

TE Verg Bescheid 2008/12/1 N/0133-BVA/14/2008-40

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 01.12.2008

Norm

BVergG 2006 §76 Abs1

BVergG 2006 §129 Abs1 Z2

BVergG 2006 §68 Abs1 Z7

1. BVergG 2006 § 76 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 76 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 § 68 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 68 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 68 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 68 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 14, Mag. Ilse Lesniak und durch Dr. Friedrich Resel als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Johannes Schenk als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs 2 Z 2 Bundesvergabegesetz 2006, BGBl I Nr. 17/2006, zuletzt geändert durch BGBl I Nr. 86/2007 (BVergG), betreffend die Auftragsvergabe "Neubau Chemie/Pharmazie und Theoretische Medizin, Innrain 80-82, 6020 Innsbruck, Elektrische Installationstechnik" des Auftraggebers Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H, Hintere Zollamtsstraße 1, 1030 Wien, über die Anträge der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A*** und 2. B***, vertreten durch X***, vom 20.10.2008, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 14, Mag. Ilse Lesniak und durch Dr. Friedrich Resel als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Johannes Schenk als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, Bundesvergabegesetz 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, zuletzt geändert durch Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, (BVergG), betreffend die Auftragsvergabe "Neubau Chemie/Pharmazie und Theoretische Medizin, Innrain 80-82, 6020 Innsbruck, Elektrische Installationstechnik" des Auftraggebers Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H, Hintere Zollamtsstraße 1, 1030 Wien, über die Anträge der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A*** und 2. B***, vertreten durch X***, vom 20.10.2008, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Dem Antrag, gerichtet auf "Nichtigerklärung der mit Schreiben (Telefax) vom 8. Oktober 2008 bekanntgegebenen Entscheidung, den Zuschlag an die Antragsgegnerin erteilen zu wollen (Zuschlagsentscheidung)", wird stattgegeben.

Die Zuschlagsentscheidung vom 8.10.2008 wird für nichtig erklärt.

II.römisch zwei.

Dem Antrag, "weitere der Auftraggeberin aufzutragen, der Antragstellerin die Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung in der Höhe von insgesamt Euro 7.500,-- bei sonstiger Exekution binnen 14 Tagen zu Händen deren rechtsfreundlichen Vertreters zu bezahlen", wird stattgegeben.

Die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H., Hintere Zollamtsstraße 1, 1031 Wien, hat der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A*** und 2. B***, zu Händen ihres Vertreters X***, die für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von insgesamt Euro 7.500,-- binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Bescheides bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

1. 1.Ziffer eins

Sachverhalt:

Das gegenständliche Vergabeverfahren wird als Teil eines Gesamtvorhabens als offenes Verfahren (Bauftrag im Oberschwellerbereich) durchgeführt. Die Bekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der EU erfolgte am 16. Juli 2008 unter 2008/S 136-181827. Auftraggeber und vergebende Stelle ist die BIG Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. (BIG), Hintere Zollamtsstraße 1, 1031 Wien.

Der Zuschlag soll dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werden. Zuschlagskriterien sind der Preis (Gewichtung mit 98 %) und die angebotene Gewährleistungsfrist (Gewichtung mit 2 %).

Insgesamt gaben vier Bieter, darunter die Bietergemeinschaft bestehend aus

1. 1.Ziffer eins

A*** und 2. B*** (im folgenden Antragsteller) und die C*** (im Folgenden präsumtiver Zuschlagsempfänger bzw. C***), Angebote ab.

Der Angebotspreis des Antragstellers beträgt Euro 6.399.895,38 exkl. USt., der Angebotspreis des in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängers beträgt Euro 5.771.868,06 exkl. USt..

Im Angebot des Antragstellers war eine Bieterlücke (Produkt der Notbeleuchtungsanlage, Pos. 150200A) siehe auch Angebotprüfungsprotokoll nicht ausgefüllt.

Der präsumtive Zuschlagsempfänger bot in seinem Angebot eine Verlängerung der vom Auftraggeber vorgegebenen Gewährleistungsfrist von 3 Jahren auf 6 Jahre an. Der Antragsteller bot keine über die vom Auftraggeber vorgegebene Gewährleistungsfrist hinausgehende Verlängerung der Gewährleistungsfrist an.

In seinem Angebot (Antrag auf Genehmigung von Subunternehmern) machte der präsumtive Zuschlagsempfänger drei Subunternehmer namhaft: Die (deutsche) D*** für die Leistungsgruppen 06, 07, 08, 09, 19, 29 und die E*** und die B*** für die Leistungsgruppen 20 und 21. Hinsichtlich des prozentmäßigen Anteiles der Subunternehmer an der Gesamtleistung gab der präsumtive Zuschlagsempfänger für die D*** (im Folgenden D***), einen Anteil von 40 % und für die E*** und die B*** einen Anteil von 5 % an.

Betreffend den Subunternehmer D*** führte der präsumtive Zuschlagsempfänger im Antrag auf Genehmigung von Subunternehmern in der dafür vorgesehenen Rubrik Für die Leistungsfähigkeit erforderliche Subunternehmer (Art der Leistungsfähigkeit) in der entsprechenden Zeile an, dass dieser Subunternehmer für seine technische Leistungsfähigkeit erforderlich sei. Bei den beiden anderen Subunternehmern wurde die entsprechende Zeile mit einem Schrägstrich versehen.

Die deutsche D*** verfügt sowohl über deutsche als auch österreichische Gewerbeberechtigungen für das Elektrotechnikgewerbe (einschließlich Niederlassung in Österreich) und ist damit zur Ausübung entsprechender Tätigkeiten in Österreich berechtigt.

Die Angebotsöffnung erfolgte am 13.8.2008. Zur Angebotsprüfung zog der Auftraggeber das Ingenieurbüro F***, heran.

Im Zuge der Angebotsprüfung forderte die F*** den präsumtiven Zuschlagsempfänger mit Schreiben vom 27. 8. 2008 zur Erteilung verschiedener Auskünfte und zur Vorlage verschiedener Unterlagen (etwa im Zusammenhang mit seinen Referenzen, den Eignungsnachweisen der Subunternehmer etc.) innerhalb von 7 Werktagen auf. Unter anderem erging darin die ausdrückliche Aufforderung zur Vorlage des Nachweises, dass die Subunternehmer die erforderlichen Mittel zur Verfügung stellen. (Dieses Aufforderungsschreiben wurde dem Bundesvergabeamt am 5.11.2008 auf Urgenz nachgereicht).

Der präsumtive Zuschlagsempfänger legte hierauf der F*** am 2.9.2008 verschiedene Unterlagen vor. Die nach Aufforderung vom 27.8.2008 am 2.9.2008 beigebrachten Unterlagen werden auf Seite 6 des Angebotsprüfungsprotokolls angeführt. Unter den aufgelisteten Unterlagen scheint der verlangte Nachweis, dass die Subunternehmer die erforderlichen Mittel zur Verfügung stellen, nicht auf. Unter den dem Auftraggeber am 2.9.2008 ausgehändigten Unterlagen befand sich kein solcher Nachweis [siehe hiezu unter 2. Rechtliche Beurteilung, a) Zu Spruchpunkt I].

In weiterer Folge ging dem Auftraggeber ein mit 1. 10. 2008 datiertes Schreiben der D*** an die C*** zu, in dem es lautet:

"....

Sehr geehrter Herr C***,

Hiermit bestätigen wir, für die uns übertragenen Leistungen, Leistungsgruppe 06, 07, 08, 09, 19, und 29 als Subunternehmer für vorgenanntes Projekt, die solidarische Haftung gegenüber dem Auftraggeber (Bundesimmobiliengesellschaft Innsbruck) zu übernehmen.

Mit freundlichen Grüßen

D***

G***"

Die Zuschlagsentscheidung erging zugunsten der C*** und wurde den Bietern am 8.10.2008 per Telefax mitgeteilt.

Mit Schriftsatz vom 20. 10. 2008 brachte die Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A*** und 2. B*** (im Folgenden Antragsteller) einen Nachprüfungsantrag beim Bundesvergabeamt ein und begehrte wie im Spruchpunkt I wiedergegeben. Gleichzeitig wurde ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt, dem mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 27. 10. 2008, GZ. N/0133-BVA/14/2008-EV7, insoweit stattgegeben wurde, als dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis 1. 12. 2008 die Zuschlagserteilung untersagt wurde. Weiters begehrte der Antragsteller die Durchführung einer mündlichen Verhandlung und den Auftraggeber zum Ersatz der geleisteten Pauschalgebühren zu verhalten (siehe Spruchpunkt II). Mit Schriftsatz vom 20. 10. 2008 brachte die Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A*** und 2. B*** (im Folgenden Antragsteller) einen Nachprüfungsantrag beim Bundesvergabeamt ein und begehrte wie im Spruchpunkt römisch eins wiedergegeben. Gleichzeitig wurde ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt, dem mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 27. 10. 2008, GZ. N/0133-BVA/14/2008-EV7, insoweit stattgegeben wurde, als dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis 1. 12. 2008 die Zuschlagserteilung untersagt wurde. Weiters begehrte der Antragsteller die Durchführung einer mündlichen Verhandlung und den Auftraggeber zum Ersatz der geleisteten Pauschalgebühren zu verhalten (siehe Spruchpunkt römisch zwei).

In seinem Schriftsatz vom 20. Oktober 2008 brachte der Antragsteller zusammenfassend vor:

Er habe im gegenständlichen Vergabeverfahren fristgerecht ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt.

Mit Schreiben vom 8.10.2008 sei ihm mitgeteilt worden, dass entsprechend dem der Ausschreibung beiliegenden Formblatt "Einladung zur Angebotsabgabe und Angebotsbestimmungen" unter Berücksichtigung der vorgegebenen

Kriterien (98% Preis, 2% Gewährleistung), die C*** mit einer Vergabesumme von Euro 5.771.886,06 zuzüglich USt als Bestbieter ermittelt worden sei und beabsichtigt sei, dieser den Zuschlag zu erteilen.

Angefochten werde die Zuschlagsentscheidung vom 8.10.2008. Der Antragsteller erachte sich durch diese Entscheidung in seinem Recht auf Durchführung eines ordnungsgemäßen, vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens, insbesondere in seinem Recht auf vergaberechtskonforme Zuschlagserteilung auf sein Angebot, verletzt.

