

TE Verg Bescheid 2010/6/15 N/0038-BVA/10/2010-44

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 15.06.2010

Norm

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §319 Abs1

BVergG 2006 §319 Abs2

BVergG 2006 §321 Abs1

AVG 1991 §33 Abs3

AVG 1991 idF BGBl I Nr 5/2008 §13 Abs2

AVG 1991 idF BGBl I Nr 5/2008 §13 Abs5

ZustG §2 Z7

GewO 1994 §94 Z7

GewO 1994 §94 Z71

GewO 1994 §150 Abs2

GewO 1994 §150 Abs22

GewO 1994 §32 Abs1 Z1

GewO 1994 §32 Abs1 Z9

1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 320 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. ZustG § 2 heute
2. ZustG § 2 gültig ab 30.12.2022 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 205/2022

3. ZustG § 2 gültig von 13.04.2017 bis 29.12.2022 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 40/2017
4. ZustG § 2 gültig von 01.03.2013 bis 12.04.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
5. ZustG § 2 gültig von 01.01.2008 bis 28.02.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 5/2008
6. ZustG § 2 gültig von 01.03.2004 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2004
7. ZustG § 2 gültig von 01.03.1983 bis 29.02.2004

1. GewO 1994 § 94 heute
2. GewO 1994 § 94 gültig ab 17.10.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 94/2017
3. GewO 1994 § 94 gültig von 29.03.2016 bis 16.10.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 155/2015
4. GewO 1994 § 94 gültig von 28.12.2013 bis 28.03.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 212/2013
5. GewO 1994 § 94 gültig von 14.09.2012 bis 27.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2012
6. GewO 1994 § 94 gültig von 01.09.2012 bis 13.09.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2011
7. GewO 1994 § 94 gültig von 19.08.2010 bis 31.08.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 66/2010
8. GewO 1994 § 94 gültig von 01.01.2010 bis 18.08.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 121/2009
9. GewO 1994 § 94 gültig von 27.02.2008 bis 31.12.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 42/2008
10. GewO 1994 § 94 gültig von 01.01.2007 bis 26.02.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 161/2006
11. GewO 1994 § 94 gültig von 15.01.2005 bis 31.12.2006 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 131/2004
12. GewO 1994 § 94 gültig von 01.08.2002 bis 14.01.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002
13. GewO 1994 § 94 gültig von 01.07.1997 bis 31.07.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 63/1997
14. GewO 1994 § 94 gültig von 01.07.1996 bis 30.06.1997 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/1997
15. GewO 1994 § 94 gültig von 19.03.1994 bis 30.06.1996

1. GewO 1994 § 94 heute
2. GewO 1994 § 94 gültig ab 17.10.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 94/2017
3. GewO 1994 § 94 gültig von 29.03.2016 bis 16.10.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 155/2015
4. GewO 1994 § 94 gültig von 28.12.2013 bis 28.03.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 212/2013
5. GewO 1994 § 94 gültig von 14.09.2012 bis 27.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2012
6. GewO 1994 § 94 gültig von 01.09.2012 bis 13.09.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2011
7. GewO 1994 § 94 gültig von 19.08.2010 bis 31.08.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 66/2010
8. GewO 1994 § 94 gültig von 01.01.2010 bis 18.08.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 121/2009
9. GewO 1994 § 94 gültig von 27.02.2008 bis 31.12.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 42/2008
10. GewO 1994 § 94 gültig von 01.01.2007 bis 26.02.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 161/2006
11. GewO 1994 § 94 gültig von 15.01.2005 bis 31.12.2006 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 131/2004
12. GewO 1994 § 94 gültig von 01.08.2002 bis 14.01.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002
13. GewO 1994 § 94 gültig von 01.07.1997 bis 31.07.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 63/1997
14. GewO 1994 § 94 gültig von 01.07.1996 bis 30.06.1997 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/1997
15. GewO 1994 § 94 gültig von 19.03.1994 bis 30.06.1996

1. GewO 1994 § 150 heute
2. GewO 1994 § 150 gültig ab 17.10.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 94/2017
3. GewO 1994 § 150 gültig von 14.09.2012 bis 16.10.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2012
4. GewO 1994 § 150 gültig von 19.08.2010 bis 13.09.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 66/2010
5. GewO 1994 § 150 gültig von 27.02.2008 bis 18.08.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 42/2008
6. GewO 1994 § 150 gültig von 01.08.2003 bis 26.02.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 48/2003
7. GewO 1994 § 150 gültig von 01.08.2002 bis 31.07.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002
8. GewO 1994 § 150 gültig von 19.03.1994 bis 31.07.2002

1. GewO 1994 § 150 heute
2. GewO 1994 § 150 gültig ab 17.10.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 94/2017
3. GewO 1994 § 150 gültig von 14.09.2012 bis 16.10.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2012
4. GewO 1994 § 150 gültig von 19.08.2010 bis 13.09.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 66/2010
5. GewO 1994 § 150 gültig von 27.02.2008 bis 18.08.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 42/2008
6. GewO 1994 § 150 gültig von 01.08.2003 bis 26.02.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 48/2003
7. GewO 1994 § 150 gültig von 01.08.2002 bis 31.07.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002

8. GewO 1994 § 150 gültig von 19.03.1994 bis 31.07.2002

1. GewO 1994 § 32 heute
2. GewO 1994 § 32 gültig ab 18.07.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 94/2017
3. GewO 1994 § 32 gültig von 15.01.2005 bis 17.07.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 131/2004
4. GewO 1994 § 32 gültig von 01.08.2003 bis 14.01.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 48/2003
5. GewO 1994 § 32 gültig von 01.08.2002 bis 31.07.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002
6. GewO 1994 § 32 gültig von 01.07.1997 bis 31.07.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 63/1997
7. GewO 1994 § 32 gültig von 19.03.1994 bis 30.06.1997

1. GewO 1994 § 32 heute
2. GewO 1994 § 32 gültig ab 18.07.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 94/2017
3. GewO 1994 § 32 gültig von 15.01.2005 bis 17.07.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 131/2004
4. GewO 1994 § 32 gültig von 01.08.2003 bis 14.01.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 48/2003
5. GewO 1994 § 32 gültig von 01.08.2002 bis 31.07.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002
6. GewO 1994 § 32 gültig von 01.07.1997 bis 31.07.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 63/1997
7. GewO 1994 § 32 gültig von 19.03.1994 bis 30.06.1997

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Senat 10 bestehend aus Mag. Hubert Reisner als Vorsitzendem sowie Dr. Walter Fuchs als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Ulrich E. Zellenberg als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe "Tischlerarbeiten, 8600 Bruck an der Mur, Dr.-Theodor-Körner-Straße 44, Zu- und Umbau für die HBLF-Forstschule Bruck an der Mur" der Auftraggeberin Bundesimmobiliengesellschaft m. b.H. eingeleitet über Antrag der A*** vertreten durch X*** Rechtsanwälte GesBR vom 3. Mai 2010 wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Der Antrag der A***, "das BVA möge ein Nachprüfungsverfahren Durchführen und die Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin wegen Rechtswidrigkeit für nichtig erklären", wird zurückgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 320 Abs 1 BVergG Rechtsgrundlage: Paragraph 320, Absatz eins, BVergG

II.römisch zwei.

Der Antrag der A***, "das BVA möge der Auftraggeberin den Ersatz der Von der Antragstellerin gemäß § 318 BVergG entrichteten Gebühren binnen 14 Tagen ab Zugang der Entscheidung auftragen", wird zurückgewiesen. Der Antrag der A***, "das BVA möge der Auftraggeberin den Ersatz der Von der Antragstellerin gemäß Paragraph 318, BVergG entrichteten Gebühren binnen 14 Tagen ab Zugang der Entscheidung auftragen", wird zurückgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 319 BVergG Rechtsgrundlage: Paragraph 319, BVergG

Begründung

1. 1.Ziffer eins

Vorbringen der Parteien und Gang des Verfahrens

Die A*** vertreten durch X*** GesBR in der Folge Antragstellerin genannt, stellte am 3. Mai 2010 neben dem im Spruch ersichtlichen Begehren und Anträgen auf Gebührenersatz gemäß § 319 BVergG, auf Akteneinsicht gemäß § 17 AVG und auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung den Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung. Sie brachte diesen Antrag am 3. Mai 2010, 15.03 Uhr, beim Bundesvergabeamt per E-Mail ein. Die Auftraggeberin habe die Antragstellerin mit Schreiben vom 26. April 2010 von der Zuschlagsentscheidung in Kenntnis gesetzt. Der Antragstellerin drohe ein Schaden in Form des entgangenen Gewinns, der bisher aufgewendeten Kalkulations- und Auftragsbearbeitungskosten, der Rechtsberatungskosten und des Verlusts eines Referenzprojekts. Die Zuschlagsentscheidung sei zusammengefasst deshalb rechtswidrig, weil das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin gemäß § 129 Abs 1 Z 1 BVergG auszuscheiden sei, da sie an der Erstellung der

Ausschreibungsunterlagen mitgearbeitet habe. Durch die rechtswidrige Zuschlagsentscheidung erachtet sich die Antragstellerin in ihrem Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens gemäß § 19 Abs 1 BVergG, in ihrem Recht auf eine vergaberechtskonforme Zuschlagsentscheidung, insbesondere auch in ihrem Recht auf Ausscheiden eines von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließenden Angebots, in ihrem Recht auf Zuschlagsentscheidung, korrekte Bestbieterermittlung sowie auf Gleichbehandlung und Durchführung eines fairen Wettbewerbs verletzt. Bei Ausscheiden des Angebots der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin wäre es möglich, dass dem Angebot der Antragstellerin der Zuschlag erteilt werden könnte. Die A*** vertreten durch X*** GesBR in der Folge Antragstellerin genannt, stellte am 3. Mai 2010 neben dem im Spruch ersichtlichen Begehren und Anträgen auf Gebührenersatz gemäß Paragraph 319, BVergG, auf Akteneinsicht gemäß Paragraph 17, AVG und auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung den Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung. Sie brachte diesen Antrag am 3. Mai 2010, 15.03 Uhr, beim Bundesvergabeamt per E-Mail ein. Die Auftraggeberin habe die Antragstellerin mit Schreiben vom 26. April 2010 von der Zuschlagsentscheidung in Kenntnis gesetzt. Der Antragstellerin drohe ein Schaden in Form des entgangenen Gewinns, der bisher aufgewendeten Kalkulations- und Auftragsbearbeitungskosten, der Rechtsberatungskosten und des Verlusts eines Referenzprojekts. Die Zuschlagsentscheidung sei zusammengefasst deshalb rechtswidrig, weil das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG auszuschneiden sei, da sie an der Erstellung der Ausschreibungsunterlagen mitgearbeitet habe. Durch die rechtswidrige Zuschlagsentscheidung erachtet sich die Antragstellerin in ihrem Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG, in ihrem Recht auf eine vergaberechtskonforme Zuschlagsentscheidung, insbesondere auch in ihrem Recht auf Ausscheiden eines von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließenden Angebots, in ihrem Recht auf Zuschlagsentscheidung, korrekte Bestbieterermittlung sowie auf Gleichbehandlung und Durchführung eines fairen Wettbewerbs verletzt. Bei Ausscheiden des Angebots der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin wäre es möglich, dass dem Angebot der Antragstellerin der Zuschlag erteilt werden könnte.

Die Auftraggeberin erteilte in ihrer Stellungnahme vom 7. Mai 2010 allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und legte die Unterlagen des Vergabeverfahrens vor. Sie führte darin im Wesentlichen aus, dass der Antragstellerin die Antragslegitimation fehle, weil sie nicht über die notwendige Befugnis für die Bodenlegerarbeiten verfüge. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin sei im Zuge der Erstellung der Angebotsunterlagen vom Generalplaner wegen der Details eines anderen Projekts kontaktiert worden. Ebenso sei in der Folge eine andere Gesellschaft kontaktiert worden, die auch Textvorschläge unterbreite habe. Die Ausschreibungsunterlagen seien bestandsfest geworden. Es liege kein Wettbewerbsvorteil vor. Es habe lediglich ein "technischer Dialog" stattgefunden. Es bestehe kein Wissensvorsprung der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin. Die Auftraggeberin beantragte die Ab- bzw Zurückweisung sämtlicher Anträge der Antragstellerin.

Am 7. Mai 2010 gab die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin die Bevollmächtigung eines Rechtsvertreters bekannt und behauptete die Verspätung des Nachprüfungsantrags. Sie beantragte die Zurückweisung des Nachprüfungsantrags und des Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

Am 11. Mai 2010 brachte die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin erneut eine Stellungnahme ein. Darin erstattete sie weiteres Vorbringen zur Verspätung des Nachprüfungsantrags.

Am 11. Mai 2010 brachte die Auftraggeberin eine weitere Stellungnahme ein und erstatte ebenfalls Ausführungen zur Verspätung des Nachprüfungsantrags.

Am 12. Mai 2010 brachte die Antragstellerin eine Stellungnahme ein. Darin wandte sie sich gegen die Verfristung und stellte eine weitere Stellungnahme zu der behaupteten fehlenden Antragslegitimation in Aussicht.

