

TE Verg Bescheid 2009/5/28 N/0036-BVA/10/2009-46

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 28.05.2009

Norm

BVergG 2006 §129 Abs1 Z2

BVergG 2006 §19 Abs1

BVergG 2006 §69

BVergG 2006 §69 Z1

BVergG 2006 §126 Abs1

BVergG 2006 §126 Abs2

BVergG 2006 §108 Abs2

BVergG 2006 §108 Abs1 Z2

BVergG 2006 §83

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §319 Abs1

BVergG 2006 §319 Abs2

ABGB §914

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 § 19 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 69 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 69 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 126 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 126 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. BVergG 2006 § 126 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 126 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. BVergG 2006 § 108 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 108 gültig von 05.03.2010 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 108 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 108 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 108 gültig von 05.03.2010 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 108 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 83 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 83 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 83 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 83 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

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. ABGB § 914 heute
2. ABGB § 914 gültig ab 01.01.1917 zuletzt geändert durch RGBl. Nr. 69/1916

Text

Bescheid

Das Bundesvergabeamt hat durch den Senat 10 bestehend aus Mag. Hubert Reisner als Vorsitzendem sowie Sabine Prewein MAS als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Manfred Müllner als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe "1090 Wien, Währinger Straße 25a, Universitätsklinik für Zahn-, Mund- und Kieferheilkunde, Ausbau und Adaptierung, Stahl-Glasbau - Halle" des Auftraggebers Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. vertreten durch die vergebende Stelle Planen & Bauen Region Wien eingeleitet über Antrag vom 16. April 2009 der A***, vertreten durch X*** Rechtsanwälte GmbH wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Der Antrag der A***, "die Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin durch die Auftraggeberin für nichtig zu erklären", wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 129 Abs 1 Z 2 BVergG Rechtsgrundlage: Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG

II.römisch zwei.

Der Antrag der A***, "die Zuschlagsentscheidung der BIG Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H., nach der beabsichtigt ist, den Zuschlag im Vergabeverfahren zur GZ 90.133/812-PB01/08 hinsichtlich des Bauvorhabens 1090 Wien, Währinger Straße 25a, Ausbau und Adaptierung ZMK, 'Stahl-Glasbau - Halle' an die B*** für eine Vergabesumme von Euro 1.345.077,90 zu erteilen, für nichtig zu erklären", wird zurückgewiesen.

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

III.römisch drei.

Der Antrag der A***, "das Bundesvergabeamt möge die Auftraggeberin verpflichten, der Antragstellerin binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution die für den Nachprüfungsantrag und die für den Antrag auf einstweilige Verfügung entrichtete Pauschalgebühr zu bezahlen", wird abgewiesen.

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

Begründung

1. 1.Ziffer eins

Vorbringen der Parteien und Gang des Verfahrens

Die A*** vertreten durch X*** Rechtsanwälte GmbH in der Folge Antragstellerin genannt, stellte am 16. April 2009 neben dem im Spruch ersichtlichen Begehren und Anträgen auf Gebührenersatz gemäß § 319 BVergG und auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung die Anträge auf Nichtigerklärung der sie betreffenden Ausscheidensentscheidung und auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung. Sie brachte im Wesentlichen vor, dass es sich um einen im offenen Verfahren vergebenen öffentlichen Bauauftrag im Oberschwellerbereich handle. Der Zuschlag solle dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werden. Die Antragstellerin habe die im Internet bereitgestellten Ausschreibungsunterlagen heruntergeladen und vollständig ausgefüllt. Bei der Angebotsöffnung seien neun Angebote eingelangt gewesen. Die Antragstellerin sei unter Berücksichtigung aller Zuschlagskriterien als Bestbieterin (ungeprüft) ermittelt worden. Im Anschluss an die Angebotsöffnung seien von Seiten der Generalplaner zahlreiche weitere Unterlagen und Erläuterungen eingefordert worden, die alle übermittelt und erteilt worden seien. Mit Schreiben vom 2. April 2009 seien der Antragstellerin die Ausscheidensentscheidung und die Zuschlagsentscheidung übermittelt worden. Diese seien ungenügend begründet. Das Angebot der Antragstellerin sei nicht auszuschneiden. Die Ausscheidensentscheidung sei mit dem Fehlen der Befugnis für die Leistungsteile Herstellung Stahlbau, statische Berechnung und Montage Stahl begründet worden. Die Antragstellerin habe eine Erklärung abgegeben, dass die namhaft gemachten Subunternehmer die nötige Eignung besäßen und die Nachweise über Anforderung innerhalb von sieben Werktagen erbracht würden. Diese Nachweise seien von der Generalplanerin nie angefordert worden. Es sei daher nicht nachvollziehbar, dass die Antragstellerin nicht über die geforderten Gewerbeberechtigungen verfüge. Die Ausscheidung des Angebots der Antragstellerin sei daher zu Unrecht erfolgt, weshalb die Antragstellerin weiterhin den Zuschlag erhalten könnte. Sie sei durch die Zuschlagsentscheidung in ihren Rechten verletzt worden. Die Zuschlagsentscheidung sei ungenügend begründet. Die Antragstellerin habe ein Interesse am Vertragsabschluss, das sie bereits dadurch dokumentiert habe, dass sie am Vergabeverfahren teilgenommen habe und auch weiterhin teilnehmen wolle. Sie hätte durch den Auftrag einen Gewinn von Euro 181.094,18, dem Gewinn von 15 %, erwirtschaften können. Es entgehe ihr ein Referenzprojekt. Darin und in den Kosten der Beteiligung am Vergabeverfahren und dem frustrierten Arbeitsaufwand von 20 Stunden bestehe der Schaden. Es liege auch ein öffentliches Interesse an der Ermittlung des tatsächlichen Bestbieters, da die Kosten von der öffentlichen Hand zu tragen seien und der Preisunterschied zwischen der Antragstellerin und der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin nahezu 10 % betrage. Durch die beabsichtigte Zuschlagserteilung bzw die vorangegangene Ausscheidung des Angebots erachtet sich die Antragstellerin in ihrem Recht auf weitere Teilnahme am Vergabeverfahren, in ihrem Recht auf Zuschlagserteilung, in ihrem Recht auf eine Zuschlagsentscheidung, in der sie selbst als beabsichtigte Zuschlagsempfängerin benannt ist, in ihrem Recht, dass keine andere Unternehmerin außer ihr selbst in der Zuschlagsentscheidung vorläufig für den Zuschlag ausgewählt worden wäre, in ihrem Recht auf ein faires und transparentes Verfahren, in ihrem Recht auf eine transparente Begründung der Zuschlagsentscheidung, in ihrem Recht auf Gleichbehandlung, in ihrem Recht, dass die in der Zuschlagsentscheidung genannte B*** nicht in der Zuschlagsentscheidung für den Zuschlag ausgewählt wird, in eventu in ihrem Recht auf Widerrufsentscheidung nach nachmaligem Widerruf des Vergabeverfahrens bzw der Ausschreibung verletzt. Die geltend gemachten Rechtswidrigkeiten, nämlich die unberechtigte Nichtberücksichtigung des Angebotes der Antragstellerin und die fehlende Begründung der Zuschlagsentscheidung seien für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss. Die Nachweise der Befähigung der Subunternehmer sei nicht gefordert worden und durch die mit dem Angebot eingereichten Unterlagen im erforderlichen Umfang nachgewiesen. Die A*** vertreten durch X*** Rechtsanwälte GmbH in der Folge Antragstellerin genannt, stellte am 16. April 2009 neben dem im Spruch ersichtlichen Begehren und Anträgen auf Gebührenersatz gemäß Paragraph 319, BVergG und auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung die Anträge auf Nichtigerklärung der sie betreffenden Ausscheidensentscheidung und auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung. Sie brachte im Wesentlichen vor, dass es sich um einen im offenen Verfahren vergebenen öffentlichen Bauauftrag im Oberschwellerbereich handle. Der Zuschlag solle dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werden. Die Antragstellerin habe die im Internet bereitgestellten Ausschreibungsunterlagen heruntergeladen und vollständig ausgefüllt. Bei der Angebotsöffnung seien neun Angebote eingelangt gewesen. Die Antragstellerin sei unter Berücksichtigung aller Zuschlagskriterien als Bestbieterin (ungeprüft) ermittelt worden. Im Anschluss an die Angebotsöffnung seien von Seiten der Generalplaner zahlreiche weitere Unterlagen und Erläuterungen eingefordert worden, die alle übermittelt und erteilt worden seien. Mit Schreiben vom 2. April 2009 seien der Antragstellerin die Ausscheidensentscheidung und die Zuschlagsentscheidung übermittelt

worden. Diese seien ungenügend begründet. Das Angebot der Antragstellerin sei nicht auszuschneiden. Die Ausscheidensentscheidung sei mit dem Fehlen der Befugnis für die Leistungsteile Herstellung Stahlbau, statische Berechnung und Montage Stahl begründet worden. Die Antragstellerin habe eine Erklärung abgegeben, dass die namhaft gemachten Subunternehmer die nötige Eignung besäßen und die Nachweise über Anforderung innerhalb von sieben Werktagen erbracht würden. Diese Nachweise seien von der Generalplanerin nie angefordert worden. Es sei daher nicht nachvollziehbar, dass die Antragstellerin nicht über die geforderten Gewerbeberechtigungen verfüge. Die Ausscheidung des Angebots der Antragstellerin sei daher zu Unrecht erfolgt, weshalb die Antragstellerin weiterhin den Zuschlag erhalten könnte. Sie sei durch die Zuschlagsentscheidung in ihren Rechten verletzt worden. Die Zuschlagsentscheidung sei ungenügend begründet. Die Antragstellerin habe ein Interesse am Vertragsabschluss, das sie bereits dadurch dokumentiert habe, dass sie am Vergabeverfahren teilgenommen habe und auch weiterhin teilnehmen wolle. Sie hätte durch den Auftrag einen Gewinn von Euro 181.094,18, dem Gewinn von 15 %, erwirtschaften können. Es entgehe ihr ein Referenzprojekt. Darin und in den Kosten der Beteiligung am Vergabeverfahren und dem frustrierten Arbeitsaufwand von 20 Stunden bestehe der Schaden. Es liege auch ein öffentliches Interesse an der Ermittlung des tatsächlichen Bestbieters, da die Kosten von der öffentlichen Hand zu tragen seien und der Preisunterschied zwischen der Antragstellerin und der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin nahezu 10 % betrage. Durch die beabsichtigte Zuschlagserteilung bzw die vorangegangene Ausscheidung des Angebots erachtet sich die Antragstellerin in ihrem Recht auf weitere Teilnahme am Vergabeverfahren, in ihrem Recht auf Zuschlagserteilung, in ihrem Recht auf eine Zuschlagsentscheidung, in der sie selbst als beabsichtigte Zuschlagsempfängerin benannt ist, in ihrem Recht, dass keine andere Unternehmerin außer ihr selbst in der Zuschlagsentscheidung vorläufig für den Zuschlag ausgewählt worden wäre, in ihrem Recht auf ein faires und transparentes Verfahren, in ihrem Recht auf eine transparente Begründung der Zuschlagsentscheidung, in ihrem Recht auf Gleichbehandlung, in ihrem Recht, dass die in der Zuschlagsentscheidung genannte B*** nicht in der Zuschlagsentscheidung für den Zuschlag ausgewählt wird, in eventu in ihrem Recht auf Widerrufsentscheidung nach nachmaligem Widerruf des Vergabeverfahrens bzw der Ausschreibung verletzt. Die geltend gemachten Rechtswidrigkeiten, nämlich die unberechtigte Nichtberücksichtigung des Angebotes der Antragstellerin und die fehlende Begründung der Zuschlagsentscheidung seien für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss. Die Nachweise der Befähigung der Subunternehmer sei nicht gefordert worden und durch die mit dem Angebot eingereichten Unterlagen im erforderlichen Umfang nachgewiesen.