Aus den Grundsätzen des Vergabeverfahrens des § 19 Abs 1 BVergG ergebe sich, dass die Vergabe an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen habe. Ein Auftraggeber sei nach ständiger Rechtssprechung in Übereinstimmung mit § 129 Abs 1 BVergG zum Ausscheiden von Angeboten verpflichtet, wenn diese die Voraussetzungen für ein Ausscheiden erfüllen würden. Aus den Grundsätzen des Vergabeverfahrens des Paragraph 19, Absatz eins, BVergG ergebe sich, dass die Vergabe an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen habe. Ein Auftraggeber sei nach ständiger Rechtssprechung in Übereinstimmung mit Paragraph 129, Absatz eins, BVergG zum Ausscheiden von Angeboten verpflichtet, wenn diese die Voraussetzungen für ein Ausscheiden erfüllen würden.

Für die Beurteilung der finanziellen, wirtschaftlichen und technischen Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit habe der Auftraggeber entsprechende Nachweise im Sinne der §§ 74 und 75 BVergG von den Bietern zu fordern. Für die Beurteilung der finanziellen, wirtschaftlichen und technischen Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit habe der Auftraggeber entsprechende Nachweise im Sinne der Paragraphen 74 und 75 BVergG von den Bietern zu fordern.

Entsprechend der Auskunft des KSV habe der in Aussicht genommene Zuschlagsempfänger im Jahr 2005 einen Gesamtumsatz von Euro 2.500.000,--, im Jahr 2006 einen Gesamtumsatz von Euro 2.600.000,-- und im Jahr 2007 einen Gesamtumsatz in Höhe von Euro 3.000.000,-- erwirtschaftet. Laut Mitteilung der Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers vom 8.10.2008 betrage die Vergabesumme rund Euro 5.771.868,-- zuzüglich USt. Der Jahresumsatz der letzten drei Jahre des in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängers und die Vergabesumme würden in auffallendem Missverhältnis stehen. Die Auftragssumme liege bei weitem über dem vom präsumtiven Zuschlagsempfänger bisher erwirtschafteten höchsten Jahresumsatz.

Die Beurteilung der technischen Leistungsfähigkeit eines Bieters habe im Sinne der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. VwGH 5.09.2001, 2000/04/0036) durch Referenzlisten zu erfolgen, denen Bauleistungen zu entnehmen seien, mit denen die technische Leistungsfähigkeit für das gegenständliche Projekt hinreichend nachgewiesen werde. In den Referenzen enthaltene Auftragsvolumina und Beschreibungen der Arbeiten der einzelnen Aufträge würden die Frage beantworten können, ob der präsumtive Zuschlagsempfänger bisher Bauleistungen erbracht habe, die den Gegenstand und den Umfang des gegenständigen Auftrages erreichen würden oder wenigstens Schlussfolgerungen zulassen, ob dieser bereits Erfahrungen mit einer vergleichbaren Leistungserbringung aufzuweisen habe. Der Auftraggeber habe eine Liste der in den letzten fünf Jahren erbrachten Bauleistungen zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit verlangt. Entsprechend seiner Vorgaben habe aus diesen Listen unter anderem der Wert der Bauleistung hervorzugehen gehabt. Die Beurteilung der technischen Leistungsfähigkeit eines Bieters habe im Sinne der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes vergleiche VwGH 5.09.2001, 2000/04/0036) durch Referenzlisten zu erfolgen, denen Bauleistungen zu entnehmen seien, mit denen die technische Leistungsfähigkeit für das gegenständliche Projekt hinreichend nachgewiesen werde. In den Referenzen enthaltene Auftragsvolumina und Beschreibungen der Arbeiten der einzelnen Aufträge würden die Frage beantworten können, ob der präsumtive Zuschlagsempfänger bisher Bauleistungen erbracht habe, die den Gegenstand und den Umfang des gegenständigen Auftrages erreichen würden oder wenigstens Schlussfolgerungen zulassen, ob dieser bereits Erfahrungen mit einer vergleichbaren Leistungserbringung aufzuweisen habe. Der Auftraggeber habe eine Liste der in den letzten fünf Jahren erbrachten Bauleistungen zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit verlangt. Entsprechend seiner Vorgaben habe aus diesen Listen unter anderem der Wert der Bauleistung hervorzugehen gehabt.

Aufgrund seiner Branchenkenntnis sei dem Antragsteller bekannt, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger über keine Referenzen verfüge, die für das gegenständliche Verfahren relevant wären. Nach seiner Kenntnis habe der präsumtive Zuschlagsempfänger folgende Aufträge erhalten: Hauptschule Sautens (Angebotswert rund Euro 180.000,--), Bobbahn Igls (Angebotswert rund Euro 289.000,--), Landhaus 1, Generalsanierung (Angebotswert rund Euro 561.000,-

-). Aus diesen Referenzen ergebe sich keinesfalls, dass der in Aussicht genommene Zuschlagsempfänger über die ausreichende Infrastruktur, das notwendige Know-How und die Erfahrung verfüge, den Auftrag technisch, leistungsfähig und zuverlässig auszuführen.

Der Antragsteller gehe auch davon aus, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger keine Subunternehmer zum Nachweis seiner Leistungsfähigkeit namhaft gemacht habe. Sollte dies dennoch der Fall gewesen sein, habe er es jedenfalls unterlassen, dem Angebot eine entsprechende "Verfügbarkeitserklärung" beizulegen. Da dies gesetzlich geboten und gemäß Punkt 13 der Angebotsbestimmungen vom Auftraggeber gefordert gewesen sei, wäre das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers schon aus diesem Grund auszuschneiden gewesen.

Der in Aussicht genommene Zuschlagsempfänger sei für das ausgeschriebene Bauvorhaben wirtschaftlich, finanziell und technisch nicht ausreichend leistungsfähig, sodass sein Angebot mangels fehlender Eignung vom Auftraggeber auszuschneiden gewesen wäre.

In einem "Parallelverfahren", bei dem der Auftraggeber "Elektrische Installationstechnik in 6020 Innsbruck, Technikerstraße 9-25f, Universität Innsbruck, technische Fakultät, technische Funktionssanierung bei elektrischen Anlagen," ausgeschrieben habe, sei die C*** mangels Eignung ausgeschieden worden.

Der Auftraggeber nahm mit Schriftsatz vom 22.10.2008 zum Nachprüfungsantrag Stellung wie folgt:

Die Bundesimmobiliengesellschaft b.m.H. habe keineswegs die Eignungskriterien so eng gezogen, dass nur Bieter, die über bestimmte Gesamtumsätze in den letzten drei Jahren verfügen würden, ein rechtsgültiges Angebot abgeben dürften. Diesbezüglich sei das Antragstellervorbringen auch nicht schlüssig, da die Vergabesumme von rund Euro 5.771.858,- nicht in einem Jahr, sondern von November 2008 bis Dezember 2010 "umgesetzt" werden solle. Grob könne gesagt werden, dass ca. jeweils die Hälfte der Vergabesumme im Jahr 2009 und im Jahr 2010 umgesetzt werden solle. Unter diesem Aspekt stelle sich das Vorbringen des Antragstellers, dass präsumtive Zuschlagsempfänger im Jahr 2005 einen Gesamtumsatz von Euro 2,5 Mio., im Jahr 2006 einen Gesamtumsatz von Euro 2,6 Mio. und im Jahr 2007 einen Gesamtumsatz von Euro 3,0 Mio. erwirtschaftet habe, in einem anderen Licht dar.

Ebenso gehe das Vorbringen zum Subunternehmer ins Leere, da der präsumtive Zuschlagsempfänger sowohl einen Subunternehmer, nämlich die H*** benannt und von der H*** auch eine Bestätigung vorgelegt habe, dass diese als Subunternehmer für das vorgenannte Projekt die solidarische Haftung gegenüber dem Auftraggeber übernehme. Ebenso verfehlt sei das Vorbringen des Antragstellers, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger in einem "Parallelverfahren" ausgeschieden worden sei, da die Eignungsanforderungen der Unternehmer für die dort zu erbringenden Leistungen enger als im gegenständlichen Vergabeverfahren gezogen gewesen seien.

Nach telefonischer Urgenz weiterer Unterlagen durch die Senatsvorsitzende (Telefonat mit I*** am 23.10.200) teilte der Auftraggeber (J***) telefonisch mit, dass es sich bei den dem Bundesvergabeamt zur Verfügung gestellten Unterlagen um die vollständigen Vergabeunterlagen handle (siehe Aktenvermerk vom 24.10.2008).

Mit Schriftsatz vom 31.10.2008, erhob der präsumtive Zuschlagsempfänger begründete Einwendungen im Sinne des § 324 Abs. 3 BVergG 2006 und brachte zusammengefasst vor: Mit Schriftsatz vom 31.10.2008, erhob der präsumtive Zuschlagsempfänger begründete Einwendungen im Sinne des Paragraph 324, Absatz 3, BVergG 2006 und brachte zusammengefasst vor:

Die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit des präsumtiven Zuschlagsempfängers seien gegeben. Es werde festgehalten, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger die in den Ausschreibungsunterlagen (vgl. "geforderte Eignungsnachweise für Bauaufträge", Punkt 06) geforderte Erklärung über den Gesamtumsatz der letzten drei Geschäftsjahre korrekt und ausreichend erbracht habe. Die Ausschreibungsunterlagen würden keine Vorgaben an die Höhe der erwirtschafteten Umsätze enthalten. Der vorgelegte Nachweis entspreche den Festlegungen des Auftraggebers und sei daher ausschreibungskonform. Das Fehlen von Mindestumsatzgrenzen in der Ausschreibung wäre allenfalls im Wege einer fristgerechten Ausschreibungsanfechtung geltend zu machen gewesen. Die Ausschreibung sei mittlerweile bestandsfest geworden. Die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit des präsumtiven Zuschlagsempfängers seien gegeben. Es werde festgehalten, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger die in den Ausschreibungsunterlagen vergleiche "geforderte Eignungsnachweise für Bauaufträge", Punkt 06) geforderte Erklärung über den Gesamtumsatz der letzten drei Geschäftsjahre korrekt und ausreichend erbracht habe. Die Ausschreibungsunterlagen würden keine Vorgaben an die Höhe der erwirtschafteten Umsätze enthalten. Der

vorgelegte Nachweis entspreche den Festlegungen des Auftraggebers und sei daher ausschreibungskonform. Das Fehlen von Mindestumsatzgrenzen in der Ausschreibung wäre allenfalls im Wege einer fristgerechten Ausschreibungsanfechtung geltend zu machen gewesen. Die Ausschreibung sei mittlerweile bestandsfest geworden.

