

TE Verg Bescheid 2009/11/17 N/0108-BVA/07/2009-21, -BEZUG- (optional), VwGH 25.6.2008, 2006/04/0116;

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 17.11.2009

Norm

BVergG 2006 §123 Abs2 Z2

BVergG 2006 §129 Abs1 Z7

BVergG 2006 §325 Abs1

1. BVergG 2006 § 123 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 123 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 7, Mag. Julia Stiefelmeyer, sowie Sabine Prewein, MAS, als Mitglied der Auftraggeberseite und DI Heinz Marschalek als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs 2 Z 2 Bundesvergabegesetz idF der Novelle BGBl I Nr. 86/2007 (BVergG) betreffend das Vergabeverfahren "Natursteinarbeiten für die Funktionssanierung und Adaptierung des Bezirksgerichtes, 5020 Salzburg, Rudolfsplatz 3" der Auftraggeberin Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H., Hintere Zollamtsstraße 1, 1030 Wien, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 7, Mag. Julia Stiefelmeyer, sowie Sabine Prewein, MAS, als Mitglied der Auftraggeberseite und DI Heinz Marschalek als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, Bundesvergabegesetz in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, (BVergG) betreffend das Vergabeverfahren "Natursteinarbeiten für die Funktionssanierung und Adaptierung des Bezirksgerichtes, 5020 Salzburg, Rudolfsplatz 3" der Auftraggeberin Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H., Hintere Zollamtsstraße 1, 1030 Wien, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, "das Bundesvergabeamt wolle unserem Nachprüfungsantrag bezüglich der Vergabe der Natursteinarbeiten für die Funktionssanierung und Adaptierung des Bezirksgerichtes 5020 Salzburg, Rudolfsplatz 3, durch die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H., Hintere Zollamtsstraße 1, 1030 Wien (Auftraggeberin) stattgeben, das Nachprüfungsverfahren einleiten und gemäß § 325 Abs 1 BVergG die gesondert anfechtbare Entscheidung der Auftraggeberin (siehe Schreiben vom 29.09.2009 (Beilage./1) für nichtig erklären", wird stattgegeben. Dem Antrag, "das Bundesvergabeamt wolle unserem Nachprüfungsantrag bezüglich der Vergabe der Natursteinarbeiten für die Funktionssanierung und Adaptierung des Bezirksgerichtes 5020 Salzburg, Rudolfsplatz 3, durch die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H., Hintere Zollamtsstraße 1, 1030 Wien (Auftraggeberin) stattgeben, das Nachprüfungsverfahren einleiten und gemäß Paragraph 325, Absatz eins, BVergG die gesondert anfechtbare Entscheidung der Auftraggeberin (siehe Schreiben vom 29.09.2009 (Beilage./1) für nichtig erklären", wird stattgegeben.

Die Zuschlagsentscheidung vom 29.9.2009 zu Gunsten der B*** wird für nichtig erklärt.

Begründung

Die Bekanntmachung der gegenständlichen Bauleistung, CPV Code 45216110, 45431000, wurde im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften unter 2009/S 153-223188 am 7.8.2009 veröffentlicht. Der als Bauauftrag qualifizierte Auftrag soll in Form eines offenen Verfahrens nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden. Als Zuschlagskriterien wurden der Gesamtpreis (98%) sowie die angebotene Gewährleistungsfrist (2%) in den Ausschreibungsbestimmungen genannt. In der Leistungsbeschreibung Pkt. 28.11.00.B "Material zu 28.11 Beispiel AG" heißt es:

"Betrifft Position(en): ULG 11

Beispielhaftes Material: Wachauer Marmor Smaragd. Struktur gewolkt, wellig, nicht einfarbig oder gestreift, z.B. Abbaustelle Steinbruch Kalkgrub.

Technische Daten: Rohdichte: 2.701 kg/m³, Schleifverschleiß nach Böhme:

20,2 cm³/50cm², Biegezugfestigkeit: 10,00 N/mm², Druckfestigkeit: 93,6 MPa, frostbeständig lt Önorm B 3123, Massenverlust durch 25 FTW: 0.03 M%,

Zunahme Wasseraufnahme durch 25 FTW: 0,0M%.

Bei bunten oder geäderten Natursteinen sind hinsichtlich Farbe, Textur und Struktur leichte Abweichungen möglich, wobei der beispielhaft angeführte Naturstein durch die vom Auftraggeber aufgelegten Muster die Bandbreite der Farbabweichung zeigt. Auf die Materialfeuchte beziehungsweise den Zustand nach Austrocknung wird Bedacht genommen.

Angeboten ist das beispielhafte oder ein Material gleichwertiger Art. Kriterien der Gleichwertigkeit: Naturstein gilt als gleichwertig, wenn er mangels besonders definierter Kriterien dem beispielhaft angeführten Naturstein in Farbe, Textur (Zeichnung, Äderung, Maserung usw.), Struktur (Korngröße, Kornverteilung) und den technischen Kennwerten (siehe ÖNORM B 7213, Tabelle 1) entspricht. Angeboten ist das beispielhafte oder ein Material gleichwertiger "Art". Kriterien der Gleichwertigkeit: Naturstein gilt als gleichwertig, wenn er mangels besonders definierter Kriterien dem beispielhaft angeführten Naturstein in Farbe, Textur (Zeichnung, Äderung, Maserung usw.), Struktur (Korngröße, Kornverteilung) und den technischen Kennwerten (siehe ÖNORM B 7213, Tabelle 1) entspricht.

Angeboten:"

Die Angebotsöffnung erfolgte unmittelbar nach Ende der Angebotsfrist am 1.9.2009, 10.00 Uhr. Mit Telefax vom 29.9.2009 wurde der Antragstellerin die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der B*** mitgeteilt.

Gegen diese Zuschlagsentscheidung richtet sich der nunmehrige Nachprüfungsantrag, in dem die Antragstellerin begründend ausführt, sie erachte sich in ihrem Recht auf Gleichbehandlung aller Bieter, auf Zuschlagserteilung an das gemäß den Angaben in der Ausschreibung technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot, sowie auf Einhaltung der Bestimmung des § 131 BVergG verletzt. Gegen diese Zuschlagsentscheidung richtet sich der nunmehrige Nachprüfungsantrag, in dem die Antragstellerin begründend ausführt, sie erachte sich in ihrem Recht auf Gleichbehandlung aller Bieter, auf Zuschlagserteilung an das gemäß den Angaben in der Ausschreibung technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot, sowie auf Einhaltung der Bestimmung des Paragraph 131, BVergG verletzt.

Die Antragstellerin habe in diesem Sinne das beispielhafte Material "Wachauer Marmor Smaragd" der entsprechenden Struktur (gewolkt, wellig; nicht einfarbig oder gestreift) zu einer Nettoangebotssumme von Euro 333.967,86 fristgerecht angeboten.