Die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H., in der Folge Auftraggeberin genannt, erteilte in ihrer Stellungnahme vom 20. April 2009 allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und nahm zu dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Stellung.

Am 21. April 2009 legte die Auftraggeberin die Unterlagen des Vergabeverfahrens vor und nahm zum Nachprüfungsantrag Stellung. Darin führte sie im Wesentlichen aus, dass die Antragstellerin nicht als Bestbieterin (ungeprüft) ermittelt wurde. In der dem Angebot beiliegenden Subunternehmererklärung sei lediglich eine Subunternehmerin genannt gewesen. Es sei auch nicht angegeben gewesen, dass die Antragstellerin diese Subunternehmerin zum Nachweis der Eignung benötige. Die Antragstellerin habe im Zuge der Angebotsprüfung eine weitere Subunternehmererklärung übermittelt. Darin habe sie erklärt, einen Leistungsteil von 60 % selbst zu erbringen und Subunternehmer für sechs andere Leistungsteile angeben. Dabei waren zwei bisher nicht genannte Subunternehmer. Die Glaserarbeiten machten lediglich 30 % der Gesamtleistung aus, die Leistungsanteile Stahlbau, Statik und Sonstiges die übrigen 70 %. Für diese besitze die Antragstellerin keine Gewerbeberechtigung. Bei der zweiten Subunternehmererklärung sei die Spalte, dass diese Subunternehmer für den Nachweis der Leistung erforderlich seien, nicht angekreuzt gewesen. Die Antragstellerin verfüge lediglich über das Gewerbe Glaser und nicht über alle geforderten Gewerbe. Dies habe die Auftraggeberin auch in der Ausscheidensentscheidung angeführt. Insbesondere statisch belangreiche Arbeiten dürften von einem Glaser nicht geplant und durchgeführt werden. Die Antragstellerin verkenne, dass bloß Nachweise, die dem Angebot noch nicht beigelegt wären, nachgebracht werden könnten. Keineswegs könne eine zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe geforderte jedoch nicht vorhandene Erklärung im Zuge etwaiger Aufklärungsgespräche oder - schreiben geheilt werden. Die von der Antragstellerin genannte Subunternehmerin habe in diesem Vergabeverfahren selbst ein Angebot abgegeben. Die Zuschlagsentscheidung sei transparent, weil die Formel zur Ermittlung des Zuschlagsempfängers in den Ausschreibungsunterlagen vermerkt sei.

Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin habe keine Verlängerung der Gewährleistungsfrist angeboten. Es gebe daher nur das Merkmal des Preises. Es gebe Zweifel an den Nachweisen der Befähigung der Subunternehmer. Die Auftraggeberin beantragte, sämtliche von der Antragstellerin eingebrachten Anträge ab- bzw zurückzuweisen.

Am 23. April 2009 nahm die Antragstellerin zu den Einwendungen der Auftraggeberin gegen den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Stellung.

Am 23. April 2009 erließ das Bundesvergabeamt zur Zahl N/0036- BVA/10/2009-EV13 eine einstweilige Verfügung. Darin untersagte es der Auftraggeberin bis zum Abschluss des Vergabeverfahrens die Zuschlagserteilung und setzte die Zuschlagsentscheidung für diesen Zeitraum aus.

Am 30. April 2009 erhob die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin begründete Einwendungen. Sie führte im Wesentlichen aus, dass die Antragstellerin in ihrem Angebot lediglich einen Subunternehmer namhaft gemacht habe, erst im Zuge der Angebotsprüfung eine weitere Subunternehmererklärung mit bis zu diesem Zeitpunkt nicht namhaft gemachten Subunternehmern übermittelt habe und von der Auftraggeberin daher ordnungsgemäß nicht als Bestbieterin ermittelt worden sei. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin beantragte, die Anträge abzuweisen.

Am 30. April 2009 langte beim Bundesvergabeamt der Schriftsatz der Antragstellerin vom 29. April 2009 ein. Sie führte darin im Wesentlichen aus, dass die Auftraggeberin vorgehalten habe, dass die Antragstellerin 320 % der Leistung von Subunternehmern habe erbringen lassen wollen. Mit E-Mail vom 20. Februar 2009 habe die Auftraggeberin aufgefordert, weitere Unterlagen zu übermitteln. Die Antragstellerin habe nachgefragt, welche Unterlagen zu übermitteln wären. Die Bearbeiterin sei jedoch zunächst nicht erreichbar gewesen. Auch bei einem persönlichen Gesprächstermin am 12. Februar 2009 sei die Antragstellerin nicht aufgefordert worden, die Gewerbeberechtigung der Subunternehmerfirma C*** vorzulegen, noch sei in irgendeiner Form die Subunternehmererklärung erörtert oder die Antragstellerin aufgefordert worden, die letzte Spalte auszufüllen. Am 13. Februar 2009 habe die Antragstellerin weitere Unterlagen, ua einen Auszug aus der Auftragnehmerkartei hinsichtlich der Firma C*** vorgelegt. Der Auftraggeberin sei daher seit 13. Februar 2009 bekannt gewesen, dass die Antragstellerin gemeinsam mit der Subunternehmerin C*** über die für die Auftragsausführung notwendigen Eignungsnachweise verfüge. Eine Anfrage nach der Vorlage der Gewerbeberechtigung der Subunternehmerin C*** sei nie erfolgt. Mit Anfrage vom 19. Februar 2009 sei die Antragstellerin von der Auftraggeberin aufgefordert worden, die mit dem Angebot abgegebene Subunternehmererklärung zu vervollständigen. Die Anfrage, welche Informationen genau benötigt würden, sei nicht beantwortet worden. Die Antragstellerin habe alle Unternehmen eingetragen. Die Bedeutung der letzten Spalte sei ihr nicht erläutert worden, daher habe sie diese auch nicht ausgefüllt. Aus der Ausschreibung sei die Bedeutung der Spalte nicht ersichtlich gewesen. Es könne daher nicht der "objektive Erklärungswert" unterstellt werden, dass die Antragstellerin für den Nachweis ihrer Eignung die angegebenen Subunternehmer nicht benötige. Die Ausdrücke "Eignung" und "Leistungsfähigkeit" seien nicht gleichbedeutend. Unter Leistungsfähigkeit sei nämlich nicht nur die Eignung im Sinne der gewerberechtlichen Befugnis zu verstehen, sondern vor allem die ausreichende wirtschaftliche Kapazität eines Unternehmens um einen Auftrag auszuführen. Da der Erklärungswert der vorgedruckten Subunternehmererklärung absolut nicht klar verständlich sei, hätten die Eignungsnachweise von der Antragstellerin im Zuge der Angebotsprüfung angefordert werden müssen. Die Anfragen der Auftraggeberin seien immer rasch beantwortet worden und das Vergabeverfahren nicht verschleppt worden.

Am 12. Mai 2009 langte beim Bundesvergabeamt der Schriftsatz der Antragstellerin vom 11. Mai 2009 ein. Darin führte sie im Wesentlichen aus, dass die Subunternehmererklärung bereits dem Angebot beigelegt sei. Sie sei daher nicht erst nach der Angebotsöffnung nachgereicht worden. Dass sie ergänzt worden sei, liege an der missverständlichen Formulierung der Auftraggeberin. Gehe man davon aus, dass die Subunternehmererklärung und damit das Angebot tatsächlich mit einem Mangel behaftet gewesen seien, handle es sich um einen behebbaren Mangel, der behoben worden sei. Zum Entscheidungszeitpunkt seien der Auftraggeberin alle erforderlichen Informationen über die wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit vorgelegen. Die Antragstellerin sprach sich gegen die Einvernahme der von der Auftraggeberin angebotenen Zeugen aus, da diese über die entscheidungswesentlichen Fragen gar keine Informationen hätten. Allein der Umstand, dass die Auftraggeberin der Auffassung sei, ihre Mitarbeiter hätten Informationen über die zwischen der Antragstellerin und der Generalplanerin geführte Korrespondenz, mute eigentümlich an. Sie bekräftige aber den bei der Antragstellerin bereits während der Angebotsprüfung entstandenen Eindruck, die Generalplanerin habe von dritter Seite Informationen darüber erhalten, welche Art technischer Details

von der Antragstellerin angefordert werden sollten.

Am 12. Mai 2009 legte die Auftraggeberin eine Stellungnahme vor. Darin führte sie im Wesentlichen aus, dass nichts Außergewöhnliches darin zu sehen sei, dass ein E-Mail samt Unterlagen, die der Prüfung eines Angebotes dienten, nicht innerhalb weniger Stunden am selben Tag beantwortet würden. Es hätte sogar zwei Tage später ein persönlicher Gesprächstermin stattgefunden. Es sei der Generalplanerin wegen des Umfangs der übergebenen Unterlagen unmöglich gewesen festzustellen, ob diese vollständig seien und welche Punkte sie betreffen. Die Antragstellerin sei der Ansicht, dass diese Unterlagen und die am 13. Februar 2009 übersandten Unterlagen ausreichen und sie alles, das ihr subjektiv möglich sei, gesendet habe. Vergaberechtlich gehe es darum, dass sie als Bieterin bereits zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe verbindlich erkläre, einerseits wer ihre Subunternehmer bei Ausführung eines Auftrages seien und andererseits, ob sie diese Subunternehmer zum Nachweis ihrer eigenen Befugnis, Leistungsfähigkeit und/oder Zuverlässigkeit benötige. Auch sei es nicht Aufgabe der Auftraggeberin in "detektivischer Nachforschungspflicht" alle vergaberechtlich vorgeschriebenen wesentlichen Teile des Angebotes der Antragstellerin, in welcher Form auch immer, selbst zu besorgen. Bei der Gelegenheit, ihr Angebot aufzuklären, habe die Antragstellerin eine neue Subunternehmererklärung vorgelegt. Es sei nicht der Zeitpunkt des Nachweises entscheidend, sondern die Erklärung, dass der von ihr gewählte Subunternehmer ein erforderlicher Subunternehmer zum Nachweis der eigenen Eignung sei. Es sei nicht Aufgabe der Generalplanerin, der Antragstellerin im Nachhinein Ausschreibungsunterlagen zu erklären. Bei der C*** handle es sich um ein Unternehmen, das die wesentlichen Teile der Ausschreibung erbringen würde. Die mit dem Angebot abzugebende Subunternehmererklärung sei eindeutig und klar. Die Antragstellerin habe keine Anfragen gestellt. Die Antragstellerin erkenne den Unterschied zwischen der Abgabe erforderlicher Erklärungen und der Übermittlung der Nachweise dafür.

Am 15. Mai 2009 nahm die Auftraggeberin erneut zum Vorbringen der Antragstellerin Stellung und wandte sich im Wesentlichen gegen das Vorbringen, dass die Generalplanerin Information von dritter Seite bekommen habe.