Der Leistungszeitraum für das Projekt betrage zwei Jahre, sodass die Vergabesumme von Euro 5.771.868 in Relation zur Dauer der Abwicklung des Auftrags gesetzt und daher auf zwei Jahre verteilt werden müsse.

Der vom KSV für die C*** ausgewiesene Jahresumsatz für 2007 von Euro 3.000.000,-- liege sogar über der auf die Leistungsdauer zu verteilenden Vergabesumme. Das vom Antragsteller behauptete Missverhältnis zwischen den erwirtschafteten Jahresumsätzen des präsumtiven Zuschlagsempfängers und der Vergabesumme liege daher nicht vor.

Der präsumtive Zuschlagsempfänger habe fünf Referenzen vorgelegt, die alle geforderten Angaben (vgl. "geforderte Eignungsnachweise für Bauaufträge", Punkt 13) für die technische Leistungsfähigkeit aufweisen würden. Die vom Auftraggeber festgelegten Nachweise für die technische Leistungsfähigkeit ("Liste der in den letzten fünf Jahren erbrachten Bauleistungen") würden keine Vorgaben hinsichtlich der Anzahl oder der Auftragswerte für die vorzulegenden Referenzen enthalten. Der präsumtive Zuschlagsempfänger habe fünf Referenzen vorgelegt, die alle geforderten Angaben vergleiche "geforderte Eignungsnachweise für Bauaufträge", Punkt 13) für die technische Leistungsfähigkeit aufweisen würden. Die vom Auftraggeber festgelegten Nachweise für die technische Leistungsfähigkeit ("Liste der in den letzten fünf Jahren erbrachten Bauleistungen") würden keine Vorgaben hinsichtlich der Anzahl oder der Auftragswerte für die vorzulegenden Referenzen enthalten.

Der vorgelegte Nachweis entspreche den Festlegungen des Auftraggebers und sei damit ausschreibungskonform.

Zudem sei aus den vorgelegten Referenzen ersichtlich, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger durchaus das notwendige Know-how und die Erfahrung habe, um den Auftrag auszuführen. Fraglich sei hingegen, ob der Antragsteller selbst die notwendigen Personalressourcen zur Auftragsausführung besitze, da er in Innsbruck nur über einige wenige Monteure verfüge und Monteure für Großbaustellen - sogar Bauleiter - vom präsumtiven Zuschlagsempfänger geleast habe. Im Falle, dass das Angebot des Antragstellers auszuschneiden gewesen wäre, sei die Antragslegitimation des Antragstellers zu verneinen.

Der präsumtive Zuschlagsempfänger habe die gemäß Punkt 08 ("geforderte Eignungsnachweise für Bauaufträge") geforderte Erklärung erbracht ["(Beweis: Wie bisher; Bestätigungsschreiben Subunternehmer Beilage./4)].

Der präsumtive Zuschlagsempfänger habe ein ausschreibungskonformes Angebot abgegeben, das entsprechend den festgelegten Zuschlagskriterien bewertet worden und als Bestangebot hervorgegangen sei. Die Zuschlagsentscheidung sei daher vergaberechtskonform erfolgt.

Mit Schriftsatz vom 13.11.2008 führte der Antragsteller aus, dass er zweifellos über die zur Auftragsausführung erforderlichen Personalressourcen verfüge, da die A*** 476 Mitarbeiter, die B*** 305 Mitarbeiter beschäftige und lege entsprechende Aufstellungen über den Personalstand bei. Das Angebot des Antragstellers sei vom Auftraggeber daher zu Recht nicht ausgeschieden worden und die Antragslegitimation gegeben.

Ergänzend zu seinem Vorbringen im Schriftsatz vom 20.10.2008 brachte der Antragsteller in Bezug auf die behauptete mangelnde wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des präsumtiven Zuschlagsempfängers vor, dass die Vergabesumme (zzgl. USt.) selbst dann über dem Gesamtjahresumsatz des präsumtiven Zuschlagsempfängers läge, würde man die Vergabesumme durch zwei dividieren. Im Übrigen liege der spartenspezifische Umsatz des präsumtiven Zuschlagsempfängers für das gegenständliche Projekt (elektrotechnische Installationen) deutlich unter den Umsatzzahlen laut KSV-Auskunft. Der präsumtive Zuschlagsempfänger erwirtschaftete durchschnittlich lediglich 8,21 % seines Gesamtumsatzes aus "eigenverantwortlicher" Installationstechnik. Nach seiner Branchenkenntnis sei der präsumtive Zuschlagsempfänger klar überwiegend im Bereich des Personalleasings und nicht auf dem Gebiet von dem gegenständlichen Projekt vergleichbaren Projekten tätig. Im Verhältnis zur Vergabesumme von rund Euro 5.771.868 betrage der jährliche spartenspezifische Umsatz der C*** lediglich 4,86 %.

Bestandteil des gegenständlichen Auftrages sei u.a. die Errichtung einer Schwachstromanlage. Die in der entsprechenden Leistungsposition beschriebene Errichtung der Brandmeldeanlage sei nach den verbindlichen Vorgaben der Ausschreibung gemäß der TRVB S 123 auszuführen. In Punkt

2.2.2. (Errichterfirma) der TRVB S 123 werde normiert, dass die Errichtung (Planung, Installation und Inbetriebnahme)

der Brandmeldeanlage durch eine von einer österreichischen akkreditierten Zertifizierungsstelle zertifizierten Errichterfirma durchgeführt werden müsse.

Ergehe der Auftrag zur Errichtung an eine nicht zertifizierte Firma oder Einzelperson, müsse sich diese nachweislich einer zertifizierten Firma bedienen.

Der offiziellen Liste aller in Österreich zertifizierten Unternehmen könne entnommen werden, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger nicht über eine derartige Zertifizierung verfüge. Weiters sei davon auszugehen, dass auch ein namhaft gemachter Subunternehmer über kein derartiges Zertifikat verfüge.

Für den Fall, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger Subunternehmer namhaft gemacht haben sollte, gehe der Antragsteller davon aus, dass dem Angebot keine Subunternehmererklärung beigelegt sei. Diese Erklärungen seien schon dem Angebot beizulegen gewesen.

Der präsumtive Zuschlagsempfänger habe seine technische Leistungsfähigkeit nicht ordnungsgemäß nachgewiesen, sodass sein Angebot auszuschneiden gewesen wäre und die Zuschlagsentscheidung rechtswidrig sei.

In der mündlichen Verhandlung legte der präsumtive Zuschlagsempfänger zur Darlegung seiner Leistungsfähigkeit einen weiteren mit 17.11.2008 datierten Schriftsatz samt einer "Lieferantenbewertung" seines Unternehmens durch die K*** vom 20.10. 2004 vor.

Am 17.11.2008 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesvergabebeamten statt, in der die Parteien ergänzend vorbrachten:

Zum Nachweis der Verfügbarkeit der Subunternehmermittel durch den präsumtiven Zuschlagsempfänger:

Der Auftraggeber (F***; Herr L***) gab an, dass sämtliche aufgrund der Aufforderung vom 27.8.2008 vom präsumtiven Zuschlagsempfänger vorgelegten Unterlagen im Angebotsprüfungsprotokoll vom 30.9.2008 aufscheinen würden. Da die C*** eine Unterlage zum Nachweis der Verfügbarkeit der Subunternehmermittel nicht aufforderungsgemäß vorgelegt habe, sei diese - in Übereinstimmung mit der BIG - nochmals schriftlich zur Vorlage eines solchen Nachweises aufgefordert worden. Die anderen Unterlagen seien innerhalb von 3 Tagen nach Aufforderung vom 27.8.2008 eingereicht worden.

Der präsumtive Zuschlagsempfänger (Herr C***) brachte auf Vorhalt der Vorsitzenden, dass unter den im Angebotsprüfungsprotokoll angeführten nachgereichten Unterlagen der im Schreiben von der F*** vom 27.8.2008 ausdrücklich verlangte Verfügbarkeitsnachweis über die Subunternehmermittel nicht aufscheine, vor, dass er die Unterlagen zunächst der BIG (M***) vorgelegt habe und ihm dieser nach Prüfung gesagt habe, dass "alles passe". Dessen ungeachtet, sei er nochmals schriftlich zur Vorlage eines Nachweises über die Verfügbarkeit der Mittel aufgefordert worden. Als Verfügbarkeitsnachweis über die Mittel des Subunternehmers sei dann die Solidarhaftungserklärung der D*** direkt an die BIG, vorab mit Telefax und danach noch per Brief, übermittelt worden. Sonstige Unterlagen zur Darlegung der Verfügbarkeit der Mittel seien dem Auftraggeber weder vorgelegt worden noch seien solche vorhanden.

Der Auftraggeber (J***) stellte fest, dass die von der D*** an die BIG übermittelte Solidarhaftungserklärung eine sonstige verbindliche Erklärung, wie diese in Pkt. 13 der Angebotsbestimmungen, 3. Absatz, genannt werde, darstelle und zwar deshalb, weil es hierin laute, "... dass die solidarische Haftung für die ihr übertragenen Leistungen übernommen werde". Die Formulierung in der Ausschreibung, dass verlangte Unterlagen binnen 7 Werktagen vorzulegen seien, sei einer nochmaligen Aufforderung zur Vorlage nicht entgegengestanden. Es sei daher von der BIG nicht zu beanstanden gewesen, dass die Bestätigung der D*** erst am 1.10.2008 übermittelt worden sei.

Der Rechtsvertreter des Antragstellers wendete ein, dass, selbst im Falle dass die von der C*** vorgelegte Haftungserklärung der D*** eine verbindliche Erklärung iSd. Pkt. 13 der Angebotsbestimmungen darstellen sollte, diese Erklärung offensichtlich vom 1.10.2008 stamme und als solche keinen Nachweis führen könne, dass die Mittel der C*** im Zeitpunkt der Angebotsöffnung zur Verfügung gestanden seien.

