

TE Verg Bescheid 2009/1/5 N/0153- BVA/03/2008-23

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 05.01.2009

Norm

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §4

BVergG 2006§19 Abs1

BVergG 2006 §20 Abs1

BVergG 2006 §112 Abs3

BVergG 2006 §129 Abs1 Z11

BVergG 2006 §318

BVergG 2006 §319 Abs1

BVergG 2006 §319 Abs3

BVergG 2006 §321 Abs1 Z7

BVergG 2006 §322 Abs1

BVergG 2006 §325 Abs1 Z2

GewO 1994 §94 Z16

GewO 1994 §373a Abs1

GewO 1994 §373a Abs4

GewO 1994 §373a Abs5 Z2

GewO 1994 §373a Abs5 Z3

GewO 1994 §373c

GewO 1994 §373d

GewO 1994 §373e

1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 4 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 19 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

4. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 20 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 20 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 20 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 112 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 112 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 318 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 318 gültig von 20.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 84/2007
6. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.02.2006 bis 19.11.2007
1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 321 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 322 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. GewO 1994 § 94 heute
2. GewO 1994 § 94 gültig ab 17.10.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 94/2017
3. GewO 1994 § 94 gültig von 29.03.2016 bis 16.10.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 155/2015
4. GewO 1994 § 94 gültig von 28.12.2013 bis 28.03.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 212/2013
5. GewO 1994 § 94 gültig von 14.09.2012 bis 27.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2012
6. GewO 1994 § 94 gültig von 01.09.2012 bis 13.09.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2011
7. GewO 1994 § 94 gültig von 19.08.2010 bis 31.08.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 66/2010
8. GewO 1994 § 94 gültig von 01.01.2010 bis 18.08.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 121/2009
9. GewO 1994 § 94 gültig von 27.02.2008 bis 31.12.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 42/2008
10. GewO 1994 § 94 gültig von 01.01.2007 bis 26.02.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 161/2006
11. GewO 1994 § 94 gültig von 15.01.2005 bis 31.12.2006 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 131/2004
12. GewO 1994 § 94 gültig von 01.08.2002 bis 14.01.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002
13. GewO 1994 § 94 gültig von 01.07.1997 bis 31.07.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 63/1997
14. GewO 1994 § 94 gültig von 01.07.1996 bis 30.06.1997 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/1997
15. GewO 1994 § 94 gültig von 19.03.1994 bis 30.06.1996
1. GewO 1994 § 373a heute
2. GewO 1994 § 373a gültig ab 25.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 32/2018
3. GewO 1994 § 373a gültig von 17.10.2017 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 94/2017

4. GewO 1994 § 373a gültig von 18.01.2016 bis 16.10.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 155/2015
5. GewO 1994 § 373a gültig von 14.09.2012 bis 17.01.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2012
6. GewO 1994 § 373a gültig von 19.08.2010 bis 13.09.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 66/2010
7. GewO 1994 § 373a gültig von 27.02.2008 bis 18.08.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 42/2008
8. GewO 1994 § 373a gültig von 01.08.2002 bis 26.02.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002
9. GewO 1994 § 373a gültig von 19.03.1994 bis 31.07.2002

1. GewO 1994 § 373a heute
2. GewO 1994 § 373a gültig ab 25.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 32/2018
3. GewO 1994 § 373a gültig von 17.10.2017 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 94/2017
4. GewO 1994 § 373a gültig von 18.01.2016 bis 16.10.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 155/2015
5. GewO 1994 § 373a gültig von 14.09.2012 bis 17.01.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2012
6. GewO 1994 § 373a gültig von 19.08.2010 bis 13.09.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 66/2010
7. GewO 1994 § 373a gültig von 27.02.2008 bis 18.08.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 42/2008
8. GewO 1994 § 373a gültig von 01.08.2002 bis 26.02.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002
9. GewO 1994 § 373a gültig von 19.03.1994 bis 31.07.2002

1. GewO 1994 § 373c heute
2. GewO 1994 § 373c gültig ab 18.01.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 155/2015
3. GewO 1994 § 373c gültig von 14.11.2012 bis 17.01.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2012
4. GewO 1994 § 373c gültig von 27.02.2008 bis 13.11.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 42/2008
5. GewO 1994 § 373c gültig von 01.08.2002 bis 26.02.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002
6. GewO 1994 § 373c gültig von 11.08.2000 bis 31.07.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 88/2000
7. GewO 1994 § 373c gültig von 11.02.2000 bis 10.08.2000 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 12/2000
8. GewO 1994 § 373c gültig von 01.07.1997 bis 10.02.2000 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 63/1997
9. GewO 1994 § 373c gültig von 01.07.1996 bis 30.06.1997 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/1997
10. GewO 1994 § 373c gültig von 19.03.1994 bis 30.06.1996

8. GewO 1994 § 373d gültig von 19.03.1994 bis 30.06.1996

1. GewO 1994 § 373e heute

2. GewO 1994 § 373e gültig ab 18.01.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 155/2015

3. GewO 1994 § 373e gültig von 14.11.2012 bis 17.01.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2012

4. GewO 1994 § 373e gültig von 27.02.2008 bis 13.11.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 42/2008

5. GewO 1994 § 373e gültig von 01.08.2002 bis 26.02.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002

6. GewO 1994 § 373e gültig von 01.07.1996 bis 31.07.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/1997

7. GewO 1994 § 373e gültig von 19.03.1994 bis 30.06.1996

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 3, MR Dr. Sibyll Huber-Matauschek sowie die Beisitzer Mag. Maria Ulmer als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Hagen Pleile als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs. 2 Z 1 BundesvergabeGesetz 2006 - BVergG 2006, BGBl I Nr. 17/2006 idF BGBl I Nr. 86/2007 betreffend die Auftragsvergabe "Salzburg, Erzabt Klotz Str. 1, Neubau Kultur- u. Gesellschaftswissenschaftliche Fakultät (KGW - Fakultät) der Universität Salzburg, TGA elektrotechnische Anlagen" des Auftraggebers Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H., Hintere Zollamtsstrasse 1, 1031 Wien, vertreten durch die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H., Planen & Bauen - Region Salzburg, Tirol, Vorarlberg, Aigner-Str.8, 5020 Salzburg, eingeleitet über Antrag der A*** GmbH, vertreten durch Dr. X***, RA, vertreten durch Dr. Y*** Rechtsanwältin, vom 24.11.2008, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 3, MR Dr. Sibyll Huber-Matauschek sowie die Beisitzer Mag. Maria Ulmer als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Hagen Pleile als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BundesvergabeGesetz 2006 - BVergG 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, betreffend die Auftragsvergabe "Salzburg, Erzabt Klotz Str. 1, Neubau Kultur- u. Gesellschaftswissenschaftliche Fakultät (KGW - Fakultät) der Universität Salzburg, TGA elektrotechnische Anlagen" des Auftraggebers Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H., Hintere Zollamtsstrasse 1, 1031 Wien, vertreten durch die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H., Planen & Bauen - Region Salzburg, Tirol, Vorarlberg, Aigner-Str.8, 5020 Salzburg, eingeleitet über Antrag der A*** GmbH, vertreten durch Dr. X***, RA, vertreten durch Dr. Y*** Rechtsanwältin, vom 24.11.2008, wie folgt entschieden:

SPRUCH

I.römisch eins.

Dem Antrag "das Bundesvergabeamt möge die Entscheidung der Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. vom 10.11.2008, der Firma B*** GmbH & Co KG den Zuschlag erteilen zu wollen (Zuschlagsentscheidung), für nichtig erklären", wird stattgegeben.

Die Zuschlagsentscheidung vom 10.11.2008 zugunsten der Firma B*** GmbH & Co KG wird für nichtig erklärt.

II.römisch zwei.

Dem Antrag "der Antragstellerin die Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag und die einstweilige Verfügung von insgesamt EUR 3.750,- zu ersetzen", wird stattgegeben.

Der Auftraggeber Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H., Hintere Zollamtsstrasse 1, 1031 Wien, vertreten durch Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H., Planen & Bauen - Region Salzburg, Tirol, Vorarlberg, Aigner-Str.8, 5020 Salzburg, hat der Antragstellerin A*** GmbH, Unternehmen für Elektrotechnik, vertreten durch Dr.X***, RA, dieser vertreten durch Dr. Y***, Rechtsanwältin, die gemäß § 318 BVergG für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichteten Pauschalgebühren in der Höhe von Euro 3.750.- binnen zwei Wochen ab Zustellung dieses Bescheides bei sonstiger Exekution zu ersetzen. Der Auftraggeber Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H., Hintere Zollamtsstrasse 1, 1031 Wien, vertreten durch Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H., Planen & Bauen - Region Salzburg, Tirol, Vorarlberg, Aigner-Str.8, 5020 Salzburg, hat der Antragstellerin A*** GmbH, Unternehmen für Elektrotechnik, vertreten durch Dr.X***, RA, dieser vertreten durch Dr. Y***, Rechtsanwältin, die gemäß Paragraph

318, BVergG für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichteten Pauschalgebühren in der Höhe von Euro 3.750.- binnen zwei Wochen ab Zustellung dieses Bescheides bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

BEGRÜNDUNG

Mit Schriftsatz vom 24.11.2008 beantragte die Antragstellerin neben den im Spruch ersichtlichen Begehren die Erlassung einer einstweiligen Verfügung und Akteneinsicht gemäß § 17 AVG. Mit Schriftsatz vom 24.11.2008 beantragte die Antragstellerin neben den im Spruch ersichtlichen Begehren die Erlassung einer einstweiligen Verfügung und Akteneinsicht gemäß Paragraph 17, AVG.

Begründend führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus, Anfechtungsgegenstand sei die Zuschlagsentscheidung hinsichtlich eines Teillooses betreffend "TGA elektrotechnische Anlagen" der Gesamtausschreibung "Bauarbeiten für das Universitätsgebäude", welches hinsichtlich der Gesamtlose zusammengerechnet als Bauauftrag im Oberschwellenbereich ausgeschrieben worden sei. Die Antragstellerin habe fristgerecht ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt. Im Rahmen der Angebotseröffnung am 30.7.2008 seien die für das gegenständliche Nachprüfungsverfahren wesentlichen Angaben verlesen worden: LfNr. 1, Fa. B*** GmbH & Co. KG, Deutschland, Nettoauftragssumme Euro 3,689.465,10.-- und LfNr. 6, Fa. A*** netto Auftragssumme Euro 3,680.332,09.-. Mit Schreiben vom 10.11.2008 sei der Antragstellerin die Zuschlagsentscheidung zugunsten der Fa. B*** GmbH & Co KG bekannt gegeben worden.