Am 20. Mai 2009 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt statt. Herr D***, E*** ZT GmbH, gab an, dass der Generalplaner Architekt sei. Frau F*** habe die Angebotsprüfung durchgeführt. Herr G***, A***, gab an, dass er das Formular Subunternehmerliste bis heute nicht verstehe. Die C*** brauche er für die technische Leistungsfähigkeit. Sie sei immer klar als Subunternehmerin vorgesehen gewesen. Aus dem Text des Formulars sei nicht erkennbar, welche Bedeutung die rechte Spalte habe. Die Ersuchen um Erläuterung seien seitens der Generalplanerin nicht beantwortet worden. Herr H***, BIG, brachte vor, dass es Aufgabe des Bieters sei, sein Angebot zu erklären. Bezüglich der Subunternehmererklärung habe es nie ein Aufklärungsersuchen gegeben. Frau F*** gab an, dass die Antragstellerin zur Abgabe von ergänzenden Unterlagen zur Befugnis und Leistungsfähigkeit im Bietergespräch am 12. Februar 2009 aufgefordert worden sei. Zur Aufforderung zur Erläuterung der Subunternehmererklärung am 19. Februar 2009 habe es keine Auskunft vor Abgabe der ergänzten Subunternehmererklärung gegeben. Herr D*** gab an, dass die Generalplanerin ein Formular ausgesandt habe. Der Verweis auf die bisher für die BIG ausgeführten Aufträge bringe nichts, da diese weder genau bezeichnet noch die Daten der Generalplanerin zugänglich seien. Der nächste Schritt der Prüfung sei die Tabelle mit dem Subunternehmer gewesen. Die Generalplanung habe Verbesserung verlangt. Auf Grund der abgegebenen Erklärung sei es nicht klar gewesen, ob die C*** für die Leistungsfähigkeit nötig sei. Es sei eine Präzisierung der angegebenen 60 % Eigenleistung verlangt worden. Von einem deutschen Ingenieurbüro habe es dazu eine Unterlage gegeben. Diese Unterlage werde nicht hergegeben, da sie nicht im Auftragsumfang gegenüber der BIG enthalten sei, sondern der eigenen Absicherung diene. Der Verhandlungsleiter wies darauf hin, dass diese Unterlagen bei der Beurteilung nicht berücksichtigt werden könnten, wenn sie nicht vorgelegt würden. Herr G*** verwies auf die Nebenrechte gem § 32 GewO. Es sei nicht notwendig gewesen, den Statiker als Subunternehmer namhaft zu machen, da die Statiken aus unterschiedlichen Quellen geliefert würden. Frau F*** gab an, dass üblicherweise 60 % der Leistung der Stahlbau und 30 - 40 % der Glasbau ausmacht. Gerüste seien in der LG 01.18 ausdrücklich gefordert, mit Mail vom 17. März 2009 habe sie um Aufklärung ersucht. Herr D*** gab an, dass bei der Prüfung der Kalkulation kein Montageansatz zu erkennen war. Nach Einschätzung des Generalplaners verfüge die A*** über zu wenig eigenes Personal, um den Auftrag auszuführen. Herr H*** gab an, dass der objektive Erklärungswert der gegebenen Aufklärung ausschlaggebend sei. Frau F*** gab an, dass die vorgelegte und nachgewiesene Versicherung die Risiken des Auftrags nicht abdecke. Herr G*** gab an, dass die Versicherung - so wie vorgelegt - bestehe. Es sei ihm nicht bewusst gewesen, dass der Umfang der Versicherung so wie vorgelegt sei. Es sei kein Problem, kurzfristig den Versicherungsschutz auszuweiten. Der

Versicherungsschutz sei kein Thema im Zuge der Angebotsprüfung gewesen. Für das gegenständliche Bauvorhaben genügten vier Monteure für den Glasbau. Herr H*** bestritt, dass mit vier Monteuren das Auslangen gefunden werden könne. Vielmehr sei zur Einhaltung des Zeitplanes drei Partien à vier Personen notwendig. Frau I***, X*** Rechtsanwälte GmbH, fragte nach, ob die Bauführung die Arbeit von drei Partien gleichzeitig zulassen würde. Herr D*** brachte vor, dass der Baukörper über 100 m lang sei und seiner Einschätzung nach vier Partien gleichzeitig arbeiten könnten. Frau I*** bestritt diese Aussage, weil zur Durchführung der Arbeiten dieses Loses eine Reihe von Vorarbeiten notwendig sei und diese nicht von vier Partien entsprechend erledigt werden könnte. Auch würden die logistischen und technischen Möglichkeiten nicht ausreichen. Am 20. Mai 2009 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt statt. Herr D***, E*** ZT GmbH, gab an, dass der Generalplaner Architekt sei. Frau F*** habe die Angebotsprüfung durchgeführt. Herr G***, A***, gab an, dass er das Formular Subunternehmerliste bis heute nicht verstehe. Die C*** brauche er für die technische Leistungsfähigkeit. Sie sei immer klar als Subunternehmerin vorgesehen gewesen. Aus dem Text des Formulars sei nicht erkennbar, welche Bedeutung die rechte Spalte habe. Die Ersuchen um Erläuterung seien seitens der Generalplanerin nicht beantwortet worden. Herr H***, BIG, brachte vor, dass es Aufgabe des Bieters sei, sein Angebot zu erklären. Bezüglich der Subunternehmererklärung habe es nie ein Aufklärungsersuchen gegeben. Frau F*** gab an, dass die Antragstellerin zur Abgabe von ergänzenden Unterlagen zur Befugnis und Leistungsfähigkeit im Bietergespräch am 12. Februar 2009 aufgefordert worden sei. Zur Aufforderung zur Erläuterung der Subunternehmererklärung am 19. Februar 2009 habe es keine Auskunft vor Abgabe der ergänzten Subunternehmererklärung gegeben. Herr D*** gab an, dass die Generalplanerin ein Formular ausgesandt habe. Der Verweis auf die bisher für die BIG ausgeführten Aufträge bringe nichts, da diese weder genau bezeichnet noch die Daten der Generalplanerin zugänglich seien. Der nächste Schritt der Prüfung sei die Tabelle mit dem Subunternehmer gewesen. Die Generalplanung habe Verbesserung verlangt. Auf Grund der abgegebenen Erklärung sei es nicht klar gewesen, ob die C*** für die Leistungsfähigkeit nötig sei. Es sei eine Präzisierung der angegebenen 60 % Eigenleistung verlangt worden. Von einem deutschen Ingenieurbüro habe es dazu eine Unterlage gegeben. Diese Unterlage werde nicht hergegeben, da sie nicht im Auftragsumfang gegenüber der BIG enthalten sei, sondern der eigenen Absicherung diene. Der Verhandlungsleiter wies darauf hin, dass diese Unterlagen bei der Beurteilung nicht berücksichtigt werden könnten, wenn sie nicht vorgelegt würden. Herr G*** verwies auf die Nebenrechte gem Paragraph 32, GewO. Es sei nicht notwendig gewesen, den Statiker als Subunternehmer namhaft zu machen, da die Statiken aus unterschiedlichen Quellen geliefert würden. Frau F*** gab an, dass üblicherweise 60 % der Leistung der Stahlbau und 30 - 40 % der Glasbau ausmacht. Gerüste seien in der LG 01.18 ausdrücklich gefordert, mit Mail vom 17. März 2009 habe sie um Aufklärung ersucht. Herr D*** gab an, dass bei der Prüfung der Kalkulation kein Montageansatz zu erkennen war. Nach Einschätzung des Generalplaners verfüge die A*** über zu wenig eigenes Personal, um den Auftrag auszuführen. Herr H*** gab an, dass der objektive Erklärungswert der gegebenen Aufklärung ausschlaggebend sei. Frau F*** gab an, dass die vorgelegte und nachgewiesene Versicherung die Risiken des Auftrags nicht abdecke. Herr G*** gab an, dass die Versicherung - so wie vorgelegt - bestehe. Es sei ihm nicht bewusst gewesen, dass der Umfang der Versicherung so wie vorgelegt sei. Es sei kein Problem, kurzfristig den Versicherungsschutz auszuweiten. Der Versicherungsschutz sei kein Thema im Zuge der Angebotsprüfung gewesen. Für das gegenständliche Bauvorhaben genügten vier Monteure für den Glasbau. Herr H*** bestritt, dass mit vier Monteuren das Auslangen gefunden werden könne. Vielmehr sei zur Einhaltung des Zeitplanes drei Partien à vier Personen notwendig. Frau I***, X*** Rechtsanwälte GmbH, fragte nach, ob die Bauführung die Arbeit von drei Partien gleichzeitig zulassen würde. Herr D*** brachte vor, dass der Baukörper über 100 m lang sei und seiner Einschätzung nach vier Partien gleichzeitig arbeiten könnten. Frau I*** bestritt diese Aussage, weil zur Durchführung der Arbeiten dieses Loses eine Reihe von Vorarbeiten notwendig sei und diese nicht von vier Partien entsprechend erledigt werden könnte. Auch würden die logistischen und technischen Möglichkeiten nicht ausreichen.

1. 2.Ziffer 2

Sachverhalt

Die Bundesimmobiliengesellschaft mbH 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 Wien". (amtliche Einsicht unter www.big.at)

Die Bundesimmobiliengesellschaft mbH, Planen & Bauen - Region Wien, errichtet den Um- und Neubau der Universitätsklinik für Zahn-, Mund- und Kieferheilkunde der Medizinischen Universität Wien. Der geschätzte Auftragswert dieses Bauvorhabens beträgt Euro 51.000.000. Im Zuge dieses Bauvorhabens kommt auch das Los "Stahl-Glasbau Halle" zur Ausführung. Sein geschätzter Auftragswert beträgt Euro 1.587.734 ohne USt. Die Leistungsgruppe Schlosserarbeiten hat einen geschätzten Auftragswert von Euro 273.044 ohne USt, die Leistungsgruppe konstruktiver Stahlbau einen geschätzten Auftragswert von Euro 246.850 ohne USt und die Leistungsgruppe Fenster und Fenstertüren aus Aluminium einen geschätzten Auftragswert von Euro 991.940 ohne USt. (Stellungnahme der Auftraggeberin; Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Der gegenständliche Auftrag wurde als Bauauftrag im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 20. Dezember 2008, 2008/S 248-330604, und im Amtlichen Lieferungsanzeiger zur Zahl L-448825-8c17 bekanntgemacht. Beide Bekanntmachungen wurden am 19. Dezember 2008 abgesandt. Der Auftrag ist als "1090 Wien, Währinger Straße 25a, Universitätsklinik für Zahn-, Mund- und Kieferheilkunde, Ausbau und Adaptierung, Stahl-Glasbau - Halle" bezeichnet. Das Verfahren ist ein offenes Verfahren. Der Zuschlag sollte dem wirtschaftlich günstigsten Angebot nach den Angaben in den Ausschreibungsunterlagen erteilt werden. Der Schlusstermin für den Eingang der Angebote war der 3. Februar 2008, 13.00 Uhr. Zu diesem Zeitpunkt sollte die Angebotsöffnung stattfinden. Bieter und ihre Bevollmächtigten durften bei der Angebotsöffnung anwesend sein. (amtliche Einschau unter ted.europa.eu)