Der Rechtsvertreter des präsumtiven Zuschlagsempfängers replizierte hierauf: " Wenn auch die Erklärung vom 1.10.2008 stamme, bedeute dies nicht, dass sich diese ausschließlich auf den 1.10.2008 beziehe, sondern sei diese Erklärung sowohl für die Vergangenheit als auch für die Zukunft abgegeben worden."

Zu den im Antrag auf Genehmigung von Subunternehmern des präsuntiven Zuschlagsempfängers angegebenen beiden weiteren Subunternehmern, stellte der präsuntive Zuschlagsempfänger (Herr C***) eingangs der Verhandlung fest, dass diese Subunternehmer für die Leistungsfähigkeit der C*** nicht erforderlich seien.

Zu einer laut Angebotsprüfungsprotokoll nicht ausgefüllten Bieterlücke (Produkt der Notbeleuchtungsanlage) im Angebot des präsuntiven Zuschlagsempfängers:

Der Auftraggeber (L***) merkte an, dass die Bieterlücke schriftlich mit den nachgereichten Unterlagen vervollständigt worden sei. Die Vorsitzende hielt dazu fest, dass sich die entsprechende Unterlage nicht im Vergabeakt befinde. Der präsuntive Zuschlagsempfänger (Herr C***) hielt fest, dass er die Vervollständigung schriftlich fristgerecht vorgenommen habe.

Zu der laut Leistungsverzeichnis zur errichtenden Brandmeldeanlage:

Auf Vorhalt, dass die Errichtung der Brandmeldeanlage von einer von einer österreichischen Zertifizierungsstelle zertifizierten Firma vorzunehmen sei, gab der präsuntive Zuschlagsempfänger (Herr C***) an, dass die C*** dies nicht selbst durchführen, sondern dies ein Subunternehmer vornehmen werde. Er stehe diesbezüglich mit zwei Subunternehmern in Verhandlung. Ein Subunternehmer werde hiezu jedenfalls in der Lage sein.

Mit Schriftsatz vom 18.11.2008 begehrte der präsuntive Zuschlagsempfänger die Wiedereröffnung der "geschlossenen Verhandlung", die neuerliche Anberaumung einer mündlichen Verhandlung und den "Wiedereintritt" in das Stadium der Beweisaufnahme, in eventuelle, die vorgelegten Urkunden (Schreiben der C*** vom 1.9.2008 mit Eingangsstampille, Unterschrift und Datum 2.9.2008 und die Bestätigung der H*** vom 28.8.2008) zum Akt zu nehmen und der Entscheidung zu Grunde zu legen.

Dem Schriftsatz waren eine mit 28.8.2008 datierte Solidarhaftungserklärung der D*** an die C*** und ein an die F*** adressierte Schreiben der C*** vom 1.9.2008 angeschlossen. Die von der D*** an die C*** mit Datum 28.8.2008 ausgestellte Solidarhaftungserklärung ist, sowohl ihrem Inhalt (Wortidentität) als auch ihrem optischen Erscheinungsbild nach, völlig ident mit der im Vergabeakt befindlichen Solidarhaftungserklärung der D*** an die C*** vom 1.10.2008. Der einzige Unterschied zwischen den beiden Erklärungen besteht im Ausstellungsdatum (28.8.2008 einerseits, 1.10.2008 andererseits). Ansonsten lautet es daher im Schreiben vom 28.8.2008 genau so wie im Schreiben vom 1.10.2008:

"...

Sehr geehrter Herr C***,

Hiermit bestätigen wir, für die uns übertragenen Leistungen, Leistungsgruppe 06, 07, 08, 09, 19 und 29, als Subunternehmer für vorgenanntes Projekt die solidarische Haftung gegenüber dem Auftraggeber (Bundesimmobiliengesellschaft Innsbruck) zu übernehmen. Mit freundlichen Grüßen

D***..."

Dem Schriftsatz vom 18.11.2008 war weiters ein mit 1.9.2008 datiertes Schreiben der C*** an die F*** angeschlossen:

"Sehr geehrte Damen und Herren!

...

Nachstehend übermitteln wir Ihnen folgende Unterlagen (Unterlagen wurden

bereits per Mail an Sie gesendet:

...

1. 3)Ziffer 3

Eignungsnachweise Subunternehmer: H*** (41 Seiten)

...

Mit freundlichen Grüßen

C***"

Unter der neben "C***" vorgenommen handschriftlichen Fertigung durch Herrn C*** findet sich der Vermerk "Original Unterlagen erhalten am": Darüber sind in Blockschrift "PERSÖNLICH", 02.09.2008" und darunter, ebenso in

Blockschrift, "UNGEPRÜFT" vermerkt. Rechts daneben ist die Stampiglie der F*** mit einer Unterschriftsparaffe versehen, angebracht.

Mit Schriftsatz vom 18.11.2008 brachte der präsuntive Zuschlagsempfänger wie folgt vor:

Für die Entscheidung in diesem Verfahren sei die Wiedereröffnung des Beweisverfahrens nach der von der Senatsvorsitzenden dargelegten Rechtsansicht deshalb von Entscheidungsrelevanz, da zwei unterschiedliche Versionen zur Frage vorliegen würden, ob die mit Schreiben vom 30.9.2008 geforderte Urkunde dem Auftraggeber bereits am 2.9.2008 vorgelegt worden sei, wie dies Herr C*** behauptet habe.

In der Verhandlung vom 17.11.2008 habe die Senatsvorsitzende - für die C*** völlig unvorhergesehen - ihr Augenmerk ausschließlich darauf gerichtet, ob die C*** der Aufforderung des Ingenieurbüros F*** vom 27.8.2008 entsprochen bzw. welche Unterlagen sie auf Grund dieser Aufforderung vorgelegt habe.

Der zuständige Elektroplaner des Auftraggebers, Herr L*** habe darauf verwiesen, dass sämtliche vorgelegten Unterlagen im Angebotsprüfungsprotokoll vom 30.9.2008 aufscheinen würden.

Herr C*** habe dem entgegen gehalten, dass er die nachgereichten Unterlagen zunächst der BIG (M***) vorgelegt habe und ihm von M***, nach Prüfung der Unterlagen mitgeteilt worden sei, dass "alles passe". Trotzdem sei er nochmals schriftlich zur Vorlage eines Nachweises über die Verfügbarkeit der Mittel aufgefordert worden. Herr L*** habe dazu angegeben, dass die C*** nochmals schriftlich zur Vorlage eines solchen Nachweises aufgefordert worden sei, da diese Unterlage nicht aufforderungsgemäß vorgelegt worden sei. Nachdem Herr C*** bereits in der Verhandlung vom 17.11.2008 angegeben habe, alle erforderlichen Unterlagen spätestens nach der schriftlichen Aufforderung vom 27.8.2008, und zwar innerhalb offener Frist, vorgelegt zu haben, habe Herr C*** nach der Verhandlung in den entsprechenden Projektunterlagen Nachschau gehalten und festgestellt, dass das Prüfbüro F*** am 2.9.2008 bestätigt habe, unter anderem nachgeführte Unterlagen erhalten zu haben:

"...

1. 3)Ziffer 3

Eignungsnachweise Subunternehmer: H*** (41 Seiten)

..."

Hierzu würden ergänzend folgende Urkunden vorgelegt:

- -Strichaufzählung
Schreiben der Firma C*** vom 1.9.2008 mit Eingangsstampilie, Unterschrift und Datum 2.9.2008
- -Strichaufzählung
Bestätigung der Firma H*** vom 28.08.2008

Diese Urkunde mit Eingangsstampilie und Datum 2.9.2008 belege, dass die C*** die von der Senatsvorsitzenden so vordringlich relevierte Urkunde binnen offener Frist vorgelegt habe und diese dem Auftraggeber ausweislich zugegangen sei.

Dass diese Urkunde im Angebotsprüfungsprotokoll vom 30.9.2008 nicht expressis verbis angeführt worden sei, sei für die Entscheidung im gegenständlichen Verfahren nicht von Relevanz, die Gründe hierfür könnten vielfältig sein.

Mit Schreiben vom 30.9.2008 sei die C*** aufgefordert worden, binnen 24 Stunden den Leistungsnachweis für die Subunternehmerin nachzubringen.

Die C*** habe erst gar nicht den Versuch unternommen, dem Auftraggeber nachzuweisen, dass auch diese geforderte Unterlage bereits vorgelegt worden sei, sondern habe diese von der Subunternehmerin neuerlich eingefordert, um diese fristwährend vorzulegen, zumal diese Urkunde nicht nur als Fax, sondern auch im Original gefordert worden sei.

Da es sich um eine aktuelle Bestätigung handle, habe die Subunternehmerin diese formgerecht auch mit dem aktuellen Datum datiert.

Beim Schreiben der F*** vom 27.8.2008 handle es sich um keine Nachforderung, sondern um eine Erstaufforderung zur Vorlage der nunmehr relevanten Urkunde. Dieser Erstaufforderung habe die C*** innerhalb offener Frist entsprochen und die geforderten Urkunden bereits am 2.9.2008, somit vier Tage nach Ausstellungsdatum des Aufforderungsschreibens, gelegt. Erst das Schreiben des Auftraggebers vom 30.9.2008 sei als Nachforderung zu qualifizieren. Dieser Nachforderung habe die C*** binnen 24 Stunden und somit fristwährend entsprochen, wiewohl

sie diese Urkunde bereits am 2.9.2008 vorgelegt habe.