Die Punktebewertung sei jedoch unrichtig, da die von der Antragstellerin angebotene Gewährleistungsfrist von drei Jahren nicht berücksichtigt worden sei. Bei richtiger Berechnung der Punkteanzahl gemäß den bekannt gegebenen Zuschlagskriterien hätte die Antragstellerin für den günstigsten angebotenen Preis von Euro 3.680.932,08.- die volle Punktzahl von 9800 Punkten bekommen müssen. Hinzu komme für die zusätzlich angebotenen drei Gewährleistungsjahre gemäß der Berechnungsformel auf Seite 10 der Ausschreibungsunterlagen unter Punkt 4 der Rz 18.2. eine Punktezahl von 182, sodass bei richtiger Berechnung eine Punktezahl von 9982 erreicht worden und der Antragstellerin als Bestbieterin der Zuschlag zu erteilen sei. Wenn nach Ansicht des Auftraggebers die angebotene zusätzliche Gewährleistungsfrist von drei Jahren im Angebotsschreiben Seite 5, unter Punkt 10 nicht in der richtigen Spalte ausgefüllt worden, so sei darauf hinzuweisen, dass Punkt 10 unklar und verwirrend formuliert sei und eine allfällige fehlerhafte Ausfüllung einer Zeile jedenfalls zu Lasten der Auftraggeberin gehen müsse (§ 915 ABGB). Bei richtiger Interpretation der Ausschreibungsunterlagen sei in der Einladung zur Angebotsabgabe, Seite 10 unter Rz 18.2 Unterpunkt 4, das Zuschlagskriterium "angebotene Gewährleistungsfristen" definiert und würden "pro angebotenem zusätzlichen Gewährleistungsjahr: + 9 Punkte (max. + 27 Punkte)" vergeben. Die Punktebewertung sei jedoch unrichtig, da die von der Antragstellerin angebotene Gewährleistungsfrist von drei Jahren nicht berücksichtigt worden sei. Bei richtiger Berechnung der Punkteanzahl gemäß den bekannt gegebenen Zuschlagskriterien hätte die Antragstellerin für den günstigsten angebotenen Preis von Euro 3.680.932,08.- die volle Punktzahl von 9800 Punkten bekommen müssen. Hinzu komme für die zusätzlich angebotenen drei Gewährleistungsjahre gemäß der Berechnungsformel auf Seite 10 der Ausschreibungsunterlagen unter Punkt 4 der Rz 18.2. eine Punktezahl von 182, sodass bei richtiger Berechnung eine Punktezahl von 9982 erreicht worden und der Antragstellerin als Bestbieterin der Zuschlag zu erteilen sei. Wenn nach Ansicht des Auftraggebers die angebotene zusätzliche Gewährleistungsfrist von drei Jahren im Angebotsschreiben Seite 5, unter Punkt 10 nicht in der richtigen Spalte ausgefüllt worden, so sei darauf hinzuweisen, dass Punkt 10 unklar und verwirrend formuliert sei und eine allfällige fehlerhafte Ausfüllung einer Zeile jedenfalls zu Lasten der Auftraggeberin gehen müsse (Paragraph 915, ABGB). Bei richtiger Interpretation der Ausschreibungsunterlagen sei in der Einladung zur Angebotsabgabe, Seite 10 unter Rz 18.2 Unterpunkt 4, das Zuschlagskriterium "angebotene Gewährleistungsfristen" definiert und würden "pro angebotenem zusätzlichen Gewährleistungsjahr: + 9 Punkte (max. + 27 Punkte)" vergeben.

Die Antragstellerin sei daher völlig zu Recht davon ausgegangen, dass ein unter Punkt 10 in einer freien Spalte angegebenes Gewährleistungsjahr in die Berechnung bezüglich dieses Zuschlagskriterium einfließe und habe daher dort in einer der größten freien Zeile drei Gewährleistungsjahre - "3" - eingefügt. Dabei sei die Antragstellerin davon ausgegangen, dass allfällige Mindestgewährleistungsfristen ohnehin fix in der Ausschreibung angegeben und vorgeschrieben und nicht Gegenstand von auszufüllenden Bieterlücken seien und alle darüber hinausgehenden Angaben über Gewährleistungsjahre eine zusätzliche angebotene Gewährleistungsfrist im Sinne der in den Angebotsbestimmungen Seite 10 definierten Zuschlagskriterien darstellen würden. Sihin hätten die zusätzlich

angebotenen drei Gewährleistungsjahre in die Punktberechnung einfließen müssen. Dass Punkt 10 des seitens der Auftraggeberin vorformulierten Angebotsschreibens missverständlich sei und lediglich von spezialisierten Juristen nach mehrmaligem Lesen verstanden werden könne, sei nicht zu Lasten der Antragstellerin als nicht juristisch vorgebildeten Professionisten zu werten. Aufgrund der klaren Definition des maßgeblichen Zuschlagskriteriums "pro angebotem zusätzlichem Gewährleistungsjahr" sei für die Antragstellerin klar gewesen, dass eine unter Punkt 10 zusätzlich angegebene Gewährleistungsfrist in die Bewertung einfließen müsse. Sie habe aufgrund der missverständlichen Formulierung, insbesondere die Freihaltung einer strichlinierten Linie zur Eintragung einer Frist, auch davon ausgehen können, dass eine dort eingetragene zusätzliche Gewährleistungsfrist bei der Punktberechnung entsprechend berücksichtigt werde. Bei richtiger Punktberechnung wäre die Antragstellerin Bestbieterin gewesen.

Darüber hinaus habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin ein den Ausschreibungsunterlagen widersprechendes Angebot gelegt. Der Antragstellerin sei bekannt geworden, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin nicht alle der in der Ausschreibung geforderten Formblätter vorgelegt habe.

Zudem seien seitens der präsumtiven Bestbieterin im Leistungsverzeichnis beispielhaft angeführte Erzeugnisse nicht wie vorgeschrieben gelegt, sondern durch nicht gleichwertige Fabrikate ersetzt worden. Ob im Begleitschreiben gemäß § 106 Abs. 7 BVergG 2006 das ausgeschriebene Erzeugnis ausdrücklich zum Angebot erklärt worden sei, sei der Antragstellerin nicht bekannt. Gegebenenfalls sei das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin als nicht der Ausschreibung entsprechend und mit einem unbehebbarer Mangel behaftet auszuscheiden. Zudem seien seitens der präsumtiven Bestbieterin im Leistungsverzeichnis beispielhaft angeführte Erzeugnisse nicht wie vorgeschrieben gelegt, sondern durch nicht gleichwertige Fabrikate ersetzt worden. Ob im Begleitschreiben gemäß Paragraph 106, Absatz 7, BVergG 2006 das ausgeschriebene Erzeugnis ausdrücklich zum Angebot erklärt worden sei, sei der Antragstellerin nicht bekannt. Gegebenenfalls sei das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin als nicht der Ausschreibung entsprechend und mit einem unbehebbarer Mangel behaftet auszuscheiden.

Darüberhinaus liege eine mangelnde Eignung der Fa. B*** GmbH & Co KG vor. Gemäß Punkt III. 1.4 der Bekanntmachung ABLNr. 2008/S-125- 166460 sei von den Bieterinnen nachzuweisen, dass sie über die in Österreich erforderliche Anerkennung oder Gleichhaltung ihrer Befugnis gemäß dem § 373c, 373d und 373e GewO 1994 verfügen. Nach Kenntnisstand der Antragstellerin verfüge die präsumtive Zuschlagsempfängerin nicht über den geforderten Gleichhaltungsbescheid, was einen Ausscheidungsgrund darstelle (so BVA 20.2.2004, 16N-144/03-36 u. a.). Unabhängig davon sei infolge der Gewerberechtsnovelle 2007/2008 ein allenfalls nach dem alten Recht vorliegender Gleichstellantrags- oder Gleichhaltungsbescheid nicht mehr gültig, da die GewO in der geltenden Fassung hier keine entsprechende Übergangsregelung vorsehe. Im für die vorliegende Ausschreibung geltenden "neuen" Anerkennungssystem sei vielmehr zu beachten, dass die Antragstellerin als nicht österreichische Bieterin in Österreich im maßgeblichen Zeitpunkt entweder eine Niederlassung haben oder eine Dienstleistungsanzeige abgegeben haben müsse. Das gegenständlich als Befugnis geforderte Gewerbe "Elektrotechnik" sei ein reglementiertes Gewerbe gemäß § 94 GewO neu. Die präsumtive Bestbieterin habe eine entsprechende Dienstleistungsanzeige noch nicht erstattet, weshalb es ihr an der Befugnis zur Ausführung des ausgeschriebenen Auftrags fehle. Ihr Angebot wäre daher zwingend auszuscheiden gewesen. Darüberhinaus liege eine mangelnde Eignung der Fa. B*** GmbH & Co KG vor. Gemäß Punkt römisch drei. 1.4 der Bekanntmachung ABLNr. 2008/S-125- 166460 sei von den Bieterinnen nachzuweisen, dass sie über die in Österreich erforderliche Anerkennung oder Gleichhaltung ihrer Befugnis gemäß dem Paragraph 373 c, 373 d und 373 e GewO 1994 verfügen. Nach Kenntnisstand der Antragstellerin verfüge die präsumtive Zuschlagsempfängerin nicht über den geforderten Gleichhaltungsbescheid, was einen Ausscheidungsgrund darstelle (so BVA 20.2.2004, 16N-144/03-36 u. a.). Unabhängig davon sei infolge der Gewerberechtsnovelle 2007 aus 2008, ein allenfalls nach dem alten Recht vorliegender Gleichstellantrags- oder Gleichhaltungsbescheid nicht mehr gültig, da die GewO in der geltenden Fassung hier keine entsprechende Übergangsregelung vorsehe. Im für die vorliegende Ausschreibung geltenden "neuen" Anerkennungssystem sei vielmehr zu beachten, dass die Antragstellerin als nicht österreichische Bieterin in Österreich im maßgeblichen Zeitpunkt entweder eine Niederlassung haben oder eine Dienstleistungsanzeige abgegeben haben müsse. Das gegenständlich als Befugnis geforderte Gewerbe "Elektrotechnik" sei ein reglementiertes Gewerbe gemäß Paragraph 94, GewO neu. Die präsumtive Bestbieterin habe eine entsprechende Dienstleistungsanzeige noch nicht erstattet, weshalb es ihr an der Befugnis zur Ausführung des ausgeschriebenen Auftrags fehle. Ihr Angebot wäre daher zwingend auszuscheiden gewesen.

Zudem liege eine spekulative bzw. unplausible Zusammensetzung des Angebotspreises vor. Es sei anzunehmen, dass

die präsumtive Zuschlagsempfängerin in einer Position ihres Angebots eine Nullstelle ausgefüllt habe, was zwingend die nicht plausible Zusammensetzung ihres Gesamtpreises und eine spekulative Preisgestaltung bedinge und damit ihr zwingendes Ausscheiden nach § 129 Abs. 1 Z 3 BVergG 2006 nach sich ziehen müsse. Zudem liege eine spekulative bzw. unplausible Zusammensetzung des Angebotspreises vor. Es sei anzunehmen, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin in einer Position ihres Angebots eine Nullstelle ausgefüllt habe, was zwingend die nicht plausible Zusammensetzung ihres Gesamtpreises und eine spekulative Preisgestaltung bedinge und damit ihr zwingendes Ausscheiden nach Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG 2006 nach sich ziehen müsse.

Darüberhinaus sei seitens der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ein in der Ausschreibung nicht vorgesehener und betriebswirtschaftlich nicht erklärbarer Nachlass zum Angebot in der Höhe von 2,5% der Angebotssumme gewährt worden. Das bedeute beim Angebotspreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin einen Nachlass von Euro 92.236,62.-. Darin liege - da die Angebotspreise ohnehin sehr knapp kalkuliert seien - ein unzulässiger und ungewöhnlich hoher Preisnachlass, der eine spekulative Preisgestaltung vermuten lasse. Auch aus diesem Grund erscheine der Angebotspreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrig und hätte der Auftraggeber Aufklärung über die Positionen des Angebotes verlangen und gegebenenfalls vertieft prüfen müssen. Bei richtiger Beurteilung und Einrechnung dieses Nachlasses wäre der Auftraggeber zum Ergebnis gekommen, dass gegenständlich eine spekulative Preisgestaltung vorliege, die zum Ausscheiden des Angebots der in der Zuschlagsentscheidung genannten präsumtiven Bestbieterin führen müsse.