Mit E-Mail vom 3.3.2009 sei die Antragstellerin ersucht worden, mitzuteilen, von welchem Steinbruch sie den angebotenen Naturstein beziehe, wobei um Zusendung aussagekräftiger Fotos ersucht und angefragt worden sei, ob sie die angebotene Menge laut Bauzeitplan liefern könne. Mit Schreiben vom 9.9.2009 habe sie der Auftraggeberin mitgeteilt, dass das angebotene Material im Steinbruch Kalkgrub abgebaut werde. Gleichzeitig habe die Antragstellerin ein Schreiben der Firma C*** beigelegt samt Fotos von Rohblöcken, die für die Ausführung der Arbeiten vorgesehen wären. Weiters habe sie die Lieferdynamik mitgeteilt und einen Vorschlag für den Terminablauf angefügt. Ferner habe sie auf die vom Lieferwerk erhaltene Zusicherung hingewiesen, dass die bereits vor Ort bestehende Musterfläche repräsentativ für das gesamte zu liefernde Material sei. Das Schreiben der C*** vom 4.9.2009 habe sie ihrem Antwortschreiben vom 9.9.2009 angeschlossen. Aus diesem ergebe sich, dass das von der Antragstellerin angebotene Material tatsächlich aus dem Steinbruch Kalkgrub stamme, ihr entsprechende Fotos zur Bemusterung übermittelt würden und dass 2-3 Wochen nach Auftragserteilung die erste Teillieferung im Umfang von circa 400 m² fertig gestellt werden könne, wobei die Lieferzeit für die Gesamtmenge etwa 12-14 Wochen betragen würde. Mit Schreiben vom 28.9.2009 habe die Antragstellerin die Auftraggeberin davon in Kenntnis gesetzt, dass ihre Nachfrage bei der C*** ergeben habe, dass vier vor ihr gereichte Anbieter, so auch der präsumtive Zuschlagsempfänger, nicht das beispielhaft genannte Material angeboten hätten. Hinzugefügt worden sei, dass im zweiten möglicherweise in Frage kommenden Steinbruch im Besitz der Firma D*** der präsumtive Zuschlagsempfänger fallweise den Abbau von Marmorblöcken betreibe, wobei das Erscheinungsbild dieses Marmors in erster Linie einfarbig, dunkelgrau bzw. in geringem Umfang verschwommen parallel gestreift, keineswegs jedoch gewolkt oder wellig sei. Weiters habe sie darauf hingewiesen, dass ihrer Information nach derzeit im Steinbruch der Firma D*** kein Abbau von Blöcken stattfinde, die Struktur und Textur nicht dem beispielhaft ausgeschriebenem Material entspreche, dort auch keine Blöcke lagernd seien, während bei der C*** derzeit 100 m³ lagernd vorhanden seien, somit mehr als die benötigte Menge mit der angeforderten Qualität. Die Antragstellerin habe auch angeboten, entsprechende Muster vorzulegen bzw. sich von der Richtigkeit ihrer Angaben durch einen Besuch bei der C*** im Steinbruch Kalkgrub vor Ort zu überzeugen. Die Auftraggeberin habe mit Schreiben vom 29.9.2009 erwidert, dass die Qualitätsgleichwertigkeit vom Architekten geprüft worden sei und dass der präsumtive Zuschlagsempfänger am 23.9.2009 mehrere Musterplatten vorgelegt habe, welche der geforderten Struktur und Textur entsprechen würden. Die Auftraggeberin habe also offensichtlich die Antragstellerin gegenüber dem präsumtiven Zuschlagsempfänger insofern ungleich behandelt, als diesem die Möglichkeit zur Vorlage entsprechender Musterplatten eingeräumt worden sei, während der Antragstellerin diese Möglichkeit versagt geblieben sei, obwohl sie dies in ihrem Schreiben vom 28.9.2009 angeboten habe.

Die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung liege bereits darin, dass die Auftraggeberin lediglich den Namen des präsumtiven Zuschlagsempfängers, die Vergabesumme sowie das Ende der Stillhaltefrist bekannt gegeben habe. Die Gründe für die Ablehnung des Angebotes der Antragstellerin ließen sich aus dem Schreiben vom 29.9.2009 ebenso wenig entnehmen, wie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes. Damit werde der Antragstellerin die Möglichkeit genommen, zum Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers substantiell Stellung zu nehmen und unter Beweis zu stellen, dass es sich beim Angebot dieses Bieters keinesfalls um das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot handle. Darüber hinaus seien in der Einladung zur Angebotsabgabe und in den Angebotsbestimmungen die Reihenfolge der den Zuschlagskriterien zuerkannten Bedeutung unerwähnt geblieben. Die Auftraggeberin führe lediglich ein beispielhaftes Material an und beschränke sich darüber hinaus, was die Kriterien der Gleichwertigkeit betreffe, auf eine Begriffsbestimmung, ohne jedoch die dort angeführten Kriterien zu reihen. Hätten die Einladung zur Angebotsabgabe und die Angebotsbestimmungen dem inhaltlichen Erfordernis des § 80 Abs. 3 BVergG entsprochen, so wäre die Antragstellerin in der Lage gewesen, im Rahmen ihres Angebotes konkret auf die von der Auftraggeberin als maßgeblich erachteten Kriterien und deren Reihung entsprechend einzugehen und damit unter Beweis zu stellen, dass es sich bei ihrem Angebot um das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot handle. Weiters handle es sich bei dem in den Angebotsbestimmungen angeführten beispielhaften Material (Wachauer Marmor Smaragd), Struktur gewolkt, wellig nicht einfarbig oder gestreift, Abbaustelle Steinbruch Kalkgrub, welches die Antragstellerin auch angeboten habe, um ein gesamtheitlich erheblich dunkleres Material als jenes, das vom präsumtiven Zuschlagsempfänger angeboten worden sei. Das beispielhafte Material sei ferner nicht nur gewolkt, wellig und nicht einfarbig, sondern insbesondere auch nicht gestreift, während das vom präsumtiven Zuschlagsempfänger

