 27. und vom 30. September 2011, beantragte die Antragstellerin die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens betreffend die Entscheidung der Allgemeinen Unfallversicherungsanstalt (in der Folge Auftraggeberin) vom 20. September 2011, das Angebot der Antragstellerin im gegenständlichen Vergabeverfahren gemäß § 129 Abs 1 Z 2 BVergG auszuschneiden. Darüber hinaus stellte sie den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, dem mit Bescheid vom 3. Oktober 2011 teilweise stattgegeben wurde, sowie auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren. Begründend führte die Antragstellerin in ihren Schriftsätzen und in der mündlichen Verhandlung vom 27. Oktober 2011 im Wesentlichen Folgendes aus: Mit Schriftsatz vom 26. September 2011, verbessert mit Schriftsätzen vom 27. und vom 30. September 2011, beantragte die Antragstellerin die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens betreffend die Entscheidung der Allgemeinen Unfallversicherungsanstalt (in der Folge Auftraggeberin) vom 20. September 2011, das Angebot der Antragstellerin im gegenständlichen Vergabeverfahren gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG auszuschneiden. Darüber hinaus stellte sie den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, dem mit Bescheid vom 3. Oktober 2011 teilweise stattgegeben wurde, sowie auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren. Begründend führte die Antragstellerin in ihren Schriftsätzen und in der mündlichen Verhandlung vom 27. Oktober 2011 im Wesentlichen Folgendes aus:

Die Auftraggeberin habe ein den gegenständlichen Leistungsgegenstand betreffendes Vergabeverfahren, welches als offenes Verfahren geführt worden sei, gemäß § 139 Abs 1 Z 4 BVergG widerrufen. Dabei sei im Rahmen einer Mitteilung vom 20. Juli 2011 über den beabsichtigten Widerruf die Absicht über die Einleitung eines Verhandlungsverfahrens gemäß § 29 Abs 1 Z 1 BVergG mitgeteilt worden. In der mit E-mail vom 17. August 2011 erfolgten Einladung zur neuerlichen Angebotslegung sei darauf verwiesen worden, dass die Vergabe im offenen Verfahren nach den Bestimmungen des BVergG für den Unterschwellenbereich erfolge. Am Tage der Angebotsabgabe am 8. September 2011 sei der Antragstellerin mitgeteilt worden, dass kein öffentliches Verfahren angesetzt sei und eine Angebotseröffnung nicht erfolge. Mit Schreiben vom 13. September 2011 sei die Antragstellerin aufgefordert worden, bestimmte Eignungsnachweise für die von der Antragstellerin in ihrem Angebot genannten Subunternehmer bis zum 16. September 2011 vorzulegen. Mittels Fax vom 20. September 2011 sei der Antragstellerin mitgeteilt worden, dass ihr Angebot gemäß § 129 Abs 1 Z 2 BVergG auszuschneiden sei. Diese Entscheidung werde als rechtswidrig erachtet. Die Übermittlung von Befähigungsnachweisen der gewählten Subunternehmer sei in den Ausschreibungsunterlagen nicht verlangt gewesen. Die gewährte Frist zur Vorlage der Nachweise sei nicht ausreichend gewesen. Zur Vorlage diverser technischer Unterlagen sei hingegen eine Frist von 12. September bis 26. September 2011 eingeräumt worden. Die genannten Subunternehmer seien für einen wahlweisen Einsatz angegeben worden. Für die B*** und die C*** seien die aktuellen Mitgliedsbestätigungen aus dem Auftragnehmerkataster Österreich (in der Folge ANKÖ) übermittelt worden. Für die D*** und die E*** seien sonstige vorhandene Unterlagen übermittelt worden. Es handle sich um behebbare Mängel. Der Anteil der vorgesehenen Subunternehmerleistung am Gesamtumfang des Angebotes betrage lediglich ca 2% für die Isolierarbeiten und 2% für die Anpassung der Regelung. Außerdem habe die E*** die Bestandsanlage errichtet und sei einer der weltweit größten Anbieter von Mess- und Steuertechnik im Anlagenbereich. Mittlerweile könnten sämtliche Subunternehmernachweise vollständig vorgelegt werden. In den Ausschreibungsunterlagen zum ersten, widerrufenen Verfahren sei im Übrigen festgehalten worden, dass mit Nennung des Firmencodes aus dem ANKÖ eine Übermittlung von Befähigungsnachweisen auch für namhaft gemachte Subunternehmer entfallen könne. Die Auftraggeberin habe ein den gegenständlichen Leistungsgegenstand

betreffendes Vergabeverfahren, welches als offenes Verfahren geführt worden sei, gemäß Paragraph 139, Absatz eins, Ziffer 4, BVergG widerrufen. Dabei sei im Rahmen einer Mitteilung vom 20. Juli 2011 über den beabsichtigten Widerruf die Absicht über die Einleitung eines Verhandlungsverfahrens gemäß Paragraph 29, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG mitgeteilt worden. In der mit E-mail vom 17. August 2011 erfolgten Einladung zur neuerlichen Angebotslegung sei darauf verwiesen worden, dass die Vergabe im offenen Verfahren nach den Bestimmungen des BVergG für den Unterschwellenbereich erfolge. Am Tage der Angebotsabgabe am 8. September 2011 sei der Antragstellerin mitgeteilt worden, dass kein öffentliches Verfahren angesetzt sei und eine Angebotseröffnung nicht erfolge. Mit Schreiben vom 13. September 2011 sei die Antragstellerin aufgefordert worden, bestimmte Eignungsnachweise für die von der Antragstellerin in ihrem Angebot genannten Subunternehmer bis zum 16. September 2011 vorzulegen. Mittels Fax vom 20. September 2011 sei der Antragstellerin mitgeteilt worden, dass ihr Angebot gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG auszuschneiden sei. Diese Entscheidung werde als rechtswidrig erachtet. Die Übermittlung von Befähigungsnachweisen der gewählten Subunternehmer sei in den Ausschreibungsunterlagen nicht verlangt gewesen. Die gewährte Frist zur Vorlage der Nachweise sei nicht ausreichend gewesen. Zur Vorlage diverser technischer Unterlagen sei hingegen eine Frist von 12. September bis 26. September 2011 eingeräumt worden. Die genannten Subunternehmer seien für einen wahlweisen Einsatz angegeben worden. Für die B*** und die C*** seien die aktuellen Mitgliedsbestätigungen aus dem Auftragnehmerkataster Österreich (in der Folge ANKÖ) übermittelt worden. Für die D*** und die E*** seien sonstige vorhandene Unterlagen übermittelt worden. Es handle sich um behebbare Mängel. Der Anteil der vorgesehenen Subunternehmerleistung am Gesamtumfang des Angebotes betrage lediglich ca 2% für die Isolierarbeiten und 2% für die Anpassung der Regelung. Außerdem habe die E*** die Bestandsanlage errichtet und sei einer der weltweit größten Anbieter von Mess- und Steuertechnik im Anlagenbereich. Mittlerweile könnten sämtliche Subunternehmernachweise vollständig vorgelegt werden. In den Ausschreibungsunterlagen zum ersten, widerrufenen Verfahren sei im Übrigen festgehalten worden, dass mit Nennung des Firmencodes aus dem ANKÖ eine Übermittlung von Befähigungsnachweisen auch für namhaft gemachte Subunternehmer entfallen könne.

Die Antragstellerin habe ein Interesse an der Beauftragung und Durchführung der ausgeschriebenen Leistungen. Durch das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin würde eine Auftragserteilung an die Antragstellerin nicht erfolgen, wodurch die geplante Fertigungsleistung der A*** negativ beeinflusst wäre.

Die Auftraggeberin, Allgemeine Unfallversicherungsanstalt, Adalbert-Stifter-Straße 65, 1200 Wien, übermittelte am 28. September 2011 die angefragten allgemeinen Auskünfte zum Vergabeverfahren "Austausch von 2 Kältemaschinen, Unfallkrankenhaus Lorenz Böhler, 1200 Wien, Donaueschingenstraße 13". Bei dem gegenständlichen Vergabeverfahren handle es sich um einen Lieferauftrag (CPV-Code 42510000-4), welcher nach Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung nach dem Billigstbieterprinzip vergeben werden soll. Die Bezeichnung als "offenes Verfahren" im Zuge der Versendung der Einladung zur Angebotslegung sei irrtümlich durch eine zuverlässige Sekretärin erfolgt. Der geschätzte Auftragswert betrage Euro 250.000,- (exkl. USt). Das Angebot der Antragstellerin sei mit Schreiben vom 20. September 2011 ausgeschieden worden. Das Verfahren befinde sich im Stadium der Angebotsprüfung. Weder sei das Vergabeverfahren widerrufen worden noch sei der Zuschlag erteilt worden.