1. 2.Ziffer 2

Rechtliche Beurteilung:

A. Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten und Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages:

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 (vgl. § 14 Abs 1 und Abs 3 BVergG). Dieser Bauauftrag ist Teil eines Gesamtbauvorhabens (Neubau Chemie/Pharmazie und Theoretische Medizin, Innrain 80-82, 6020 Innsbruck). Der geschätzte Gesamtauftragswert wurde vom Auftraggeber mit ca. Euro 54.000.000,- (exkl. USt.) angegeben. Der geschätzte Auftragswert des verfahrensgegenständlichen Loses "Elektrische Installationentechnik" beträgt rund Euro 5.771.858 (exkl. USt.). Bei der gegenständlichen Auftragsvergabe handelt es sich um einen Bauauftrag gemäß Paragraph 4, BVergG im Oberschwellenbereich vergleiche Paragraph 14, Absatz eins und Absatz 3, BVergG). Dieser Bauauftrag ist Teil eines Gesamtbauvorhabens (Neubau Chemie/Pharmazie und Theoretische Medizin, Innrain 80-82, 6020 Innsbruck). Der geschätzte Gesamtauftragswert wurde vom Auftraggeber mit ca. Euro 54.000.000,- (exkl. USt.) angegeben. Der geschätzte Auftragswert des verfahrensgegenständlichen Loses "Elektrische Installationentechnik" beträgt rund Euro 5.771.858 (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.

An der vom präsuntiven Zuschlagsempfänger in Frage gestellten technischen Leistungsfähigkeit des Antragstellers, und damit an seiner Antragslegitimation, bestehen angesichts der dem Bundesvergabebeamten vom Antragsteller glaubhaft gemachten Personalressourcen kein Zweifel.

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

B. Zu den Anträgen im Einzelnen:

1. a) Litera a

Zu Spruchpunkt I:

1. 1.Ziffer eins

Zur nicht ausgefüllten Bieterlücke (Produkt der Notbeleuchtungsanlage) im Angebot des präsuntiven Zuschlagsempfängers:

Es findet sich weder im - vom Auftraggeber (J***) als vollständig bezeichneten - Vergabeakt eine Unterlage, die die Vervollständigung der entsprechenden Bieterlücke dokumentieren würde noch konnte eine solche Unterlage in der mündlichen Verhandlung präsentiert werden. Ob die Bieterlücke tatsächlich ordnungsgemäß ausgefüllt wurde, wie präsuntiver Zuschlagsempfänger (Herr C***) und die F*** (L***) in der mündlichen Verhandlung behaupteten, kann das Bundesvergabeamt daher nicht einmal nachprüfen.

1. 2.Ziffer 2

Zur Eignung (technischen Leistungsfähigkeit) des präsuntiven Zuschlagsempfängers:

Gemäß § 69 Z 1 BVergG müssen die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit im offenen Verfahren spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen (vgl. auch Punkt 13 letzter Absatz der Angebotsbestimmungen). Gemäß Paragraph 69, Ziffer eins, BVergG müssen die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit im offenen Verfahren spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen vergleiche auch Punkt 13 letzter Absatz der Angebotsbestimmungen).

Gemäß § 108 Abs 1 Z 2 BVergG hat das Angebot unter anderem die 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, zu enthalten. Gemäß Paragraph 108, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG hat das Angebot unter anderem die 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, zu enthalten.

Der Auftraggeber hat im Ausschreibungsbestandteil bildenden Antrag auf Genehmigung von Subunternehmern im letzten Satz die Regelung getroffen, dass der Bieter für jene Unternehmen, die für den Nachweis seiner Leistungsfähigkeit erforderlich sind, über Aufforderung innerhalb von 7 Werktagen den Nachweis zu erbringen hat, dass ihm diese Unternehmer die erforderlichen Mittel zur Verfügung stellen.

Gemäß § 76 Abs 1 BVergG kann sich ein Unternehmer zum Nachweis seiner Leistungsfähigkeit für einen bestimmten Auftrag auf die Kapazitäten anderer Unternehmer, ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und diesen Unternehmern 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. Gemäß Paragraph 76, Absatz eins, BVergG kann sich ein Unternehmer zum Nachweis seiner Leistungsfähigkeit für einen bestimmten Auftrag auf die Kapazitäten anderer Unternehmer, ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und diesen Unternehmern 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.

Beabsichtigt ein Bieter, wie etwa im konkreten Fall, die eigene fehlende technische Leistungsfähigkeit durch die Beiziehung eines entsprechend geeigneten Subunternehmers substituieren zu lassen, muss er nachweisen, dass er tatsächlich über die Mittel des Subunternehmers verfügt. Die fehlende Leistungsfähigkeit des Bieters kann nur durch Mittel eines Subunternehmers, über die der Bieter auch tatsächlich verfügen kann, substituiert werden. Diese Verfügungsmöglichkeit ist nach der Rechtsprechung des VwGH insbesondere dann nachgewiesen, wenn ein an den Bieter gerichtetes, verbindliches Angebot des Subunternehmers vorliegt, die konkreten Leistungsteile laut Ausschreibung, die der Bieter an den Subunternehmer weiterzugeben beabsichtigt, zu erbringen. Die bloße Nennung des Subunternehmers oder Vorlage seiner Preisliste reichen nicht aus (vgl. VwGH 29.5.2002, 2002/04/0023, VwGH 24.9.2003, 2003/04/0093). Beabsichtigt ein Bieter, wie etwa im konkreten Fall, die eigene fehlende technische Leistungsfähigkeit durch die Beiziehung eines entsprechend geeigneten Subunternehmers substituieren zu lassen, muss er nachweisen, dass er tatsächlich über die Mittel des Subunternehmers verfügt. Die fehlende Leistungsfähigkeit des Bieters kann nur durch Mittel eines Subunternehmers, über die der Bieter auch tatsächlich verfügen kann, substituiert werden. Diese Verfügungsmöglichkeit ist nach der Rechtsprechung des VwGH insbesondere dann nachgewiesen, wenn ein an den Bieter gerichtetes, verbindliches Angebot des Subunternehmers vorliegt, die konkreten Leistungsteile laut Ausschreibung, die der Bieter an den Subunternehmer weiterzugeben beabsichtigt, zu erbringen. Die bloße Nennung des Subunternehmers oder Vorlage seiner Preisliste reichen nicht aus (vergleiche VwGH 29.5.2002, 2002/04/0023, VwGH 24.9.2003, 2003/04/0093).

Punkt 7 der Angebotsbestimmungen der Ausschreibung lautet:

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

nur dann, wenn der Bieter den/die Subunternehmer zur Darlegung seiner eigenen wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit benötigt.

Der Bieter hat in seinem Angebot all jene Subunternehmer anzugeben, an die er Teile des Auftrages weiterzugeben beabsichtigt. Diese Angaben umfassen die Person des Subunternehmers, den Einsatzbereich und den Wert der Subunternehmerleistung in Prozent vom Gesamtauftragswert (Beilage h [(Anm.: Gemeint ist wohl Beilage g)]. Weiters hat der Bieter in seinem Angebot anzugeben, ob die angegebenen Subunternehmer für den Nachweis der Leistungsfähigkeit des Bieters erforderlich sind (Beilage h) [ebenso wohl Beilage g)]. In diesem Fall hat der Bieter den Nachweis zu erbringen, dass der jeweilige Subunternehmer dem Bieter die erforderlichen Mittel zur Verfügung stellt (bei der 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.

Punkt 13, 3. Absatz der Angebotsbestimmungen der Ausschreibung lautet:

Stützt sich der Bieter zum Nachweis seiner technischen Leistungsfähigkeit auf die Kapazitäten anderer Unternehmer, 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 (§ 76 BVergG 2006). Als Nachweis gelten das verbindliche Subunternehmerangebot, eine Erklärung des Unternehmers, dem Bieter die erforderlichen Mittel zur Verfügung zu stellen bzw. eine sonstige verbindliche Erklärung. Stützt sich der Bieter zum Nachweis seiner technischen Leistungsfähigkeit auf die Kapazitäten anderer Unternehmer, 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, BVergG 2006). Als Nachweis gelten das verbindliche Subunternehmerangebot, eine Erklärung des Unternehmers, dem Bieter die erforderlichen Mittel zur Verfügung zu stellen bzw. eine sonstige verbindliche Erklärung.

Stützt sich der Bieter zum Nachweis seiner finanziellen und/oder wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit auf die Kapazitäten anderer Unternehmer, muss er den Nachweis erbringen, dass diese Unternehmer betreffend ihres jeweiligen Leistungsteiles für die Ausführung des Auftraggebers solidarisch mit dem Bieter gegenüber dem Auftraggeber haften (§ 76 BVergG 2006). Als Nachweis gelten eine unbedingte Bankgarantie zugunsten des Auftraggebers, eine Patronatserklärung in Verbindung mit einem Blankowechsel bzw. sonstige diesen gleichgestellte Sicherheiten. Stützt sich der Bieter zum Nachweis seiner finanziellen und/oder wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit auf die Kapazitäten anderer Unternehmer, muss er den Nachweis erbringen, dass diese Unternehmer betreffend ihres jeweiligen Leistungsteiles für die Ausführung des Auftraggebers solidarisch mit dem Bieter gegenüber dem Auftraggeber haften (Paragraph 76, BVergG 2006). Als Nachweis gelten eine unbedingte Bankgarantie zugunsten des Auftraggebers, eine Patronatserklärung in Verbindung mit einem Blankowechsel bzw. sonstige diesen gleichgestellte Sicherheiten.

Der Auftraggeber hat demnach in Punkt 7 der Angebotsbestimmungen der (mangels Anfechtung bestandsfest gewordenen) Ausschreibungsunterlagen im Sinne der zit. einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen und der zit. höchstgerichtlichen Judikatur festgelegt, dass ein Bieter, im Falle, dass die angegebenen Subunternehmer für den Nachweis seiner Leistungsfähigkeit erforderlich sind, bei Substitution der technischen Leistungsfähigkeit den Nachweis zu erbringen hat, dass der jeweilige Subunternehmer dem Bieter die erforderlichen Mittel zur Verfügung stellt. Für den Fall, dass die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Bieters durch den Subunternehmer ersetzt werden sollen, wird normiert, dass der Bieter den Nachweis zu erbringen hat, dass eine solidarische Haftung des Subunternehmers mit dem Bieter gegenüber dem Auftraggeber besteht.

In Punkt 13 der Angebotsbestimmungen hat der Auftraggeber die Möglichkeiten des Nachweises der Verfügbarkeit der Mittel des Subunternehmers (bei Substitution der technischen Leistungsfähigkeit) sodann näher geregelt: Als Nachweise hierfür gelten das verbindliche Subunternehmerangebot, eine Erklärung des Unternehmers, dem Bieter die erforderlichen Mittel zur Verfügung zu stellen bzw. eine sonstige verbindliche Erklärung.