angebotene Material eindeutig parallel gestreift sei. Auch im Rahmen der technischen Kennwerte unterscheide sich das vom präsumtiven Zuschlagsempfänger angebotene Material nicht unwesentlich vom beispielhaft genannten. Die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung liege bereits darin, dass die Auftraggeberin lediglich den Namen des präsumtiven Zuschlagsempfängers, die Vergabesumme sowie das Ende der Stillhaltefrist bekannt gegeben habe. Die Gründe für die Ablehnung des Angebotes der Antragstellerin ließen sich aus dem Schreiben vom 29.9.2009 ebenso wenig entnehmen, wie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes. Damit werde der Antragstellerin die Möglichkeit genommen, zum Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers substantiell Stellung zu nehmen und unter Beweis zu stellen, dass es sich beim Angebot dieses Bieters keinesfalls um das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot handle. Darüber hinaus seien in der Einladung zur Angebotsabgabe und in den Angebotsbestimmungen die Reihenfolge der den Zuschlagskriterien zuerkannten Bedeutung unerwähnt geblieben. Die Auftraggeberin führe lediglich ein beispielhaftes Material an und beschränke sich darüber hinaus, was die Kriterien der Gleichwertigkeit betreffe, auf eine Begriffsbestimmung, ohne jedoch die dort angeführten Kriterien zu reihen. Hätten die Einladung zur Angebotsabgabe und die Angebotsbestimmungen dem inhaltlichen Erfordernis des Paragraph 80, Absatz 3, BVergG entsprochen, so wäre die Antragstellerin in der Lage gewesen, im Rahmen ihres Angebotes konkret auf die von der Auftraggeberin als maßgeblich erachteten Kriterien und deren Reihung entsprechend einzugehen und damit unter Beweis zu stellen, dass es sich bei ihrem Angebot um das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot handle. Weiters handle es sich bei dem in den Angebotsbestimmungen angeführten beispielhaften Material (Wachauer Marmor Smaragd), Struktur gewolkt, wellig nicht einfarbig oder gestreift, Abbaustelle Steinbruch Kalkgrub, welches die Antragstellerin auch angeboten habe, um ein gesamtheitlich erheblich dunkleres Material als jenes, das vom präsumtiven Zuschlagsempfänger angeboten worden sei. Das beispielhafte Material sei ferner nicht nur gewolkt, wellig und nicht einfarbig, sondern insbesondere auch nicht gestreift, während das vom präsumtiven Zuschlagsempfänger angebotene Material eindeutig parallel gestreift sei. Auch im Rahmen der technischen Kennwerte unterscheide sich das vom präsumtiven Zuschlagsempfänger angebotene Material nicht unwesentlich vom beispielhaft genannten.

Durch die rechtswidrige Zuschlagsentscheidung werde der Antragstellerin die Möglichkeit genommen, den Zuschlag zu erhalten. Dadurch drohe ein unmittelbarer Schaden für die Antragstellerin, der im Entgang des aus dem gegenständlichen Auftrag zu erwartenden Gewinnes sowie im Umfang all jener frustrierten Aufwendungen, die die Antragstellerin bisher auf Grund der Einladung der Auftraggeberin zur Angebotsabgabe getätigt habe, liege.

Die Auftraggeberin erstattete in ihrem Schriftsatz vom 14.10.2009 allgemeine Auskünfte zum gegenständlichen Vergabeverfahren. Es handle sich um einen Bauauftrag. Der geschätzte Auftragswert aller Lose betrage Euro 6.502.612,00 (ohne USt), jener des verfahrensgegenständlichen Loses Euro 329.585,00,--. Es seien weder der Zuschlag erteilt noch eine Widerrufsentscheidung erfolgt noch das Vergabeverfahren widerrufen worden. In einer weiteren Stellungnahme vom 20.10.2009 ergänzte die Auftraggeberin, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger das Material "Wachauer Marmor" aus dem eigenen Steinbruch in XXX angeboten habe. Dieses angebotene Material sei bemustert und dabei einhellig festgestellt worden, dass dieses Material die Anforderungen an die Gleichwertigkeit vollkommen erfülle. Des Weiteren habe der präsumtive Zuschlagsempfänger den Nachweis erbracht, dass er über das angebotene Material auch uneingeschränkt verfügen könne. Die Auftraggeberin erstattete in ihrem Schriftsatz vom 14.10.2009 allgemeine Auskünfte zum gegenständlichen Vergabeverfahren. Es handle sich um einen Bauauftrag. Der geschätzte Auftragswert aller Lose betrage Euro 6.502.612,00 (ohne USt), jener des verfahrensgegenständlichen Loses Euro 329.585,00,--. Es seien weder der Zuschlag erteilt noch eine Widerrufsentscheidung erfolgt noch das Vergabeverfahren widerrufen worden. In einer weiteren Stellungnahme vom 20.10.2009 ergänzte die Auftraggeberin, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger das Material "Wachauer Marmor" aus dem eigenen Steinbruch in römisch 30 angeboten habe. Dieses angebotene Material sei bemustert und dabei einhellig festgestellt worden, dass dieses Material die Anforderungen an die Gleichwertigkeit vollkommen erfülle. Des Weiteren habe der präsumtive Zuschlagsempfänger den Nachweis erbracht, dass er über das angebotene Material auch uneingeschränkt verfügen könne.

Mit Bescheid des Bundesvergabebeamten vom 20.10.2009, GZ N/0108-BVA/07/2009- EV9, wurde dem Antrag der Antragstellerin auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung teilweise stattgegeben.

Mit Schriftsatz vom 22.10.2009 erhob der präsumtive Zuschlagsempfänger begründete Einwendungen gegen die von der Antragstellerin begehrte Entscheidung, sodass ihm Parteistellung gemäß § 324 Abs 3 BVergG zukommt. Mit

Schriftsatz vom 22.10.2009 erhob der präsumtive Zuschlagsempfänger begründete Einwendungen gegen die von der Antragstellerin begehrte Entscheidung, sodass ihm Parteistellung gemäß Paragraph 324, Absatz 3, BVergG zukommt.

In der mündlichen Verhandlung, welche am 9.11.2009 vor dem Bundesvergabebeamten stattfand, gab Herr E***, Geschäftsführer der präsumtiven Zuschlagsempfängerin an, dass unter dem Begriff "Versetzarbeiten" im Antrag auf Genehmigung von Subunternehmern vom 31.8.2009 das Verlegen der Steine vor Ort gemeint gewesen sei. Das seien folgende Positionsgruppen: 28.11.01 G, 28.11.03 G, 28.11.11 A, 28.19.02 A, 28.19.02 G, 28.19.02 H, 28.19.12 B,

28.19.14 A, 28.19.18 A, 28.19.18 B, 28.19.20 B, 28.19.21 A, 28.19.22 A,

28.19.23 A, 28.21.01 H, 28.21.01 I, 28.21.02 H, 28.21.02 I, 28.29.20 B, 28.81.02 A. Herr E*** führte weiter aus, dass die DE-Fugen und das Imprägnieren von der Firma F*** ausgeführt werden sollen. Er könne sich nicht mehr erinnern, weshalb im Schreiben vom 22.9.2009 mitgeteilt worden sei, dass für die Ausführung der DE-Fugen, Imprägnierungen und dergleichen mehr Nachunternehmer eingesetzt werden. Tatsache sei, dass diese Arbeiten von F*** ausgeführt werden sollen. 28.19.23 A, 28.21.01 H, 28.21.01 römisch eins, 28.21.02 H, 28.21.02 römisch eins, 28.29.20 B, 28.81.02 A. Herr E*** führte weiter aus, dass die DE-Fugen und das Imprägnieren von der Firma F*** ausgeführt werden sollen. Er könne sich nicht mehr erinnern, weshalb im Schreiben vom 22.9.2009 mitgeteilt worden sei, dass für die Ausführung der DE-Fugen, Imprägnierungen und dergleichen mehr Nachunternehmer eingesetzt werden. Tatsache sei, dass diese Arbeiten von F*** ausgeführt werden sollen.