Zum Nachprüfungsbegehren hielt die Auftraggeberin in ihrem Schriftsatz sowie im Rahmen der mündlichen Verhandlung fest, die Antragstellerin habe in ihrem Angebot für Isolierarbeiten und für die Anpassung der Regelung Subunternehmer genannt. Am 13. September 2011 habe sie daher die Antragstellerin gemäß § 70 BVergG aufgefordert, die fehlenden Nachweise innerhalb einer Frist von drei Tagen vorzulegen. Diese Nachweise seien im Rahmen dieses Aufforderungsschreibens erstmals gegenüber der Antragstellerin konkretisiert worden. Die Antragstellerin sei diesem Ersuchen grundsätzlich rechtzeitig nachgekommen, indem sie einerseits auf den ANKÖ verwiesen und einige Eignungsnachweise nachgereicht habe. Bei Durchsicht des ANKÖ sei allerdings festgestellt worden, dass einige, näher bezeichnete Nachweise nicht die erforderliche Aktualität aufweisen bzw gar nicht vorhanden gewesen seien. Die zur Vorlage gesetzte Frist sei als angemessene Frist iSd § 70 Abs 3 BVergG anzusehen. Aus den Kommentaren sei zu entnehmen, dass diese Frist "durchaus kurz" bzw abhängig von der Art des durchgeführten Verfahrens "sehr kurz (etwa ein Tag)" sein könne. Die Ausscheidensentscheidung stehe daher in Einklang mit den Bestimmungen des BVergG. Zum Nachprüfungsbegehren hielt die Auftraggeberin in ihrem Schriftsatz sowie im Rahmen der mündlichen Verhandlung fest, die Antragstellerin habe in ihrem Angebot für Isolierarbeiten und für die Anpassung der Regelung Subunternehmer genannt. Am 13. September 2011 habe sie daher die Antragstellerin

gemäß Paragraph 70, BVergG aufgefordert, die fehlenden Nachweise innerhalb einer Frist von drei Tagen vorzulegen. Diese Nachweise seien im Rahmen dieses Aufforderungsschreibens erstmals gegenüber der Antragstellerin konkretisiert worden. Die Antragstellerin sei diesem Ersuchen grundsätzlich rechtzeitig nachgekommen, indem sie einerseits auf den ANKÖ verwiesen und einige Eignungsnachweise nachgereicht habe. Bei Durchsicht des ANKÖ sei allerdings festgestellt worden, dass einige, näher bezeichnete Nachweise nicht die erforderliche Aktualität aufweisen bzw gar nicht vorhanden gewesen seien. Die zur Vorlage gesetzte Frist sei als angemessene Frist iSd Paragraph 70, Absatz 3, BVergG anzusehen. Aus den Kommentaren sei zu entnehmen, dass diese Frist "durchaus kurz" bzw abhängig von der Art des durchgeführten Verfahrens "sehr kurz (etwa ein Tag)" sein könne. Die Ausscheidensentscheidung stehe daher in Einklang mit den Bestimmungen des BVergG.

Aufgrund der vorgelegten Stellungnahmen sowie der darauf Bezug nehmenden Beilagen, der Unterlagen der verfahrensgegenständlichen Auftragsvergabe, sowie der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung vom 27. Oktober 2011 wird folgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Die Auftraggeberin, Allgemeine Unfallversicherungsanstalt, Adalbert-Stifter-Straße 65, 1200 Wien, beabsichtigt die Auftragsvergabe betreffend den Austausch von zwei Kältemaschinen im Unfallkrankenhaus Lorenz Böhler. Der geschätzte Auftragswert beträgt Euro 250.000,-

(exkl USt).

Als Gegenstand der Ausschreibung wird in der Ausschreibungsunterlage die "Frei-Haus-Lieferung (DDP gemäß Incoterms 1990), betriebsfertige Aufstellung und Inbetriebnahme von 2 Stück Kältemaschinen sowie die Einschulung des Bedienpersonals" bezeichnet. Dabei erfolgt vorab die Demontage und der Abtransport von zwei bestehenden Kältemaschinen, wobei eine der drei bestehenden Kältemaschinen erhalten bleibt.

Die Kältemaschinen dienen der Kälteerzeugung für die Kühlung des gesamten Krankenhauses (siehe Leistungsverzeichnis [LV], Austausch von zwei Kältemaschinen, Pkt 1., Seite 21). Sämtliche Rohre für den Kühlkreislauf inkl Isolierung und Begleitheizband, die beim Tausch der beiden Kältemaschinen demontiert werden, werden danach neu verrohrt und wieder in Betrieb genommen (siehe wiederum LV, Austausch von zwei Kältemaschinen, Pkt 1., Seite 22; Aussage des Herrn F*** in der mündlichen Verhandlung). Der Austausch der Kältemaschinen hat bei vollem Krankenhausbetrieb zu erfolgen, wobei gemäß Pkt 7. der Besonderen Bedingungen die Baumaßnahmen bei Überschreiten zumutbarer Werte sofort zu unterbrechen sind. Gemäß Pkt 10. der Besonderen Bedingungen sind die Baustellengemeinkosten in die Angebotspreise einzurechnen. Gemäß Pkt 12. der Besonderen Bedingungen ist während der gesamten Umbaudauer der Kältemaschinen ein Bautagebuch zu führen. Gemäß Pkt 13. der Besonderen Bedingungen wird der Auftragnehmer zum Projektleiter, Planungs Koordinator und Baustellenkoordinator iSd BauKG bestellt. In Pkt 15. der Besonderen Bedingungen finden sich Ausführungen über den Zugang zur Baustelle. Jeder Auftragnehmer hat sämtliche erforderlichen Feuerschutzmaßnahmen entsprechend den behördlichen Vorschriften und den TRVB A149 (Technische Richtlinien Vorbeugender Brandschutz, Brandschutz auf Baustellen) durchzuführen (Pkt 18. der Besonderen Bedingungen).

Ein diesen Leistungsgegenstand betreffendes Vergabeverfahren, welches als offenes Verfahren geführt wurde (Amtlicher Lieferanzeiger L- 486964-1316; Amtsblatt der Europäischen Union 2011/S 53-086854), hat die Auftraggeberin widerrufen (siehe Amtlicher Lieferanzeiger L- 494673-1811). Im Rahmen der Mitteilung der Widerrufsentscheidung vom 20. Juli 2011 teilte die Auftraggeberin mit, dass sie beabsichtige "das Vergabeverfahren im Verhandlungsverfahren gemäß § 29 Abs 1 Z 1 Bundesvergabegesetz fortzusetzen". Ein diesen Leistungsgegenstand betreffendes Vergabeverfahren, welches als offenes Verfahren geführt wurde (Amtlicher Lieferanzeiger L- 486964-1316; Amtsblatt der Europäischen Union 2011/S 53-086854), hat die Auftraggeberin widerrufen (siehe Amtlicher Lieferanzeiger L- 494673-1811). Im Rahmen der Mitteilung der Widerrufsentscheidung vom 20. Juli 2011 teilte die Auftraggeberin mit, dass sie beabsichtige "das Vergabeverfahren im Verhandlungsverfahren gemäß Paragraph 29, Absatz eins, Ziffer eins, Bundesvergabegesetz fortzusetzen".

In der Folge übermittelte die Auftraggeberin die das verfahrensgegenständliche Vergabeverfahren betreffenden Ausschreibungsunterlagen ua an die Antragstellerin. Im Begleitschreiben hierzu (E-mail vom 17. August 2011) wird festgehalten, dass die "Vergabe im offenen Verfahren nach den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes für den Unterschwellenbereich" erfolge. Den Ausschreibungsunterlagen selbst lässt sich kein Hinweis auf die von der Auftraggeberin gewählte Art des Vergabeverfahrens und auf die Zuordnung zum Ober- oder Unterschwellenbereich

entnehmen. So wird etwa allgemein auf die Gültigkeit der "einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen" verwiesen (siehe Pkt 4. der Allgemeinen Bedingungen). Festlegungen über den geplanten Verfahrensablauf von Verhandlungen mit den Bietern fehlen gänzlich. Als spätester Einreichungstermin wird der 8. September 2011, 11.00 Uhr, bestimmt. Die Vergabe soll nach dem Billigstbieterprinzip erfolgen (siehe Pkt 31. der Allgemeinen Bedingungen sowie Pkt 19. der Besonderen Bedingungen). Die Ausschreibungsunterlagen beinhalten eine umfassende - von der Auftraggeberin als Leistungsverzeichnis bezeichnete - Leistungsbeschreibung, in der die zu erbringenden Leistungen durch detaillierte Beschreibung der jeweiligen Anforderungen und zum Teil durch zusätzliche Benennung von Leitprodukten, etwa hinsichtlich der zu liefernden Kältemaschinen oder der neuen Mess- und Kontrollgeräte, dargestellt werden.

Zur Zulässigkeit von Subunternehmerleistungen wird in Pkt 27. der Allgemeinen Bedingungen ua Folgendes bestimmt:

"... d) Die Weitergabe von Teilen der Leistung ist nur insoweit

zulässig, als der Subunternehmer die für die Ausführung seines Teiles erforderliche Befugnis und Leistungsfähigkeit sowie die besondere berufliche Zuverlässigkeit (das heißt keine Strafvormerkungen gemäß Ausländerbeschäftigungsgesetz) im Sinne des österreichischen Bundesvergabegesetzes besitzt.

1. e) Litera e

Der Bieter hat im Angebot jene(n) Teil(e) des Auftrages anzugeben, den (die) er möglicherweise an Subunternehmer weiterzugeben beabsichtigt, und die allenfalls bereits ausgewählten Subunternehmer zu nennen...."

Am 8. September 2011 reichte die Antragstellerin fristgerecht ihr Angebot persönlich bei der Auftraggeberin ein.

Im Begleitschreiben zu ihrem Angebot führte die Antragstellerin wie folgt aus:

"Für folgende Leistungen ist eine Beauftragung an Subunternehmen möglich:

- -Strichaufzählung
Isolierarbeiten (z.B. Fa.D***, oder C***, G***)
- -Strichaufzählung
Anpassung Regelung (Fa.E***)"

Die Antragstellerin wurde am 13. September 2011 aufgefordert, fehlende Eignungsnachweise betreffend die von ihr angeführten Subunternehmer bis 16. September 2011 zu übermitteln:

"Sehr geehrte Damen und Herren!

....