Ebenso werden im Punkt 13 der Angebotsbestimmungen die Nachweismöglichkeiten der Solidarhaftung des Subunternehmers mit dem Bieter gegenüber dem Auftraggeber (bei Substitution der finanziellen und bzw. oder wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit) festgelegt: Als Nachweise hierfür gelten eine unbedingte Bankgarantie zugunsten

des Auftraggebers, eine Patronatserklärung in Verbindung mit einem Blankowechsel bzw. sonstige diesen gleichgestellte Sicherheiten.

Der letzte Satz des (Bestandteil der Ausschreibungsunterlagen und Angebotsbestandteil bildenden) Antrages auf Genehmigung von Subunternehmern lautet: Weiters werde ich für jene Unternehmen, die für den Nachweis meiner Leistungsfähigkeit erforderlich sind, über Aufforderung innerhalb von 7 Werktagen den Nachweis erbringen, dass mir diese Unternehmer die erforderlichen Mittel zur Verfügung stellen.

Feststeht, dass den von der C*** der F*** auf schriftliche Aufforderung vom 27.8.2008 vorgelegten Unterlagen ein Nachweis über die Verfügbarkeit über die Mittel des Subunternehmers D*** nicht angeschlossen war (siehe hiezu auch unten).

So hat der Vertreter der F*** (Herr L***) in der mündlichen Verhandlung bestätigt, dass sich unter den im Angebotsprüfungsprotokoll abschließend aufgezählten, vom präsidentiven Zuschlagsempfänger in Folge der Aufforderung vom 27.8.2008 nachgereichten Unterlagen kein Nachweis über die Verfügbarkeit der Subunternehmermittel befunden hat, weshalb die C*** in der Folge nochmals schriftlich zur Vorlage eines solchen Nachweises aufgefordert worden sei. Der präsidentive Zuschlagsempfänger (Herr C***) ist diesen Ausführungen des Herrn L*** in der mündlichen Verhandlung, dass den übermittelten Unterlagen kein Verfügbarkeitsnachweis beigelegt habe, sodass dieser nachgefordert worden sei, mit keinem Wort entgegengetreten. Herr C*** hat vielmehr unmittelbar anschließend an dieses Vorbringen des Ing. L*** selbst gesagt, "dass als Verfügbarkeitsnachweis über die Mittel des Subunternehmers dann (Anm.: Eben nach neuerlicher Aufforderung durch die F***) die Solidarhaftungserklärung der D*** direkt an die BIG vorab per Telefax und danach noch per Brief, übermittelt worden sei." So hat der Vertreter der F*** (Herr L***) in der mündlichen Verhandlung bestätigt, dass sich unter den im Angebotsprüfungsprotokoll abschließend aufgezählten, vom präsidentiven Zuschlagsempfänger in Folge der Aufforderung vom 27.8.2008 nachgereichten Unterlagen kein Nachweis über die Verfügbarkeit der Subunternehmermittel befunden hat, weshalb die C*** in der Folge nochmals schriftlich zur Vorlage eines solchen Nachweises aufgefordert worden sei. Der präsidentive Zuschlagsempfänger (Herr C***) ist diesen Ausführungen des Herrn L*** in der mündlichen Verhandlung, dass den übermittelten Unterlagen kein Verfügbarkeitsnachweis beigelegt habe, sodass dieser nachgefordert worden sei, mit keinem Wort entgegengetreten. Herr C*** hat vielmehr unmittelbar anschließend an dieses Vorbringen des Ing. L*** selbst gesagt, "dass als Verfügbarkeitsnachweis über die Mittel des Subunternehmers dann Anmerkung, Eben nach neuerlicher Aufforderung durch die F***) die Solidarhaftungserklärung der D*** direkt an die BIG vorab per Telefax und danach noch per Brief, übermittelt worden sei."

Zunächst ist anzumerken, dass dem vom Auftraggeber vorgelegten Vergabeakt außer dem vom 27.8.2008 datierenden Aufforderungsschreiben der F*** an die C*** kein weiteres Aufforderungsschreiben beiliegt und ein solches auch in der mündlichen Verhandlung weder vom präsidentiven Zuschlagsempfänger noch von Auftraggeberseite vorgelegt wurde. Mangels Vorlage eines neuerlichen Aufforderungsschreibens entzieht es sich schon der Überprüfbarkeit durch das Bundesvergabeamt, ob eine solche neuerliche Aufforderung überhaupt ergangen ist. Ist dies nämlich nicht der Fall gewesen, wäre das Angebot schon im Hinblick auf § 129 Abs. 1 Z 1 iVm § 68 Abs. 1 Z 7 BVergG auszuschneiden gewesen. Gemäß der zit. Bestimmung ist ein Angebot nämlich unter anderem dann auszuschneiden, wenn ein Bieter Auskünfte betreffend die Befugnis, die berufliche Zuverlässigkeit, die technische Leistungsfähigkeit und die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit nicht erteilt hat. Zunächst ist anzumerken, dass dem vom Auftraggeber vorgelegten Vergabeakt außer dem vom 27.8.2008 datierenden Aufforderungsschreiben der F*** an die C*** kein weiteres Aufforderungsschreiben beiliegt und ein solches auch in der mündlichen Verhandlung weder vom präsidentiven Zuschlagsempfänger noch von Auftraggeberseite vorgelegt wurde. Mangels Vorlage eines neuerlichen Aufforderungsschreibens entzieht es sich schon der Überprüfbarkeit durch das Bundesvergabeamt, ob eine solche neuerliche Aufforderung überhaupt ergangen ist. Ist dies nämlich nicht der Fall gewesen, wäre das Angebot schon im Hinblick auf Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer eins, in Verbindung mit Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG auszuschneiden gewesen. Gemäß der zit. Bestimmung ist ein Angebot nämlich unter anderem dann auszuschneiden, wenn ein Bieter Auskünfte betreffend die Befugnis, die berufliche Zuverlässigkeit, die technische Leistungsfähigkeit und die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit nicht erteilt hat.

Sieht man einmal davon ab, war jedoch die schriftliche (Erst)aufforderung zur Unterlagenvorlage vom 27.8.2008 ohnedies klar und unmissverständlich formuliert. Hierin lautete es: Im Zuge der uns beauftragten Angebotsprüfung ...

ersuchen wir Sie höflich, folgende Unterlagen und Aufklärungen in Bezug auf ihr Angebot innerhalb von sieben Werktagen zu übermitteln: ... Eignungsnachweise für Subunternehmer iSv § 83 BVergG 2006: Eignungsnachweis für Subunternehmer betreffend Befugnis, technische, finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit und berufliche Zuverlässigkeit. Nachweis, dass diese Unternehmer die erforderlichen Mittel zur Verfügung stellen. Sieht man einmal davon ab, war jedoch die schriftliche (Erst)aufforderung zur Unterlagenvorlage vom 27.8.2008 ohnedies klar und unmissverständlich formuliert. Hierin lautete es: Im Zuge der uns beauftragten Angebotsprüfung ... ersuchen wir Sie höflich, folgende Unterlagen und Aufklärungen in Bezug auf ihr Angebot innerhalb von sieben Werktagen zu übermitteln: ... Eignungsnachweise für Subunternehmer iSv Paragraph 83, BVergG 2006: Eignungsnachweis für Subunternehmer betreffend Befugnis, technische, finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit und berufliche Zuverlässigkeit. Nachweis, dass diese Unternehmer die erforderlichen Mittel zur Verfügung stellen.

Im Hinblick darauf, ist die Zulässigkeit einer allfälligen abermaligen Aufforderung zur Unterlagenvorlage ohnehin fraglich. Dies selbst in dem Fall, dass dem präsumtiven Zuschlagsempfänger, wie er in der mündlichen Verhandlung behauptete, bei Vorlage der Unterlagen von einem Mitarbeiter des Auftraggebers (BIG) tatsächlich gesagt worden sein sollte, dass "alles passe". (Wobei dieses Vorbringen angesichts des Vermerkes "UNGEPRÜFT" der F*** auf der Bestätigung über den Erhalt der Urkunden vom 1.9.2008 in anderem Licht erscheint). Letztlich kann dies aber dahin gestellt bleiben, da es dem präsumtiven Zuschlagsempfänger, wie anschließend auseinandergesetzt wird, selbst nach etwaiger abermaliger Aufforderung nicht gelungen ist, einen tauglichen Nachweis über die Verfügbarkeit der Subunternehmermittel zu erbringen.

Zunächst ist zu erwähnen, dass der Auftraggeber in seinen oben wiedergegebenen Ausschreibungsbestimmungen einen solidarischen Haftungsnachweis des Subunternehmers grundsätzlich nur bei Substitution der finanziellen bzw. wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, nicht aber bei Substitution der technischen Leistungsfähigkeit vorgesehen hat. Der präsumtive Zuschlagsempfänger hat jedoch in seinem Angebot ausdrücklich angegeben, dass er den Subunternehmer D*** für seine technische Leistungsfähigkeit benötigt.

Hinzu kommt, dass die dem Auftraggeber übermittelte, im Vergabeakt einliegende "Solidarhaftungserklärung" des Subunternehmers D***, von diesem erst am 1.10.2008 ausgestellt wurde und somit von einem eineinhalb Monate nach der Angebotsöffnung (13.8.2008) liegenden Zeitpunkt stammt. (Zur Unglaubwürdigkeit des vom präsumtiven Zuschlagsempfänger mit Schriftsatz vom 18.11.2008 erstatteten Vorbringens, wonach er diese Urkunde dem Auftraggeber in Wahrheit schon am 2.9.2008 vorgelegt haben will, siehe unten).

Diese "Solidarhaftungserklärung" ist daher - entgegen der Auffassung des Auftraggebers - bereits aus diesem Grund nicht als sonstige verbindliche Erklärung iSd Pkt. 13 der Angebotsbestimmungen zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit, wie dieser nach dem Gesetz und der einschlägigen verwaltungsgerichtlichen Judikatur im Zeitpunkt der Angebotsöffnung zu erbringen ist, zu qualifizieren.