G*** (BIG) führte aus, dass das Architekturbüro XXX beim gegenständlichen Bauvorhaben die Funktion eines Generalplaners inne habe. G*** (BIG) führte aus, dass das Architekturbüro römisch 30 beim gegenständlichen Bauvorhaben die Funktion eines Generalplaners inne habe.

Herr H*** ergänzte, dass die BIG unter dem Begriff "Versetzarbeiten" alle Arbeiten auf der Baustelle vor Ort verstanden habe.

Herr I*** (Architekturbüro XXX) führte aus, dass er im Zuge der Angebotsprüfung von der Auftraggeberin ersucht worden sei, nachzuprüfen, ob bzw. welche Subunternehmer die Verlegearbeiten durchführen sollen. Die Begriffe "verlegen und versetzen" seien idente Begriffe, wobei "versetzen" in Richtung Stufen gehe und "verlegen" die Bodenarbeiten betreffe. Herr I*** (Architekturbüro römisch 30) führte aus, dass er im Zuge der Angebotsprüfung von der Auftraggeberin ersucht worden sei, nachzuprüfen, ob bzw. welche Subunternehmer die Verlegearbeiten durchführen sollen. Die Begriffe "verlegen und versetzen" seien idente Begriffe, wobei "versetzen" in Richtung Stufen gehe und "verlegen" die Bodenarbeiten betreffe.

Herr E*** bestätigte, dass das Schreiben vom 22.9.2009 von ihm stamme.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

I. Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten und Zulässigkeit des Antrages römisch eins. Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten und Zulässigkeit des Antrages:

Die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. (BIG) ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Bauauftrag gemäß § 4 BVergG. Laut Angabe der Auftraggeberin beträgt der geschätzte Auftragswert aller Lose Euro 6.502.612,00 (ohne USt), jener des verfahrensgegenständlichen Loses Euro 329.585,00,--. Es liegt somit gemäß § 12 Abs.1 Z 3 BVergG ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vor. Die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. (BIG) ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Bauauftrag gemäß Paragraph 4, BVergG. Laut Angabe der Auftraggeberin beträgt der geschätzte Auftragswert aller Lose Euro 6.502.612,00 (ohne USt), jener des verfahrensgegenständlichen Loses Euro 329.585,00,--. Es liegt somit gemäß Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vor.

Die Antragstellerin hat die Nichtigerklärung der ihr mit Telefax vom 29.9.2009 mitgeteilten Zuschlagsentscheidung beantragt. Dabei handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG. Die Antragstellerin hat die Nichtigerklärung der ihr mit Telefax vom 29.9.2009 mitgeteilten Zuschlagsentscheidung beantragt. Dabei handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG.

Im gegenständlichen Verfahren wurde weder ein Zuschlag erteilt noch das Verfahren widerrufen. Die Antragstellerin

hat ein Angebot gelegt. Der sich gegen die Zuschlagsentscheidung richtende, fristgemäß eingebrachte Nachprüfungsantrag entspricht den formalen Voraussetzungen des § 322 Abs. 1 BVergG und ist zulässig. Im gegenständlichen Verfahren wurde weder ein Zuschlag erteilt noch das Verfahren widerrufen. Die Antragstellerin hat ein Angebot gelegt. Der sich gegen die Zuschlagsentscheidung richtende, fristgemäß eingebrachte Nachprüfungsantrag entspricht den formalen Voraussetzungen des Paragraph 322, Absatz eins, BVergG und ist zulässig.

II. Inhaltliche Beurteilung des Antrages: römisch zwei. Inhaltliche Beurteilung des Antrages:

Gemäß § 325 Abs 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Bescheid für nichtig zu erklären, wenn
Gemäß Paragraph 325, Absatz eins, BVergG hat das Bundesvergabeamt eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Bescheid für nichtig zu erklären, wenn

1. 1. Ziffer eins

sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung den Antragsteller in dem von ihm nach § 322 Abs 1 Z 5 geltend gemachten Recht verletzt, und
sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung den Antragsteller in dem von ihm nach Paragraph 322, Absatz eins, Ziffer 5, geltend gemachten Recht verletzt, und

2. 2. Ziffer 2

die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

Gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auf Grund des Ergebnisses der Prüfung den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote auszuscheiden.
Gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auf Grund des Ergebnisses der Prüfung den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote auszuscheiden.

§ 123 BVergG lautet: Paragraph 123, BVergG lautet:

(1) Die Prüfung der Angebote hat in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien zu erfolgen.

(2) Im Einzelnen ist zu prüfen,

1. 2. Ziffer 2

die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Bieters bzw. - bei der Weitergabe von Leistungen - der namhaft gemachten Subunternehmer;

In der mangels Anfechtung bestandfest gewordenen "Einladung zur Angebotsabgabe und Angebotsbestimmungen" (vgl. VwGH 25.6.2008, 2006/04/0116; 27.6.2007, 2005/04/0234) ist Folgendes angemerkt:
In der mangels Anfechtung bestandfest gewordenen "Einladung zur Angebotsabgabe und Angebotsbestimmungen" vergleiche VwGH 25.6.2008, 2006/04/0116; 27.6.2007, 2005/04/0234) ist Folgendes angemerkt:

"(...)

Art des Vergabeverfahrens: X offenes Verfahren
Art des Vergabeverfahrens: römisch zehn offenes Verfahren

....

Die Ausschreibungsunterlagen bestehen aus dieser Einladung zur Angebotsabgabe und Angebotsbestimmungen sowie folgenden Beilagen:

....

1. h) Litera h

Antrag auf Genehmigung von Subunternehmern

...

Angebotsbestimmungen

...

1. 7. Ziffer 7

Die Weitergabe des gesamten Auftrages an Subunternehmer ist - ausgenommen bei Kaufverträgen - unzulässig. Die Weitergabe von Teilen der Leistung ist überdies nur insoweit zulässig, als der Subunternehmer die für die Ausführung seines Teiles erforderliche Befugnis, technische, finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sowie die berufliche Zuverlässigkeit gemäß den §§ 71 bis 76 BVergG 2006 besitzt. Hinsichtlich der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit gilt dies nur dann, wenn der Bieter den/die Subunternehmer zur Darlegung seiner eigenen wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit benötigt. Die Weitergabe des gesamten Auftrages an Subunternehmer ist - ausgenommen bei Kaufverträgen - unzulässig. Die Weitergabe von Teilen der Leistung ist überdies nur insoweit zulässig, als der Subunternehmer die für die Ausführung seines Teiles erforderliche Befugnis, technische, finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sowie die berufliche Zuverlässigkeit gemäß den Paragraphen 71 bis 76 BVergG 2006 besitzt. Hinsichtlich der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit gilt dies nur dann, wenn der Bieter den/die Subunternehmer zur Darlegung seiner eigenen wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit benötigt.