Die Zuschlagskriterien nach den Ausschreibungsunterlagen sind der Preis zu 98 % und die Verlängerung der Gewährleistungsfrist zu 2 %. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Am Deckblatt des mit "Einladung zu Angebotsabgabe und Angebotsbestimmungen" betitelten Dokuments findet sich folgender Passus:

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

1. a)Litera a
Angebotsschreiben (1-fach)
2. b)Litera b
Leistungsverzeichnis (1-fach) samt Plänen (1-fach) lt. Planverzeichnis*
3. c)Litera c
Abändernde bzw. ergänzende Bestimmungen (AEB) zur ÖNORM B 2110 in der Fassung 1.3.1995
4. d)Litera d
Rahmenterminplan *
5. e)Litera e
Arbeitsgemeinschaftserklärung
6. f)Litera f
Muster eines Bankgarantiebriefes für Kautions- und Deckungsrücklass
7. g)Litera g
Muster eines Bankgarantiebriefes für Haftungsrücklass
8. h)Litera h
Antrag auf Genehmigung von Subunternehmern
9. i)Litera i
Geforderte Eignungsnachweise

* Kursiver Beilagentext gegebenenfalls vom Auftraggeber zu streichen"

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Punkt 7 der Angebotsbestimmungen lautet:

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 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 Auftrags weiterzugeben beabsichtigt. Diese Angaben umfassen die Person des Subunternehmers, den Einsatzbereich und den Wer der Subunternehmerleistung in Prozent vom Gesamtauftragswert (Beilage h). Weiters hat der Bieter in seinem Angebot anzugeben, ob die angegebenen Subunternehmer für den Nachweis der Leistungsfähigkeit des Bieters erforderlich sind (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."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Nach den Positionen 001310 Z und 00.1310F Z des Leistungsverzeichnisses muss der Auftragnehmer Werkzeugzeichnungen sowie Unterlagen für die behördliche Genehmigung, Abrechnungspläne und Berechnungen und Ausführungspläne bei eventuellen Alternativlösungen des Auftragnehmers anfertigen. In den Positionen 00.1312 Z und 00.1312E Z im Leistungsverzeichnis ist gefordert, dass der Auftragnehmer sämtliche Konstruktionen auf Basis von Naturmassen anfertigt und eine prüfbare Statik über die zu errichtende Stahl-Glas-Konstruktion vorlegen muss und diese vom prüfenden Statiker der Auftraggeberin vor Beginn der Arbeiten freigegeben werden muss. Diese Statik ist für die Erlangung der Baugenehmigung nötig. Nach der Untergruppe 01.18 des Leistungsverzeichnisses sind Gerüste für die Arbeiten als Teil der Leistung anzubieten. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die Subunternehmererklärung, oben als Beilage h) zur "Einladung zu Angebotsabgabe und Angebotsbestimmungen" bezeichnet, hat folgenden Text:

"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 mit 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	Für die	
Teile der	Firmenwortlaut und	an der	Leistungsfähig	
Leistung	Standort	Gesamtleistung		
Pos.Nummer	der Subunternehmer	stung	erforderliche	
		Subunternehmer		
		(Art der		
		Leistungsfähig		
		keit)		

| | | | |

| | | | |

| | | | |

Ich erkläre ausdrücklich, dass jedes der vorgenannten Unternehmer 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 mit diese Unternehmer die erforderlichen Mittel zur Verfügung stellen."Ich erkläre ausdrücklich, dass jedes der vorgenannten Unternehmer 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 mit diese Unternehmer die erforderlichen Mittel zur Verfügung stellen."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die Liste der geforderten Eignungsnachweise für Bauaufträge, oben als Beilage i) zur "Einladung zu Angebotsabgabe und Angebotsbestimmungen" bezeichnet, hat auszugsweise folgenden Text:

"Geforderte Eignungsnachweise für Bauaufträge

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

Zum Nachweis der Befugnis [nach § 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]:

| 02 | | [...] |

| 03 | X | Nachweis einer entsprechenden |
| | | Berufshaftpflichtversicherung |

| 04 | | [...] |

| Zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit [nach § 75 |
| BVergG 2006] |

| 13 | X | [...] |

17		Erklärung, über welche Ausstattung, welche Baugeräte und
		welche technische Ausrüstung der Unternehmer für die
		Ausführung des Bauvorhabens verfügen wird

18		Erklärung, aus der das jährliche Mittel der vom
		Unternehmer in den letzten drei Jahren Beschäftigten und
		die Anzahl seiner Führungskräfte in den letzten drei
		Jahren ersichtlich sind

| 19 | | [...] |

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Am 3. Februar 2009, 13.00 Uhr, fand die Angebotsöffnung statt. Es wurden neun Angebote abgegeben und geöffnet. Die Antragstellerin gab das billigste Angebot mit einer Angebotssumme von Euro 1,207.2094,50 ohne USt ab. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin gab mit einer Angebotssumme von Euro 1,345.077,90 ohne USt das zweitbilligste Angebot ab. Keines der Unternehmen bot eine Verlängerung der Gewährleistungsfrist an.

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die Antragstellerin nannte in ihrem Angebot eine Subunternehmerin, die C*** gab jedoch den Anteil der Gesamtleistung, den sie selbst erbringen wollte, den Leistungsteil und den Anteil, den die C*** erbringen sollte, und die Notwendigkeit der C*** für den Nachweis der Leistungsfähigkeit nicht an. Dem Angebot war die Kopie einer Polizze über eine Berufshaftpflichtversicherung für das Handelsgewerbe angeschlossen. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die Architekten E*** ZT GmbH, in der Folge Generalplanerin genannt, verfasste das Leistungsverzeichnis und nahm die Angebotsprüfung vor. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Mit E-Mail vom 9. Februar 2009 forderte die Generalplanerin die Antragstellerin zur Vorlage der K7-Blätter für näher genannte Positionen, zur Bestätigung der Gleichwertigkeit eines angebotenen Produktes mit dem ausgeschriebenen Produkt in einer näher bezeichneten Position, zur Stellungnahme zur Qualität der Verglasung in einer näher bezeichneten Position und zur Übermittlung der angeführten Details zu einer weiteren Position auf. Mit E-Mail vom 10. Februar 2009 forderte die Generalplanerin die Antragstellerin auf, die laut der Tabelle "Geforderte Eignungsnachweise für Bauaufträge" verlangten Unterlagen zu übermitteln, die in den Punkten 01, 03, 17, 18 genannt sind. Mit E-Mail vom 12. Februar 2009 fragte die Antragstellerin nach, was die Generalplanerin bei den genannten Punkten benötige, da es

für sie nicht nachvollziehbar sei, dass ein vorliegender, bereits realisierter Auftrag nicht rückschließen lasse, dass sie bereits einmal allen Anforderungen / Nachweisen der BIG nachgekommen sei. Mit Schreiben vom 12. Februar 2009 übermittelte die Antragstellerin der Generalplanerin den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Amstetten über die Bestellung eines gewerberechtlichen Geschäftsführers für das Gewerbe des Glasers gemäß § 94 lit g Z 40 GewO 1994 vom 27. November 1997, AMW1-G-01456, einen Auszug aus dem Auftragnehmerkataster über die Antragstellerin, technische Zeichnungen, die geforderten K7-Blätter, handschriftliche Kalkulationen sowie Prüfzeugnisse und Zulassungen für das angebotene Fassadensystem. Am 12. Februar 2009 fand in den Räumlichkeiten des Generalplaners ein Aufklärungsgespräch statt. Diesem lag das erwähnte Schreiben vom 12. Februar 2009 mitsamt den erwähnten Unterlagen bereits zugrunde. Weiters ist in dem Protokoll darüber festgehalten: Mit E-Mail vom 9. Februar 2009 forderte die Generalplanerin die Antragstellerin zur Vorlage der K7-Blätter für näher genannte Positionen, zur Bestätigung der Gleichwertigkeit eines angebotenen Produktes mit dem ausgeschriebenen Produkt in einer näher bezeichneten Position, zur Stellungnahme zur Qualität der Verglasung in einer näher bezeichneten Position und zur Übermittlung der angeführten Details zu einer weiteren Position auf. Mit E-Mail vom 10. Februar 2009 forderte die Generalplanerin die Antragstellerin auf, die laut der Tabelle "Geforderte Eignungsnachweise für Bauaufträge" verlangten Unterlagen zu übermitteln, die in den Punkten 01, 03, 17, 18 genannt sind. Mit E-Mail vom 12. Februar 2009 fragte die Antragstellerin nach, was die Generalplanerin bei den genannten Punkten benötige, da es für sie nicht nachvollziehbar sei, dass ein vorliegender, bereits realisierter Auftrag nicht rückschließen lasse, dass sie bereits einmal allen Anforderungen / Nachweisen der BIG nachgekommen sei. Mit Schreiben vom 12. Februar 2009 übermittelte die Antragstellerin der Generalplanerin den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Amstetten über die Bestellung eines gewerberechtlichen Geschäftsführers für das Gewerbe des Glasers gemäß Paragraph 94, Litera g, Ziffer 40, GewO 1994 vom 27. November 1997, AMW1-G-01456, einen Auszug aus dem Auftragnehmerkataster über die Antragstellerin, technische Zeichnungen, die geforderten K7-Blätter, handschriftliche Kalkulationen sowie Prüfzeugnisse und Zulassungen für das angebotene Fassadensystem. Am 12. Februar 2009 fand in den Räumlichkeiten des Generalplaners ein Aufklärungsgespräch statt. Diesem lag das erwähnte Schreiben vom 12. Februar 2009 mitsamt den erwähnten Unterlagen bereits zugrunde. Weiters ist in dem Protokoll darüber festgehalten:

"PV 01b: Die Unklarheiten betreffend dem Email vom 10.2.2009 (GZ9904BF5506) vom GP an die Fa. A*** konnten geklärt werden: der Fa. A*** wurde das Formblatt "geforderte Eignungsnachweise für Bauaufträge", das dem LV beiliegt, vorgelegt. Die in dem Email angeführten Punkte beziehen sich auf die auf diesem Formblatt angeführten Punkte." PV 01b: Die Unklarheiten betreffend dem Email vom 10.2.2009 (GZ9904BF5506) vom Gesetzgebungsperiode an die Fa. A*** konnten geklärt werden: der Fa. A*** wurde das Formblatt "geforderte Eignungsnachweise für Bauaufträge", das dem LV beiliegt, vorgelegt. Die in dem Email angeführten Punkte beziehen sich auf die auf diesem Formblatt angeführten Punkte.

Die Fa. A*** teilte mit, dass die gewünschten Unterlagen übermittelt werden.

Eine Antwort auf das Email der Fa. A*** vom 10.2.2009 an den GP ist daher hinfällig. Eine Antwort auf das Email der Fa. A*** vom 10.2.2009 an den Gesetzgebungsperiode ist daher hinfällig."