In Bezug auf den drohenden Schaden werde ausgeführt, dass bei Nichterteilung des Zuschlags zumindest der nachstehende aufgeschlüsselte Schaden drohe: Ein Teil des Schadens bestehe in der Höhe des mit diesem Auftrag verbundenen marküblichen entgangenen Gewinns von zumindest Euro 180.000,--. Durch die Erteilung dieses Auftrages würden Geschäftsgemeinkosten von rd. Euro 10.000,00 abgedeckt werden. Ferner drohe der Antragstellerin ein Schaden in der Höhe der frustrierten internen Kosten für die Angebotserstellung von Euro 1.500,00, sowie die bisher aufgelaufenen Kosten für die anwaltliche Vertretung von Euro 3.000,--. Bei dem gegenständlichen Auftrag handle es sich um ein wichtiges Referenzprojekt, weil der gegenständliche Neubau der Kultur- und Gesellschaftswissenschaftlichen Fakultät in Salzburg ein bedeutendes Prestigeobjekt sei, das ohne Zuschlagserteilung an die Antragstellerin verloren wäre. Die Grundlage der wirtschaftlichen Existenz der Antragstellerin sei, dass sie Aufträge, bei denen sie Bestbieter sei, auch erhalte. Der der Antragstellerin im Fall einer Zuschlagserteilung entstehende Schaden liege in den durch die Beteiligung am Vergabeverfahren entstandenen Kosten, den Kosten für die rechtsfreundliche Vertretung, im entgangenen Gewinn und im Verlust eines Referenzprojektes. Die Vorgangsweise des Auftraggebers sei in den dargestellten Umständen rechtswidrig. Aus der Tatsache, dass sich die Antragstellerin am gegenständlichen Vergabeverfahren beteiligt habe und zeitgerecht ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt habe, sei ihr Interesse am Vertragsabschluss evident.

Durch die angefochtene Zuschlagsentscheidung erachte sich die Antragstellerin im Recht auf richtige Durchführung des Vergabeverfahrens gemäß den Bestimmungen des BVergG, im Recht auf sachlich nachvollziehbare Bestbieterermittlung, im Recht auf Ausscheiden von den Ausschreibungsbestimmungen widersprechenden Angeboten einschließlich Angeboten, deren Angebotspreis nicht angemessen sei oder deren Bieter nicht befugt seien sowie im Recht auf Zuschlagserteilung an sie als den richtigen Bestbieter verletzt.

Der Auftraggeber nahm mit Schriftsatz vom 26.11.2008 zum Antragsvorbringen Stellung, erteilte allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren, bestätigte im Wesentlichen den vom der Antragstellerin dargestellten zeitlichen Ablauf zum Vergabeverfahren, bestritt jedoch das gesamte Vorbringen der Antragstellerin zum Hauptverfahren. Im Wesentlichen führte er aus, dass die Antragstellerin eindeutig unter Pkt. 10 der Ausschreibungsunterlagen keine verlängernde Gewährleistungsfrist angeboten, sondern die auszufüllenden Felder durchgestrichen habe. Der objektive Erklärungswert einer Streichung könne nur jener sein, dass über die Mindestgewährleistungsfrist keine zusätzlichen Gewährleistungsjahre angeboten würden. Punkt 10 der Ausschreibungsunterlage sei keinesfalls missverständlich, vielmehr sei diese Formulierung eindeutig und klar. Dies habe die Antragstellerin bis zu dieser Ausschreibung auch immer so gesehen, da sie schon bei mehreren BIG-Ausschreibungen teilgenommen habe und bis zum jetzigen Nachprüfungsantrag Pkt. 10. der Ausschreibungsunterlage immer eindeutig und klar verstanden habe.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe ein den Ausschreibungsunterlagen entsprechendes Angebot abgegeben und sei die Angebotsprüfung auf Grund des Vorliegens sämtlicher geforderter Unterlagen erfolgt. Auch liege bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin keine mangelnde Eignung vor, die präsumtive Zuschlagsempfängerin sei nach den

österreichischen Rechtsvorschriften des Gewerberechtes befähigt, die ausgeschriebenen Leistungen erbringen zu dürfen. Es wäre für die Antragstellerin ein Leichtes gewesen, über das Firmenbuch herauszufinden, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin über eine Niederlassung in Wien verfüge.

Des Weiteren liege keinesfalls eine spekulative/unplausible Zusammensetzung des Angebotspreises der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vor, zumal die Antragstellerin selbst mit ihrem Angebotspreis sogar um knapp Euro 8.500,-- billiger sei als die präsumtive Zuschlagsempfängerin. Die Antragstellerin behaupte somit, dass ihr eigenes Angebot eine spekulative Preisgestaltung beinhalte.

Beim gegenständlichen Bauvorhaben handele es sich um den Neubau eines Gebäudes für die Universität Salzburg, der auf Grund akuter Raumproblematik der Universität dringendst umzusetzen sei. Die Bauarbeiten seien so weit fortgeschritten, dass das mit den Baumeisterleistungen beauftragte Unternehmen innerhalb des Zeitplanes jene Vorarbeiten geleistet haben, die notwendig seien, um mit den ausgeschriebenen Leistungen der elektrotechnischen Anlagen beginnen zu können. Die Zuschlagsentscheidung sei daher zu Recht zugunsten der B*** GmbH & Co KG getroffen worden und werde daher die Zurück- bzw. Abweisung der Anträge der Antragstellerin beantragt,

Am 27. 11. 2008 legte der Auftraggeber die Unterlagen des Vergabeverfahrens vor und brachte unter Verweis auf den Schriftsatz vom 24. 11. 2008 im Wesentlichen vor, dass die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin sämtliche geforderten Formblätter vorgelegt habe, im Begleitschreiben zum Angebot ausgeführt habe, dass im Fall nicht gleichwertiger Produkte die in der Ausschreibung bekannt gegebenen Leitprodukte als angeboten gelten, er über eine Zweigniederlassung in Wien, und über eine Gewerbeberechtigung verfüge, die Ausschreibungsunterlage im Schlussblatt und im Blatt für Nachlässe und Aufschläge die Möglichkeit zur Gewährung von Nachlässen vorsähen und das Angebot der Antragstellerin sogar billiger als das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin sei.

Mit Schriftsatz vom 11.12.2008 erhob die präsumtive Zuschlagsempfängerin begründete Einwendungen und führte aus, dass dem Einfügen der Zahl "3" in Punkt 10 des Angebotsschreibens an einer beliebigen Stelle kein Erklärungswert zukommen könne. Richtig sei, dass bei der Ermittlung des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebots gemäß Punkt 18.2. des Angebotsschreibens für jedes zusätzlich zur Mindestgewährleistungsfrist angebotene Jahr neun Punkte (maximal 27 Punkte) zu erreichen sei. Zur Ermittlung dieser "Zusatzpunkte" habe der Bieter in Punkt 10 des Angebotsschreibens anzugeben, welche zusätzliche Gewährleistungsfrist er anbiete. Zu der in der Ausschreibungsunterlage geforderten Angabe "Zuzüglich biete ich im Falle der Zuschlagserteilung auf das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot zu jeder angeführten Mindestgewährleistungsfrist vorstehend angeführten Mindestgewährleistungsfrist weitere (maximal weitere 3 Jahre) ...Jahre (in Worten:Jahre) Gewährleistungsfrist an." habe die Antragstellerin nach eigenen Angaben in einer freien Zeilen in Punkt 10 - also bei den Ausführungen zu den ÖNORMEN - die Zahl "3" eingefügt. Das eigens dafür vorgesehene und gekennzeichnete Kästchen habe die Antragstellerin hingegen freigelassen. Von allen übrigen Bietern sei diese Bestimmung richtig verstanden und sei die Angabe zur Verlängerung der Mindestgewährleistungsfrist an der dafür vorgesehenen hervorgehobenen Stelle im Kästchen vorgenommen worden. Ein Einfügen einer für die Bestbieterermittlung relevanten Zahl in irgendeiner freien Spalte könne nicht in die Bestbieterermittlung einfließen. Eine zusätzliche beliebig an irgendeiner Stelle oder Zeile in Punkt 10 eingefügte Zahl könne daher vom Auftraggeber nicht als Verlängerung der Mindestgewährleistungsfrist gedeutet werden. Gerade weil ein spezieller, durch Umrahmung hervorgehobener Absatz für die Eintragung vorgesehen sei, komme jeder außerhalb dieses "Kästchens" angegebenen Zahl oder Bemerkung kein Erklärungswert zu und sei nicht als Verlängerung der Mindestgewährleistungsfrist erkennbar. Daher sei das Angebot der Antragstellerin zu Recht nicht bei der Punktebewertung berücksichtigt worden.

Sei aber dem Ausfüllen einer beliebigen Zeile in Punkt 10 ein Erklärungswert beizumessen, werde in eventu festgehalten, dass durch das Ausfüllen der Gewährleistungsfrist an einer falschen Stelle im Angebotsschreiben ein unbehebbarer Mangel vorliege. Bei einer Einfügung der Ziffer "3" außerhalb des vorgesehenen Feldes gehe nicht hervor, ob dadurch die Gewährleistungsfrist verlängert werden solle. Die Auftraggeberin hätte im gegenständlichen Fall bei der Antragstellerin nachfragen und Aufklärung darüber verlangen müssen, was die Antragstellerin unter Einfügung der Ziffer "3" an irgendeiner Stelle im Punkt 10 versteht. In diesem Fall hätte die Antragstellerin nach Angebotsöffnung entscheiden können, ob sie die Verlängerung der Gewährleistungsfrist anbiete oder nicht. Sie hätte daher nachträglich - je nachdem, ob dies für die Erlangung des Auftrags erforderlich sei - diese Gewährleistungsfrist "durch Aufklärung" anbieten können. Sollte daher dem Ausfüllen einer Gewährleistungsfrist an einer beliebigen Stelle ein Erklärungswert zukommen, wäre das Angebot mit einem unbehebbareren Mangel behaftet, weil die Antragstellerin

nachträglich ihre Wettbewerbsposition materiell verbessern könne. Das Angebot der Antragstellerin wäre mit einem unbehebbaen Mangel behaftet und wäre daher gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG auszuschneiden gewesen, mit der Konsequenz, dass der Antragstellerin keine Antragslegitimation zukäme. Sei aber dem Ausfüllen einer beliebigen Zeile in Punkt 10 ein Erklärungswert beizumessen, werde in eventu festgehalten, dass durch das Ausfüllen der Gewährleistungsfrist an einer falschen Stelle im Angebotsschreiben ein unbehebbarer Mangel vorliege. Bei einer Einfügung der Ziffer "3" außerhalb des vorgesehenen Feldes gehe nicht hervor, ob dadurch die Gewährleistungsfrist verlängert werden solle. Die Auftraggeberin hätte im gegenständlichen Fall bei der Antragstellerin nachfragen und Aufklärung darüber verlangen müssen, was die Antragstellerin unter Einfügung der Ziffer "3" an irgendeiner Stelle im Punkt 10 versteht. In diesem Fall hätte die Antragstellerin nach Angebotsöffnung entscheiden können, ob sie die Verlängerung der Gewährleistungsfrist anbiete oder nicht. Sie hätte daher nachträglich - je nachdem, ob dies für die Erlangung des Auftrags erforderlich sei - diese Gewährleistungsfrist "durch Aufklärung" anbieten können. Sollte daher dem Ausfüllen einer Gewährleistungsfrist an einer beliebigen Stelle ein Erklärungswert zukommen, wäre das Angebot mit einem unbehebbaen Mangel behaftet, weil die Antragstellerin nachträglich ihre Wettbewerbsposition materiell verbessern könne. Das Angebot der Antragstellerin wäre mit einem unbehebbaen Mangel behaftet und wäre daher gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG auszuschneiden gewesen, mit der Konsequenz, dass der Antragstellerin keine Antragslegitimation zukäme.