Am 14. Mai 2010 erhob die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin begründete Einwendungen. Darin verwies sie auf ihr bisheriges Vorbringen zur Verspätung des Nachprüfungsantrags und führte zur fehlenden Befugnis der Antragstellerin und den behaupteten Vorarbeiten so wie die Auftraggeberin aus. Sie beantragte, den Nachprüfungsantrag wegen Verspätung zurückzuweisen, in eventu wegen fehlender Antragslegitimation der Antragstellerin zurückzuweisen, in eventu abzuweisen.

Mit der einstweiligen Verfügung vom 14. Mai 2010, N/0038-BVA/10/2010-EV19, untersagte das Bundesvergabeamt der Auftraggeberin die Zuschlagserteilung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens.

Am 27. Mai 2010 brachte die Antragstellerin erneut eine Stellungnahme ein. Darin führte sie im Wesentlichen aus, dass

sie sich auf die Befugnis der Subunternehmerin B*** für die Bodenlegearbeiten berufe. Dies betreffe nicht die Leistungsfähigkeit, von der die Befugnis zu trennen sei. Wenn die Auftraggeberin darin einen Mangel erblicke, dass die Subunternehmerin als nicht für die Leistungsfähigkeit erforderlich genannt sei, hätte sie die Antragstellerin zur Verbesserung auffordern müssen. Es handle sich um einen verbesserbaren Mangel. Eine materielle Verbesserung der Wettbewerbsstellung sei dadurch ausgeschlossen. Die Antragstellerin verfüge über eine Gewerbeberechtigung als Tischler gemäß § 94 Z 71 GewO eingeschränkt auf Montage. Der davon nicht umfasste Leistungsteil betreffe 9.6 % der Angebotssumme und sei daher von den gewerberechtlichen Nebenrechten gemäß § 32 Abs 1 Z 1 GewO mitumfasst. Es fänden sich lediglich drei Positionen im Leistungsverzeichnis, die zusammen etwa 10 % der Auftragssumme ausmachten, die nicht mit einem Leitprodukt der C*** beschrieben seien. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin sei der einzige Hersteller, der an der Ausschreibung teilnehme. Die Bewerber, die ein Produkt zukaufen müssten, erlitten einen Wettbewerbsnachteil. Unter anderem bei den ballsicheren Decken seien grobe Massenfehler in der Ausschreibung enthalten. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin müsse bei der Erstellung der Ausschreibung mitgewirkt haben oder Informationen über die Massenfehler besessen haben. Nur so sei der niedrige Angebotspreis erklärbar. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin habe über weit mehr an Information als ihre Mitbewerber verfügt. Es liege ein Ausschluss des freien und fairen Wettbewerbs vor. Auf die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin könne verzichtet werden, um einen freien und fairen Wettbewerb zu gewährleisten. Am 27. Mai 2010 brachte die Antragstellerin erneut eine Stellungnahme ein. Darin führte sie im Wesentlichen aus, dass sie sich auf die Befugnis der Subunternehmerin B*** für die Bodenlegearbeiten berufe. Dies betreffe nicht die Leistungsfähigkeit, von der die Befugnis zu trennen sei. Wenn die Auftraggeberin darin einen Mangel erblicke, dass die Subunternehmerin als nicht für die Leistungsfähigkeit erforderlich genannt sei, hätte sie die Antragstellerin zur Verbesserung auffordern müssen. Es handle sich um einen verbesserbaren Mangel. Eine materielle Verbesserung der Wettbewerbsstellung sei dadurch ausgeschlossen. Die Antragstellerin verfüge über eine Gewerbeberechtigung als Tischler gemäß Paragraph 94, Ziffer 71, GewO eingeschränkt auf Montage. Der davon nicht umfasste Leistungsteil betreffe 9.6 % der Angebotssumme und sei daher von den gewerberechtlichen Nebenrechten gemäß Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer eins, GewO mitumfasst. Es fänden sich lediglich drei Positionen im Leistungsverzeichnis, die zusammen etwa 10 % der Auftragssumme ausmachten, die nicht mit einem Leitprodukt der C*** beschrieben seien. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin sei der einzige Hersteller, der an der Ausschreibung teilnehme. Die Bewerber, die ein Produkt zukaufen müssten, erlitten einen Wettbewerbsnachteil. Unter anderem bei den ballsicheren Decken seien grobe Massenfehler in der Ausschreibung enthalten. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin müsse bei der Erstellung der Ausschreibung mitgewirkt haben oder Informationen über die Massenfehler besessen haben. Nur so sei der niedrige Angebotspreis erklärbar. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin habe über weit mehr an Information als ihre Mitbewerber verfügt. Es liege ein Ausschluss des freien und fairen Wettbewerbs vor. Auf die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin könne verzichtet werden, um einen freien und fairen Wettbewerb zu gewährleisten.

Am 2. Juni 2010 legte die Auftraggeberin das Leistungsverzeichnis des Vergabeverfahrens "Mehrzweckhalle D*** Turnsaalausstattung" auf einem Datenträger vor.

Am 2. Juni 2010 brachte die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin eine weitere Stellungnahme ein. Darin brachte sie im Wesentlichen vor, dass das Angebot der Antragstellerin wegen fehlender Befugnis auszuschneiden gewesen wäre. Ihr komme keine Antragslegitimation zu. Die Antragstellerin habe nicht dargetan, dass es sich bei der B*** um einen "eignungsrelevanten" und damit notwendigen Subunternehmer handle. Das Angebot verstoße gegen § 108 Abs 1 Z 2 BVergG. Der Subunternehmer sei nur für einen Teil der Leistungsgruppen genannt, die mit dem Verlegen der Böden zu tun habe. Der Mangel an Befugnis sei unbehebbar. Bei den Bodenlegearbeiten handle es nicht um Leistungen in geringem Umfang, die von der Befugnis als Tischler umfasst seien. Sie überschritten die "Wesentlichkeitsschwelle" von 10 %. Sie betrügen etwa 13 % der Auftragssumme. Die Ausschreibung sei nicht auf die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin zugeschnitten. Die Nennung von Leitprodukten sei eine ganz allgemein zulässige Vorgehensweise. Die Ausschreibung sei bestandsfest. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin habe dem planenden Architekten technische Beschreibungen der bei der Ausführung des Projekts Sporthalle D*** eingesetzten Produkte übermittelt. Der planende Architekt habe sich auch von anderen Unternehmen, die vergleichbare Projekte geplant hätten, deren Produkte präsentieren lassen. Dabei handle es sich nicht um eine "Vorarbeit" iSd § 20 Abs 5 BVergG. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin habe keine Informationen über von der Antragstellerin behauptete grobe Massefehler in der Ausschreibung bekommen. Am 2. Juni 2010 brachte die in

Aussicht genomme Zuschlagsempfängerin eine weitere Stellungnahme ein. Darin brachte sie im Wesentlichen vor, dass das Angebot der Antragstellerin wegen fehlender Befugnis auszuschneiden gewesen wäre. Ihr komme keine Antragslegitimation zu. Die Antragstellerin habe nicht dargetan, dass es sich bei der B*** um einen "eignungsrelevanten" und damit notwendigen Subunternehmer handle. Das Angebot verstoße gegen Paragraph 108, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG. Der Subunternehmer sei nur für einen Teil der Leistungsgruppen genannt, die mit dem Verlegen der Böden zu tun habe. Der Mangel an Befugnis sei unbehebbar. Bei den Bodenlegearbeiten handle es nicht um Leistungen in geringem Umfang, die von der Befugnis als Tischler umfasst seien. Sie überschritten die "Wesentlichkeitsschwelle" von 10 %. Sie betrügen etwa 13 % der Auftragssumme. Die Ausschreibung sei nicht auf die in Aussicht genomme Zuschlagsempfängerin zugeschnitten. Die Nennung von Leitprodukten sei eine ganz allgemein zulässige Vorgehensweise. Die Ausschreibung sei bestandsfest. Die in Aussicht genomme Zuschlagsempfängerin habe dem planenden Architekten technische Beschreibungen der bei der Ausführung des Projekts Sporthalle D*** eingesetzten Produkte übermittelt. Der planende Architekt habe sich auch von anderen Unternehmen, die vergleichbare Projekte geplant hätten, deren Produkte präsentieren lassen. Dabei handle es sich nicht um eine "Vorarbeit" iSd Paragraph 20, Absatz 5, BVergG. Die in Aussicht genomme Zuschlagsempfängerin habe keine Informationen über von der Antragstellerin behauptete grobe Massefehler in der Ausschreibung bekommen.

Am 2. Juni 2010 brachte die Auftraggeberin eine weitere Stellungnahme ein. Darin führte sie im Wesentlichen aus, dass die Antragstellerin entgegen ihrer Verpflichtung nach § 108 Abs 1 Z 2 BVergG einen notwendigen Subunternehmer nicht angegeben habe. Dies stelle einen unbehebbar Mangel dar. Das zweite von der Subunternehmerin gefertigte Formblatt "Antrag auf Genehmigung von Subunternehmern" könne nicht die von der Bieterin gemäß § 108 Abs 1 Z 2 BVergG geforderte Bekanntgabe eines notwendigen Subunternehmers ersetzen. Es fehle die ursprüngliche Erklärung der Antragstellerin, dass der angegebene Subunternehmer die Befugnis substituieren solle. Es sei ein objektives Verständnis der Ausschreibung zu unterstellen. In der auf Seite 30 f der Ausschreibungsunterlagen enthaltenen Auflistung "Geforderte Eignungsnachweise für Bauaufträge" werde in Zusammenhang mit Subunternehmern lediglich auf die Erklärung über die solidarische Haftung gegenüber Auftragnehmern Bezug genommen, falls sich der Unternehmer zum Nachweis seiner finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit auf die Kapazitäten von Subunternehmern stütze. In diesem Zusammenhang sei außerdem zwischen der (unbehebbar) Benennung und Angabe gemäß § 108 Abs 1 Z 2 BVergG im Hinblick auf die Substitution der Befugnis durch einen Subunternehmer und dem (allenfalls behebbar) Nachweis über die tatsächliche Verfügbarkeit strikt zu trennen. Die Antragstellerin habe sich nicht auf den Subunternehmer zum Nachweis der Befugnis gestützt. Die Antragstellerin habe den Anteil des Subunternehmers in dem Formblatt "Antrag auf Genehmigung von Subunternehmern" mit 10 % angegeben. Die Bodenlegearbeiten stellten überdies von der Bedeutung her einen wesentlichen Teil des Auftrags dar. Die Antragstellerin habe auch den Subunternehmer nicht für alle Leistungsteile des Bodenlegens benannt. Es habe anlässlich eines Gesprächs im Büro der Generalplaner Kontakt zwischen der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin und dem Planer stattgefunden. Dabei sei von der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin ein Bilder-Prospekt ohne technische Ausführungen übergeben worden und diese ersucht worden, zu der technischen Konstruktion der jeweiligen Ausführungen zu erläutern. Der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin sei nicht mitgeteilt worden, welche Konstruktion ausgeschrieben würde. Die konkrete Festlegung und Ausgestaltung des vergabegegenständlichen Leistungsverzeichnisses sei ohne irgendeine Einbindung der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin erfolgt. Die Positionen des Leistungsverzeichnisses erwiesen sich als sehr nahe am Standardleistungsbuch. Es sei vom Recht des Auftraggebers Gebrauch gemacht worden, das geforderte Qualitätsniveau auf diese Weise hinreichend genau und allgemein verständlich gemäß § 98 Z 7 BVergG samt Angabe der maßgeblichen Kriterien für die Beurteilung der Gleichwertigkeit zu beschreiben und festzulegen. Es bestehe im Ergebnis kein verwertbarer Wissensvorsprung, der ein Ausscheiden der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin aufgrund von § 20 Abs 5 BVergG gerechtfertigt hätte. "Lamellendecken" seien nicht nur für den Turnsaal mit ca 400 m², sondern auch für die Aula EG mit ca 450 m², die Aula OG mit ca 280 m², den Speisesaal + Mehrzweckraum + Gang mit ca 550 m² vorgesehen. Es liege daher kein Massenfehler vor. Herr G*** von der Antragstellerin habe am Tag vor Ablauf der Angebotsfrist noch im Büro der Generalplaner mitgeteilt, dass die Antragstellerin gerne eine andere als die ausgeschriebene Deckenverkleidung (Lamellendecke) anbieten würde. Von den Massenfehlern oder der auf die in Aussicht genomme Zuschlagsempfängerin zugeschnittenen Ausschreibung sei dabei kein Wort gefallen. Auch der Preisspiegel widerlege, dass die in Aussicht genomme Zuschlagsempfängerin in den von der Antragstellerin genannten Positionen unverhältnismäßig niedrige Positionspreise angeboten habe. Am