Gemäß Punkt 27 der allgemeinen Bestimmungen der Ausschreibung ist die Weitergabe von Leistungen nur zulässig, wenn die Subunternehmen über die erforderlichen Befugnisse und Leistungsfähigkeit verfügen. Zwecks Nachweis sind folgende Unterlagen von den Subunternehmen vorzulegen:

(1) Beglaubigte Abschrift des Berufsregisters des Herkunftslandes des Unternehmers (Nachweis der Berechtigung zur Gewerbe- bzw. Berufsausübung)

(2) Auszug aus dem Firmenbuch (Handelsregister) bzw. bei nicht protokollierten Unternehmen der Nachweis, dass gegen sie kein Konkursverfahren oder kein gerichtliches Ausgleichsverfahren eingeleitet oder die Eröffnung eines Konkursverfahrens nicht mangels hinreichenden Vermögens abgewiesen wurde, sie sich nicht in Liquidation befinden oder ihre gewerbliche Tätigkeit eingestellt haben (nicht älter als 3 Monate)

(3) Letztgültiger Kontoauszug der zuständigen Sozialversicherungsanstalt (nicht älter als 3 Monate)

(4) Letztgültige Lastschriftanzeige der zuständigen Finanzbehörde (nicht älter als 3 Monate)

(5) Auszug aus dem Strafregister oder Bescheinigung einer Gerichts- oder Verwaltungsbehörde des Herkunftslandes des Unternehmers, aus der hervorgeht, dass gegen den Unternehmer bzw. gegen in der Geschäftsführung tätige Personen kein rechtskräftiges Urteil ergangen ist das ihre berufliche Zuverlässigkeit in Frage stellt (nicht älter als 3 Monate)

(6) Angaben des Unternehmens über den Gesamtumsatz und den Umsatz mit jenen Waren bzw. Leistungen, die den Gegenstand dieser Ausschreibung bilden, in den letzten drei Jahren.

(7) Referenzliste der in den letzten drei Jahren an Kunden erbrachten Warenlieferungen bzw. Leistungen, die den Gegenstand dieser Ausschreibung bilden, mit der Angabe von Rechnungswert, Lieferzeit und Auftraggeber, aus welcher hervorgeht, dass der Unternehmer über ausreichende einschlägige Erfahrungen in diesem Geschäftszweig verfügt....

Zwecks Nachreichung setzen wir hiermit eine Frist bis 16. September 2011. Sollte das Fehlende bis dahin nicht bei uns eingelangt sein,

müssten wir Ihre Einreichung ohne weitere Prüfung ausscheiden. ... "

Die Antragstellerin antwortete am 16. September 2011 mittels zweier E-mails. Hinsichtlich der B*** und der C*** wurde auf deren Eintragung im ANKÖ verwiesen, hinsichtlich der D*** und der E*** wurden einzelne Eignungsnachweise übermittelt.

Mit Telefax-Mitteilung vom 20. September 2011 wurde das Angebot der Antragstellerin gemäß § 129 Abs 1 Z 2 BVergG ausgeschieden. Mit Telefax-Mitteilung vom 20. September 2011 wurde das Angebot der Antragstellerin gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG ausgeschieden.

Begründend wurde Folgendes ausgeführt:

"Mit Fax vom 13.09.2011 wurden Sie aufgefordert fehlende Nachweise der Subunternehmer bis zum 16.09.2011 nachzureichen. Mit Email vom 16.09.2011 sandten Sie Nachweise der Firmen G***(B***), D***, C*** und E***.

Firma G***(B***):

Die Unbedenklichkeitsbescheinigung vom 02.02.2010 vom Magistrat der Stadt Wien über die steuerliche Zuverlässigkeit ist älter als 3 Monate.

Der Strafregisterauszug vom Unternehmer (Geschäftsführer) fehlt. Die Umsatzaufstellung und Referenzliste fehlen (obwohl das Unternehmen erst seit November 2010 besteht hätten hier Umsatz und Referenzen von 2010 bis 2011 angeführt werden können).

Firma D***:

Der Strafregisterauszug vom 28.10.2010 ist älter als 3 Monate und der Strafregisterauszug vom weiteren Geschäftsführer fehlt.

Firma C***:

Der Strafregisterauszug vom 10.02.2010 ist älter als 3 Monate.

Firma E***:

Der Strafregisterauszug vom 23.12.2010 ist älter als 3 Monate...."

Der vorliegende Antrag ist rechtlich wie folgt zu beurteilen:

I. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages
eins. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages

Auftraggeber im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die Allgemeine

Unfallversicherungsanstalt. Sie ist öffentliche Auftraggeberin gemäß

§ 3 Abs 1 Z 2 BVergG (siehe ua BVA vom 3. Februar 2009, N/0171-

BVA/04/2008-23 = RPA 2009, 144 [Hackl] = ZVB 2009, 125 [Lesniak]; BVA

vom 10. Oktober 2008, N/0082-BVA/09/2008-56 = RPA 2008, 332

[Sakowitsch]).

Der Gegenstand der Ausschreibung wird in den Ausschreibungsunterlagen folgendermaßen bezeichnet: "Frei-Haus-Lieferung (DDP gemäß Incoterms 1990), betriebsfertige Aufstellung und Inbetriebnahme von 2 Stück Kältemaschinen sowie die Einschulung des Bedienpersonals". Die Auftraggeberin nimmt in ihrer Stellungnahme vom 28. September 2011 das Vorliegen eines Lieferauftrages an.

Für die Qualifizierung eines Auftrages ist der tatsächliche Charakter des entsprechenden Auftrages maßgebend, nicht

die Bezeichnung durch den Auftraggeber. Diesbezüglich tritt keine Präklusion ein (siehe BVA vom 25. August 2008, N/0059-BVA/09/2008-78, N/0100-BVA/09/2008-18 mwN = RPA 2008, 284 [Estermann] = ZVB 2008, 311 [Hackl]). Aufgrund der nachfolgenden Überlegungen ist entgegen der Ansicht der Auftraggeberin nicht vom Vorliegen eines Lieferauftrages, sondern vom Vorliegen eines Bauauftrages auszugehen:

So besteht zwar keine gesetzliche Regelung für die Abgrenzung von Liefer- und Bauleistungen. Allerdings haben sich als Abgrenzungskriterien in Schrifttum und Rechtsprechung der Aspekt der Funktionalität sowie der Beweglichkeit bzw Unbeweglichkeit des zu beschaffenden Objektes entwickelt. Gegenstände, die für die Funktion eines Gebäudes von Bedeutung sind und darüber hinaus eine feste (aber nicht unbedingt unauflösbare) Verbindung mit der Bausubstanz aufweisen, sind demnach als Teile des Bauauftrages zu qualifizieren (Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³(2010) [215]). In diesem Sinne halten auch Schramm/Öhler fest, dass "auch jene Leistungen, die zur (Wieder)herstellung eines funktionsfähigen Ganzen (Bauwerk) erforderlich sind", Bauaufträge darstellen. "Hierzu zählen auch die Lieferung und Montage von maschinellen, elektrotechnischen, haustechnischen oder elektronischen Anlagen (oder Anlagenteilen), die entsprechend dem wirtschaftlichen und technischen Zweck der baulichen Anlage erforderlich sind" (Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 4 Rz 26). So besteht zwar keine gesetzliche Regelung für die Abgrenzung von Liefer- und Bauleistungen. Allerdings haben sich als Abgrenzungskriterien in Schrifttum und Rechtsprechung der Aspekt der Funktionalität sowie der Beweglichkeit bzw Unbeweglichkeit des zu beschaffenden Objektes entwickelt. Gegenstände, die für die Funktion eines Gebäudes von Bedeutung sind und darüber hinaus eine feste (aber nicht unbedingt unauflösbare) Verbindung mit der Bausubstanz aufweisen, sind demnach als Teile des Bauauftrages zu qualifizieren (Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³(2010) [215]). In diesem Sinne halten auch Schramm/Öhler fest, dass "auch jene Leistungen, die zur (Wieder)herstellung eines funktionsfähigen Ganzen (Bauwerk) erforderlich sind", Bauaufträge darstellen. "Hierzu zählen auch die Lieferung und Montage von maschinellen, elektrotechnischen, haustechnischen oder elektronischen Anlagen (oder Anlagenteilen), die entsprechend dem wirtschaftlichen und technischen Zweck der baulichen Anlage erforderlich sind" (Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 4, Rz 26).

Entsprechend den Ausschreibungsunterlagen dienen die Kältemaschinen der Kälteerzeugung für die Kühlung des gesamten Krankenhauses. Es besteht sohin kein Zweifel, dass die Kältemaschinen als funktionsrelevante Anlagen der Haustechnik einzustufen sind, welche für die Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit des Krankenhauses geradezu unerlässlich sind. Insofern ist es auch unerheblich, dass es sich nicht um die "Erstausrüstung" handelt, sondern um die Erneuerung der veralteten Kältemaschinen und damit iSd Ausführungen von Schramm/Öhler um die "Wiederherstellung" der Funktionsfähigkeit.

Der Vertragsgegenstand umfasst die Demontage und den Abtransport von zwei bestehenden Kältemaschinen sowie die Lieferung, betriebsfertige Aufstellung und Inbetriebnahme von zwei neuen Kältemaschinen sowie die Einschulung des Bedienpersonals. Vom Leistungsumfang sind hierbei auch die Demontage und Neumontage der fortluftseitigen Luftkanäle inkl der Akustikverkleidung für zwei Kältemaschinen, die Demontage und die Neumontage einer Rohrbegleitheizung, die Installation neuer Armaturen, Verteiler und Entlüftungsstationen sowie der Tausch und die neue Verlegung der betreffenden Rohrleitungen erfasst.