Zum Vorbringen der Antragstellerin, das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin widerspreche den Ausschreibungsunterlagen, sei auszuführen, dass bereits mit Angebotslegung mit Schreiben vom 28.07.2008 zu Punkt 18.5 und gem. Punkt 2. der Angebotsbestimmungen folgendes erklärt worden sei: "Sollte die Prüfung der von uns angebotenen Fabrikate keine Gleichwertigkeit ergeben, gilt das ausgeschriebenen Erzeugnis als angeboten gemäß § 106 Abs BVergG. Das Angebot sei daher nicht mit einem unbehebbaen Mangel behaftet und auszuschneiden. Zum Vorbringen der Antragstellerin, das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin widerspreche den Ausschreibungsunterlagen, sei auszuführen, dass bereits mit Angebotslegung mit Schreiben vom 28.07.2008 zu Punkt 18.5 und gem. Punkt 2. der Angebotsbestimmungen folgendes erklärt worden sei: "Sollte die Prüfung der von uns angebotenen Fabrikate keine Gleichwertigkeit ergeben, gilt das ausgeschriebenen Erzeugnis als angeboten gemäß Paragraph 106, Abs BVergG. Das Angebot sei daher nicht mit einem unbehebbaen Mangel behaftet und auszuschneiden.

Zum Vorbringen des fehlenden Gleichhaltungsnachweises werde ausgeführt, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin in Österreich eine Zweigniederlassung habe und daher nicht nur über eine deutsche, sondern auch über eine österreichische Gewerbeberechtigung (Gewerberegisternummer xxxxx) verfüge. Aus diesem Grund sei auch kein Gleichhaltungsnachweis zu erbringen gewesen.

Zum Vorbringen der fehlenden Formblätter werde ausgeführt, dass alle in der Ausschreibung geforderten Formblätter vorgelegt worden seien. Aus dem Angebotsschreiben vom 28.07.2008 Punkt 18.3 ff sei zudem ersichtlich, dass die geforderten Eignungsnachweise und Formblätter dem Angebot beigelegt worden seien.

Zur Behauptung der spekulativen/unplausiblen Zusammensetzung des Angebotspreises werde vorgebracht, dass die Antragstellerin von der falschen Annahme ausgehe, eine Position des Angebots sei mit einer Nullstelle ausgefüllt. Die Antragstellerin verkenne, dass diese Angabe bei dem angebotenen Produkt systembedingt in einer anderen Position enthalten und die Auftraggeberin darüber auch informiert worden sei.

Zudem sei der von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gewährte Nachlass von 2,5% absolut üblich und liege kein unzulässiger oder ungewöhnlicher hoher Preisnachlass vor, der eine spekulative Preisgestaltung vermuten lasse. Nach Angaben der Antragstellerin liege der Preis ihres Angebots sogar unter dem der präsumtiven Zuschlagsempfängerin. Die Argumentation, dass es sich bei dem angebotenen Preis im Verhältnis zur Leistung um einen ungewöhnlich niedrigen Preis handle, sei daher nicht nachvollziehbar. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei daher zu Recht für den Zuschlag in Aussicht genommen worden und seien die Anträge der Antragstellerin als unzulässig zurück- bzw in eventu als unbegründet abzuweisen.

In der vor dem Bundesvergabeamt am 17.12.2008 durchgeführten mündlichen Verhandlung zog die Antragstellerin die Beschwerdepunkte "unrichtige Punktebewertung", "Ersatz von im Leistungsverzeichnis beispielhaft angeführten Erzeugnissen durch nicht gleichwertige Fabrikate" sowie den Beschwerdepunkt "unzulässiger und ungewöhnlich hoher, betriebswirtschaftlich nicht nachvollziehbarer und vermutlich spekulativer Preisnachlass von 2,5%" zurück.

Zur behaupteten Rechtswidrigkeit der mangelnden Befugnis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin brachte die Antragstellerin ergänzend vor, dass es sich bei dem Gewerbe "Elektrotechnik" um ein reglementiertes Gewerbe handle, zu deren Ausübung, da eine grenzüberschreitende Dienstleistung von einer deutschen Firma angeboten werde, jedoch eine Dienstleistungsanzeige notwendig sei, die zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen müsse. Sei dies gemäß § 94 Z 16 GewO nicht der Fall, sei die Antragstellerin nicht befugt, den gegenständlichen Auftrag in Österreich auszuführen. Die Antragstellerin könne sich nicht auf die Gewerbeberechtigung der im Firmenbuch eingetragenen Zweigniederlassung, die unter der Bezeichnung C*** GmbH & Co KG bzw. OHG firmiert, stützen. Die Firmenbezeichnung sei nicht ident mit jener der Bieterin. Es sei zwar richtig, dass die C*** GmbH & Co KG in Österreich eine Zweigniederlassung habe, der Firmenwortlaut der präsumtiven Zuschlagsempfängerin jedoch Fa. B*** GmbH & Co. KG laute und dieser nicht mit dieser Bezeichnung im Firmenbuch bzw. Gewerberegister als Zweigniederlassung in Österreich eingetragen sei. Es handle sich daher um zwei verschiedene Personen bzw. Rechtssubjekte, sodass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zu Unrecht für den Zuschlag in Betracht gezogen worden sei, vielmehr der Zuschlag auf eine nicht existente Firma erfolgt bzw auf ein Angebot, dessen Firma nicht ordnungsgemäß iS des § 118 BVergG verlesen worden sei. Zur behaupteten Rechtswidrigkeit der mangelnden Befugnis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin brachte die Antragstellerin ergänzend vor, dass es sich bei dem Gewerbe "Elektrotechnik" um ein reglementiertes Gewerbe handle, zu deren Ausübung, da eine grenzüberschreitende Dienstleistung von einer deutschen Firma angeboten werde, jedoch eine Dienstleistungsanzeige notwendig sei, die zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen müsse. Sei dies gemäß Paragraph 94, Ziffer 16, GewO nicht der Fall, sei die Antragstellerin nicht befugt, den gegenständlichen Auftrag in Österreich auszuführen. Die Antragstellerin könne sich nicht auf die Gewerbeberechtigung der im Firmenbuch eingetragenen Zweigniederlassung, die unter der Bezeichnung C*** GmbH & Co KG bzw. OHG firmiert, stützen. Die Firmenbezeichnung sei nicht ident mit jener der Bieterin. Es sei zwar richtig, dass die C*** GmbH & Co KG in Österreich eine Zweigniederlassung habe, der Firmenwortlaut der präsumtiven Zuschlagsempfängerin jedoch Fa. B*** GmbH & Co. KG laute und dieser nicht mit dieser Bezeichnung im Firmenbuch bzw. Gewerberegister als Zweigniederlassung in Österreich eingetragen sei. Es handle sich daher um zwei verschiedene Personen bzw. Rechtssubjekte, sodass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zu Unrecht für den Zuschlag in Betracht gezogen worden sei, vielmehr der Zuschlag auf eine nicht existente Firma erfolgt bzw auf ein Angebot, dessen Firma nicht ordnungsgemäß iS des Paragraph 118, BVergG verlesen worden sei.

Auf Vorhalt, die präsumtive Zuschlagsempfängerin sei unter der Bezeichnung Fa. B*** GmbH & Co. KG nicht mit diesem Wortlaut im österreichischen Firmenbuch und auch nicht im Gewerberegister eingetragen sei, sondern lediglich als C*** GmbH & Co KG, führte die präsumtive Zuschlagsempfängerin aus, sie gehe davon aus, dass es sich um die gleiche Firma handle. Die österreichische Zweigniederlassung sei laut Beschluss des HG Wien vom 29.3.2006 namentlich die offenbar im Firmenbuch eingetragene Nachfolgefirma (ausländische Firma) der C*** GmbH & Co KG. Wie aus dem Beschluss ersichtlich sei, bestehe die inländische Zweigniederlassung, die den Firmenwortlaut C*** GmbH & Co KG trage, seit 1.1.2001 und sei diese daher berechtigt, das Gewerbe der "Elektrotechnik" auszuüben. Die Fa. B*** GmbH & Co. KG sei beim Amtsgericht Regensburg unter HRA xxxx eingetragen und da es sich bei dieser Firma um ein konzernverbundenes Unternehmen handle, sei diese berechtigt, ein Angebot im gegenständlichen Vergabeverfahren zu legen. Auf Befragen, wer die ausgeschriebenen Arbeiten durchführen werde, gab der Auftraggeber an, dass diese durch die Arbeiter im Konzernverbund ausgeführt würden, insbesondere auch mit den Arbeitern der österreichischen Niederlassung. Auf Befragen, ob Subunternehmer im Angebot angeführt worden seien, führte der Auftraggeber aus, dass im verfahrensgegenständlichen Angebot in der Liste zur Namhaftmachung von Subunternehmern die österreichische Zweigniederlassung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht angeführt worden sei.

Auf Vorhalt der die präsumtive Zuschlagsempfängerin betreffenden Firmenidentität ersuchte diese, die genauen Details mit einem Schriftsatz vorlegen zu dürfen, was vom Senat mit 19.12.2008, 12.00 Uhr befristet wurde.

Zum Beschwerdepunkt "Nichtvorlage der zwingend geforderten Formblätter" brachte die Antragstellerin ergänzend vor, dass die geforderten Formblätter, wie Gewerberegisterauszug bzw. sonstigen Nachweise betreffend die Befugnis und die technische, finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit nicht innerhalb der vom Auftraggeber geforderten Frist vorgelegt bzw. nachgereicht worden seien. In den Ausschreibungsbestimmungen sei eine Frist von 7 Tagen für die Nachreichung von Unterlagen festgelegt, der Auftraggeber habe jedoch eine Frist von 14 Tagen gewährt, habe sich somit nicht an seine eigenen Festlegungen gehalten und sei zu Gunsten eines bestimmten Bieters vom

Grundsatz der Gleichbehandlung ausgewichen. Dazu führte der Auftraggeber aus, dass sämtliche geforderten Unterlagen rechtzeitig vorgelegt bzw. noch offene Fragen, die sich im Zuge der Prüfung ergeben haben, rechtzeitig aufgeklärt worden seien (Schreiben vom 10.9.2008). Die 14tätige Frist habe sich aufgrund der Schriftlichkeit der Aufforderungen zur Stellungnahme bzw. Aufklärung ergeben. Es handle sich bei diesen Fristen um keine Ausschlussfrist und sei der Auftraggeber berechtigt, auch später, im Zuge der Angebotsprüfung, Unterlagen nachzufordern. Auf Befragen, ob sich diese Aufklärungsfrist auf sämtliche Bieter erstreckt habe, führte der Auftraggeber aus, dass lediglich bei der Firma Fa. B*** GmbH & Co. KG schriftliche Aufklärung verlangt worden sei und aufgrund des Schriftverkehrs mit dem deutschen Bieter die Frist von 7 Tagen nach mündlicher Vereinbarung überschritten und auf 14 Tage ausgedehnt worden sei.