2. Juni 2010 brachte die Auftraggeberin eine weitere Stellungnahme ein. Darin führte sie im Wesentlichen aus, dass die Antragstellerin entgegen ihrer Verpflichtung nach Paragraph 108, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG einen notwendigen Subunternehmer nicht angegeben habe. Dies stelle einen unbehebbarer Mangel dar. Das zweite von der Subunternehmerin gefertigte Formblatt "Antrag auf Genehmigung von Subunternehmern" könne nicht die von der Bieterin gemäß Paragraph 108, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG geforderte Bekanntgabe eines notwendigen Subunternehmers ersetzen. Es fehle die ursprüngliche Erklärung der Antragstellerin, dass der angegebene Subunternehmer die Befugnis substituieren solle. Es sei ein objektives Verständnis der Ausschreibung zu unterstellen. In der auf Seite 30 f der Ausschreibungsunterlagen enthaltenen Auflistung "Geforderte Eignungsnachweise für Bauaufträge" werde in Zusammenhang mit Subunternehmern lediglich auf die Erklärung über die solidarische Haftung gegenüber Auftragnehmern Bezug genommen, falls sich der Unternehmer zum Nachweis seiner finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit auf die Kapazitäten von Subunternehmern stütze. In diesem Zusammenhang sei außerdem zwischen der (unbehebbarer) Benennung und Angabe gemäß Paragraph 108, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG im Hinblick auf die Substitution der Befugnis durch einen Subunternehmer und dem (allenfalls behebbaren) Nachweis über die tatsächliche Verfügbarkeit strikt zu trennen. Die Antragstellerin habe sich nicht auf den Subunternehmer zum Nachweis der Befugnis gestützt. Die Antragstellerin habe den Anteil des Subunternehmers in dem Formblatt "Antrag auf Genehmigung von Subunternehmern" mit 10 % angegeben. Die Bodenlegearbeiten stellten überdies von der Bedeutung her einen wesentlichen Teil des Auftrags dar. Die Antragstellerin habe auch den Subunternehmer nicht für alle Leistungsteile des Bodenlegens benannt. Es habe anlässlich eines Gesprächs im Büro der Generalplaner Kontakt zwischen der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin und dem Planer stattgefunden. Dabei sei von der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin ein Bilder-Prospekt ohne technische Ausführungen übergeben worden und diese ersucht worden, zu der technischen Konstruktion der jeweiligen Ausführungen zu erläutern. Der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin sei nicht mitgeteilt worden, welche Konstruktion ausgeschrieben würde. Die konkrete Festlegung und Ausgestaltung des vergabegegenständlichen Leistungsverzeichnisses sei ohne irgendeine Einbindung der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin erfolgt. Die Positionen des Leistungsverzeichnisses erwiesen sich als sehr nahe am Standardleistungsbuch. Es sei vom Recht des Auftraggebers Gebrauch gemacht worden, das geforderte Qualitätsniveau auf diese Weise hinreichend genau und allgemein verständlich gemäß Paragraph 98, Ziffer 7, BVergG samt Angabe der maßgeblichen Kriterien für die Beurteilung der Gleichwertigkeit zu beschreiben und festzulegen. Es bestehe im Ergebnis kein verwertbarer Wissensvorsprung, der ein Ausscheiden der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin aufgrund von Paragraph 20, Absatz 5, BVergG gerechtfertigt hätte. "Lamellendecken" seien nicht nur für den Turnsaal mit ca 400 m², sondern auch für die Aula EG mit ca 450 m², die Aula OG mit ca 280 m², den Speisesaal + Mehrzweckraum + Gang mit ca 550 m² vorgesehen. Es liege daher kein Massenfehler vor. Herr G*** von der Antragstellerin habe am Tag vor Ablauf der Angebotsfrist noch im Büro der Generalplaner mitgeteilt, dass die Antragstellerin gerne eine andere als die ausgeschriebene Deckenverkleidung (Lamellendecke) anbieten würde. Von den Massenfehlern oder der auf die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin zugeschnittenen Ausschreibung sei dabei kein Wort gefallen. Auch der Preisspiegel widerlege, dass die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin in den von der Antragstellerin genannten Positionen unverhältnismäßig niedrige Positionspreise angeboten habe.

Am 8. Juni 2010 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt statt. Der Vertreter der Auftraggeberin brachte vor, dass eine Berufung nach § 32 Abs 1 Z 1 GewO nicht stattfinden könne, weil diese Bestimmung voraussetze, dass der Unternehmer die Arbeiten selbst ausführe. Im vorliegenden Fall wolle die Antragstellerin die Arbeiten von einem Subunternehmer ausführen lassen. Der Vertreter der Antragstellerin brachte vor, dass versehentlich die falsche Leistungsgruppen-Nummer im Subunternehmerverzeichnis genannt worden sei. Allerdings seien gleichzeitig der Leistungsteil Böden und der Prozentsatz der Leistung am gesamten Auftragswert angegeben worden. Der Subunternehmer sei für Bodenlegearbeiten vermerkt. Die Antragstellerin habe dem Angebot sämtliche Bodenzertifikate des Subunternehmers angeschlossen. Sie habe vorab ein verbindliches Angebot der Subunternehmerin eingeholt. Es sei klar, welche Leistungsteile im Angebot vom Subunternehmer erbracht werden sollten. Durch eine Aufklärung ändere sich die Wettbewerbsstellung nicht. Insbesondere deshalb, da ein verbindliches Subunternehmerangebot vorgelegen sei. Es handele sich um einen behebbaren Mangel. Verwiesen werde auf den Bescheid des BVA vom 7. September 2007, N/0026-BVA/03/2007-60, wonach es genüge, dass ein Subunternehmer an irgendeiner Stelle im Angebot genannt sei. Der Vertreter der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin brachte vor, dass rechtlich irrelevant sei, dass die Prüfung der Befugnis nach Einleitung des Nachprüfungsverfahrens erfolgt

sei. Die Zertifikate, die dem Angebot der Antragstellerin angeschlossen seien, bezögen sich auf das angebotene Produkt, nicht auf das Unternehmen der Subunternehmerin. Am 8. Juni 2010 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt statt. Der Vertreter der Auftraggeberin brachte vor, dass eine Berufung nach Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer eins, GewO nicht stattfinden könne, weil diese Bestimmung voraussetze, dass der Unternehmer die Arbeiten selbst ausführe. Im vorliegenden Fall wolle die Antragstellerin die Arbeiten von einem Subunternehmer ausführen lassen. Der Vertreter der Antragstellerin brachte vor, dass versehentlich die falsche Leistungsgruppen-Nummer im Subunternehmerverzeichnis genannt worden sei. Allerdings seien gleichzeitig der Leistungsteil Böden und der Prozentsatz der Leistung am gesamten Auftragswert angegeben worden. Der Subunternehmer sei für Bodenlegerarbeiten vermerkt. Die Antragstellerin habe dem Angebot sämtliche Bodenzertifikate des Subunternehmers angeschlossen. Sie habe vorab ein verbindliches Angebot der Subunternehmerin eingeholt. Es sei klar, welche Leistungsteile im Angebot vom Subunternehmer erbracht werden sollten. Durch eine Aufklärung ändere sich die Wettbewerbsstellung nicht. Insbesondere deshalb, da ein verbindliches Subunternehmerangebot vorgelegen sei. Es handele sich um einen behebbaren Mangel. Verwiesen werde auf den Bescheid des BVA vom 7. September 2007, N/0026-BVA/03/2007-60, wonach es genüge, dass ein Subunternehmer an irgendeiner Stelle im Angebot genannt sei. Der Vertreter der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin brachte vor, dass rechtlich irrelevant sei, dass die Prüfung der Befugnis nach Einleitung des Nachprüfungsverfahrens erfolgt sei. Die Zertifikate, die dem Angebot der Antragstellerin angeschlossen seien, bezögen sich auf das angebotene Produkt, nicht auf das Unternehmen der Subunternehmerin.

1. 2. Ziffer 2

Sachverhalt

Die Bundesimmobiliengesellschaft mbH, in der Folge BIG genannt, steht zu 100 % im Eigentum der Republik Österreich. (offenes Firmenbuch zu FN 34.857 w)

Sie ist in mehrere Bereiche gegliedert. Einer dieser Bereiche ist "Planen & Bauen", der wieder in vier regionale Gliederungen geteilt ist. Eine dieser Gliederungen ist "Planen & Bauen - Region Steiermark und Kärnten". (amtliche Einsicht unter www.big.at)

Die BIG nimmt Zu- und Umbauarbeiten an Schule und Internat der Forstschule Bruck an der Mur vor. Dieses Gesamtvorhaben hat einen Auftragswert, der den Schwellenwert für Bauaufträge bei Weitem übersteigt. (Auskunft der Auftraggeberin; Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die Auswahl der Produkte geschieht im Bauausschuss, der vom Landwirtschaftsministerium der BIG, der Schulverwaltung und dem Generalplaner beschickt wird. (Aussage von E*** in der mündlichen Verhandlung)

Im Zuge dieses Vorhabens ist auch der Turnsaal neu zu errichten. Dabei sind die Innenausstattung baulich zu errichten und die Geräte anzuschaffen. Es gibt einen Turnsaalplan, der mit den Turnlehrern und der F*** vor circa einem Jahr erstellt wurde. Dieser enthält auch die vorgesehenen Geräte. Die Geräte selbst werden jedoch vom Landwirtschaftsministerium und der Schule beschafft werden. Es wurden mehrere Besichtigungsfahrten unternommen. Dabei wurden Hallen in D*** und G*** besichtigt. Dabei wurde besonderes Augenmerk auf die Gestaltung von Fußböden, Wand, Decke und Einbauten gelegt. Am 14. Jänner 2010 fand in der Sporthalle D*** eine Führung gemeinsam mit der planenden Architektin statt. Dort fielen etliche Punkte auf, die in die gegenständliche Planung übernommen werden sollten, weil sie den Wünschen des Bauausschusses entsprachen. Die planende Architektin der Sporthalle D*** gab Namen und Adressen der ausführenden Firmen an. Im Nachhang dazu gab es am 20. Jänner 2010 auch ein Gespräch mit der C*** über allgemeine technische Ausführungen. Über Böden gab es auch ein Gespräch mit der G***. Ergänzende Gespräche gab es auch zum Thema Medientechnik. Von der C*** wurde im Zuge des Gesprächs eine Firmenbroschüre übergeben. Es wurden auch Positionstexte aus der Ausschreibung für die Turnhalle D*** übergeben. In der Sporthalle D*** sind bei der Deckenkonstruktion keine Lamellen sondern eine Sperrholzplatte verwendet worden. Die Positionstexte der gegenständlichen Ausschreibung wurden jedoch selbst formuliert und weichen teilweise davon ab. Bei der Deckenkonstruktion kam der Name deshalb in die Ausschreibung, weil ausgehend von den Bildern in dem Katalog die technische Konstruktion hinterfragt wurde. Es handelt sich allerdings um eine Deckenkonstruktion, die ein branchenüblicher Hersteller anfertigen kann. Die tatsächliche Planung erfolgte erst später. Produkte der C*** wurden als Leitprodukte genannt, weil Firmen mit Erfahrung im Sportstättenbau zum Einsatz kommen sollten. In den Polierplänen ist erkennbar, welche Raumbereiche mit der

ausgeschriebenen Decke ausgestattet werden sollen. Ballwurfsichere Decken wurden in den Bereichen außerhalb des Turnsaals bewusst eingesetzt, weil Jugendliche auch außerhalb des Turnsaals mit Bällen spielen. Es handelt sich um einen ausdrücklichen Wunsch der Schule. Es gab nach dem Gespräch am 20.1.2010 keine weitere Kontaktaufnahme zur C*** im Zuge der Erstellung der Ausschreibung. (Aussage von E*** in der mündlichen Verhandlung)

Die Auftraggeberin hat Tischlerarbeiten als Bauauftrag mit dem CPV-Code 45421000 - Bautischlerarbeiten als Los ausgeschrieben. Das Vergabeverfahren findet nach den Regeln für den Unterschwellenbereich in einem offenen Verfahren nach dem Bestbieterprinzip mit den Zuschlagskriterien 98 % Preis und 2 % Verlängerung der Gewährleistungsfrist statt. Der Auftrag wurde am 6. April 2010 in der Online-Ausgabe des Amtlichen Lieferungsanzeigers zur Zahl CM-471563 und im Landesamtsblatt der Steiermark unter der Bezeichnung "Tischlerarbeiten für den Zu- und Umbau für die HBLF-Forstschule Bruck an der Mur" veröffentlicht. Abgesandt wurde die Ausschreibung am 26. März 2010. Schlusstermin für die Abgabe der Angebote war der 16. April 2010,

10.30 Uhr. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die Ausschreibungsunterlagen lauten auszugsweise:

"...

18. Diesem rechtsgültig unterfertigten Angebotsschreiben sind als weitere Bestandteile des Angebots (siehe Punkt 6.f)) angeschlossen:

...

18.6. Antrag, bestimmte Teile der Leistung durch Subunternehmer ausführen zu lassen (rechtsgültig unterfertigt)

...