Zu diesen neben die "bloße" Lieferung der Kältemaschinen tretenden Installationsleistungen ist zu bemerken, dass sich diese nicht auf das bloße Anschließen der Kältemaschinen an das bestehende System beschränken, sondern darüber hinausgehende, technisch komplexe Leistungen umfassen. Damit ist auch der gemäß § 4 Z 1 BVergG geforderte Zusammenhang zu einer der in Anhang I genannten Tätigkeiten gegeben (siehe Klasse 45.33 Klempnerei/Installateur, Gas-, Wasser-, Sanitär-, Heizungs- und Lüftungsinstallation; siehe auch VwGH vom 26. Juni 2002, 2001/04/0132, wo im Falle der Lieferung und Montage von Vorhangschienen und Vorhängen dieser Zusammenhang gerade nicht gegeben ist). Schließlich verdeutlichen diese aufwändigen Leistungen, welche die Demontage, Wiedermontage und Neumontage einschließen, dass die Kältemaschinen wiederum nur unter erheblichem Aufwand demontiert werden können. Insofern ist eine feste Verbindung mit der Bausubstanz anzunehmen. Zu diesen neben die "bloße" Lieferung der Kältemaschinen tretenden Installationsleistungen ist zu bemerken, dass sich diese nicht auf das bloße Anschließen der Kältemaschinen an das bestehende System beschränken, sondern darüber hinausgehende, technisch komplexe Leistungen umfassen. Damit ist auch der gemäß Paragraph 4, Ziffer eins, BVergG geforderte Zusammenhang zu einer der in Anhang römisch eins genannten Tätigkeiten gegeben (siehe Klasse 45.33 Klempnerei/Installateur, Gas-, Wasser-, Sanitär-, Heizungs- und

Lüftungsinstallation; siehe auch VwGH vom 26. Juni 2002, 2001/04/0132, wo im Falle der Lieferung und Montage von Vorhangschienen und Vorhängen dieser Zusammenhang gerade nicht gegeben ist). Schließlich verdeutlichen diese aufwändigen Leistungen, welche die Demontage, Wiedermontage und Neumontage einschließen, dass die Kältemaschinen wiederum nur unter erheblichem Aufwand demontiert werden können. Insofern ist eine feste Verbindung mit der Bausubstanz anzunehmen.

Es ist sohin vom Vorliegen eines Bauauftrages auszugehen. Insofern erweisen sich auch die Festlegungen in der Ausschreibung, etwa die Vorgabe, wonach die Baustellengemeinkosten in den Angebotspreis einzurechnen sind, als stimmig.

Der geschätzte Auftragswert von Euro 250.000,- liegt unter dem relevanten Schwellenwert gemäß § 12 Abs 1 Z 3 BVerG, sodass ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich vorliegt. Der geschätzte Auftragswert von Euro 250.000,- liegt unter dem relevanten Schwellenwert gemäß Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 3, BVerG, sodass ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich vorliegt.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVerG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs 2 BVerG iVm Art 14b Abs 2 Z 1 B-VG ist gegeben. Da das Vergabeverfahren nach Auskunft der Auftraggeberin weder widerrufen noch der Zuschlag erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt in concreto gemäß § 312 Abs 2 BVerG zur Nichtigklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers zuständig. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVerG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend Paragraph 312, Absatz 2, BVerG in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, B-VG ist gegeben. Da das Vergabeverfahren nach Auskunft der Auftraggeberin weder widerrufen noch der Zuschlag erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt in concreto gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVerG zur Nichtigklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers zuständig.

Der Nachprüfungsantrag richtet sich gegen die Entscheidung der Auftraggeberin vom 20. September 2011, das Angebot der Antragstellerin aus dem gegenständlichen Vergabeverfahren auszuschneiden. Die Anfechtbarkeit von Entscheidungen richtet sich danach, welches Verfahren der Auftraggeber tatsächlich gewählt und durchgeführt hat (VwGH vom 1. Juli 2010, 2009/04/0207 unter Verweis auf Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar zum BVerG 2006, § 312, Rz 163 = RPA 2010, 329 [Gappmayer] = ZVB 2010, 461 [Gruber/Eisner]). In der Ausschreibung erfolgt nach außen bereits die Wahl des Vergabeverfahrens, die den Maßstab für die weiteren Entscheidungen des Auftraggebers bildet (siehe ua VwGH vom 27. Juni 2007, 2005/04/0234). Hat dies der Auftraggeber unterlassen bzw entbehren die Festlegungen in der Ausschreibung einer klaren Zuordenbarkeit, so ist auf die tatsächlich vorgenommenen Verfahrensschritte abzustellen. Sind auch diese Verfahrensschritte keiner Verfahrensart eindeutig zuordenbar, ist darauf abzustellen, welcher Verfahrensart die tatsächlich vorgenommenen Verfahrensschritte am ehesten entsprechen. Nur eine Zuordnung zu einer der in § 25 BVerG abschließend aufgezählten Verfahrensarten genügt den Grundsätzen der Transparenz und der Publizität (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar zum BVerG 2006, § 25, Rz 11). Ein Wechsel der Verfahrensart während des Vergabeverfahrens ist ausgeschlossen (ua Fink/Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010] Rz 675 mwN). Der Nachprüfungsantrag richtet sich gegen die Entscheidung der Auftraggeberin vom 20. September 2011, das Angebot der Antragstellerin aus dem gegenständlichen Vergabeverfahren auszuschneiden. Die Anfechtbarkeit von Entscheidungen richtet sich danach, welches Verfahren der Auftraggeber tatsächlich gewählt und durchgeführt hat (VwGH vom 1. Juli 2010, 2009/04/0207 unter Verweis auf Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar zum BVerG 2006, Paragraph 312,, Rz 163 = RPA 2010, 329 [Gappmayer] = ZVB 2010, 461 [Gruber/Eisner]). In der Ausschreibung erfolgt nach außen bereits die Wahl des Vergabeverfahrens, die den Maßstab für die weiteren Entscheidungen des Auftraggebers bildet (siehe ua VwGH vom 27. Juni 2007, 2005/04/0234). Hat dies der Auftraggeber unterlassen bzw entbehren die Festlegungen in der Ausschreibung einer klaren Zuordenbarkeit, so ist auf die tatsächlich vorgenommenen Verfahrensschritte abzustellen. Sind auch diese Verfahrensschritte keiner Verfahrensart eindeutig zuordenbar, ist darauf abzustellen, welcher Verfahrensart die tatsächlich vorgenommenen Verfahrensschritte am ehesten entsprechen. Nur eine Zuordnung zu einer der in Paragraph 25, BVerG abschließend aufgezählten Verfahrensarten genügt den Grundsätzen der Transparenz und der Publizität (Öhler/Schramm in

Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Kommentar zum BVergG 2006, Paragraph 25,, Rz 11). Ein Wechsel der Verfahrensart während des Vergabeverfahrens ist ausgeschlossen (ua Fink/Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010] Rz 675 mwN).

In der vorliegenden Konstellation ist der Ausschreibung tatsächlich keine eindeutige Wahl des Vergabeverfahrens zu entnehmen. Der von der Auftraggeberin gesetzte Verfahrensschritt, nämlich die unaufgeforderte Übermittlung der Ausschreibungsunterlagen mit der Aufforderung zur Angebotslegung, lässt - trotz der Übersendung der Unterlagen unter Hinweis auf ein offenes Verfahren - auf ein Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung schließen. Tatsächlich hat die Auftraggeberin die beabsichtigte Vergabe des gegenständlichen Auftrages auch nicht bekannt gemacht.

Gemäß § 105 Abs 1 Satz 1 BVergG trifft den Auftraggeber eine Pflicht zum Verhandeln (siehe Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Kommentar zum BVergG 2006, § 105, Rz 9). Gemäß § 105 Abs 2 BVergG ist - dem Grundsatz der Transparenz entsprechend - in der Aufforderung zur Angebotsabgabe bzw in den Ausschreibungsunterlagen die vom Auftraggeber angedachte Vorgehensweise hinsichtlich des Verfahrensablaufs von Verhandlungen bekannt zu geben (siehe auch BVA vom 19. Dezember 2008, N/0148- BVA/12/2008-20; Fink/Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch des Vergaberechts³ [2010] Rz 747). Allerdings können derartige Festlegungen über den Ablauf des Verhandlungsverfahrens auch in abstrakter Weise erfolgen und müssen nicht detailliert sein (RV 1171 BlgNR XXII. GP, 49). Gemäß Paragraph 105, Absatz eins, Satz 1 BVergG trifft den Auftraggeber eine Pflicht zum Verhandeln (siehe Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Kommentar zum BVergG 2006, Paragraph 105,, Rz 9). Gemäß Paragraph 105, Absatz 2, BVergG ist - dem Grundsatz der Transparenz entsprechend - in der Aufforderung zur Angebotsabgabe bzw in den Ausschreibungsunterlagen die vom Auftraggeber angedachte Vorgehensweise hinsichtlich des Verfahrensablaufs von Verhandlungen bekannt zu geben (siehe auch BVA vom 19. Dezember 2008, N/0148- BVA/12/2008-20; Fink/Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch des Vergaberechts³ [2010] Rz 747). Allerdings können derartige Festlegungen über den Ablauf des Verhandlungsverfahrens auch in abstrakter Weise erfolgen und müssen nicht detailliert sein Regierungsvorlage 1171 BlgNR römisch 22 . GP, 49).

Vorliegend beinhalten die den Bietern übermittelten Verdingungsunterlagen keinerlei Hinweis auf die beabsichtigte Durchführung von Verhandlungen, geschweige denn Angaben zum vorgesehenen Verfahrensablauf. Der Verhandlungswille der Auftraggeberin mag zwar im Rahmen der Widerrufsentscheidung betreffend das vorangegangene Vergabeverfahren zum Ausdruck gekommen und grundsätzlich auch von den gesetzlichen Voraussetzungen getragen sein. Maßgeblich ist aber das tatsächlich eingeleitete Vergabeverfahren. Den von der Auftraggeberin in der Folge gesetzten und hier unter Zugrundelegung des Verständnisses eines "durchschnittlich fachkundigen Bieters" (siehe etwa Fink/Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch des Vergaberechts³ [2010] Rz 674) zu beurteilenden Verfahrensschritten lässt sich jedoch kein hinreichender Anhaltspunkt für dieses Vorhaben finden. Aufgrund der Gestaltung der - im Übrigen unangefochten gebliebenen - Ausschreibung ist nicht zwingend von der Notwendigkeit auszugehen, Verhandlungen zu führen. Eine unmittelbare Leistungserteilung auf Basis der vorliegenden Ausschreibungsunterlagen erscheint grundsätzlich gewährleistet, was angesichts des vorangegangenen offenen Verfahrens nicht verwundert. Schließlich ist auch die Festlegung des Billigstbieterprinzips im gegebenen Zusammenhang als Indiz für ein eingeschränktes oder gar fehlendes Verhandlungspotential zu werten.