Mit Schreiben vom 12. Februar 2009 übermittelte die Antragstellerin der Generalplanerin ein "Firmenportrait" zur Angabe der Anzahl der Mitarbeiter (Geschäftsleitung: 2 Personen; technische Leitung: 1 Person; Projektleitung: 4 Personen; Konstrukteure: 2 Personen;

Statiker: auf Werkvertragsbasis; Sekretariat: 3 Personen; Montage:

7 Monteure; Montage [noch abgemeldet]: 6 Monteure; Montage auf

Werkvertragsbasis: 5 - 15 Monteure) und der technischen Mittel (4 Montagebusse; 1 Pritschenwagen; 1 Stapler; Betriebshalle 7 Produktionshalle; 5 CAD Arbeitsplätze). Darin bestätigte sie, dass in einer näher genannten Position das ausgeschriebene Produkt zur Ausführung gelangen solle. Dem Schreiben ist eine Verpflichtungserklärung der C*** zusammen mit einer Führungsbestätigung beim Auftragnehmerkataster Österreich, einer Zusammenstellung der Jahresumsätze und eine Bescheinigung über die Herstellerqualifikation zum Schweißen von Stahlbauteilen angeschlossen. Mit E-Mail vom 19. Februar 2009 ersuchte die Generalplanerin, den dem Leistungsverzeichnis beiliegenden Antrag auf Subunternehmer vollständig ausgefüllt so rasch als möglich zu übermitteln. Am 19. Februar 2009 übermittelte die Antragstellerin eine händisch ausgefüllte Subunternehmererklärung, in der die Antragstellerin angab, 60 % der Gesamtleistung selbst zu erbringen, mit im Übrigen folgenden Inhalt:

Leistungsgruppe	Handelsrechtlicher	%-Anteil	Für die
Teile der	Firmenwortlaut und	an der	Leistungsfähig
Leistung	Standort	Gesamtlei	keit
Pos.Nummer	der Subunternehmer	stung	erforderliche
		Subunternehmer	
		(Art der	
		Leistungsfähig	
		keit)	

32. konstr.	C***		100 %
Stahlbau			

52 Fassaden	- " -		20 %
unterkons			
truktion			

31.4457 A	J***		100 %
31.4457 B			

31.4457 D			
-----------	--	--	--

52.222 LZ	K***		100 %"
-----------	------	--	--------

Mit Schreiben vom 12. März 2009 legte die Antragstellerin eine Reihe von Prüfberichten über das angebotene Fassadensystem vor. Mit E-Mail vom 17. März 2009 forderte die Generalplanerin die Antragstellerin auf, den nachgereichten "Antrag auf Genehmigung von Subunternehmern" aufzuklären, da der Anteil der Leistungen des genannten Subunternehmers in der LG 52 mit 20 % angegeben sei, der Erfahrung nach und nach Beiziehung eines Fachplaners für Fassadentechnik sich jedoch 1/3 der Kosten auf den Glaser und 2/3 der Kosten auf sonstige Leistungen beziehen. Mit Schreiben vom 19. März 2009 gab die Antragstellerin an, dass sie in der Ausschreibungsphase die Planung, Arbeitsvorbereitung, Projektbegleitung; Auflegen, montieren der Pfostenriegeldichtungsprofile; Beistellung des Schraubkanals an die Stahlbaufirma C***; Beistellung der Bleche (An- und Abschlüsse); sämtliche Verglasungsarbeiten, Verfugungsarbeiten; Montage der Brandrauchentlüftung unter der Aufsicht der Fa. L***; Kleben der dampfdichten bzw. dampfdiffusionsoffenen Anschlüsse; Beistellung sämtlicher Hebezeuge; Beistellung der gesamten notwendigen Gerüstung berücksichtigt hat. Die Antragstellerin erwägt die Anmeldung des Schlossergewerbes, da sich unter den Monteuren einige Schlosserfacharbeiter sowie ein Schlossermeister befinden. Mit E-Mail vom 24. März 2009 fragte die Antragstellerin bei der Auftraggeberin nach, wann das Prüfverfahren abgeschlossen sein werde, ob es Probleme oder Unklarheiten mit den übersendeten Unterlagen geben, warum man sich der Antragstellerin gegenüber so bedeckt halte und ob es seitens der Auftraggeberin eine Terminplanung gebe. Mit E-Mail vom 24. März 2009 verwies die Auftraggeberin auf die Zuschlagsfrist bis 3. Juli 2009 und auf den Wunsch, die Vergabe dieses Gewerkes so rasch wie möglich durchzuführen. Die Verständigung der Bieter erfolgt dann entsprechend dem BVergG mittels Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Im Vergabeakt finden sich Auszüge aus dem Auftragnehmerkataster Österreich betreffend die Antragstellerin und die

C***. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Im Vergabeakt findet sich ein Protokollvermerk der Generalplanerin vom 24. März 2009 über eine telefonische Auskunft der WKÖ Wien-Rechtsabteilung, nach der dem Glasergewerbe folgende Tätigkeiten zuzuordnen sind: Herstellen und Bearbeiten von Glasscheiben, einschließlich geringfügiger Nebenleistungen. Stat. belangreiche Arbeiten dürfen von einem Glaser nicht geplant und durchgeführt werden. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Im Prüfbericht vom 24. März 2009 führte die Generalplanerin nach Darstellung der Angebotsprüfung und nachgereichten Unterlagen in Punkt 3.2.3 aus, dass der Antragstellerin die Befugnis für den Gesamtauftrag fehlt, die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit gegeben ist, wobei die Versicherung das Planen und Herstellen der Stahl- und Leichtmetallkonstruktionen sowie der dazugehörigen elektrischen Anlagen nicht deckt. Punkte 3.2.6 und 3.2.7 lauten:

"3.2.6. Subunternehmer

Im Antrag auf Genehmigung von Subunternehmern wurde ein nicht für Leistungsfähigkeit erforderlicher Subunternehmer genannt. (C***) Nicht genannt wurde dessen Leistung und dessen Anteil an der Gesamtleistung. Nach Aufforderung zur Verbesserung wurden:

- -Strichaufzählung
2 Weitere Subunternehmer (Fa L*** und Fa K***) angegeben
- -Strichaufzählung
Der Anteil an der Gesamtleistung des Bieters in % ist zumindest verwirrend ausgefüllt. Es kann nur angenommen werden und damit aber nicht eindeutig bewiesen werden, dass die von der Fa. A*** angegebenen Prozentsätze sich nicht auf die Gesamtleistung beziehen, sondern auf die in Spalte 1 angeführten Teile der Leistung.
- -Strichaufzählung
Sämtliche Subunternehmer wurden als nicht für die Leistungsfähigkeit erforderliche Subunternehmer angegeben. Für die Fa. C*** wird jedoch eine verbindliche Subunternehmererklärung vorgelegt.
- -Strichaufzählung
Ein Antrag auf Genehmigung des Statikers als Subunternehmer wurde nicht gestellt, jedoch im Firmenportrait wird darauf verwiesen.
- -Strichaufzählung
Ein Antrag auf Genehmigung von Monteuren (die auf Werkvertragsbasis arbeiten) als Subunternehmer wurde nicht gestellt.

3.2.7. Zusammenfassung

Nach Einholung einer Rechtsauskunft möchten wird folgendes festhalten:

Die Firma nimmt auch wie im nachgereichten Antrag auf Genehmigung von Subunternehmern festgehalten die Leistungsfähigkeit von Subunternehmer nicht in Anspruch. Daraus folgt:

1. 1.Ziffer eins

Techn. Leistungsfähigkeit:

Im LV war keine vorgegebene Anzahl der Monteure für die Umsetzung dieses Auftrages verlangt. Derzeit verweist die Firma im Firmenportrait auf 7 Monteure, die Monteure auf Werkvertragsbasis müssen als Subunternehmer eingestuft werden, auch abgemeldete Monteure dürfen nicht zur Bewertung der Leistungsfähigkeit herangezogen werden. (Dies steht im übrigen in Widerspruch zu dem Firmenportrait, das auf 5- 15 Monteure auf Werkvertragsbasis verweist.) nach Beurteilung des GP ist mit 7 Monteuren im vorgegebenen Zeitrahmen die erforderliche Leistung nicht umzusetzen. Im LV war keine vorgegebene Anzahl der Monteure für die Umsetzung dieses Auftrages verlangt. Derzeit verweist die Firma im Firmenportrait auf 7 Monteure, die Monteure auf Werkvertragsbasis müssen als Subunternehmer eingestuft werden, auch abgemeldete Monteure dürfen nicht zur Bewertung der Leistungsfähigkeit herangezogen werden. (Dies steht im übrigen in Widerspruch zu dem Firmenportrait, das auf 5- 15 Monteure auf Werkvertragsbasis verweist.) nach Beurteilung des Gesetzgebungsperiode ist mit 7 Monteuren im vorgegebenen Zeitrahmen die erforderliche Leistung nicht umzusetzen.

Es wurden zwei weitere Subunternehmer nachgenannt: die Leistungen, die diese Firmen erbringen, können nach

Beurteilung des GP von der Fa. C*** erbracht werden, diese wird jedoch nicht als eignungsrelevant genannt. Es wurden zwei weitere Subunternehmer nachgenannt: die Leistungen, die diese Firmen erbringen, können nach Beurteilung des Gesetzgebungsperiode von der Fa. C*** erbracht werden, diese wird jedoch nicht als eignungsrelevant genannt.

Der Statiker erbringt eignungsrelevante Leistungen und hätte als Subunternehmer angeführt werden müssen, stellt daher auch einen für die Leistungsfähigkeit erforderlichen Subunternehmer dar.

1. 2. Ziffer 2

Befugnis:

Aus dem im Anhang übermittelten Telefonprotokoll (GZ9904 PV 5820) sind die Tätigkeitsbereiche eines Glasers ersichtlich.

Die Angabe, dass 60 % der Leistungen selbst erbracht werden, ist daher nicht plausibel, auch die Prüfung der angegebenen Prozentsätze für die Einzelleistungen bestätigt diesen Sachverhalt, sowie eine Auflistung der Fa. A*** (siehe unten)

Die angeführte Aufteilung (LG 52 - Fassade), wonach angenommen werden kann, dass 20% der Leistungen dem Gewerk Stahlbau und 80% dem Gewerk Glaser zuzuordnen sind, ist für den GP in keiner Weise nachvollziehbar und wurde auch nach Rücksprache bei einem Fachkonsulent bestätigt. Unserer Erfahrung nach sind max. 60% der Leistungen dem Gewerk Glaser zuzuordnen, ca. 40% sind dem Gewerk Stahlbau zuzurechnen. Dies würde ca. 40 % der Gesamtleistung entsprechen, die von der Fa. A*** erbracht werden können, dies entspricht nicht den Angaben im Angebot und ist als nicht ausreichend zu bewerten. Die angeführte Aufteilung (LG 52 - Fassade), wonach angenommen werden kann, dass 20% der Leistungen dem Gewerk Stahlbau und 80% dem Gewerk Glaser zuzuordnen sind, ist für den Gesetzgebungsperiode in keiner Weise nachvollziehbar und wurde auch nach Rücksprache bei einem Fachkonsulent bestätigt. Unserer Erfahrung nach sind max. 60% der Leistungen dem Gewerk Glaser zuzuordnen, ca. 40% sind dem Gewerk Stahlbau zuzurechnen. Dies würde ca. 40 % der Gesamtleistung entsprechen, die von der Fa. A*** erbracht werden können, dies entspricht nicht den Angaben im Angebot und ist als nicht ausreichend zu bewerten.