Der Bieter hat in seinem Angebot all jene Subunternehmer anzugeben, an die er Teile des Auftrages weiterzugeben beabsichtigt. Diese Angaben umfassen die Person des Subunternehmers, den Einsatzbereich und den Wert der Subunternehmerleistung in Prozent vom Gesamtauftragswert (Beilage h). In diesem Fall hat der Bieter den Nachweis zu erbringen, dass der jeweilige Subunternehmer dem Bieter die erforderlichen Mittel zur Verfügung stellt (bei Substitution der technischen Leistungsfähigkeit) bzw. dass eine solidarische Haftung des Subunternehmers gegenüber dem Auftraggeber besteht (bei Substitution der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit). Ein Wechsel eines Subunternehmers bedarf der schriftlichen Zustimmung des Auftraggebers.

(...)

1. 17.Ziffer 17

Die Vergabe der ausgeschriebenen Leistungen erfolgt nach den Bestimmungen des BVergG 2006 i.d.g.F. und den dazu ergangenen Verordnungen.

(...)"

Im Angebotsschreiben des präsumtiven Zuschlagsempfängers wurde unter Punkt 18.

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

Bitte Zutreffendes ankreuzen:

(...)

18.6.

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

(...)"

zwar Punkt 18.6. nicht angekreuzt, sondern blieb diese Zeile vielmehr leer, dennoch füllte der präsumtive Zuschlagsempfänger unter einem das - ebenfalls bestandfest gewordene - Formblatt der Auftraggeberin

"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 eingeführt:

Leistungsgruppe	Handelsrechtlicher Firmenwortlaut
Teile der Leistung	und Standort der
Pos. Nummer	Subunternehmer
%-Anteil an der	Für die Leistungsfähigkeit

Gesamtleistung erforderliche 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.

(....)"

wie folgt aus und legte dieses seinem Angebot vom 31.8.2009 bei:

"Als Bieter/Auftragnehmer gebe ich bekannt

80 %

der angebotenen/beauftragten Gesamtleistung selbst zu erbringen."

Die Tabelle betreffend die Subunternehmer wurde wie folgt ausgefüllt:

"Leistungsgruppe Handelsrechtlicher Firmenwortlaut

Teile der Leistung und Standort der

Pos. Nummer Subunternehmer

Versetzarbeiten Fa. F***

%-Anteil an der Für die Leistungsfähigkeit

Gesamtleistung erforderliche Subunternehmer

(Art der Leistungsfähigkeit)

20%"

Mit Schreiben vom 21.9.2008 (Anmerkung: gemeint wohl 2009) richtete das Architekturbüro XXX, das laut G*** (BIG) in der mündlichen Verhandlung vom 9.11.2009 beim gegenständlichen Bauvorhaben die Funktion eines Generalplaners inne hat, an den präsumtiven Zuschlagsempfänger u.a. folgendes Ersuchen: Mit Schreiben vom 21.9.2008 (Anmerkung: gemeint wohl 2009) richtete das Architekturbüro römisch 30, das laut G*** (BIG) in der mündlichen Verhandlung vom 9.11.2009 beim gegenständlichen Bauvorhaben die Funktion eines Generalplaners inne hat, an den präsumtiven Zuschlagsempfänger u.a. folgendes Ersuchen:

" (...)

1. 3.)3,

Weiters bitte um entsprechende Auskunft, ob bzw. welche Subunternehmer die Verlegearbeiten durchführen.

(...)"

In Beantwortung dieses Schreibens teilte der präsumtive Zuschlagsempfänger am 22.9.2009 Folgendes mit:

"(...)

1. 2.Ziffer 2

Für die Verlegearbeiten setzen wir als Nachunternehmer die Firma F*** ein. Wir haben die Adresse bereits im Angebotsschreiben vom 31.08.2009, welches Ihnen am 01.09.2009 zugeing, eingesetzt. Wir verweisen auf den ausgefüllten Antrag auf Genehmigung von Subunternehmern. Für die Ausführung der DE Fugen, Imprägnierungen und der gleichen mehr setzen wir ebenfalls Nachunternehmer ein. Diese werden wir Ihnen rechtzeitig benennen. (...)"

Wie Herr E***, GF des präsumtiven Zuschlagsempfängers, in der mündlichen Verhandlung vom 9.11.2009 bestätigte, ist er selbst Verfasser dieses Schreibens vom 22.9.2009. Er könne sich jedoch nicht mehr erinnern, weshalb in diesem Schreiben mitgeteilt worden sei, dass für die Ausführung der DE-Fugen, Imprägnierungen und dergleichen zusätzliche Nachunternehmer eingesetzt würden.

Gemäß § 108 Abs 1 Z 2 BVergG muss jedes Angebot insbesondere enthaltenGemäß Paragraph 108, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG muss jedes Angebot insbesondere enthalten:

1. 2.Ziffer 2

Bekanntgabe der Subunternehmer, deren Leistungsfähigkeit für den Nachweis der Leistungsfähigkeit des Bieters erforderlich ist, unter Beilage der erforderlichen Bescheinigungen und dem Nachweis, dass der Bieter über deren Kapazitäten bzw. bei der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Auftraggeber über die zur Durchführung des Gesamtauftrages erforderlichen Sicherheiten verfügt. Bekanntgabe aller Teile oder - sofern der Auftraggeber dies in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehen hat - nur der wesentlichen Teile des Auftrages, die der Bieter jedenfalls oder möglicherweise im Wege von Subaufträgen an Dritte zu vergeben beabsichtigt. Die in Frage kommenden Subunternehmer sind unter Nachweis ihrer Befugnis und beruflichen Zuverlässigkeit bekannt zu geben. Die Nennung mehrerer Subunternehmer je Leistungsteil ist zulässig. Die Haftung des Auftragnehmers wird durch diese Angabe nicht berührt.

Die Z 2 über die Bekanntgabe v Subvergaben wurde gegenüber der früheren Rechtslage neu gestaltet. Dahinter steht der im AB formulierte Gedanke, dass der Bieter als Regelfall alle Teile des Auftrages, die er jedenfalls oder möglicherweise im Wege von Subaufträgen an Dritte zu vergeben beabsichtigt, in seinem Angebot anführen soll. Der AG kann davon insofern abweichen, als er in der Ausschreibung vorsieht, dass lediglich die beabsichtigte Weitergabe wesentlicher Teile im Angebot angegeben werden muss.Die Ziffer 2, über die Bekanntgabe v Subvergaben wurde gegenüber der früheren Rechtslage neu gestaltet. Dahinter steht der im Ausschussbericht formulierte Gedanke, dass der Bieter als Regelfall alle Teile des Auftrages, die er jedenfalls oder möglicherweise im Wege von Subaufträgen an Dritte zu vergeben beabsichtigt, in seinem Angebot anführen soll. Der AG kann davon insofern abweichen, als er in der Ausschreibung vorsieht, dass lediglich die beabsichtigte Weitergabe wesentlicher Teile im Angebot angegeben werden muss.