Nach Ansicht des erkennenden Senates kommt die gegenständliche Beschaffung sohin am ehesten einem nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung nahe. Als gesondert anfechtbare Entscheidung kommt damit das Ausscheiden eines Angebotes gemäß § 2 Z 16 lit a) sublit cc) BVergG in Frage. Eine Rechtswidrigkeit der vorangehenden Aufforderung zur Vorlage der Eignungsnachweise für die bezeichneten Subunternehmer kann gemeinsam mit der ihr nächstfolgenden Entscheidung, dem Ausscheiden, angefochten werden (§ 2 Z 16 lit b) BVergG). Nach Ansicht des erkennenden Senates kommt die gegenständliche Beschaffung sohin am ehesten einem nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung nahe. Als gesondert anfechtbare Entscheidung kommt damit das Ausscheiden eines Angebotes gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a,) Sub-Litera, c, c,) BVergG in Frage. Eine Rechtswidrigkeit der vorangehenden Aufforderung zur Vorlage der Eignungsnachweise für die bezeichneten Subunternehmer kann gemeinsam mit der ihr nächstfolgenden Entscheidung, dem Ausscheiden, angefochten werden (Paragraph 2, Ziffer 16, Litera b,) BVergG).

Der Nachprüfungsantrag wurde am 26. September 2011 eingebracht und fristgerecht verbessert, sodass dieser als ursprünglich richtig und damit als innerhalb der gemäß § 321 Abs 1 BVergG maßgeblichen Frist eingebracht gilt. Die Pauschalgebühr wurde in entsprechender Höhe entrichtet. Der Nachprüfungsantrag wurde am 26. September 2011

eingbracht und fristgerecht verbessert, sodass dieser als ursprünglich richtig und damit als innerhalb der gemäß Paragraph 321, Absatz eins, BVergG maßgeblichen Frist eingebracht gilt. Die Pauschalgebühr wurde in entsprechender Höhe entrichtet.

II. Inhaltliche Beurteilung des Antragesrömisch zwei. Inhaltliche Beurteilung des Antrages

Zunächst ist festzuhalten, dass die gegenständliche Ausschreibung nicht angefochten wurde und sohin Bestandskraft erlangt hat und folgedessen nach ständiger Rechtsprechung selbst dann unveränderliche Grundlage für die Bewertung der Angebote ist, wenn deren Bestimmungen unzweckmäßig oder gar vergaberechtswidrig sein sollten (siehe VwGH vom 7. November 2005, 2003/04/0135; dem folgend ua BVA vom 16. April 2008, N/0029-BVA/09/2008-27 = ZVB 2008, 209 [Hackl]). Sowohl der Auftraggeber als auch die Bieter sind an die in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen gebunden. Alle Bieter müssen darauf vertrauen können, dass der Auftraggeber seine eigenen Ausschreibungsbedingungen einhält (ua BVA vom 25. November 2009, N/0110-BVA/09/2009-28 = RPA 2010, 81 [Rindler] = ZVB 2010, 60 [Hackl]; Latzenhofer in Gast (Hrsg.), BVergG-Leitsatzkommentar, E 53 zu § 321). Das bedeutet in weiterer Folge auch, dass es dem Bundesvergabeamt verwehrt ist, derart bestandskräftige Entscheidungen im Zuge der Anfechtung späterer Auftraggeberentscheidungen inzident in Prüfung zu ziehen (siehe grundlegend VwGH vom 15. September 2004, 2004/04/0054 = RPA 2005, 24 [Latzenhofer]; VwGH vom 7. November 2005, 2003/04/0135; zuletzt ua VwGH vom 27. Juni 2007, 2005/04/0234; für viele ua BVA vom 8. Februar 2008, N/0008-BVA/06/2008-29, mwN). Zumal der Gesetzgeber nicht zwischen fundamentalen Rechtswidrigkeiten und sonstigen Fehlern differenziert, ist von einer umfassenden Präklusionswirkung auszugehen, die grundsätzlich jegliche Rechtswidrigkeit betrifft (siehe Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel § 312, Rz 186f; Walther/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010] Rz 1793). Zunächst ist festzuhalten, dass die gegenständliche Ausschreibung nicht angefochten wurde und sohin Bestandskraft erlangt hat und folgedessen nach ständiger Rechtsprechung selbst dann unveränderliche Grundlage für die Bewertung der Angebote ist, wenn deren Bestimmungen unzweckmäßig oder gar vergaberechtswidrig sein sollten (siehe VwGH vom 7. November 2005, 2003/04/0135; dem folgend ua BVA vom 16. April 2008, N/0029-BVA/09/2008-27 = ZVB 2008, 209 [Hackl]). Sowohl der Auftraggeber als auch die Bieter sind an die in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen gebunden. Alle Bieter müssen darauf vertrauen können, dass der Auftraggeber seine eigenen Ausschreibungsbedingungen einhält (ua BVA vom 25. November 2009, N/0110-BVA/09/2009-28 = RPA 2010, 81 [Rindler] = ZVB 2010, 60 [Hackl]; Latzenhofer in Gast (Hrsg.), BVergG-Leitsatzkommentar, E 53 zu Paragraph 321,). Das bedeutet in weiterer Folge auch, dass es dem Bundesvergabeamt verwehrt ist, derart bestandskräftige Entscheidungen im Zuge der Anfechtung späterer Auftraggeberentscheidungen inzident in Prüfung zu ziehen (siehe grundlegend VwGH vom 15. September 2004, 2004/04/0054 = RPA 2005, 24 [Latzenhofer]; VwGH vom 7. November 2005, 2003/04/0135; zuletzt ua VwGH vom 27. Juni 2007, 2005/04/0234; für viele ua BVA vom 8. Februar 2008, N/0008-BVA/06/2008-29, mwN). Zumal der Gesetzgeber nicht zwischen fundamentalen Rechtswidrigkeiten und sonstigen Fehlern differenziert, ist von einer umfassenden Präklusionswirkung auszugehen, die grundsätzlich jegliche Rechtswidrigkeit betrifft (siehe Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel Paragraph 312,, Rz 186f; Walther/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010] Rz 1793).

Die maßgeblichen Bestimmungen des BVergG lauten:

Grundsätze für die Bemessung und Verlängerung von Fristen

§ 57. (1) Der Auftraggeber hat Fristen so zu bemessen und festzusetzen, dass den von der Fristsetzung betroffenen Unternehmern ausreichend Zeit für die Vornahme der entsprechenden Handlungen verbleibt. Insbesondere Teilnahme- und Angebotsfristen und Fristen für die Ausarbeitung von Lösungen im wettbewerblichen Dialog sind so zu bemessen, dass unter Berücksichtigung des Postlaufes den Unternehmern hinreichend Zeit zur Entscheidung und Erstellung der Teilnahmeanträge, Angebote und Lösungen verbleibt. Auf Umstände, welche die Erstellung des Angebotes oder die Ausarbeitung einer Lösung erschweren können, ist Bedacht zu nehmen. Paragraph 57, (1) Der Auftraggeber hat Fristen so zu bemessen und festzusetzen, dass den von der Fristsetzung betroffenen Unternehmern ausreichend Zeit für die Vornahme der entsprechenden Handlungen verbleibt. Insbesondere Teilnahme- und Angebotsfristen und Fristen für die Ausarbeitung von Lösungen im wettbewerblichen Dialog sind so zu bemessen, dass unter Berücksichtigung des Postlaufes den Unternehmern hinreichend Zeit zur Entscheidung und Erstellung der Teilnahmeanträge, Angebote und Lösungen verbleibt. Auf Umstände, welche die Erstellung des Angebotes oder die Ausarbeitung einer Lösung erschweren können, ist Bedacht zu nehmen.

...

Eigenerklärung, Verlangen der Nachweise durch den Auftraggeber

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

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

1. 1.Ziffer eins
berufliche Befugnis,
2. 2.Ziffer 2
berufliche Zuverlässigkeit,
3. 3.Ziffer 3
finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sowie
4. 4.Ziffer 4
technische Leistungsfähigkeit