Aber auch in sonstiger Hinsicht entspricht die von der C*** beigebrachte "Solidarhaftungserklärung" der D*** nicht den an den Subunternehmerverfügbarkeitsnachweis gestellten Anforderungen:

Einer solchen Haftungserklärung des Subunternehmers kann nämlich nur entnommen werden, dass der Subunternehmer D*** für die ihm übertragenen Leistungsteile (und zwar für diese, nicht aber für die von der C*** selbst zu erbringenden Leistungsteile) solidarisch mit dem Hauptunternehmer C*** gegenüber dem Auftraggeber eintreten wird. Dass der Subunternehmer D*** dem Bieter C*** die zur Auftragsdurchführung erforderlichen - bei ihm selbst nicht vorhandenen - Mittel bereitstellen wird, wie dies im Falle der zu ersetzenden technischen Leistungsfähigkeit durch den Subunternehmer geboten ist, kann dieser "Haftungserklärung" nicht entnommen werden.

Weiters wurde diese "Solidarhaftungserklärung" vom Subunternehmer gegenüber dem Hauptunternehmer, nicht aber gegenüber dem Auftraggeber abgegeben. Diese Erklärung vermag ihre Wirksamkeit daher grundsätzlich nur im Innenverhältnis zwischen Subunternehmer und Hauptunternehmer, nicht aber gegenüber dem Auftraggeber zu entfalten, sodass der Subunternehmer vom Auftraggeber auf der Grundlage einer solchen "Solidarhaftungserklärung" gar nicht rechtswirksam in Anspruch genommen werden könnte.

Aus all dem folgt, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger einen Nachweis über die Verfügbarkeit der Mittel des Subunternehmers auf die Art und Weise, wie er im Falle des Ersatzes der technischen Leistungsfähigkeit durch den Subunternehmer in der Ausschreibung verlangt wird (verbindliches Subunternehmerangebot, eine Erklärung des

Unternehmers, dem Bieter die erforderlichen Mittel zur Verfügung stellen bzw. eine sonstige verbindliche Erklärung), nicht erbracht hat.

Auch die ergänzende Stellungnahme des präsumtiven Zuschlagsempfängers vom 18.11.2008, wonach die Bestätigung über die Verfügbarkeit der Mittel des Subunternehmers D*** dem Auftraggeber nicht erst am 1.10.2008, sondern ohnedies schon am 2.9.2008 zugekommen sein soll, vermag am dargestellten Ergebnis nichts zu ändern:

Zunächst erscheint es bemerkenswert, dass dies der präsumtive Zuschlagsempfänger (Herr C***), dessen Rechtsvertreter (Y***), der Auftraggeber (J***) sowie der Vertreter der F*** (L***), während des gesamten Verlaufes der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt - in der die "Terminproblematik" dieser Unterlage von der Vorsitzenden eingehend thematisiert wurde - mit keinem Wort erwähnt haben.

Ganz im Gegenteil, so gab etwa L*** in der mündlichen Verhandlung zu Protokoll, "dass die C***, da diese Unterlage nicht aufforderungsgemäß vorgelegt wurde, nochmals schriftlich von der F*** in Übereinstimmung mit der BIG zur Vorlage eines solchen Nachweises aufgefordert wurde."

Herr C*** hat dies auch gar nicht bestritten und - entgegen der nunmehrigen Darstellung im Schriftsatz vom 18.11.2008 - keineswegs behauptet, dass der Verfügbarkeitsnachweis über die Subunternehmermittel dem Auftraggeber bereits am 2.9.2008 vorgelegt worden sein soll. Herr C*** hat vielmehr in der mündlichen Verhandlung - und dies in unmittelbarem Anschluss an das Vorbringen des L***, dass die C*** nochmals zur Vorlage eines solchen Nachweises aufgefordert worden, da diese Unterlage nicht vorgelegt worden sei - dezidiert gesagt, "dass als Verfügbarkeitsnachweis über die Mittel des Subunternehmers dann die Solidarhaftungserklärung der D*** direkt an die BIG, vorab mit Telefax und danach noch mit Brief, übermittelt worden sei". Damit hat aber selbst Herr C*** deutlich zum Ausdruck gebracht, dass die besagte Urkunde von der C*** erst nach nochmaliger Aufforderung bzw. Urgenz, und somit gerade nicht schon am 2.9.2008, sondern erstmalig am 1.10.2008 vorgelegt wurde.

Im Übrigen hat sich die C*** noch in ihren begründeten Einwendungen vom 31.10.2008 ausdrücklich und allein auf das Bestätigungsschreiben der D*** vom 1.10.2008 als Beweismittel berufen und ihrem Schriftsatz dieses Schreiben zum Beweis als Beilage ./4 angeschlossen.

Der Vertreter des Auftraggebers (J***), wiederum, gab in der mündlichen Verhandlung zu Protokoll, dass die 7-Tagesfrist der Ausschreibung zur Urkundenvorlage einer nochmaligen Aufforderung der C*** zur Vorlage nicht entgegen gestanden und von der BIG daher nicht zu beanstanden gewesen sei, dass die Bestätigung der D*** erst am 1.10.2008 übermittelt worden sei. Davon, dass die BIG die besagte Unterlage schon am 2.9.2008 erhalten hätte, wie dies nun - offenbar in Folge des Verlaufes der mündlichen Verhandlung vom 17.11.2008 - am 18.11.2008 plötzlich der Fall gewesen sein soll, war in der mündlichen Verhandlung keine Rede. Auch hat J*** im Telefonat mit der Senatsvorsitzenden am 23.10.2008 erklärt, dass es sich bei den dem Bundesvergabeamt vorgelegten Unterlagen um die vollständigen Vergabeunterlagen handle und es keine weiteren Unterlagen gebe.

Schließlich spricht auch die Aussage des Rechtsvertreters des präsumtiven Zuschlagsempfängers in der mündlichen Verhandlung: "Wenn auch die Erklärung vom 1.10.2008 stamme, dies nicht bedeute, dass sich diese ausschließlich auf den 1.10.2008 beziehe, sondern diese sowohl auf die Vergangenheit als auch auf die Zukunft zu beziehen sei", für sich selbst.

Auch die Erklärungen des präsumtiven Zuschlagsempfängers vom 18.11.2008, dass und weshalb er erst gar nicht versucht habe, dem Auftraggeber nachzuweisen, dass er ihm die verlangte Urkunde bereits vorgelegt habe, sondern die Unterlage von der D*** gleich neuerlich eingefordert habe, überzeugen nicht. Es verwundert, dass die C*** den Auftraggeber diesfalls nicht nachdrücklich darauf hingewiesen hätte, dass dieser die neuerlich reklamierte Urkunde schon (längst) erhalten habe. Eine solche Reaktion der C*** wäre mehr als naheliegend gewesen, zumal der Auftraggeber ihrem Vorbringen nach, die ihrer Behauptung nach längst vorgelegte Urkunde (Anm.: Ein weiteres Mal) im Original verlangt haben soll. Auch die Erklärungen des präsumtiven Zuschlagsempfängers vom 18.11.2008, dass und weshalb er erst gar nicht versucht habe, dem Auftraggeber nachzuweisen, dass er ihm die verlangte Urkunde bereits vorgelegt habe, sondern die Unterlage von der D*** gleich neuerlich eingefordert habe, überzeugen nicht. Es verwundert, dass die C*** den Auftraggeber diesfalls nicht nachdrücklich darauf hingewiesen hätte, dass dieser die neuerlich reklamierte Urkunde schon (längst) erhalten habe. Eine solche Reaktion der C*** wäre mehr als naheliegend gewesen, zumal der Auftraggeber ihrem Vorbringen nach, die ihrer Behauptung nach längst vorgelegte Urkunde (Anmerkung, Ein weiteres Mal) im Original verlangt haben soll.

Nicht zuletzt zeugen sogar die vom präsumtiven Zuschlagsempfänger selbst - zum vermeintlichen Beweis des Gegenteils - dem Bundesvergabeamt am 18.11.2008 präsentierten Urkunden von der Richtigkeit der durch die Aussagen aller Beteiligten in der mündlichen Verhandlung untermauerten Annahme, dass die besagte Urkunde nicht bereits am 2.9.2008 beim Auftraggeber abgegeben wurde.

Unter den im von der C*** ins Treffen geführten Schreiben an die F*** vom 1.9.2008 angeführten, nachgereichten Urkunden werden u.a. ausdrücklich die "Eignungsnachweise Subunternehmer: H*** (41 Seiten)" genannt. Wie schon oben unter Pkt. 1 Sachverhalt, festgehalten wurde, sind die für den Subunternehmer D*** in Folge der Aufforderung vom 27.8.2008 nachgereichten Unterlagen im Angebotsprüfungsprotokoll vom 30.9.2008 vollständig vermerkt. Es sind dies laut Angebotprüfungsprotokoll eine Haftpflichtversicherung, eine Unbedenklichkeitsbescheinigung AOK Bayern, eine Unbedenklichkeitsbescheinigung BG Elektro Textil Feinmechanik, eine Unbedenklichkeitsbescheinigung DAK, eine Finanzamtbescheinigung und eine Referenzliste.

Das Bundesvergabeamt hat die dem Auftraggeber für die D*** am 2.9.2008 vorgelegten Unterlagen anhand dieser Aufstellung nochmals überprüft und auch die Anzahl der Seiten des dem Auftraggeber am 2.9.2008 vorgelegten Unterlagenkonvolutes nachgezählt. Dies hat zu dem Ergebnis geführt, dass es sich bei den im Angebotsprüfungsprotokoll aufgezählten (den Verfügbarkeitsnachweis nicht enthaltenden Urkunden) ganz offensichtlich um genau jene Unterlagen handelt, die die C*** mit den im Schreiben an die F*** vom 1.9.2008 explizit genannten "Eignungsnachweisen Subunternehmer H*** (41 Seiten)" angesprochen hat und auf die sie sich nun in ihrem Schriftsatz vom 18.11.2008 beruft.