Eine Aufforderung des GP an die Fa. A*** betreffend der prozentuellen Aufteilung der Leistungen - siehe dazu das Schreiben des GP an die Fa. A*** vom 17.3.2009 - wurde am 19.3.2009 von der Fa. A*** mit einer Auflistung der von der Fa. A*** selbst zu erbringenden Leistungen beantwortet: Eine Aufforderung des Gesetzgebungsperiode an die Fa. A*** betreffend der prozentuellen Aufteilung der Leistungen - siehe dazu das Schreiben des Gesetzgebungsperiode an die Fa. A*** vom 17.3.2009 - wurde am 19.3.2009 von der Fa. A*** mit einer Auflistung der von der Fa. A*** selbst zu erbringenden Leistungen beantwortet:

Die Liste weist unter Anderem folgende Punkte auf:

- -Strichaufzählung
Planung: bei der Planung der Leistungen muss die Firma teilweise auf einen Subunternehmer (Statiker) zurückgreifen, es handelt sich daher nicht ausschließlich um eigene Leistungen.
- -Strichaufzählung
Beistellung sämtlicher Hebezeuge: die Geräte wurden nicht in der Liste angeführt, über welche techn. Ausstattung und Baugeräte die Fa. A*** verfügt. (siehe Beilage)
- -Strichaufzählung
Beistellung der gesamt notwendigen Gerüstung: die Gerüstung wurde nicht in der Liste angeführt, über welche techn. Ausstattung und Baugeräte die Fa. A*** verfügt. (siehe Beilage)

Die Auflistung kann den angegebenen Prozentanteil von 60 % an der Gesamtleistung der Fa. A*** nicht bestätigen.

Es besteht seitens des GP ein Ausscheidensgrund, da die Fa. A*** die Fa. C*** nicht als für die Leistungsfähigkeit relevanten Subunternehmer bezeichnet hat. Da dieser Mangel aber trotz Aufforderung nicht verbessert wurde, schlagen wir daher vor die Fa. A*** auf Grund des oben angeführten Sachverhalts auszuschneiden. "Es besteht seitens des Gesetzgebungsperiode ein Ausscheidensgrund, da die Fa. A*** die Fa. C*** nicht als für die Leistungsfähigkeit relevanten Subunternehmer bezeichnet hat. Da dieser Mangel aber trotz Aufforderung nicht verbessert wurde, schlagen wir daher vor die Fa. A*** auf Grund des oben angeführten Sachverhalts auszuschneiden."

Vorgeschlagen wurde in Punkt 5.0, den Zuschlag der Fa. B*** zu erteilen.

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Am 2. April 2009 teilte die Auftraggeberin allen Bietern die Zuschlagsentscheidung zugunsten der B*** mit einer Vergabesumme von Euro 1.345.077,90 zuzüglich gesetzlicher USt mit. Der Antragstellerin teilte sie überdies die Ausscheidensentscheidung wie folgt mit.

"Wie bedauern, Ihnen mitteilen zu müssen, dass Angebot Ihres Unternehmens gem. § 129 (1) Z 2 BVergG 2006 idGF aufgrund der gutachterlichen Angebotsprüfung ausgeschieden werden musste." Wie bedauern, Ihnen mitteilen zu müssen, dass Angebot Ihres Unternehmens gem. Paragraph 129, (1) Ziffer 2, BVergG 2006 idGF aufgrund der gutachterlichen Angebotsprüfung ausgeschieden werden musste.

Ihr Unternehmen verfügt nicht über alle für die Ausführung dieses Auftrages erforderlichen Gewerbeberechtigungen. Die von Ihnen überreichte Subunternehmererklärung weist keine zum Nachweis der Eignung erforderlichen Subunternehmer aus. Insbesondere betrifft dies die Leistungsteile Herstellung Stahlbau, statische Berechnung und Montage Stahlbau. Auch konnte die erforderliche Eignung im Zuge der Aufklärung gem. § 126 BVergG 2006 idGF nicht nachgewiesen werden, dies ist allerdings eine Grundvoraussetzung zur Erteilung eines Auftrages. Ihr Unternehmen verfügt nicht über alle für die Ausführung dieses Auftrages erforderlichen Gewerbeberechtigungen. Die von Ihnen überreichte Subunternehmererklärung weist keine zum Nachweis der Eignung erforderlichen Subunternehmer aus. Insbesondere betrifft dies die Leistungsteile Herstellung Stahlbau, statische Berechnung und Montage Stahlbau. Auch konnte die erforderliche Eignung im Zuge der Aufklärung gem. Paragraph 126, BVergG 2006 idGF nicht nachgewiesen werden, dies ist allerdings eine Grundvoraussetzung zur Erteilung eines Auftrages."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Der Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren wurde noch nicht erteilt, ein Widerruf hat nicht stattgefunden. Die Angebote wurden noch nicht geöffnet. (Stellungnahme der Auftraggeber)

Die Antragstellerin bezahlte Euro 5.000 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. 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 und Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages

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; 25.9.2001, B 752/99, VfSlg 16.266; 21.6.2004, B 433/02, VfSlg 17.229; 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). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Bauauftrag. Der geschätzte Auftragswert des ausgeschriebenen Loses liegt unter, jener des Gesamtvorhabens über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 3 BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt, für das die Pauschalgebühren gemäß § 318 Abs 1 Z 6 BVergG geschuldet sind. 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; 25.9.2001, B 752/99, VfSlg 16.266; 21.6.2004, B 433/02, VfSlg 17.229; 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). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Bauauftrag. Der geschätzte Auftragswert des ausgeschriebenen Loses liegt unter, jener des Gesamtvorhabens über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt, für das die Pauschalgebühren gemäß Paragraph 318, Absatz eins, Ziffer 6, BVergG geschuldet sind.

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 das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit in concreto gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG zur Nichtigklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers zuständig. Da darüber hinaus das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit in concreto gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG zur Nichtigklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers zuständig.

Schließlich ist festzuhalten, dass dem Antragsteller die Antragsvoraussetzungen nach § 320 BVergG nicht offensichtlich fehlen. Schließlich ist festzuhalten, dass dem Antragsteller die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, BVergG nicht offensichtlich fehlen.

Im Ergebnis ist daher der Antrag auf Nichtigklärung der Ausscheidensentscheidung und der Zuschlagsentscheidung gemäß § 322 Abs 1 BVergG zulässig, wobei auch die Voraussetzungen des § 322 Abs 2 BVergG vorliegen. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt. Im Ergebnis ist daher der Antrag auf Nichtigklärung der Ausscheidensentscheidung und der Zuschlagsentscheidung gemäß Paragraph 322, Absatz eins, BVergG zulässig, wobei auch die Voraussetzungen des Paragraph 322, Absatz 2, BVergG vorliegen. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt.

3.2. Inhaltliche Beurteilung des Antrags auf Nichtigklärung der Ausscheidensentscheidung - Spruchpunkt 13.2.
Inhaltliche Beurteilung des Antrags auf Nichtigklärung der Ausscheidensentscheidung - Spruchpunkt römisch eins.

Die relevanten Bestimmungen des BVergG lauten:

Grundsätze des Vergabeverfahrens

§ 19. (1) Vergabeverfahren sind nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen. Paragraph 19, (1) Vergabeverfahren sind nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

(2) [...]

Zeitpunkt des Vorliegens der Eignung

§ 69. Unbeschadet der Regelung des § 20 Abs. 1 muss die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit spätestens Paragraph 69, Unbeschadet der Regelung des Paragraph 20, Absatz eins, muss die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit spätestens

1. 1. Ziffer eins
beim offenen Verfahren zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung,
2. 2. Ziffer 2
[...]

vorliegen.

Nachweis der Leistungsfähigkeit durch andere Unternehmer und in Bieter- und Arbeitsgemeinschaften

§ 76. (1) Zum Nachweis seiner Leistungsfähigkeit kann sich ein Unternehmer für einen bestimmten Auftrag auf die Kapazitäten anderer Unternehmer ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und diesen Unternehmer bestehenden Verbindungen stützen. In diesem Fall muss er den Nachweis erbringen, dass ihm für die Ausführung des Auftrages die bei den anderen Unternehmern im erforderlichen Ausmaß nachgewiesenermaßen vorhandenen Mittel

auch tatsächlich zur Verfügung stehen.Paragraph 76, (1) Zum Nachweis seiner Leistungsfähigkeit kann sich ein Unternehmer für einen bestimmten Auftrag auf die Kapazitäten anderer Unternehmer ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und diesen Unternehmer bestehenden Verbindungen stützen. In diesem Fall muss er den Nachweis erbringen, dass ihm für die Ausführung des Auftrages die bei den anderen Unternehmern im erforderlichen Ausmaß nachgewiesenermaßen vorhandenen Mittel auch tatsächlich zur Verfügung stehen.

(2) [...]

Subunternehmerleistungen

§ 83. Die Weitergabe des gesamten Auftrages ist unzulässig, ausgenommen hiervon sind Kaufverträge. Der Auftraggeber hat in den Ausschreibungsunterlagen festzulegen, ob nur die wesentlichen Teile des Auftrages, die der Bieter jedenfalls oder möglicherweise im Wege von Subaufträgen an Dritte zu vergeben beabsichtigt, bekannt zu geben sind. Die Weitergabe von Teilen der Leistung ist 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 §§ 72 und 73 besitzt.Paragraph 83, Die Weitergabe des gesamten Auftrages ist unzulässig, ausgenommen hiervon sind Kaufverträge. Der Auftraggeber hat in den Ausschreibungsunterlagen festzulegen, ob nur die wesentlichen Teile des Auftrages, die der Bieter jedenfalls oder möglicherweise im Wege von Subaufträgen an Dritte zu vergeben beabsichtigt, bekannt zu geben sind. Die Weitergabe von Teilen der Leistung ist 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 72 und 73 besitzt.

Inhalt der Angebote

§ 108. (1) Jedes Angebot muss insbesondere enthalten:Paragraph 108, (1) Jedes Angebot muss insbesondere enthalten:

1. 1.Ziffer eins

[...]

2. 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;

3. 3.Ziffer 3

[...]

(2) Mit der Abgabe seines Angebotes erklärt der Bieter, dass er die Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen kennt, dass er über die erforderlichen Befugnisse zur Ausführung des Auftrages verfügt, dass er die ausgeschriebene Leistung zu diesen Bestimmungen und den von ihm angegebenen Preisen erbringt, und dass er sich bis zum Ablauf der Zuschlagsfrist an sein Angebot bindet.

Vorgehen bei der Prüfung

§ 123. (1) Die Prüfung der Angebote hat in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien zu erfolgen.Paragraph 123, (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. 1.Ziffer eins

ob den in § 19 Abs. 1 angeführten Grundsätzen entsprochen wurdepb den in Paragraph 19, Absatz eins, angeführten Grundsätzen entsprochen wurde;

2. 2.Ziffer 2

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

3. 3.Ziffer 3

[...]

4. 5.Ziffer 5

ob das Angebot den sonstigen Bestimmungen der Ausschreibung entspricht, insbesondere ob es formrichtig und vollständig ist.

Vorgehen bei Mangelhaftigkeit der Angebote

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

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

(3) [...]