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

1. (2)Absatz 2,Bewerber oder Bieter können ihre Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit auch durch die Vorlage einer Erklärung belegen, dass sie die vom Auftraggeber verlangten Eignungskriterien erfüllen und die festgelegten Nachweise auf Aufforderung unverzüglich beibringen können (Eigenerklärung). In einer solchen Erklärung sind die Befugnisse anzugeben, über die der Unternehmer konkret verfügt.
2. (3)Absatz 3,Bei der Vergabe von Aufträgen kann der Auftraggeber die Vorlage bestimmter Nachweise von bestimmten Bewerbern oder Bietern verlangen, sofern dies nach Auffassung des Auftraggebers erforderlich ist. Bei der Vergabe von Bauaufträgen, deren geschätzter Auftragswert mindestens 120 000 Euro beträgt, und bei der Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen, deren geschätzter Auftragswert mindestens 80 000 Euro beträgt, hat der Auftraggeber vor Zuschlagserteilung die Vorlage der festgelegten Nachweise vom Zuschlagsempfänger jedenfalls zu verlangen; bei einer Vergabe in Losen gilt dies nur, wenn der geschätzte Wert des einzelnen Loses diese Schwellenwerte erreicht.
3. (4)Absatz 4,Nach Maßgabe des Abs. 3 kann der Auftraggeber den Unternehmer auffordern, erforderliche Nachweise binnen einer angemessenen Frist vorzulegen bzw. vorgelegte Bescheinigungen binnen einer angemessenen Frist zu vervollständigen oder zu erläutern. Nachweise können auch in Kopie oder elektronisch vorgelegt werden.Nach Maßgabe des Absatz 3, kann der Auftraggeber den Unternehmer auffordern, erforderliche Nachweise binnen einer angemessenen Frist vorzulegen bzw. vorgelegte Bescheinigungen binnen einer angemessenen Frist zu vervollständigen oder zu erläutern. Nachweise können auch in Kopie oder elektronisch vorgelegt werden.
4. (5)Absatz 5,Der Unternehmer kann den Nachweis der Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit auch durch den Nachweis der Eintragung in einem einschlägigen, allgemein zugänglichen Verzeichnis eines Dritten führen, sofern diesem die vom Auftraggeber festgelegten Unterlagen in der vom Auftraggeber gewünschten Aktualität vorliegen und vom Auftraggeber selbst unmittelbar abrufbar sind. Der Unternehmer kann den Nachweis der Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit auch mit anderen als den vom Auftraggeber festgelegten Unterlagen führen, sofern die festgelegten Unterlagen aus einem gerechtfertigten Grund nicht beigebracht werden können und die vorgelegten Unterlagen die gleiche Aussagekraft wie die ursprünglich festgelegten aufweisen. Der Nachweis der gleichen Aussagekraft ist vom Unternehmer nach Aufforderung zu erbringen.
5. (6)Absatz 6,Im Falle der Angebotslegung durch eine Arbeitsgemeinschaft oder eine Bietergemeinschaft hat jedes Mitglied die Befugnis für den ihm konkret zufallenden Leistungsteil nach Maßgabe der Abs. 2 und 3 nachzuweisen.Im Falle der Angebotslegung durch eine Arbeitsgemeinschaft oder eine Bietergemeinschaft hat jedes Mitglied die Befugnis für den ihm konkret zufallenden Leistungsteil nach Maßgabe der Absatz 2 und 3 nachzuweisen.

Inhalt der Ausschreibungsunterlagen

§ 79. ... Paragraph 79, ...

1. (2) Absatz 2, In die Ausschreibungsunterlagen sind die als erforderlich erachteten oder die auf Aufforderung durch den Auftraggeber nachzureichenden Nachweise gemäß den §§ 71, 72, 74 und 75 aufzunehmen, soweit sie nicht bereits in der Bekanntmachung angeführt waren. In die Ausschreibungsunterlagen sind die als erforderlich erachteten oder die auf Aufforderung durch den Auftraggeber nachzureichenden Nachweise gemäß den Paragraphen 71, 72, 74 und 75 aufzunehmen, soweit sie nicht bereits in der Bekanntmachung angeführt waren.

...

Subunternehmerleistungen

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

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

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

Teilnehmer im nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung und im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung

§ 102.(1) Bei nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung und bei Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung hat die Aufforderung zur Angebotsabgabe nur an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu erfolgen. Paragraph 102 Punkt (, eins,) Bei nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung und bei Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung hat die Aufforderung zur Angebotsabgabe nur an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu erfolgen.

...

Vorgehen bei Mangelhaftigkeit der Angebote

§ 126.(1) Ergeben sich bei der Prüfung der Angebote Unklarheiten über das Angebot, einschließlich etwaiger Varianten-, Alternativ- oder Abänderungsangebote, oder über die geplante Art der Durchführung, oder werden Mängel festgestellt, so ist, sofern die Unklarheiten für die Beurteilung der Angebote von Bedeutung sind, vom Bieter eine verbindliche schriftliche Aufklärung zu verlangen. Die vom Bieter erteilten schriftlichen Auskünfte bzw. die vom Bieter allenfalls vorgelegten Nachweise sind der Niederschrift über die Prüfung der Angebote beizuschließen. Sofern der geschätzte Auftragswert 120 000 Euro nicht erreicht, kann von der Vorgehensweise gemäß diesem Absatz abgesehen werden. Paragraph 126 Punkt (, eins,) Ergeben sich bei der Prüfung der Angebote Unklarheiten über das Angebot, einschließlich etwaiger Varianten-, Alternativ- oder Abänderungsangebote, oder über die geplante Art der Durchführung, oder werden Mängel festgestellt, so ist, sofern die Unklarheiten für die Beurteilung der Angebote von Bedeutung sind, vom Bieter eine verbindliche schriftliche Aufklärung zu verlangen. Die vom Bieter erteilten schriftlichen Auskünfte bzw. die vom Bieter allenfalls vorgelegten Nachweise sind der Niederschrift über die Prüfung der Angebote beizuschließen. Sofern der geschätzte Auftragswert 120 000 Euro nicht erreicht, kann von der Vorgehensweise gemäß diesem Absatz abgesehen werden.

(2) Die durch die erteilten Aufklärungen allenfalls veranlasste weitere Vorgangsweise darf die Grundsätze der §§ 19 Abs. 1, 101 Abs. 4, 104 Abs. 2 und 127 nicht verletzen. (2) Die durch die erteilten Aufklärungen allenfalls veranlasste weitere Vorgangsweise darf die Grundsätze der Paragraphen 19, Absatz eins, 101, Absatz 4, 104, Absatz 2 und 127 nicht verletzen.

...

Ausscheiden von Angeboten

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

Zuschlagsentscheidung hat der Auftraggeber auf Grund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschneiden:

...

2. Angebote von Bietern, deren Befugnis, finanzielle, wirtschaftliche oder technische Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit nicht gegeben ist;

...

7. den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Teil-, Alternativ- und Abänderungsangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, nicht gleichwertige Alternativ- oder Abänderungsangebote und Alternativangebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen, sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind;

...

1. (2) Absatz 2, Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung kann der Auftraggeber Angebote von Bietern ausscheiden, die es unterlassen haben, innerhalb der ihnen gestellten Frist die verlangten Aufklärungen zu geben oder deren Aufklärung einer nachvollziehbaren Begründung entbehrt. Von einem Bieter, der im Gebiet einer anderen Vertragspartei des EWR-Abkommens oder in der Schweiz ansässig ist, können auch Aufklärungen über die Zulässigkeit der Ausübung der Tätigkeit in Österreich verlangt werden.
2. (3) Absatz 3, Der Auftraggeber hat den Bieter vom Ausscheiden seines Angebotes unter Angabe des Grundes nachweislich elektronisch oder mittels Telefax zu verständigen.

Während die Aufforderung zur Angebotsabgabe gemäß § 102 Abs 1 BVergG nur an befugte, leistungsfähige und zuverlässige und damit an vorab auf ihre Eignung geprüfte Unternehmer zu erfolgen hatte, wird hinsichtlich der Zulässigkeit von Subunternehmerleistungen in Pkt 27. der Allgemeinen Bedingungen der Ausschreibungsunterlagen ua Folgendes bestimmt: Während die Aufforderung zur Angebotsabgabe gemäß Paragraph 102, Absatz eins, BVergG nur an befugte, leistungsfähige und zuverlässige und damit an vorab auf ihre Eignung geprüfte Unternehmer zu erfolgen hatte, wird hinsichtlich der Zulässigkeit von Subunternehmerleistungen in Pkt 27. der Allgemeinen Bedingungen der Ausschreibungsunterlagen ua Folgendes bestimmt:

"... d) Die Weitergabe von Teilen der Leistung ist nur insoweit

zulässig, als der Subunternehmer die für die Ausführung seines Teiles erforderliche Befugnis und Leistungsfähigkeit sowie die besondere berufliche Zuverlässigkeit (das heißt keine Strafvormerkungen gemäß Ausländerbeschäftigungsgesetz) im Sinne des österreichischen Bundesvergabegesetzes besitzt.

e) Der Bieter hat im Angebot jene(n) Teil(e) des Auftrages anzugeben, den (die) er möglicherweise an Subunternehmer weiterzugeben beabsichtigt, und die allenfalls bereits ausgewählten Subunternehmer zu nennen...."

Die Auftraggeberin hat sohin in den Ausschreibungsunterlagen bestandsfest festgelegt, dass allfällige - lediglich zweckmäßige - Subunternehmer die für die Ausführung ihres Teiles erforderliche Befugnis und Leistungsfähigkeit sowie die besondere berufliche Zuverlässigkeit (das heißt keine Strafvormerkungen gemäß Ausländerbeschäftigungsgesetz) im Sinne des BVergG besitzen müssen. Die zur Bestätigung der Erfüllung dieser Eignungskriterien für die Subunternehmer vorzulegenden Nachweise werden hingegen von der Auftraggeberin entgegen § 70 Abs 1 BVergG iVm § 79 Abs 2 BVergG in der Ausschreibung nicht konkret festgelegt. Einzig hinsichtlich der beruflichen Zuverlässigkeit wird das Nichtvorliegen von Strafvormerkungen gemäß Ausländerbeschäftigungsgesetz ausdrücklich gefordert. Die Auftraggeberin hat sohin in den Ausschreibungsunterlagen bestandsfest festgelegt, dass allfällige - lediglich zweckmäßige - Subunternehmer die für die Ausführung ihres Teiles erforderliche Befugnis und Leistungsfähigkeit sowie die besondere berufliche Zuverlässigkeit (das heißt keine Strafvormerkungen gemäß Ausländerbeschäftigungsgesetz) im Sinne des BVergG besitzen müssen. Die zur Bestätigung der Erfüllung dieser Eignungskriterien für die Subunternehmer vorzulegenden Nachweise werden hingegen von der Auftraggeberin entgegen Paragraph 70, Absatz eins, BVergG in Verbindung mit Paragraph 79, Absatz 2, BVergG in der Ausschreibung nicht konkret festgelegt. Einzig hinsichtlich der beruflichen Zuverlässigkeit wird das Nichtvorliegen von Strafvormerkungen gemäß Ausländerbeschäftigungsgesetz ausdrücklich gefordert.