Die "in Frage kommenden" Subunternehmer sind (nunmehr) unter Nachweis ihrer Befugnis und beruflichen Zuverlässigkeit bekannt zu geben. (vgl. G. Gruber in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 108, Rz 7f)Die "in Frage kommenden" Subunternehmer sind (nunmehr) unter Nachweis ihrer Befugnis und beruflichen Zuverlässigkeit bekannt zu geben. vergleiche G. Gruber in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 108,, Rz 7f)

Wird ein Subunternehmer nicht zum Nachweis der Eignung des Bieters benötigt, so liegt ein nicht eignungsrelevanter Subunternehmer vor. Dies ist etwa sinnvoll, um möglichen Kapazitätsengpässen vorzubeugen. Der AG muss auch beim nicht eignungsrelevanten Subunternehmer prüfen, ob dieser über die zur Erbringung seines Leistungsteiles erforderliche Eignung verfügt. Daher hat der Bieter - außer der AG beschränkt die Eignungsprüfung auf wesentliche Leistungsteile - auch sämtliche nicht eignungsrelevanten Subunternehmer, an die er Leistungsteile weiterzugeben beabsichtigt, bekanntzugeben und nachzuweisen, dass diese für die Erbringung des jeweils zugewiesenen Leistungsteiles geeignet sind (vgl. G. Zellhofer/J. Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 83, Rz 9).Wird ein Subunternehmer nicht zum Nachweis der Eignung des Bieters benötigt, so liegt ein nicht eignungsrelevanter Subunternehmer vor. Dies ist etwa sinnvoll, um möglichen Kapazitätsengpässen vorzubeugen. Der AG muss auch beim nicht eignungsrelevanten Subunternehmer prüfen, ob dieser über die zur Erbringung seines Leistungsteiles erforderliche Eignung verfügt. Daher hat der Bieter - außer der AG beschränkt die Eignungsprüfung auf wesentliche Leistungsteile - auch sämtliche nicht eignungsrelevanten Subunternehmer, an die er Leistungsteile weiterzugeben

beabsichtigt, bekanntzugeben und nachzuweisen, dass diese für die Erbringung des jeweils zugewiesenen Leistungsteiles geeignet sind vergleiche G. Zellhofer/J. Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 83,, Rz 9).

Die allgemeinen, für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der §§ 914ff ABGB sind auch im Vergaberecht anzuwenden (vgl Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen 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 und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgeblich (vgl VwGH 19.11.2008, 2007/04/0018 und 2007/04/0019; 29.3.2006, 2004/04/0144, 0156, 0157; 16.2.2005, 2004/04/0030; ebenso BVA 29.7.2009, N/0061-BVA/04/2009-32; 11.1.2008, N/0112-BVA/14/2007-20; 10.10.2007, u. v.a). Die allgemeinen, für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der Paragraphen 914 f, f, ABGB sind auch im Vergaberecht anzuwenden vergleiche Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen 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 und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgeblich vergleiche VwGH 19.11.2008, 2007/04/0018 und 2007/04/0019; 29.3.2006, 2004/04/0144, 0156, 0157; 16.2.2005, 2004/04/0030; ebenso BVA 29.7.2009, N/0061-BVA/04/2009-32; 11.1.2008, N/0112-BVA/14/2007-20; 10.10.2007, u. v.a).

Unter Zugrundelegung dieses Interpretationsmaßstabes ergibt sich aus einer Zusammenschau der "Einladung zur Angebotsabgabe und Angebotsbestimmungen" (siehe insbesondere Punkt 7 der Angebotsbestimmungen), dem oben wiedergegebenen Formblatt der Auftraggeberin, "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 eingeführt:" und § 108 Abs 1 Z 2 BVerG, dass der Bieter alle Subunternehmer, nämlich insbesondere auch jene, die zur Erbringung einzelner Leistungen zum Angebotstermin noch nicht bekannt sind, sondern nur in Erwägung gezogen werden, zu benennen hat. Die Ausschreibungsunterlage fordert ausdrücklich, dass der Bieter dabei die Person des Subunternehmers, den Einsatzbereich und den Wert der Subunternehmerleistung in Prozent vom Gesamtauftragswert anzugeben hat. Die Ausschreibungsunterlagen enthalten darüber hinaus auch keinen Hinweis, dass nur für die Leistungsfähigkeit erforderliche Subunternehmer bzw. nur Subunternehmer, an die wesentliche Teile des Auftrags weitergegeben werden, zu nennen seien. Es sind somit auch alle nicht eignungsrelevanten Subunternehmer zu nennen. Dass auch der präsumtive Zuschlagsempfänger diese Anforderung in dem Sinn verstanden hat, dass alle Subunternehmer zu nennen sind, ergibt sich nicht zuletzt aus einer Addition der im Antrag auf Genehmigung von Subunternehmern genannten jeweiligen Prozentanteile an der Gesamtleistung (80% der angebotenen Gesamtleistung sollen demnach durch den präsumtiven Zuschlagsempfänger erbracht werden, 20% durch den namhaft gemachten Subunternehmer F***), welche zusammen genau 100% ausmachen. Unter Zugrundelegung dieses Interpretationsmaßstabes ergibt sich aus einer Zusammenschau der "Einladung zur Angebotsabgabe und Angebotsbestimmungen" (siehe insbesondere Punkt 7 der Angebotsbestimmungen), dem oben wiedergegebenen Formblatt der Auftraggeberin, "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 eingeführt:" und Paragraph 108, Absatz eins, Ziffer 2, BVerG, dass der Bieter alle Subunternehmer, nämlich insbesondere auch jene, die zur Erbringung einzelner Leistungen zum Angebotstermin noch nicht bekannt sind, sondern nur in Erwägung gezogen werden, zu benennen hat. Die Ausschreibungsunterlage fordert ausdrücklich, dass der Bieter dabei die Person des Subunternehmers, den

Einsatzbereich und den Wert der Subunternehmerleistung in Prozent vom Gesamtauftragswert anzugeben hat. Die Ausschreibungsunterlagen enthalten darüber hinaus auch keinen Hinweis, dass nur für die Leistungsfähigkeit erforderliche Subunternehmer bzw. nur Subunternehmer, an die wesentliche Teile des Auftrags weitergegeben werden, zu nennen seien. Es sind somit auch alle nicht eignungsrelevanten Subunternehmer zu nennen. Dass auch der präsumtive Zuschlagsempfänger diese Anforderung in dem Sinn verstanden hat, dass alle Subunternehmer zu nennen sind, ergibt sich nicht zuletzt aus einer Addition der im Antrag auf Genehmigung von Subunternehmern genannten jeweiligen Prozentanteile an der Gesamtleistung (80% der angebotenen Gesamtleistung sollen demnach durch den präsumtiven Zuschlagsempfänger erbracht werden, 20% durch den namhaft gemachten Subunternehmer F***), welche zusammen genau 100% ausmachen.