ANTRAG AUF GENEHMIGUNG VON SUBUNTERNEHMERN

Als Bieter/Auftragnehmer gebe ich bekannt %

der angebotenen/beauftragten Gesamtleistung selbst zu erbringen. Den restlichen Teil beabsichtige ich durch die angeführten Subunternehmer erbringen zu lassen. Ich ersuche um zustimmende Kenntnisnahme. Jede Änderung der angegebenen Subunternehmer muss zeitgerecht bekannt gegeben werden und bedarf der ausdrücklichen schriftlichen Zustimmung des Auftraggebers. Sind mir zum Angebotstermin die tatsächlich zum Einsatz kommenden Subunternehmer für einzelne Leistungen noch nicht bekannt, werden von mir alle in Erwägung gezogenen Subunternehmer nachstehend angeführt:

Leistungsgruppe, Handelsrechtlicher %-Anteil an der Für die

Teile der Firmenwortlaut und Gesamtleistung Leistungsfähigkeit

Leistung Standort der erforderliche

Positionsnummer Subunternehmer Subunternehmer

(Art der

Leistungsfähigkeit)

Ich erkläre ausdrücklich, dass jedes der vorgenannten Unternehmen die erforderliche Eignung (Befugnis, technische, finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit und die berufliche Zuverlässigkeit) im Sinne von § 83 BVergG 2006 für die Ausführung des auf das jeweilige Unternehmen entfallenden Leistungsteiles besitzt. Ich werde auch für diese Unternehmen die entsprechenden Eignungsnachweise betreffend Befugnis, technische, finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit und berufliche Zuverlässigkeit über Aufforderung innerhalb von 7 Werktagen erbringen. Weiters werde ich für jene Unternehmen die für den Nachweis meiner Leistungsfähigkeit erforderlich sind, über Aufforderung innerhalb von 7 Werktagen den Nachweis erbringen, dass mir diese Unternehmer die erforderlichen Mittel zur Verfügung stellen. Ich erkläre ausdrücklich, dass jedes der vorgenannten Unternehmen die erforderliche Eignung (Befugnis, technische, finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit und die berufliche Zuverlässigkeit) im Sinne von Paragraph 83, BVergG 2006 für die Ausführung des auf das jeweilige Unternehmen entfallenden Leistungsteiles besitzt. Ich werde auch für diese Unternehmen die entsprechenden Eignungsnachweise betreffend Befugnis, technische, finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit und berufliche Zuverlässigkeit über Aufforderung

innerhalb von 7 Werktagen erbringen. Weiters werde ich für jene Unternehmen die für den Nachweis meiner Leistungsfähigkeit erforderlich sind, über Aufforderung innerhalb von 7 Werktagen den Nachweis erbringen, dass mir diese Unternehmer die erforderlichen Mittel zur Verfügung stellen.

Datum und rechtsgültige Unterfertigung des Bieters bzw. aller Mitglieder einer Bieter- bzw. Arbeitsgemeinschaft bzw. deren bevollmächtigter Vertreter

.....

Geforderte Eignungsnachweise für Bauaufträge

Über Aufforderung sind nachstehende gekennzeichnete (angekreuzte) Eignungsnachweise innerhalb von 7 Werktagen zu erbringen [nach § 70 Abs. 3 BVergG 2006]: Über Aufforderung sind nachstehende gekennzeichnete (angekreuzte) Eignungsnachweise innerhalb von 7 Werktagen zu erbringen [nach Paragraph 70, Absatz 3, BVergG 2006]:

Zum Nachweis der Befugnis [nach § 71 BVergG 2006] Zum Nachweis der Befugnis [nach Paragraph 71, BVergG 2006]

01 X Beglaubigte Abschrift des Berufs- oder Handelsregisters
des Herkunftslandes des Unternehmers (für österreichische
Bieter. Insbesondere Gewerbeberechtigung) oder die dort
vorgesehene Bescheinigung oder eidesstattliche Erklärung.
Zum Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen
Leistungsfähigkeit [nach § 74 BVergG 2006]:

...

08 X Erklärung über die solidarische Haftung von Subunternehmern
gegenüber dem Auftraggeber, falls sich der Unternehmer zum
Nachweis seiner finanziellen und wirtschaftlichen
Leistungsfähigkeit auf die Kapazitäten von Subunternehmern
stützt-

...

Sonstige Nachweise:

...

25 X Bezüglich der Nachweise für Subunternehmer wird auf Punkt
08 sowie auf die Ausschreibung verwiesen.

...

01 Schule Zubau

Ständige Vertragsbestimmung LB

Standardisierte Leistungsbeschreibung:

Dieses Leistungsverzeichnis (LV) wurde mit der Standardisierten Leistungsbeschreibung Hochbau (LB-HB), Version 17, 2005-04, herausgegeben vom Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit, erstellt.

Vertragsbestandteile, gültige Fassung:

Wenn im Einzelfall keine besonderen Regelungen gelten (vereinbart wurden), ist bei Richtlinien und dergleichen, die ohne Ausgabedatum angeführt sind, jene Fassung maßgebend, die zum Zeitpunkt des Beginns der Angebotsfrist Gültigkeit hatte, ist keine Angebotsfrist angegeben, gilt das Datum des Angebotes.

Unklarheiten, Widersprüche:

Bei etwaigen Unklarheiten oder Widersprüchen in den Formulierungen des Leistungsverzeichnisses gilt nachstehende Reihenfolge:

1. 1.Ziffer eins
Folgetext einer Position (vor dem zugehörigen Grundtext)
2. 2.Ziffer 2
Positionstext (vor Vertragsbestimmungen)
3. 3.Ziffer 3
Vertragsbestimmung der Unterleistungsgruppe
4. 4.Ziffer 4
Vertragsbestimmung der Leistungsgruppe
5. 5.Ziffer 5
Vertragsbestimmung der Leistungsbeschreibung

Kennzeichnung von Ergänzungen:

Etwaige frei formulierte Vertragsbestimmungen oder Positionen im Leistungsverzeichnis sind gemäß ÖNORM B 2063 mit dem Herkunftskennzeichen Z gekennzeichnet. Positionen, die zwar unverändert aus der Leistungsbeschreibung übernommen wurden, die aber im Zusammenwirken mit geänderten Vertragsbestimmungen ein anderes Leistungsbild ergeben, sind ebenfalls mit dem Herkunftskennzeichen Z gekennzeichnet.

...

01 61 Sporthallenausbau

...

01 61 11 Vorarbeiten für Sporthallenböden

...

01 61 14 Flächenelastische Schwingbodenkonstruktion

...

01 61 18 Sportböden, Sonstige Leistungen

...

01 61 32 Wandverkleidungen

...

01 61 33 Deckenverkleidungen

...

01 61 33 05 A Deckenverkleidung Lamellen Z

Ballwurfsichere Deckenverkleidung aus stehenden

Massivholz-Lamellen aus Eichenholz, 40/40 mm,

3-seitig gehobelt und gefast, mit Abstand von

10 mm zueinander auf schwarz gefärbten

Trägersystemen unsichtbar befestigt. Sichtflächen

farblos lackiert.

Regelelemente von ca. 400 cm Länge, Breite angepasst.

Lohn :

Sonstiges :

1.150,00 m² Einheitspreis: EUR

...

02 Internat Aufstockung und Zubau Z

...

02 61 Sporthallenausbau

Z

...

02 61 33 05 A Deckenverkleidung Lamellen

Z

Ballwurfsichere Deckenverkleidung aus stehenden

Massivholz-Lamellen aus Eichenholz, 40/40 mm,

3-seitig gehobelt und gefast, mit Abstand von

10 mm zueinander auf schwarz gefärbten

Trägersystem unsichtbar befestigt. Sichtflächen

farblos lackiert.

Regelelemente von ca. 400 cm Länge, Breite angepasst.

Lohn:

Sonstiges:

550,00 m2 Einheitspreis : EUR

..."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Im Leistungsverzeichnis gibt es die Leistungsgruppe 0160 nicht. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Am 15. April 2010 nahm G*** von der Antragstellerin in die Polierpläne im Büro des planenden Architekten Einsicht und erkundigte sich, ob auch eine andere Deckenkonstruktion angeboten werden könne. (Aussage von E*** in der mündlichen Verhandlung)

Am 16. April 2010 fand um 10.00 Uhr die Angebotsöffnung statt. Dabei wurden drei Angebote geöffnet, jenes der C*** mit einer Angebotssumme von Euro 548.882,16 ohne USt, jenes der A*** mit einer Angebotssumme von Euro 582.205,85 ohne USt und jenes der H*** mit einer Angebotssumme von Euro 588.348,02 ohne USt. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die Antragstellerin kreuzte Punkt 18.6 des Angebotsschreibens an. Sie legte zwei Formblätter "Antrag auf Genehmigung von Subunternehmern" bei. In beiden war die B*** als Subunternehmerin genannt. Eines war nur von der Subunternehmerin am 1. April 2010 gefertigt. Darin wurde sie für die Leistungsgruppe 016111 genannt. In der Spalte "Für die Leistungsfähigkeit erforderliche Subunternehmer (Art der Leistungsfähigkeit)" ist Bodenleger eingetragen. In dem nur von der Antragstellerin am 15. April 2010 gefertigten Formblatt "Antrag auf Genehmigung von Subunternehmern" ist wieder die B*** genannt. Sie ist für die Leistungsgruppe 0160 Böden genannt. Ihr Anteil an der Gesamtleistung beträgt 10 %. Die Spalte "Für die Leistungsfähigkeit erforderliche Subunternehmer (Art der Leistungsfähigkeit)" ist durchgestrichen. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Der Anteil der Bodenlegearbeiten macht im Angebot der Antragstellerin bezogen auf die Obergruppe 01 18 %, bezogen auf die Gesamtsumme 14 % der Angebotssumme aus. Dabei sind die Leistungsgruppen 01 61 11 bis 01 61 18 berücksichtigt. (Aussage von E*** in der mündlichen Verhandlung)

Die Antragstellerin verfügt über die Gewerbeberechtigung als Tischler (Handwerk) eingeschränkt auf die Montage. Diese Gewerbeberechtigung wurde mit Bescheid des Magistratischen Bezirksamtes für den 2. Bezirk vom 23. September 2005, MBA 2-100876R02/0001, mit Wirkung vom 19. September 2005 erteilt. Weiters verfügt sie über das Handelsgewerbe, erteilt mit Bescheid des Magistratischen Bezirksamtes für den 2. Bezirk vom 5. Juli 2006, MBA 2-105754F02/0001, mit Wirkung vom 19. Juni 2006. (amtliche Einsicht im Zentralen Gewerberegister)

Die namhaft gemachte Subunternehmerin verfügt über die Gewerbeberechtigung als Tischler, eingeschränkt auf Sportstättenbau, Türen und Böden, erteilt mit Bescheid des Magistrats der Stadt Steyr vom 1. Juli 2009, Ge-734/2009, wirksam ab 1. Juli 2009. Weiters verfügt sie über die Gewerbeberechtigung als Bodenleger ausgenommen Estrichherstellung erteilt mit Bescheid des Magistrats der Stadt Steyr vom 14. Juli 2009, Ge-816/2009, wirksam ab 14.

Juli 2009. Schließlich verfügt sie auch über die Gewerbeberechtigung für das Handels- und Handelsagentengewerbe erteilt mit Bescheid des Magistrats der Stadt Steyr vom 6. März 2006, Ge-301/2006, wirksam ab 6. März 2006. (amtliche Einsicht im Zentralen Gewerberegister)

Es wurden bisher keine Angebote ausgeschrieben. (Auskünfte der Auftraggeberin OZ 6; Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Im Vergabevermerk vom 26. April 2010 wird die C*** als voraussichtliche Zuschlagsempfängerin genannt. Diesem ist der Prüfbericht der planenden Architekten vom 22. April 2010 angeschlossen. Darin ist zur Antragstellerin festgehalten, dass die ANKÖ Führungsbestätigung fehlt. Der Subunternehmer B*** wurde nicht geprüft. Bei der Prüfung in wirtschaftlicher Hinsicht wurde ein Rechenfehler im Angebot der Antragstellerin festgestellt, der jedoch ohne Auswirkung auf den Gesamtpreis blieb. Es wurde ein plausibler Gesamtpreis des Angebots der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin festgestellt. Es wurde festgehalten, dass Beteiligungen an Vorarbeiten nicht zutreffen. Nach Anwendung der Zuschlagskriterien wurde das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin für den Zuschlag ermittelt. Die Prüfung der Gleichwertigkeit der angebotenen Produkte fiel positiv aus, da die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin die Leitprodukte anbietet. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die Auftraggeberin teilte der Antragstellerin mit Telefax vom 26. April 2010, 15.23 Uhr, die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der C*** mit. Dabei war der 4. Mai 2010 als Ende der Stillhaltefrist angegeben. (Unterlagen des Vergabeverfahrens; Beilage ./1 zum Nachprüfungsantrag)

Mit Telefax vom 5. Mai 2010 forderte der Generalplaner die Antragstellerin auf, die Eignungsnachweise für sich selbst und den Subunternehmer vorzulegen, wobei eine ANKÖ Führungsbestätigung nicht ausreichen sollte, sowie verschiedene Produkte zu spezifizieren. Die Frist war bei Androhung des sonstigen Ausscheidens der 12. Mai 2010. (Beilage ./2 zur Verhandlungsschrift)

Mit E-Mail vom 12. Mai 2010, 19.10 Uhr, legte die Antragstellerin das Angebot der Subunternehmerin vom 1. April 2010 für die Leistungsgruppe 0161 und die geforderten Eignungsnachweise für sich selbst vor. Eignungsnachweise für die Subunternehmerin wurden nicht vorgelegt. (Beilage ./3 zur Verhandlungsschrift)

Auf der Homepage des Bundesvergabeamtes findet sich folgender Hinweis:

"Um ein ordnungsmäßes und fristgerechtes Einbringen von Eingaben in elektronischer Form an das BVA zu gewährleisten, sind diese während der Amtsstunden an die oben genannte E-Mail-Adresse des BVA zu richten. Sollten Sie Ihr Anbringen außerhalb der Amtsstunden des Bundesvergabeamtes eingebracht haben, gilt dieses Anbringen erst nach Beginn der Amtsstunden am nächsten Werktag (Mo-Do 7-15 Uhr und Fr 7-12 Uhr) als eingelangt und wird ab diesem Zeitpunkt behandelt werden."