Mit dem Schreiben vom 13. September 2011 wird die Antragstellerin in weiterer Folge erstmals aufgefordert,

bestimmte Eignungsnachweise für die von ihr bezeichneten Subunternehmer zu übermitteln. Grundsätzlich lässt der Verwaltungsgerichtshof eine derartige nachträgliche - nämlich erst im Zuge der Angebotsprüfung erfolgende - Festlegung konkreter Nachweise jedenfalls für die bereits in der Ausschreibung genannten Eignungskriterien zu, zumal andernfalls die Eignung nicht überprüft werden könnte (VwGH vom 18. Mai 2005, 2004/04/0094).

Die Auftraggeberin führt für die Angemessenheit der ihrerseits zur Beibringung der nunmehr konkretisierten Nachweise gesetzten Frist die Regelung des § 70 Abs 3 BVergG (gemeint wohl idF vor der Novelle 2010; nunmehr § 70 Abs 4 BVergG) ins Treffen. Dabei übersieht die Auftraggeberin, dass die Anwendung der Bestimmungen betreffend die Vorlage bzw Vervollständigung von Nachweisen "binnen einer angemessenen Frist" voraussetzt, dass die konkreten Nachweise in den Ausschreibungsunterlagen auch tatsächlich festgelegt wurden. Dies wird auch dadurch deutlich, dass sich gemäß § 70 Abs 2 BVergG eine Eigenerklärung auf die festgelegten Nachweise zu beziehen hat (siehe RV 327 BlgNR XXIV. GP, 18). Die Auftraggeberin führt für die Angemessenheit der ihrerseits zur Beibringung der nunmehr konkretisierten Nachweise gesetzten Frist die Regelung des Paragraph 70, Absatz 3, BVergG (gemeint wohl in der Fassung vor der Novelle 2010; nunmehr Paragraph 70, Absatz 4, BVergG) ins Treffen. Dabei übersieht die Auftraggeberin, dass die Anwendung der Bestimmungen betreffend die Vorlage bzw Vervollständigung von Nachweisen "binnen einer angemessenen Frist" voraussetzt, dass die konkreten Nachweise in den Ausschreibungsunterlagen auch tatsächlich festgelegt wurden. Dies wird auch dadurch deutlich, dass sich gemäß Paragraph 70, Absatz 2, BVergG eine Eigenerklärung auf die festgelegten Nachweise zu beziehen hat (siehe Regierungsvorlage 327 BlgNR römisch 24 . GP, 18).

Mangels Kenntnis der konkret abverlangten Eignungsnachweise bis zum Ende der Angebotsfrist konnte die Antragstellerin im gegenständlichen Fall weder die entsprechenden Eignungsnachweise für die Subunternehmer noch eine diesbezügliche Eigenerklärung der Subunternehmer bereits mit dem Angebot abgeben. Insofern kann - entgegen der Ansicht der Auftraggeberin - weder auf die "Vorlagefrist" des § 70 Abs 4 BVergG noch auf die Bestimmung über die Abgabe einer Eigenerklärung und das daran anknüpfende "unverzügliche" Beibringen von Eignungsnachweisen rekuriert werden. Ein "griffbereites" Vorhandensein der Eignungsnachweise kann unter diesen Voraussetzungen jedenfalls nicht erwartet werden. Mangels Kenntnis der konkret abverlangten Eignungsnachweise bis zum Ende der Angebotsfrist konnte die Antragstellerin im gegenständlichen Fall weder die entsprechenden Eignungsnachweise für die Subunternehmer noch eine diesbezügliche Eigenerklärung der Subunternehmer bereits mit dem Angebot abgeben. Insofern kann - entgegen der Ansicht der Auftraggeberin - weder auf die "Vorlagefrist" des Paragraph 70, Absatz 4, BVergG noch auf die Bestimmung über die Abgabe einer Eigenerklärung und das daran anknüpfende "unverzügliche" Beibringen von Eignungsnachweisen rekuriert werden. Ein "griffbereites" Vorhandensein der Eignungsnachweise kann unter diesen Voraussetzungen jedenfalls nicht erwartet werden.

Ebenso wenig kann sich die Auftraggeberin darauf berufen, dass die fehlende Beilage von Eignungsnachweisen für die Subunternehmer bzw deren mangelnde Aktualität einen Mangel des Angebotes darstellt, zu deren Behebung sie mit Schreiben vom 13. September 2011 aufgefordert hat. Denn mit der Benennung der möglicherweise beauftragten Subunternehmer entspricht die Antragstellerin den Vorgaben der Ausschreibung (siehe Pkt 27. lit e. der Allgemeinen Bedingungen der Ausschreibungsunterlagen). Das Angebot ist insofern nicht mit einem Mangel behaftet. Ebenso wenig kann sich die Auftraggeberin darauf berufen, dass die fehlende Beilage von Eignungsnachweisen für die Subunternehmer bzw deren mangelnde Aktualität einen Mangel des Angebotes darstellt, zu deren Behebung sie mit Schreiben vom 13. September 2011 aufgefordert hat. Denn mit der Benennung der möglicherweise beauftragten Subunternehmer entspricht die Antragstellerin den Vorgaben der Ausschreibung (siehe Pkt 27. Litera e, der Allgemeinen Bedingungen der Ausschreibungsunterlagen). Das Angebot ist insofern nicht mit einem Mangel behaftet.

Seitens des erkennenden Senates war daher zu beurteilen, ob die mit drei Tagen bemessene Frist zur Vorlage der im Nachhinein konkretisierten Nachweise rechtskonform ist. Gemäß § 57 Abs 1 BVergG hat der Auftraggeber Fristen so zu bemessen und festzusetzen, dass den von der Fristsetzung betroffenen Unternehmern ausreichend Zeit für die Vornahme der entsprechenden Handlungen verbleibt. Entgegen den Vorgängerregelungen ist diese Vorgabe nicht nur für die Bemessung der Angebotsfristen maßgeblich (Öhler/Malin in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel § 312, Rz 186f), sodass diese auch hinsichtlich der hier von der Auftraggeberin gesetzten Vorlagefrist zu beachten ist. Seitens des erkennenden Senates war daher zu beurteilen, ob die mit drei Tagen bemessene Frist zur Vorlage der im Nachhinein konkretisierten Nachweise rechtskonform ist. Gemäß Paragraph 57, Absatz eins, BVergG hat der Auftraggeber Fristen so zu bemessen und festzusetzen, dass den von der Fristsetzung betroffenen Unternehmern ausreichend Zeit für die

Vornahme der entsprechenden Handlungen verbleibt. Entgegen den Vorgängerregelungen ist diese Vorgabe nicht nur für die Bemessung der Angebotsfristen maßgeblich (Öhler/Malin in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel Paragraph 312,, Rz 186f), sodass diese auch hinsichtlich der hier von der Auftraggeberin gesetzten Vorlagefrist zu beachten ist.

Vorliegend ist - wie bereits dargelegt - weder von einem Mängelbehebungsauftrag noch von einem Ersuchen um Vervollständigung von Eignungsnachweisen infolge einer Eigenerklärung auszugehen, wonach allenfalls durchaus kürzere Fristen gerechtfertigt sein können (siehe RV 327 BlgNR XXIV. GP, 19). Bei der Bemessung der Frist zur Vorlage von erst "nachträglich" festgelegten Nachweisen ist aber in jedem Fall ein anderer Maßstab anzusetzen. Es ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass bei gesetzeskonformer Bezeichnung der abverlangten Eignungsnachweise im Rahmen der Ausschreibungsunterlagen den Bieter die gesamte Angebotsfrist zur Beschaffung der betreffenden Unterlagen bzw zur rechtzeitigen Vorsorge für eine unverzügliche Vorlage im Falle einer Eigenerklärung zur Verfügung steht. Dieser "Vorsprung" wird durch eine erst nachträglich erfolgende Festlegung genommen. Schließlich ist bei der Fristbemessung auch zu berücksichtigen, dass die Nachweisführung für die Subunternehmer zu erfolgen hat und nicht für den Bieter selbst. Daher erweist sich die mit drei Tagen bemessene Frist zur Vorlage der Nachweise jedenfalls als zu kurz.

Vorliegend ist - wie bereits dargelegt - weder von einem Mängelbehebungsauftrag noch von einem Ersuchen um Vervollständigung von Eignungsnachweisen infolge einer Eigenerklärung auszugehen, wonach allenfalls durchaus kürzere Fristen gerechtfertigt sein können (siehe Regierungsvorlage 327 BlgNR römisch 24 . GP, 19). Bei der Bemessung der Frist zur Vorlage von erst "nachträglich" festgelegten Nachweisen ist aber in jedem Fall ein anderer Maßstab anzusetzen. Es ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass bei gesetzeskonformer Bezeichnung der abverlangten Eignungsnachweise im Rahmen der Ausschreibungsunterlagen den Bieter die gesamte Angebotsfrist zur Beschaffung der betreffenden Unterlagen bzw zur rechtzeitigen Vorsorge für eine unverzügliche Vorlage im Falle einer Eigenerklärung zur Verfügung steht. Dieser "Vorsprung" wird durch eine erst nachträglich erfolgende Festlegung genommen. Schließlich ist bei der Fristbemessung auch zu berücksichtigen, dass die Nachweisführung für die Subunternehmer zu erfolgen hat und nicht für den Bieter selbst. Daher erweist sich die mit drei Tagen bemessene Frist zur Vorlage der Nachweise jedenfalls als zu kurz.