Aufklärungsgespräche und Erörterungen

§ 127. (1) Während eines offenen oder eines nicht offenen Verfahrens sind nur Aufklärungsgespräche zum Einholen von Auskünften über die finanzielle und wirtschaftliche oder die technische Leistungsfähigkeit sowie Auskünfte, die zur Prüfung der Preisangemessenheit, der Erfüllung der Mindestanforderungen und der Gleichwertigkeit von Alternativ- oder Abänderungsangeboten erforderlich sind, zulässig. Paragraph 127, (1) Während eines offenen oder eines nicht offenen Verfahrens sind nur Aufklärungsgespräche zum Einholen von Auskünften über die finanzielle und wirtschaftliche oder die technische Leistungsfähigkeit sowie Auskünfte, die zur Prüfung der Preisangemessenheit, der Erfüllung der Mindestanforderungen und der Gleichwertigkeit von Alternativ- oder Abänderungsangeboten erforderlich sind, zulässig.

(2) [...]

(3) Aufklärungsgespräche und Erörterungen sind kommissionell zu führen. Gründe und Ergebnisse sind in einer Niederschrift festzuhalten.

Ausscheiden von Angeboten

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

1. 1.Ziffer eins

[...]

2. 2.Ziffer 2

Angebote von Bieter, deren Befugnis, finanzielle, wirtschaftliche oder technische Leistungsfähigkeit oder

Zuverlässigkeit nicht gegeben ist;

3. 3.Ziffer 3

[...]

4. 7.Ziffer 7

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

5. 8.Ziffer 8

[...]

(2) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung kann der Auftraggeber Angebote von Bietern ausscheiden, die es unterlassen haben, innerhalb der ihnen gestellten Frist die verlangten Aufklärungen zu geben oder deren Aufklärung einer nachvollziehbaren Begründung entbehrt.

(3) Der Auftraggeber hat den Bieter vom Ausscheiden seines Angebotes unter Angabe des Grundes nachweislich elektronisch oder mittels Telefax zu verständigen.

Die Auftraggeberin schied das Angebot der Antragstellerin gemäß § 129 Abs 1 Z 2 BVergG wegen fehlender Befugnis und fehlender Leistungsfähigkeit aus. Die Antragstellerin verfüge nicht über die nötigen Gewerbeberechtigungen. Sie weise auch nicht die zur Durchführung des Auftrags erforderliche Leistungsfähigkeit auf. Die Auftraggeberin schied das Angebot der Antragstellerin gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG wegen fehlender Befugnis und fehlender Leistungsfähigkeit aus. Die Antragstellerin verfüge nicht über die nötigen Gewerbeberechtigungen. Sie weise auch nicht die zur Durchführung des Auftrags erforderliche Leistungsfähigkeit auf.

Die Ausschreibung wurde nicht angefochten. Ihre Festlegungen binden daher nach ständiger Rechtsprechung alle am Vergabeverfahren beteiligten Parteien (zB VwGH 12.9.2007, 2005/04/0236; BVA 24.11.2008, N/0143-BVA/05/2008-18; BVA 28.11.2008, N/0131-BVA/12/2008-29; BVA 22.12.2008, N/0147-BVA/10/2008-39).

Gemäß § 19 Abs 1 BVergG dürfen Aufträge nur an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen 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). Gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG dürfen Aufträge nur an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen 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).

Im offenen Verfahren müssen gemäß § 69 Z 1 BVergG die Befugnis, die Leistungsfähigkeit und die Zuverlässigkeit im Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen. Ein Nachreichen von Unterlagen ist nur zum Nachweis des Vorliegens der Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit im Zeitpunkt der Angebotsöffnung zulässig (BVA 20.12.2007, N/0111-BVA/03/2007-37). Im offenen Verfahren müssen gemäß Paragraph 69, Ziffer eins, BVergG die Befugnis, die Leistungsfähigkeit und die Zuverlässigkeit im Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen. Ein Nachreichen von Unterlagen ist nur zum Nachweis des Vorliegens der Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit im Zeitpunkt der Angebotsöffnung zulässig (BVA 20.12.2007, N/0111-BVA/03/2007-37).

Wie im Sachverhalt wiedergegeben enthält die Ausschreibung in der Liste der Subunternehmer eine Spalte, die mit "Für die Leistungsfähigkeit erforderliche Subunternehmer (Art der Leistungsfähigkeit)" betitelt ist. In der mündlichen Verhandlung gab der Vertreter der Antragstellerin an, die Bedeutung dieser Spalte nicht zu verstehen.

Die Antragstellerin machte in ihrem Angebot die C*** als Subunternehmerin namhaft, ohne jedoch anzugeben, welchen Leistungsteil sie im Auftragsfall zu welchem Anteil ausführen solle und ob sie für die Leistungsfähigkeit notwendig wäre. In der am 19. Februar 2009 nachgereichten Subunternehmererklärung machte sie für die Leistungsgruppe konstruktiver Stahlbau und 20 % der Leistungsgruppe Fenster- und Fenstertüren aus Aluminium die C*** namhaft. Für die Befahranlage und die Zustiegsleiter machte sie zu 100 % die K*** namhaft. Für die Trommeldrehtüre nannte sie zu 100 % die L*** als Subunternehmer. Keines dieser Unternehmen wurde nach der

schriftlichen Erklärung im Angebot und der allenfalls als Verbesserung zu verstehenden zweiten Subunternehmererklärung als für die Leistungsfähigkeit notwendig angesehen.

Anfragen der Antragstellerin zum Verständnis der Ausschreibung hatten im Zuge der Angebotsprüfung nicht stattgefunden. Die Auftraggeberin konnte daher gemäß § 108 Abs 2 BVergG davon ausgehen, dass die Antragstellerin den Inhalt der Ausschreibungsunterlagen verstanden hatte. Unstrittig war die Subunternehmererklärung, die dem Angebot beilag, mangelhaft, weil sie nicht den Vorgaben der bestandsfest gewordenen Ausschreibung entsprach. Nach dem Vorbringen der Antragstellerin ist die C*** für die vollständige Befugnis und Leistungsfähigkeit nötig. In der Subunternehmererklärung findet sich jedoch trotz der gebotenen Möglichkeit zur Aufklärung und des objektiven Erklärungsinhaltes dieser Erklärung kein Hinweis darauf. In der Aufklärung brachte die Antragstellerin vor, Arbeiten wie das Aufstellen der Gerüste oder die Beistellung von Hebegegeräten selbst vornehmen zu wollen. In der Liste der vorhandenen Geräte findet sich jedoch kein Hinweis darauf, dass sie selbst über die dazu nötigen Materialien verfügt. Es wäre auch nach der Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes unter dem Aspekt der Gleichbehandlung aller Bieter und unter Beachtung des im offenen Verfahren geltenden Verhandlungsgebotes gemäß § 126 Abs 1 und 2 BVergG nicht Aufgabe der Generalplanerin gewesen, mehrfach zur Aufklärung aufzufordern, bis die Antragstellerin alle nötigen Informationen liefert (BVA 13.10.2006, N/0072-BVA/06/2006-60). Die Antragstellerin war - nicht zuletzt gemäß § 108 Abs 2 BVergG in Kenntnis der zu erbringenden Leistung und der dazu nötigen Arbeiten, Materialien und Geräte. Mit Aufforderung vom 10. Februar 2009 verlangte die Generalplanerin eine Liste der Geräte und des Personals durch den Verweis auf Punkt 17 der Liste "Geforderte Eignungsnachweise für Bauaufträge". Spätestens seit dem Aufklärungsgespräch am 12. Februar 2009, bei dem die Liste "Geforderte Eignungsnachweise für Bauaufträge" übergeben wurde, musste der Antragstellerin bekannt sein, was sie vorzulegen hatte. Für diese Arbeiten wies sie weder selbst die für Gerüste und Hebezeuge nötigen Gerätschaften nach, noch machte sie einen geeigneten Subunternehmer namhaft. Schließlich lassen das Angebot und die vorgelegte Subunternehmerliste offen, wer die verlangte Statik erbringen soll.

Anfragen der Antragstellerin zum Verständnis der Ausschreibung hatten im Zuge der Angebotsprüfung nicht stattgefunden. Die Auftraggeberin konnte daher gemäß Paragraph 108, Absatz 2, BVergG davon ausgehen, dass die Antragstellerin den Inhalt der Ausschreibungsunterlagen verstanden hatte. Unstrittig war die Subunternehmererklärung, die dem Angebot beilag, mangelhaft, weil sie nicht den Vorgaben der bestandsfest gewordenen Ausschreibung entsprach. Nach dem Vorbringen der Antragstellerin ist die C*** für die vollständige Befugnis und Leistungsfähigkeit nötig. In der Subunternehmererklärung findet sich jedoch trotz der gebotenen Möglichkeit zur Aufklärung und des objektiven Erklärungsinhaltes dieser Erklärung kein Hinweis darauf. In der Aufklärung brachte die Antragstellerin vor, Arbeiten wie das Aufstellen der Gerüste oder die Beistellung von Hebegegeräten selbst vornehmen zu wollen. In der Liste der vorhandenen Geräte findet sich jedoch kein Hinweis darauf, dass sie selbst über die dazu nötigen Materialien verfügt. Es wäre auch nach der Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes unter dem Aspekt der Gleichbehandlung aller Bieter und unter Beachtung des im offenen Verfahren geltenden Verhandlungsgebotes gemäß Paragraph 126, Absatz eins und 2 BVergG nicht Aufgabe der Generalplanerin gewesen, mehrfach zur Aufklärung aufzufordern, bis die Antragstellerin alle nötigen Informationen liefert (BVA 13.10.2006, N/0072-BVA/06/2006-60). Die Antragstellerin war - nicht zuletzt gemäß Paragraph 108, Absatz 2, BVergG in Kenntnis der zu erbringenden Leistung und der dazu nötigen Arbeiten, Materialien und Geräte. Mit Aufforderung vom 10. Februar 2009 verlangte die Generalplanerin eine Liste der Geräte und des Personals durch den Verweis auf Punkt 17 der Liste "Geforderte Eignungsnachweise für Bauaufträge". Spätestens seit dem Aufklärungsgespräch am 12. Februar 2009, bei dem die Liste "Geforderte Eignungsnachweise für Bauaufträge" übergeben wurde, musste der Antragstellerin bekannt sein, was sie vorzulegen hatte. Für diese Arbeiten wies sie weder selbst die für Gerüste und Hebezeuge nötigen Gerätschaften nach, noch machte sie einen geeigneten Subunternehmer namhaft. Schließlich lassen das Angebot und die vorgelegte Subunternehmerliste offen, wer die verlangte Statik erbringen soll.

Wenn nun in der Liste der Subunternehmer die Spalte anzukreuzen war, dass der betreffende Subunternehmer für die Leistungsfähigkeit erforderlich ist, betrifft das nicht Fragen der Befugnis. Es betrifft nur die technische, wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit. Diese beiden Fragen der Eignung sind gesondert zu behandeln.