(Amtliche Einschau unter <http://www.bva.gv.at/BVA/Kontakt/default.htm>)

Die Antragstellerin bekam nach Einbringung ihrer Anträge folgende Meldung per E-Mail:

"WM I***

Von: Mail Delivery System [MAILER-DEMON@mxs3.mindpack.com]

Gesendet: Montag, 03. Mai 2010 15:03

An: WM I***

Betreff: Bericht ueber erfolgreiche Zustellung

Anlagen: Delivery report; Message Headers

Dies ist eine automatisch generierte Nachricht des Postfix E-Mail-Dienstes. Dieser Dienst wird auf dem Server mxs3.mindpack.com betrieben und teilt Ihnen folgendes mit:

Ihre Nachricht wurde erfolgreich an die E-Mail-Server der am Ende dieser E-Mail aufgelisteten Empfaenger ausgeliefert.

Falls Sie einen Zustellbericht angefordert haben und der empfangende E-Mail-Server diese Funktionalitaet unterstuetzt erhalten Sie auch von diesem E-Mail-Server eine entsprechende Benachrichtigung.

Der Postfix E-Mail-Dienst

INTERNATIONAL VERSION

...

: delivery via smtp3.bmwa.gv.at [85.158.226.105] :25: 250@bva.gv.at>

OK: <1472877d00004afb@smtp3.bmwfj.gv.at>"

(Beilage ./3 zum Schriftsatz OZ 16)

Weiters bekam die Antragstellerin folgende Meldung:

"WM I***

Von: ***, *** [***.***@bva.gv.at]

An: WM I***

Gesendet: Montag, 03. Mai 2010 15:06

Betreff: Gelesen: Read: Vergabeverfahren: Zu- und Umbauarbeiten HBLF

Forstschule Bruck a.d. Mur

Ihre Nachricht

An: ***.***@bva.gv.at

Betreff:

Wurde am 03.05.2010 15:06 gelesen."

(Beilage ./4 zum Schriftsatz OZ 16)

Der Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren wurde noch nicht erteilt, ein Widerruf hat nicht stattgefunden.
(Auskunft der Auftraggeberin)

Die Antragstellerin bezahlte Euro 3.891 an Pauschalgebühren. (gegenständlicher Verfahrensakt)

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den jeweils in Klammern genannten Quellen. Diese sind Veröffentlichungen und die Unterlagen des Vergabeverfahrens, sowie Auskünfte, die nur die Auftraggeberin erteilen kann. Von der Nennung der konkreten geschätzten Auftragswerte wurde abgesehen, da dem Ersuchen der Auftraggeberin um Geheimhaltung entsprochen wird. Eine Beeinträchtigung von Rechten der Verfahrensparteien findet dadurch nicht statt, da die geschätzten Auftragswerte im vorliegenden Zusammenhang lediglich der Festlegung des anzuwendenden Rechts dienen und diese unstrittig richtig erfolgt ist. Die Aussagen des planenden Architekten, E***, wurden inhaltlich nicht bestritten. Sie sind schlüssig und widerspruchsfrei. Soweit Schriftstücke von der Antragstellerin vorgelegt wurden, spricht der Anschein für ihre Echtheit. Die herangezogenen Beweismittel sind daher echt. Ihre inhaltliche Richtigkeit steht außer Zweifel. Widersprüche traten nicht auf.

1. 3.Ziffer 3

Rechtliche Würdigung

3.1 Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes

Auftraggeber im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. Sie ist öffentliche Auftraggeberin gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (ständige Rechtsprechung zB VfGH 12. 6. 2001, B 2600/97, VfSlg 16166; VfGH 25. 9. 2001, B 752/99, VfSlg 16.266; VfGH 21. 6. 2004, B 433/02, VfSlg 17.229; VfGH 7. 3. 2006, B 1417/03; BVA 19. 6. 2008, N/0060-BVA/08/2008-21; 6. 7. 2008, N/0056-BVA/04/2008-20; Auftraggeber im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. Sie ist öffentliche Auftraggeberin gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG (ständige Rechtsprechung zB VfGH 12. 6. 2001, B 2600/97, VfSlg 16166; VfGH 25. 9. 2001, B 752/99, VfSlg 16.266; VfGH 21. 6. 2004, B 433/02, VfSlg 17.229; VfGH 7. 3. 2006, B 1417/03; BVA 19. 6. 2008, N/0060-BVA/08/2008-21; 6. 7. 2008, N/0056-BVA/04/2008-20;

24. 9. 2008, N/0112-BVA/04/2008-26; 16. 12. 2008, N/0160-BVA/10/2008-12;

5. 1. 2009, N/0153-BVA/03/2008-23, RPA 2009, 86 [Stiefelmeyer] = ZVB-LSK

2009/13 = ZVB-LSK 2009/14; 5. 3. 2010, N/0131-BVA/14/2009-35; 7. 4. 2010,

N/0012-BVA/12/2010-16). Da sie zur Gänze im Bundeseigentum steht, fallen Ihre Auftragsvergaben unter Art 14b Abs 2 Z 1 B-VG. Bei der Gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Bauauftrag. Der Geschätzte Auftragswert liegt jedenfalls unter dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 3 BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich vorliegt. N/0012-BVA/12/2010-16). Da sie zur Gänze im Bundeseigentum steht, fallen Ihre Auftragsvergaben unter Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, B-VG. Bei der Gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Bauauftrag. Der Geschätzte Auftragswert liegt jedenfalls unter dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich vorliegt.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs 2 BVergG iVm Art 14b Abs 2 Z 1 lit c B-VG ist sohin gegeben. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend Paragraph 312, Absatz 2, BVergG in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera c, B-VG ist sohin gegeben.

Da darüber hinaus laut Stellungnahme der Auftraggeberin vom 7. Mai 2010, OZ 6, das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt gemäß § 312 Abs 2 BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig. Da darüber hinaus laut Stellungnahme der Auftraggeberin vom 7. Mai 2010, OZ 6, das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.

3.2 Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages

3.2.1 Rechtzeitigkeit

Die Inhaltserfordernisse des § 322 Abs 1 BVergG sind erfüllt. Vorgebracht wird seitens der Auftraggeberin und der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin, dass die Anträge auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung und auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung verspätet eingebracht worden seien. Sie seien am 3. Mai 2010, 15.03 Uhr, und somit nach Ende der Amtsstunden des Bundesvergabeamtes per E-Mail eingebracht worden. Sie gelten erst nach Wiederbeginn der Amtsstunden und somit am 4. Mai 2010, also nach Ende der Angebotsfrist [gemeint wohl: Die Inhaltserfordernisse des Paragraph 322, Absatz eins, BVergG sind erfüllt. Vorgebracht wird seitens der Auftraggeberin und der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin, dass die Anträge auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung und auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung verspätet eingebracht worden seien. Sie seien am 3. Mai 2010, 15.03 Uhr, und somit nach Ende der Amtsstunden des Bundesvergabeamtes per E-Mail eingebracht worden. Sie gelten erst nach Wiederbeginn der Amtsstunden und somit am 4. Mai 2010, also nach Ende der Angebotsfrist [gemeint wohl:

Antragsfrist] als eingebracht. Gemäß § 13 Abs 2 AVG seien etwaige

technische Voraussetzungen oder organisatorische Beschränkungen des

elektronischen Verkehrs zwischen der Behörde und den Beteiligten im

Internet bekanntzumachen. Dies könnten nach den Materialien unter anderem

Beschränkungen für außerhalb der Amtsstunden einlangende elektronische

Anbringen sein. Der im Sachverhalt wiedergegebene Hinweis auf der Homepage

des Bundesvergabeamtes sei eine solche organisatorische Beschränkung. Damit

stelle das Bundesvergabeamt aber klar, dass es in Ergänzung der allgemeinen

Regelung des § 13 Abs 5 AVG sehr wohl die Einbringung eines fristgebunden

Antrages spätestens innerhalb der Amtsstunden des letzten Tages der Frist

als für die Frage der Rechtzeitigkeit maßgeblich ansehe und sich die

Kundmachung auf der Behördenhomepage daher nicht nur auf die Frage der Behandlung des Antrages durch die Behörde beziehe. Andernfalls hätte die Wortfolge "Um ein ordnungsmäßes und fristgerechtes Einbringen von Eingaben in elektronischer Form an das BVA zu gewährleisten, sind diese während der Amtsstunden an die oben genannte E-Mail-Adresse des BVA zu richten" keinen inhaltlichen Sinn, sondern hätte das Bundesvergabeamt auch schlicht auf diesen Satz verzichten können und nur darauf hinweisen können, dass außerhalb der Amtsstunden per E-Mail eingebrachte Anträge eben erst am nächsten Tag mit Amtsstunden behandelt würden und daher auch erst an diesem Tag die Entscheidungsfristen zu laufen begännen. Das Bundesvergabeamt habe daher durch diese Kundmachung klargestellt, dass fristgebundene Anträge bei Einbringung per E-Mail nur dann fristgerecht eingebracht seien, wenn sie innerhalb der Frist zu den Amtsstunden eingebracht würden (wozu sonst der Hinweis auf "fristgerechtes" Einbringen?) Eine solche organisatorische Festlegung bewirke nun, dass außerhalb der Amtsstunden eingebrachte Anträge erst zu einem späteren Zeitpunkt, nämlich mit Wiederbeginn der Amtsstunden als eingebracht gälten. Von einer solchen organisatorischen Festlegung gehe auch der Verwaltungsgerichtshof in seiner Rechtsprechung aus (vgl etwa VwGH 22. 4. 2009, 2008/04/0089, ecolex 2009/285 [Primosch] = JAP 2009/2010/16 [Gerhartl] = JusGuide 2009/27/1043 [VwGH] = JusIT 2009/89 = ÖAMTC-LSK 2009/133 = ZfVB 2009/1934).

Die Antragstellerin brachte dazu vor, dass es auch nach dem zitierten Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes für die Frage der Rechtzeitigkeit auf den Zeitpunkt des Anbringens und nicht des Einlangens ankomme. Sie habe eine Empfangsbestätigung erhalten. Die Anträge hätten sich daher am 3. Mai 2010, 15.03 Uhr, im elektronischen Verfügungsbereich des Bundesbundesvergabeamtes befunden. § 13 Abs 2 iVm Abs 5 AVG besage lediglich, dass die Behörde nicht verpflichtet sei, außerhalb der Amtsstunden Anbringen entgegenzunehmen. Es bestehe allerdings kein gesetzliches Verbot, außerhalb der Amtsstunden trotzdem Anbringen entgegenzunehmen. Im konkreten Fall hätte das Bundesvergabeamt den Nachprüfungsantrag außerhalb der Amtsstunden entgegengenommen. Der Antrag sei um 15.06 Uhr gelesen worden. Durch die Übermittlung der Lesebestätigung sei jedenfalls davon auszugehen, dass der Nachprüfungsantrag mit 3. Mai 2010 als eingebracht und eingelangt gelte. Der Nachprüfungsantrag sei nicht nur in den elektronischen Verfügungsbereich des Bundesvergabeamtes, sondern auch in den persönlichen Verfügungsbereich des Bundesvergabeamtes gelangt. Mit der Übermittlung der Lesebestätigung habe die Antragstellerin vom Bundesvergabeamt die Bestätigung des Posteinganges vergleichbar mit dem Posteingangsstempel bei persönlicher Übermittlung erhalten. Aus diesem Grund sei der Antrag jedenfalls fristgerecht eingebracht worden. Wenn eine Behörde wie im konkreten Fall ein überreichtes schriftliches Anbringen entgegennehme, obwohl sie dazu grundsätzlich nicht verpflichtet sei, sei nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 20. 1. 1982, Die Antragstellerin brachte dazu vor, dass es auch nach dem zitierten Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes für die Frage der Rechtzeitigkeit auf den Zeitpunkt des Anbringens und nicht des Einlangens ankomme. Sie habe eine Empfangsbestätigung erhalten. Die Anträge hätten sich daher am 3. Mai 2010, 15.03 Uhr, im elektronischen Verfügungsbereich des Bundesbundesvergabeamtes befunden. Paragraph 13, Absatz 2, in Verbindung mit Absatz 5, AVG besage lediglich, dass die Behörde nicht verpflichtet sei, außerhalb der Amtsstunden Anbringen entgegenzunehmen. Es bestehe allerdings kein gesetzliches Verbot, außerhalb der Amtsstunden trotzdem Anbringen entgegenzunehmen. Im konkreten Fall hätte das Bundesvergabeamt den Nachprüfungsantrag außerhalb der Amtsstunden entgegengenommen. Der Antrag sei um 15.06 Uhr gelesen worden. Durch die Übermittlung der

Lesebestätigung sei jedenfalls davon auszugehen, dass der Nachprüfungsantrag mit 3. Mai 2010 als eingebracht und eingelangt gelte. Der Nachprüfungsantrag sei nicht nur in den elektronischen Verfügungsbereich des Bundesvergabebeamten, sondern auch in den persönlichen Verfügungsbereich des Bundesvergabebeamten gelangt. Mit der Übermittlung der Lesebestätigung habe die Antragstellerin vom Bundesvergabebeamten die Bestätigung des Posteinganges vergleichbar mit dem Posteingangsstempel bei persönlicher Übermittlung erhalten. Aus diesem Grund sei der Antrag jedenfalls fristgerecht eingebracht worden. Wenn eine Behörde wie im konkreten Fall ein überreichtes schriftliches Anbringen entgegennehme, obwohl sie dazu grundsätzlich nicht verpflichtet sei, sei nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 20. 1. 1982,

81/01/0291, ÖJZ 1982/590 A [VwGH A] = ZfVB 1983/641 = ZfVB 1983/642 = ZfVB

1983/652 = ZfVB 1983/724) das Anbringen rechtswirksam eingebracht und

gleichzeitig auch als eingelangt zu qualifizieren. Aus der Kundmachung auf der Homepage des Bundesvergabebeamten ergebe sich nur die Konsequenz, dass das Anbringen erst nach Beginn der Amtsstunden am nächsten Werktag als eingelangt gelte. Da es sich um eine verfahrensrechtliche Frist handle, komme es auf das Einbringen und nicht auf das Einlangen an.