Zur Behauptung, durch die Anführung einer Nullstelle im Angebot sei nicht auszuschließen, dass damit ein spekulatives Angebot gelegt worden sei, brachte die Antragstellerin ergänzend vor, es liege ein mangelhaftes Angebot vor, da diese Position preisrelevant sei und daher bereits bei der Angebotsabgabe klar ausgeführt hätte werden müssen, in welche Position diese Nullstellenposition eingerechnet worden sei, da sonst der Bieter jederzeit die Möglichkeit hätte, dies zu ändern. Der Auftraggeber gab dazu an, dass zu diesem Punkt schriftlich Aufklärung von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin begehrt worden und diese mit Schreiben vom 10.9.2008 erfolgt sei, mit dem Hinweis, dass diese Nullstelle systembedingt und damit weder spekulativ sei noch einen unplausibel zusammengesetzten Gesamtpreis bewirke. Die Antragstellerin habe, so der Auftraggeber, in dieser Position einen Einheitspreis von 36 Euro angeboten, somit einen Positionspreis von 11,376.- Euro im Verhältnis zum Nettogesamtpreis zu 3,680.932,09.-Euro. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin bestätigte die Ausführungen des Auftraggebers und gab ergänzend an, dass es systembedingt überhaupt nicht möglich gewesen wäre, einen anderen Preis anzugeben, da schon der Hersteller diese Nullstelle in diesem Typ der angebotenen Leuchtenposition inkludiere.

Mit Schriftsatz vom 19.12.2008 brachte die präsumtive Zuschlagsempfängerin betreffend die "Firmenidentität" der Antragstellerin vor, dass es sich "bei den Unternehmen B*** GmbH & Co KG [präsumtive Zuschlagsempfängerin] und der C*** GmbH & Co KG bzw OHG [Niederlassungen in Österreich] um zwei unterschiedene Unternehmen" handle. C*** GmbH & Co KG bzw OHG und B*** GmbH & Co KG seien jedoch konzernverbundene Unternehmen. Darüberhinaus werde die Antragslegitimation der Antragstellerin bestritten, da das Angebot der Antragstellerin nicht ausschreibungskonform und daher auszuschneiden sei. Es komme ihr daher im Nachprüfungsverfahren keine Antragslegitimation zu. Die Antragstellerin habe durch das Einfügen der Zahl "3" in Pkt 10 des Angebotsschreibens ein widersprüchliches Angebot abgegeben. Das Angebot der Antragstellerin sei daher mit einem unbehebbaen Mangel behaftet und auszuschneiden. Die Antragstellerin habe zwar in der mündlichen Verhandlung vom 17.12.2008 ihre Beschwerde gegen die unrichtige Punktebewertung zurückgezogen, dies bedeute jedoch nicht, dass dadurch etwaige Angebotsmängel - Vorliegen eines widersprüchlichen Angebots - im Angebot der Antragstellerin und damit deren Antragslegitimation nicht mehr geprüft werden dürften bzw. nachträglich saniert werden könnten. Der Nachprüfungsantrag sei daher aus diesem Grund zurückin eventu abzuweisen.

Auf Grundlage des Akteninhaltes, sämtlicher Schriftsätze, insbesondere jener der Antragstellerin, des Auftraggebers und der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, der vorgelegten Originalunterlagen und der Vorbringen der Parteien in der mündlichen Verhandlung, wurde folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt festgestellt:

Im Juni 2008 schrieb die Bundesimmobiliengesellschaft mbH, Planen & Bauen - Region Salzburg, Tirol Vorarlberg, 5020 Salzburg, als vergebende Stelle im Namen der Bundesimmobiliengesellschaft mbH - BIG, 1031 Wien, im Rahmen des Gesamtvorhabens "Neubau der Kultur- und Gesellschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Salzburg" die Bauleistung "TGA Elektrotechnische Anlagen" CPV-Codes 45214400/45311000/45311100/45311200 europaweit im offenen Verfahren im Oberschwellenbereich aus. Die Ausschreibung wurde in der Online Ausgabe des Lieferanzeigers am 27.6.2008, der Druckausgabe des Lieferanzeigers (gekürzt) am 1.7.2008 und im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union am 26.6.2008 bekannt gemacht. Der Zuschlag soll dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot unter Berücksichtigung der vorgegebenen Kriterien (98 % Preis, 2 % Gewährleistung) erteilt werden. Als Schlusstermin war der 30.7. 2008, 15.00 Uhr, vorgesehen, zum selben Termin fand die Angebotsöffnung statt. Nach dem Preis ergab sich folgende Reihung:

1. A*** Ges.m.b.H. Euro 3.680.932,09
2. B*** GmbH. & Co KG Euro 3.689.465,10

3. D*** GmbH. Euro 4.098.974,66

1. 4.Ziffer 4

E***GmbH. & Co KG Euro 4.203.968,04

Laut Angaben des Auftraggebers beträgt der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens rund Euro 42 Mio, jener des gegenständlichen Loses Euro 4,198.353,69.-.

In Punkt 3, 5.Absatz der Angebotsbestimmungen ist festgelegt:

" Die Zeichen " - " und " / " gelten als Null...."

In Punkt 10 der Ausschreibungsunterlagen (Gewährleistung) ist festgelegt:

" Zuzüglich biete ich im Falle der Zuschlagserteilung auf das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot zu jeder vorstehend

angeführten Mindestgewährleistungsfrist weitere (maximal weitere 3 Jahre),....Jahre (in Worten:Jahre) Gewährleistungsfrist an."

In Punkt 18.2 der Angebotsbestimmungen sind die Zuschlagskriterien wie folgt festgelegt: "

1. 1.Ziffer eins

Gesamtpreis: 98%

2. 2.Ziffer 2

...

3. 3.Ziffer 3

...

4. 4.Ziffer 4

Angeborene Gewährleistungsfrist(en) 2%

Anmerkung:

Die Bewertung der angebotenen Gewährleistungsfrist(en)

erfolgt mittels nachstehender Formel:

Mindestgewährleistungsfrist: 73 Punkte

Pro angebotenem zusätzlichen Gewährleistungsjahr:

+ 9 Punkte (maximal +27 Punkte) -

Gewichtete Punkteermittlung $0 = (\text{jeweilige Gesamtpunkte}) \times (\text{Gewichtung})$

In der "Einladung zur Angebotsabgabe und den Angebotsbestimmungen" ist unter Punkt 13, 5.Absatz festgelegt:

"Die erforderliche Befugnis, finanzielle, wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit sowie die erforderliche Zuverlässigkeit müssen im offenen Verfahren zum Zeitpunkt der Angebotsöffnungvorliegen.

Bezüglich Bewerber oder Bieter, die im Gebiet einer anderen Vertragspartei des EWR-Abkommens ansässig sind und die ein Anerkennungs-oder Gleichhaltungsverfahren durchführen, wird auf die einschlägigen Regelungen des BVergG 2006 verwiesen."

In der Bekanntmachung zum Supplement der Europäischen Gemeinschaften wird unter Punkt III.1.4. auf das Erfordernis einer Anerkennung bzw. Gleichhaltung oder Bestätigung gemäß 373c, 373d und 373e GewO 1994 idGF hingewiesen. In der Bekanntmachung zum Supplement der Europäischen Gemeinschaften wird unter Punkt römisch drei.1.4. auf das Erfordernis einer Anerkennung bzw. Gleichhaltung oder Bestätigung gemäß 373c, 373d und 373e GewO 1994 idGF hingewiesen.

Punkt 16 der Angebotsbestimmungen legt fest:

" Der Bieter erklärt mit der Abgabe seines Angebotes gemäß § 108 Abs.2 BVergG 2006,dass er über die erforderlichen Befugnisse zur Ausführung des Auftrages verfügt ..."" Der Bieter erklärt mit der Abgabe seines Angebotes gemäß Paragraph 108, Absatz 2, BVergG 2006,dass er über die erforderlichen Befugnisse zur Ausführung des Auftrages verfügt ..."

Neben sieben weiteren Bietern hat die Antragstellerin rechtzeitig ein Angebot abgegeben und wurde bei der Angebotsöffnung preislich an erste Stelle gereiht. Nach Prüfung der Angebote und laut Prüfbericht vom 3.11.2008 wurde die B*** GmbH & Co KG mit 99,59 Punkten an erste Stelle, die Antragstellerin mit 99,46 an zweite Stelle gereiht. Mit Telefax vom 10.11.2008 hat der Auftraggeber sämtlichen Bietern die Zuschlagsentscheidung zugunsten der B*** GmbH & Co KG, bekanntgegeben.

Die Verständigung des Auftraggebers ist erfolgt (OZ 3), die Antragstellerin hat Pauschalgebühren in der Höhe von Euro 3.750.- bezahlt.

Mit Schriftsatz vom 24.11.2008 beantragte die Antragstellerin die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, die Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung, den Ersatz der Pauschalgebühren sowie Akteneinsicht gemäß § 17 AVG. Mit Schriftsatz vom 24.11.2008 beantragte die Antragstellerin die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, die Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung, den Ersatz der Pauschalgebühren sowie Akteneinsicht gemäß Paragraph 17, AVG.

Mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 1.12.2008, OZ 7, wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben.

Der präsumtive Zuschlagsempfänger hat gemäß § 324 Abs. 3 BVergG 2006 mit Schriftsatz vom 11.12.2008 rechtzeitig begründete Einwendungen gegen die von der Antragstellerin begehrten Entscheidungen erhoben, sodass dieser Parteistellung gemäß § 324 Abs. 3 BVergG 2006 zukommt. Der präsumtive Zuschlagsempfänger hat gemäß Paragraph 324, Absatz 3, BVergG 2006 mit Schriftsatz vom 11.12.2008 rechtzeitig begründete Einwendungen gegen die von der Antragstellerin begehrten Entscheidungen erhoben, sodass dieser Parteistellung gemäß Paragraph 324, Absatz 3, BVergG 2006 zukommt.

Bisher wurden keine Angebote ausgeschieden. Der Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren wurde noch nicht erteilt, ein Widerruf hat nicht stattgefunden.

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den genannten Quellen. Die herangezogenen Beweismittel sind echt. Ihre inhaltliche Richtigkeit steht außer Zweifel. Widersprüche traten nicht auf.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

1. 1.Ziffer eins
Rechtslage

Das Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG 2006), BGBl I Nr 17/2006, wurde mit BGBl I Nr 86/2007, kundgemacht am 26.11.2007, (BVergG) novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind grundsätzlich mit dem zweiten der Kundmachung des Bundesgesetzes BGBl I Nr. 86/2007, somit am 1.1.2008 in Kraft getreten. Das Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG 2006), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 17 aus 2006,, wurde mit Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 86 aus 2007,, kundgemacht am 26.11.2007, (BVergG) novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind grundsätzlich mit dem zweiten der Kundmachung des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007,, somit am 1.1.2008 in Kraft getreten.