Bei der Auslegung von Ausschreibungsunterlagen kommen die §§ 914 f ABGB zur Anwendung (Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Dabei, kommt es darauf an, wie diese bei objektiver Beurteilung der Sache vom Bieter zu verstehen waren, wobei bei Unklarheiten vor allem dem Geschäftszweck, der redlicherweise der

Erklärung zu unterstellen ist, und der Interessenlage Bedeutung zukommt (für viele OGH 8.7.2008, 4 Ob 98/08b). Es kommt nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, vielmehr ist der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgeblich (vgl. VwGH 29.3.2006, 2004/04/0144, 0156, 0157; 16.2.2005, 2004/04/0030; für viele BVA 22.12.2008, N/0147-BVA/10/2008-39; 30.4.2009, N/0021-BVA/10/2009-28). Dieser ist auch von der Gesetzeslage mitbestimmt (BVA 24.11.2008, N/0143-BVA/05/2008-18). Bei der Auslegung von Ausschreibungsunterlagen kommen die Paragraphen 914, f ABGB zur Anwendung (Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Dabei, kommt es darauf an, wie diese bei objektiver Beurteilung der Sache vom Bieter zu verstehen waren, wobei bei Unklarheiten vor allem dem Geschäftszweck, der redlicherweise der Erklärung zu unterstellen ist, und der Interessenlage Bedeutung zukommt (für viele OGH 8.7.2008, 4 Ob 98/08b). Es kommt nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, vielmehr ist der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgeblich vergleiche VwGH 29.3.2006, 2004/04/0144, 0156, 0157; 16.2.2005, 2004/04/0030; für viele BVA 22.12.2008, N/0147-BVA/10/2008-39; 30.4.2009, N/0021-BVA/10/2009-28). Dieser ist auch von der Gesetzeslage mitbestimmt (BVA 24.11.2008, N/0143-BVA/05/2008-18).

§ 108 Abs 1 Z 2 BVergG verlangt die Bekanntgabe von Subunternehmer, die für die Leistungsfähigkeit erforderlich sind. Diese Bestimmung unterscheidet zwischen den genannten Subunternehmern und anderen Subunternehmern, die zwar Leistungsteile ausführen sollen, nicht jedoch für die Leistungsfähigkeit des Bieters erforderlich sind (siehe zu dieser Unterscheidung auch Zellhofer/Schramm in Schramm/ Aicher/Fruhmann/Thienel, § 83 Rz 2 ff). Die fragliche Spalte in der Subunternehmererklärung ist daher in diesem Sinn zu verstehen. Anzugeben war dort, ob der genannte Subunternehmer nach Selbsteinschätzung des Bieters zum Nachweis der eigenen Leistungsfähigkeit des Bieters erforderlich war und sich der Bieter daher auf die Leistungsfähigkeit dieses Subunternehmers zum Nachweis der eigenen Leistungsfähigkeit beruft. Durch den Klammerausdruck, der nach der Art der Leistungsfähigkeit fragt und den vorhandenen Raum, wäre wohl auch anzugeben, welche Art von Leistungsfähigkeit - technische, wirtschaftliche oder finanzielle - ersetzt werden soll. Paragraph 108, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG verlangt die Bekanntgabe von Subunternehmer, die für die Leistungsfähigkeit erforderlich sind. Diese Bestimmung unterscheidet zwischen den genannten Subunternehmern und anderen Subunternehmern, die zwar Leistungsteile ausführen sollen, nicht jedoch für die Leistungsfähigkeit des Bieters erforderlich sind (siehe zu dieser Unterscheidung auch Zellhofer/Schramm in Schramm/ Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 83, Rz 2 ff). Die fragliche Spalte in der Subunternehmererklärung ist daher in diesem Sinn zu verstehen. Anzugeben war dort, ob der genannte Subunternehmer nach Selbsteinschätzung des Bieters zum Nachweis der eigenen Leistungsfähigkeit des Bieters erforderlich war und sich der Bieter daher auf die Leistungsfähigkeit dieses Subunternehmers zum Nachweis der eigenen Leistungsfähigkeit beruft. Durch den Klammerausdruck, der nach der Art der Leistungsfähigkeit fragt und den vorhandenen Raum, wäre wohl auch anzugeben, welche Art von Leistungsfähigkeit - technische, wirtschaftliche oder finanzielle - ersetzt werden soll.

Die Antragstellerin verfügt nicht über die notwendige technische Leistungsfähigkeit für den Stahlbau. Sie hat auch einen entsprechenden Subunternehmer namhaft gemacht, über den sie auch verfügt. Sie hat es allerdings unterlassen zu erklären, dass dieser Subunternehmer für die eigene Leistungsfähigkeit erforderlich ist. Die Antragstellerin hat sich somit zum Nachweis der eigenen Leistungsfähigkeit nicht auf die Leistungsfähigkeit dieses Subunternehmers berufen. Dadurch, dass sie dies unterlassen hat, hat sie angegeben, den gesamten Auftrag selbst durchführen zu können und die nötige Leistungsfähigkeit nicht nachgewiesen.

Weiters hat sie - entgegen ihren Angaben, welche Leistungsteile sie selbst erbringen will - nicht nachgewiesen, dass sie über die technische Ausstattung für Gerüstbau und Hebewerkzeuge verfügt oder welcher Subunternehmer diese Leistungen erbringt (Zellhofer/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 83 Rz 14). Weiters hat sie - entgegen ihren Angaben, welche Leistungsteile sie selbst erbringen will - nicht nachgewiesen, dass sie über die technische Ausstattung für Gerüstbau und Hebewerkzeuge verfügt oder welcher Subunternehmer diese Leistungen erbringt (Zellhofer/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 83, Rz 14).

Der Auftrag umfasst Arbeiten zur Errichtung einer Stahl-Glas-Konstruktion für den Eingangsbereich der zahnmedizinischen Klinik. Der Leistungsteil Schlosserarbeiten macht 17,2 % des geschätzten Auftragswertes aus. Der Leistungsteil konstruktiver Stahlbau macht 15,5 % des geschätzten Auftragswertes aus. Der Leistungsteil Fenster und Fenstertüren aus Aluminium macht 62,5 % des geschätzten Auftragswertes aus. Neben der unstrittig erforderlichen Gewerbeberechtigung als Glaser gemäß § 94 Z 28 GewO ist eine Gewerbeberechtigung für den Stahlbau erforderlich. Weiters sind nach der Leistungsbeschreibung Statiken anzufertigen, die der von der Auftraggeberin beauftragte

Statiker prüfen und vor Baubeginn freigeben muss. Gemäß § 32 Z 9 GewO kommt einem Gewerbetreibenden auch die Befugnis zu, in sein Gewerbe fallende Arbeiten zu planen. Die Generalplanerin holte eine Auskunft der Wirtschaftskammer Wien über den Umfang der Befugnis als Glaser ein. Elektrikerarbeiten wie für den Anschluss der Trommeldrehtür oder Schlosserarbeiten sowie die Erstellung von Statiken, wie im Leistungsverzeichnis verlangt, sind jedoch von der Befugnis als Glaser nicht gedeckt. Der Auftrag umfasst Arbeiten zur Errichtung einer Stahl-Glas-Konstruktion für den Eingangsbereich der zahnmedizinischen Klinik. Der Leistungsteil Schlosserarbeiten macht 17,2 % des geschätzten Auftragswertes aus. Der Leistungsteil konstruktiver Stahlbau macht 15,5 % des geschätzten Auftragswertes aus. Der Leistungsteil Fenster und Fenstertüren aus Aluminium macht 62,5 % des geschätzten Auftragswertes aus. Neben der unstrittig erforderlichen Gewerbeberechtigung als Glaser gemäß Paragraph 94, Ziffer 28, GewO ist eine Gewerbeberechtigung für den Stahlbau erforderlich. Weiters sind nach der Leistungsbeschreibung Statiken anzufertigen, die der von der Auftraggeberin beauftragte Statiker prüfen und vor Baubeginn freigeben muss. Gemäß Paragraph 32, Ziffer 9, GewO kommt einem Gewerbetreibenden auch die Befugnis zu, in sein Gewerbe fallende Arbeiten zu planen. Die Generalplanerin holte eine Auskunft der Wirtschaftskammer Wien über den Umfang der Befugnis als Glaser ein. Elektrikerarbeiten wie für den Anschluss der Trommeldrehtür oder Schlosserarbeiten sowie die Erstellung von Statiken, wie im Leistungsverzeichnis verlangt, sind jedoch von der Befugnis als Glaser nicht gedeckt.

Die A*** besitzt die Befugnis als Glaser. Die Befugnis für den Stahlbau hat die C***. Befugnisse für Elektrik und Statik sind nicht nachgewiesen.

Allerdings hat sie zu Recht in der mündlichen Verhandlung auf § 32 Abs 1 Z 9 GewO hingewiesen. Sie kann daher als Generalunternehmerin den gesamten Auftrag übernehmen und für den Stahlbau die namhaft gemachte Subunternehmerin einsetzen. Dies lässt jedoch weiter offen, wer die Statik erbringen soll, die ja nicht von der Befugnis als Glaser umfasst ist. Allerdings hat sie zu Recht in der mündlichen Verhandlung auf Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer 9, GewO hingewiesen. Sie kann daher als Generalunternehmerin den gesamten Auftrag übernehmen und für den Stahlbau die namhaft gemachte Subunternehmerin einsetzen. Dies lässt jedoch weiter offen, wer die Statik erbringen soll, die ja nicht von der Befugnis als Glaser umfasst ist.

Die Antragstellerin legte über Aufforderung gemäß Punkt 3 der Liste "Geforderte Eignungsnachweise für Bauaufträge" über Aufforderung vom 10. Februar 2009 einen Nachweis über die Berufshaftpflichtversicherung als Nachweis der Leistungsfähigkeit vor. Nach Aussage der Generalplanerin sind darin lediglich Risiken des Handelsgewerbes, über das die Antragstellerin auch verfügt, abgedeckt. Diese Sicht wurde dem Vertreter der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vorgehalten und vom ihm zugestanden. Nach der Ausschreibung ist eine Berufshaftpflichtversicherung, die die Risiken des Auftrags abdeckt, für die Eignung nötig. Andere Risiken, die der Auftrag mit sich bringt, deckt die Polizze nicht ab. Auch aus diesem Grund ist die Leistungsfähigkeit der Antragstellerin nicht gegeben.

Das Ausscheiden des Angebotes gemäß § 129 Abs 1 Z 2 BVergG erfolgte daher zu Recht. Das Ausscheiden des Angebotes gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG erfolgte daher zu Recht.

3.3 Beurteilung des Antrags auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung - Spruchpunkt II 3.3 Beurteilung des Antrags auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung - Spruchpunkt römisch zwei.

Die einschlägigen Bestimmungen des BVergG lauten:

Einleitung des Verfahrens

§ 320. (1) Ein Unternehmer kann bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern Paragraph 320, (1) Ein Unternehmer kann bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern

1. 1. Ziffer eins

er ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, und

2. 2. Ziffer 2

ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

(2) [...]

Das Angebot der Antragstellerin wurde somit zu Recht ausgeschieden. Daher kann ihr aus der Zuschlagsentscheidung nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes kein Schaden entstehen (zB VwGH 23.5.2007, 2005/04/0214). Ihr kommt hinsichtlich der Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung keine Antragslegitimation zu (zB VwGH 18.3.2009, 2007/04/0095).

3.4 Ersatz der Pauschalgebühr

Die einschlägigen Bestimmungen des BVergG lauten:

Gebührenersatz

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

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

1. 1.Ziffer eins
dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und
2. 2.Ziffer 2
dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde.

(3) [...]

Die Antragstellerin schuldete Pauschalgebühren in der Höhe von Euro 3.750. Die zu viel bezahlte Pauschalgebühr von Euro 1.250 wird der Antragstellerin zurück zu überweisen sein. 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 abwies. Der Ersatz der Pauschalgebühr findet daher nicht statt.

Schlagworte

Ausscheiden des Angebots; Namhaftmachung von Subunternehmern; Leistungsfähigkeit;

Zuletzt aktualisiert am

14.08.2009

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