Ein Nachprüfungsantrag ist gemäß § 322 Abs 2 Z 2 BVergG dann unzulässig, wenn er nicht innerhalb der Frist des § 321 BVergG gestellt wird. Gemäß § 321 Abs 1 BVergG sind Nachprüfungsanträge bei Übermittlung der Entscheidung per Telefax binnen zehn Tagen einzubringen. Im Unterschwellenbereich verkürzt sich diese Frist gemäß § 321 Abs 2 BVergG auf sieben Tage. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist daher dann fristgerecht, wenn der gemeinsam eingebrachte Nachprüfungsantrag rechtzeitig ist. Ein Nachprüfungsantrag ist gemäß Paragraph 322, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG dann unzulässig, wenn er nicht innerhalb der Frist des Paragraph 321, BVergG gestellt wird. Gemäß Paragraph 321, Absatz eins, BVergG sind Nachprüfungsanträge bei Übermittlung der Entscheidung per Telefax binnen zehn Tagen einzubringen. Im Unterschwellenbereich verkürzt sich diese Frist gemäß Paragraph 321, Absatz 2, BVergG auf sieben Tage. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist daher dann fristgerecht, wenn der gemeinsam eingebrachte Nachprüfungsantrag rechtzeitig ist.

§ 321 Abs 1 BVergG stellt auf das Einbringen, nicht auf das Einlangen ab. Zu prüfen ist daher, ob der Nachprüfungsantrag rechtzeitig eingebracht wurde. Der Auftraggeberin und der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin ist insofern zuzustimmen, dass das Postenlaufprivileg des § 33 Abs 3 AVG nicht zur Anwendung kommt, da kein Zustelldienst iSd § 2 Z 7 ZustG in Anspruch genommen wurde. Ein solcher ist nämlich nur die Post oder ein anderer Universaldienstbetreiber gemäß § 5 Abs 1 bis 3 des Postgesetzes 1997 im Anwendungsbereich des 2. Abschnitts ZustG sowie ein elektronischer Zustelldienst im Anwendungsbereich des 3. Abschnitts ZustG. E-Mail fällt unter keine der beiden Kategorien an Zustelldiensten. Paragraph 321, Absatz eins, BVergG stellt auf das Einbringen, nicht auf das Einlangen ab. Zu prüfen ist daher, ob der Nachprüfungsantrag rechtzeitig eingebracht wurde. Der Auftraggeberin und der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin ist insofern zuzustimmen, dass das Postenlaufprivileg des Paragraph 33, Absatz 3, AVG nicht zur Anwendung kommt, da kein Zustelldienst iSd Paragraph 2, Ziffer 7, ZustG in Anspruch genommen wurde. Ein solcher ist nämlich nur die Post oder ein anderer Universaldienstbetreiber gemäß Paragraph 5, Absatz eins bis 3 des Postgesetzes 1997 im Anwendungsbereich des 2. Abschnitts ZustG sowie ein elektronischer Zustelldienst im Anwendungsbereich des 3. Abschnitts ZustG. E-Mail fällt unter keine der beiden Kategorien an Zustelldiensten.

§ 13 Abs 2 AVG erlaubt dem Bundesvergabebeamten, technische Voraussetzungen oder organisatorische Beschränkungen des elektronischen Verkehrs zwischen ihm und den Beteiligten im Internet kundzumachen. Die EBRV 294 BlgNR XXIII. GP 10 versteht unter organisatorischen Beschränkungen auch Beschränkungen für außerhalb der Amtsstunden einlangende elektronische Anbringen und verweist in diesem Zusammenhang auf die Erläuterungen zu § 13 Abs 5 AVG. Paragraph 13, Absatz 2, AVG erlaubt dem Bundesvergabebeamten, technische Voraussetzungen oder organisatorische Beschränkungen des elektronischen Verkehrs zwischen ihm und den Beteiligten im Internet kundzumachen. Die EBRV 294 BlgNR römisch 23. Gesetzgebungsperiode 10 versteht unter organisatorischen Beschränkungen auch Beschränkungen für außerhalb der Amtsstunden einlangende elektronische Anbringen und verweist in diesem Zusammenhang auf die Erläuterungen zu Paragraph 13, Absatz 5, AVG.

Der Verwaltungsgerichtshof hat ausgeführt: "§ 13 Abs. 5 AVG idF BGBl. I Nr. 137/2001 normierte, dass die in den dort genannten technisch möglichen Weisen eingebrachten Anbringen, die innerhalb einer Frist, aber außerhalb der

Amtsstunden einlangen, als rechtzeitig gelten. Gleichzeitig wurde festgelegt, dass behördliche Entscheidungsfristen in diesen Fällen jedoch - anders als etwa nach § 73 AVG nicht mit dem Einlangen, sondern - erst mit Wiederbeginn der Amtsstunden zu laufen beginnen. Die im Wesentlichen unverändert auch in § 13 Abs. 5 letzter Satz AVG idF BGBl. I Nr. 5/2008 enthaltene Regelung normiert somit ausschließlich den Beginn von behördlichen Entscheidungsfristen und ist für die Frage der Rechtzeitigkeit einer Berufung nicht maßgeblich." (VwGH 22. 4. 2009, 2008/04/0089) Der Verwaltungsgerichtshof hat ausgeführt: "§ 13 Absatz 5, AVG in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 137 aus 2001, normierte, dass die in den dort genannten technisch möglichen Weisen eingebrachten Anbringen, die innerhalb einer Frist, aber außerhalb der Amtsstunden einlangen, als rechtzeitig gelten. Gleichzeitig wurde festgelegt, dass behördliche Entscheidungsfristen in diesen Fällen jedoch - anders als etwa nach Paragraph 73, AVG nicht mit dem Einlangen, sondern - erst mit Wiederbeginn der Amtsstunden zu laufen beginnen. Die im Wesentlichen unverändert auch in Paragraph 13, Absatz 5, letzter Satz AVG in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 5 aus 2008, enthaltene Regelung normiert somit ausschließlich den Beginn von behördlichen Entscheidungsfristen und ist für die Frage der Rechtzeitigkeit einer Berufung nicht maßgeblich." (VwGH 22. 4. 2009, 2008/04/0089)

Weiter hat er in diesem Erkenntnis ausgeführt: "Eine E-Mail-Sendung ist dann bei der Behörde eingelangt, wenn sie von einem - außerhalb der Amtsstunden betriebsbereit gehaltenen - Server, den die Behörde für die Empfangnahme von an sie gerichteten E-Mail-Sendungen gewählt hat, empfangen wurde und sich damit im 'elektronischen Verfügungsbereich' (vgl. die Erläuterungen zur Novelle BGBl. I Nr. 5/2008, 294 BlgNR XXIII. GP, 10 f) der Behörde befindet." (VwGH 22. 4. 2009, 2008/04/0089) Weiter hat er in diesem Erkenntnis ausgeführt: "Eine E-Mail-Sendung ist dann bei der Behörde eingelangt, wenn sie von einem - außerhalb der Amtsstunden betriebsbereit gehaltenen - Server, den die Behörde für die Empfangnahme von an sie gerichteten E-Mail-Sendungen gewählt hat, empfangen wurde und sich damit im 'elektronischen Verfügungsbereich' vergleiche die Erläuterungen zur Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 5 aus 2008,, 294 BlgNR römisch 23 . GP, 10 f) der Behörde befindet." (VwGH 22. 4. 2009, 2008/04/0089)

Unstrittig war der Nachprüfungsantrag am 3. Mai 2010, 15.03 Uhr, am Mailserver des Bundesvergabeamtes abrufbereit und wurde tatsächlich auch am 3. Mai 2010, 15.06 Uhr, abgerufen. Er war damit bereits am 3. Mai 2010 in den elektronischen Verfügungsbereich des Bundesvergabeamtes gekommen. Das entspricht § 13 Abs 5 AVG, wonach Anbringen auch außerhalb der Amtsstunden eingebracht werden können (Thienel/Schulev-Steindl, Verwaltungsverfahrensgesetz [2009], 116). Unstrittig war der Nachprüfungsantrag am 3. Mai 2010, 15.03 Uhr, am Mailserver des Bundesvergabeamtes abrufbereit und wurde tatsächlich auch am 3. Mai 2010, 15.06 Uhr, abgerufen. Er war damit bereits am 3. Mai 2010 in den elektronischen Verfügungsbereich des Bundesvergabeamtes gekommen. Das entspricht Paragraph 13, Absatz 5, AVG, wonach Anbringen auch außerhalb der Amtsstunden eingebracht werden können (Thienel/Schulev-Steindl, Verwaltungsverfahrensgesetz [2009], 116).

Bemerkt wird, dass der Hinweis auf der Homepage des Bundesvergabeamtes in seinem ersten Satz eine Konstellation wie im vorliegenden Fall betrifft. Da die Antragstellerin ihren Nachprüfungsantrag und ihren Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erst nach Ende der Amtsstunden am letzten Tag der Frist eingebracht hat, kann nicht sichergestellt werden, dass rechtzeitig die nötigen Maßnahmen gesetzt werden, um den Eintritt des drohenden Schadens, im konkreten Fall der Zuschlagserteilung, hintanzuhalten. Es steht jedem Auftraggeber schließlich offen, nach Ablauf der Stillhaltefrist um 0.01 Uhr den Zuschlag zu erteilen. Dies wird auch durch den zweiten Satz verdeutlicht, der im Wesentlichen dem letzten Satz von § 13 Abs 5 AVG entspricht. Es steht einer Behörde zwar offen, durch eine entsprechende Festlegung gemäß § 13 Abs 2 AVG zu bewirken, dass ein außerhalb der Amtsstunden eingebrachtes Anbringen als erst nach Wiederbeginn der Amtsstunden eingebracht und eingelangt gilt (EBRV 294 BlgNR XXIII. GP 11). Allerdings lässt sich gerade dieses Ergebnis aus dem Hinweis auf der Homepage des Bundesvergabeamtes nicht ablesen. Im zweiten Satz wird zwischen Einbringen und Einlangen unterschieden. Über das Einbringen wird keine Aussage gemacht. Lediglich hinsichtlich des Einlangens wird eine Festlegung getroffen. Es wird zum Ausdruck gebracht, dass das Bundesvergabeamt einen außerhalb der Amtsstunden eingebrachten Nachprüfungsantrag erst nach Wiederbeginn der Amtsstunden behandelt. Genau dies ist im vorliegenden Fall geschehen. Bemerkt wird, dass der Hinweis auf der Homepage des Bundesvergabeamtes in seinem ersten Satz eine Konstellation wie im vorliegenden Fall betrifft. Da die Antragstellerin ihren Nachprüfungsantrag und ihren Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erst nach Ende der Amtsstunden am letzten Tag der Frist eingebracht hat, kann nicht sichergestellt werden, dass rechtzeitig die nötigen Maßnahmen gesetzt werden, um den Eintritt des

drohenden Schadens, im konkreten Fall der Zuschlagserteilung, hintanzuhalten. Es steht jedem Auftraggeber schließlich offen, nach Ablauf der Stillhaltefrist um 0.01 Uhr den Zuschlag zu erteilen. Dies wird auch durch den zweiten Satz verdeutlicht, der im Wesentlichen dem letzten Satz von Paragraph 13, Absatz 5, AVG entspricht. Es steht einer Behörde zwar offen, durch eine entsprechende Festlegung gemäß Paragraph 13, Absatz 2, AVG zu bewirken, dass ein außerhalb der Amtsstunden eingebrachtes Anbringen als erst nach Wiederbeginn der Amtsstunden eingebracht und eingelangt gilt (EBRV 294 BlgNR römisch 23 . Gesetzgebungsperiode 11). Allerdings lässt sich gerade dieses Ergebnis aus dem Hinweis auf der Homepage des Bundesvergabeamtes nicht ablesen. Im zweiten Satz wird zwischen Einbringen und Einlangen unterschieden. Über das Einbringen wird keine Aussage gemacht. Lediglich hinsichtlich des Einlangens wird eine Festlegung getroffen. Es wird zum Ausdruck gebracht, dass das Bundesvergabeamt einen außerhalb der Amtsstunden eingebrachten Nachprüfungsantrag erst nach Wiederbeginn der Amtsstunden behandelt. Genau dies ist im vorliegenden Fall geschehen.