Der präsumtive Zuschlagsempfänger nannte in seinem dem Angebot beiliegenden Antrag auf Genehmigung von Subunternehmern als einzigen Subunternehmer die F*** und zwar für "Versetzarbeiten".

Mit Schreiben vom 21.9.2008 (Anmerkung: gemeint wohl 2009) wurde der präsumtive Zuschlagsempfänger von der Auftraggeberin jedoch um Auskunft ersucht, ob bzw. welche Subunternehmer die Verlegearbeiten durchführen sollen.

In seinem Schreiben vom 22.9.2009, somit nach Ablauf der Angebotsfrist, teilte der präsumtive Zuschlagsempfänger daraufhin der Auftraggeberin mit, dass er für die Verlegearbeiten den im bereits mit dem Angebotsschreiben übermittelten und ausgefüllten Antrag auf Genehmigung von Subunternehmern eingesetzten Nachunternehmer, nämlich die Firma F***, einsetzen werde. Darüber hinaus gab er bekannt, dass er für die Ausführung der DE Fugen, Imprägnierungen und der gleichen mehr ebenfalls Nachunternehmer einsetzen werde. Diese würden rechtzeitig benannt werden.

Der präsumtive Zuschlagsempfänger hat somit mit seinem Angebot vom 31.8.2009 zunächst einen konkreten Subunternehmer, nämlich die F***, für den Bereich von Versetzarbeiten namhaft gemacht. Er hat weiters zum Zeitpunkt des Ablaufs der Angebotsfrist bekanntgegeben, dass er 80% der angebotenen/beauftragten Gesamtleistung selbst und der Subunternehmer, die F***, die restlichen 20% an der Gesamtleistung erbringen würden. Im Schreiben vom 22.9.2009, also nach Ablauf der Angebotsfrist, änderte er jedoch nachträglich sein ursprüngliches Angebot, indem er mitteilte, für die Ausführung der DE Fugen, Imprägnierungen und der gleichen mehr ebenfalls Nachunternehmer einsetzen zu wollen. Der präsumtive Zuschlagsempfänger gab mit seinem Schreiben vom 22.9.2009 somit bekannt, dass er sich auch für die Ausführung der DE Fugen, Imprägnierungen und der gleichen mehr weiterer Subunternehmer bedienen werde; konkrete Namen nannte er jedoch nicht. Weiters unterließ der präsumtive Zuschlagsempfänger die Bekanntgabe, wieviel Prozent an der Gesamtleistung von diesen (noch zu nennenden) weiteren Nachunternehmern zu erbringen seien. Mit seinem Schreiben vom 22.9.2009 änderte er jedoch auch die Aufteilung der jeweiligen %-Anteile, die er in seinem Antrag auf Genehmigung von Subunternehmern vom 31.8.2009 bekannt gegeben hat, da die von ihm selbst und der F*** bekanntgegebenen Anteile (80%, bzw. 20% = 100 %) durch die Aufnahme weiterer Subunternehmer neu aufzuteilen wären (die bereits bekannt gegebene Aufteilung der 100% an der Gesamtleistung lässt keinen Raum für weitere Subunternehmer).

In der mündlichen Verhandlung vom 9.11.2009 führte Herr E*** aus, er könne sich nicht mehr erinnern, weshalb im Schreiben vom 22.9.2009 mitgeteilt worden sei, dass für die Ausführung der DE-Fugen, Imprägnierungen und dergleichen mehr Nachunternehmer eingesetzt würden. Tatsache sei, dass diese Arbeiten von F*** ausgeführt werden sollen. Mit seiner Aussage in der mündlichen Verhandlung änderte der präsumtive Zuschlagsempfänger jedoch erneut sein Angebot.

In seinem Schreiben vom 22.9.2009 gab der präsumtive Zuschlagsempfänger an, die Subunternehmer für die Ausführung der DE Fugen, Imprägnierungen und der gleichen mehr rechtzeitig zu benennen. Konkrete Namen dieser Subunternehmer blieb der präsumtive Zuschlagsempfänger schuldig. Diese Vorgangsweise verunmöglicht jedoch die Prüfpflichten der Auftraggeberin nach § 123 Abs 2 Z 2 BVergG. Die Auftraggeberin hat die Eignung des Subunternehmers hinsichtlich des konkret bezeichneten Leistungsteiles zu prüfen, weswegen der Subunternehmer beim offenen Verfahren bereits zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung namentlich feststehen muss. In seinem Schreiben vom 22.9.2009 gab der präsumtive Zuschlagsempfänger an, die Subunternehmer für die Ausführung der DE Fugen, Imprägnierungen und der gleichen mehr rechtzeitig zu benennen. Konkrete Namen dieser Subunternehmer blieb der präsumtive Zuschlagsempfänger schuldig. Diese Vorgangsweise verunmöglicht jedoch die Prüfpflichten der

Auftraggeberin nach Paragraph 123, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG. Die Auftraggeberin hat die Eignung des Subunternehmers hinsichtlich des konkret bezeichneten Leistungsteiles zu prüfen, weswegen der Subunternehmer beim offenen Verfahren bereits zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung namentlich feststehen muss.

Die Änderung des Angebotes mit Schreiben vom 22.9.2009 widerspricht aber auch den Ausschreibungsbestimmungen. Sowohl aus der Bekanntmachung (Abschnitt IV.1.1) als auch aus der bestandfest gewordenen "Einladung zur Angebotsabgabe und Angebotsbestimmungen", worin ausdrücklich das offene Verfahren festgelegt wurde, ergibt sich eindeutig, dass die Auftraggeberin für die Abwicklung des gegenständlichen Vergabeverfahrens das offene Verfahren gewählt hat. Nach der Judikatur des EuGH ist die Auftraggeberin auch an die einmal festgelegte Vergabeverfahrensart gebunden [EuGH 25.4.1996, Rs C-87/94 (Kommission/Belgien); BVA 23.9.2003, 14N-78/03-18]. Die Änderung des Angebotes mit Schreiben vom 22.9.2009 widerspricht aber auch den Ausschreibungsbestimmungen. Sowohl aus der Bekanntmachung (Abschnitt römisch vier.1.1) als auch aus der bestandfest gewordenen "Einladung zur Angebotsabgabe und Angebotsbestimmungen", worin ausdrücklich das offene Verfahren festgelegt wurde, ergibt sich eindeutig, dass die Auftraggeberin für die Abwicklung des gegenständlichen Vergabeverfahrens das offene Verfahren gewählt hat. Nach der Judikatur des EuGH ist die Auftraggeberin auch an die einmal festgelegte Vergabeverfahrensart gebunden [EuGH 25.4.1996, Rs C-87/94 (Kommission/Belgien); BVA 23.9.2003, 14N-78/03-18].