Losgelöst davon sind "bloße" eignungsbezogene Nachweisfehler wie die Vorlage veralteter Eignungsnachweise bzw deren unterlassene Vorlage nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes und der Vergabekontrollbehörden als behebbare Mängel zu werten (siehe ua VwGH vom 3. September 2008, 2007/04/0017 mwN; ua BVA vom 27. Mai 2011, N/0024-BVA/13/2011-24; Fink/Hofer in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010] Rz 1429). Bei der Abgrenzung zwischen behebbaren und unbehebaren Mängeln ist nämlich darauf abzustellen, ob durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbieter materiell verbessert würde. In diesem Sinn wurden etwa das Fehlen des Nachweises einer vorhandenen Befugnis (VwGH vom 29. März 2006, 2003/04/0192), das Fehlen des Nachweises über eine bestehende Haftpflichtversicherung (BVA vom 14. November 2007, N/0100-BVA/05/2007-36), die fehlende Vorlage einer Referenzliste (BVA vom 28. November 2008, N/0131-BVA/12/2008-29 = RPA 2009, 33 [Hofer] = ZVB 2009, 61 [Grasböck]) oder auch die Vorlage einer "veralteten" Strafregisterauskunft (BVA vom 4. Februar 2004, N-49/00-40) als behebbare Mängel, das Anbot einer kürzeren als der von der Ausschreibung geforderten Mindestgewährleistungsfrist (VwGH vom 16. Februar 2005, 2004/04/0030) oder das Fehlen der rechtzeitigen Antragstellung gemäß § 373c GewO 1994 (VwGH vom 24. Februar 2006, 2004/04/0078 = RPA 2006, 245 [Gölles]) jedoch als unbehebbarer Mängel gewertet.

Losgelöst davon sind "bloße" eignungsbezogene Nachweisfehler wie die Vorlage veralteter Eignungsnachweise bzw deren unterlassene Vorlage nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes und der Vergabekontrollbehörden als behebbare Mängel zu werten (siehe ua VwGH vom 3. September 2008, 2007/04/0017 mwN; ua BVA vom 27. Mai 2011, N/0024-BVA/13/2011-24; Fink/Hofer in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010] Rz 1429). Bei der Abgrenzung zwischen behebbaren und unbehebaren Mängeln ist nämlich darauf abzustellen, ob durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbieter materiell verbessert würde. In diesem Sinn wurden etwa das Fehlen des Nachweises einer vorhandenen Befugnis (VwGH vom 29. März 2006, 2003/04/0192), das Fehlen des Nachweises über eine bestehende Haftpflichtversicherung (BVA vom 14. November 2007, N/0100-BVA/05/2007-36), die fehlende Vorlage einer Referenzliste (BVA vom 28. November 2008, N/0131-BVA/12/2008-29 = RPA 2009, 33 [Hofer] = ZVB 2009, 61 [Grasböck]) oder auch die Vorlage einer "veralteten" Strafregisterauskunft (BVA vom 4. Februar 2004, N-49/00-40) als behebbare Mängel, das Anbot einer kürzeren als der von der Ausschreibung geforderten Mindestgewährleistungsfrist

(VwGH vom 16. Februar 2005, 2004/04/0030) oder das Fehlen der rechtzeitigen Antragstellung gemäß Paragraph 373 c, GewO 1994 (VwGH vom 24. Februar 2006, 2004/04/0078 = RPA 2006, 245 [Gölles]) jedoch als unbehebbarer Mangel gewertet.

Sowohl die fehlende Übermittlung bestimmter Eignungsnachweise, wie vorliegend beispielsweise der Referenzliste und der Umsatzaufstellung, als auch die Vorlage nicht aktueller Strafregisterauskünfte bzw Rückstandsbescheinigungen sind als behebbarer Mangel zu qualifizieren, weswegen die Auftraggeberin auch aus diesem Grund keinesfalls zu einem unmittelbaren Ausscheiden des Angebotes ohne vorangehende Aufforderung zur Mängelbehebung berechtigt war (siehe ua VwGH vom 12. Mai 2011, 2008/04/00/87). Die Androhung des sofortigen Ausscheidens im Schreiben vom 13. September 2011 ist daher rechtswidrig. Die Rechtswidrigkeit dieser gesondert anfechtbaren Entscheidung kann im Rahmen der Anfechtung der Ausscheidensentscheidung geltend gemacht werden (§ 2 Z 16 lit b BVergG). Sowohl die fehlende Übermittlung bestimmter Eignungsnachweise, wie vorliegend beispielsweise der Referenzliste und der Umsatzaufstellung, als auch die Vorlage nicht aktueller Strafregisterauskünfte bzw Rückstandsbescheinigungen sind als behebbarer Mangel zu qualifizieren, weswegen die Auftraggeberin auch aus diesem Grund keinesfalls zu einem unmittelbaren Ausscheiden des Angebotes ohne vorangehende Aufforderung zur Mängelbehebung berechtigt war (siehe ua VwGH vom 12. Mai 2011, 2008/04/00/87). Die Androhung des sofortigen Ausscheidens im Schreiben vom 13. September 2011 ist daher rechtswidrig. Die Rechtswidrigkeit dieser gesondert anfechtbaren Entscheidung kann im Rahmen der Anfechtung der Ausscheidensentscheidung geltend gemacht werden (Paragraph 2, Ziffer 16, Litera b, BVergG).

Im Übrigen steht die Aufforderung zur Vorlage der Nachweise für die berufliche Zuverlässigkeit (Punkt 2. bis 5. des Schreibens vom 13. September 2011) nicht in Einklang mit den bestandsfesten Festlegungen der Ausschreibung, wonach dieses Eignungskriterium betreffend allein auf das Nichtvorliegen von Strafvormerkungen gemäß Ausländerbeschäftigungsgesetz abgestellt wird.

Aus den genannten Gründen erweist sich die Entscheidung der Auftraggeberin vom 20. September 2011, das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden, als rechtswidrig. Soweit die Eignungsnachweise von der Auftraggeberin sohin in Entsprechung der Vorgaben zu den Eignungskriterien betreffend Subunternehmer abverlangt werden können, hätte die Auftraggeberin die Antragstellerin unter Setzen einer angemessenen Frist zur Vorlage der Nachweise auffordern müssen. Die Frist von drei Tagen entspricht nicht der hier geforderten Angemessenheit. Der Antragstellerin stand eine nicht ausreichende Zeit zur Beschaffung der betreffenden Unterlagen im Sinne des § 57 Abs 1 BVergG zur Verfügung. Aus den genannten Gründen erweist sich die Entscheidung der Auftraggeberin vom 20. September 2011, das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden, als rechtswidrig. Soweit die Eignungsnachweise von der Auftraggeberin sohin in Entsprechung der Vorgaben zu den Eignungskriterien betreffend Subunternehmer abverlangt werden können, hätte die Auftraggeberin die Antragstellerin unter Setzen einer angemessenen Frist zur Vorlage der Nachweise auffordern müssen. Die Frist von drei Tagen entspricht nicht der hier geforderten Angemessenheit. Der Antragstellerin stand eine nicht ausreichende Zeit zur Beschaffung der betreffenden Unterlagen im Sinne des Paragraph 57, Absatz eins, BVergG zur Verfügung.

Aber selbst wenn die dreitägige Frist - entgegen der Ansicht des erkennenden Senates - als angemessen angesehen würde, so hätte die Auftraggeberin unter nochmaliger Fristsetzung zur Aktualisierung bzw Vorlage der fehlenden Nachweise auffordern müssen, zumal die Nachweise erstmals mit Schreiben vom 13. September 2011 benannt wurden. Dies hat die Auftraggeberin unterlassen.

Die Rechtswidrigkeit der Ausscheidensentscheidung ist auch gemäß § 325 Abs 1 Z 2 BVergG als wesentlich für den Ausgang des Vergabeverfahrens einzustufen, da bei rechtskonformem Vorgehen der Auftraggeberin, nämlich dem Setzen einer angemessenen Frist und einem allenfalls notwendigen Mängelbehebungsauftrag, ein anderer Ausgang des Vergabeverfahrens nicht ausgeschlossen werden kann. Die Rechtswidrigkeit ist sohin zumindest von potentieller Relevanz (siehe Reisner in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, § 325, Rz 12 mwN; Walther/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010] Rz 2048). Die Rechtswidrigkeit der Ausscheidensentscheidung ist auch gemäß Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG als wesentlich für den Ausgang des Vergabeverfahrens einzustufen, da bei rechtskonformem Vorgehen der Auftraggeberin, nämlich dem Setzen einer angemessenen Frist und einem allenfalls notwendigen Mängelbehebungsauftrag, ein anderer Ausgang des Vergabeverfahrens nicht ausgeschlossen werden kann. Die Rechtswidrigkeit ist sohin zumindest von potentieller Relevanz (siehe Reisner in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Paragraph 325,, Rz 12 mwN; Walther/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch

Vergaberecht³ [2010] Rz 2048).

III. Spruchpunkt II:römisch drei. Spruchpunkt II:

Gemäß § 319 Abs 1 BVergG hat der der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Gemäß § 319 Abs 2 BVergG besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung 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. Über den Gebührenersatz hat gemäß § 319 Abs 3 BVergG das Bundesvergabeamt spätestens drei Wochen ab jenem Zeitpunkt zu entscheiden, ab dem feststeht, dass ein Anspruch auf Gebührenersatz besteht. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, BVergG hat der der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Gemäß Paragraph 319, Absatz 2, BVergG besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung 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. Über den Gebührenersatz hat gemäß Paragraph 319, Absatz 3, BVergG das Bundesvergabeamt spätestens drei Wochen ab jenem Zeitpunkt zu entscheiden, ab dem feststeht, dass ein Anspruch auf Gebührenersatz besteht.

Die Gebühren für die Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und auf Nichtigserklärung des Ausscheidens in der Höhe von insgesamt Euro 985,50 wurden von der Antragstellerin nachweislich entrichtet. Das Bundesvergabeamt erließ eine einstweilige Verfügung und erklärte die Ausscheidensentscheidung vom 20. September 2011 antragsgemäß für nichtig. Die Auftraggeberin ist daher verpflichtet, die bezahlte Pauschalgebühr zu ersetzen.

Schlagworte

Abgrenzung, Bauauftrag-Lieferauftrag, nachträgliche Festlegung von Eignungsnachweisen, Bemessung der Frist zur erstmaligen Vorlage von Eignungsnachweisen;

Zuletzt aktualisiert am

13.12.2011

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