Der Nachprüfungsantrag und damit der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung sind daher rechtzeitig.

3.2.2 Antragslegitimation

Die Auftraggeberin und die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin behaupten, dass der Antragstellerin die Befugnis für einen Teil der Leistung, die Bodenlegearbeiten, fehlt. Ihr Angebot wäre daher gemäß § 129 Abs 1 Z 1 BVergG auszuscheiden. Die Auftraggeberin und die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin behaupten, dass der Antragstellerin die Befugnis für einen Teil der Leistung, die Bodenlegearbeiten, fehlt. Ihr Angebot wäre daher gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG auszuscheiden.

Es gehört zu den Grundsätzen des Vergabeverfahrens gemäß § 19 Abs 1 BVergG, dass Aufträge nur an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer vergeben werden. Die Befugnis, wirtschaftliche, finanzielle und technische Leistungsfähigkeit und die Zuverlässigkeit werden unter dem Oberbegriff der Eignung zusammengefasst (idS C. Mayr in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG² [2009], § 69 Rz 1; Estermann in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht² [2005], 283; Egger, Europäisches Vergaberecht [2008], Rz 1089). (BVA 28. 5. 2009, N/0036-BVA/10/2009-46, RPA-Slg 2009/31) Es gehört zu den Grundsätzen des Vergabeverfahrens gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG, dass Aufträge nur an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer vergeben werden. Die Befugnis, wirtschaftliche, finanzielle und technische Leistungsfähigkeit und die Zuverlässigkeit werden unter dem Oberbegriff der Eignung zusammengefasst (idS C. Mayr in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG² [2009], Paragraph 69, Rz 1; Estermann in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht² [2005], 283; Egger, Europäisches Vergaberecht [2008], Rz 1089). (BVA 28. 5. 2009, N/0036-BVA/10/2009-46, RPA-Slg 2009/31)

Das Vergabeverfahren wird als offenes Verfahren geführt. Die Beurteilung der Angebote soll dabei nur auf Grundlage der abgegebenen schriftlichen Angebote erfolgen, wie sich aus §§ 101, 127 BVergG ergibt (BVA 23. 1. 2008, N/0125-BVA/10/2007-026). Die Zulässigkeit einer Angebotsänderung wird gemäß § 106 Abs 8 BVergG im offenen Verfahren jedoch mit dem Ablauf der Angebotsfrist beschränkt und ist danach unzulässig (BVA 26. 3. 2007, N/0102-BVA/04/2006-83, RPA-Slg 2007/15 = ZVB-LSK 2007/48; 17. 11. 2009, N/0108-BVA/07/2009-21, bbl 2010/63 = RPA-Slg 2010/7 = ZVB 2010/69 [Rosenkranz] = ZVB-LSK 2010/37 = ZVB-LSK 2010/38).

Da es sich bei der Ausschreibung um eine Erklärung des Auftraggebers und beim Angebot um eine Erklärung des Bieters handelt, ist ihr Inhalt von Bedeutung. Dieser ist nach ständiger Rechtsprechung und der Literatur nach den Regeln der §§ 914 f ABGB zu ermitteln (BVA 25. 1. 2000, F-17/98-32, BVergSlg 3.35 = BVergSlg 11.9 = BVergSlg 17.32 = BVergSlg 21.18; 8. 7. Da es sich bei der Ausschreibung um eine Erklärung des Auftraggebers und beim Angebot um eine Erklärung des Bieters handelt, ist ihr Inhalt von Bedeutung. Dieser ist nach ständiger Rechtsprechung und der Literatur nach den Regeln der Paragraphen 914, f ABGB zu ermitteln (BVA 25. 1. 2000, F-17/98-32, BVergSlg 3.35 = BVergSlg 11.9 = BVergSlg 17.32 = BVergSlg 21.18; 8. 7.

2003, 14N-64/03-11, "Austausch von Aluleitschienen", BVergSlg 27.138 = RPA

2003, 222 [Mugli-Maschek] = wbl 2004/67; 14. 11. 2003, 09N-100/03-19, BVergSlg 12.23 = BVergSlg 30.50; 23. 12. 2003, 17N-129/03-21, ZVB 2004/27 [Stiefelmeyer] = ZVB-LSK 2004/25; 23. 7. 2004, 04N-50/04-46, "Planung Expo Pavillon 2005", RPA 2004, 320 [Estermann]; 7. 9. 2004, 11N-65/04-12, "Kompaktkehrblasgeräte", RPA 2004, 384 [Blaha]; 22. 3. 2005, 16N-9/05-19, RPA-Slg 2005/24 = ZVB 2005/60 [Grasböck] = ZVB-LSK 2005/64; 11. 4. 2005, 04N-6/05-76; 18. 12. 2006, N/0091-BVA/10/2006-038; 21. 4. 2008, N/0030-BVA/10/2008-036 ua; Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und der Vertrag so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus einer Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind nicht danach zu beurteilen, was der Erklärende sagen wollte oder was der Erklärungsempfänger darunter verstanden hat, sondern danach, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war (OGH 26. 4. 1961, 5 Ob 135/61) und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Es kommt nämlich nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern es ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgebend (VwGH 16. 2. 2005, 2004/04/0030, "Bühnentechnik-Sanierung Vinomnasaal", RPA 2005, 101 [Latzenhofer] = ZfVB 2006/669; 29. 3. 2006, 2004/04/0144, ZfVB 2007/979; BVA 29. 6. 2007, N/0057-BVA/11/2007-25, "Neubau Stellwerk Wien-Südbahnhof", RPA 2007, 229 [Etlinger]; 1. 7. 2008, N/0056-BVA/04/2008-20, RPA-Slg 2008/34; 14. 11. 2008, N/0122-BVA/04/2008-48, RPA-Slg 2008/49 = ZVB-LSK 2009/44 = ZVB-LSK 2009/45 = ZVB-LSK 2009/46; 8. 4. 2009, N/0016-BVA/04/2009-15, RPA-Slg 2009/21; 10. 7. 2009, N/0058-BVA/10/2009-25, ZVB 2009/83 [Rosenkranz]).

Gemäß § 32 Abs 1 Z 9 GewO 1994 steht Gewerbetreibenden auch das Recht zu, "Gesamtaufträge zu übernehmen, sofern ein wichtiger Teil des Auftrages ihrem Gewerbe zukommt, jedoch unter der Voraussetzung, dass sie die Arbeiten, für deren Ausführung sie keine Gewerbeberechtigung besitzen, durch befugte Gewerbetreibende ausführen lassen". Beschränkt ist dieses Recht allerdings durch § 32 Abs 2 GewO 1994, wonach "bei der Ausübung der Rechte gemäß § 32 Abs 1 GewO 1994 der wirtschaftliche Schwerpunkt und die Eigenart des Betriebes erhalten bleiben [müssen]. Soweit dies aus Gründen der Sicherheit notwendig ist, haben sich die Gewerbetreibenden entsprechend ausgebildeter und erfahrener Fachkräfte zu bedienen." Ein wichtiger Teil des Auftrages muss dem Übernehmer des Gesamtauftrages zukommen (Gruber/Paliego-Barfuß, GewO7 [2010] § 32 Rz 16; Gemäß Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer 9, GewO 1994 steht Gewerbetreibenden auch das Recht zu, "Gesamtaufträge zu übernehmen, sofern ein wichtiger Teil des Auftrages ihrem Gewerbe zukommt, jedoch unter der Voraussetzung, dass sie die Arbeiten, für deren Ausführung sie keine Gewerbeberechtigung besitzen, durch befugte Gewerbetreibende ausführen lassen". Beschränkt ist dieses Recht allerdings durch Paragraph 32, Absatz 2, GewO 1994, wonach "bei der Ausübung der Rechte gemäß Paragraph 32, Absatz eins, GewO 1994 der wirtschaftliche Schwerpunkt und die Eigenart des Betriebes erhalten bleiben [müssen]. Soweit dies aus Gründen der Sicherheit notwendig ist, haben sich die Gewerbetreibenden entsprechend ausgebildeter und erfahrener Fachkräfte zu bedienen." Ein wichtiger Teil des Auftrages muss dem Übernehmer des Gesamtauftrages zukommen (Gruber/Paliego-Barfuß, GewO7 [2010] Paragraph 32, Rz 16; Grabler/Stolzlechner/Wendl, GewO2 [2003], § 32 Rz 20). Daraus ergibt sich, dass die Befugnis eines

Gewerbetreibenden, als Generalunternehmer aufzutreten, nicht von der Verpflichtung befreit, die Arbeiten tatsächlich durch befugte Gewerbetreibende ausführen zu lassen. Soweit allerdings befugte Gewerbetreibende für die Ausführung vorgesehen sind, ist jeder Gewerbetreibende berechtigt, Gesamtaufträge zu übernehmen. Grabler/Stolzlechner/Wendl, GewO 2 [2003], Paragraph 32, Rz 20). Daraus ergibt sich, dass die Befugnis eines Gewerbetreibenden, als Generalunternehmer aufzutreten, nicht von der Verpflichtung befreit, die Arbeiten tatsächlich durch befugte Gewerbetreibende ausführen zu lassen. Soweit allerdings befugte Gewerbetreibende für die Ausführung vorgesehen sind, ist jeder Gewerbetreibende berechtigt, Gesamtaufträge zu übernehmen.

Die Antragstellerin verfügt - soweit im gegebenen Zusammenhang von Bedeutung - über eine Gewerbeberechtigung als Tischler (Handwerk) eingeschränkt auf die Montage. Das Gewerbe der Tischler ist gemäß § 94 Z 71 GewO 1994 ein reglementiertes Gewerbe. Gemäß § 150 Abs 22 GewO 1994 sind Tischler iSd § 94 Z 71 GewO 1994 unbeschadet der Rechte der Bodenleger auch berechtigt, Beläge am Boden mit Ausnahme von Kunststein-, Naturstein- und keramischen Belägen zu verlegen. Sie sind weiters zur Herstellung von Holzstiegen im Innenbereich von Bauten berechtigt. Da die Antragstellerin über das Tischlergewerbe eingeschränkt auf die Montage verfügt, kommt ihr jedoch keine Befugnis zur Verlegung von Böden zu. Die Antragstellerin verfügt - soweit im gegebenen Zusammenhang von Bedeutung - über eine Gewerbeberechtigung als Tischler (Handwerk) eingeschränkt auf die Montage. Das Gewerbe der Tischler ist gemäß Paragraph 94, Ziffer 71, GewO 1994 ein reglementiertes Gewerbe. Gemäß Paragraph 150, Absatz 22, GewO 1994 sind Tischler iSd Paragraph 94, Ziffer 71, GewO 1994 unbeschadet der Rechte der Bodenleger auch berechtigt, Beläge am Boden mit Ausnahme von Kunststein-, Naturstein- und keramischen Belägen zu verlegen. Sie sind weiters zur Herstellung von Holzstiegen im Innenbereich von Bauten berechtigt. Da die Antragstellerin über das Tischlergewerbe eingeschränkt auf die Montage verfügt, kommt ihr jedoch keine Befugnis zur Verlegung von Böden zu.

Beim Gewerbe der Bodenleger handelt es sich gemäß § 94 Z 7 GewO 1994 um ein reglementiertes Gewerbe. Gemäß § 150 Abs 2 GewO 1994 bedarf es einer Gewerbeberechtigung für das Gewerbe der Bodenleger gemäß § 94 Z 7 GewO 1994 unbeschadet der Rechte anderer Gewerbetreibender für das Verlegen von Belägen an Böden, Wand und Decke sowie für die Herstellung des hierfür nötigen Untergrundes; hievon ausgenommen ist das Verlegen von Kunststein-, Naturstein-, Steingut- und keramischen Belägen sowie von Tapeten und Wandbespannungen. Bodenleger sind unbeschadet der Rechte der Tischler auch berechtigt, Parkettböden zu verlegen. Beim Gewerbe der Bodenleger handelt es sich gemäß Paragraph 94, Ziffer 7, GewO 1994 um ein reglementiertes Gewerbe. Gemäß Paragraph 150, Absatz 2, GewO 1994 bedarf es einer Gewerbeberechtigung für das Gewerbe der Bodenleger gemäß Paragraph 94, Ziffer 7, GewO 1994 unbeschadet der Rechte anderer Gewerbetreibender für das Verlegen von Belägen an Böden, Wand und Decke sowie für die Herstellung des hierfür nötigen Untergrundes; hievon ausgenommen ist das Verlegen von Kunststein-, Naturstein-, Steingut- und keramischen Belägen sowie von Tapeten und Wandbespannungen. Bodenleger sind unbeschadet der Rechte der Tischler auch berechtigt, Parkettböden zu verlegen.