Gemäß § 345 Abs 13 Z 1 BVergG sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes BGBl I Nr 86/2007 bereits eingeleiteten Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit des vom Auftraggeber geführten Vergabeverfahrens, das im Jahr 2007 eingeleitet wurde, die Bestimmungen des BVergG 2006 in der Stammfassung des BGBl I Nr 17/2006 als Prüfmaßstab heranzuziehen hat. Darüber hinaus sind jedoch für die beim Bundesvergabeamt seit dem 1.1.2008 anhängigen Nachprüfungsverfahren und für Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom Bundesvergabeamt die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 idF der Novelle BGBl I Nr 86/2007 (BVergG) anzuwenden. Gemäß Paragraph 345, Absatz 13, Ziffer eins, BVergG sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 86 aus 2007, bereits eingeleiteten Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit des vom Auftraggeber geführten Vergabeverfahrens, das im Jahr 2007 eingeleitet wurde, die Bestimmungen des BVergG 2006 in der Stammfassung des Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 17 aus 2006, als Prüfmaßstab heranzuziehen hat. Darüber hinaus sind jedoch für die beim Bundesvergabeamt seit dem 1.1.2008

anhängigen Nachprüfungsverfahren und für Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom Bundesvergabeamt die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 86 aus 2007, (BVergG) anzuwenden.

1. 2.Ziffer 2

Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrags

Die Bundesimmobiliengesellschaft GmbH (BIG) ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG Die Bundesimmobiliengesellschaft GmbH (BIG) ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG.

Bei der gegenständlichen Auftragsvergabe handelt es sich um einen Bauauftrag gemäß § 4 BVergG im Oberschwellenbereich. Dieser Bauauftrag ist der Teil des Gesamtbauvorhabens "Neubau der Kultur - und Gesellschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Salzburg", dessen geschätzter Gesamtauftragswert vom Auftraggeber mit ca. Euro 42.000.000,-- (exkl. USt.) angegeben wurde. Der geschätzte Auftragswert des verfahrensgegenständlichen Loses "TGA Elektrotechnische Anlagen" beträgt rund Euro Euro 4,198.353,69.-. (exkl. USt). Der Zuschlag wurde noch nicht erteilt, das Vergabeverfahren nicht widerrufen. Bei der gegenständlichen Auftragsvergabe handelt es sich um einen Bauauftrag gemäß Paragraph 4, BVergG im Oberschwellenbereich. Dieser Bauauftrag ist der Teil des Gesamtbauvorhabens "Neubau der Kultur - und Gesellschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Salzburg", dessen geschätzter Gesamtauftragswert vom Auftraggeber mit ca. Euro 42.000.000,-- (exkl. USt.) angegeben wurde. Der geschätzte Auftragswert des verfahrensgegenständlichen Loses "TGA Elektrotechnische Anlagen" beträgt rund Euro Euro 4,198.353,69.-. (exkl. USt). Der Zuschlag wurde noch nicht erteilt, das Vergabeverfahren nicht widerrufen.

Der Nachprüfungsantrag wurde rechtzeitig innerhalb der Frist des § 321 Abs 1 Z 7 BVergG eingebracht und erfüllt die formalen Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 322 Abs 1 BVergG. Der Nachprüfungsantrag wurde rechtzeitig innerhalb der Frist des Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG eingebracht und erfüllt die formalen Zulässigkeitsvoraussetzungen des Paragraph 322, Absatz eins, BVergG. .

- -Strichaufzählung

Zur Antragslegitimation der Antragstellerin

Die Antragstellerin hat gemäß den festgelegten Zuschlagskriterien für den günstigsten angebotenen Preis von Euro 3.680.932,08.- die volle Punktzahl von 98 Punkten bekommen. Zum Zuschlagskriterium "Gewährleistungsfrist" hat die Antragstellerin gemäß den unter Punkt 10 der Ausschreibungsbestimmungen erfolgten Festlegung folgende Angaben gemacht:

" Zuzüglich biete ich im Falle der Zuschlagserteilung auf das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot zu jeder vorstehend

angeführten Mindestgewährleistungsfrist weitere (maximal weitere 3 Jahre) ,/...Jahre (in Worten:Jahre) Gewährleistungsfrist

an". Der Auftraggeber hat diese Angabe der Antragstellerin, nämlich "/", gemäß Punkt 3 Absatz 5 der Ausschreibungsbestimmungen mit Null bewertet und hat daher das Angebot der Antragstellerin bei der Angebotsbewertung im Punkt "Gewährleistungsverlängerung" keine Punkte erhalten. Insgesamt wurde daher das Angebot der Antragstellerin beim Zuschlagskriterium "Gewährleistungsfrist" mit 73 Punkten (gewichtet 1,46) und bei der "Gewährleistungsverlängerung" mit 0 Punkten bewertet. Da das Angebot der B*** GmbH & Co KG neben der Mindestgewährleistungsfrist 2 zusätzliche Gewährleistungsjahre angeboten hat, wurde das Angebot vom Auftraggeber gemäß den festgelegten Zuschlagskriterien mit zusätzlich jeweils 9, daher mit zusätzlich 18 Punkten (gewichtet 1,82) insgesamt mit 91 Punkten bewertet und an erste Stelle, jenes der Antragstellerin entsprechend der geringeren Bewertung an zweite Stelle gereiht. Wenn die präsumtive Zuschlagsempfängerin moniert, das Angebot der Antragstellerin hätte aufgrund dieser "fehlerhaften" Angabe, nämlich " /", vom Auftraggeber ausgeschieden werden müssen und mangle es ihr daher an der Antragslegitimation, so verkennt diese, dass der Auftraggeber das Angebot der Antragstellerin gemäß den festgelegten Zuschlagskriterien zu Recht mit Null und daher entsprechend niedriger

bewertet, eine Ausscheidung des Angebotes aufgrund der mit "/" erfolgten Angabe gemäß den Ausschreibungsbestimmungen zu Recht nicht vorgenommen hat und daher die Antragslegitimation der Antragstellerin gegeben ist.

Der Nachprüfungsantrag ist daher zulässig und das Bundesvergabeamt zu dessen Behandlung zuständig

Zu Spruchpunkt I Zu Spruchpunkt römisch eins

- -Strichaufzählung

Zur Befugnis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin

Gegenstand der Ausschreibung ist das Bauvorhaben "TGA Elektrotechnische Anlagen" für die KGW - Fakultät der Universität Salzburg, somit Tätigkeiten, die dem Berechtigungsumfang des reglementierten Gewerbes der Elektrotechnik gemäß § 94 Z 16 GewO 1994, BGBl I Nr. 194/1994, zuletzt geändert durch das BGBl I 42/2008, zuzuordnen sind. Gegenstand der Ausschreibung ist das Bauvorhaben "TGA Elektrotechnische Anlagen" für die KGW - Fakultät der Universität Salzburg, somit Tätigkeiten, die dem Berechtigungsumfang des reglementierten Gewerbes der Elektrotechnik gemäß Paragraph 94, Ziffer 16, GewO 1994, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 194 aus 1994, , zuletzt geändert durch das Bundesgesetzblatt Teil eins, 42 aus 2008,, zuzuordnen sind.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin ist gemäß Bestätigung der Industrie -und Handelskammer Regensburg vom 30.10.2007 unter der Nr. HR A xxxx beim Registergericht Regensburg und gemäß Schreiben der Handwerkskammer Niederbayern-Oberpfalz u.a. in den Berufen Elektroinstallateur, Elektroniker etc. registriert und verfügt dafür über die entsprechende Gewerbeberechtigungen in Deutschland.

Mit der Berufsanerkennungsrichtlinie 2005/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7.9.2005 wurden die Vorschriften, nach denen ein Mitgliedstaat die in einem anderen Mitgliedstaat erworbenen Berufsqualifikationen für die Ausübung eines reglementierten Gewerbes anerkennt, neu geregelt und umgesetzt in Österreich u.a. durch die Änderung der Gewerbeordnung 1994, BGBl I 42/2008 (insbesondere v.a.: VI Hauptstück, EWR - Anpassungsbestimmungen, Vorübergehende grenzüberschreitende Dienstleistung im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit). Mit der Berufsanerkennungsrichtlinie 2005/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7.9.2005 wurden die Vorschriften, nach denen ein Mitgliedstaat die in einem anderen Mitgliedstaat erworbenen Berufsqualifikationen für die Ausübung eines reglementierten Gewerbes anerkennt, neu geregelt und umgesetzt in Österreich u.a. durch die Änderung der Gewerbeordnung 1994, Bundesgesetzblatt Teil eins, 42 aus 2008, (insbesondere v.a.: römisch sechs Hauptstück, EWR - Anpassungsbestimmungen, Vorübergehende grenzüberschreitende Dienstleistung im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit).

Gemäß § 373a Abs.1 GewO 1994 dürfen demnach Staatsangehörige eines Mitgliedstaates der EU oder eines Vertragsstaates des EWR, die in einem anderen Mitgliedstaat der EU oder Vertragsstaat des EWR niedergelassen sind und dort eine Tätigkeit befugt ausüben, auf die die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes anzuwenden wären, diese Tätigkeit vorübergehend und gelegentlich unter den gleichen Voraussetzungen wie Inländer in Österreich ausüben. Die Erbringung des allenfalls vorgeschriebenen Befähigungsnachweises ist nicht erforderlich 1. wenn die gewerbliche Tätigkeit im Niederlassungsmitgliedstaat reglementiert ist oder eine reglementierte Ausbildung im Sinne des Art. 3 lit. e der Richtlinie 2005/36/EG vorliegt oder 2. wenn die gewerbliche Tätigkeit oder die Ausbildung zwar nicht im Sinne der Z 1 reglementiert ist, der Dienstleister die gewerbliche Tätigkeit aber mindestens zwei Jahre während der vorhergehenden zehn Jahre im Niederlassungsmitgliedstaat ausgeübt hat. Gemäß Paragraph 373 a, Absatz eins, GewO 1994 dürfen demnach Staatsangehörige eines Mitgliedstaates der EU oder eines Vertragsstaates des EWR, die in einem anderen Mitgliedstaat der EU oder Vertragsstaat des EWR niedergelassen sind und dort eine Tätigkeit befugt ausüben, auf die die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes anzuwenden wären, diese Tätigkeit vorübergehend und gelegentlich unter den gleichen Voraussetzungen wie Inländer in Österreich ausüben. Die Erbringung des allenfalls vorgeschriebenen Befähigungsnachweises ist nicht erforderlich 1. wenn die gewerbliche Tätigkeit im Niederlassungsmitgliedstaat reglementiert ist oder eine reglementierte Ausbildung im Sinne des Artikel 3, Litera e, der Richtlinie 2005/36/EG vorliegt oder 2. wenn die gewerbliche Tätigkeit oder die Ausbildung zwar nicht im Sinne der Ziffer eins, reglementiert ist, der Dienstleister die gewerbliche Tätigkeit aber mindestens zwei Jahre während der vorhergehenden zehn Jahre im Niederlassungsmitgliedstaat ausgeübt hat.