Die Zulässigkeit einer Angebotsänderung wird gemäß § 106 Abs 8 BVergG im offenen Verfahren jedoch mit dem Ablauf der Angebotsfrist beschränkt und ist danach unzulässig (vgl. BVA 26.3.2007, N/0102-BVA/04/2006-83). Die Zulässigkeit einer Angebotsänderung wird gemäß Paragraph 106, Absatz 8, BVergG im offenen Verfahren jedoch mit dem Ablauf der Angebotsfrist beschränkt und ist danach unzulässig (vergleiche BVA 26.3.2007, N/0102-BVA/04/2006-83).

Das mit Schreiben vom 22.9.2009 nunmehr geänderte Angebot widerspricht aber auch Punkt 7 der Ausschreibungsbestimmungen in Zusammenhang mit dem Formblatt "Antrag auf Genehmigung von Subunternehmern". Gemäß Punkt 7 der Ausschreibungsunterlagen hat der Bieter in seinem Angebot all jene Subunternehmer anzugeben, an die er Teile des Auftrages weiterzugeben beabsichtigt. Diese Angaben umfassen die Person des Subunternehmers, den Einsatzbereich und den Wert der Subunternehmerleistung in Prozent vom Gesamtauftragswert (Beilage h). Ebenso ist im oben genannten Formblatt der %-Anteil an der Gesamtleistung für jeden beantragten Subunternehmer bekanntzugeben. Die nachträgliche Mitteilung "[...] setzen wir ebenfalls Nachunternehmer ein. Diese werden wir Ihnen rechtzeitig benennen" verhindert die Berechnung des Anteiles der jeweiligen Subunternehmerleistungen bzw. des vom präsumtiven Zuschlagsempfänger selbst zu erbringenden Anteiles an der Gesamtleistung. Aus der Aussage des präsumtiven Zuschlagsempfängers in seinem Schreiben vom 22.9.2009 ergibt sich nämlich weder, ob dieser Anteil auf jenen Teil entfällt, der laut Antrag auf Genehmigung von Subunternehmern vom 31.8.2009 vom Bieter selbst zu erbringen ist, oder auf den darin genannten vom Subunternehmer F*** zu erbringenden Teil. Der Bieter hätte nach den Ausschreibungsbestimmungen den Wert sämtlicher Subunternehmerleistungen in Prozent vom Gesamtauftragswert bekannt zu geben gehabt. Der präsumtive Zuschlagsempfänger gab in seinem Antrag auf Genehmigung von Subunternehmern an, dass er selbst 80% der Gesamtleistung, der Subunternehmer F*** 20% der Gesamtleistung erbringen werde, er unterließ jedoch jede Angabe darüber, dass er plane, noch andere Subunternehmer zu beschäftigen sowie wieviel Prozent diese Leistungen an der Gesamtleistung ausmachen.

Die Auftraggeberin hätte daher das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG ausscheiden müssen. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger in der mündlichen Verhandlung vom 9.11.2009 sein geändertes Angebot erneut revidierte. Die Auftraggeberin hätte daher das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG ausscheiden müssen. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger in der mündlichen Verhandlung vom 9.11.2009 sein geändertes Angebot erneut revidierte.

Es steht nicht in der Disposition der Auftraggeberin von Ausscheidenstatbeständen nach ihrem Ermessen Gebrauch zu machen. Die Bindung der für eine Zuschlagserteilung in Frage kommenden Angebote an die Ausschreibung ist für die Gleichbehandlung der Bieter iSd § 19 Abs. 1 BVergG 2006 entscheidend [vgl. dazu EuGH 25.4.1996, RS C 87/94 (Wallonische Busse, RZ 89, wonach eine Abweichung von in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen eine Verletzung wesentlicher Grundsätze des Vergabeverfahrens darstellt)]. Allein deshalb, weil der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für den Zuschlag von einem formalen Ausscheiden eines Angebotes Abstand genommen hat, wird ein auszuschheidendes Angebot nicht zu einem zulässigen Angebot, dem der Zuschlag erteilt werden kann (vgl. VwGH

27.9.2000, 2000/04/0050, ebenso BVA 23.7.2004, 14N-64/03-22; 28.1.2005, 04N-131/04-38; 26.3.2007, N/0102-BVA/04/2006-83 u.a.). Es steht nicht in der Disposition der Auftraggeberin von Ausscheidenstatbeständen nach ihrem Ermessen Gebrauch zu machen. Die Bindung der für eine Zuschlagserteilung in Frage kommenden Angebote an die Ausschreibung ist für die Gleichbehandlung der Bieter iSd Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 entscheidend [vgl dazu EuGH 25.4.1996, RS C 87/94 (Wallonische Busse, RZ 89, wonach eine Abweichung von in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen eine Verletzung wesentlicher Grundsätze des Vergabeverfahrens darstellt)]. Allein deshalb, weil der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für den Zuschlag von einem formalen Ausscheiden eines Angebotes Abstand genommen hat, wird ein auszuscheidendes Angebot nicht zu einem zulässigen Angebot, dem der Zuschlag erteilt werden kann vergleiche VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050, ebenso BVA 23.7.2004, 14N-64/03-22; 28.1.2005, 04N-131/04-38; 26.3.2007, N/0102-BVA/04/2006-83 u.a.).

Da die angefochtene Zuschlagsentscheidung die Antragstellerin in den von ihr geltend gemachten Rechten verletzt und - wie oben aufgezeigt - mit Rechtswidrigkeit behaftet ist, die für den Ausgang des Vergabeverfahrens gemäß § 325 Abs 1 Z 2 BVergG von wesentlichem Einfluss ist (vgl dazu VwGH 20.12.2005, 2004/04/0130; 24.2.2006, 2004/04/0127, BVA 2.3.2006, 04N-03/06- 42; 4.11.2004, 07N-95/04-19 u.a.), ist die angefochtene Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären. Da die angefochtene Zuschlagsentscheidung die Antragstellerin in den von ihr geltend gemachten Rechten verletzt und - wie oben aufgezeigt - mit Rechtswidrigkeit behaftet ist, die für den Ausgang des Vergabeverfahrens gemäß Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG von wesentlichem Einfluss ist vergleiche dazu VwGH 20.12.2005, 2004/04/0130; 24.2.2006, 2004/04/0127, BVA 2.3.2006, 04N-03/06- 42; 4.11.2004, 07N-95/04-19 u.a.), ist die angefochtene Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären.

Zuletzt aktualisiert am

09.02.2010

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