Die im Angebotsprüfungsprotokoll vermerkten, dem Bundesvergabeamt mit dem Vergabeamt zugewandten Unterlagen bestehen nämlich aus genau 41 Seiten, sodass der Seitenumfang dieses Unterlagenkonvolutes mit der im Schreiben der C*** an die F*** genannten Anzahl von ebenso 41 Seiten, ganz genau übereinstimmt. Auch dies ist somit ein untrüglicher Hinweis darauf, dass in dem dem Auftraggeber am 2.9.2008 übergebenen, 41 Seiten umfassenden Unterlagenkonvolut ein Verfügbarkeitsnachweis über die Mittel der D*** vom 28.8.2008 nicht enthalten war. Dieser Nachweis wäre eine nicht existierende Seite 42 des am 2.9.2008 überreichten, aus 41 Seiten bestehenden Dokumentenkonvolutes.

Die Würdigung aller dieser Umstände lässt das Vorbringen des präsumtiven Zuschlagsempfängers in seinem ergänzenden Schriftsatz vom 18.11.2008 in seiner Gesamtheit als unglaubwürdig erscheinen und den erkennenden Senat zu dem Schluss kommen, dass es sich hierbei um eine "nachgeschobene" bloße Schutzbehauptung handelt. Im Hinblick darauf waren die beantragte Anberaumung einer weiteren mündlichen Verhandlung samt ergänzender Beweisaufnahmen zu einer - ohnedies auch in inhaltlicher Hinsicht den Anforderungen an den Subunternehmermittelfür Verfügbarkeitsnachweis nicht genügenden Verfügbarkeitsklärung (siehe vorne) - entbehrlich und hievon abzusehen.

Zuletzt sei noch auf die beiden anderen im Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers namhaft gemachten Subunternehmer eingegangen, bei denen der präsumtive Zuschlagsempfänger in seinem Antrag auf Genehmigung von Subunternehmern die Zeile "Für die Leistungsfähigkeit erforderliche Subunternehmer (Art der Leistungsfähigkeit)" mit einem Schrägstrich versehen hat. Dies bedeutet, so Herr C*** eingangs in der mündlichen Verhandlung, dass diese beiden Subunternehmer für die Leistungsfähigkeit der C*** nicht erforderlich sein sollen. Wie im Zuge der mündlichen Verhandlung jedoch hervor gekommen ist, benötigt die C*** - entgegen dieser Darstellung - allerdings auch für die bei diesen beiden Subunternehmern im Antrag auf Subunternehmergenehmigung vermerkten Leistungsgruppen (Brandmeldetechnik LG 20, Brandrauchentlüftungsanlagen LG 21) einen Subunternehmer.

Auch für diese Subunternehmer hätte es daher des Nachweises der Verfügbarkeit über die Mittel bedurft. Der präsumtive Zuschlagsempfänger hat jedoch - ob gleich die Aufforderung im Schreiben vom 27.8.2008 im Plural formuliert war (arg. "Nachweis, dass diese Unternehmer die erforderlichen Mittel zur Verfügung stellen"), dem Auftraggeber für keinen der seiner beiden anderen benannten Subunternehmer eine Unterlage zum Nachweis der Verfügbarkeit über die Mittel vorgelegt.

Aus den Ausführungen von Herrn C*** in der mündlichen Verhandlung geht zudem hervor, dass letztlich nur einer der beiden hiefür nominierten Subunternehmer die entsprechenden Leistungen vornehmen wird (vgl. sein Vorbringen, "dass er diesbezüglich mit zwei Subunternehmern in Verhandlung stehe und ein Subunternehmer hiezu jedenfalls in

der Lage sein werde"). Der präsumtive Zuschlagsempfänger hat in seinem Angebot demnach zunächst nur eine "Auswahl" der in Frage kommenden Subunternehmer getroffen und sich die Entscheidung darüber, welcher Subunternehmer schlussendlich zur Leistungserbringung heran gezogen werden soll, einem - wesentlich - späteren Zeitpunkt vorbehalten. Dass der präsumtive Zuschlagsempfänger diesbezüglich erst bzw. jedenfalls noch im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt in Verhandlungen mit den möglichen Subunternehmern gestanden ist, bedeutet, dass der konkrete Subunternehmer nicht einmal noch im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung (17.11.2008) festgestanden ist. Dies bedeutet notwendiger Weise gleichzeitig, dass eine spätestens im Zeitpunkt der Angebotsöffnung (13.8.2008) vorliegende, verbindliche Erklärung des Unternehmers, dem Bieter die erforderlichen Mittel zur Verfügung zu stellen, zum maßgeblichen Zeitpunkt des 13.8.2008, nicht existiert haben kann. Aus den Ausführungen von Herrn C*** in der mündlichen Verhandlung geht zudem hervor, dass letztlich nur einer der beiden hierfür nominierten Subunternehmer die entsprechenden Leistungen vornehmen wird vergleiche sein Vorbringen, "dass er diesbezüglich mit zwei Subunternehmern in Verhandlung stehe und ein Subunternehmer hiezu jedenfalls in der Lage sein werde"). Der präsumtive Zuschlagsempfänger hat in seinem Angebot demnach zunächst nur eine "Auswahl" der in Frage kommenden Subunternehmer getroffen und sich die Entscheidung darüber, welcher Subunternehmer schlussendlich zur Leistungserbringung heran gezogen werden soll, einem - wesentlich - späteren Zeitpunkt vorbehalten. Dass der präsumtive Zuschlagsempfänger diesbezüglich erst bzw. jedenfalls noch im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt in Verhandlungen mit den möglichen Subunternehmern gestanden ist, bedeutet, dass der konkrete Subunternehmer nicht einmal noch im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung (17.11.2008) festgestanden ist. Dies bedeutet notwendiger Weise gleichzeitig, dass eine spätestens im Zeitpunkt der Angebotsöffnung (13.8.2008) vorliegende, verbindliche Erklärung des Unternehmers, dem Bieter die erforderlichen Mittel zur Verfügung zu stellen, zum maßgeblichen Zeitpunkt des 13.8.2008, nicht existiert haben kann.

Auch für diesen Subunternehmer fehlt somit der erforderliche Nachweis, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger auf die Mittel des Subunternehmers zugreifen kann.

Daraus folgt abschließend, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger für keinen der nominierten Subunternehmer, die zur Darstellung seiner technischen Leistungsfähigkeit benötigt werden, im Zeitpunkt der Angebotsöffnung vom 13.8.2008, den Nachweis erbracht hat, dass ihm diese Unternehmer die erforderlichen Mittel iSd § 76 Abs. 1 BVergG bzw. der Ausschreibungsbestimmungen tatsächlich zur Verfügung stellen werden. Daraus folgt abschließend, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger für keinen der nominierten Subunternehmer, die zur Darstellung seiner technischen Leistungsfähigkeit benötigt werden, im Zeitpunkt der Angebotsöffnung vom 13.8.2008, den Nachweis erbracht hat, dass ihm diese Unternehmer die erforderlichen Mittel iSd Paragraph 76, Absatz eins, BVergG bzw. der Ausschreibungsbestimmungen tatsächlich zur Verfügung stellen werden.

Gemäß § 19 Abs. 1 BVergG hat die Vergabe an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen. Da die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit beim offenen Verfahren spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen müssen, vermögen die namhaft gemachten Subunternehmer der C*** die ihr selbst fehlende Eignung (technische Leistungsfähigkeit) nicht zu vermitteln (vgl. BVA 25.8.2008, GZ N/0059-BVA/09/2008-78, GZ N/0100-BVA/09/2008-18 ua.). Gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG hat die Vergabe an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen. Da die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit beim offenen Verfahren spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen müssen, vermögen die namhaft gemachten Subunternehmer der C*** die ihr selbst fehlende Eignung (technische Leistungsfähigkeit) nicht zu vermitteln vergleiche BVA 25.8.2008, GZ N/0059-BVA/09/2008-78, GZ N/0100-BVA/09/2008-18 ua.).

Gemäß § 129 Abs. 1 Z 2 BVergG hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung aufgrund des Ergebnisses der Prüfung Angebote von Bieter, deren Befugnis, finanzielle, wirtschaftlich oder technische Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit nicht gegeben ist, auszuschneiden. Gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung aufgrund des Ergebnisses der Prüfung Angebote von Bieter, deren Befugnis, finanzielle, wirtschaftlich oder technische Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit nicht gegeben ist, auszuschneiden.

Ist ein Ausscheidenstatbestand iSd. § 129 Abs. 1 BVergG 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 iSd. Paragraph 129, Absatz eins, BVergG 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 vergliche VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050).

Entsprechend der vorstehenden Ausführungen wäre das Angebot der C*** daher mangels Eignung vom Auftraggeber gemäß § 129 Abs. 1 Z 2 BVergG auszuschneiden gewesen. 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. Entsprechend der vorstehenden Ausführungen wäre das Angebot der C*** daher mangels Eignung vom Auftraggeber gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG auszuschneiden gewesen. 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.

Die Zuschlagsentscheidung war daher spruchgemäß für nichtig zu erklären.

B. Zu Spruchpunkt II:

Gemäß § 318 Abs. 1 BVergG ist für Anträge gemäß den §§ 320 Abs. 1, 328 Abs. 1 und 331 Abs. 1 und 2 BVergG vom Antragsteller nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen jeweils eine Pauschalgebühr zu entrichten. Gemäß Paragraph 318, Absatz eins, BVergG ist für Anträge gemäß den Paragraphen 320, Absatz eins, 328, Absatz eins und 331 Absatz eins und 2 BVergG vom Antragsteller nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen jeweils eine Pauschalgebühr zu entrichten.

Im offenen Verfahren beträgt die Pauschalgebühr für Bauaufträge im Oberschwellenbereich Euro 5.000,--.

Gemäß § 319 Abs. 1 1. Satz BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende, Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 leg.cit entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, 1. Satz BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende, Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, leg.cit entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber.

Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung besteht nur dann, wenn dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde (§ 319 Abs. 2 BVergG). Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung besteht nur dann, wenn dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde (Paragraph 319, Absatz 2, BVergG).

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

Da sowohl dem Nachprüfungsantrag als auch, wie in der Begründung eingangs angemerkt, dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben wurde, hat der Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner für den Nachprüfungsantrag (Euro 5.000,--) und für den Antrag auf einstweilige Verfügung (Euro 2.500,--) entrichteten Pauschalgebühren von insgesamt Euro 7.500,- durch den Auftraggeber.

Zuletzt aktualisiert am

29.04.2009

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