Der Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit hat die Ausübung der den Gegenstand der Dienstleistung bildenden Tätigkeit aber zu verbieten, wenn die vorgenannten Voraussetzungen für die Erbringung der Dienstleistung nicht

erfüllt sind oder wenn einer der im § 87 Abs. 1 angeführten Entziehungsgründe oder der Entziehungsgrund des § 135 Abs. 5 auf den Dienstleistungserbringer zutrifft. Wurde eine vorgeschriebene Meldung nach diesem Bundesgesetz nicht erstattet oder gegen die Informationspflichten gemäß Abs. 8 verstoßen, kann der Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit die Ausübung für eine dem Grunde des Verbotes angemessene Dauer untersagen und Zuwiderhandlungen bestrafen. Der Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit hat die Ausübung der den Gegenstand der Dienstleistung bildenden Tätigkeit aber zu verbieten, wenn die vorgenannten Voraussetzungen für die Erbringung der Dienstleistung nicht erfüllt sind oder wenn einer der im Paragraph 87, Absatz eins, angeführten Entziehungsgründe oder der Entziehungsgrund des Paragraph 135, Absatz 5, auf den Dienstleistungserbringer zutrifft. Wurde eine vorgeschriebene Meldung nach diesem Bundesgesetz nicht erstattet oder gegen die Informationspflichten gemäß Absatz 8, verstoßen, kann der Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit die Ausübung für eine dem Grunde des Verbotes angemessene Dauer untersagen und Zuwiderhandlungen bestrafen.

Gemäß Abs.3 leg.cit gelten die Bestimmungen der Abs. 1 und 2 auch für Gesellschaften im Sinne des Art. 34 des EWR-Abkommens, die nach den Rechtsvorschriften einer EWR-Vertragspartei gegründet wurden und ihren satzungsgemäßen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung in einem EWR-Vertragsstaat haben. Wenn die genannten Gesellschaften lediglich ihren satzungsgemäßen Sitz in einem EWR-Vertragsstaat haben, muss ihre Tätigkeit in tatsächlicher und dauerhafter Verbindung mit der Wirtschaft eines EWR-Vertragsstaates stehen. Gemäß Absatz 3, leg.cit gelten die Bestimmungen der Absatz eins und 2 auch für Gesellschaften im Sinne des Artikel 34, des EWR-Abkommens, die nach den Rechtsvorschriften einer EWR-Vertragspartei gegründet wurden und ihren satzungsgemäßen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung in einem EWR-Vertragsstaat haben. Wenn die genannten Gesellschaften lediglich ihren satzungsgemäßen Sitz in einem EWR-Vertragsstaat haben, muss ihre Tätigkeit in tatsächlicher und dauerhafter Verbindung mit der Wirtschaft eines EWR-Vertragsstaates stehen.

Hat jedoch die grenzüberschreitende Tätigkeit, wie im verfahrensgegenständlichen Fall, ein im § 94 angeführtes Gewerbe oder Tätigkeiten, die diesen Gewerben zuzuordnen sind, zum Gegenstand, so hat der Dienstleister gemäß § 373 a Abs.4 GewO 1994 dem Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit die erstmalige Aufnahme der Tätigkeit vorher schriftlich anzuzeigen und diesen dabei über Einzelheiten zu einem Versicherungsschutz oder einer anderen Art des individuellen oder kollektiven Schutzes in Bezug auf die Berufshaftpflicht zu informieren. Der Erstanzeige und einer weiteren jährlichen Anzeige bei wesentlichen Änderungen sind zahlreiche Dokumente anzuschließen, insbesondere auch eine Bescheinigung der zuständigen Behörden oder Stellen darüber, dass der Dienstleister in einem Mitglied- oder Vertragsstaat rechtmäßig zur Ausübung der betreffenden Tätigkeiten niedergelassen ist, einschließlich der Adresse der Niederlassung, ob diese Tätigkeit im Niederlassungsstaat reglementiert ist und dass ihm die Ausübung dieser Tätigkeiten zum Zeitpunkt der Vorlage der Bescheinigung nicht, auch nicht vorübergehend, untersagt ist, sowie ein Berufsqualifikationsnachweis des Dienstleisters. Hat jedoch die grenzüberschreitende Tätigkeit, wie im verfahrensgegenständlichen Fall, ein im Paragraph 94, angeführtes Gewerbe oder Tätigkeiten, die diesen Gewerben zuzuordnen sind, zum Gegenstand, so hat der Dienstleister gemäß Paragraph 373, a Absatz 4, GewO 1994 dem Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit die erstmalige Aufnahme der Tätigkeit vorher schriftlich anzuzeigen und diesen dabei über Einzelheiten zu einem Versicherungsschutz oder einer anderen Art des individuellen oder kollektiven Schutzes in Bezug auf die Berufshaftpflicht zu informieren. Der Erstanzeige und einer weiteren jährlichen Anzeige bei wesentlichen Änderungen sind zahlreiche Dokumente anzuschließen, insbesondere auch eine Bescheinigung der zuständigen Behörden oder Stellen darüber, dass der Dienstleister in einem Mitglied- oder Vertragsstaat rechtmäßig zur Ausübung der betreffenden Tätigkeiten niedergelassen ist, einschließlich der Adresse der Niederlassung, ob diese Tätigkeit im Niederlassungsstaat reglementiert ist und dass ihm die Ausübung dieser Tätigkeiten zum Zeitpunkt der Vorlage der Bescheinigung nicht, auch nicht vorübergehend, untersagt ist, sowie ein Berufsqualifikationsnachweis des Dienstleisters.

Gemäß Abs.5 leg.cit ist bei Anzeigen über die erstmalige Aufnahme einer Tätigkeit gemäß Abs. 4 vom Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit wie folgt zu verfahren: Gemäß Absatz 5, leg.cit ist bei Anzeigen über die erstmalige Aufnahme einer Tätigkeit gemäß Absatz 4, vom Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit wie folgt zu verfahren:

1. Ziffer eins

Die Anzeigen über die erstmalige Aufnahme einer Tätigkeit gemäß Abs. 4 sind zu überprüfen; dem Antragsteller ist binnen eines Monats der Empfang der Unterlagen zu bestätigen; gegebenenfalls ist ihm mitzuteilen, welche Unterlagen gemäß Abs. 4 fehlen bzw. dass gegen die Ausübung der Tätigkeit kein Einwand besteht. Die Anzeigen

über die erstmalige Aufnahme einer Tätigkeit gemäß Absatz 4, sind zu überprüfen; dem Antragsteller ist binnen eines Monats der Empfang der Unterlagen zu bestätigen; gegebenenfalls ist ihm mitzuteilen, welche Unterlagen gemäß Absatz 4, fehlen bzw. dass gegen die Ausübung der Tätigkeit kein Einwand besteht.

2. Ziffer 2

Bei den Gewerben gemäß § 94 Z 2, 4, 5, 6, 10, 14, 16, 17, 18, 23, 25, 28, 30, 32, 33, 34, 41, 42, 43, 46, 48, 53, 58, 62, 65, 66, 69, 80, 81 und 82 oder gemäß Abs. 6 durch Verordnung festgelegten weiteren Gewerben oder bei gewerblichen Tätigkeiten, welche diesen Gewerben zuzuordnen sind, hat der Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit vor der ersten Ausübung einer gewerblichen Tätigkeit neben dem Vorliegen der im Abs. 1 festgelegten Voraussetzungen zu überprüfen, ob aufgrund der mangelnden Berufsqualifikation des Dienstleisters eine schwerwiegende Beeinträchtigung der öffentlichen Gesundheit oder Sicherheit bzw. der Gesundheit oder Sicherheit des Dienstleistungsempfängers zu befürchten ist: a) Wenn eine Beeinträchtigung aufgrund mangelnder Berufsqualifikation nicht zu befürchten ist, ist dies dem Anzeiger binnen einer Frist von höchstens einem Monat nach Eingang der vollständigen Unterlagen mitzuteilen. In diesem Fall ist die Tätigkeit ab Einlangen der Mitteilung des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit beim Antragsteller zulässig. b) Besteht ein wesentlicher Unterschied zwischen der beruflichen Qualifikation des Dienstleisters und der in Österreich geforderten Ausbildung derart, dass dies der öffentlichen Gesundheit oder Sicherheit abträglich ist, ist die Anzeige binnen einer Frist von höchstens einem Monat nach Eingang der vollständigen Unterlagen nur unter der Bedingung mit Bescheid zur Kenntnis zu nehmen, dass der Anzeiger eine Eignungsprüfung nach Abs. 7 oder einen entsprechenden Anpassungslehrgang erfolgreich ablegt. Der Inhalt der Eignungsprüfung oder des Anpassungslehrganges ist vom Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit im Bescheid festzulegen. Die Erbringung der Dienstleistung muss innerhalb des Monats erfolgen können, der auf die Entscheidung des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit folgt. Bei den Gewerben gemäß Paragraph 94, Ziffer 2, 4, 5, 6, 10, 14, 16, 17, 18, 23, 25, 28, 30, 32, 33, 34, 41, 42, 43, 46, 48, 53, 58, 62, 65, 66, 69, 80, 81 und 82 oder gemäß Absatz 6, durch Verordnung festgelegten weiteren Gewerben oder bei gewerblichen Tätigkeiten, welche diesen Gewerben zuzuordnen sind, hat der Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit vor der ersten Ausübung einer gewerblichen Tätigkeit neben dem Vorliegen der im Absatz eins, festgelegten Voraussetzungen zu überprüfen, ob aufgrund der mangelnden Berufsqualifikation des Dienstleisters eine schwerwiegende Beeinträchtigung der öffentlichen Gesundheit oder Sicherheit bzw. der Gesundheit oder Sicherheit des Dienstleistungsempfängers zu befürchten ist: a) Wenn eine Beeinträchtigung aufgrund mangelnder Berufsqualifikation nicht zu befürchten ist, ist dies dem Anzeiger binnen einer Frist von höchstens einem Monat nach Eingang der vollständigen Unterlagen mitzuteilen. In diesem Fall ist die Tätigkeit ab Einlangen der Mitteilung des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit beim Antragsteller zulässig. b) Besteht ein wesentlicher Unterschied zwischen der beruflichen Qualifikation des Dienstleisters und der in Österreich geforderten Ausbildung derart, dass dies der öffentlichen Gesundheit oder Sicherheit abträglich ist, ist die Anzeige binnen einer Frist von höchstens einem Monat nach Eingang der vollständigen Unterlagen nur unter der Bedingung mit Bescheid zur Kenntnis zu nehmen, dass der Anzeiger eine Eignungsprüfung nach Absatz 7, oder einen entsprechenden Anpassungslehrgang erfolgreich ablegt. Der Inhalt der Eignungsprüfung oder des Anpassungslehrganges ist vom Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit im Bescheid festzulegen. Die Erbringung der Dienstleistung muss innerhalb des Monats erfolgen können, der auf die Entscheidung des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit folgt.

1. c) Litera c

Wenn im Verfahren Schwierigkeiten auftreten, die zu einer Verzögerung führen könnten, so unterrichtet der Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit den Antragsteller innerhalb eines Monats nach Eingang der Anzeige und der Begleitdokumente über die Gründe für diese Verzögerung und über den Zeitplan für eine Entscheidung. Die Entscheidung muss vor Ablauf des zweiten Monats ab Eingang der vollständigen Unterlagen beim Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit ergehen.

Erst wenn bis zum Ablauf des zweiten Monats ab Eingang der vollständigen Unterlagen beim Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit keine Reaktion des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit erfolgt, erst dann darf die grenzüberschreitende Tätigkeit erbracht werden (§ 373 a Abs 5 Z 3 GewO 1994). Erst wenn bis zum Ablauf des zweiten Monats ab Eingang der vollständigen Unterlagen beim Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit keine Reaktion des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit erfolgt, erst dann darf die grenzüberschreitende Tätigkeit erbracht werden (Paragraph 373, a Absatz 5 Punkt Z, 3 GewO 1994).