Unstrittig hat die Antragstellerin die Subunternehmerin, die über das Gewerbe des Bodenlegers verfügt, als einzigen Subunternehmer namhaft gemacht. Allerdings gab sie dabei in einer Subunternehmererklärung die Leistungsgruppe 01 61 11 Vorarbeiten für Sporthallenböden und in der anderen 0160 Böden an. Die Leistungsgruppe 01 61 11 deckt nur einen Teil der Bodenlegerarbeiten ab. Die Leistungsgruppen 01 61 14 und 01 61 18 enthalten die übrigen Bodenlegearbeiten. Obwohl die Subunternehmerin das Leistungsverzeichnis bereits am 1. April 2010 kannte, erklärt sie gegenüber der Auftraggeberin lediglich, für die Leistungsgruppen 01 61 11 zur Verfügung zu stehen. Die Leistungsgruppe 0160 existiert in der Ausschreibung nicht. Überdies wurde in dieser Erklärung die Subunternehmerin nicht als notwendige Subunternehmerin genannt. Nach dem eindeutigen Wortlaut der Ausschreibung wurde die Subunternehmerin daher nicht für alle Bodenlegearbeiten namhaft gemacht.

Nach § 108 Abs 2 BVergG erklärt der Bieter mit der Abgabe seines Angebots ua, dass er über die erforderliche Befugnis zur Ausführung des Auftrags verfügt. Die Verpflichtung zur Nennung notwendiger Subunternehmer ergibt sich aus § 108 Abs 1 Z 2 BVergG. Die Nennung eines notwendigen Subunternehmers in der Subunternehmererklärung bezweckt den Nachweis der Leistungsfähigkeit, wie aus dem Wortlaut der äußerst rechten Spalte "Für die Leistungsfähigkeit erforderliche Subunternehmer (Art der Leistungsfähigkeit)" hervorgeht (Zur Verwendung einer identen Subunternehmererklärung der Auftraggeberin BVA 28. 5. 2009, N/0036- BVA/10/2009-46, RPA-Slg 2009/31). Die Nachweise zur Befugnis, wozu wohl auch die Namhaftmachung eines notwendigen Subunternehmers gehört, waren gemäß Punkt 01 der Liste "Geforderte Eignungsnachweise für Bauaufträge" auf Nachfrage vorzulegender Unterlagen binnen sieben Tagen nachzureichen. Wenn Punkt 01 den allenfalls notwendigen Subunternehmer zwar nicht

ausdrücklich nennt, ist der Bieter doch verpflichtet, die Befugnis zur Durchführung aller Leistungsteile nachzuweisen. Er ist dabei frei, sich aller ihm zur Verfügung stehenden Mittel zu bedienen. Die Antragstellerin hat jedoch gemäß § 108 Abs 2 BVergG mit der Abgabe ihres Angebots erklärt, die Befugnis selbst zu besitzen. Nach Paragraph 108, Absatz 2, BVergG erklärt der Bieter mit der Abgabe seines Angebots ua, dass er über die erforderliche Befugnis zur Ausführung des Auftrags verfügt. Die Verpflichtung zur Nennung notwendiger Subunternehmer ergibt sich aus Paragraph 108, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG. Die Nennung eines notwendigen Subunternehmers in der Subunternehmererklärung bezweckt den Nachweis der Leistungsfähigkeit, wie aus dem Wortlaut der äußerst rechten Spalte "Für die Leistungsfähigkeit erforderliche Subunternehmer (Art der Leistungsfähigkeit)" hervorgeht (Zur Verwendung einer identen Subunternehmererklärung der Auftraggeberin BVA 28. 5. 2009, N/0036- BVA/10/2009-46, RPA-Slg 2009/31). Die Nachweise zur Befugnis, wozu wohl auch die Namhaftmachung eines notwendigen Subunternehmers gehört, waren gemäß Punkt 01 der Liste "Geforderte Eignungsnachweise für Bauaufträge" auf Nachfrage vorzulegender Unterlagen binnen sieben Tagen nachzureichen. Wenn Punkt 01 den allenfalls notwendigen Subunternehmer zwar nicht ausdrücklich nennt, ist der Bieter doch verpflichtet, die Befugnis zur Durchführung aller Leistungsteile nachzuweisen. Er ist dabei frei, sich aller ihm zur Verfügung stehenden Mittel zu bedienen. Die Antragstellerin hat jedoch gemäß Paragraph 108, Absatz 2, BVergG mit der Abgabe ihres Angebots erklärt, die Befugnis selbst zu besitzen.

Der Nachweis der Befugnis für die Bodenlegearbeiten scheitert somit aus zwei Gründen. Einerseits ist die namhaft gemachte Subunternehmerin - unabhängig von der Art der Namhaftmachung - nicht für alle Bodenlegearbeiten namhaft gemacht. Selbst wenn die Art der Namhaftmachung zur Substitution der Befugnis ausreichen sollte, ist die Befugnis für alle Leistungsteile damit nicht nachgewiesen. Die Nachweise für die Eignung der Subunternehmerin wurden trotz Aufforderung nicht vorgelegt. Andererseits ist sie nicht zur Substitution der Leistungsfähigkeit für die Bodenlegearbeiten genannt.

Zu prüfen ist, ob dieser Mangel behebbar ist. Grundsätzlich ist der mangelhafte Nachweis der Befugnis verbesserbar. Er hat sich jedoch auf den relevanten Zeitpunkt zu beziehen. Im offenen Verfahren ist das gemäß § 69 Z 1 BVergG der Zeitpunkt der Angebotsöffnung. Lag daher zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung die Befugnis in der im Angebot genannten Art bereits vor, können Nachweise vorgelegt werden. Lag sie nicht vor, handelt es sich beim Mangel an Nachweisen der Befugnis um einen unbehebbarer Mangel (VwGH). Zu prüfen ist, ob dieser Mangel behebbar ist. Grundsätzlich ist der mangelhafte Nachweis der Befugnis verbesserbar. Er hat sich jedoch auf den relevanten Zeitpunkt zu beziehen. Im offenen Verfahren ist das gemäß Paragraph 69, Ziffer eins, BVergG der Zeitpunkt der Angebotsöffnung. Lag daher zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung die Befugnis in der im Angebot genannten Art bereits vor, können Nachweise vorgelegt werden. Lag sie nicht vor, handelt es sich beim Mangel an Nachweisen der Befugnis um einen unbehebbarer Mangel (VwGH).

11. 11. 2009, 2009/04/0203, JusGuide 2010/08/1319 [VwGH] = RPA-Slg 2010/2 =

RPA-Slg 2010/3 = ZVB 2010/35 [G. Gruber/Eisner]). Auch ist der Bieter an

seine im Angebot abgegebene Erklärung gebunden, wie er die Befugnis nachweisen will. Nur für diese Art kann er Nachweise nachreichen.

Im vorliegenden Fall ergibt sich daraus, dass eine Verbesserung durch den Nachweis der eigenen Befugnis nicht möglich ist, weil die Antragstellerin sie nicht besitzt. Der Nachweis der Befugnis durch den Subunternehmer erfolgte nicht für alle Leistungsteile. Eine Berufung auf die Befugnis des Subunternehmers erfolgte daher nicht in dem Maß, dass der gesamte Leistungsumfang abgedeckt wäre.

Der Auftraggeber hat nur bei Unklarheiten über das Angebot vom Bieter

Aufklärung zu verlangen. Ist der objektive Erklärungswert des Angebotes

eindeutig, haben keine Aufklärungen zu erfolgen. (BVA 9. 6. 2009,

N/0040-BVA/14/2009-31, RPA-Slg 2009/42 = RPA-Slg 2009/43 = ZVB-LSK 2010/10

= ZVB-LSK 2010/11 = ZVB-LSK 2010/12 = ZVB-LSK 2010/13)

Das Angebot der Subunternehmerin an die Antragstellerin war der Auftraggeberin bis zur mündlichen Verhandlung nicht bekannt. Da das Angebot einen eindeutigen Erklärungswert aufweist, zumal auch eine Verbesserung der Leistungsgruppe 0160 in 0161 nichts daran ändern könnte, dass der namhaft gemachte Subunternehmer nicht als

notwendiger Subunternehmer angesehen werden konnte, kommt eine Verbesserung nicht in Frage.

Die Antragstellerin beruft sich hinsichtlich des Umfangs der Befugnis auf die Nebenrechte gemäß § 32 Abs 1 Z 1 GewO 1994. Demnach steht dem Gewerbetreibenden auch das Recht zu, "alle Vorarbeiten und Vollendungsarbeiten auf dem Gebiet anderer Gewerbe vorzunehmen, die dazu dienen, die Produkte, die sie erzeugen oder vertreiben sowie Dienstleistungen, die sie erbringen, absatzfähig zu machen sowie in geringem Umfang Leistungen anderer Gewerbe zu erbringen, die eigene Leistungen wirtschaftlich sinnvoll ergänzen". Auch in diesem Zusammenhang ist die Beschränkung des § 32 Abs 2 GewO 1994 zu beachten. Die Antragstellerin beruft sich hinsichtlich des Umfangs der Befugnis auf die Nebenrechte gemäß Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer eins, GewO 1994. Demnach steht dem Gewerbetreibenden auch das Recht zu, "alle Vorarbeiten und Vollendungsarbeiten auf dem Gebiet anderer Gewerbe vorzunehmen, die dazu dienen, die Produkte, die sie erzeugen oder vertreiben sowie Dienstleistungen, die sie erbringen, absatzfähig zu machen sowie in geringem Umfang Leistungen anderer Gewerbe zu erbringen, die eigene Leistungen wirtschaftlich sinnvoll ergänzen". Auch in diesem Zusammenhang ist die Beschränkung des Paragraph 32, Absatz 2, GewO 1994 zu beachten.

Im Rahmen der gegenständlichen Ausschreibung kommt die Ergänzung eigener Leistungen in geringfügigem Ausmaß in Frage.

Die Rechte nach § 32 Abs 1 Z 1 GewO 1994 stehen allen Gewerbetreibenden zu. Die Rechte nach Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer eins, GewO 1994 stehen allen Gewerbetreibenden zu.

(VwGH 10. 12. 2009, 2009/04/0250, JusGuide 2010/07/1308 [VwGH] = JusGuide

2010/07/1309 [VwGH] = ZVB 2010/56 [G. Gruber/Eisner]). Dabei ist eine rein

quantitative Betrachtung anzustellen. Qualitative Aspekte der betroffenen Leistung zählen nicht (VwGH 24. 2. 2010, 2006/04/0148). Das Bundesvergabeamt ist für eine enge Interpretation eingetreten, wenn Gefahr für Leib und Leben einer größeren Anzahl von Personen bestehen kann (BVA 3. 10. 2007, N/0077-BVA/13/2007-40, "Tanzenbergtunnel", RPA 2007, 280 [Neumayr]). Der Verwaltungsgerichtshof sah es bei Zutreffen der übrigen Voraussetzungen des § 32 Abs 1 Z 1 GewO 1994 als möglich an, dass Leistungen im Ausmaß von 6,43 % der Gesamtleistung noch geringfügig sind (VwGH 24. 2. 2010, 2006/04/0148). quantitative Betrachtung anzustellen. Qualitative Aspekte der betroffenen Leistung zählen nicht (VwGH 24. 2. 2010, 2006/04/0148). Das Bundesvergabeamt ist für eine enge Interpretation eingetreten, wenn Gefahr für Leib und Leben einer größeren Anzahl von Personen bestehen kann (BVA 3. 10. 2007, N/0077-BVA/13/2007-40, "Tanzenbergtunnel", RPA 2007, 280 [Neumayr]). Der Verwaltungsgerichtshof sah es bei Zutreffen der übrigen Voraussetzungen des Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer eins, GewO 1994 als möglich an, dass Leistungen im Ausmaß von 6,43 % der Gesamtleistung noch geringfügig sind (VwGH 24. 2. 2010, 2006/04/0148).

Der Leistungsanteil der Bodenlegearbeiten beträgt im Angebot der Antragstellerin 14 %, somit rund 1/7 - ein Siebtel der Leistung. Damit ist die Schwelle der Geringfügigkeit überschritten.

Die Befugnis der Antragstellerin ist damit nicht nachgewiesen. Das Angebot

der Antragstellerin ist gemäß § 129 Abs 1 Z 2 BVergG auszuscheiden. Ihr

kann kein Schaden iSd § 320 Abs 1 BVergG entstehen. Damit kommt ihr keine

Antragslegitimation zur Stellung eines Nachprüfungsantrags zu (ständige

Rechtsprechung zuletzt zB VwGH 11. 11. 2009, 2009/04/0240, bbl 2010/33 =

JusGuide 2009/51/1231 [VwGH] = JusGuide 2009/51/1232 [VwGH] = RdW 2010/98 =

ZVB 2010/22 [G. Gruber/Eisner]). Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung war daher zurückzuweisen.

3.3 Ersatz der Pauschalgebühr

Gemäß § 319 Abs 1 BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 BVergG 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. Gemäß § 319 Abs 2 BVergG besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung nur dann, wenn dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und dem Antrag

auf einstweilige Verfügung Stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen Einer Interessenabwägung abgewiesen wurde. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, BVergG 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. Gemäß Paragraph 319, Absatz 2, BVergG besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung nur dann, wenn dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und dem Antrag auf einstweilige Verfügung Stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen Einer Interessenabwägung abgewiesen wurde.

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

Schlagworte

Rechtzeitigkeit; Einbringen; Einlangen; Nachweis der Befugnis;

Zuletzt aktualisiert am

22.07.2010

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