Die B*** GmbH & Co KG als präsumentive Zuschlagsempfängerin hat in ihrem Schriftsatz vom 19.12.2008 selbst ausgeführt, dass es sich bei der in Deutschland ansässigen und im deutschen Handelsregister registrierten B*** GmbH & Co KG und den im österreichischen Gewerbe- und Firmenbuch eingetragenen Niederlassungen C*** GmbH & Co KG bzw. C*** OHG um unterschiedliche Unternehmen handelt. Da es sich somit um unterschiedliche juristische Personen handelt, besteht für die präsumentive Zuschlagsempfängerin mit Sitz in Deutschland für das Anbieten von grenzüberschreitenden Tätigkeiten gemäß § 94 Z 16 GewO jedenfalls das Erfordernis der Anzeige gemäß § 373 a Abs 4 GewO und zwar auch dann, wenn es die B*** GmbH & Co KG als präsumentive Zuschlagsempfängerin hat in ihrem Schriftsatz vom 19.12.2008 selbst ausgeführt, dass es sich bei der in Deutschland ansässigen und im deutschen Handelsregister registrierten B*** GmbH & Co KG und den im österreichischen Gewerbe- und Firmenbuch eingetragenen Niederlassungen C*** GmbH & Co KG bzw. C*** OHG um unterschiedliche Unternehmen handelt. Da es sich somit um unterschiedliche juristische Personen handelt, besteht für die präsumentive Zuschlagsempfängerin mit Sitz in Deutschland für das Anbieten von grenzüberschreitenden Tätigkeiten gemäß Paragraph 94, Ziffer 16, GewO jedenfalls das Erfordernis der Anzeige gemäß Paragraph 373, a Absatz 4, GewO und zwar auch dann, wenn es sich bei der C*** GmbH & Co KG bzw. OHG und B*** GmbH & Co KG um konzernverbundene Unternehmen handelt.

Auch wenn §§ 20 Abs.1 BVergG bzw. 129 Abs.1 Z 11 leg.cit lediglich auf das Erfordernis der Anerkennung oder Gleichhaltung gemäß § 373c GewO 1994, aber nicht auf das Erfordernis einer Anzeige und der damit verbundenen Entscheidung des Bundesminister gemäß § 373a Abs. 5 Z 2 GewO 1994 verweisen, ist in Hinblick darauf, dass die Ausübung einer reglementierten Tätigkeit durch einen in § 373a GewO 1994 genannten Dienstleister erst nach einer - aufgrund der zuvor erfolgten Anzeige - vom Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit durchzuführenden Überprüfung auf Grundlage der vorzulegenden Unterlagen gemäß § 373 Abs 4 iVm Abs.5 Z 2 GewO 1994 und darauf basierenden behördlichen Entscheidung zulässig ist, das Angebot eines Bieters in analoger Anwendung des § 129 Abs 1 Z 11 BVergG auszuscheiden, wenn er nicht vor Ablauf der Angebotsfrist die für grenzüberschreitende Dienstleistungen erforderliche Anzeige gemäß § 373a Abs.4 GewO erstattet hat. Auch wenn Paragraphen 20, Absatz eins, BVergG bzw. 129 Absatz eins, Ziffer 11, leg.cit lediglich auf das Erfordernis der Anerkennung oder Gleichhaltung gemäß Paragraph 373 c, GewO 1994, aber nicht auf das Erfordernis einer Anzeige und der damit verbundenen Entscheidung des Bundesminister gemäß Paragraph 373 a, Absatz 5, Ziffer 2, GewO 1994 verweisen, ist in Hinblick darauf, dass die Ausübung einer reglementierten Tätigkeit durch einen in Paragraph 373 a, GewO 1994 genannten Dienstleister erst nach einer - aufgrund der zuvor erfolgten Anzeige - vom Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit durchzuführenden Überprüfung auf Grundlage der vorzulegenden Unterlagen gemäß Paragraph 373, Absatz 4, in Verbindung mit Absatz 5, Ziffer 2, GewO 1994 und darauf basierenden behördlichen Entscheidung zulässig ist, das Angebot eines Bieters in analoger Anwendung des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 11, BVergG auszuscheiden, wenn er nicht vor Ablauf der Angebotsfrist die für grenzüberschreitende Dienstleistungen erforderliche Anzeige gemäß Paragraph 373 a, Absatz 4, GewO erstattet hat.

Gemäß § 19 Abs. 1 BVergG hat die Vergabe an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen. Gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG hat die Vergabe an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

Gemäß § 129 Abs. 1 Z 11 BVergG hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung aufgrund des Ergebnisses der Prüfung Angebote von Bieter, bei welchen dem Auftraggeber im Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung bzw. des Ablaufs der gemäß § 112 Abs. 3 gesetzten Nachfrist kein Bescheid über die Erteilung der Anerkennung bzw. den Ausspruch der Gleichhaltung gemäß den §§ 373c, 373d und 373e GewO 1994 oder keine Bestätigung gemäß der EWR-Architektenverordnung oder der EWR Ingenieurkonsulentenverordnung vorliegt, auszuscheiden. Gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 11, BVergG hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung aufgrund des Ergebnisses der Prüfung Angebote von Bieter, bei welchen dem Auftraggeber im Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung bzw. des Ablaufs der gemäß Paragraph 112, Absatz 3, gesetzten Nachfrist kein Bescheid über die Erteilung der Anerkennung bzw. den Ausspruch der Gleichhaltung gemäß den Paragraphen 373 c, 373 d und 373 e GewO 1994 oder keine Bestätigung gemäß der EWR-Architektenverordnung oder der EWR Ingenieurkonsulentenverordnung vorliegt, auszuscheiden.

Ist ein Ausscheidenstatbestand verwirklicht, ist der Auftraggeber zum Ausscheiden dieses Angebotes verpflichtet. Es steht nicht in seiner Disposition, von (obligatorischen) Ausscheidenstatbeständen nach seinem Belieben Gebrauch zu machen. Allein deshalb, weil der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für den Zuschlag von einem formalen

Ausscheiden eines Angebotes Abstand genommen hat, wird ein der Ausschreibung nicht entsprechendes Angebot nicht zu einem zulässigen Angebot, dem der Zuschlag erteilt werden kann (vgl. VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050). Ist ein Ausscheidenstatbestand verwirklicht, ist der Auftraggeber zum Ausscheiden dieses Angebotes verpflichtet. Es steht nicht in seiner Disposition, von (obligatorischen) Ausscheidenstatbeständen nach seinem Belieben Gebrauch zu machen. Allein deshalb, weil der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für den Zuschlag von einem formalen Ausscheiden eines Angebotes Abstand genommen hat, wird ein der Ausschreibung nicht entsprechendes Angebot nicht zu einem zulässigen Angebot, dem der Zuschlag erteilt werden kann (vergleiche VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050).

Da, wie in der mündlichen Verhandlung angegeben, weder die C*** GmbH & Co KG noch die C*** OHG als Subunternehmer in der dafür maßgeblichen Subunternehmerliste genannt wurden und die für die im gegenständlichen Fall angebotene grenzüberschreitende Dienstleistung erforderliche Dienstleistungsanzeige von dem in Deutschland ansässigen Bieter nachweislich nicht vor Ablauf der Angebotsfrist erstattet wurde, obwohl der Auftraggeber in der Bekanntmachung zum Supplement der Europäischen Gemeinschaften jedenfalls auf das Erfordernis einer Anerkennung bzw. Gleichhaltung oder Bestätigung gemäß 373c, 373d und 373e GewO 1994 idgF hingewiesen hat (auch wenn eine bescheidmäßige Anerkennung der Befähigung nach der neuen Rechtslage grundsätzlich nicht mehr erforderlich ist) und der Bieter gemäß Punkt 16 der Angebotsbestimmungen mit der Abgabe seines Angebotes erklärt hat, dass er über die erforderlichen Befugnisse zur Ausführung des Auftrages verfügt, hätte das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin entsprechend den vorstehenden Ausführungen vom Auftraggeber in analoger Anwendung des § 129 Abs.1 Z 11 BVergG ausgeschieden werden müssen. Dies hat der Auftraggeber unterlassen und die Zuschlagsentscheidung zugunsten dieses Angebotes getroffen. Die Zuschlagsentscheidung ist daher mit Rechtswidrigkeit belastet, wobei die Rechtswidrigkeit iSd § 325 Abs. 1 Z 2 BVergG auch für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist. Da, wie in der mündlichen Verhandlung angegeben, weder die C*** GmbH & Co KG noch die C*** OHG als Subunternehmer in der dafür maßgeblichen Subunternehmerliste genannt wurden und die für die im gegenständlichen Fall angebotene grenzüberschreitende Dienstleistung erforderliche Dienstleistungsanzeige von dem in Deutschland ansässigen Bieter nachweislich nicht vor Ablauf der Angebotsfrist erstattet wurde, obwohl der Auftraggeber in der Bekanntmachung zum Supplement der Europäischen Gemeinschaften jedenfalls auf das Erfordernis einer Anerkennung bzw. Gleichhaltung oder Bestätigung gemäß 373c, 373d und 373e GewO 1994 idgF hingewiesen hat (auch wenn eine bescheidmäßige Anerkennung der Befähigung nach der neuen Rechtslage grundsätzlich nicht mehr erforderlich ist) und der Bieter gemäß Punkt 16 der Angebotsbestimmungen mit der Abgabe seines Angebotes erklärt hat, dass er über die erforderlichen Befugnisse zur Ausführung des Auftrages verfügt, hätte das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin entsprechend den vorstehenden Ausführungen vom Auftraggeber in analoger Anwendung des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 11, BVergG ausgeschieden werden müssen. Dies hat der Auftraggeber unterlassen und die Zuschlagsentscheidung zugunsten dieses Angebotes getroffen. Die Zuschlagsentscheidung ist daher mit Rechtswidrigkeit belastet, wobei die Rechtswidrigkeit iSd Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG auch für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden-

Zu Spruchpunkt II Zu Spruchpunkt römisch zwei

Gemäß § 319 Abs 1 BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller 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. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller 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.

Gemäß § 319 Abs 3 BVergG entscheidet über den Gebührenersatz das Bundesvergabeamt. Gemäß Paragraph 319, Absatz 3, BVergG entscheidet über den Gebührenersatz das Bundesvergabeamt.

Die Antragstellerin hat die Pauschalgebühren in der Höhe von Euro 3.750,-- tatsächlich entrichtet. Der Antrag auf Ersatz allenfalls zu entrichtender Pauschalgebühren wurde zusammen mit dem Nachprüfungsantrag und damit rechtzeitig gestellt.

Da - wie sich aus Spruchpunkt I ergibt - dem Nachprüfungsantrag stattgegeben wurde und somit ein Obsiegen des Antragstellers iSv § 319 Abs 1 BVergG vorliegt, ist dem diesbezüglichen Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung stattzugeben. Da - wie sich aus Spruchpunkt römisch eins ergibt - dem Nachprüfungsantrag stattgegeben wurde und somit ein Obsiegen des Antragstellers iSv Paragraph 319, Absatz eins, BVergG vorliegt, ist dem diesbezüglichen Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung stattzugeben.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Schlagworte

Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, grenzüberschreitende Dienstleistungen, Dienstleistungsanzeige;

Zuletzt aktualisiert am

25.02.2009

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